

# ČESKÉ PRÁVO

ČASOPIS SPOLKU NOTÁŘŮ ČESKOSLOVENSKÝCH

ŘÍDÍ PROF. Dr. EM. SVOBODA S KRUHEM REDAKČNÍM.



VYCHÁZÍ KAŽDÝ MĚSÍC MIMO ČERVENEC A SRPEN. — REDAKCE A ADMINISTRACE V PRAZE-II  
ŽITNÁ UL. Č. 4b. — PŘEDPLATNÉ ROČNĚ 40 Kč I S POŠTOVNÍ ZÁSILKOU. — JEDNOTLIVÉ ČÍSLO Kč 4.

ROČNÍK XIV.

V PRAZE, V ČERVNU 1932.

ČÍSLO 6.

JUDr. ALOIS ŽOFKA:

## Několik úvah o řízení nesporném.

(Výňatek z přednášky konané v Právnické jednotě v Praze dne 10. března 1932 a ve Spolku notářů čsl., odbor Praha, dne 2. dubna 1932.)

### I,

Vydáním zákona o základních ustanoveních soudního řízení nesporného (zákon ze dne 19. června 1931, č. 100 Sb, z. a n.) obohacen byl právní řád našeho státu ve velmi důležitém oboru. Nehledíce k jeho funkci v pozitivním právním řádu a jeho významu pro sjednocení práva na území zemí historických a zemí Slovenské a Podkarpatoruské, můžeme snad do budoucna vysloviti naději, že bude i pro právní teorii podnětem k četnějším úvahám i systematickému zpracování celého oboru řízení nesporného, k čemuž položil již základy zvěčnělý učitel práv prof. Dr. Emil Ott ve svém stěžejním díle z tohoto oboru »Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens«. Naději onu posiluje potěšitelný fakt, že novému zákonu dostalo se pečlivého komentovaného vydání v Mrštinově »Zákonu o základních ustanoveních soudního řízení nesporného«, vydaném v 2. svazku sbírky »Právnická knihovna« (též Hartmann v nově zpracovaném »Nesporném řízení« ve sbírce »Komentované zákony čsl. republiky« k němu přihlíží) a systematického zpracování ve vzácném a jasném díle prof. Dra Václava Horý »Soudní řízení nesporné,« 1931.

Potřeba dokonalého systému jest stejně naléhavá jako potřeba účelně komentovaného textu zákona, ba pro aplikaci práva tím významnější, že právě systematické ovládnutí zákonné materie i vzájemných vztahů jednotlivých úsečných předpisů právních a pochopení právního řádu jako jednotné manifestace práva vůbec poskytuje praktickému právníku vodítko nejbezpečnější a neselhávající ani tam, kde zákon zdánlivě mlčí. Výstižně praví prof. Dr. Emil Svoboda (Vůle vnitřní a vůle projevená právním činem I. str. 20), že »poznati zákon neznamená memorovati jeho detailní předpisy, nýbrž poznati jeho ideový základ a jeho tendenci,« což jinými slovy vyjádřeno znamená právě nutnost systematického zpracování materie dané zákonem. Nebude snad nezájímavo připomenouti, že i nejnovější směr t. zv. normativní teorie, která v prvním stadiu věnovala pozornost výhradně formální stránce práva (jednotné struktury práva vůbec), obrací pozornost k specifickému

obsahu jednotlivých odvětví (jako práva soukromého, veřejného) a tím připouští — ovšem toliko z důvodů didaktických a pro lepší poznání obsahové stránky norem — hledisko teleologické a tudíž i upotřebitelnost obsahových pojmů systematických (tak prof. Dr. Jaromír Sedláček, Občanské právo čsl., Všeobecné nauky, 1931).

Ovšem setkáváme se při řešení podobných otázek (o systému a rozlišení proti jiným odvětvím řízení) na poli t. zv. nesporného řízení s určitými obtížemi, které jsou právě u tohoto řízení větší, poněvadž zákonné předpisy k němu se vztahující jsou jednak rozptýleny v přčetných zákonech z různých dob pocházejících, jednak jsou i obsahově tak různorodé a odchylný postup normující, že i při dosti zevrubném studiu myšlenka jednotnosti a tím i možnost systematického zpracování uniká. Obtíže tyto mají odezvy jak v teorii tak i v praxi. Listujeme-li na př. v seznámech literatury o řízení nesporném, marně hledáme díla, jež by podávalo vyčerpávající systematické zpracování všech těch odvětví, které jak povahou svojí, tak i vůlí zákonodárcovou zahrnují se do obsáhlého oboru řízení nesporného. (Sand er ve svém pozoruhodném systému »Das zivilgerichtliche Verfahren ausser Streitsachen«, 1907, uvádí na s. 36 n. dosti obsáhle příslušnou literaturu, sám však připomíná, že jednotného a všeobsáhlého systému není, toliko četné monografie o dějinách řízení, nesporném patentu z r. 1854, pozůstalostním řízení, knihovních věcech, notářství a j. Jinak je Sandrovo dílo vlastně prvním a pro svoji dobu vyčerpávajícím systémem veškerých odvětví nesporného řízení.) Pokud pak jde o praxi, jest ze zkušenosti známo, že při judiciálních zkouškách státních i praktických (s výjimkou notářských) bývají znalosti z tohoto oboru dosti skrovné (pokud jsou vůbec úměrné k ostatním předmětům žádány) a že výkon nesporného soudnictví působí zejména mladým soudcům obtíže nepoměrně větší nežli na př. na poli trestního nebo civilně sporného řízení (patrně pro syntetický charakter postupu v řízení nesporném). Tento zřejmě nežádoucí stav chová v sobě nebezpečí, že při řešení konkrétních případů v nesporném řízení utíká se praktik k šablonovitému postupu a tím dostává se řízení na scesti, z něhož nemůže dojiti k pravému cíli. Chci jen zdůrazniti, že přes to, že systematické studium tohoto řízení setkává se s většími obtížemi než kde jinde, nelze se od podobné práce odvracet a rozhodně už ne resignovati a docházeti k podceňujícím úsudkům o řízení

