

nications et du transit“, Lausanne, Payot & Cie., 1920; Časopis pro železniční právo a politiku 1926, Lankáš: „Železniční smlouvy mezinárodní“, „Zahraniční politika 1925“, týž: „Společnost národů a mezinárodní režim železniční“.

Otakar Lankáš.

Koncese.

I. K názvu a pojmu k. II. Z teorie k. III. Praktický dosah třídění dovolovacích aktů správních. Konsensy a k. IV. Positivní uspořádání jednotlivých konsensů a k-i. 1. Právní nárok na udělení. 2. Vedlejší ustanovení. 3. Odvolatelnost a změnitelnost aktu dovolovacího. Literatura.

I. K názvu a pojmu k. K-emi nazývá mluva zákonů některé z individuálních aktů správních, jimiž právní řád podmiňuje určité činnosti v ten způsob, že by jinak, t. j. bez intervence aktu správního, byly činnostmi bezprávnými, t. j. schopnými vyvolati následky, které právní řád k činům bezprávným pojí, zejména trest nebo exekuci (směřující k zamezení bezprávné činnosti a k potlačení jejích hmotných výsledků), nebo trest i exekuci zároveň. Mluva zákonů a prakse právní má pro tyto správní akty bohatý rejstřík názvů, jejichž jazykové odstíny jen zřídka napovídají rozdíly právní (na př. schválení a contr. povolení, v. heslo Akt správní str. 39). Ponejvíce jde o synonyma převzatá z jazykové zásoby státu policejního, kde snad differencování názvů mělo nějaké příčiny správně technické, snad jen zcela vnější povahy. K. je jedním z názvů řečených aktů správních vedle povolení, konsensu, schválení, propůjčky, uznání, licence, aprobace, kolaudace a pod. Některé z oněch aktů uskutečňují se také vydáním (udělením) úřední listiny, jako t. zv. diplomů, patentů, legitimací, listů zbrojních, honebních, knížek podomních a j. nebo také zápisem do určitých rejstříků veřejných. Někdy dokonce povolení lpí na listině do té míry, že jen držení listiny vylučuje bezprávnost (na př. §§ 24 a 25 zbrojního patentu ř. z. č. 223/1852).

Výrazu k. užívá se v našem právu dosti nahodile, takže někdy správní akty sobě velmi podobné nesou názvy různé, kdežto zase akty sobě méně podobné nazývají jsou stejné. Tak mluví se o živnostenské k-i, ale o stavebním p o v o l e n í, naproti tomu však o k-i živnostenské stejně jako o k-i železniční, k-i pomocných děl hornických a j.

Vyjmouti ze souboru správních aktů

řečeného druhu k-i jako specifický druh a vyhraditi pro tento druh název k. k důslednému užívání má smysl jen tehdy, je-li možno vyhledati specifické znaky právnické, kterými se k. od podobných aktů odlišuje. Podle nové nauky právní (zejm. Merkl, náležející ke škole Kelsenově v Allgemeines Verwaltungsrecht 1927, str. 190, 262, k němuž se připojuje také Adamovich: Grundriß des tschsl. Staatsrechtes 1929, str. 208) nemůže se takovéto rozlišení nikdy zdařiti, poněvadž všechny akty řečeného druhu, ať již jde o „koncese“ směřující k založení osobnosti právnické nebo o úřední souhlas k činnostem bez tohoto souhlasu nedovoleným, mají vesměs zcela stejnou právní podstatu. Všecky domnělé rozdíly jsou jen metajuristické příměsky, a mnohaleté úsilí o nějaké rozlišení, jako vůbec všechna snaha o systemisaci správních aktů je málo více než neplodná hříčka (unfruchtbare Differenzierungskünste, Merkl l. c.) Hlavní proud písemnictví nevzdal se však podnes rozlišování správních aktů, které je napořád myšleno jako třídění právnické (z nejnovějších na př. Walter Jellinek: Verwaltungsrecht 1928, str. 248 a spisy u něho str. 237 citované). Zejména rozlišuje se (pouhé) dovolení (Erlaubnis, konsens) od propůjčení (Verleihung, k.), což zde nejvíce zajímá.

II. Z teorie k. Z četných teorií je zde možno zaznamenati jen některé, jež jsou ukazateli hlavního směru. Náběh k rozlišení dovolení (Erlaubnis) od propůjčení (Verleihung) učinil G. Jellinek ve svém proslulém díle: System der subjektiven öffentlichen Rechte (poprvé vyšlo 1892) při příležitosti své konstrukce subjektivních práv veřejných. Pouhá dovolení (welche ein D ü r f e n gewähren) nerozšiřují nikdy přirozenou svobodu jednání, nýbrž odstraňují toliko pro konkrétní osoby zákaz tuto svobodu osvědčiti (sie zu betätigen). Naproti tomu propůjčeními (welche ein K ö n n e n gewähren) přičiňuje se k přirozené způsobilosti jednotlivcově něco, čeho od přírody nemá. Pod společnou střechou pouhých dovolení setkávají se u G. Jellinka k. jak živnostenská, tak železniční, propůjčka horní, povolení stavební, zbrojní list, lístek honební a j. P r o p ů j č u j í se jen p r á v a podle své substance státu náležející. Na způsob delegace přenášejí se tu státní práva výsostná. I udělení práva vlastnovacího sem náleží.

G. Jellinkova konstrukce veřejných práv subjektivních byla ovšem v celku

opětovně odmítnuta, nejostřeji Kelsenem, jenž ve svém základním díle: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (str. 629 a násl.), popíráje vůbec rozdíl mezi právem veřejným a soukromým, musil odkliditi teorii, která buduje hned celou soustavu veřejných práv subjektivních. Jeho polemika je namířena zejména proti základnímu rozeznávání mezi „dürfen“ a „können“, jejichž úplnou totožnost Kelsen dovozuje z Jellinkových vlastních předpokladů. Avšak G. Jellinkovo rozlišování mezi Erlaubnisse a Verleihungen ozývá se v různých obměnách i u jiných, a to i u vedoucích spisovatelů. Zejména nemá k němu daleko O. Mayerovo (*Deutsches Verwaltungsrecht*, všecka 3 vydání) odlišení policejního povolení (*Polizeierlaubnis*) od propůjčení (*Verleihung*, *Konzession*). Ono restituuje toliko svobodu, která by tu jinak byla; kdyby nebylo policejního zákazu, udílí tedy jen to, co je v rámci svobody již obsaženo, kdežto k. je právní institut zcela jiného druhu, udílející příjemci právní moc nad částicí veřejné správy a veřejné moci v ní obsažené, a to k výkonu této moci vlastním jménem a nikoli jménem státu, jako je tomu při pověření jednotlivce veřejným úřadem. Pro tento akt udělovací vyhražuje O. Mayer název k., která je dvojího druhu, záležející jednak v propůjčení veřejného podniku (jako je na př. podnik železniční, podnik veřejného průplavu a j.), jednak v propůjčení zvláštních práv užívacích (meze obecného užívání přesahujících) na věcech veřejných, jako jsou k. vodních děl na veřejných vodách, k. ke kladení rour, kablů a železničních kolejí do tělesa veřejných silnic a pod.

Třídění O. Mayerovo prozrazuje nepopíratelný vliv tradiční nauky francouzské, jež rozeznává mezi autorisacemi, kteréž jsou pouhým policejním opatřením (*mesure de police*) při příležitosti výkonu nějakého práva, kdežto k. záležejí jednak v propůjčení dočasného užívání veřejného statku (*d'occupation temporaire du domaine public*, jako jsou k. vodní síly, lázní mořských), jednak t. zv. *concessions de travaux publics* čili přesněji *de service public*, jako jsou zejména podniky železniční.

Oba tyto druhy k. jsou chápány jako odrůdy jednoho typu, t. j. propůjčení užívání veřejného statku. Rozdíl je jen v tom, že v prvním případě propůjčuje se užívání veřejného statku již existentního (*concession d'usage*), v druhém případě propůjčuje se užívání veřejného statku, který

koncesionář teprve a to svým nákladem zřídí (*travaux publics*) a zřídív jej, hospodářsky exploituje, avšak nikoli jako ryzí podnik soukromý, nýbrž na způsob veřejné služby (*Moreau*). Poněvadž jde o druh veřejné služby, je podnik takový podroben státní reglementaci stejně jako veřejná služba provozovaná „en régie“. Poněvadž však jde zároveň o použití soukromého kapitálu k účelům veřejné služby, upravuje se stránka konstrukční a finanční (j. maximální tarify) správní smlouvou (*contrat administratif*) (*Hauriou: Précis de droit administratif*, v 9. vyd., str. 865).

