

## STATI

# Význam provokací pro koncepci určovací žaloby

Lenka Šromová\*

**Abstrakt:** K přijetí určovací žaloby jako obecného nástroje ochrany došlo ve středoevropském prostoru převážně až v průběhu 19. století. Pochyby o místu určovací žaloby v právním řádu vymizely až s jejím uzákoněním v celoněmecké procesní kodifikaci z roku 1877. Česká právní úprava – zprostředkovaně přes rakouské právo – na německou koncepci navazuje. Její podoba je přitom vyústěním vývoje určovacích nástrojů, jež do té doby alespoň částečně zajišťovaly funkci určovací žaloby. Především šlo o provokační žaloby (zvané také provokace nebo vyzývací žaloby). Určovací žalobou měly být provokace nahrazeny. Text se proto věnuje otázce podílu provokací na přijetí a podobě – českou právní úpravou přejaté – německé koncepcie určovací žaloby. Provokační žaloby ovlivnily jako negativní vzor zakotvení požadavku právního zájmu na určení a jeho naléhavosti. Naopak nelze dovozovat, že by subsidiarita provokací mohla sama o sobě sloužit jako argument pro závěr o subsidiaritě určovací žaloby. Přestože provokační žaloby neměly větší přínos pro volbu formulace předmětu určení, kterým podle aktuální právní úpravy může být jen právní poměr (respektive právo), lze jejich prostřednictvím podpořit snahu o jeho další rozšíření.

**Klíčová slova:** provokační žaloba, určovací žaloba, výzva k podání žaloby, provocaciones, naléhavý právní zájem, předmět určení

## Úvod

Podle § 80 o. s. ř.<sup>1</sup> směřuje určovací žaloba k „[u]rčení, zda tu právní poměr nebo právo je či není [...], je-li na tom naléhavý právní zájem.“ Až do 19. století<sup>2</sup> přitom nebyla ve středoevropském prostoru její existence jako obecného prostředku právní ochrany<sup>3</sup> v podstatě myslitelná.<sup>4</sup> Posun nastal v roce 1877, kdy právní úpravu určovací žaloby napevno zakotvila celoněmecká procesní kodifikace (CPO, respektive dZPO)<sup>5</sup>. Z této tzv. německé koncepcie určovací žaloby<sup>6</sup> následně vyšel v roce 1895 öZPO<sup>7</sup>, na nějž později navázala i naše právní úprava.<sup>8</sup>

\* Mgr. Lenka Šromová, doktorandka, katedra civilního práva procesního, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: Lenka.Sromova@law.muni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-3550-3075>. Tento článek vznikl na Masarykově univerzitě v rámci projektu *Vyvažování zájmů v civilním procesu*, kód projektu MUNI/A/1719/2024, podpořeného z prostředků účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum, kterou poskytlo MŠMT v roce 2025. Za cenné připomínky k tomuto textu autorka děkuje JUDr. Bohumilou Dvořákové, Ph.D., LL.M.

<sup>1</sup> Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, dále jen „o. s. ř.“.

<sup>2</sup> WINTEROVÁ, A. *Žaloba v občanském právu procesním*. Praha: Univerzita Karlova, 1979, s. 66.

<sup>3</sup> Tj. prostředku ochrany pro libovolné právo či právní vztah (respektive obecněji libovolný předmět určení).

<sup>4</sup> Viz níže.

<sup>5</sup> Civilprozeßordnung für das deutsche Reich z 30. ledna 1877 (RGBl. S. 83) ve znění do roku 1898, dále jen „CPO“; později zván deutsche Zivilprozeßordnung, dále jen „dZPO“.

<sup>6</sup> K pojmu srov. GESSEL-KALINOWSKA VEL KALISZ, B. *The Legal, Real and Converged Interest in Declaratory Relief*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2019, kap. 2.02.

<sup>7</sup> Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung) z 1. 8. 1895 (RGBl. Nr. 113/1895), dále jen „öZPO“.

Před akceptací určovací žaloby zajišťovala její funkci (deklarování předmětu určení)<sup>9</sup> v různém rozsahu i formě řada tzv. určovacích nástrojů (*Feststellungsmittel*).<sup>10</sup> Především<sup>11</sup> provokační žaloby (*Provokationsklagen*), též zvané jako provokace<sup>12</sup> (*Provokationen*) či vyzývací žaloby<sup>13</sup> (*Aufforderungsklagen*).

Provokační žaloby měly být určovací žalobou nahrazeny.<sup>14</sup> Jako *bezprostřední předchůdce*<sup>15</sup> určovací žaloby tedy mohly ovlivnit její uzákonění, a tím eventuálně i její podobu. Cílem textu proto bude zodpovědět, *a) zda se provokační žaloba podílela na kodifikaci určovací žaloby, případně b) jak se tento její podíl projevil na – stále aktuální – koncepci určovací žaloby.*

Vytyčené otázky přitom mají přispět k hlubšímu pochopení specifické povahy<sup>16</sup> určovací žaloby, a tím vytvořit podklad pro další zkoumání s ní spojených problémů<sup>17</sup> – jak ještě vyplyne, mají totiž původ v historických základech určovací žaloby.<sup>18</sup> Přesto tuzemská literatura podrobnější přiblížení kontextu vývoje určovací žaloby postrádá.<sup>19</sup> V textu se tedy zaměřuji na kodifikaci určovací žaloby v CPO – moment, v němž došlo k vyústění spletného vývoje určovacích nástrojů a zároveň k předurčení současné podoby určovací žaloby.

Nejprve se věnuji stručně deskripci provokací a jejich vývoje. Dále popisují proces kodifikace určovací žaloby. Následně kritickou analýzou poznatků představených v předchozích dvou částech a historickou komparací<sup>20</sup> dospívám k řešení výše položených otázek.

## 1. Provokační žaloba

Před akceptací určovací žaloby představovaly nejvýznamnější instrument s určovací funkcí provokační žaloby.<sup>21</sup> Nástroj spočíval na tzv. *provokační formě*.<sup>22</sup> V obecnosti lze

<sup>8</sup> OTT, E. *Die Aufnahme der Aufforderungs- und der Feststellungsklage in Österreich*. Wien: Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 1899, s. 20.

<sup>9</sup> Srov. PULKRÁBEK, Z. *Žaloby o určení „právní skutečnosti“*. In: GEŠKOVÁ, K. (ed.). *Žalobné právo. Zborník z medzinárodného vedeckého kongresu. Trnavské právnické dni 2020*. Trnava: Právnická fakulta TU v Trnave, 2020, s. 50.

<sup>10</sup> K pojmu srov. KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*. Köln und Berlin: G. Grote'sche Verlagsbuchhandlung, 1967, s. 11.

<sup>11</sup> DEGENKOLB, H. *Die Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*. In: DEGENKOLB, H. *Einlassungszwang und Urteilsnorm*. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1877, s. 203.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 216.

<sup>13</sup> Srov. HORA, V. *Civilní řád soudní a jurisdikční norma (zákony ze dne 1. srpna 1895, č. 110, 111, 112, 113 ř. z.) s dodatky*. Praha: Československý Kompas, 1934, s. 342.

<sup>14</sup> HAHN, K. – STEGEMANN, E. *Die gesammten Materialien zu den Reichs-justizgesetzen*. Berlin: R.v. Decker, 1880, s. 256.

<sup>15</sup> WINTEROVÁ, A. *Žaloba v občanském právu procesním*, s. 66.

<sup>16</sup> Srov. *ibidem*, s. 57.

<sup>17</sup> Např. tradičně diskutované otázky rozsahu předmětu určení, subsidiarity určovací žaloby, povahy naléhavého právního zájmu (viz níže).

<sup>18</sup> Srov. též DEGENKOLB, H. *Die Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*, s. 197.

<sup>19</sup> Dilem se mu věnují např. PULKRÁBEK, Z. *Žaloby o určení „právní skutečnosti“*, s. 40 an.; OTT, E. *Die Aufnahme der Aufforderungs- und der Feststellungsklage in Österreich*, s. 17 an.

<sup>20</sup> Zde srovnání jednoho jevu (nejvýznamnějších určovacích nástrojů 19. st.) na daném území (zejm. Německa) v průběhu času. Blíže SCHOTZ, M. *Komparativní přístup v historiografii a transnacionální historická problematika. Sociální studia*. 2009, roč. 6, č. 1, s. 69 an.

<sup>21</sup> DEGENKOLB, H. *Die Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*, s. 203; JACOBS, M. *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, s. 105.

<sup>22</sup> K dalším nástrojům s provokační formou MAYNARD, M. *Origines de l'action declaratoire*. In: MAYNARD, M. *Les jugements déclaratoires*. Paris: M. Giard, 1922, s. 12.

shrnout, že umožňoval soudní cestou vyzvat odpůrce, aby v soudem určené lhůtě podal žalobu (*provocatio ad agendum*). Určení zajišťoval zprvu jen zprostředkovaně, a to skrze tzv. *věčné mlčení* (*perpetui silentii*, *ewiges Stillschweigen*), které soud provokovanému uložil, zůstal-li nečinný (viz níže).

