

Mimosoudní rozchod manželů.

Emil Svoboda.

»Manželům není nikterak dovoleno, aby manželské spojení svémocně zrušili, byť se i o tom mezi sebou dohodli; ať si tvrdí, že je manželství neplatno, nebo chtějí provést rozlukou manželství, nebo jen rozvod od stolu a lože.«

Na první pohled se zdá, že toto ustanovení § 93 o. z. nemůže zavdati podnět ke sporu o výklad zákonodárné vůle. Je tu zkrátka řečeno, že manželé, nemohou-li ať z jakékoli příčiny vytrvati v manželském spolužití, ke kterému se manželskou smlouvou zavázali, mají se obrátiti na soud. Tato povinnost je tím snazší, že soudní řízení o dobrovolný rozvod je velice jednoduché, a že ani po stránce nákladů nečiní na manžele požadavků, které by mohly vésti k obcházení zákoného příkazu. Proto také první odstavec § 55 osnovy o. z. přejímá doslovně starý text zákona.

Kdyby se ukázalo, že nastaly okolnosti, za kterých není možno požadovati, aby manželé, kteří se na dobrovolném rozvodu neshodli, až do rozhodnutí sporu setrvali v manželském společenství, může soud ohrožené straně povolit oddělené slušné bydliště (§ 107) a určit manželce a dětem slušnou výživu (§ 117). Totéž přiznává druhý odstavec § 55 osnovy, který jen na místě »ohrožení« klade za podmínku »vážné důvody«, a dává tak soudu větší volnost v uvážení potřeby zatímního odloučení manželů.

Nedá se zajisté popříti, že manželé mohou žít odděleně, a nikdo je nemůže nutiti, aby se vrátili ke spolužití. Ale neplatná by byla smlouva, kterou by, vstupující do manželství, vyloučili manželské spolužití předem (Ehrenzweig II. 2. 113 pozn. 29). Úmluva taková by se přičila pojmu a účelu manželství (§§ 44, 90—92 o. z.). Nepřípustný by byl také manželčin návrh, aby jí na místě povolení návratu k manželskému spolužití bylo manželem slíbeno placení výživného.

Neboť nárok na výživné je podmíněn rozvodem. (Rzh. Gl. U. n. ř. 7024.)

Že by manželé dohodou o mimosoudním rozchodu chtěli způsobiti účinky neplatnosti nebo rozloučení manželství, o tom se nedá ani uvažovat, protože, vstupující do nového manželství, musí vždy prokázati zánik nebo neplatnost předchozího manželství, a to veřejnými listinami (§ 62 o. z., § 22 zák. 320/19).

Zato se častěji, než je zdrávo, vyskytují případy, že mimosoudní rozchod má nahraditi soudní rozvod manželství. Proč se takové zbytečné a nebezpečné jednání proti jasnému zákazu § 93 děje, jest, tuším, těžko věcně vysvětliti. Snad to je nechuť proti jednání před soudem, snad obava, aby se příhody v manželství nestaly obecně známými, nebo jiné podobné pocity ostychu. Nejvyšší soud se v rozhodnutí sb. č. 4583 pokusil o věcné odůvodnění, ale bez úspěchu. Práví se tam doslovně: »Neboť žalobkyně mohla k tomu, aby nežalovala o rozvod, míti i jiné příčiny než odpuštění, tak na př. aby se uchránila před možnou rozlukou manželství po uplynutí tří let od provedeného soudního rozvodu podle § 17 zákona 320/19.« Ale § 17 nemá místo ani při rozvodu dobrovolném, ani při rozvodu povoleném rozsudkem pro jiné důvody, než pro ty, které by stačily na rozluky; a ovšem v těchto případech neplatí § 17, nýbrž §§ 15 a 16. V těchto případech pak (nejde-li o rozvod přednovellový) nemůže dojíti k rozluce pro nepřekonatelný odpor, nesouhlasí-li s rozlukou oba manželé. To asi měl odvol. soud na mysli, protože při § 17 nelze přece mluvit o lhůtě tříleté. Je tedy zřejmo, že se ona paní ani při rozvodu neměla čeho báti, ježto by rozluka bez jejího přivolení podle §§ 15 a 16 nebyla možná. Její situace by tedy při dobrovolném rozvodu nebyla o nic horší, než při mimosoudním rozchodu s manželem. I žaloba o rozvod se dá odůvodniti tak, aby se rozsudek nestal základem pro § 17, nepřije-li si žalobkyně rozluky. (Sám tuto možnost pokládám spíše za chybu než za přednost manž. zákona. Osnova právem sjednocuje důvody rozvodu a rozluky.)