nesporném, jemuž se právě v posledních dobách dostává jistě významné satisfakce od zákonodárce, který zřejmě sleduje tendenci obor tohoto řízení pro jeho četné přednosti rozšiřovati. (Podobný směr intenzivněji se uplatňující možno sledovati v poslední době zejména v Německu.)

Při podobných úvahách proniká do popředí samozřejmě jako první a nejdůležitější otázka, jakou má vlastně povahu a funkci toto řízení nesporné, při čemž vyniknou i hlavní rozdíly proti řízení spornému.

## II.

Pro vytčení p o v a h y nesporného řízení vychází se v teorii zpravidla od dvou principů, ovládajících činnost občanských soudů. Podle jednoho principu omezuje se činnost soudů občanských na nalézání práva v techn. slova smyslu (Rechtssprechung, richterliche Spruchfähigkeit, srv. i slovo »index« odvozené od »ius dicens«). Činnost soudu směřuje tu k tomu, aby nalezeno bylo právo, které již existuje, kterého již bylo nabyto, jež však bylo porušeno neb ve svém bytí přímo ohroženo. Postup soudů, jakým nalézají v konkrétních případech právo již existující, avšak porušené, normován je řízením sporným. Druhý princip spatřuje v soudech — jak uvádí Schuster (Commentar zum Gesetze über das Verfahren ausser Streitsachen, str. 1) — universální orgán právní péče, kterému je proto v zájmu občanstva a pro účinnější ochranu soukromoprávních poměrů svěřena zákonodárstvím řada jiných různých úkonů, sledujících povšechně ten účel, aby k nalézání porušeného práva vůbec ani nedocházelo, aby tak určité právně významné skutečnosti neb poměry právní byly na jisto postaveny, neb aby bylo spolupůsobeno při určitých právních jednáních neb vykonávána péče bránící újmám na právech nabytých, pokud běží o osoby neb podstaty majetkové zvláštní zákonné ochrany požívající; souhrn těchto úkonů zahrnujeme do oboru řízení nesporného.

Z nejnovější literatury dotýká se tohoto rozdílu v obsahové činnosti soudů Merkl (Obecné právo správní I. str. 34) právě pak o činnosti soudů v nesporném řízení, že jest obdobná s právě (výkonné činnosti, která co do obsahu není nalézáním práva). S podobnou charakteristikou úřední činnosti vykonávané v nesporném řízení setkáváme se již v pramenech římského práva (fr. 4 D. II., 1), kde se praví, že úkony ty jsou »magis imperii quam iurisdictionis«.

Poněvadž pak oba druhy řízení podřízeny jsou společnému účelu, totiž uskutečňování právního řádu soukromoprávního, jest považovati za účelné stanovisko našeho právního řádu, že vyřizování úkonů nesporného řízení přenesl na soudy, pokud se týče na notáře. V literatuře vysloven byl i názor (tak Chorinsky »Das Notariat und die Verlassenschaftsbehandlung in Österreich, 1877, str. 4, a Lötsch v Notariatszeitschrift 1861 str. 164), aby soudcovská činnost omezila se toliko na nalézání práva, činnost pak v nesporných věcech, aby přenesena byla v ý h r a d n ě na orgány jiné (notáře, obce a jiné subjekty). Arci však možno k tomu povšechně namítnouti, že vzhledem k pozitivní úpravě právní jsou soudy pro svoji všeobecnou orgánní povahu zvláště způsobilé vykonávati činnost v nesporných záležitostech zejména tam, kde úřední činnost spočívá ve vydání opatření neb rozhodnutí. Pokud tedy — de lege ferenda — by bylo uvažovati o přene-

sení pravomoci v nesporném řízení na orgány jiné než soudy, bylo by rozhodující, aby pak tyto orgány vybaveny byly rozhodovací mocí v stejném rozsahu, jak jsou již nyní nadány soudy.