Podoba provokací prošla v čase proměnou. Má-li text dospět k závěru o významu provokací pro současnou koncepci určovací žaloby, bude si ji nejprve třeba přiblížit.

## 1.1 Remedium ex lege diffamari a remedium ex lege si contendat

Kořeny provokační žaloby sahají až k tzv. *vyzvání k obraně* (*Erbieten zur Vertheidigung*)<sup>23</sup> – určovacímu nástroji středověkého německého práva.<sup>24</sup> Během 13. století na něj zřejmě<sup>25</sup> navázala glosátorská škola,<sup>26</sup> která představila předchůdce provokací – *remedium ex lege diffamari* a *remedium ex lege si contendat*. *Remedia* si brzy osvojila italská, a především pak kanonická praxe, která oběma nástrojům přinesla na několik století pověst nejvýznamnějšího nástroje s určovací funkcí.<sup>27</sup>

### 1.1.1 Mechanismus uložení věčného mlčení

*Remedium ex l. si contendat* bývá připodobňováno k pozitivní určovací žalobě, k negativní pak *remedium ex l. diffamari*.<sup>28</sup> Zpočátku dospívala *remedia* k deklaraci předmětu určení zprostředkovaně, a to pomocí dvoufázového procesu, který H. Kadel<sup>29</sup> popsal následovně:

Vyzvateľ (provokant) vyzval odpůrce k podání žaloby. Podařilo-li se mu objasnit základ výzvy (pomluvu, námitku), uložil soud vyzvanému prekluzivní lhůtu k podání žaloby.<sup>30</sup> Jestliže vyzvaný žalobu ve lhůtě uplatnil, skončil provokační proces a následoval hlavní spor, v němž vyzvaný jako žalobce uplatňoval své nároky. Případně měl vyzvaný možnost zpochybnit samotnou přípustnost provokace. Zůstal-li ovšem nečinný, soud uvalil na jeho nároky tzv. *věčné mlčení*, tedy nadále vyloučil možnost uplatnit je úspěšně žalobou.<sup>31</sup>

<sup>23</sup> Vlastník věci mohl před shromážděním členů společnosti vyzvat, aby ten, kdo by si chtěl věc nárokovat, uplatnil své právo žalobou, jinak mu hrozilo uložení *věčného mlčení*. KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 21.

<sup>24</sup> JACOBS, M. *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, s. 105.

<sup>25</sup> *Ibidem*; ale viz odkaz na germánské právo in: MAYNARD, M. *Origines de l'action declaratoire*, s. 11. Sami glosátoři původ odvozovali z římskoprávních textů, zjevně však šlo o dezinterpretaci (VON CANSTEIN, R. *Lehrbuch der Geschichte und Theorie des oesterreichischen Civilprozessrechtes. Band 2*. Berlin: Heymann, 1882, s. 103).

<sup>26</sup> Glosátoři se od 11. století podíleli na recepci římského práva vědeckým zpracováním římskoprávních textů, do nichž vepisovali stručné poznámky (glosy).

<sup>27</sup> JACOBS, M. *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, s. 105. K rozmachu provokací v italském právu blíže MUTHER, T. *De origine processus provocatorii ex l. diffamari quem vocant commentatio*. Erlangen: Deichert, 1853, s. 19 an. a tam citovaná díla (post)glosátorů (zejm. Bartolus, Baldus); přehledově pak k vývoji a k důvodům vymizení provokací v italském právu ZUCCOTTI, F. Vivagni. XVI–XVII. *Rivista di diritto romano*. 2016–2017, n. s. I–II, núm. 16–17, s. 6–7.

<sup>28</sup> *Ibidem*, s. 105.

<sup>29</sup> KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 30.

<sup>30</sup> Patrně nemusel prokazovat (ne)existenci přímo sporného nároku. Ohledně ní tížilo důkazní břemeno až v případě navazujícího řízení vyzvaného. Blíže WITTE, K. *Gegen die Provocatio ex Lege Diffamari zulässige Einreden. Archiv für die civilistische Praxis*. 1864, Jhrg. 47, Nr. 3, s. 352.

<sup>31</sup> Uplatnil-li přesto vyzvaný již prekludované nároky, mohl se žalovaný bránit námitkou věci pravomocně rozhodnuté. KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 26 an.

Funkci určovací žaloby<sup>32</sup> plnila *remedia* do určité míry díky mechanismu *věčného mlčení* tím, že v případě nečinnosti vyzvaného (tedy aniž se zohlednil reálný základ věci)<sup>33</sup> znemožnila další prosazení nároku vyzvaného.<sup>34</sup> Fakticky tak bylo deklarováno, že nárok vyzvaného neexistuje. V případě *remedium ex l. si contendat* se postupně stalo následkem nečinnosti vyzvaného nikoliv uložení *věčného mlčení*, nýbrž prohlášení o trvalé platnosti a účinnosti ohrožených námitek.<sup>35</sup>

Lze však dodat, že již od vrcholného středověku část doktríny<sup>36</sup> opouštěla původní koncepci dvoufázového provokačního řízení a vynechala jeho první krok (výzvu). Toto tzv. *zjednodušené provokační řízení*<sup>37</sup> umožnilo přímo žádat soud *per officium iudicis*<sup>38</sup> o vyslovení (ne)existence sporného nároku, respektive námítky.<sup>39</sup> Určovací funkce se v tom případě nerealizovala zprostředkovaně, nýbrž *přímo určovací formou*, a to ještě před uzákoněním určovací žaloby.

### 1.1.2 Remedia a jejich uplatnění

Vzhledem k tomu, že *remedia* představovala výjimku ze zásady *nemo invitus agere vel accusare cogitur*,<sup>40</sup> bylo jejich uplatnění nejdříve jen omezené.

*Remedium ex l. diffamari* zprvu chránilo vyzyvatele pouze před zlovolným<sup>41</sup> otálením potenciálního žalobce s podáním žaloby.<sup>42</sup> K tomu se typicky<sup>43</sup> uvádí příklad studenta Boloňské univerzity, který chce vycestovat z vlasti. Vyčkával-li by potenciální žalobce na studentův odjezd, zbavil by jej možnosti obrany. Glosátoři dospěli k závěru, že za takové situace lze hrozícímu ohrožení předejít výzvou k podání žaloby – skrze *remedium ex l. diffamari*.<sup>44</sup>

Zásluhou papeže Inocence IV. se uplatnění *remedia ex l. diffamari* postupně rozšiřovalo.<sup>45</sup> Umožnil nástroj využít jako ochranu proti ohrožení pověsti nebo postavení.<sup>46</sup> Dále se proto nevyžadovala zlovůle vyzvaného. Díky tomu nástroj sloužil k ochraně obecně v případech nepříznivého ohrožení právní sféry vyzyvatele potencialitou uplatnění cizích nároků.<sup>47</sup>

<sup>32</sup> JACOBS, M. *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, s. 105.

<sup>33</sup> KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 32.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> WEISMANN, J. *Die Feststellungsklage: Zwei Abhandlungen*. Bonn: Adolph Marcus, 1879, s. 93; JACOBS, M. *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, s. 106.

<sup>36</sup> Podle T. Muthera (MUTHER, T. *Die Diffamationsklage*. In: MUTHER, T. – BEKKER, E. I. (ed.). *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Band 2*. Leipzig: S. Hirzel, 1858, s. 77–78) dospěl k zjednodušení *remedia* již Bartolus. Dále odkazuje na J. de Lignano, N. Spinelli de Neapoli, P. de Castro, právníky 14.–15. století.

<sup>37</sup> Srov. GESSEL-KALINOWSKA VEL KALISZ, B. *The Legal, Real and Converged Interest in Declaratory Relief*, kap. 2.02.

<sup>38</sup> Tzn. že žádost o soudcovské *officium* se neopírala o zákon, nýbrž o spravedlnost (ekvitu). MAYNARD, M. *Origines de l'action declaratoire*, s. 11. nebo WEISMANN, J. *Die Feststellungsklage: Zwei Abhandlungen*, s. 98.

<sup>39</sup> WEISMANN, J. *Die Feststellungsklage: Zwei Abhandlungen*, s. 104.

<sup>40</sup> „Nikdo nemůže být nucen žalovat nebo obviňovat proti své vůli.“ Bliže MUTHER, T. *Die Diffamationsklage*, s. 59, 96.

<sup>41</sup> Vyzvaný musel být veden závistí, podvodem nebo (zlým) úmyslem (*malitia, fraude, dolo*) – *ibidem*, s. 75.

<sup>42</sup> JACOBS, M. *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, s. 106.

<sup>43</sup> Srov. MUTHER, T. *Die Diffamationsklage*, s. 58.

<sup>44</sup> KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 28.

<sup>45</sup> MUTHER, T. *Die Diffamationsklage*, s. 66.

<sup>46</sup> *Ibidem*, s. 62–63.

