

20c

II. díl. cel.

————— KNIHOVNA —————
SBORNÍKU VĚD PRÁVNÍCH A STÁTNÍCH,

VYDÁVANÁ

S PODPOROU ČESKÉ AKADEMIE CÍSAŘE FRANTIŠKA JOSEFA
PRO VĚDY, SLOVESNOST A UMĚNÍ.

A) ŘADA PRÁVOVĚDECKÁ. Čís. XXIV.

O MATERIÁLNĚ-PRÁVNÍCH
FUNKCÍCH POJISTKY. *5112/II*

DÍL PRVÝ. *Číslo 2208/II*

NAPSAL

JAROMÍR SEDLÁČEK,

DOKTOR PRÁV.



V PRAZE.

VYDAVATEL A NAKLADATEL: „SBORNÍK VĚD PRÁVNÍCH A STÁTNÍCH“
(BURSÍK & KOHOUT V PRAZE).

1911.

KAPITOLA ÚVODNÍ.

I. Kdo zabývá se soudobým právem pojišťovacím soukromým, ten stále a stále naráží na řadu velmi zajímavých otázek, které poskytují vděčné poleh teoretickému bádání. Pojišťovací smlouva, toto legitimní dítě obchodní usance, byla právě v devatenáctém století oficiálním právnickým světem značně zanedbávána. Pojišťování stávalo se však vždy více a více mocnějším činitelem hospodářským a sociálním, ukázalo se, že tímto zařízením možno léčiti mnohý společenský neduh a zlo. Tak vzniklo pojištění t. zv. sociální, které — s našeho hlediska — vyznačuje se tím, že pojistitel neuzavírá s pojištěným žádnou smlouvu, je mezi nimi tedy bezsmluvní právní poměr. Na druhé straně v pojišťování soukromoprávním veden byl ustavičný boj odporujících si zájmů pojištěven a pojištěných, které tím více se zostřovaly, čím více pojištění vnikalo do všech vrstev naší společnosti lidské. Stávalo se jasným, že zápas ten nutno odstraniti a že lze zápas ten odstraniti nejlépe tím způsobem, rozřeší-li se sporné zájmy cestou zákonnou. Spolková rada švýcarská, jsouc touto snahou vedena, uložila r. 1895 curijskému professoru Roelli-mu, aby vypracoval osnovu zákona o smlouvě pojišťovací. Tato osnova byla základem zákonů německého z r. 1908 a švýcarského z téhož roku, jakož i rakouské vládní osnovy, předložené r. 1907 panské sněmovně říšské rady.

Právní věda, jsouc touto legislativní činností pobídnuta, obrátila svůj zřetel bedlivěji ke smlouvě pojišťovací, tu objevilo se, že pojišťovací smlouva skrývá takové množství kontrovers a mnohdy tak subtilních, jako snad žádný jiný právní útvar.



A tak nadhozeny byly otázky, kdy vlastně pojišťovací smlouva stává se perfektní? Kdo může obnosem pojistným disponovati? Jaké povahy je listina o smlouvě této zřízená? Do jaké míry spíata jsou práva ze smlouvy s touto listinou?

Obzvláště tato poslední otázka lákala autora, až konečně pokusil se ji řešiti. Lákala ho proto, poněvadž řeše tuto otázku řešil vlastně celý problem materiálně-právních funkcí papíru, neboť pojistka je jednou pouhým dlužním úpisem, jindy legitimačním papírem, jindy skripturou. A tak objevují se u pojistky všechny odstíny materiálně-právních funkcí listiny.

Náš problem materiálně-právních funkcí pojistky je omezen dvěma směry, jednak pojednávati budeme o tom, jak vznikají práva a povinnosti ze smlouvy čili kdy smlouva pojišťovací se stává perfektní, dále jakého rázu jsou tato vzájemná oprávnění, jednak do jaké míry je závisla perfekce smlouvy na zřízení listiny, zda a jak může záviseti trvání obligačního práva na existenci listiny, jakým způsobem uplatňuje listina svůj vliv na výkon pohledávky. Podobá se tedy náš problem poli, jehož hranice jsou dány dvěma protínajícími se kruhy, z nichž prvý značí právo pojišťovací, druhý problem materiálně-právních funkcí listiny.

Když pak narazil autor na spleť otázek práva pojišťovacího, tu vedlo se mu jako mladému Goethe-ovi ve Strassburce, když napsal slova namířená proti tehdejšímu způsobu vyučování práv na universitách francouzských: Ich hatte für nichts Positives einen Sinn, sondern wollte Alles, wo nicht verständig, doch historisch erklärt haben. Bylo se rozhodnouti buď řešiti problem s hlediska potřeby dnešního pojišťovacího obchodu, anebo přihlížeti k tomu, jak jednotlivé instituty vznikaly a se rozvíjely, čili jinými slovy zjistiti tak zvané dějiny dogmatu. Autor pak vlivem Kohlerovým rozhodl se použití metody historické, záleželo mu na zjednání bezpečných základů, na nichž by mohl budovati své konstrukce materiálně-právních funkcí pojistky. Když se počal zabývati dějinami tohoto dogmatu, shledal, že půda tato je velmi málo prozkoumána a že nemožno spokojiti se pouze s kratinkou historickou skizzou, že nutno dějiny dogmatu vylíčiti zevrubněji. Tak rozsah vzrostl a autor rozhodl se nejprve

v prvním díle pojednati úvodem stručně o materiálně-právních funkcích papíru, pak vylíčiti dějiny dogmatu od r. 1374

až do počátku devatenáctého století. Vylíčení dějin dogmatu omezil autor pouze až do počátku devatenáctého století proto, poněvadž v té době dochází k velikým kodifikacím, které upravují pojištění námořské, které ve všem vzorem bylo pojištění vnitrozemskému; v devatenáctém pak století nemění se již mnoho na problemech námořského pojištění; v tomto století vznikají nové problémy, které nás též budou zajímati, ale tyto problémy jsou tak mladé, že nemají ještě žádné historie a proto ponechali jsme si řešení jich až do dílu druhého;

v díle pak druhém pojednávati budeme o tom, jak dle platného práva rakouského pojistka působí na vznik pohledávky pojistné, na její trvání na její zcizení a na její výkon, zda a pokud rakouská pojistka je cenným papírem, co znamená čl. 302 a 303 obchod. zák. Při tom přihlížeti budeme též ku právu německému, švýcarskému a francouzskému, a k tomu, jaký vliv na tato práva vykonávalo právo anglické.

O materiálně-právních funkcích listiny.

2. V tomto pojednání slíbili jsme podati příspěvek k nauce o materiálně-právních funkcích listiny. Pojem listiny nemáme určen ani nějakou definicí zákonnou ani nevytvořila teorie ni praxe materiálního práva soukromého pevného pojmu, na nějž bychom se mohli odvolati, a proto budiž nám dovoleno stanovití, co míníme slovem „listina“.

V dalších svých výkladech rozuměti budeme skrze slovo listina písemné naznačení nějaké právní skutečnosti. Z tohoto všeobecného pojmu listin vyjmeme ony, které naznačují nějaký obligační právní poměr, a těmi budeme se zabývati.

Z daného pojmu listiny plyne, že každá listina jest v prvé řadě průvodním prostředkem právní skutečnosti, v ní naznačené (§§ 292 a násl. civ. řádu). To znamená, že obsahu listiny soudce buďto věřiti může (§ 272) anebo musí.¹⁾ Avšak ve všech těchto

¹⁾ Tato skutečnost jest důsledkem t. zv. formální průvodní moci listin (Beweiskraft der Urkunden), která se však v plném rozsahu v rakouském

případech jedná se jen o průvod právních skutečností, nikoliv o existenci nějakého práva.

Zcela jinak je tomu však, závisí-li vznik nějaké právní skutečnosti na vzniku listiny; tu nejedná se již o důkaz existence právní skutečnosti, nýbrž o existenci samou. Úplně právo spojeno je s listinou tehdy, závisí-li nejen vznik nýbrž i trvání právního poměru, onou skutečností založeného, na trvání listiny a konečně i zánik tohoto právního poměru na zániku listiny jako takové. V těchto případech jedná se o více než o pouhý průvod právní skutečnosti, zde jedná se již o existenci této právní skutečnosti a tu mluvíme o materiálně-právních funkcích listiny. O materiálně-právní funkci budeme tedy mluvit, je-li spojen vznik právní skutečnosti se vznikem listiny, dále je-li existence právního poměru podmíněná existencí listiny, když změna právního poměru závisí na příslušné změně listiny po př. práva k ní, konečně ukončuje-li se právní poměr pravidelným způsobem jen tím, přestane-li existovati listina jako taková. Můžeme pak rozeznávat tři stadia právního poměru: vznik, trvání a zakončení. Pravili jsme, že budeme se obírat jen právními poměry obligačními a tu budeme rozeznávat: vznik, trvání, při tom nás bude zajímat změna osoby věřitele a zakončení t. j. tak zv. výkon pohledávky. A tak budeme mluvit o třech funkcích: o funkci týkající se vzniku pohledávky čili t. zv. funkci genetické, též dispoziční, též konstitutivní; o funkci týkající se trvání pohledávky čili tak zv. funkci vitální, též transportní a konečně o funkci týkající se zániku pohledávky čili tak zv. funkci finální.

Listiny, které podmiňují vznik pohledávky, nazveme listinami dispozičními. Závisí-li převod neb výkon práva na listině, která toto oprávnění naznačuje, budeme mluvit o cenných papírech (*Brunner v' Endemannově Handbuch des deutschen Handelsrechtes sv. II. 147*).^{1a)} Vzniká-li pak závazek pouhým písemným

právu neuplatnila, jak je zřejmo z §§ 292—295 civ. ř., neboť ne průvodní moc důkazních prostředků, nýbrž zásada volného uvažování ovládá naše právo procesní. *Ott, Úvod ve studium civ. ř. soudního II. str. 88* násl.

^{1a)} Definice *Givke-ova D. Pr. R. II. str. 105* „Wertpapier ist eine Urkunde, durch welche das Subjekt, des in ihr beurkundeten Rechts bestimmt wird“ přihlíží jen k funkci transportní a nikoliv k výkonu pohledávky, a tak definice tato vedla by snadno k směšování funkce finální a transportní.

prohlášením dlužníka, trvá-li jen dle obsahu listiny a může-li korespondující oprávnění věřitelovo vykonáno býti jen pomocí listiny, budeme říkati takovým závazkům závazky skripturní a listinám dotýčným skriptury.²⁾

Pojednávajíce o materiálně právních funkcích listiny, stanovíme,

1. jaký obsah má pojem dispoziční listiny,
2. pokud souvisí převod a výkon pohledávky s listinou,
3. hlavní teorie au-porteur a ordre papírů.

1. Dispoziční listina.

3. Je-li vznik nějakého oprávnění sloučen s vydáním listiny, obsah jeho naznačující, tu říkáme o této listině, že je listinou dispoziční; obsah listiny pak musí býti více než pouhý průvod

K. Adler naproti tomu definuje „Wertpapier ist eine Urkunde über ein Recht, welches, solange die Urkunde tatsächlich und rechtlich besteht, mit befreiender Wirkung für den Verpflichteten nur von deren Inhaber ausgeübt, werden kann“ (*Studien zur Lehre von den Wertpapieren und dem Wechsel, Grünhut. čas. 26 str. 25*). V této definici přihlíží *Adler* jen k funkci finální a v dalších svých výkladech vybírá z této funkce finální její součást funkci legitimační a pomocí té buduje svoji konstrukci, neboť praví „Wir erblicken den Gegensatz zwischen vollkommenen und unvollkommenen Wertpapieren darin, dass bei den unvollkommenen Wertpapieren an den durch das Papier legitimierten Inhaber und nur an diesen gezahlt werden darf, während bei den vollkommenen Wertpapieren an den legitimierten Inhaber . . . auch gezahlt werden muss“ (*str. 27*). Tímto přílišným akcentováním legitimační funkce dochází *Adler* ke konsekvencím, které zajisté nikoho nemohou uspokojiti, tvrdí totiž, že možno směnečnou pohledávku cessi postoupiti i bez současného předávání směnky (*str. 40*). (Podobně *Grünhut WR. II. 153*, proti tomu *Randa O cenných papírech str. 4., 17, Dernburg Pr. Pr. R. II. 174*) — Též *Stobbe D. Pr. R. (1878) III. str. 203* akcentuje funkci legitimační. — Definici *Brunnerově* vytýká *Carlin (Goldschmidtův čas. 36 str. 6 a násl.)*, že přihlíží jen k výkonu práva a nikoliv k právu samu, ale takováto definice chovala by v sobě nebezpečí, že bychom se mohli dáti svésti k nesprávnému úsudku; těžko by se dalo v rámci takovéto definice poukázat na to, že právo může býti spojeno těsněji nebo volněji s papírem a mohla by vésti v důsledcích svých až k výstřední teorii personifikační (viz níže čis. 18). — *Dernburg Pr. Pr. R. II. str. 192* přihlíží pak jen k funkci transportní a legitimační.

²⁾ Ne zcela shodně *Goldschmidt, Zur Theorie der Wertpapiere ve svém čas. sv. 28 str. 72; Dernburg, Preus. Pr. R. (3. vyd.) § 87 pozn. 1; Suhl, Theorie závazků skripturních str. 67 a násl.*

právního jednání, které dalo život onomu oprávnění, vzniklo-li ono oprávnění listinou, obsahuje listina ono právní jednání a můžeme snad říci obrazně, že ono právní jednání je v listině inkorporováno.³⁾ Oprávnění může tedy vzniknouti jen tak, jak je v písemné formě obsaženo. Má-li dispositivní listinou vzniknouti smlouva obligáční, musí dispositivní listina obsahovati všechny podstatné náležitosti smlouvy, neboť by jinak smlouva nemohla vzniknouti onou listinou.

Z řečeného plyne, že dispositivní listina je formou projevu právní vůle a v přeneseném slova smyslu můžeme říci, že listina je formou obligáční smlouvy. Tato forma může býti buďto nutnou náležitostí vzniku smlouvy⁴⁾ anebo náhodnou. Georg *Wetzell* ve svém „System des ordentlichen Civilprocesses“ (3 vydání) str. 221 přiklonil se k mínění, že dispositivní listina je každá listina, která obsahuje právní dispositici, ať je její formou náhodnou nebo nutnou. Tím pojem dispositivní listiny se stanoviska materiálního práva stává se neurčitým, neboť dopisy, které byly vyměněny při uzavření smlouvy nepřítomnými stranami, bylo by počítati k listinám dispositivním. Avšak náš právní cit shledává, že je rozdíl mezi dopisem obchodníka, jenž projevil svůj smluvní konsens písemně jen proto, poněvadž náhodou jeho telefon byl pokažen, a mezi uzávěrkovými listy vyměněnými na burse. V prvním případě mohla vzniknouti smlouva jakoukoliv formou, ve druhém případě jen uzávěrkovými listy, v onom případě řekneme, že se jedná o t. zv. smlouvu neformální, v tomto, že jest to formální smlouva písemné formy. A proto řekneme i my: dispositivní listiny jsou jen takové listiny, jimiž vzniká formální smlouva písemné formy. Tato formálnost může býti požadována buď zákonem anebo vůlí stran, která musí býti srovnalou, musí tedy této formální smlouvě předcházeti smlouva předběžná, která může míti náležitosti a význam „pacti de contrahendo“ anebo význam pouze negativní, že smlouva hlavní nemůže vzniknouti leč písemnou formou (tento případ je upraven § 884 obč. z.; srov. Glaser Unger n. ř. č. 1775, 191, 440).

³⁾ Podobně vyjadřuje se *Bähr* v *Jheringových Jahrbücher* XIV. str. 36.

⁴⁾ Karel *Batěk* ve svém článku O právní povaze formy právních jednání a nucených formách německého občanského zákona *Právník* 1906 str. 206, mluví o formě abstraktní čili nucené.

Ovšem strany mutuo dissensu mohou odstoupiti od smlouvy předběžné a uzavříti smlouvu hlavní neformálně; samozřejmě je, že strany mohou platnost zmíněné úmluvy zrušiti i konkludentním činem (§ 863 obč. z. Gl. Unger, n. ř. č. 2133).

Konečně jest nám uvážiti, v jakém poměru jest § 887 obč. zák. k naší dispositivní listině. My mluvíme o dispositivní listině, vzniká-li formální smlouva písemnou formou, § 887 však praví: byla-li o smlouvě listina zřízena, tedy též o smlouvě již perfektní; v dalším svém známém obsahu obsahuje ustanovení singulární, které je se všeobecnými právními principy v odporu, a znamená tolik: zřídí-li se listina o perfektní již smlouvě, finguje se, že strany uzavřely onu smlouvu tak, jak listina ji obsahuje. Z toho však učiníme důležitý závěr: právní povaha naší listiny dispositivní nezávisí na ustanovení § 887, a bude existovati, i když § 887 bude zrušen, soudci však bude bedlivě uvážiti, kdy jedná se o listinu dispositivní a kdy o pouhou listinu průvodní. (Srov. Gl. Ung. n. ř. 3329.)

Pouze tou skutečností, že někdo listinu sepíše a podepíše, formální smlouva k místu nepřichází, neboť chybí konsens smluvníka druhého. Jest otázka, jakého rázu musí býti projev konsensu smluvního druhého, aby listina podržela charakter listiny dispositivní? Pravili jsme, že o dispositivní listině mluvíme tehdy, přichází-li k místu formální smlouva písemné formy, a samozřejmě je, že formálnost smluvní pozůstává jen ve formálnosti projevu právní vůle, která dává život oné smlouvě. Majíce tuto skutečnost na mysli, můžeme náš problem formulovati též takto: dostačí k formálnosti smlouvy formálnost projevu pouze jednoho smluvníka? Nejjasněji jeví se právní povaha dispositivní listiny, je-li konsens obou smluvníků projeven podpisy jich na téže listině. Tento případ máme též výslovně rozřešen v § 884 obč. z. Forma konsensu smluvníků může býti též toho rázu, že smluvníci podepíší dvě listiny, sobě odpovídající (v praxi často se vyskytující t. zv. listy uzávěrkové) a je navzájem vymění, tu projev konsensu skládá se ze dvou prvků: z podpisu listiny jedné a z apprehensí listiny druhé. Případ tento nemáme v zákoně nikde rozřešen, avšak praxe rozšířila ustanovení § 884 obč. zák. i na tento případ (srov. roz. číslo 16104, 13471, 12952, 12780 Glaser-Ungerovy sbírky). Odchylka od přesného znění § 884 spočívá v tom: § 884 vyžaduje

k perfekci smlouvy pouze podpisů stran, tedy skutečností dvou, v našem případě jest zapotřebí vedle podpisu stran i apprehense listin, tedy skutečností čtyř a proto smlouva přichází v tomto případě k místu teprve tehdy, jsou-li splněny všechny čtyři předpoklady.

Nyní přicházíme k otázce velmi choulostivé: dostačí dispositivní listině, aby jeden smluvník listinu podepsal a vydal a aby smluvník druhý zmocnil se této listiny se souhlasem vydatelovým za okolností, z nichž možno souditi, že apprehensí dává na jevo svůj smluvní souhlas s obsahem listiny? Zákonné právo případu tohoto nezná. Teorie mlčí. Praxe popírá (jak plyne z roz. čís. 10456, 13494, 13474 Gl. Ung.; jinak při darování n. ř. č. 2251). Právní obchod naší doby zná celou řadu smluv, o jejichž formě je umluveno mezi stranami, že mají přijíti k místu tehdy, bude-li jedním smluvníkem vydána listina, která bez výhrady bude uchopena smluvníkem druhým. Houfně nalézáme takovou formu smluvy tehdy, kdy jeden kontrahent s druhým nepřicházejí do styku a kdy jeden z nich uzavírá s množstvím různých smluvníků smlouvy, které mají míti stejný obsah. Hospodářský zjev opakuje se vždy, kdy na jedné straně nalézáme velkokapitalistu, velkopodnikatele a na druhé straně řadu drobných lidí, ať jsou to konsumenty, ať malopodnikatelé. A kdo i jen zběžně v praxi seznámil se s takovými listinami, ten ví, jak prudký boj svádí se o jejich právní povahu. Na jedné straně velkopodnikatelé snaží se dáti těmto listinám charakter listin dispositivních, na druhé straně oni drobní lidé vzpírají se tomu a snaží listiny ty stlačit na pouhé průvodní listiny anebo na náhodnou formu projevu vůle kontrahenta druhého. Pro nás tento boj hospodářský nemůže býti rozhodným a s nestranného hlediska vědeckého musíme se přikloniti k mínění velkopodnikatelů, a to proto: umluví-li strany, že forma smlouvy má býti vydání listiny a její apprehense, pak stává se smlouva perfektní, jakmile této formě učiněno bylo zadost. Snad nazve sociální politik náš názor nemorálním, avšak morálka nemůže rozhodovati v teorii právní.

Myslím, že těmito případy jest vyčerpán okruh působnosti dispositivních listin, co dále je, stěží možno počítati k dispositivním listinám. To jest tedy obsah pojmu dispositivní listiny, s hlediska práva materiálního, processualisté operují poněkud

s pojmem odchylným, za jejich představitele uveden byl *Wetzell* a zároveň vytknuto, čím se lišíme od processualistů.

4. Od této listiny dispositivní, právě popsané, lišiti jest tak zvaný konstitutivní cenný papír, jak jej konstruuji zastanci t. zv. „Begebungsvertrag“.⁵⁾

Nejdůsledněji provedena je tato konstrukce *Brunnerem*,⁶⁾ jenž opíraje se o svá historická studia, dospěl k těmto výsledkům: Závazek z konstitutivního cenného papíru nevznikne již tou skutečností, že někdo napsal listinu závazek onen naznačující, nýbrž teprve zcizením listiny povstává závazek a jemu odpovídající oprávnění, je tedy tradice listiny důvodem závazku (*Verpflichtungsgrund*), a tradice listiny jest jediné právním jednáním, nikoliv sepsání listiny.⁷⁾ Slova *Brunnerova* nejsou nic jiného než recepce anglickoprávní zásady: *Traditio facit loqui chartam*.⁸⁾ Máme-li oceniti tento *Brunnerův* „Begebungsvertrag“, musíme říci toto: Právní jednání, jímž vzniká oprávnění a závazek, je tradice listiny, obsah tohoto závazku resp. oprávnění naznačující, vůle smluvníků je tedy obrácena k nabytí resp. vzdání se vlastnictví k této listině; mimo to zcizitel listiny převezme závazek tak, jak byl v listině naznačen, a nabyvatel listiny stane se stejným způsobem oprávněným, poněvadž — jak praví *Brunner* — „jen ze zcizení listiny možno souditi, že obsah listiny a projev vůle se kryjí“. V této konstrukci obsažena jest však fikce: neboť jen tehdy jest tato konstrukce správnou, když vůle obou smluvníků vedle vůle nabytí a vzdání se vlastnictví obrácena byla k tomu, aby mezi nimi vznikl obligační poměr tak, jak jej listina naznačuje.

Poněkud modifikována je tato teorie *Goldschmidtem* (*Zur Theorie der Wertpapiere* ve svém časopise sv. 28 str. 112.). Prvý

⁵⁾ Nepřekládám názvu tohoto z toho důvodu, poněvadž název i pojem stvořen byl německou právovědou a naší české právovědě zůstal vlastně cizí.

⁶⁾ *Brunner* v *Endemanns Handbuch des deutschen H. R.* sv. II. čl. *Werthpapiere*, § 194.

⁷⁾ *Brunner* n. u. m. str. 166.

⁸⁾ *Brunner*, *Charta u. Notitia* str. 9. O vztahu ke kontinentálnímu právu vide *Grueber*, *Über den Einfluß des röm. Rechts in England*. *Ztschr. für verg. Rechtswiss.* sv. XI. str. 260 násl.

kontraheent, jenž „Begebungsvertrag-em“ má nabytí oprávnění, nemusí být svépřávným a nemusí ani oprávnění nabytí, právní vůle dlužníkova se tímto „Begebungsvertrag“-em realizuje ne sice ve prospěch onoho kontraheenta avšak ve prospěch všech příštích neobmyslných nabyvatelů papíru, neboť „Begebungsvertrag“ není konstitutivní, jest pouhým právním prostředkem docílití perfekci závazku dlužníkova. Tento právní prostředek jest však ono minimum, které požaduje Goldschmidt ku vzniku závazku z cenného papíru a nepřišel-li „Begebungsvertrag“ k místu, nemohou z papíru vzniknouti práva a závazky a to platí najmě o papírech, které se dostaly proti vůli dlužníkove z dosahu jeho moci. Goldschmidt nepopírá, že závazek dlužníkuv i vzdor tomuto nedostatku může vzniknouti, zakládá se však buď na deliktu anebo na poměru quasikontraktním, založeném na bona fides právního obchodu (str. 107).

Tito dva spisovatelé jsou hlavními představiteli této theorie v obecném právu.

I nejnověji v německém soukromém právu nalezla tato theorie svého obhájece v *Gierke-ovi*,⁹⁾ ovšem nutno připomenouti, že theorie *Gierke-ova* není pouhý „Begebungsvertrag“, nýbrž, že obsahuje hojně prvků *Stobbe-ovy* theorie „emissní“.¹⁰⁾ Je tedy theorie tato teorií kompromisní a nutno pohlížeti na ni jako na takovou. Theorie *Gierke-ova* obsahuje tyto zásady: konstitutivní cenný papír vznikne právním jednáním, jímž vzniká listina a zároveň i právo z tohoto papíru. Toto právní jednání jest smlouvou a jest rudimentem bývalé traditio cartae.¹¹⁾ Tento „Begebungsvertrag“ modifikuje nyní *Gierke* prvky kreační theorie. Tak vyhotovením listiny nevzniká sice právní poměr, ale objektivní podklad právního poměru, proto, když vydatel listinu zcizí, předmětem tradice je hmotné těleso obsahující hodnotu majetkovou, proto jest též vydatel takové listiny práv, když bez jeho vědomí se papír dostane do oběhu, neboť kdo vyhotoví cenný papír k oběhu určený, jedná na vlastní vrub, v tomto případě jest vydatel práv z náhrady

⁹⁾ *Gierke*, Deutsches Privatrecht II. sv. § 108 Wertpapiere. Tuto theorii zastával v celku *Gierke* již dříve viz Goldschmidt, čas. sv. 29.

¹⁰⁾ *Stobbe*, Handbuch des d. Privatrechts (2. vyd.) 3 sv. § 171 resp. § 180.

¹¹⁾ *Gierke* n. u. m. str. 108.

škody, avšak dle znění listiny.¹²⁾ „Begebungsvertrag“ tedy rozpadá se u *Gierke-ho* na dvě jednostranná právní jednání: a) dání papíru z ruky (Geben), jež jest offertou, která se děje v papíru a papírem, tato oferta trvá, pokud papír existuje mimo dosah vydatelův a nemůže být odvolána, oblatem je každá osoba, která papíru řádným způsobem nabude,¹³⁾ b) vzetí papíru nabyvatelem, které jest přijetím nabízeného práva, leč tato akceptace stane se na základě offertu, tak jak je z papíru a papírem zjevna, proto dostačí pouhé osvojení si papíru, abychom nabyli práva v listině naznačeného.

Nejnoveji v rakouském právu zastává „Begebungsvertrag“ *Krasnopolški*.¹⁴⁾ *Krasnopolški* nekonstruuje vlastní „Begebungsvertrag“, jen uvádí jej v soulad s praxí, tvrdě, že vydatel může být práv z papíru, ač „Begebungsvertrag“ uzavřen nebyl a dovolává se § 371 obč. zák. a § 307 obch. zák. a konečně analogie ustanovení § 876 obč. zák.

Všichni tito spisovatelé souhlasí v tom, že „Begebungsvertrag“ není smlouvou obligacní, nýbrž smlouvou věcnou a z této věcné smlouvy — v tom je ta contradictio in adiecto — vznikne obligacní právní poměr. Tuto kontradikci bylo odstraniti a tu sáhnuo k fikci: fingovalo se — jak jasně vidíme u *Gierke-ho* — že vedle smlouvy věcné uzavírá se smlouva obligacní.

Mezi touto listinou a onou svrchu vylíčenou listinou dispositivní jest ten rozdíl, že tam uzavírala se formální smlouva písemné formy, kdežto zde forma smlouvy jest jen traditio cartae, k níž jako svému symbolu připojuje se vznik práva obligacního. A právě tímto prvkem právního symbolismu liší se konstitutivní cenný papír od naší listiny dispositivní.

2. Papír a převod i výkon pohledávky.

5. Obligační právní poměr vyžaduje dvou osob, osoby oprávněné — věřitele a osoby zavázané — dlužníka, tím obligacní

¹²⁾ *Gierke*, str. 111, 112. Vydatel skriptury jest tedy vždy práv secundum scripturam, avšak jednou z titulu smlouvy („Begebungsvertrag“) po druhé z náhrady škody, když papír bez jeho vůle v oběh přišel.

¹³⁾ *Gierke*, str. 113. Tu *Gierke* přijímá pivek offertu ad incertam personam, o níž viz níže.

¹⁴⁾ *Krasnopolški-Kafka*, Österr. Obligationenrecht str. 25.

právo liší se od věcného práva, neboť toto vyžaduje jen osoby oprávněného a věci. Jest možno, že určitý právní poměr obligační jest do té míry spjat s individualitami dvou určitých osob, že nemůže býti oddělen od nich,¹⁵⁾ tu ovšem každá změna věřitele jest nemožna. Při jiných obligačních právních poměrech neklade se tak veliká váha na individualitu věřitele a dostačí, aby tu byly dvě osoby, dlužník a věřitel, tu změna věřitele jest přípustna. Naše právo soukromé rozeznává v § 1393 obč. zák. též tento dvojí druh pohledávek.

Změna osoby věřitele může se státi, buď smlouvou pouze mezi věřitelem zcizujícím a věřitelem nabývajícím — případ cesse, anebo že k této úmluvě přistoupí souhlas dlužníkův — případ delegace,¹⁶⁾ anebo že dlužník hned při uzavření původní smlouvy slíbí plniti i osobě třetí — případ smlouvy ve prospěch osoby třetí. K tomu přistupuje převod pohledávky z papírů negotiabilních: ordre- a au-porteur papírů.

Pojednávati budeme nyní o tom, do jaké míry jest k perfekci těchto právních jednání zapotřebí listiny, obsah práva, které má býti zcizeno, naznačující, a to nejprve při cessi, pak při delegaci a konečně při smlouvě ve prospěch osoby třetí.

6. Cesse jest smlouva věřitele vzdávajícího se pohledávky s nabyvatelem jejím. Tato smlouva není smlouvou formální, ač-li forma není nařízena zákonem nebo úmluvou stran. Písemná forma pak cesse je v zásadě stejné právní povahy jako písemná forma při vzniku pohledávky a dotýká listina jest listinou dispositivní, poněvadž je formou dispozice smluvníků.¹⁷⁾ Od této formální cesse jest nutno lišiti onu cessi pohledávky, k jejíž perfekci jest nutna tradice listiny, onu pohledávku naznačující.

Kdy jest nutna tradice listiny k perfekci cesse? Mínění jsou různá. Jedni domnívají se, že tradice papíru k perfekci cesse jest tehdy zapotřebí, když věřitel může vykonávati právo jen s papírem v ruce.¹⁸⁾ Naproti tomu namítají druzí, že „odevzdání

¹⁵⁾ Tak též § 1393 obč. zák. věta druhá.

¹⁶⁾ Delegatio nominis, aktivní delegace.

¹⁷⁾ Tak pohlížeti jest na ustanovení pruského práva I. II A. L. R. § 394; srov. *Herrmann sl. Otavský*, Rektapapíry str. 53.

¹⁸⁾ *Brunner v Endemannově Handbuch* str. 179; *Kuntze*, Inhaberpapiere str. 566. Podobného mínění zdá se býti i *Gierke D. Pr. R. II.* 136 soudím tak ze slov pronesených na str. 153 all. 3.

listiny jest ovšem zapotřebí k tomu, aby cessionáři zjednána byla možnost nabyté právo proti dlužníku postoupenému přivesti k platnosti, což bez listiny by mu možno nebylo, z toho že však nelze učiniti závěrek na nutnost tradice k perfekci cesse, vždyť výkon práva jest pravidelnou sice nikoliv však nutnou dohrou jeho převodu.¹⁹⁾ Domníváme se, že mínění toto jest rozhodně správnější než mínění ono, poněvadž prvé mínění směšuje dvě různé právní funkce papíru. Proto budeme žádati k perfekci cesse tradice papíru jen tehdy, je-li to zákonem výslovně nařízeno,²⁰⁾ anebo kde povaha papíru toho žádá²¹⁾. Písemná forma cesse může fakticky přivoditi nutnost tradice listiny, když tato cesse stane se ve formě indossamentu. (Tu má listina dvojí povahu: jednak jest listinou o pohledávce v ní naznačené, jednak je dispositivní listinou o cessi.) Jinak by tomu bylo, kdyby cesse mohla přijíti k místu jen ve formě indossamentu, tu by i právně bylo zapotřebí tradice papíru k perfekci cesse, neboť indossament jest jednostranné prohlášení věřitele se vzdávajícího.

V rakouském právu se neshledáváme se žádnou pohledávkou, která by s papírem byla tak spiata, že by k perfekci cesse pohledávky byla nutna tradice papíru. Zodpovídati tuto otázku nemá významu pro naše právo, jiná jest otázka, zda může dlužník s věřitelem určití, že cesse pohledávky může se státi jen ve formě indossamentu. Zájem by na tom měl při úzké soudružnosti převodu a výkonu pohledávky. Myslíme, že tuto otázku jest kladně zodpověděti, jest i v praxi možno vyloučiti cessi a dovoliti pouze delegaci pohledávky, jak o tom pojednáme obšírněji níže. V praxi však se neshledáme asi se žádným případem, že by cesse pohledávky závisela na tradici papíru.

7. Dlužník může při převodu pohledávky intervenovati dvojím způsobem: buď že dluh vůči novému věřiteli uzná (§ 1396)

¹⁹⁾ *Herrmann sl. Otavský* n. u. m. str. 46; příliš všeobecně *Cosack*, Bürgerliches Recht § 272. Ohledně rektapapírů *Randa* Právník 1892 str. 609.

²⁰⁾ Naše právo nezná cesse, při níž by bylo zapotřebí tradice papíru, ale za to něm. B. G. B. § 1154 při odstoupení pohledávky z t. zv. „Hypothekenbriefu“ z § 792 o cessi assignace.

²¹⁾ Tak myslím při blankocessi pruských „Grundschuldbrief-ů“, při níž je právo věcné s pohledávkou spojeno, viz *Herrmann sl. Otavský* n. u. m. str. 53; *Dernburg*, Pr. Pr.-R. I. str. 796; *Behrend*, Die unvollkommenen Orderpapiere str. 60 násl.; *Gierke* n. u. m. str. 137.

anebo že dlužník a oba věřitelé uzavrou smlouvu, že pohledávka má přejít na nového věřitele. Tento případ není výslovně upraven v našem zákonném právu, a domníváme se, že má se zde použít analogie § 1408 a § 1402 obč. zák. Zmíněné dva případy liší se tímto způsobem: v prvním případě máme dvě smlouvy po dvou osobách, v druhém jednu smlouvu tří osob. Tomuto druhému případu říká se aktivní delegace a k vůli stručnosti budeme v dalším mluvit zkrátka o „delegaci“. Právní důsledky této delegace jsou tyto: projeví-li strany „animus novandi“, zruší se stará pohledávka i s vedlejšími právy (§ 1378 obč. zák.) a nová pohledávka existuje tak, jak byla onou smlouvou vznikla,²²⁾ neprojeví-li strany „animus novandi“, trvá sice stará pohledávka dále, ale v té podobě, jak ji byl dlužník uznal ve smlouvě delegační, neboť každá delegační smlouva rovná se účinkem svým uznání pohledávky (§§ 1396, 1408 druhá věta). Právní důsledek delegace je tedy: dlužník je práv, dle svého uznání a námitky z osoby věřitele předcházejícího jsou vyloučeny.²³⁾ Tato delegace může se státi formálně i neformálně, neboť § 1402 obč. zák. nepředepisuje žádné formy, ovšem delegace může přijít k místu i dispositivní listinou, avšak tu listina, pohledávku delegovanou naznačující, nemá žádného významu pro perfekci delegace. Jinak by tomu bylo, kdyby delegace musila se státi písemnou formou a to příslušným prohlášením oněch tří smluvníků na té listině, která naznačuje onu pohledávku. V tomto případě byl by dlužník práv dle znění oné listiny a dosáhlo by se zde tedy stejného účinku jako při indossamentu ordre-papírů. Ani v tomto případě nebylo by zapotřebí tradice listiny. Tradice listiny může však nahradit písemné prohlášení věřitele nabývajících, jak shora u dispositivní listiny bylo vylíčeno, tu ještě více než v případě předcházejícím, kdy podepsali se všichni tři smluvníci, spojena jest pohledávka při svém převodu s listinou ji naznačující.²⁴⁾ Naskýtá se nám

²²⁾ Tedy římsko-právní delegatio nominis srov. l. II D 46, 2.

²³⁾ Tak se stávají hranice mezi delegací a uznáním dluhu ve smyslu § 1396 neurčitými a fakticky má delegace též účinek jako uznání dluhu při cessi, takže zbývá jen delegace novační málo praktická.

²⁴⁾ S touto delegací pohledávky v rakouském právu shledáváme se při převodu státních papírů au nom, viz výnos min. fin. ze dne 6. března 1869 § 1, srov. Herrmann šl. Otavský, Rektapapíry str. 48.; Brunner, Endemannův Handbuch str. 180; Marsson, Die Außercursetzung str. 27 pozn. 10.

otázka, zda-li dlužník může s původním věřitelem smluviti, že pohledávka může býti převedena jen delegací. Tím vzdal se věřitel práva zciziti pohledávku cessi. Myslím, že tato úmluva, obsahující částečný zákaz zcizení, jest platnou, anť neobsahuje ani nic zakázaného, ani nedovoleného ani nemožného.

8. Cessi a delegací vyčerpána jest dle běžného názoru nauka o převodu pohledávky. Konrád Hellwig ve své monografii „Verträge auf Leistung an Dritte“ poukázal na to, že převod pohledávky může se státi též v rámci smlouvy ve prospěch osoby třetí. Oprávněný „tertius“ nemusí býti ve smlouvě určen, určení jeho může se ponechat libovůli promissara.²⁵⁾ Dokud není „tertius“ určen, má promissar důležité a cenné právo: propůjčiti onomu „třetímu“ oprávnění ze smlouvy.²⁶⁾ „Třetí“ pak nabývá práva na plnění beze všeho spolupůsobení, vůči němu je smlouva, v jeho prospěch uzavřená, jednostranným právním jednáním,²⁷⁾ proto nabude onen „třetí“ práva na plnění, jakmile promissar oznámil promittentovi, koho ustanovil oprávněným.²⁸⁾ A nyní provádí Hellwig zajímavou deformaci své konstrukce: strany mohou smluviti, že promissar může jednostranným (vůči promittentovi) právním jednáním určit „třetího“ na př. že vepíše jméno obmyšleného do pojistky a p., byla-li však o pohledávce zřízena listina, tu mohou smluvníci ustanoviti, že dlužník má plniti tomu, jenž od prvního oprávněného anebo jeho nástupců byl označen tím, že mu byl dlužní úpis vydán, po př. může býti umluvena další legitimace oprávněného. Tak jako promissar — pokračuje Hellwig — nepřevádí své oprávnění na „tertia“ tak i nepřevádí další oprávněný své oprávnění na svého nástupce, označení jeho znamená, že oprávněný vzdává se svého práva, které se nesrovnává s právem nástupcovým. Tu tedy nabývá nástupce oprávněného právo na plnění přímo ze smlouvy tak, jako první oprávněný a dlužník může vůči němu činiti všechny námitky, které vznikají přímo ze smlouvy (ne z listiny!), všechny jiné námitky jsou vyloučeny, leč by dlužníku příslušely přímo proti oprávněnému.

²⁵⁾ Hellwig, Conrad str. 222.

²⁶⁾ Tamtéž 223.

²⁷⁾ Tamtéž 253 a 254.

²⁸⁾ Tamtéž 228.

Oprávněný musí po případě dokázati své oprávnění a všech svých předchůdců.²⁹⁾

9. Věřitel vykonává svou pohledávku tím, buď že požaduje na dlužníku splnění anebo že spolupůsobí při rozvázání obligačního nexu, přijímaje plnění, ku kterému byl dlužník jemu zavázán.³⁰⁾ Naším úkolem jest nyní zjistiti, jakým způsobem může listina, o pohledávce zřízená, míti vliv na výkon této pohledávky. Pro plnění dlužníka může míti dlužní úpis v tomto stadiu dvojí význam: jednak mu má usnadniti legitimaci oprávněného k výkonu, jednak mu má usnadniti důkaz, že plnil. V prvním případě budeme se tázati: komu je dlužník povinen plniti? a ve druhém: za jakých okolností je dlužník povinen plniti?

10. Dlužník plniti musí svému věřiteli (§ 1424 obč. zák.), jinak by jeho plnění nebylo placením ve smyslu § 1412 obč. zák. a závazek jeho by trval dál. Dlužník může tedy, ba musí žádati na svém věřiteli průkaz jeho oprávnění, čili věřitel se musí vůči svému dlužníku náležitě legitimovati. Nejlepší jest legitimace, v § 1424 obč. zák. zmíněná, totiž výrok soudní, že věřitel jest „vlastníkem“ pohledávky. Obchod však nemůže se spokojiti s touto tak příliš drahou legitimací a sahá proto k jiným způsobům, tak spokojuje se pravidelně dlužník s jistými známkami pravděpodobnosti, že osoba, plnění požadující, je skutečně věřitelem. Při tom má dlužník risiko, že může býti oklamán a že bude musiti plniti znovu. Toto choulostivé postavení dlužníka i poměrně dosti těžké vedení důkazu věřitelství ulehčuje se tím způsobem, že dlužník smí právoplatně plniti těm osobám, které se určitým způsobem legitimují. Nejpřirozenější legitimace věřitelova jest listina o jeho pohledávce zřízená. Dlužník vyhrazuje si často právo plniti každému detentoru listiny beze zkoušky legitimace. Výhradu takovou nemůžeme pokládati za oprávnění dlužníka, že by směl plniti každému, i patrně neoprávněnému presentantu, nýbrž právní podstata toho ulehčení legitimace záleží v tom, že dlužník, jenž poctivě, sine dolo et culpa lata, presentantu papír vyplatil, závazku svého se sprostuje.³¹⁾ V tomto případě má dlužník tedy právo spokojiti se s touto mírou legitimace,

²⁹⁾ Tamtéž 231 a 232.

³⁰⁾ Hasenöhrl, Obl. R. II. str. 378.

³¹⁾ Herrmann št. Olavský, Rektapapíry str. 71.

nechce-li však, tu musí věřitel své oprávnění dokázati. Toto je právní povaha tak zv. legitimačních papírů.

Tato legitimační doložka může býti smluvena též ve prospěch věřitele v ten rozum, že detentor papíru může žádati plnění, dlužník může sice namítati, že detentor není oprávněn, avšak musí provésti důkaz neoprávnění detentorova.³²⁾ Máme zde tedy obrácené průvodní břemeno stran, a tím liší se au-porteur- a ordrepapír od legitimačních papírů, je to však rozdíl pouze kvantitativní a nikoliv kvalitativní.

Tuto věřitelovu legitimaci papírem považujeme za část finální funkce papíru, neboť papír může dáti neoprávněnému postavení věřitele, ač-li ovšem dlužník jednal bona fide; ale proto, že neoprávněný má postavení věřitele jen tehdy, byl-li dlužník bona fide, je tato část finální funkce papíru na hranici funkce průvodní a materiálně-právní.

11. Odpovídajíc na druhou otázku, za jakých okolností je dlužník povinen platiti, budeme uvažovati, jak musí náležitě legitimovaný věřitel naložiti s listinou, pohledávku jeho naznačující, když dlužník plní. Není-li nic jiného umluveno, má dlužník plniti — ač-li se nejedná o nemovitosti — na tom místě, kde uzavřena byla smlouva, oba smluvníci musí se odebrati na místo smlouvy, aby mohla býti soluce obligačního závazku vykonána (§ 905 obč. zák.) při závazcích mimosmluvních plniti má dlužník v místě svého pobytu (§ 1420 obč. zák.), dle obchodního práva plniti má dlužník v místě svého podniku anebo svého bydliště, avšak bylo-li plniti určitou věc, tu je místo plnění ono místo, kde se věc v době uzavření smlouvy nalézala (čl. 324 a 325 obch. zák.). Z těchto ustanovení plyne, že rakouskými zákony přímo není stanovena povinnost věřitelova, aby se musil u dlužníka přihlásiti, žádaje plnění. Modifikace nastává tehdy, není-li smluvena určitá doba plnění, tu může věřitel kdykoliv žádati, aby mu bylo plněno na příslušném místě (§§ 905, 1420 obč., čl. 324, 325 obch. zák.), to předpokládá však, že se u dlužníka přihlásí.³³⁾

³²⁾ Herrmann št. Olavský, tamtéž str. 68; Randa, Eigentumsrecht I. str. 284.

³³⁾ § 904 obč. zák. první věta. Hasenöhrl, Obl. R. I. str. 317. Státi se tak může jakýmkoliv způsobem na př. poslem, dopisem, osobně, výslovně i konkludentním činem.

Tato nutnost přihlášky může být přenesena i na závazky, které mají určitý den splatnosti, takže dlužník povinen jest jen tehdy plniti, přihlásí-li se u něho věřitel, avšak nepřihlásí-li se tento v dobu splatnosti, upadne v prodlení a dlužník může po př. věc k soudu složit. Tato přihláška může být kvalifikována tím způsobem, že věřitel se musí v době splatnosti přihlásiti s listinou, pohledávku jeho naznačující, čili, že věřitel je povinen při výplatě listinu presentovati. Takovým listinám říkáme papíry presentační.

Pojmem presentačního papíru není finální funkce papíru vyčerpána, zbýváť nám ještě jeden problem rozřešiti, totiž zda věřitel je povinen při výplatě papír vrátiti. Má-li věřitel dlužní úpis, tu musí jej při plnění vrátiti (§ 1428 obč. zák.), leč dlužník nemůže odepřít plnění, když mu věřitel nechce nebo nemůže dlužní úpis vrátiti; avšak vrácení dlužního úpisu může být učiněno výminkou platební povinnosti dlužníkovy, takže dlužník může plnění odepřít, nevrátí-li mu věřitel papír, tomu říkáme vyplacení papíru a papírům takovým papíry výplatné (Einlöschungspapiere).

