

Jako znaky slovanského práva shrnuje Zigel: převládání práva obyčejového, zemědělský ráz práva, malá závislost na právu římském a církevním, jakož i zjev, že ve slovanském světě živel právní nebyl úplně odlišen od živlů náboženských, mravních a politických.

Překladem Zigelovy práce dostal se do rukou českého čtenářstva výborný přehled o vývojové tendenci a pramenech slovanského práva.

J. Kapras.

Civilní právo.

*Dr. Emil Svoboda, Vůle vnitřní a vůle projevená právním činem. I. Praha 1911. *)*

Výtky, které autor předvídal a jimž hleděl čeliti v předmluvě, nemohou vysvětlením autorovým býti považovány za úplně odstraněné. Úvodní kapitola, obsahující „Několik myšlének o methodě“, nejeví se nám jako integrující část spisu, který by i bez této kapitoly mohl tvořiti celek o sobě, ovšem rozsahem menší. Nanejvýše dokumentuje tato úvodní kapitola snahu autorovu probrati se k pevným základům, jenže pro práci fundamentální je opět příliš sumární.

Zastavme se prozatím poněkud u této úvodní kapitoly. Autor hledí si v ní ujasniti poměr práva psaného k praktikování práva. Praktikování práva jest možno jen uváděním v souhlas dvou složek, pravidla právního a životních poměrů. Kdežto starší věda právní kladla hlavně důraz na pravidlo právní, representované v nynějších dobách skoro výhradně neměnným zákonem a ponejvíce spokojila se s vyvozením konsekvencí z pravidel právních, jak byla myšlena v době jich vydání, hledí novější směry vědy právní více k životním poměrům nynějška, tedy k elementu proměnlivějšímu, se kterýmž nějakým způsobem má býti stále stejné slovo zákona uvedeno v soulad. Tento způsob nazírání involvuje ovšem nutně jisté volnější zacházení se zákonem, zejména se zákony staršími. Autor zná se v úvodní kapitole k těmto novějším směrům. Jelikož však v nich je možno ovšem více odstínů radikálnějších a umírněnějších, bude třeba precisovati poněkud stanovisko autorovo.

Autor velice energicky odmítá extrémní směr t. zv. volného nalézání práva, již v předmluvě praví, že ustoupiti musí názor interpretův před suverením stanoviskem platného zákona (str. 6), dále, že jsou velmi četné a převládající případy ty, kde soudce nalezne v zákoně jasné, nesporné ustanovení pro rozřešení případu a kde tedy mu káže povinnost podříditi se vůli zákona (str. 17, 18), a odmítá pak výslovně vývody Gnaea Flavia (str. 18). Pro úvahu o methodě zbývají mu jen ty případy, kdy zákon má mezeru aneb slova zákona po bedlivém prozkoumání připouštějí různý výklad (str. 18). Pro tyto případy pak přidává se k t. zv. mírným zastán-

*) Výňatek z posudku zesnulého prof. Dra Emanuela Tilsche o habilitačním spise Dra Emila Svobody.

cům hnutí za volným právem, dle nichž sluší zákon doplňovati sice volným právem, ale vždy ve směru práva zákonného (str. 19). Za tím účelem sluší poznati ideový základ zákona a jeho tendenci (str. 20) a z materiálu myšlenkového, obsaženého v zákoně, sluší nalézti rozhodnutí správné i tam, kde zákon nerozhoduje otázku *expressis verbis* (str. 21).