<sup>47</sup> Za všechny např. KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 28. T. Muther (MUTHER, T. *Die Diffamationsklage*, s. 72, 76) upozorňuje i na omezenější přístupy k předmětu *remedii ex l. diffamari* (tak zejm. Baldus).

Pokud jde o *remedium ex l. si contendat*, jako zjednodušená forma *appellatio extrajudicialis*<sup>48</sup> umožnilo vyzývateři vyprovokovat žalobu, obával-li se, že by jinak došlo ke ztrátě jeho námitek.<sup>49</sup> Původně byly rovněž tímto nástrojem chráněny jen vybrané námitky (nejdříve námitka *beneficium divisionis*).<sup>50</sup> Jeho využití se rozšířilo teprve časem.

## 1.2 Provokace

*Remedia*, od 17. století zvaná jako *provokace*,<sup>51</sup> vykazují v dalším vývoji lokální odlišnosti, a není proto shoda na podmínkách jejich uplatnění.<sup>52</sup> Obě *remedia* prý měla prakticky splývat v jeden nástroj.<sup>53</sup> Zároveň se však lze setkat s odlišením obecných provokací (*Generalprovokationen*)<sup>54</sup> – výzvy neurčitému okruhu subjektů; speciálních provokací<sup>55</sup> – *provocationes ex l. diffamari a ex l. si contendat* nebo, úžeji, žalob pro pomluvu (*Diffamationsklagen*),<sup>56</sup> jež byly nástrojem ochrany v případech tzv. *pomluvy*.<sup>57</sup>

Mechanismus *věčného mlčení*, jehož prostřednictvím zpravidla<sup>58</sup> dosahovaly provokace určovací funkce, byl popsán výše, a nebudu se mu zde proto blíže věnovat.<sup>59</sup> Obecně k němu lze dodat snad jen to, že se dle názoru většiny k úspěchu vyzývatele nevyžadoval *zlovolný úmysl* vyzvaného.<sup>60</sup> Lze se však setkat s omezením v podobě *právního zájmu* vyzývatele.<sup>61</sup>

Část doktríny<sup>62</sup> považovala provokace za nástroj *subsidiární povahy*. Proto je vyzývatel nemohl úspěšně uplatnit, měl-li k ochraně své právní sféry k dispozici jiný právní prostředek.<sup>63</sup> Závěr o subsidiaritě byl však problematický, měl vyplývat pouze ze zařazení provokací mezi tzv. mimořádné nástroje (*remedium extraordinarium*), kam náležely jako nástroj založený na *imploratio officii iudicis*,<sup>64</sup> a to pouze z důvodu, že se subsidiarita dovozovala u jiného mimořádného nástroje – *in integrum restitutio*.<sup>65</sup> Takové mechanické vztahování

<sup>48</sup> WEISMANN, J. *Die Feststellungsklage: Zwei Abhandlungen*, s. 95. *Appellatio extrajudicialis* představovala určovací nástroj kanonické praxe, který umožňoval domáhat se určení (skrže uložení *věčného mlčení*) přímo u papeže (blíže ibidem, s. 79).

<sup>49</sup> KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 31.

<sup>50</sup> Ibidem.

<sup>51</sup> GESSEL-KALINOWSKA VEL KALISZ, B. *The Legal, Real and Converged Interest in Declaratory Relief*, kap. 2.02.

<sup>52</sup> DEGENKOLB, H. *Die Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*, s. 216; MUTHER, T. *Die Diffamationsklage*, s. 56.

<sup>53</sup> DEGENKOLB, H. *Die Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*, s. 212; WEISMANN, J. *Die Feststellungsklage: Zwei Abhandlungen*, s. 103.

<sup>54</sup> Srov. IMMERWAHR, W. *Die Verschweigung im deutschen Recht*. Breslau: W. Koebner, 1895, s. 50.

<sup>55</sup> DEGENKOLB, H. *Die Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*, s. 203. J. Weismann (WEISMANN, J. *Die Feststellungsklage: Zwei Abhandlungen*, s. 75) jako speciální provokace ovšem označuje provokace *ad opponendum*.

<sup>56</sup> DEGENKOLB, H. *Die Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*, s. 207–208.

<sup>57</sup> Na přesném obsahu a rozsahu pojmu *pomluva* přitom nebyla shoda. Viz MUTHER, T. *Die Diffamationsklage*, s. 56 an.

<sup>58</sup> V německém obecném procesu se totiž zřejmě prosadily také od středověku formované zjednodušené provokace (viz výše). WEISMANN, J. *Die Feststellungsklage: Zwei Abhandlungen*, s. 101 an.

<sup>59</sup> K němu výše nebo MUTHER, T. *Die Diffamationsklage*, s. 165.

<sup>60</sup> IMMERWAHR, W. *Die Verschweigung im deutschen Recht*, s. 50.

<sup>61</sup> KOCH, C. F. *Entwurf einer Civil-Prozeß-Ordnung für den Preußischen Staat*. J. Trautwein, 1848, s. 2; WITTE, K. *Gegen die Provocatio ex Lege Diffamari zulässige Einreden*, s. 352.

<sup>62</sup> BOPP, H. *Praktische Beiträge zur Lehre von der Aufforderung zur Klage, besonders von der Diffamationsklage*. Nebst einer historischen Einleitung. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1862, Jhrg. 45, Nr. 2, s. 200.

<sup>63</sup> Ibidem, s. 198 an. JAUP, B. *Über Provocationen zu dinglichen Klagen*. Gießen: Wilhelm Keller, 1850, s. 5 an.

<sup>64</sup> Tzn., že se žádost o soudcovské *officium* neopírala o zákon, ale o spravedlnost (ekvitu). MAYNARD, M. *Origines de l'action declaratoire*, s. 11.; též WEISMANN, J. *Die Feststellungsklage: Zwei Abhandlungen*, s. 98.

<sup>65</sup> MUTHER, T. *Die Diffamationsklage*, s. 127.

závěru o subsidiaritě na provokace, nezohledňující jejich vlastní podstatu, někteří autoři<sup>66</sup> odmítali. V pruském právu byla dokonce subsidiarita vyloučena zákonem.<sup>67</sup>

## 2. Zrod německé koncepce určovací žaloby

Současná podoba české právní úpravy určovací žaloby (srov. § 80 o. s. ř.<sup>68</sup>) vychází z formulace, již použil v roce 1895 rakouský zákonodárce (srov. § 228 öZPO<sup>69</sup>). Přejal přitom tzv. německou koncepci<sup>70</sup> určovací žaloby představenou tvůrci CPO (nyní dZPO) již v roce 1877.<sup>71</sup>

Podle § 256 odst. 1 dZPO<sup>72</sup> (původně obsahově shodného § 231 CPO<sup>73</sup>): „Žalobu na určení existence nebo neexistence právního poměru, uznání listiny nebo na určení její pravosti lze podat, pokud má žalobce právní zájem na tom, aby právní vztah nebo pravost nebo nepravost listiny byla co nejdříve určena skrze soudní rozhodnutí.“

Zakotvením určovací žaloby v Německu a v Rakousku koncem 19. století vyústil její spletitý historický vývoj. Nástin daného momentu se nám stane východiskem pro objasnění v úvodu vytyčených otázek.

### 2.1 Předkodifikační fáze

Od pozdního středověku se až do poloviny 19. století na území většiny německých zemí uplatňovalo tzv. obecné právo (*gemeines Recht*),<sup>74</sup> a to subsidiárně vůči právu partikulárnímu – mimo jiné právu zemskému (*Landrecht*).

<sup>66</sup> Kriticky např. ibidem, s. 115 an., 127 an., 149 an. Dále přehledově, sám zastánce subsidiární povahy B. Jaup (JAUP, B. *Über Provocationen zu dinglichen Klagen*, s. 5 an.).

<sup>67</sup> KOCH, C. F. *Entwurf einer Civil-Prozeß-Ordnung für den Preußischen Staat*, s. 4. Provokace totiž představovaly volitelný prostředek (*electives Rechtsmittel*), který bylo možné uplatnit namísto tzv. zjednodušeného provokačního řízení, faktické obdoby určovací žaloby (viz níže).

<sup>68</sup> „Určení, zda tu právní poměr nebo právo je či není, se lze žalobou domáhat jen tehdy, je-li na tom naléhavý právní zájem.“

<sup>69</sup> Ustanovení § 228 öZPO: „Žaloba může být podána na určení existence nebo neexistence právního vztahu či práva, na uznání pravosti listiny nebo na určení její nepravosti, má-li žalobce právní zájem na tom, aby byly daný právní vztah, právo nebo pravost listiny co nejdříve určeny soudním rozhodnutím.“ („Es kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder Rechtes, auf Anerkennung der Echtheit einer Urkunde oder Feststellung der Unechtheit derselben Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass jenes Rechtsverhältnis oder Recht oder die Urkundenechtheit durch eine gerichtliche Entscheidung alsbald festgestellt werde“).

<sup>70</sup> K pojmu srov. GESSEL-KALINOWSKA VEL KALISZ, B. *The Legal, Real and Converged Interest in Declaratory Relief*, kapitola 2.02.