Konečně budiž podotčeno, že výplata papíru a jeho presentace jsou pravidelně dvě srostlá dvojčata, nicméně třeba pojmově rozlišovati tyto dvě stránky finální funkce. Finální funkce, jak jsme ji popsali, skládá ze tří funkcí: funkce legitimační, presentační a výplatné. Pravidelně objevují se tyto tři funkce najednou, avšak výjimky jsou dosti časté, na př. při některých papírech legitimačních,³⁴⁾ při některých rektapapírech.³⁵⁾

3. *Au-porteur a ordre-papíry.*

12. Z papírů, které naznačují obsah pohledávky, vynikají au-porteur- a ordre-papíry, jednak svým zevnějškem, jednak úzkým spojením pohledávky s papírem. Z četné řady teorií budiž nám dovoleno nejhlavnější a nejdůležitější v hlavních rysech uvést. Nejprve uvedeme, jak jednotliví spisovatelé snaží se zodpovědět otázku, jak vzniká pohledávka, v au-porteur- nebo ordre-papíru naznačená, dále uvedeme, jak jednotliví spisovatelé vy-

³⁴⁾ Na př. pojistka au nom s legitimační klausulí.

³⁵⁾ Na př. rektasměnka nemá legitimační funkce.

světlují převod pohledávky, vyloučení námitek, otázku věřitelství a konečně výkon pohledávky.

13. Pokud se týče otázky vzniku pohledávky, můžeme teorie rozdělití — nepřihlížíme-li k teorii papírových peněz (*Einert*), anebo kupeckého zboží (*Pfeiffer, Nebelius, Bender, Mühlenbruch*) — na teorie smluvní a teorie t. zv. kreační.

Z teorií smluvních jsme se již seznámili s teorií „Begebungsvertragu“ a pravili jsme, že listina jest symbolem práva a jeho vzniku. Teorie tato sahá často k fikcím a moderní zákonodárství (něm. B. G. B. § 793) není jí příznivo.

Tomuto „Begebungsvertragu“ je příbuzna konstrukce literálního kontraktu, který pozůstává v abstraktní formální (dání papíru) promissi obligačního závazku a v abstraktní formální (vzetí papíru) akceptaci oné promise. *Unger, Inhaberpapiere* str. 69, 107.

Od těchto odchyľuje se *Savigny* (Obligationen-Recht II. sv.) jenž míní, že dlužník uzavírá smlouvu s neurčitým věřitelem, který se determinuje určitým poměrem, v jakém se nalézá oproti listině (str. 93) a tento poměr jest právo vlastnické (str. 135) t. j. dlužník kontrahuje smlouvu skripturní se všemi budoucími vlastníky papíru. Teorie tato tvoří základ a východisko teorie pendenční a offerty ad incertam personam. Tato pendenční teorie vrcholí v tom, že teprve presentací papíru stává se presentant věřitelem a tedy tím se uskutečňuje obligační poměr v papíru naznačený (*Riesser* v *Goldschmidtově* časopise sv. 28., str. 56 násl., *Goldschmidt* tamtéž, sv. 3., str. 275, *Förster*, *Theorie und Praxis des preus. Pr. R. sv. 1., § 64*). Zastanci teorie offerty ad incertam personam mají za to, že dlužník neuzavírá s budoucími vlastníky papíru smlouvu, nýbrž že jim pouze činí nabídku, kterou oni akceptují přivlastněním si papíru (*Sohm*, *Goldschmidtův* časopis sv. 17., *Pavlíček* v *Právniku* 1892 str. 9: „Vydání listiny jest zajisté prohlášením dlužníka, že slibuje plnění každému, kdo papír předloží; . . . podmíněně, až se totiž dostane podle vůle vydatele do vlastnictví bezelstné osoby třetí. . . . Vzniká tedy závazek vydatelův jednak ze smlouvy, jednak nabytím vlastnictví se strany osoby jiné. . . . Smlouvu tu uzavírá vydatel s každým . . . majitelem“. *Herrmann šl. Otavský*, *Rektapapíry* str. 14.). Uvážíme-li, že dlužník je vázán svojí offertou, jak-

mile došla prvního věřitele nejen vůči němu, ale i vůči všem budoucím věřitelům, kterých ještě nedošla, musíme říci, že tato oferta je vlastně jen jiné pojmenování obligačního závazku vzniknuvšího jednostranným právním jednáním, jak přesně zjistiti můžeme u Pavlíčka, a že oprávněnost názvu „offerta“ lze vyvozovati jen z té okolnosti, že, dokud nalézá se papír v dosahu dlužníkově, nemáme hotový poměr právní, nýbrž pouze objektivní základ jeho, jak uznává i teorie kreační i teorie nabytí vlastnického práva.

14. Samostatnou teorii smluvní konstruuje *Heřman Šikl* v „Teorii závazků skripturních“. Šikl rozeznává právní postavení prvního věřitele a právní postavení jeho nástupců, vůči prvnímu věřiteli závazek totiž teprve vzniká, další věřitelé nabývají již hotového oprávnění. A tak „právní jednání, jímž závazek vzniká, záleží ve vystavení (totiž sepsání) papíru a jeho vydání v úmyslu se zavázati“ (str. 51). Avšak toto vydání není formální *Begebungsvertrag*, nýbrž „musí zde býti vůle k podstoupení závazku směřující. Ani v případech, kde nabývá osoba druhá vlastnictví papíru, nevzniká platný závazek, nedostávalo-li se vůle této“. (Str. 52.) Smlouva tato je smlouvou kausální, na př. smlouvou trhovou. „Vždycky je tedy závazek ze skriptury podstatnou částí základního obligačního poměru, čili jeden ze závazků, z nichž obligační smlouva sestává, děje se ve formě skriptury. Vydání skriptury jest aktem zavazujícím, avšak nikterak o sobě stojícím, samostatným formálním právním jednáním, nýbrž aktem, jenž nalézá své místo toliko v rámci základní obligační smlouvy.“³⁶⁾ „Ovšem ale tvoří se v rámci základního obligačního poměru a vychází z něho vydáním skriptury jedna jeho součást jako samostatná; od svého vzniku odpoutaný, obyčejně (!) abstraktní závazek, působilý státi se sám osobě předmětem obchodu.“ (Str. 53.) A nyní existuje a cirkuluje pohledávka jeho „nárok oddělený od osoby věřitelovy, jakožto samostatný, papírem-symbolem

³⁶⁾ K tomu *Randa*, K teorii cenných papírů str. 9: Avšak postulátem právního důvodu a nerozeznáváním samostatného skripturního závazku od obvyklé obecnoprávní smlouvy přípravné vzdává se autor nejvzácnější vymoženosti moderní doktriny o cenných papírech, bez níž dnešnímu právu směnečnému a souvislému obchodnímu (čl. 301–305, 307) rozuměti nelze.

representovaný, plnění v budoucnosti slibující a takto již v přítomnosti je představující předmět právního obchodu, nomen, jenž stojí vedle osoby oprávněného právě tak, jako vedle vlastníka věc hmotná“ (str. 43).

Největší výtka, která může býti učiněna této konstrukci, je tato: Šikl odtrhuje závazek kausální od jeho kausy, závazek má nadále existovati jako závazek „od svého vzniku odpoutaný“. Kdy se oddělí závazek od své kausy? Čím se tak stane? Tyto otázky Šikl nezodpověděl.

15. Na hranicích teorií smluvních nalézáme teorii emisní. Hlavním představitelem jejím je *Stobbe*, dle něho vzniká závazek dlužníkuv tím, že neodvolatelným způsobem vydá listinu, která obsahuje jeho dlužnickou vůli, a zbaví se možnosti svoji vůli odvolati. Lhostejno je, zda emise se uskutečnila tradicí neb jednostranným jednáním. Pravidelně bude se jednati o tradici, avšak dání papíru a přijetí papíru nejsou nutně součástky téhož právního jednání, nýbrž takové právní jednání jest rozložiti v jeho součástky dání a vzetí, účinky pak obligační spojují se s prvním aktem. Dlužník zavázal se tedy vydáním papíru na základě svého jednostranného slibu. (*Stobbe*, *Deutsches Priv. R.* 3 sv. [vyd. 1878]) str. 106 násl., *Jolly*, *Krit. Vierteljahrschr.* sv. 2. s. 550 násl., *Unger* v *Grünhutově* časopise sv. 1., str. 372.)

16. Ještě více opouští stanovisko smlouvy Lehmannova teorie zjednání vlastnického (*Lehmann*, *Wechselrecht*, str. 207 a násl.). Remittent a indossatář stává se věřitelem jen tehdy, nabude-li vlastnictví směnky na základě dlužníkovy aktu, který je způsobilý přenéstí vlastnictví. K nabytí vlastnictví je zapotřebí dvou právních úkonů: 1. úkon, který je o sobě způsobilý vlastnictví přenéstí; 2. přivlastnění si směnky legitimovaným věřitelem. V tom je zbytek smlouvy. Teorie tato zakládá se na známém předpokladu Lehmannově, že čl. 36 a 74 sm. ř. nevztahují se na remittenta. Dále pak praví *Lehmann*: závazek vydatelův a indossantův stávají se perfektními teprve tím, že oprávněný dosáhne vlastnictví papíru na základě příslušného jednání zavázaného. K tomu není zapotřebí tradice, může se tak státi i jiným právním jednáním. Tak *Lehmann* vysvětlil, proč nezavazuje se dlužník remittentovi, když mu směnka byla odňata, ale nevysvětlil, proč je zavázán neobmyslným indossa-

tářům, neboť vysvětlení, že práva z indossamentu obmyslného indossatáře povstávají teprve tehdy, až směnky nabude neobmyslný indossatář, bylo by dokázati.

17. Základem moderních teorií kreačních je kreační teorie *Kuntze-ova*, která v hlavních rysech jeví se takto. Sepsání papíru jest jednání příštího dlužníka, podpis jeho připravuje obligaci, závazek jeho ještě nepovstal, obligace, v papíru naznačená jest dosud obligatio futura, ale nondum nata. Sepsáním papíru je činnost dlužníkovou dovršena a je tedy sepsání papíru jednostranným právním jednáním stejně jako poslední pořízení. Závazek dlužníkův vzniká, čili au-porteur, neb ordre-papír stává se perfektním teprve tehdy, byl-li papír uchopen osobou povolanou, od dlužníka rozdílno. Zda-li toto uchopení jest právním jednáním jednostranným nebo dvoustranným, je irrelevantní. (Inhaberpapiere, str. 285 násl.) *Kuntze* roztrhl tedy smlouvu, jíž skripturní závazek měl vzniknouti, na dvě: sepsání papíru a uchopení věřitelem. Tyto dvě skutečnosti jsou smluvní rudimenty, sepsání listiny je rudiment offerty a uchopení rudiment akceptace, tedy rudimenty smlouvy mezi dlužníkem a prvním věřitelem z papíru.

18. I tyto rudimenty smlouvy chtěl odstraniti *Siegel* (Versprechen als Verpflichtungsgrund, str. 110 násl.) a konstruoval teorii, kterou nazveme teorií pouhého jednostranného slibu. Tato teorie nalezla přijetí v doktríně rakouského práva soukromého, jak z následujícího patrně.

*Viktor Hasenöhr*l má za to, že pohledávka z au-porteur-a ordre-papíru jest abstraktní (Obl.-R. II. str. 19 a 97) a vzniká sepsáním listiny (Ausstellung) doručiteli znějící a výkon její odpočívá tak dlouho, pokud se papír nalézá v rukou dlužníkových. Na námitku, že v tu dobu existují jen dva elementy obligační, totiž dlužník a závazek a že třetí prvek, totiž věřitel, chybí, odpovídá *Hasenöhr*l, že tento třetí prvek existuje již v okamžiku sepsání, ale že zůstává spojen s prvním elementem, totiž dlužníkem, tak dlouho, pokud papír nebyl vydán. Tento poslední obrat *Hasenöhr*lův není zcela nezávadný, neboť dlužník má býti na čas věřitelem, ač jím býti nechce. (Souhlasně *Krainz*, System III. vyd. II. § 325.) Sem počítal bych i *Dernburga*,

Pr. Pr.-R. II. str. 194, 23, ač se zcela určitě nevyjadřuje, ku které kreační teorii se hlásí.

Naproti tomu *Hasenöhr*l velmi pěkně odůvodnil, proč nemůžeme namítati věřiteli neobmyslnému, že papír byl sepsán omylem anebo vynucen neb vylákán, neboť dle rakouského práva musí omyl, násilí nebo podvod býti způsobeny smluvníkem druhým a ježto závazek vzniká jednostranným právním jednáním, nemůže podvod, násilí neb omyl nikdy způsoben býti smluvníkem druhým a proto možno namítati tyto skutečnosti věřiteli z au-porteur-papíru a ordre-papíru jen v mezích § 876 (II. str. 76 a 98). Toto odpovídá úplně skutečnému stavu věci.

Teorie pouhého jednostranného závazku vede nás k výstřední teorii personifikační, charakterisované těmito čarami: 1. směnka, ještě nevydaná, je již v ruce vydatelově nomen, kus jmění; 2. dání a vzetí papíru není nutnou podmínkou vzniku směnečného závazku; 3. směnečný závazek se nepřejímá vůči neurčitému třetímu; 4. existence dluhu směnečného není závisla na osobě věřitelově, tak jak si tuto osobu dle práva civilního představujeme; 5. pohledávka lpí jediné na směnce, tato jest vlastním věřitelem, kdežto držitel směnky jest jen reprezentantem, zástupcem směnky. *Volkmar a Löwy*, Die deutsche Wechselordnung 1862, str. V. a násl., *Schmidt*, Wechselrecht 1864, *Bähr*, Anerkennung, 3 vyd., str. 234.

19. Teorie neobmyslné držby, pocházející od *Bluntschli*-ho D. Priv. R. § 165, nejnověji rozvinuta byla *C. S. Grünhutem* (Wechselrecht I. 277) takto: Poněvadž ta okolnost nedostačí, že někdo chce býti dlužníkem, aby se platně zavázal pouhým tímto úmyslem, poněvadž slib platební nemůže nikomu býti vnucen, a poněvadž závazek dlužníkův nemůže existovati bez věřitele, tož může slib platební, který vzniká pouhým jednostranným aktem skripturním, býti učiněn jen s tou výminkou, že papír se dostane do rukou osoby jiné, která se chce státi věřitelem. Výminka tato nemusí býti výslovně prohlášena, neboť spočívá na povaze věci, conditio juris quae tacite negotio inest. Sepsáním listiny povstala nová hodnota a dlužník zavázal se výminečně. Dokud nalézá se papír v rukou dlužníkových, může jej zničit a výmineční závazek zaniká tak, jako kdyby nebyl býval vůbec ani vznikl, jakmile se však papír ocitne v rukou neobmyslného

nabyvatele, výminka je splněna a závazek je definitivní. Podmínkou je, aby někdo neobmyslně papíru nabyt, ta okolnost, zda z dosahu moci dlužníkovy papír se dostal snad proti jeho vůli, je nerozhodná. Prvým věřitelem je neobmyslný, formálně legitimovaný držitel papíru.

20. Od této teorie odchyluje teorie *Randova* (viz též *Affolter*, Zur Theorie des Inhaberpapiers und Wechsels Gold. čas. 37, 469 n., *Canstein* H. R. I. 66, *Carlin*, Gold. čas. 36, Zur rechtlichen Natur der Wertpapiere, str. 6 násl.) vlastnického nabytí potud, že pokládá za věřitele prvního ne pouze neobmyslného držitele papíru, nýbrž prvního vlastníka papíru, tento vlastník musí ovšem být osoba od dlužníka rozdílná. „Pokud tedy vydatel listinu v rukou chová, není tu ještě závazku skripturního; jakmile však kdo jiný vlastnictví papíru jakýmkoliv způsobem (tradicí neb originárním způsobem etc.) nabyt, vzniká závazek a trvá až do vrácení vyplaceného papíru, resp. až do zničení spisu. Důvod vzniku skripturního závazku jest tedy druhu zvláštního (causa obligandi sui generis); důvodem totiž jest jednak slib vydatelův v listině vtělený, každému vlastníku daný, jednak nabytí vlastnictví papíru někým jiným“. (*Randa*, O cenných papírech, str. 17.) Těmito slovy odstranil *Randa* onu fingovanou výminku teorie *Grünhutovy*. V tom záleží veliká přednost teorie *Randovy*, že neobsahuje žádné fikce a že konstruuje na základě skutečností a nikoliv výmyslů. Sepsáním papíru nevzniká tedy obligace, nýbrž pouze materiální podklad její.

21. Přistupujeme k zodpovězení trsu otázek: kdo jest věřitelem ze skriptury a jak se převádí pohledávka. Otázky obě úzce souvisí spolu, jedna z druhé vyplývá a proto budeme i o obou otázkách společně pojednávat. Spisovatele možno rozříditi s tohoto hlediska na ony, kteří přihlížejí pouze k obligačnímu poměru, na ony, kteří považují za věřitele detentora papíru, na ony, kteří považují držitele papíru za věřitele a konečně, kteří mají za to, že věřitelem je pouze vlastník papíru. Toto rozřídění nemá nic společného s oním předcházejícím, kdy jsme rozlišovali spisovatele na zastance teorie smluvní a teorie kreační, a proto je možno, že někteří zastanci jednostranného závazku ocitnou se v sousedství zastanců smluvní teorie a naopak. Tímto poněkud nezvyklým rozříděním chceme poukázati na to, jak

mnohé teorie splývají a že rozřídění na teorie smluvní a jednostranného závazku vyčerpává jen jednu stránku těchto teorií. Ovšem nelze smlčeti i nepříznivých následků této synoptické metody, poněvadž tím roztrháváme jednotlivé teorie na různé části, které pak k sobě přiřazujeme. Leč o jednotlivých teoriích bylo již toho tolik psáno, že můžeme si dovoliti použití synoptické metody.

22. Pouze k obligačnímu poměru přihlíží *Unger* (Inhaberpapiere, str. 128 násl.). Prvý věřitel nabyt svého práva literálním kontraktem, toto přenáší na svého nástupce, buď novým literálním kontraktem (indossamentem) nebo pouhým „Begebungsvertragem“ (při papírech majiteli svědčících). Obsahem pak této smlouvy není cesse, nýbrž delegace pohledávky, při čemž delegant je zároveň zástupcem a zmocněncem dlužníkovým a dává tedy dlužník v této delegaci svůj souhlas prostřednictvím delegantovým (str. 115). K této na první pohled patrné fikci *Unger* dluží další, vůči dalším věřitelům se totiž finguje, že dlužník uzavřel literální kontrakt s prvním věřitelem (str. 125). Nyní pokračuje *Unger* dále: vlastník papíru není ještě věřitelem ani věřitel není ještě vlastníkem papíru, může tedy vlastník papíru od věřitele jej požadovati žalobou vlastnickou, věřitel by se proti tomu nemohl brániti, z toho by povstaly veliké nedůslednosti; věřitel by nemohl svou pohledávku ani vykonati ani ji zciziti, a vlastník by měl sice papír, avšak nemohl by pohledávku v něm naznačenou na nikoho převésti, nejsa věřitelem. Tu *Unger*, aby se vyhnul těmto nedůslednostem, praví, že ten, kdo má právo z papíru, má též právo na papír (ne k papíru) a má actio in rem scriptam vůči každému na vydání papíru a vůči žalobě vlastnické druhé osoby má exceptio doli. Z tohoto viděti, že u *Ungera* vztah mezi pohledávkou a papírem, ji naznačujícím, je dosti volný a že *Unger* svoji obligační teorii zachraňuje před nedůslednostmi jen pomocí dosti značných fikcí. Jako další zástupci obligační teorie budtež jmenováni: *Renaud*, Z. f. deutsches Recht XIV., str. 315 násl., *Eichhorn*, Privatrecht, § 191, *Mittermaier*, Privatrecht § 274.

23. Druhou skupinu tvoří oni spisovatelé, kteří považují za věřitele každého detentora papíru. Sem náleží *Hasenöhrl* („Obligationenrecht“ II. str. 46 násl., 71; 100). Nejen bonae fidei detentor, nýbrž i obmyslný detentor je věřitelem, konečně *Hasenöhrl* po-

važuje za věřitele i detentora alieno nomine, tedy i posla, kterého oprávněný poslal, aby mu papír vyplatil (str. 51 a násl.) a tak mohl by přijíti Hasenöhrl k té absurdní konsekvenci, že, dám-li na př. státní obligaci au porteur svému hostu do ruky, aby si ji prohlédl, že tento host po tu dobu, pokud má papír v ruce je věřitelem, jakmile ho však položí na můj psací stůl, stávám se já věřitelem. Namítá-li Hasenöhrl, že vlastník papíru nemaje papír v rukou nemůže vykonávati své právo a že tudíž chybí po tu dobu věřitel, ač-li neuznáme detentora za věřitele, vidíme, že Hasenöhrl směšuje otázku věřitelství s otázkou legitimace a výkonu práva z papíru.

Sem náleží i *Stobbe* (Deutsches Priv.-R., 2 vyd., III., str. 205), důvody uvádí stejné jako Hasenöhrl a dodává, že jest nepřípustno rozlišovati pravého věřitele a pouze k věřitelství legitimovaného. To platí dle *Stobbe*-ho de lege lata (saský obč. zák. §§ 1039, 1045, curyšský zák. §§ 1104, a drážďanská osnova čl. 17 a 347) de lege ferenda přimlouvá se za modifikace ve smyslu teorie vlastnické. Detentor nabývá právo z papíru originárně (str. 204, 209). Konečně jest sem počítati i *Siegela*, jenž zcela důsledně považuje za věřitele každého detentora papíru, poněvadž dlužník učinil slib každému držiteli papíru.

24. Jiní spisovatelé mají za to, že věřitelem je držitel buď neobmyslný anebo s vůlí vlastnickou. Rozpadávají se tedy spisovatelé této skupiny na dva tábory, z nichž jeden prohlašuje neobmyslného držitele, druhý vlastnického držitele za věřitele. Do tábora prvního náleží *C. S. Grünhut*, jenž úplně v souhlasu se svojí teorií neobmyslné držby prohlašuje za věřitele nejen prvního neobmyslného držitele, nýbrž i jeho nástupce. Jakmile někdo stane se neobmyslným držitelem papíru, jsa náležitě legitimován, stává se i věřitelem, neboť slib platební nebyl učiněn nějaké určité osobě, nýbrž předem neurčitěmu kruhu osob, které se stanou bonae fidei držiteli papíru, jsouce indossamenty náležitě legitimováni (str. 284); leč indossatář může býti i právním nástupcem svého předchůdce, ale práva i v tomto případě nabývá originárně (str. 284). Nelze tedy počítati *Grünhuta*, mezi spisovatele, kteří mají za to, že indossatář nabývá svého práva derivativně. Srov. *Adler* v *Grünhutově* čas. 26. str. 42. Sem náleží dále *Bluntschli*, *D. Priv.-Recht*, § 165, *Koch*, *Zeitschrift für Handelsrecht* X., str. 455 násl., *Binding*,

tamtéž, str. 414, *Dernburg* *Pr. Pr.-R.* II. str. 193. Do druhého tábora náleží oni spisovatelé, kteří považují za věřitele držitele s vůlí vlastnickou. Hlavním představitelem této teorie je *Kuntze*, *Inhaberpapiere*, str. 303, jenž praví, že každý držitel v technickém slova smyslu je věřitelem, ať je obmyslný, ať je neobmyslný. S každou takovou apprehensí papíru spojená je novace pohledávky, v listině naznačené, takže věřitel není nástupcem svého předchůdce. Tomuto názoru *Kuntze*-ovu by se mohlo namítnouti, zda možno považovati obmyslného držitele za věřitele, když mu vlastník papíru může odejmouti papír žalobou vlastnickou a tak ho zbaviti práva věřitelského. Jest v tom zajisté značná nedůslednost připustiti, aby nevěřitel mohl věřitele zbaviti jeho práva věřitelského a sám se učiniti věřitelem. Teorii pak neobmyslné držby možno vytknouti, že její případy neobmyslné držby splývají s vlastnictvím a že jest v tom něco násilného konstruovati případ neobmyslné držby, která by nesplynula s vlastnictvím.

25. Konečně máme pojednati o veliké skupině spisovatelů, kteří považují za věřitele jen vlastníka papíru. Většina těchto spisovatelů jsou zastanci teorie smluvní. Z těchto spisovatelů budtež jmenováni *Savigny*, *Renaud*, *Brunner*, *Goldschmidt*, *Gierke*. Pro nás nejdůležitější jsou tito poslední tři. Z nich *Brunner* (u *Endemanna*, sv. II., str. 163) praví, protože věřitel potřebuje papíru k výkonu a převodu pohledávky a poněvadž by bez papíru jeho oprávnění bylo bezcenným, když někdo jiný papír má anebo by jej kdykoliv mohl vindikovati, že z těchto důvodů musí věřitelství a vlastnictví papíru nerozlučně býti spojeno; dále že zásady o vlastnictví papíru neřídí se všeobecnými zásadami věcně-právními, nýbrž singulárními o nabývání pohledávek, které však objevují se v rouše věcně-právním. Věřitel pak jest nástupcem svého předchůdce. Zbývá vysvětliti dvě záhady, proč se stává neobmyslný nabyvatel papíru vlastníkem jeho, ač předchůdce jeho nebyl ani vlastníkem ani věřitelem a proč se stává neobmyslný nabyvatel věřitelem z papíru, ač dlužník žádný „Begebungsvertrag“ neuzavřel? *Brunner* vysvětluje to jednak singulárním ustanovením pozitivního práva, dle něhož neobmyslný nabyvatel i vzdor těmto nedostatkům na bývá oprávnění z papíru a k papíru (srv. u. m. str. 167), jednak jako důsledek principu veřejné víry (viz níže čís. 26).

Dle *Goldschmidta* každý vlastník papíru jest věřitelem (*Zeitschrift für H.-R.* XXVIII., str. 67), avšak není nástupcem svého předchůdce, neboť dlužník uzavřel smlouvu s prvním věřitelem ve prospěch jeho a ve prospěch dalšího ještě neurčitého okruhu osob, v ten smysl, že každá osoba, tomuto okruhu osob náležející, nabývá samostatného práva proti vydateli papíru, které nepochází od osoby předchůdce (tamtéž str. 111).

I *Gierke* má za to že vlastník papíru a věřitel musí býti táž osoba (*Pr. R.* II. str. 117), poněvadž pak každý, kdo papíru důvěruje, nabývá právo dle znění papíru, může se státi vlastníkem papíru a tím i věřitelem, třeba jeho předchůdce nebyl oprávněným, neboť každý, kdo skripturou je k přenášení práv legitimován, může je přenést, ačkoliv jemu nepřísluší a tak je věřitel právním nástupcem svého předchůdce (str. 126).

Při všech těchto spisovatelích, kteří jsou hlavními představiteli teorie „*Begebungsvertrag-u*“, je jedna okolnost nápadná: pohledávka vzniká, poněvadž dlužník s prvním věřitelem uzavřel „*Begebungsvertrag*“, leč další věřitelé nenabývají svého oprávnění na základě tohoto „*Begebungsvertrag-u*“, nýbrž na základě toho, že se stali vlastníky listiny, jejímž podkladem není smlouva, nýbrž sepsání listiny. Tato nesrovnalost nutila pak zmíněné spisovatele k různým ústupům vůči teorii kreační i k různým fikcím, jak svrchu vylíčeno.

Mezi zastance vlastnické teorie náleží i *Lehmann* v souhlase se svojí teorií vlastnického zjednání, ovšem i této teorii možno vytknouti, že další věřitelé nenabývají svého oprávnění proto, poněvadž prvému věřiteli bylo zjednáno vlastnictví papíru, pohledávku dotýčnou naznačující, nýbrž proto, poněvadž tito věřitelé nabyli vlastnictví onoho papíru. *Indossatář* nabývá svého oprávnění ze směnky originárně a nevstupuje v právo svých předchůdců, nýbrž nabývá jen onoho oprávnění, které bezprostředně souvisí s vlastnictvím směnky. (*W.-R.* str. 489.)

Z českých spisovatelů sem náležejí *Pavliček*, *Herrmann* šl. *Otavský*, *Šikl*, *Pavliček* a *Herrmann* šl. *Otavský* (viz výše) souhlasně se svojí teorií offerty ad incertam personam, pokládají za věřitele každého vlastníka papíru. Právo nabývá přímo od dlužníka, neboť uzavírá obligační smlouvu, jejíž obsah je v papíru naznačen, přímo dlužníkem, není tedy právním nástupcem svého

předchůdce. *Šikl* (na u. m. str. 22) má za to, že vlastník papíru musí býti i věřitelem, poněvadž „zákon nikde nemluví o vlastnickém právu k pouhé materii papíru, nýbrž vždy má tu na mysli pohledávku, obligační nárok papírem representovaný a s ním jediný nedílný celek tvořící“.³⁷⁾ Tato věta jest v souhlase se symbolizační teorií *Šiklovou*, jak svrchu byla vylíčena. „Právo k tomuto, o sobě stávajícímu, samostatnému, prostřednictvím symbolu reálné existenci majícímu, mobilisovanému obligačnímu nároku lze nazvati zcela správně vlastnictvím, a v tomto pouze smyslu také obchod a zákon (čl. 17., 36., 73. sm. ř. § 427 obč. zák.) mluví o vlastnictví papíru, nemajíce při tom nikterak na mysli pouhý hmotný substrát, materii papíru, nýbrž obligační nárok papírem představený sám“ (str. 43). „Skutečným věřitelem jest vlastník papíru“ (str. 65).

Všichni tito spisovatelé s výjimkou *Pavlička*, *Herrmanna* šl. *Otavského* a *Savigny*-ho shodují se v tom, že věřitel stává se věřitelem proto, poněvadž nabyl vlastnictví papíru a ne proto, že s prvním věřitelem byla uzavřena smlouva, po př. že mu bylo zjednáno právo vlastnické. Obsahují tedy tyto teorie s výjimkami, výše označenými, nesrovnalosti. Zasluhou *Randovou* je právě, že zjistil, že právní postavení prvního věřitele nemůže býti jiné než věřitelů dalších a že pravým věřitelem může býti toliko vlastník papíru. Stává-li se další věřitel věřitelem proto, poněvadž nabyl právo vlastnické k papíru, musí se jím státi i prvý vlastník papíru. Dle *Randy* nabývá každý nový vlastník své pohledávky originárně, není tedy nástupcem v právo svého předchůdce (n. u. m. str. 4). Zde nejlépe jsou patrný velké přednosti teorie *Randovy*. Další

³⁷⁾ Myslím, že *Šikla* jest počítati mezi stoupence teorií vlastnických, i když praví: „Detentorovi zásadně může a musí býti splněno, aniž by bylo lze žádati na něm prvé výkazu, že jest vlastním nebo cizím jménem k tomu oprávněn“ (str. 14). „Dlužník platí detentorovi — úplně a prostě jako takovému, neboť papír praví zcela určitě: zaplatím detentorovi“ (str. 17). Mám za to, že slova ta vztahovati jest na legitimační funkci papíru, leč slova „musí platiti detentorovi“ svědčí o tom, že *Šikl* neúplně rozlišuje funkci legitimační a transportní a blíží se tak k *Brunnerovi* formálnímu a materiálnímu věřiteli. — Ovšem nedá se upřít, že *Šikl* zvrátil vztah obligačního a věcněprávního právního poměru, mluví o vlastnictví k pohledávce, papírem representované, kterou sleduje vlastnictví papíru. Viz *Randa* K teorii cenných papírů str. 5., 6.

zásluhou Randovou je, že dovedl vybrati správné i z teorie smluvní (teorii vlastnickou) i z teorie kreační (sepsání listiny, jakožto základ závazku dlužníkovy). (Stejně *Carlin Gold*. čas. 36. str. 6 a násl.)

Tak zbavil Randa teorii kreační oněch nesrovnalostí, kterými trpěla až do té doby, a jak níže uvidíme, nemohla až do Randy ani kreační teorie vysvětliti další otázky spojené s výkonem práva. Teorii vlastnického nabytí přiblížila se kreační teorie značně smluvním i smluvní přejala mnohé z kreační teorie, takže v praktických výsledcích se shodují, leč teorii vlastnického nabytí jest dáti přednost, poněvadž se vyhýbá pokud možno fikcím.

26. Dále jest uvésti, jakým způsobem vysvětlují spisovatelé tu okolnost, že věřitel nabývá svého práva tak, jak jest v listině naznačeno a že jsou vyloučeny námitky z osob jeho předchůdců. Této skutečnosti jest děkovati za vznik teorií právě vyličených, neboť všechny teorie tyto chtěly vysvětliti právní povahu závazku dlužníkovy proto, aby tato skutečnost byla uvedena v soulad s právní povahou závazku dlužníkovy. Je zajímavo zjistiti, že tu mizí zcela rozdíly mezi teoriemi smluvními a jednostranného závazku. Rozdělení jest vzíti jiné, a to jest rozlišovati spisovatele, kteří tuto skutečnost vysvětlují způsobem obligačnímu právu vlastním a ty, kteří vysvětlují tuto skutečnost úzkým spojením papíru a pohledávky. Mezi spisovatele prvního druhu náleží *Unger* (*Inhaberpapiere*, str. 148 násl.), *Kuntze* (*Inhaberpapiere* na u. m.), tito vysvětlují tuto skutečnost tím způsobem, že s převodem listiny spojena je novace pohledávky, dále sem náleží oni spisovatelé, kteří tvrdí, že dlužník uzavírá s každým věřitelem novou smlouvu (*Savigny*, *Herrmann* šl. *Otavský*, *Sohm*). Zcela zvláštním způsobem vysvětluje tento zjev *Brunner* (u *Endemanna* na u. m.): au-porteur a ordre-papíry požívají prý veřejné víry a proto, kdo nabude papíru, důvěruje jeho obsahu, nabývá i právo, v něm naznačené, tak jak apparuje z papíru (str. 168), avšak tato veřejná víra projevuje své důsledky teprve tehdy, když papír překročil okruh původních kontrahentů (str. 171), ale pak nemůže se více dlužník odvolávati na inkongruenci pravé vůle a projevu jejího, z papíru patrného (str. 169) a tudíž nemůže se ani odvolávati na nedostatky „*Begebungsvertrag-u*“. Této konstrukci nepodobná není konstrukce *Šiklova*, když vysvětluje vyloučení námitek proti

pozdějším věřitelům, právní fikcí, „kterou se naproti třetímu nezúčastněnému, bezcistnému nabyvateli nahrazuje in abstracto vydání papíru s vůlí se zavázati“ (str. 57). Druhá skupina spisovatelů vzdává se možnosti řešiti tuto otázku na základě práva obligačního a praví, že řešiti jest tuto otázku na základě práva věcného, neboť pohledávka mění svůj subjekt, jakmile přejde papír v cizí ruce a tento přechod řídí se právem věcným (*Hasenöhrl*, *Obligationen-Recht* II. str. 66, *Gierke*, *Deutsches Pr.-R.* II., str. 125, 147 a 170, *Lehmann*, *Wechselsrecht*, str. 262, *Pavliček* n. u. m. str. 38 a 40, *Dernburg* *Pr. Pr.-R.* II. str. 196, částečně i *Stobbe*, *D. Pr.-R.* na u. m., str. 209, současně i obligačně, že slib učiněn byl každému držiteli papíru a může mu namítati i nedostatek emise papíru, z tohoto dodatku viděti jest, že *Stobbe*-ova teorie má pouze historický význam, str. 215).

Všichni tito spisovatelé vycházejí z toho názoru, že dostačí poukázati-li na úzké spojení papíru a obligace, jedni z nich praví, že pohledávka je v papíru inkorporována (obrat *Savigny*-*Obl.*, *R.* II., § 62 zavedený) druzí, že papír je symbolem pohledávky. Uvažujeme-li o tomto problému, maně tážeme se, zda takovým obratem možno tuto otázku zodpověděti, zda vlastně teorie tyto nezastavily se, nedoběhnuvše k cíli? Naproti tomu *Grünhut* (n. u. m. str. 284) vrací se opět ke konstrukci obligační, vycházejí ze zmíněné již premisy, že slib platební učiněn byl každému neobmyslnému držiteli a dochází tak, k závěru, že neobmyslný věřitel nabývá vlastního práva tak, jak je v listině naznačeno, přímo na základě zvláště stupňovaného účinku obligační vůle pisatele směnky, která zůstává nezměněná, poněvadž pisatel předem chtěl tomu tak a poněvadž tuto vůli, tak energicky působící, projevil předepsanou formou. Dochází tedy *Grünhut* takto k výsledkům podobným jako teorie offertory ad incertam personam (viz výše pod č. 13). Poněkud odchylně řeší *Goldschmidt* tento problem pomocí již nám známé smlouvy ve prospěch osoby třetí. Snad nemá *Goldschmidt* tak zcela nepravdu? Uvážíme-li, co napsal o povaze „*tertia*“ *Konrad Hellwig* a o jeho sukcesi v právo svých předchůdců, vidíme, že tato sukcesse zmíněného *tertia* a ona sukcesse věřitele z au-porteur- nebo ordre-papíru podobají se jako vejce vejci. O tento poznatek by snad mohla býti doplněna teorie vlastnického nabytí takto: z původní smlouvy

skládající se z promittenta, promissara a „třetího“ zbyl vlivem rozsazující činnosti papíru (viz níže) jen promittent a tertius, promissar odpadl a tím proměnil se závazek dlužníkův ze závazku smluvního v závazek jednostranný, učiněný ne každému vlastníku papíru, nýbrž ve prospěch každého vlastníka papíru. Proto musí i následující vlastníci papíru nabytí svého oprávnění originárně, neboť nabývají ho přímo od dlužníka a nesukcedují v právo svých předchůdců. V tom spočívá i zásadně teorie *Randova*, s tou malou odchylkou, že Randa praví, že slib učiněn byl každému vlastníku papíru.³⁸⁾ V této stylisaci možno shledávati malý reflex oněch teorií, které vycházely z toho předpokladu, že dlužník uzavírá smlouvu s oprávněnými z papíru. Tímto právě uvedeným malým dodatkem je teorie vlastnického nabytí i historicky jako jediné oprávněná dokázána, jak dokazuje vývoj směnky a jak budeme moci konstatovati částečně i v dalších našich rádcích.

27. Konečně máme uvéstí názory spisovatelů, jakým způsobem vykonává věřitel svoji pohledávku z au-porteur- nebo ordre-papíru. Pojednávajíce o této otázce musíme přesně rozlišovati teorie vlastnické od ostatních, a právě zde budeme moci poukázati na správnost a jednoduchost teorií vlastnických. Přihlédněme k jednotlivým spisovatelům! Dle *Ungera* musí býti papír vrácen při výplatě, poněvadž jen tím se odvolává plná moc k novaci pohledávky udělená, která je s papírem spojena. (*Inhaberpap.*, str. 162.) Unger zná tedy z finální funkce jen výplatu papíru. Jednal-li obmyslně při výplatě papíru, musí znova zaplatiti pravému věřiteli (str. 132), tedy tušení funkce legitimační. *Ungrova* teorie vrcholí v tom, že popírá samostatné funkce finální (str. 127), toto tvrzení je přímým důsledkem jeho obligační teorie. Podobně pohybuje se na půdě obligační *Kuntze*, jenž odvozuje finální funkci ze známých slov Pomponiových: *Prout quidque contractum est, ita etiam solvi debet* (l. 80 D. 46, 3), avšak nezůstává

³⁸⁾ O cenných papírech str. 17. V německé stylisaci praví Randa „zu Gunsten jedes Eigentümers“ a „denn nicht blos dem ersten Nehmer sondern jedem Eigentümer des Papiers will der Aussteller gebunden sein“ (*Eigentumsrecht* 2. vyd. str. 314). „Das Wechselversprechen ist beim Ordre-papier nicht einer bestimmten Person, sondern jeden Eigentümer des W. als solchen gegen“ *Ger. Zeit.* 1899 str. 378.

pouze na poli obligačním, nýbrž odůvodňuje finální funkci i tím, že papír je symbol a organ obligace, tedy úzkým spojením obligace a papíru. Finální funkce pozůstává v tom, že obligace zaniká, jakmile se dlužník stal právním držitelem papíru, tedy vlastně konfusí (*Inhaberpap.* str. 315—317). Toť passivní stránka, aktivní pozůstává v tom, že dlužník musí platiti každému právnímu držiteli papíru bez ohledu na to, zda dlužník je bona nebo mala fide, neboť dlužník při výplatě prý není povinen hájiti práv osob třetích (str. 627). *Kuntze* nezná ještě onoho rozlišování finální funkce na presentaci, výplatu a legitimaci. *Hasenöhrl*, jak známo, považuje za věřitele každého detentora, byť i by byl malae fidei, tedy dlužník musí každému detentorovi platiti, ale — a v tom spočívá nedůslednost této teorie — nesmí platiti, věděl-li, že držitel papíru je obmyslný a že mu může býti odňat vlastníkem papíru, neboť tento vlastník mohl by s úspěchem vindikovati papír i od dlužníka, jenž výplatou se stal věřitelem (*Obl.-R.* II., str. 54). Neudržitelnost a paradoxnost této konstrukce je patrna na prvý pohled. I teorie pendenční nečochází k výsledkům uspokojivým, neboť i ona popírá funkci legitimační pravíc, že dlužník po oprávnění presentanta se ptáti nemusí, ba ani nesmí a musí platiti každému presentantovi, neboť žádný presentant nemůže býti vůči dlužníku mala fide (*Riesser*, *Goldschmidtův čas.* 28 str. 59). I emissní teorie *Stobbe-ova* ztroskotala o funkci finální tím, že nerozeznává držitele pouze k výkonu legitimovaného od skutečného věřitele (na u. m. str. 205) a přichází tak k výsledkům podobným jako *Kuntze*, od něhož se liší však tím, že nesnaží se se všeobecného hlediště právního tuto tesi obhájiti a naopak de lege ferenda přimlouvá se za úpravu v tom směru, k němuž se dopracovala pro právo platné teorie vlastnická, najmě *Randova* a *Herrmanna* šl. *Otavského*. *Dernburg* Pr. Pr. R. II. str. 196 praví, že výkon práva je podmíněn presentací, v níž asi zahrnuje i výplatu papíru a dále, že dlužník bona fide může platiti každému presentantu (str. 192); nerozebírá však blíže tuto legitimační funkci, takže není patrna, zda legitimační funkce je stejná jak u au-porteur papírů tak u papírů legitimačních, zdá se, že *Dernburg* kloní se k odpovědi kladné. Tak i nechává nezodpověděnu onu otázku, kdo má při důkazu legitimace průvodní břemeno. *Dernburg* zahrnuje však v této legitimační funkci i stupňovanou funkci výplatného papíru, tím, že praví: Dlužník

může jen tehdy platiti, když mu papír bude presentován (str. 192). Z teorií vlastnických náleží teorie, které nevysvětlují dostatečným způsobem funkci finalní, teorie Savigny-ho a Brunnerova. *Savigny* domnívá se, že dlužník au-porteur-doložkou vyhradil si právo platiti držiteli, aniž by zkoumal, zda je držitel též vlastníkem, avšak dlužník nemusí toto své oprávnění vykonávat a může žádati, aby držitel své právo vlastnické prokázal (Obl.-R. III., str. 136). *Brunner* (u *Endemanna* II., str. 212) opět se domnívá, že dlužník musí platiti každému držiteli, třeba by o něm věděl, že není věřitelem a že je obmyslný, tu opouští *Brunner* svoji vlastnickou teorii a kvalifikuje tím pouhého detentora na věřitele. K' tomuto závěru přivedla *Brunnera* ta okolnost, že rozlišuje formální a materiální věřitelství. Materiální věřitel jest jen vlastník papíru, formální věřitel jest ten, kdo jest papírem legitimován k výkonu pohledávky (n. u. m. str. 163). Pokud se týče funkce legitimační, nedospěl *Brunner* k výsledkům uspokojivým, avšak na druhé straně podařilo se mu stanoviti právní povahu papíru presentačního a výplatného (na u. m., str. 155 násl.). Je-li dlužník povinen platiti jen, bude-li mu papír současně vrácen, mluví *Brunner* o papíru výplatném. Pojem presentačního papíru formuluje *Brunner* takto: Dlužník je povinen platiti jen tehdy, byl-li předem věřitelem upomenut, upomenutí se děje předložením papíru k výplatě. Teprve tímto okamžikem nastává prodlení dlužníkovu, a den splatnosti naznačený v listině, je jen označení termini a quo, kdy presentace může se státi. S povahou pak presentačního papíru souvisí, že nemůže obsahovati synallagmatickou smlouvu a vzájemné plnění má povahu výjimky. *Brunner* však přesně nelíší papír výplatný a presentační, maje spíše za to, že výplata papíru souvisí s presentací papíru k výplatě. *Goldschmidt* pak oddělil výplatu papíru od presentace, poukázav na to, že jsou papíry výplatné, které nejsou presentační a naopak (*Goldschmidtův čas.*, 28 str. 77) a pokud se týče presentace připomenul, že den splatnosti na presentačním papíru uvedený, nejen označuje počátek doby, kdy papír presentovati smí, nýbrž i má a že neprovedená presentace má za následek prodlení věřitele, neboť kdo nepředloží papír k výplatě máří tím plnění (str. 79), dále oddělil *Goldschmidt* legitimaci k výkonu od oprávnění k výkonu, ne však zcela bezzávadně, pravě: dlužník může legitimovanému platiti — m u s i

mu platiti, ač-li nechce prováděti skoro nemožný důkaz neoprávnění legitimovaného. Tuto větu opravil *Randa* v ten smysl: že dlužník platiti legitimovanému nesmí, jsou-li zde důvodné známky, že legitimovaný není oprávněn (*Eigentumsrecht*, 2. vyd., str. 313), tím dospěli jsme konečně k tomu, že dlužník platí právoplatně neoprávněnému legitimovanému, byl-li bona fide.³⁹⁾ Syntesa těchto výsledků podána jest u *Herrmanna* šl. Otavského v *Rektapapírech*, str. 61, syntesa tato byla pak podkladem úvah výše uvedených. Poněkud odchylně řeší funkci legitimační *Gierke*, jenž vychází z úzkého spojení papíru a pohledávky, avšak ve výsledcích shoduje se s oněmi teoriemi (n. u. m. str. 118, 119, *Carlin Gold. čas.* 36 str. 6 násl.).

* * *

Všechny teorie tyto byly v první řadě konstruovány pro abstraktní au-porteur- a ordre-papír. V dalších řádcích, najmě pak ve druhém díle tohoto spisu, miníme poukázati na to, zda možno tyto teorie a z nich v přední řadě *Randovu* teorii vlastnického nabytí bez výhrady a omezení použití též na au-porteur- a ordre-papíry, které obsahují závazek po př. oprávnění ne abstraktní nýbrž kausální, kausální v tom smyslu, že oprávnění věřitelovo z papíru je závislo na oprávnění dlužníka z papíru vůči onomu věřiteli z papíru. Tím rozřešíme zároveň otázku, zda rozdíl mezi skripturou (au-porteur- a ordre-papírem) a pouhým dlužním úpisem je kvantitativní nebo kvalitativní?

³⁹⁾ K podobným výsledkům dochází i *Lehmann* W.-R. str. 528 násl., ač podle mého názoru snižuje poněkud funkci legitimační, když praví: Dagegen liegt dem Zahlenden die Prüfung der Identität des die Zahlung verlangenden mit dem nach Art 36 der Wechselordnung legitimierten ausser bei dem Blanko-Giro, wo sie selbst verständlich ist. — ob. (W. R. str. 536.) Podobně i *Grünhut*, jenž se zcela shoduje ve výsledcích svého bádání s *Randou* WR. II. str. 226 násl., 256 násl., 264 p. 3. Oproti *Lehmannovi* praví *Grünhut* zcela správně, že dlužník je povinen zkoumati legitimaci indossatáři jen potud, aby nejednal solo malo nebo culpa lata str. 261.

