podjatosti podle § 5 zák. č. 76/1919 Sb. z. a n. Je možno se vzdáti členství zastupitelstva, rad neb komisí obecních za volební období jen tenkrát, jsou-li tu okolnosti § 8 č. 1—8 vol. ř. a souhlasí-li s resignací obecní zastupitelstvo většinou všech svých členů. Resignující je však z jednání a hlasování o své resignaci pro podjatost vyloučen.

Předpisy o podjatosti jsou velmi roztroušeny ve správním právu a jsou podrobněji upravovány teprve v zákonech z nejposlednější doby. V dřívějších předpisech se vyskytují jen pořídku, ač význam této instituce neměl by se ani ve veřejném právu podceňovati. Právo soukromé má v civilních soudních řízeních i v trestních řádech již staré a důkladné předpisy o podjatosti (odmítání a vylučování) a bylo by i podobné předpisy podrobně uvésti do práva veřejného a analogicky je upravit podle práva soukromého, zvláště nyní, kde se jeví v mnohých institucích práva veřejného sklon k přejímání nových ustanovení z norem soukromoprávních. Než i v tomto případě nutno vyčkati nových návrhů unifikovaného civilního soudního řízení a trestního řádu a podle nich doplniti i právo veřejné.

PRAKTICKÉ PŘÍPADY.

Žaloba zápůrčí a námitka veřejnosti pěšiny. Je nejvyšší soud vázán rozhodnutím odvolacího soudu v otázce nepřípustnosti pořadu práva, o níž prvý soud verbis expressis nerozhodoval?

Při parcelaci velkostatku P., patřícího státu, žalobci dostali přídělem pozemek č. k. 89/8, přes který chodili žalovaní. Žalobci podali na žalované žalobu zápůrčí, tvrdíce, že žalovaným tato služebnost nepřísluší, a žádali vynesení rozsudku, že žalovaným služebnost stezky nepřísluší a že žalovaní jsou povinni zdržeti se veškerého jednání, které by se jevilo jako výkon této služebnosti.

Žalovaní v prvé stolici, bez právního zástupce, omezili se na námitku, že přes přidělený pozemek 89/9 vede pěšina, k t e r é s e v š e o b e c n ě u ž í v á, a že sám otec žalobcův tuto pěšinu ve 30denní lhůtě přídělovému komisaři ohlásil.

Námitky nepřípustnosti pořadu práva žalovaní nevznesli a soud první o ní nerozhodoval, ve věci samé soud prvý žalobě vyhověl.

Krajský jako odvolací soud:

1. odvolání opřené o důvod zmatečnosti v sezení neveřejném zamítl,

2. ve věci samé odvolání nevyhověl, a to z těchto důvodů:

Ad 1. Strana žalovaná bere rozsudek prvé stolice v odpor především z důvodu zmatečnosti naznačeného v § 477 č. 6 c. ř. s., kterou spatřuje v tom, že rozhodnuto bylo o věci veřejnoprávní, na pořad práva nepatřící, ježto ani soud prvé stolice prý o tom nepochybuje, že pěšina, o níž jde, byla od nepaměti pro každého přístupnou a věc tato patří proto před úřady autonomní. Vytýkané zmatečnosti tu však není.

Podle § 41 j. n. děje se zkoumání soudní příslušnosti na základě údajů žalobcových, leč by soudu už bylo známo, že jsou nesprávná. Podle obsahu žaloby chodí žalovaní přes louku žalobcovu č. k. 89/8 v N. ze svého domku č. k. 21 tamže a osobují si k tomu práva, které nemají, a když žalobci chůzi tu chtěli zabrániti šraňkami, vyhodili je žalovaní. Žádání žalobní pak zní, že žalovaným ani jako vlastníkům domku čp. 21 v N. ani osobně nepřísluší služebnost stezky přes pozemkovou parcelu č. k. 89/8, že žalovaná strana jest povinna se zdržeti veškerého jednání, které by se jevilo jako výkon této služebnosti, zejména jest se jim zdržeti chůze přes pozemkovou parcelu svrchu uvedenou. Žalobou touto domáhají se tedy žalobci proti žalovaným oduznání práva služebnosti chůze, již si žalovaní k pozemku č. k. 89/8 podle tvrzení žaloby osobují. Žaloba má proto základ svůj v právu soukromém, o němž jsou povolány řádné soudy rozhodovati a nelze proto přisvědčiti náhledu odvolatelů v odvolání vyslovenému, že by soud prvé stolice byl rozhodl o věci na pořad práva nenáležející.