Při studiu povahy a účelu procesu vůbec docházíme záhy k názoru, že proces jest typickým prostředkem k dosažení a uskutečnění právního řádu, jinými slovy k dosažení takového stavu, který je s hlediska právního řádu a jím chráněných vzájemných vztahů občanů žádoucí. Toto zařízení předpokládá ovšem již vyvinutější poměry životní a tudíž onu dobu, v níž určitá mocenská jednotka (posléze stát) má možnost závazným způsobem upravovati spolužití lidstva (k tomu srv. Hora, Čsl. civilní právo procesní 1922, I. str. 8). Proto setkáváme se s procesem již v těch dobách, kdy vyskytují se první zásady právní a lidstvo opouští primitivní poměry, za nichž ponechávalo se svépomoci jednotlivcově, aby jí uvedl se v žádoucí poměr k druhému (Heriing, Geist des römischen Rechts, III., str. 17). Časově předchází proces sporný, neboť k domáhání se ochrany práva dochází v prvním stadiu vývoje právního života až po porušení práva (obrana práva). Teprve později, po nabytých zkušenostech, hledá člověk způsob, jímž by do budoucna byl chráněn před případným porušením svého práva (ochrana práva). K tomu vedla rovněž zkušeností získaná vědomost, že je vlastně prospěšnější a ekonomičtější zabezpečiti se co možná nejvíce před touto pouhou možností poruchy právních statků, nežli po utrpění škodě domáhati se navrácení v předešlý stav, (jež představuje ideální formu zadostiučinění za spáchané přikori, bývá však obyčejně již fakticky nemožno) aneb aspoň náhrady. Výsledek sporu závisí především na zjištění skutkové podstaty a v tomto směru záleží na provedení důkazu, jež bývá často problematické; ale i když se dosáhne vítězného rozsudku, neznamená to již i materiální výhru na odpůrci, jenž už plnit nemůže. Jak správně podotýká Ott (l. c. str. 2), nedochází tu jen k újmě majetkové pro jednotlivce, selže-li sporné řízení, ale i k oslabení a ztrátě důvěry ve stát, poskytující právní ochranu; problém jednotlivcův stává se tak ožehavým problémem celku. Z toho je patrné, že pro tuto preventivní funkci přísluší nespornému řízení mezi institucemi právními velmi významné a čestné místo, a možno v literatuře nalézt řadu míst, která nadšenými slovy oceňují jeho význam a prospěch pro právní praksi. P r a t o b e v e r a (Materialien I. str. 208) na př. praví, že jest nejkrásnější částí soudcovské činnosti chrániti a udržovati práva, která se dosud nestala spornými, jednání občanů účelně pořádati a tím právě předcházeti sporům, které jsou vždy morálním zlem v lidské společnosti. S nemenším nadšením oceňuje činnost nesporného soudce P u c h t a (Handbuch des gerichtlichen Verf. in nicht streitigen bürgerlichen Rechtssachen, I. str. 70) právě, že soudce ve sporných věcech má více příležitosti oslniti talentem a vědomostmi, naproti tomu činnost jeho v nesporných věcech je sice méně oslnivá, za to však tím důležitější a trvalejší, neboť símě, které rozsévá, zajistí mu památku ve věčné mysli četných rodin a celých obcí. S t ö h r (zemský advokát v Čechách, ve svém »Lehrbuch über die praktische Rechtswissenschaft«, 1800) mluví o činnosti soudcově na tomto poli jako o »adeliges Richteramt« (judicis nobile officium) poněvadž jest ušlechtlejší činností zajistiti vlastnictví občanů před spory nežli je po provedení sporu přisuzovati.

Ovšem setkáváme se při vytčení podstaty řízení nesporného — a tím i určení předmětu jeho a hranic proti řízení spornému — v literatuře s názory nejednotnými a různými, což nepřekvapuje, uvážíme-li, že toto řízení stejně jako řízení sporné slouží k uskutečňování téhož právního řádu (soukromoprávního); na druhé straně předmět nesporného řízení jest tak mnohotvárný a různorodý, že řízení toto, pozorováno ve vlastním okruhu, není pro všechny případy stejné a vykazuje v jednotlivostech četné a zásadní odchylky. Přes to převládá však názor, že rozdíl mezi řízením sporným a nesporným (pokud se týče povahy a funkce) nutno hledati v účelu, jež to které z nich sleduje, a nikoli v prostředcích, účincích prostředků neb předmětu (srv. podrobné úvahy Wachovy v »Handbuch des deutschen Civilprozessrechts« I. str. 48 násl.).

Zásahu o zdůraznění tohoto účelového hlediska pro řešení naší otázky má v první řadě vynikající procesualista rakouský Antonín Menger. (Moment účelu zdůrazňují před Mengrem Stöhr, Glück, Osterloh, Mohl; Menger však precisuje svůj názor nejmístněji.)

Menger formuluje věc v podstatě takto (srv. jeho »System des österreichischen Civilprozessrechts«, 1876, str. 20 násl.):

Užití všech forem civilního řízení předpokládá vždy možnost poruchy právního stavu, a jest právě účelem řízení, aby udržovalo kongruenci mezi právním a faktickým stavem. Tohoto účelu možno dosíci dvojím způsobem: především tím, že stát hledí předejiti poruše stanovením pravidel, jimiž se jaksí do budoucna (zum Voraus) čelí hrozícím poruchám; dalším úkolem státu pak jest, aby nastalá již porušení práv soukromých byla odstraněna a porušená tím kongruence mezi stavem právním a faktickým dle možnosti obnovena. Souhrn úkonů, jichž účelem je předejiti právním poruchám soukromého práva, nazývá Menger preventivní částí civilního řízení, souhrn pak oněch druhých úkonů, jichž účelem je potlačit a odstranit již nastalé bezprávní civilní, represivní částí civil. řízení. Menger pak dále správně vystihuje, že ona preventivní činnost je dvojí povahy: buďto stát onu činnost normuje jako obligatorní, poskytujíc zařízení, k jejichž použití jsou občané donucováni (na př. projednání pozůstalosti, věci poručené, cura bonorum, některé zápisy do knih pozemkových a obchodních rejstříků), nebo jako fakultativní, poskytujíc zařízení, jichž občané podle svého volného rozhodnutí mohou používat (na př. spis notářský, protest směnečný). Menger poukazuje dále i na nepřesnost užívané terminologie (řízení nesporné a contr. řízení sporného), která svádí k tomu, jako by hlavní rozdíl bylo spatřovati v tom, zda při uskutečňování práva dojde ke konfliktu interesů či nikoli. I na území nesporného řízení dochází začasť k protikladům interesů účastníků a jsou též v určitých případech možny spory v techn. smyslu. Tu Menger zdůrazňuje, že vodítkem pro rozlišení je, zda to které právní zařízení podle svého charakteru odůvodňuje prevenci či represii, nikoli vnější forma, kterou se účelu toho dosahuje.

