

Príspevek k nové konstrukci civilního sporného procesu.

(Úryvek z procesuální studie.)

O normotvorném charakteru civilního sporného řízení.

O právní dynamice.

Normativní teorie nápadně dlouho opomíjela problémy práva procesního. Byl to důsledek jejího původního statického charakteru ¹⁾, jenž jí zabraňoval, aby přihlížela k pohybu uvnitř právního řádu, ke vzniku, zániku a změně právních norem, a tím k onomu souboru právních předpisů, které pohyb v právním řádu regulují a jež, jak později seznáme, představují právo procesní.

Obrat nastal objevem Merklovým. Představa mnoho-
stupňovité výstavby právního řádu naznačila, jak jednotlivé
vrstvy právního řádu spolu souvisejí, a precisovala poznatek,
že norma nižší je odvozena ze dvou premis: z normy vyšší a
z úsudku o realizované skutkové podstatě. Zjištění,
že norma nižší je následkem normy vyšší a proto součástí právního
řádu, předpokládá tudíž myšlenkové rekapitulování normotvorného
postupu, tedy rozboru realizované skutkové podstaty. Tím padl
desinteres normativní teorie o problémy procesní.

¹⁾ Co je to statické hledisko na právní řád, vysvětlil jsem blíže ve svém článku „Normativní teorie a tvorba práva“, Englišův Sborník. Pro účely tohoto pojednání dostačí, že s hlediska statického pojmáme právní řád jako ztrnulý systém abstraktních norem — a to jen zákonů (nikoliv tedy norem nižších) — a neví-
máme si jejich změn. Viz Weyr: „La théorie normative“ (Ročenka IV, str. 30): „Le point de vue statique... permet d'envisager l'objet de la connaissance normative — l'ordre juridique — comme achevé et immuable. La question ‚quid juris‘ ne peut être répondeue qu'en fonction de l'ordre juridique tel qu'il existe en fait à un moment donné, le 30 Août 1925 par exemple.“

Juristické úvahy o právu v pohybu nazýváme právní dynamikou. (O původu tohoto termínu a jeho dnešním významu viz blíže v mém článku „Normativní teorie a tvorba práva“, Englišův sborník, str. 440 a n.) Právní dynamika, jak jest z předechozího zřejmo, nutně vedla k opuštění formálního, bezobsahového postoje, jímž se normativní teorie vyznačovala ve svém původním statickém stadiu, neboť teprve obsah vyšší normy, t. j. v ní abstraktně vyjádřené podmínky normy odvozené, a srovnávání těchto abstraktních pojmů s konkrétními zjevy světa kausálního vysvětlují, jak nižší norma vzniká a proč je normou právní, t. j. součástí normového souboru, z něhož vycházíme.

O normě kreační.

Normu, která stanoví podmínky vytvoření norem nižších, nazýváme normou kreační. Má schema hypotetického úsudku: „Je-li A, má být B.“ V pozitivním právním řádě ji ovšem v této logické formě málokdy nalzáme. Zpravidla musíme ji teprve vykonstruovat z celé řady jednotlivých předpisů.

V předvěti hypotetického úsudku „Je-li A“ mají místo kreační podmínky, kdežto závěti „má být B“ schematizuje obsah odvozené normy a míří, stejně jako tato, k určitému úkonu (B), který má být. Jak kreační podmínky, tak úkon v kreační normě předvídaný, jsou zjevy světa kausálního, tedy „skutečnosti“. Nazýváme je skutečnostmi právními, poněvadž jsou pro právní řád relevantní a tímto formovány. Souhrn právních skutečností, na němž závisí vznik toho či onoho právního následku (odvozené normy), představuje t. zv. skutkovou podstatu a to podmiňující²⁾. Tato se nám jeví jako shluk zjevů světa kausálního, daných v prostoru a čase, tedy jako určitý děj, jenž je právním, poněvadž jej vyšší právní norma předpisuje, a normotvorným, poněvadž na něj vyšší norma váže vznik normy odvozené.

²⁾ Srov. Sedláček, Občanské právo československé, obecné nauky, str. 110, který zavádí termíny podmiňující a podmíněné skutkové podstaty. Touto miní stav, který má nastati, tedy patrně povinovaný úkon, v kreační normě abstraktně předvídaný.

O právu formálním a hmotném.

Řekl jsem, že kreační normu vyjadřujeme ve formě hypotetického úsudku: Je-li A, má býti B. Předvětí tohoto úsudku určuje, jak (v jakém ději, jakými skutečnostmi) odvozená norma vzniká, kdežto závětí abstraktně stanoví povinovaný úkon, obsah odvozené normy. Vyšší norma na př. povolá dva fysické jedince, aby zevně projevenou shodnou vůlí založili jakýkoliv vzájemný závazek, tedy povinnosti k jakýmkoliv svým úkonům, pokud to nebudou úkony nezákonné, nemravné nebo nemožné. Podmiňující skutkovou podstatou je zde projev shodné vůle dvou fysických jedinců, a to vůle směřující k provedení určitých úkonů, kdežto podmíněnou skutkovou podstatou jsou stranami zamýšlené povinované úkony, pokud nepředstavují něco nezákonného, nemravného nebo nemožného. Positivně-právní předpisy, které abstraktně stanoví právě uvedenou podmiňující skutkovou podstatu, vyjadřují se o ději normotvorném, o postupu čili procesu normotvorném, a můžeme je označiti jako právní předpisy procesuální. Naproti tomu pozitivní právní předpisy, které abstraktně stanoví obsah odvozené normy, jímž jest v našem případě nezávadný úkon kontrahenty zamýšlený, nazýváme právními předpisy materiálními. K zamezení nedorozumění však upozorňuji, že podmínky odvozené normy jsou určeny oběma druhy předpisů. Vždyť nižší norma nevznikne již tehdy, projeví-li dva fysičtí jedinci shodnou vůlí k provedení určitých úkonů směřující, nýbrž teprve tehdy, bude-li obsah této vůle — chtěný úkon — nezávadný. Proto nemůžeme pokládati za nepřipustné, koncentrujeme-li veškeré podmínky odvozené normy do hypotetického předvětí normy kreační (na př. projevení nezávadné vůle), a v důsledku toho nemůžeme nikterak tvrditi, že v tomto hypotetickém předvětí jsou shrnuty jen předpisy formálně právní. O formálním či materiálním charakteru právního předpisu nerozhoduje tudíž jeho schematické zařazení, nýbrž jediné to, zda upravuje normotvorný děj či determinuje obsah odvozené normy (povinný úkon). K tomu ještě podotýkám, že často kreační norma omezí se jen na určení způsobu, jakým konkrétní normy budou vydávány, avšak o jejich obsahu (o obsahu povinnosti) ničeho nevyovídá. Příkladem toho je základní norma absolutistické monarchie:

„Vše, co chce monarcha, má býti.“ To je kreační norma ryze formální.

Vládnoucí nauka asi sotva bude ochotna přijati právě dotčené kritérium formálních a materiálních právních předpisů. Tato zařazuje do práva procesního čili formálního pouze ony předpisy, které upravují postup při vyřizování sporů, administrativních věcí a pod., tedy za předpokladu, že soudy a správní úřady, vyřizující své věci, tvoří normy, pokládá za procesní právo jen právní úpravu normotvorby některých veřejných orgánů. Hlubšímu náhledu však nemohlo zůstatí utajeno, že proces, t. j. normotvorný děj, představuje nejen činnost soudů a správních orgánů, ale též činnost sborů zákonodárných, usnášení různých korporací a patrně též postup dvou kontrahentů, kteří projevem své vůle vytvářejí podmínky pro vznik odvozené normy a obsah této normy vyslovují.

Všechny předpisy, které uvedené druhy činnosti upravují, vztahují se na otázku, jak a v jaké formě normotvorný orgán projevuje svou vůli, má-li vzniknout norma odvozená. Zde máme pojem práva procesního dnes již vítězně pronikající (viz na př. Weyr, Správní řád, str. 3 a n. nebo Sedláček, Občanské právo československé, všeob. nauky, str. 33 a n.). Avšak nyní jsme postaveni před případy, v nichž odvozená norma vzniká skutečnostmi, jež nejsou volnými činy lidskými. Jsou to na př. mnohé povinnosti k náhradě škody. Nemůžeme přehlížeti, že normotvorný děj je zakládající, zaujímá při nich podstatně tutéž posici jako smluvní projev při závazcích kontraktuálních a jako úřední výrok při závazcích plynoucích z činnosti úředních orgánů. Normotvorný děj, na př. událost škodu způsobivší, je v nich zřejmě podmínkou, na niž vyšší kreační norma váže právní následek, odvozenou normu nižší (povinnost). Vedle tohoto normotvorného děje kreační norma abstraktně určuje povinovaný úkon, na př. povinnost nahraditi v tom či onom rozsahu způsobenou škodu (*damnum emergens* a *contr. plného zadostiučinění* a pod.). To je zřejmě předpis materiální, vypovídá o obsahu odvozené normy, determinuje povinný úkon a stojí v jasném protikladu k předpisu, jenž určuje děj vznik odvozené normy podmiňující. Nemůžeme proto neuznati, že i při mimosmluvním závazku dá se obsah kreační normy rozložiti

na určení normotvorného děje a na určení povinného úkonu, tedy podstatně stejně jako u závazků smluvních.

