

a jenž byl rozbit za světové války Itálií (1915), dále k a-i mezi Ruskem a Francií (1899). Na počátku XX. století uzavírá Anglie spojeneckou smlouvu s Japonskem (1902), dvakrát jinou nahraženou (1905 a 1911). Tato a. zanikla tím, že smlouva washingtonská z 13. prosince 1921, kterou se Spojené Státy, říše Britská, Francie a Japonsko zavazují navzájem respektovati svá práva na ostrovní državy a dominia v Tichém oceáně a dohodnouti se o opatřeních proti hrožícímu ohrožení jejich se strany jiného státu, vstoupila v platnost. Po světové válce došlo dále k smlouvě mezi Anglií a Francií o obraně této proti útoku Německa ze dne 28. června 1919, která však dosud nenabyla platnosti vzhledem k tomu, že se nesplnil její předpoklad, t. j., že podobný závazek nevzaly na sebe Spojené Státy Severoamerické. 7. září 1920 došlo k vojenské dohodě mezi Francií a Belgií. K zachování míru ve Střední Evropě cílí defensivní alianční smlouvy mezi král. SHS a Československou republikou ze 14. srpna 1920, mezi Rumunskem a Československou republikou z 23. dubna 1921 a mezi Rumunskem a král. SHS ze dne 7. června 1921. Platnost smluv, zakládajících t. zv. Malou Dohodu, byla vesměs, pokud bylo třeba, po uplynutí doby, na niž byly uzavřeny, prodloužena. 19. února 1921 došlo k defensivní smlouvě mezi Francií a Polskem a 25. ledna 1924 k spojenecké a přátelské smlouvě mezi Francií a Československem na obranu statu quo. 3. března 1921 byla uzavřena obranná alianční smlouva mezi Polskem a Rumunskem a 1. listopadu 1923 obdobná smlouva mezi Estonskem a Lotyšskem.

Literatura.

Koumanoudi: Les traités d'alliance au XIX^e siècle, 1901. V. Avery: The triple Alliance, 1904. Grabinski: La triple Alliance, 1904. Erich: Allianzen und Allianzverhältnisse nach heutigem Völkerrecht, 1907. Oppenheim: International law, 1920, I. Pribram: Les traités politiques secrets d'Autriche-Hongrie, 1923. Fauchille: Traité de droit international public, I-3, 1926. Rolin-Jacquemyns: Les alliances européennes au point de vue du droit international (Revue de droit international et de la législation comparée, Tome XX).

Lad. Vošta.

Amnestie

viz Abolice.

Amortisační řízení

viz Umořovací řízení.

Amortisační zákony

viz Katolická církev.

Analogie.

I. Problém a pokus o jeho řešení. Abstraktní norma právní (stručně zákon) spojuje s určitou myšlenou skutkovou podstatou určité právní následky. Normou právní nejsou ovšem jednotlivé věty v zákoně obsažené, nýbrž normový obsah, který sluší zjistiti ze zákonných textů činností myšlenkovou, někdy velmi složitou, ale vždy jen intelektuální, nikoli volní. Soudce a kterýkoli jiný orgán, jemuž přísluší „nalézáti právo“, shledá-li, že konkrétní skutková podstata má všechny znaky abstraktní skutkové podstaty ze zákonných textů zjištěné, „použije zákona na konkrétní skutkovou podstatu“. Tato aplikace zákona jest chápána (ne-li dříve, již Bülowem a nejurčitěji t. zv. normativní teorií) jako tvoření konkrétní normy odvozené z normy abstraktní. Shledá-li soudce, že na konkrétní skutkovou podstatu žádná ze zjištěných abstraktních norem nedopadá, a je-li podle svého ústavního postavení z á k o n e m v á z á n (srov. § 98 čl. úst. list., podle něhož soudce je sice vázán jen zákonem, ale zákonem je vázán), nemůže jeho výrok míti obsah jiný, nežli že právní účinky abstraktní normou předurčené v konkrétním případě nenastávají. Neboť míří-li abstraktní norma na skutkovou podstatu a b c, není možno použití jí na skutkovou podstatu, která není a b c, nýbrž e f g nebo třeba a b d (rozdíl je jen ve stupni různosti). Jinými slovy z abstraktní normy dané pro skutkovou podstatu a b c, není možno odvoditi konkrétní normy pro skutkovou podstatu a b d. Používá-li se abstraktní normy dané pro skutkovou podstatu touto určenou na skutkovou podstatu jinou, která nemá sice všech znaků abstraktní podstaty skutkové, jest jí však „právně podobna“, majíc znaky aspoň některé, jež s hlediska abstraktní normy jsou podstatny, mluví se o a n a l o g i c k é m použití zákona, čili o a n a l o g i i. Takovéto popsání myšlenkového procesu a. (Millovo) kritisováno bylo často jako nepřesné (na př. Regelsbergrem) a myšlenkový postup při a-i je „přesněji“ vyjadřován takto: Z dané právní normy vyvodí se (tedy indukci) zásada všeobecnější, jež objímá obě skutkové podstaty a b c i a b d. Této vše-

obecnější zásady použije se na skutkovou podstatu a b d.

