

Dr. M. ŠŤASTNÝ:

Obsah jednacího protokolu v soudním řízení civilním.

Jako aktivní soudce byl jsem častým svědkem třenic mezi soudci a justiční správou. Spory ty vyvrcholily i ve veřejných projevech obou stran a vzbudily i zájem veřejnosti. Soudci odvolávající se na § 98 úst. listiny, dovozují, že jejich právem i povinností je konati svůj úřad neodvisle a že justiční správa není oprávněna zasahovati do výkonu jejich moci. Justiční správa sdílí sice totéž stanovisko, nicméně jsou též obory soudní činnosti, kde je pochybným, jak daleko sahá neodvislost soudcovská a jak daleko jde dozorčí právo justiční správy.

Je přirozeno, že třenice mezi soudci a justiční správou zůstanou omezeny na pole formálního práva. Ústavní listina v § 98 nerozlišuje, zda jde o předpis, jež právní věda řadí k právu materiálnímu, či o předpis práva formálního. Proto neodvislost soudcovská vztahuje se jak na posouzení hmotně-právní otázky tak i na posouzení otázky procesní. Toto ostatně všeobecně uznávané stanovisko došlo výrazu i v procesních zákonech, které nepřijaly § 437 dříve platného josefinského soudního řádu. Přece však nastanou v procesním právu případy, kde neodvislost soudcovská a dozorčí právo justiční správy se střetnou; případem toho, nikoliv ojedinělým, jsou jednací protokoly.

Obsah protokolu jest sice upraven civilním řádem soudním, ale úprava není vyčerpávající, ač slovné znění §§ 207—209 c. ř. s. by nasvědčovalo opaku. Do protokolu nutno tedy pojmouti i údaje jiné než v soudním řádu je nařízeno. A tu dlužno dbáti krajní opatrnosti. Na jednom kraji hrozí nebezpečí zásadě ústnosti, na druhé nebezpečí, že protokol svým nedostatečným obsahem povede k nesprávnému věcnému rozhodnutí¹⁾ neb aspoň že bude zrušeno

¹⁾ Srov. Urban v G. Z. 1896 str. 425, na počátku. Mat. I. str. 270 popisují zevrubně všechny těžkosti, které má zákonodárce při ustanoveních o protokolech.

rozhodnutí nižšího soudu a tím prodlouženo a zdraženo řízení. Dojde-li se k takovému výsledku jen proto, že protokol to neb ono neobsahuje, je patrné, jak taková „maličkost“ je důležitým činitelem v soudním řízení a že třeba jí věnovati patřičnou péči. Nelze se tedy diviti, že justiční správa, která je zodpovědná za řádný chod soudnictví, věnuje protokolaci svou pozornost a že snaží se nařizovací cestou doplniti zákon tak, aby soudce měl bezpečné vodítko, co do protokolu patří a co nikoliv.²⁾

Dokladem toho jsou četné výtky dozorcích orgánů justiční správy, které se často právě protokolace týkají. Výtky ty obsaženy jsou zejména v revisních zprávách o prohlídkách soudů a jsou tudíž aktem, který se do veřejnosti nedostane. Výtky, jež se nejčastěji opakují, jsou obsaženy ve výnosu ministerstva spravedlnosti z 25./1. 1925 č. j. 4376/25, který rovněž zůstal jen výnosem interním. Jeho nová redakce byla uveřejněna ve Věstníku min. sprav. jako č. 15 ex 1929.

Nelze přehlédnouti, že jednací protokol má vedle své funkce procesní i funkci správní. Jednací protokol je důležitým činitelem při určování soudních poplatků, resp. při kontrole, zda poplatky zaplacený byly v náležitě výši a při event. trestním řízení finančním. Proto setkáváme se i v poplatkových zákonech s nor-

²⁾ Jakousi legitimaci k této činnosti čerpá snad ministerstvo z Materialií, kde v prvním díle na str. 276 apeluje se na soudní administrativu, aby udržela soudní praxi v mezích zákona. Materialie praví velmi energicky: „Die weitere Sorge dafür, daß jene Vorschriften dem Geiste der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens gemäß gehandhabt werden, muß den Instructions vorbehalten bleiben, welche zur Durchführung der Prozeßordnung seinerzeit zu erlassen sein werden sowie den Organen, welche mit der Aufsicht über den Gang der Rechtspflege betraut sind. Namentlich letztere werden mißverständlichen Auffassungen der Protokollirungsvorschriften mit aller Energie entgegenzutreten haben“. Vyzývají-li Materialie tak justiční správu, aby udržovala zákonný stav, je to docela v pořádku. Nelze však odtud čerpati posilu k změnám zákonného stavu nebo k zasahování do soudcovské neodvislosti. Je ovšem pravdou, že hranice mezi obojím je zde velmi plynulou, ale nesmí se přehlédnouti, že ostří této státi z Materialií je namířeno proti rozšiřování obsahu protokolu na úkor ústnosti. Ministerstvo však sleduje právě opačný účel a přeplňuje protokol zcela zbytečnými údaji, jak z dalšího pojednání patrné.

mami, určujícími pro svůj obor obsah protokolů. Při aplikaci těchto norem není soudce neodvislým ve smyslu § 98 úst. listiny, ježto zde nejedná jako orgán soudní moci, ale jako finančně-správní úředník. V této funkci podléhá nařízením svých představených a může platnost takových nařízení přezkoumati jen v obmezeném rozsahu jako každý jiný úředník správní. Zásah justiční správy do tohoto oboru činnosti soudcovské je podle práva přípustným, a soudce je povinen takového nařízení dbáti a jím se řídit.³⁾