Ad II. Žalovaní namítli proti žalobnímu nároku, že přidělovacímu komisaři stát. pozemkového úřadu bylo na obecním úřadě v N. hlášeno otcem žalobce, že přes pozemkovou parcelu č. k. 89/8 v N. vede pěšina, které se všeobecně užívá, jinými slovy namítl proti žalobě, že přes parcelu č. k. 89/8 vede v e ř e j n á p ě š i n a. Bylo proto na žalovaných, aby dokázali, že jde skutečně o pěšinu veřejnou. K pojmu veřejnosti cesty nebo pěšiny nestačí však pouhý usus publicus, byť i po dlouhou řadu let trvající, nýbrž pěšina nebo cesta může nabýti vlastnosti veřejné jen tehdy, když nejen od dob nejstarších pamětníků byla obyvateli jisté obce skutečně k chůzi užívána, nýbrž když také

obec nepochybným a zákonným způsobem projevila svou vůli směřující k tomu, že pěšina nebo cesta členy obce od nepaměti k chůzi užívaná jest veřejnou, neboť veřejná cesta jenom tehdy může povstati, jestliže jisté plochy na základě výslovného věnování k uspokojení nutné potřeby dopravní se používá. Toto věnování státi se může však jenom projevem vůle obce, v jejímž obvodě se pěšina neb cesta taková nalézá, a poněvadž obec jako veřejná korporace tuto vůli svou může projeviti jenom svou zákonnou representací, totiž obecním zastupitelstvem, jest třeba k tomu, aby pěšina byla za veřejnou pokládána, kromě t. zv. usus publicus i usnesení obecního zastupitelstva, kteréž pěšině té povahu pěšiny veřejné věnuje. Že by tu bylo však takové usnesení obecního zastupitelstva v N. o veřejnosti pěšiny přes pozemek č. k. 89/8, to žalovaní neprokázali a ani netvrdili a neučinili tak ani v řízení odvolacím. Soudu právem postačila tudíž ke správnému posouzení a rozhodnutí případu tohoto skutečnost, že není tu usnesení obecního zastupitelstva o veřejnosti oné pěšiny, a nebylo mu nikterak zapotřebí obírati se ještě zjišťováním dalších okolností usus publicus prokazujících.

Nelze tvrditi proto, že by řízení v prvé stolici provedené bylo vadným nebo neúplným a se shora uvedeného plyne dále, že právní posouzení, jehož se věci dostalo prvým soudem, jest správné, stavu spisů a zákonu odpovídající. Žalovaní by mohli jenom tehdy s úspěchem čeliti žalobě, kdyby dokázali, buď že nabyli práva služebnosti přes pozemek č. k. 89/8 a že služebnost tu během lhůty dnem 18. července 1925 končící ohlásili nebo že přes pozemek ten vede pěšina veřejná, t. j. usnesením obecního zastupitelstva za veřejnou prohlášená. Ani v prvém ani v druhém směru žalovaní těchto předpokladů neprokázali a právem proto soud prvé stolice vyhověl žalobnímu žádání jako odůvodněnému.

Nejvyšší soud dovolání žalovaných nevyhověl z těchto důvodů:

Žaloba založena jest na tvrzení, že žalovaní chodí přes louku žalobců č. k. 89/8 v N. a osobují si k tomu právo, kterého nemají, a vyhodili také závory, které tam žalobci k zabránění chůze té postavili, i zní žádost žalobní v ten rozum, že žalovaným nepřísluší ani jako vlastníkům domku čp. 21 v N. ani osobně služebnost cesty přes uvedenou parcelu, že jsou povinni to uznati a zdržeti se veškerého jednání, které by se jevilo jako výkon této služebnosti, zejména chůze přes jmenovanou parcelu.

Žalovaní namítli, že bylo již v přídělovém řízení, ve kterém

žalobci parcely té nabyli, ohlášeno přídělovému komisaři, že přes parcelu tu vede pěšina, které se všeobecně používá, což nižší stolice pojaly jako námitku cesty veřejné, kterou však za důvodnou neuznaly.