K O. Mayerovu třídění sluší připomenouti, že nenalezl ve svém schematu k-i místa ani pro propůjčení podniku horního, ani pro k-i lékárnickou, ani pro propůjčení zvláštních práv užívacích na vodách soukromých. Působí dojmem rozpaků, vykládá-li O. Mayer prvé dva případy jako použití pouhé formy k. na podnik živnostenský, poslední případ pak jako pomocný institut práva soukromého, který je k-i jen napodoben.

Kormann, kráčeje jinak ve stopách O. Mayerových, navazuje (*System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*) na dvojdělení G. Jellinkovo. Rozeznává jednak absolutní udělení způsobilosti (*absolute Fähigkeitsverleihungen*) (*Fähigkeit = können*) bez ohledu na určitý právní objekt, jednak udělení práv (*relative Verleihungen von Rechten*, kde se „können“ vztahuje na určitý právní objekt), jednak pouhé povolení (*Erlaubnisse, die nur ein Dürfen gewähren*). Touto cestou odlišil Kormann na př. k-i železniční a horní propůjčku jako „propůjčení práva“ od k. živnostenské a povolení stavebního jakožto povolení pouhého výkonu práva již existentního, což vše jsou u G. Jellinka povolení zcela stejnorodá (*Erlaubnisse*).

Walter Jellinek (*Verwaltungsrecht*, str. 246, 249) neodchýlil se podstatně od dosavadní linie, rozeznáváje uvnitř kategorie „begünstigende (a contr. belastende) Akte“ akty poskytující svobodu (*Freiheitsgewährungen*) od aktů propůjčujících moc (*Machtsverleihungen*). K oněm počítá povolení (*Erlaubnis*), jež osvobozuje od zákazu, jako na př. k. hostinská, konsens stavební, schválení živnostenských provozoven a jiná povolení práva policejního, která vracejí jen přirozenou svobodu, k těmto pak akty, jimiž se zřizuje osoba právnická, udílí patent, horní vlastnictví, práva na věcech veřejných, právo provozovati ve-

řejný podnik, (v němž jsou obsažena i „oprávnění výsostní“).

Panující nauku říšskoněmeckou vystihuje Paul Schoen ve Festgabe pro pruský vrchní správní soud, 1925, str. 129, asi následovně:

„Povolení (Erlaubnis), zejména policejní, nezakládá pro příjemce — na rozdíl od propůjčení (Verleihung) nebo-li k. v technickém smyslu slova (rechtsverleihende Genehmigung) — subjektivního veřejného práva (Recht) na určitou činnost nebo na držbu určitého zařízení, zjednáva mu toliko oprávnění (Befugnis) činit něco, co je ve veřejném zájmu policejními zákony sice všeobecně zakázáno, avšak s výhradou zvláštního úředního povolení. Toto povolení odstraňuje pro jednotlivce překážku, kterou zákon postavil v cestu jeho přirozené svobodě jednání.“ Z toho vyvozuje se pak tento důležitý důsledek: „Majíc jenom tento právní účinek a nezakládajíc pro příjemce nějakého práva vůči moci veřejné, musí toto povolení býti zásadně považováno za odvolatelné.“ Na tomto stanovisku stojí podle Schoena (l. c. str. 142 proti Kormannovi) zásadně i praxe správního soudu pruského a saského, jakož i soudu říšského. Hatschek (Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechtes, 5. a 6. vyd., str. 140) přijímá sice zásadu, že příjemce povolení nezískává veřejného práva subjektivního, má však za to, že povolením zakládá se aspoň t. zv. veřejnoprávní držba (öffentlich-rechtlicher Besitzstand), což znamená, že úřad, chce-li udělené povolení odejmouti nebo omeziti, musí dokázati, že nastala změna poměrů skutkových. K tomu Coester: Die Rechtskraft der Staatsakte, 1927, str. 220, jenž pokládá povolení za „rechtsgestaltend“, jde o „Sicherung der Rechtslage zwischen dem Untertan und dem Staat“.

Z písemnictví rakouského práva správního budiž především vzpomenuto Pražákova rozlišování správních aktů konstitutivních, „jimiž se zakládá nový právní poměr, jehož tu dříve nebylo“ (Rakouské právo správní, I., str. 109 a násl., na str. 129 mluví P. o „nabytém právu“), od aktů deklaratorních (rozhodnutí), „jimiž se autoritativním způsobem upravují konkrétní poměry životní podrobením jich určitému pravidlu právnímu“. I t. zv. policejní povolení (na př. stavební konsens) mohou býti konstitutivní. Hra- niční čáru klade tedy Pražák nikoliv mezi

povolení a k., nýbrž mezi konstitutivní propůjčení (Verleihung) a akt deklaratorní. Stabilita aktů deklaratorních spočívá podle Pražáka na zásadě materiální právní moci, stabilita aktů konstitutivních na zásadě ochrany nabytých práv (k tomu kritika Hoetzelova: Nauka o správních aktech). Hermann Herrnritt ve svých Grundlehren des Verwaltungsrechts (1921) v podstatě přejímá nauku Pražákovu (l. c. str. 243, 272, 277, 279 a j.). Název k. chce patrně vyhraditi toliko pro propůjčení oprávnění správních (Verleihung von Verwaltungsbefugnissen, l. c. str. 242, 274), čímž rozumí oprávnění vrchnostenská (obrigkeitliche Befugnisse). Tezner ve svém pojednání: System der obrigkeitlichen Verwaltungsakte v Österr. Zeitschrift f. öffentl. Recht, I., uvádí jak povolení tak k. v širokém rámci konstitutivních opatření (konstitutive Verfügungen), počítaje ke konstitutivním aktům (rechtsbegründend) i živnostenské k., schválení živnostenské provozovny, kdežto konsensy stavební považuje za akty určovací (feststellend, l. c. str. 391 a násl.). Naproti tomu železniční k., privilegium cedulaové banky a pod. jsou pro něho pravé zákony, byť se nevydávaly ve formě zákona konstitučního (l. c. str. 402).

Proti naukám, které abstrahujíce od právního řádu, vycházejí od přirozené svobody jednání, právem se namítá (viz Akt správní str. 39), že přirozenou volnost lidskou nelze přesně ohraničiti.

Nauky, které kladou důraz na to, že k-mi propůjčují se práva „výsostní“ nebo „vrchnostenská“ oprávnění (Verleihung von Hoheitsrechten, von Verwaltungsbefugnissen na př. Hatschek l. c. str. 356, Hermann Herrnritt l. c.), narážejí na pochybnost, zdali tato propůjčená práva „vrchnostenská“ (viz Akt správní str. 35 až 43) jsou vskutku pravým jádrem a nezbytným znakem k. Tak na příklad podstata k. železniční sotva by se změnila, kdyby t. zv. policie ústavní (Anstaltspolizei, srov. na př. Hatschek l. c. str. 461) nepříslušela orgánům železničního podniku (srov. §§ 93, 102 žel. ř. prov. č. 1/1852 ř. z.), nýbrž byla vykonávána vlastními orgány státu.

Z francouzských publicistů stojí za zmínku i G. Jèze (Les principes généraux du droit public), pro nějž jsou autorisations (jako na př. naše povolení stavební, schválení živnostenské provozovny) actes — conditions. Je to akt — podmínka, jímž se žádná individuální situace právní neza-

kládá, nýbrž jednotlivec se toliko jaksi převádí z jednoho právního statusu do statusu jiného, t. j. ze zákonného režimu „zákazu“ do zákonného režimu „svobody“. Z autorizace plyne prostě možnost určité činnosti, ne právo na určitou činnost. Naproti tomu povolení k dočasnému užívání veřejného statku zakládá individuální situaci právní, což jest Jèze-ův ekvivalent subjektivního práva. K-i veřejné služby, jež má smíšenou povahu smlouvy sloučené *sacte — condition*, traktuje Jèze samu pro sebe. *Toute concession est à la fois une entreprise privée et un mode de gestion d'un service public* l. c. str. 290. Jak je vidět, nemají teorie německé a francouzské k sobě daleko.

Z cizích literatur budiž ještě upozorněno aspoň na Presutti-ho, kterýž ve svých *Istituzioni del diritto italiano amministrativo* (I, 193) věnoval podrobné studium „autorisacím“ a „správním koncesím“. Neodchyluje se nijak podstatně od nauky francouzské, význam jeho výkladu leží v detailním propracování jednotlivých situací, jež je velmi zajímavé (na př. autorizace podle něho zakládá pro příjemce jen práva, pro veřejnou správu jen povinnost, správní k. zakládá práva i povinnosti na obou stranách).