To, co platí v uvedeném případě, kde předpisuje poplatkové zákonodárství určité údaje jednacího protokolu, nelze vztahovati i na jiná pole správního práva. Protokol může totiž býti důležitým činitelem i v jiných oborech správních, což bude všude, kde soudní řízení neb jeho část zavádá podnět k řízení správnímu. Ať již to je řízení disciplinární s některým účastníkem soudního řízení nebo správní řízení jiné, vždy může býti soudní protokol důležitým důkazním prostředkem. Ba dostačí vzpomenouti řady různých správních aktů, které se na soudní činnost navazují a jsou s ní pravidelně spojeny právě tak, jako zmíněná činnost poplatková. Než v žádném z těchto případů nenajdeme zákonné normy, která by zvláštní obsah protokolu nařizovala, a nelze proto soudce, jenž protokol diktuje, považovati ani co do správních aktů za úředníka správního. Dlužno důvěřovati procesnímu zákonu, že o obsah jednacího protokolu se postaral, aby vyhověl všem požadavkům, pokud je považoval za závazné. I když soudce diktující protokol⁴⁾ slouží tím zároveň určitému účelu správnímu, slouží především

³⁾ Tak musí dnes protokol obsahovati dobu poplatného jednání i údaj času, kdy jednání skončeno vedle údaje, kdy jednání započato. Zastaralou je dnes ministerská odpověď u §u 207 v „Beantwortung der Fragen“.

⁴⁾ Není nutno, aby soudce protokol přímo diktoval, ale v praksi se tak děje. Ovšem v každém případě je věcí soudce nebo předsedy senátu, aby se staral o správnost a úplnost protokolu. Nemůže-li to docíliti jinak, jako zejména při obtížnějších partiích, nebo při nezkušeném zapisovateli, bude diktát nutným. Dovožovati, že není úmyslem zákonodárce, aby protokol byl diktován, je chybné. Nelze tedy souhlasiti s názorem Scharf-messrovým v Gerichtshalle 1918 str. 344. Správně Beisser v G. Z. 1897 str. 98. Viz též Helmer v G. Z. 1916 str. 413/4 a odpověď Szepesyho v G. Z. 1917 str. 17 a Dresdnerovu studii v Grünhutově čas. str. 397. Viz též Beantwortung der Fragen u §u 209.

účelu sledovanému procesním právem a jeho činnost dlužno proto považovati za činnost soudcovskou, vybavenou i privilegiem § 98 úst. listiny. To ovšem nutí soudce ke krajní opatrnosti.

a) Obsah protokolu co do formalit pro ústní jednání předepsaných.

Obsah protokolu určují §§ 207 až 209 c. ř. s., kromě roztroušených ustanovení jiných. Jimi však není obsah protokolu vyčerpán. To plyne jasně z § 215/II c. ř. s., který stanoví, že jen protokolem může býti dokázáno, že bylo šetřeno formalit, předepsaných pro ústní jednání¹⁾. Citované §§ 207—209 a ani jiná ustanovení soudního řádu o protokolech neobsahují všech formalit, které zákon pro ústní jednání předpisuje. Proto musí protokol míti i v tomto směru širší obsah, než je v zákoně vypočteno. Přece však by zákonu nevyhovovalo, kdyby se žádalo, aby každá formalita, jež je pro ústní jednání předepsána, byla v protokole zjištěna. Z § 215/II vychází na jevo, že § ten myšlen je jako průvodní pravidlo pro případ, že by v daném sporu, kde protokol byl sepsán, bylo třeba zjišťovati, že ta neb ona formalita byla zachována. Průvodní pravidlo § 215/II. c. ř. s. neplatí však pro řízení jiná než soudní řízení civilní, jak ze zařazení tohoto ustanovení do civilního soudního řádu je patrno. Proto bude-li zachování té neb oné formality předmětem důkazu v jiném řízení, ku př. disciplinárním, trestním, správním atd., bude lze o zachování dotyčné formality vésti důkaz i jinými průvodními prostředky, které dotyčné řízení připouští, a ocenění výsledků těchto důkazů bude se

¹⁾ Materialie I., str. 271 praví, že ustanovení toto patří mezi nesporné normy protokolárního práva a pokračují: „Dogmatisch im öffentlichen Glauben der richterlichen Beurkundung begründet, wird diese Vorschrift durch die Erwägung unterstützt, daß der Schwerpunkt des Beweises auch bei Gestattung eines anderweitigen Beweisverfahrens naturgemäß doch in der Aussage des Richters oder der Senatsmitglieder und des Schriftführers liegen würde, es nicht jedoch kaum empfehlen möchte, den Streit über Förmlichkeiten allzu umfangreich werden und namentlich denselben durch die Ermöglichung separater Beweisführung anwachsen zu lassen.“ Materialie vystihují správně myšlenku zákona, aby protokol usnadnil řízení opravné, ale pravý význam nynějšího §u 215/II pro ostatní obsah protokolu si asi neuvědomují.

říditi pravidly příslušného řízení, aniž by platilo průvodní pravidlo § 215/II c. ř. s.