Na první pohled nelze tu vlastně nahlédnouti, v čem má pozůstávati rozdíl od metody dříve užívané, že o výkladu rozhoduje duch zákona a mezeru mají býti vyplňovány analogií, tedy dle tendence zákona. Teprve z dalších vývodů autorových vysvítá, že autor hledí obmeziti aneb vyloučiti výklad historický a nechává nastupovat vyplňování mezer ve smyslu svrchu uvedeném hned, jakmile selhal výklad logický a systematický. Zde objevuje se ovšem nejasnost ve vývodech autorových. Výkladu historického nelze postrádati zvláště při starých zákonech, neboť nám slouží k porozumění slov a, což více, k poznání ducha zákona. Autor uznává užitečnost historického výkladu k porozumění slov (str. 25) a uznává dále, že má se doplňování mezer díti ve směru práva do zákona pojatého (str. 19) a že rozhodnutí mají odpovídati intencím zákona. Nyní sluší se ptáti, jak má intence zákona starého býti poznána, než výkladem historickým? Právě-li (str. 26) dle Junga, že má zákon v takových případech (pochybný výklad neb mezer) býti vykládán, „jak působí nejúčelněji“, může účel býti posuzován buď dle tendence zákona aneb dle nynějších, nijak na jisto postavených potřeb hospodářského styku (str. 26), resp. dle společenského úkolu práva (str. 33). Rozhoduje-li se autor (str. 26) pro tento poslední smysl, nevypořádal se jasně se svými tvrzeními na jiných místech, že má zákon se doplňovati ve směru práva do zákona pojatého, v intencích zákona a pod. Autorovy vývody trpí právě touto nejasností v příčině výkladu historického. On sám odmítá výtku, že by se stavil na úzkoprsé stanovisko negace proti metodě historické (str. 27) a jejím výsledkům, ale neukazuje nám jasně, které výsledky její mají dle jeho náhledu význam pro praktické užití práva, zejména v příčině posouzení tendence zákona. Že má býti jen hleděno k tomu, co bylo publikováno jako zákon (str. 25), nestačí, neboť jde právě o výklad publikovaných vět, jichž pravý smysl možno opět seznati jen ze situace, z které byly mluveny.

Druhá výtku, kterou autor očekává, jest, že nevyčerpal literatury, která o hlavním problému byla napsána. Je pravda, že literatura ta je ohromná, a že ovšem mnoho a mnoho spisovatelů jen rozvádí opět a opět tytéž základní myšlenky, a že proto nemůže býti rozumně žádáno, aby autor celou literaturu vyčerpal, avšak přes to musí býti konstatováno, že použití literatury jest nezvykle malé. Podotknuto budiž v příčině úvodní kapitoly, že z Ehrlichových spisů citováno jeho dílo o právu obyčejovém, které s otázkou metody jen vzdáleně souvisí, kdežto jeho spisy o mezerách práva a o volném nalézání práva nebyly, jak se zdá, použity, nepovšimnuto zůstalo tu i epochální francouzské dílo Geny-ovo. Místo toho i citování je nezvyklé, když knihy a pojednání známé a přístupné citují se jen citátem citátu, jako na př. Kahlerova a Zitelmannova pojednání v *Jherings Jahrbücher* XVI. (o mentální rezervaci a o projevu vůle), dle knihy Henlovy

(str. 85 a 86); nepoctivého citování z druhé ruky nelze však autoru vytýkati.

Za to třetí výtká, autorem očekávaná, že nebasuje svoje výklady na předpisech pozitivního práva, jest sice též v jistém smyslu závažná, nemá však dle zdání referentova takové váhy, jak by se mnohým zdáti mohlo. Problem o methodě je sám sebou nezávislý na pozitivním právu a problem o poměru mezi vůlí vnitřní a vůlí projevenou jest problemem, který v každém pozitivním zákonodárství se opakuje. Vytknutí obou si odporujících stanovisek (theorie vůle, theorie projevu) a vyvinování konsekvencí z nich může míti cenu pro každé pozitivní zákonodárství. Že autor stojí svými sympatiemi rozhodně na stanovisku theorie projevu, mohlo by, jak se zdá, vésti k aprioristické zaujatosti bezcenné pro vývody de lege lata. Někdy tomu skutečně tak jest, a na to bude poukázáno, avšak v celku jest obava před nebezpečím jen zdánlivým. Starší zákonodárství nebyla si v té příčině jasna, a může do nich to neb ono stanovisko býti interpretováno, jak se to stalo v právu obecném, kde stály řečené dvě theorie proti sobě, obě na basi téže kodifikace, a i všeobecný zákonník občanský došel interpretace v obou směrech. Byť i pak bylo sebe lépe dokázáno, že nějaké pozitivní zákonodárství stojí na theorii té neb oné, nelze rozuměti dobře theorii jedné bez protikladu theorie druhé. Může tedy skutečně býti uznáno vyvinutí rozdílu obou teorií za přípravnou práci pro pojednání o každém pozitivním zákonodárství. Proto z abstraktního rozumování o problemu, který v každém pozitivním zákonodárství musí se vyskytnouti a k tomu nebývá, aspoň ve starších, pozitivně určitě řešen, neodvozoval bych hlavní výtky proti tomuto spisu, tím méně, že autor v dodatečném pojednání podal aplikaci své theorie na část práva rakouského.