S pojetím Mengrovým souhlasí v zásadě Ott (1. c. str. 70), který rovněž spatřuje kriterium mezi oběma řízeními především v účelu, a to v reprisi a prevenci: ve sporu dochází k odstranění právě nastalého civilního bezprávní, tudíž k reprisi, namířené na přítomnost, na určitý nastalý a trvajíc právní útok; naproti tomu nesporné řízení vidí svůj cíl v překažení a zabránění práv-

ním poruchám do budoucna, tudíž v prevenci, pamatujíc předem na možnost jakékoli právní poruchy. Proto směřuje ve sporu procesní úkon proti určitému protivníku, kdežto v nesporném řízení směřují úkony procesní proti všem možným právním škůdcům, byť by i nebyli v době úkonu vůbec známi (Ott 1. c. str. 77).

Proti Mengrovu pojetí procesu jako činnosti represivní a nesporného řízení jako činnosti preventivní vystoupil Drechsler (Über die Begriffe Zivilprozess und Rechtsstreit v Archiv für zivil. Praxis sv. 62 str. 408 násl.) a pak hlavně Dr. Adolf Wach, německý procesualista ve svém »Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts«, 1885, I., str. 52 násl.

Drechsler namítá, že i nesporné řízení z části a za určitých okolností směřuje k odstranění nastalé poruchy, poukazuje tu na příklad na činnost smírčích úřadů a na projednání pozůstalosti, a že i proces čelí leckdy hrozícímu nebezpečí co do trvání práv, jestliže soukromé právo nárok na takovouto ochranu poskytuje. Namítky tyto vyvrací Ott (1. c. str. 64) poukazem na to, že činnost smírčích úřadů netvoří u nás funkci soudů, pokud pak se sporů týče při projednávání pozůstalosti, uvádí, že spory již vzešlé nemůže projednání pozůstalosti odstranit; pokud pak běží o námítku, že i proces v uvedeném případě čelí příštím nebezpečí, doznává Drechsler sám, že spor slouží tu k uplatnění nesplněného, tedy porušeného již nároku na zřízení jistoty.

Wach přisvědčuje Mengrovu v tom, že rozdíl nespočívá ve spornosti či nespornosti právního poměru, ani v prostředcích a formálním účinku prostředků, a spatřuje rozdíl mezi oběma řízeními rovněž v účelu; nevidí však jej v reprisi sporného řízení a v prevenci nesporného řízení, nýbrž v tom, že nesporné řízení slouží k upravení soukromoprávních poměrů, naproti tomu sporné řízení slouží k jejich udržení a zachování (Thätigkeit der Staatsgewalt zwecks Gestaltung, nicht zwecks Aufrechterhaltung der konkreten Privatrechtsordnung,« tak mluví o činnosti orgánů v řízení nesporném). Wach totiž vychází z toho, že mnohá důležitá odvětví nesporného soudnictví nelze podřaditi pod účel prevence (na př. propůjčení právnícké osobnosti, zřízení poručníka) a že na druhé straně každý proces působí preventivně (vorbeugend). Přes to však Wach doznává, že i ve sporu vznikají nová práva a nové právní poměry, ovšem prý vznik jejich jest podružnou skutečností (sekundäre Tatsache) a nikoliv účelem řízení. Názor Wachův sdílí rovněž řada právníckých spisovatelů (tak Hellmann, Stein, Pollak, Wetzell, Drechsler, v poslední době též Sperl). Pozoruhodné však jest — jak na to poukazuje Ott (1. c. str. 65) —, že dva vynikající přívrženci Wachovy teorie o nároku na právní ochranu, Langheinken (Der Urteilsanspruch 1899 str. 83) a Hellwig (Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts 1903) neoceňují příliš tohoto Wachova kriteria pro rozlišení obou řízení, Hellwig zejména v tom směru, že vedle žaloby určovací a žaloby na plnění uznává třetí typ žaloby pravotvorné, kteréž připisuje přímý účinek na utváření právních poměrů (na př. žaloba o rozloučení manželství).

Třetí názor — zastupován německými právníky. přihlížejícími k soudnímu řádu pro říší německou ze 17. května 1898, jako Nussbaumem, Josefem, Weismannem, Kleinfellerem, — vychází z náhledu, že pojmové rozlišování obou oborů řízení jest nemožné a teoretické zjištění předmětu nesporného soud-

nictví nepřipustné, poněvadž jest pouze dbáti z ákonných předpisů pozitivního práva o tom, které věci nutno vyřídit v řízení nesporném. Přívržencem tohoto učení jest i Rintelen (Grundriss des Verfahrens ausser Streitsachen str. 1 násl.).