První soudce, jenž se otázkou přípustnosti pořadu práva vůbec nezabýval, praví, že veřejnou se cesta ta nestala, poněvadž není jako taková v knize pozemkové zapsána a též není tvrzeno, že obec cestu tu za veřejnou prohlásila.

Odvolací soud na námitku nepřípustnosti pořadu práva v odvolání uplatňovanou vyslovil, že se odvolání, pokud se opírá o tento důvod zmatečnosti, zamítá, protože žalobci domáhají se oduznání práva chůze, které si žalovaní osobují, a jde tedy o žalobu soukromoprávní a ve věci samé odvolání též nevyhověl, protože k tomu, aby pěšina byla pokládána za veřejnou, prý třeba, aby tu kromě veřejného užívání bylo i usnesení obecního zastuvitelství, které pěšině povahu cesty veřejné přizná, takové usnesení však vůbec ani tvrzeno nebylo a nebylo tedy třeba také zjišťovati ani veřejné užívání.

O otázce přípustnosti pořadu práva rozhodl tedy pouze odvolací soud, a to kladně, přípustnost uznav, ve věci samé pak obě stolice nižší rozhodly o námitce, že cesta je veřejná, meritorně, povahu veřejnosti jí odepřevše.

Dovolání dovozuje, že celá věc patří na pořad správní, domáhá se proto odmítnutí žaloby pro zmatečnost podle § 477 č. 6 c. ř. s. a žádá, aby bylo zjištěno, je-li tu veřejná cesta a z jakého titulu povstala, a aby k tomu cíli slyšeni byli starosta obce a nynější i dřívější členové obecního zastupitelstva a provedeno místní ohledání. Ale dovolateli nelze v tom přisvědčiti, neboť jak skutkový děj shora vylíčený dokazuje, domáhají se žalobci v žalobě své oduznání služebnosti cesty, tedy práva soukromého a odpírají výslovně služebnost tu žalovaným i jako vlastníkům domku čp. 21 v N., tak i osobně, tedy i jako pozemkovou služebnost realní podle § 473 obč. zák. i jako pozemkovou služebnost osobní či nepravidelnou podle § 479 obč. zákona, což jest tedy očividně žaloba negatorní podle § 523 obč. zák., jež nesporně na pořad práva náleží, a nelze ji tedy pro nepřípustnost pořadu toho odmítnouti, jak žalovaní v opravném řízení žádají.

Za to však ovšem nepatří na pořad práva nárok na užívání cesty veřejné, jako takové, tedy z důvodu její veřejnosti, neboť rozhodování o tom, zda je cesta veřejná, nepatří na pořad práva, protože tu nejde o věc občanskou, jak to § 1 jur. nor. nazývá, tedy soukromoprávní, nýbrž o záležitosti veřejné komunikace,

která jest záležitostí veřejné správy (samosprávy) a řádným soudům nikde přikázána není, důsledně nemůže tedy příslušeti na pořad práva ani nárok na užívání cesty z její veřejné povahy vyvozovaný, neboť i nárok ten jest veřejnoprávní. Podrobněji vyložena tato otázka v rozhodnutí Rv I 77/25, ale stačí to, co zde uvedeno. Nárok takový nemůže se tedy u řádných soudů uplatňovati nejen žalobou, ale ani námitkou, jak žalovaní činí, a nemůže soud o takové námitce rozhodovati pro nepřípustnost pořadu práva. Jestliže tedy žalobci podali vyslovenou žalobu negatorní v soukromoprávním smyslu § 523 obč. zák., ale žalovaní se bránili námitkou veřejnosti cesty, tedy žaloba ta je úplně přípustna, avšak naprosto nepřípustna je obrana žalovaných, kteří se měli omeziti na námitky soukromoprávní, tedy na př. že, jak a proč jim odpíraná služebnost cesty přísluší, a měli si, ať by proces ten dopadl jakkoli, veřejnost cesty a svůj nárok na její užívání z této její povahy plynoucí uplatňovati pořadem samosprávným. Bylo tedy žalobu připustiti, avšak nelze vůbec hleděti k námitce žalovaných pro nepřípustnost pořadu práva.

V tom právě nižší stolice učinily chybu, že o námitce té a tudíž o tom, zda cesta je veřejná, rozhodly, lhostejno, že záporně, oduznavše jí povahu veřejnosti, neboť chyba by zůstala stejnou, kdyby byly rozhodly kladně povahu veřejnosti jí přiznávajíce.