Kapitola I. o pojmu projevu vůle jest jedna z nejlepších v tomto spisu a jest také rozhodující pro mnoho míst ostatního obsahu i pro dodatek o právu dědickém. Jde o pojem projevu vůle, jak autor ho chce užívat, nejde tu tedy o analysu pojmu, nýbrž o účelnou synthesesu znaků v pojem. Charakteristické pro pojem ten ve smyslu autorově jest, že jest to projev „adressovaný“, projev takový, který hledí vzbuditi v druhé osobě zúčastněné na tom právním poměru, kterého projev se týká, jistou duševní reakci a jisté této reakci odpovídající chování. Sem spadá nejen projev vůle při smlouvách, nýbrž i při testamentu, nikoliv pak při okupaci, derelikci atd. (tu schází znak adressovanosti).

Toto ohraničení pojmu jest pro další postup práce skutečně účelné, neboť půjde o poměr mezi obsahem duševního stavu osoby projevující a obsahem duševního stavu adresátova. Cize tu jen dojíhá poněkud nepřesné užívání terminů jednání, akt, čin.

V kapitole druhé, jež jedná o automatickém vzniku právních následků na základě vnější skutkové podstaty, zdařilá jest polemika s Henlem o rozdílu mezi immanentními a transcendentními projevy. Autor stojí tu na positivistickém a zajisté zcela správném stanovisku, že o tom, co dle svého obsahu je jednáním právním, rozhoduje jedině pozitivní právo, a že jinak tak zv. vnitřního rozdílu mezi jednáním právním a jiným nelze nalézt.

Zajímavá jest též v kapitole IV. obrana theorie projevu proti výtce, že dopřává mrtvé liteře vlády nad živým duchem. Správné jest, že remedium proti této výtce sluší viděti v širokém rozsahu, který sluší dáti skutečností, které patří k projevu a slouží k jeho interpretaci. Správně tu jest rozvedeno, že sluší právě hleděti nikoliv na smysl slov o sobě, nýbrž na situaci, z které bylo mluveno. Bylo by však bývalo si přáti, kdyby autor, jenž jinak zná Leonharda i Hildebranda, připoměl tu právě toho rozdílu, který od theoretiků projevu v obecném právu se činívá pod hesly „quod dictum est“, a „quod actum est“, neboť tato rčení jsou velice výrazná a smysl tohoto rozdílu odpovídá úplně autorovu stanovisku. Správně a v souladě s pojmem projevu vymezeným v kapitole první, jakožto projevu adresovaného, činí se pak konsekvence v příčině okolností, jichž lze užiti k interpretaci.

K této kapitole IV. sluší však podotknouti, že these, kterou kapitola ta je nadepsána („Vnitřní vůle není samostatným článkem skutkové podstaty právního činu“), překročuje ovšem již míru, kterou můžeme popřáti všeobecné theorii právní, neboť jest to jasně věta dogmatická, která by jen pozitivním zákonodárstvím mohla býti sankcionována.

V kapitole o výkladu pojmu vůle, která opět navazuje na pojem projevu jakožto adresovaného, poukázati sluší na dobré vylíčení substituování typů na místo individuálních stran. Je to pochod vystihující výklad dle theorie projevu a jest skutečně, ač většinou neuvědoměle, v praxi používán. Autor sleduje tu náhledu Danzova, který mu i na jiných místech byl vzorem.

V kapitole VI. o vůli výsledku není šťastná logická dedukce heterogenie účelů i pro právní jednání z všeobecné povahy lidských činů. Autor sice odvolává se na svůj, již dříve odůvodněný náhled, že není vnitřního rozdílu mezi jednáními ostatními a právními, že jest to jen pozitivní právo, které je liší, ale právě pozitivní právo by lišiti je mohlo v tom smyslu, že by heterogenie účelů byla pro obor právní zásadně vyloučena. Autor tu opět staví aprioristické dogma bez ohledu na pozitivní zákonodárství a překročuje rozumné meze všeobecné theorie právní. Za to mnohem lepší jsou vývody jeho o mentální rezervaci. Jest to ovšem materie, kde sama sebou theorie projevu má přirozený vrch nad teorií vůle, poněvadž i přívrženci této jsou nuceni tu činiti výjimku.

