

o tom nelze pochybovati, a ve skutečnosti skrývá se v okolnosti, že nadační úřad nerozhodl zároveň (současně) o druhém, alternativním účelu (zřízení nadace pro moravskou Akademii věd), opět nepopíratelná vadnost řízení. Proč se však o tom správní soud ve svém judikátu zmiňuje? Vždyť dle jeho vlastní theorie ani tímto kusým vyřízením nemožl být stěžovatel ve svém právu dotčen! Záhadným je pokus, jak se správní soud snaží zakrýti onu vadnost řízení poukazem na to, že nadační úřad d o s u d nerozhodl o přijatelnosti druhého účelu pro nedostatek »návrhu strany«. Jaké? Té, která nemá ani hmotného, ani procesuálního subjektivního práva na přijetí nadace? Odkud čerpal správní soud své právní přesvědčení, že k projednávání alternativní otázky nadačním úřadem je třeba v ý s l o v n ě žádosti strany? Což neplyne ostatně z původní žádosti o přijetí implicity také žádost o případné přijetí nadace s účelem alternativním? Kde je vůbec předpis, že nadační úřady nesmí jednat *ex offio*, nýbrž jen na popud strany? Což kdyby zůstavitel, zřídív testamentem nadaci, neustanovil žádného vykonavatele poslední vůle? Tu by byla dle theorie správního soudu nadace vůbec ztracena, poněvadž zde není »strany«, která by mohla zakročiti. Ostýchal by se nadační úřad zahájit *ex offio* jednání o přijetí takové nadace i v tom případě, kdyby šlo o milionové věnování dejme tomu na výrobu kanonů a zbraní? Opět dovolujeme si o tom vysloviti své pochybnosti.

Nechceme zde předbíhati budoucím událostem a záležitost předem komplikovati jistými poukazy na jiné intereseuty ve věci Kohnovy poslední vůle. Chceme jen stručně naznačiti, že zdá se nám, jakoby byl správní soud — ve vši šetrnosti k rozhodnuvšímu úřadu nadačnímu — dním odstavcem zašel v obor »stavitelství mostního«: neboť mosty nestaví se jen ze železa, betonu atd., nýbrž někdy i ze z l a t a!

Weyr.

Literatura.

Dr. Arnošt Wenig, docent české university v Praze, »O náhradnictví v právu směnečném«, v Praze 1916. Nákladem vlastním. Str. 143.

V nepříliš bohaté právnické literatuře české znamená každá nová publikace jistou událost a je-li kniha psána skutečně s vážnou vědeckou tendencí, jako kniha tato, je povinností, aby bylo o ní nejen referováno, nýbrž aby byla též kriticky hodnocena. V publikaci Wenigově není ani tak zajímavě sledovati, jaký problem řeší, ani jaké jsou jeho výsledky, kterých ostatně v této práci ani nepodává, poukazuje na další druhý a třetí díl, spíše upoutá pozornost metoda tohoto spisu a jistá neohroženost autora prováděti důsledky své metody. Proto považujeme za důležité obrátiti pozornost právě k této metodě a budeme se jí v prvé řadě zabývati.

Spis skládá se z předmluvy, jednající »O metodě a systému tohoto spisu«, a jest úvodem ke všem třem dílům, z nichž publikován jest však jen prvý »O disimulaci při bezvýhradném inkasním a zástavním indosamentu«.

kdežto druhý »O fiduciárních poměrech v právu směnečném«, a třetí »O nepřímém zastoupení směnečného věřitele« budou publikovány později, jak autor slibuje.

V předmluvě na str. 4. praví: »Právní věda neobejde se nikdy bez užívání pojmů. Bylo by to snad možno jenom při nejkasuističtějším zákonodárství«. S tímto tvrzením nelze souhlasit, neboť je-li právní věda vědou, pak jest soustavou pojmů seřazených s jednoho hlediska, bez ohledu na ten neb onen způsob pozitivního zákonodárství, ba právě znalost všeobecných právních pojmů musí předcházeti znalosti pozitivního práva, neboť těmito všeobecnými právními pojmy nabýváme možnosti zjistiti, co náleží k pozitivnímu právu. W. zná však jen pojmy ústavů, vytvořených moderními systematickými zákony, jichž definice ovšem zákon vždy nepodává (str. 4.). Z toho ovšem nutně plyne, že právní věda je odkázána jen na pojmy, dané předpisy pozitivního práva, a že právník, vědecky pracující, má dán svůj obzor jen předpisy pozitivního práva. Jak má však tento W-ův právník určit, zda ten neb onen předpis náleží k pozitivnímu právu a jak má poznamenat tento odůvodnit? Tak na str. 4., ale na str. 7. zaujímá zcela opačné stanovisko. Mluvě o Müller-Erbachově zájmovém podkladu, podotýká sice zcela správně, že tento zájmový podklad není ničím reálným, neboť jeho podkladem je »abstraktní výtvar duševní činnosti spekulativní«, »typ rozsařného občana, jenž jest ochoten obmeziti svoje zájmy tak dalece, aby nebyly na překážku vývoji a existenci lidí žijících s ním v téže společnosti.« Zde konstruuje W. pojem bez ohledu na pozitivní právo a mísí správné s nesprávným. Správně je, že subjektem práva je osoba, která je pouhou konstrukcí, na rozdíl od fyziologického jedince-člověka, reálně existujícího, nesprávně je však se domnívati, že z pouhého pojmu osoby, pouhého subjektu právní odpovědnosti, můžeme vyvoditi zásady, jak osoba tato má jednati, tedy míru právní odpovědnosti. To jest nad síly právní vědy a odpověď, do jaké míry jest stanovena právní odpovědnost, musíme ponechati pozitivnímu právu, tím líší se heteronomní právo od autonomní morálky, což W. zůstalo utajeno. Přihlédneme-li k W-ově konstrukci právní odpovědnosti, jest nám jasno, že tato právní odpovědnost je konstruována ethicky a tudíž místo právní odpovědnosti konstruoval W. mravní odpovědnost.

Toto W-ovo stanovisko ku všeobecným právním pojmům není snad ojedinělé, neb hned na začátku své předmluvy podává nám definici pojmu náhradníka a nevyvozuje tento pojem z pozitivního práva, což je dle našeho názoru zcela správné, neboť pojem náhradnictví náleží ku všeobecným pojmům právním, jichž znalost musí poznání pozitivního práva předcházeti. Právě-li však, že »náhradník vykonává vlastním jménem oprávnění plynoucí ze směnky, nejedná však při tom výhradně ve svém vlastním zájmu, nýbrž větší nebo menší měrou v zájmu osoby, která jeví se formálně na směnce jako její právní předchůdce« (str. 3.), je kritériem pojmu náhradnictví cizí zájem. Zájem však naznačuje subjektivní relaci účelovou ku předmětu, jenž je prostředkem, zájem je tedy měřítko teleologické. Tedy jakmile cizí jednání nějak jest mně prostředkem k dosažení nějakého účele, a W. zde má na mysli výhodu hospodářskou (str. 8., 16., 23., 47.), jedná se o náhradnictví ve smyslu právním. Dle W. byl by náhradníkem i zloděj, jenž kradě pro svého přechovávače. Než autor mohl by se odvolávati na to, že sloveso »jednati« značí »právně-dovoleně jednati«. Mysleme si však, že právní řád nedal by třetímu, v jehož zájmu je jednáno, žádného prostředku, aby subjektivní právo, založené oním jednáním, mohlo se přičítati tomuto třetímu. Mohlo by se i v tomto případě mluvíti o náhradnictví ve smyslu právním? Z toho je patrné, že definice náhradnictví je dána s hlediska hospodářského a že je právnícky irrelevantní. Chyba spočívá v tom, že do definice náhradnictví poiat byl předpoklad konkrétního

positivního práva pro stanovení práva subjektivního, tedy právní skutečnost. Co je právní skutečnost, je sice všeobecný pojem právní, jaké jsou právní skutečnosti, stanoví však pozitivní právní řád. Methodická chyba hned v programu práce je dvojitá, jednak, že autor si neuvědomil mezi právnického bádání, a jednak že nerozlišuje všeobecných právních pojmů od ustanovení pozitivního práva. Nebude snad špatný úsudek, že autor sveden byl k ní svým názorem, že »tyto pojmy nevznikly uvědomělou vědeckou konstrukcí badatelů, nýbrž vyskytly se pojednou jako myšlenkový majetek všeho občanstva, jsouce výsledkem neuvědomělého logického procesu, jenž se znenáhla odehrával v myslích mnoha jednotlivců sdílejících totéž kulturní společenství« (str. 5.). Tyto pojmy tvoří dle W., abych tak řekl standartní pojmy právní, které mají být základními pojmy právními. Kdyby se však vážně pokusil metodu tuto provést, seznal by, že práce tato je marna, neboť rozhodnouti se musíme buď pro právní řád daný zákonem, anebo pro toto »obecné« přesvědčení. W. však právní řád zákonný, jak výše jsme již seznali, nezavrhuje, ale chce obě hlediska sloučiti.