Jde jen o to, může-li nejvyšší soud vzhledem k plenárnímu usnesení k č. 3775 sb. n. s. o otázce přípustnosti pořadu práva rozhodovati, či je-li rozhodnutím odvolacího soudu vázán. Podle usnesení toho byl by jím vázán, kdyby tu byla srovnalá rozhodnutí nižších stolic, takových tu však není, neboť první stolice se vůbec otázkou pořadu práva nezabývala, žádného rozhodnutí o ní neučinila a teprve odvolací soud na námitku nepřípustnosti pořadu práva v odvolání učiněnou pořad práva uznal, je tu tedy teprv rozhodnutí jedné stolice, které vzato bylo přípustným a včasným opravným prostředkem v odpor a moci práva tudíž nenabylo. Musil tedy nejvyšší soud otázku řešiti.

Tím je vyřízen důvod zmatečnosti č. 6 § 477 čís. ř. s. Pokud však jde o domnělou zmatečnost podle čís. 9 téhož §, zakládá ji dovolání na tom, že napadený rozsudek necituje předpisy zákona, na nichž staví rozhodnutí své, že veřejná cesta může povstati jen usnesením obecního zastupitelstva. Ale v tom nikdy nemůže spočívati zmatečnost, neboť předpisy zákona musí znáti opravná stolice, i když nejsou citovány, a tak ve skutečnosti nejde o zmatečnost, nýbrž o právní posouzení.

Ve věci samé, pokud na pořad práva patří, to je, zda žalovaným přísluší služebnost cesty, zvláště chůze, tedy soukromé právo věcné, nebylo žalovanými žádného takového práva tvrzeno, neboť když vyloučíme jich námitku, že jde o pěšinu všeobecně používanou, která právě nižšími stolicemi a v opravním řízení i žalovanými (dovolateli) samými používána jest jako námitka veřejnosti cesty, o které nelze pro nepřípustnost pořadu práva rozhodnouti, neuplatňují žalovaní vůbec žádného jiného práva na užívání sporné cesty, tedy také žádného soukromoprávního a právem tedy žalobě vyhověno býti muselo, pročež bylo i dovolání ve věci samé zamítnouti.

Rozhodnutí nejv. soudu z 23. prosince 1927 Rv I 910/27/1. Dr. Nejdl.

Nerozhodl-li soud o tom, že poslední pořízení jest po hmotněprávní stránce platné, není zabráněno dědicům, kteří popírají jeho platnost, po právní moci listiny odevzdací, ve které na základě onoho posledního pořízení jimi popřeného byl odevzdán odkaz jimi neuznaný, by se za podmínek § 228 c. ř. s. nedomáhali zápornou určovací žalobou určení, zda poslední pořízení jest z důvodu jimi namítaného platné či nikoli.

V pozůstalosti Fr. H-y zanecháno bylo poslední pořízení písemné 3 svědky i zůstavitelem podepsané, ve kterém zůstavitel stanoví pouze odkazy svým dvěma sourozencům, Janu a Josefu H-ým, kteří se přihlásili ze zákona bezvýminečně k dědictví prohlásivše, že odkazy jim učiněné v kodicilu přijímají.

Při tom vyšlo najevo, že zůstavitel má také cenné papíry, nom. 120.000 Kč moučné půjčky, o nichž v kodicilu není zmínky, na něž pak sourozenci ti činili nároky dědické ze zákona.

Naproti tomu ohlásila manželka jednoho ze sourozenců zůstavitelových, Josefa H., že zůstavitel mimo písemné poslední pořízení zanechal ústní poslední pořízení, v němž odkázal cenné papíry výše uvedené nezl. dceři jejího manžela A. H-é, dceři to sourozence zůstavitele J. H. a žádala za výslech svědků ústní poslední vůle, tvrdíc, že mimo 3 svědky podepsané na písemném testamentu byla přítomna ještě jedna svědkyně, která se tam nepodepsala. Při přísežném výslechu svědků poslední vůle potvrdili pouze 2 svědci podepsaní na listině testamentární tvrzení toto, a třetí svědkyně, kterou zůstavitel vyzval, aby byla přítomna při jeho projevu poslední vůle, ale nebyla podepsána, ač při celém projevu byla přítomna, rovněž totéž potvrdila.