Myšlenkový proces a. není tedy logickou dedukcí konkrétní normy z normy abstraktní. A. jest jen jednou z heuristických metod, jimiž lze vyhledávati hypotézy (Sigwart). Hypotéza není však platná norma. Z dané normy lze sice indukcí vyhledati vyšší zásadu, z níž daná norma dá se potom ovšem (deduktivně) odvoditi, a lze připustiti, že původce abstraktní normy dal se při tvorbě této normy snad vésti onou všeobecnější zásadou, ale tím stále ještě není podán důkaz, že i tato všeobecnější zásada platí jako norma. Používá-li se tedy právní normy analogicky na jinou skutkovou podstatu, než pro kterou jest dána, může jíti jen o dvojí případ: A. Buď soudce vázaný zákonem nedbal této vázanosti, čili podle pojetí normativní teorie místo dvoustupňového procesu tvorby práva (1. primární abstraktní norma a 2. konkrétní norma z ní odvozená) jest tu jen norma konkrétní, která není logickým důsledkem normy abstraktní. Platí-li přes to jako konkrétní norma, čerpá svou platnost jen z normy zcela jiného druhu, t. j. z normy, která stanoví, že výroky soudce za jistých předpokladů nelze odporovati (res judicata pro veritate accipitur). Nebo B. v platném právním řádu lze nalézt normu, která všeobecně anebo v určitých mezích, výslovně nebo třeba jen skrytě, soudce zmocňuje, aby pro konkrétní skutkové podstaty, abstraktní normou nekryté, vytvořil normu konkrétní tím způsobem, že z daných norem abstraktních procesem a. (nebo indukčním vyhledáním normy všeobecnější) vyvine normu na neupravený případ použitelnou. Takto vyvinutá norma nespočívá však na a-i nebo na indukci, nýbrž na oné abstraktní normě, která soudce k takovéto operaci zmocňuje. Operace tato není potom zase nic jiného než aplikace norem abstraktních na konkrétní skutkovou podstatu, která liší se jen technicky a graduálně od případu, kdy soudce nalézá v právním řádu abstraktní normu, k bezprostřednímu použití hotovou. Složitější myšlenkový postup při zjišťování abstraktní normy jest jen rubem techniky zákonodárné, která místo normami explicitními pracuje zkratkou. Jest proto také rozdíl mezi takovou zkratkou a mezi výslovným poukazem zákona (u nás zvláště v zákonodárství správním velmi obvyklým), aby normy dané pro určitou skutkovou podstatu bylo přiměřeně použito na určitou jinou skutkovou podstatu (t. zv.

Gesetzesverweisung) jen graduální. Liší se od a. jen kvantitativně, t. j. jen v tom, že soudce jest zbaven povinnosti vyhledávati v normách explicitě daných skutkové podstaty „právně podobné“, poněvadž učinil tak již zákon sám.

II. A. v písemnictví. Takovéto řešení problému a. jest ovšem v rozporu s panující naukou. V písemnictví i v praxi setkáváme se s podobným pojetím jen zřídka a s výhradami, a vyvozují se z něho různé důsledky (Ehrlich, Wurzel, Zittelmann, Anschütz, Donati, Kelsen a dávno před tím již Schaffrath).

V písemnictví, jež v posledních desetiletích hlavně z několika vnějších podnětů (kodifikace občanského zákoníka německého z r. 1896, vydání švýcarského zákona civilního, jakož i oslavy stoletého výročí Napoleonova Code civile) rozrostlo se do nepřehlednosti, převládá názor, že analogické používání norem spočívá na principu, který jest každému právnímu řádu immanentní, takže norma k použití a. zmocňující, která svrchu byla označena za nezbytný předpoklad a., je zcela zbytečná. Jak mocný je vliv této panující nauky, je viděti na tom, že v původní osnově občanského zákoníka německého, která podobně jako § 7 rak. obč. zák. obsahovala výslovný předpis o analogickém používání daných norem na případy právně podobné (rechtsähnlich), byl předpis tento škrtnut, protože je zbytečný a neužitečný.

O podstatě a. a její přípustnosti panuje arci velká nesjednocenost. Názory spisovatelů o p o d s t a t ě a. lze přibližně znázorniti stupnicí, na jejímž jednom konci je názor, že a. jest v podstatě výkladem zákona, na opačném konci názor, že a-i tvoří se nové právo. Střední stupeň zaujímá bohatá skupina názorů, které vidí v a-i jakýsi hybridní proces, jakési neutrum (Sternberg); není to ani výklad ani tvorba nového práva.

Nelze zde uvést více než obmezený výběr. S a v i g n y (v Systemu) výslovně mluví o výkladu zákona prostředkem a. Celá řada starších spisovatelů (jako Kleinschrod, Thibaud a j.) nečiní rozdílu mezi extensivním výkladem a a-i. I h e r i n g (Geist des römischen Rechts) hájí a-i proti výtce, že zasahuje do sféry zákonodárce, neboť ona netvoří, nýbrž provádí jen vyšší kritiku a interpretaci. Podle W i n d s c h e i d a liší se a. od výkladu tím, že výkladem vyhledává se norma, kterou zákonodárce chtěl, a-i norma, kterou byl by

chtěl, kdyby byl na případ pomyslel. (K tomu trefně *En ce cas*: co by zákonodárce byl chtěl, není jeho vůle.) Francouzští civilisté podle svědectví *Gény* ho do nedávna nečinili rozdílu mezi výkladem a a-í, a z dnešních civilistů italských na př. *Ferrara* nepokládá a-i za tvůrkyni nové normy, nýbrž jen za odhalení normy latentní, v soustavě právní již obsažené. Švýcarský civilista *Gmür* a podobně německý procesualista *Wach* míní, že a. netvoří nové normy, není rozvíjením práva, nýbrž jen poznáním (*Rechtserkenntnis*, *Wach*) a individualisací (*Gmür*) daného normového obsahu. *Regelsberger* míní, že a. není ani výklad daného ani tvorba nového práva. Je to aplikace práva (*Anwendung*), která leží sice na samé hranici mezi používáním a tvorbou práva, spočívá však na pozitivním právu, využívající pozitivně-právních zásad. Není *secundum legem*, ale *ratione legis*. *Gierke* učí, že a. jest věcně tvorbou práva, podle právní formy však výkladem. Rozvíjející zákon, dospívá k novým normám, ale nevystupuje jako jejich tvůrkyně, nýbrž čerpá je z platného práva, v němž jsou již obsaženy a dosud byly v něm skryty. *Bierling* o v ní není a. nikdy doplněním zákona, nýbrž myšlenkovým přepracováním (*Umdenken*) práva mezerovitého v právo úplnější. Doplnuje nikoli bezprostředně z obsahu předpisů zákona, nýbrž z jejich *ratio*. *Ubi eadem ratio, idem jus*. *Binding* učí, že a. nikdy nejde: *über das Recht hinaus*. Vyplývá to z podstaty myšlenkového dění při užívání a., jež tento vynikající kriminalista německý velmi podrobně analysoval. Horní premisou jest mu poznání, že právní norma je důsledek vyšší zásady. Dolní premisou je bezpečné zjištění, že není důvodu případ zákonem neupravený upravití odchýlně od této vyšší zásady. Závěr z těchto dvou premis je a., ježto vůle práva (*Rechtswille*) jest býti úplným a důsledným. Ze sankce důsledku vyšší zásady plyne *concludenter* sankce této vyšší zásady. Sankce vyšší zásady není tedy jen *presumpci*, nýbrž skutečným právním principem. A. proto jen odhaluje latentní právní zásadu. Stručněji učí *Rocco*, že zákonodárce, chtěje normu speciální, logicky nemohl nechtít normy širší, je tedy a. jen přesnou rekonstrukcí vůle zákonodárcovy. *François Gény*, autor velkého díla: *Méthode d'interprétation* přiznává a-i smíšenou povahu, neboť ona vytváří nové pravidlo právní, není sice kryta vůlí zákonodárce, ale uplatňuje zá-