Tento takto formulovaný pojem náhradnictví činí W. východiskem svých úvah a problem jeho zní: jak posuzovati jest bezvýhradný indosament směnečný, když indosatář má jednati v zájmu svého indosanta. Otázku tuto chce řešiti, zda jedná se při tom o simulaci neb disimulaci nebo fiducii. »Oba způsoby výkladu vedly však k důsledkům, které neodpovídaly požadavkům praktického života. Objevilo se, že jak disimulace, tak i fiduciární jednání ve směnečném právu se sice vyskytují, že však nastává mimo ně potřeba nového ústavu, jenž jest jim sice přibuzen, musí však býti řešen samostatně a nikoliv pouhou subsumcí pod instituty již známé« (str. 8.). Co jest to ústav? Z dalších výkladů vysvítá, že je to jednak onen standartní pojem právní, daný potřebami skutečného života obchodního (cf., kap. II. 2.), jednak zařízení obchodních styků (cf., str. 16., »bezvýhradné žiro jest ústav, vytvořený obchodním životem«), jednak ustanovení právního řádu (cf., str. 49., all. II.).

Přistupuje k projednávání dílu prvního o disimulaci při bezvýhradném inkasním a zástavním indosamentu, táže se nejprve v úvodu, zda přísluší směnečnému dlužníku proti inkasnímu mandatáři námitky, které mu příslušely proti indosantovi.

V hlavě prvé jedná o pojmu a podstatě simulace. Po kritickém rozboru některých mínění v německé právní literatuře snaží se W. konstruovati simulaci takto: »Nestačí zjistiti prvky (sc. právního jednání), nýbrž nutno hledati syntési moment, který oba zdánlivě si odporující směry vůle spojuje ve složku pozitivního směru. Nalezneme jej, uvědomíme-li si, čeho strany chtěly dosáhnouti, čili zjistíme-li vůli účelu« (str. 24.), a má za to, že jeden projev negativní, že účinky právního jednání nemají nastati, míněn jest jen pro poměr vnitřní, projev pak pozitivní pro poměr vnější. Máme zde tedy dvojakost vůle. Stejně posuzuje »disimulaci, t. j. případ, v němž simulovaným právním jednáním má býti zakryto jednání jiné« (str. 25.). Jakou cenu má pojem takto odůvodněný? Zajisté jen v onom právním řádu, jenž tuto »vůli« stran označuje za předpoklad subjektivních povinností resp. práv, tedy za právní skutečnost. Jen v tom právním řádu, kde uznává se a pokud uznává se za předpoklad subj. práva objektivně dokazatelný úmysl stran, nesoucí se k nějakému hospodářskému neb jinému účelu, je možno mluviti o takových simulovaných právních jednáních, ale bez ohledu na konkrétní právní řád takto konstruovaný pojem simulace je jen standartní pojem, značící nejvýše, že moderní zákonodárství pravidelného podobná právní jednání takto upravují. Z této pravidelnosti úpravy však nemůžeme konstruovati žádný pojem, jenž jako zásadní pojem musel by platiti vždy a všude, pokud usuzujeme dle zásad vědy právní. Ale u W. je konstrukce odůvodněna jinak: »Při simulaci chtějí strany, aby účinky je-

lich jednání nenastaly v jejich vzájemném poměru, nýbrž aby nastaly pouze v poměru jejich k třetím osobám« (str. 26.). Dle toho bylo by možno stranám stanovit právní důsledky svých činů a odůvodnění, jak z dalšího bude patrné, spočívá v tom, že vůle stran je považována za příčinu vzniku právních poměrů. Prozatím budíž připomenuto, že W. již v této kapitole vyvrací tuto konstrukci, kde mluví o ustanoveních rak. zák. obč. o simulaci na str. 28., z nichž plyne, že platnost nebo neplatnost jednání a nastalé »právní účinky« možno posuzovati jen dle ustanovení pozitivního práva. Aby však svoji teorii zachránil, připojuje k tomu větu, že »simulované právní jednání není nechtěným, nýbrž podle předpisů objektivního práva musí býti za nechtěné pokládáno« (str. 29.). Tedy strany chtějí, aby její činy měly určité »právní účinky«, ale účinky tyto nenastanou pro ustanovení pozitivního práva; strany tudíž chtěly nemožné a vůle jejich nebyla vůlí, nýbrž přáním, neboť vůle stran rovnala by se mému přání, aby slunce nepohybovalo se od východu k západu, nýbrž od západu na východ. Tak obsahuje W-ův pojem simulace vnitřní rozpor a potřebnost tohoto pojmu jest pochybna.

V hlavě druhé pojednává o poměru bezvýhradného inkasního a zástavního indossamentu k disimulaci. Nejprve zabývá se poměrem mezi vůlí a formou jejího projevu a praví: »Aby zjednal dostatečnou záruku určitosti těchto projevů, předpisuje směnečný řád nejen použití formy dorozumivací, která vůli stran vyjadřuje způsobem relativně nepomíjejícím, totiž formy písemné, nýbrž ukládá stranám, aby použily určité formy slovní resp. stylistické. Nezachovávali se příslušný předpis formální, jest projev vůle neplatným. Zachování formy jest podmínkou platnosti formálního právního jednání. Nikdy však není možný poměr opačný« (str. 42.). Tu opět míní se, jak patrné, vůle ve smyslu psychologickém, jako ona činnost duševní, která uvádí v pohyb naše motorické nervy, jscuc provázena určitou představou, k níž onen pohyb se má jako prostředek k účelu. Ale tato činnost jest objektivně nezjistitelná a jen z účinků její můžeme na ni usuzovati, a proto právu, které jako heteronomní norma musí se spokojiti se skutečnostmi, objektivně zjistitelnými, není možno, aby tuto vůli činilo předpokladem úsudku o té které subjektivní povinnosti i právu, a musí se spokojiti se skutečnostmi, které mohou býti následky této subjektivní duševní činnosti, ale jí býti nemusí. K tomu tak řečenému »projevu vůle« neb »úmyslu stran« nepojí se subjektivní povinnost neb právo proto, že strany tomu chtějí, nýbrž že z ustanovení právní normy isme nuceni tak usuzovati. W. pak na příkladech snaží se dokázati, že formálně správné jednání je neplatno pro nedostatek smluvní vůle, ale přihlédneme-li blíže k těmto příkladům, shledáme, že neplatnost uvedených právních jednání je důsledkem ustanovení §. 869. obč. zák. a nikoliv pro nedostatečnou vůli ve smyslu psychologickém.

Prvý oddíl této kapitoly končí: »Když předsevzaly strany o témž předmětu dvě právní jednání, jedno formou osobám třetím zřejmou, druhé pouze mezi sebou, můžeme jen tehdy již z pouhé existence obou těchto jednání usuzovati, že jde o disimulaci, náleží-li tato jednání ke druhým, jež jsou ve vzájemném logickém poměru pojmů kontradiktorických« (str. 45.), a usuzuje z toho, že »bezvýhradný indosament směnky a příkaz vybrati směnku na účet indosantův resp. zastavení směnky, nejsou ve vzájemném poměru pojmů kontradiktorických, nýbrž v poměru prostředku k účelu« (str. 46.). Závěr tento není zcela správně logicky odůvodněn, jak patrné, a poměr »prostředku k účelu« může býti buď poměr k oné subjektivní představě duševní, která však není objektivně zjistitelná a tudíž pro právnickou konstrukci nepotřebna, anebo je to teleologická konstrukce hospodářského účelu, jejímž podkladem jsou teleologicky konstruované potřeby a jež nemá s právními normami resp. právním řádem co společného a pak ovšem

zodpovídá svoji otázku neprávnicky. Toto teleologické stanovisko je ještě důrazněji vysloveno v druhém oddílu druhé kapitoly, kde autor pojednává o fiduciárním právním jednání a kde jasně vystupuje na jevo, že W. považuje za příčinu vzniku právního poměru, jež přece není nic jiného než logický poměr subj. povinnosti a práva, určitý, chtěný, hospodářský účel, jak patrné ze slov: »Právní řád nemůže všeobecně odníti zakrytým právním jednáním účinnosti; bylo by to nepřipustné obmezování svobody právních styků a zkracování oprávněných zájmů, neboť krytí toho druhu jest často nejen dovoleným, nýbrž i přímo nevyhnutelným prostředkem ochrany proti zvědavé slídivosti a nepřátelským přehmatům« (str. 48.). Místo toto ukazuje jednak, že právní poměry vznikají sice vůlí stran, jež jest jejich příčinou, ale právní řád může tento účinek vůle stran zničit, pokud — a tu zase vystupuje teleologické stanovisko — není to na újmu »oprávněným zájmům« sc. hospodářským. A co jsou »oprávněné zájmy«? Dle W-ovy konstrukce rozsaňného občana jsou to ony, jež nepřekážejí vývoji a existenci druhých lidí, a »zájem« znamená subjektivní relaci ku předmětu, jež je prostředkem ku chtěnému účelu. Tak jsme se ocitli u konce: Právní řád nemůže odejmouti právním jednáním účinnosti, pokud jsou chtěny a pokud z etického stanoviska nejsou zavržitelné. Tak příčinou jest jednak vůle, jednak právní řád. Dostačí působení jen jedné příčiny? Zdá se, že ano, přihlídneme-li ke konstrukci fiduciárního právního jednání: »Rozdíl mezi jednáním fiduciárním a disimulací spočívá v tom, že při fiduciárních jednáních chtějí strany, aby účinky všech právních jednání, z nichž fiducia je skombinována, dostavily se jak v poměru k třetím osobám, tak i v poměru mezi nimi; kdežto při disimulaci přejí si*) dojíti toho, aby účinky jednoho z obou jednání dostavily se jen v poměru vnitřním, účinky pak druhého jednání aby nastaly jen v poměru vnějším« (str. 51.), a ještě více z tvrzení, že strany vůlí svojí stanoví, kdy při směnečném indosamentu přechází vlastnictví a kdy ne (str. 61.). Jest jen otázka, zda tato konstrukce je v soulase se směnečným řádem, když čl. 36. kategoricky praví, že řádně legitimovaný indosatář je vlastníkem směnky? Jindy však zdá se opět, že jak vůle stran, tak právní řád jsou příčinou vzniku právních poměrů.