K mentální rezervaci vrací se autor i v následující kapitole (VII.) o bezděčném rozporu mezi vůlí vnitřní a vůlí projevenou. Pozoruhodné jsou zvláště de lege ferenda vývody autorovy o podobnosti mentální rezervace a omylu v příčině nebezpečí úmyslně připravených důkazů těchto nedostatků vůle. Skutečně, basuje-li se poskytování ochrany právní na důvěru v projev, jeví se relevantní hranice mezi oběma zjevy velice labilní.

V kapitole poslední (VIII.) o individualisaci úmyslu a významu po-
hnutek jeví autor již stopy únavy a vyčerpává se negativní polemikou proti zastancům theorie vůle v tom smyslu, že chybou by bylo spatřovati v theorii vůle účinnou obranu těch, kdo opravdu závažně se mýlili, a slibuje jen, že v druhém díle ukáže, jak theorie projevu, by byla s to chrániti za jistých podmínek i proti omylu v motivu.

V pojednání o projevu vůle v rakouském právu dědickém, jež má být ukázkou z přípravných prací k dílu druhému pojednávajícímu o pozitivním právu rakouském, dopouští se téže chyby, jako v díle prvním, že totiž jen úvodní kapitola jen zcela vzdáleně souvisí s vlastním předmětem. Jednáť o poměru mezi posloupností testamentární a intestátní. V kapitole druhé hledí autor provést důkaz, že testament jest projev adresovaný v tom smyslu, jak autor v kapitole první prvního dílu byl vyslovil; vývody ty možno označiti celkem za zdařilé. Také při testamentu možno rozlišovati vůli projevu a vůli obsahu. Vývody o animu testandi jsou dobře promyšleny, sluší však vytknouti některé nepřesnosti, jako (na str. 22), že v §§ 713 a 715 je prý s okolností datování resp. nedatování spojen dalekosáhlý důsledek právní, kdežto v § 578 datování pouze doporučuje a nenařizuje; skutečně v §§ 713 a 715 nepojí se následky k „datování“ nýbrž k době skutečného zřízení. Velice dobře promyšlen je též výklad tří §§ 570—572 o omylu při testamentu a poměru § 572 k 901, při čemž se přichází k důsledku, že sluší aplikovati tentýž pojem motivu při testamentu i při smlouvách obligacních. Kapitola poslední o výkladu prohlášení poslední vůle má za účel ukázati, že přes závažné úchytky ve prospěch nazírání theorie vůle, přece nelze ani při testamentu čerpati pomůcky interpretační odkudkoliv. Dle autora půjde výhradně jen o to, zda tu jest prokázána zvyklost zůstavitelova v užívání jistých výrazů aneb jsou-li tu projevy, které učinil zůstavitel se zřejmým úmyslem, aby sloužily k interpretaci poslední vůle aneb aspoň s vědomím, že jich pravděpodobně k tomu účelu bude užito. Dlužno přiznati, že tyto požadavky souhlasí organicky s celkovým nazíráním autorovým na význam projevu vůle.

Celkem sluší říci, že celý spis vyvěrá z jednotné uzrálé individuality, že autor projevuje i samostatnost úsudku i konstruktivní talent, a že lze od jeho talentu čekati ještě dobré výsledky. Za znak právnického myšlení sluší vytknouti jeho smysl pro právní jistotu. Výtky, jež činívá se zastáncům novějších směrů, že podrývají jistotu právní, autor si nezasluhuje, jeho umírněnost v zastávání nových směrů, jeho celkové stanovisko ve prospěch theorie projevu, které nepochybně více slouží právní jistotě než theorie vůle, jeho příkré odmítnutí mentální rezervace, jeho vyslovená náklonnost pro přesné zachovávání předepsané formy a pro legislativní zostření forem (v kap. o animu testandi) jasně ukazují jeho smysl právnický.

Naproti tomu ovšem není možno přehlédnouti, že jak již svrchu bylo řečeno, neprojevuje autor velkou sečtělou aneb sběhlou v obvyklém používání literatury, a místy též cize dojíká vyškoleného theoretika nedbání obvyklých terminů.

Dr. E. Tilsch.

Trestní právo.

Prinzipien einer Strafgesetzreform. I. Die soziale Aufgabe der Strafe. Das Strafsystem von Dr. Johann C. W. Thyrén. Berlin Lund 1910. 200 str.

Spis tento vydaný jako úvod k osnově nového švédského trestního zákoníku snaží se dvě základní otázky kriminalně politické probrati tak,