sady, jimiž zákonodárce dal se vésti a spočívá tedy na tomže solidním základě jako zákon sám. Dle jiné formulace jest a. rozhodnutím *praeter legem*, není výkladem, nespočívá na *basi zákona*, nýbrž o zákon se jen opírá (*Anlehnung*) (*Reichel*). *Hec k*, vůdce t. zv. zájmové jurisprudence, vidí v analogickém rozšíření právního pravidla druh činnosti normotvorné. Tento spisovatel vychází ze základní these, že zákon váže soudce nikoli na danou právní normu, nýbrž na hodnotné úsudky zákonodárcovy, t. j. odvažování („kausálních“) zájmů, jichž produktem jest daná norma. Nutno proto jíti za text zákonný až k těmto kausálním zájmům a teprve z nich těžiti odpověď na otázky zákonem nezodpověděné.

Konečně jest uvéstí spisovatele, kteří zcela otevřeně prohlašují a-i za tvorbu nového práva, za přídavky k právu dosavadnímu (*Zutaten*, *Sternberg*). Předzvěst tohoto mínění lze nalézt již u *Brinze*, s rostoucí určitostí objevuje se u *Wurzla*, *Ehrlicha* (jemuž není a. nikdy dílem logických dedukcí, nýbrž dílem fantasmie), u *Zittelmanna*, *Anschütze*, dále u *Somló* a j., v nejostřejší však formulaci u italského spisovatele *Donatiho*: *Il problema delle lacune dell' ordinamento giuridico*.

Přípustnost a. jest samozřejma těm, kdož ji považují za pouhou metodu interpretační. Podle *Savignyho* a. spočívá na předpokládané vnitřní důslednosti práva, která však není jen logická, nýbrž zároveň i organická, ježto plyne z celkového uvážení praktické povahy právních poměrů a jejich pravzorů. Právo doplňuje se ze sebe sama, připisujeme mu organicky tvůrčí sílu. *Thering* učí, že a. jen vykládá zákonodárnou myšlenku, kterou oprostuje od příliš těsné historické formy jejího výrazu, zbavujíc to, co jest dle své povahy a svého určení všeobecné, lokální a historické vnější podoby. Podle *Thura* žádáme na právním řádu, aby byl rozumný a aby pro skutkové podstaty, které se od sebe podstatně neliší, stanovil stejné právní účinky (*expectatio similibus*). *Wach* snaží se přípustnost a. dovésti *sylogismem*, který skládá se z horní premisy (všeobecný právní princip spravedlnosti ovládající veškeré právo) a z dolní premisy (speciální právní předpis). Z toho plyne *Wachovi* závěr, že speciální předpis musí býti zevšeobecněn. *Gierke* o v i podává se přípustnost a. z toho, že právní řád ve své soustavné spojitosti obepíná všechny myslitelné poměry životní, a že jest tedy

jenom zapotřebí odhaliti jeho plný myšlenkový obsah, aby se každá zdánlivá mezera uzavřela. Bindingovo odůvodnění a. bylo již naznačeno. Poněvadž v zákonodárné vůli obsažen jest úmysl, aby sankce daná na omezenou právní myšlenku byla chápána jako sankce zásady, jejímž jedním důsledkem jest tato právní myšlenka, jest podle něho používání a. přímo povinností všude tam, kde nebylo docela nepochybně pozitivní normou vyloučeno. Regelsberger odůvodňuje a-i požadavkem, v našem mravním názoru hluboko tkvícím, aby stejné skutkové podstaty byly posuzovány podle téže právní normy (tedy *expectatio similitum*). Rovnost před právem jest mu praktickou zásadou pozitivního práva. Z harmonické rovnosti a úměrnosti práva vyvozuje také Ferrara přípustnost a. i beze zvláštní zákonné autorisace. Požadavek spravedlnosti práva stačí Adickesovi. Geny sice připouští, že jednotnost a organická stejnorodost právní soustavy nestačí odůvodniti používání a., nalézá však „pevnější a přesnější oporu“ v potřebě právní rovnosti, která znamená netoliko, že táž norma musí platiti stejně pro všechny, nýbrž že i stejné situace musí míti stejné sankce právní. Takto formulovaná zásada rovnosti jest podle Genyho elementárního právního řádu, který jedině jest způsobilý užívání a. dostatečně odůvodniti. Thöl odůvodňuje a. logickou povahou práva, logickou expansivní silou práva a nutností logické úplnosti právního řádu. Někteří ze spisovatelů (na př. Binding, Regelsberger a také Eneccerus) patrně však přece jen pochybují o přesvědčivosti takovýchto argumentů a pokládají za potřebné dovolati se aspoň v poslední řadě práva obyčejového, jež užívání a. ospravedlňuje.