Oč jde W. při těchto velmi komplikovaných konstrukcích? Jak chrániti poctivého dlužníka před podvodnými manipulacemi směnečnými (str. 67. sl.), ale tu by bylo vhodněji v ustanovení práva směnečného, občanského atd., zkrátka z rakouského pozitivního práva dovoditi, jak směnečný dlužník je chráněn, ale methodickou chybou, výše vytknutou, W. sveden byl k tomu, že ze svých standartních pojmů vyvozoval něco, co se z nich vyvoditi nedá.

Nebude pak žádnému divno, že W-ův pokus konstruovati pojem subjektivního práva na těchto noctických předpokladech musil nutně ztroskotati. V důsledku svého teleologického stanoviska považuje W. za předmět práva to, co ukojuje naše potřeby (str. 81.), tento předmět musí býti fakticky jednotný, ale W. nepovídá, jak se má tato jednotnost zjistiti, zda dle principu atomistického, či dle aristotelovsko-platonského, anebo dle teleologického? A příslušné výklady nepodávají nám bohužel žádného východiska. Jen pro obligační právo, zdá se, že kloní se ku principu teleologickému, neboť žádá, aby plnění obligační ukojovalo jedinou potřebu. Jak stanoviti, že v tom kterém případě se jedná o jedinou potřebu, čímž rozumí i více potřeb kausálně souvislých? Právě na příkladu W-em voleném (smlouvě nájemní) viděti tuto obtíž. W. rozvádí povinnost nájemcovu ve tři samostatné povinnosti: 1. odevzdati nájemci věc najatou k užívání, 2. udržovati věc ve stavu k užívání způsobilém, 3. nésti břemena

*) Politování hodná neurčitost v používání názvosloví.

a platy na pronajaté věci vážnoucí. Vezměme subj. povinnost čís. první: najímám byt, abych v něm mohl spát, abych v něm mohl pracovat atd., celou řadu potřeb mohu uvést, proč najímám byt, a přece potřeby tyto nejsou kausálně tak spjaté, abych mohl dle W. mluvit o jediné potřebě a tudíž ani subj. právo ad 1. není právem jednotným, nýbrž skládá se z více subj. práv, ale najednou odpadnou všechny potřeby a mám jen potřebu v bytě spát a právo jest jednotným, zítra mám potřebu v bytě i psát a právo se rozštěpilo. Těchto důsledků W. asi neuvážil. K subj. právu vyžaduje W. jednotnost subjektu, což je zcela správné, a konečně jednotnost úpravy objektivním právem. Tu zcela určitě vystupuje zase na jevo podvojnost příčiny vzniku subjektivního práva: chtěný hospodářský účel a ustanovení právní normy. Spojíme-li všechny tyto předpoklady, obdržíme zcela podivuhodný obraz. Někdo stane se věřitelem z půjčky, řekněme dědictvím, ale nemá žádné potřeby, aby domáhal se vrácení této věci; věc neukouje žádnou jeho potřebu a právo v důsledku W-ovy konstrukce zaniklo. Jak nepotřebná je tato konstrukce, tomu svědčí následující výklady o směnečném věřitelství na str. 83.—87., kde jen z ustanovení směnečního řádu usuzuje se na subjektivní práva věřitelova a W. dochází ke konstrukci, že se jedná o celou řadu subj. práv věřitelových. Na to přikročuje k otázce legitimize oprávněného a praví, že nejde o důkaz fakt, nýbrž o důkaz nároků (str. 92.). Toto svoje stanovisko odůvodňuje takto: »Bezprostřední poznávání lidské jest omezeno na věci, které působí na naše smysly. O jsoucnost všeho ostatního, co prochází hrubou sítí smyslové vnímací schopnosti, může se duch upoutaný hmotným tělem přesvědčiti jen tehdy, když je dovede uvést ve spojení se zjev, které můžeme vnímat smysly. To platí nejen o těch nehmotných zjevech, které snad existují ve vesmíru neodvisle od existence lidstva, nýbrž i o těch, které jsou výtvořeny duchovní činností lidské. I tyto výtvořiny musí projítí branou hmotného vyjádření i je pozná duch lidský, jen když se k němu vracení po mostě hmotné existence. Svou vůlí zakládá člověk různé poměry právní, neviditelné pouto těchto poměrů však uznává jen tenkrát, působí-li naň prostřednictvím skutečnosti. Tyto skutečnosti jsou důkazy v užším právnickém slova smyslu. Legitimace náleží tedy k důkazům, které tvoří stupeň, s něhož dospíváme k pochopení nehmotných konkrétních právních poměrů« (str. 93.). Z toho tedy plyne, že subj. právo jako výtvor duševní činností lidské existuje objektivně neodvisle od existence lidstva. Vezměme vlastníka domu. Máme zde dům se schody, pokoji, kuchyněmi atd., majitele domu a — právo vlastnické, jež dosud ovšem nikdo svými smysly nevnímal, ani vnímat nebude. Tento pojmový realismus, tento základ víry ve strašidla a duchy, vede nás přímo k dobám ranné scholastiky, kdy debatováno bylo o tom, zda existuje »nic« či zda ne!

Legitimace dle W. má býti materialisačním prostředkem nehmotného práva subj. a tím má působiti na úsudek osob vstupujících v právní styk s prokazujícím a líší se od důkazu, jenž má býti podkladem úsudku soudcova, tedy jeho materialisační činnost je omezena. Legitimace »nemůže sama o sobě zakládati subj. nároku, a to proto, poněvadž jest obyčejně fixací skutečnosti jediné ze všech, jež podmiňují vznik práva« (str. 97.). Druhá část věty nevylučuje onu možnost, aby legitimace byla fixací všech skutečností, jež podmiňují vznik práva a prvá část věty kategoricky praví, že legitimace nemůže sama o sobě zakládati subj. nároku s odůvodněním, že neobsahuje všech skutečností podmiňujících vznik práva. Což pak, obsahuje-li legitimace všechny tyto skutečnosti? Tento rozpor v odůvodnění má další následky. Co W. považuje za legitimaci, je faktický stav, který v některé osobě budí zdání, že osoba tato je určitým způsobem oprávněna (str. 97.—98.), tedy nejvýše motiv pro jednání s osobou legitimovanou. Jak tento motiv má způsobiti materialisaci práva, není právě jasno. Stopujme

nyňi W. výklady dále! »Nepomíjejí však vždy právní účinky, které vyvolal neoprávněný svou legitimací« (viděli jsme, že tyto účinky jsou jen motiv vůle). »Ta jest důležitou pomůckou hladkého rozvinutí a průběhu právních styků. Kde tento rychlý průběh jest kategorickým požadavkem hospodářských zájmů, jako na př. v právu směnečném, tam právní řád nepřenechává formu a způsob legitimace vůli stran, nýbrž upravuje ji sám kogentním způsobem. Může se ovšem státi, že i tato zákonem upravená legitimace neodpovídá skutečnému právu. Bylo tedy nutno pojmuti do čl. 36. sm. ř. i materielně-právní opatření, záležející v tom, že kdo bezelstně plní věřiteli legitimovanému dle čl. 36., zproštuje se závazku. Ale »materielně-právní účinky tyto nejsou produktem legitimace. Jsou jen důsledkem poctivého přesvědčení jednající osoby«, záležející v tom, že právo nařizuje, »aby určité právní účinky nastaly i tam, kde není okolností, které jinak jsou podmínkou nastoupení těchto účinků«. »Nechceme ovšem zapomínati, že jest rozdíl, zřídí-li někomu legitimaci směnečného věřitele bez převodu materielního věřitelství osoba, která jest sama směnečným věřitelem a majitelem směnky, či zřídí-li tuto legitimaci osoba jiná.« »V případě uvedeném na prvé mímě mohou snad přece jen nastati jisté právní účinky proto, poněvadž směnkou disponuje osoba k tomu oprávněná« (str. 99. a 100.). Po těchto výkladech tázali bychom se autora: v čem tedy vlastně záleží legitimace a kdy »snad přece« má právní účinky? Odpovědi však autor nepodává a přece je někde zcela jinde, než ji autor marně hledá. V právní normě! Legitimace je zrovna taková právní skutečnost, jako projev vůle, úmysl, a antithese legitimace a materielního práva není s hlediska právní normy ničím odůvodněna. A tak rozpor důkazu úsudku »legitimace nemůže sama o sobě zakládati subj. nároku« zůstal až do konce a přece je tento úsudek správný, poněvadž subj. právo lze odůvodniti konečně jen právní normou a nikoliv pouze legitimací, tedy něčím faktickým: popsáním papírem, mluveným slovem atp., a jen právní normou tato fakta stávají se právně-relevantními skutečnostmi.