<sup>71</sup> OTT, E. *Die Aufnahme der Aufforderungs- und der Feststellungsklage in Österreich*, s. 20.

<sup>72</sup> Ustanovení § 256 odst. 1 dZPO: „Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung ihrer Unechtheit kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.“

<sup>73</sup> Ustanovení § 231 CPO: „Žalobu na určení existence nebo neexistence právního vztahu, uznání listiny nebo na určení její pravosti lze podat, pokud má žalobce právní zájem na tom, aby právní vztah nebo pravost nebo nepravost listiny byla co nejdříve určena skrze soudní rozhodnutí.“ („Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältniß oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.“).

<sup>74</sup> Právo založené na tradici římského práva ovlivněné středověkými právními školami a praxí církevních soudů. Blíže VLČEK, E. Německo. In: SCHELLE, K. et al. *Právní dějiny*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, s. 256.

V mezích obecného práva se, patrně s ohledem na tehdy převládající materiální žalobní teorii,<sup>75</sup> převážně vycházelo ze zásady, že lze soudní ochranu poskytnout až v případě porušení práva (*Rechtsverletzungsgrundsatz*).<sup>76</sup> Nebylo proto představitelné, že by samotným<sup>77</sup> předmětem řízení byla učiněna existence teprve ohroženého – dosud neporušeného – právního vztahu nebo práva. Pozitivní určovací žaloba, již má být poskytnuta ochrana teprve *ohroženému* subjektivnímu právu, ani negativní určovací žaloba, u které se *existence subjektivního práva ani netvrdí*, nemohla v takových poměrech obstát.

Přesto objektivně existovala potřeba určení.<sup>78</sup> Jak bylo řečeno, alespoň částečně ji zajišťovaly, byť zprostředkovaně, různé nástroje – zejména provokační žaloby. Vzhledem k tomu, že dílem dokázaly suplovat roli určovací žaloby,<sup>79</sup> získaly si v německém obecném právu velkou oblibu.<sup>80</sup> Trpěly však řadou nedostatků.

Nevýhodu provokací představovala nákladnost a zdlouhavost dvoufázového provokačního řízení,<sup>81</sup> které k určení směřovalo zbytečnou oklikou přes výzvu k podání žaloby.<sup>82</sup> Nadto se množily případy zneužití provokační žaloby – říkalo se, že je „*pohodlným pláštěm nesmírně šikany věřitelů*“<sup>83</sup> a že „*vládne jako královna nad všemi ostatními žalobami jako nad pouhými děvečkami*“<sup>84</sup>. Bližšímu osvětlení zneužívání provokací se však literatura vyhýbá.<sup>85</sup>

Ani provokace, nejvýznamnější<sup>86</sup> určovací nástroj, tak nestačily plně uspokojovat určovací potřebu. Bylo namíště pátrat po vhodnějším řešení.

### 2.1.1 Zjednodušené provokační řízení

Ojedinelý přístup zvolilo mezi německými zeměmi Prusko, jež se roku 1793 přijetím vlastního obecného soudního řádu (AGO)<sup>87</sup> odloučilo od německého obecného práva (respektive od obecného procesu – *gemeiner Prozess*).<sup>88</sup>

<sup>75</sup> Žalobu podle římskoprávního vzoru neodlučitelně spojovala se subjektivním právem (respektive s jeho porušením). Posun nastal až s teorií abstraktního žalobního práva. Blíže WINTEROVÁ, A. Žalobní právo. *Acta Universitatis Carolinae. Iuridica*. 1979, roč. 25, č. 1–2, s. 50.

<sup>76</sup> KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 38; JACOBS, M. *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, s. 109–110.

<sup>77</sup> Později však, s ohledem na *Elementarlehre* F. C. von Savignyho, o existenci práva nebo právního poměru bylo rozhodováno s účinky právní moci automaticky v řízení o žalobě na plnění. Viz VON SAVIGNY, F. C. *System des heutigen römischen Rechts. Band 6*. Berlin: Veit, 1846, s. 313–314.

<sup>78</sup> Srov. HAHN, K. – STEGEMANN, E. *Die gesammten Materialien zu den Reichs-justizgesetzen*, s. 255.

<sup>79</sup> Viz výše.

<sup>80</sup> BORCHARD, E. *Declaratory Judgment a Needed Procedural Reform. Faculty Scholarship Series*. 1918, Vol. 28, No. 1, s. 14.

<sup>81</sup> Viz výše.

<sup>82</sup> JACOBS, M. *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, s. 112; OTT, E. *Die Aufnahme der Aufforderungs- und der Feststellungsklage in Österreich*, s. 12.

<sup>83</sup> Za „*ein bequemes Mäntelchen unsäglicher Chicane gegen Gläubiger*“ nástroj označil již v 16. století Contardus. Citováno z OTT, E. *Die Aufnahme der Aufforderungs- und der Feststellungsklage in Österreich*, s. 12.

<sup>84</sup> V originále: „*wie eine Königin über all' den übrigen Klagen als bloßen Mägden herrsche*“ – ibidem, s. 10.

<sup>85</sup> Snad preventivně z obav před dalším zneužitím. Viz např. DEGENKOLB, H. *Die Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*, s. 216.

<sup>86</sup> DEGENKOLB, H. *Die Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*, s. 203.

<sup>87</sup> *Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten* ze dne 6. 7. 1793, dále jen „AGO“.

<sup>88</sup> FIALA, J. *Historický vývoj některých procesních principů, zásad a institutů civilního procesu*. Praha: Universita Karlova, 1974, s. 30.

V § 2 části první, titulu třicátého druhého AGO<sup>89</sup> zavedlo zjednodušenou alternativu provokačního řízení: „Kdo ví, že vůči němu jiný uplatňuje určitý nárok, který nechce uznat, může sám vystoupit jako žalobce a prokázat nesprávnost a neplatnost tvrzeného nároku u soudu.“ Nástroj přitom fakticky odpovídá negativní určovací žalobě.<sup>90</sup> Nelze však zastrčit, že se jednalo jen o lokální (pruský) určovací nástroj, nadto patrně bez hlubšího teoretického zázemí. Omezenou obdobu pozitivní určovací žaloby Prusko zavedlo pro určení rozsahu a existence dědického práva.<sup>91</sup>

### 2.1.2 Žaloba o uznání

Většina německých zemí řešila nedostatky provokační *zprísňením* jejich regulace.<sup>92</sup> Úsilí se však nesetkávalo s úspěchem, a potíže s provokacemi tak přetrvávaly.<sup>93</sup>

Menšina autorů<sup>94</sup> reagovala na situaci pokusem prosadit k zajištění ochrany ohroženého právního postavení nový, tentokrát již obecný, určovací nástroj – původně pod názvem *žaloba o uznání* (*Anerkennungsklage*), později *určovací žaloba*.<sup>95</sup> Jeho přípustnost odvozovali z různých určovacích nástrojů historie – především římskoprávních.<sup>96</sup>

V první řadě byla vyzdvižována *praeiudicia*.<sup>97</sup> V návaznosti na římskoprávní tradici se v německém obecném právu bez obtíží uplatňovala k určení ve statusových věcech.<sup>98</sup> Nabízela se však otázka, zda je zpřístupnit též jiným než statusovým poměrům. Například B. Windscheid<sup>99</sup> prosazoval rozšíření předmětu *praeiudicii* celkově na práva, právní vztahy, ale také skutečnosti. Nesoulad s právní zásadou své doby, jež vylučovala preventivní soudní ochranu, odůvodnil zvláštní povahou *praeiudicii* – nepovažoval je za žalobu ve vlastním slova smyslu, nýbrž za specifický, čistě procesní útvar (*rein prozessualisches Gebilde*).<sup>100</sup> Někteří však obecné uplatnění *praeiudicii* podmiňovali rozhodným zájmem žalobce (*entschiedenes Interesse*) nebo spravedlivým důvodem (*iusta causa*).<sup>101</sup>

Doktrína se obracela při ospravedlnění žaloby o uznání též k dalším instrumentům římského práva. O. Bähr<sup>102</sup> ve svém – pro vývoj určovací žaloby přelomovém<sup>103</sup> – díle *Anerkennung als Verpflichtungsgrund* opřel svou nauku o nároku na uznání (*Anerkennungslhre*) o *Kautions-* a *Liberationsklagen*.<sup>104</sup> Objevovaly se též názory zdůvodňující

<sup>89</sup> Ustanovení § 2 části první, titulu třicátého druhého AGO: „Wenn jemand weiß, daß ein anderer sicheres gewissen Anspruchs an ihn berührt, welchen er nicht winräumen will, so steht es ihm frei, selbst als Kläger in der Hauptsache wider denselben aufzutreten und die Unrichtigkeit und Ungültigkeit des behaupteten Anspruchs richterlich auszuführen.“ Citováno z KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 33.

<sup>90</sup> Srov. ROCHOLL, C. *Die Feststellungsklage im heutigen Klagensysteme. Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß*. 1885, Jhrg. 8, s. 360.