Pro jiné soudní řízení civilní, než to, kde sporný protokol byl sepsán, průvodní pravidlo § 215/II c. ř. s. také neplatí. Především proto, že je stěžejí myslitelné, aby v jiném sporu zjišťovalo se, že uvedené formalities byly ve sporu předešlém zachovány, i když máme na mysli spor syndikátní. Žaloba o obnovu a zmatečnost tvoří s původním sporem jeden celek a proto sem nepatří. Ale jindy, pokud jde skutečně o jiný spor, než ten, kde dotýčný protokol byl sepsán, sotva dojde ke zjišťování, zda byly zachovány formalities, předepsané pro ústní jednání. A pokud přece dojde, bude zjištění to nutným pro *m e r i t u m* sporu, a nikdy nemůže býti formálním předpokladem druhého sporu, resp. jeho náležitého rozvinutí. Z textace druhého odstavce § 215 c. ř. s. i z jeho umístění lze pak stěžejí souditi, že by platil i tam, kde strany odvozují materiální nároky z toho, byly-li zachovány neb nezachovány určité formalities při ústním jednání. Právě naopak ze zařazení tohoto předpisu možno souditi, že může přijíti k platnosti jen tam, kde s hlediska *f o r m á l n í h o* práva je zachování určitých formalit nutným. A to je možným pouze v rámci téhož sporu, zejména v opravném řízení i v žalobě o zmatečnost a obnovu. Netvoří tedy probíraný předpis plnou výjimku z § 272 c. ř. s., a v jiném sporu, než kde dotýčný protokol byl sepsán, není soud vázán průvodním pravidlem § 215/II c. ř. s., máje plnou volnost použití i jiných průvodních prostředků a jich výsledky volně oceniti podle § 272 c. ř. s.

Hned na tomto místě budiž vytčeno, že jinak dlužno chápati předpis § 215/I c. ř. s., jenž se shoduje s § 292 c. ř. s. ať jde o týž spor, kde protokol byl sepsán, či o kterýkoliv jiný.²⁾

²⁾ Ovšem protokol musí býti podepsán aspoň od soudních osob, v zákoně uvedených, jinak vlastnost veřejné listiny mu chybí, když by neměl „předepsané formy“ (§§ 215, 292). Srov. k tomu Pollak, Zvpr., str. 465, Ott, Úvod I. str. 297. Při tom nesmí se zapomínati, že vlastnost veřejné listiny přísluší i jiným osvědčením soudu, pokud vyhovují § 292. Proto i pouhý záznam bude míti tuto vlastnost, pokud sepsání protokolu není třeba. Tak zejména i tenkrát, když k jednání nedojde proto, že se strany k roku nedostaví a nastane klid řízení. Sepsati protokol není třeba a stačí pouhý záznam (srov. Ott, Úvod I., str. 293; na zřejmém omylu spočívají opačné úvahy Dresnerovy v Grünhutově čas. str. 382.).

Podívejme se nyní, jaký vliv mají uvedené úvahy na obsah protokolu v oboru formalit, pro ústní jednání předepsaných. Vezmeme za základ, že 215/II c. ř. s. platí jen pro spor, kde protokol byl sepsán, stane se zbytečným, aby protokol obsahoval každou zachovanou formalitu, pro ústní jednání předepsanou. Stačí, když bude obsahovati takové formality, jichž nedodržeti mělo by v event. opravném řízení nepříznivé následky pro rozhodnutí soudu nižšího. Ostatních formalit obsahovati nemusí, když stejně jest nerozhodným, zda byly dodrženy či nikoliv a průvodní pravidlo § 215/II c. ř. s. nemůže proto býti použito.

Positivní důkaz toho, co uvedeno, poskytuje nám zákon na několika místech, zejména však v § 451 c. ř. s. o protokolaci ve věcech nepatrných. Zákon nikde neříká, že by v řízení ve věcech nepatrných § 215/II c. ř. s. neplatil a platí jistě i v tomto řízení. A přece kategorický příkaz § 451 c. ř. s. nedovoluje jiného výkladu, než že do protokolu ve věcech nepatrných jiné údaje nepatří, než v paragrafu tom nařízeno. Tuto zdánlivou disonanci vysvětlíme jenom tím, že pro opravné řízení ve věcech nepatrných údaje protokolu podle § 451 c. ř. s. úplně postačí, když odvolání jest možným jen z důvodů zmatečnosti (§ 501 c. ř. s.) a rekurs jen podle § 517 c. ř. s.³⁾ Nešetření ostatních formalit než které podle § 451 c. ř. s. do protokolu se dostanou, je v takto obmezeném opravném řízení bezvýznamným a proto zákon nechce protokol zatěžovati údaji, s jeho hlediska bezvýznamnými. Zákon jak vidno posuzuje zde obsah protokolu s hlediska opravného řízení, jak činí ostatně i v ostatním obsahu protokolu, což jest i de lege ferenda stanovisko správné. Získáváme tedy důkaz, že do protokolu patří jen ty formality, které s hlediska opravného řízení mohou míti význam a že tedy náš shora uvedený výklad § 215/II c. ř. s. je správným.