Tento názor má pravdu v tom, že jedině pozitivní právo (a ne tedy různé úvahy metajuristické) může stanoviti, kdy má býti v konkrétním případě postupováno v nesporném řízení. Jedině pozitivní právo může býti směřodátné pro aplikaci práva. To také normuje nový zákon (stejně činil tak zrušený jím § 1 nesp. pat.) v §u 1 odst. 1 předpisem, že ustanovení jeho jest užití jen, má-li býti podle zákonných předpisů postupováno v řízení nesporném; dovolávané zákonné předpisy obsahují v tom směru buď výslovné ustanovení, že totiž jest postupováti v řízení nesporném, anebo činí tak nepřímou užitím výrazů, z nichž jest patrno, že druhé řízení (sc. sporné) jest vyloučeno (tak na příklad slovy »z úřední moci«, »na návrh«, »na žádost«, »lze se dovolati pomoci řádného soudece«, srv. §§ 52, 142, 168, 178, 1221 obč. zák.). Kde tedy nelze se opřítí aspoň o toto nepřímé ustanovení zákona, tam není možno postupováti v řízení nesporném a věc vyřídit jest v řízení sporném, které jest (a contr. §u 1 odst. 1 nesp. zák. č. 100/1931) míněno jako pravidlo (srv. Hora, Čsl. civilní právo procesní, 1922, I. str. 35). Při této otázce jest poukázati na formulaci Ottovu (l. c. str. 75), že totiž proti každému porušení práva možno, hledíc k ustanovení §u 19 obč. zák., nastoupiti pořadem práva, naproti tomu ne každé nebezpečí případné příští poruchy právní poskytuje možnost, aby postupováno bylo v řízení nesporném, a na formulaci v posudku nejvyššího soudu (cit. Mrština l. c. str. 22), »že totiž tam, kde není střetnutí nároků sporných nebo kde jeho ještě není, lze se pomoci soudu odvolávatí jen tam, kde to zákon ustanovuje.« V důsledku toho, že jedině zákonný předpis může dáti odpověď na otázku, kdy jest možno postupováti nespornou cestou (a též systematickým výkladem §u 41 a 42 jur. normy) se podává, že ani účastníci ani soud nemají možnosti voliti mezi formami řízení sporného a nesporného.

Je-li tím věc vyřízena pro postup de lege lata způsobem bezpečným a jedině možným, není tím vyřízena jednak pro úvahu o tom, co jest vlastně podstatou nesporného řízení a jeho funkcí, jednak pro zákonodárce. Správně tu uvádí Hora (Soudní řízení nesporné, 1931, str. 6), že »je zaujmouti stanovisko k otázce, co je podstatou nesporného řízení, už také proto, aby zákonodárci byla dána směrnice pro budoucí jeho postup, až bude státi zase před otázkou, má-li jistou věc odkázati do nesporného řízení či nikoliv.« Posléze zmíněný názor, zdůrazňující jedině moment pozitivně-právní úpravy, nepodává tudíž žádného příspěvku pro naši úvahu, a otázku o podstatě sám ani řešiti nechce. Zbývají tedy ony dva názory, určující podstatu nesporného řízení, totiž jeden zdůrazňující účel prevence (Menger, Ott), druhý zdůrazňující moment upravování právních poměrů (Wach).

Při studiu obou těchto názorů docházíme k tomu, že oba nepodávají důsledného a pro všechny případy uspokojivého řešení. Proti všeobecné platnosti Wachova učení se namítá, že i ve sporném řízení může dojít k úpravě soukromoprávních poměrů (na př. smírem, při

žalobách pravotvorných, t. j. takových žalobách, jejichž petit se nese ke změně určitého právního stavu, na př. žaloba ze spoluvlastnictví, o rozloučení manželství a j.). Všeobecná platnost druhého učení (Mengerova a Ottova) jest pak zase zeslabována námitkou, že i v nesporném řízení jsou možny určité spory, takže i v něm setkáváme se s myšlenkou represe. Na tolik jest však nutno připomenouti, že sotva kdy podaří se podati řešení, jež by věc absolutně vyčerpávalo, a že s podobnými potížemi setkáváme se i jinde; arci v našem případě je potíž tím větší, že celá materie upravena jest v různých zákonech, které i postup odchylně upravují.

Při pozorování pravidelných zjevů i výjimek dojdeme k názoru, že stanovisko Wachovo méně vyhovuje řešení všeobecnějšímu (ve smyslu předcházející myšlenky: relativně nejvšeobecnějšímu). Uvádí-li Wach, jak bylo již shora uvedeno, jako podstatu nesporného řízení činnost právo upravující a utvářející, a připouští-li sám, že i ve sporu dochází leckdy ke vzniku nových práv a právních poměrů, činí tím — jak již Ott vytýká (Sborník věd práv. a stát. 1903—4 str. 379) — hranice mezi oběma řízeními velmi nezřetelnými a pro řešení naší otázky nepodává tak přijatelného měřítka.

Naproti tomu, předpokládáme-li moment represe a moment prevence jako rozlišovací kriteria obou řízení, docházíme k tomu, že spor se nikdy nezahajuje proto, aby bylo zabráněno nějakému budoucímu porušení práva, nýbrž že vždy jde o represu (tak je tomu nejenom při žalobách na plnění, ale i při žalobách určovacích a pravotvorných), namířenou proti určité osobě (tak Hora, l. c. str. 7). Tím by byla určena sporná hranice aspoň se strany řízení sporného přesně tím, že toto řízení vychází vždy z represe, a ani výjimečně se v něm neuplatňuje zásada prevence. Tam tedy, kde nejde o represu, ale o to, aby právo nějaké chráněno bylo před budoucí možnou poruchou jakéhokoliv obsahu, jest místo pro řízení nesporné. Prevence jest tudíž základní myšlenkou tohoto řízení. Že pak setkáváme se v řízení nesporném i s určitými spory, které se dle jeho zásad mají vyřídití, jde o výjimku, odporující vlastně duchu tohoto řízení, výslovným předpisem právním normovanou a vůlí zákonodárcovou dopuštěnou z toho důvodu, že zákonodárci se způsob řízení, jakým určitá věc dochází k cíli, zvláště zamlouvá. Zákonodárci jest zajisté dovoleno, aby pro uskutečnění obsahu materiální normy volil postup a prostředky nejúčelnější a porušil proto systematicky snad odůvodněnou jednotnost určitých právních zařízení.