Na jedné straně vidíme, že pro obcházení § 93 nelze uvést věcné důvody. Na druhé je v mimosoudním rozchodu obsaženo nebezpečí, plynoucí z toho, že na takové případy

neplatí dvorský dekret ze dne 15. VI. 1835 sb. z. s. 39, a že neplatí ani § 18 zákona 320/19, dále, že se tu nedá užítí § 142 a že nejsou platny smlouvy o alimentaci manželky, vedoucí k jednání proti zákazu § 93 o. z. Z toho však se pokládá za naprosto nesporné jen to, co uvádím na prvním a na druhém místě. Narodí-li se rozvedené ženě dítě po uplynutí 300 dní od soudního rozvodu manželství, pokládá se za nemanželské. Kdyby však po sebe delší době od rozchodu manželů, provedeném bez soudu, se narodilo fakticky odloučené ženě dítě, pokládá se za manželské; a kdyby manžel v takovém případě promeškal tříměsíční lhůtu pro žalobu o oduznání manželského původu dítěte — § 158 — bude dítě manželské. Dosud, pokud vím, nikoho nenapadlo, že by v otázce manželského původu dítěte mohlo sloužiti analogicky to, co jest ustanoveno pro rozvod nebo pro rozlukou manželství, také pro mimosoudní rozchod manželů.

§ 18 manželského zákona z roku 1919 ustanovuje, že přechodný rozvod manželů při sporu o rozlukou manželství pro nepřekonatelný odpor nemá místa, jestliže od rozvodu uplynul rok, a manželé neobnovili manželského společenství, a že po třech letech od rozvodu se nepřekonatelný odpor předpokládá. Ani těchto ustanovení nelze použítí analogicky na mimosoudní rozchod manželů, protože při nich jde o likvidaci rozvodu, nikoli však o rozloučení nerozvedených manželství.

Otázka § 142, jakož i otázka platnosti smluv o alimentaci manželky jen fakticky od muže odloučené se staly spornými následkem rozhodování nejvyššího soudu. Touto otázkou je třeba blíže se zabývat, protože se případy množí, a jest nebezpečí, že praxí bude ponenáhu § 93 o. z. zbaven svého imperativního rázu, a tím svého dobrého smyslu pro pořádek ve sporech mezi manžely. Věc je tím závažnější, že by se dnešní, neutěšený stav otázky, mohl přenést v budoucnosti i do rozhodování na základě nového sjednoceného občanského zákoníka československého (dnešní osnovy).

Z rakouské judikatury lze uvést správná rozhodnutí Gl U n. ř. 1840, které praví: »Ein Vertrag der Ehegatten, nach welchem sich der Ehemann verpflichtet, der Ehegattin zum Zwecke dauernder faktischer Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eine Alimentation zu bezahlen, ist, da er dem