Pro poměr spisovatelů k otázce a. není ovšem bez významu, ke kterému z obou hlavních směrů nauky o výkladu zákona se hlásí. Zda k tradiční škole, která vidí v zákonu projev vůle zákonodárcovy a snaží se nalézt (historickou) myšlenku, kterou zákonodárce slovy a větami zákona chtěl vyjádřiti (jako zejména většina starších a Bierling, Regelsberger, Geny, Heck a j.). Či ke směru t. zv. „výkladu objektivního“, který nehledí na skutečnou nebo předpokládanou psychickou vůli „zákonodárcovu“, nýbrž hledá „vůli“ čili smysl zákona (jako již dávno Thibaut a Schaffrath, později a s větším úspěchem Binding, Wach, Köhler, Hölder, z mladších Oskar

Kraus a j. a ovšem také Kelsen a jeho stoupenci). „Výklad zákona není hermeneutika historických listin.“ (Kraus.)

Praxe soudní v oboru soukromého práva s a-i pracuje napořád. Je to zvlášť významno v říši německé, poněvadž nový občanský zákoník nemá, jak již bylo poznamenáno, o a. žádného ustanovení. Říšský soud lipský v jednom nálezu (Ziv. XXIV, Nr. 10) prohlásil za povinnost jurisprudence, aby vyhledávala zásady, které nejsou soustředěny v normě všeobecné, a aby jich používala na případy v životě se vyskytující, o nichž zákon zvlášť nemluví, jež však oně zásadě jsou podrobeny.

Většina nauk, které s tím či oním odůvodněním pokládají přípustnost a. za imanentní princip právního řádu, je orientována na právo soukromé. Mnozí ze spisovatelů také své výsledky obmezují na právo soukromé a někteří (jako Geny, Ferrara) výslovně připouštějí, že na obor práva veřejného nelze jich rozšiřovati. Spisovatelé, kteří své badání neobmezují na právo soukromé, a zejména ti, kdož uvažují o problému a. hlavně na půdě práva veřejného (jako na př. Zittelmann, Anschütz, Donati a j., nikoli však Binding), dospívají k výsledkům podstatně jiným.

Proti většině učení zde zaznamenaných lze namítnouti, že se dovolávají spíše jakýchsi ideálních požadavků, kterým by právní řád měl vyhovovati, nežli skutečného normového obsahu konkrétních právních řádů. Je na snadě domněnka, že mnohé z nauk těchto stojí pod vlivem obecného práva, které a-i pokládalo za zásadně přípustnou, poněvadž v justiniánské kodifikaci zásada tato skutečně jest vyslovena „ad similia procedere“ (D 1, 3, 12 Julian a též D 1, 3, 14 Paul.), ačkoliv dříve v římském právu aspoň v této všeobecnosti sotva kdy platila (Ehrlich, Donati).

III. A. zákona a a. práva. Právní podobnost. V německém písemnictví vzniklo rozeznávání mezi a-i zákona a a-i práva (Grolmann). Většinou neklade se na ně zvláštní váha (j. Gierke, Geny, Gmür, Binding), „není zásadní, je celkem neplodné, pro praktický účel neupotřebitelné“ (Binding), neboť jen „kvantitativní“. Ale dle jiného mínění (j. Wächter) jde o dva různé procesy, jež řídí se různými zásadami.

A. zákona opírá se o jednotlivá ustanovení zákonů, a. práva o soubor, o syntesu zásad získaných z jednotlivých norem abstrakcí. Podle Genyho rozumějí

se a-í práva latentní pravidla, která inspirují celou právní soustavu. Dle jednoho mínění je a. práva (šíří svého východiska) spolehlivější než a. zákona (na př. Binding), dle jiných je méněcenná. Hájí se též, že t. zv. duch zákona není nic jiného než a. práva. Náš nejvyšší soud (Vážný č. 1660), jak se zdá, považuje „přirozené zásady práva“ v § 7 v. obč. zák. za totožné s a-í práva. Neschází ani názor (Reichel), že výraz a. práva je vůbec pochybený, ježto analogicky lze použiti jen určité normy, kdežto práva lze použiti jen přímo. Rozhodnutí podle a. práva spočívá bezprostředně na podkladu právního řádu a není nic jiného než rozhodnutí podle „práva správného (richtiges Recht)“.

A. předpokládá podobnost případu normou upraveného s případem neupraveným. Podobnost musí býti v oněch kusech skutkové podstaty, které jsou s hlediska právní normy relevantní. Správnost a. závisí nejen na zevrubné znalosti právního řádu, nýbrž i na jistotě úsudku o podobnosti. V argumentaci a *p a r i a e c o n t r a r i o* je ovšem mnoho subjektivnosti, která zeslabuje cenu a. a způsobuje kolísání názorů stolic soudních i v jednom a témž případě. Je-li několik norem, jejichž skutkové podstaty mají podobnost se skutkovou podstatou případu neupraveného, musí použití a. předcházeti volba, která (podle Bierlinga) není jen operací logickou, zahrnující v sobě i hodnocení, odhady a dojmy subjektivního zbarvení, podobně jako při volném hodnocení průvodů. Podobnost lze hledati nejen ve skutkových podstatách, nýbrž i v zájmech, z jejichž hodnocení norma vyplynula. O tom níže.

IV. Mezery v zákoně a mezery v právu.

A. je myšlenkový proces, kterým se vyplňují t. zv. mezery v právu. Teorie a. souvisí tedy úzce s teorií mezer. „Mezera“ je ovšem širší pojem, a a. je jen jednou z metod, jež slouží vyplňování mezer.

O „mezerách“ v právu a v zákoně bylo tolik napsáno, až to podle slova Spieglova budí úzkost. Lze zde zaznamenati jen některé hlavní směry. Mnoho nedorozumění způsobilo, že výrazu „mezera“, „Lücke“, „lacune“ užívá se v různém smyslu. Mnohý literární spor je také jen terminologický. Stranou lze ponechati mezery *de lege ferenda*, což je „pojem kritický“, „právně-politický“, ne „právně-dogmatický“ (Somló). Stammeler nazval je „věcnými nedostatky“.

Zhruba lze rozpoznati tři směry v nauce o mezerách. A. Ti, kdo věří v úplnost práv-

ního řádu, připisují mu vlastnost poněkud mystickou, že sám ze sebe se doplňuje („metoda inverse“), nemohou uznávati mezer v právu, nýbrž jen mezery v zákoně. Technika vyplňovacího procesu může býti rozmanitá. A. je nejpřednější, ano učilo se kdysi (též Randa a Unger), že a. stačí, aby všechny mezery v zákonech vyplnila. Podle této nauky nebylo nikdy třeba sáhnouti k „přirozeným zásadám právním“, jež § 7 rak. obč. zák. uvádí jako poslední metodu vyplňování mezer (Unger na konec toto mínění opustil).