Hlava III. pojednává »o účincích disimulace při bezvýhradném inkasním a zástavním indosamentu« a obsahuje důsledky theorie výše popsané. V nadpise této kapitoly ihned napadne, že autor mluví o »účincích«, tedy o kausálních následcích disimulace ve světě vnějším. W-ovi jest to možno, neboť disimulované subjektivní právo má dle něho objektivní existenci, jsouc samo kausálním produktem vůle, musí býti dle zákona kausalit y i příčinou. Háček je jen v tom, že W-ovo subjektivní právo je immateriální a kausalita vztahuje se jen na změnu substance hmotné. Byli bychom tedy zvědaví na účinky. Ale W. nezůstává své methodě věren, nýbrž táže se, jak musí se posuzovati bezvýhradné inkasní žiro dle platného práva rakouského. To však není »účinkem« disimulace, nýbrž logickým důsledkem ustanovení našeho práva. V prvé části této kapitoly mluví o »účincích« v poměru ku směnečnému dlužníku a praví: simulované žiro je absolutně neplatné a při disimulovaném indosamentu je indosatář oprávněn dle své vnitřní plné moci, ale není oprávněn k dalším úkonům, jež směnečný řád činí důsledkem bezvýhradného indosamentu, což je důsledkem autorova názoru na legitimaci. Ale dle směnečného řádu dospějeme sotva ku takovým důsledkům, ovšem W. posuzuje indosament »bez brýlí, které nám nasazuje právo směnečné« (str. 111.), a nepřihlížíme-li k směnečnému řádu, je ovšem bezvýhradný indosament směnky k účelům inkasním vzhledem na ustanovení občanského zákona plnou mocí k vybrání směnečné valuty.

Ve druhé části této kapitoly se pak autor rozepisuje o právním poměru zmocnitele ku zmocněnci dle této občansko-právní plné moci a rozebírá ji dle platných ustanovení obč. práva. K těmto výkladům připojen je

ještě dodatek, v němž autor pojednává o přílehlých partiích práva procesního, konkursního a odpůrčího.

Vzdor tomu, že jsme objevili zásadní nesouhlas s noetickými předpoklady autorovými, nemůžeme pomlčet o vážnosti úmyslu, s nímž přistupoval k řešení daného problému. Nezdánilo-li se mu problem rozřešiti, je toho vinna právě neznalost všeobecných předpokladů noetických, jež ovšem působí někdy až trapně, tak na př. neuvědomil si autor ani tak základní předpoklad každé vědecké práce, jakým je pojem. Věty, že pojmy mohou odpadnouti při nejkasuističtějším zákonodárství (str. 4.), že předmětem důkazu sc. procesního nemůže býti pojem simulovaného žira (str. 119.), »neboť pak bychom museli připustiti důkaz nabízený směněčným dlužníkem, jenž má pouze podezření, že indosament byl simulován« (str. 120.) (při důkazu pojmu simulace dostačilo by tedy pouze subj. přesvědčení ničím nedoložené), čtou se jako bizarerie, a zajisté s moderní noetikou nemají mnoho společného, neboť jinak musil by autor uznati, že i infimae species jsou pojmy a že pojem je vždy všeobecná představa, jejíž důkaz není ještě důkazem konkrétní právní skutečnosti, a o to jde při procesním důkazu!

Nedostatek tento litovati jest tím více, čím bystřejší jest úsudek v kritice použité literatury. Před jedním nutno míti úctu: autor postupuje synkretickou methodou a svému synkretismu zůstal věren a provedl ho do důsledků; tím dokázal, jak je nemožný, a v tom je cena knihy se stanoviska metody právní, třeba jen cena negativní a kniha tato znovu ukazuje, jak potřebný je criticismus i ve vědě právní a že logika zůstává i ve vědě právní nejvyšší vládkyní. Docent Dr. Jaromír Sedláček.

Dr. Ant. rytíř Randa: Právo vlastnické dle rakouského práva v pořádku systematickém. Šesté vydání. Redakci opatřil adv. Dr. Vojtěch Kasanda. Nákladem České akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění. 1917.

O díle tomto, věhlasného mistra a učitele našeho, jež nyní ve vydání šestém máme v rukou, se rozepisovati bylo by prací nejen velmi obtížnou, nýbrž i zbytečnou. Již vydání předcházející, tak i jeho »Eigentumsrecht« vydobyla si v literatuře nejčelnějšího místa, jsouť jako díla nepřekonatelná ve světě právníkům všeobecně uznávána, jsouť útočištěm ve všech otázkách sporných práva vlastnického, ano jsou evangeliem všech právníků bez rozdílu národnosti.

Jest se tudíž toliko zabývatí tím, zda a pokud Dr. Kasanda, byv zesnulým autorem novým vydáním spisu tohoto pověřen, úkolu mu svěřenému vyhověl. Tu ze spisku samého vyplývá, že se Dr. Kasanda úkolu toho pojal s láskou a pietou k zesnulému mistru, že vnořil se do práce s pilí nevšední a tak zhostil se čestného a důvěryplného úkolu ovšem i způsobem znamenitým. Třebas bylo vydání nově téměř doslovným otiskem vydání předcházejícího, dbal přece redaktor při tom jak vývoje řeči, tak vývoje zákonodárství, literatury a judikatury z doby novější, dbal i jiných spisů autorových a doplnil tak knihu jeho co neúplněji. Zjevně vzal zřetel k obsírnějším výkladům jeho »Eigentumsrecht« (o obsahu práva beneficiáta k beneficiu, o rozdělení společného vlastnictví, o žalobě dílčí, o nedělitelnosti spoluvlastnictví k některým věcem), k monografií »O závazcích k náhradě škody« a jiným publikacím jeho. Všiml si zvláště změn zákonodárstvím způsobených a tak pcjal vzhledem na civilní řád soudní pojednání o určovacích žalobách vlastnických do díla tohoto jako § 45., kloně se při tom k názoru, že jsou to žaloby z práva hmotného a odůvodňuje stručně názor svůj. Dále také přihlížel k novelám k obč. zák. II. ze dne 22. června 1915 č. 208. ř. z. a III. ze dne 19. března 1916 č. 69. ř. z. Zmiňuje se proto při §. 44. o obnově a úpravě hranic (§§ 850.—853.

obč. z. a § 351. ex. ř.), pak o úpravě práva sousedského (při §. 5., str. 57 a nn.), o omezení zcizení (přihlížeje částečně i k výkladům v »Eigentumsrecht«, § 6.a, str. 71 a nn.), o výhradě vlastnictví k strojům v továrnách a podobných budovách (§ 34.a, str. 250 a nn.), o odvozeném nabytí vlastnictví k nemovitostem neknihovním a ku dočasným stavbám na cizích pozemcích zřízeným (§ 35. a, str. 269 a nn.).

Takovým způsobem dosáhl cíle, k němuž ho snaha jeho, aby upravil výklad v duchu autora, aby zachoval jednotný ráz díla a aby nebyl překročen objem učebnice, vedla. Purcner.

Dr. Fuchs Gustav, dv. sekr.: Einfluss des Krieges auf bestehende Lieferungsverträge und verwandte Vertragsverhältnisse nach der Rechtssprechung des Obersten Gerichtshofes. Druhé vydání (1916) a 2 doplňky (1917 a 1918). Manz, Vídeň. Cena: 1.60, 2 a 3 K.

Světová válka zasáhla mocně ve veškeren život náš, přivodila rozmanité změny a vzbudila následkem toho v mnohém směru i pochybnosti, jak na ten či onen poměr dlužno pohlížeti, jak z něho se správně vymániti atd. Napomáhala sice vláda v tento čas, aby snad pravý chaos nepovstal, různými nařízeními — přes to však při množství a spletitosti případů způsobených novými poměry, nedalo se pamatovati na vše. I v životě právním nastaly tak četné změny, že přikročeno k novelování zastaralých předpisů, přizpůsobování jich poměrům novým, k tvoření norem nových, avšak ani tu nebylo lze vše vystihnouti, všemu vyhověti. Vyskytly se tudíž sporné otázky právní, pro jejichž rozhodnutí nedostávalo se pozitivních předpisů a jichž posuzování a rozhodování proto kolísalo. Bylo tak zejména v oboru práva dopravního, zvláště v obchodu a průmyslu co do splnění smluv dodávacích.