Verbote des § 93 ABGB zuwiderläuft, ungültig.« Dále rozhodnutí GI Un. ř. 5089, které rozhoduje: »Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und Feststellung der Unterhaltspflicht des Ehemannes durch Notariatsakt ist ungültig — denn die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist ohne Beobachtung der Normen über die gerichtliche Scheidung der Ehe von Tisch und Bett ungültig und derselbe Mangel trifft daher auch das Unterhaltsübereinkommen.« Na tomto zásadním stanovisku, které odstranilo dřívější kolísání vídeňského nejv. soudu, nic nezměnilo ani rozhodnutí, publikované v Jur. Bl. 1927 str. 280, neboť jen rozhodlo, že jest manželům i za trvání manželství volno, aby upravili svoje majetkové poměry, a že smír před procesním soudem uzavřený v takovém případě nahrazuje formu notářského aktu. Otázka osobních závazků, založených na §§ 91, 92 o. z. ani neplatnost mimosoudního rozchodu manželů podle § 93 takovou dohodou nejsou dotčeny.

Poněkud zvláštní tón do otázek, točících se kolem § 93, zavedlo nejprve rozhodnutí našeho nejv. soudu sb. č. 376. Nejvyšší soud se tu sice nepustil do merita, protože nevyhověl dovolacímu rekursu pro nedostatek podmínek § 16 pat. o nesp. říz. Tímto svým rozhodnutím jen konstatoval, že není zřejmé protizákonnosti v rozhodnutí soudu rekursního. Zde mně nezajímá ani meritum věci (šlo o žádost mužovu, aby se žena vrátila do společné domácnosti, ve které on žil ve společenství s jinou ženou), jako spíše o odůvodnění, které při uveřejněných rozhodnutích má někdy velmi vážné důsledky pro judikaturu. V důvodech rekursní instanci se pak praví:

»Nejvýznačnější povinností manželovou jest zajisté manželská věrnost. Porušil-li manžel tuto povinnost, odporuje tím účelu manželství, jedná proti dobrým mravům a pozbývá práva, žádati od manželky, aby s ním společně žila. Stěžovatel doznává, že žije s jinou ženou ve společné domácnosti, a že má s ní dvě děti. Tím postavil se sám mimo zákon a nemůže žádati od své manželky, by se k němu vrátila. Nesprávným jest názor stěžovatelův, že jeho protiprávní a nemravné jednání manželce pouze umožňuje, aby se na soudě domáhala rozluky manželství a odděleného bydlení. Manželství je smlouva oboustranně závazná, jež každé straně

ukládá povinnosti i skýtá práva. Již podle přirozených zásad právních nemůže ten, kdo se mimo ni postavil, žádati od druhého, aby plnil své povinnosti.«

Zde je přímo školní příklad, kam vede nepřesné a jaksi oblačné vykládání zákona na místě mnohem svízelnější, ale přesnější cesty logického a systematického zpracování zákona. Zde by bylo stačilo poukázat na souvislost mezi ustanovením § 90 (anständige Begegnung) a § 92 (dem Manne in seinen Wohnsitz zu folgen) a odvoditi z toho, že následování nelze od ženy požadovati, jestliže by to bylo spojeno pro ni s příkořím nebo s mravním utrpením.

Naproti tomu se tu manželství prohlašuje za smlouvu (snad podle strašného nápadu Kantova o smlouvě nájemní), a to synallagmatickou, o které platí »exceptio non adimpleti contractus« § 1052 »Wer auf die Übergabe dringen will, muß seine Verbindlichkeit erfüllt haben oder sie zu erfüllen bereit sein«. Chápu, že se to vykladači zákona zdálo býti podivné, a že se dovolává na pomoc přirozených zásad právních. Ale nechápu, že se přes to tak jednoduše přenesl nejvyšší soud, a že se taková věc ocitla ve sbírce rozhodnutí.