Zdali vyplňování mezer děje se z vyšších zásad a pojmů, ze zákona „vyvozených“ (pojmová jurisprudence; obdoba je tu ve skutkových podstatách), či podle toho, jak zákonodárce v daných normách hodnotil životní ideály a životní zájmy (zájmová jurisprudence, teleologická, ale přece ještě věrná zákonu; obdoba je tu v zájmech) je sice již jen otázka podružná, prakticky ovšem může míti velký význam. Oběma metodám je společné, že připínají se tak či onak k „vůli“ zákona nebo k vůli zákonodárce.

B. Přímo protichůdný je směr, který nevěří v úplnost právního řádu, uznává nezbytnost mezer v právu a hájí s různým odůvodněním, že soudce je *virtute officii* povolán a povinen mezery vyplňovati, a to buď podle „panujících názorů“ (sociologická jurisprudence) nebo „svobodným vědeckým badáním“ (*libre recherche scientifique*), nebø volným nalézáním práva (*freie Rechtsfindung*), podle práva správného (*das richtige Recht*) a pod. (Ehrlich, Stammeler, Jung, Danz, Brütt, Geny a j.). Soudce vůbec horní premisy nepotřebuje, nýbrž může k rozhodnutí dospěti z postřehu jednotlivého případu (Ehrlich). Švýcarský civilní zákon dal tomuto směru zákonnou půdu, ustanoviv v čl. I., že soudce, nenalezne-li v zákoně (ani jeho výkladem) žádného předpisu, a není-li ani normy práva obvyčejového, má rozhodnouti podle pravidla, které by stanovil, kdyby sám byl zákonodárcem. Úplně volným při tom však není, neboť má se řídit „osvědčenou naukou“ (*bewährte Lehre, solutions consacrées par la doctrine*) a tradicí (*Überlieferung, la jurisprudence*).“ Z toho někteří (Reichel) soudí, že a. v dosahu civ. zákona švýc. není samostatnou metodou aplikace práva (jinak Gmür).

Nauky tohoto směru (B) byly vyvinuty rovněž na půdě práva soukromého. Poměr jejich k užívání a. musí býti celkem odmítavý, aspoň pokud není výslovně na-

řízena, což je pochopitelné, neboť a. omezovala by volnost soudcovu, která s hlediska těchto nauk je velmi žádoucí (Ehrlich, Gmelin a j.).

C. Třetí směr, který neobmezuje se na právo soukromé, naopak z části své výsledky vztahuje jen na právo veřejné, je shodný se směrem na prvním místě uvedeným potud, že rovněž popírá mezery v právu. Nejostřejší formulaci podal *Donati*, podle něhož celý právní řád (logicky nutně) skládá se ze dvou, po případě ze tří skupin norem. Jednak je to (nutně) soubor norem („speciálních“) upravujících určité případy, jednak (fakultativně) norma nebo skupina norem doplňujících soubor prvý v ten způsob, že odkazují na nějaký subsidiární pramen práva, kterým může být zejména a., a konečně (nutně) všeobecná komplementární norma obsahu opačného, než jaký mají normy prvního a druhého souboru. Podle této všeobecné negativní normy nemají právní účinky nastati, kde není skutkových podstat pojatých do normového souboru prvního a druhého. Mlčení zákona není tedy mlčení. *Lex, cum tacet, clamat. Inclusionem unius fit exclusio alterius.* Soudcova povinnost rozhodnouti, vyslovená tak ostře a s trestní sankcí ve francouzském *Code civile*, neznamená, že soudce má rozhodnouti podle něčeho jiného než podle zákona.

Jedním z předních stoupenců nauky o všeobecné negativní normě je *Zittelmann*, který vidí negativní normu „v pozadí všech speciálních právních norem, které spojují s nějakým činem trest, povinnost k náhradě škody nebo jiný právní následek“. *Zittelmann* uznává však mezery v obvodu případů normami sice upravených, ale upravených neúplně. Tyto mezery lze podle něho vyplňovati a-í, která je přípustná i v právu veřejném, „spočívající na samozřejmé právní zásadě“. Mínění *Zittelmanna*ovo přijal *Anschütz* pro právo správní (v ústavním připouští možnost skutečných mezer), „ježto zákon a úřad soudcovský mají na půdě práva trestního a správního jinou povahu než v právu soukromém. Znamenají a mají zabezpečiti obmezení veřejné moci vůči poddanému.“ Proto je a. ve správním právu nepřipustná, „pokud by se jí práva veřejné správy rozšiřovala nad obsah zákona, a pokud by jí správa získávala nové možnosti k zásahu“ („administrative Eingriffsmöglichkeiten“). „Negativní rozhodnutí je také rozhodnutí.“ *Anschütz* mohl se pro své stanovisko dovolati zejména praxe vrchního správního

soudu pruského (o vysokých tribunálech anglických ani němlově). I *Anschütz* však připouští analogické užívání norem civilního procesu na proces správní. V oblasti všeobecné negativní normy je podle těchto nauk a. vyloučena, poněvadž by předpokládala změnu této negativní normy, k níž soudce není oprávněn.

Proti nauce o všeobecné negativní normě ozval se ovšem silný odpor (na př. *Bierling*, *Brütt*, *Ferrara* a j.). Dle *Bierlinga* není logickou nutností, a lze ji připustiti jen když je srovnatelná „s úmyslem zákonodárce“.