DĚJINY DOGMATU.

KAPITOLA I.

Pojistka ve středověké Italii.

I. Janov.

28. Toto přístavní město liburnské bylo ve čtrnáctém století velmocí prvního řádu, po vítězství nad Pisánskými (1284)¹⁾ bylo jeho panství na západní části Itálie takového rázu jako vláda Benátek na Adrii. Moc Janovanů jako moc Benátčanů spočívala v čilém námořském obchodu s východními zeměmi Egyptem, Syrií, Malou Asií a umírajícím císařstvím řeckým. Nebezpečná plavba vnukla středověkému obchodníkovi myšlenku riziko tohoto nebezpečného podniku rozvésti na více osob a ve středověku setkáváme se s celou řadou právních útvarů, které mají společný hospodářský účel — eliminaci rizika. Příkladem buďtež uvedeny: *foenus nauticum*, z římského práva převzaté, leč dekretem papeže Řehoře IX. *Navigandi vel eundi ad nundinas* zapovězené, *societas maris*, *commenda*, *cambium maritimum*²⁾ a mohli bychom uvést ještě celou řadu smluv, které obsahují prvek pojišťovací. Vedle těchto smluv, jichž účel mimo jiné byl též eliminovat riziko, vystupuje smlouva pojišťovací, jejíž hospodářský účel je pouze eliminace rizika. A Janovu přináleží — dle známého

¹⁾ *Goldschmidt*, Zur Geschichte der Seeversicherung (Festgabe für Beseler 1885) str. 215.

²⁾ *Bensa Enrico*, Il contratto di assicurazione nel medio evo Genova 1884 str. 21. K tomu vztahují se články *Schaube*-ho v Archiv für Social- und Wirtschaftsgeschichte 1894 a v Conradových Jahrbücher für National-ökonomie 1893/1894.

nám stavu věci — zásluha, že ve čtrnáctém století právnícky osamostatnil pojištění a stvořil tím novou smlouvu.³⁾ Nestalo se tak najednou, jen poznenáhlu osamostatňovala se smlouva pojišťovací. Proč a jak se tak stalo, nemůžeme vyložit, není to naším úkolem. Počátek premiového pojištění — a o tom se zde pojednává⁴⁾ — kladou jedni do počátku XIV. stol.⁵⁾ jiní opět tomu odporují^{6a)}, my z různých důvodů za základ svého výkladu vezmeme notářskou listinu ze dne 23. října 1347:

In nomine Domini Amen. Ego Georgius Lecavellum civis Janue confiteor tibi Bartholomeo Basso filio Bartholomei me habuisse et recepisse a te mutuo gratis et amore libras centum septem Janue. Renuncians exceptioni dicte pecunie ex dicta causa non habite, non recepte, non numerate et omni juri. Quas libras CVII Janue, vel totidem eiusdem monete pro ipsis, convenio et promitto tibi solemni stipulatione reddere et restituere tibi aut tuo certo nuncio per me vel meum nuncium,

usque ad menses sex proxime venturos, salvo et reservato, et hoc sane intellecto, quod si cocha tua de duabus copertis et uno timono, vocata S. Clara que nunc est in portu Janue parata, Deo dante, ire et navigare presentialiter ad Majorichas iverit — — — et ibi applicuerit sana et salva, quod tunc et eo casu sit presens instrumentum cassum et nullius valoris ut si facta non fuisset. Suscipiens in me omnem risicum et periculum dicte quantitatis pecunie quousque dicta cocha aplicuerit Majoricis, navigante recto viagio ut supra. Et etiam si dicta cocha fuerit sana et salva in aliqua parte, usque ad dictos sex menses, sit similiter presens instrumentum cassum et nullius

³⁾ *Goldschmidt*, Universalgeschichte des Handelsrechtes, str. 359 a ve Festgabe für Beseler Zur Geschichte der Seeversicherung str. 201—219 *Bensa*, Contratto str. 25, 48 a 59.

⁴⁾ Tak zv. pojištění vzájemné teprve v XIX. století nabývá rázu smlouvy pojišťovací, t. j. teprve v minulém století premiové pojištění absorbovalo v sobě též pojištění vzájemné, až do té doby pojištění vzájemné nemělo formy samostatné smlouvy, jsouc pouze přívěskem k různým smlouvám.

⁵⁾ *Goldschmidt*, *Bensa*, *K. Adler*.

^{6a)} *Schaube*.

valoris ac si factum non fuisset. Et similiter si dicta cocha mutaverit viagium sit dictum instrumentum cassum et nullius valoris ac si factum non fuisset.

In dictum modum et sub dictis conditionibus promitto tibi dictam solutionem facere, alioquin penam dupli dicte quantitatis pecunie tibi stipulanti dare et solvere promitto cum restitutione damnorum et expensarum que propterea fierent vel sustinerentur litis vel extra, ratis manentibus supradictis et sub ypotheca et obligatione bonorum meorum, habitorum vel habendorum.

Actum Janue in Banchis in angulo domus Carli et Bonifaci Ususmaris fratrum, anno dom. nat. MCCCXXXVII indit. XV. secundum cursum Janue, die XXIII Octobris circa vespas, Testes Nicolaus de Tacio draperius et Johannes de Recho filius Bonanati cives Janue.⁶⁾

Tohoto druhu jsou smluvní listiny ze dne 15. ledna 1348, 7. dubna 1349, 9. března 1350,⁷⁾ v níž slibuje se zaplatiti „tibi aut tuo certo nuncio vel procuratori“.

Pojistka ze dne 21. února 1368⁸⁾ má tento pro nás zajímavý obsah:

In nomine Domini Amen. Ego Nicolaus . . . dominus et patronus cuiusdam panfili de orlo mei et sociorum vocati Sa Catalin, nunc existentis in presenti portu Janue, parati de proximo recedere causa eunti et navigandi ut infra, confiteor tibi . . . Luxiardo . . . presenti et stipulanti, me a te habuisse et recepisse in civitate Janue tantam quantitatem tuorum denariorum januiorum conversam in necessariis . . . dicti panfili. Renuncians exceptioni non numerate, non habite et non recepte dicte quantitatis pecunie, rei ut supra et infra sic non esse, vel fuisse, et sic se non habentis, doli mali, metus, in factum actioni, conditioni sine causa et omni alii juri: unde et quo quibus, nomine venditi-

⁶⁾ Bensa, Contratto Documenti č. 3.

⁷⁾ Bensa, Contratto Documenti č. 4, 5, 6.

⁸⁾ Bensa, Contratto Documenti č. 7.

onis et cambii, tibi vel tuo certo nuntio vel procuratori promitto . . .

Barokní konstrukci obsahuje pojistka ze dne 12. července 1370:

. . . . confitemur (pojistitelé) tibi (pojistníku) nos a te emisse, habuisse et recepisse tot de tuis rebus et mercibus dare et solvere libras centum vigintiquinque Janue hinc ad menses sex proxime venturos salvo et specialiter reservato, si illa (sc. navis quantitas mercium) sana et salva conducta et exonerata fuerit, tunc ab eo casu presens instrumentum sit cassum et nullius valoris et prorata.⁹⁾

Na základě tohoto materiálu budeme uvažovati o významu pojistky v Janově v polovici 14. století.¹⁰⁾

29. Citované listiny jsou listinami notářskými.

Jaké povahy byly tyto listiny? Chceme-li odpověděti na tuto otázku, jest si nám uvědomiti, že středověký proces byl ovládnán zásadou legálnosti a nikoli volným uvažováním důkazu.¹¹⁾ Dle zásady legálnosti soudce neuvažuje volně o jednotlivých skutečnostech v procesu přednesených a jich průvodech, nýbrž určitým průvodům přiznána jest moc vytvářeti formální pravdu, t. j. soudce musí považovati skutečnosti jimi dokazované za pravdivé a existující. Tu obsahuje každý průvod prvek materialně-právní a vztah mezi právem materialním a formálním jest daleko těsnější než v době volného uvažování průvodních prostředků a jich věrohodnosti.

Nepřihlížíme-li k episodě karolinského zákonodárství¹²⁾, neměla listina notářská zvláštní průvodní moci¹³⁾ byla na roveň postavena ostatním průvodním prostředkům. Od počátku stol. 12. vždy častěji bývají nazývány listiny notářské římsko-právním

⁹⁾ Bensa, Doc. č. 8. Tato konstrukce výmínečné smlouvy tržové je zachována v Janově až do konce středověku a snad zavdala příčinu ke konstrukci smlouvy pojišťovací jako odrůdy smlouvy tržové.

¹⁰⁾ Autor dovolil si otisknouti z Bensy tyto pojistky, poněvadž kniha Bensova je velmi těžko přístupna, jsouc již po více let rozebrána.

¹¹⁾ Gross, Die Beweistheorie im can. Process 1867 I., str. 20.

¹²⁾ Breslau, Urkundenlehre I. cap. IX. str. 476 násl. Bethmann-Hollweg, Geschichte des Zivilprocesses sv. V., str. 157.

¹³⁾ Stov. Lib. pap. Wido P. a o vývoji Breslau, Urkundenlehre I. tamtéž.

názvem „instrumentum“^{13a)} výraz to, který před tím v Horní Itálii jen zřídka se vyskytoval. To byl prvý krok. Leč ani longobardská carta ani romagnská listina tabellionů neměly významu římsko-právního instrumenti publici; a pozměněn byl tím značně význam těchto listin, když italská listina nabyla tohoto významu.¹⁴⁾ V dekretalií papeže Alexandra III. podržuje listina notářská jakožto instrumentum publicum svou průvodní moc i po smrti svědků a jest postavena na roveň listině autentické a mají obě průvodní moc jako takové, kdežto jiné listiny čerpají průvodní moc jen z průvodní moci svědků, tuto listinu podepsavších, takže po jejich smrti listina tato nemá žádné průvodní moci.¹⁵⁾ Tím stanovil kanonický proces hodnotu listiny notářské, jakožto instrumentum publicum, které o sobě dostačí, aby o té neb oné skutečnosti podalo plný důkaz. Z kanonického processu přešel tento právní názor do veškerého práva důkazního a ve středověku pozdním shledáváme listinu notářskou vesměs jakožto listinu hodnoty instrumenti publici¹⁶⁾. Solis publicis instrumentis vel alio modo authenticis . . . fides adhibenda est sine aliquo adminiculo, dummodo instrumentum illud appareat sine vituperatione, rasura vel cancellatura, quae possit suspicionem inducere¹⁷⁾.

Současně, když nabývala listina notářská povahy veřejné listiny, bylo se starati, jakým způsobem bylo by zameziti falšování notářských listin. Statuta italských měst nařizovala, že notář musí zanést protokoly listin do knihy protokolů, aspoň musí notář učiniti zevrubný výtah (abreviatura, imbreviatura).¹⁸⁾ Bez protokolu neb abreviatury nemá listina platnosti.¹⁹⁾ A tak listina

^{13a)} *Mitteis*, Röm. Pr. R. I. str. 294.

¹⁴⁾ *Breslau* na u. m.

¹⁵⁾ C. 2. X. 2, 22: scripta vero authentica si testes inscripti desierint, nisi per manum publicum facta fuerint, ita quod possunt probari, non videntur nobis, alicuius firmitatis robur habere, *OU*, Rechtsfürsorgeverfahren str. 14.

¹⁶⁾ *Breslau* n. u. m. O významu kanonického práva srov. *Křemář*, Základy Bartolovy a Baldovy Teorie mezinár. práva soukr., str. 3.

¹⁷⁾ *Tancredi*, Bononiensis ordo iudiciarius part. 3. tit. 13. § 5 (*Savigny*, Geschichte V. str. 115). Vyd. Tractatus tractatum sv. 3.

¹⁸⁾ Statuta bolognská rubr. 79 §§ 1–2 viz *Oesterley*, Das deutsche Notariat I. str. 262.

¹⁹⁾ Tamtéž § 3.

notářská jen na základě imbreviatury, zapsané v knize protokolů požívá plné víry a činí plný důkaz. „Imbreviatura — naproti tomu — quae extenditur in libro notarii illa bene facit plenissimam fidem,“ praví *Lanfrancus*.²⁰⁾ Tak položeno těžiště při zřízení listin do imbreviatury, a účinek toho jeví se též v tom, že listina není stranami podepsána.²¹⁾ Notář na základě imbreviatury vyhotoví listinu a odevzdá ji destinátáři, čímž předčítání listiny stranám (complere) a podpis stran odpadl, pouhá rogace notáře dostačila, aby byl zmocněn listinu vyhotoviti.²²⁾

Jakkoliv měla imbreviatura tak značný význam, že o ní mohlo býti napsáno plenissimam facere fidem, přece nepozbyla listina, dle ní vyhotovená, povahy instrumenti publici; neboť, nebyla-li pravost její popřena, soudce musil jejímu obsahu věřiti, způsobovalaf formální pravdu a o imbreviatuře nebylo řeči. O imbreviatuře počalo se tedy teprve tehdy jednati, když pravost listiny byla popřena a imbreviatura — zcela ve smyslu teorie legální — byla jediný, ale dostatečný průvod pravosti listiny. Nebyla-li na základě imbreviatury vyhotovena listina? Statuta nařizují pouze, že notář jest povinen vyhotoviti stranám resp. destinátáři onu solenní listinu, nestane-li se tak, ztrácí notář nárok na honorář a jest práv z každé škody.²³⁾

Vyhotovitelem listiny jest ten, kdo listinu sepíše anebo dá sepsati. Notář píše listinu na základě jemu uděleného příkazu, avšak kontrahent, jenž příkaz dal, jest právně vyhotovitelem listiny stejně, jako by listinu byl sám sepsal, jak patrnó z těchto slov:

Sed nunquid in conficiendo primum instrumentum exigitur mandatum partium ut ei dicatur rogo vel mando vel concedo

²⁰⁾ *Lanfrancus ab Ariadno*, Tractatus de instrumentorum fide et productione čís. 17 (Tractatus tractatum t. IV. fol. 29 a násl.)

²¹⁾ *Breslau* na u. m. str. 780; *Oesterley* n. u. m. I. str. 305. Tím vysvětlují si též, proč mizí doložka „cum stipulatione subnixa“, o níž viz *Brunner*, Zur Rechtsgeschichte der röm.-germ. Urkunde I. str. 220 násl. *Ferrari* Giannino, La degenerazione della stipulatio nel diritto intermedio e la clausola „cum stipulatione subnixa“. Venezia 1910 str. 44. *Bluhme*, v *Bekker's Jahrbücher* 1859 str. 205.

²²⁾ *Oesterley* na u. m. I. str. 305.

²³⁾ Statuta Beluni lib. I. cap. 73; statuta Veronae lib. I. cap. 134, 135; Parma lib. II. fol. 91; Feltriae lib. V. rubr. 3; Caesenaee lib. I. str. 51 viz *Oesterley* na u. m. I. str. 230 a 234.

vel delego quod facias instrumentum Item quid est necessarius iussus utriusque contrahentis distingue dom. Azo et Vin (centius).^{23a)} Nam si commune fit negotium: puta in gratiam vel praejudicium utriusque, tunc pre decre ad hoc in fi. Si vero propter uno tum fiat: tunc sufficit eius mandatum cuius gratia fit.²⁴⁾

Lanfrancus praví²⁵⁾:

Quaero ulterius, nunquid notarius debeat conficere instrumentum ad instantiam alterius partis tantum, vel requiratur consensus ambarum partium? in his qua dependent a voluntate duorum, ut in contractibus notarius non potest conficere, neque rogari de instrumento, nisi ad instantiam ambarum partium, ut est in venditione etc. In his autem (quae) dependent ex voluntate unius tamen, ut est in additione haereditatis, vel in aliqua protestatione, sufficit rogari notarium ab illo, a cuius voluntate dependet actus.

Nebyla-li rogate notáře v listině zmíněná, presumuje se:

Si autem non contineatur in instrumento aliquid de mandato, presumo fuisse mandatum.²⁶⁾

30. Listiny svrchu uvedené jsou dále instrumenta guarentigiata.

Určitý druh listin ve středověku měl tu výhodu, že nárok, jehož obsah byl v takové listině naznačen, byl ihned vykonatelný na pouhé předložení listiny. Takové exekutivní listiny (instrumenta exequibilia, instrumenta paratam executionem habentia) byly odedávna nazývány instrumenta guarentigiae s. guarentigiata.

Základní princip jest málo slovy vyjádřen takto:

instrumenta guarentigiata paratam executionem habent, prout sententiae, quae in rem iudicatam tansierint.²⁷⁾

^{23a)} Vincentius Bellovacensis viz *Savigny*, Geschichte V. str. 434.

²⁴⁾ *Durantis* (*Savigny*, Geschichte V. 571), Wilhelmus Speculum iudiciale vydání Lugduni 1532 fo 110 čís. 4. Jinak konstruuje *Oesterley* na u. n. II. str. 222.

²⁵⁾ *Lanfrancus* na u. m. čís. 15.

²⁶⁾ *Durantis* na u. m. čís. 5. O notářích středověkých srov. *Ott*, Rechtsfürsorgeverfahren str. 28 násl. Rezeptionsgeschichte str. 77 násl.

²⁷⁾ *Briegleb* Hans Karl, Geschichte des Exekutiv-Prozesses, vyd. I. díl I. str. 49.

Při listinách tohoto druhu vycházelo se ze známé nám římsko-právní zásady „confessus pro iudicato est“ (l. 1, l. 2, l. 6 D. 42, 2; l. 56 D. 42, 1; l. 25 § 2 D. 9, 2; l. un. C. 7, 59) t. j. doznal-li žalovaný svůj dluh, ještě in iure, rozsudek nebyl vynesena, nýbrž věřitel mohl proti dlužníku nastupovati, jako by byl býval iudicatus. Proto bylo původně nutno, aby dlužník svůj dluh doznal před řádným soudcem. Zpravidla dělo se to tím způsobem, že nejprve sepsána notářská listina a strany dostavily se s ní k soudu, dlužník pak složil tam svoji „confessio“, by tak listina mohla býti soudně prohlášena za guarentigiou. Později dostačilo, by confessio byla složena před notářem, listinu sepisujícím.^{27a)} Na tento způsob vztahují se slova Balda de Ubaldis:

Et nota quod Tusci appellant instrumentum guarentigiae illud instrumentum liquidum, in quo notarius, qui scripsit instrumentum, facit praeceptum de solvendo auctoritate legis municipalis.²⁸⁾

Touto novější formou guarentigie (coram notario) jednak nabyt tento právní ústav tvářnosti, jeho podstatě odpovídající, neboť stalo se patrným, že vykonatelnost listiny je produktem smluvním, jednak byla tím usnadněna praxe, že notář, jehož bylo bez toho zapotřebí při zřízení listin, mohl vydati praeceptum de solvendo a tím kvalifikovati listinu na guarentigiou.

Formulována bývala guarentigia pravidelně tak, aby měla formu doznání, tak v našem případě:

confiteor me habuisse et recepisse a te libras centum septem Janue.²⁹⁾

Jaký význam měla guarentigia? Nejprve ten, že jen tehdy povolena byla parata executio, předložena-li byla listina guarentigiata. Byla tedy do té míry pohledávka spiata s listinou, že bez ní nebylo možno dosáhnouti okamžité exekuce. Jakkoliv můžeme mluvit o dosti úzkém spojení listiny a pohledávky, přece tato funkce jest pouze procesní funkcí listiny, an věřitel tím pouze nabývá nároku na zvláštní úkon soudní moci.

^{27a)} Notář tu vystupoval jako iudex ordinarius, srov. *Ott*, Rechtsfürsorgeverfahren str. 7. *Fischer*, Forschungen zur Reichs- u. Rechtsgeschichte Italicus III. str. 30.

²⁸⁾ *Baldus* ad l. 5 C. de executione rei iudicatae 7, 53.

²⁹⁾ Viz *Briegleb* na u. m. vyd. 2. díl I. str. 90.

Jinak tomu je, připomeneme-li si, že *guarentigia* z počátku spočívala na právní paroemii: *confessus pro iudicato habetur*. A jako folii k této paroemii máme onu skutečnost, že rozsudek upravuje definitivně právní poměr, dosud mezi stranami sporný,³⁰⁾ totiž právní poměr existuje tak, jak jej sentence soudcova byla určila, bez ohledu na to, zda skutečnosti rozsudek ten odpovídá čili nic, a tak vytváří každý rozsudek formální pravdu, která materiální pravdě může odpovídati, avšak nutně nemusí. Z tohoto bodu vycházejíce, shledáváme, že *guarentigia*, jsouc původně rovna rozsudku, měla moc tvořiti formální pravdu.

Tato moc *guarentigie* jevila se v tom, že zprvu vyloučeny proti obsahu jejímu veškeré námitky dlužníkovy, zaplatiti musil tedy vždy ať debite ať indebite. Platil-li indebite, měl ovšem možnost zaplacené opět požadovati pomocí *condictio indebiti*,³¹⁾ avšak to bylo žádání z jiného právního titulu. Tím, že připuštěna byla tato kondikce — původně nepřípustná — (*Briegleb* str. 93) nabývala pohledávka z *guarentigie* rázu závazku abstraktního jako římská *stipulatio* s tou processualní zvláštností, že, znemožněno-li uplatniti proti ní námitky, které odpovídají celkem *exceptio doli*³²⁾ římského práva klassického, že nutno je provésti zvláštní žalobou — *condictio indebiti*. V tomto stadiu vývoje dlužník jest povinen platiti, poněvadž jeho platební povinnost jest určena *guarentigií*, t. j. listinou, jest tedy jeho platební povinnost tou měrou úzce sloučena s listinou, že můžeme říci o této pohledávce, že jest pohledávkou *secundum scripturam*. Naproti tomu nejeví se pohledávka z *guarentigie* pohledávkou *ex scriptura*,³³⁾ neboť nikde jsem se nemohl dopátrati, že by *guarentigia* musila býti předložena k výplatě, a že by se dlužník byl zavázal svůj dluh zaplatiti jen tak, že vyplatí listinu, obsah jeho dluhu naznačující. Jakkoliv *guarentigia* na tomto stupni vývoje má zajisté značnou funkci materiálně-právní, přece nemůžeme o ní říci, že by pohledávka z ní byla skripturní. Ještě něčím liší se *guarentigia* od moderní

³⁰⁾ *Heyrouský*, System řím. práva III. vyd. str. 294 násl.

³¹⁾ *Briegleb* na u. m. vyd. 2. díl I. str. 103.

³²⁾ *Dernburg*, Pandekten 5. vyd. díl I. str. 327; *Heyrouský*, System řím. práva III. vyd. str. 680.

³³⁾ *Goldschmidt*, Universalgeschichte des Handelsrechtes str. 389.

skriptury: tato bere svůj vznik v podpisu dlužníkově, ona in *praecepto de solvendo*.

Ač okruh přípustných obran stále se šířil, přece nebyly přípustny ty obrany, které namířeny byly proti závazku, v listině obsaženému, že v době konfesse neexistoval,³⁴⁾ to nám názorně vysvětluje *Bartolus*:

Ad l. i. D. quod vi aut clam (43, 24) § 2 Et parvi refert.³⁵⁾ čís. 4. Sed quid si oppono, quod instrumentum est simulatum? Certe simulatio bene facit deficere contractum; . . . sed tamen bene est instrumentum publicum; . . . est enim instrumentum publicum de contractu simulatio: unde ista exceptio non potest opponi, nisi a statuto permetteretur, quia non impugnat instrumentum, sed impugnat vires contractus contenti in instrumento.

Tedy dokud *guarentigia* měla význam konečného rozsudku, potud měla *guarentigia* funkce svrchu vylíčené. Když pak ve století XV. a hlavně pozdějších pozbyl exekutivní proces tohoto významu, stav se pouhým prozatímním opatřením, mizejí všechny tyto vymoženosti *guarentigie*, třeba statuty opětně všemožné obrany vylučují.

31. V další větě pojistky z r. 1347 čteme: „Renuntians exceptioni dicte pecunie ex dicta causa non habite non recepte, non numerate et omni juri“. Doložky takové jsou velmi obvyklé v tehdejších listinách a našim úkolem je vyjádřiti, jaký význam měly pro funkce pojistky.

Co se týče oné generální doložky poslední, tu praví učitel *Bartolus* *Jacobus Buttrigarius* ve svém *Tractatus singularissimus renuntiationum* (vydání *Tractatus tractatum* sv. VI. pars II. fol. 404^a—405^b; srov. *Savigny*, Geschichte, sv. VI. str. 69 násl.).

Consuetum est renuntiare in instrumentis quandoque omni juris auxilio tam canonici quam civilis: et vult quod omnes casus iuris civilis seu canonici per quos contra praemissa posset se juvare, seu tueri habeantur perinde ac si specialiter et expresse essent enumerati, quibus ex certa scientia renuntiat, . . . tamen dicunt doct(ores) quod

³⁴⁾ *Briegleb* na u. m. vyd. 2. díl I. str. 100.

³⁵⁾ Tamtéž díl II. str. 102.

modicum valet, . . . generalem renuntiationem non valere, nisi praecesserit specialis . . . Item potest renuntiari quibusdam remediis, seu aliis exceptionibus, quae magis in facto consistunt, quam iure exprimantur ut puta renuntiatu privilegio literarum, ne teneatur satisfacere creditoribus suis de certo tempore ratione guerrae . . . Alias renuntiationes invenire magis esset laboriosum quam utile nec subtile, nisi secundum distinctionem contractuum qui fierent: nam contractus dant regulam seu materiam renuntiandi.

Pro naší úvahu jsou slova Buttrigariova potud významná, že ve středověku bylo možno, aby dlužník se vzdal veškerých námitek proti pohledávce, kterou měl věřitel za ním. Ze slov Buttrigariových vidíme, že vzdání se námitek nikdy nebylo tak všeobecné, abychom mohli říci, že dlužník je práv secundum scripturam a ex scriptura. A uvažujeme-li o posledních slovech Buttrigariových, docházíme k tomuto závěru: dlužník vzdal se všech obran, které mu příslušely z jeho samostatných práv proti nároku věřitelovu, nikoli však oněch obran, které mu příslušely, poněvadž právo věřitelovo v době žaloby neexistovalo. Může tedy dlužník namítati, že právo věřitelovo ani nevzniklo anebo že již pominulo.

32. Goldschmidt³⁶⁾ poukazuje na to, že tato doložka měla ten účel, aby pohledávka z onoho papíru byla pokud možno od své kausy odpoutána. Tento účel měla též doložka stipulační, která v naší pojistce zní: „promitto tibi solemni stipulatione“.

Uvážiti jest nám dosah těchto slov: ³⁷⁾ Petrus de Bellapartica

³⁶⁾ Goldschmidt, Universalgesch. str. 306 a násl.

³⁷⁾ Hledajíce význam stipulace ve středověku s dobrou se potážeme, obrátíme-li se na pomoc do Anglie. V Anglii, jak známo, máme dva druhy smluv: „parol or simple contracts“ (Addison, Law of Contracts 10. vyd. str. 2), které odpovídají našim smlouvám obligačním a „deeds“, smlouvy, jichž obsah je naznačen v listině pečeti obou stran opatřené. Prvý druh vyžaduje consideration, právně uznaný účel, tedy kausu práv kontinentálních, deeds však consideration nepotřebují, ba consideration dle anglické teorie smluvní není ani při nich možné. Obrátme svůj zřetel ku deeds. Henricus de Bracton, právník 13. století — jehož názory jsou ještě dnes v Anglii platné — pojednává velmi důkladně o stipulaci římského práva, neboť vykládal obligační právo zcela ve smyslu romanistickém. Avšak dle Bractona nejsou slova stipulační slovy mluvenými, nýbrž psanými a to na listině, pečeti opatřené. Dle Bractona je stipulace obligací ex scriptura,

praví ad l. gener.: Glossa aequiparat obligationem literarum stipulationi.³⁸⁾

Uvážíme-li, že stipulace pozdního římského práva se proměnila v smlouvu formy písemné,³⁹⁾ tu docházíme k závěru, že možno naše listiny vyložiti pod zorným úhlem římsko-právní nauky o stipulaci. Řecké χειρόγραφον způsobilo, že stipulace se proměnila v literální kontrakt; forma tohoto χειρόγραφον byla forma dopisu — epistola — tedy forma subjektivní.⁴⁰⁾ Smlouva uzavřena byla tím způsobem, že vzdávající se práv předal listinu, naznačující obsah dotyčného právního jednání, destinatáři jako nabyvateli práv.⁴¹⁾ Bylo-li uzavřiti smlouvu, z níž vzájemné závazky měly býti v budoucnosti splněny, bylo navzájem vyměnití listiny stipulační, neboť i v tomto stadiu je stipulace kontrakt přísně jednostranný.⁴²⁾ Stipulace zachovala si i svoji formálnost, t. j., stipulace zavazuje a opravňuje bez ohledu na svoji kausu, čili, stipulace je smlouvou abstraktní.⁴³⁾ Z této formálnosti a abstraktnosti plyne, že listiny stipulační dávají vzniknouti právům i závazkům tak, jak jsou v listině dotyčné naznačeny.

—
která vzniká listinou pečeti opatřenu. To dá se vysvětliti tímto způsobem: anglický contract under Seal (deed) není nic jiného, než římská stipulace a spočívá zásadně na recepci oné stipulace pozdního římského práva, kdy písemná forma nastoupila na místo mluvené otázky a odpovědi (Grueber, Über Einfluß, des röm. Rechts in England. Zeitschr. für verg. Rechtswissenschaft sv. XI. str. 261). Uvážíme-li, že Bracton krácel úplně ve šlépějích Azonových, a že anglický názor na contracts under Seal se nezměnil, máme v moderním právu obrázek, jak vypadala stipulace ve středověku.

³⁸⁾ O středověkém literálním kontraktu viz Karsten, Die Lehre vom Verträge bei den italienischen Juristen des Mittelalters 1882 str. 200 a násl. O významu de Bellapertica viz Krčmář Základy str. 133.

³⁹⁾ Gneist, Die formellen Verträge des neueren röm. Obligationenrechts (1845) str. 256, Ferrari, Degenerazione str. 30; Bähr, Anerkennung 3. vyd. (1894) str. 98; Brunner, Rechtsgesch. d. Urk. str. 66; Pertile, Storia 2. vyd. IV. str. 463; proti tomu Freund, Wertpapiere im antiken und frühmittelalterlichen Rechte, sv. I. str. 69.

⁴⁰⁾ Freund, Wertpapiere str. 12, 16; Milleis, Röm. Priv.-Recht bis auf die Zeiten Diokl. I. 293, 296.

⁴¹⁾ Bähr n. u. m. str. 108, Gneist na u. m. str. 258.

⁴²⁾ Brunner, Zur Rechtsgeschichte str. 60 násl.

⁴³⁾ de Bella partica na u. m. Videatur contra obligatio literarum est causa per se; Ferrari, Degenerazione str. 5; Karsten, Vertrag str. 197 násl.

Takovým pak listinám říkáme listiny dispositivní a jsou tedy listiny stipulační listinami dispositivními.

V římském právu jednak stipulace jest smlouvou samostatnou, jednak akcessorickou, jsouc přidána ku smlouvě kausální, tato — najmě dle práva poklassického — trvala dále a stipulace měla jen utvrditi závazek stran, neboť závazek dlužníkův z takové smlouvy byl dvojitý: speciální a generální.⁴⁴⁾

Formální náležitosti této degenerované stipulace byly: unitas actus, traditio chartae inter praesentes,⁴⁵⁾ dle pozdního práva i podpis promittentův.⁴⁶⁾ Listina musila býti promittentem stipulantovi dána a od toho osobně uchopena. V tom ohledu shledáváme u středověkých notářských listin tu úchylku, že listina jest předána notářem a ne promittentem,⁴⁷⁾ avšak notář jedná v tomto případě jako zástupce promittenta. Máme-li tuto skutečnost na mysli, pochopíme, proč středověcí právníci tak úporně zdůrazňují, že notář může přímo zastupovati, ač jinak platilo dogma nepřímého zastoupení.⁴⁸⁾

Touto doložkou stipulační můžeme objasniti několik funkcí našich janovských pojistek.

⁴⁴⁾ *Ferrari*, na u. m.; *Bähr* na u. m. str. 112. Pro klassické právo charakteristické pravidlo l. 6 § 1 l. 7 D. 46, 2 pro změnu povahy stipulace pozbylo svého významu.

⁴⁵⁾ *Brunner*, Zur Rechtsgesch. str. 68; *Ferrari*, Degenerazione 5, 26; *Gneist* na u. m. 253, 260; *Karsten*, Vertrag str. 180; proti tomu *Bähr*, Anerkennung str. 106.

⁴⁶⁾ l. 11 C. 8, 17; l. 31 C. 8, 53; l. 17 C. 4, 21; l. 3 pr. I. 3; *Gneist* na u. m. str. 353; *Brunner*, Zur Rechtsgesch. str. 40; *Mitteis*, Röm. Pr.-R. bis auf die Zeiten Dicl. I. 304.

⁴⁷⁾ Patrně v souvislosti s italskou korroborací *Brunner* na u. m. str. 68.

⁴⁸⁾ *Buchka* Herrmann, Die Lehre von der Stellvertretung bei Einhebung von Verträgen (1852) str. 122. Poněkud odchylně v jádře však stejně je popsána forma stipulace v janovské pojistce ze dne 15. září 1393: *Iherius* q. D. Lappi de Florentia, Simon Goaschonus . . . (pojistitelé) confessi fuerunt, ac in veritate recognoverunt mihi notario infrascripto, tanquam publice persone, officio publico stipulanti et recipienti nomine et vice Friderici de Vivaldis civis Janue, se ab ipso emisse, habuisse et recepisse toto de bonis dicti Friderici. — Zde ovšem traditio chartae musilo odpadnouti. Tato praxe byla asi v Janově v XV. stol. obvyklá, srov. *Bensa*, doc. 16 z r. 1425, 19 z r. 1427, 22 z r. 1428, 23 z r. 1430, tím se přiblížili praxi florentské, o níž srv. níže.

Předně závazek z pojistky jest dvojitý: kausální — pojistka z r. 1347 obsahuje kausu, ovšem fingovanou, mutuum gratis et amore — a všeobecný z doložky stipulační. Uvědomíme-li si, že dlužník vzdal se všech námitek proti právu věřitelovu, a to i námitek nevyplacené valuty,⁴⁹⁾ vidíme, že ona kausa ve smlouvě uvedená jest bezvýznamná a že uvedena byla jen proto, aby nová smlouva nevzbudila pochybnosti, an sit licita vel illicita.

Abstraktní tento závazek pojistitelův učiněn byl závislým na výmince. Tato výminka obsažena je v odstavci druhém pojistky z r. 1347. Čteme-li tento odstavec pozorněji, vidíme, že takové ustanovení tvoří dnes část kausy smlouvy pojišťovací. Tato částečná causa smlouvy pojišťovací je tedy připojena ke smlouvě hlavní — odstavec první — úmluvou vedlejší. V této souvislosti nabývají slova *Benvenuta Stracchy* zvláštní příchuti:

... quod licet ubi stipulatio fit sub conditione, conditio pro causa habetur . . . secus tamen est in pacto nudo. Si enim pactum nudum sub conditione fit, illa conditio nec habetur pro causa, nec implemento. Citat eundem *Bal(dus de Ubaldis)* in c. *Johannes, de fide instru(mentorum)* corroborat ipse, quia duo singularia circa idem concurrere jura prohibent. l. I. in fin(e) cum gl(ossa) C do dot(is) promiss(ione) (5, 11), gl(ossa) ~~in~~ l. cum post (69) in § gener. (4) de jure dot. (D. 23, 3). Sed in pacto nudo duo singularia concurrent. Primum quod implementum conditionis habeatur pro causa. Secundum quod vestiat pactum nudum, quae ratio cessat in stipulatione sine causa,⁵⁰⁾ facta tamen sub conditione quoniam alterum tantum inest, quod scilicet eventus conditionis habeatur pro causa.⁵¹⁾

⁴⁹⁾ *Gneist* na u. m. str. 96. (O vzdání se exceptio non numeratae pecuniae) — — so ergibt sich von selbst, daß nur die aus der Nichtzahlung der Valuta hergenommenen Einreden wegfallen. Selbst solche Wendungen, wie nulla tenus audiatur u. s. w. sind auch dem Zusammenhange noch nicht auf solche Einwendungen zu beziehen, welche mit der Frage nach Zahlung der Valuta im keinen Zusammenhange stehen. Zunächst steht es dem Schuldner natürlich seine Handschrift unter der Urkunde abzuleugnen. Er kann aber auch den Einwand des Betrugers, des Zwanges, der Simulation machen.

⁵⁰⁾ O stipulaci sine causa srovnej *Bähr*, Anerkennung str. 318. Nauka tato vyvinula se z ustanovení l. 2 D. 44, 4.

⁵¹⁾ *Benvenuto Straccha*, Tractatus de sponsionibus secunda pars čís. 4, vyd. Tractatus tractatum Venetiae 1583 sv. VI. část I.

Oprávnění pojistníkovy na výmínečně slíbený obnos pojistný vzniklo bez ohledu na to, zda vzniklo oprávnění pojistitelovo na premii. Z toho vidíme, že smlouva pojišťovací jest pouze smlouvou jednostrannou, že zde nenalézáme žádné směny závazků, tedy není dosud kontraktem synallagmatickým, že nároky pojistitelovy — pokud na nich jako na výmince neučinil pojistitel závislým vyplacení obnosu pojistného — jsou zcela nezávislé na nárocích pojistníkových, ano že vznikají z jiného důvodu. Nemůžeme vlastně mluvit o jedné smlouvě, mámeť smlouvy dvě. Toto poznání jest velmi zajímavé a pro dogmatické dějiny smlouvy pojišťovací důležité.^{51a)}

Tato snaha dáti pojišťovacím smlouvám takovou formu, aby nezbudily pochybností, přecházela někdy až v bizarnost tak na př. v citované pojistce z r. 1370.⁵²⁾ Jiné důvody závazku pojistitelova bývají uváděny nomine venditionis et puri cambii, všechny tyto doložky mají dva účely, aby pojistka se stala listinou diskretní, dále, aby contractus assecurationis se jevil jako contractus licitus, jenž vzdálen je vši „usuariae pravitatis“, k tomu hodila se zvláště dobře doložka „nomine veri et puri cambii“, poněvadž úplata — pojistné daná campsorovi-pojistiteli nebyla považována za úrok, nýbrž za odměnu za námahu.⁵³⁾

Otázka jest nyní, zda kauce stipulační uchovala si i ve středověku svoji dispositivní povahu?

Můžeme sice přisvědčiti vzhledem na citovaná slova de Bellapartica, leč význam této funkce nesmíme přeceňovati, poněvadž středověká jurisprudenc (nejmě kanonická) stavěla se na odpor tomu názoru, že listině by se měla připisovati též funkce jiná než průvodní, vždyť praví *Durantis*, jenž na kautelární

^{51a)} Tím na pravou míru uvéstí jest konstrukci *Adlerovu*, jenž zcela nesprávně tvrdí, že proto se notáři o premii nezmiňovali, poněvadž prý premie byla hned zaplacená. *Adler K.*, Die Prämienvorleistung bei der Versicherung, Goldschmidtův čas. 34, str. 184. Naše konstrukce odpovídá i historickému vývoji srov. *Schaube-ův* článek v Conradových Jahrbücher 1893.

⁵²⁾ Viz č. 28 str. 41 tohoto spisu.

⁵³⁾ *Endemann*, Studien in der röm. kan. Wirtschafts- u. Rechtslehre (1874) I. str. 108.

jurisprudenci nad jiné měl znamenitější vliv a význam,⁵⁴⁾ ve svém *Speculum juris*⁵⁵⁾

Obligaciones etiam prosunt et obsunt partibus non instrumentum: quod non est obligatio nec etiam ex eo oritur obligatio, sed est tamen probatio obligationis vel cuiuslibet alterius facti

Ačkoliv dispositivní listině bylo podstoupiti tuhý boj s tímto právním názorem, přece nezanikla. Slova *Durantova* vztahovati jest spíše na tu okolnost, že listina jako taková nedává vzniknouti obligaci, která vzniknouti může jen ze smlouvy, t. j. shodnou-li se strany v příslušné formě na zákonitěm důvodu svých závazků. Jak viděti, citovaná slova jsou vlastně namířena proti jednostrannému závazku skripturnímu, a ne proti formálním smlouvám písemné formy. Rozjímajíce o těchto slovech, pro středověkého právníka tak typických, musíme uvéstí též toto: Středověký proces byl řízen důkazní zásadou legálnosti, tu důkaz, tvoře formální pravdu, obsahoval v sobě prvek materiálně-právní.⁵⁶⁾ Listina podávala plný důkaz o tom, že byla smlouva uzavřena.⁵⁷⁾ Jiná listina než listina, důkazní moc mající, nemohla býti listinou dispositivní, listina nic nedokazující nemohla dáti vzniknouti právům z listiny, nebo funkce průvodní a funkce dispositivní jsou tak spojeny, že funkce dispositivní spočívá na funkci průvodní. Nebyla tedy dispositivní listina v jádře svém dotčena. Než přece cautio stipulationis nemohla se volně vyvinouti, obraz nám vystane jasněji před očima, uvědomíme-li si, co znamená anglický deed pro pohledávku a co kontinentální listina dispositivní, smíšená s funkcí průvodní.⁵⁸⁾ Ocenil bych naši pojistku jako listinu dispositivní takto: dáním a vzetím listiny uzavřena byla smlouva a poněvadž listina podávala plný důkaz o tom, jest ona listina listinou dispositivní, t. j. destinátář může z ní dovozovati práva a závazky. Leží tedy mezi formou smlouvy a vznikem práv z této smlouvy průvodní moc listiny.⁵⁹⁾

⁵⁴⁾ *Ott*, Beiträge zur Rezeptionsgeschichte str. 204.

⁵⁵⁾ *Durantis*, fol. 110 čís. 7.

⁵⁶⁾ Srv. výše.

⁵⁷⁾ Viz výše č. 3. *Pertile Storia* 2. vyd. IV. 469.

⁵⁸⁾ Kde konce tohoto vývoje značí art. 1341 code civile a § 1001 obč. zak.

⁵⁹⁾ *Karsten*, Veträg str. 187.

33. Modalita platební jsou stanoveny v pojistce z r. 1347 těmito slovy: reddere aut restituere tibi aut tuo certo nuncio per me vel per meum nuncium. V pojistce z r. 1350: tibi aut tuo certo nuntio vel procuratori.

Stipulator slibuje zaplatiti stipulantovi anebo osobě třetí, která se legitimuje jako nuncius stipulantův. Nepřihlédneme-li k příčině, proč tato stipulace se vyvinula, které instituty římského práva měla v oné době přechodu nahraditi, jest nám říci nepředpojatě: jedná se zde o smlouvu s vedlejší úmlouvou, aby placeno bylo osobě jiné, než je paciscent (Vertrag auf Leistung an Dritte).⁶⁰⁾ Vycházíme-li z tohoto předpokladu, jest nám zodpověděti nejprve tu otázku, jakého práva nabude ona třetí osoba, jež v tomto případě jest označena „certus nuncius“; pak jakým způsobem nabude „certus nuncius“ onoho práva.

I. *Brunner* nazývá tuto klausuli „pouhou klausulí zmocňovací“ (Schlichte Procuraclausel)⁶¹⁾ a uvažuje o právním postavení tohoto zmocněnce takto: nuncius jest ve středověkých listinách více než pouhým poslem, jest na roveň postaven prokuratoru (procurator), jenž smí kvitovati a žalovati. Co se týče tohoto práva, tu smí nuncius žalovati pouze jménem promissara a na základě zmocnění, jímž jest se mu ve sporu vykáhati. Uplatňuje-li nuncius právo věřitele hlavního, v listině pojmenovaného, tu jest přirozeno, že jemu možno vše namítati, co namítati by se mohlo věřiteli hlavnímu. Otázku legitimace nutno zodpověděti v každém případě zvláště dle znění listiny. V našem případě nemáme žádného bližšího udání a proto domníváme se, že legitimací nuncia bylo procuratorium („dobrá vůle“),⁶²⁾ jímž se mu bylo vůči dlužníku vykáhati, poněvadž procuratorium vztahovalo se na dluh hlavní, bylo tuto listinu též spolu přinésti. Dle toho by procuratorium a dlužní úpis byly legitimací nuncia. Dlužník

⁶⁰⁾ Důvodem tohoto našeho tvrzení je též, že nuntius je někdy v listině samé pojmenován, na př. promitto dare vicino de cibili tuo nuncio. Monumenta hist. patr. Chartarum tom. II. č. 464 (rok 1157).

⁶¹⁾ Goldschmidtův čas. sv. XXI. str. 59 násl.

⁶²⁾ Někdy obsahuje listina toto ustanovení: . . . ei scilicet quod cartulam saracenicamquae reliquimus nobis aut uno nostrum exhibuerit. Monumenta hist. patr. Chartar. II. č. 1183 (r. 1162). *Brunner* považuje tuto doložku za zvláštní, nazývá ji Exactionsclausel.

tedy takto řádně legitimovanému nunciovi byl nejen oprávněn, nýbrž též povinen platiti, a nuncius může dlužníka k placení donutiti, třeba by jednal jménem věřitele hlavního. Touto okolností, že nuncius jako takový má právo žalovati, liší se od pouhého solutioni causa adiecti. Jedním slovem: úmluva tato nekvalifikuje smlouvu hlavní na smlouvu ve prospěch osoby třetí, jest však více než pouhé určení výběrčího.⁶³⁾

II. Pokud se týče nabytí práva oné třetí osoby ze smlouvy, při níž osobně není zúčastněna a v níž není též jmenována, tu

⁶³⁾ Jak vysvítá z tohoto prokuratoria H. M. P. Ch. tom. II. č. 338 (r. 1156). (Testes ogerius de guidone, siboldus saraphie bonusuassallus de vicino. guido filius ogerii de guidone). Ego solimanus facio te ogerium de ripa nuncium meum ad recuperandum tarenos mille ducentos quinquaginta quinque minus terziam quos mihi debet iordanus de molino. pro labore quem inde habebis quod si recuperaveris eos omnes ibi ubi celebrabitur curia regis et legatorum habeas inde tarenos centum. si eos recuperaveris minus ducentorum nunc inde tamen minus habeas. si vero recuperaveris a medietate usque in ipsis ducentis minus de omnibus habeas inde per rationem supradictam. si vero recuperaveris minus de medietate habeas inde uncias duas auri. si vero pro eis recuperandis iuveris apud saragosam vel extra curiam habeas viandam de meo. et si eos recuperas et prelegitur habeas inde tarenos centum quinquaginta si minus eadem ratione habeas uti prelegitur. si vero pro eis recuperandis vel implicandis steteris quod venire non possis in galea legatorum habeas inde viandam et expensam communiter sicut de aliis rebus quas porta veris vel ibi habueris et de toto proficuo quod in eis implicatis erit si eos miseris cum testibus honoratos in ligno quod veniat ianuam. sive si eos adduxit quintam habebis. (Notul. Joh. Scriba.) Podobně č. 356 (r. 1156). Dále pro postavení nuncia viz rozsudek konsulů janovských z 27. května 1156 (Chart. II. 313). In capitulo consules laudaverunt quod nicola pellis et uxor eius . . . sint absoluti de toto hoc quod mussa mater et socrus eius aut eius vir postulabant ab ipsis in posse eorum, et laudaverunt quod ullo iure non possint inde conveniri ipsi vel heredes eius a prememoratis mussa vel guiscardo viro eius aut heredibus eorum neque inquietari. hoc ideo fecerunt quia cum memorata mussa quedam recipere deberet pro patrimonio suo in posse quod fuit quondam iordani de volta fecit memoratum guiscardum virum suum suum nuncium ad ea recuperanda sicut ipsi consules sacramento duorum testium cognoverunt et cum inde esset concordatus prefatus guiscardus eum eodem nicola et se inde quictum clamavi laudaverunt ut supra. *Wahl*, Traité de Titres au porteur I.; str. 39 praví naproti tomu „ce missus (výrazů missus a nuntius ve středověkých listinách užívalo se střídavě) était bien créancier, mais il n'avait pas le droit de céder sa créance“.

jsme odkázáni na málo zpráv. Soudě na vývoj smlouvy ve prospěch osoby třetí,⁶⁴⁾ kloním se k názoru *Wahl*-ovu,⁶⁵⁾ že onen „třetí“ musil přijmouti oprávnění, ze smlouvy mu plynoucí, čili jinými slovy, „třetí“ nenabyl práva již tím, že smlouva byla uzavřena, nýbrž tím, že přijal kolektivní offertu.⁶⁶⁾ Obsah této smlouvy — akceptované kolektivní offerty — je mandát, ale hospodářsky může býti akceptant mandatarius in rem suam, čímž smlouva tato dosahuje hospodářského výsledku cesse. Má tedy tato doložka za účel zvýšiti negotiabilitu pojistné pohledávky.