Vyložíme-li § 215/II c. ř. s. tak, jak jsme učinili, nutně dojdeme k souvislosti mezi tímto ustanovením a § 196 c. ř. s. Neboť otázka, zda zachování formality má pro opravné řízení svůj význam, je těsně spjata s právem výtky, nehledíme-li k velkým formálním vadám, které mají svůj význam vždy. Že však tyto

³⁾ Srov. Neumann, Komentář str. 1231, kde význam zkrácené protokolace v řízení nepatrném s ohledem na řízení opravné je dobře vystižen. Viz též Klein-Engel, Prozeßrecht, str. 230, Ott, Úvod I. str. 298.

podstatné formální náležitosti byly zachovány, má býti z protokolu v ž d y patrno, neboť toto zjištění je v zákoně přímo nařízeno (§ 207 c. ř. s.). Naproti tomu takové formální poklesky, které musí býti vytykány, aby nebyly jednou pro vždy zhojeny, jsou podružnějšího rázu. Protokolace takových méně významných formalit v zákoně přímo nařízena není, a s hlediska § 215/II bude protokolace ta nutnou jen tenkrát, když byla vznesena výtká. Jinak je nedostatek takový zhojen, v opravném řízení nesmí k němu býti přihlíženo a pravidlo § 215/II nebude moci přijíti k platnosti, když bude nerozhodným, zda formalita ta byla zachována, či nikoliv. Bude-li však vznesena výtká včas, bude nutno protokolovati jednak výtku samu (§ 196/III), ale jednak též onu dotýčnou formalitu, ačli ovšem byla dodržena, po př. rozsah, ve kterém byla dodržena.

Ještě je nutno zabývati se otázkou, zda snad nebude protokolace těchto méně významných formalit míti význam tenkrát, když právo výtky zůstane straně zachováno proto, že o porušení formálního předpisu nevěděla, nebo věděti nemusila (§ 196/I). Je však vůbec možno, aby strana nevěděla o tom, že soud porušil formální předpis při ústním jednání? Možným to sice jest, ale jen proto, že strana nebyla při jednání přítomna. Pokud bude při jednání přítomna, musí porušení postřehnouti a ihned vytknouti.⁴⁾ Neznalost zákona neomlouvá ani tam, kde strana projednává sama nebo se zmocněncem práva neznalým. Neboť § 432 jen ukládá soudci, aby stranu poučil, ale nebrání nikterak tomu, aby nastaly u takové strany všechny následky, které zákon i v jiných případech s jednáním nebo opomenutím strany spojuje. Soudce je tedy povinen stranu poučiti, ale nesplní-li tuto povinnost, právní posice strany zůstane stejnou: jediné strana sama bude oprávněnou i zavázanou ze všech svých jednání i opomenutí procesních bez ohledu, zda soudce stranu poučil či nikoliv. Zákon nemá odlišného ustanovení pro právo výtky a proto i právo výtky zůstává nedotčeno tím, zda soudce stranu poučil či nikoliv. Nehledíc k tomu, že opačný názor ukládal by soudci těžko splnitelnou povinnost, je

⁴⁾ Fysické nebo duševní vady, činící stranu neschopnou k pozorování, netřeba bráti v úvahu, neboť zde zákon jiným a to vydatnějším způsobem o ochranu takové osoby pečuje.

správnost našeho stanoviska i přímo ze slov zákona zřejmou. Zákon totiž v § 196/I mluví přímo o porušení formálního předpisu, tedy o určité skutečnosti, mající svou existenci mimo právní předpis. Jen vědomost o tomto porušení (tedy o tom skutku, který nesouhlasí s příkazem zákona), je podle slov zákona rozhodnou. Vědomost o vlastním právním předpise je nerozhodnou.

Zmešká-li strana ústní jednání, je ztráta jejího práva výtky evidentní. Je-li zmeškání ospravedlněno takovým důvodem, který odůvodňuje podání restitučního návrhu, může strana podati restituční návrh a tak anulovati jednání, při němž nebyla přítomna. Ztráta práva výtky je bezvýznamnou. Taktéž při zmeškání, které bylo zaviněno nesprávným postupem soudu, zejména nesprávným doručením (§ 477 č. 4 c. ř. s.).

Zvláštní kategorií formalit pro ústní jednání předepsaných, jsou formality, které ani přímo v § 207 nařízeny nejsou (nejsou důvodem zmatečnosti) a přece nutno k jich nezachování přihlížeti i když vytýkány nebyly. Takovými jsou formality, pramenící ze stěžejních zásad procesních, které však přesto nejsou postaveny pod sankci zmatečnosti, ale kterých nemůže se strana účinně vzdáti (196/II c. ř. s.). Sem patří předpisy vyplývající ze zásady ústnosti a bezprostřednosti. Protokolace, že bylo šetřeno těchto předpisů, je nutnou s ohledem na zásadu § 215/II. Nutno proto vždy protokolovati, zda a pokud bylo šetřeno zejména v praxi častých ustanovení § 138, při změně soudu § 412/II, při ústním jednání odvolacím § 486 c. ř. s.

K formalitám pro ústní jednání předepsaným nelze počítati poučení soudcovo podle § 432, i když poučení to podle povahy věci má býti udíleno při ústním jednání. Při protokolaci tohoto poučení není praxe důslednou. Praxe vedena jsouc justiční správou, protokoluje jen, že byla dotyčná strana poučena o opravných prostředcích, zato však žádá protokolaci poučení toho i v řízení ve věcech nepatrných. To není důsledným. V zákoně protokolace ta přímo nařízena není, a lze ji odůvodniti jen principem § 215/II za té podmínky, že poučení soudcovo podle § 432 je formalitou pro ústní jednání předepsanou, pokud má se státi při ústním jednání. Pak ale nesmíme se obmezovati na poučení o opravných prostředcích, a musíme žádati protokolaci i každého jiného poučení soudcova stejně tak jako § 432 neobmezuje se jen na poučení o oprav-

ných prostředcích. Vyvyšovati poučení o opravných prostředcích proti poučení jinému je i proto neodůvodněno, že každému prostému občanu je blízká myšlenka, že proti rozhodnutí soudu může si „stěžovatí“, a že tak musí učiniti v určité lhůtě. Proto se sám o poučení přihlásí. Avšak myšlenka, že v opravném řízení nesmí uváděti nových okolností ani nových důkazů, je neprávnickům tak cizí, že nutno důrazně žádati soudce v prvé stolici, aby právě zde důkladným poučením ochránili strany hrozící újmy.