V. Soudce a zákon. Je možno býti různého mínění o existenci komplementární negativní normy. Je-li však soudce podle svého ústavního postavení ve státě vázán zákonem (§ 98 a také § 93 naší úst. list.), znamená tato vázanost netoliko, že soudce není oprávněn se skutkovou podstatou spojití jiné právní následky než ty, které jsou zákonem předurčeny, nýbrž znamená také, že není oprávněn spojití nějaké právní následky se skutkovou podstatou, pro niž zákon žádných nepředurčil. Postavení soudce ve státě může arci býti i jiné, jako bylo jiné postavení římského praetora, který nebyl soudcem v našem smyslu, nýbrž nositelem magistrátského imperia, na jehož základě mohl tvořiti ne-li snad abstraktní, tož aspoň konkrétní normy právní ze zákona neodvozené. Meze pouhé aplikace práva přesahuje i jurisdikce vysokých tribunálů anglických, a to (zakrytě) v *common law*, (přiznaně) v kancelářské *Equity*, jež vyrůstala nejen praeter, nýbrž i contra legem, třeba se to sebe více zastíralo. Rovněž civilní soudce švýcarský podle uvedené již normy (která je v podstatě kompetenční) může činiti více než aplikovati právo. Je také možno připustiti, že příliš tuhá vázanost soudce na statickou normu je nesrovnalá s dynamikou života. Nasvědčuje tomu nejen reformní hnutí pro volné nalézání práva v Německu, nýbrž i závažné hlasy z Francie. (*Saleilles*: je třeba rozlišit zákony imperativní, které soudce vážou s naprostou přísností, od zákonů volnějších, které snesou odchylky požadované skutečnostmi a soudobými mravy. Nejnověji *Henri de Page* v tomže smyslu rozeznává *règles constructives* a *règles normatives*.)

Náš soudce (ať je soudcem podle organizace, či podle funkce) je zákonem vázán, a vázanost tato může býti jen jednotlivým zákonem větší nebo menší měrou (obsahově) uvolněna. Prakticky vyjde na jedno, zdali

s Donatim existenci komplementární negativní normy uznáváme či ji popíráme.

VI. A. v právu správním. V oboru práva veřejného bývají ostatně výslovně dány normy negativní, byť ne všeobecné. Takovou normou je (podobně jako v německých a jiných trestních zákonech) čl. IV. rak. trest. zák. z r. 1852, v němž je ustanoveno, že podle tohoto trestního zákona může jako zločin, přečin nebo přestupek jen to býti trestáno, co v něm samém výslovně za zločin, přečin nebo přestupek je prohlášeno. Rovněž § 111 a jiná ustanovení páté hlavy naší ústavní listiny obsahují negativní normy, jež ve svém dosahu užívání a. vylučují. Velmi širokou negativní normu má na př. italský Code civile (art. 4), dle něhož zákony trestní a jiné, které obmezují svobodný výkon práv, nevztahují se na jiné případy a na jinou dobu, než jak je v zákoně vysloveno.

V dosahu takovýchto negativních norm pokládá a. za nepřipustnou i praxe našeho N. s. s. Nálezy Boh. A 2592, 2813 vyslovují zcela určitě, že každý zákon, jímž se svobody jednotlivce omezují a jemu povinnosti ukládají (berní, trestní nebo jinaké), musí býti vykládán přesně, a že nelze zakládati nebo rozšiřovati povinnosti a závazky, jichž zákon způsobem nepochybným neukládá. Na tomže stanovisku stojí nálezy Boh. A 652, 821, 1105, 1653, 2815, třebaže pravý důvod halí se někdy v poněkud otřelou a nespolehlivou větu o nepřipustnosti a. předpisů výjimečných (jus singulare) (Windscheid, Regelsberger, Hölder, Binding, Wurzel a j.). Od správné cesty odchylnil se nález 11521/21 (ve sbírce neotiskěný), v němž ustanovení § 5 trest. zák. z r. 1852 o spoluvinně bylo a-i použito na delikt policejní, což je stejně mylné jako by bylo analogické použití § 8 o trestnosti pokusu na delikty policejní. Leč i kde není zvláštní normy negativní, připustnost a. se popírá, na př. Budw. A 7350.

Není-li normy negativní, vystupuje do popředí otázka, zdali právní řád obsahuje normu, která k užívání a. zmocňuje (subsidiární norma Donatiho). Poněvadž § 7 obč. zák. má nepochybně obsah normativní (Wurzel a j.) a není pouhým nezávazným pokynem interpretačním (jak míní Reichel), má pro naše právo značný praktický význam, zdali ustanovení § 7 obč. zák., které platí pravděpodobně i na Slovensku jako právo obyčejové, vztahuje se na všechny obory právní. Lze připustiti, že § 7, podobně jako i jiné paragrafy v úvodu k obč.

zák., mluví o „zákonech“ všeobecně, kdežto jiná ustanovení, na př. §§ 13, 26, 140, 290, 364 a j., výslovně rozeznávají, mluvíce o zákonech a nařízeních politických. Proti tomu však lze uvést, že vyhlášovací patent z l. VI. 1811 výslovně vyhláší o b ě a n s k ý zákoník (b ü r g e r l i c h e s G e s e t z b u c h) a označuje jeho obsah jako j e d n o odvětví zákonodárství, t. j. jako právo občanské (b ü r g e r l i c h e s R e c h t), jímž však dle § 1 obč. zák. rozumí se soubor zákonů, kterými určují se soukromá práva a povinnosti obyvatelů státu v jejich vzájemném poměru (unter sich). Nelze také přehlížeti, že vyhlášovací patent v odst. 8. zachovává v platnosti nařízení o předmětech politických, kamerálních a finančních a že, zachovávali je v platnosti, nemohou býti dotčena ani ustanovením § 7 obč. zák. Ustanovení toto ostatně mluví výslovně o případech p r á v n í c h (läßt sich ein R e c h t s f a l l nicht entscheiden), což sotva lze (r. 1811) vztahovati vůbec na poměr mezi státem a poddaným, který dle tehdejšího nazírání zpravidla nebyl poměrem právním. Je-li tento výklad § 7 správný, pak ovšem nemáme v našem právním řádu všeobecné normy o připustnosti a.

