

poukazujícím na jeho vlastnost jako svědka, a že tudíž jako písemné poslední pořízení jest dle §u 601 obč. zák. neplatným, není již sporu. Avšak toto poslední pořízení nelze zachovati v platnosti ani jako pořízení ústní přes to, že nebylo ani tvrzeno, že zůstavitelka chtěla pořídití jen písemně a vyloučiti jinou formou závěti (plenární rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 13. března 1922, čís. sb. 1538), neboť nebylo šetřeno předpisů §§ 585 a 586 obč. zák., které ustanovují, jak má se učiniti poslední vůle, která se mimosoudně ústně prohlašuje. Dle zjištění nižších soudů byla poslední vůle zůstavitelky, dříve již napsaná, zavalaným svědkům Antonínu B-ovi a Emilu H-ovi třetím svědkem Janem A-em před zůstavitelkou přečtena a jí na dotaz svědka B-a slovy: »tak to chci,« pokud se týče na dotaz svědka H-a přikývnutím hlavy a slovem »ano«, jako její poslední vůle potvrzena. Ale to k platné ústní závěti nestačí. § 585 obč. zák. předpisuje, že, kdo chce ústně učiniti poslední vůli, má ji vážně projeviti před třemi způsobilými svědky, kteří jsou zároveň přítomni a jsou schopni dosvědčiti, že ohledně osoby pořizujícího není ani podvodu ani omylu. Dlužno tedy projeviti ústně před svědky poslední vůli, nikoli snad jen souhlas s obsahem připraveného již písemného prohlášení, byť i toto bylo dříve zůstavitelce přečteno. Právě proto upozorňuje zákon v druhém odstavci §u 585 obč. zák. na to, že káže opatrnost, by svědci buď všichni společně nebo každý sám o sobě pro lepší paměť poslední vůli, projevenou zůstavitelem, buď sami si napsali nebo co nejdříve napsati dali, čeho by nebylo třeba v případech, kde poslední vůle, jako zde, již byla napsána a svědkům přečtena. Nižší soudy nesprávně vyložily zákon, uznávše za uvedeného stavu věci poslední pořízení ze dne 3. ledna 1921 za platné jako ústní závěť.

Čís. 3625.

Žaloba dle §u 35 ex. ř.

Formální přípustnost žaloby jest soudu zkoumati, třebas nebyla nepřípustnost namítána. Po skončení exekučního řízení jest žaloba nepřipustnou. Lhostejno, zda zaplacení se stalo dobrovolně či nuceně. Žaloba, uplatňující pohledávku navzájem, jest nepřípustnou, nastal-li účinek započtení před vznikem exekučního titulu.

Útratová pohledávka vzniká dnem doručení rozsudku, nikoliv teprve dnem pravoplatnosti rozsudku.

(Rozh. ze dne 18. března 1924, Rv I 34/24.)

Žalobě dlužníka na zrušení exekuce, ježto prý vymáhaná pohledávka zanikla započtením, o b a n i ž š í s o u d y vyhověly, N e j v y š š í s o u d žalobu zamítl.

D ů v o d y:

Dovolacím důvodem jest žalovanému jedině nesprávné právní posouzení věci (čís. 4 §u 503 c. ř. s.). Jde o žalobu po rozumu §u 35 ex.

ř. Ačkoliv dovolatel formální přípustnost této žaloby výslovně uznává a pouze přezkoumání rozsudku odvolacího soudu po stránce hmotněprávní se dožaduje, nelze se obejít bez rozřešení otázky formální přípustnosti této žaloby, neboť předpisy exekučního řádu jsou rázu veřejnoprávního, donucovacího, vylučujícího disposiční právo stran. O opo-
siční žalobě ustanovuje § 35 ex. ř., že proti nároku, pro nějž byla povolena exekuce, lze za řízení exekučního jen potud vznést námitky, pokud spočívají na skutečnostech, nárok zrušujících nebo stavících, vzešlých teprve p o tom, kdy vznikl exekuční titul. Podle tohoto ustanovení má sice žaloba býti obmezena na námitky rázu hmotného, nicméně váže zákon dobu rozhodnou pro přípustnost žaloby jednak na skutečnost rázu formálního, jako je vznik exekučního titulu, jednak na skutečnost, že řízení exekuční jest ještě v běhu. Ani ta ani ona z těchto dvou podmínek není však v tomto případě splněna. V posléz uvedeném směru nelze přehlédnouti, že žaloba byla podána dne 26. března 1923, kdežto z exekučních spisů vysvítá, že mobilární exekuce, povolená dne 20. března 1923, provedena byla dne 22. března 1923 s úplným výsledkem, neboť peníz, rovnající se vymáhané pohledávce, byl s veškerým příslušenstvím ihned na místě vydán zástupci vymáhajícího věřitele, nynějšího to žalovaného Dra G-a. Žaloba byla tudíž podána až po úplném zakončení exekučního řízení, nikoliv průběhem jeho. Arciž provedla žalobkyně důkaz o tom, že zájemní protokol ze dne 22. března 1923 neobsahuje úplně věrného vyličení průběhu tohoto exekučního výkonu, a nižší soudy uznaly, že nešlo o dobrovolné placení se strany ředitele K-a podle Šu 60 ex. ř., nýbrž o nucené odebrání peněz z pokladny. Než ani tato okolnost nemůže ničeho změniti na skutečnosti, že vyplacením peněz přítomnému zástupci vymáhajícího věřitele dosažen byl účel exekuce, t. j. úplné zaplacení, ať již dobrovolné nebo nucené (§ 261 ex. ř.). Přejedem peněz z držby exekuta do rukou vymáhajícího věřitele byla exekuce zakončena, věřitel uspokojen a soudu nepřislušelo, kromě stanovení útrat výkonu a vyrozumění stran, nic více v této exekuční věci, neboť nebylo nic více zaříditi. Proto nemá také návrh žalobkyně na zastavení exekuce, spojený se žalobní prosbou, již podkladu, stal se bezpředmětným; tím se však stala také bezpředmětnou žaloba, na kterou se exekuce má zastaviti (§ 35 ex. ř. poslední odstavec). Jiná je arciž otázka, zda byla žaloba po stránce hmotné oprávněna, kteroužto otázku jest zde jen potud řešiti, pokud přichází v úvahu druhá, svrchu uvedená podmínka, zda totiž nárok namítaný proti exekučnímu nároku vznikl před či po exekučním titulu. I po této stránce pokládá dovolací soud žalobu za nepřipustnou, neboť namítané započtení nevzniklo teprve po rozsudku ze dne 31. ledna 1923, jenž byl exekučním titulem, nýbrž projevilo účinek již tím okamžikem, kdy tímto výrokem soudním vznikla druhé straně pohledávka útratová, již žalovaný v tomto sporu nabyl postupem od Jana a Bedřicha L-a, tedy s o u č a s n ě se vznikem této útratové pohledávky. Již v tomto okamžiku splněny byly veškeré podmínky pro účinnost započtení, neboť v tomto okamžiku střetly se peněžní pohledávka a vzájemná pohledávka v určitých výších a nescházelo v té době již ani prohlášení žalobkyně, že eventuelní útratová pohledávka jejího tehdejšího odpůrce bude započtena na její větší vzájemné pohle-