Důsledně domyšleno muselo by tedy každé poučení soudcovo podle § 432 udělené býti zjištěno v protokole. Enormní zatížení obsahu protokolu však již samo o sobě ukazuje, že takový požadavek neodpovídá zákonu, který dbá o to, aby protokol byl co možná nejstručnější⁵⁾ a aby co nejméně zatěžoval činnost soudu. Nelze proto než přijmouti jediný možný závěr, že formalitou podle § 215/II není poučení soudcovo podle § 432 udělené, a že tedy poučení to do protokolu — aspoň z tohoto hlediska — nepatří, ať již jde o poučení o opravných prostředcích či o poučení jiné. Někde ovšem bude nutno takové poučení pojmouti do protokolu, ale to z důvodů zcela jiných a jen výjimečně. To však do této kapitoly nepatří a bude tomu věnována pozornost níže (sub *d*).

Souhrn našich úvah je tedy tento: Co do formalit pro ústní jednání předepsaných musí protokol jednací obsahovati údaje v § 207 nařízené, dále údaje, že bylo šetřeno formalit souvisejících se zásadou ústnosti a bezprostřednosti. Ostatní formality patří do protokolu jen tenkrát, když strana vznáší výtku. Tu pak podle okolností bude nutnou i protokolace způsobu a rozsahu, v němž dotyčná formalita byla dodržena, aby opravná stolice mohla posouditi, zda rozsah ten je podle zákona dostačujícím. Jinak formality ty do protokolu nepatří. Bylo by zcela zbytečným přepřehovati obsah protokolu zjištěním, že byly dodrženy, když stejně s hlediska opravného řízení nemá to význam.

b) Skutkové přednesy stran.

Podle § 209 má protokol obsahovati obsah přednesení obou stran, vztahujícího se k stavu věci, a průvodní prostředky, nabízené stranami k důkazu sporných tvrzení.

⁵⁾ Správně vystihuje tuto myšlenku zákona Beisser, v G. Z. 1897 str. 84.

Obojí tento obsah protokolu byl předmětem tuhých bojů při tvoření nynějšího soudního řádu. Klein věnuje tomu značné místa ve svých pojednáních *Mündlichkeitstypen* a *Pro futuro*. Rovněž *Materialie* zabývají se široce odůvodněním tohoto zákonného ustanovení. Pro dnešní dobu je ustanovení to samozřejmým a sotva si někdo vzpomene, že by mohlo býti jinak.¹⁾ Při zákazu novot odvolacím řízení je účelným, aby z protokolu I. stolice bylo patrné, co strany skutkově přednesly, takže tvoří protokol důležitý doklad pro posouzení, zda dotyčné tvrzení odvolatele je novotou podle § 482.²⁾

Přece však je hodným zmínky to, co praví Wach na str. 39 svého spisu „*Die Mündlichkeit in dem Entwurf der österreichischen Zivilprozeßordnung*“.³⁾ Je to přednáška, kterou měl Wach ve Vídni dne 2./I. 1895, kde se zabýval kritickým rozbořem jednotlivých ustanovení návrhu zákona. Zvláštní péče věnována je protokolům a obzvláště příkazu zákona, aby protokol obsahoval též skutkové přednesy stran. Wach odsuzuje toto stanovisko návrhu, obávaje se, že bude značnou překážkou pružnosti

1) Srov. Pollak, *Zvpr.* str. 463, pozn. č. 51.

2) *Materialie* I., str. 272 praví, že prý účelem protokolace skutkových přednesů stran je především, aby sloužily prvnímú soudci, aby měl pevnou basi pro svůj rozsudek. Nelze popřítí, že tento účel zákon jistě také sleduje, ale na prvním místě má zřetel k řízení opravnému. Jinak bychom stěží vysvětlili, proč v řízení bagatelním protokolace tato odpadá, když není nikterak zaručeno, že případ projednáváný v řízení bagatelním, bude skutkově jednodušší. Nelze též přehlédnouti, že znění našeho § 451 bylo teprve ve výboru sformováno a že vládní návrh byl zde dosti nejasným a připouštěl protokolaci širší, než ji dnešní § 451 stanoví. Při dnešním znění zákona lze zjednodušení protokolace v řízení bagatelním vysvětliti jen ohledem na zjednodušené řízení opravné, a odtud důsledně plyne, že ohled na řízení opravné je vedoucím momentem při úpravě protokolace. Ostatně *Materialie* dále na str. 273 k témuž závěru dospívají, když se vyvrací oprávněnost námítky, že protokolace povede k prodloužení řízení, jeho zdražení atd. *Materialie* zde výslovně poukazují k tomu, že co ztratí první instance, získá instance druhá, neboť touto úpravou protokolace se řízení v druhé stolici podstatně zkrátí a zjednoduší. Ohled na řízení opravné je tedy přece to hlavní, co vyvrací uvedenou námítku, která by jinak — jak *Materialie* připouštějí — byla oprávněnou. Srov. Klein-Engel, *Prozeßrecht*, str. 230, 235, 237.

