

stranu; a docela ne závazek ve prospěch třetí osoby. Žalující strana měla zaplatiti polovici dávky a teprve potom se mohla domáhati zapravení její polovice na žalované straně; to prý je jediné účelné a spravedlivé řešení. Ve případě exekuce prý by věc dělala ohromné potíže, takevá exekuce by byla nemyslitelná a neproveditelná, v tomto případě prý není řeči o zaručení žalované strany podle Šu 1404 obč. zák., neboť převzala na sebe jenom povinnost zaplatiti polovici dávky. Než právě tím, že se žalovaní zavázali zaplatiti polovici dávky, kterou je podle zákona povinna platiti žalující strana, slíbili této straně jako dlužníkovi, že opatří plnění jeho věřiteli (mor. zem. výběrčímu úřadu), a ručí za to, že na ně věřitel nedokročí. Vzali tedy na sebe závazek podle Šu 1404 obč. zák. Obsah takové smlouvy není sporný ani v teorii ani v praksi. Třetí osoba jí bere na sebe povinnost, postarati se o to, že věřitel nedokročí na dlužníka; jak to provede, je lhostejno pro dlužníka, jemuž vznikne tím nárok domáhati se, by přejímatel této povinnosti dostál, když dlužníku hrozí nebezpečí, že věřitel na něho dokročí. totiž že se bude domáhati plnění. Přejímatel má již tehdy povinnost dlužníka osvoboditi od plnění. Nesprávné je mínění dovolatelů, že dlužník se může domáhati toho, k čemu se přejímatel zavázal, teprve tehdy, až dlužník svou povinnost zapraví (srovnej Ehrenzweig Oesterr. allg. Privatrecht, 2. sv. str. 254, Mayr, Bürgerliches Recht 2. sv. str. 118, 119, Sedláček, obligační právo, bod 330 rozhodnutí sb. n. s. 2553, 4192, 4373, 4978, 5104). Není rozhodno, zda provedení nároku žalující strany exekucí by narazilo na obtíže. Ano není ani odůvodněna obava dovolatelů, že by se nevědělo, jak provéstí takový nárok v exekuci, a že by tato byla neproveditelná. V praksi je ustálený názor, že takový nárok je provéstí exekucí k vymožení konání dle Šu 353 ex. ř. (srovnej rozhodnutí sb. n. s. čís. 3272, 4978).

Čís. 6411.

O tom, u koho z manželů má býti dítě vychováváno, dlužno zásadně rozhodovati v řízení nesporném. Sporný pořad lze připustiti pouze za podmínek Šu 2 čís. 7 nesp. říz., nejde-li o zájmy dítěte, nýbrž jen o sporné právo manželů.

(Rozh. ze dne 29. října 1926, R I 835/26.)

Návrh otce, by mu bylo dáno do výchovy a výživy manželské dítě, jsoucí u matky, byl v nesporném řízení zamítnut s o u d y v š e c h t ř í s t o l i c. Nejvyšší soud uvedl v otázce, o niž tu jde, v

d ů v o d e c h:

Nejvyšší soud předem pokládal za nutno, obíratí se otázkou, zda spor mezi manžely o výchovu dítěte řešiti jest pořadem práva, či v řízení nesporném. Nejde tu o otázku nespornou a byl vysloven judikaturou opětovně názor, že spory takové patří na pořad práva, kdežto v literatuře