<sup>91</sup> KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 35.

<sup>92</sup> OTT, E. *Die Aufnahme der Aufforderungs- und der Feststellungsklage in Österreich*, s. 12.

<sup>93</sup> WITTE, K. *Gegen die Provocatio ex Lege Diffamari zulässige Einreden*, s. 348.

<sup>94</sup> Viz níže.

<sup>95</sup> K překryvu obou pojmenování blíže DEGENKOLB, H. *Die Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*, zejm. s. 168.

<sup>96</sup> KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 35 an.

<sup>97</sup> K nim blíže HEYROVSKÝ, L. *Římský civilní proces*. Bratislava: Právnická fakulta v Bratislavě, 1925, s. 177 an.

<sup>98</sup> KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 35.

<sup>99</sup> WINDSCHEID, B. *Die actio des römischen Civilrechts: vom Standpunkte des heutigen Rechts*. Buddeus, 1856, s. 18.

<sup>100</sup> KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 36.

<sup>101</sup> Blíže ibidem.

<sup>102</sup> BÄHR, O. *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*. Cassel: Wigand, 1867, s. 316, 319.

<sup>103</sup> Viz níže.

<sup>104</sup> Blíže BÄHR, O. *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, s. 319.

určovací žaloby pomocí *actionem confessoria* pro určení existence reálného břemena nebo *interdictum uti possidetis* pro určení držebních vztahů.<sup>105</sup>

V teorii probíhající diskuse o původu – a vůbec připuštění – žalob o uznání se dílem promítla též v judikatuře.<sup>106</sup> Soudní praxe jejich přípustnost ovšem dovozovala jen pro nahodilé případy, nadto zpravidla bez bližšího zdůvodnění, případně s odkazy na „*převládající teorii a praxi*“<sup>107</sup> nebo nejrůznější instituty římského práva (zejm. *praeiudicia*, *Kautionsklagen* nebo *interdicta uti possidetis*).<sup>108</sup> Nezřídka přitom judikatura požadovala právní zájem žalobce (*rechliches Interesse*).<sup>109</sup>

## 2.2 Kodifikační fáze

Postupný příklon doktríny a judikatury k novému konceptu žaloby o uznání se od druhé poloviny 19. století promítá v některých *zemských právních úpravách*. S žalobou o uznání (často již pod označením *určovací žaloba – Feststellungsklage*) počítá poprvé v roce 1851 bádenská, dále například v roce 1856 kurhesenská, v roce 1963 württemberská či saská právní úprava.<sup>110</sup> V některých případech<sup>111</sup> je pro svou prý hmotněprávní povahu upravena nikoliv v procesních, nýbrž v hmotněprávních kodexech.

Bylo jen otázkou času, kdy „*naléhavou, skutečně neodvratnou potřebu určení existence právního vztahu*“<sup>112</sup> vyslyší též tvůrci *celoněmecké* procesní kodifikace. Zahrnout určovací žalobu jim stále bránily teoretické překážky v podobě výše naznačené materiální žalobní teorie a s ní korespondující zásady, jež přiznávala soudní ochranu pouze *porušenému* subjektivnímu právu. Jak bylo popsáno, pozitivní určovací žaloba chránící teprve *ohrožené* subjektivní právo ani negativní určovací žaloba, u které se *existence subjektivního práva ani netvrdí*, nemohla v intencích materiální žalobní teorie obstát.

Most mezi materiální žalobní teorií a potřebou ochrany *teprve ohrožené* právní sféry postavil O. Bähr<sup>113</sup> tzv. naukou o uznání (*Anerkennungslehre*):

Ve svém díle *Anerkennung als Verpflichtungsgrund* si položil otázku, zda má věřitel samostatné právo na uznání (*Recht auf Anerkennung*) své pohledávky před tím, než může požadovat plnění, případně zda dlužníku náleží právo na uznání, že jeho dluh zanikl. Bylo-li by porušeno takové samostatné právo na uznání, nutně by musela být k dispozici žaloba k jeho ochraně. Žaloba na plnění však byla podle O. Bähra příliš široká – obsahovala by *něco nadbytečného* (*etwas Überflüssiges*). Ochranu tak měla zajistit nová žaloba zaměřená toliko na určení právního vztahu (*Klage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses*).

<sup>105</sup> Blíže KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 37–38.

<sup>106</sup> ROCHOLL, C. *Die Feststellungsklage im heutigen Klagensysteme*, s. 337, 340 an.

<sup>107</sup> V originále „*herrschende Theorie und Praxis*“. Ale viz rozsudek Vrchního zemského soudu v Mnichově z 20. 12. 1870 citovaný v: KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 40.

<sup>108</sup> *Ibidem*, s. 38 an.

<sup>109</sup> *Ibidem*.

<sup>110</sup> Označení *Feststellungsklage* (určovací žaloba) přitom zřejmě vzešlo z nauky o uznání (*Anerkennungslehre*) O. Bähra – k ní viz níže. Blíže *ibidem*, s. 42 an.

<sup>111</sup> Srov. § 147 saského občanského zákoníku z roku 1963 (*das Bürgerliche Gesetzbuch für Königreich Sachsen*) – *ibidem*, s. 43.

<sup>112</sup> V originále „*dringendes, ja unabweisbares Bedürfnis, den Bestand eines Rechtsverhältnisses, [...] festzustellen*“. HAHN, K. – STEGEMANN, E. *Die gesammten Materialien zu den Reichs-justizgesetzen*, s. 255.

<sup>113</sup> BÄHR, O. *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, s. 314 an.

V návaznosti na výše naznačené otázky O. Bähr<sup>114</sup> představil tezi, podle které z *právního poměru* vzrůstá vedle nároku na plnění též *samostatně uplatnitelný* hmotněprávní nárok žalobce na určení. Tento samostatný nárok na určení může být dle jeho názoru *porušen*. V takovém případě vzniká právo domáhat se *ochrany porušeného nároku na určení* určovací žalobou. Přitom zdůraznil, že má být určovací žaloba k dispozici jen v potřebných případech, tedy *ex iusta causa*.<sup>115</sup> Podobu tohoto požadavku však nijak nepřiblížil – ponechal ji na praxi.

Práve nauka O. Bähra, jež se díky konstrukci *porušeného nároku na uznání* vypořádala s materiální žalobní teorií, se stala tvůrcům CPO východiskem pro přípustění určovací žaloby.<sup>116</sup> Nakonec se tak roku 1877 určovací žaloba propjala (i přes domněnku o její hmotněprávní povaze)<sup>117</sup> do celoněmeckého CPO (původně do § 231; později pod obsahově shodný § 256 odst. 1 dZPO),<sup>118</sup> a to namísto provokační žaloby.<sup>119</sup>

### 3. Význam provokací pro koncepci určovací žaloby

Po představení provokační žaloby a procesu kodifikace německé koncepce určovací žaloby lze přistoupit k zodpovězení výše formulované otázky, *a) zda se provokační žaloba podílela na kodifikaci určovací žaloby*. Bude-li podíl provokace na vzniku určovací žaloby potvrzen, můžeme se věnovat otázce *b) jak se projevil na – dodnes uplatňované – koncepci určovací žaloby*.

#### 3.1 Působení provokací při kodifikaci určovací žaloby

Podle zahraničních autorů<sup>120</sup> *nelze identifikovat konkrétního předchůdce určovací žaloby*. Její přijetí německým zákonodárcem v 19. století, je výsledkem *spojení* do té doby roztržitých určovacích nástrojů a reakcí na po staletí určovacími nástroji upevnovanou určovací myšlenku (*Feststellungsgedanke*).<sup>121</sup>

---

<sup>114</sup> Ibidem, s. 316 an.

<sup>115</sup> Ibidem, s. 320.

<sup>116</sup> Tomu nasvědčují doslovně převzaté pasáže z díla O. Bähra *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* v materiálních k CPO (HAHN, K. – STEGEMANN, E. *Die gesamten Materialien zu den Reichs-justizgesetzen*, s. 255–257). Srov. též OTT, E. *Die Aufnahme der Aufforderungs- und der Feststellungsklage in Österreich*, s. 18.

<sup>117</sup> OTT, E. *Die Aufnahme der Aufforderungs- und der Feststellungsklage in Österreich*, s. 16.

<sup>118</sup> Citace ustanovení viz výše.

<sup>119</sup> Někteří krok kritizovali a prosazovali jejich zachování (např. k určení *držby* – DEGENKOLB, H. *Die Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*, s. 227). Částečně se odrazily v tzv. vyzývacím řízení [*Aufgebotsverfahren*, srov. § 823 an. CPO, respektive § 946 an. dZPO, účinného do 1. 9. 2009; od 1. 9. 2009 vyzývací řízení upravuje § 433 an. Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit z 17. 12. 2008 (BGBl. I. S. 2586, 2587)]. V té souvislosti lze upozornit, že se provokace prosadily rovněž mimo středoevropský prostor – *dodnes* se uplatňují např. ve španělské soudní praxi (srov. *sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1988*, núm. 421; k recentní aplikaci provokací blíže GARCÍA RODULFO, L. *La vigencia de la acción de jactancia: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid: Dykinson, 2021) či v Chile (srov. čl. 269 an. Código de Procedimiento Civil de Chile, Ley N. 1552, ze dne 28. 8. 1902).