Mohl se státi nuntius i pojištěným? Dokladů pro to nemáme, ano slova „cocha tua“, „balle decem et novem pannorum lombardicorum tui dicti Johannis“, „vinum, quod habeo oneratum“ svědčí proti tomu, že pojištěný by mohl býti někdo jiný než stipulant. Uvážíme-li však, že stipulator vzdal se všech námitek proti této smlouvě, tudíž i námitky, že vlastnictví věcí pojištěných se změnilo, nenahlížíme, proč by nuncius nemohl býti zároveň pojištěným, když by se stal později vlastníkem pojištěných věcí.

Doložkou tuo certo nuntio stal se dluh pojistitelův dluhem přínosným, musilť náležitě legitimovaný nuncius přijíti k pojistiteli.

Platiti slibuje stipulator „per me vel per meum nuntium“. *Goldschmidt*⁶⁷⁾ nazval tuto doložku „passivní doložkou na řád“ (Passive Orderklausel). Jejím účelem bylo usnadniti placení osobou třetí, poněvadž dle přesného znění listiny mohlo to býti pochybné. Dále zavázal se věřitel přijíti ku pojmenovanému třetímu, dle mínění *Goldschmidt*ova s papírem v ruce, aby zaplacení došel; konečně dosáhnut byl touto doložkou lepší výsledek než pouhou pozdější assignací, poněvadž vzhledem k této doložce bylo se starati vyhotoviteli dlužního úpisu, aby třetí (nuntius) zaplatil a neučinil-li tak nuntius, byl dlužník práv z interesse věřitelova. Jinými slovy: Assignace jest pouhým pokusem platiti osobou třetí (assignatem) a dlužník, pakliže assignace není honorována, není práv, pokud zde není zvláštního právního důvodu, zcela jinak jest tomu, byla-li udělena assignace u vykonání

⁶⁴⁾ *Buchka*, Stellvertretung str. 122 a násl.

⁶⁵⁾ *Wahl*, Albert Traité des Titres au porteur (1891) str. 41.

⁶⁶⁾ *Garais*, Veträge zu Gunsten Dritter (1873) str. 71.

⁶⁷⁾ *Goldschmidt*, Universalgeschichte str. 400.

slibu, platiti sám anebo osobou třetí, pak jest závazek regresní assignantův nepochybný. Passivní doložka na řád jest tehdy zbytečnou, zaváže-li se dlužník listinou, že nahradí věřiteli veškerou škodu a újmu, která by mu vzešla z nepořádného placení, neboť ta újma obsahuje samozřejmě též škodu, která byla způsobena, že assignace nebyla honorována.⁶⁸⁾ V pojistce z r. 1347 pak dlužník slibuje solvere cum restitutione damnorum et expensarum que propterea fierent vel sustinentur litis vel extra, satis manentibus supradictis, jest tedy ona passivní doložka na řád skoro zbytečnou.

Pravím: skoro, neboť z tohoto závazku dlužníkova neplyne, že věřitel musí si dojíti k pojmenovanému „třetímu“ pro výplatu — ač-li mínění *Goldschmidt*ovo o presentaci papíru je správné.

34. Oceňující výsledky svého rozboru, přicházíme k tomuto závěru:

Listina, mající průvodní moc, guarentigia, smluvní vyloučení námitek, cautio stipulationis, doložka na řád bylo oněch patero skutečností, které nám měly býti klíčem, jímž bychom mohli rozluštit, jak pojistná pohledávka byla sloučena s listinou.

Pohledávka pojistná vzniká z listiny dispositivní, bez listiny nebyla by vznikla pohledávka. Tedy vznik pohledávky je spojen s vydáním listiny. Tato genetická čili dispositivní funkce listiny jest funkcí materiálně-právní, avšak není ryzí, jest sloučena s funkcí průvodní, funkcí to formálně-právní.

Převod pohledávky má býti usnadněn doložkou na řád, jejíž účel v tomto případě byl, usnadniti spíše zastoupení než převod, avšak, jak ukázali jsme výše, v nuntiovi může skrývati se též procurator in rem suam ano i pojištěný. Legitimací nuntiovou bylo procuratorium s dlužním úpisem, a v tom jeví se spojení pohledávky s papírem. Tuto funkci nazvali jsme funkcí vitální. Ovšem opětně jest zdůrazniti, že nesmíme přepínati význam této funkce, právě procuratorium nám ukazuje, jak málo vlivu mělo pouhé nabytí držby k papíru na nabytí práva z papíru. Těžiště spočívalo v procuratoriu a nikoli v dlužním úpise. Dále jest upozorniti ještě na jednu okolnost: nuntius má býti zástupcem věřitelovým, dlužník tedy nemůže míti horší postavení než vůči

⁶⁸⁾ Tamtéž str. 401 a 402.

věřiteli, proto nuntius nemá samostatného práva z pohledávky, jeho postavení jest uprostřed mezi solutione causa adjectus — dlužník platí jemu, co platiti měl hlavnímu věřiteli — a postavením „třetího“ ve smlouvách „ve prospěch osoby třetí“ — nuntius jako takový má právo žalobní, třebas jménem věřitele. Konečně jest vzpomenouti oné okolnosti, že jediným pojmenováním nuntia byl onen jmenován definitivně bez práva své právo osobě další přenést. Jak viděti, vitální funkce pojistky jest v této době ještě velmi nepatrnou, vztah mezi pohledávkou a listinou v tomto ohledu jest spíše reflexí jiných funkcí než funkcí samostatnou.

Jest oceniti tuto listinu i v tom ohledu, jaký význam měla při rozvázání obligačního nexu čili t. zv. funkci finální. Zde jest nám odpověděti na otázku, zda pojistka stol. XIV. jest papírem presentačním a výplatným čili nic? Při tom uvažujeme o těchto okolnostech: pojistka jest listina paratam executionem habens, proti ní jsou vyloučeny všechny námitky, pokud by in continenti nemohly býti provedeny, dále dlužník vzdal se všech námitek i práv proti pojistce mu příslušejících, dále listina jakožto cautio stipulationis obsahovala obligaci abstraktní, která vzniká a trvá bez ohledu na causu, jíž nedostatek dlužník by v jiném případě mohl namítati, konečně, pomyslíme-li si, že dlužník vzdal se i conductio indebiti,⁶⁹⁾ vidíme, že dlužník byl nucen zaplatiti znovu, nebyl-li mu dlužní úpis vrácen, a že nemohl svoji námitku, že dluh byl již zaplacen, uplatniti anebo jen velmi nesnadno a zřídkka. Ač placení (zaplacení) obnosu bez presentace a výplaty papíru jest placením v striktním slova smyslu, jímž se obligace právně ničí — na rozdíl od moderního papíru presentačního a výplatného — přece fakticky měl věřitel možnost požadovati opětovně placení. Při této úvaze musíme připamatovati též tu okolnost, že pojistka XIV. stol. obsahuje aktivní i passivní doložku na řád a že tím spíše presentace byla požadována, u nuntia věřitelova z důvodů shora uvedených, u nuntia dlužníkova tím spíše, poněvadž by dlužník byl nucen platiti podruhé.

A tak jeví se presentace a výplata papíru jako pouhý reflex exekutivního processu, smluvního vzdání se práv a nikoliv jakožto funkce samostatná.

⁶⁹⁾ Bensa, doc. 7. pojistka z 21. února 1368.

Dlužní úpis jeví se tedy tak, jak jej popsal Baldus de Ubaldis consil. I. čís. 348:

Stabiles et firmas debent esse scripturae mercatorum — juxta illud vulgare dictum „quod scripsi scripsi“, quia scriptura mercatorum et camporum habetur pro sententia et sua fide transit in rem iudicatam.

II. Toskánsko a další vývoj až do konce středověku.

35. Bensa uveřejnil dvě toskánské listiny o smlouvě pojišťovací. Prvá, datovaná ze dne 11. července 1385 je z Pisy, druhá, ze dne 10. července 1397 je z Florencie.⁷⁰⁾ Jsou psány vulgátou a ne latinou, pisatelem jich je sensál⁷¹⁾ a ne notář.

Z těchto vnějších známek můžeme souditi, že i obsah těchto listin bude jiný, od janovských odlišný.

V písánské pojistce jsou nejprve uvedena jména pojistitelů, jichž jest tři a obnosy pojistné; dále se praví: I detti assicuratori . . . feciono sicurtà e assicurarono da Arli fino in porto Pisano . . . a Francesco di Marco de Prato e compagni sopra ogni roba e mercatanzia . . . che i commissari . . . caricassono . . . ad Arli in sullo navilio di Giorgetto Costanzo Berga di Provenza, e comminciano gli assicuratori a correre ogni rischio, inconstamente come il detto navilio arà fatto vela . . . E sono contenti, e fu di patto il detto Francesco di Marco e compagni con detti assicuratori, che in caso de il detto navilio di Giorgetto non venisse in Porto Pisano e non recasse niuna roba di detti mercatanti che detti assicuratori che hanno, come nello scritto disotto contiene, assicurato, i detti assicuratori sono tenuti e debbono e promissono rendere i detti fiorini cinque d'oro per C a detto Francesco da Prato e compagni (i quali fiorini V hanno avuti). E se il detto navilio di sopra iscritto venisse al Porto Pisano o a Livorno e niente recasse della detta compagnia si promissono i detti Francesco da Prato e compagnia, della somma di fiorini 5 che hanno avuto rendere addietro fiorini 4½ per c. e fiorini 1

⁷⁰⁾ Bensa, Documenti č. 11, 14.

⁷¹⁾ Bensa, Contratto str. 64.

abbino guadagnato i detti assicuratori per lor fatica; . . . Corrono i detti assicuratori ogni rischio dal detto luogo al detto luogo, e sopra le dette robe . . . tutti gli corrono e portano gli assicuratori sopra di loro in fino a tanto che dette robe non sieno poste o scaricate in terra a Livorno, o in Porto Pisano come è detto, e per lo rischio abbono avere ed ebono gli assecuratori fiorini cinque d'oro per c, co' patti e modi iscritti disotto in questo foglio. Nastane-li p̄hoda pojistná, i dette assicuratori se promissono ex obbligaronsi di dare e pagare con effetto e senza niuna eccezione opporre o far opporre . . . in ogni altra terra o parte o luogo ove i detti Francesco di Marco e compagni o altri per loro gli volessero lor domandare. Pojistka jest podepsána jen pojistiteli.

Sensál Boninsegna di Messer Rinuccio nám referuje v této listině, že pojistitelé převzali risico, zač se jim má dostati pěti-procentního pojistného. Beze vši fikce podává nám tato listina obraz skutečného stavu věcí a tlumočí nám názor praktických obchodníků, nikoli však právníků. Leč ani praktičtí obchodníci nebyli přesvědčeni, že premie úzce souvisí se závazkem pojistitelo-
vým, neboť florentská pojistka neobsahuje zmínky o ní. Jest sice možno vyvozovati z toho, že premie ve Florentii byla placena ihned při uzavření smlouvy — to ovšem může býti a je asi pravda — ale kdyby obecným byl názor, že pojistné souvisí úzce se závazkem pojistitelo-
vým, tu zmínil by se pojistitel, že pojistné mu bylo zapláceno.

Nic více však o pisánské pojistce nemůžeme říci. Ani genetická funkce — obsah listiny má ráz referátu o uzavřené smlouvě — ani vitální funkce ani finální není patrna. Jen processní její funkce; průvodní a guarentie můžeme zjistiti. Guarentií je listina tato již dle znění svého i z toho důvodu, že v Toskánsku v druhé polovici XIV. století i soukromé listiny, které obsahovaly dlužní úpisy obchodníků, byly guarentigiami.⁷²⁾

Zajímavější jest pojistka florentská. Obsah její podobá se obsahu pojistky pisánské až na to, že neobsahuje zmínky o premii, jak právě bylo řečeno. Na rubu listiny jsou podpisy pojistitelů s takovými doložkami:

⁷²⁾ Briegleb, Exekutivprocess str. 80. Proto asi též nalézáme v Toskánsku soukromé pojistky.

Io Antonio di Franceso Alessi sono contento avere fatto la detta sicurtà per scudi centocinquanta, come in questa scritta si contiene, epperò per chiarezza di cio mi sono sottoscritto di mia propria mano questo di XI. Luglio 1397. Iddio la mandi salva.

V textu pojistky je udán pak pouze celkový obnos pojistný.⁷³⁾ Pojistitelům předložena byla sensálem pojistka a tito upsali na obnos pojistný určitou částku, tento způsob uzavírání smluv pojišťovacích udržel se až na dnešní časy všude tam, kde jsou pojistitelé jednotlivci a ne společnosti. Tak asi uzavírána byla pojišťovací smlouva vždy třebas s menšími neb většími modifikacemi, až v osmnáctém století společnosti pojišťovací zavedly jiný způsob. Tuto skutečnost musíme míti na paměti, až budeme se zabývatí dalším vývojem, neboť jen tak pochopíme, proč pojistka vniká do smlouvy pojišťovací, až konečně se stane cenným papírem.⁷⁴⁾

Vzhledem k tomu, že listina tato jest guarentigií a že dosud instrumentum guarentigiatum mělo povahu sententiae definitivae a že neobsahovala zmínky o pojistném, musíme říci, že závazek pojistitelův nezávisí na zaplacení pojistného, čili jinými slovy, nemůžeme říci, že ve XIV. století byla pojišťovací smlouva kontraktem reálním, třebas fakticky pojistné bylo placeno při nebo před uzavřením smlouvy. V tom jest onen rozdíl mezi ordonnancemi barcelonskými a statutem florentským z r. 1523, které tuto usanci uzákoňují, na straně jedné a touto usancí na straně druhé.

36. Viděli jsme, že obchodníci toskánsští uznali, že důvodem závazku pojistitelova je převzaté risiko, tedy část nynější kausy smlouvy pojišťovací. Daleko pozvolněji vyvíjí se smlouva pojišťovací v Janově, kde notáři stále opírají závazek pojistitelův o stipulaci (pojistky z r. 1393 a z r. 1425)⁷⁵⁾ a finguje se vedle toho závazek speciální — ona podivuhodná smlouva trhová psaná výše (pojistka ze dne 15. září 1393).

⁷³⁾ Až do této doby udávání byli pojistitelé v kontextu pojistky s pojistnými obnosy; viz svrchu uvedené listiny.

⁷⁴⁾ Jinak tato pojistka skoro úplně se shoduje se všeobecnou pojistkou z r. 1523, otisknutou v *Pardessus* Loi IV. p. 605 a u *Stracchy* de assurance-tionibus.

⁷⁵⁾ *Bensa*, doc. 12., 13., 16.

Teprve v XV. století ustupuje ona výminka, jak svrchu byla popsána, do pozadí a mění se v důvod závazku pojistitelova, jak patrně jest z pojistky ze dne 16. listopadu 1426.⁷⁶⁾

Acto tamen non obstantibus suprascriptis quod in quantum dictus secundinus veniret Januam super dictam navim quod tunc presens assecuratio valeat et teneat pro tota suprascripta quantitate pecunie ut s. . . . (v odstavcích předcházejících se omezuje risico pojistitelovo); avšak ne úplně, jak dokazuje pojistka ze dne 5. ledna 1428,⁷⁷⁾ která obsahuje opět závazek generální a fingoaný závazek smlouvy tržové. Zdá se, že pojistka z r. 1433 (Bensa Doc. 24) neobsahuje žádné fikce, avšak je mi přístupna jen v nedostatečném výtahu. Dokonce i pojistka ze dne 23. ledna 1467⁷⁸⁾ obsahuje onu fikci smlouvy tržové a generální závazek.

37. Budeme nyní stopovati, jak zachovalo se zákonodárství italských měst k tomuto novému právnímu útvaru. Prvá zmínka v zákonech středověkých o smlouvě pojišťovací nalézá se v dekretu janovského dožete Gabriela Adorna ze dne 22. října 1369;⁷⁹⁾ praví se tu totiž:

Statuerunt et decreverunt et ordinauerunt, quod si aliqua persona cuiuscumque conditionis existat que per instrumentum se obligaverit, seu obligaret, cum scriptura vel sine super quibuscumque mercantiis et in quocumque contractu mercantie, et maxime per viam cambii seu assecuramenti versus aliquam personam et allegaret quod contractus ille esset usuarius vel illicitus

Nás zajímá toto místo potud, že nový útvar měl již jméno, ač ještě úplně nebyl zrozen.

Poněkud zřetelněji vyjadřuje se statut z r. ca 1390,⁸⁰⁾ který je nadepsán: De non assecurando pro navigiis in Darsina collocatis, podobně florentský statut z r. 1393 mající nadpis: Quod non possint fieri securaciones per florentinos super classibus nisi florentinis.

⁷⁶⁾ Bensa, doc. 17.

⁷⁷⁾ Bensa, doc. 22.

⁷⁸⁾ Bensa, doc. 25.

⁷⁹⁾ Bensa, Leggi I.

⁸⁰⁾ Bensa, Leggi II.

Upozorniti jest na statut ze dne 2. února 1401,⁸¹⁾ jímž zavádí se obchodní daň ze smluv pojišťovacích, kterou mají platiti persone, que se fecerint assecurare super aliquibus rebus et mercibus per instrumentum (t. j. listinou notářskou) appodisiam (t. j. listinou soukromou) vel alio quovis modo. A nyní se praví:

Item quod quelibet persona cuiuscumque conditionis existat, sive sit notarius, sive censarius, sive mercator, semper et quandocumque ad requisitionem collectorum dictorum introituum (t. j. ona daň obchodová) manifestare et notitiam facere teneatur de dictis securitatibus factis et quoquomodo facte fuerint, nec non teneantur dicti notarii copiam facere dictis collectoribus de instrumentis que fecerint de dictis securitatibus, seu etiam appodisiis, si penes eos erunt; ad quam copiam faciendam teneantur quoque censarii de cartulariis eorum

Ustanovení toto citujeme zde proto, abychom poukázali na techniku oné středověké daně obchodové, která postihovala určité druhy smluv. Nejsnadnější kontrola těchto smluv byla tehdy, byly-li smlouvy uzavírány prostřednictvím lidí, k tomu veřejně ustanovených, tedy notářů a sensálů, kteří smluvní listiny sepisovali. Proto také nařizovala středověká statuta, aby smlouvy uzavírány byly listinami notářskými a sensálskými s tou soukromoprávní sankcí, že jinak smlouva nebude míti platnosti, avšak tato soukromoprávní sankce má jen zdůrazniti veřejnoprávní sankci. Tuto okolnost jest míti stále na paměti, když čteme podobná statutární ustanovení. Ve statutu janovském z r. 1420⁸²⁾ čteme v rubrice „de assecuramentis a Cadexe ad Oceanum e contra fiendis“ tato slova o uzavření smlouvy pojišťovací po případu pojistném:

„Non liceat tamen nec valeat vel servetur aliqua assecuratio facta postquam fuisset noticia aliqua habita de ligno sive navigio appulso ad salutem loco quo destinaverat navigare, sive habita noticia de perditione vel naufragio dicti ligni.“

Nápadna jest jedna okolnost: statut mlčí o pojistném. V tom shledávám důkaz pro své tvrzení, že oba závazky nesplynuly ve

⁸¹⁾ Bensa, Leggi IV.

⁸²⁾ Bensa, Leggi VI.

dvojjediný celek, ba naopak, že existují bez vzájemné závislosti a že tedy správný jest výklad kausy smlouvy pojišťovací, jak byl podán při rozboru pojistky z r. 1347.

O písemné formě smlouvy pojišťovací mluví tato statuta několikrát, tak statut ze dne 22. října 1369 jak svrchu uvedeno; a dále tamtéž

....quod dictum instrumentum sive contractum factum cum scriptura vel sineinstrumenta cambii et alii contractus mercantiarum....

Dekret z roku 1390:

Si vero pro ipsis securationibus obligatus esset in instrumento vel aliter quovis modo....

Citované již místo z dekretu ze dne 2. února 1401.

Dekretem ze dne 23. ledna 1408⁸³⁾ dovoluje se Janovským pojišťovateli lodí cizí:

Circa que dispositi pro bono publico providere statuerunt decreverunt et ordinaverunt quod quibuscunque censariis (sensál) et seu proxenetis civitatis Januae, liceat et licitum sit tractare, contrahere, componere et firmare, ac etiam notariis scribere et inde instrumenta conficere in, super, et de quibuscunque assecurationibus in navigiis seu super navigiis extraneorum....

Ustanovení o pojistce jsou velmi sporá a vytěžití z nich můžeme toto:

že statuta tehdejší nerozeznávají pojistku od ostatních dlužních úpisů obchodních a že pojistka nenabyla žádných osobitých, od ostatních listin různých se funkcí, které by spočívaly přímo na zákonném ustanovení,

že statuta pohlíží na písemné uzavření pojišťovací smlouvy jako na něco typického, o ústním uzavření smlouvy pojišťovací zmiňují se jen příležitostně anebo případ ten pomíjejí mlčením.

Teprve z r. 1467⁸⁴⁾ máme v Janově zákon, který se zabývá speciálně pojistkou, tím nabývá pojistka funkce osobité, kterou se od ostatních listin liší; tato funkce není funkcí materiálně-právní,

⁸³⁾ Bensa, Leggi V.

⁸⁴⁾ Bensa, Leggi VI.

nýbrž pouze procesní, upravuje totiž tento statut exekutivní proces, který však stává se pouhým prozatímním opatřením neboť „qui securitates exiget ydoneam prestat satisfactionem et fidejussionem restituendi tantum quantum erit summa securitatis petite seu exigende et ultra, a vigintiquinque usque in triginta pro centenario, casu quo exacta securitate conveniretur et in iudicio succumberetur.“⁸⁵⁾

Florentský statut ze dne 3. února 1463⁸⁶⁾ v rubrice „Securitates pro mercantiis navigandis etc.“ praví mezi jiným:

Et quod huius modi securaciones promissiones et obligationes valeant et possint et debeant observari et executioni mandari simpliciter et secundum bonam fidem et consuetudinem mercatorum.

Nárok na obnos pojistný může býti vykonán exekutivním procesem, který však předpokládá listinu. Byla tedy písemná forma pojišťovací smlouvy ve Florencii tak obvyklá, že redaktoři tohoto statutu považovali za samozřejmé zmíniti se jen o této formě a stylisovali proto takovým způsobem citované místo.

Podobného rázu je i dodatek k Savonským statutům z r. 1466,⁸⁷⁾ jímž upraven exekutivní proces ve věcech pojišťovacích, který však podobně jako v Janově je pouhým prozatímním opatřením.

38. Budiž nám dovoleno stručně oceniti výsledky našeho rozboru, co znamenala pojistka ve středověké Itálii.

Nehledíme-li k pisánské pojistce, mají pojistky ve středověké Itálii jednotný ráz: jsou to dlužní úpisy pojistitelovy, jimiž se výmínečně zavazuje zaplatiti obnos pojistný. Závazek pojistitelův, jak se zrcadlí v těchto listinách, jest jednostranný, neboť pojistitel je zavázán, aniž je oprávněn. V Janově je tato jednostrannost závazku vytknuta již v konstrukci smlouvy pojišťovací, tento vzniká, jsa abstraktní, bez ohledu na vzájemný závazek smluvníka druhého. Námitky, které může pojistitel činiti, týkají se mohou

⁸⁵⁾ Ustanovení toto je snad recipováno z Barcelony.

⁸⁶⁾ Bensa, Leggi VIII.

⁸⁷⁾ Bensa, Leggi X., ustanovení tohoto dodatku jakož i nařízení z r. 1503 přešlo do reformovaných statut (vytisknutých r. 1610) neboť rubrika Delli censori e prosenete je kompilována z těchto dvou nařízen. Srov. Bensa, Contratto str. 172, Goldschmidt, Universalgeschichte str. 379, Pardessus, Collection des lois maritimes VI. str. 595.

jen té okolnosti, že nebyly splněny podmínky, na nichž závisí splatnost obnosu pojistného. Kdy placeno bylo pojistné, říci nemůžeme.

Tento způsob uzavírání smluv pojišťovacích popisuje snad *Molinaeus* ve svém *Tractatus commerciorum et usurarum*:⁸⁸⁾ „et est contractus innominatus, do sub una conditione, ut des sub opposita conditione. Sed hoc nudum pactum sine stipulatione iure communi non est efficax ad agendum“.⁸⁹⁾ Obtíže působí slova „est contractus innominatus“. Jsme totiž na rozpacích, zda užil *Molinaeus* onoho slova v technickém slova smyslu a zda možno tato slova vztahovati na janovskou pojišťovací smlouvu středověkou. Myslíme, že nemožno, neboť projevíli jsme již výše mínění, že vzájemné závazky nejsou v žádném vztahu. Jest tedy možno, že pojistné placeno bylo buď před vydáním pojistky jako *datio ob causam*, buď pojistka vyplacena aneb stipulováno s tou podmínkou, že loď přijede bez pohromy, tento způsob jest tím pravděpodobnější, poněvadž první pojistitelé byli majitelé lodí.⁹⁰⁾ V tom hledati by bylo pramen slov *Du Moulina* „do sub una conditione, ut des sub opposita conditione“, jenž ovšem přizpůsobil ony dvě vzájemné stipulace své konstrukci innominátního kontraktu. Oceňující význam tohoto místa *Du Moulinova* tractatu, musíme míti na mysli, že *Du Moulin* byl *Francouz*, žijící v 16. století, a že měl na mysli, poměry své doby a své země, jichž výrazem je kompilace *Guidon de la Mer*. Na tuto pak hodí se konstrukce *Du Moulinova* — innominátní kontrakt a stipulace, tedy vlastně pojistka⁹¹⁾ — velmi dobře. Obsahují tedy slova *Du Mouli-*

⁸⁸⁾ *Carolus Molinaeus*, *Tractatus commerciorum et usurarum* Lugduni 1558 čís. 97.

⁸⁹⁾ Viz cit. místo *Stracchovo*, srov. *Goldschmidt*, *Universalgeschichte* str. 366.

⁹⁰⁾ *Bensa*, *Contratto* str. 54. Připouštím, že později snad vlivem vnějším placena bývala vždy při uzavření smlouvy a že ze slov pojistky ze dne 13. prosince 1426 „ymo vult, quod ipsi Thome restitatur pecunia debenda ipsi Ioffredo occasione dicte securitatis facte“ možno souditi, že premie byla zaplácena, jak tvrdí *K. Adler*, *Praemienvorleistung* v *Gold.* čas. 34 str. 186, avšak na právní povaze pojišťovací smlouvy fakt tento nemění nic. Ovšem je usance tato schopna v dalším vývoji změnit i právní povahu smlouvy v kontrakt realní ba i konsensualní.

⁹¹⁾ *Karsten*, *Vertrag* str. 186 násl.

nova jednak mnoho historických reminiscencí (vzájemné stipulace), jednak popisují poměry XVI. století.

Podobného rázu je i pojistka florentská, jenže tu již není jednostrannost závazku pojistitelova tak určitě vyslovena, v tom shledávám pokrok oproti *Janovu*, a blížíme se již k innominátnímu kontraktu *barcelonských ordonnancí*.

Od těchto pojistek odlišuje se ostře pojistka pisánská: obsahuje zmínku o premii, tím nabývá pojistka rázu listiny o smlouvě oboustranné. Blížšího říci nedovedu. Připomenouti jest, že tato pisánská pojistka je recipována *ordonnancemi barcelonskými*, v nichž se zrcadlí obchodní usance *Pisy* a *Florentie* placení premie při uzavření smlouvy a z toho se vyvinuvší innominátní kontrakt; v *ordonnancích* pak z r. 1458 a 1483 přistupuje pak tomu vliv *janovské kauce stipulační*, která konečně zatlačí vliv *Pisy*.

KAPITOLA II.

Ordonnance barcelonské.

39. Roku 1435 dává nám přístavní město království Arragonského prvou kodifikací námořského práva pojišťovacího.¹⁾ Jest zajímavá určití, jakým způsobem vyvinula se pojistka v těchto ordonnancích, vždyť byly tyto ordonnance základem pojišťovacího práva až do začátku XIX. století nejen ve Španělsku, nýbrž v celé západní Evropě. Uvažující o významu pojistky při uzavření smlouvy pojišťovací, musíme určití, jak vypadala smlouva tato.

Za východisko svého výkladu vezmeme znění ordonnance.

Čl. XII. praví: Item. Ordonaren los dits consellers è prohoms, que tots è sengles asseguradors sien tenguts è hajen à pagar à cascun qui s'faça assegurar en Barcelona les quantitats assegurades, ò aquella part que demanada será, dins quatre ò tres meses, diferenciats segons les distancies de les parts, en la forma acostumada, compta dorslona, del dan, sinestre ò cas enseguits al navili ò fusta, ò coses — — — — seran fetes les seguretats:²⁾

Čl. IX. . . . è jurant (sc. pojistníci) que aquellas coses que fan assegurar son lurs propies ò d'aquells per qui fan assegurar

¹⁾ *Pardessus*, Collection des lois maritimes vol. V. str. 493 a násl.

²⁾ Nařídili řecení moudří radové, že všichni a jednotliví pojistitelé jsou povinni a mají platiti každému, kdo se dal v Barceloně pojistiti, obnosy pojistné (viz nás blíže nezajímající kontroverzu *Pardessus-Reatz*), anebo jakoukoliv částku, která bude požadována během čtyř nebo tří měsíců dle vzdálenosti stran, způsobem obvyklým, počítáno od příhody pojistné, která stihla loď anebo náklad.

Z obou těchto míst je patrné, že v ordonnancích barcelonských uznáno bylo pojištění jako zvláštní právní důvod závazku pojistitelova, závazek jeho není tedy generální, nýbrž jako v Toskánsku speciální, není abstraktní, nýbrž materiální. Převzítí však závazek bez nároku na vzájemné plnění strany druhé jest darováním. Vzájemné plnění pojistníkově pozůstává při smlouvě pojišťovací v placení pojistného, neboť v tom právě spočívá pojištění. Jakým způsobem byly tyto vzájemné závazky spojeny?

Čl. XI. Ordonaren los dits consellers è prohoms, que tots è sengles qui faran assegurar, hajen è sien tenguts donar obra ab acabament de pagar complidament è reyalament è de fet, tantost en l'acte de la seguretat à cascun assegurador los preus de las seguretats,³⁾ de la qual paga haie aparer en la carta ò scriptura qui s'farà de la seguretat; axí que la dita seguretat no haja eficacia ne valor, ne per lo assegurat ne per lo assegurador trosus è lavors com lo preu de la seguretat será pagat è rebut, è no abans.⁴⁾

K tomu č. IX. Ordonaren los dits consellers è prohoms, que los notaris ò altres qui faran ò scrivan les seguretats, sien tenguts è hajen à posar aquelles no departintse ne passant los limits de les presents ordinacions clarament è distincta, tant com sia possible sens confusió, en les quals seguretats hajen primer fermar aquell ò aquells qui s'faran assegurar, ò altre per ells havent plen poder, ò obligantse en son propri nom de rato habendo, è jurant que aquellas coses que fan assegurar son lurs propies ò d'aquells per qui fan assegurar, è que no y participa algun estranger axí los assegurats com los asseguradors juren que aquellas seguretats son vertaderes è no fictes, è que no s' son

³⁾ *Pardessus* na u. m. překládá: aussitôt que la police sera signé.

⁴⁾ Nařídili řecení moudří radové, že každý, kdo se dá pojistiti, má a je povinen ihned bez odkladu při uzavření pojištění každému pojistiteli vyplatiti hotově pojistné, toto placení má býti označeno v listině, která se zřídí o pojištění, jinak pojištění nemá míti platnosti ani pro pojištěného ani pro pojistitele, leč od doby, kdy pojistné bylo zapláceno a ne dříve.

fets assegurar en altre part, è si ho son ò si u faran, que u denonciaràn als asseguradors.⁵⁾

Nápadnými jsou nám dvě skutečnosti: za první, že premii dlužno platiti ihned při uzavření smlouvy a za druhé přísaha smluvníků. Prvým ustanovením kvalifikována byla pojišťovací smlouva za *kontrakt reální*, *re contrahitur*. Rem tvoří v tomto případě premie pojišťovací. V reálných kontraktech římského práva (*mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*) jak známo závazek dlužníkův — příjemce oné „res“ — spočíval v tom, že povinen byl vrátiti danou „res“ buď in specie — tak při *commodatu*, *pignu*, *depositu* — anebo in genere — při *mutuu*. Dáním věci vznikl *contractus*, vznikl závazek dávajícího onu „res“ a zároveň zanikl, byv splněn, a zároveň povstal závazek příjemce oné „res“, máme zde tudíž *synallagma* tak, jak o něm mluví Aristo v I. 7 § 2 D. 2, 14.⁶⁾ Jinak při tak zv. kontraktech *innominátních*. *A* předá „res“, *B* slíbí jinou „res“ vrátiti. Tu nesetkaly se oba závazky. Závazek *A* vznikl a zanikl dáním oné „res“, závazek *B* vznikl však právnicky teprve, až on splnil. Dokud *B* nesplnil, plnil *A* sine causa, mohl dané žádati zpět, v tom spočívá podstata onoho *jus poenitentiae*.⁷⁾ Máme tudíž zde sice vzájemné plnění z téže smlouvy, avšak ne *synallagma*.

Kam zařaditi smlouvu pojišťovací? Známe-li, jak středověk měl odpor změnití zevně něco na systemu obligačním římského práva, nebudeme na rozpacích. *Mutuum*, *commodatum*, *depositum*

⁵⁾ Nařídili řečení moudří radové, že notáři a ostatní, kteří upravují nebo sepisují pojištění, jsou povinni a mají hleděti k tomu, aby uzavřeno bylo jasně a určitě, nepřekračující a neopouštějící hranic tohoto nařízení, pokud možno bez zmatku, tato pojištění mají nejprve podepsati ti, kteří se dají pojistiti, nebo mají plnou moc, anebo kteří se zaváží vlastním jménem, že smlouva bude schválena a přísahají, že tyto věci, které dávají pojistiti, náležejí jim anebo těm, ve prospěch jichž uzavírají se pojištění, a že není na tom zúčastněn žádný cizinec . . . pojištění tak jako pojistitelé přísahají, že ona pojištění jsou pravá ne fingoaná a že již nejsou uzavřena někde jinde, pakli se tak stalo, má to býti oznámeno pojistitelům.

⁶⁾ Srov. *Windscheid-Kipp*, *Pandekten* II. vyd. díl 2. str. 279 p. 4. *Tilsch*, *Ruční zástava* p. 100.

⁷⁾ Zásluhou *Gans*-ovou, *Obligationsrecht* str. 180 násl. je, že prvý poukázal na to, že *actio praescriptis verbis* je útvarem druhořadým. Srov. o tom *Bähr*, *Anerkennung* str. 30, *Gneist*, *Formelle Verträge* str. 130.

a *pignus* byly *contractus nominati*, přesně určeného obsahu, k nim přidružení nový *contractus nominatus* neodvážil by se ve středověku nikdo. Zbývají pouze *contractus innominati*, které obsahu určitého neměly. Důsledkem toho by bylo, že by pojistník měl *jus poenitentiae*, že by mohl zaplacenou premii opět požadovati. Tato možnost měla býti vyloučena přísahou smluvníků, neboť praví Baldus de Ubaldis (*cons.* 482. n. 8):⁸⁾ „Unum est sciendum, si in contractibus innominatis intervenit iuramentum, non habet locum poenitentia.“ Autorita Baldova byla uznávána po celém tehdejším vzdělaném světě a zajisté můžeme tak souditi i o Arragonii.

Smlouva pojišťovací v barcelonských *ordonnancích* je kontraktem *innominátním*. Poznatek tento jest velmi důležitým, poněvadž nám bude vůdcem až do novověku, ano v přítomné době setkáváme se s rudimenty *innominátního* kontraktu. Jest však též velmi zajímavý, neboť ukončuje onu epochu, která započala r. 1347. V té době závazek pojistitelův a závazek pojistníkův nejsou v žádném vztahu, poznenáhlu počínají se přibližovati a v barcelonských *ordonnancích* přiblížily se k sobě tou měrou, že vznikají oba z téže smlouvy, ne však *synallagmaticky*. *Causa assecurationis* ani v této době není zcela vyvinuta.

Souhlasně s tím mění se i pojistka: obsahuje zmínku o premii, ba řekl bych, že pojistka jest zároveň kvitancí (srov. č. XI. „de la qual paga haie apparer en la carta ò scriptura qui s'fará de la seguretat“), že zaplacená byla premie, dále je podepsána též pojistníkem (čl. XI. „les qual seguretats hajen primer fermar aquell o aquelles qui s'faran assegurar“). Zde jest viděti prvky, obsažené v písánské pojistce, redaktoři těchto *ordonnancí* byli tak důsledni, že nutili i pojistníka, aby podepsal pojistku. Pojistka má značný vliv na uzavření smlouvy pojišťovací. Na mnohých místech mluví *ordonnance* o písenné formě pojišťovací smlouvy.

Čl. II. . . . de qual valor deu constar en la carta ò scriptura de la seguretat . . .

Čl. V. . . . faran assegurar en la carta ò scriptura qui s'fará de la seguretat.

Citované místo čl. XI.

⁸⁾ *Seuffert*, *Geschichte der obligatorischen Verträge* str. 60.

Dále praví se ve čl. VII. a VIII. *fermes dels seguradors, fermen en diverses seguretats.*

Ordonnance neustanovila, že pojišťovací smlouva by mohla vzniknouti jen písemnou formou, avšak z těchto citovaných ustanovení vidíme, že písemné uzavření smlouvy pojišťovací považuje se v Barceloně za případ normální. Máme zde listinu dispositivní? Odpověď nám dává ono citované místo č. XI. „*de qual paga haie aparer en la carta . . . axí que la dita seguritat no haja eficacia ne valor*“. Jak jsme svrchu poukázali, je smlouva pojišťovací v barcelonských ordonnancích kontraktem innominátním: placením pojistného vzniká smlouva pojišťovací, placení toto má se dít, když podepisována je pojistka, tudíž vznik smlouvy pojišťovací přispívá ku podpisu pojistky, řádného obsahu. Tím nabyli jsme opory pro ten názor, že pojistka barcelonských ordonnancí chová v sobě element dispositivní listiny. Jako další důvod uvádíme však i čl. VII.:

*Ordonaren . . . que per les seguretats qui s'faran ne fetes son, no puxa esser prioritat de temps ne milliora de dret per rahó de les fermes dels asseguradors d'una matexa seguretats, encara que sien fetes sots diverses jornades, per tal com totes les fermes dels asseguradors han sguart à la primera ferma d'aquell qui posa la seguretats, è à una matexa obligació ó contracte.*⁹⁾

Pojišťovací smlouvy, uzavřené s jednotlivými pojistiteli jedinou pojistkou, pokládají se za nedělitelný celek a vznik smlouvy klade se do doby — a la primera ferma — do doby prvního podpisu. Náleží tedy k náležitostem vzniku pojišťovací smlouvy též podpis pojistky, tím jest dispositivní povaha barcelonské pojistky prokázána.

Nicméně jest nám uvážiti, že čl. IX. praví „*faran ò scrivan seguretats*“, tvoří tedy, jak by se vyjádřil středověký právník, pouze formam extrinsecam a nikoliv formam intrinsecam, t. j. forma písemná jest pouze accessorium smlouvy pojišťovací. Vyjádřil

⁹⁾ Nařídili že v pojištěních sjednaných, a v těch, která mají býti sjednána, nemůže býti přednost časová ani výhoda práva mezi pojistiteli, kteří podepsali jedno pojištění, i když podepsali v různé dni, poněvadž všechny podpisy kladou se do doby prvního podpisu onoho pojistitele, který uzavřel pojištění a tvoří jedinou obligaci a smlouvu.

bych genetickou funkci barcelonské pojistky takto: Byla-li zřízena pojistka určitých náležitostí ordonnancí předepsaných, připínal se vznik smlouvy k ní, byla tedy listinou dispositivní, avšak ordonnance nezakázala zřizovati pojišťovací smlouvy i ústně, bez písemné formy.

Vidíme tedy, že na pojistku barcelonskou působily dva vlivy: dlužní úpis pojistitelův ve formě písanské pojistky a *contractus innominatus* spojený s přísahou. Tím vysvětlujeme si ona nerozhodná ustanovení (čl. II., V., VII., IX., XI.) ordonnancí: dle jednoho vlivu vznikla by smlouva dáním a vzetím listiny stipulační, dle druhého dáním a přijetím pojistného a složením přísahy, proto je pojistka barcelonská dispositivní listinou, proto však vzniká pojišťovací smlouva též bez ohledu, zda pojistka byla vydána. K těmto dvěma důvodům přistupuje důvod třetí — processní, praví čl. XII.:

per les quals (sc. seguretats) sia feta execució prompta axí con de cambis

Má býti pojistná pohledávka okamžitě exekvovatelnou, avšak exekutivní process předpokládá nutně listinu — *guarentigiu*, tedy pojišťovací smlouva stává se jen tehdy účastnou výhod exekutivního processu, když pojistník může se vykázati pojistkou. A vysvětlíme s tohoto processního hlediska ona citovaná ustanovení takto: jen ta listina je pojistkou, která má náležitosti v citovaných člancích označené, jen na tu pojistku vztahuje se exekutivní process, upravený články XII.—XVI. Závazek dlužníkův z *guarentigie* musí býti liquidním, na vzájemném plnění žalobcově nezávislým, proto též ono ustanovení čl. XI. o placení pojistného. A innominátní kontrakt? I ten odůvodníme. Jak jsme svrchu řekli, *guarentigia* obsahuje v jádře svém závazek abstraktní, který může učiněn býti závislým na výmince. Tak u pojistky z r. 1347. Časem ustoupila tato výminka do pozadí a stala se důvodem závazku, tak v barcelonských ordonnancích, avšak tento důvod závazku byl neúplným, než aby mohl býti důvodem pojišťovací smlouvy, neboť úplný důvod této smlouvy spočívá v oné známé výměně závazků a oprávnění. Tato výměna uskutečněná tím, že jako samostatný závazek přistoupil závazek ku placení premie. Tedy *quod erat demonstrandum*: *quarentigiu* právní povaha innominátního kontraktu nebyla dotčena, ba dá se i v tom směru historicky odůvodniti.

Naším úkolem jest však nyní uvážiti, zda měla quarentigia vedle své processní funkce i vliv na materiálně-právní funkce listiny. Stopujme ordonnanci.

O námitkách praví čl. XII.:

Ma si per part dels asseguradors serà oposada alguna justa excepció ò aparent ò coneguda dels consols de no pagar las quantitas assegurades ò altre qualsevol, que en tot cas, pus que nova certa sie en Barcelona del dan, sinistre ò cas enseguits à les coses assegurades à coneguda dels consols è sia passat lo temps dessus pefegit si request serà per los assegurats sien executats los asseguradors juxta la forma de la seguretat, totes exceptions repellides.¹⁰⁾

Nebylo možno v exekutivním processu namítati leč, že případ pojistný dosud nenastal a že neprošla dosud lhůta platební. Avšak význam exekutivního processu je již v úpadku, jak vysvítá z těchto ustanovení:

Čl. XIII. Declararen emperó los dits consellers è prohoms, que los assegurats qui reebre volran tals seguretats, sien tenguts è hagen à donar primer caució als asseguradors, si request serà, ab fermança ò fermanças à coneguda del consols Čl. XIV. Los quals caucions sien prestades tant solament en los casos, hon les exceptions seran justes ò aparents à coneguda dels consols, è per aquell temps que los consols assignaran à llur coneguda, lo qual temps no puxe passar per totes dilacions mes avant de un any Čl. XVI. En cas emperó que los assegurats no puxen è no vullen dar les dites caucions qui demanades lus seran è conegudes per los consols, è jaquiran possehir als asseguradors les quantitats assegurades¹¹⁾

¹⁰⁾ Bude-li však od pojistitelů vznesena nějaká slušná námitka, která uznána bude konsuly za dostatečnou, proti placení pojistného obnosu anebo proti čemukoliv jinému, v těchto všech případech, jakmile dojde zpráva do Barcelony o případu pojistném k vědomosti konsulů, jestliže projde lhůta, ve prospěch pojistitelů stanovená, bude exekucí provedena proti pojistitelům dle znění pojistky a veškeré námitky budou zamítnuty.

¹¹⁾ Čl. XIII. . . . , že pojistitelé, kteří budou chtít dáti vykonati tyto pojistky, jsou zavázáni a mají dáti jistotu pojistitelům, nastane-li odklad, rukojmím nebo rukojmími, dle posouzení konsulů Čl. XIV. Tyto jistoty jest poskytovatí jen tehdy, budou-li vzneseny slušné námitky anebo

V italském exekutivním processu, jak jsme viděli, quarentigia zakládala se na paroemii „confessus pro iudicato habetur“, v barcelonských ordonnancích stírá se tento ráz, neboť jest ustanoveno, že pojistník musí složití kauci, dožaduje-li se exekutivním processem svého zaplacení, tím však exekutivní process stal se pouhým prozatímním opatřením a definitivní rozhodnutí mělo se státi v řádném processu, v němž bylo rozhodováno o námitkách pojistitelových, process tento neměl trvati déle než rok¹²⁾ (čl. XIV.).

Důsledek toho je pro naši úvahu o funkcích pojistky, že nemůžeme z exekutivní listiny vyvoditi žádných ani reflexních materiálně-právních funkcí, a že quarentigia má pouze význam formálně-právní.