Samo o sobě to není neštěstí, když někde soud, ať kterékoli stolice, dojde správného výsledku nesprávnou dedukcí. Takové věci se na světě dějí. Ale vytiskne-li se taková dedukce, je nebezpečí, že se zalíbí a bude následována jinými soudci, hledajícími poučení ve sbírce rozhodnutí. Může se vytvořiti jakési obyčejové právo soudcovské, silnější než zákon. Ani náš případ nezůstal sám. V rozhodnutí nejvyššího soudu 3904 řeší se případ, kdy zase žena nekonala povinnosti, které na se vzala smlouvou manželskou. Těžce se prohřešila. O tom není sporu. Ale v rozhodnutí se dedukuje: »Manželova povinnost, aby manželku přijal do své domácnosti a opatřil jí slušnou výživu, stojí proti manželčině povinnosti, aby šla za manželem do jeho obydlí, jemu v hospodářství a v živnosti pomáhala podle své síly, a, pokud žádá toho domácí pořádek, nejen sama plnila jeho nařízení, nýbrž i k tomu přihlížela, by byla plněna také jinými (§ 92 o. z.).« Žena, které se to týče, žila v odloučení od muže a žalovala, aby jí muž, který ji pro její přestupky snad zapudil, platil výživné. Nižší soudy vyhověly žalobě, nejvyšší soud vrátil věc první stolici, aby vyšetřila zavinění, a podle toho rozhodla

o povinnosti manželově poskytovat výživu. Svoje rozhodnutí odůvodňuje nejv. soud po uvedené všeobecné úvaze o synallagmatickém rázu manželství takto: »Odvolací soud pokládal tyto okolnosti (zavinění manželčina) za nerozhodné pro posouzení této rozepře a vyslovil právní názor, že bylo dovolatelovou věcí, aby dokázal ve sporu o rozvod, že jediné žalobkyně zavinila rozvod, a že tím pominula jeho vyživovací povinnost. Miní tedy odvolací soud, že otázka zavinění nemůže býti v této rozepři samostatně vůbec řešena, nýbrž že jest vyhrazena rozepřím o rozvod nebo o rozluky manželství. Přihlédne-li se k vnitřní souvislosti práv a povinností manželčiných, z předpisů §§ 91, 92 o. z. plynoucích, přihlédne-li se k zákazu svémocného zrušení manželského společenství, vyslovenému v § 93 o. z., pozná se, že řešení otázky výživného pro žalobkyni mimo společnou domácnost závisí na tom, čím zavinění tyto poměry způsobilo. Může-li býti podle § 50 č. 3 j. n. samostatně žalováno o placení výživného za tohoto stavu, musí býti i otázka zavinění v takové rozepři řešena, poněvadž po této stránce tvoří pro soudní rozhodnutí obdobné předpisy §§ 108, 117, 1264 o. z. a dvorského dekretu ze dne 4. května 1841 čís. 531 sb. z. s. dostatečný základ.«

Oč lépe by byl nejv. soud v tomto případě učinil, kdyby byl přijal za své správné rozhodnutí a odůvodnění druhé stolice! Byl by se vyhnul opakování nemožné teorie o synallagmatické povaze manželství, ale byl by se vyvaroval zejména dalšího poblouzení praxe, že totiž chce na nedovolený rozchod manželů bez soudního rozhodnutí aplikovati obdobou právě ta ustanovení, která jsou dána pro rozvod a pro rozluky, a na která tedy chce o. z. odkázati manžele oním zákazem mimosoudního rozchodu. To jest asi taková dedukce, jako kdyby se argumentovalo: »Zákon prohlašuje některé smlouvy za nedovolené. Na takové smlouvy budiž použito analogicky ustanovení, která zákon dává pro smlouvy dovozené.«

Nehledíme-li k nemožnému použití analogie (na místě úsudku a contrario) na případ, který je zákonem docela jasně a ovšem jinak řešen, a to snad proto, že se zákonitě řešení nejvyššímu soudu nezdá dobrým, vznikají některé otázky, které bude těžko zodpovědět v oblasti této analogie.