dávky, kteréžto prohlášení, obsažené v dopisu jejím ze dne 26. ledna 1923 bylo odpovědí na oznámený jí postup ještě před rozsudkem ze dne 31. ledna 1923. Do tohoto dne nenabyl Dr. C. postupem ještě žádného existenčního nároku, neboť jeho podmíněný nárok, plynoucí z Šu 1394 obč. zák., nebyl než nárokem odvozeným, on neměl více práv než postupitel a, vzešel-li tomuto nárok teprve soudním výrokem, mohl pak teprve přejíti na něho jako postupníka. Jelikož útraty byly žalovanému přisouzeny rozsudkem ze dne 31. ledna 1923, nemůže býti pochybnosti o tom, že útratová pohledávka vznikla tímto dnem po případě dnem doručení rozsudku a nikoliv teprve dnem pravoplatnosti rozsudku.

Čís. 3626.

Železniční dopravní řád ze dne 13. května 1921, čís. 203 sb. z. a n.

Jalovcové plody náleží pod položku O 37 rozřídění zboží nákladního tarifu díl I. odd. B, platného od 1. června 1921.

(Rozh. ze dne 18. března 1924, Rv II 644/23.)

Za vagon jalovcových bobulí, jenž došel žalovaného v květnu 1922, vypočetla dráha dopravné dle položky O 37, jež žalovaný zapravil. Tvrdíc, že zboží mělo býti tarifováno dle vyšší třídy I-I-I po případě podle výjimečného tarifu 3 a) a 3 b) nákladního tarifu díl I. sešit II., domáhala se dráha na žalovaném doplatku dopravného. **P r o c e s n í s o u d p r v é s t o l i c e** žalobu zamítl, **o d v o l a c í s o u d** jí vyhověl. **N e j v y š š í s o u d** obnovil rozsudek prvního soudu.

D ů v o d y:

Rozhodnutí sporu závisí jenom na tom, zda lze podřaditi jalovcové plody pod položku O 37 rozřídění zboží nákladního tarifu díl I. odd. B, platného od 1. června 1921, která zahrnuje »ovoce a ovoce bobulové všeho druhu«. Není sporu o tom, že, nevztahuje-li se tato tarifní položka také na jalovec, mělo býti dovozné vyměřeno podle vyšší sazby třídy I. a žalovaný jest povinen doplatiti peníz žalobou vymáhaný. Rovněž není sporu o tom, že až do vydání tarifu ze dne 1. června 1921 jalovec tarifoval dle položky, odpovídající v dřívějším tarifu nynější položce O 37, dále že následkem dodatku k tarifu ze dne 29. července 1922 tarifuje od 11. srpna 1922 jako položka samostatná. Při posouzení, zda jsou jalovcové plody ovocem neb ovocnými bobulemi ve smyslu železničního tarifu, nemůže rozhodovati hledisko vědecké, botanické nebo potravinářské (codex austriacus alimentarius), nýbrž pouze hledisko obchodní a dopravní. Jelikož však i znalci z oboru zboží a dopravy se rozcházejí ve svém posudku, dlužno předem zkoumati, co tarif sám pod slovy »ovocné bobule« rozumí. Znalec z oboru tarifnictví Dr. Sch. vyložil, jak došlo k nynějšímu doslovu položky O 37. V dřívějších rakouských tarifech s německým textem byly plody jalovcové (Wachholderbeeren) zařazeny až do 1. května 1917 pod souborným názvem »Beeren«, jsouce