O roztržidění normotvorby.

V jakých právních skutečnostech tkví normotvorné podmínky čili jak vypadá normotvorný děj, je věcí pozitivního právního řádu. Z něho víme, že často součástí normotvorného děje jsou lidské činy, jindy však jakékoliv skutečnosti jiné. Můžeme proto normotvorné skutkové podstaty roztržiditi na dvě veliké skupiny: na právní činy a na jiné právní skutečnosti. Normotvorbě, která se uskutečňuje bez účasti lidské, říkám automatická. Právně relevantní normotvorné činy třídím na nepovinné, povinné a zakázané. Tomuto třídění odpovídá na př. právní jednání, úřední výrok a protiprávní čin. Smluvníci svým projevem (právním činem) zakládají odvozené normy, k tomuto projevu nejsou však zavázáni a učiní-li jej, nedopouští se ničeho zakázaného. Úřední orgány, na př. soudy, rovněž svým výrokem vyvolávají povinnosti, avšak tento nejen není zakázaný (příčící se jiné normě), nýbrž je výkonem normy, takže jeho zanedbání bylo by porušení povinnosti. Konečně máme normotvorný čin zakázaný, zakládající povinnosti reparační a sankční. Je zakázaným, protože normě neodpovídá, ba se jí příčí, a je normotvorným, poněvadž představuje podmínku povinnosti další. Tato povinnost, právní následek zakázaného činu, jeví se nám často jako újma (trest), to je však její charakteristika metajuristická. Normativně nemůžeme totiž usuzovat z trestu na zakázaný čin, nýbrž jedině z porušení povinnosti, a z tohoto na další povinnost, jejíž výkon s hlediska teleologického představuje trest.

Sestává-li děj čili proces, v němž se norma tvoří, z lidských činů a nejde-li o činy zakázané, říkáme, že normotvorný orgán je k nim autorisován čili delegován, a jeví-li se tyto činy současně jako výkon povinnosti, dokládáme, že jest k nim též povinován. Kdo uskutečňuje předpoklady, jež ustanovuje norma vyšší za podmínku vzniku normy odvozené, užívá normy vyšší (kreační), t. j. jejím prostřednictvím zakládá právní následky. Mluvíme o používání čili aplikaci vyšší normy. Je zřejmo, že pojem aplikace normy vyšší a pojem tvoření normy nižší jsou rub a líc téže věci, při čemž prvý má

více na zřeteli subsumpci právních skutečností pod normu vyšší, druhý právní následek, jež tyto skutečnosti vyvolávají³⁾.

Přehlížíme-li celkovou tvorbu právního řádu, shledáme, že v něm převládá normotvorba delegovaná a contrario normotvorby automatické. Abstraktní normy (zákony, nařízení) vesměs tkví ve vůli normotvůrcově, a to podle míry daného volného uvážení buďto zcela nebo z části, a jen mezi konkrétními normami nalézáme některé druhy, jež vznikají automaticky (závazky ex lege), ač i zde jejich větší část je ponechána soukromé autonomii nebo nálezu úřadů. Hledíme-li k rozdílu normotvorby povinnostní (Weyrem též orgánní zvané) a nepovinnostní, můžeme říci, že tvorba většiny norem abstraktních je ponechána do libovůle delegovaných orgánů (viz však vládní nařízení a povšechná ustanovení správních úřadů), kdežto u norem konkrétních nalézáme orgánní normotvorbu všude tam, kde ji stát v t. zv. zájmu veřejném svěřil orgánům zvýšené důvěry požívajícím, aby tito vytvořili normu nepochybnou, představující pro příště pevné východisko právního života (soudní a správní rozhodnutí). Výjimečně vyskytuje se povinnostní normotvorba též v řízení smluvním a to při t. zv. nuceném kontrahování.

V závěru této kapitoly ještě podotýkám, že by se příliš přičilo vžitě terminologii, použít názvu „procesu“ též na normotvorný děj, jenž nesestává z delegovaných lidských činů. Logicky tomu ovšem ničeho nepřekáží. Protiprávní čin, poškození zvířetem nebo s domu spadlým předmětem je nesporně děj (processus), a to právně relevantní, neboť jeho výsledkem je vznik normy. V tomto směru má jednotné tertium comparationis s normotvorným dějem smluvním nebo kterýmkoliv jiným. Chceme-li však zabrániti příliš širokému významu „právního procesu“ a zmenšiti rozpor mezi jeho pojetím běžným a zde zastávaným, pak můžeme bez rozporu říci, že právní proces je definován nejen jako normotvorný děj (tedy znaky formálními), nýbrž jako normotvorný děj určitého obsahu. Musí sestávat z lidských činů a to delegovaných. V tomto obsahovém obmezování můžeme jíti dále a rozeznávat širší a užší pojem právního řízení tím, že z tohoto vy-

³⁾ Viz Sedláček, Občanské právo československé, str. 33 a n. Pojem aplikace je dvojitý: „...buď jde o hodnocení dané skutečnosti, zda normě odpovídá, anebo jde o vydávání norem druhotných, jestliže

loučíme normotvorná jednání soukromníků (viz na př. Weyr, Správní řád, str. 10). Dojdeme k procesu úřednímu, jehož species je normotvorný děj soudní v civilních věcech. Je určen svým obsahem, totiž svým tvůrcem (soudy), určitou úpravou (na př. známými různými zásadami, jako zásadou disposiční) a konečně svým produktem (rozsudkem ve věcech občanských). Celý tento typický obsah civilního sporného procesu můžeme vyjádřit teleologicky, ovšem nepřesně a nejuristicky, jeho sociální funkcí (účelem), totiž ochranou soukromých zájmů. To činí vládnoucí nauka.

Pojem soudnictví vůbec a civilního sporného soudnictví zvláště.

K orgánní tvorbě konkrétních norem právních náleží především soudnictví čili justice, tedy normotvorná činnost soudů a to jak trestních, správních nebo civilních, jak řádných, tak mimořádných, zkrátka všech. Je zřejmo, a pokud jde o civilní sporné soudnictví bude v další kapitole při rozboru učení o t. zv. nároku na právní ochranu ještě blíže doloženo, že soudce je povinen judikovati, t. j. podle normologického pojetí účastniti se na tvorbě právního řádu vydáváním autoritativních norem. Ovšem povinnost normotvornou má ještě řada jiných státních orgánů, takže soudnictví není svým orgánním charakterem dostatečně určeno a naopak orgánní státní normotvorba není justici vyčerpána. Tážeme se proto po znacích, jež odlišují soudnictví od jiných státních orgánních normotvoreb. Rozřešení této otázky podává vyčerpávajícím způsobem Merkl ve svém Obecném právu správním.

Merkl vede nejdříve caesuru mezi zákonodárstvím na straně jedné a správou a soudnictvím na straně druhé. Tato se kryje s rozdílem pravotvorby a provádění práva. Kdežto zákonodárství představuje tvoření práva, jest správa a soudnictví pouze jeho výkonem (exekutivou). Tu však víme, že distinkce tvoření a provádění práva je relativní, neboť každý právní akt (na př. zákon, vládní nařízení, správní a

aplikovaná norma je normou delegační.“ Aplikací je tudíž též srovnávání dané skutečnosti s obsahem kreační normy, tedy zjišťování, zda normotvorné podmínky jsou dány. Tuto především provádí civilní soudce, když přezkoumává vznik normy předrozsudečné.

soudní rozhodnutí) je materiálně novou normou, ale současně derivátem normy vyšší. Výjimku činí pouze t. zv. norma nejvyšší, která právně odvoditelná není. Uvážíme-li relativnost pojmů tvoření a provádění práva, pak nemůžeme za rozlišující znak mezi zákonodárstvím a správou, resp. soudnictvím položit pravotvorbu a exekutivu, nýbrž jen vzdálenost správních aktů a soudních rozhodnutí od ústavy, t. j. od normativního ohniska vnitrostátního právního řádu. Kdežto pro zákonodárství je ústava základem bezprostředním, je pro správu a soudnictví základem nepřímým, při čemž úlohu prostředkujícího činitele obstarává zákonodárství (Merkl, na u. m., str. 21).