Výrok o vině na rozpadu manželství jest podstatnou částí rozsudku o rozvodu nebo o rozluce. Takový rozsudek se však vynáší po provedení řízení podle dvorského dekretu ze dne 23. srpna 1819 č. 1595 sb. z. s. a podle ministerského nařízení ze dne 9. prosince 1897 č. 283 ř. z. Platí zásady tohoto řízení také pro zjišťování viny za účelem určení alimentace při mimosoudním rozchodu manželů? Je snad také zde možná analogie? A není-li možná — jest možno, aby týž manžel byl podle právoplatného rozsudku jednou vinen, po druhé nevinen, podle toho, jde-li jen o alimentaci nebo i o rozvod? A že rozdíl takový by mohl nastati, o tom snad není možno pochybovati, uvážíme-li zvláštní povahu sporů o rozvod a o rozluku, zejména princip materiální pravdy a officiosnosti řízení.

Rozhodnutí č. 5670 jde zase o kousek dále. Tam se mluví striktně, jako by již spor o tyto otázky byl právoplatně a provždy rozluštěn: »Bylo-li však manželské spoluzití zrušeno svémocně z té nebo z oné strany, není manžel povinen poskytnouti výživu manželce, prokáže-li, že se tak stalo z viny manželky.« To už zní kategoricky, jako nová všeobecně platná norma, která se nemusí zabývati smyslem a dosahem § 93. Proto pokračuje toto rozhodnutí stejně kategoricky: »Je-li tomu tak, nelze ovšem také pochybovati o tom, že otázka viny jako předurčující otázka pro vyživovací nárok manželčin může a musí býti řešena nejen ve sporu o rozvod nebo rozluku, nýbrž i ve sporu o placení výživného.« Správná dedukce z nesprávné praemissy. Na řečnický obrat: »Je-li tomu tak,« odpovídám: »Není tomu tak, dokud platí § 93.«

Některá rozhodnutí přímo polemisují proti § 93! Tak se praví v rozh. 4838: »...Nutno připustiti, že mohou v manželství nastati takové okolnosti, které manželské spoluzití znemožňují, opodstatňují jeho zrušení, manželé však z té či oné příčiny, ač by okolnosti důvod k rozvodu nebo rozluce zakládaly, neuznávají za vhodné, zažádati o rozvod nebo rozluku. Jsou-li tu takové okolnosti, nelze nutiti manžele, aby v manželském soužití setrvali, pokud se týče je vrácením se do společné domácnosti nebo přijetím odešedšího manžela do ní obnovili.« Ale § 93 právě nutí manžele, aby buď setrvali v manželském společenství, nebo aby

zažádali na soudě o rozvod nebo o rozluku. Jak to chce nejvyšší soud rozluštit? Rozhodnutí č. 7654 zase mluví kategoricky: »Jako nelze nutiti manželku, aby se domáhala rozvodu, nelze nutiti ani manžela, aby se domáhal rozvodu z té příčiny jenom, aby byla otázka výživného řešena.« § 93 se rozplývá v nic jako obláček na obloze. Podobně si vedou rozhodnutí č. 5519 a 6897, v němž se stanoví zásada, že není manželce dovoleno, aby manželské spoluzítí svémocně zrušila, nemá-li k tomu závažných příčin § 93 o. z. Kde stojí tato omezující výhrada v příkazujícím ustanovení § 93?

Ale je tu ještě jedna možnost. Jak pohlížeti na věc, když se manželé shodnou dobrovolně na zrušení manželského spoluzítí, porušující zřejmě příkaz § 93? Tu je dokonalý zmatek. Výše uvedená rozhodnutí nejv. soudu vídeňského praví, že taková dohodnutí jsou neplatná. Rozhodnutí našeho nejv. soudu č. 2190 praví, že »z ustanovení § 93 nelze nikterak vyvozovati, že je manželům zakázáno, žítí odloučeně a dohodnouti se o výživě. Předpisu tomu lze rozuměti jen tak, že dohodě manželů, žítí odděleně, nelze přikládati účinky soudně povoleného rozvodu.« Co se tím má rozuměti, nevím. Vezme-li se to doslovně, je to bezobsažná samozřejmost. Ale vzejde-li z takové dohody spor, bude se používati analogicky ustanovení o dobrovolném rozvodu, nebo se i v takovém případě bude zkoumati otázka viny na zrušení manželského spoluzítí?