III. Praktický dosah třídění dovolovacích aktů správních.

K o n s e n s y a k o n c e s e. Distinkce, které teorie snaží se nalézt, nemají pro praxi správní významu, neplynou-li z nich důsledky, jichž prakse potřebuje a také může upotřebiti. Kde — jako u nás — je soudní kontrola správy vybudována na zásadě ochrany veřejných práv subjektivních (§§ 2 a 3 a zák. o správním soudě ř. z. č. 36/1876 a také § 105 úst. list.), a kde proto nejen správní justice, nýbrž i prakse správní je přímo nucena subjektivní práva veřejná přese všechny noetické rozpaky nějak konstruovati, záleží hlavně na těchto dvou relacích:

1. jaká je právní situace uchazeče o úřední dovolení (v nejširším smyslu slova), zejména zdali a pokud přísluší mu vůči státu (veřejné moci) právní nárok na udělení žádaného dovolení, s čímž úzce souvisí otázka, zdali a do jaké míry je přípustno připojit k úřednímu aktu dovolovacímu vedlejší ustanovení (viz heslo *Akt správní*, str. 48), příjemce dovolení omezující a zatěžující;

2. jaká je právní situace příjemce úředního dovolení, zejména nabývá-li z dovolení právního nároku vůči státu (moci ve-

řejné), aby ve sféře dovolením kryté nebyl veřejnou mocí omezován. Jde tu o otázku odvolatelnosti a dodatečné změnitelnosti dovolení již uděleného.

Je možno, že texty zákonů dávají na všechny tyto otázky odpověď jasnou a určitou. Pak ovšem mohou býti právní praxi rozdíly mezi povolením a k-i lhotejnou, a teoretické konstrukce nebudou ji zajímati. V této šťastné situaci bývá však prakse velmi zřídka. Zákony zachovávají příliš často hluboké mlčení nebo dávají náznaky dvojznačné a proto nespolehlivé. Praxi pak nezbyvá než hledati rady u nauky právní. Ale učení, které hlásá, že všechna správní dovolení jsou právnícky zcela stejnorodá, sotva může podati ruky pomocné. Je zajisté nepopíratelná pravda, že váže-li právní řád určité činnosti na podmínku úředního dovolení, je činnost taková protiprávní, byla-li předsevzata bez tohoto dovolení, a po této stránce je opravdu lhotejno, zdali se mezi dovolovacími akty nějak rozlišuje. Právní následky bezprávného činu (*Unrechtswirkung*) vždy se dostavují, třeba že nebyly vždy na vlas stejné (na př. někdy jen trestnost jako v některých případech §§ 71 a 72 čes. vod. zák., častěji trestnost a zároveň exekuce odstranitelnost výsledků protiprávní činnosti, jako je tomu zpravidla v právu stavebním, někdy také jen právní bezúčinnost jako na př. při změnách spolkových stanov bez úředního povolení podle § 21 t. zv. spolkového patentu ř. z. č. 253/1852). Zdá se však, že úřední dovolení přece jen nepředstavují nerozrůznitelnou masu, a že není naprosto nemožno provésti jakési třídění, které právě pro praktické otázky svrchu položené může mít význam.

A. Jsou normy, které vízí určité činnosti na úřední dovolení, spojující s nimi, jestliže a protože byly předsevzaty bez tohoto dovolení, následky činu bezprávného. Ale právě k činnostem téhož skutkového obsahu vztahují se ještě jiné normy, které stanoví, že činnosti tohoto obsahu, budou-li předsevzaty za určitých věcných předpokladů a v určitých mezích, nebudou mít následků činu bezprávného, čili že jsou dovoleny. Tyto normy, nazveme je: normy „dovolující“, bývají někdy rozloženy ve dvojí vrstvě. Normy jedné vrstvy stanoví zásadní dovolenost určitých činností, normy druhé vrstvy, omezující sféru zásadní dovolenosti, stanoví věcné předpoklady, za kterých činnost je resp. za kterých není dovolena. Ale všechny

tyto normy, t. j. norma vížící činnost na úřední dovolení a norma nebo normy „dovolující“, postihující ve svém souboru jednu a touž činnost, jsou normy úplně souřadné, to jest mají stejnou normativní relevanci. Odmyslíme-li si z tohoto normového souboru onu normu, která určitou činnost váže na úřední dovolení, a je-li tato činnost podle „dovolující“ normy tohoto normového souboru činností dovolenou, nenastane žádný z následků, jež právní řád pojí k činům bezprávným. Netřeba zdůrazňovati, že stále máme na mysli skutečný normativní obsah a nikoli gramatickou formulaci norem.

Příklad: Určité činnosti stavební jsou jednou normou vázány na úřední dovolení. Činnosti tyto jsou však zásadně dovoleny jinou normou, která uznává zásadní svobodu vlastnictví, in concreto zásadní disposiční svobodu vlastníka pozemku. Toto zásadní uznání vlastnické svobody bývá obsaženo v ústavních listinách, u nás v § 109, avšak v této relaci nemá významu, že jde o normu ústavní. Je tedy vlastníku zásadně volno na svém pozemku stavěti. Podle další skupiny norem je stavba na vlastním pozemku dovolena jen za jistých věcných předpokladů, na př. že stavba nebude ohrožovati bezpečnost života a zdraví atd. Tyto věcné předpoklady jsou stanoveny buď jen všeobecnými direktivami nebo velmi podrobnými měřítky (na př. číselným určením maximální výšky, procentuálním určením maximálního zastavění stavebního pozemku a pod.).

Jiný příklad: Určité činnosti živnostenské jsou vázány jednou normou na úřední dovolení. Zásadně jsou však činnosti tyto jinou právní normou dovoleny. Takováto norma je obsažena na př. v § 108 úst. list.: Každý státní občan může vykonávati výdělkovou činnost. Podle další skupiny norem k téměř činnostem se vztahujících („všeobecné právní předpisy“ v § 108 úst. list., což jsou in concreto předpisy živnostenského řádu) je dovolenost těchto činností vázána na určité materiální předpoklady jako jsou: určité náležitosti osobní (spolehlivost, zvláštní způsobilost) nebo určité předpoklady věcné (místní potřeba, nezávadnost činnosti po stránce bezpečnostní, mravnostní, požární a pod., způsobilost provozovací místnosti a j.).

Ze souřadného poměru všech norem souboru normového, jehož předmětem jest jedna a táž činnost, plyne důsledek, že úřední dovolení, jímž činnost taková je pod-

míněna, nemá býti úřadem odepřeno, je-li činnost podle norem k obsahu jejímu se vztahujících dovolena. Úřad nemá nedovoliti, co zákon prohlašuje za dovolené. Další důsledek souřadného poměru oněch norem je ten, že úřad, vydávaje dovolení, nemá vázati je na jiné předpoklady, než jsou ony, na něž jejich dovolenost váže norma „dovolující“. Ježto však tato „dovolující“ norma váže dovolenost činnosti na určité předpoklady a stanoví tedy e contrario jejich nedovolenost, jestliže tyto předpoklady splněny nejsou, nerozumí se samo sebou, že právních sankcí, na tuto nedovolenou činnost stanovených (jako je zejména exekuční odstranění jejich hmotných výsledků), nemůže býti použito, byť i úřední dovolení bylo uděleno. Neboť činnost, jejíž obsah se přiči normě dovolující, zůstává nadále činností protiprávní, třeba že úřední dovolení bylo (contra legem) vysloveno. Bylo-li dovolení uděleno, má to jen ten účinek, že nenastupují sankce, které právní řád pojí k činnosti bez předchozího dovolení předsevzaté. Naopak zase nerozumí se samo sebou, že když činnost na předchozí dovolení vázaná byla, předsevzata bez předchozího povolení, mají nastoupiti sankce, jež stíhají činnost obsahově nedovolenou, přesto, že činnost bez dovolení předsevzatá je obsahově v úplné shodě s normou dovolující. Nastoupí v takovém případě toliko ony sankce, jež jsou stanoveny na činnosti bez úředního dovolení předsevzaté (zejména trest).

Všecky tyto důsledky, vyvinuté ze vzájemného poměru norem jednoho a téhož normového souboru, mohou ovšem býti modifikovány pozitivní normou nejružnějšími způsoby. Avšak o tyto modifikace nyní nejde. Oč jde, je zjištění jednoho typu aktů dovolovacích. Specifická povaha tohoto typu podává se nám z popsaného spětí koordinovaných norem, jež vztahují se vesměs k jedné a téže činnosti, tvoříce jednotný normový komplex. Praktický význam určení tohoto typu vystoupí arci teprve tenkrát, když pozitivní norma mlčí. Důsledky z jeho specifické povahy odvozené mají tedy platnost jen subsidiární.