Přihlédneme-li blíže k oněm sporům, jež dle zákona je vyřídití v nesporném řízení, shledáme, že se jedná o tyto spory:

a) především jedná se o určité spory mezi rodiči a dětmi: o svolení k sňatku odepřené nezletilci (§ 52 obč. zák.), o svolení k adopci zletilému dítěti (§ 181 obč. zák.) a přiměřené výbavy synu neb vnukovi (§ 1231 povolání dospělého dítěte (§ 148 obč. zák.), o výživu odepřenou nezletilému dítěti neb vnukovi (§ 141, 178 obč. zák.), o vyměření přiměřeného věna dceři, ať zletilé neb nezletilé, svobodné neb provdané (§ 1220 obč. zák.) a přiměřené výbavy synu neb vnukovi (§ 1231 obč. zák.), spor o výchovu nemanželského dítěte (§ 169 obč. zák.);

b) dále o určité spory mezi manžely: o výcho-

vu dítek po rozvodu a rozloučení manželství (§ 142 obč. zák.), o právo manželky k vedení obchodu (§ 7 uvoz. zák. k obč. zák.).

Úvaha, která vedla zákonodárce k takovéto úpravě, vychází zřejmě z myšlenky, že procesem došlo by k sporům a rozvratu v rodinách, což zajisté neodpovídalo by intencím rozumného zákonodárce, v nesporném řízení pak lze rozpory takovéto odklidit co nejrychleji a způsobem ne nápadným (bez veřejnosti — zásadu neveřejnosti v řízení nesporném nový zákon v § 22 i dále ponechává, poskytujíc účastníkům právo přibrati si dva důvěrníky), a všechny účastníky uspokojícím. Nelze ponechat stranou úvahu, že pokud ve sporech těchto jedná se o účastníky nezletilé, je ve sporu takovém nezletilec podmíněm požívajícím zvláštní ochrany, kteréž mu může soudce jen v nesporném řízení pro ovládající je zásadu oficiality poskytnouti (tak uvádí rozh. nej. soudu z 15. března 1927 RI 140/27). Systematicky bylo by možno zařaditi i tyto spory (vzhledem k účinkům) mezi úkony, jež mají za účel chrániti osob, podle zákona zvláštní ochrany požívajících, a kteréžto úkony beze sporu náležejí mezi předměty nesporného řízení;

c) o určité spory z poměru sousedského neb spoluvlastnického: úprava sporných hranic (§ 850 o. z. v zn. nov.) a služebností pozemkových při dělení nemovitostí (§ 31 III. dílčí nov.), rozhodnutí o potřebě nezbytné cesty, jejím způsobu a náhradě za její propůjčení podle zák. ze 7. července 1896 č. 140 ř. z. Zde rozhoduje zase ohled na upravení klidného poměru sousedského resp. bývalých spoluvlastníků a zabránění dalším sporům, jež právě z těchto poměrů bývají nejtvrději a nejnechtěnější;

d) o jisté spory, vzniklé mezi členy obchodních společností, tak jde-li o rozhodnutí o právu veřejného společníka k nahlédnutí do obchodních knih a spisů a sestavení si bilance (čl. 105 obč. zák.) a o právu komanditisty (čl. 160) a tichého společníka (čl. 253) žádati za sdělení opisu roční bilance; rovněž rozhoduje se v nesporném řízení k návrhu komanditisty (čl. 160 III. odst.) neb tichého společníka (čl. 253 II. odst.) o právu jejich, aby zřízena byla bilance a podána jiná vysvětlení za předložení knih a spisů; nebo o rozhodnutí při neshodě o zřízení a odvolání likvidátorů při společnosti veřejné (čl. 133, 134) a komanditní (čl. 172), nebo o rozhodnutí (při nedostatku dohody), o tom, kdo po zrušení společnosti vezme v uschování obchodní knihy a spisy (čl. 145 I odst.). Tyto případy jsou odkázány do řízení nesporného proto, aby bylo zabráněno dalším neshodám mezi všemi členy společnosti, neb likvidace provedena co nejdříve;

k c) d): Také při těchto případech uplatňuje se do jisté míry tendence preventivní, ježto účelným vyřízením předejde se dalším neshodám a případným příštím sporům;

e) jindy opět ponechává se rozhodnutí určitých sporů neb sporných otázek řízení nespornému z důvodu, že vedle soukromého zájmu jednotlivcova spoluuplatňuje se i pronikající zájem veřejný, tak na př. při sporech o výkupné při expropriaci k účelům železničním dle zák. z 18. února 1878 č. 30 ř. z. a při vyvlastnění za účelem svozování bystrin dle zák. z 30. června 1884 č. 117 ř. z., o náhradě za zabavené budovy neb jejich části k účelům veřejným dle zák. č. 304/1921 Sb. z. a n.,

při přípustnosti zvýšení nájemného a výpovědi z bytu dle zákonů na ochranu nájemníků (z poměru nájemního stal se za světové války a po ní z důvodů sociálních vlastně poměr veřejnoprávní), dále při řešení jistých otázek sporných vznikajících z provedení pozemkové reformy (srv. § 17 zák. č. 318/1919, §§ 47 a 56 náhr. zák., § 52 přiděl. zák.). Z téhož důvodu vyřizují se i jisté úkony zabezpečující preventivní ochranu společenstev a společností s r. obm. v řízení nesporném (zřízení revisorů k občasně revisi činnosti společenstev — zák. z 10. června 1903 č. 133 ř. z. —, výmaz zápisu společnosti s r. o. k návrhu finanční prokuratury ve smyslu § 87 zák. z 6. března 1906 č. 58 ř. z.).