Rozhodnutí č. 9128 praví zcela správně: »Zrušení manželského společenství jest však bez šetření předpisů o soudním rozvodu manželství od stolu a lože, pokud se týče o rozluce, neplatné. Touto smlouvou mělo býti dosaženo toho, co manželům zakazuje předpis § 93 o. z. a bylo by obcházením zákona, kdyby byla takové smlouvě přiznána platnost. Není-li manželům dovoleno, aby o své újmě zrušili manželský svazek, nesmí nic podniknouti, co slouží tomuto účelu a jej podporuje. Smír odporuje imperativnímu předpisu § 93 o. z. a žalobkyně nemůže oň opírati žalobní nárok. O zákonnou vyživovací povinnost manželovu žaloba není opřena.« To je správné rozhodnutí — ale radost z něho kalí poslední větička. Jak by dopadl spor, kdyby šlo o zákonnou povinnost alimentární? Opakovaly by se chyby předchozích rozhodnutí? Naděje, že by tu byl obrat v nazírání na otázky,

které jsou zde probírány, ihned se maří, když přečteme rozhodnutí č. 10.663, které se pohybuje ve vyjeté koleji a dovolává se rozhodnutí č. 5519, 3904 a 4426, o nichž tu bylo pojednáno. Na § 93 se jinak nazírá, jde-li o zákonný nárok alimentární, jinak, jde-li o smluvní úpravu majetkového poměru při mimosoudním rozchodu manželů, ačkoliv pro toto dvojí hledisko není v zákoně nejmenší opory. Bud' tento § ukládá jistou povinnost, nebo nikoli. Třetí možnosti pro nás není. Ukládá-li zákon manželům, aby setrvali v manželském společenství až do té doby, kdy bude manželství rozvedeno nebo rozloučeno, nebo až bude soudem povoleno prozatímné oddělené bydlení a prozatímné výživné, musíme z toho vyvoditi logické důsledky v každém případě, ať se nám to citově líbí nebo nelíbí. Důslednost je základem spravedlnosti v nalézání práva. Zdánlivá nevhodnost právní normy v jednotlivém případě není sama o sobě důvodem úsudku, že by tato norma byla zavržitelná, tím méně pak, že by mohla býti výkladem obrácena ve svůj opak. Výše však bylo dovozeno, že ustanovení § 93 je věcně velmi dobře odůvodněno, a že jeho přezírání může mítí zlé následky. V dalším třeba poukázati k tomu, jak špatně se může vyplatiti mnozíci se přezírání § 93 se zřetelem k řešení otázky obrany zájmů dětí.

Jde o to, můžeme-li při mimosoudním rozchodu manželů připustiti analogické užití § 142 o. z. Mohu se odvolati na to, co jsem řekl o analogickém používání ustanovení o rozvodu a o rozluce v otázkách alimentárních. Mohu však i citovati správný výrok nejv. soudu z rozhodnutí č. 9128: »Není-li manželům dovoleno, aby o své újmě zrušili manželský svazek, nesmí nic podniknouti, co slouží tomuto účelu a jej podporuje.« Je-li něco na světě dosti silné, aby manžele přivedlo k rozumu a k vzájemnému odpuštění, je to jistě nerozřešená otázka, co bude s dítětem. Kdyby bylo možno, aby soud podle analogie § 142 odvalil tuto překážku s cesty, pracoval by k tomu, aby proti imperativní normě § 93 manželé bez rozvodu zrušili svoje spolužití. Podporoval by tedy zřejmou protizákonnost.