Situaci, kterou pokusili jsme se právnicky vystihnouti, vyjádřil na př. Thoma (Archiv des öff. Rechts sv. 38, r. 1918, str. 354) takto: „Dabei handelt es sich um einen obrigkeitlichen Ausspruch darüber, ob eine Anlage oder Betätigung, die an und für sich in der Rechtsmacht des Gesuch-

stellers liegt (Bauen auf eigenem Grund, Gewerbebetrieb mit eigenen Sachen und kraft privater Handlungsfreiheit) polizeilich unbedenklich sei“.

Otázku, zda popsaný akt dovolovací působí konstitutivně či jen deklarativně, lze přejíti, poněvadž nemá (a to ani pro stabilitu aktu) rozhodného významu (srov. Hoetzel: *Nauka o správních aktech*, zejména str. 114), i kdyby mezi akty konstitutivními a deklaratorními byl rozdíl větší než pouze relativní a graduelní (srov. Weyr: *Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten* v *Öst. Zeitschrift für öff. Recht* III., Merkl l. c. 187, ostatně i Tezner *Österr. Zeitschrift für öff. R. r. I.*, str. 394).

Doménou dovolovacích aktů zde popsaných je právo policejní (viz heslo *Police*). O. Mayer razil pro normy, na nichž tyto akty dovolovací spočívají, název *Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt*, který se velmi ujal, ačkoli skutečnou situaci vystihoval by snad spíše název „policejní zákaz s přípovědí povolení“. Účel normy, jež s výhradou dovolení zakazuje, je ten, aby bylo již zpředu zjištěno, zdali zamýšlená činnost nepříčí se normě, která stanoví předpoklady její dovolenosti. Nebýt normy vízící budoucí činnost na úřední dovolení, vyvolávala nebo nevyvolávala by činnost tato úřední zákazy a rozkazy a posléze i sankce na bezprávný čin stanovené (exekuci, trest), podle toho, zdali podle normy na obsah činnosti mířící, je činnost tato bezprávná či dovolená. Tak je tomu v právu řádu, jenž neprošed érou policejního státu nepřinesl si s sebou normy podmiňující určité činnosti předchozím úředním dovolením. Právo anglosaské ani dnes tento svůj základní ráz úplně neseťelo. Naproti tomu právní řády, jež nesou na sobě stopy policejné-státní minulosti, un vestige de l'ancien régime de police (Moreau), nedávají úřadu vyčkávat, až bude-li protiprávní činnost předsevzata, aby pak na ni reagoval prostředky právem k tomu určenými. Obklopují jednotlivce zákazy, nutíce jej, aby dříve než určitou činnost předsevezme, svůj úmysl úřadu oznámil a po případě i plán své činnosti jemu tak předestřel, aby úřad již zpředu mohl zjistiti, zdali nejde snad o činnost protiprávní, a aby v tomto případě již zpředu „preventivně“ ji zakázal. Není proto nepřipadné, byl-li normě, která činnost zásadně dovolenou váže na úřední povolení, dán název „Überwachungsverbot“, a byl-li tento akt dovolovací charakterisován jako

„Überwachungsmaßregel“ (O. Mayer). Zákaz s výhradou (přípovědí) povolení vyskytuje se v pozitivních právních rádech zpravidla tam, kde podle zkušeností je již zpředu důvodná obava, že činnost bude snad s právní normou v rozporu, čili — podle výrazu Hatschkova — že je polizeilich zweifelhaft.

Jen mimochodem budiž upozorněno na kontroverzi, zdali je přípustno podmíniti nějakou činnost předchozím úředním konsensem nařízením i bez výslovného zmocnění zákonného, či může-li se tak státi jenom zákonem. Někteří j. O. Mayer: „*Deutsch. Verwaltungsrecht*“ 3. vyd., I, str. 240, 2. vyd., I, str. 250, též Tezner: „*Österr. Administrativverfahren*“, 1922, str. 178 a v *Österr. Zeitschrift für öff. Recht* I, str. 383 a j. shodně i Budw. A 6105/08 a. j., spokojují se s nařízením, jiní j. F. Fleiner: „*Institutionen des Verwaltungsrechtes*“ 1922, str. 378 a Boh. adm. 7729 žádají zákon neb aspoň výslovné zákonné zmocnění, jakým jest na př. § 24 živn. řádu.

Mluví-li se o povolení policejním, neznamená to policii v onom užším smyslu, jak ji na př. u nás nyní vymezuje čl. 2 zák. č. 125/1927 Sb., chtěje ohraničiti kompetence úřadů politických. Podle stupně civilisace okruh „policejních závad“ se mění, rozšiřuje nebo také zužuje. Závadné a tedy protiprávní jsou nejen činnosti, které ohrožují veřejnou bezpečnost, pořádek (pojem ostatně velmi neurčitý), nýbrž i činnosti a zejména výsledky činnosti, jež příčí se na př. soudobému cítění estetickému, jako je tomu podle řádů stavebních, jejichž dějiny vůbec názorně ukazují stále rozmnožování indexu „veřejných ohledů“, jimž stavba nesmí se přičítati, aby nebyla nedovolená. (Viz na př. Hácha: *O stavebním konsensu*: Spr. obzor, r. I., str. 268 a násl.)

Neobjímá-li právo policejní celou oblast norem, o nichž zde je řeč, beze zbytku, je nicméně policejní povolení typickým případem popsaného aktu dovolovacího. Odmitá-li Merkl (l. c. str. 260) název „policejní povolení“, poněvadž prý akt dovolovací nemůže míti povahu aktu policejního, který podle své podstaty jen zabráňuje a odvrací škodlivosti a nebezpečnosti, nelze s ním již proto souhlasiti, že podstatným obsahem aktu povolovacího není jen výrok: „dovoluje se“, nýbrž i t. zv. „podmínky“, v nichž obsaženy jsou příkazy a zákazy, jejichž policejní povahu není možno popírati. Srov. Rosin: *Polizei-*

liche Verfügung, ve Stengel-Fleischmannově: Wörterbuch des deutsch. Staats- u. Verw.-Rechts str. 109.

B. Proti popsanému druhu norem a aktů dovolovacích z norem těchto odvozených lze postavit normy, které sice také vízí určitou činností na dovolení úřední, nejsou však spiaty s jinými normami, které touží činností zásadně a za určitých věcných předpokladů označují za dovolenou. Dovolovací akt tohoto druhu visí výlučně na normě, která úřad k udělení jeho zmocňuje. Ona jest jediným jeho zdrojem, a odmyslíme-li si tuto normu, není jiné normy, jež by tu kterou činnost právně kryla. Byla by to vždy činnost bezprávná, vyvolávající tu neb onu sankci, již právní řád na bezpráví stanoví. Šlo by tu zpravidla o zásah do cizí právní sféry nebo do sféry akcí, kterouž právní řád buďsi státu nebo po př. některému podstátnímu svazu vyhrazuje nebo aspoň zásadně občanům uzavírá. Historický kořen těchto výhrad bývá v regalitě. Fleiner, I. c. str. 317.

Příklady:

Svobodné užívání veřejných věcí j. silnic a vod je zásadně omezeno jen na t. zv. užívání obecné, usus communis. Kdyby nebylo normy, která zmocňuje dovoliti „zvláštní“ užívání věci veřejné nad meze užívání obecného, bylo by na př. položení kolejí železničních do tělesa silnice veřejné, zřízení a provozování vodního díla na veřejné řece, činem naveskrz bezprávným, pokud by snad nebylo možno zvláštní právo užívací k věci veřejné založiti smlouvou. (T. zv. k-ní smlouvy. Srov. k tomu Erich Kaufmann ve Stengel-Fleischmannově Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verw. Rechts., II., str. 701.) Kdyby nebylo normy, která zmocňuje úřad, aby udělil propůjčku horní, bylo by dolování bezprávným činem, zejména na pozemku cizím. Podobně jako nikdo kromě státu nemůže (zde docela podle výslovné normy zák. č. 28/1922 Sb.) zřídit a provozovat universitu, nemohla by národní banka, kdyby nebylo zák. č. 347/1920 Sb. anebo aspoň zákona zmocňujícího výkonnou moc, aby příslušné povolení udělila, vydávati bankovky, t. j. nezúročitelné poukázky na sebe samu. Dokud nebylo nebo není delegační normy, umožňující udělení takovýchto povolení aktem správním, mohla takováto povolení býti udělena jen „privilegiem“, individuálním zákonem, podobně jako ještě v moderním právu anglickém udílejí se aspoň zásadně k. ke stavbě a provozu železnic, průplavů,

těž vodáren, plynáren atd., skutečným individuálním zákonem v t. zv. Private bill legislation. Je příznačné, že akty dovolovací tohoto druhu bývají někdy, zejména v teorii francouzské, konstruovány jako smlouvy. O dovoleních těchto bylo řečeno (Lanes: Verw. Archiv, svazek 33, str. 45), že nejsou ani „polizeirechtlich“ ani „privatrechtlich“, nýbrž „Ausfluß der Landeshoheit“. Některá bývají označována jako „fiskalisch“ (Friedrichs).