<sup>120</sup> JACOBS, M. *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, s. 122; KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 47.

<sup>121</sup> Tak KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 50–51.

Z materiálů k CPO pak plyne, že německá koncepce určovací žaloby navázala na *pra-iudicia*, na právní úpravy (již dříve určovací žalobu uznávajících) německých zemí, jež samy vycházely z různých římskoprávních nástrojů, a na návrhy k CPO.<sup>122</sup> Jako teoretický podklad posloužila tvůrcům CPO *nauka o uznání* O. Bähra opřená o *Kautions- a Liberationsklagen*.<sup>123</sup>

Pokud jde o provokace, při kodifikaci se na ně tvůrci CPO výslovně neodkazují a nezmiňují ani jejich zjednodušenou podobu uplatňovanou v Prusku.<sup>124</sup> Přesto jim roli v procesu přijetí určovací žaloby nelze upřít.<sup>125</sup> Jak bylo popsáno, k uzákonění určovací žaloby došlo v reakci na nedostatky dosavadních určovacích nástrojů – především<sup>126</sup> provokací, jež pro svou těžkopádnost, jakož i pro množící se případy jejich zneužití, nadále nemohly postačovat.

Lze proto uzavřít, že ačkoliv výslovné odkazy na provokace při kodifikaci určovací žaloby nenalezneme, rovněž působily jako jeden z faktorů na přijetí určovací žaloby, a na její podobě tak mohly mít svůj podíl.

### 3.2 Odraz provokací v koncepci určovací žaloby

V rámci současné koncepce určovací žaloby zakotvené v české právní úpravě limitují její uplatnění zaprvé požadavek *právního zájmu na určení*; zadruhé specifická povaha právního zájmu – jeho *naléhavost*, respektive zájem na okamžitém, co nejdřívějším určení, zatřetí *předmět určení* (srov. § 80 o. s. ř., respektive § 256 odst. 1 dZPO a § 228 öZPO).<sup>127</sup>

Vyplývá, že provokace mohou mít jako jeden z faktorů působících při kodifikaci určovací žaloby podíl na její podobě. Odrazu provokací v koncepci určovací žaloby se proto věnuje další text.

#### 3.2.1 Odraz v požadavku právního zájmu a jeho naléhavosti

První omezení určovací žaloby představuje požadavek *právního zájmu na určení*. Česká právní úprava jej rozvíjí přívlastkem *naléhavý* (srov. § 80 o. s. ř.), čemuž v německé a rakouské předloze odpovídá<sup>128</sup> zájem *na okamžitém určení* (srov. § 256 odst. 1 dZPO a § 228 öZPO). Vzhledem k tomu, že materiálie k CPO požadavky nerozlišují, pojednává o nich další text společně.<sup>129</sup>

<sup>122</sup> HAHN, K. – STEGEMANN, E. *Die gesammten Materialien zu den Reichs-justizgesetzen*, s. 255–257.

<sup>123</sup> Viz výše.

<sup>124</sup> Ve vztahu k Prusku se materiálie k CPO neodkazují na jeho tehdejší přístup, nýbrž toliko na jeho návrhy k CPO. HAHN, K. – STEGEMANN, E. *Die gesammten Materialien zu den Reichs-justizgesetzen*, s. 256.

<sup>125</sup> Shodně KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 34.

<sup>126</sup> Vzhledem k jejich roli jako nejvýznamnějšího určovacího nástroje, viz DEGENKOLB, H. *Die Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*, s. 203.

<sup>127</sup> PULKRÁBEK, Z. *Žaloby o určení „právní skutečnosti“*, s. 54–56.

<sup>128</sup> Lze mít za to, že volba přívlastku *naléhavý*, namísto *na okamžitém určení*, představovala jen terminologickou změnu. Shodně GEŠKOVÁ, K. *Určovací žaloba*. Bratislava: C. H. Beck, 2023, s. 23, pozn. pod čarou č. 82. Odluka od dosavadního (rakouského) významu neplyne ani z důvodové zprávy, viz RUBEŠ, J. (ed.). *Občanský soudní řád*. Praha: Orbis, 1951, s. 321.

<sup>129</sup> K jejich teoretickému rozlišení blíže PULKRÁBEK, Z. *Žaloby o určení „právní skutečnosti“*, s. 54–55.

Obsah požadavku *právního zájmu* ani zájmu *na okamžitém určení* materiálie k CPO ne-přibližují.<sup>130</sup> Objasňují jen jejich celkový účel – měly zabránit zneužití určovací žaloby.<sup>131</sup> Tvůrci CPO se totiž obávali, „že by právo podat žalobu mohlo vést k velkému obtěžování“.<sup>132</sup> Jeho podobu však nekonkretizují. Nabízí se tak uvažovat o obtěžování *a) žalovaných šikanózním uplatňováním určovací žaloby* i *b) soudů jejich přetěžováním*.<sup>133</sup>

Měl-li požadavek *právního zájmu na okamžitém určení* (respektive naléhavého *právního zájmu*) reagovat na *a) obavy z obtěžování žalovaných*, jednalo se zřejmě o odraz zkušeností s provokacemi. Jak bylo nastíněno, byly totiž provokace zneužívány k šikaně, pročež byly také omezovány *právním zájmem vyzyvatele*.<sup>134</sup> Lze tedy předpokládat, že se tvůrci CPO zakotvením požadavku *právního zájmu na okamžitém určení* snažili problémů provokací vyvarovat, tedy že určovacím žalobám provokace v tomto ohledu posloužily jako negativní vzor. Uvedené má přitom význam pro další úvahy o pojetí *naléhavého právního zájmu* v současných právních poměrech.<sup>135</sup>

Na *b) obavy z přetěžování soudního systému* má reagovat tzv. zásada subsidiarity určovací žaloby. Podle ní lze určovací žalobu uplatnit úspěšně pouze v případě, kdy žalobce nemá k dispozici jiný (vhodnější) prostředek ochrany.<sup>136</sup> Původně však určovací žaloba jako subsidiární nástroj koncipována nebyla, dané pojetí se prosadilo až dodatečně – v soudní praxi.<sup>137</sup>

Vzhledem k tomu, že provokace (jako jeden z předchůdců určovací žaloby) byly rovněž chápány jako nástroj subsidiární povahy,<sup>138</sup> nelze teoreticky vyloučit<sup>139</sup> jejich možný podíl na zformování subsidiarity u určovacích žalob.

Jak však bylo vysvětleno, subsidiární povaha provokací byla odůvodněna výlučně jejich zařazením mezi tzv. *mimořádné nástroje*, kam náležely jako prostředek založený na *imploratio officii iudicis*.<sup>140</sup> Určovací žaloba dané kritérium, které bylo rozhodující pro závěr o subsidiaritě provokací, nesplňuje. Nespočívá totiž na *imploratio officii iudicis*,<sup>141</sup> a tedy mimořádný nástroj, kterým byly provokace, nepředstavuje. Proto ačkoliv se určo-

<sup>130</sup> Srov. DEGENKOLB, H. *Die Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*, s. 174.

<sup>131</sup> Zároveň byla odmítnuta, do té doby misty uznávaná, možnost připustit určovací žalobu pouhým souhlasem žalovaného. HAHN, K. – STEGEMANN, E. *Die gesamten Materialien zu den Reichs-justizgesetzen*, s. 257.

<sup>132</sup> V originále „daß das Klagerecht zu Großer Belästigung gereichen könne“ – ibidem.

<sup>133</sup> Viz účel *právního zájmu* dle GEŠKOVÁ, K. *Určovací žaloba*, s. 83.

<sup>134</sup> Viz výše.

<sup>135</sup> Je otázka, zda lze obavy ze zneužití, jak k němu docházelo u provokací, přenášet rovněž na určovací žalobu. Ta totiž spočívá na od provokací odlišné konstrukci; není založena na uložení věčného mlčení vyzvanému (v provokačním řízení žalovanému), který nepodal (sám pak jako žalobce zatížený důkazním břemenem) žalobu v prekluzivní lhůtě (k tomu bliže např. MUTHER, T. *Die Diffamationsklage*, s. 165 an.). Dle mého názoru je pohledem současné praxe (viz např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 15. 9. 2021, sp. zn. 22 Cdo 695/2021) srovnání určovacích žalob s provokacemi (viz DEGENKOLB, H. *Die Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*, s. 227 an.) překonané. Domnívám se proto, že obavy ze zneužití, jak nastávalo u provokací, nejsou na místě. Na přečeňování obav přitom upozorňuje např. též GEŠKOVÁ, K. *Určovací žaloba*, s. 184 an.

<sup>136</sup> K proměně významu pojmu GEŠKOVÁ, K. *Určovací žaloba*, s. 166.