Z toho tedy, že zákonem vylučuje se pořad práva v určitých případech k upravení sporných poměrů a vyřízení přenechává se cestě nesporného řízení, jest patrné, že nesporné řízení je s to ony případy vhodněji vyřídit nežli řízení sporné. Při této příležitosti nebude nezajímavě poukázati na Mengerovu úvahu (l. c. str. 24 pozn. 9) o tom, že sporné řízení není v mnohých případech dosti způsobilé k uskutečnění a prosazení jisté skupiny soukromých práv. Dle Mengera osvědčuje se sporný proces nejlépe tam, kde na straně žalobcově jest jednostranný útok a na straně žalovaného taktéž jednostranná obrana a kde vůbec běží o jednostranné právo, na př. při žalobách vlastnických, ze zápůjčky a pod. Méně prý již uspokojuje sporné řízení při řešení právních poměrů, z kterých vznikají oběma stranám vzájemná práva, na př. při sporech z oboustranných smluv nebo z různých forem společenství práv. Arci činí Menger tuto výtku v době, kdy nebylo ještě nyní platného civilního řádu soudního (z r. 1895), který sice vychází rovněž ze zásady disposiční a z ní vyplývající zásady pojednací, dle nichž nesmí soudce přiznati straně, čeho nežádala, a jest i co do zjištění skutkového děje vázán návrhy stran, avšak na druhé straně poskytující soudci v jeho právu dotazovacím (§ 182 c. ř. s.) a právu opatřiti určité průvodní prostředky a určité důkazy provésti bez návrhu stran (§§ 183, 368, 351, 371 c. ř. s.) možnost, aby bezpečně zjistil vše, co vynese projednávaná věc na povrch (tak Hora, Čsl. civilní právo procesní II. str. 121 násl.). Přes to nutno doznati, že úkol soudce v řízení sporném (při skutkovém zjištění) se vyčerpává zjištěním formální pravdy (k tomu srv. Hellwig Zur Psychologie der richterlichen Urteilsfindung str. 7); naproti tomu soudce nesporný (obdobně jako soudce v trestních věcech) má vzhledem k zásadě vyhledávací možnost zjistiti materiální pravdu a tím i možnost skutečné právo prosaditi. Mengerovu úvahu nelze však chápati jako výtku spornému řízení, sledujícímu své vlastní cíle a vybavenému k docílení jich svými vlastními prostředky, nýbrž jako formulaci té myšlenky (de lege ferenda), že při určitých konfliktech převažují vedle soukromého zájmu té které strany i momenty jiné, na př. zájem veřejný, ohled na prostředí protivníků, spoluúčast zákonem chráněných osob a pod., jak bylo shora již uvedeno, které vzhledem k těmto spoluuplatňujícím se zvláštním účelům doporučují (jaksi v zájmu věci samé), aby zákon jejich vyřízení svěřil řízení nespornému, které může k těmto zájmům též přihlížeti.

Shrneme-li tedy výsledky dosavadních úvah, dojdeme k těmto základním poznatkům, významným pro vyřízení povahy a funkce nesporného řízení:

1. proti každému porušení práva lze se (z povahy věci a vzhledem k všeobecnému znění § 19 obč. zák.) domáhati obrany práva vznesením sporu na soud: tato forma domáhání se práva jest všeobecná, vychází vždy z myšlenky represe, myšlenka prevence jest jí naprosto cizí;

2. z úvahy, že určité právně významné skutečnosti neb právní poměry možno již do budoucna upravit a zajistiti tak, aby byly chráněny před příští možnou poruchou, se podává, že kde jest to dobře možno a účelno, neodepře stát forem řízení, které tomuto účelu preventivnímu vyhovují; z povahy věci plyne, že takto poskytovaná ochrana práv neposkytuje se všeobecně, tedy že nelze jí užití vždy a při všelikém nebezpečí, že snad v budoucnosti dojde k právní poruše, nýbrž v případech zákonem výslovně stanovených, neboť i z technických důvodů nebylo by možno takovou preventivní ochranu práv všeobecně poskytovat. Proto může jedině zákon stanoviti, kdy možno postupovati v řízení nesporném. Důsledkem takovéto úpravy jest, že právním věcem, docházejícím vyřízení v tomto řízení, dostává se vlastně zvýšené ochrany právní;

3. mohou-li pak i určité spory (tedy nastalá již porušení) dojíti vyřízení v nesporném řízení, jedná se o výjinku, kterou zákon musí výslovně stanoviti, a kterou dopouští jen ze zvláštních důvodů, jako pro spoluuplatňující se zájem veřejný, zájem na klidném spoluzítí v rodinách a pod., a pak i pro vhodnější způsob, jakým se k výsledku dospívá. Systematicky tudíž takovéto spory nepatří do řízení nesporného, neboť odporují jeho povaze, dostávají se však do jeho okruhu vzhledem k výslovnému předpisu pozitivního práva.