Nyní však vzniká obtížnější otázka, jak máme od sebe odlišiti správu a soudnictví, jež ve vztahu k ústavě vykazují tutéž vzdálenost a jsou rovnocenným prováděním zákonů. Merkl (na u. m., str. 22) pokládá za správu onu část státní, zákonům podřazené činnosti, jež z bývá, odečteme-li justici od souhrnu státních funkcí zákony provádějících. Kde je však kriterium soudnictví? Distinkci máme několik, ale jak Merkl po jejich kritice dokázal, spolehlivě rozhraníčuje soudnictví a správu jedině znak organizační: v justici nalézáme vzájemnou rovnost orgánů, ve správě jejich podřazenost a nadřazenost (na u. m., str. 38 a n.). Soudce je nezávislý, kdežto správní úředník nikoliv. Správa je součtem státních funkcí, které mohou býti determinovány příkazem, kdežto soudnictví tuto determinaci vylučuje (na u. m., str. 45). Ovšem Merkl doznává, že i tento rozdíl jest jen relativní.

Je nasnadě, že často se hledá podstata justice — v protikladu ke správě — v „nalézání práva“ (Rechtssprechung). Jak ještě později doložím, civilní rozsudek vlastně opakuje předrozsudečnou normu, takže soud při svém judikování tuto normu pouze přezkoumává a nalézá. To je skutečně velmi charakteristický rys civilního soudnictví. Merkl (na u. m., str. 34 a n.) jej plně uznává, ale správně podotýká, že ne všechny obecně uznávané případy soudnictví vyznačují se znakem nalézání práva a že naopak vyskytuje se tento znak též u správy. Zejména t. zv. nesporné soudnictví není nalézáním, nýbrž obsahovým tvořením práva. Totéž platí o soudnictví trestním, v němž soudy nejen deklarují vinu, ale též stanoví

povinnost sankční, dále o řízení exekučním, vyrovnacím a konkursním, kde se všude setkáváme se soudní tvořivou činností. Ostatně samo sporné řízení civilní má své pravotvorné rozsudky a své rozkazy k plnění doložené hrozbou exekuční sankce. Je proto souhlasiti s Merkle, že znak nalézání práva konstruuje materiální pojem justice, jenž se značně liší od pojmu běžného (formálního).

Trváme-li na Merklově určení soudnictví znakem organizačním, jest jím tedy ona státní povinnostní normotvorba, jejíž orgán se vyznačuje — ve srovnání s orgánem řízení správního — relativní neodvislostí. Nyní se dále tážeme po distinkcích, jimiž jsou dány jednotlivé typy soudnictví a to hlavně trestní, správní a civilní. Nějakého organizačního kriteriá sotva najdeme. K diferenciaci jednotlivých typů soudnictví zbude patrně jedině produkt toho kterého řízení.

Podle produktu můžeme vlastně od sebe odlišit též zákonodárství na jedné straně a soudnictví a správu na straně druhé. Prvé není jen přímým prováděním ústavy, nýbrž též tvořením zvlášť kvalifikované normy (zákona), jež je nadřazena soudnímu a správnímu rozhodnutí. Mezi rozhodnutím trestním, správním a civilním ovšem hierarchického rozdílu není. Tyto normy rozlišují se jedině svým obsahem, nechceme-li je charakterisovat normotvorným dějem, jim předcházejícím, čímž bychom však nezískali ostrých distinkcí^{3a)}.

Obsahové vytýčení civilního soudnictví podává běžná nauka v učení, že je to soudnictví ve věcech občanských. Co je to „věc občanská neboli soukromá“, je dostatek známo. § 1 obč. zák. ji obecně definuje jako vzájemný právní poměr (vzájemné povinnosti a práva) mezi jednotlivci „jako takovými“, t. j. v jejich t. zv. soukromé sféře. Při tom jsme si však dobře vědomi, že je to pojem nadmíru neurčitý, jak mnohokrát bylo zdůrazněno ve spisech normativních teoretiků (viz na př. Weyr, Základy, str. 230 a n., nebo mé Základy práva intertemporálního, str. 124 a n.) a jak ostatně doznává i vládnoucí nauka, uváží-li si spletnost judikatury k otázce, co patří na pořad práva civilního a co na pořad práva veřejného. Neurčitost věci veřejné a soukromé je dána teleologickým hle-

^{3a)} Rozdíly na př. mezi soudním řízením trestním, civilním a správním jsou velmi mlhavé a nezásadní, pokud neběříme zřetel k materii v nich normované.

diskem, s něhož oba pojmy jsou konstituovány. Sedláček (Obč. pr. čl., str. 52) ve snaze dáti pojmu „soukromého právního poměru“ alespoň poněkud konkrétnější a upotřebitelnější obsah, charakterisuje jej jeho účelem, totiž ochranou majetku proti zásahům osob třetích (práva věcná, právo náhrady škody), svobodou právních jednání a ochranou rodinných poměrů. K tomu však dodává, že tyto znaky naprosto nemohou přesně vymezit jednotlivé skutkové podstaty a že jsou tudíž jen regulativními principy, takže soudce může podle vhodnosti rozhodnouti, zda jde o případ veřejnoprávní či soukromoprávní.

Civilní soudnictví jako povinná autoritativní normotvorba státních úřadů ve věcech soukromých má další svá pododdělení: jsou to řízení sporné, nesporné, exekuční, konkursní a vyrovnávací. Rozdíly mezi nimi jsou velmi nejasné i pro vládnoucí teorii, která na přesnost distinkcí příliš přísná není. Mohli bychom snad říci, že sporné civilní soudnictví v protikladu k ostatním právě uvedeným představuje převážně nalézání práva a nikoliv jeho obsahové tvoření. Kdežto nesporný soudce do jisté míry spravuje soukromé záležitosti, t. j. pečuje o projednání pozůstalostí, o osoby zvláštní ochranu potřebující atd., tedy tvoří skutkové podstaty pro nové právní poměry, kdežto exekuční soudce pečuje o soluci povinnosti, stejně jako konkursní, a soudce vyrovnací v první řadě o jejich novou úpravu, tu soudce sporný zpravidla omezuje se na zjištění, co je již platným právem pro sporné strany. Pouze výjimkou a vedle svého hlavního úkolu i sporný soudce tvoří právo, a to v rozsudcích konstitutivních a v rozkazech k plnění, doložených sankcí exekuční.

Tvrzení, že civilní sporný proces představuje děj normotvorný, musí býti ještě doplněno další úvahou. Jak jsem právě uvedl, dochází v něm zpravidla pouze k deklarování předrozsudečných konkrétních právních norem, což se jeví nejlépe v deklarativním charakteru rozsudku ve sporech určovacích, ale též v deklarativní části rozsudku kondemnatorního a konstitutivního. Civilní sporné soudnictví je tudíž především nalézání práva a nikoliv jeho tvoření. Proč přes to vidíme v něm normotvorbu?

Odpověď na tuto otázku podává tato úvaha: Rozsudek a předprocesní konkrétní norma v něm deklarovaná není zajisté

jedno a totéž. Rozsudek je mnohem více, i když neobsahuje žádné exekuční sankce a nevyslovuje žádné právní změny. Jeho cena je v tom, že představuje nepopiratelný a závazný výrok o daném právním stavu a to jak pro soud, tak pro strany, ba pro každého, kdo se dostane do situace, v níž zjištěný právní poměr se ho dotýká. Tedy ona „bindende Kraft der im Urteile enthaltenen Feststellung“ (Hellwig, System, str. 776) je to novum, jež přináší rozsudek a v němž se jeví normotvorný charakter civilního sporného soudnictví.

Spor o deklarativní a konstitutivní právní akty ve vztahu k civilnímu spornému procesu.

Z toho, co právě uvedeno, posoudíme též správně spor o deklarativní a konstitutivní právní akty⁴⁾. Normativní teorie původně zavrhlá konstrukci aktů konstitutivních a to v důsledku svého shora již zmíněného statického a formalistického hlediska na právní řád. Za právní normy pokládala pouze vrstvu zákonů, takže vše, co z nich plynulo, jevílo se jí jen jako deklarování povinností v nich stanovených. Proto rozsudek, správní akt a pod. žádné nové právo založit nemohly, nýbrž to, co vyslovily, bylo již formálně obsaženo ve vyšších normách, z nichž vyvozují svou platnost.

Tento původní názor na konstitutivní a deklaratorní akty musil se obrátiti v pravý opak v pozdějším dynamickém stadiu normativní teorie, zdůrazňujícím obsahovou stránku právního řádu. Každá nově vzniklá nižší norma je pro právní řád obsahové novum a orgán ji tvořící konstituuje v ní nové právo. Tak Sander (Das Faktum der Revolution..., Zeitschrift für öff. R., 1919, str. 157) prohlásil: „Alle Rechtssatzfunktionen sind konstitutive Akte, weil in ihrem Verfahren Tatbestände-Rechtssätze zur Erzeugung gelangen.“ Za dnešního stavu normativní teorie pokládají se tudíž různé normotvorné akty, jako jsou rozsudky, správní akty, smlouvy a pod. vesměs za akty konstitutivní, ač při tom se nepřehlíží, že formálně jsou jaksi in nuce obsaženy ve svých nadřazených normách a že představují jejich konkretisaci.