<sup>137</sup> Podle E. M. Borcharda (BORCHARD, E. *Declaratory Judgment a Needed Procedural Reform*, s. 19) v roce 1881; viz též rozhodnutí citovaná C. Rochollem, zejm. rozsudek III. civilního senátu říšského soudu (*Reichsgericht*) ze dne 3. 3. 1881 (ROCHOLL, C. *Die Feststellungsklage im heutigen Klagensysteme*, s. 330 an.).

<sup>138</sup> Viz výše.

<sup>139</sup> Není mi známo (viz v tomto textu cit. literaturu), že by bylo zřejmé, z jakého konkrétního zdroje (nástroje), judikatura subsidiaritě dovodila.

<sup>140</sup> Viz výše.

<sup>141</sup> Tj. rozhodnutí o ní není opřeno o ekvitu, nýbrž o zjištěný skutkový stav.

vací žaloba považuje za nástupce provokací, subsidiární povahu určovací žaloby od provokací bez dalšího odvozovat nelze. Uvedené přitom bude třeba zohlednit při dalším zvažování subsidiárního pojetí určovací žaloby.<sup>142</sup>

Lze shrnout, že požadavky *právního zájmu*, a sice *na okamžitém určení*, měly dle tvůrců CPO zabránit zneužívání určovací žaloby. Možné obavy z *šikany žalovaných* lze považovat za odraz negativní zkušenosti s provokacemi. *Přetěžování soudního systému* má bránit tzv. zásada subsidiarity určovací žaloby, jejíž uplatnění u určovací žaloby však nelze bez dalšího odvozovat od – v historii rovněž subsidiární – provokace.

### 3.2.2 Odraz v předmětu určení

Vedle *právního zájmu* a jeho *naléhavosti* představuje další mez určovací žaloby předmět, jehož určení se může žalobce domáhat. Podle § 80 o. s. ř. jím je pouze *právo* nebo *právní poměr*. Rakouská a německá právní úprava nadto umožňují určení *pravosti listiny*, jemuž se však s ohledem na jen zanedbatelný praktický přínos<sup>143</sup> nebudu dále věnovat.

*Právní poměr* byl za předmět určení, zřejmě v návaznosti na jednotlivé zemské právní úpravy,<sup>144</sup> zvolen již tvůrci CPO.<sup>145</sup> Jen marně bychom však pátrali po hlubších důvodech, které je k tomu vedly. Materiálke k CPO v té souvislosti nenabízí žádné bližší vysvětlení.<sup>146</sup> Východiskem se zjevně nestaly provokace, jejichž prostřednictvím se šlo k určení *nároku* (respektive *námítky*).<sup>147</sup> Jak upozornil Z. Pulkrábek,<sup>148</sup> výběr přímo *právního poměru* jako předmětu určení tak lze zřejmě považovat spíše za neuvědomělý odraz stupně vývoje diferenciacie hmotného a procesního práva než za výsledek pečlivé úvahy. Tomu nasvědčují následující důvody:

Jak bylo vysvětleno, určovací žaloba vznikala v poměrech materiální žalobní teorie – soudní ochrana náležela jen *porušenému* právu. Tvůrci CPO proto přípustnost určovací žaloby odůvodnili naukou o uznání O. Bähra.<sup>149</sup> Vycházeli tak z představy, že z *právního poměru* vzrůstá vedle nároku na plnění též *samostatně uplatnitelný* hmotněprávní nárok žalobce na určení. V případě porušení tohoto samostatného nároku na určení vzniká právo domáhat se jeho ochrany určovací žalobou.

Jako předmět určení se ve světle nauky o uznání O. Bähra nabízí buď samotný *nárok na určení*, anebo *právní poměr*, z něž nárok na určení vzniká. Přímou porušený nárok na určení však, domnívám se, předmětem určení nemohl být učiněn, neboť nebyla známá jeho konkrétní podoba.<sup>150</sup> Lze proto souhlasit se Z. Pulkrábkem,<sup>151</sup> že jiné vymezení předmětu určení – než *právního poměru* – patrně nepřipadalo v úvahu.

<sup>142</sup> Otázce subsidiarity se autorka plánuje věnovat v samostatném textu; viz diskuze v zahraniční literatuře (k tomu přehledově GEŠKOVÁ, K. *Určovací žaloba*, s. 165 an.).

<sup>143</sup> Srov. WINTEROVÁ, A. *Žaloba v občanském právu procesním*, s. 57–58.

<sup>144</sup> KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 43.

<sup>145</sup> Srov. § 231 CPO.

<sup>146</sup> Materiálke k CPO předmět určení přibližují pouze ve vztahu k *pravosti listiny* (HAHN, K. – STEGEMANN, E. *Die gesamten Materialien zu den Reichs-justizgesetzen*, s. 256). Srov. též PULKRÁBEK, Z. *Žaloby o určení „právní skutečnosti“*, s. 42.

<sup>147</sup> Viz výše nebo srov. KOCH, C. F. *Entwurf einer Civil-Prozeß-Ordnung für den Preußischen Staat*, s. 2.

<sup>148</sup> PULKRÁBEK, Z. *Žaloby o určení „právní skutečnosti“*, s. 42.

<sup>149</sup> Viz HAHN, K. – STEGEMANN, E. *Die gesamten Materialien zu den Reichs-justizgesetzen*, s. 255–257.

<sup>150</sup> MACUR, J. *Právo procesní a právo hmotné*. Brno: Masarykova univerzita, 1993, s. 29.

<sup>151</sup> PULKRÁBEK, Z. *Žaloby o určení „právní skutečnosti“*, s. 42.

Prostor pro odlišnou volbu předmětu určení nadto nedávala ani některými autory<sup>152</sup> prosazovaná *anticipační povaha* určovací žaloby. V jejich pojetí mělo pravomocné určení význam jedině díky v budoucnu hrozícímu sporu o žalobě na plnění. Určovací žaloba, která jen předcházela (anticipovala) žalobě na plnění, proto měla směřovat k pravomocnému vyřešení *právního vztahu* jako základu, z něž v budoucnu nárok na plnění vzejde.<sup>153</sup>

Z uvedeného se podává, že provokace neovlivnily *konkrétní podobu* předmětu určení. Její volba patrně vzešla z dnes již překonaných představ ovlivněných materiální žalobní teorií.<sup>154</sup> Přesto nejsou provokace pro současnou koncepci předmětu určení bez významu. Na základě výše popsaného vývoje provokací lze totiž podpořit tradiční snahy<sup>155</sup> o rozšíření předmětu určení.

Provokace (respektive *remedia*) původně chránily pouze nároky rušené zlovolným otálením s podáním žaloby, případně námitku *beneficii divisionis*. Časem se však zóna jejich ochrany (*Rechtsschutzzone*)<sup>156</sup> rozšířila – vyvinuly se v obecně použitelné nástroje, i když, vzhledem ke konstrukci provokačního řízení,<sup>157</sup> zřejmě jen pro *nároky* a *námítky* ohrožené újmou nebo pomluvou. K zobecnování, případně rozšiřování, předmětu určení přitom inklinovaly v dějinách i další určovací nástroje.<sup>158</sup> Historické tendence provokací lze proto považovat za další argument,<sup>159</sup> kterým by bylo možné podpořit rozšíření předmětu určení.

K *právnímu poměru* přidal rakouský zákonodárce – na nějž navazuje i česká právní úprava (srov. § 80 o. s. ř.) – jako možný předmět určení rovněž *právo*.<sup>160</sup> Podle E. Otta<sup>161</sup> šlo o reakci na vymizení provokačních žalob z právního řádu. Rozšířením měla být zaplněna mezera vzniklá vyloučením provokačních žalob v případech, kdy bylo třeba určení práv vzešlých z mezi stranami *nesporných* právních vztahů.<sup>162</sup> Tehdy převažující<sup>163</sup> názory totiž pro úspěch určovací žaloby požadovaly *spornost* určovaného právního vztahu.

<sup>152</sup> ROCHOLL, C. *Die Feststellungsklage im heutigen Klagensysteme*, s. 345, 370–371, 380 an.; WEISMANN, J. *Die Feststellungsklage: Zwei Abhandlungen*, s. 155 an.

<sup>153</sup> ROCHOLL, C. *Die Feststellungsklage im heutigen Klagensysteme*, s. 369; WEISMANN, J. *Die Feststellungsklage: Zwei Abhandlungen*, s. 155.

<sup>154</sup> Srov. PULKRÁBEK, Z. *Žaloby o určení „právní skutečnosti“*, s. 45 an.

<sup>155</sup> I sám rakouský zákonodárce zvažoval rozšíření, a to na právně významné skutečnosti (*rechtshebliche Tatsachen*) – OTT, E. *Soustavný úvod ve studium nového řízení soudního: Díl II., Část zvláštní. Oddělení I: Řízení v I. instanci*. Praha: Česká akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění, 1898, s. 20–21. Dále např. TRZASKALIK, C. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*. Berlin: Duncker & Humblot, 1978; ZEUNER, A. *Überlegungen zum Begriff des Rechtsverhältnisses i. S. von § 256 ZPO*. In: GOTTWALD, P. – ROTH, H. *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag Herausgegeben*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. Odlišně však JACOBS, M. *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*.