Ale je třeba i o tom uvažovati, že soudcovo poslání podle § 142 má ráz subsidiární. Ustanovení začíná podmíněnou větou: »Wenn bei Scheidung oder Trennung der Ehe die Ehegatten nicht mit Zustimmung des Gerichtes eine

Vereinbarung über die Pflege und Erziehung der Kinder getroffen haben...» Jak může soud schváliti dohodu, která odporuje zákonu? Jak se může účastniti takové dohody, aby chránil zájmy dětí? Nebo jak může sám podle § 142 rozhodnouti, když podmínka jeho rozhodnutí, vyslovená první větou tohoto ustanovení, není splněna? Jestliže dítě v manželství trpí chováním rodičů, je tu *actio popularis* § 178, která došla podpory v § 32 č. 2 první dílčí novely. Ale to se nesmí, a ani nemůže státi na podkladě uznání, že se manželé rozcházejí nebo rozešli, jednajíce proti imperativní normě § 93 o. z.! Dovolávati se analogie § 142 je protizákonné a zbytečné.

Ale v rozhodnutích č. 843, 3267, 6773 zaujal nejvyšší soud stanovisko právě opačné a v rozhodnutí č. 10.040 již formuluje docela právní normu: »Předpisem § 142 jest se řídit také, bylo-li manželské spoluzití zrušeno bez soudního rozhodnutí. Není zřejmou protizákonností, bylo-li dítě přisouzeno jednomu z rodičů za trvání faktického rozloučení manželského společenství, o jehož zavinění není ještě manželským sporem rozhodnuto.« Nehledíme-li ani k tomu, že zde nejv. soud proti jasnému znění § 142 zatahuje do otázky zaopatření dětí zavinění manžela na rozvratu manželství, vidíme ze všeho, co tu bylo řečeno, že tento způsob rozhodování schvaluje to, co mimosoudní rozchod manželů podporuje a jemu slouží. Vidíme i to, že se zde přezírá podpurná povaha autoritativního zasahování soudu podle § 142. Všechno to ukazuje, že judikatura zde těžce hřeší proti způsobu, jak se má zákon interpretovati a aplikovati, a že se tu přímo pěstuje kus pathologie právního života, ježto se manželé vedou k tomu, aby svoje spory řešili způsobem, který jasná a nesporná norma právní přímo zavrhuje. To již není rozhodování *praeter*, nýbrž *contra legem*.

E h r e n z w e i g II, 2, str. 81 pokládá správně dohodu manželů o mimosoudním zrušení manželského spoluzití za neplatnou a praví: »Das ungültige Übereinkommen kann an dem bestehenden Güterrechte nichts ändern, hebt den Unterhaltsanspruch der Frau nicht auf und verpflichtet den Mann nicht zur Rückgabe des Heiratsgutes.« Ale tamtéž na str. 127 vykládá: »Aber auch ein bei oder nach der außergerichtlichen Scheidung geschlossener Unterhaltsvertrag ist nicht

deshalb ungültig, weil die außergerichtliche Scheidung gemäß § 93 unverbindlich ist. Er gilt eben nur für die Dauer des Einverständnisses und tritt außer Kraft, wenn der Mann gemeinsamen Haushalt anbietet und die Frau ohne zwingenden Grund ablehnt.« Podobně odpovídá na tuto otázku *Lenhoff* v *Klangově* kom. § 91 VII. 4 v. § 93 III. a) β , určuje takové dohady jako právní skutečnosti, které účinkují jen dokud se zachovávají. Pokud se týče výkladu *Ehrenzweigova* bych uvedl některé námitky, které ne přímo dopadají i na pojetí *Lenhoffova*.