3) Srov. i recenzi tohoto spisu v *G. Z.* 1896 str. 147.

jednání a že nebude chyběti mnoho, aby z jednání ústního stal se písemný proces. Obzvláště obává se Wach, že resumé-protokol brzy bude vytlačen sukcesivním protokolem a že odstavce, po nichž se bude protokolovati, budou stále kratší a kratší, takže projednávaná látka půjde přímo z úst do péra a že tím bude ústnost jednání usmrcena.

Je zajímavým sledovati, do jaké míry se obavy Wachovy uskutečnily. Resumé-protokol dnes v praxi skutečně neexistuje neb aspoň je řídkou výjimkou. Tuto skutečnost potvrzuje i cit. výnos min. sprav. č. 15 Věstníku ex 1929 sub I—18. Příčinu tohoto zjevu Wach správně odhadl. Na jedné straně je to pohodlnost soudců, na druhé straně překážky od právních zástupců. Sukcesivní protokol umožňuje větší specifikaci přednesů stran a toho si právní zástupci přejí s ohledem na zákaz novot v odvolacím řízení a šablonovitou praxi, která i zdánlivou novotu jako nepřístupnou vyloučí. Nechci říci, že by tak postupovaly všechny odvolací soudy, ale praxe je v tomto směru hodně přísnou, a tu nelze se svědomitému zástupci strany diviti, že chce míti svůj přednes řádně ve všech podrobnostech protokolovaný.

K témuž výsledku by pravděpodobně dospěla i mnohem lépe situovaná praxe než je praxe dnešních soudů. Je však otázkou, zda takovou protokolací skutečně ústnost jednání se usmrtí, jak soudí Wach. Tolik je jisto, že dnešní praxe ústnost jednání zdecimovala.⁴⁾ Příčiny toho jsou mnohem rozmanitější, než ustanovení soudního řádu o protokolech. Nepřihlížíme-li

⁴⁾ Zajímavou je Kleinova retrospektiva po zkušenostech soudní praxe. Klein, horlivý zastánce dnešní úpravy protokolu, neustupuje se svým názorem ani nyní (viz jeho spis Klein-Engel, [ProzeBrecht, str. 237] Proti tomu zaujímá Scharfmesser v Gerichtshalle 1918 str. 344 krajně odmítavé stanovisko. Práví, že není dnes řízení ústní, ale písemné, když stále platí: „Quod non est in actis, non est in mundo.“ Místo živých vývodů stran a jejich právních zástupců prý dnes v soudní síni slyšeti je jen šeptání soudce, diktujícího protokol. Pomoc prý je jediná: odstraniti dnešní protokolaci vůbec, a prohlásiti skutkové zjištění prvního soudce za nepřezkoumatelné ve vyšší instanci, nebo právě naopak připustiti v druhé instanci celý proces znovu. Srov. též Sternberg, Gerichtshalle 1919 str. 175, 176. Zcela zapadl návrh Rintelenův (G. Z. 1912 str. 233/4), opakovaný Hendlem (G. Z. 1912 str. 519/20).

k obtížím, s nimiž zápasí dnešní prakse, nemůžeme věc posuzovati tak černě, jak činí Wach. To, co utrpí zásada ústnosti, získá na druhé straně praktická upotřebitelnost zákona. Klein byl si dobře vědom, že takovou protokolací zatíží jednání v první stolici, přece však volil toto zlo jako nezbytné a jako nejlepší cestu z dvojího úskalí. Přijal-li zákon zákaz novot, musil zvoliti způsob, jak zachovati skutkové přednesy stran v první stolici v podstatném obsahu. To uznává též Wach. Ale způsoby, které k tomu navrhuje, jsou horší než cesta, kterou zvolil rakouský zákon.⁵⁾ Wach navrhuje dvojí cestu: buď aby skutkové přednesy byly závazně zjištěny v skutkové podstatě rozsudku, nebo aby byly zjištěny ve zvláštním spise, který by soud vypracoval a v soudní kanceláři vyložil k nahlédnutí stranám a k event. připomínkám do 3 dnů. Obojí cesta usnadňuje sice průběh ústního jednání, ale zatěžuje soudce zase na druhé straně. První způsob je nemožným, počítá-li se s několikerým odročením a to třeba na delší dobu. Druhý způsob je pro soudy více zatěžujícím než sepsání úplného protokolu, a kromě toho vhodným k protahování sporu vzhledem k námitkám, které by se proti spisu mohly činiti, a které by mohly spolehlivě býti odstraněny jen po ústním jednání — jak to i Wach navrhuje. Ale k čemu nové ústní jednání, když vše mohlo se skoncovati již při jednání prvním, kde by protokol byl hned sepsán? Návrh Wachův by tedy neznamenal úlevu nýbrž spíše zatížení větší, nehledíc ani k tomu, že by se sotva docílilo tak spolehlivých výsledků, jako když se protokol hned při jednání za živé paměti a za přímé kontroly stran sepíše. Kdyby prakse zachovala příkaz zákona a protokolovala tak, jak to suggestivně líčí Klein i Materialie, že totiž by nejprve byla látka ústně projednána a teprve když by nebylo již co dodati, přikročilo by se k protokolaci v úhrnném vylíčení přednesů stran, docílilo by se mnohem lepších výsledků než nyní, a bezdůvodnost Wachových výtek by byla ještě evidentnější. To, co chce Wach posunouti až do doby po skončení ústního jednání, by se vykonalo sice též až po skončení přednesů stran, ale i h n e d po skončení a ještě za živé paměti a za kontroly stran.