### III.

Zmínil jsem se již o tom, že jednou z příčin, které působily teorii značné obtíže při určení povahy nesporného řízení, jest fakt, že předpisy k němu se vztahující jsou roztroušeny v četných zákonech (srv. části II. až VII. nesporného patentu z 9. srpna 1854 č. 208 ř. z., řadu §§ů z obč. zák., notářský řád z 25. července 1871 č. 75 ř. z., knihovní zákon z 25. července 1871 č. 95 ř. z., §§ 105—122 jur. normy, pak řadu speciálních zákonů, jako cís. nař. z 31. srpna 1915 č. 275 ř. z. o umoření listin, cís. nař. z 28. června 1916 č. 207 ř. z. o zbavení svéprávnosti, zák. o prohlášení za mrtva a důkazu smrti z 16. února 1883 č. 20 ř. z. změněný zák. č. 129/1918 ř. z. a zák. č. 252/1921 Sb., zákony o ochraně nájemníků, o podpoře stavebního ruchu, o pozemkové reformě a j. — v poslední době jest vůbec patrna tendence rozšiřovati obor řízení nesporného). V důsledku toho nejeví se řízení nesporné jako jednotný a organický celek. I když vycházíme z oné zásadní myšlenky prevence, která jest znakem všech pravidelných úkonů do řízení nesporného spadajících, přece jenom jednotlivé zákony sem zasahující upravují různou látku a proto sledují i své zvláštní speciální účely. Tuto neorganičnost — ovládanou ovšem oním společným účelovým hlediskem prevence — vytýká Ott (l. c. str. 79) jako jeden z rozdílů proti řízení spornému, které se představuje ve své vnitřní podstatě jako jednotný celek organicky vzájemně spojených úkonů stran za vedení řízení soudem; řízení nesporné představuje se (dle Otta tamže) jako komplex různorodých právních jednání a

prohlášení účastníků a tomu odpovídajících opatření a úkonů úředních osob. Ott podotýká, že — pokud ovšem je vhodné srovnávati s vědami přírodními — proces jevív se jako uzavřený organismus, nesporné řízení však jako agregát různých samostatných elementů. Věc tato podává se ostatně jako logický důsledek základní povahy řízení nesporného, neboť je-li účelem jeho ochrana práva před budoucím porušením, bude z toho důvodu nutno, aby postup v tom kterém případě byl co do účelnosti přizpůsoben onomu speciálnímu účelu, jehož chce právě dosíci (potřeba diferenciacie právní ochrany). — V nauce (Ott l. c. str. 75) mluví se proto důvodně o generelní úpravě represe v řízení sporném a o specialisační tendenci při prevenci v řízení nesporném. Již proto není možno, aby tyto různorodé speciální útvary byly pojaty do jediného zákona. To má na mysli i nový zákon č. 100/1931, když v § 1 odst. 2 předpisuje, že »účinnosti nepozbývají ustanovení zvláštních zákonných předpisů o věcech, o nichž jedná tento zákon«. Ze všeobecného znění tohoto ustanovení lze dovoditi, že zákonodárce i pro budoucí zákony ponechává si možnost věci, které tento nový zákon upravuje, normovati odchylně, jak toho ten který speciální účel bude vyžadovati; to ostatně vyplývá ze všeobecně uznávaného pravidla, že »lex specialis derogat generali«. Ku potřebě této, vycházející ze samé povahy jednotlivých předmětů nesporného řízení, přihlíží nový zákon č. 100/1931, předpisující ustanovení povahy subsidiární, jichž bude tedy užití v těch případech, kde není ve speciálních zákonných předpisech něco jiného ustanoveno, nebo kde speciální zákonný předpis věc vůbec neupravuje. To jest tedy míti při aplikaci vždy na paměti. (Jen ve dvou případech jsou ustanovení zákona č. 100/1931 všeobecně derogujícími, totiž ustanovení § 54 odst. 1, jímž zrušují se předpisy o rozkladu ve všech zákonech speciálních, a § 54 odst. 2, dle něhož na místě 14denní lhůty rekursní nastupuje všude lhůta 15denní.)

### IV.

Z povahy řízení nesporného a z oné tendence specialisační se podává, že se nepodaří shrnouti všechny ty jednotlivé úkony v řízení tomto vykonávané do jedné skupiny a jeví se tudíž nutným ony úkony roztřídit do více skupin, v nichž lze právě určité podobnosti spíše zachytiti. Ovšem zůstává všem oněm skupinám společným a jednotícím znakem povšechný účel prevence.

Přihlížíme-li k pozitivní úpravě, ať již vystupují při jednotlivých záležitostech soudy neb (veřejní) notáři jako hlavní a do jisté míry rovnocenní orgánové, dojdeme k tomuto, v teorii celkem shodně uznávanému rozdělení předmětů nesporného řízení:

I. především jsou to úkony vykonávané za účelem větší bezpečnosti právního obchodu při nabývání, převodu neb zrušení práv; tato skupina zahrnuje v sobě 3 hlavní druhy úkonů, totiž

1. především t. zv. verifikace, t. j. na jisto postavení jistých skutečností pro soukromoprávní obor právně významných. Sem patří hlavně: zbavení svéprávnosti, prohlášení za mrtva, legitimace per subsequens matrimonium po smrti otce, při pojednání pozůstalosti vyhledání a prohlášení určité osoby za pravého dědice, obnovení nesporných hranic, jež by se mohly státi nezřejmými, obnovení listin, umoření listin, přijetí složení k soudu, aby byl zrušen závazek ve smyslu