Praze správního soudu dovolává se sice nezřídka ustanovení §§ 5 a 6 obč. zák., jež ostatně sotva vyslovují více nežli samozřejmosti, za to však jen s velkou zdrželivostí dovolává se § 7, a ani tu obyčejně se neopírá výlučně o toto ustanovení, nýbrž vyvozuje právní normy vedle toho také ještě z t. zv. „povahy“ věci, z „podstaty a účelu řízení správního“ a pod., poukazujíc na obdobu pozitivních ustanovení jiných procesů, na př. procesu civilního spíše jen na doklad, že jde o institut každému řízení inherentní. Takovýmto způsobem byla na př. odůvodněna připustnost obnovy v řízení správním (Budw. A 2517, 4854, Boh. A 923 a j.).

Naše právo správní je ovšem plno „mezer“, a nemůže snad ani býti jinak. Podle svědectví, jež podává Perreau (Technique de la jurisprudence), je jich plno i správní právo francouzské přes svou starou tradici. „Mezery“ tyto jsou však jen Zittelmannovy mezery p r a v é (dle Somló a Donatiho jsou ovšem n e p r á v é), to jest vyskytují se jen v oboru právem upraveném, v oblasti norem neúplných, nikoli v oblasti normy „negativní“.

Z obsahu zákona lze sice vyčísti, že s určitými skutkovými podstatami mají býti spojeny určité právní následky, že

soudce je povinen pozitivně rozhodnouti, avšak zákon skutkovou podstatu nebo právní následky nevymezuje zcela přesně, nebo nedoprovází normu materiálně právní normou procesní. Místo, aby podal normu k použití bezprostředně způsobilou, pracuje zákonodárce často z k r a t k a m i, v nichž mohou býti obsaženy i více nebo méně zřejmé poukazy. Soudce nebo jiný orgán, který jest povolán zákona použití, je arci povinen zákonodárcovu zkratku rozvinouti do té míry, aby normě dal podobu k použití způsobilou. Jak má si při tom věsti, je nutno vyhledati z obsahu a smyslu zákona. Rozvinutí zkratk bude vyžadovati různých metod, od ryze dedukčních pochodů logických přes a-i až ke značné volnosti soudcovského hodnocení, jež hraničí na volné nalézání práva, které jest kryto poukazem ze zákona poznatelným (Budw. A 6239, 6527 a j.). Zákon poskytuje obyčejně dosti indicí, které ukazují pravou cestu. Kdo se ještě drží klasické nauky o vůli „zákonodárcově“, věříce, že lze ji zjistiti i jinými prostředky než z obsahu zákona (na př. z materialí), čerpají ovšem i z této vůle.

Zkratka zákonodárcova může v sobě zajisté skrývati i poukaz na a-i. Ale nedá-li se tento poukaz bezpečně zjistiti, nejen že se použití a. nerozumí samo sebou, nýbrž je nepřipustné, poněvadž se jím soudce vyhýbá svému úkolu rozvinouti zkratku podle smyslu a účelu normy a staví si do cesty umělou překážku, která mu brání dojití k správnému výsledku.

Velmi názorný příklad rozvinutí zákonné zkratky podává judikatura k § 23 čes. hon. zák. z roku 1866, podle něhož okresnímu výboru přísluší „dozor“ na zákonné provádění řady ustanovení tohoto zákona. Obsah tohoto „dozoru“ není v zákoně blíže vymezen. Je to „mezera“ v oboru právem upraveném, norma je neúplná. Máme-li tuto „mezeru“ vyplniti a-i, sáhneme po normách dozorcí moc blíže upravujících. Provedeme volbu, která padne na př. na §§ 102 a 103 čes. obec. zřízení (judikatura nejvyššího správního soudu vybočila vskutku v několika nálezech, ve sbírce neotištěných, č. 2584, 14195, 14196 z r. 1922 na tuto cestu, záhy ji však opustila). Zkoumá-li se pozorně obsah zákona, objeví se, že a. zavádí na scesti. Z obsahu honebního zákona dá se poznati, že z členství v honebním společenstvu plynou nepochybná práva, jež však nelze uplatňovati před řádnými soudy. Označuje-li však zá-

kon určitý úřední orgán, který má bdíti nad zachováváním právě oněch norem, z nichž práva členská vyplývají, je tím dáno nejen forum, nýbrž je dána i actio. Takto dospívá judikatura k příslušnosti okresního výboru rozhodovati o sporech mezi členy honebního společenstva a výborem honebním, běží-li o práva členů ze členství v tomto svazu plynoucí. Praktický význam je očitelný, neboť na výkon úředního „dozoru“ by členu společenstva právo nepřislušelo, kdežto rozhodnutí o svém sporu s honebním výborem může se domáhati. V tomto smyslu Budw. A 10389, 9881 a j., Boh. A 715, 822 a j. Podobným způsobem rozvinula judikatura (Boh. A 13, 713 a j.) zkratku téhož zákona (§ 13), jenž stanoví, že o pronájmu a způsobu pronájmu honitby má se rozhodnouti „po uvážení okolností“ („obwaltende Verhältnisse“).

Zkratkou pracuje zákonodárce i když užívá t. zv. vagních pojmů, jimž praxe dává určitější obsah, získaný z indicí ze zákona vytčených anebo ze zjištěného účelu normy. Na př. veřejný zájem, veřejné ohledy, všeobecná prospěšnost, zájem okresu, místní potřeba (v živn. řádě) a pod.

Jen poněkud jiného druhu jsou zkratky, které pracují s pojmy v některém naukovém oboru anebo v životě běžnými, na př. „továrny“ v řádu živnost. Budw. A 7942, „význam národohospodářský“ v § 94 čes. zák. vod., požadavky „estetické“ ve stavebních řádech a pod.

Spíše o poukaz než o mezeru jde v případech, kdy se judikatura dovolává a. ustanovení obč. zák. o smlouvách, vztahující je na smlouvy v oboru práva správního (na př. Boh. A 884, 1076). Obyčejně se však dodává, že jde o ustanovení, které „vyplývá ze samého pojmu smlouvy“, pročez platí i o smlouvách práva veřejného. Mluví-li správní zákon o „manželu“, zákonném zástupci, bydlišti, na př. Boh. A 216, 1457, 1561, 2914, poručníku Budw. A 8405, nejde o „mezery“, nýbrž o poukazy na jiné normy (obč. zák.), v nichž se ostatně dotčené vztahy (zejména otázka zastoupení) neupravují jen pro obor práva soukromého, nýbrž všeobecně.