Normy tohoto druhu, obsahují-li toliko zmocnění dovoliti činnosti jinak z á s a d n ě n e d o v o l e n é, nedávají žádného podkladu pro konstrukci uchazečova nároku na dovolení. Důsledně nemohou vedlejší ustanovení, ať jsou jakákoli, třeba i nemravného obsahu, zkrátiti uchazeče v právu, kterého nemá. Jen správní justice zařízená na ochranu individuálních z á j m ů, mohla by proti arbitrárním vedlejším ustanovením poskytnouti ochrany z titulu t. zv. détournement de pouvoir. K povolení mohou býti tedy připsaty všeliké výhrady, do-
ložky času, podmínky, a pod. Bylo-li však dovolení uděleno, nabývá tím uchazeč právního nároku vůči moci veřejné, aby ho u výkonu činnosti jemu dovolené neomezovala. Bylo-li uděleno beze všech výhrad, může mu býti odňato jen na základě normy na př. vyvlastňovací. Máme ovšem i zde stále na mysli zase ryzí typus tohoto aktu dovolovacího, který je speciálními zákony zpravidla buď více nebo méně modifikován. Mají proto i zde důsledky vyvozené z povahy aktu, či lépe z povahy normy, z něhož akt dovolovací je odvozen, význam jen subsidiární.

Má-li se aktům tohoto druhu dostati zvláštního názvu, hodí se k tomu již pro svůj jazykový obsah lépe výraz „koncese“, „propůjčení“, kdežto na dovolovací akty svrchu (pod A.) popsané přiléhá spíše výraz „povolení“, konsens. Na této nomenklatuře se také písemnictví celkem ustálilo. Srov. Fleiner I. c. str. 321.

Rozeznávání dovolovacích aktů in personam a in rem není zvláštností toho neb onoho z obou typů zde předvedených a stačí proto odkázati na heslo „Akt správní“ str. 38. Na jedno je však třeba upozorniti. Norma zmocňující k udělení k. může býti a často bývá provázena normou, kterou lze nazvati policejní. Tato stanoví všeobecně, jak má činnost, bude-li koncesována, býti provozována, jak má dílo, bude-li koncesováno, býti zřízeno a udržováno. Z toho ovšem nenásleduje, že modalitě k. a

vedlejší ustanovení k ní připojená nesmějí překročiti hranici obmezení z této policejní normy plynoucí, jako je tomu při modalitách a vedlejších ustanoveních konsensu. Neboť vzájemný poměr normy koncesní a souvislé s ní normy policejní je zcela jiný než je ono specifické spjetí norem, na nichž spočívá konsens. Ale plyne z toho, že t. zv. podmínky koncesní, právo z k-e nabyté ohraničující, nemusí býti za všech okolností maximální hranicí povinností koncesionářových. Konnexní norma policejní může tyto povinnosti rozšiřovati. Ona může býti stálým zdrojem nových, ovšem jen policejních příkazů, třeba tyto nebyly kryty výhradami ke k-i připojenými. Rozlišiti vlastní normu koncesní od souvislé normy policejní v konkrétním zákoně bude často nesnadným úkolem.

V příčině významu žádosti za dovolení (návrhu) stačí zde odkázati na heslo Akt správní, str. 44, a na Teznerův již uvedený System der obrigkeitlichen Verwaltungsakte str. 399.

IV. Positivní uspořádání jednotlivých konsensů a k-i. Speciální zákony mohou normovati jednotlivé konsensy a k. zpravidla zcela suverénně, nenarážejíce na překážky plynoucí z normy vyššího řádu (ústavní). Mohou je tedy normovati ve všech prakticky významných relacích odchýlně od typů svrchu (pod III.) zjištěných. Mohou právní posici žadatele za konsens zhoršiti a právní posici žadatele za k-i zlepšiti. Mohou omeziti odvolatelnost a změnitelnost konsensů, ale mohou také k. učiniti volně odvolatelnými nebo omezení. Nezřídka však zachovávají obě v plné ryzosti typu. Příklady je zde možno podati jen v omezeném výběru.

1. Právní nárok na udělení. Jako ryzí typus konsensu jeví se po této stránce stavební konsens našeho práva. „Udělení není položeno do volného uvážení úřadu, může býti odepřeno jen za předpokladů § 364 obč. zák.“, tedy jen z důvodů stavebními řády stanovených. Budw. 12422/99, 13284/99 a j. Často mluví se sice „o volném uvážení“ úřadu, Budw. 14266/99, A 4026 a j., ale v pravdě nechce tím býti negován právní nárok na udělení konsensu, nýbrž je tím míněno jen volné hodnocení stavebně-policejních překážek. Toto hodnocení je však materiálně i procesněprávně omezeno. Ke stavebně-policejním překážkám náležejí i závady estetické. Budw. A 6066/08, 8198/11, a to i při povolení parcelačním Budw. A 8463/11. I konsens železničních úřadů v požárním obvodu železnic poklá-

dán jest za konsens policejní, který může býti odepřen jen ze zcela určitých důvodů policejního rázu. Boh. adm. 4374, 6856 a j. Honební lístek podle čes. zem. zák. č. 49/1866 a mor. č. 4/1914 může býti odepřen jen z taxativně uvedených (policejních) důvodů. Jinak má žadatel právní nárok na jeho vydání. Licence na sbírání hadrů dle dvor. dekretu z 20. II. 1823, č. 22 Sb. pol. zák. m u s í býti udělena.

Právní nárok na udělení t. zv. k. živnostenské byl sice často popírán (Laun: „Das Recht zum Gewerbebetrieb“ str. 124, též Kulisch, Heller). Judikatura býv. vídeňského s. s. mluví zde často o „volném uvážení“, ale nicméně pouští se do zkoumání, zdali tato k. nebyla úřadem odepřena z důvodů nezákonných, zkoumá na př., zdali „místní potřeba“ byla dostatečně zjištěna (na př. Budw. A 6427/08, 8074/11). N. s. s. vyšetřuje nejen hranice pojmu „místní potřeba“, nýbrž i postačitelost skutkového materiálu pro úřední výrok místní potřebu popírající (Boh. adm. 854, 1554, 1671, 1927, 2008 a j.). Nárok na udělení konsensu pro živnostenskou provozovnu, nejsou-li v cestě zákonné překážky, výslovně uznává Budw. 7653, a mluví-li se o „volném uvážení“ (Budw. A 3961/05, 5488/07 a j.), myslí se tím jen hodnocení skutkových okolností, jež však, „aby bylo zákonitě fundováno, musí se opírat i o skutkovou podstatu náležitě zjištěnou“, t. j. musí z ní plynouti. Svrchu podané všeobecné úvahy (III A) ve všech dosud uvedených příkladech silně podporují uznání právního nároku na udělení úředního dovolení a staví je na principiální basi. O právním nároku na prodloužení povolení k podomnímu obchodu podle § 7 zák. č. 87/1926 Sb. nelze pochybovati, zato nárok na původní vydání „knížky podomní“ není podle textování zákona nepochybný. Nedá-li se výkladem zákona zjistiť opak, slušelo by podle hořejších vývodů (srov. III A) existenci nároku uznati. Totéž platí o nároku na vydání zbrojního listu podle zbroj. patentu č. 223/1852 ř. z., jak uznáno bylo v Boh. adm. 2306, 6820, kdežto Boh. adm. 8093 nárok takový popírá, i když žadatel je osoba nezávadná. Takovéto kolísání, jež není v judikatuře žádnou vzácností, dokazuje potřebu pevné linie, kterou z textu zákonů nelze vždy vyhledati. Bez nějaké subsidiární konstrukce nelze se obejiti. Nárok na povolení provozovati divadelní hry a na licenci kinematografickou důsledně se popírá, Boh. adm. 482, 678, 758, 2481. Má to jakousi oporu v dekretu

dvor. kanc. z 6. I. 1836 Sb. pol. zák. č. 5 resp. v Bachově divadelním řádě č. 454/1850 ř. z., zvláště když normu, která by v tomto směru zásadní svobodu jednání stanovila, sotva lze nalézt, kdežto textování cit. divadelního řádu zdá se nasvědčovat tomu, že pořádání divadel („ein mächtiger Hebel der Volksbildung“) bylo chápáno jako jakýsi veřejný ústav výchovný, jehož zřízení a provozování není soukromníkům zásadně dovoleno.