⁴⁾ Viz Weyr, Zur Lehre von den konstitutiven und deklaratorischen Akten, Österreichische Zeitschrift für öff. Recht, 1917, seš. 4 a 5.

Avšak v civilním sporném procesu soudním jeví se nám problém konstitutivních a deklaratorních aktů ještě s jiného hlediska. V rozsudku stanovená povinnost osoby A vrátiti zápůjčku 100 Kč není snad jen proto deklarativní, že jest in nuce (formálně) obsažena v příslušné normě občanského zákoníka. Deklarativní charakter rozsudku jeví se v tom, že pouze zjišťuje, t. j. o p a k u j e normu předrozsudečnou, vzniklou před procesem zápůjčkovou smlouvou mezi věřitelem a dlužníkem. To vyjadřuje Weyr (K pojmu právního řízení, Roč. VIII., str. 66), pravi-li: „...každá normotvorba je svou podstatou konstitutivní, pokud jí právě vzniká nová norma (povinnost), a každá je zároveň deklaratorní, pokud právě vznik této normy vyslovuje (deklaruje).“ Civilní rozsudek tedy deklaruje vznik normy předrozsudečné, je tudíž nejen formálně, nýbrž i materiálně deklarativní, a jeho konstitutivnost projevuje se pouze v tom, oč předrozsudečný stav obohacuje, tedy jak bylo řečeno, v z á v a z n o s t i a n e p o p i r a t e l n o s t i z j i š t ě n í a e v e n t. též v exekuci sankci a v připojené právní změně.

Deklarativní charakter civilního sporného soudnictví vysvětluje vládnoucí nauka jeho sociální funkcí (viz na př. Gr ű a, Prejudicialita, str. 16). Civilní soudy zpravidla jen d o p o m á h a j í k právu, toto má svůj hlavní pramen vně jejich činnosti a to v právním životě občanů, kteří se zavazují smlouvami a jinými pravotvornými skutečnostmi a tak tvoří právo. V určitých zvlášť důležitých případech neponechává však právní řád soukromé autonomii úplnou volnost, nýbrž vznik a zánik povinností, tedy změnu právního stavu, váže na úřední souhlas nebo výrok. S tím se setkáváme především v n e s p o r n ě m soudnictví, dále v řízení konkursním a vyrovnacím. Sporné soudnictví je založeno na zásadě, že volností občanů je odňata svépomoc a že soluce povinnosti může býti vynucena, nehledíme-li k sporým výjimkám, jen pomocí a za asistence soudních orgánů. Věřitel musí žalovati svého dlužníka, soud vydává rozsudek a v dalším exekucním řízení splnění deklarované povinnosti vynucuje a tvoří tak nový právní stav. Avšak tato do důsledku provedená právní pomoc není vždy nutná. K uskutečnění práva často dostačí soudní zjištění sporné povinnosti; její soluci provedou soukromníci dobrovolně bez soudního zásahu. Ba někdy dokonce pouhé určení existence

právní skutečnosti dopomůže právu k platnosti. Proto právní řád výjimečně připouští žaloby na určení pravosti a nepravosti listiny. Možnost této žaloby ovšem se vědomě přičí zásadě, podle níž předmětem soudního zjištění nemohou být pouhé skutečnosti (viz na př. Hora, Čsl. pr. civ. II, str. 153, Hellwig, System, str. 280 a n.). Zkrátka jsou různé cesty a prostředky, jimiž soudnictví koná svou sociální funkci. Nemusí to vždy být tvoření obsahově nových norem. Máme též rozsudky ryze zjišťovací. V řadě případů bylo by však neúčelné, aby soud, zjistiv soukromníkovu povinnost k změně právního stavu, tuto změnu současně nevyslovil. Proto často pravotvorné rozsudky na místě neochotného žalovaného nový právní stav přímo tvoří (viz na př. žaloby na rozdělení spoluvlastnictví). Jindy je dokonce jen soud povolán k nové úpravě právních poměrů⁵⁾. Tak je tomu ve věcech manželských, v nichž jen soud může vysloviti rozvod, rozluky a neplatnost manželství. Souhrnně můžeme říci, že soudnictví směřuje k normotvorbě, k tvoření nového právního stavu, že však často zastavuje se na polovici cesty k svému cíli a proto vedle rozsudků pravotvorných nalézáme rozsudky pouze deklaratorní nebo dokonce rozsudky zjišťující pouhé předpoklady právních povinností.

Weyrova kritika konstrukce sporného procesu jako zápasu o právo.

Cestu poznání, že t. zv. civilní řízení sporné je normotvorným procesem, a to obdobným procesu zákonodárnému nebo smluvnímu, razil v české právníkové literatuře Weyr. Ve svém pojednání „K pojmu právního řízení“ (Roč. VIII, str. 30 a n.) podrobil nejdříve břitké kritice běžné pojetí civilního sporného řízení jako boje nebo zápasu o právo. Ukázal, že toto po-

⁵⁾ Je ovšem věci legislativní účelnosti, zda to má být soud nebo někdo jiný. Viz na př. Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, str. 59: „Natürlich ist zur Herbeiführung eines konkreten Erfolges das konstitutive Urteil, insbesondere vom gesetzgeberischen Standpunkt aus, nicht die einzig denkbare Form. Möglich ist vielmehr eine andere Gestaltung. So kann bestimmt werden, daß ein Urteil lediglich die Aufgabe haben soll, eine Konstatierung zu treffen, und daß auf Grund dieser Feststellung ein weiterer Akt stattfinden kann, der seinerseits nun den Erfolg auslöst...“ Tak francouzský soudce zjišťuje pouze přípustnost rozvodu a teprve stavovský úřad rozvod provádí.

jetí je produktem teleologického názoru na právní řád, jenž v ději, odehrávajícím se před nestranným soudcem, vidí prostředek k určitému účelu a to k dosažení ochrany zájmů, a činnost osob na tomto ději zúčastněných definuje jako zápas, když totiž osoby ty sledují protichůdné, t. j. navzájem se vylučující zájmy (na u. m. str. 40). To je ovšem ryze teleologická, metajuristická definice civilního procesu, neboť děj, jenž jest předpokladem (podmínkou) rozsudečné normy, stejné jako tato norma a vůbec celý právní řád, je zde určen s o c i á l n í f u n k c í p r á v a (ochranou zájmů). Toto pojetí podporuje běžný názor na t. zv. p r á v a s u b j e k t i v n í. Panující nauka v nich vidí zájmy a nikoliv výrazy právních norem a proto děj, v němž se tato subjektivní práva tvoří nebo deklarují (civilní proces soudní), nepojímá jako kreaci norem, nýbrž jako zápas o zájmy. Weyr, když vytknul zásadní pochybenost této koncepci kritikou t r a n s c e n d e n t n í, doplňuje ještě své vývody kritikou i m m a n e n t n í. Je nedůsledno, když jen normy konkrétní a druhotné charakterisujeme jejich sociální funkcí, nazývajíce je „subjektivními právy, nároky nebo zájmy“, kdežto normy obecné a prvotní považujeme bez ohledu na jejich obdobnou sociální funkci za něco zcela jiného, totiž za to, co s hlediska normativního jediné býti mohou, za výrazy něčeho, co býti má (na u. m., str. 42). Tím vzniká protiklad mezi t. zv. právem subjektivním (právem chráněnými zájmy) a t. zv. právem objektivním (soulhrem norem). Vpravdě však jak normy abstraktní (na př. zákony), tak normy konkrétní jsou s hlediska teleologického prostředky k dosažení rozmanitých cílů a proto představují zájmy rozmanitých subjektů (v prvním případě generálně určených, v druhém konkrétních individuí), a naopak s hlediska normativního jsou oba tyto typy norem výrazy něčeho, co býti má, tedy právem objektivním. Vědu právní však nezajímá, jak se její předmět jeví s jiného poznávacího hlediska (zde teleologického). Proto jsou pro ni jak normy abstraktní tak konkrétní p o u h ý m i n o r m a m i, tedy t. zv. právem objektivním.

O orgánním charakteru civilního sporného soudnictví.

Judikační povinnost v panující nauce.

Povinnostní charakter normotvorby soudů civilních vyzvedla panující nauka v učení o t. zv. n á r o k u n a p r á v n í

ochranu. Tento nárok přísluší totiž žalobci proti státu, takže teorie nároku na právní ochranu znamená v podstatě zdůraznění povinnosti státu právní ochranu poskytnout, čili zdůraznění judikační povinnosti soudů.