Konečně jest nám rozřešiti onen problem: zda bylo možno zřizovati pojistky ve formě listin soukromých? Tuto otázku nadhodil Reatz ve své Geschichte des Seeverversicherungsrechtes (sv. I., s. 109) a odpovídá, že bylo možno zříditi pojištění jen ve formě listiny veřejné z tohoto důvodu: Es wird nämlich bezeugt, dass der Versicherungsnehmer und der Versicherer vor und nach Unterschreibung der Police gewisse, auf den Inhalt des Vertrags sich beziehende Eide zu leisten hätten. Vor wem dies zu geschehen sollte, ist in der Ordonnance nicht gesagt, doch kann aus verschiedenen Gründen nicht angenommen werden, dass die Interessenten lediglich vor einander diese feierlichen Akte zu vollziehen gehabt hätten, es ist vielmehr die Annahme geboten, dass ein öffentlicher Beamte den sämtlichen Contrahenten die Eide abgenommen habe, a tito úředníci byli notáři.

Argumentace Reatzova je nad míru slabá, neboť opírá se vlastně o všeobecný důvod „aus verschiedenen Gründen“, aniž tento důvod blíže specifikuje. My víme, proč ordonnance na-

budou-li tyto námitky konsuly uznány dostatečnými, a budou-li provedeny v čase konsuly k tomu určeném, doba tato nesmí obnášeti více než jeden rok Čl. XVI. V těch pak případech, kdy pojištění nemohou anebo nechtějí dáti tyto jistoty, které budou od nich žádány a konsuly stanoveny, ponechají v rukou pojistitelů obnosy pojistné.

¹²⁾ Ustanovení toto souhlasí s ordonancí krále Jindřicha III. dne 20. května 1396 vydanou pro Seville. Viz *Briegleb* (II. vyd.) str. 157.

řídila přísahu — jest pojišťovací smlouva innominátním kontraktem. Než budiž! Obsah přísahy, jak nám jej udává čl. IX., má ráz policejní a tu by ony „různé důvody“ Reatzovy snad byly oprávněny. Avšak z pochybností vyvádí nás opět ordonnance. V ordonnance mluví se vždy o dvojí pojistce, „carta“ a „scriptura“ (čl. II., V., XI. atd.). „Carta“ znamená listinu notářskou a „scriptura“ listinu soukromou a vůbec ne notářskou, tedy i listinu sensálskou, jak jasně vysvítá z ustanovení čl. V. ordonnance z r. 1458, z něhož vyjímáme:

„ab cartes publiques preses per notaris publichs de Barcelona è no pas ab polices ò albarans è alters scriptures privades.“

Znění ordonnance je příliš jasné, než abychom mohli snad do ní vkládati, čeho neobsahuje.¹³⁾ Závěr toho je, že v Barceloně mohly se zřizovati dle ordonnance z r. 1435 pojistky i listinami veřejnými i soukromými a že oba druhy měly stejný význam a oba byly quarentigíí.

Barcelonská ordonnance rozeznává pojistníka a pojištěného, první jest kontrahentem, druhý jest ona osoba, jejíž zájem je pojištěn. Jsou-li pojištěný a pojistník dvě různé osoby, mluvíme o „pojištění na cizí účet“,¹⁴⁾ což však nikterak neznamena, že pojistník je kommissionářem pojištěného. Ordonnance upravuje tento druh pojištění v citovaném článku IX.¹⁵⁾ a v jádře praví toto: pojistku má nejdříve podepsati pojištěný aneb jeho plnomocník aneb jeho negotiorum gestor s výhradou ratifikace, závazav se vlastním jménem; ten, kdo podepisuje pojistku, má přísahati, že pojištěné věci náleží buď jemu anebo tomu, pro něž smlouvu uzavírá. Uvážíme-li středověký právní názor na zastoupení,¹⁶⁾ vidíme, že barcelonská ordonnance považuje pojistníka za mandátáře pojištěného. V barcelonských ordonnancech vystupuje tato mandátní teorie v plné ryzosti. Jest zajímavo konstatovati, že právní názor na pojištění na cizí účet zůstal od r. 1435 až do dnešních dnů nezměněn, stále a stále považujeme

¹³⁾ Bensa, Contratto str. 98, zdá se, že je podobného mínění.

¹⁴⁾ Svoboda, O pojištění na cizí účet, Právník r. 45 str. 241.

¹⁵⁾ Již v roce 1370 bylo v Janově uzavřeno pojištění na cizí účet, jak nám sděluje Bensa, Contratto str. 65.

¹⁶⁾ Buchka, Vertretung str. 78.

pojistníka ne za zástupce, ale za pojistníkovu mandátáře v onom středověkém smyslu, jenž obsahoval v sobě mandátáře, zástupce, nuntia a promissara při smlouvě ve prospěch osoby třetí.¹⁷⁾ V barcelonské ordonnance máme též již naznačeny všechny prvky, z nichž čerpala pozdější doktrina: plnomocník, negotiorum gestor a závazek tohoto.

40. Pominuvše krátkou ordonnance z r. 1436 obsahu policejního, přecházíme k ordonnance z r. 1458. Pro nás důležitým jest ustanovení čl. V., věta první:

Ordonaren los dits consellers è promens, que totes les seguretats se hajen à fer ab cartes publiques, preses per notaris publichs de Barcelona è no pas ab polices ò albarans è altres scriptures privades: è si seran fetes ab polices ò altres privades scriptures directament ò indirecta, que tals seguretats, polices, ò scriptures privades ipso facto sien nulles è de negun efecte, ne à pagar aquelles los asseguradors puxen esser compellits ne juy algú ne sia ò puxe esser fet.¹⁸⁾

Ustanovením tímto zakázáno bylo zřizovati pojistky soukromé a od té doby byly v Barceloně dovoleny pouze pojistky ve formě notářských spisů, dále se praví: „totes les seguretats hajen à fer ab cartes publiques“, z čehož možno souditi, že nejen pojistky soukromé, nýbrž i smlouvy pojišťovací pouze ústně uzavřené měly býti ordonnance touto zakázány. Oceňujíce význam tohoto ustanovení pro pojistku, jest nám míti na paměti, že ve středověkých statutech často sice toto ustanovení se vyskytuje, avšak má ráz buď veřejno-právní, fiskální,¹⁹⁾ aneb sice soukromoprávní, avšak processní, což znamená, že smlouva, resp. vázanost stran vzniká sice pouhou úmlouvou stran, avšak další důsledky

¹⁷⁾ Jiné stanovisko zaujímá z moderních spisovatelů Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte str. 554 násl.

¹⁸⁾ Nařídili řečení moudří pánové, že všechna pojištění mají se státi listinami veřejnými, sepsanými notáři veřejnými barcelonskými, nikoliv listinami (pečetí opatřenými?), náčrtky anebo jinými listinami soukromými: a jestliže se stanou listinami soukromými přímo nebo nepřímou, že všechny tyto soukromé listiny ipso facto budou ničí a bez významu, a pojistitelé na základě jich nemohou býti donuceni k placení ani odsouzeni.

¹⁹⁾ Lattes Alessandro, Diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane 1884 str. 281 a násl.

této vázanosti připínají se teprve ku podpisu smluvníků. Povaha těchto ustanovení souvisí asi s povahou dispositivních listin, jak byla svrchu vyličeána. Jedním slovem z podobných ustanovení není možno beze všeho rozhodnouti, zda listina dotyčná je listinou dispositivní čili nic.

Dokazovali jsme dispositivní povahu pojistky mimo jiné též ze čl. XI. ordonnancí z r. 1435, článek tento recipuje ordonnance z r. 1458, ve změněném však znění:

Čl. XII. Ordonaren . . . que les seguretats que s'faran no puxen haver efecte algú ne valeguen fins à tant los preus de tals seguretats sien integrament paguats è realment è de fet; è los assegurats hajen fermada la seguretats en la forma dessus dita.

Pojišťovací smlouva má býti jen tehdy platna, je-li podepsána pojistka pojistníkem a premie zaplácena, tím však není stanoveno, že vzniká smlouva podpisem pojistky a zaplácením premie, neboť placení premie (počátek smlouvy) a podpis pojistky může dle toho nastati v různých dobách.

Následující čl. XIII. ustanovuje, že jednotliví pojistitelé nemají míti přednosti a má se za to, že podepsali pojistku v jeden den, aniž je připuštěn odvod.

Srovnáme-li ustanovení čl. XII. a XIII. ordonnance z roku 1458 se články VII. a XI. z r. 1435, vidíme, že v ordonnanci z r. 1458 méně jasným způsobem je vyjádřena dispositivní funkce pojistky, ač v jádře svém ustanovení citovaných článků mají míti stejný účinek, jak z kontextu těchto ordonnancí jest patrné. Ordonnance z r. 1458 chová však ještě jedno pro nás zajímavé ustanovení:

Čl. XIV. Ordonaren . . . que si s'covendrà fer posar ò fermar seguretats alguna sobre navilis ò fustes, cambis, mercaderies, robes ò havers, qui s'carregaran ò partesquen d'altre part fora de la present ciutat, è aquelles fustes, cambis, mercaderies, robes, ò havers eren já perduts ò cas s'i havia seguit; en tel manera que lo die de la ferma dels asseguradors ò d'algú d'aquells podia esser sabuda nova en Barcelona de la perdua ò cas seguit, que tal seguretats sia nulle

è haüda per no feta, è los asseguradors no hajen guanyat preu algú: . . .²⁰⁾

Naši pozornost zajisté zaujme obrat „s'convendrà fer posar ò fermar seguretats alguna“, který překládám „umluví-li se uzavřítí nebo podepsati pojišťovací smlouvu“,²¹⁾ a který nám ukazuje, že podpis na pojistce rovná se uzavření smlouvy. Shrneme-li naše výklady, můžeme říci krátce toto: i dle ordonnance z r. 1458 jest pojistka listinou dispositivní, leč tato její povaha objevuje se v průvodu různých náležitostí veřejnoprávních, processních i jako reflex ustanovení čl. XIII. a XIV.

Správnost této právě vyslovené věty bude nám zkoumati na právní povaze pojišťovací smlouvy. I dle této ordonnance jest smlouva pojišťovací kontraktem reálným, jak jest patrné z citovaného článku XII. a jest kontraktem innominátním, poněvadž ustanovení čl. IX. ordonnancí z r. 1435 je recipováno článkem XI. Závazek stran spočívá na dvou skutečnostech: placení pojistného a přísaze smluvníků, resp. pojistitele. Smlouva vzniká sice zaplácením pojistného, avšak závazek pojistitelův stává se perfektní teprve přísahou. Ku přísaze přistupuje v ordonnanci této činitel nový — pojistka. Dle citovaného článku XIV. počíná závazek pojistitelův, jakmile podepíše pojistku — upozorňují zde na různost stylisace, na počátku se praví „fer posar ò fermar“, kdežto na místě pro nás relevantním jen „la ferma dels asseguradors“ — dle ordonnance z r. 1435 bylo mu uloženo složití pouze přísahu. Jest to asi svrchu zmíněný vliv Janova, neboť tam počátek závazku položen byl do doby vydání listiny stipulační.²²⁾

Svrchu jsme pravili, že pojistka dle této ordonnance obsahovala prvky listiny dispositivní. Nyní, uvážíme-li právní povahu

²⁰⁾, že, umluví-li se uzavřítí nebo podepsati nějaké pojištění na loď, směnky námořské, zboží, které se přivážejí nebo vyvážejí z tohoto města a tyto loď, směnky, zboží budou již zničeny nebo příhoda pojistná nastala; v tomto případě, bude-li v den podpisu pojistitelů v Barceloně známo, že případ pojistný nastal, pojištění bude ničí a pojistitelé nemohou si podržeti pojistné

²¹⁾ *Paradessus* na u. m. nepřesně „s'il est contracté des assureurs“.

²²⁾ Vysvětliti jest to takto: i ve středověku bylo ius poenitentiae vyloučeno, jakmile k innominátnímu kontraktu přistoupila stipulace, která se při notářských instrumentech presumovala. *Karsten*, Vertrag str. 209 násl. Jsou tedy čl. XIV. a V. v souvislosti a doplňují se.

pojišťovací smlouvy, jak se zrcadlí v této ordonnanci, jest ono tvrzení specialisovati. Článkem XIV. ustanovila ordonnance dispositivní funkci pojistky, pokud se týče závazků pojistitelových, neboť tu podpisem vznikají závazky pojistitelovy, ovšem musí vzniknouti i pojistitelovo oprávnění, jim odpovídající, neboť nemůže existovati závazek bez nároku. Naproti tomu závazek pojistníkův vzniká a zaniká placením pojistného, ostatní vedlejší závazky pojistníkovy (na př. čl. VI.—VIII.) připojují se pak ku této skutečnosti, nikterak však nevzniká podpisem pojistky, neboť čl. XII. ustanovuje, že vznik pojišťovací smlouvy připojuje se ku placení pojistného a beze vší souvislosti s tím praví — na rozdíl od ordonnance z r. 1435 —, že pojistka musí býti podepsána též pojistníkem, ovšem onen význam, jak je nahoře uvedeno, má pojistka i pro závazky pojistitelovy.

Toto poznání jest potud zajímavé, že vidíme, jak vniká pojistka do podstaty smlouvy, či — užiju-li starodávného obratu — in formam intrinsecam contractus assicuracionis.

Dovolím si upozorniti ještě na jedno místo těchto ordonnancí, které má nám býti zkoumadlem, zda naše konstrukce pojišťovací smlouvy jest správná. Je to ustanovení o t. zv. *ristorno*.

Čl. XV. Ordonaren — — — — que si per algun qui *hauria posada è fermada seguret at è ab aquella haurá jurat simplement que aquella seguret at es vertadera, segon dit es, que encara que après se demanas per tal assegurat restitució dels preus de tals seguretats, per tant com les robes no s'erien carregades, ò si carregades no totes, è que la fusta no seria entrada ò exida, è que los asseguradors no haguesen corregut lo rich, ò si corregut no à compliment; que los dits asseguradors que tal penser haurá passat no sien tenguts restituhir los preus de les dites seguretats que haurien rebuts si no s'mostrave á coneguda del juy del consolat que tals robes no fossen stades ò pogudes carreguar en tot ò en part, ò tal fusta no esser poguda entrar ò exir, è ò navegar per algun just impediment, no procurat ò causat per frau algú, tots temps á juy è determinació del dit consolat.²³⁾*

²³⁾ jestliže na někom, jenž uzavřel a podepsal pojištění a přísahal prostě, že ono pojištění je pravé, jak bylo řečeno, domáhá se později, aby se vrátilo pojistné na př., že zboží nebylo naloženo, nebo že ne všechno,

Smysl tohoto článku je: uzavřel-li pojistník smlouvu pojišťovací a podepsal-li pojistku a složil-li předepsanou přísahu, může býti jen tehdy donucen ku vydání pojistného, dokáže-li pojistník, že pojistné nebezpečí nevzniklo. Jinými slovy: kondikce jest jen tehdy přípustna, nebyl-li dán předpoklad závazku pojistitelova. Naše konstrukce innominátního kontraktu ve článku tomto zrcadlí se zcela jasně, neboť tento článek rozeznává: uzavření smlouvy pojišťovací (*hauria posada*), t. j. onen moment, kdy dáním pojistného povstane „obligatio“ smluvníků, podepsání pojistky a přísahu pojistitelovu, t. j. onen moment, kdy počíná závazek pojistitelův. Tu vidíme zcela jasně, že sice vznikají vzájemné závazky z téže smlouvy, avšak ne pojmově v témže okamžiku, tedy nemůžeme mluvit o žádném synallagmatu, nýbrž o innominátním kontraktu tak, jak jsme jej byli svrchu vylíčili. Irrelevantním jest pro nás, zda zmíněnou kondikci jest považovati za důsledek poenitečního práva, reflex nedá se asi upříti, avšak rozdíl mezi touto kondikcí a onou z poenitečního práva jest ten, že v tomto případě tvrdí žalobce, že závazek smluvníka druhého nevznikl a v onom, že chybí předpoklad závazku toho, a tím i předpoklad smlouvy.

Pojištění na cizí účet je upraveno zcela souhlasně s ordonnancí z r. 1435 a shledáváme se zde opět s oněmi prvky: plnomocník, *negotiorum gestor* a závazek tohoto.

Pokud se týče processní funkce pojistky, tu jest podotknouti, že pojistka i dle těchto ordonnancí jest *guarentigiú* (čl. XVIII., XIX., XX., XXI., XXII.), exekutivní pak process jest stejného rázu jako v ordonnanci z r. 1435.

K této ordonnanci druží se krátká ordonnance z r. 1461, upravující poměry práva mezinárodního.

41. Vývoj pojišťovacího práva v Barceloně ukončen jest ordonnancí z r. 1484. Touto ordonnancí stalo se barcelonské

anebo, že loď nepřijela nebo nevyjela, že pojistitelé neměli žádného rizika anebo ne úplně; pojistitelé řečení, jichž se to týče, nejsou povinni vrátiti pojistné řečených pojištění, které obdrželi, nebude-li prokázáno soudem konsulárním, že ono zboží nebylo naloženo ani veškeré ani z části, nebo že ona loď ani nepřijížděla, ani nevyjížděla, anebo že nemohla jeti pro nějakou slušnou překážku, že to nebylo způsobeno ani podvodně; vždy dle rozhodnutí řečeného konsulátu.

pojišťovací právo slavným po celém tehdejší vzdělaném světě, byla přeložena i do italštiny.²⁴⁾ Za své rozšíření děkuje ordonnance nejvíce té okolnosti, že stala se fakticky součástíkou Consolat del mar.²⁵⁾ V pozdějších stoletích nalézáme často, že spisovatelé se na barcelonské ordonnance odvolávají.²⁶⁾

Nám však nedává tato ordonnance žádného nového problému, který bychom musili řešiti, recipujeť ustanovení ordonnance z r. 1458 a ustanovuje kap. VII. souhlasně s čl. 5.²⁷⁾ že pojišťovací smlouvy „mají se státi“ veřejnými listinami notářskými, kap. XV. souhlasně s čl. 12., že pojistník musí zaplatiti pojistné a podepsati pojistku, kap. XVI. souhlasí zcela s čl. 13., i článek 14. je recipován kap. XVII. Ustanovení o ristorno smlouvy pojišťovací upravené kap. V., souhlasí sice s čl. 15. ordonnance z r. 1458, ve věci samé však odchyluje se od tohoto co do stylisace, a to tím způsobem, že ustanovuje pouze, že ristorno je přípustno, schází-li předpoklad smlouvy pojišťovací, aniž se zmiňuje o podpisu pojistitelově. Z této odchýlné stylisace nemůžeme však souditi, že pojistka v těchto ordonnancích nemá už onoho významu pro smlouvu pojišťovací, jak jsme jej vylíčili shora, vždyť článek 15. nám byl pouze jedním z klíčů ku problému dispositivní listiny a měl nám vysvětliti dosti nejasná ustanovení článků ostatních, pokud jednájí o významu pojistky při uzavření smlouvy pojišťovací. Z těchto důvodů řekneme: pojistka má stejný význam pro vznik pojišťovací smlouvy jak dle ordonnancí z r. 1458, tak i dle ordonnancí z r. 1484.

²⁴⁾ *Goldschmidt*, Universalgeschichte str. 381, *Bensa*, Contratto str. 83.

²⁵⁾ O tomto středověkém pramenu námořského práva viz *Pardessus*, Collection sv. III. str. I násl; *Goldschmidt*, Universalgeschichte str. 338; *Wagner*, Seerecht str. 57. Consolat del mar byl považován skoro za obecnoprávní pramen námořského práva. Vznikl asi v severním Španělsku ve stol. XIII.

²⁶⁾ Tak najmě *Casaregis*, Tractatus de commercio dist IV. č. 16, 384 a j., *Roccus* v Tractus de assecurationibus č. 309, *Targa*, Contratti maritt. cap. 51. O nějakém významu obecnoprávním těchto ordonnancí však nemůže býti řeči. Srov. *Goldschmidt* na u. m. str. 381, *Pardessus* V. str. 65 p. 2, *Bensa*, Contratto str. 83, 92.

²⁷⁾ Abych se uvaroval opakování a k vůli přehlednosti označuji kapitoly ordonnance z r. 1484 čísly římskými, a články ordonnance z r. 1458 čísly arabskými.

Ani pojištění na účet cizí se nezměnilo, jestiž kap. IX. konformní s čl. 6. a tento souhlasí s čl. IX. ordonnance z r. 1435. I processní povahu svou jakožto guarentigia zachovala si pojistka i v těchto ordonnancích (kap. XIX.—XXV.).

42. Jest nám nyní krátce oceniti pojistku barcelonských ordonnancí.

Hlavní význam pojistky spočívá v tom, že jest guarentigií. Články, upravující exekutivní process, jsou základem a jádrem všech ustanovení o pojistce, kdežto ostatní články, pokud o pojistce jednájí, upravují náležitosti guarentigie. Proto mluví všechny tři ordonnance jen o písemné formě smlouvy pojišťovací, neboť jen na tu vztahovati se může exekutivní process, a proto mlčí o pojišťovací smlouvě jen ústně uzavřené. Redaktoři těchto ordonnancí měli na mysli nejdůležitější význam, a ten spočíval v exekutivním processu. Setkáváme se zde s podobným úkazem, jako za dnešní doby, kdy praktický obchodník vidí největší význam směnky v rychlém řízení soudním. Tuto skutečnost jest míti dobře na paměti, poněvadž tím se uchráníme učiniti ukvapený závěr z toho nebo onoho ustanovení. Dle ordonnance z r. 1435 jest guarentigií každá pojistka, ať jest listinou soukromou ať listinou veřejnou, dle ordonnance z r. 1458 a 1484 však jen tehdy, když pojistka jest listina veřejná, vidíme zde — vzhledem ku celkovému vývoji guarentigie — jistou reakci. Redaktoři těchto dvou ordonnancí však měli za to, že exekutivní process do té míry je spjat se smlouvou pojišťovací — čemuž nasvědčuje i stylisace čl. XII. — že ze smlouvy samé vzniká nárok na tento zvláštní processní úkon a proto ono ustanovení čl. V. resp. kap. VII. Nemůžeme tedy z tohoto ustanovení souditi, že pojistka má býti dispositivní listinou. Dispositivní funkci pojistky vylíčiti jest takto:

Dle ordonnance z r. 1435 jest dispositivní funkce pojistky dosti ryzí a z citovaných ustanovení jasně vidíme, jak vzniká smlouva pojišťovací, neboť podpis pojistky a zaplacení pojistného má se státi současně (čl. XI.) a pozdější podpisy dalších pojistitelů mají ten účinek, jako by byly napsány v témž okamžiku (čl. VII.), ovšem již v tomto ustanovení jest patrno, že podpis pojistky úžeji souvisí se vznikem závazku pojistitelova než se smlouvou pojišťovací jako celkem, což bude asi vliv florentské usance, která poněkud modifikuje pisánskou pojistku.

Ordonnancí z r. 1458 méně jasně vyslovena byla dispositivní funkce pojistky pro smlouvu pojišťovací, obsah pojistky vnika vlivem Janova podivným způsobem do smlouvy pojišťovací a amalgamuje se se závazkem pojistitelovým. Tak tomu je i dle ordonnance z r. 1484.

Marně však hledáme v barcelonských ordonnancích nějakou zmínku o vitální a finální funkci pojistky. Vitální funkci nebyly příznivy ordonnance pro přísný zákaz veškeré možnosti cirkulace pohledávky pojistitelovy a pro zákaz pojištění na účet osoby nepojmenované, zkrátka snaha barcelonských ordonnancí oddělit pojišťovací smlouvu od hry a sázky zabila cirkulaci pojistné pohledávky. I finální funkce pojistky neexistuje v barcelonských ordonnancích, ba ani reflex quarentigie nevyvolá již stín této funkce, jestli exekutivní process v úpadku.

Jak jsme se v tomto přehledu již zmínili, vnika pojistka podivným způsobem ve smlouvu pojišťovací. Tento process byl umožněn tou skutečností, že smlouva pojišťovací v ordonnancích barcelonských je kontraktem innominátním, že sice vznikají oba závazky z téže smlouvy, avšak samostatně, nejsouce navzájem závisly. V ordonnanci z r. 1435 vidíme tento innominátní kontrakt nejjasněji, v ordonnanci z r. 1458 ztrácí se poněkud, však zcela málo (srov. znění čl. XI. ord. z r. 1458 a čl. IX. ord. z r. 1435), k tomu přistupuje další nepatrná deformace v ordonnanci z r. 1484 (srov. kap. V. ord. z r. 1484 a čl. XV. ord. z r. 1458). Tyto změny jsou však tak nepatrné, že i v ordonnanci z r. 1484 jest smlouva pojišťovací kontraktem innominátním a přísaha smluvníků má vedle svého veřejnoprávního významu význam a důvod i soukromoprávní.

KAPITOLA III.

Pojistka ve statutech od počátku novověku až do Ordonnance de la Marine.

I. *Italie.*

43. Vrátime se do mateřské země pojišťovací smlouvy a budeme stopovati, jak upravují statuta právo pojišťovací, majíce ovšem na zřeteli náš úkol, svrchu vytčený, poukázati na tu okolnost, do jaké míry spiata jsou práva a závazky ze smlouvy pojišťovací s pojistkou. Na tomto místě dovolím si odmítnouti možnou snad výtku, proč nepostupuji metodou takovou jako na začátku, vzav za základ jednotlivé listiny. Tuto mi snad učiněnou výtku bych odmítl proto, poněvadž ona metoda na tomto místě byla by neúčelna pro tuhou reglementaci pojišťovacího obchodu, jak níže obšírněji bude ukázáno.

44. Nejslavnějším místem, kde se v Italii soustřeďoval obchod pojišťovací, bylo vedle Janova město Florencie. Tam na březích Arna byli největší bankéři Italie, jichž obchod obepínal celý tehdy známý svět, a kteří byli dosti podnikaví, aby se dovedli uchopiti každé příležitosti k výhodnému uložení kapitálu.

Statuty, které upravují florentské pojišťovací právo, jsou tyto: statut ze dne 13. března 1522,¹⁾ ze dne 27. a 28. ledna 1523,²⁾

¹⁾ Goldschmidt, Universalgeschichte s. 380. Baldasseroni (I. vyd.), sv. III. s. 500, 513.

²⁾ Goldschmidt na uv. místě. Baldasseroni na uv. místě. Pardessus sv. 4. str. 598, 602; tento spisovatel je na rozpácích, zda statuty zmíněné pocházejí ze dne 27. a 28. či zda ze dne 23. a 27. ledna onoho roku. Magens, Versuch str. 368.

ze dne 15. června 1523,³⁾ 23. února 1528.⁴⁾ Statut ze dne 28. ledna 1523 nařizuje ve čl. I.:

Che qualunque persona . . . , che . . . si voglia assicurare nella giurisdizione Fiorentina di qualunque rischio corresse, . . . nè debba fare, salvo sotto il tenore della sicurtà generale et universale, che al presente è usata, senza potervi arrogere cosa alcuna, eccetto che quando bisognasse alcuna condizione non contenuta in detta scritta si possa fare con licenza, . . . et partito sufficiente di detti cinque deputati, et non altrimenti . . .

Předpis tento shoduje se celkem s duchem, jaký ovládal ordonnance barcelonské, než statut tento nespokojuje se vy-počtenými náležitostmi pojistky, nýbrž obsahuje i vzorné znění pojistky. Tyto t. zv. generální pojistky jsou pro XVI. století velmi charakteristické a zračí se v nich směr merkantilistický, tehdy vznikající. Volnost smluvníků jest značně omezena ne však úplně, možno totiž ku generální pojistce přidati nutné dodatky, avšak jen s vrchnostenským schválením. Tímto ustanovením určen pouze obsah pojišťovací smlouvy, nikoli však význam pojistky pro smlouvu pojišťovací.

Uvažující o tomto významu, určíme nejprve právní povahu smlouvy pojišťovací. Čl. VI. praví: Item che tutte le sicurtà che si faranno, si bbdeno pagare in ducati contanti fatta la sottoscrizione, et non altrimenti. Ustanovení v jádře shoduje se s ustanovením čl. XI. barcelonských ordonnancí z r. 1435 a upravuje usanci, již dříve ve Florencii se vyskytující. Můžeme říci, že pojišťovací smlouva i dle tohoto florentského statutu je kontraktem reálním, avšak máme zde i důležité modifikace. Odpadáť přísaha smluvníků. Možno říci, že smlouva tato je kontraktem innominátním? Pravili jsme, rozebírajíce ordonnance barcelonské z r. 1484, že pojistka vníká podivuhodným způsobem do smlouvy pojišťovací, an závazek pojistitelův připíná se k přísaze a ku podpisu pojistky. Zde ve Florencii praví se jen, že pojistné platiti jest při podpisu pojistky, náleží tedy ke vzniku obou

³⁾ Goldschmidt a Baldasseroni na uv. místě. *Pardessus* sv. 4. s. 602. *Magens*. Versuch über Assecuranzen und Havereyen, Hamburg 1753, str. 383, udává rok 1526.

⁴⁾ Goldschmidt a Baldasseroni na uv. místě.

smluvních závazků placení pojistného a podpis pojistky, přísaha odpadla.^{4a)} Máme zde tedy další deformaci innominátního kontraktu, deformaci tím větší, poněvadž obě zmíněné skutečnosti mají nastati současně, t. j. v krátkých intervalech.

Tím máme vytčenou též dispoitivní funkci pojistky. Úzce spojená je se závazkem pojistitelovým, má však rozhodný vliv i na vznik smlouvy, poněvadž vzájemné závazky stran mají vzniknouti současně — jak praví čl. VI. Pojistka musí býti listinou sensálskou (statut z r. 1523 čl. V., statut z r. 1526 čl. I.).

Pojistka je listinou exekutivní (čl. IV. statutu z r. 1526).

Pojistka nazývá se scritta (čl. I. statutu z r. 1523, všeobecná pojistka nadpis), též sicurtà generale (čl. I. cit. st.). V obou všeobecných pojistkách, přiložených ku statutu ze dne 15. června 1526 čteme tato zajímavá slova:

Sia noto et manifesto ad ogni persona, come tale di tale si fa assicurare sopra tal mercanzia a lui attenente, o di altri suoi amici, o a chi attenesse . . . (formulář č. 1).

Sia noto et manifesto ad ogni persona, come tale di tale si fa assicurare per ducati . . . sopra la tale mercanzia danari contanti, et danari dati a cambio sopra robe, et sopra le dette, et qualunque di esse di che qualità e condizione si fussero attenenti a detto tale come di sopra, o ad altri loro amici, o achi altri attenessero . . . (form. č. 2).

A dále se praví v obou pojistkách:

Et se fra mesi sei non ci fusse vera novella, gli assicuratori debbano pagare a detto tale quei danari assicurati . . .

Pojistníka jmenují v těchto formulářích náměstkou „tale“. Uvažme dosah obou citovaných míst: *A* pojistil u *B* zboží *x*, s tou úmluvou, že pojištění má býti platné, ať náleží toto zboží pojistníku *A*, anebo nějaké osobě třetí, a že po šesti měsících, kdy do Florencie došla zpráva o příhodě pojistné, má pojistitel *B* vyplatiti pojistný obnos pojistníku *A*. Ustanovení v těchto formulářích jest nejstarším mi známým svědectvím o pojištění na účet, jehož se to týče. Mezi doložkou „ad tuum certum missum,

^{4a)} Na tuto formu uzavírání smlouvy pojišťovací vztahuje se v plném obsahu cit. konstrukce Molinaeova.

tuo certo nuntio“ a doložkou „a lui attenente, o di altri suoi amici“ jest ten rozdíl, že v prvním případě pojistitel slíbujíc vyplatit obnos pojistný osobě třetí, v tomto pak případě slíbujíc zaplatit obnos pojistný pojistníku, i když není pojištěným. Domněnka *Wahl*ova,⁵⁾ že by snad pojištění na účet osoby nepojmenované se vyvinulo z doložky „ad tuum certum missum“ není prozatím doložena, ano zdá se mi, že pojištění na účet osoby nepojmenované mělo svůj původ v sázskovém pojišťování, které, jak *Santerna* nám dosvědčuje ve svém „Tractatus de assecurationibus et sponsionibus“ pars II. č. 32 a *Straccha* v „Tractatus de sponsionibus“ pars IV. čís. 1, mělo pro florentský obchod veliký význam a hojně bylo uzavíráno. Jest možno, že k vývoji pojištění na účet osoby nepojmenované přispělo nemalým způsobem římské právo, které konečně učinilo doložku ad tuum missum nepotřebnou.⁶⁾

Z funkcí pojistky jest u vývinu dispoziční funkce, funkce vitální a finální není dosud vyvinuta, tato vzhledem k ustanovení čl. V.⁷⁾ statutu z r. 1526 nebyla možnou ani jako reflexní účinek jiných snad funkcí.

45. Malý význam měla pojistka v Benátkách, největším přístavním měste východního pobřeží italského, statut z r. 1468 upravuje jen exekutivní process a zákon ze dne 26. září 1586⁸⁾ praví, že uzavíráti možno smlouvu pojišťovací „per scrittura, o per fede“. Vznik pohledávky z pojišťovací smlouvy a vydání pojistky nejsou v žádném vztahu, v jednotlivých případech může sice pojistka lege contractus mít povahu dispoziční listiny, avšak nenalézáme stop onoho podivuhodného spojení pojistné pohledávky s pojistkou jako v Barceloně a ve Florencii; to by mohlo býti též důvodem proti tomu tvrzení, že barcelonské právo platilo v Benátkách před těmito statutárními ustanoveními.⁹⁾ Ani jinak není obchod pojišťovací v Benátkách regle-

⁵⁾ *Wahl*, Traité des papiers au porteur čís. 167.

⁶⁾ *Brunner*, Das franc. Inhaberpapier str. 69 násl. *Kuntze*, Inhaberpapier str. 94 a násl.

⁷⁾ Převyšuje-li obnos pojistný hodnotu pojištěných věcí, musí pojistník oznámiti během blíže určené lhůty všechny tyto okolnosti příslušnému úřadu, který určí částky, které mají platit jednotliví pojistitelé.

⁸⁾ *Pardessus* na uv. místě sv. V. str. 66.

⁹⁾ *Reatz*, Geschichte str. 173.

mentován, této skutečnosti možno na vrub přičísti, proč pojistka v Benátkách se nevyvíjela způsobem podobným jako v jiných městech.

46. *Janov* zůstává konservativním. Statut z r. 1557¹⁰⁾ upravuje exekutivní process ve sporech pojišťovacích, který však jest pouhým prozatímním opatřením. Statut ze dne 16. prosince 1588, kniha čtvrtá¹¹⁾ kapitola XVII. ustanovuje:

Non possint fieri assecurationes in appodisiis, quae non habeant clarum et expressum nomen illius qui se assecurari faciet, et hoc antequam aliquis assecurator in ea se subscribat, nec possit dimitti spatium album pro ponendo nomine; alias appodisia non valeat et assecuratio non teneat.

Tímto ustanovením zapověděno bylo pojištění na účet osoby nepojmenované. Statut pak pokračuje:

Securitates non possint fieri pro se, neque pro aliis, nisi existet risicum vel in mercibus, vel in navigiis vel rebus quibusvis assecuratis mediate vel immediate, principaliter vel indirecte.

Tato věta čelí proti sázkovému pojištění. Spojení obou citovaných vět jest charakteristické pro názor na pojištění na účet osoby nepojmenované; jedním dechem zakazuje se pojištění sázkové i pojištění na účet osoby nepojmenované, pokládají tedy redaktoři tohoto statutu pojištění na účet osoby nepojmenované za odrůdu pojištění sázkového. Tím by byla potvrzována domněnka výše — když jsme pojednávali o florentském právu — vyslovená. K republice janovské náležející město *Albenga* spravovalo se zcela — jak ze statutu z r. 1518¹²⁾ jest patrné — právem janovským a nikoliv, jak fantasticky *Reatz*¹³⁾ se domnívá, právem barcelonským, které prý tam platilo jako právo obecné a ustanovení citovaného statutu jako partikulární.¹⁴⁾

¹⁰⁾ *Pardessus* n. u. m. IV. sstr. 525.

¹¹⁾ *Pardessus* n. t. m. str. 532, uvedena chybně kniha V.

¹²⁾ *Pardessus* n. u. m. IV. str. 544 udává mylně letopočet 1484; viz *Goldschmidt*, Universalgeschichte str. 380; *Valsecchi*, Gli statuti di Albenga str. 347.

¹³⁾ *Reatz* str. 174 násl.

¹⁴⁾ Srov. *Goldschmidt* n. u. m.

47. Severně od Pisy ležící město Lucca upravuje své právo pojišťovací ve „statuti de la corte de' mercanti“, kn. II., kap. 47.¹⁵⁾ Ustanovení toto podává nám jasný obraz o tom, jaký význam měla pojistka pro pojišťovací smlouvu.

Statuimo et oridiniamo che qualunque persona che si sarà fatta assicurare in Lucca, per se o altri su qualsivoglia naviglio, vassello o barche, per qualsivoglia luogo, et che occorrà naufragio, o altro disastro, per il che venga il caso di risquotere dette securtà, secondo il tenore dello scritto di dette securtà, debba il detto assicurato uno o più, in prima fare intimare a tutti li assicuratori, o loro heredi per mano del senzale, che haverà fatto detta securtà, essendo in essere, se non, per mano di altro senzale, di tale case successo, come di sopra; il quale senzale habbia da notare di sua mano, sotto lo scritto di detta securtà, tale intimatione fatta a tutti li detti assicuratori, che saranno in Lucca o suo distretto, come di sopra; et alli assenti assicuratori se li notifici a casa in scrittura per uno dei messi della corte; et fatta detta notificatione, siano tenuti et debbano i prefati assicuratori, o almeno li due terzi loro, eleggere due di essi assicuratori, per fare eseguire quanto di sotto si dirà.

Není zde sice vyslovena zásada, že pojišťovací smlouvu uzavíratí jest písemnou formou, avšak jest řečeno, že pojistitel jest práv „secondo il tenore dello scritto“. Obsah pojistky určuje obsah závazku pojistitelova, musí tedy existovati pojistka, aby mohl existovati závazek pojistitelův a jemu odpovídající oprávnění pojistníkovu na vyplacení obnosu pojistného. Toto můžeme bezpečně říci. Z ustanovení o volbě výboru věřitelů usuzujeme, že pojišťovací smlouvy uzavřené s jednotlivými pojistiteli tvoří jeden celek, pokud jsou obsaženy v jedné pojistce. O placení premie neobsahuje statut žádného ustanovení. Snad je dle tohoto statutu smlouva pojišťovací kontraktem konsensuálním, zda však splynuly vzájemné nároky a závazky ve dvojjediný celek, nemožno mi říci, a proto nemohu též bezpečně určit, zda a pokud pojistka je listinou dispositivní. Pojistka má význam i pro výkon práva,

¹⁵⁾ *Pardessus* n. u. m. sv. VI. str. 601. Dle mínění *Goldschmidtova* pochází cit. místo z r. 1581.

neboť příhodu pojistnou má pojistník oznámíti příslušnému sensálu, jenž učiní záznam na pojistce a doručí pojistku pojistitelům. Tedy druh presentačního papíru. Z toho ustanovení však neplyne, že by pojistka byla papírem výplatným, neboť presentací má býti pohledávka jen likvidována, kdežto výplata děje se bez ohledu na papír. Všeobecná pojistka, k tomuto statutu připojená, neobsahuje doložky, že uzavřeno bylo pojištění na účet osoby nepojmenované, avšak obsahuje doložku — v jiných listinách houfně užívanou — alternativně doručiteli znějící (alternative Inhaberklausel — *Brunner*).

... saranno ... te nuti i detti assicuratori pagare el detto (pojistník) ... , e chi presenterà il presente scritto ...

Této presentaci rozuměti jest asi ve smyslu výše popsaném. V Lucce souvisí asi tato doložka se svrchu zmíněnou úpravou výplaty obnosu pojistného. Toto by byla finální funkce lukánské pojistky. Transportní funkci jest zkoumati z této doložky, alternativně doručiteli znějící a to pod zorným úhlem tehdejší doktriny.

Současný traktát ankonského patricia *Stracchy*, nadepsaný „De adiecto“ může nám podati poměrně nejspolehlivější vysvětlení. Doručitel takového papíru je adiectus in rem suam, quia interest illius, ut adiecto solvatur, et quod solutum apud eum remaneat ... in adiectum in rem suam transferuntur actiones utiles, quemadmodum transferuntur in procuratorem in rem suam l. illam C. de dona. (l. 9, C. 8, 53) (Pars prima čís. 38). Presentant dlužního úpisu může žalovati jen tehdy, složí-li kauci, zní-li však dlužní úpis alternativně doručiteli, nemusí složit kauci, quia in chirographo promittitur solutio ei qui exhibuerit. Unde cum exhibitione chirographi relata alia, et quidem magna intervenit praesumptio, propter quam videtur respondendum, quod exhibens admittatur, absque cautione de rato (Quarta pars, Quaestio octava, čís. 8 a 9), ... huius modi praesumptionem, quae suboritur ex verbis chirographi, de solvendo ei qui exhibuerit, puto in hoc tamen casu non esse inferiorem illi, quae colligitur ex probatione traditionis instrumentorum a domino factae (a. u. m. čís. 10). Dlužník může zaplatiti beze všeho každému presentantu a tento má i právo žádati za zaplacení, je-li však presentant služebnou osobou věřitele pojmenovaného, anebo s ním bydlí, tu neplatí ona svrchu zmíněná presumpce, quia potuit furto sub-

straxisse (a. u. m. čís. 12). Pozůstává finální funkce u Stracchy jen z funkce legitimační. Pokud se týče funkce transportní, je Straccha na rozpacích, zda takovou lze připustiti a po delší úvaze přikloňuje se k mínění Alexandra ab Alexandro¹⁶⁾ a praví: Ubi inquit si dedi tibi instrumentum in quo continebantur nomina debitorum, videor et actiones mihi competentes contra debitores in instrumento nominatos cecisisse alias ubi non appareret de animo donandi, non censetur illa iura dono dare, sed Procuratorem ad agendum contra debitores constiture. Před tím pak praví, pak-li někdo tradit instrumentum, acquisitionem, continens rei corporalis, veluti fundi vel servi in quibus facilius cadet traditio (n. u. m. čís. 3). Tradicí listiny přechází i právo, v ní naznačené.¹⁷⁾

48. V Savoně statut¹⁸⁾ praví pouze „che tutte persone le quali si faranno assicurare in Savona per mezzo e scrittura di censari“, t. j. výhod ustanovení statutárních jsou účastni jen ti, kdo dají zříditi o pojišťovací smlouvě listinu sensálskou. Listina tato má všechny výhody veřejné listiny generální hypoteku, paratam executionem, to má však pojistka proto, že je listinou veřejnou a nikoliv proto, že pohledávka je spiata s listinou. Dále praví statut „siano tenuti et obligati pagare secondo il tenore della polizza et scrittura de censaro rimosa ogni eccezione, oppositione, defensione, contraditione e nullità“. Znění toto připomíná statut lukánský, avšak zde dosud toto ustanovení má význam jen processní a jen snad odlesk tohoto může míti význam pro materiální právo, kdežto v mladším statutu lukánském slova „secondo il tenore della polizza“ nenalézají se více v souvislosti

¹⁶⁾ Savigny VI. str. 457.

¹⁷⁾ Použito vydání tractatus tractatum sv. VI. fol. 383 násl. — Alternativní doložka doručiteli znějící vyskytuje se i ve španělských pojistkách t. Burgos 1538, holandských Amsterdam i v jedné hamburské pojistce z 18. století nalezl jsem podobnou doložku. — V pozdějších stoletích množí se tato doložka, avšak význam její stále klesá, presumpce doručiteli příznivá stále zmenšuje a tak ustupuje tato forma papíru indossamentu a papíru pouze doručiteli znějícímu. O vývoji srovnej: Brunner, Franz. Inh.-Papier; Kuntze, Inhaberpapiere, Freund, Wechsel bei den Postglossatoren, Salvioli, Titoli al portatore.

¹⁸⁾ Dle Bensy pocházejí tato místa statutu z r. 1503 po př. 1466; viz Goldschmidt n. u. m. str. 373. Pardessus n. u. m. VI. str. 595.

s ustanoveními o exekučním processu. Pojistku podepisují pouze pojistitelé (le sottoscrittori delli assicuratori). Pojistka požívá plné víry (piena fede), t. j. tvoří plný důkaz o skutečnostech v ní obsažených.

49. Zákony, vydané pro hlavní město království obou Sicilií Neapol v letech 1622, 1623, 1637, 1660¹⁹⁾ uzavírají vývoj práva pojišťovacího v tomto období v Itálii.

Statut z r. 1622 nařizuje registraci smluv pojišťovacích: úředníci, notáři a sensálové, kteří byli pověřeni, aby prostřednictvím jich se uzavíraly smlouvy pojišťovací, měli oznamovati vždy v sobotu pojišťovací smlouvy listinou jimi podepsanou, které jich prostřednictvím byly uzavřeny; smlouvy, v listině oné neobsažené, neměly platnosti.

Statut z r. 1623 poučuje nás o způsobu, jakým uzavírána byla smlouva pojišťovací v Neapoli: Každá pojišťovací smlouva má býti sepsána na zvláštním kolkovaném blanketu, prázdná místa vyplní notář nebo jiný k tomu ustanovený úředník. „Ne i quali fogli, e non in altra scrittura s'haveranno da firmare, e sottoscrivere gli assicuratori per loro nomi, e cognomi con la quantità, che si assicurano, e à che ragione, e dichiarare, se sono stati pagati del'assicurazione. . . . Il quale foglio così compilato e sottoscritto, come di sopra si debba consignare all'assicurato per sua cautela.“

Toto ustanovení jest potud důležité, poněvadž nám popisuje onen způsob uzavření smlouvy pojišťovací, na nějž navázala doktrína a vytvořila teorii, s níž se později blíže seznámíme. Na tomto místě máme však rozřešiti otázku, zda tímto byla stanovena konstitutivní povaha pojistky. Nejprve nutno uvážiti, že pojistník má pojistiteli zaplatiti premii dříve, než pojistitel podepíše pojistku, tedy musila býti mezi nimi uzavřena smlouva. Na druhé straně praví se v témže statutu: „che tutte le sicurtà . . . si debbano fare e notare ne i fogli di stampa,“ tedy formou písemnou. Na jedné straně písemná smlouva, na druhé ústní, snad reální. Jen tolik je jisto, že pojistník může své právo věřitelské vykonati jen tehdy, byla-li pojistka pojistitelem podepsána. Statut tento jest příbuzný se statutem

¹⁹⁾ Pardessus V. str. 263.

florentským. Tolik na tomto místě, bližší určíme, až budeme se zabývatí doktrínou, která luští záhadu akceptu pojistitelova.

Statuty z r. 1637 a 1660 opakují jen, co obsaženo jest ve statutech těchto.

Z poměrně sporého upravení zákonného můžeme souditi, že smlouva pojišťovací byla uzavírána jen na místech, kde značněji soustřeďoval se obchod, a že zůstala daleko za svou starší sestrou smlouvou směnečnou.

Jména zvláštního pojistka v Itálii dosud nemá, nazývát se scritta (Florence), apodisia (Janov), scritto (Lucca), fogli (Neapol) jako každá jiná listina. Naproti tomu užívá se slova polizza o jiných listinách, tak na př. polizza di caricamento, polizza di banco a p.