Bylo proto s povděkem přivítáno, když r. 1916 v »Allg. österr. Gerichtszeitung« uveřejnil tehdejší radní sekretář u nejv. soudu Dr. Gustav Fuchs v pořádku systematickém důležitá rozhodnutí nejvyšší soudní stolicе naší, aby informoval nejen právníky, nýbrž i přispěl k poučení interestů-neprávníků. Sbíрка rozhodnutí těch vyšla pak ve zvláštním výtisku a ještě r. 1916 v novém vydání značně rozmnoženém, k němuž se již r. 1917 a 1918 přidružily další dva sešity, doplňující tak svého předchůdce.

Nahlédnutí do sbírky této jest velmi zajímavé. Zabýval-li se prvý sešit případy spornými vzniklými z obchodů ujednaných před válkou, zabývá se sešit druhý již i uzávěrkami ve válce učiněnými, v nichž jde už zvláště o hodnotu dodávkovou, náhradu za nesplnění, kdežto poslední již pracuje pro dobu přechodnou. Zvláštního povšimnutí zasluhuje stanovisko, jež nejvyšší soud zaujal, že dodavatel nemá toho času práva, aby se zjišťilo, že povinnost jeho na dodání poměry válkou změněnými neuhasla, čímž se potvrzuje jen zásada v záležitostech dodávacích nejvyšším soudem vyslovená, že válka nepůsobí zrušení smlouvy a že jen nezaviněná nemožnost splnění od povinnosti nahraditi škodu sprostuje.

Bylo by příliš rozvláčné o jednotlivých případech uveřejněných se tu rozhořovovati, a stačí zajisté jen stručně uvést z bohatého obsahu případů, z nichž u některých i doslovné znění důvodů se uvádí, jen hlavní body, jichž se rozhodnutí týkají. Jsou to: Nemožnost plnění (nedosažitelnost), processuální následky úředních zákazů na dodávky, význam doložky válečné, doložka válečná při smlouvách pojišťovacích, doložky »bez závazku«, »bez povinnosti dodávky«, smlouvy o dílo, povinnost k plnění surrogátnímu, poměrné upokojení nároků oprávněných kupců, smlouvy o vojenských dodávkách, o insert, žaloby určovací o zjištění povinnosti dodávkové, processuální lhůta k plnění, nucené provedení nároku, pozbytí nároku, právo zboží odvolati a ztráta práva toho, vytýkáni vad, lhůta doatečná, oznámení volby, koupě úhradní, náhrada škody pro neplnění, vy-

počtení škody konkrétní a abstraktní (předražování), nárok na interesse, promlčení nároku toho, nárok na kommodum (vydání obohacení, vyššího výtěžku), právní následky smlouvy dodávací o předmětech zabavených, řetězový obchod a předražování, právní účinek maximálních cen, povaha drahotního přídavku, provize z dodávek vojenských, právní postavení válečného ústavu obilního, vliv války na výměnek atd.

Již z přehledu tohoto vidno, jak rozmanité jsou případy ve sbírce Fuchsově snesené a tím se zároveň sbírka ta sama sebou co nejlépe doporučuje. Ovšem kdyby bylo lze veškeré případy tam uvedené, jak Dr. Fuchs skutečně zamýšlel, v jeden svazek sebrati a systematicky seřaditi, bylo by to jen práci té ku prospěchu, leč nedostatek papíru a technické obtíže mu znemožnily vydání souborné; avšak obsah každému svazčku připojený nahrazuje alespoň částečně nedostatek vydání souborného.

Purcner.

L a y e r M a x, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge. Leuschner & Lubensky, Lipsko a Štýrský Hradec, 1916, 69 str.

Theorie většinou připouští, že na poli veřejného práva jsou možny smlouvy mezi rovnocennými subjekty a že vskutku se vyskytují; jádrem otázky však, již spisek se zabývá, jest, zda jsou myslitelný smlouvy veřejno-právní mezi nerovnocennými, totiž mezi nad- a podřízenými subjekty, hlavně pak mezi poddaným a státem. Máme přivržené i odpůrce takovýchto smluv. Ve svém spise, jenž věnován jest památce sedmdesátých narozenin nestora německé správní vědy O. Mayera, L a y e r jich uvádí několik z německé theorie; francouzská theorie i praxe uznává s jistým obmezením »contrat administratif« za skutečnou smlouvu veřejného práva.

V zákonech rakouských týkajících se veřejno-právních materií mluví se častěji o smlouvách, dohodách, ujednáních atd. Správní dvůr i říšský soud uznávají smlouvu i pro právo veřejné, zejména právo správní; proti tomu řadí nejvyšší soud všechny záležitosti správy, jež se upravuje smlouvou, mezi soukromo-právní.

Rozluštění otázky má význam jednak pro interpretaci — považujeme-li dotyčné jednání za »smlouvu«, jedná se o interpretaci vůle obou kontrahentů a o jich vzájemný poměr, díváme-li se na ono jednání jako na jednostranný úřední výkon, jedná se jedině o interpretaci vůle úřadu —, jednak pro kompetenci úřadu rozhodujícího o následcích, příp. sporech vzešlých z onoho jednání.

Máme-li určití pojem smlouvy veřejného práva, dlužno dle L. vyjítí od pojmu smlouvy vůbec. Za základnu nám slouží právo civilní. Než civilní zákony — § 861. rak. obč. zák. jest spíše popisem vzniku obligatorní smlouvy — nemají ponejvíce definice smlouvy. Obvyklé pak definice theoretické — spočívají podstatně na římském právu — prohlašují vždy za nejpodstatnější znak smlouvy konsens vůlí. Je ovšem pravda, že bez konsensu není smlouvy; než jest také pravda, že není již každý souhlas smlouvou. Binding postavil proti smlouvě ujednání (Vereinbarung) tak, že smlouva vůle zavazuje, ujednání je spojuje; smlouva jest »Willensbindung«, ujednání jest »Willensvereinigung«. Při ujednání sroste více vůlí stejného obsahu v jedinou úhrnnou vůli, při smlouvě doplňují se vzájemně dvě vůle různého obsahu. Vedle pojmu »ujednání« vytvářil K u n t z e pojem »úhrnného aktu« (Gesamtakt). Než oba pojmy: ujednání i úhrnný akt jsou příliš neurčity, než aby se daly přesně ohraničiti od smlouvy. Kuntze sám, a i J e l l i n e k, subsumují pod pojmy ty tolik různorodých věcí, že pojmy tyto stávají se bezcennými. — Autor nám pak předvádí svoje schema, které, co se týče pojmenování, sice souhlasí s uvedenými druhy dohod, avšak podstatou se liší.

Autor považuje za nejdůležitější moment smlouvy, že při »smlouvě« se omezují právní následky konsensu pouze na strany, že tedy konsens smluvní může zakládati, rušiti nebo měniti pouze subjektivní práva a povinnosti stran. Sjednocení vůlí, jež vytváří právní následky mimo stran, autor ze smluv vylučuje a poznačuje je jako »Vereinbarungen« (na př. založení spolku). Konsens vůlí, kde se též vytváří právní účinky na venek, kde však souhlasné vůle nejsou spjaty vnitřní páskou, jest aktem úhrnným. Hlavním případem této kategorie jsou volby.

Podstatným společným znakem všech tří druhů konsensu jest rovnocennost všech jednajících. A právě tato rovnocennost subjektů smluvních jest to, co zavdalo O. Mayerovi příčinu popírati vůbec smlouvu veřejného práva. Kde prý je všemocný stát jedním z kontrahentů, nemůže býti rovnocenností vůlí a tudíž také ne smlouvy.

Kdyby tomu tak bylo, praví L., nebyla by vůbec myslitelná žádná smlouva se státem. A přece se nedá popírati, že v oboru soukromého práva smlouvy se státem skutečně se uzavírají.

Dle odpůrců smluv veřejného práva — s O. Mayerem v čele — jest správa omezena ve svém jednání výhradou zákona; kde chybí veřejné správě zmocnění zákonné, může toto se prý nahraditi souhlasem poddaného. Souhlas poddaného není tedy vlastně ničím jiným než náhradou za zákonné zmocnění pro veřejnou správu. Jakmile se však správě dostalo souhlasu, tu má — dle odpůrců veřejno-právních smluv — veřejná správa volné ruce a může při dalším řízení vystupovati jako faktor mocenský. L. popírá toto a praví, že souhlas strany nemůže nikdy nahraditi zákonného zmocnění. Veřejná správa jest vždy povinna jednat i v mezích své zákonné kompetence; nemůže překročiti těchto mezí ani tehdy, dostalo-li se jí souhlasu strany. Výkonná moc jest vázána zákonem a nemůže jednostranně stanoviti všeobecné závazky, nýbrž jenom potud, pokud odpovídají zákonům. Jen v zákonodárství — nikdy v exekutivě — zračí se nadřizenost a neobmezenost státní vůle. Akt správy nemůže býti považován za jednostranný ani tam, kde se jedná o souhlas poddaného. Chce-li tedy správa konati nějaký akt, k němuž jí chybí imperium ze zákona, musí se jednoduše s poddaným domluviti jako rovný s rovným, t. j. musí s ním uzavřiti smlouvu.