Co do zásadního pojetí tohoto obsahu protokolu

⁵⁾ Srov. Schneider v G. Z. 1896 str. 147.

není sporů o tom, co do protokolu patří a co nikoliv. V praxi však setkáváme se právě zde s častými spory mezi soudy a stranami resp. jich právními zástupci, zda to neb ono do protokolu patří či nikoliv. Příčina je jasnou. Obsah protokolu tanguje přímo meritum sporu. Vzhledem k zákazu novot v opravném řízení mají strany snahu, aby jejich přednesy byly co nejúplněji v protokolu zapsány. Tak vidíme v praxi, že v protokolech nacházejí se někdy i právní vývody stran někdy i citace některého rozhodnutí vyššího soudu dostane se do protokolu a to citace, které používá zástupce strany k odůvodnění svého právního stanoviska. Obojí do protokolu nepatří. Ovšem soudcové se někdy brání i protokolaci takových námitek, které jsou sice samostatným útočným neb obranným prostředkem, které však dalšího skutkového přednesu nevyžadují. Tak námitka promlčení, předčasnosti žaloby, námítka čerpané z nesprávného petitu žaloby, námitka nekompensabilnosti kompensando namítané vzájemné pohledávky, námitka promlčení vznášených nároků ze správy atd., pokud námítka ty z tvrzení odpůrcova nebo z jiného, již učiněného tvrzení mohou býti odůvodněny. Takové námítka do protokolu patří přes slovné znění § 209, neboť v odvolacím řízení by již nemohly býti uplatněny jako nepřípustné novoty (§ 482).

Vidíme tedy, že nutno připustiti, aby přednesy stran byly protokolovány i se svým právním důvodem, nikoliv však s právními vývody.⁶⁾ Rozdíl mezi obojím je ovšem plynulý a leckde bude pochybným, zda jde o samostatnou námitku či jen právní vývod k učiněnému již přednesu, či zda jde jen o právní důvod vzneseného nároku. Svědomitý soudce připustí v takových pochybných případech raději širší než užší protokolaci, třeba to právě jeho názoru neodpovídá. Důsledek, že protokol se tím rozrůstá do širě, je vyvážen ostatními výhodami takové úpravy. Ovšem, kdyby se zákonodárce rozhodl pro připuštění novot v odvolacím řízení, odpadly by důvody, mluvící pro dnešní úpravu.

⁶⁾ Srov. Pollak, Zvpr., str. 464. V textu uvedený požadavek dovozuje Beisser (G. Z. 1897 str. 85) z § 209 a sice z jeho příkazu, aby jednací protokol zachytil postup jednání. Bez této protokolace by — jak praví Beisser — přehled o postupu jednání byl ztracen. Ne zcela přesně Dresdner v Grünhutově čas. str. 392.

V řízení odvolacím, pokud tam skutkové přednesy vůbec mohou přijíti v úvahu, budou přednesy protokolovány jen potud, pokud se odchylují od údajů protokolu nebo ostatních spisů (§ 493).

Způsob protokolace určuje § 210—211, kde pečuje zákon, aby protokolace byla co možná nejstručnější a nejprehlednější. Že vůle zákona zůstala zejména v požadavku t. zv. resumé-protokolu v praxi neprovedena, bylo uvedeno již shora.⁷⁾

Jednotlivé přednesy stran i průvodní návrhy mohou strany připojiti k protokolu ve formě krátkých zápisků, které však musí ihned při jednání býti sepsány. Připustiti je spočívá na volné úvaze soudu. U sborových soudů a u okresního tam, kde strany jsou zastoupeny advokáty, může soud sepsání takových zápisků docela i naříditi, aniž by proti tomu byl opravný prostředek, (§§ 265, 440/V). Ustanovení tato vztahují se jen na jednotlivá prohlášení, nikoliv na celý přednes při roku. Kdyby v zápisku měl býti obsažen celý přednes některé strany, bylo by jednání zmatečným (§ 477 č. 8).⁸⁾

c) Ostatní prohlášení a návrhy stran.

Podle § 208 č. 1 c. ř. s. má protokol obsahovati prohlášení stran, která obsahují obmezení nebo změnu žalobní prosby, výslovné uznání dluhu nebo části jeho nebo vzdání se nároku, jehož se bylo domáháno, nebo části jeho neb opravných prostředků jakož i prohlášení o navrženém přísežném výsledku některé strany.

Tento obsah protokolu snad vzbuzuje nejméně pochyb v praxi. Jde o základní prohlášení, že není nejmenší pochyby, že to, co zákon stanoví, skutečně také do protokolu přijde. Jen

⁷⁾ Viz též výnos min. sprav. z 20/8 1911 č. 42 Věstníku. Výnos ten je zajímavým dokladem, že již v tehdejší době pomáhala praxe protokolaci přijímáním přípravných spisů, i u okresních soudů, což v poslední době došlo u nás zákonného schválení.

⁸⁾ Srov. Hora, II str., 274; Neumann, Komentář str. 837 nepřesně mluví jen o návrzích o prohlášeních podle § 208 č. 1 a 2. Přesněji na str. 974.

prohlášení o navrženém přísežném výslechu některé strany je méně obvyklým zjevem, zejména pokud jde o jeho protokolaci.