II. Španělsko.

50. Nejprve obíratí se budeme statutem, vydaným Karlem V. pro Burgos r. 1538.²⁰⁾ Rozvláčný tento statut upravuje právo pojišťovací a znamená počátek druhé epochy práva pojišťovacího na poloostrově iberském, neboť statuty následující mají tento statut za vzor.

Zajímavé jest ustanovení těchto ordonnancí, jak platiti jest premii. Dokázali jsme, že ordonnance barcelonské považují smlouvu za kontrakt innominátní, tyto ordonnance však ustanovují, že premie nemá se platiti hned při uzavření smlouvy, nýbrž až o velkých trzích na podzim a na jaře, jinými slovy v Barceloně smlouva pojišťovací re contrahitur, v Burgos však nudo consensu. Naskytá se nám však velmi choulostivá otázka, splynuly vzájemné nároky a závazky ze smlouvy v jeden dvojediný celek dříve, než odpadla res, anebo odpadla res dříve, než závazky a nároky splynuly?

O smlouvě pojišťovací bylo zříditi listinu poliça (v úvodu; čl. I. declarere en la poliça; čl. VII., XXXV. firmaren la poliça; čl. IX. firmaren en los poliças; čl. X. declarare en tal poliças; čl. XX. a la poliça conforme; čl. XXXV. nembrandolas en las poliças) též poliça de seguretad (čl. I.). Pouze těmito dvěma

²⁰⁾ *Pardessus* n. u. m. VI. str. 135 n.

názvy označena jest v tomto statutu pojistka. *Reatz*²¹⁾ domnívá se, že statut mluví ještě o jiné listině „confiança“ a má za to, že jest to taková listina o smlouvě pojišťovací, která neobsahuje celého obsahu smlouvy, nýbrž jen essentialia, nikoli však naturalia smlouvy pojišťovací. Tato konstrukce „confiança“ způsobovala však i samému autorovi rozpaky, neboť Guidon de la mer praví (chap I., art. 2): „On en faisoit anciennement sans escrit, qui estoient dites en confiance, parce que celui qui stipuloit l'assuerance ne faisoit ses pactions en escrit, mais se confioit en la bonne foy et la prud'hommie de son assuereur, supposant qu'il les escrivoit sur son livre de raison.“ Tu vykládáno, že forma smlouvy pojišťovací, uzavřené per confiança, jest rozdílna od formy „en confiance“. Pohledme na věc zevrubněji! Slovo „confiança“ vyskytuje se ve statutu tomto jen v tomto spojení: smlouva pojišťovací nemá býti platnou en poliça, ni fuera della, ni en confiança, ni en otra manera (čl. III., IV., XVIII.) anebo en poliça, ni por palabra, ni cedula, ni confiança, ni en otra manera (čl. V.). Při tom nutno uvážiti, že tento statut libuje si v rozvlácném slavnostním slohu, rád mnohé opakuje a kupí slova, stejný význam mající. Znamenají tedy citovaná místa jen, že smlouva pojišťovací, jakoukoliv formou uzavřená, nemá míti platnosti; mohlo by se citované místo článku V. přeložiti asi takto „ani pojistkou, ani ústně, ani listinou notářskou, ani důvěrně ani žádným jiným způsobem“. Tu vidíme, že toto rčení jest pouze slavnostní formulí a že slova nejsou užívána v žádném technickém významu a proto ani slovo „confiança“ neznamená žádnou zvláštní listinu o smlouvě pojišťovací. Tou jest jediné „poliça“, listina to notářská (čl. X., XVIII., XXII.). Pro své tvrzení, že zříditi dlužno listinu o smlouvě pojišťovací, uvedeme tyto důvody: Dle znění článků V. a VI. má býti pojišťovací smlouva účastna výhod exekutivního processu, avšak exekutivní process předpokládá listinu, tudíž bylo zříditi listinu náležitě kvalifikovanou — statut nám udává vzorné znění, od něhož odchylovati se nebylo dovoleno (čl. III., XXXIII.). Ve čl. V. ovšem se praví, že i pojistník má býti o trzích podzimních a jar-ních stejně rychlými prostředky donucen ku placení premie

²¹⁾ *Reatz*, Geschichte I. str. 216; z něho převzal tento názor *Goldschmidt*, Universalgeschichte str. 375 p. 121.

jako pojistitel ku zaplacení obnosu pojistného, avšak tu jest připomenouti, že placení pojistného podléhalo — ano se mělo státi o trhu — soudnictví tržnímu, jehož řád soudní býval exekutivnímu processu podobný.²²⁾ Bezpečně pak říci můžeme, že dlužník musil míti pojistku, aby mohl exekutivním processem domáhati se na pojistiteli vyplacení obnosu pojistného.²³⁾ Dlužník má zapotřebí pojistky ku vykonání svého práva, byť i jen k irregularnímu pouze. Obsah pojistky je směrodatným pro závazek pojistitelův, t. j. pojistitel byl práv dle pojistky (čl. XXIII.). Lhůty promlčení nároku pojistníkovy počítají se od doby, kdy pojistitel podepsal pojistku (čl. XXI.), podobně lhůta k ristornu smlouvy pojišťovací (čl. VII.). Styčných bodů mezi pojistkou a závazkem pojistitelovým jest tedy dosti a právě z těchto styčných bodů — exekutivní process sem nepočítáme — usuzujeme, že závazek pojistitelův vzniká podpisem pojistky, že má pojistka pro tento závazek význam konstitutivní a tím i dispositivní funkci.

Na druhé straně nutno vyznačiti v pojistce, kdy dlužno platiti premii, v jaké výši. Toto udání mělo býti jediné směrodatným pro placení premie, jež se mělo státi na trhu medinském. Tedy i pro závazek pojistitelův má pojistka význam konstitutivní. Jiný příčný důkaz uvéstí nedovedu, soudím však z celkového obsahu tohoto statutu, že vznik oprávnění pojistníkovy připíná se ku zmíněnému záznamu v pojistce.

Oba závazky vznikají v témže okamžiku touže listinou, jsou dvojčata, máme tedy zde směnu závazků — synallagma a smlouva pojišťovací jest smlouvou synallagmatickou, a to formální smlouvou písemné formy. Leč v dalších svých osudech rozcházejí se oba závazky, jeden podléhá právu tržnímu v Medině, druhý casa de contractación v Burgos, tedy rudimenty bývalé samostatnosti vzájemných závazků stipulačních (v Janově), po příp. innominátního kontraktu (v Barceloně). Materiálně-právní funkci má pojistka i v tom směru, že smlouvy pojišťovací, uzavřené s různými pojistiteli jednou pojistkou, činí jeden celek a poji-

²²⁾ *Huvelin*, Histoire des foires et de marchés str. 383 a násled., zvl. str. 384.

²³⁾ Ordonnance Filippa II. z r. 1566 viz *Beiegleb* II. vyd. I. díl, str. 179.

stitelé jsou právi pro capite a má se za to, že všichni podepsali smlouvu ve stejný okamžik. Smlouvu pojišťovací možno uzavřítí na účet vlastní nebo cizí, tu dle čl. 2. nebylo třeba označiti jménem pojištěného, byl-li stejné národnosti jako pojistník, to bylo nutno jen, byl-li jiné národnosti; v témže článku jest však též stanoveno, že možno označiti pojištěného zcela všeobecnými známkami, leč národnost pojištěného bylo udati do rejstříku notářova. *Reatz* (*Geschichte* I., str. 226) domnívá se, že toto ustanovení jest mladší prvého, jakkoliv je možno, že vznikla obě ustanovení současně. Důvodu pro své tvrzení *Reatz* neuvádí.

51. Ordonnance z r. 1556 pro město *Sevilla*²⁴⁾ obsahuje zevrubné předpisy o smlouvě a právu pojišťovacím. O povaze smlouvy pojišťovací praví čl. 37.:

Que qualquiera persona, que por si ó por otra persona se assegurar de ida ó de venida á Indias, sea obligado da pagar el premio de el tal seguro dentro de tres meses despues que se firmare de contado, ó en blanco, sin que se le pida, y sino le pagare dentro de los tres meses, como dicho es, si algun riesgo huviere despues el asegurador no sea obligado á pagarlo, y en los dichos tres meses, y despues el dicho asegurador pueda pedir el premio al asegurado, y sea obligado á luego pagarselo.²⁵⁾

Smlouva pojišťovací jest kontraktem konsensuláním. Pojistník má tříměsíční lhůtu, aby mohl zaplatiti pojistné, dokud lhůta neprošla, není v prodlení a pojistitel jest povinen nastalou snad škodu nahraditi. Prošla-li lhůta, není pojistitel již povinen platiti obnos pojistný, třebas nastal případ pojistný.

Abychom mohli oceniti dosah tohoto ustanovení, musíme zjistiti, jak vznikají vzájemné závazky a oprávnění. Článek 30. praví:

²⁴⁾ *Pardessus* n. u. m. 76 n.

²⁵⁾ (Překlad *Pardessus*ův) Toute personne qui se sera fait consentir un assurance pour un voyage d'aller aux Indes ou de retour, pour son propre compte ou pour celui d'une autre, sera tenue de payer dans le trois mois de la signature en compte on eu monnaie, sans qu'ou lui demande et si le payement n'est pas effectué dans les trois mois susdites, l'assureur ne sera pas tenu des dommages arrivés depuis; et pendent les trois mois et après, l'assureur pourra exiger le payement de la prime vis-à-vis de l'assuré, qui deura l'executer sur le champ.

Y porque muchos aseguradores se mueren, ó se van, ó ausentan, y para cobrarse los daños, y averias, que ay en las poliças que han firmado, es menester reconocer las firmas: Ordenamos que de aquí adelante estando la poliça firmada del corredor que la hizo, y dando en ella fee como la vido firmar á las personas en ella contenidas, y estando escrita en su libro, sea visto las tales firmas reconocidas, para poder se executar, ó embargar los que las firmaren, como si estuviessen reconocidas por ellos; y assi sirvan para los muertos, y ausentes, solamente para el dicho efecto de execucion, ó embargo, sin que por esto quede reconocida para el negocio principal.²⁶⁾

Předcházející článek 29. nařizuje, že sensál, pojistku sepsavší, musí obsah její pod trestem peněžitém zanést do rejstříku, k tomu určeného. Ani na jiných místech nemluví ordonnance o písemné formě smlouvy, mluví sice jen o pojistce — ústní smlouvu pomíjí — avšak to jen proto, poněvadž má stále na mysli exekutivní proces, jak nám ukazuje citovaný čl. 30. Než přece přikloníme se k tomu názoru, že pojistka byla dle těchto ordonnancí dispositivní listinou.

Ordonnance klade počátek závazku pojistitelova do doby podpisu pojistky, jak plyne z úpravy rizika pojistného ve všeobecné pojistce pro cesty z Indie: „Y nos obligamos de correr el dicho riesgo desde el dia que firmaremos esta poliça en dos años primeros siguientes.“ Počátek rizika pojistného nekladla by ordonnance do doby podpisu pojistitelova, kdyby v témže okamžiku nevznikl též jeho závazek. Dle článku 44. promlčí se závazek pojistitelův za dvě leta, od doby jeho podpisu počítaje. Z těchto

²⁶⁾ (Překlad Pardessusův) Attendu que souvent les assureurs meurent s'éloignent ou s'absentent, et que pour le payement de dommages et avaries dus en vertu des polices qu'ils ont souscrites, il est nécessaire de vérifier leur signature, nous ordonnons qu'à l'avenir, la police ayant été signée par le courtier qui l'aura fait souscrire avec la mention faite par lui qu'il a vu signer les personnes désignées, et transcrite par lui sur son livre, lesdites signatures seront regardées comme vérifiées pour demander l'exécution et la saisie, comme si les signataires eux mêmes les avrient reconnues. Ces dispositions auront même effet par rapport aux décédés et aux absens; mais cet effet se bornera à l'exécution et saisie, et la reconnaissance ne sera pas réputée parfaite pour l'affaire principale.

důvodů řekneme, že ordonnance klade počátek závazku pojistitelova do doby jeho podpisu, v tom směru byla by dispositivní funkce prokázána, avšak podpisem tím — tato redakce nemluví nikde o podpisu pojistníkovč²⁷⁾ — vzniká i jeho oprávnění, jestiž pojistník od tohoto okamžiku zavázán platiti pojistné. Podepíše-li pojistitel — ovšem se souhlasem pojistníkovým — pojistku, vzniknou vzájemná oprávnění i závazky, které tvoří obsah pojistňovací smlouvy, t. j. vznikne i smlouva pojistňovací. Tím určena jest dispositivní funkce pojistky.

Vzájemné závazky vznikly jedinou skutečností v jediný okamžik, směna jest patrna a tedy i synallagmatická povaha smlouvy pojistňovací. Dále jest vytknouti na tomto místě, že pojistitel v případě prodlení pojistníkovem nebyl práv z nastalé škody, mohl namítati, že pojistník nesplnil svého závazku. Této námitce dala pozdější obecnoprávní doktrina název exceptio non adimpleti contractus. Tu vidíme, že vzájemné závazky jsou spojeny nejen při vzniku svém — jako v Burgos — nýbrž i spojeny zůstávají v dalším svém trvání, jeden bez druhého jíti nemůže, zhyne-li jeden, zahyne i druhý, splynuly závazky vzájemné úplně ve dvojediný celek.²⁸⁾

²⁷⁾ Dle textování „Recompilation de Leyes de los Reynos de las Indias“, Madrid 1681, „que la vió à los contraventos“, toto by naznačovalo, že pojistku mají podepsati oba smluvníci. Z redakce Pardessus-em vydané plyne však, že jen pojistitelé podepisují pojistku a nasvědčuje tomu i znění generální pojistky.

²⁸⁾ Této konstrukci mohlo by se snad vytknouti, že obsahuje něco, co nesrovnává se se skutečností: neboť tím, že závazek *A* byl splněn a přestal existovati, musí by i závazek *B* proto zaniknouti, ač nebyl splněn, to by však bylo absurdní. Než uvažujme o této otázce? K vůli jednoduchosti vezměme si tento příklad: *A* jest povinen dáti *B*-ovi *y* a *B* jest povinen dáti *A*-ovi *x*. Tedy oba závazky obsahují dare. Hospodářsky docílilo by se stejného výsledku, kdyby vzájemnou tradicí *A* i *B* směnil statky *x* a *y*. Tak by tomu musilo býti, kdybychom neměli práva obligačního, a tak tomu bylo a je v primitivním hospodářství. Než na vyvinutějším stupni hospodářském směna statků — mluvíme zde k vůli jednoduchosti o statcích hmotných — neděje se jen přenášením vlastnického práva k těmto statkům, nýbrž i závazky ku přenešení dotyčného vlastnického práva t. j. zřízením obligace. Obligace sice neposkytuje okamžitého reálného užitku jako vlastnictví a s tohoto stanoviska jen přípravou k nabývání statků. *Bähr*, Anerkennung str. 7. Můžeme říci, že tradicí nabýváme statků bezprostředně a závazkem resp. oprávněním prostředně. Zcizí-li *A* na základě svého

Chce-li někdo uzavřítí pojištění na účet osoby třetí, jest se mu vykázati plnou mocí, úřad pak zkoumá tuto pinou moc a povolí, aby směl uzavřítí pojištění. Uzavře-li někdo pojištění na cizí účet bez tohoto povolení, zaplatí pokutu dvacet tisíc maravedis (čl. 28.); platnost smlouvy není tím nijak dotčena. Jak viděti, redaktoři těchto ordonnancí byli tuhými zastanci onoho názoru, že pojistník je mandatářem pojištěného, a ustanovení toto připomíná ustanovení ordonnancí barcelonských.

52. Pojišťovací smlouva má stejnou povahu i dle ordonnancí, vydaných r. 1560 pro město Bilba²⁹⁾ a z těchž důvodů řekneme i zde, že pojistka jest listinou dispositivní (kapitola 14.). Zajímavé jest ustanovení kap. 45.:

Otrosi: Dixeren . . . quando quiera que algun dueño de nao asegurado quisiere vender la tal cosa asegurada, sea obligado de notificar á todos los seguradores, ó á la mayor parte dellos, de como han vendido la tal cosa asegurada, para ver si quieren correr, lo retifiquen, ó en defecto borren su firma, tomando medio por ciento del salario que huviere corrido, y la venta, y renunciacion, que sin la tal notificacion se hiziere, sea en si ninguno: e si algo de perdida, ó daño aconteciere de la tal nao sin hazer la dicha diligencia, los tales aseguradores no sean obligados á pagarle cosa ninguna, aunque en las tales poliza o polizas diga, y declare, perteneciente á quien pertenecer pueda y deba ni siendo maestre

závazku statek y promění tím stav provisorní v definitivní. Směna však žádá, aby A nabyl statku y v úplatu za své zcizení, aby jeho jmění se tímto zcizením neumenšilo. Této záplaty se mu dostává provisorně závazkem B -ovým, definitivně se mu jí dostane, až mu B skutečně statek x zcizí. Splní-li A svůj závazek, promění stav provisorní v definitivní a závazek B -ův musí existovati, poněvadž by jinak A plnil sine causa. To význam placení — soluce. Důsledek pak tohoto spojení obou závazků jest exceptio non adimpleti contractus, neboť záplatu plnou dostane A jen tehdy, smění-li se tradicí statky x a y současně, jak totiž známo, statky vzdálenější mají menší hodnotu než statky přítomné. Celá tato úvaha ovšem nenáleží v rámeček našeho úkolu, avšak jen z toho důvodu zdrželi jsme se u tohoto ustanovení čl. 37, poněvadž vyskytuje se skoro doslovně v § 25. II. rak. osnovy o smlouvě pojišťovací s tím rozdílem jen, že výslovně řečeno je v osnově, že pojistiteli dáno je na vůli, zda při smlouvě chce setrvati čili nic, kdežto v Seville měl pojistitel asi možnost pouze druhou.

²⁹⁾ *Pardessus* na u. m. str. 195.

fulano, ó otro quaelquiera que fuere, y lo mismo se entienda esto para todos los seguros que se hizieren por tiempo.³⁰⁾

Toto ustanovení jest pro nás potud důležité, poněvadž se zabývá negotiabilitou pohledávky pojistníkovy. Změní-li se osoba pojištěného, má se to oznámiti pojistitelům, kteří mohou od smlouvy odstoupiti, nebylo-li to oznámeno, nejsou pojistitelé zavázáni platiti obnosy pojistné, třebas — a to pro nás je zvláště cenné — by pojistka zněla na účet osoby nepojmenované. Negotiabilita pohledávky byla tím na nejmenší míru stlačena, jen pouhou cessí mohla nastati změna v osobě oprávněného. V tomto ustanovení opět patrna jest snaha, pokud možno zameziti veškeré sázkové pojištění, a skytá nám pěkný protějšek k laxní praxi florentské. Podle mého názoru klesá doložka „na účet osoby nepojmenované“ na pouhou formuli beze všeho obsahu. Negotiabilita byla znemožněna a proto ani pojistka nemá žádného významu při převodu pohledávky.

53. Za 122 let, tedy r. 1682 dostává *San Sebastian*³¹⁾ ordonnance pojišťovací, které doslovně jsou opsány z ordonnancí bilbaoských. Pro nás mají však dvě zajímavá ustanovení. Čl. 38. jest vzat doslovně z ordonnancí bilbaoských s touto však úchylkou: y que los escrivanos ayan de tener registros, y razon en que se pongan las polizas originales de que dieren traslados signados. Originály pojistek zanese notář ve zvláštní rejstřík, strany dostanou jen opis. Tímto ustanovením znemožněna vitální a finální funkce pojistky.

O povaze pojišťovací smlouvy mluví čl. 47.:

Otrosi, por quanto puede suceder que algunos aseguradores firmen cedulas, ó polizas de seguro en confianza, y sin aver recibido la cantidad que deven aver por el seguro, y despues

³⁰⁾ . . . jakmile nějaký vlastník lodi hodlá prodati onu pojištěnou věc, má to oznámiti všem pojistitelům anebo větší části jich, komu prodal onu věc pojištěnou, aby mohli uvážiti, zda chtějí nebezpečí převzítí a ratifikovati, anebo odvolati svůj podpis žádající půl procenta pojistného, a prodej a vzdání se bez oné notifikace je ničí a jestliže nějak nebezpečí nebo škoda oné lodi povstane, aniž bylo zde oné pečlivosti, oni pojistitelé nebudou povinni nic platiti, a to i v těch případech, zni-li pojistka „ať náleží komukoliv by náležeti mohla a musila“ aniž „ať je pán lodi jakýkoliv“, ani nějak podobně a toto vztahujž se na všechna pojištění od této doby.

³¹⁾ *Pardessus* n. u. m. str. 253.

pertiendose el navio, ó mercaderias que se asseguraron llegasen á intentar que no devia valer el seguro por no aver recibido la dicha cantidad; para evitar dudas, y pleytos, dixeron, que acordavan, y acordaron, que el premio del seguro se pague de contado, y si el assecurador llegare á firmar poliza de seguro sin aver colbrado el dicho premio, ó contentandose por pacto hecho con el assecurado, que valga el seguro; y que el assecurador no introduzga pre-tension con el pretexto de desir, que no recibio el dicho premio, ni sea oido.³²⁾

Tu vidíme reakci oproti statutům měst Burgos, Sevilla, Bilbao: premii jest platiti při uzavření smlouvy, jest tedy pojišťovací smlouva kontraktem reálním, avšak podpis pojistky pojistitelem nahraňuje ono placení a závazek pojistníkův tím zaniká, má tedy podpis pojistitelův podobný význam jako acceptatio v právu římském. Ustanovení toto podobá se ustanovení článku II. barcelonských ordonnancí z r. 1435, nicméně je zde důležitá odchylka; nebylo-li v Barceloně zaplaceno pojistné, nevznikla smlouva, zde vzniká smlouva, podepíše-li pojistitel pojistku, a linguje se, že zaplaceno bylo pojistné. Touto fikcí docílena byla synallagmatická povaha smlouvy a v tom jest onen vnitřní rozdíl od ordonnancí barcelonských. Dispositivní povaha pojistky vystupuje zde v plné ryzosti nesmíšená se žádnou jinou furkcí ani processní ani veřejnoprávní.

Na tomto místě jest se nám zmíniti o portugalské³³⁾ ordonnanci ze dne 22. listopadu 1684, která se odvolává na starší zákony z r. 1641 a 1660, opakuje ustanovení, že smlouvu jest

³²⁾ (Překlad Pardessus-ův) De plus: Comme il peut arriver que quelques uns des assureurs signent des lettres ou polices d'assurance en confiance, et sans avoir reçu la prime qui leur revient pour l'assurance, et qu'ensuite la navire ou les marchandises assurés venant à se perdre, ils intendent un procès, sous prétexte que l'assurance ne vaut rien à cause qu'ils arrêtent que la prime de l'assurance devra être payée comptent, et si l'assureur vient à signer une police d'assurance sans avoir reçu cette prime, ou s'il se contente de la promesse faite par l'assuré, l'assurance n'en sera pas moins valable; l'assureur ne pourra élever, aucune prétension fondé sur le prétexte qu'il n'a pas reçu la dite prime et il ne sera pas écouté dans cette exception.

³³⁾ Pardessus n. u. m.

uzavíratí prostřednictvím královského sensála, ale neobsahuje ani zmínky o pojistce.

Pojistka ve Španělsku nazývá se poliça de seguredad, též pouze poliça.

*Guidon de la mer.*³⁴⁾

54. Tento pozoruhodný pramen francouzského práva ze století XVI. obsahuje i pro nás nejedno cenné ustanovení. Čl. II. (kapitola prvá) praví: Assuerances se font et se dressent par contract porté par écrit, appellé vulgairament police d'assuerance . . . les derniers (sc. assuerances sans écrit) sont prohibité en toutes places, tant pour les abus et differences qui en survinennet, comme aussi estant acte public pour lequel la communauté des marchands, sous le bon plaisir du Roy, nomme et établi un greffier: il n'est licit aux particuliers les passer entré eux, non plus que les autres contracts, pour lesquels notaires et tabelions sont instituez, le tout a peine de nullité.

A čl. XV. téže kapitoly: Le assuerer en tout se confie en la prud'homme de son assueré; car nonobstant que le marchand chargeur expose sur sa police et conditions sous lesquelles il entend se fair assuerer, toutefois l'asseureur, lorsqu'il signe la somme, n'entre en conference verbale avec l'assueré; il lit seulement cequi est escrit audessus du style d'icelle police. A následující čl. XV.: le prix se fait et accorde devant le greffier entre les marchands, et avec ceux qui signent les assuerances.

Abychom si objasnili dosah těchto ustanovení Guidon de la mer, jest nám uvážiti toto: Pojistka obsahuje jen závazky pojistitelovy a neobsahuje práva pojistitelova, z nichž ku pojmu pojišťovací smlouvy náleží právo na premii, Závazek pojistitelův vzniká podpisem pojistky: il lit cequi est escrit audessous du style d'icelle police. Naproti tomu pojistník zavazuje se ku placení premie ústní úmluvou. Tedy ke konstrukci pojišťovací smlouvy: Innominátní kontrakt barcelonských ordonnancí učinil ten pokrok, že vznikají práva i závazky, aniž jedním smluvníkem dána byla „res“, avšak pojišťovací smlouva podržuje zbytky innominátního kontraktu potud, že vzájemné závazky a oprávnění nevznikají jednou skutečností, nýbrž ze dvou různých, a nejsou tedy spiaty

³⁴⁾ Použito vydání u Pardessus-a Loi II. str. 347.

ve dvojediný celek. Zde vidíme, že moment reální proměnil se v konsensuální, avšak moment skripturnosti, chtějící co možná připoutati pohledávku k pojistce, nedal momentu konsensuálnímu, aby se plně vyvinul, a zadržel tak i vývoj kausy smlouvy pojišťovací. Smlouva pojišťovací skládá se z těchto dvou vzájemných úmluv, a praví-li Guidon „contract dressé par escrit,“ nelze z toho vyvozovati dispositivní funkci pojistky pro smlouvu pojišťovací, pojistka je listinou průvodní avšak kvalifikovanou, jsouc výlučným průvodem, tvořícím plný důkaz, avšak obsahuje i dispozici pojistitelovu — jak jsme právě ukázali.

Pojistka se nazývá „police d'assuerance“.

Hollandsko a Belgie.

55. Máme sice zachovány již ze středověku smlouvy pojišťovací, které uzavřeny byly v Hollandsku a Flandrech,³⁵⁾ avšak tyto smlouvy uzavírány byly mezi Vlchy a neobsahovaly nic speciálně hollandského, nesly pečeť italského práva. Zákonné právo pojišťovací dostává se do Flander přes Španělsko a to nejprve ordonnancemi, vydanými r. 1563 králem Philippem II. pro město Antwerp.³⁶⁾ Titul VII. čl. II. nařizuje, že pojišťovací smlouva musí býti uzavřena souhlasně s usancemi bursy Antwerpské (naer costuyme van der borse van Antwerpen) a souhlasně se všeobecnou pojistkou (ende teneur oft substantie van der police van assuerantie), žádné doložky nebylo možno přidávati (zonder eenighe meerdere clausulen daer anne to moghen voeghen). Článek XVI. praví, že ristorno smlouvy může býti vykonáno binnen vier maenden naer date van der assuerantie, ve čtyřech měsících od data pojištění, a článek XVII. mluví o promlčení nároku pojistitelova, které nastane binnen vier iaren naer date van der subscriptie der zulier.

Dále obsahuje pojistka doložku, že premie byla zaplácena (ende kennen de voorseyde assuereurs betaelt te wesen van den

³⁵⁾ *Bensa*, *Contratto* str. 135.

³⁶⁾ *Pardessus* n. u. m. V. str. 64 a násl. *Srov. Reatz*, *Ordonnances du duc d'Albe sur les assurances maritimes de 1560, 1570, 1571 avec un précis de l'histoire du droit d'assurance maritime dans les Pays-Bas.* 1877.

cost oft prys van deser assuerantie by handen van . . .). Z těchto skutečností možno souditi, že podpisem pojistitelovým na pojistce vzniká závazek pojistitelův a dále, že pojistné bylo placeno ihned při podpisu pojistky nebo před tím, a že vzhledem k tomu trval pak závazek pojistitelův, neodvislý od vzájemného jeho nároku na pojistné. S úzkým spojením podpisu pojistky a vznikem závazku pojistitelova souvisí též, že pojistitelé, kteří podepsali tutéž pojistku, jsou solidárními dlužníky z téže smlouvy („Ende is besprohen dat in dese verzekerynghe zal participeren zoo wel den lest als den eersten assuereur“, všeobecná pojistka, k těmto ordonnancím připojená). O pojištění na účet osoby nepojmenované jsem nenalezl nic, avšak ve všeobecné pojistce presentační klausuli „Ende oft den voorseyden goeden oft coopmanschepen yet anders toequame dan wel (dat Gott behoede) de voorseyde assuereurs verobligieren hem den voorseyden ofte den brynger van dese teghenvoerdighe“.

Ordonnance téhož krále z r. 1570 nařizuje ve čl. 7., že pojištění má začíti v hodinu, kdy smlouva byla podepsána, z toho dá se souditi na konstitutivní povahu pojistky, pokud se týče závazku pojistitelova. Jinak opakuje ordonnance ustanovení ordonnance z r. 1563, najmě i doložku o zaplacené premii (čl. 25. čís. 5.). Dle sepisu pak zvykového práva z r. 1582 jest pojistitel práv secundum scripturam (čl. 12. loď nemá se dotknouti jiných přístavů, leč dan volgende de police, čl. 13. zboží jest pojištěno potud, pokud jest v pojistce uvedeno.

56. I dle ordonnancí amsterodámských z r. 1598³⁷⁾ jest pojistitel práv secundum scripturam (čl. 7. kapitán musí konati cestu tak, jak v pojistce udáno, čl. 13. pojištění některých druhů zboží musí býti v pojistce označeno). Ordonnance z r. 1610 nařizuje, že premii platiti jest při uzavření smlouvy, nepřesahuje-li 7 ze sta (čl. 1.), vyšší premii nutno platiti v šesti-měsíční lhůtě. Původ těchto ustanovení je zřejmý a proto bude platiti o této amsterodámské pojistce totéž, co jsme pravili o pojistce antwerpské. Jest nám nyní oceniti ustanovení čl. prvního těchto ordonnancí a ustanovení ordonnance z r. 1620:

³⁷⁾ *Pardessus* na u. m., viz též Rotterdam.

.... dat van nu voortaeen alle premien van assuerantie; hoeda nigh die soude mogen wesen en tot hoe veel ten hondert de selve ook soude mogen betragen, benefens de teekeningen van policen van assuerantie contant sulen moeten werden betaelt.

Pojištěna-li však i cesta zpáteční, tu platiti bylo premii pro cestu zpětnou teprve, přijede-li loď. K tomu poji se sankce: nezachovali-li se pojistitelé dle těchto ordonnancí, nemá míti pojistka platnosti. Vznik smlouvy pojišťovací připojuje se k zaplacení premie a k podpisu pojistky, avšak hledíce k historickému vývoji, musíme tuto směnu závazků formulovati takto: podpisem na pojistce vzniká závazek pojistitelův a pojistníkův ku zaplacení premie, nebyla-li však tato ihned, t. j. v krátké době zaplacená, nemá míti smlouva platnosti. Jest tím stanovena doba splatnosti, a ne forma smlouvy, to nám dotvrzuje též ustanovení, jak platiti dlužno premii pro cestu zpáteční. Odchylně od Barcelony spojen byl moment skripturnosti s momentem reálnosti a řekněme tedy, že smlouva pojišťovací vzniká sice listinou, avšak za současného plnění premie.

57. Že tato konstrukce jest správná, dotvrzuje nám též znění čl. VII. ordonnancí města Rotterdamu z r. 1604 a 1635 (9):

De kooplieden die hunne goederen op eenige schepen doen versekeren sullen gehouden syn den naem van de schippers en schepen waer inne sy hunne goederen laden in hunne policen te expressen.... (uvádí se další obsah pojistky) ende sal ooch de praemie van de assuerantie gereed moeten betalen die hy niet sal mogen repeteren....

Popisuje se nejprve, jak má vypadati pojistka, aby mohlo pojištění vzniknouti, a pak se praví: a pojistník zaplatí též pojistné, jehož vrácení nemůže býti požadováno. Čl. XI. vyslovuje zásadu, že pojistitel jest práv secundum scripturam. Uvažujme o dosahu ordonnancí amsterodámských a rotterdámských! Listinou vzniká sice smlouva, t. j. vzájemné závazky, avšak závazek pojistníkův musí býti ihned splněn, jinak zanikne smlouva celá, byl-li tedy ihned splněn a tím zrušen, trvá pak závazek pojistitelův od vzájemného závazku nezávislý, tedy quasi abstraktní a sice

secundum scripturam. V tomto spojení momentu scripturnosti s momentem reálnosti vidíme snahu spojití co možná úzce závazek pojistitelův s pojistkou a učiniti jej nezávislým na vzájemném závazku. Opačným způsobem vniká pojistka do smlouvy pojišťovací a spojuje se se závazkem pojistitelovým než v Barceloně, Florencii a San Sebastianu, kde spojen byl moment reálnosti s momentem scripturnosti.³⁸⁾

Anglie a Švédsko.

58. Země tyto jsou vlastně jen potud zajímavé, že v nich románské slovo polizza, poliça, jež značilo každou soukromou listinu, počínalo se užívati ve smyslu listiny o smlouvě pojišťovací. Statut královny Alžběty Anglické z r. 1601 praví, že smlouva pojišťovací je „commonly termed a policie of assuerance.“³⁹⁾ Codex Karla XI. Švédského z r. 1667⁴⁰⁾ v kapitole druhé (část šestá) má nadpis: „Om Försäkringa Bref, som kallas P o l i c e r och deren Mäklare“. Ve všem jest patrný vliv Hollandska, tak na př. v kap. XI. se praví:

Ehwad lön, som emot någon försökring utfästes, den skal då strar ärläggas när försäkrings brefwet underskrifwes, antingen för hela resan eller ok så många månader söm försäkringen lyder uppå.⁴¹⁾

Jakmile byla pojistka podepsána, musí pojistník zaplatiti celé pojistné, jak se zavázal, jinak smlouva nemá míti platnosti. Toto ustanovení má zřejmé známky původu hollandského. Podobně i ustanovení o všeobecné pojistce a sensálu pojišťovacím opakují jen to, co řečeno bylo ve statutech hollandských, resp. španělských.

Codex Karla XI. přeložen byl do dánštiny a platí tam s některými modifikacemi jako Codex Kristiana V. z r. 1683.

³⁸⁾ Ustanovení antwerpská, amsterodámská a rotterdámská objevují se skompilována ve statutech middelburgských ze 3. září 1600 (*Pardessus* IV. str. 170) a enduysen-ských z r. 1639 (*Pardessus* IV. str. 150).

³⁹⁾ *Pardessus* IV. str. 210.

⁴⁰⁾ *Pardessus* III. str. 134.

⁴¹⁾ Aussitôt que la police sera signée, l'assuré sera tenue de payer la prime promise pour le voyage entier (překlad *Pardessus-iv*).

Přehled tohoto období zákonodárného.

59. Florencie, upravivši svoji usanci pojišťovací statuty, dochází v nich k podobným výsledkům jako ordonnance barcelonské z r. 1484, tam po celou tuto dobu platné. Smlouva pojišťovací je zde kontraktem innominátním, do něhož vnikla pojistka tím, že se amalgamovala se závazkem pojistitelovým, jehož vznik přispívá k jejímu vydání, proto má pravidelně i ráz jednostranného dlužního úpisu. Stejného rázu je i pojistka luc canská a neapolská s tou odchylkou, že tato obsahuje zmínku o premii. Z mimoitalských práv náleží sem Guidon de la Mer.

Základem španělského práva jsou ovšem ordonnance barcelonské. Ty byly základem jednak statut pro Burgos a Sevillu jednak pro San Sebastian. V prvních dvou městech vyvíjí se smlouva pojišťovací velmi rychle, z innominátního kontraktu stává se kontrakt konsensuální synallagmatický, jehož vznik připojuje se k vydání pojistky, tedy pojistka má genetickou funkci pro smlouvu pojišťovací a nikoliv jen pro pojistnou pohledávku jako ve skupině předcházející. V San Sebastianu zůstává sice pojišťovací smlouva innominátním kontraktem, avšak zmíněnou fikcí dosahuje i zde pojistka své dispositivní funkce pro celou pojišťovací smlouvu a nikoliv pouze pro pojistnou pohledávku. Kromě Barcelony má tedy pojistka ve Španělsku dispositivní funkci pro pojišťovací smlouvu a má tím jednotný ráz.

Hollandsko, jsouc původně pod vládou španělskou, dostává od Španělů své první pojišťovací právo. V právu antwerpském nemůžeme popřítí stop sevillských a burgoských ordonnancí, leč místa pro nás rozhodná jsou deformována vlivem asi práva francouzského a snad i tamější usance, a vidíme, že pojistka i zde vnikla do smlouvy pojišťovací a tím přibližují se Antwerpy ke skupině první. Antwerpy působily na Amsterdam, Rotterdam a Midelburg, kde však dispositivní funkce zkalena je poněkud momentem reálním. Tak tomu i ve Švédsku a Dánsku.

Vidíme, přehlédneme-li řečené, že v této době zápasí spolu dvě skutečnosti, na jedné straně kausa smlouvy pojišťovací chce se konsolidovati a proměnití smlouvu pojišťovací v konsensuálně

kontrakt synallagmatický, na druhé straně pojistná pohledávka má tendenci, aby se proměnila v abstraktní závazek skripturní, tedy tendenci právě opačnou. Toto je pro poznání dogmatických dějin cenného papíru nad míru důležité, neboť může nám býti i klíčem k záhadě závazku směnečného, kde směnce se podařilo rozvrátiti smlouvu směnečnou.

Pojistka utužuje v této periodě svoji dispositivní funkci; podobně jako ve středověku jest pojistka pouze listinou dispositivní, průvodní a guarentigí, jen v Luce možno zjistiti počátky papíru presentačního a tím i funkce finální.

KAPITOLA IV.

Pojistka ve století šestnáctém a sedmnáctém v teorii a praxi.

60. Je dostatečně známo, že tehdejší praxe a teorie nebyla s to stanovit, zda a pokud právo může být sloučeno s listinou, obsah jeho naznačující. Nedovedla ani určit, pokud pohledávka spojená je s listinou au-porteur. Bude nám tedy divno, že nalezneme v tehdejší teorii a praxi málo zmínek o listině daleko ne tak důležité, jako je papier au porteur — o pojistce?

Najmě praxe mlčí skoro vůbec o pojistce a kde o ní mluví, má na mysli jen processní její funkce.

Poučné jsou Decisiones rotae Genuensis de mercatura et pertinentibus ad eam (Genuae anno 1588). Buď mluví jen o průvodní moci pojistky, na př. rozhodnutí 58 fo. 132^b; 102 fo. 175^b; 196 fo. 259^b nebo o exekutivním processu rozhodnutí 55 fo. 128^b. Jen v rozhodnutí 62 fo. 138^b shledal jsem ohlas dispositivní funkce pojistky: „(čís. 4.) et conventio facta in appodisia securitatis de stando iuramento de risico . . .“ Tu můžeme říci, že praxe tehdejší nedovedla rozlišiti dispositivní listiny od listin průvodních a nedovedla tudíž též určit funkce cenného papíru. O pojištění na účet osoby nejmenované rozhodnutí se nezmiňují, byloť v Janově zakázáno. Zajímavě jest na jisto postavit, že až do století 16. vrhal své stíny původně abstraktní závazek pojistitelův (roz. 55.) . . . Quod vero ad contractum qui sine causa substitueretur per conditionem quae esset loco causae, et respiceret etiam praeteritum, respondebatur, longam esse differentiam inter contractus allegatos et contractum, de quo agitur, cum illi in d(icta) conditione, quo ad eam haberent fomentum, noster etiam substantiam caperet a risico.

Tento výrok jest tím cennější, že pronesen byl v Janově, kde jsme shledali, že causa smlouvy pojišťovací byla původně jako výminka ku smlouvě přidávána, a později ustoupila do pozadí, avšak pro nás jest vytknutí ještě jednu okolnost, že nemluví se zde o celém důvodu pojišťovací smlouvy, nýbrž jen o té části, která těsně souvisí se závazkem pojistitelovým. Srovnává se tedy toto místo s vývojem kauzy smlouvy pojišťovací, jak byla výše námi vylíčena.

Teoretikové zabývali se smlouvou pojišťovací nejprve v consiliích, které tvoří přechod od praxe ku systematickému zpracování.¹⁾ Tak tomu bylo ve století 15., teprve ve století 16. vyskytují se spisovatelé, kteří se pokoušejí zpracovati nauku o smlouvě pojišťovací systematicky.

61. Je to nejprve *Petrus Santerna*, jenž napsal na počátku šestnáctého století²⁾ objemný traktát „de assecurationibus et sponsionibus“³⁾ kde mnohdy dost rozvláčně obhájuje smlouvu pojišťovací, že není smlouvou lichevní a snaží se vymeziti hranici mezi pojištěním a hrou a sázkou. O pojištění samém praví jednou, že jest to contractus innominatus (Pars prima čís. 7.), pak však vzdává se této konstrukce a praví: „Igitur si dicamus quod sit contractus innominatus, dic, quod debet regulari secundum naturam contractuum innominatorum, quibus assimilatur, assimilatur autem emptioni, ratione pretii quod datur quia qui assecurationem facit propter pretium, dicitur emere eventum periculi“ (Pars tertia čís. 13.) a konečně praví „aequiparatur enim dominus mercium emptori“ (ibidem čís. 23.). Jak viděti jasnou, stručnou konstrukcí nám Santerna nepodává a je z celého jeho traktátu patrné, že

¹⁾ *Bartolomeo Bosco* z r. 1390—1435 vydání *Consilia egregii domini Bartholomei de Bosco, famosissimi jurisconsulti Genuensis*. Lodani 1620 viz *Goldschmidt*, *Universalgeschichte* sr. 362, *Bensa*, *Contratto* str. 60. — *Laurentius de Rudolphis* v tractatus de usuris (vydání tractatus tractatum sv. VII.) zmiňuje jen mimochodem o pojištění a to ve spojení s otázkou, zda jest smlouvou úročnou.

²⁾ *Goldschmidt* ve svém časopise 39 str. 1. *Benvenuto Straccha Anconitanus und Petrus Santerna Lusitanus*.

³⁾ Vydání: *Tractatus de assecurationibus et sponsionibus nunc primum luce donatus, Petro Sauterna Lusitano iurisconsulto clarissimo autore in Tractatu de mercatura Bevenuto Straccha Lugduni apud Sebastianum de Honoratis 1558*.

pokoušel se zpracovati novinu, že však se mu nepodařilo naléztí pluhu dosti hlubokého.

62. Po tomto Portugalci budiž jmenován ankonský advokát a patricij *Benvenuto Straccha*,⁴⁾ jenž o několik let později napsal tractát de *Assecurationibus*,⁵⁾ v němž glossuje florentsko-ankonskou pojistku. V glosse 40. čís. 2. popisuje nám Straccha onen způsob, jakým uzavírána bývala smlouva pojišťovací ve Florencii; takový způsob uzavírání smluv pojišťovacích byl asi obvyklý na všech místech pojišťovacího obchodu, nanejmeně jasně je popsán mimo to v Neapoli — jak již řečeno — a Guidon de la mer, tato skutečnost jest tím důležitější, poněvadž toto místo Stracchova traktátu bylo podkladem konstrukcí francouzské doktriny 18. věku. Ze statutů, citovaných v předešlé kapitole, můžeme zjistiti, že pojistník obrátil se na pojišťovacího sensála, tento sepsal neb notářem sepsati dal pojistku, s níž se obrátil na jednotlivé pojistitele a tu ze Stracchy dovidáme se dalších podrobností: pojistitel, jenž prvý pojistku podepsal, sjednával podrobnosti smlouvy (... ad primum subscribentem, qui rem explicare atque declarare solet). Z citovaného statutu florentského bych soudil, že pojistitel sjednával podmínky smluvní přímo s pojistníkem u přítomnosti sensála, podobně v Neapoli, Francii, snad i v Holandsku. Prvému pojistiteli platil tedy ve Florencii pojistník premii, onen smlouvu podepisoval. Jinde, asi ve Španělsku, nepřicházely strany ve styk a proto asi onen vývoj v konsensuální kontrakt.⁶⁾ Další pojistitelé nepřicházeli již ve styk s pojistníkem, oni pouze spolupodepisovali hotovou již pojišťovací smlouvu a:

simpliciter subscribentes censendi sunt se retulisse ad principalem dispositionem, cui se subscriberunt, non autem ad subscriptionem aliorum, qui adiecerunt de medietate super quolibet navigio: quia hae subscriptiones accessoriae sunt,

⁴⁾ *Goldschmidt* na u. m.; *Lattes*, Lo Straccha giureconsulto v *Rivista di diritto commerciale* vol. 7 str. 624 násl.

⁵⁾ Vydání *Tractatus tractatum* sv. VI.

⁶⁾ Podotýkám — ač v rámeček náš to nepatří — že uzavírání smlouvy pojišťovací pomocí sensála mělo též vliv na vývoj pojištění na cizí účet viz německé a francouzské spisovatele XVIII. stol.

et cum ratio hoc suadet, ut ad principalem dispositionem fiat relatio, ad proxima referenda sunt.

Tu viděti, že u dalších pojistitelů rozhoduje pouze podpis, jak nám dále Straccha dokazuje:

... et dici posset, quia si hi qui simpliciter subscriberunt, voluissent assecurare pro dimidia summae promissae super quolibet navigio expressissent, prout alii expresserunt, subscribendo ergo simpliciter ad modum oneris, et frumenti numerum in unoquoque navigio se retulisse censendi sunt, tento názor jest zavrhnouti, neboť — je to zajímavé — placuit veteribus pactionem obscuram et ambiguum contra eos interpretandum, qui in verbis contractus fundamentum faciunt.

Toto místo je nejen proto velmi důležité, že tvoří základ oné doktriny, která chtěla proměnití závazek pojistitelův v jednostranný závazek skripturní, nýbrž i že nám podává historické základy neodvolatelnosti směnečného akceptu dle našeho směnečného řádu, neboť podpis pojistitelův na pojistce měl tendenci vyvinouti se podobně jako akcept směnečný, nač níže bude ještě poukázáno.

Konečně připojuje Straccha toto: Postquam subscripserunt se Assecuratores pro certis summis speciatim declaratis, et qui fatentur se recepisse pretia, solet et proxeneta assecurationis se formulae, et chirographo subscribere, et subscriptione testari, et de manu Assecuratorum, et de certis pretiis ratione suscepti periculi adiectis die mense et anno et deinde notarium qui formulam, seu chirographum conscripserit nominare.

Tím obrázek máme úplný a tu za zcela přirozeno budeme považovati, že pojišťovací smlouvy, uzavřené s pojistiteli jedinou pojistkou, tvoří jediný celek.