Učení o nároku na právní ochranu vykazuje rozsáhlou literaturu, kterou zde nikterak nemohu vyčerpat. Není to ostatně ani potřebné, když se tímto učením zabývám pouze jako dokladem pro thesi o orgánním charakteru soudní normotvorby. Budu je proto pouze demonstrovati na názorech německého procesualisty Hellwiga, jenž dotčené učení nejdůkladněji propracoval, a k nim připojím kritické poznámky Horovy.

Hellwig (*System des deutschen Zivilprozessrechts*, Lipsko 1912, I. díl, str. 291) rozeznává t. zv. možnost žaloby (*die Klagemöglichkeit*), kterou nazývá též abstraktním veřejným právem žalobním, a t. zv. nárok na právní ochranu (*der Rechtsschutzanspruch*), čili právo k žalobě na určitý rozsudek (*Klagerecht, Urteilsanspruch*).

Možnost podati na soud žalobu má každý, a proto ji Hellwig nepokládá za zvláštní procesuální nebo materiální právo, nýbrž pouze za výron všeobecného práva uplatňovati volně svou osobnost (*Persönlichkeitsrecht*). Totéž platí o možnosti napadnouti rozsudek opravnými prostředky. Hellwig však uznává, že žaloba zakládá pro soudní orgán povinnost dáti na ni odpověď a že soudce, který žalobní žádost ponechá bez vyřízení, dopouští se *denegatio justitiae*, proti čemuž přísluší žalobci stížnost u těch úřadů, jež jsou pověřeny výkonem služebního dozoru.

Od možnosti žalovat a povinnosti soudní na žalobu odpovědět rozlišujeme t. zv. nárok na právní ochranu čili právo na určitý rozsudek (právo žalobní, nárok rozsudečný). Žalobce dosáhne požadované právní ochrany pouze tehdy, když jeho žalobní žádost je formálně správně přednesena a je-li odůvodněna. Prvá náležitost závisí na žádajícím, druhá na určitém utváření právního stavu. V čem tkví tyto t. zv. předpoklady právní ochrany, řídí se druhem navrženého rozsudku (rozsudky odsuzující, na právní změnu nebo na pouhé právní zjištění). Procesní soud předpoklady právní ochrany zkoumá a zjistí-li, že jsou dány, jest povinen vynést i žalobě vyhovující rozsudek. To vše pokládá Hellwig za nepochybné a nepopřené. Sporno je pouze, zda konkrétní povinnosti soudu, vy-

plývající z výsledku procesu, odpovídá též případné právo na právní ochranu pro stranu žalovanou. Hellwig existenci tohoto práva přijímá. Vyjde-li z jednání najevo, že žaloba je neodůvodněná, pak musí býtí zamítnuta. To znamená ne snad pouze odmítnutí požadované právní ochrany pro žalobce, nýbrž též ve prospěch žalovaného vydané zjištění, že žalobcovo právní tvrzení je nesprávné, že tedy neexistuje žalobcem tvrzené právo nebo že existuje žalobcem popíraný právní poměr. Tímto zamítnutím žaloby dochází žalovaný právní ochrany, a to obsahově v téže míře, jako kdyby z podnětu žalobcova vychloubání právem nebo popírání práva byl vznesl příslušnou žalobu určovací. Poněvadž soud k zamítnutí žaloby je v našem případě povinen, můžeme říci, že žalovaný podáním neodůvodněné žaloby získává nárok na její zamítnutí, tedy nárok na právní ochranu. Jeho nárok je zajištěn tím, že zpětvzetí žaloby je přípustno jedině s jeho souhlasem. Hellwig však doznává, že dotčený nárok žalovaného není nesporný. Před procesem neexistuje, neboť vzniká teprve podáním neodůvodněné žaloby, a nemůže-li soud rozhodnouti o věci hlavní (na př. pro nepřislušnost), pak též nemůže rozhodnouti pro žalovaného.

Hellwig se dále táže, má-li soukromník, jemuž svědčí veškeré předpoklady právní ochrany, již před procesem právo na tuto ochranu? Svou otázku zodpovídá kladně a tvrdí, že formou předprocesního nároku na právní ochranu jest právo k žalobě, jež podmiňuje rozsudek uspokojující zájem na právní ochraně (Klagerecht, Urteilsanspruch). Stát zakazuje soukromníkům svépomoc, zato však přejímá povinnost dáti právu praktický význam. Tato povinnost je veřejná a jí odpovídá soukromníkovo právo. To potvrzuje též znění a smysl zákona, jenž nezakládá pouze služební povinnosti soudců vůči státu, nýbrž z a v a z e k státu vůči soukromníkům. Právo těchto uplatňuje se podáním žaloby a uspokojuje vydáním rozsudku. Kdo je k žalobě oprávněn, může s kladným rozsudkem počítati, ovšem musí se mu podařiti, aby své oprávnění prokázal. O tom jedná před soudem a toho se týkají prováděné důkazy. Existence práva k žalobě nepodmiňuje vznik a platnost procesu, nýbrž jedině výsledek žaloby. Hellwig uvádí též autory, kteří jeho pojetí práva k žalobě přijímají (zakladatelé jsou Laband a Wach) a kteří je odmítají (Bülow, Kohler, Fischer, Nussbaum, Chiovenda, Weissmann). Námitky odpůrců jsou ne-

udržitelné, tak na př. Bülowova, že povinnost soudů uznati podle žaloby vyvíjí se teprve v procesu a závisí na jeho výsledku a na právním názoru, jež si soudce vytvořil. Hellwig na to odpovídá, že podle této argumentace bylo by též nejisto, zda ze zápůjčky vzniká pohledávka, poněvadž jest — nejisto, zda žalobce poskytnutí zápůjčky v procesu dokáže. Též z toho, že někdy přichází k zamítnutí odůvodněné žaloby a k vítězství žaloby neodůvodněné, nelze ničeho vyvozovati. Pak je ovšem povinnost k právní ochraně porušena, avšak pokud sahá právní moc, nedostane se nespravedlivě podlehnuvší strana s takovým tvrzením k slyšení. Hellwig poznamenává, že při určení podstaty procesu nesmíme vycházeti z takových případů, v nichž rozsudek sice správně byl vydán, ale nekryje se s pravou právní situací⁶⁾.

Dále se Hellwig táže na p o v a h u nároku na právní ochranu. Odmítá dřívější pojetí, že tento je soukromoprávním oprávněním z podstaty soukromého práva (jeho vynutitelnosti) plynoucím, příslušejícím proti žalovanému a namířeným na trpění a uznání rozsudku a exekuce. Prý je správné, že úplné soukromé právo vyžaduje ochrany a exekuce a že stát právní ochranu poskytuje jen k vůli soukromoprávním zájmům. Soukromé a procesní právo jsou proto v úzké souvislosti. Avšak přece jsou to svou povahou dva zcela různé obory právní, neboť právo soukromé upravuje vztahy a oprávnění soukromníka k soukromníku a k právním objektům, kdežto právo procesní vztahy soukromníků k státní moci je ovládající, tedy vztahy veřejnoprávní. Pokud jde o právní ochranu žalobou sledovanou, nesmíme míti na zřeteli pouze žalobu na odsouzení a to k splatnému plnění. Existence žaloby zjišťovací, zejména negativní, a žaloby na budoucí plnění (tedy z nároků, které dosud vůbec nejsou vynutitelné), nás učí, že právo na právní ochranu n e m ů ž e býti odvozeno z občanského práva. Hellwig tedy odmítá dřívější a ostatně

⁶⁾ Vadné rozsudky jsou prostě výjimkami a platí o nich slova Hellwigova (System des deutschen Zivilprozeßrechtes, str. 250): „Diese Möglichkeiten müssen als bedauerliche Begleiterscheinung der bestimmungsmäßigen und regelmäßigen Funktion des Zivilprozesses (Erkennung der wahren Rechtslage) in den Kauf genommen werden, weil sie eine unvermeidliche Folge der Unzulänglichkeit menschlicher Erkenntnismittel und der menschlichen Eigenschaften sind.“

i dnešní pojetí (viz Hölder, Siber, Geib, Weissmann, Dernburg, u nás Ott a Hora), podle něhož je právo na právní ochranu „ein selbstverständliches und unabgesondertes Zubehör des Privatrechts“. Táže se: „Auch des Eigentums oder der Ehe (hinsichtlich der Feststellungsklage) oder des nicht existierenden Rechtsverhältnisses?“ Poznává, že soukromoprávní koncepcce žalobního práva tkví v římském právu, jehož actio označovala konkrétní soukromé právo s ohledem na jeho žalovatelnost (a to v určité formuli) a v němž zpravidla se nerozeznávalo mezi žalovatelným právem a právem k jeho soudnímu prosazení. Podle Hellwiga jest však žaloba žádost na soud jako na orgán státu řízená a zákon praví, že jednotlivec je za určitých předpokladů oprávněn, žádati určitý rozsudek. Proto: „Das Recht zur Klage wendet sich also ausschließlich an den Staat und ist ein processuales, demnach dem öffentlichen Rechte angehörendes Recht.“