Smlouva taková jest jednáním veřejného práva. Jednáním veřejného práva jest takové právní jednání, jež má bezprostředně následky veřejno-právní. Jedině dle následků právních (Wirkungen) — praví L. — má rozlišování soukromo- a veřejno-právních smluv smysl. Tu nelze nám ovšem nepoznamenati, že dle našeho mínění uzavření smlouvy jest samo o sobě přece jen holým faktem, který bez právního řádu nemůže míti nikdy právních následků. Právní následky resp. účinky jsou vždy, a to ať se jedná o smlouvu soukromo- nebo veřejno-právní, jen odrazem právních norem, resp. právního řádu. Odporujeme v této příčině čtenáři k studiu: Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, a Weyr: Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten v »Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht«, 1917.

Co jsou to vůbec veřejno-právní následky, resp. účinky? Autor nám to neříká. Říká nám pouze, že nějaký právní poměr (se stanoviska materiálního) jest poměrem veřejno-právním, nejsou-li práva a povinnosti, o nichž poměr ten jedná, předmětem soukromého právního řádu a soukromého právního styku, nýbrž jsou regulovány předpisy veřejného práva. Nedovídáme se však nikterak, co jsou to »předpisy veřejného práva«. Civilní zákon jest do jisté míry též předpisem veřejného práva, poněvadž předměty v něm regulované dotýkají se soužití individuí v lidské společnosti, a týkají se tedy eminentně zájmů veřejných. Srovnej o tom: Kel-

sen: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft v »Archiv des öffentlichen Rechts«, 1913.

Se stanoviska formelního jest dle L. právní poměr veřejno-právním tehdy, jest-li uplatnění a uskutečnění nároků z poměru toho vyloučeno z kompetence řádných soudů a přísluší-li kompetenci správních úřadů nebo správních soudů. Myslíme, že primérní otázkou bylo by rozhodnouti, co jest veřejno-právním poměrem, a pak říci: poněvadž tento poměr jest dle těch a těch materiálních symptomů veřejno-právním, jest vyloučen z kompetence řádných soudů a náleží před úřady nebo soudy správní, a nikoliv: poněvadž tento poměr spadá do kompetence úřadů nebo soudů správních, jest proto veřejno-právním. Rovněž myslíme, že není správně říci: tento poměr jest proto veřejno-právním, poněvadž může býti realizován jen politickou exekucí. Je přece myslitelné, že mohou existovati ve státě exekuční úřady všem odvětvím státní exekutivy (v nejšířším slova smyslu, tedy i moci soudcovské) společné, jež mohou realizovat akta všech státních orgánů, i soudců i správy, dle jednoho a téhož exekučního řádu. Je-li tedy vůbec nějaký rozdíl mezi soukromo- a veřejno-právními poměry, pak kriteriem toho může býti jedině kriterium vnitřní; není-li to hoto, pak není rozdílu mezi právním poměrem soukromého o veřejného práva.

Veřejno-právní poměr jest tedy takový — dle L. —, ježž lze uplatňovati a realizovati pouze před správními úřady; a takovým právním poměrem jsou také smlouvy veřejného práva. Než theorie o smlouvách výslovně uznává naprostou rovnocennost obou kontrahentů, i státu i poddaného, při uzavření smlouvy. Jest tedy při nejmenším naprosto nelogické, dáti celé rozřešení sporu ze smlouvy vyplývající jednomu z kontrahentů a opatřiti tohoto kontrahenta v dalším řízení imperiem!

Autor uznává smlouvy veřejno-právní, jak zvláště z druhé části vyplýne. Považuje je však za výjimku a připouští je pouze tam, kde zákon sám stanoví je jako formu právní, anebo kde zákonná regulace jest vlastně pouze subsidiérní.

Zvlášť pak podotýká, že nelze považovati za smlouvy mezi poddaným a státem všechny případy, kde platnost nějakého správního aktu jest závislou od návrhu nebo souhlasu strany, neboť by konec konců musilo býti každé policejní povolení, udělení milosti odsouzení, každé prominutí trestu na žádost strany smlouvou se státem.

Přicházíme ke druhé části spisku.

V druhé části uvažuje autor o několika právních poměrech vzatých z rakouského správního práva, jimž častěji přikládá se ráz smluvní.

1. Přijetí do státních služeb a udělení státního občanství. Na žádné z nich nemá poddaný nároku. Již terminologie příslušných zákonných předpisů mluvících o »přijetí«, »udělení«, ukazuje k tomu, že se vlastně jedná o jednostranný akt úřední. V těchto případech nejedná se tedy — jak ostatně soudí i většina v theorii — o smlouvu; právní poměr onen jest založen pouze úředním aktem samým. Výjimku tvoří § 15. zák. ze dne 15./4. 1873 ř. z. č. 47, připouštějící pro jisté případy výjimečné stanovení platu smlouvou. V tomto případě se jedná o opravdovou veřejno-právní smlouvu.

2. Četné jsou správní akty, jež mohou býti vykonávány za souhlasu osob akty dotčených. Jedná se třeba o »povolení«, udělení koncese; tyto akty různé právní povahy mají společné to, že mohou býti vydány pouze za souhlasu, z pravidla na žádost strany. Velká část sem náležejících aktů, k nimž čítají se též živnostenské koncese, nemá dle panujícího názoru v zápětí žádných subjektivních práv; v těchto případech nelze tedy již z tohoto důvodu mluvíti o smlouvách. Při jiných aktech, jako vodních koncesích a při udělení veřejných podniků, z nichž nejdůležitější jest koncese železniční, nabývají se subjektivní práva osobou, již byl

podnik propůjčen. Přes to německá theorie nevidí ani v těchto případech smluv. Obsah železniční koncese — vzájemná práva a povinnosti —, vše jest předem závazně stanoveno v dotyčném zákoně, koncese sama jest správním aktem vydaným na základě zákonného zmocnění. Vedlejší úmluvy mezi státem a podnikatelem o vzájemném poměru obou neodpovídající koncesnímu aktu, nemají právních účinků. To vyplývá též z §§. 6., 7., 9., 10. zák. ze dne 14./9. 1854 ř. z. č. 238. Totéž platí i o koncesi vodní.

Právní forma zakládající právní poměr mezi státem a podnikatelem jest tedy v těchto případech akt udělení koncese, tedy jednostranný správní akt; vůle podnikatele jest zde vedlejší.

3. Autor přechází k případům, v nichž i odpůrci veřejno-právních smluv vidí z části opravdové veřejno-právní smlouvy. Jedná se o veřejno-právní závazky, a to:

a) Závazky ku udržování kostelů, far, škol, silnic i vodních staveb atd. (konkurence). Klíč konkurenčních příspěvků jest zákonem přesně stanoven; dle judikatury správního dvoru nejsou však tato zákonná ustanovení tak závaznými (*ius cogens*), aby repartiční klíč nemohl býti stanoven činiteli ku společnému účelu přispívajícími mezi sebou.

Toto stanovení klíče mezi přispívajícími samými však dle L. možno považovati za veřejno-právní smlouvu jenom tehdy, když dohoda o tom uzavře se s veřejnou správou samou, a to buď tak, že dohodu tu uzavře správa s každým jednotlivým přispívatelem o sobě, anebo tak, že dohodu uzavrou jednotliví přispívatelé mezi sebou a veřejná správa ji schválí. Dohoda uzavřená pouze mezi přispívajícími bez souhlasu správy nemůže správu vázati a může míti nanejvýše soukromo-právní následky mezi jednotlivými přispívajícími. Dle judikatury správního dvoru však i soukromo-právní dohody o závazcích uvedeného druhu mají býti veřejnou správou respektovány a to dvojím způsobem: 1. že vymáhání soukromo-právních závazků na konkurenční příspěvky má se díti politickou exekucí a 2. že při rozdělování konkurenčního břemena na jednotlivé přispívatele má se na dohodu mezi přispívajícími úřadem samým vzíti zřetel tak, že soukromo-právní závazky mají býti primárními, zákonné pak rozdělení subsidiárními. Autor nepovažuje to za správné; bylo by to správným, kdyby zákon příkládal dohodě stran bezprostřední účinky veřejno-právní, totiž účinek takový, že by veřejná správa dohodou tou přímo byla vázána.

b) Bylo již podotčeno, že ustanovení o konkurenci nejsou *ius cogens*; není tedy na závalu, aby jednotlivé závazky nemohly býti modifikovány nejenom co se týče výše příspěvku, nýbrž i co se týče přispívajících stran, t. j. není vyloučeno, aby na břemena konkurenční mohly přispívati i osoby stojící mimo zákonné přispívatele. Jest zajisté jen v zájmu veřejnosti, převezmou-li osoby mající zvláštní zájem na nějakém veřejném podniku, dobrovolně jistá břemena, aby podnik ten umožnily. Ba jsou případy, kdy zákon sám vybízí interesenty k dobrovolnému přístupu ku nějakému veřejnému podniku s doložkou, že podnik nebude vykonán, nesejdu-li se příspěvky v jisté výši (tak různé zákony o místních drahách). Převzetí závazku ku příspěvku osobou k onomu veřejnému podniku nebo k dotyčné veřejné povinnosti zákonem nezavázanou považuje L. za smlouvu veřejno-právní. Veřejná správa totiž v takových případech přijímá prostě nabídku osoby závazek přijímající, právě jako se to děje při smlouvě soukromé. O nějakém správním aktu zde není řeči, poněvadž se vůbec nekoná.