T. zv. vodoprávní konsensy ke zvláštnímu užívání veřejných vod jeví se nám jako typus k. ve smyslu svrchu vyvinutém. Textování vodních zákonů (zejm. §§ 86, 94 čes. vod. zák.) však tyto akty dovolovací aspoň potud připodobuje typu konsensu, že přiznává za splnění zákonných předpokladů právní nárok na jejich udělení. Zřetelnou povahu k. má také povolení k plavení dříví a stavbám plavebním na veřejných vodách podle § 26 a násl. lesního zák. č. 250/1852 ř. z., nicméně zákon dává (§ 30) žadateli zcela nepochybný právní nárok na její udělení, nestojí-li v cestě zákonné překážky taxativně uvedené. Ryzí k-i je také jak propůjčka měr dolových, tak i povolení kutací a také k. děl pomocných. Než vlivem zásady hornické svobody („Bergfreiheit“) (viz heslo „Horní právo“, str. 756 a násl.) poskytuje zákon na udělení těchto k-i právní nárok, neboť smějí býti odepřeny jen ze zcela určitých důvodů zákonných. Naproti tomu k. železniční netoliko nese plným právem své jméno, nýbrž zachovává si ryzí povahu typu k. i po stránce, o níž je nyní řeč. Neboť nejen indicie v textu t. zv. koncesního zákona obsažené (§§ 7 a 9), nýbrž a hlavně pojetí této k. jako „privilegia“ (§ 8) a vůbec celý historický vývoj našeho práva železničního (viz zvláště Boh. adm. 6460) vylučují právní nárok na její udělení, takže na ni přesně dopadají pregnantní věty Moreauovy: un particulier ne peut exiger une concession, un refus ne peut pas donner lieu à un contentieux. Nyní viz k tomu zák. č. 373/1919 Sb. Totéž lze říci o k-i leteckých podniků podle § 27 cit. zák. č. 172/1925 Sb., neboť zákon nejen že provozování těchto podniků přikazuje do akční sféry státu a státních ústavů, nýbrž právní nárok na udělení této k. zřetelně neguje („koncesi uděluje podle volného uvážení....“). Ostatní dovolovací akty tohoto zákona jako legitimace opravňující k držení letadla (§ 7) a zápis jeho do rejstříku letadel (§ 10), velitelský a pilotský diplom (§ 12), povolení ke

zřízení leteckých provozoven (§ 21), povolení k živnostenskému praktickému výcviku leteckého personálu (§ 46) ukazují naproti tomu typickou povahu konsensů, jednak osobních, jednak reálních a zachovávají tento svůj ráz i v tom, že nárok na udělení jich, nebrání-li překážky zákonné, nedá se dobře popírat. Zákon tento poskytuje vůbec pro studium aktů dovolovacích mnoho zajímavosti, protože důmyslným způsobem navazuje na typy v právním řádu již běžné (zejména v právu živnostenském, železničním, plavebním), a předváděje hotový vzorník typů těchto, podává snad i výkladovou pomůcku k otázkám, jež týkají se typů jím recipovaných. Úřední povolení k paroplavební dopravě osob a zboží na veřejných vodách podle nař. č. 9/1855 ř. z. poukazuje nejen podle textování zákona (§ 2 kann nur...), nýbrž i podle doby vzniku této normy na ryzí typus koncesní. Dřívější povaha „privilegia“ byla mu totiž odňata (§ 1) jen potud, že napříště nemá se již udělovati jako oprávnění monopolní („ausschließende Bewilligung“). Ke k-ím sluší patrně počítati i povolení k vedení tratí železničních v tělese veřejných silnic podle čl. XXVI. zák. č. 149/1911 ř. z. a podle zák. zemských na př. čes. z. z. č. 41/1892. Typická povaha k. je tu však potud přetvořena, že zákony tyto poskytují železničnímu podniku (místním drahám) právní nárok na toto povolení, s nímž ovšem konkuruje i konsens povahy policejní, takže z důvodu nebezpečnosti pro silniční komunikace může býti tento zvláštní způsob užívání věci veřejné odepřen. K tomu Boh. adm. 7146. Živel koncesní vězí patrně i v prohlášení podniku elektrického za všeužitečný podle zák. č. 438/1919 Sb. Právní nárok na toto prohlášení nedá se konstruovati, ale bylo-li uděleno, jest jím eo ipso založen právní nárok na přiznání (k-i) zvláštních práv užívacích na pozemcích komunikačních (§ 7), jejichž předmět a rozsah stanoví se v úředním rozhodnutí (§ 19). Přiznání těchto práv nemůže patrně býti odepřeno, leda snad z důvodů komunikačně policejních, ježto akt koncesní je i zde spjat s konsensem policejním (§ 18). Úplně ryzí typus k. představují povolení k výrobě, prodeji a přechovávání radiotelegrafních a radiotelefonních zařízení podle zák. č. 9/1924 Sb. Nárok na udělení těchto k-i je s všemožnou určitostí popřen (§ 9).

Koncesní povaha povolení celních skladů podle §§ 52 a 53 zák. č. 114/1927 Sb.

se všemi právními důsledky typu je pro nás mimo všechnu pochybnost.

Na území velmi nejisté uvádějí nás však povolení ke zřízení spolků podle t. zv. spolkového patentu č. 253/1852 ř. z. Je celkem samozřejmo, že v době vydání tohoto zákona povolení tato byla myšlena jako ryzí k. Nebylo tehdy svobody spolkové, a tehdejší stát viděl ve spolku nejen instituci, která „vykonává bližší vliv na veřejné zájmy“ (praeambule spolkového patentu), nýbrž očekával od spolků i potentiální zásah do svých práv výsostních. Kdyby již tehdy byla bývala organisována správní justice na způsob nynější, byla by musila patrně nárok na toto povolení za všech okolností popřít. Nelze však přehlížeti, že zavedením ústavnosti a zejména prohlášením zásadní spolkové svobody (čl. 12 zákl. zák. č. 142/1867 ř. z. u nás § 113 ústavní listiny) zaujal právní řád vůči spolkům zcela jiný postoj. Je třeba položit si otázku, zdali někdejší k. nebyla tím přetvořena v pouhý policejní konsens. N. s. s. v Boh. adm. 137 vskutku takto na věc nazíral, vysloviv, že povolení spolku (akciové společnosti) může být odepřeno jen z důvodů zákonných, čímž patrně jsou míněny důvody policejní, ovšem v širším slova smyslu, který zahrnuje v sobě i jakousi policii národohospodářskou. Nepřímo dává snad tomuto stanovisku nějakou oporu i cís. nař. č. 127/1865 ř. z. (čl. I a II), lze-li již z něho vyčísti změnu poměru právního řádu ke spolkům i výdělečným. Upozorniti sluší také na nař. č. 86/1866 ř. z. o koncesi pro veřejná skladiště, která již podle tohoto zákona (nyní zák. č. 64/1889 ř. z.) silně podobá se pouhému konsensu, který lze odpírat jen z důvodů zákonných, ač se tehdy výslovně předpokládalo, že půjde také, ne-li hlavně, o výdělečné podniky spolkové (§ 1). Nejnovější nález Boh. adm. 8106 ovšem opustil stanovisko nálezu Boh. adm. 137, odbočiv zase na cestu, kterou kdysi kráčela judikatura rak. říš. soudu (Hye-Hugelmann č. 49, 905, 1530). N. s. s. vykládá nyní spolkový patent ze sféry názorů policejního státu, považuje patrně změněnou frontu právního řádu k právu spolkovému za bezvýznamnou, pokud jde o spolky podle zák. z.r. 1852. Pochybna je povaha koncese lékárnické podle zák. č. 5/1907 ř. z., jednak pro její příbuznost s veřejným ústavem, jednak pro její podobu s činností živnostenskou. V relaci, o kterou nám nyní jde, podává však textování zákona dosti zřetelné náznaky, že právního nároku na udělení této k. není.

Rozvinouti kasuistiku ještě do větších rozměrů brání ráz tohoto díla.

2. O vedlejších ustanoveních nutno se omeziti na několik ilustrujících poznámek. Je ustáleným názorem judikatury, že konsensy nelze zatížiti příkazy a podmínkami, jež nemají co činiti se zákonnými předpoklady, na něž udělení konsensu je vázáno. Četné nálezy, přiznávající i tímto nepřímým způsobem žadateli zásadně právní nárok na konsens, ruší takováto scestná vedlejší ustanovení pro nezákonnost. Dva zvláště názorné příklady mluví za mnoho jiných. V Budw. A 8644/1911 bylo uznáno nejen nezákonným, ale právně zcela bezúčinným obmezení ke stavebnímu konsensu připojené, jehož „obsah leží úplně mimo sféru zájmů, jež jsou úřady stavební povolány chrániti“. Šlo o podmínku konsensu, že domu smí býti používáno toliko k účelům obytným, nikoli pro účely školské (tehdy pro soukromou českou školu ve Vídni). V Budw. A 3673/1905 odepřen byl živnostensko-policejní konsens ke zřízení provozovny, poněvadž byla by jí ztížena stavba projektované trati železniční. Správní soud připustil sice, že zřízení železniční trati bylo v zájmu veřejném, nicméně zrušil pro nezákonnost, poněvadž tento veřejný zájem nenáleží do kategorie zájmů veřejných, jež přísluší chrániti úřadům živnostenským při schvalování živnostenských provozoven. Toto správní stanovisko ovšem soud v době válečné v Budw. A 11435/1916 (v zájmu vojenského letiště) neslavně a docela výjimečně opustil.