zastáván je názor opačný (srov. Hora Civilní proces I. str. 137, Ott I. str. 94, Krainz-Ehrenzweig: System V. vyd. III. § 457 II. čís. 3 pozn. 8 § 455 III.). Prvý názor opírá se o to, že zákon spory takové nikde výslovně na pořad nesporný nepoukazuje a že jde tedy o spor mezi manžely ne pouze majetkový, který řešiti má dle §u 50 čís. 3 j. n. soud sborový (§ 1 nesp. říz.). Zákon ovšem nikde výslovně neříká, jakým pořadem je řešiti otázku, kdo z manželů v případě sporu má dítě vychovávat, ale přikazuje soudnictví nespornému věci poručenské a opatrovnické (§§ 21, 187, 276 obč. zák., §§ 2 a 181 nesp. říz.). Jde tedy o to, zda při rozhodování otázky, kdo z manželů má vychovávat dítě, soud vykonává officiosní zákrok na ochranu dítěte a chrániti má zájmy dítěte, či řeší-li pouhý spor manžela tím, že rozhoduje o porušení práva jednoho z nich. A tu lze dovoditi ze zákona, jeho doslovu i ducha, že zákonodárce měl při řešení otázky výchovy dětí na mysli řízení nesporné jako opatření soudu opatrovnického nebo poručenského. Původní znění § 142 obč. zák. výslovně ustanovovalo, by úprava toho, kdo z rozvedených manželů má dítě vychovávat, stala se *beze sporu*. Praxe také spory o výchovu dětí mezi manžely mimo rozvod, za rozvodu i po něm nechávala řešiti cestou nespornou, ježto pro rozlišování nebylo vnitřního důvodu. Na tomto stavu nebylo nic změněno § 50 čís. 3 j. n. Ten výslovně stanoví, že spory mezi manžely nikoli ryze majetkové, vznikající z poměru manželského, patří před sborové soudy, *pokud nepatří na pořad nesporný*. Tedy zákon sám tu výslovně uznává, že jsou spory z poměru manželského, které na nesporný pořad patří, a zřejmě nechtěl měniti trvající praxe. Také doslov §u 145 obč. zák. »s vrchnostenským přispěním« zřejmě má na mysli nikoli pořad sporný, nýbrž nařízení soudce nesporného. Z dějin porad o občanském zákoníku rovněž plyne, že zákonodárci měli v případech sporů o vydání a výchovu dětí na mysli officiosní řízení nesporné. Na věci nemělo býti nic změněno novým doslovem § 142 obč. zák. V návrhu vládním (§ 19 osnovy) uvádí se výslovně, že spor o výchovu dětí řeší soud *poručenský*. I v důvodové zprávě se to zdůrazňuje. V návrhu subkomitétu převzato bylo ustanovení § 19 osnovy, ale místo slova »poručenský soud« položeno slovo »soud« a přidána slova »s ohledem na zájmy dítěte«. Náhrada slov »poručenský soud« slovem »soud« nestala se však s ohledem na pořad soudní, nýbrž patrně proto, že za trvání otcovské moci, tedy pravidelně i za trvání manželství soudce nesporný nezakročuje jako soudce poručenský, nýbrž jako soudce opatrovnický, ježto pro dítě pod mocí otcovskou poručník se nezřizuje. To plyne z důvodů justiční komise, kde se změny subkomitétem navržené označují jen jako stylistické, což v první řadě musí platiti o změně slov »poručenský soud« ve slovo »soud«, ježto dodatek »s ohledem na zájmy dítěte« nemá již ráz změny čistě stylistické. Proto lze ze zákona i z jeho historického vzniku vyvoditi, že zákonodárce chtěl ponechati spory o výchovu dětí mezi manžely řízení nespornému. To podporuje i úvaha, s jakého stanoviska zákon na řešení takových sporů sám nazírá. Dle §u 142 obč. zák. rozhoduje tu v první řadě zájem *děti* a teprv dále ohled na povolání, osobnost a vlastnosti rodičů a konečně ohled na příčiny rozvodu

nebo rozluky. Pořad ohledů svědčí tomu, že při úvaze ostatních okolností padají tyto na váhu nejprv s ohledem na dítě. Vždyť dítky jsou dle Šu 21 obč. zák., pokud jsou nezletilé, pod zvláštní ochranou zákona a této se jim musí dostati i při rozhodování o tom, kdo z rodičů je má vychovávat. Ochranu poskytuje soud mimo spor mezi manžely o výchovu, ale také v něm a poskytuje ji dítěti jako soud nesporný, a nemohl by mu ji poskytnouti případně sám od sebe jako soud sporný, kde je vázán přednesem stran a vůbec zásadou projednací. Pro pořad nesporný mluví i ohledy účelnosti. Připustí-li se sporný pořad, nebude se lze vyhnouti rozporům mezi rozhodnutím sporného soudu o právech manželů a základy nesporného soudce na ochranu zájmu dítěte. Nemá-li býti vyloučena ochrana dítěte a opatření soudce nesporného, stane se často spor mezi manžely a jeho rozhodnutí bezúčelným, bude-li rozhodnutí ono moci býti zvráceno opatřením v zájmu dítěte se strany soudce nesporného. Takovým stavem zase by trpěla vážnost soudů. Řízení před sborovými soudy jest i nákladnější a složitější, nežli rychlé, neformální a možnost zatímních opatření z moci úřadu poskytující řízení nesporné. Proto by bylo lze připustiti pořad sporný jen za podmínek Šu 2 čís. 7 nesp. říz., nejde-li o zájmy dítěte, nýbrž jen o sporné právo manželů. V případě, o němž jde, učinil však soud opatření v zájmu dítěte a stalo se tak právem v řízení nesporném.

Čís. 6412.

Fideikomisárnímú substitutu přísluší právo k rekursu proti povolení exekuce vnučeným zástavním právem k substituční nemovitosti bez zachování substitučního práva.

Lhůta k rekursu počíná pro nezletilé fideikomisaře doručením usnesení, povolujícího exekuci, poručníku jich pro fideikomisaře, třebas mu povolující usnesení bylo již dříve doručeno jako fiduciáři.

Fiduciář spolu se substitutem má všechna oprávnění, která jinak přísluší jedinému vlastníku věci samotnému. Bez souhlasu substitutů může fiduciář s nemovitostí nakládati pouze bez újmy práv substitutů a mohou se jeho jednání s touto výhradou státi předmětem knihovních zápisů.

(Rozh. ze dne 29. října 1926, R I 836/26.)

Soud prvního stálice povolil ku vydobytí peněžité pohledávky exekuci vkladem vnučeného zástavního práva na polovici nemovitosti náležející Barboře L-ové a zatížené fideikomisární substitucí. Rekursní soud vyhověl rekursu Barbory L-ové a fideikomisárních substitutů potud, že povolil exekuci bez újmy na zavázané polovici nemovitostí vázajícího obmezení vlastnictví Barbory L-ové fideikomisární substitucí. Důvod y: Podle usnesení ze dne 19. října 1911 bylo vloženo na polovici nemovitostí zapsaných v knihovních vložkách čís. 66 a 95 kat. obce V-a, právo vlastnické Barboře L-ové a současně byla ohledně této polovice poznamenána fideikomisární substituce ve prospěch nezlet. Heleny,