S Hellwigem nesouhlasí Hora, jenž se přidržuje dřívějšího názoru o anexitě žalobního práva se soukromým právem v žalobě uplatňovaným (Čs. civ. právo proc. II, str. 143 a n.)⁷⁾. Především potírá samo východisko Hellwigova učení. To, co je všeobecným a kulturním posláním státu — udržovati právní řád — nemůže býti pojato jako subjektivní právo, příslušející žalobci. Dále stávi se proti roztržení žalobního práva od soukromoprávního nároku. Pro obor československého práva tvoří žalovatelnost nerozlučnou část práv soukromých. Přiznává však, že „... právo soukromé se žalovatelností nevyčerpává; hmotné právo může trvati i při promlčení žaloby se všemi oprávněními i závazky dále...“ Nesouhlasí též s konstrukcí předprocesního nároku na právní ochranu: „... lze-li vůbec mluvíti o nároku strany na příznivý rozsudek proti soudu, musíme říci, že tento nárok vzniká teprve skončením procesu, když je věc k rozsouzení zralá, neboť tím okamžikem teprve nastává soudu povinnost vydati rozsudek příznivý nebo bezdůvodnou

⁷⁾ Viz na př. Puchta, Pandekten, Lipsko, str. 126: „Im materiellen Sinn, welcher der hier zur Sprache kommende ist, wird so die Möglichkeit dieses Akts (sc. der Klage), das Klagerecht genannt. In diesem Sinne ist die Klage das Anexum eines Rechts, ein Zusatz zu seinem Inhalt (nicht, wie manche geglaubt haben, ein Recht für sich); daher ist sie schon vor ihrer wirklichen Anstellung vorhanden, ja man kann ihr Daseyn im allgemeinen von dem Daseyn des Rechts, aus dem sie entspringt, datieren.“

žalobu zamítnouti. Předtím zde nebylo této povinnosti, nýbrž toliko povinnost spor řádně vésti a věc důkladně probrati. Vy-
dáním rozsudku straně příznivého však také t. zv. nárok na
právní ochranu už zaniká, byv státem uspokojen. Tedy: nárok
na právní ochranu vzniká teprve skončením procesu a vzniknuv
ihned zaniká, vznik jeho má současně i jeho zánik v zápětí. Není
tedy zajisté správným, že tento nárok už existuje před zahájením
sporu, že se žalobou toliko vykonává, docházeje výrazu v ná-
vrhu žalobním.“ K otázce totožnosti práva žalobního a subjek-
tivního práva soukromého dodává, že t. zv. zájem na právní
ochraně není nic jiného než subjektivní právo sou-
kromé samo. „Týž předpokládá okolnosti faktické, jimiž je
přiznán právem objektivním zájem na ochranu právní. Tím je
však jinými slovy naznačeno jenom to, co jinak zoveme skutko-
vým a právním základem žaloby, tedy základem spočívajícím
ve právu soukromém, s ním nerozlučně souvisejícím, jím jedině
podmíněným. Proč má tedy býti od tohoto soukromoprávního
základu abstrahován a konstruován zvláštní publicistický, na
soukromém právu nezávislý nárok proti státu na rozsudek
straně příznivý? Bylo-li už naznačeno, že tento nárok souvisí
s právem soukromým i při žalobě určovací⁸⁾, lze neméně uká-
zati nesprávnost tvrzení dalšího, že prý žalovaný proti bezdů-
vodné žalobě má nárok na ochranu právní, nemá však soukro-
mého práva subjektivního. Vždyť žaloba bývá velmi často za-
mítnuta jen proto, že nárok žalobcův, sám o sobě odůvodněný,
nemůže býti s účinkem uplatňován proti žalovanému jen proto,
že tomuto přísluší jiné právo soukromé (na př. při žalobě na vy-
dání věci proto, že žalovanému přísluší k této věci právo zá-
stavní, retenční, nebo že má žalovaný proti žalobci vzájemnou

⁸⁾ Hora blíže nevysvětluje souvislost nároku na právní ochranu
a práva soukromého při žalobě určovací. Práví jen na u. m. str. 143:
„Nárok je vlastně subjektivní právo samo, namířené proti určitému
podmětu. Jediným jeho zřídlem je tedy subjektivní právo. A to i při
žalobách určovacích (arg. požadavek „právního zájmu“).“ — Hora tím
chce patrně říci, že t. zv. právní zájem při žalobách určovacích před-
stavuje subjektivní právo žalobcevo vůči žalovanému na určení
právního stavu. Není-li toto právo uspokojeno žalovaným, obrací se ža-
lobce na soud, aby mu poskytl to, co žalovaný neprávem odírá. Takto
i při žalobě určovací souvisí t. zv. nárok na právní ochranu se subjek-
tivním právem žalobcovým na povinnost žalovaného, a to podstatně
stejně jako při žalobě na plnění.

pohledávku a p.). Tu má žalovaný nejen nárok na právní ochranu, nýbrž má také právo soukromé a onen t. zv. nárok na právní ochranu je jenom výsledkem, f u n k c í, tohoto práva soukromého. Konečně i tam, kde bude žaloba zamítnuta z jiného důvodu, netřeba toto zamítnutí vysvětlovati zvláštním, na subjektivním právu nezávislým nárokem na právní ochranu, jenž prý přísluší žalovanému. Neboť tu bude žaloba zamítnuta jen proto, že soukromé právo žalobcevo, jež tento tvrdil, ukázalo se bezdůvodným a že pro bezdůvodnost samého základu, na němž byl útok podniknut, musil tento útok sám býti odražen. Toť pravě vznešený úkol soudu, úkol daný povahou věci, nikoliv proto, že tu straně napadené přísluší proti státu zvl. nárok na ochranu právní ve smyslu zmíněné teorie. Stát jedná tu v zájmu vlastním, v zájmu celku, nikoliv v zájmu toho kterého jednotlivce. T. zv. nárok na právní ochranu žalovanému prý příslušející je zde tedy jenom nutným důsledkem toho, že žalobci nepřisluší tvrzené jím právo soukromé, je tedy s právem soukromým opět ve zcela úzké souvislosti.“

Abych ilustroval nejen názory jurisprudence československé a německé k problémům zde projednávaným, uvádím ještě pojetí právníků francouzských.

Glasson-Tissier, Procédure civile, I. sv., str. 415 a n., rozeznávají především tři významy slova „žaloba“ a to: „1. le droit d'accès aux tribunaux; 2. le droit d'action en justice; 3. la demande en justice“ (str. 417). Prvé právo je asi totožné s Hellwigovou možností žaloby: „Chacun est libre de porter devant les juges ses prétentions bien ou mal fondée, même insoutenables. Le tribunal saisi est tenu de les juger... Le droit d'agir en justice, entendu en ce sens, n'est pas un droit privé; c'est un droit public, une liberté publique...“ (str. 417). Druhé právo, tedy „le droit d'action en justice“ definuje autor jako „...le pouvoir qu'a une personne investie d'un droit d'obtenir du juge, contre une autre personne, la protection de ce droit au moyen de l'application de la loi...“ (str. 423). To je tedy Hellwigův nárok na právní ochranu. Je však příznačné, že Glasson-Tissier nechtějí v tomto právu spatřovat nárok na povinnost státu nebo soudce, nýbrž nárok proti žalovanému. „Le droit d'action n'est donc pas, comme on la soutenue quelque fois, un droit donné contre l'État ou contre le juge; c'est un droit donné contre une autre personne...“

L'opinion contraire qui voit dans l'action en justice un droit contre l'État ou contre le juge nous paraît confondre le droit d'action et la faculté d'accès à la justice“ (str. 425). Glasson-Tissier tedy nerozlišují mezi soudními povinnostmi proces proved a vydati žalobei příznivý rozsudek, ačkoliv nepřestávají tvrditi, že žalobní právo je „le droit de réclamer la protection judiciaire et, ensuite s'il le faut, l'appui de la force publique, pour faire respecter le droit menacé ou violé“. Naproti tomu citovani francouzští právníci dobře rozeznávají soukromé právo na jedné straně a žalobní právo na straně druhé. „Le droit d'une personne et le pouvoir d'agir en justice pour faire protéger ce droit ne se confondent pas. ...Le pouvoir d'agir en justice pour défendre un droit est un droit nouveau et distinct. Les droits sont à leur tour garantis par d'autres droits qu'on appelle des actions. La distinction du droit et de l'action apparaît nettement si on observe qu'il y a des droits non munis d'action. D'un autre coté, il n'y pas d'action s'il n'y a pas d'intérêt à agir, bien qu'il y ait un droit...“ (str. 442).