Příklady tyto ukazují jednak, že mnohé „mezery“ v normách jsou v pravdě jen pouhé zkratky nebo výslovné, někdy třeba jen latentní poukazy, jednak že vyplnění „mezery“ a-i není nic samozřejmého. O latentním poukazu na a-i dá se snad mluvit v případě Boh. A 715, kde bylo použito norem o tvoření kolegiální vůle v obecním zastupitelstvu (§ 43 čes. obec. zřízení) na ho-

nební výbor, o čemž honební zákon nemá žádného ustanovení. V případech Boh. A 265, 1105 dovolává se N. s. s. a. trestního zákona (šlo o error juris a error facti ve správním právu trestním). Ale k stejnému výsledku došlo by se snad i bez a. ze samozřejmého předpokladu, že delikt musí být přičitatelný, aby mohl být trestán.

Velmi bohaté naleziště „mezer“ je řízení správní, upravené nejen u nás (Perreau l. c.) velmi kuse. Judikatura i zde užívá a. velmi opatrně, arci ne vždycky důsledně (v. Havelka: Nástin zásad správního řízení). Dovolává se tradičně a. civilního soudního řádu, je však možno pochybovati o správnosti této v o l b y, když máme několik procesních zákonů (jako řízení nesporné, trestní, podrobné procesní normy zákonů berních a j.), jež mají s řízením správním nebo aspoň s některými jeho druhy začasť větší podobnost než civilní soudní řád.

O všeobecné přípustnosti a. v našem řízení správním lze pochybovati ostatně ještě ze zvláštního důvodu. Zákon o správním soudě stanoví v § 6, že soud tento má naříkané rozhodnutí zrušiti, nebylo-li dbáno podstatných forem řízení správního. Tato norma neobrací se jen na správní soud, nýbrž i na správní úřady, vždyť se jejich akty ruší, nebylo-li podstatných forem šetřeno. Podstatnými formami řízení správního jsou patrně ty, které jsou pro řízení podstatné, a podstatné jsou ty, které plynou z jeho p o d s t a t y. Není nesplnitelným úkolem vyčísti z podstaty a ze zjevného účelu toho kterého druhu řízení správního (beze zkoumání účelu nelze se tu obejít), kterých forem je zapotřebí, aby cíle řízení bylo dosaženo. Formy tyto mohou být jednou mírnější, jindy přísnější, než jaké zase podle svého vlastního účelu předepisují kodifikované řády procesní. Je nesnadno nalézt procesní otázku, která by se nedala takovýmto způsobem zodpověděti.

Nálezy správního soudu také vskutku mnohem častěji dovolávají se „všeobecných zásad, ovládajících řízení správní“, „povahy věci“, „účelu řízení“ a pod., než a. Takováto dikta ovšem nic nedokazují, důkaz mohla by podati jen podrobná analýsa podstaty a účelu řízení. Tuto analýsu však soudci nahražuje právní cit, který není nic jiného než jeho nahromaděná praktická zkušenost. Jeho pochody duševní jsou snad někdy jen podvědomé, ale přesto mohou být bezpečnější než povrchní rozbor a nežli mechanické ulpení na a-i. Na zkratky zákonodárcovy odpovídá soudce zkratkami svými.

Nejčastěji dovolává se praxe a. při otázce podjatosti (Boh. A 619, 1737, 373), ač někdy vystačí i s povahou věci (Boh. A 585), někdy zase — ne právě důsledně — nedbá ani a., ani „povahy věci“ (Boh. A 2214).

Sporadicky připouští se i a. kompetenčních norem Boh. A 4266, 5753. Pro řízení adhesní hájil přípustnost a. i Pražák (Spory o příslušnost, str. 265, 282, 335). Někdy jde ve skutečnosti jen o extensivní výklad (jako v Boh. A 884, 2697), jímž se ze samého zákona vyhledává širší jeho smysl oproti jeho příliš úzkému textu, a jímž se doplňuje jen l i t e r a zákona a jeho nepřesná formulace (nikoli m y š l e n k a zákona) (Eneccerus, Eisele, Ferrara a j.). Posunovati kompetenční mezníky a-i sotva je přípustno.

Literatura.

Většina učebnic práva pandektního a občanského zvláště spisovatelů v textu uvedených. U nás zejména Tilsch: Občanské právo rak., nejnověji Rouček: Občanské právo. Všeobecná část. Z ostatních zejména Gierke: Deutsches Privatrecht. Binding: Handbuch des Strafrechts. Bierling: Juristische Prinzipienlehre, potom Zittelmann: Lücken im Recht. Anschütz: Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen, Verw.-Art. XIV. W. Jellinek: Gesetz, Gesetzesanwendung atd. Heck: Problem der Rechtsgewinnung. Týž: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Ehrlich: Die juristische Logik. Somló: Juristische Grundlehre a díla v textu zvláště uvedená. Kelsen: Hauptprobleme, Allgemeine Staatslehre. Též Tezner: Das österreichische Administrativverfahren (passim). Pečlivý soupis literatury o mezerách u Elze: Lücken im Gesetz, 1916. Viz též stat: Výklad zákona.

Emil Hácha.

Anciennita.

A. (služební stáří) zakládá ve veřejných službách jistá práva z důvodu, že určitý funkcionář byl ve své hodnosti ustanoven dříve než jiný. Jsou to zejména práva na povýšení a na pověření určitou funkcí. Nižší veřejní funkcionáři jak ve státní správě tak i v armádě bývají v některých státech povyšováni až do určitého stupně podle a-y. Ve službě diplomatické má a. ještě jiný význam. Podle reglementu vídeňského z r. 1815 pořadí diplomatických zástupců u téže hlavy státu akreditovaných se určuje a. Pro zařazení do t. zv. diplomatické listy jest rozhodný den, kdy dotyčný diplomatický zástupce oficiálně notifikoval ministru zahraničních věcí svůj příjezd.

Lad. Vošta.