<sup>156</sup> K pojmu srov. TRZASKALIK, C. *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*, s. 17 an.

<sup>157</sup> V provokačním řízení žalovaný nutí vyzvaného k uplatnění nároku nebo námítky (viz výše). Jen tyto proto mohly být předmětem zprostředkovaného určení.

<sup>158</sup> Např. vyzvání k obraně. Tendenci lze odvodit i z množství římskoprávních nástrojů a dílem též z *praeiudicii* (do kogničního procesu). KADEL, H. *Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung*, s. 13, 21.

<sup>159</sup> Dále lze argumentovat požadavkem na řádné a úplné poskytování soudní ochrany subjektivním právům a právem chráněným zájmům. Blíže PULKRÁBEK, Z. *Žaloby o určení „právní skutečnosti“*, s. 54.

<sup>160</sup> OTT, E. *Die Aufnahme der Aufforderungs- und der Feststellungsklage in Österreich*, s. 21.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

<sup>163</sup> Srov. DEGENKOLB, H. *Die Anerkennungs- oder Feststellungsklagen*, s. 137–138. Podle H. Degenkolba (*ibidem*, s. 164 an.) se však tvůrci CPO podmínky spornosti (*Bestrittenheit*) právního vztahu vzdali. V některých případech od ní proto lze upustit. Stejně tak soudní praxe (viz rozhodnutí Stuttgartského vrchního tribunálu ze dne 12. září 1873 citované *ibidem*, s. 185).

S takovou představou však dle mého názoru souhlasit nelze. Subjektivní právo se obvykle<sup>164</sup> spojuje s právním vztahem jako jeho vyjádření nebo součást.<sup>165</sup> Tak bylo zřejmě chápáno i v dobách kodifikace určovací žaloby, když F. C. von Savigny považoval subjektivní právo za pouhou „zvláštní, abstrakcí vyčleněnou stránku“ právního vztahu.<sup>166</sup> Rovněž sám E. Ott měl, pokud jde o obligační právní poměry, za to, že „vznik oprávnění proti určité osobě pojí se ke vzniku právního poměru“.<sup>167</sup> Odlišně přistupoval k právním poměrům s absolutní povahou – jejich určení bylo dle jeho názoru možné samo o sobě, aniž existovalo „oprávnění pro žalobce k vymáhání určité povinnosti“.<sup>168</sup>

S přihlédnutím k naznačeným představám, podle nichž se *subjektivní právo* spojuje s (obligačním) *právním vztahem*, a to jako jeho součást či vyjádření, pak nelze přisvědčit názoru, že samo rozšíření předmětu určení z *právního vztahu* na *právo* (jež je součástí, vyjádřením právního vztahu) umožní určit *nesporný* obligační právní vztah. Ve světle úvah E. Otta přitom nelze rozšíření předmětu určení na *právo* odůvodnit ani *absolutními právními poměry*, neboť ty mohly být předmětem určení samy o sobě, bez ohledu na vznik subjektivního práva. Přínosu provokační žaloby pro rozšíření předmětu určení na *právo*, které navíc samo o sobě prakticky nemělo dopad,<sup>169</sup> proto zřejmě není třeba přikládat větší význam.

Lze shrnout, že provokace patrně neovlivnila volbu *právního vztahu* jako předmětu určení. Jestliže rozšířením na *právo* rakouský zákonodárce reagoval na vymizení provokací, aby umožnil určení *nesporných* právních vztahů, jak se domnívá E. Ott,<sup>170</sup> přehlédl, že rozšíření o právo samo o sobě na možnost určení nesporného právního vztahu vliv nemá. Nelze však popřít přínos provokací pro další úvahy o pojetí předmětu určení, neboť jejich historický vývoj podporuje *tendence k rozšiřování zóny ochrany* určovací žaloby.

## Závěr

Určovací žaloba byla jako obecný prostředek ochrany na našem území akceptována převážně až v 19. století. Do té doby plnily její roli různé určovací nástroje. Jak bylo nastíněno, současná podoba určovací žaloby představuje jejich spojení. Rovněž provokace, nejvýznamnější z tehdejších určovacích nástrojů, tak měly podíl na kodifikaci určovací žaloby.

Jednak se na pozadí problematické praxe provokačního řízení zrodily snahy o nalezení nového určovacího nástroje, čímž provokace vytvořily prostor pro přijetí určovací žaloby. Jednak se provokace odráží v koncepci určovací žaloby – zejména v jejím omezení *právním zájmem* a jeho *naléhavostí*.

<sup>164</sup> K. Gešková (GEŠKOVÁ, K. *Určovací žaloba*, s. 25) upozorňuje s odkazem na M. Hlušáka na subjektivní práva, jež stojí mimo právní poměr, konkrétní příklad však neuvádí. Za výjimku lze též považovat absolutní právní poměry (PULKRÁBEK, Z. *Žaloby o určení „právní skutečnosti“*, s. 42, pozn. pod čarou č. 12).

<sup>165</sup> Srov. PULKRÁBEK, Z. *Žaloby o určení „právní skutečnosti“*, s. 41–42; WINTEROVÁ, A. *Žaloba v občanském právu procesním*, s. 56.

<sup>166</sup> V originále „jedes einzelne Recht nur eine besondere, durch Abstraction ausgeschiedene Seite darstellt“ – VON SAVIGNY, F. K. *System des heutigen römischen Rechts. Band 1*. Berlin: Veit, 1840, s. 7.

<sup>167</sup> OTT, E. *Soustavný úvod ve studium nového řízení soudního: Díl II., Část zvláštní. Oddělení I: Řízení v I. instanci*, s. 19.

<sup>168</sup> *Ibidem*.

<sup>169</sup> PULKRÁBEK, Z. *Žaloby o určení „právní skutečnosti“*, s. 42; ŠŤASTNÝ, M. *Civilní žaloba v právu československém*. Praha: Knihovna sborníku věd právních a státních, 1934, s. 184; WINTEROVÁ, A. *Žaloba v občanském právu procesním*, s. 56.

<sup>170</sup> OTT, E. *Die Aufnahme der Aufforderungs- und der Feststellungsklage in Österreich*, s. 21.

Požadavky *právního zájmu* na určení a jeho *naléhavosti* (respektive *právního zájmu*, a sice *na okamžitém určení*) měly dle tvůrců CPO zabránit zneužívání určovací žaloby. Lze mít za to, že obavy z *šikany žalovaných* vyvstaly pod vlivem negativního vzoru provokační žaloby. *Přetěžování soudního systému* má bránit tzv. zásada subsidiarity určovací žaloby. Její uplatnění nelze bez dalšího podpořit odkazem na – v historii rovněž subsidiární – provokace. Subsidiarita provokací byla totiž dovozena ze systematického zařazení mezi tzv. mimořádné nástroje, což není případ určovací žaloby.

Pokud jde o *předmět určení*, provokační žaloby neovlivnily volbu *právního vztahu* jako předmětu určení. Navíc rozšířil-li rakouský zákonodárce předmět určení o *právo* v reakci na vymizení provokací, aby umožnil určení práv vzešlých z *nesporných* právních vztahů, přehlédl, že samo rozšíření o právo, které je obvykle považováno za součást právního vztahu, určení nesporných vztahů nezajistí. Provokacím nicméně nelze upřít přínos pro další úvahy o pojetí předmětu určení. Jejich historický vývoj totiž *podporuje tendence k rozšiřování zóny ochrany* určovací žaloby.

## **The Role of Provocations in Shaping the Concept of the Declaratory Action**

Lenka Šromová (<https://orcid.org/0009-0005-3550-3075>)

**Abstract:** As a general instrument of legal protection, the declaratory action was adopted in Central Europe primarily during the 19th century. Doubts regarding the position of the declaratory action within the legal system were dispelled with the enactment of the German Code of Civil Procedure in 1877. Czech legal regulation – indirectly, through Austrian law – follows the German concept. The final form of the German model is the result of the development of declaratory instruments, which – partially – fulfilled the function of declaratory actions. The declaratory action was intended to replace the most important declaratory instrument: the so-called provocatio. This text therefore addresses the role of the provocaciones in the adoption and formation of the German concept of declaratory action, which was later incorporated into Czech law. As a negative model, the provocaciones influenced the development of the requirement of legal interest in the declaration and the urgency of such interest. However, it cannot be concluded that the subsidiarity of provocatio per se serves as a basis for viewing the declaratory action as a subsidiary instrument. The provocaciones did not have a significant impact on the formulation of the subject matter of the declaration – which, under current Czech law, may only concern a legal relationship or a right. Nonetheless, it may support arguments in favor of expanding the subject matter of declaration.

**Keywords:** provocatio, declaratory action, summons to action, provocaciones, urgent legal interest, subject matter of declaration