Ponechávám zatím bez dalších poznámek námitky proti Hellwigově konstrukci nároku na právní ochranu. Zdůrazňuji však základ Hellwigova učení, tkvící v tom, že soudy mají povinnost právní ochranu poskytovat, t. j. odpověděti na žalobu, zahájití podle ní soudní řízení a eventuálně vydat rozsudečnou normu. Tato povinnost — a s ní povinnostní charakter civilního sporného soudnictví — proniká z celého učení o nároku na právní ochranu. Bohužel nebyla s dostatek vyvednuta, poněvadž vládnoucí nauka příliš lpěla na pojmu subjektivního práva (a contr. povinnosti) a tím v mnohém si uzavřela cestu k plnému pochopení normotvorného děje, odehrávajícího se v civilním sporném soudním řízení. V dalším pokouším se tento nedostatek odstranit a převést učení o nároku na právní ochranu, vystavěné zřejmě na běžné koncepci t. zv. subjektivního práva, do myšlení normologického. Doufám, že touto cestou zachráním též kontinuitu svých vývodů s dosavadní naukou.

Judikační povinnost a nárok na právní ochranu
s hlediska teorie normativní.

Vycházím ze základního pojmu normativní teorie, jímž jest povinnost, totiž to, co podle normy — „má býti“, uvažujeme-li

o tom v relaci k osobě, která má stav normou požadovaný přivoditi (subjektu povinnosti) (Weyr, Základy, str. 143). Povinnost je nezbytným obsahem právní normy. Jinak je tomu s t. zv. právem subjektivním. Je totiž možné, ale nikoliv nutné, aby právní řád dal cizí povinnost do dispozice osobě třetí a to v tom směru, že třetí osoba může svým zákrokem dotyčnou povinnost zrušiti nebo změnit (na př. prominutím dluhu, derelikeí věci, přijetím placení, zcizením věci, pohledávky atd.). Vedle primárního úsudku, že osoba A je k tomu či onomu úkonu povinována, stojí sekundární úsudek, že osoba B je delegována — a to buď samostatně nebo ve spojení s jinými okolnostmi — stanovenou povinnost zrušiti nebo změnit, a že v tomto směru je oprávněna. Při této situaci musí býti nejdříve dána povinnost a pak teprve může, ale nemusí jí odpovídat korespondující právo.

Právní teorie teleologicky orientovaná — a tou je nesporně vládnoucí právní teorie — uvědomuje si hospodářskou a morální hodnotu povinnosti, jejíž výkon slouží k zlepšení života určitých jedinců a je tak prostředkem k realizování jejich zájmů, a přenáší pak své teleologické hodnocení výkonu povinnosti na onu dispoici oprávněného. Kdo je delegován s cizí povinností více méně volně disponovati, může jejího obsahu použití pro své účely. Jeho delegace je jednou širší, po druhé užší a tím se též řídí hodnota dispozice. V delegaci oprávněného pohybovat stavem povinností jeví se též ve značné míře soukromá autonomie. Proto je právní řád tím „soukromoprávnější“, čím více deleguje jednotlivce, aby volně disponovali stavem povinností. V tomto směru je příznačným vývinu státu individualistického (hovičího soukromé autonomii) v moderní právo státu sociálně reformního neb dokonce kolektivistického.

Dispoiční právo je garantováno autoritou právního řádu, v krajním případě mocí státní organizace. Děje se tak horizontálním sečleněním povinností (viz Sedláček. Obligační právo III, str. 28). Neplnění povinností je skutkovou podstatou vzniku povinností sankční, při čemž výkon této je v účelové souvislosti s výkonem povinností první⁹⁾. Je-li ovšem

⁹⁾ Viz Sedláček, Obč. právo čs., str. 38: „Jestliže adresát normy (povinnostní subjekt) nejedná podle normy, nastupuje sankce. To znamená, že tato neposlušnost je podmiňující skutkovou podstatou

sankcí chráněná povinnost v naší moci jako oprávněných, pak z téhož důvodu ponechává nám právní řád orzhodnutí, zda chceme či nechceme vyvolat povinnost sankční. Tedy výkon povinnosti vytváří ve světě vnějším stav, hovicí našim zájmům (odtud zájmy právem chráněné), a my máme v rukou prostředky, jimiž můžeme výkon povinnosti přivodit. Je zde řetěz prostředků ústící do konečného cíle, totiž do realizace zájmu osoby oprávněné. S tohoto účelového hlediska je věřiteli udělená delegace, disponovat s dlužníkovou povinností, zájmem věřitelovým a stejně jest jím jeho delegace, vyvolat soudní povinnosti k určení a exekučnímu vynucení dlužníkem povinovaného úkonu. O tom jsem blíže pojednal ve svém článku „Příspěvek k pojmu subjektivního práva“ (Sborník „Naše právo a stát“, str. 95 a n.), kde jsem se pokusil dokázat, že běžné definice t. zv. subjektivního práva skrývají v sobě — transponovány do normologie — pojem dispozice s právním řádem, delegace k změně nebo zrušení cizích povinností.

Podle mého názoru byla to teprve právní dynamika (a contr. statiky), které se podařilo uspokojivě vysvětliti problémem subjektivního práva. Právní statika stála zde bezradná. Ta nepracovala se změnou právního řádu a proto též do její soustavy nezapadal pojem delegace k pohybu se stavem povinností. Teprve s hlediska dynamického seznáváme, že právní řád není jen souhrnem povinností, nýbrž též delegací k jejich modifikacím, tedy zmocnění k nové úpravě právního stavu. Právní dynamika rehabilitovala též do jisté míry pojem práva subjektivního. Dříve byl čímsi metajuristickým, byl zájmem, jež určití lidé mají na splnění povinností osob třetích. Dnes tento „zájem“ nabývá juristického výrazu, je normologicky vyjádřen v relevanci úkonu, jímž podle stanovené delegace vyvolává se pohyb uvnitř právního řádu. Normologie statická též povšechně učila, že subjektivní právo je pouhým akcesoriem právní povinnosti a zjevem vedle této zcela sekundárním. I podle mých výkladů je právo závislé na povinnosti, neboť představuje delegaci k její změně nebo jejímu zrušení. Ale tato

pro jinou povinnost nebo jiné povinnosti, které ústí konečně v tom, že je zde povinnostní subjekt, který má odstraniti stav odporující normě a zavéstí stav normě odpovídající.“

závislost neobjevuje se vždy jen v tomto směru. Již jsem se zmínil o tom, že věřitel má právo nejen dluh prominouti, přijmouti jeho plnění a pod., ale též cestou soudní intervence docílití jeho vynucení. Děje se tak prostřednictvím sankčních povinností, jež vyvolává svými zákroky. Tedy jeho „právo“ projevuje se nejen v moci zrušit či změnit existující povinnosti, nýbrž též v moci — buď výlučné nebo podmíněné ještě dalšími skutečnostmi — vyvolat povinnosti nové. Ovšem tyto povinnosti sledují zpravidla (ne však vždy) výhradný cíl: dosíci splnění povinnosti primární. Metajuristické, teleologické hledisko na právní řád a účelová souvislost povinností a práv jest však normologii cizí. Dotýká se nás pouze souvislost normativní. A tu tedy vidíme, že ne vždy povinnost předchází právu, nýbrž často právo vyvolává teprve povinnost, — můžeme snad říci —, právo skrývá v sobě povinnosti budoucí.

Zde se dostávám k definici subjektivního práva, jak ji vytvořil Kelsen. Ve svých Základech obecné teorie státní, na str. 42 a n. pojímá oprávnění jako delegaci k jakékoliv tvorbě právního řádu. Tu má jednotlivec, jenž se zúčastní shromáždění lidu, jedná na něm a tím ať přímo (na př. v t. zv. bezprostřední demokracii), ať nepřímo spolurozhoduje o tvorbě zákonů, má ji soudce nebo správní úředník při tvorbě úředních nálezů a soukromník, jenž dojednává normy smluvní nebo jednostranně se zavazuje. Podle Kelsena může tudíž být jakákoliv delegace k účasti na tvorbě právního řádu obsahem oprávnění. Ovšem Kelsenův pojem subjektivního práva je značně široký. Byla by jím jakákoliv delegace i ta, jejíž výkon je sankcionován, a jeví se jako akt povinovaný. Zásadně nelze toto pojetí odmítnout: vidíme, že na př. volič v právním řádě československém má skutečně právo i povinnost zúčastniti se aktu volebního a že na moc soudcovskou nebo správní pohlíží se současně jako na právo a povinnost. Ovšem pro účely soukromého práva je Kelsenovo pojetí subjektivního práva přece jen méně vhodné, neboť nám mizí rozdíl práva a povinnosti, obé splývá ve vyšší pojem delegace k spolupůsobení na úpravě právního řádu. Proto doplňuji formulaci subjektivního práva jako delegace k účasti na tvorbě právního řádu úvahou o právní povinnosti. Tam, kde tato účast je výkonem jiné povinnosti, resp. neúčast na normotvorbě je relevantní skutečností pro právní sankci, pojímám ji jako povinnost, takže pojmu subjektivního práva zůstávají rezervovány pouze delegace k pravotvornému aktu nepovinnému, a ovšem též nezakázanému. Zde vysvitne ryzí případ subjektivního práva, jevící se na příklad v žalobě, stížnosti, v prominutí dluhu, v kontrahování a pod. Oprávněný může, ale nemusí delegace použítí, a

použije-li jí, nedopouští se ničeho zakázaného. (Viz též můj článek „Normativní teorie a tvorba práva“, Englišův Sborník, str. 450 a n.)