Jak jsme se již zmínili, glossuje Straccha všeobecnou pojistku florentskou, která obsahovala doložku, že pojištění bylo uzavřeno na účet osoby nepojmenované. Seznámili jsme se s konstrukcí pojištění na účet cizí v barcelonských ordonnancích a bude tedy zajímavý, jak právník, který píše o sto let později, pohlíží na tento právní útvar. Straccha věnoval této otázce obšírnou glossu desátou, z níž vyjímáme:

Čís. 4. Unde quaesitum fuit cum quidam Michael magister et dominus cuiusdam nauis; quia ducenta scuta ab Octavio Gentile Fulginensi acceperat, per literas cambiorum Venetiis, altera tantum cuidam Petro solvere promississet periculo navis suae et . . . risico navis, et idem Octavius navim cum armamentis assecurari procurasset, quae facta proponuntur sub hac verborum conceptione, super navi, et vectura attinentibus ad dictum Octavium, seu alium ad quem attinerent. Nam navi summersa impetu ventorum, et fluctuum, dum Venetias navigabat, Octavius adversus eos, qui assecuraverunt, recte agere possit? Et respondendum videbatur, Octavium non recte intendere sibi dari oportere, licet verbum, attinere, latissime pateat, cum Octavius non dominus, non possessor navis esset. . . . (v č. 7.) et hic subiungi potest ad declarationem relatorum verborum, o à chi attenesse, si ille qui se assecurari fecit, mandatum habuit a domino mercium, de assecuratione procuranda . . . si verò mandatum non habuit, sed fecit tanquam negotiorum gestor ratihabitione subsequuta acquiritur. . . . (čís. 15.) si Johannis assecurationem fieri fecisset nomine suo et sociorum et socii ratam habuisse re integra, id est ante sequutum naufragium, seu mercium direptionem, defendatur in solidum, et integrum assecuratio; quia ratihabitione mandato comparatur.

Jak viděti, zachovává Straccha úplně konstrukci ordonnancí barcelonských, totiž že pojistník je mandatář, po případě negotiorum gestor pojištěného, mezi Barcelonou a Florencií jest však ten rozdíl, že v Barceloně bylo možno uzavíratí pojišťovací smlouvu jen na účet osoby pojmenované, kdežto ve Florencii i na účet osoby nepojmenované. Podle Stracchy jest tedy vlastním kontrahentem pojištěný, kdežto pojistník jest jen jeho zástupce. Tuto konstrukci nazývati budeme mandátní. Důsledkem toho dává žalobní právo pojištěnému, jímž jest každý, jehož se to týče, čili jak bychom to vyjádřili nynějším způsobem, „který má na pojištěných věcech zájem“. To je stručný smysl Stracchových výkladů čís. 1.—4. Tím se Straccha poněkud odchyluje od znění všeobecné pojistky, o níž jsem se zmínili výše. Dále Straccha

důsledkem této konstrukce mandátní žádá, aby pojištěný ratifikoval smlouvu pojišťovací re integra, t. j. před příhodou pojistnou.

Modality platební jsou stanoveny slovy: Li Assecuratori debbano dare et pagare quelli danari assecurati à detto Giovanni o à chi per lui fra mesi duo, dal che in Ancona ne fesse vera nuova. Očekávali bychom nyní úvalu, v níž bychom mohli shledati prvky cenného papíru, avšak Straccha na tomto místě nedovede více říci než, že pojistník prve, než žádá placení, dokázati musí, že nastal případ pojistný. Signum temporis! (Glossa 23.)

63. Janovan *Sigismundus Scaccia* praví ve svém hlavním díle: 7)

§ I. Quaestio I. čís. 128.: „contractus assecurationis et contractus emptionis . . . et quod uno Doctorum consensu habeatur tamquam licitus . . .“, čís. 131. . . . et contractus assecurationis in substantia et iustitia differt a contractu sponsionis, differunt autem solum in hac qualitate, quod assecuratio habet evidentem causam, iustam et utilem, quia assecuratus intendit evitare damnum, et sponsio habet latentem causam cuius utilitas non apparet et hac ratione commercium assecurationis et Reipublicae utilis et iusta.

Zdá se, že Scaccia převzal od svého staršího krajana Bosca onu fikci, že pojišťovací smlouva jest smlouvou trhovou, to tím spíše, poněvadž v dalším nekonstruuje smlouvu pojišťovací jako koupi nebezpečí, nýbrž jako smlouvu hře a sázce dosti podobnou, tedy připomíná konstrukci Molinaeovu.

Podobně jako Scaccia píše celá řada jeho vrstevníků v románských zemích o smlouvě pojišťovací, jeden snad nazve pojišťovací smlouvu contractus innominatus, druhý contractus emptionis, pro náš problem neposkytují nic zajímavého, ani zvuk svých jmen.

64. Z řady italských právnických spisovatelů můžeme uvéstí jediného neapolského advokáta *Francesca Rocco*. 8) Ve druhém svazku svých responsí na str. 393 a násl. pojednává o smlouvě

7) Tractatus de commerciis et cambio Francoforte ad Moenum anno 1648.

8) Responsorum legalium cum decisionibus, centuria secunda ac mercatorum notabilia auctore Francisco Rocco Neapoli 1655.

pojišťovací, která jest dle něho „contractus innominatus do, ut facias, seu do, si fiat“ (Not. III. čís. 3.), na rozdíl od Molinaea „valet etiam si pacto nudo fiat“ (Not. IV. čís. 10). Toto znetvoření innominátního kontraktu — kde poenitentia více místa nemá — odpovídá všeobecnému vývoji smluv ve středověku a na počátku novověku.⁷⁾ Konstrukce tato přiléhá úplně ke svrchu zmíněné pragmatice neapolské z r. 1622, a nemůžeme tedy říci, že tato konstrukce by snad byla jen scholastickou fikcí. Přes to však myslím, že placení premie nutně nenáleželo ke vzniku smlouvy pojišťovací. Rocco totiž praví — mluvě o exekutivním processu — „exceptio non numeratae pecuniae, opposita ab assecuratoribus non impedit executionem apocae assecurationis“ (Not. 69. čís. 253.), z těchto slov můžeme totiž a contrario usuzovati, že v řádném processu, jehož přípravou byl exekutivní process, mohl pojistitel namítati, že mu premie nebyla zaplacená, ač neapolská pojistka potvrzovala zaplacení pojistného. Čta Roccovy výklady nabyt jsem toho dojmu, že tato exceptio non numeratae pecuniae je skutečnou excepčí, jíž žalovaný ku platnosti přivádí své právo, a nikoliv negativní litiskontestací. Jest zajímavá zjistiti, jak praxe — Rocco byl praktický právník — dovedla tvořiti nové právní útvary (konsensuální kontrakt), ač zachovávala starobylost formu (placení premie při uzavření smlouvy).

Již výše jsme naznačili, že vznik závazku pojistitelova připínal se k jeho podpisu na pojistce a že pojistník musil se zavázati ku placení pojistného, nebo také zaplatil již před tímto podpisem, a viděli jsme v tom jednak zbytek innominátního kontraktu, jednak snahu proměnití závazek pojistitelův v závazek abstraktní. Tyto skutečnosti došly dosti slabého výrazu v Roccových úvahách, neboť praví jen — mluvě o exekutivním processu nam statim, quod assecurator subscripsit apocam dicendo assecuro pro ducatorum mille et recipit ducantum pro proemio vulgariter dicto (il costo), statur eius assecurationi, et non potest opponere exceptionem (cit. Not. 69. čís. 253.). Tato slova mohl by Rocco pronésti s dobrým svědomím o každé guarentigii a tak nám ukazuje, že na onu abstrahující tendenci nemalým asi vlivem působila právě guarentigia.

⁷⁾ *Seuffert*, Zur Geschichte der obl. Verträge str. 60 a násl., *Kursten*, Vertrag str. 87 a násl.

Abstrahující tato tendence je mimoděk vyjádřena v těchto slovech:

„licet enim in aliis semper sit standum verbis apocae assecurationis, quod sunt diligenter ponderanda et observanda“, ač mají vyjádřiti, že závazek pojistitelův je stricti juris, a tak obsahují vedle popisu platného práva i historickou reminiscenci na stipulační kdysi závazek pojistitelův.

O pojištění na účet, jehož se týče, mluví Rocco v not. 94.:

Assecuratio facta fuit ad beneficium Titii cum clausula (et di altri qualsivoglia a chi spettasse, o pretendesse, o fusse interesse etc.) et deinde facta oneratione mercium in navi, in litera oneraria, seu di caricho, non fuit nominatus Titius, sequuto naufragio, in dictis mercibus fuit dubitatum, an operetur ad beneficium dominorum mercium, licet ii non sint expressi in scriptura dictae securitatis, et nos diximus (in not. 45.) veram esse opinionem contra assecuratores tamen adduci possunt in contrarium decis. factae per Consulatam Florentinorum confirmatae per S. C. in causa Bracci, et Trovaglio de assecuratione olei, et amigdularum, ad eorum instantiam de ordine et ad computum Ubertinorum Barensum, et aliorum quorumque aut illius ad quem spectarent, pertinerent ad, et interesse haberent in toto, vel in parte, et sic fuit pronunciatum, in beneficium assecuratorum de anno 1613 et iterum, in causa Pirri Caponi, cum Joanne del Corno, et ita decisum Messanae, refert puta decis. Siciliae 3. sed praedictis non obstantibus in causa Tadei et Petri Vinci fuerunt condemnati assecuratores non obstante, quod merces spectabant ad alium non nominatum in dicta assecuratione, tum quia assecuratores non possunt opponere quaestionem de dominio, quia suscipiunt periculum, mercium oneratorum in tali navi, nihil refert, quod sint unius, vel alterius et propterea apponitur illa clausula . . . et decisiones contrariae prolatae fuerunt in casu, quo in scriptura assecurationis, nomen erat in albo;

et fuit probatum, quod actores non habebant interesse in mercibus (čís. 362—367).

Ve svrchu vzpomenuté not. 45. Roccus je na rozpacích, zda takováto klausule jest dovolena, „sed . . . in practica observatur“ končí resignovaně svoji úvahu. Oceňující citované místo Roccova spisu, musíme se zmíniti též o not. 46. čís. 150. „assecuratores non possunt opponere exceptionem, quod res, seu merces assecuratae non sint illius in beneficium cuius fuit facta assecuratio, quia contractus assecurationis potest fieri, etiam super re aliena“.

Smysl tohoto místa je tedy takový: uzavřena byla pojišťovací smlouva na účet Titia anebo osoby nepojmenované; v listinách nákladních nebyl Titius jmenován a pojistitelé nemohou namítati, že vlastníkem pojištěných věcí je někdo jiný než osoba v pojistce jmenovaná, tato námítka je vyloučena právě onou doložkou na účet osoby nepojmenované. Pouze v jednom případě nám Rocco výslovně praví, kdo nemůže býti považován za pojištěného, a to v případě, když jméno pojištěného bylo původně vynecháno a dokázáno bylo, že žalobce onen, jehož jméno později do pojistky bylo vepsáno, nemá zájmu na pojištěných věcech, v ostatních případech Rocco rozhoduje jen, že možno pojistiti věci cizí. Mám dojem, že Rocco chtěl tím vyjádřiti to, co bychom my vyjádřili těmito slovy: pojistiti možno i jiný zájem než zájem vlastnický. Mám však též dojem, že vedle toho Roccovi tanulo na mysli, že touto doložkou má býti usnadněn důkaz vlastnictví, snad i nahražen a tak by se podobala ona doložka doložce „participet aut non participet“, že tedy ona doložka chová v sobě prvek sázkový. A konečně mám dojem, že Roccus chtěl přiznati právo žalobní onomu, kdo zájem na pojištěných věcech prokáže. Obsahuje tedy konstrukce Roccova tři prvky: konstrukci mandátní, sázkové pojištění a pojištění na účet vlastní nevlastníkem věcí pojištěných.

65. Chudá byla naše žeň v Itálii. Obrátíme se nyní na sever, kde právo pojišťovací ovládáno bylo Antwerpy a Amsterodámem. Hollandan Hugo Grotius ve svém nesmrtelném díle¹⁰⁾ praví:

Contractus avertendi periculi, quem assecurationem vocant, omnino nullus erit si contrahentium alter rem de qua agitur,

¹⁰⁾ Hugonis Grotii de jure belli et pacis libri tres Moeno-Francofort i 1626

aut salvam quo destinabatur pervenisse, aut perisse sciverit: non tantum ob paritatem quam exigit contractum permutatorium natura, sed quia propria materia huius contractus est damnus sub ratione incerti. Periculi autem huius ex communi aestimatione petendum est.

Překvapí nás zajisté ona jasná, všech fikcí zbavená konstrukce smlouvy pojišťovací; Grotius nazval smlouvu pojišťovací prostě smlouvou synallagmatickou což odpovídá zcela stavu věcí v Holandsku. Jinak ovšem nám neposkytuje nic, podobně jako mnozí jiní, uvedli jsme jej však přece, poněvadž jsa hojně citován, byl směrodatným na severu.

66. V 17. století píše v Německu Johannes Franciscus Styfmann¹¹⁾ Jus nauticum et maritimum, dílo, které stalo se směrodatným pro celé století na severu. Pars. III. capit. 7. má nadpis „de assecuratione, usitatissimo inter mercatores contractu, germ. Adsecuranzen“:

Scriptura etiam tantum probationis gratia intervenit ut de tempore, loco, mercibus et praemio constet, non vero, ut quis simpliciter obligatur quia scripserit, sed ut eius, quod scripsit, facilius sit probatio.

Čís. 385.—406. Accidentalibus adsecurationis forma est, quod super ea instrumentum seu obligatio conficiatur. Illud instrumentum vocatur Itallico nomine Pollex, a mercatoribus hodie (police) non alia ut videtur ratione, quam quod sicut pollex in manu reliquorum digitorum praecipuus et quasi basis est, ita ex hoc instrumento controversiae tamquam ex fundamento, super adsecuratione obortae, definiantur. Hoc instrumentum accurate conficiendum est sicut patet ex ordinatione Philippica art. I.

Čís. 470.—472. Haec actio — t. j. pojistníka proti pojistiteli o obnos pojistný — a primo die signationis, vel subscriptionis dicitur nata esse, et intra duos menses intendari debet. . . . Ex his — pojistky — patet, quae assecuratio a sua parte facere, et probare debeat.

¹¹⁾ K tomuto a násl. Scriptorum de jure nautico et maritimo fasciculus Magdeburgiae sumtis orphanotrophei 1740.

Scilicet contractum adsecurationis esse initum quod probat pollice, seu instrumento desuper confecto, quo si quis subscripsit, vel etiam subscripserit, censetur fateri omnia in eo contenta, et ex sua subscriptione condemnari potest.

O pojistce mluví Stypmann jednou „hac actio a die signationis vel subscriptionis dicitur nata esse“, „et ex sua subscriptione condemnari potest“ a po druhé „scriptura etiam tantum probationis gratia intervenit, ut de tempore, loco, mercibus et praemio constet, non vero, ut quis simpliciter obligatur quia scripserit, sed ut eius, quod scripsit facilius sit probatio“. Slova tato jsou vlastně pouhou parafrází ordonnancí antwerpských, jak jsme je výše poznali a zajímavá jest zde jen ta okolnost, že položen důraz jednak na to, že pojistka pouze je průvodem smlouvy pojišťovací, jednak na to, že závazek pojistitelův vzniká jeho podpisem na pojistce. Tu tedy poněkud určitěji máme vyjádřenu onu abstrahující tendenci, než u spisovatelů předcházejících.

Práce Stypmannova obsahuje velmi charakteristická slova pro onu abstrahující tendenci:

Čís. 33. Ad litterarum obligationem illi respiciunt, qui sicut sub spe futurae numerationis ibi pecunia numerata esse adparet, etiam si hoc factum non sit ita hic similiter praemium confiteatur solutum, licet nondum acceperit.

Čís. 84.—87. Quod etiam spe futurae numerationis qui fateatur se accepisse pecuniam et hic contractus scriptura celebretur, illud non probavit, litterarum obligationem esse. Nam ille contractus loquitur de numerata pecunia, quae reddi debet, et dicitur quod ex confessione fiat condemnatio, si quis statuto tempore exceptione se non defenserit, hic autem nulla conventionem est reddenda pecunia, nec petit adsecuratio pecuniam datam sed primum promissam pro eventu periculi, si merces perierint.

Stypmann však neuvádí, kteří spisovatelé tak smýšlejí, ani mně se bohužel nepodařilo je zjistiti. Pro naše dějiny dogmatu jest však velmi důležitá ona skutečnost, že již v této době vyskytoval se právní názor, který chtěl pojistku postaviti na roveň směnce, které se podařilo v té době do značné míry pohledávku směnečnou učiniti abstraktní.

Málo cenné jsou však Stypmannovy výklady o pojištění na cizí účet, najmě na účet osoby nepojmenované. V čísle 400. a násl. mluví o tomto způsobu pojištění, avšak odvolává se jen na ankonského Stracchu, jehož teorii přijímá a luští hlavně problem, zda může obchodník též pojistiti zboží svých společníků (socii).

67. *Johannes Marquardus* vydal r. 1663 ve Frankfurtě Tractatus politico-juridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari. Ve druhé knize kap. XIII. tohoto traktátu pojednává o pojištění, poznamenává o pojistce jen toto: čís. 67. . . . ut et isti casus insoliti in securitatibus apocha seu Police, quae et coram Notario paratioris executionis gratia possunt confici.

Marquardovi, jenž byl původně praktickým obchodníkem, šlo ovšem v první řadě o rychlý processní účinek pojistky a v něm rozplynul se veškerý význam pojistky pro smlouvu pojišťovací.

68. *Reinoldus Kuricke* napsal Diatriba de adsecurationibus, v níž praví:

Formam adsecurationum quod attinent, ea duplex est. Externa et interna. Illa ad existentiam, haec ad essentiam pertinet. Requiritur autem ad existentiam instrumentum adsecurationis, quod Italli Pollicem, Belgae Police, nostrae corrupte Polis vocant.

Smlouva pojišťovací může k místu přijíti jen tehdy, přistoupí-li k projevům smluvní vůle písemná forma, tu vzniká tedy smlouva pojišťovací písemnou formou a proto je pojistka listinou dispositivní. Zdá se mi, že Kuricke je blízko oněch spisovatelů, kteří považují smlouvu pojišťovací za kontrakt literální, proti nimž Stypmann napsal ona svrchu citovaná slova. Poněkud jasnější nám to bude, uvědomíme-li si, jakým způsobem konstruoval Stypmann literální kontrakt směnečný:

Ex his dicendum licet ad huius contractus naturam requiri 1. quatuor personas, vel tot personarum considerationem, 2. litterarum interventum. Non tamen quasi scriptura contrahetur obligatio, id enim non est, quum ille non solvat, qui scripsit, et quia scriptum sed alius, ad quem scriptum, et quod pecunia numerata est. Est ergo scriptura velut symbolum, super quod solutio mandatur, ne numerans vane pecuniam numerasse putetur.

Směnečná smlouva jest jen tehdy platná, přišla-li k místu formou písemnou, ovšem pouhá písemná forma beze smlouvy nezavazuje, ač Stypmannovi bylo jasno, že směnka jest více než pouhou písemnou formou smlouvy směnečné, jak nám ukazuje obrat „scriptura est velut symbolum“.

Podobnost této konstrukce a oné Kurickovy je zřejmá. Mám za to, že asi Kuricke předstihl svoji dobu, avšak vždy zůstane jeho konstrukce cenným dokumentem pro onu abstrahující tendenci. Charakteristické je, že Kuricke je Němec, neboť právě v Německu dospěla i směnka k největší abstrakci.

KAPITOLA V.

Pojistka v románských zemích od Ordonnance de la Marine do Code Civil.

I. Francie.

69. Království francouzské je v této době prvním v Evropě, francouzská kultura proniká do všech koutů vzdělaného světa a zatlačuje kultury jiné. Nejen v umění a písemnictví má Francie prioritu, nýbrž i ve vědách. La France marche à la tête! I v právu pojišťovacím kráčí Francie v čele a uvidíme, k jakým zajímavým výsledkům dospěla francouzská jurisprudencí této doby.

Nejprve musíme uvést zákonný podklad této jurisprudence; tím jest zákon z r. 1681 publikovaný pod jménem *Ordonnance de la Marine*, který obsahuje velmi zdařilou kodifikaci veškerého námořského práva ve Francii. Kniha III., titul 2. pojednává o pojištění námořském.

V čl. 2. zcela shodně s *Guidon de la Mer* se praví, „sera rédigé par écrit“ a to i listinou soukromou; čl. 6. shodně s právem nizozemským ustanovuje, kdy placeno má býti pojistné. Zajímavá jsou ustanovení o dvojím pojištění: Čl. 24. Et s'il y a plusieurs polices aussi faites sans fraude, et que la première monte à la valeur des effets chargés, elle subsistera seule; et les autres assureurs sortiront de l'assurance, et rendont aussi la prime, à la réserve du demi pour cent. Čl. 25. En cas que la première police ne monte pas à la valeur des effets chargés, les assureurs de la seconde répondront du surplus; et s'il ya des effets chargés pour le contenu aux assurance, en cas de perte d'une partie elle sera payé par les

assureurs y denommés, au marc la livre de leurs intérêt. K tomu čl. 22. Defendons de faire assurer ou réassurer des effets au-delà de leur valeur, par une ou plusieurs polices, à pein de nullité de l'assurance, et de confiscation des marchandises. Čl. 23. Si toute fois il se trouve une police faite sans fraude, qui excède la valeur des effets chargés, elle subsistera jusqu'à concurrence de leur estimation; et en cas de perte, les assureurs en seront tentus, chacun à proportion des sommes par eux assurées; comme aussi de rendre la prime du surplus, à la réserve de demi pour cent.

Něco úplně nového tyto články ovšem neobsahují, ale pěkně propracují problém dvojího pojištění a nám ukazují, do jaké míry pojistná pohledávka spiata je s pojistkou, neboť zásadně tvoří pohledávka z jedné pojistky jeden celek a proto dvojí pojištění, které je zakázáno, nastává jen tehdy, byly-li vydány dvě pojistky. Poněkud odchylná ustanovení, byli-li smluvníci mala fide, na této skutečnosti nic nemění.

Čl. 64. La valeur des marchandises sera justifié par livre ou facture; sinon, l'estimation en sera faite suivant le prix courant au temps et lieu du chargement, y compris tous droits et frais jusqu'à bord, si ce n'est qu'elle soient estimées par la police.

Tento článek uvádíme proto, poněvadž na něj navázavší doktrina, vedena jsouc i laxní praxí francouzskou, vykonstruovala pojistku jako cenný papír.

Celkem můžeme o Ordonnance de la Marine říci, že je konservativní, že nezavádí mnoho nového, že dosavadní právní útvary však zjemňuje a tím právě usnadňuje teorii práci.

70. Prvý spisovatel francouzský tohoto období, který pojednává o pojistce, je *Jaque Savary de Bruslons*, jenž píše ve svém posmrtném díle „Dictionnaire universelle de commerce“¹⁾ pod heslem Police d'Assurance (sv. II., coll. 1161—1165): C'est un contrat, on convention, pars laquel un Particulier atd. (obsahuje definici smlouvy pojišťovací). Toto místo je jen potud zajímavé, že obsahuje pěkný příspěvek k dějinám slova „police“, kterého Savary užívá ve smyslu technickém o listině, obsahující závazky

1) Vydán jeho bratrem Philemon-Luis Savary v Amsterodámu 1726

pojistitelovy. Nomenklatura shoduje se úplně s „Ordonnance“ kn. III., tit. II. čl. II. „le Contrat appelé Police d'Assurance“. Jinak výklady Savary-ho neobsahují nic zajímavého a pojistka neučinila žádných pokroků ve vývoji svém k cennému papíru.

71. Daleko větší význam pro dějiny našeho dogmatu má *René-Josué Valin*, jenž vydal r. 1760 Nouveau Commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'Août 1681. Zdá se mi, že Valinovi a jeho mladšímu krajanu Emerigonovi vděčí dnešní transportní pojistka za svoji povahu cenného papíru. Ke článku II. tit. II. knihy druhé praví:

Il y a tout de même rejetté la preuve testimoniale, en fait la prêt à la grosse. Ici l'on pence, qu'il s'est également trompé, quoique c'est article dise positivement, sera rédigé par écrit, au lieu que l'autre, parlant des contrats à la grosse, déclare simplement, pourront être faits. Ainsi nul doute, confermément au droit commun, que la preuve d'une convention d'assurance, aussi bien que d'une prêt à la grosse, ne soit recevable par temoins, s'il s'agit d'une somme de 100 liv. et au-dessous.

Dle konstrukce Valin-ovy nemá pojistka žádného vlivu ani na vznik smlouvy ani na vznik oprávnění pojistníkovy (pojistné pohledávky), jest privilegovanou listinou průvodní ve smyslu oněch privilegovaných listin průvodních, jak je znají práva románská, a které upraveny byly později čl. 1341 C. civil.²⁾

Ordonnance nařizuje, že nutno v pojistce vyjádřiti, zda pojistník jest vlastníkem pojištěných věcí; či zda je vlastnickovým kommissionářem (čl. III. uv. místa). A Valin k tomu podotýká, že kommissionář má zůstati v mezích mandátu mu uděleného, nicméně, překročí-li plnou moc a smluví dražší premii, není smlouva sice neplatná, ale kommissionář je pak práv z onoho plus.³⁾ O pojištění na účet osoby nepojmenované uvažuje Valin též na tomto místě a praví toto:

On peut assurer pour soit, ou pour le compte de qui il appartiendra, on ce qui revient au même pro persona nominanda, alors la personne étant nommée, il n'importe ne quel tenus,

²⁾ Valin opírá se o ordonnanci z r. 1667 tit. 20 čl. 2. dle zásady „Contra scriptum testimonium, testimonium non scriptum non fertur!“

³⁾ Valin tamtéž II., str. 30.

s'il n'est fixé par la police, le contrat est valable, de la même manière que si la personne eut été nommée d'abord. Une assurance faite dans ces termes, est également bonne en France si le connoissement y est relatif.

Co se týče jmenování onoho třetího, tu rozeznává Valin:

Ou la personne a été nommé avant tous risques commencés, ou elle ne l'a été que depuis. Au premier cas si l'assureur ne veut pas accepter la nomination de la personne, en liberant celui qui a stipulé l'assurance, il faut qu'il lui en fasse une signification en règle, avec délibération qu'il se désiste de l'assurance; et alors l'assurance sera nulle, si celui qui l'a stipulée ne se soumet caution solidaire de la prime. Au second cas l'assureur n'aura besoin d'aucune pièce de formalité pour conserver sous action directe pour la prime, contre celui avec qui il aura passé la police d'assurance.

... le commissionaire qui a nommé dans la police la personne pour laquelle il a stipulé l'assurance, ne peut être obligé au payment de la prime.

I Valin vychází z mandátní konstrukce. Pojistník je zastupcem pojištěného, přímým, pojmenoval-li pojištěného v pojistce. Bylo-li uzavřeno pojištění na účet osoby nepojmenované, nastávají poněkud odchylky a to:

a) byl-li pojištěný pojmenován před příhodou pojistnou a pojistitel ho přijal, má to též účinek, jako kdyby byl pojmenován v pojistce;

b) byl-li pojištěný pojmenován až po nastalé příhodě pojistné, je pojistník vždycky práv z nezaplacené premie. Tu nabyvá tedy pojištěný jen práv a nepřejímá závazků. Tak je tomu vždy, uzavřeno-li pojištění „pour le compte de qui il appartiendra“, poněvadž osoba pojištěného stane se zjevnou teprve v době placení obnosu pojistného. To Valinova teorie o pojištění na cizí účet.

Dále praví Valin tato památná slova:

Au reste, une police d'assurance est un papier négociable comme un billet à ordre. Elle peut même être négocié comme un billet payable au porteur.⁴⁾ Ainsi cette négociation ne peut être regardée comme un simple transport qui, pour saisir

⁴⁾ Cituje se rozhodnutí Marseillského soudu ze dne 26. I. 1752.

a besoin être signifié, d'où il s'ensuit qu'elle transfère de plein droit l'assurance à celui en faveur duquel l'ordre est passé, ou qui s'en trouve nanti, l'ordre, étant, au profit du porteur, et cela au préjudice de tous les créanciers du cedant, et les saisies qu'ils pourroient avoir faites sur lui.

Valin má za to, že možno přenášeti pojistnou pohledávku jako pohledávku skripturní, zní-li pojistka na řád nebo doručiteli. Tu nabyvá indossatář anebo „porteur“ pojistky samostatného práva jako u směnky.⁵⁾ Tento způsob převodu pohledávky jest podmíněn převodem papíru, obsah jeho naznačující, právo z papíru následuje právo k papíru. Tak Valin konstruuje vitální funkci pojistky. K této vitální, úzce družící se funkci finální popisuje Valin takto:

le commissionaire de l'assuré est fondé à faire l'abandon aux assureur et à leur demander le payement de l'assurance, faisant pour l'assuré son commettant, au moins lorsque la somme assurée est payable au porteur de la police, sans qu'on puisse lui opposer qu'on fond su ne plaise point par procureur.

Kommissionář může s pojistkou vykonávati práva kommittentova, aniž mu může pojistitel namítati, že není oprávněn. Těmito slovy vytčena je legitimace doručitele au-porteur-pojistky, která se podobá legitimaci doručitele našich au-porteur-papírů, ježto pak v míře této legitimace spočívá i částečně finální funkce papíru, máme tímto dánu jednu mez této právní funkce. Druhá spočívá v tom, že možno jen s papírem v ruce vykonávati práva, a tato stránka finální funkce jest důsledkem svrchu zmíněné vitální funkce.⁵⁾

Dle Valina jest tedy pojistka nedokonalý cenný papír, poněvadž není papírem konstitutivním.

Zbývá nám vyvoditi důsledky Valinovy konstrukce pro pojištění na účet osoby nepojmenované.

Zní-li pojistka doručiteli, tu přechází pohledávka zároveň s papírem a držitel papíru může vykonati právo v pojistce naznačené, prokáže-li, že nastala příhoda pojistná a předloží-li

⁵⁾ C. S. *Grünhuth*, Wechselrecht I. 143; Ordonnance de Luis XIV de 1673 Titre V art. III, art. IV, XXIII, XXIV, XXV.

⁶⁾ Viz stylisací čl. IV. zmíněné ordonnance, C. S. *Grünhuth* na u. m. str. 189.

konnossament pojistce odpovídající. Má-li pojistka náležitosti au-porteur-papíru, tu jest tedy považovati doručitele za oprávněného.

Jak je tomu, zní-li pojistka „na účet, jehož se to týče?“ Dle Valinova tvrzení jest oprávněn z pojistky pojištěný, jehož osoba je určena konnossamentem. Přinese-li tedy nějaká osoba pojistku „na účet, jehož se to týče“ a konnossament, musí po případě dokázati, že jest skutečně osobou v konnossamentu jmenovanou. I tento důkaz odpadá, zní-li konnossament doručiteli. Tu je formálně doručitel pojistky pojištěným a tím i legitimován, aby vykonal pohledávku, v pojistce naznačenou. Tedy stejně jako kdyby zněla pojistka a konnossament doručiteli. V tomto případě fakticky splývají au-porteur-pojistka s pojistkou na účet, jehož se to týče. Nicméně pojmově je mezi oběma pojistkami rozdíl: v onom případě doručitele považovati jest buď za nástupce pojištěného anebo za pojištěného samostného, v tomto případě jest považovati doručitele vždy za pojištěného.

Zněla-li pojistka na řád, tu mohl indossatář míti postavení pojištěného a byl jím vždy, zněl-li konnossament doručiteli anebo shodoval-li se indossament konnossamentu s indossamentem pojistky. A tak může se docíliti indossamentem ordre-pojistky stejného účinku jako pojmenováním pojištěného při pojistce pro persona nominanda, nikoliv však naopak.

Názory Valinovy akceptoval *Pothier* ve svém Contrat d'assurance (Paris 1777). Pojistka je pouhou privilegovanou listinou průvodní, lze totiž uzavření smlouvy pojišťovací dokázati jen listinou, o této smlouvě zřízené, a nedostává-li se jí, tu může nedostatek průvodu nahraditi přísaha stran (čís. 96). *Pothier* však nepřevzal z *Valina* konstrukci negotiabilní pojistky ani její funkci finální, ba nepřevzal ani konstrukci pojištění na cizí účet. A tak dle *Pothiera* nemá pojistka vůbec žádných materiálně-právních funkcí. Uvážíme-li, jaký vliv měl *Pothier* na francouzskou kodifikaci a na anglickou jurisprudenci, tu pochopíme, že v nejnovější době musil tento vliv působiti na vývoj pojistky k ceněmu papíru způsobem negativním, a že právě v zemích, kde technika pojišťovací se nejvíce vyvinula v devatenáctém století, platilo dogma, že pojistka je pouhým průvodním prostředkem.

A tak vymoženosti francouzské pravovědy století osmnáctého byly právě vlivem *Pothier*-ovým značně zeslabeny.

72. *Balthasar Marie Emérigon* vydal r. 1783 *Traité des Assurances et des Contracts à la Grosse*.

O pojistce praví: Pour que l'Assurance soit valable, il faut que la Police en soit dressé. A k tomu připojuje velmi zajímavou úvahu proti Valinovi, jenž tvrdí, že pojistka má pouze funkci průvodní a nikoliv dispoziční:

Je conviens qu'en regle générale, l'écriture est étrange à la substance de Conventions. On ne les rédige par écrit que pour en constater plus aisément la preuve. Mais cette regle au droit commun cesse dans tous les cas où l'écriture est expressément requise par la Loi . . . Le Contrat (sc., d'Assurance) sera rédigé par écrit: l'Ordonnance le veut ainsi. Cette dernière disposition est absolu. Elle établit un point de forme qui est riguer. Jusqu'à ce que la Police soit signé le Contrat n'est point parfait. Il est permet aux Parties, de revenir sur leur pas. L'écriture seule fixe et caractérise leur volonté. (Emerigon cituje na tomto místě *Kuricke*-ho). Je crois donc, d'après notre Ordonnance; qu'on au peut ni déferer le serment décisoire à celui qui dénie l'Ordonnance verbale ni le faire répondre cathégoriquement, ni moin encore admettre la preuve testimoniale, sous prétexte, soit de la modicité de la forme, soit d'un commencement de preuve par écrit.⁷⁾

Emérigon je vedle *Kuricke*-ho druhý spisovatel, jenž uznává dispoziční funkci pojistky v plné její ryzosti, s průvodní funkcí nesmíšenou. Citát *Kuricke*-ho na tomto místě napovídá nám, odkud Emerigon čerpal svoji konstrukci a proč se odlišuje od svých latinských krajanů. Tu důsledkem této konstrukce je i právní názor o významu podpisu pojistitelova:

Si l'Assureur, en signant la Police met quelque modification du dérogation à certaines clauses imprimées ou écrites à la main, on doit s'en tenir aux modifications de la signature. Car c'est le conscription qui anime perfectionne le Contrat. Les restrictions qu'elle renferme, prévalet à toutes les clauses contraires inséré dans le corps de l'acte . . . Il est donc certain

⁷⁾ *Emérigon* I. str. 25.

que dès le moment que l'Assureur a signé la Police est acquis à l'Assuré. (Citován *Straccha*, Gloss. 40 čís. 2.)⁸⁾

Tím však Emérigon se dostal až na samou mez smlouvy a málem by u něho jevil se podpis pojistky jednostranným zavazujícím aktem. Nové právní idee to byly, které Emérigona přiměly, že napsal tato slova; vidím v nich začátky onoho právního názoru, který vyvrcholil ve směnečném acceptu německého směnečného řádu z r. 1849. V pojišťovací smlouvě svádí se pak o tento právní názor prudký boj po celé XIX. století a různými fikcemi, ne vždy šťastnými, snaží se teorie i praxe jej ospravedlniti neb aspoň vysvětliti. Ano Emérigon jde ještě dále:

Je crois donc qu'en bonne Jurisprudence, on ne doit autoriser ni rasure, ni changement dans les souscriptions des Polices. Celui qui souscrit une Police, se lie envers l'Assuré, čímž Emérigon chce vyvrátiti názor, že „l'Assureur avoit encore la Police et la plume à la main, lorsqu'il a changé d'avis: fecit sed jure fecit.“⁹⁾

Znovu ozývají se nám slova *Baldova* „Stabiles et firmas debent esse scripturae mercatorum.“

A tak Emérigon správně pochopil onu tendenci, jak jsme ji výše zjistili, směřující k rozvratu smlouvy pojišťovací a k přeměně pohledávky pojistné v abstraktní pohledávku skripturní. U Valina pak shledáváme ohlas oné tendence opačné, která chtěla učiniti z pojišťovací smlouvy konsensuální kontrakt. Vývoj pojišťovací smlouvy nešel cestou naznačenou Emérigonem, ale konstrukce Emérigonova nám zůstane přece cennou, neboť můžeme zjistiti onu vývojovou linku, která vrcholí ve směnečném akceptu německého směnečného řádu.

Jedním slovem pojistka u Emérigona je dispositivní listinou par excellence.

Na finální funkci pojistky vztahují se slova Emérigonova:

Si la Police est adhérente, et qu'elle ait été conçue avec clause payable au porteur, l'Assuré ne pourvoit exiger la perte, qu'en donnant à l'Assureur bonne et suffisant caution pour garantir le paiement qui en serait fait; et l'on se dirigerait par les règles

⁸⁾ Ibidem str. 43.

⁹⁾ Ibidem str. 46.

que l'Ordonnance de 1673 a établis en matière de lettre de change.¹⁰⁾

Ordonnance z 1673 tit. V. čl. XIX. ustanovuje: Au cas que la Lettre adhérente soit payable au porteur, ou à ordre, le paiement n'en sera fait que par Ordonnance du Juge et en baillant caution de garantir le paiement qui en sera fait.

Tedy i u Emérigona pojistka doručiteli neb na řád znějící je papírem přínosným a výplatným, poněvadž směnka dle citované ordonnance je papírem přínosným a výplatným a čl. 19 je důsledkem této její náležitosti.

Poněkud skepticky pohlíží však Emérigon na negotiabilitu pojistné pohledávky:

La comparaison des polices d'Assurance avec les billets au porteur ou à ordre n'est pas absolue, et l'on jamais douté que les exceptions que les Assureurs étoient en droit d'opposer à l'Assuré, ne puissent être opposées au porteur de la police, lequel, vis-à-vis des Assureurs, est l'image et le simple représentant de l'Assuré; pourvu toutefois que les exceptions conservent l'Assurance même Le porteur de la police négociable est à couvert de toute saisie, de la part de créanciers du cédant; mais vis-à-vis des Assureurs, il est soumis aux exceptions qui dérivent du Contrat. D'on il suit, que la comparaison de la police d'Assurance avec le billet à ordre est imparfaite.¹¹⁾

Emérigon vystihl, že musí býti dovoleno, aby pojistitel směl vůči přínosci nebo indossatáři pojistky namítati nedostatky smlouvy, neboť by jinak pojistná pohledávka ztrácela svoji osobitost a hranice mezi pojištěním sázkovým a smlouvou pojišťovací byla by sestřena. Tato Emérigonova konstrukce jest nad míru cenná, neboť až do dnešního dne nepodařilo se nikomu vytvořiti konstrukce lepší. Zároveň jest tím vytčena zásada, že pohledávka jest jen tehdy v pravém slova smyslu negotiabilní, neb jak my ve střední Evropě říkáme, skripturní, když jest pohledávka abstraktní. Možno tedy nedostatek kausy — nedostatky smluvní jsou nedostatky kausy — potud namítati, pokud pohledávka je na kause závislá.

¹⁰⁾ Ibidem str. 53.

¹¹⁾ Sv. II. str. 246.

Au-porteur a ordre-pojistka dle Emérigona má funkci genetickou, omezenou funkcí vitální a konečně funkci finální, jest tedy — vyjádříme-li se způsobem nám běžným — nedokonalým cenným papírem.

Pro nás jsou názory Emérigony a Valinovy potud zajímavými, poněvadž udávaly směr i v devatenáctém století. V Německu — podotýkáme již zde — zvítězil názor Valin-ův ve všeobecném obchodním zákonníku a následek toho byl, že v této zemi se ordre-pojistky neužívalo, neboť všeobecné pojišťovací podmínky námořské z r. 1867 se o ní nezmiňovaly.

Emérigonova úvaha o pojištění na cizí účet pohybuje se v mezích přímého a nepřímého zastoupení; zajímavé jsou však jeho výklady o pojištění na účet osoby nepojmenované. Nejprve praví:

L'Assurance pour compte de qui il appartient, s'applique à toute personne nommée dans le connoissement.¹²⁾

Tato věta je základnou jeho učení o pojištění na účet osoby nepojmenované, a z nich vyplývají i tato slova:

Il suffit que le porteur de l'Assurance, en cas de sinistre représente un connoissement de marchandises d'une valeur relative à la somme assuré, pour qu'il ait action d'exiger la perte; parce qu'il y a relation implicite entre les deux pieces.

. . . . Il en est de même, de l'Assurance faite pour le compte que ce puisse être, pourvu que le porteur de la police exhibe un connoissement de marchandises d'une valeur relative, quoique chargées pour compte de Jean ou de Jaque.

Těmito slovy vytknuta je laxní praxe francouzská, která umožnila onen rychlý vývoj pojistky. Emérigon mluví o „porteur de la police“, zní-li tato „pour quel compte que se puisse être“, a z toho následuje, že považuje pojistku takovou za papír přínosný, a to již z toho důvodu, an pojistitel musil by platiti ještě jednou, přinesla-li by mu osoba jiná pojistku a s ní shodný konnossement. Při tom nutno mít na paměti, že pojistka u Emérigona má ještě svoji zvláštní osobitou funkci finální podobnou oné pojistky Valinovy:

¹²⁾ Sv. I. str. 321.

Le Commissionaire qui se fait assurer pour compte d'autrui, et qui est porteur de la police, peut, en son nom propre, fair abandon et demander la perte.¹³⁾

Tedy: pokud má kommissionář-pojistník pojistku v ruku, může disponovati s nárokem na pojišťovací pohledávku, čili jinými slovy, má takové právo, jako kdyby byl věřitelem a takové právo má též každý přínosce pojistky, znějící na účet, jehož se to týče, předpokládaje, že konnossement se shoduje s pojistkou a že strany jsou bezelstné. Toto dá se vyjádřiti též těmito slovy: Pojistitel slibuje zaplatiti každému bezelstnému držiteli pojistky s tou výminkou, že konnossement se bude shodovati s pojistkou. Tím však hranice mezi pojistkou na účet, jehož se to týče a au-porteur-papírem je ještě více setřena než u Valina, poněvadž pojištěný a přínosce pojistky splývají.

Pokud se týče poměru mezi pojištěným a pojistníkem na jedné straně a pojištěným a pojistitelem na druhé straně, operuje Emérigon podobně jako ostatní současní spisovatelé s onou podivnou směsí zastoupení přímého, zastoupení nepřímého, jakož i smlouvy ve prospěch osoby třetí. Nové idee nám však nepřináší, až na to, že směšuje oba právní poměry, totiž pojistníka a pojištěného na straně jedné a pojistitele a pojistníka na straně druhé, když praví:

L'intention des Parties est que celui qui fait faire l'Assurance, soit personnellement obligé au payement de la prime . . . La personne pour compte de qui l'Assurance se fait, est souvent obligé un homme étranger de la Place, ou qui n'y a aucun crédit . . . Mais l'Assureur a-t-il également action contre le Commettant pour le payement de la prime? . . . Il croi qu'il faut distinguer. Si le Commettant doit encore la prime, l'Assureur aura l'action utile contre lui.

Emérigonem končí vývoj pojistky za vlády starého obecného práva, pak následovala revoluce, nouvel régime, jenž daroval světu nové právo, v zemích latinských do dnes platné.

¹³⁾ Sv. I. str. 239. Tuto finální funkci má každá pojistka a dle Emérigona pojistník, nejsa pojištěným, jest věřitelem, dokud má pojistku v ruce, je tedy právo z papíru spojeno s držbou papíru úžeji než u Valina, kde pojistník jsa držitelem pojistky jest pouze zástupcem pojištěného věřitele.

II. Italie.

73. Zákonné právo Italie jest v této době obohaceno ediktem Karla Emanuela, krále sardinského¹⁴⁾ ze dne 30. srpna 1770, v hlavě V. pojednává se o pojištění a ustanovuje se, co musí pojistka obsahovati (čl. 4) a kdy mají pojistitelé platiti obnosy pojistné (čl. 10 a 21). Pro dogmatický vývoj nemá však edikt tento žádné ceny, nepřinášíť nic nového.

V Neapoli zřizuje se r. 1751. pojišťovací společnost a ve statutech této společnosti čl. 9 praví se, že premii jest platiti při podpisu pojistky řediteli společnosti, leč toto je pouze určení platební doby, jak plyne z tohoto: „ed in caso che detti Direttori volessero correre la fede di qualche Assicurato, e darli dilazione, auderà per loro conto tutto il danno, o perdita che potesse accaderne alla Compagnia“. V „regolamente in materia delle assicurazioni“ z r. 1764 změněno bylo pak toto ustanovení v ten smysl, že pojistníkům povoluje se čtyřměsíční lhůta ku placení pojistného (čl. 7). (*Baldasseroni* I. vyd. sv. III. str. 641, 656). Tak vyvinula se i v Neapoli pojišťovací smlouva v kontrakt konsensuální a synallagmatický.

K italské právní oblasti patřící Terst¹⁵⁾ má v této době též svoji zvláštní pojistku.

Udává nejprve úplný důvod smlouvy pojišťovací: Noi sottoscritti . . . confessiamo d'aver accettato il rischio . . . e per il premio

O dispositivní funkci mluví v čl. 5. Il premio s'intende guadagnato dalla Camera (sc. pojistitel) nel punto, in cui firmerà la sicurtà, ed il rischio principia in Trieste, o altro luogo da spiegarsi, da che le cose assicurate sono effettivamente a bordo del bastimento.

Máme zde vyjádřenu dispositivní funkci pojistky podobně jako ve statutech jihošpanělských.

Finální pak funkce určena je čl. 8. Riconosciuto il caso, a carico della Camera sarà pagata la somma assicurata; tanto agli Assicurati, quanto a ciaseune, che presentasse la presente polizza, senza contradizione.

¹⁴⁾ *Baldasseroni* II. vyd. 5. sv. str. 472.

¹⁵⁾ *Ibidem* str. 569.

Dle tohoto ustanovení je tedy každá pojistka námořská v Terstu papírem presentačním a proto je pojistka neúplným cenným papírem, ana funkce dispositivní a finální je prokázána, samostatnou funkci vitální asi pojistka tato nemá.

74. Obrátme se nyní k italské teorii osmnáctého věku.

Josephus Laurentius Maria de Casaregis, Janovan, sepsal na počátku osmnáctého století objemnou kompilaci nadepsanou *Discursus legales De Commercio*.¹⁶⁾ Ve svazku prvním nadepisuje *discursus* první de *assecuracionibus*.

Čís. 1. In materia *assecuracionis* principaliter inhaerendum est verbis *apocae* *assecuracionis*, quinimo haec pro lege habenda sunt, nec ab his recedere debemus, quia *contrahentium* voluntas melius haberi non potest.

Ohlas staré listiny stipulační projevuje se zde na první pohled, a dává nám uhadnouti, že závazek pojistitelův z pojistky byl dle názoru *Casaregis* stricti juris, o dispositivní funkci se však tento znamenitý italský právník osmnáctého století nezmiňuje.