Zde nerozumím tomu, proč autor označuje mimosoudní rozchod manželů jen za nezávazný, když jej přece § 93 prohlašuje za nedovolený, a tedy, stane-li se přes to, za neplatný před právem. Je-li však neplatný takový »rozvod«, musí býti neplatnou i smlouva majetkoprávní, která právě tomuto nedovolenému a neplatnému jednání slouží. Ale ještě méně chápu dedukci, že taková smlouva o zaopatření manželky platí jen na tak dlouho, dokud je mezi manžely shoda, a »tritt außer Kraft«, jakmile se manžel zachce obnoviti manželské společenství, a žena bez nutného důvodu odmítne. Jaká je to platná smlouva, která platí, jen dokud je shoda mezi kontrahenty? Kde není žalobce, tam ovšem není soudce. Ale platí tato zásada jen v našem případě? Anebo, abych nekřivdil — má tím býti řečeno, že tato smlouva, učiněná k dosažení protizákonného stavu, jen tehdy neplatí, domáhá-li se manžel marně obnovení manželského společenství, a manželka bez nutné potřeby se zdráhá? Taková trochu anomálně relativní neplatnost by snad musila býti nějak opřena o zákonné ustanovení. A mně se zdá, že bychom podobné anomalie marně hledali v pozitivních ustanoveních obč. zák. Daleko přirozenější je přece rozhodnutí nejv. soudu, že podobné smlouvy, i kdyby měly formu notářského aktu, jsou neplatny, protože odporují kategorickému zákazu § 93. A pak — není to zvláštní, že platnost smlouvy, učiněné ve formě notářského aktu, má býti závislá na vůli jedné strany, jestliže druhá bez nutné příčiny odmítá obnovení manželského společenství? Které důvody budeme pokládati za dosti »nutné«, abychom tak důležitou smlouvu zachránili před neplatností?

V otázce analogického použití § 142 připouští *Ehren-*

z w e i g analogii při prohlášení manželství za neplatné, je-li děti, v něm zplozené, pokládati za manželské; ale odmítá jeho použití při mimosoudním rozchodu manželů. Možnost analogického použití § 142 při mimosoudním rozchodu manželů odmítá také K r č m á ř v »Právu rodinném« § 13 B. 1 — smlouvu o takovém rozchodu pokládá vzhledem k §§ 89, 93 za právně bezvýznamnou. L e n h o f f na u. m. § 142 I. připouští bez bližšího odůvodnění analogické použití § 142 i na případy mimosoudního rozchodu manželů — jestliže ne učinili hohody o vychování dětí. Tu se tedy mohou manželé o dětech dohodnouti — na rozdíl od 1. věty § 142 — bez účasti soudu?

Svou úvahu shrnuji takto: Ustanovení §§ 93 a 142 pokládám za správná a jasná. Jestliže se jich výkladem tvoří nová právní norma, vyplňuje se mezera, která ve skutečnosti neexistuje. Povážlivým způsobem se vkládá do zákona, co v něm není, a to nikoli proto, že by se pro určitý případ nedala nalézt norma v zákoně, nýbrž proto, že soudce se zákonným řešením nesouhlasí. Konstantním rozhodováním takového způsobu děje se cosi podobného, jako legislativní zasažení do právního vývoje. Ale zákon má pro sebe — nehledíme-li k podmínkám jeho vzniku, které zaručují ve větší míře účast veřejnosti a uplatnění tendencí sociálně a právně politických — větší stálost a stejnoměrnost práva pro všechny. Dávám přednost praxi, která se snaží o nejvyšší dosažitelnou míru přesnosti v interpretaci a aplikaci zákona, před hledáním jakési nadzákonné spravedlnosti. V uvolnění poměru mezi nalézáním práva a pozitivním obsahem zákona vtírá se do judikatury prvek zákonodárný, rozplývá se hranice mezi mocí legislativní a soudcovskou, a zavírá se proud, který má raziti dráhu *legi ferendae*. V ustálení třetí, zákonným ustanovením přímo zakázané formy rozvodu tvoří se nové právo — jakési *ius honorarium* — vedle zákoníka občanského. Škoda, že toto tvoření nelze nazvati ani zlepšením ani obohacením občanského práva.