4. Autor pojednává dále o smírech ve veřejném právu, totiž v případech, kde se jedná o budoucí a ještě nejisté závazky a nároky, jež se vzájemným souhlasem stanou určitými, ciferně označenými

Sem náleží jako hlavní případ paušalování poštovního porta, jež jest dle rakouského práva dávkou veřejnou. Kromě toho sluší sem počítati

paušalování příspěvku na úrazové pojištění smluvené mezi ústavy a podnikateli.

Částečně stejný ráz mají vyrovnání (sjednání) o daň (Abfindungen). V Rakousku jest to vyrovnání o daň z masa, vína a moštu. Vyrovnání to děje se buď s jednotlivcem anebo, a to pravidelně, se společenstvem. Protokol sepsaný v ústním řízení mezi finanční správou a společenstvem platí za listinu smluvní. Daň, byla-li i její výše stanovena smlouvou, zůstává přece veřejnou dávkou; vyrovnání o ni jest tedy smlouvou veřejno-právní. Daň se vymáhá politickou exekucí. Ostatní práva finanční správy jsou analogická právům veřejné správy proti vydražiteli veřejného díla. Další kritérium, že se zde jedná skutečně o smlouvu veřejno-právní, spočívá v tom, že vyrovnáním přenáší stát částí veřejné správy — ovšem pod vlastním dozorem — na společenstvo, totiž právo vybíratí dotyčnou daň od živnostníků, kteří ku dohodě nepřistoupili, anebo začali živnost teprve po vyrovnání.

Smíry mohou se uzavíratí též mezi jednotlivými korunními zeměmi a státem; země se vzdává pohledávek příslušejících jí z veřejno-právních titulů vůči státu proti paušálnímu výkupnému (viz zák. ze dne 27/3. 1869 ř. z. č. 60). Jiné případy sem náležející uvádějí speciální zákony různých korunních zemí.

5. Vyrovnání o daň přibližuje se propachtování daně veřejnou dražbou. Protokol o vydražení platí za listinu smluvní. Právní postavení pachtýřovo jest úplně analogické postavení společenstva při vyrovnání o daň. I jemu přenechává stát právo vybíratí daň na vlastní účet, i pachtýř jest zodpověden za zákonné jednání právě tak jako veřejný funkcionář; přes to však praxe považuje propachtování daně spíše za smlouvu práva soukromého.

Postavení pachtýře daní jako veřejného funkcionáře přivádí nás na jiný poměr, dle něhož se přenáší na soukromou osobu vykonávání veřejné moci. Dohoda obce s dobrovolným spolkem hasičů, kterou hasičský sbor resp. jeho velitel jest zmocněn obcí ku vykonávání hasičské služby — policie požární náleží do vlastní kompetence obce —, a na základě níž sbor na místě požáru vykonává vrchnostenskou moc rozkazovací, může býti smlouvou veřejno-právní; kdy tomu tak je, záleží od interpretace dotyčných zemských zákonů.

Jiný případ, kdy se smlouvou přenáší plnění veřejno-právních úkolů na jiné těleso, jest, přistupuje-li nějaké živnostenské společenstvo na základě §. 121. živn. ř. za účelem podpory svých členů pro případ nemoci ku nějaké nemocenské pokladně spolkové nebo ku zapsané pokladně pomocné. Tento kolektivní přístup může se státi pouze smlouvou s dotyčnou pokladnou o podstatných momentech pojištění (o přihlášce, příspěvcích a pod.). Pokladna, k níž přístup se stal, stává se tím nucenou pokladnou pro příslušníky společenstva; jedná se tedy nesporně o veřejno-právní poměr a tím též o veřejno-právní smlouvu.

6. Tam, kde stát poskytuje různé finanční výhody, subvence atd. ve veřejném zájmu, možno někdy mluvit i o veřejno-právní smlouvě.

Tak subvence z melioračního fondu dle zák. ze dne 30./6. 1884 ř. z. č. 116. Stát poskytuje zemím, okresům, obcím nebo vodním družstvům podpory a půjčky za účelem provádění jistých melioračních podniků (práce za- a odvodňovací). Podpora uděluje se za jistých podmínek v zákoně stanovených; tak obzvláště vyhražuje si stát jistý vliv na pochod prací a může si nesporně vyhraditi ještě jiná práva. Poněvadž však není právního nároku na udělení podpory, předpokládá toto souhlas vůle státu s vůlí podnikatelovou, co se týče všech podmínek udělení subvence. Tyto různé podmínky nemůže stát uložití pouhým správním aktem dotyčnému cizímu veřejnému podniku, tyto podmínky se mohou stanovití pouze smlouvou. Že

se jedná o smlouvu veřejno-právní, to vysvítá z toho, že předmětem smlouvy jsou jistá veřejná práva státní v hořejším zákoně o melioračním fondu stanovená.

Melioračním fondem účastní se stát ještě jinak na veřejných (melioračních) podnicích a to dle ustanovení zvláštních zemských zákonů. Zde participuje stát (jménem melioračního fondu) jako při konkurenci, avšak jako jeden z povinných konkurentů, již sami jsou subjekty veřejného práva. Jeden z konkurentů jest vlastním podnikatelem, druzí (i meliorační fond) subvencujícími faktory. V těchto případech ponechávají zemské zákony obyčejně zemi a státu, aby se spolu dohodly o bližších ustanoveních provedení podniku (doba stavby, vyplácení příspěvků, vedení stavby atd.). L. uvádí některé zemské zákony. Ve všech těchto případech jedná se dle L. o veřejno-právní smlouvy.

Dále sem náleží subvence drah a podniků plavebních, hlavně ve formě záruky výnosu (Ertrags- und Zinsengarantie). Že právní poměr mezi dráhou a garantujícím státem jest veřejno-právní, jest v Rakousku uznáno judikaturou všech nejvyšších soudů. Státní správa nemůže koncesí, t. j. správním aktem podniku propůjčiti více práva než jest stanoveno v §. 9. koncesního zákona (min. nař. ze dne 14./9. 1854 ř. z. č. 238); poněvadž však řečená záruka není předmětem koncese, může býti poskytnuta pouze ve formě smlouvy, a to ovšem veřejno-právní.

Udělení výhod místním drahám dle čl. III.—XII zák. ze dne 8./8. 1910 č. 149. ř. z. neděje se smlouvou, poněvadž podniky na ně mají nárok ze zákona, rovněž ne udělení výhody dle čl. XVIII. a násl. téhož zákona, poněvadž toto spadá do volného uvážení správy.

Státní subvence podnikům plavebním jsou regulovány zákonem ze dne 23./2. 1907 ř. z. č. 44. Tyto mají však jen z části smluvní ráz. Za veřejno-právní smlouvy možno považovati jen plavební a poštovní smlouvy uzavřené mezi státem a plavebními společnostmi, jimiž stát za to, že uděluje subvence, zjednává si vliv na obchodní vedení společnosti, na př. právo na udržování jistých linií, na vykonávání poštovní služby a pod. Nejdůležitější taková smlouva jest smlouva s paroplavební společností rakouského Lloydů (ř. z. č. 95. ai 1907).

7. Pochybnější jest právní ráz následujících případů, v nichž stát vystupuje jako kontrahent: zpětný kup soukromých drah státem a prodej státních drah na soukromé osoby (společnosti). Nespadá sem sestátnění dráhy po uplynutí doby koncesní nebo v koncesi vyhrazený zpětný kup, nýbrž kup z volné ruky. Tyto kupy jsou nesporně smlouvami. Obsah těchto smluv jest soukromo-právní potud, pokud se v nich jedná o kup soukromého vlastnictví dráhy (pozemky, budovy, materiál vozni atd.) a event. o převzetí dluhů; převod veřejného vlastnictví na podniku železničním a zřeknutí se koncese zahrnuté v prodeji náleží však mezi veřejno-právní momenty. Dle L. jest tedy takový kup železničního podniku státem z volné ruky právním jednáním smíšeným (!), z části soukromo-, z části veřejno-právním. V Rakousku jsou posuzovány tyto kupy se stanoviska formelně-právního civilisticky.