I při vodoprávních konsensech (recte k-ích) připouští judikatura na př. Budw. A 6480/1909 jen modalitu a podmínky „na ochranu veřejných zájmů ve vodním zákoně normovaných a k ochraně subjektivních práv, jež se podle tohoto zákona mají posuzovati“. Je to nutný důsledek pozitivní normy, jež dává právní nárok na udělení této k., nestojí-li v cestě překážky zákonné. Judikatura zejména starší nebyla arci prosta kolísání (srov. na př. Budw. A 2794/1904, 3439/1905).

Sporadicky byla ovšem k dovolovacím aktům, výslovně za živnostenské k. (recte konsensy) uznávaným, připojována a judikaturou připouštěna vedlejší ustanovení úplně scestná (na př. Budw. 8316/1895).

T. zv. podmínky k. železniční mohou pravděpodobně jíti nad hranice povinností koncesionářových v koncesním zák. č. 238/1854 ř. z. jmenovitě v § 10 stanovených (srov. Havelka: Československé železniční

právo“, str. 9.). I to je příznak ryzí koncesní povahy tohoto aktu dovolovacího.

3. Odvolatelnost a změnitelnost aktu dovolovacího. Otázka klade se obvykle v ten smysl, zdali aktem dovolovacím bylo založeno subjektivní právo (t. j. právní nárok, aby příjemce nebyl v činnosti jednou dovolené úřadem omezen), nebo zdali akt dovolovací je schopen materiálně právní moci. V této formulaci jde o svrchovaně sporné problémy, které na tomto místě nemohou býti řešeny (viz hesla Akt správní, Řízení správní). Stranou musí zůstatí také otázka právní bezúčinnosti a odvolatelnosti správních aktů pro jejich formální vady. Jde tu zásadně jen o akty formálně bezvadné, jejichž právní účinnost je nepochybná.

Váže-li norma dovolenost některých činností na určité předpoklady (na př., že ona činnost nebo její výsledky nebudou ohrožovat bezpečnost života neb zdraví), a nejsou-li ve skutečnosti tyto předpoklady splněny, je činnost taková v rozporu s normou, čili je bezprávnou, vyvolávající sankce na bezprávi stanovené. Otázka je, zdali konsens, kterým ona činnost byla povolena, může činnost bezprávnou proměnit v činnost, která bezprávná není. Odpověď na tuto otázku může zajisté býti kladná, jestliže norma zmocňuje úřad, aby vydával konsensy s takovýmto účinkem. Bude tedy především záležeti na výkladu zákona. Není-li však možno zákon takto vyložit, je třeba vypořádati se s otázkou, zdali funkce konsensu opravdu záleží v tom, aby činnosti a stavy úřadem povolené byly za všech okolností opevněny proti všelikým zákazům a příkazům úředním. Chápeme-li konsens jako druhotnou normu, odvozenou z normy vyššího stupně (ze zákona), nemůže tato druhotná norma míti jiného normativního obsahu, nežli jaký z normy prvotné, tvoření druhotných norem delegující, vskutku dá se odvoditi. Dá-li se však z vyšší normy odvoditi jen konsens odvolatelný nebo dodatečně změnitelný, je tím otázka po materiální právní moci konsensu stejně jako otázka po právu z konsensu nabytém zodpověděna v zásadě záporně. Vše záleží tedy na výkladu prvotné normy, kterou ovšem nelze vykládati pouze z jejího, někdy velmi chudého, slovního obsahu, nýbrž také podle jejího zjevného nebo aspoň zjistitelného sociálního a hospodářského účelu. Ostatně i nová Merklova nauka o právní moci, vyvinutá z pojmu práva (Die Lehre von der Rechts-

kraft [1923], k tomu Pitamic: Zur neuesten Rechtskraftlehre v Zeitschrift f. öffentl. Recht, IV. [1925], str. 264, a nejnověji Weyr: Správní řád, str. 87 a násl.), kteráž „logikou norem“ („normlogisch“) dospívá k zásadě materiální právní moci správního aktu čili k nezměnitelnosti aktu jednou daného aktem pozdějším, připouští, že stejně jako lex také actus posterior derogat priori, zakládá-li se na vyšší (prvotné) normě derogační (Merkel l. c. zejména str. 209). Pokud jde o policejní konsensy, není snad nemožno naléztí tuto derogační normu v normě, která jednak každému ukládá za povinnost zdržeti se všech činností policejně závadných, jednak ukládá policejnímu úřadu za povinnost odvracetí a odstraňovati všeliké policejní závady (poruchy a škodlivosti), tedy i závady pramenící z činnosti konsentované. Příkrost, kterouž absolutní odvolatelnost konsensu s sebou nese, může býti zmírněna zásadou „úměrnosti“ policejního zásahu, kterou policie podle panujícího mínění je ovládána (viz heslo Policie). To by znamenalo jakési zeslabení Jèzeovy věty (l. c. str. 530 a násl.): l'acte de retrait . . . remets les choses en l'état comme si l'acte-condition n'avait jamais été accompli, kterou Jèze aplikuje na živnostenské provozovny takto: Le retrait de l'autorisation désinvestit pour l'avenir l'industriel du status de la libre activité; il le replace pour l'avenir, sous le régime de l'interdiction d'exploiter.

Při ryzích k-ích, jež podle našeho pojetí nezakládají se na onom specifickém spětí norem, t. j. normy určitou činností úředním dovolením podmiňující s normou činností tuto zásadně dovolující a úřední dovolení tedy přislíbující, nelze arci naléztí zmíněné derogační normy, aspoň pokud jde o vlastní obsah činnosti koncesované. Bylo by k tomu zapotřebí normy speciální, která úřad zmocňuje, aby k-i jednou udělenou odňal nebo obsah její dodatečně změnil.

Řešení zde navržené má zase jen význam subsidiární, neboť speciální normy otázku odvolatelnosti a změnitelnosti uděleného aktu dovolovacího někdy pozitivně upravují. Funkci derogační normy mohou míti také výhrady ke konsensu nebo ke k-i připojené. Takovouto výhradu připouští zcela absolutně na př. § 19 čes. vod. zák., což poněkud překvapuje, kdyžtě přece týž zákon poskytuje na udělení k. vodoprávní právní nárok.

Positivní uspořádání jednotlivých konsensů kryje se často úplně s tím, co bylo právě rozpoznáno jako důsledek policejních aktů dovolovacích. Tak na př. honební lístek jest podle § 30 čes. honeb. zák. č. 49/1866 i podle § 49 mor. honeb. zák. č. 4/1914 odebrati, jestliže se dodatečně objeví nebo nastane důvod, který vydání lístku vylučuje. Stejně podle § 10 zák. č. 172/1925 Šb. může udělené oprávnění uživateli letadla býti kdykoli odebráno, když se zjistí, že zapsané letadlo nevyhovuje požadavkům dopravní bezpečnosti. Stejná je podle §18 téhož zákona situace v příčině velitelského nebo pilotského diplomu leteckého a podle § 21 téhož zákona v příčině konsensu ke zřízení leteckých provozoven (letišť). Podobně má se věc podle § 57 živn. ř. ř. 227/1859 z. č. s odvolatelností živnostenských oprávnění, zejména i těch, jež spočívají na udělené „koncesi“. Stavební řády zpravidla restringují všeobecnou derogační normu, kterou jsme vyčetli z perennujících policejních povinností občana a úředních povinností policejních úřadů. Váže-li zákon na jedné straně udělení konsensu stavebního a tedy dovolenost činnosti stavební na celou řadu předpokladů, stanovených z části i velmi podrobnými předpisy technickými, připouští na druhé straně odvolatelnost nebo změnitelnost konsensu jen když některé, a to zvláště významné z těchto předpokladů nejsou splněny, t. j. jen když jde o vady (Baugebrechen), jež v zájmu veřejném nebo z ohledů policejní bezpečnosti odstraniti dlužno (notwendige Beseitigung) (na př. §125 čes., §119 pražského stav.řádu). Předpoklady udělení a předpoklady odnětí konsensu lze tedy zobraziti dvěma soustřednými kruhy, z nichž ony představují kruh o delším, tyto kruh o užším poloměru. K tomu na př. Budw. 12774/1899, A 1832/1901, 3669/1905, 4039/1905, 5857/1908, 6580/1909 a j.