Po těchto vývodech přistupuji k revisi pojmu t. zv. nároku na právní ochranu, jak jej vytvořila vládnoucí právní nauka a jak jsem ji shora reprodukoval na citátech z díla Hellwigova.

Jde především o Hellwigovu t. zv. možnost žaloby (Klagemöglichkeit). Transponována do normologického myšlení představuje povinnost soudu, podáním žaloby podmíněnou, řízení zahájit a je řádně až do konce provést. Musí ovšem jíti o „žalobu“ v technickém slova smyslu, tedy žádost určitým způsobem instruovanou. Tuto žádost může podati kdokoli, pokud má t. zv. procesní způsobilost, takže můžeme říci, že ten, kdo ji má, je delegován k vyvolání orgánní činnosti soudní, je v tomto směru oprávněn, má t. zv. abstraktní právo žalobní (možnost žaloby)¹⁰⁾. Je-li zevně bezvadná žaloba podána, záleží na řadě dalších okolností, pokud soud je povinen v zahájeném řízení pokračovati. Vývin dalších procesních povinností soudních závisí zpravidla na úkonech žalobcových a žalovaného a proto oba se objevují v roli oprávněných. Tak kupí se procesní povinnosti soudu podle dané situace sporu jedna za druhou, až eventuálně vyvreholí v povinnosti vydat rozsudek. Jest zřejmo, že tato povinnost vzniká teprve dostavením veškerých nutných podmínek¹¹⁾. Sporné strany zejména žalobce mají „právo“ na roz-

¹⁰⁾ Sedláček, Obč. právo čs., str. 265, nazývá toto abstraktní právo žalobní formální legitimací k žalobě (a contr. materiální). „Formálně legitimován k žalobě je ten, jehož žaloba má být na soudě přijata a již se má zahájit spor, bez ohledu na to, zda spor skončí tím, že se vydá rozsudek podle žaloby či proti ní.“ Jest jasno, že tato formální legitimace k žalobě představuje relevanci žalobcova nepovinného úkonu, na nějž právní řád váže vznik povinné soudní činnosti. Je tudíž delegací k nepovinnému pravotvornému aktu a proto ve smyslu shora vytčeném právem subjektivním. To nutno zdůrazniti proti názoru Horovu, jenž nepokládá za správné, odívati to, co jest všeobecným a kulturním posláním státu — udržovati právní řád —, v roucho samostatného subjektivního práva, příslušejícího žalobci (na u. m. str. 143).

¹¹⁾ Má tedy pravdu Hora, praví-li, že teprve skončením procesu, když věc je zralá k rozhodnutí, vzniká soudní povinnost vydati rozsudek. Předtím zde nebylo této povinnosti, nýbrž toliko spor

sudek nejen v tom směru, že svými úkony vyvolávají povinnost k jeho vydání, nýbrž též proto, poněvadž mohou liknavost soudu stíhat dozorčí stížností. To v podstatě znamená, že strany jsou delegovány vyvolat povinnosti dozorčích orgánů, jež směřují k vynucení nebo substituování úkonu neprávem zanedbaného.

Nalézáme zde opětně řetěz povinností, které teleologicky pojaty jsou ve vztahu účelů a prostředků.

Jaký má býti obsah rozsudku, plyne ze situace v procesu zjištěné. Shora jsem řekl, že subjektivní právo věřitelovo jeví se v jeho delegaci disponovat povinností dlužníkovou. Věřitel nemá však možnost svémocně vymoci dlužníkovu povinnost, zato může se dovolat pomoci státní. Věřitel je tudíž delegován v dvojím směru: jednak k přímé dispozici s dlužníkovou povinností, jednak k dispozici nepřímé skrze pomocné povinnosti státní. Tato pomocná povinnost státu jeví se v závazku vydat věřitelem žádaný rozsudek a jeho obsah eventuálně vykonat.

Příznivý rozsudek proto předpokládá — mimo jiných podmínek — předprocesní právo žalobcovo na povinnost žalovaného, jež pak často (na př. ve sporech na plnění) v rozsudku dochází k deklaraci. To jest situace, která musí býti v úspěšném sporu zjištěna. Předprocesní právo disponovat s povinností žalovaného je pro žalobce legitimací, na jejíž předložení — ovšem ne jediné na toto — soud je povinen vydati navrhovaný rozsudek. Kdo má tuto legitimaci, tomu tedy přísluší předprocesní nárok na příznivý rozsudek. Starší běžná nauka uvědomuje si, že tento nárok na povinnost státu koinciduje s právem žalobcovým proti žalovanému (s disposicí s povinností žalovaného), a proto s jistou dávkou nepřesnosti tvrdí, že prvý nárok jest jen „výronem a akcesoriem“ nároku druhého.

To, co bylo právě řečeno, dopadá na rozsudky, v nichž soud žalovanému ukládá určité plnění. Zde skutečně ten, kdo je oprávněn z povinnosti, o jejíž deklaraci v žalobě žádá,

řádně vésti a věc důkladně probrati (na u. m. str. 144). Ovšem právo na tento rozsudek, chápeme-li je jako delegaci k aktu vyvolávajícímu právě dotčenou povinnost, musí nutně existovati již dříve, neboť je předpokladem (časové prius) této povinnosti.

je současně delegován, neplní-li žalovaný svou povinnost, vyvolat soudní judikační závazek a má tudíž předprocesní nárok na příznivý rozsudek. Máme však též rozsudky *pravotvorné* a *určovací*.

Ptáme se, jak musí býti legitimován žalobce v těchto sporech, aby měl nárok na příznivý rozsudek.

V některých sporech *pravotvorných* je právní situace podstatně *táž*, jako ve sporech o plnění. Žalovaná strana je povinna právní změnu přivodit a neučiní-li tak, je osoba, která je oprávněna z této povinnosti, delegována vyvolat konstitutivní rozsudek (viz na př. spory v zrušení spoluvlastnictví). Rozdíl od sporů na plnění je pak pouze v tom, že procesní soud podle své povinnosti nezastavuje se u deklarace právního poměru stran, nýbrž vyslovuje ihned jeho splnění. Jsou však *pravotvorné* spory, v nichž sotva se nám podaří vykonstruovat nějaký předprocesní závazek strany žalované (na př. spory manželské). Podmínkou úspěšné žaloby zůstává v nich pouze *právo* žalobcevo, jeho zmocnění vyvolat návrhem rozsudečnou normu. Žalobceva legitimace není tudíž dána dispozicí s nějakou povinností strany žalované, nýbrž určitými v pozitivních předpisech ustanovenými skutečnostmi, a jeví se nám pouze jako nárok *vůči státu*. Ve sporech na *určení* jest právní situace podmiňující příznivý rozsudek zvláště komplikovaná. Jednak musí to, co soud deklaruje, skutečně existovati, jednak však musí žalobce míti legitimaci žádat soudní výrok. Má ji ten, kdo na deklaraci je dostatečně interesován. Zde je tudíž příznivý rozsudek podmíněn existencí t. zv. právního zájmu žalobceva. Otázku, zda tento „právní zájem“ můžeme konstruovat jako nesplněný předrozsudečný nárok žalobce vůči straně žalované, ponechávám separátnímu rozboru.

Z toho, co jsem uvedl, plyne, že Hellwigova teorie o t. zv. nároku na právní ochranu není pro normativního teoretika tak nepřijatelná, jak na první pohled se jeví. Záleží jen na správné formulaci myšlenek do této teorie vložených. Více než „nároku“ musíme si všimati předmětu tohoto nároku, t. j. povinnosti k právní ochraně. Tuto mají soudy a plní ji ve své normotvorné činnosti, v ději, z něhož vychází žalobci příznivá rozsudečná norma. Nárok na příznivý rozsudek jeví se pouze

v delegaci k aktu (žalobě), jímž žalobce soudní povinnost k vydání příznivého rozsudku vyvolává¹²⁾. Kdo má tento nárok, t. j. na čí akt právní řád váže vznik této judikační povinnosti, jest — jak právě uvedeno — v jednotlivých případech různě upraveno. —

¹²⁾ Viz Sedláček, Obč. pr. čs., str. 265: „Materiálně je oprávněn (k žalobě) ten, kdo podle předpisů občanského zákoníka je legitimován podati žalobu, které soud má vyhověti.“