Při prodeji státních drah soukromým společnostem jedná se především o to, aby společnosti bylo uděleno oprávnění ku provozu, což se může státi jedinou zákonnou formou, totiž udělením koncese; ta jest však správním aktem a nikoliv smlouvou. Pokud se ovšem převádí vlastnictví podniku s příslušenstvím, tu bude míti jednání to jako prodej ve vlastním smyslu obsah civilně-právní; bylo by tedy formálně správnější, o prodeji, jenž jako prodej státních statků potřebuje též schválení legislativy, zřídit zvláštní smlouvu a vedle toho udělit pak koncesi.

Právo provozu na nějaké již pozůstávající dráze může býti též převedeno na jinou osobu, aniž by podnikatel se měnil: tak může soukromá

dráha býti převzata do provozu státem nebo nějakou společností, nebo státní dráha nějakou společností. O smlouvě může se však mluvit jen tehdy, jedná-li se o převzetí provozu z volné ruky. Smlouva může býti dle svého obsahu pachtem, přebírá-li druhý kontrahent provoz na vlastní účet a platí vlastním podnikateli pevnou rentu, nebo smlouvou zmocňovací (čl. XVIII., al 3., zákon o místních drahách ř. z. č. 149 ai 1910), nebo úplnou smlouvou služební. Vždy však jest předmětem smlouvy provoz veřejného podniku, tedy veřejná funkce; smlouvou založená subjektivní práva a povinnosti jsou rázu veřejno-právního; smlouvy ty sluší tedy považovati za smlouvy veřejného práva.

Do této kategorie náleží též převod veřejných fondů, podniků nebo ústavů smlouvou mezi různými správními subjekty, na př. převod veřejné státní nemocnice do zemské správy. V tomto speciálním případě provádí se též vlastnictví na budově a zařízení, takže takový převod obsahuje též momenty soukromo-právní. Rovněž zde nutno uvéstí převod veřejných cest mezi správními subjekty; předmětem převodu jest zde veřejné vlastnictví a veřejné závazky. Převod takový jest tedy smlouvou veřejného práva.

8. Četné úmluvy mezi samosprávnými tělesy mají, jak skoro všeobecně se uznává, ráz smluvní.

Sloučení dvou nebo více obcí musí předcházeti dohoda o majetku, držbě, správě a užitcích na zvláštním jmění jednotlivých obcí. Dle L. tato úmluva má ráz »jednání« (Vereinbarung), poněvadž se nejedná o úpravu práva povinností jednotlivých obcí mezi sebou, nýbrž úmluvou se tvoří jediný nový právní subjekt.

Naproti tomu jest změna hranic mezi více obcemi smlouvou.

Při dohodách obcí o společnou správu nebo zřízení společných ústavů se jedná o provádění veřejných úkolů obecní správy, takže dohody ty jsou smlouvou veřejného práva. Jednotlivé případy sem náležející jsou upraveny zvláštními zákony, na př.: dohody obcí o obstarávání místních služeb zdravotnických, dále sloučení více obcí za účelem zřízení, udržování a správy společné vodárny a společného vodovodu (obce Praha, Karlín, Smíchov, Král. Vinohrady a Žižkov, čl. II: českého zemského zákona č. 48 ex 1899) a pod.

Sem náleží i smlouvy mezi jednotlivými korunními zeměmi ku společnému obstarávání různých záležitostí zemské správy, na př.: ku zřízení, udržování a správě společných robotáren, k úpravě ošetrovacích útrat cizích příslušníků v zemských nemocnicích atd.

Podobné smlouvy jsou možny i mezi soukromými osobami a soukromými spolky obstarávajícími úkoly veřejné správy, pokud smlouvy se týkají jejich veřejných práv a povinností. Hlavním případem sem spadajícím jsou smlouvy péagogové dle §. 10. lit. g) železničního koncesního zákona (ř. z. č. 238 ai 1854). Že tato smlouva není smlouvou soukromo-právní, dokazuje jednak to, že může býti nahrazena úředním opatřením s odvoláním na veřejný zájem (odst. 2. cit. lit. g), jednak ustanovením §. 13. téhož zák., že totiž spory ze smluv těch spadají do kompetence administrativy.

9. Autor dotýká se dále případů, z nichž vyplývá, že jsou možny i veřejno-právní smlouvy mezi soukromými osobami navzájem: § 32. říšského lesního zák., §§ 43. a 44. většiny zemských vodních zákonů a pod. Jsou to případy, kdy smlouvou více přispívatelů při konkurenci o výměře příspěvků jest veřejná správa vázána. Dále sem náleží zmocnění druhého ku vykonávání veřejných funkcí (zde se jedná hlavně o volební právo, pokud vůbec jest zde zmocnění přípustno). Na pohled jedná se o smlouvu, upravují-li rodiče žijící ve smíšeném manželství, náboženské vyznání svých dětí. L. však neuznává to za smlouvu, poněvadž

úmluva netýká se subjektivních práv kontrahentů; jest to spíše veřejno-právní »ujednání« mezi soukromými osobami.

10. V právu francouzském jsou nejvýznačnějším příkladem veřejno-právních smluv smlouvy o dodávkách a zadávání veřejných prací (Marchés de fournitures a marchés de travaux publics). Pro spory z těchto smluv nebo alespoň pro žaloby podnikatele proti státu jsou ve francouzském právu kompetentními úřady nebo soudy správní. U nás je řízení to regulováno nařízením min. ze dne 3./4. 1909 ř. z. č. 61, jednajícím skoro o všech ressortech. Podmínky dodávek a zadávání prací jsou předem veřejnou správou pevně stanoveny, tak že se jim musí každý offerent podrobiti. Souhlas offerenta a veřejné správy se redukuje vlastně na jediný bod, totiž na stanovení ceny. Výslovně však jest zachována forma smluvní. Podmínky obsahují ovšem mnohé, co by mezi soukromíky nebylo možné a vysvětluje se pouze mocenským postavením státu jako druhého kontrahenta. Stát vykonává též úplnou kontrolu a dozor nad pracemi a má vzhledem na veřejný zájem, pro který vlastně dotyčné smlouvy se uzavírají, jiné různé výsady. Pro spory jsou však kompetentními řádné soudy. L. považuje takové dodávky a zadání veřejné práce za opravdový poměr smluvní, podléhající ovšem dle výslovného ustanovení kompetenci řádných soudů, avšak obsahující prvky veřejno-právní. Poměr tento lze tudíž dle L. označiti jako smíšený, totiž z části soukromo-, z části veřejno-právní.

Již v bodě 7. seznámil nás autor s podobným právním útvarem. Kup soukromé dráhy státem z volné ruky jest též takovým právním jedním smíšeným. Než myslíme, že nelze podobná právní jednání posuzovati jinak než jako akt jednotný, a že tudíž sluší je kvalifikovati i se stanoviska právního jednotně. Je-li takové jednání jen z části soukromo-, z části veřejno-právní, pak by jako jednotný akt právně musilo býti kvalifikováno jinak: ovšem samostatně a jednotně, nikoliv jako nějaké právní neutrum. Dualismus právní nás tedy vede k trialismu, a mohli bychom podobnou cestou dosíci ještě dalšího dělení práva. Jedno zlo plodí druhé.

Spisek jest psán věcně a jasně; můžeme ho co nejvíceji doporučiti. Fin. sekr. Čaha.

Hlídka časopisů.

Právník (1918). Prof. Dr. J. Krčmář: Příspěvky k výkladu reformovaného práva občanského. IV. K dědickému právu třetí novely a řádu o zbavení svéprávnosti. — Prof. A. Miříčka: Přerušení těhotenství lékařem a jeho povinnost oznamovací hledíc k osnově trestního zákona. — Dr. Emerich Polák: O nařízení zakazujícím dražby předmětů potřebných. — Praktické případy, přehled rozhodnutí, literární zprávy, hovorna atd.

Právnícké rozhledy (1918). E. Svoboda: Politika a právo. — Dr. Hrubý Václ.: Jak souvisejí idee demokracie a sebeurčení národního. — Dr. Schieszl Josef: Advokacie za války. — Dr. Flieder Rob.: České státní právo. — Dr. Matoušek Josef: Soudcové samostatní, nezávislí, ale přesaditelní. — Dr. Macek Josef: Nezamýšlené účinky práva. — Dr. Fousek: Zlatá klausule. — Svoboda Emil: Dělení vlastnictví. — Dr. Jos. Schieszl: Kandidáti advokacie za války. — Dr. Jan Kapras: Velkostatky a fideikomisy v českém státně. (Studie historická.) — Dr. Jos. Macek: Poznámky k právní politice. — Dr. Jarosl. Kallab: Sebeurčení nároků jako princip právní. — Dr. Fr. Fousek: Daň z majetku. — Dr. Ant. Klosse: Stát a národ. — Svoboda Emil: K osnově zákona o výchově ochranné. — Dr. Václav Hrubý: Dvě či tři instance? — R. Mat. Sv. Byrokracius v řízení trest-