Obtížná je otázka, zdali a do jaké míry je možno odejmouti či dodatečně omeziti konsens živnostenské provozovny podle III. hlavy živn. řádu, jestliže se objevilo, že schválená provozovna, ač úplně vyhovuje konsensu, způsobuje policejní závady, zejména že ohrožuje bezpečnost a zdraví ve svém okolí nebo že sousedstvo nemírně (na př. kouřem, lomozem) obtěžuje. Judikatura nejednou klonila se k názoru (na př. Budw. A 2161/1903), že nepředvídané velké obtěžování okolí, na př. lomozem, neopravňuje živnostensko-policejní úřad k odvolání konsensu. „Tento je nejen formálně,

nýbrž i materiálně v moci práva.“ Škodlivé účinky měly se zkoumati před udělením konsensu, zní lakonická odpověď soudu. Jen za předpokladů v zákoně stanovených (jako na př. § 74 živn. ř.) připouští nález Budw. A 4472/1906 dodatečný omezivý úřední zásah do situace vytvořené schválením provozovny. Následovní kompromisní řešení nalezl správní soud v řadě případů, na př. v Budw. 3668/1905: „Žádá-li toho veřejný zájem, mohou i dodatečně býti nařizovány změny konsentovaných způsobů provozovacích (Betriebsweisen), nesmí však býti znemožněn sám konsentovaný provoz („der einer Unternehmung konsentierter Betrieb selbst“), nesmí tedy patrně býti znemožněn ani když hrozí nejvážnější poškození zdraví a života sousedstva, není-li možno čeliti tomu změnou způsobu provozování (Betriebsweise). Je to čiré soudcovské právo bez nejmenší opory v zákoně. Lze připustiti, že policejní zásah nesmí jíti nad míru nevyhnutelně nutnou, avšak podle zásadního hlediska shora vyloženého měla by v takovémto konfliktu na konec zvítěziti policejní povinnost podnikatele a úřední povinnost policejního úřadu.

Zajímavé je stanovisko zákonů vodních, zejména § 22 a 89 čes. vod. zák. č. 71/1870, podle nichž vodoprávní konsens (recte k.) je v jistých mezích („ohne die nötige Triebkraft zu beeinträchtigen“) opevněn proti všelikým pozdějším omezivým zásahům, třeba tyto mířily jen na policejní závadnost vodního díla a nikoli na obsah koncesovaného zvláštního užívání vody. Převládá tu koncesní povaha tohoto aktu dovolovacího (srov. Budw. A 8256/1911) jako se projevuje ještě výraznějším způsobem při k-i železniční, která po dobu svého zákonného trvání nemůže býti koncesionáři odňata (§§ 11 a contr., 12 konc. zák. č. 238/1854 ř. z.). S těmito příklady nutno se spokojiti.

Za úvahu stojí ještě následovní otázka, která má význam zejména pro reální konsensy policejní. Policejní přípustnost díla posuzuje se rebus sic stantibus. Dílo, které při svém konsentování nebylo nijak závadné, stane se jím později, protože na př. v okolí živnostenské provozovny vznikl kostel, škola, nemocnice nebo jiný veřejný ústav, který podle § 26 živn. ř. požívá intensivní ochrany proti „všelikému rušení“. Má ustoupiti provozovna, třeba že je prior tempore, či musí veřejný ústav snášeti rušení své působnosti? Otázku, která má zásadní význam, je snad možno

položiti asi tak, zdali dovolenost určité činnosti nemá podle vůle zákona býti posuzována toliko podle faktických okolností v době konsentování (úředního zkoušení?, podání žádosti?), takže faktické okolnosti později nastalé nemohou již býti důvodem pro odvolání nebo restrikcí konsensu jednou uděleného. V nouzi mohlo by pak pomoci jen vyvlastnění. Vše závisí na výkladu konkrétního zákona, v němž snad nebude vždycky nemožno naléztí indicie pro kladnou odpověď této otázky (t. j. ve prospěch stability konsensu).

Literatura.

Kromě spisů v textu uvedených ještě: Gluth: „Genehmigung und subjektives Recht“ v „Archiv für öffentliches Recht“, III. ročník; Rehm: „Die rechtliche Natur der Gewerbskonzession“, 1889; Laun: „Das Recht zum Gewerbebetriebe“, 1908; Ackermann: „Der Baukonsens“, 1910; Rudorff: „Über Bauerlaubnis usw.“, 1915; Schanze: „Die Patenterteilung“ v „Archiv für öff. Recht“, IX. str. 175; Pahlke: „Das Wesen der Baugenehmigung und des Baudispenses“ ve „Verwaltungsarchiv“, sv. 32 (1927); ve Stengel-Fleischmannově: „Wörterbuch des deut. Staats- und Verwaltungsrechtes“, hesla: Konzessionen od G. Meyera a G. Anschütze, stať Eisenbahnkonzession v hesle Eisenbahnwesen a heslo Stauanlagen; ve Stier-Somló-Elsterově: „Handwörterbuch der Rechtswissenschaft“, heslo Konzessionen od Stier-Somló, Friedrichsova hesla: Schankerlaubnis, Subjektives Recht a v. Kienitzovo heslo: Eisenbahnrecht; ve v. Bitterově „Handwörterbuch der preuss. Verwaltung“, 3. vydání 1928, hesla: Baugenehmigung, Eisenbahnkonzessionen, Gewerbliche Anlagen, Verleihung von Wasserbenützungsrechten, Wege (öffentliche, str. 1070) a j.

Emil Hácha.

Konfraternity, kongregace vítá Řády.

Kongresy a konference mezinárodní.

Kongresy a konference mezinárodní jsou formální schůzky zástupců několika států za účelem projednání záležitostí mezinárodní důležitosti a dohody o nich (Oppenheim-Mc. Nair: „International Law“, 1928, díl I., str. 692).

S hlediska mezinárodního práva přicházejí v úvahu především, ne-li výhradně, toliko ona shromáždění, jejichž členy jsou státy a jejichž účastníky jsou formálně legitimováni, k jednání a usnášení zplnomocnění, přímí zástupci vlád jednotlivých států. Tento užší pojem nutně plyne ze zá-

kladního pojmu samotného práva mezinárodního, za jehož subjekty v klasické jeho doktríně uznávány jsou toliko státy.

Nelze však přehlížeti, že novodobý vývoj světového společenství zájmového prodechnutý hesly demokratismu vnitř státu a demokratického, kosmopolitního internacionalismu mimo jeho hranice, podporovaný mohutným technickým pokrokem komunikačním, postupně rozvinul dnes již pestře rozrostlé vztahy mezinárodní, neomezující se pouze na dříve výhradní, bezprostřední úřední či diplomatické vztahy mezi vládami jednotlivých států, a to především prostřednictvím jich ministerstev zahraničních věcí, nýbrž projevující se i přímými styky ministerstev odborných, vedle nich však i vládou nesprostředkovanými styky různých veřejných i soukromých, více méně samosprávných útvarů nebo zájmových skupin vnitř státu, jichž koleje na půdě mezinárodní probíhají v soutěži a druhdy i v rozporu s oficiálními zájmy celostátními. Odtud plyne potřeba rozlišování mezi vztahy a konferencemi mezistátními v užším slova smyslu a konferencemi mezinárodními v širším slova smyslu, z nichž ovšem pro účely posuzování jich se stanoviska mezinárodního práva jest na dobro vyloučiti ony schůzky či shromáždění mezinárodní, jichž účastníky jsou pouze soukromé osoby a na nichž předmětem jednání a usnášení jsou toliko takové zájmy, na jichž úpravě státní moci dle vnitřního zákonodárství nepřísluší nijaké přímé ingerence po stránce právní.

Historicky vyvinul se ovšem konferenční život mezinárodní na základě styků mezistátních, v nichž dokonce v dobách monarchického absolutismu individuální zájmy státní na venek splývaly s individualistickými osobními zájmy panovníků a jich dynastií. Konferenční styky té doby byly proto mezipanovníckými spíše než mezistátními a pokud konaly se prostřednictvím plnomocníků, byli tito především reprezentanty osoby a mluvčími vůle panovníkovy. Autokratismus monarchický zatlačen byl na sklonku stol. XVIII. vzniklým a v XIX. stol. převládnuvším demokratismem, jenž však z prvu uplatňoval reformní svou moc toliko v přerodu života vnitrostátního a teprve pozvolna počal se projevovati i ve vztazích mezinárodních přesunutím váhy se suverenity hlavy státu na suverenitu vlády státu, promítaje takto obraz vnitřního konstitučního právního řádu i na venek. Mezinárodní konference nabyly takto