Podle § 208 č. 2 mají býti protokolovány návrhy, které některá strana při jednání učiní a jimž nebylo soudem vyhověno, nebo které nebyly až do konce roku vzaty stranami zpět, ale jen za té podmínky, že jde o návrhy, které týkají se věci hlavní, nebo jsou pro průběh nebo rozhodnutí rozepře důležité.

Je zajímavo, že ani toto ustanovení nepůsobí praksi zvláštních obtíží, ač jeho znění je značně nejasným. Praxe vytvořila si ušlapanou cestičku, po níž zcela bezpečně kráčí a pramálo se o nejasnosti tohoto ustanovení stará. V praksi protokoluje se pravidlem každý návrh strany, pokud si toho strana přeje a pokud na návrhu trvá, nebo pokud podle zákona je k určitému postupu soudu návrhu třeba. Toto stanovisko praxe je jistě svému účelu dobře vyhovující, ale je otázkou, srovnává-li se se zákonem.

Ze znění zákona je jasno, že pod ustanovení § 208 č. 2 nepatří návrhy, zahrnuté v § 209, ani prohlášení, obsažená v § 208 č. 1. Ze znění ustanovení je dále patrno, že zákon nemyslí na m i n i m á l n í obsah protokolu, tak, že by návrhy v zákoně přímo uvedené v protokole býti m u s e l y, ostatní býti m o h l y. Kdyby zákon toto zamýšlel, pak by nebylo třeba takového obmezování na návrhy ve věci hlavní atd., jak to zákon činí. Ze znění lze tedy usouditi pravý opak: že zákon zde dává příkaz, které návrhy do protokolu patří tak, že ostatní, mimo v zákoně uvedené, do protokolu nepatří.¹⁾ Za tohoto stavu třeba zastávati stanovisko, že takový návrh je formálním předpokladem dotyčného příznivého rozhodnutí a že jeho nedostatek nutno vytýkati, aby nebyl zhojen (§ 196). Pak postačí protokolace v tom rozsahu, jak ji § 208 č. 2 nařizuje, neboť případnou výtku by bylo nutno protokolovati a ihned též by v protokole bylo zjištěno, zda a po případě v jakém znění byl návrh učiněn. Stanovisko toto je v odporu s dosavadní praxí, ale s ohledem na znění zákona nutno se k němu přidati. Pak ovšem do protokolu nepřijde ani návrh na rozsudek pro zmeš-

¹⁾ Shodně s textem Pollak, Zvpr., str. 463, kde praví, že protokolace těchto prohlášení odpadne, když návrh byl vzat zpět, nebo bylo mu soudem vyhověno. Stejně Neumann, Komentář str. 836, Klein-Engel, Prozeßrecht, str. 229, Dresdner v Grünhutově čas. 1897 str. 385.

kání, ani návrh na rozsudek pro uznání nebo vzdání, pokud soud návrhu v plném rozsahu vyhoví. Stejně ani ostatní návrhy, pokud jim soud zcela vyhovuje, do protokolu nepatří, pokud nejde o návrhy č. 1 téhož paragrafu, nebo o návrhy průvodní, podle § 209. Zda se praktické potřebě ve všech případech vyhoví, je ovšem otázkou.²⁾ Spíše se zdá, že tím vzniknou citelné mezery, které mohou mít i dosti povážlivé následky pro řízení opravné.

Podotknouti je ještě, že § 215/II sem nezasahuje, neboť návrh podle § 208 č. 2 není formalitou, pro ústní jednání předepsanou. Extensivní výklad § 215/II připustiti nelze.

Zákon nařizuje na různých místech protokolaci zvláštních prohlášení stran, která by jinak do protokolu nepřišla, neboť v žádném z případů § 208 ani v § 209 nařízena není. Tak patří do protokolu prohlášení strany o udělené plné moci (§ 30), pokud jde o řízení před okresními soudy, obsah ujednaného smíru, pokud tak některá strana navrhne (§ 204), učiněná výtka, pokud není odstraněna tím, že jí ihned soud vyhověl (§ 196)³⁾

Odůvodnění návrhů a prohlášení stran do protokolu nepatří.⁴⁾ Prohlášení a návrhy podle § 208 č. 1 a mohou býti připojeny k protokolu jako jeho přílohy zvláštními spisy. V tom případě jich protokolace odpadá (§ 208/V). U sborových soudů může předseda stranám naříditi, aby tato prohlášení a návrhy sepsaly a předsedovi v krátkém zápisu odevzdaly. Zápis třeba poříditi ihned při ústním jednání,⁵⁾ a sepsati jej je povinna ta strana, která dotyčné prohlášení nebo návrh činí (§ 265). U okresních soudů může soud sepsání takového zápisu připustiti, ale uložití jej může jen stranám, které jsou zastoupeny advokátem (§ 440/V).

(Pokračování.)

²⁾ Stejnou pochybnost vyslovuje Beisser v G. Z., 1897 str. 84.

³⁾ V řízení bagatelním viz sub f) 2.

⁴⁾ Srov. Pollak, Zvpr., str. 463.

⁵⁾ Není ovšem vyloučeno, aby si strana (její advokát) takový zápisek již s sebou přinesla, jen když do konce protokolace je přiložen (srov. Urban v G. Z. 1896 str. 425, Beisser v G. Z. 1897 str. 91).