Za to věnuje značnou péči pojištění na účet osoby nepojmenované:

Discursus IV. čís. 11 *quando* *assecuratio* fit pro persona expressa in *apoca* *assecuracionis*, imo valebit talis *assecuratio*, si *assecuratus* probavit merces, licet oneratas sub alieno nomine, ad se spectare, et obtulit pretium totius *assecuracionis*, prout è contra si *assecurator* probavit merces, licet oneratas sub *assecurati* nomine, ad *assecurandum* non pertinere, non valebit *assecuratio*; non percipimus modo, quod in casu quo fit concepta *assecuratio* cum clausula, e per altri a chi spetta, servari debeat haec forma onerationis sub nomine *assecurati*, quinimo in tali casu frequentius, et fere semper solet fieri oneratio mercium sub nomine aliarum personarum, ad quos spectant, ut ex ea facilius declarari possit persona a chi spetta.

Discursus V. In praecedenti *discursu* lati egimus de *assecuracione* stipulata per se, e altri a chi spetta ad tres (species) eas reduci posse consideravimus.

¹⁶⁾ Viz *Goldschmidt* ve svém časopise sv. X. Die Werke des *Casaregis* str. 367 násl.

1. Prima enim est, quando assecuratio fit simpliciter pro persona nominanda, secunda pro se, aut persona nominanda, tertia qui est in Genuen(s) Emporio frequentior, pro se spectante risico tam dicto nominato, quam personae per ipsum quandocunque exclarandae.

2. Differentia inter has tres stipulationum species et eam, de qua in praecedenti discursu, maxime liquere potest, nam quando stipulatum fuit per conto di chi spetta, omnes interesse habentes, licet non exclarati possunt actionem intendere contra assecuratores.....

3. Secus vero, quando stipulatio concepta fuit pro persona nominanda, nam tunc sine declaratione a stipulatore facta nullum jus acquiri potest.....

4. Non negamus tamen quin praedicta exclaratio personae facite fieri possit ex actibus, vel praecedentibus, vel subsequentibus assecurationibus contractum.... 5. Deveniendō tunc ad singularum examen, respectu primae dicimus de jure eam esse validam, nam in Jure prohibitum non invenimus pro persona nominanda contrahi posse et facta inter tempus nominatione censere debet contractus ab initio radicans in persona nominanda, 6. et transfunditur omne jus in nominatum nullo peius nominantem existente. 22. Secus vero nulla nominatione facta, quia isto casu contractus remanet radicans in ipso stipulatore.

I Casaregis zůstává věren oné konstrukci, která vycházela z předpokladu, že mezi pojištěným a pojistníkem byla uzavřena smlouva mandátní, resp., že pojistník jednal jako negotiorum gestor. Rozeznává tři případy: smlouva uzavřena ve prospěch určité pojmenované osoby — nás nezajímá; smlouva uzavřena „na účet, jehož se týče“ a konečně smlouva uzavřena ve prospěch osoby, která má být pojmenována pojistníkem.

Případ druhý připomíná smlouvu ve prospěch osoby třetí, která má být držbou papíru určena — odlišuje se však od ní tím, že dle konstrukce Casaregis-ovy nemá být pojištěný určen držbou pojistky, nýbrž zájmem na pojištěných věcech.

Případ třetí podobá se velmi papíru na řád znějícímu, jako tam, tak i zde určen je „třetí“ vůli promissara. Ovšem jediným pojmenováním určen byl „třetí“ definitivně, zrovna jako u starého papíru na řád znějícího, kdy indossovatelnost cenných papírů byla ještě neznámou věcí. Nebyla-li osoba třetí pojmenována, má se za to, že pojištěným jest pojistník.

Čím více rozvinuje se tento způsob pojišťování, tím patrnějším se stává nesoulad mandátní konstrukce: nemohu uzavřít smlouvu jménem jiného, o němž v době uzavření smlouvy mi nic známo není, kterého, budu-li chtít, určím později, ale kterého nemusím určit, stav se sám dominus negotii, neboť buďto uzavírám smlouvu jako zástupce osoby třetí anebo uzavírám smlouvu svým vlastním jménem, ale obé možno není. Ovšem v té době, kdy Casaregis psal, nebyla tato inkongruence patrna, any pojmy o zastoupení a smlouvě ve prospěch osoby třetí, které jsou ostatně velmi podobné, se ještě nerozlišovaly.

Ani Casaregis se nezmiňuje, že by pojistka měla při určení pojištěného nějaký význam, neboť dle jeho názoru jest pouze listinou průvodní, jak vysvětluje i z těchto slov „ratio autem est, quia ex Instrumento tres oriuntur praesumptiones, scilicet, quod in ipso enuntiata sint vera, solemnia et volunata contrahentium probata.“

75. Carlo Targa napsal v prvé polovici XVIII. století „Ponderazioni sopra le contrattazioni maritime“, a v kapitole 52, nadepsané „Riflessioni sopra le assicurazioni“, pojednává o smlouvě pojišťovací.

§ V. Pojišťovací smlouva je smlouva stricti juris.

§ XI. Not. che siccome per lo Statuto nostro non si possono fare assicurazioni se non per polize, le quali abbiano il nome, o cognome di colui che si fa assicurare, nè si possono lasciare in bianco, altrimenti non sono valide, cos per sorta si lasciasse in bianco... (následuje další obsah pojišťovací smlouvy)...; perci nel firmar la polizza in essa non vi è il nome della Nave, e del Capitano, che sono qualità sostanziali dell' obbligo di questa sorta, consequentemente non pu valere cadendo sopra una cosa in certa, dimodoche vi si ricercano ambedue queste qualità, le quali, se ambedue, o una sola mancasse, si darebe adito a gravissime frodi.

Targa vůbec nepochybuje, že k náležitostem uzavření smlouvy pojišťovací náleží též vydání pojistky a proto praví záporně „se non per polizze, le quali . . .“ Určitě však nepraví, zda pojistka jest nutna ku vzniku smlouvy anebo jest jen privilegovanou listinou průvodní, avšak ze slov „perciò nel firmar la polizza“ možno souditi, že Targu jest počítati mezi stoupence onoho názoru, že vydáním pojistky vzniká smlouva pojišťovací. Dále lze z těchto slov souditi, že pojistka a s ní i smlouva pojišťovací jest perfektní, jakmile byla podepsána pojistka, mající všechny zákonné náležitosti.

Targüv krajan *D. A. Azuni* vydal r. 1786 v Nizze „Dizionario universale ragionato della Giurisprudenza Mercantile“. Pod heslem Assicuranza, Assicurato, Assicuratore pojedná o otázkách nás zajímajících.

Mluvě o formě smluv pojišťovacích (§ XIV.) opakuje Azuni známá slova Guidon de la Mer Cap. I. čl. II. a připojuje k tomu v § XV. „se l'assicuratore nel sottoscrivere la polizza d'assicuranza apponese alcuna modificazione o deroga a qualche clausola, dovrà la medesima aver forza di obligare i contraenti“ v těchto slovech shledáváme se s učením Emérigonovým, které je zde přejato bez výhrady. Azzuni nám však nepodává tak určité konstrukce dispositivní listiny jako Emérigon, neboť praví v § VII. všeobecně: „Questo contratto essendo il risultato della stipulazione delle parti“ a nepraví, že forma uzavření smlouvy pojišťovací jest právě písemná forma. Konečně praví v témže §, že závazek pojistitelův je stricti juris.

Azuniho konstrukce pojištění na cizí účet vypadá takto:

Se colui, che si fa assicurare non specifica, e palesa nella polizza per conto di chi agisce, si dee presumere, che egli lo faccia per se stesso, ed in qualità di proprietario, sia però che egli nomini il di lui committente, o che lo taccia, si dovrà considerare rispetto agli assicuratori come vero assicurato; giacchè i commissionarj contrattano sovente a proprio nomine quantumque agiscono per altri, dai quali hanno ordinariamente proibizione di pubblicare gli affari.

L'uso d'Amsterdam, e di tutte le altre piazze commercianti dell'Europa, si è di nominare soltanto nella polizza la per-

sona, che ha ordinato a sensale di fare l'assicuranza, o che la fa essa stessa; e allora s'inserisce in essa l'espressione per suo proprio conto, o per conto di un altro, e in tempo di guerra, coll'espressione, per conto neutro, o per conto di chi appartiene, secondo che s'è esige, che l'assicuranza sia fatta. (§§ XIX. a XX.)

Připojíme-li k tomu § X. článku „Commissione“: Il commisario non è mai tenuto in proprio per le operazioni della commissione, e per conseguenza non pu. acquistare alcun diritto per se medesimo, dal momento che ha agito in tal qualità, e nominato la persona del di lui committente per cui ha contratto; giacchè l'indicazione del nome è considerata retroattiva all'epoca del contratto, quale s'intende come stipulato dalla stessa persona nominata.

Nového konstrukce neobsahuje vlastně nic, vytknouti jest jen jednu skutečnost: pojistník a kommissionář splývají, ovšem pojistník musí jednati vůči pojistiteli jako kommissionář pojištěného. Kommissionář a pojistník nejsou ani přímými ani nepřímými zástupci pojištěného, nýbrž částečně jsou přímými, částečně nepřímými zástupci jeho, podobně jako u Casaregisé. U Azzuniho nejlépe jest viděti — a proto se zde o tom zmiňujeme — jak pohlíženo bylo na pojistníka, jenž jednal za nějakou jinou osobu, která se měla státi pojištěným. Z toho vysvětlíme, proč mluvíme o pojištění na cizí účet, ač toto pojištění není jedním na účet cizí ve smyslu práv středoevropských, bylť tento právní útvar přejat z práv románských i se svým jménem.

76. *Ascanio Baldasseroni*, krajan obou předcházejících, napsal na sklonku XVIII. století objemný spis „Delle Assicurazioni marittime Tratto“.

O uzavření smlouvy pojišťovací pronáší pro svou dobu typická slova:

O si rignardi di Gius di Natura, o si rignardi il Gius dei Romani altro non essendo il Contratto che l'unione al consenso di più Persone sopra un oggetto, che induce l'obbligazione, la materialità della scrittura non è dell'essenza del Contratto medesimo. Ma in qualunque modo

si provi il concorso della volontà l'obbligazione sussiste come se l'atto fosse ridotto per scritto. . . . Ma dopo de il lasso dei secoli a pocco a pocco parve che facesse degenerare la buona fede mercantile da quel candore in cui ella fioriva quando il Commercio era nascente, per evitare gli abusi, e troncare l'adito alle questioni, che ben sovente sopravveniano, fu d'uopo levar di mezzo queste maniere di procedere a buona fede, e con troppa correntezza, ed obbligare le persone a ridurre in scritto ed forma ben rigorosa quelle convenzioni, che una volta riposavano unicamente sulla reciproca buona fede: . . . la convenzione in scritto fosse bastante a provare il Contratto. . . . Questa scrittura, relativamente al Contratto di Assicurazione fu chiamata generalmente Polizza, e furono stabilite delle Persone con pubblica autorità, presso delle quali fosse depositata la convenzione, e la di cui testimonianza formasse una prova senza eccezione.¹⁷⁾

Baldasseroni spatřuje tedy v pojistce jen privilegovanou listinu pruvodnı, podobne jako *Valin* a upıra jı veřkerou genetickou funkci, leč Baldasseroni nenı tak dogmaticky jako onen Francouz, a pıpouřtı kompromis: Le Polizze di sicurtà non assegnate a veruna specie di Contratto, tuttavolta sono sempre rispettate come una solenne convenzione dimodoche allorquando sono state firmate non possono essere alterate da alcuna autorita.¹⁸⁾ Tato slova vypravují nám o genetické funkci.

Jak si vysvětliti onen protiklad? Myslím, že Baldasseronem uchvácen byl oběma svrchu zmíněnými tendencemi, z nichž jedna chce učiniti z pojiřtovacı smlouvy kontrakt konsensuální a druhá proměniti pojistnou pohledávku v pohledávku skripturní, obě tyto tendence pusobily na Baldasseroni-ho stejnou silou a proto prijal obe, ale nedovedl je slouciti, ponevadř nemohl.

¹⁷⁾ *Baldasseroni* II. vyd. sv. I. str. 41 nasl. Prve vydanı vyřlo ve Florencii r. 1786 o 3 svazcıch.

¹⁸⁾ *Ibidem* str. 57.

O pojiřtenı na cizı ucet najme na ucet osoby nepojmenované uvařuje Baldasseroni takto:

la quale disposizione . . . rende eseguibile l'Assicurazione colla medesima fatta a favore di qualunque persona, che abbia interesse, o risico nelle mercanzie assicurate, benche espressamente non nominate nella Scritta. Questa clausula fu immaginata tanto all'effetto di evitare le controversie del dominio sopra le cose assicurate, e per disobbligare i Negoziations del manifestare le loro corrispondenze, ed i loro negozi.¹⁹⁾

I Baldasseroni ma za to, že pojistník jest zástupcem pojiřteneho, jak zřejme vysvítá z techto slov:

Per quanto ampla, e generale sia questa formula, rispetto alla comprensione dei non nominati, secondo quella legale e mercantile intelligenza, che ha ricevuto dal Foro e dall'uso, tuttavolta non è di per se bastante a render valida, ed eseguibile l'Assicurazione fatta per risico, e conto di altri, se allorquando se deve palesare la pertinenza negl' incogniti non venga insiememente giustificato, che la persona, o persone, alle quali veramente spettano le cose, ed effetti assicurati, hanno precedentemente dato l'ordine a chi procurò tale Assicurazione di fare assicurare detti loro effetti, o che in tempo abile, ed avanti il caso del sinistro abbiano approvato, e ratificato il Contratto; altrimenti mancando la prova di detto precedente ordine e mandato speciale, o di detta approvazione, e ratifica in tempo debito, nulla inesequibile rimane l'Assicurazione fatta sopra merci, o cose attenenti ad un fuori che all'Assicurato per difetto di risico, e di dominio, alla quale eccezione si fa nuovamente luogo non ostante la detta clausula „per conto di chi spetta“. Vedle toho dokázati jest pojiřtenemu i jeho interesse na pojiřteny vecech.²⁰⁾

Forma pojiřtenı na cizı ucet muže byti dle Baldasseroniho: 1. per se, e per conto di chi spetta, 2. per conto di Amico da nominare, 3. per se, o per la persona che nominerà, 4. tanto per se, che

¹⁹⁾ *Ibidem* str. 193 nasl.

²⁰⁾ *Ibidem*.

per la persona che nominerà a pravi o nich „ma tutte si riducono alla Procura.“²¹⁾

Vzal-li na se pojistník závazky, jest vždy zavázán, třebas by byl pojmenoval pojištěného; než i pojištěný jest práv ze závazků pojištěného, avšak jak? Se il Mandante è ancor debitore del premio, l'Assicuratore, o il Mezzano per esso avrà il diritto, non essendo pagato del premio, di sperimentare l'Azione utile contro di lui. Ma se all' incontro il Mandante avrà effettivamente pagato il premio, Assicuratore e il Mezzano non poteranno agire contro di esso, perchè eglino hanno volontariamente voluto correr la fede del Procuratore, lo che non erano tenuti a fare.²²⁾

Mandátní teorie pojišťovací smlouvy je zde vyvinuta v plné jasnosti, za zřejmého vlivu doktriny francouzské, a výsledky toho jsou: pojištěný musí schváliti smlouvu — ač-li nedal příkazu — prve než nastane příhoda pojistná; dále pojistník jest vždy práv ze zaplacení premie; konečně i pojištěný jest práv zaplatiti premii, ač-li pojistníku nevyplatil její obnos. Dva právní poměry mezi pojištěným a pojistníkem na jedné straně, mezi pojistníkem a pojistitelem na druhé straně jsou zde podivuhodně spojeny v jeden právní poměr podobně jako u Emérigona.

Konečně recipuje Baldasseroni onu zvláštní finální funkci pojistky ze spisovatelů francouzských:

Per l'identità di ragione il Procuratore, che a stipulato in suo nome la sicurtà, e che ritiene tuttora in mano la Polizza, e autorizzato a fare agli Assicuratori la domanda del pagamento e l'abbandono, o sia la rinunzia al l'incetta in qualunque caso di perdita, o di sinistro.²³⁾

Konstrukce Baldasseroni-ho a Valinova podobají se jako vejce vejci.

77. Přehlédneme-li výsledky italské jurisprudence XVIII. stol., vidíme, že Casaregis ještě je samostatný a působí i na francouzskou jurisprudenci, neboť ho Francouzi citují. Naproti tomu Baldas-

²¹⁾ tamtéž titul 7.

²²⁾ tamtéž.

²³⁾ tamtéž.

seroni a Azzuni přejímají výtěžky francouzské právovědy, ale zachovávají při tom zvláštnosti italského práva a tak povstává ne vždy ladná směs obou těchto románských práv, tím také se vysvětluje, proč konstrukce těchto Italů jsou daleko za konstrukcemi oněch Francouzů. Italové přejali mnohé, avšak to nejdůležitější — pojistku jako cenný papír — nepřejali, jen u Baldasseroni-ho má pojistka jakous takous povahu nedokonalého cenného papíru. Tak pro naše dějiny dogmatu poskytují Italové poměrně dosti málo.

78. Zmíniti se jest mi ještě o ordonnanci města Bilbao z r. 1738.²⁴⁾ Ve čl. prvém těchto ordonnancí stanoví se nutný obsah pojistky, aby smlouva měla platnost, mezi jiným praví se, že nutno vyjádřiti, zda pojistník jedná na účet vlastní či cizí a jaká premie byla zaplácena pojistitelům. To vše však jsme již našli ve statutech starších a proto pokládáme za zbytečno déle se u této ordonnance zdržovati.

²⁴⁾ Jsou vydány v V. díle Baldasseroniho.

KAPITOLA VI.

Pojistka v XVIII. věku v zemích severních.

I. Statuta.

79. A m s t e r o d a m, v této periodě nejslavnější místo pojišťovací v Evropě, vyvíjí značnou zákonodárnou činnost, která jest však jen pokračováním zákonodárné činnosti období předcházejícího. Statut ze dne 29. ledna 1688¹⁾ nařizuje, že pojištěný musí býti pojmenován v pojistce a nezachování toho předpisu je stíženo sankcí neplatnosti smlouvy. Statutem ze dne 28. ledna r. 1699¹⁾ pozměněn byl statut předcházející, neboť prý ono ustanovení statutu z r. 1688 jest vykládati v ten smysl, že v osobách označených v pojistce možno shledávati též osoby, které uzavírají pojištění na cizí účet, t. j. dostačí, aby uveden byl pojistník a netřeba, aby uveden byl pojištěný. Konečně upraveno bylo právo amsterodámské zákonem z r. 1744;²⁾ ve čl. 2. nařizuje se, „že nutno v pojistce označiti osobu, která dala příkaz k uzavření smlouvy, anebo má býti uvedeno návěští spolu s datem návěští, v němž byl dán příkaz, pod trestem neplatnosti smlouvy,“ tím velmi určitě je vyjádřeno, že ordonnance považují pojistníka za mandatáře pojištěného. Placení premie upraveno je ve čl. 37. této ordonnance souhlasně s ordonnancí z r. 1620.

80. R o t t e r d a m upravuje své právo zákonem z r. 1721.³⁾ Čl. 71. tohoto zákona odpovídá čl. 2. amsterodámského statutu

¹⁾ *Pardessus*, Lois na u. m.

²⁾ *Magens Niclas*, Versuch über Assecuranzen und Havereyen díl II. *Baldasseroni* sv. 5. pod heslem Amsterdam.

³⁾ *Magens* na u. m.

a byl tedy tento článek Amsterodáměm recipován. Jinak neobsahuje tento velmi pěkně redigovaný zákon nic, co bychom musili zaznamenati. Oba statuty vycházejí z předpokladu, že pojistníci se svým podpisem zavazují a jsou právi dle znění pojistky. (Amsterdam čl. 2, 10, 16, 18, 22, 24, 34, 58, Rotterdam čl. 32, 33, 34, 42 a násl. 48.)

81. Nejzajímavější však jsou š v é d s k é o r d o n n a n c e ze dne 20. října 1750.⁴⁾ Pojišťovací smlouvu jest uzavírati písemnou formou na úředních blanketech (čl. 4, § 1). Chce-li někdo přenést pojišťku na někoho jiného, musí tak učiniti písemně, udav jméno nabyvatele a datum. (čl. 4, § 3). Tím stanovena byla transportní funkce pojistky. Konečně jest stanoveno, že všechny úmluvy nutno vyznačiti v pojistce (čl. 6 § 12). (Zde tedy nabývá pojišťka povahy nedokonalého cenného papíru, neboť má funkci transportní a genetickou; tuto genetickou funkci pěkně vyjadřuje čl. V. § 1: kdokoliv podepíše pojišťku, je práv z upsaného pojistného obnosu a nemůže býti podpis odstraněn anebo někdo ze svého závazku propuštěn, leč svolí-li k tomu všichni pojistitelé. Ona tendence, snažící se rozvrátiti pojišťovací smlouvu a proměnit závazek pojistitelův v jednostranný závazek skripturní, jak jsme ji zjistili ve statutech peridy předcházející a u Emérigona, nabývá zde zákonné sankce a dostupuje svého vrcholu. Vzhledem k této genetické funkci nemusila ordonnance naříditi, že námítky z osoby indossatářovy jsou vyloučeny, nebyly-li obsaženy v pojistce, nemohlyť strany je přivésti ku platnosti (čl. V. §§ 12, 14, 17, 21) a tak nabývá pojišťka švédská tvárnosti, naší moderní skriptuře ne nepodobné.

82. Roku 1746 dává král Christian VI. Dánský „o c t r o y d e t K i ö b e n h a v n s k e A s s u e r a n c e C o m p a g n i e“⁵⁾ která obsahuje statuta a všeobecné podmínky pojišťovací a havarijní. V „Convention“ t. j. smlouvě společenské ve čl. XXII. nařizuje se, že všechny premie mají býti zaplacený dříve, než se vydají pojistky a ve článku XXIII. se ustanovuje, že žádná pojišťka nemá míti platnosti, když není na ni účetním poznamenáno, že premie s vedlejšími závazky byla splacena. Tím je stanovena tak zv. povinnost ku výplatě pojistky, podobně jako ve

⁴⁾ *Magens* na u. m. *Baldasseroni* sv. 5. pod heslem Svezia.

⁵⁾ *Magens* str. 958.

všeobecných podmínkách pojišťovacích naší doby. Ve všeobecných pak podmínkách čl. IV. ustanovuje se, že pojistník, jenž uzavírá pojištění na cizí účet, má předložití originál svého příkazu a že má býti v pojistce uvedeno, za koho a na čí účet pojištění zřizuje: tedy čirá mandátní teorie a vyloučení pojištění na účet osoby nepojmenované.

83. Roku 1747 zřizuje se v Londýně „Corporation of the London-Assurance, Established by His Majesty's Royal Charter, For Assuring Houses and other Buildings, Goods, Wares, and Marchandizes, Form Loss or Damage by Fire“. Všeobecné pojišťovací podmínky této společnosti podobají se dnešním jako vejce vejci a praví se v nich ve čl. X.:

No Policy is to be of any Force, till the Premium for one Year is paid. And for all subsequent annual Premiums, the Assured are to take Receipts, stamp'd with the Seal of Corporation, no other being allow'd of.⁶⁾

Tím též stanovena je povinnost k výplatě pojistky a tu můžeme zjistiti, že právní útvar výplaty pojistky vzniká současně se vznikem pojišťovacích společností. Podle mého názoru je tato mladší pojistka, která má býti vyplacena, jen deformovaná pojistka starší, v níž závazek pojistitelův připínal k pouhému jeho podpisu, ve mladší pojistce je totiž — jak se domnívám — nahrazen jednostranný podpis komplikovanější výplatou, jedním dvoustranným.⁷⁾ Tato skutečnost je pro dogmatické dějiny pojistky dosti důležitá, neboť tím stížen ba znemožněn byl vývoj závazku pojistitelova v závazek skripturní. Uvážíme-li dále, že výplata pojistky nahradila podpis, že vznik závazku pojistitelova připojuje se k této skutečnosti, řekneme, že i výplata pojistky zdědila onu tendenci podpisu, která směřovala k rozvratu smlouvy pojišťovací. Avšak poměry se změnily! Tam nahrazeno mělo býti právní jednání dvoustranné jednostranným, zde dvoustranné dvoustranným, smlouva smlouvou. V prvním případě jsme mohli bezpečně zjistiti, že podpis na pojistce neabsorboval smlouvu poji-

⁶⁾ *Magens* n. u. m.

⁷⁾ Nemíním snad tím vyjádřiti, že pojistky nebyly více podepisovány, nýbrž jen, že závazek pojistitelův v těchto mladších pojistkách nepřipojuje se k pouhému podpisu pojistitelovu na pojistce, nýbrž k výplatě pojistky.

šťovací tak, jako na př. podpis na směnce smlouvu směnečnou. Ve druhém případě jest otázka ještě dnes úplně nerozřešena a proto v dogmatických dějinách spokojíme se s historickými základy tohoto problému, které nám v přítomnosti budou bezpečným průvodcem.

84. Rok 1731 znamená počátek osvobození Německa od holandského práva pojišťovacího, které platilo v přístavních městech německých. Z toho roku pochází totiž hamburská „Assekuranz und Haverey-Ordnung“.⁸⁾ Ve čl. I. titulu I. se praví, že nadále je dovoleno užívati jen pojistek k této ordonnanci připojených. Jen úmluvy v pojistce obsažené jsou závaznými (tit. IV. čl. I. a II.), tím je řečeno, že závazek pojistitelův je secundum scripturam. Pojistky mohou zníti doručiteli (tit. I., čl. IV. čís. 1.). Pojištění na cizí účet konstruováno přesně v mezích mandátní teorie:

Wer bey einem Schiffe oder Ladung, weder directe noch indirecte, Antheil hat, kan auch darauf keine Versicherung thun lassen, es wäre dan, dass er von einem dabey Interessirten dazu Ordre erhalten hätte.⁹⁾

V Prusku měli sice o několik let starší zákon pojišťovací, totiž z r. 1727 (1. prosince), avšak vzhledem na malý význam tehdejšího Pruska jako moci námořské, nepovažujeme onen pruský „See-Recht“ za počátek emancipace Německa z práva holandského. Šestá kapitola zmíněného „See-Rechtu“ je nadepsána „Vor der Assecuranz oder Versicherung“. Pojištění může býti jen tehdy soudem za platné uznáno, byla-li o tom zřízena pojistka anebo aspoň pojištění uzavřeno u přítomnosti sensálově (čl. II.). Tím stanovena jest jen kvalifikovaná funkce průvodní. Premii jest zaplatiti během 24 hodin, nebyla-li do té doby zaplácena, může pojistitel od smlouvy odstoupiti, pojistník je smlouvou vázán, pokud pojistitel neodepře přijmouti premii anebo pokud pojistitel nežádá za vrácení pojistky.

Tato kapitola „See-Rechtu“ byla r. 1766 nahrazena „Assecuranz und Haverey-Ordnung vor sämtliche Königliche Preussische Staaten“. V § 3 nařízeno, že pojistka musí „schriftlich ge-

⁸⁾ V Hamburgu platilo právo antwerpské. Ordonnance u *Magens-e*.

⁹⁾ Redaktorem byl Joh. Jul. *Surland*, syndicus města Hamburgu; viz *Plass*, Geschichte der Assecuranz str. 61.

geschlossen werden, und zwar werden zu denen Polizen oder Versicherungsbrieffen diejenige Formulare gebraucht, welche dieser Ordnung angehängt sind.“ Nejzajímavější jest ustanovení § 7: Wer vor fremde Rechnung, als Commissionair Waaren versendet und versichern lässt, kan seinen Namen, oder den Namen seines Committenten in der Police ausdrücken. Es kann auch der Versicherungsbrieff, an Zeigern dieses gerichtet, der Name des Eingenthümers und Committenten ganz verschweigen und überhaupt in der Police gesetzt werden: Vor Rechnung des es angehen möchte.

Paragraf tento, jenž upravuje pojištění na cizí účet, rozeznává dva případy: pojistník pojmenuje pojištěného a pak musí se vykázati plnou mocí (§ 17 téhož zákona) anebo zamlčí pojistník jeho jméno, pak může pojistka zníti buď „an Zeigern dieses“, t. j. doručiteli znějící, anebo „vor Rechnung des es angehen möchte“. Tímto ustanovením splynula pojistka, doručiteli znějící, s pojistkou na účet, jehož se to týče.¹⁰⁾ Poukázati jsme na důsledky francouzské teorie a praxe, které shodují se celkem s tímto ustanovením, a proto nechybíme asi, řekneme-li, že ustanovení toto je recipováno z Francie. Podotkonuti sluší, že tímto ustanovením opustil zákonodárce úplně mandátní teorii smlouvy pojišťovací na účet osoby nepojmenované a přiklonil se k názoru, že pojistitel slibuje plniti dosud neznámému pojištěnému. A to je nové.

V této „Assecuranz-Ordnung“ vyvrcholuje vývoj pojištění na účet osoby třetí, počínající barcelonskými ordonnancemi. A máme v tomto vývoji zajímavý příspěvek k vývoji au-porteur-papirů vůbec.

85. V Holandsku v této době píše *Cornelius van Bynkershoek* „questionum juris privati libri quatuor,¹¹⁾ je to sbírka praktických případů, ale o funkcích pojistky se nezmiňuje ani slovem. Je to zajímavé, že Holandsko nezajímá se nijak o funkce tyto, zatím co v sousední Francii nauka o těchto funkcích byla pěstována s velikým úspěchem.

Podobný úkaz vidíme v Německu, pokud nalézalo se toto pod vlivem nizozemského práva, nauka o funkcích pojistky je naprosto zanedbána, teprve až vliv Francie způsobil obrat. Pří-

¹⁰⁾ Též *Vivante C.*, *Assecurazioni* II. čís. 31.

¹¹⁾ *Lugduni Batavorum* 1744.

kladem přímo školním je *Langenbeck*,¹²⁾ jenž ve svých „Anmerkungen über das Hamburgische Schiff- und See-Recht zum Nutz und besten des Publici, nebst nöthigen Beylagen“ pojednává o pojištění v Supplementum VI., majícím nadpis von Assecuranzen. O tom, jaký význam měla pojistka pro uzavření smlouvy, *Langenbeck* nezmiňuje se ani slovem. V § 24 praví: „Was aber einmah in der Police eingefuhldt ist, kan ohne Vorwissen des Assecurateurs weder geändert noch solchen etwas hinzu gethan werden,“ zní to jako ohlas oné teorie latinských práv, o níž jsme pojednali trochu zevrubněji. I při pojištění na cizí účet nezmiňuje se *Langenbeck* o pojistce, nehledě k dispozici obnosem pojistným. Čteme-li výklady *Langenbeckovy*, neubráníme se dojmu, že zápasil s předmětem, jenž mu nebyl zcela zběžným, ač pojištění v Hamburku nebylo žádnou novinkou, an prvý rozsudek ve věcech pojišťovacích byl vydán 26. srpna 1592.

I anglické právo osvědčuje svůj vliv v severním Německu, jak tomu nasvědčuje německý překlad *Weskett-ova Digest of theory of insurance* pořízený r. 1782 *Engelbrecht-em*. Sem náleží anglo-německý spisovatel *Niclas Magen*, jenž vydal současně německy a anglicky „Versuch über Assecuranzen und Haveren“ Hamburg resp. London 1753. Leč vliv anglického práva, jako i současné anglické právo samo, byl úplně bez významu pro naše dogmatické dějiny.

86. Německou právo vědu koncem XVIII. stol. zaměstnával značně problem pojištění na cizí účet najmě případ nejmarkantnější: pojištění na účet osoby nepojmenované. Z té doby máme i samostatnou monografii této otázky věnovanou, vydal ji *Johanes Peter Sieveking* s titulem „Von der Assecuranz für Rechnung eines ungenannten Versicherten.“¹³⁾

I *Sieveking* vychází z teorie mandátní:

Wer fremdes Eigenthum gültig versichern lassen will, der muss der Regel nach dazu einen besonderen Auftrag

¹²⁾ *Herrmann Langenbeck*, *Anmerkungen*; podobně i dissertace inauguranční. *Johann Krohn* (Rostock 1725); Tr. de jure assecurationum. *Johannes Werlhosius*, *Dissertatio de instrumento assecurationis*. *Heinrich Kellinghusen*, *Dissertatio de discrimine tempestatis*.

¹³⁾ Göttingen 1791.

von dem Eigenthümer der versicherten Sache erhalten haben. Wenn der Committent so wohl selbst unmittelbar als mittelbar durch seinen Commissionair alle Verbindlichkeiten erfüllt, welche ihm gegen den Versicherer obliegen, so kann er dann auch von dem Versicherer die Erfüllung seines Versprechens fordern.

Na str. 92 opakuje známé nám již tvrzení, že pojištěný zaplativ premii pojistníku není více práv vůči pojistiteli, neučiní-li tak, má pojistitel vůči němu nárok, ale jen jako cessionář pojistníkův. V tom jest pokrok oproti teorii práv latinských, kde tato pohledávka pojistitelova za pojistníkem není nijakým způsobem vysvětlena.

Kommissionář (sc. pojistník) osoby nepojmenované je práv osobně ze zaplacení premie, i když prohlásí, že nekontrahuje pro sebe (tedy zastoupení nepřímé, abychom zůstali Sievekingově konstrukci věrni), což je výjimkou z římského práva, jak Sieveking na str. 100 nás přesvědčuje.

Zajímavým způsobem hájí Sieveking mandátní teorii:

Weiß jemand, daß sein Eigenthum der Gefahr beschädigt zu werden oder ganz umzukommen ausgesetzt ist, und es steht nur bey ihm sich gegen die Seegefahr vermittelt der Assecuranz zu sichern, er bedient sich aber dennoch dieses Mittels nicht, so ist daraus klar er wolle Gefahr selbst stehen. Nun ist es aber ein bekannter Grundsatz des natürlichen und des positiven Rechtes, daß keiner einen dritten freyen Menschen durch einen wider seinen Willen für ihn geschlossenen Contract verbindlich machen könne, folglich kann auch keiner einen andern durch die für ihn wider seinen Willen geschlossene Assecuranz verbindlich machen. Auch sieht man leicht, welche Verwirrung daraus entstehen würde, wenn es jedem erlaubt seyn sollte für die Sicherheit des andern zu sorgen und dessen Güther versichern zu lassen, indem dadurch nicht nur oft jemand gezwungen seyn würde, sich wider seinen Willen versichern zu lassen, sondern auch oft eine und dieselbe Person wegen einer und derselben Gefahr mehr wie Ein Mahl versichert werden würde, welches doch nicht zulässig ist.

Poněvadž smlouva ve prospěch osoby třetí není přípustna, jest na pojistníka pohlížeti jako na zástupce pojištěného a vyžadovati jest příkaz tohoto neb včasnou ratihabici. Sievekingovi jest patrna nesrovnalost, jaká jest způsobena touto mandátní teorií, ale snaží se pojištění na účet osoby nepojmenované zachrániti tím, že prohlásí pojistníka za zástupce pojištěného, neboť jinak by musil stáhnouti ku smlouvě ve prospěch osoby třetí, která však dle tehdejšího právního názoru nebyla možna.

Kommissionář (sc. pojistník) má retenční právo na pojistce (str. 66), tím označen jest úzký vztah mezi pojistkou a pohledávkou z ní a v souhlasu s tím praví dále:

Hat der Commissionair den Auftrag zur Einkassirung der Versicherungssumme erhalten, und ist er im Besitze der Police, des Connosements, und der übrigen Beweise der Wirklichkeit und Größe des erlittenen Schadens erforderlichen Documente so ist er berechtigt von dem Assecurateur, N a h m e n s d e s s e n für wessen Rechnung die Assecuranz geschlossen worden (einzukassiren).

Pojistník vystupuje v tomto případě jako přímý zástupce pojištěného, jehož osobu representuje, tu pojistník by měl vykonávati všechna práva, která přísluší pojištěnému, avšak ne tak dle Sievekinga. Můžeť pojistitel kompensovati pohledávku dlužné premie, kterou má za pojistníkem, s pohledávkou obnosu pojištěného, vyplácí-li ho pojistníku, nikoliv však vyplácí-li ho pojištěnému anebo jinému jeho zmocněnci. (§ 82). A tak nalézá se Sieveking již zcela ve vleku francouzské doktriny, která je representována Emérigonem a Valinem.

87. Konec této periody a počátek nové znamená spis „System des Assecuranz- und Bodmerywesens“, který napsal na počátku XIX. století hamburský kupec Wilhelm Benecke.¹⁴⁾

O uzavření smlouvy pojišťovací pronáší Benecke tato slova:

So wie der Versicherungs-Contract, welcher durch die mündliche Abschließung des Maklers schon für beide Theile bindend wird, durch die bloße Unterschrift des Versicherers, ohne weitere Formalitäten als vollzogen zu betrachten ist . . .¹⁵⁾

¹⁴⁾ R. 1807 a násl.

¹⁵⁾ Sv. IV. str. 367.

V prvním případě praví Benecke „ist bindend“ a ve druhém „ist vollzogen“, rozlišuje závaznost a perfekci smlouvy. Jak viděti, u Benecke-ho zápasí opět ony dvě tendence: smlouva konsensuální se skripturou a Benecke umí je zrovna tak málo v soulad uvést jako jeho současník Baldasseroni. Konstrukce Benecke-ho opětuje se s menšími nebo většími odchylkami v německé literatuře po celé devatenácté století a ještě dnes je teorie i praxe vůči tomuto problému zrovna tak bezradna jako před sto lety.¹⁶⁾

O pojistce doručiteli znějící, praví Benecke:

Es folgt aus dem Gesetzen, daß der Name dessen, der die Versicherung ausrichtet, jedesmal in der Police ausgedrückt werden müsse, wenn nicht die Praemie baar bezahlt oder von dem Makler wegen der Rechtlichkeit des Geschäfts geschuldet wird, wenn er sich auf den Makler allein verlassen will, wie dies bei Policen an Zeiger stattfindet; daß aber der Name des eigentlichen Versicherten, oder die Erklärung, daß der, welcher die Versicherung ausrichtet, zugleich der eigentliche Versicherte sey nur dann notwendig angegeben werden müsse, wenn es zur hinlänglichen Bezeichnung des versicherten Gegenstandes erforderlich ist.¹⁷⁾

Tato konstrukce Beneckova není zcela bezvadnou, neboť pojistitel kontrahuje s osobou mu neznámou, která není individualizována, tedy se stínem smluvníka, nikoli však se smluvníkem samotným, a sensál, jenž jediný je vůči pojistiteli práv ze zaplacení premie, není smluvníkem, je práv ze závazku cizího, tedy rukojmím.

Náležitý názor na toto místo nabudeme, přehlédneme-li si výklady o změně věitele obnosu pojistného.

Jeder Eigenthümer einer Police hat das Recht, dieselbe mit dem Gegenstande der Versicherung — změna pojištěného — oder auch ohne denselben, einem andern zu übertragen. Der Cessionarius tritt dann ganz in die Stelle des Cedenten,

¹⁶⁾ Proto jest o tom pojednati v díle druhém.

¹⁷⁾ Benecke sv. I. str. 6 násl.

und dem Versicherer bleiben alle Einreden gegen den ersten offen, welche er dem letztern entgegenzusetzen gehabt hätte. Diese Einreden betreffen entweder den Contract an sich selbst oder die Gegenforderung an den Versicherten. Die ersten können dem Versicherer durch keine Uebertragung der Police genommen werden; in Ansehung des letztern kommt es auf den Inhalt der Police an. Ist diese an den Zeiger, oder mit der Klausel, dem Inhaber zahlbar ausgestellt . . . so hat der Versicherer durch Annahme dieser Clausel zu verstehen gegeben, daß er auf Compensation Verzicht leiste, indem er sich unbedingt verbindlich macht, dem den vorfallenden Schaden zu bezahlen, der sich als Besitzer der Police legitimirt, und die nöthigen Beweise der Wirklichkeit und Größe des Verlustes beibringt.¹⁸⁾

Konstrukce tato přejata je z Emérigona; o čem tento ještě pochyboval a jen hypoteticky se vyjadřoval, bře Benecke jako skutečnost. Jinak konstrukce Beneckova, ač jeví se ucelenější než konstrukce Emérigonova, nemůže býti bez námitek přijata, ana obsahuje fikci, že pojistitel tím, že vydal pojistku au porteur, vzdal se námitek, pocházejících z předchůdců přínoscových. Bez fikce nedovedl nám tedy Benecke říci, proč jsou přípustny námitky ze smlouvy pojišťovací a proč jsou vyloučeny námitky z osoby předchůdce. Ještě i Beneckeho nástupci až skoro do sklonku 19. století nedovedli nám to říci ani zákonodárci neujasnili problém, jak nám dokazuje znění čl. 303 obch. zák.

O pojištění na cizí účet praví Benecke toto:

So wie überhaupt in den Geschäften des bürgerlichen Lebens niemand für einen andern handeln oder contrahiren kann, ohne von denselben dazu beauftragt zu seyn, so ist dies auch bei dem Assekuranzgeschäfte der Fall. Ist gleich die Anzeige, für wessen Rechnung eine Assekuranz geschlossen werde, bei Vollziehung des Contracts nicht nothwendig, so ist es doch eine unbezweifelte Pflicht dessen, der die Assekuranz nicht für sich selbst, sondern für eines Dritten Rechnung ausgerichtet hat, seinen zu rechter Zeit gehalten Auftrag zu

¹⁸⁾ Tamtéž.

beweisen, wenn die Entschädigung für einen vorgefallenen Verlust eingezogen werden soll.¹⁹⁾ Ratihabice nastati musí před příhodou pojistnou. (Sv. I. str. 319.)

Tím mandátní teorie pojištění na cizí účet provedena opět v plné ryzosti a proto též tato slova „wer durch Vermittelung eines Commissionairs eine Versicherung ausrichten läßt, der tritt dadurch mit seinem Versicherer b e i n a h e in dasselbe Verhältniss, in welches er durch eigne Besorgung der Versicherung genommen wurde“. Tedy pojistník je málem přímým zástupcem pojištěného, vždyť praví o pojištěném a pojistiteli „Hauptkontrahenten“.²⁰⁾

V témže okamžiku opouští však přímé zastoupení a praví:

Weil nun der Versicherer diesen, und nicht den Versicherten für die Præmie belastet, so folgt daraus, daß der Versicherte dem Commissionair, und nicht dem Versicherer die Præmie schuldig werde, der Versicherte braucht demnach dem Versicherer nur dann für die Præmie aufzukommen, wenn er sie seinem Commissionair nicht vergüthet hat, und wenn dieser seine Forderung der Versicherer cedirt.

Tedy pokud se týče vzniku práv pojištěného, zastoupení přímé: právo nabývá pojištěný přímo ze smlouvy a jemu může pojistitel namítati též nedostatky smlouvy, ohledně samostatných práv pojistitelových zastoupení nepřímé. Neřekl by Benecke, kdyby žil o sto let později, že taková smlouva je smlouvou ve prospěch osoby třetí? Ovšem pak by zbytečným byl příkaz resp. ratihabicio, která Beneckovi dělá tolik starostí.

Kommissionář může disponovati obnosem pojistným, má-li plnou moc: „Eine Besondere Vollmacht des Versicherten ist hiezu nicht erforderlich; der Besitz der Police und der übrigen Dokumente ist nämlich schon hinreichender Beweis der vom Eigenthümer erhaltenen Order.“ Dle těchto slov tato funkce pojistky jeví se slabší než u Azzuniho a Emérigona, neb má býti pouze průvodem plné moci (ovšem fingovaným!), a tato konstrukce je ve shodě s výše oceněnou teorií mandátní. Než přece je více než průvodem: „Auch wagt der Versicherer, der den Besitz dieser

¹⁹⁾ Tamtéž str. 308.

²⁰⁾ Tamtéž str. 373.

Dokumente als eine Vollmacht zur Erhebung der Gelder ansieht, gar nichts, weil an ihn niemand mehr Forderung machen kann, sobald er die Police zurückerhalten, oder seine Unterschrift ausgelöscht hat.“

Tím by pohledávka z pojistky byla spiata s pojistkou takto: pohledávka existuje jen potud, pokud se nevrátila pojistka ku pojistiteli nebo pokud tento nezničí svůj podpis. Je tedy pojistka papírem výplatným.

Celkem můžeme říci o Beneckovi, že je též ve vleku francouzské doktriny, že však nevždy šťastně hledí některé otázky rozřešení fikcemi (při au porteur- pojistce, při legitimační funkci pojistky). Podotknouti dlužno i zde, že názory Benecke-ovy byly směrodatnými po celé 19. století v Německu a že celkem málo nových problémů se vyskytlo a staré lépe že rozřešeny byly.

KAPITOLA VII.

Všeobecný přehled vývoje pojistky a vyhlídky do století devatenáctého.

88. Pokusíme se stručně shrnouti výsledky našich dosavadních úvah a rozborů, abychom tak nabyli jasnějšího obrázku, které skutečnosti byly základem novodobých kodifikací v tomto směru. Tyto novodobé kodifikace, které v úvahu přicházejí, jsou tyto: Code commercial, Allgemeines Preussisches Landrecht, občanský a obchodní zákonník a jeho odnož uherský obchodní zákonník. Těmito zákonníky je representováno v hlavních rysech západoevropské právo pojišťovací v devatenáctém století.

89. Nejprve jest nám shrnouti dějiny názvu listiny, která byla zřízena o smlouvě pojišťovací. V našem jazyku nazýváme ji pojistkou, slovo to bylo vytvořeno uměle před nedávnem a nemá žádné historie. Historickým a mezinárodním názvem listiny, o smlouvě pojišťovací zřízené, je „polizza“ nebo francouzský tvar tohoto slova „police“. A dějiny tohoto slova pokusíme se vylíčiti.

Názvem tím označována listina ve všech románských zemích vyjímaje Portugalsko, varianty slova toho jsou v jednotných řečech tyto: v italštině má formu „polizza“, ve španělštině „poliza“, ve starší, jak jsme viděli, „poliça“, v katalonštině „polissa“, v provensalštině „polissia“, ve frančtině od 14. století „police“ a v polorománské řeči, angličtině „policy“. Slovo to nepochází, jak mnozí se domnívali (Savary) od pollicor, nýbrž od slova pollex, pollicis, palec. Kmen se změnil ve frančtině i přízvuk. Dle způsobu přehlasování pochází slovo to asi z italštiny. K vývoji tohoto slova jest podotknouti, že ve středověké latině bylo užíváno slova „pollex“

ve smyslu pečet (*Ducange, Glossarium*) a znamená polizza původně listinu pečetí opatřenou, tedy listinu solenní a nikoliv pouhý záznam právního jednání. (*Dietz, Etymologisches Wörterbuch*, naproti tomu *Scheeler* tamtéž od polyptichum — ἀπόδειξις).

V Itálii se původně tohoto názvu pro pojistku neužívá, jesti pojistka ve středověku a na začátku novověku listinou bezjmenou. V Janově nazývá se pojistka, byla-li listinou notářskou, instrumentum, a byla-li listinou soukromou, apodisia jako každá jiná listina tohoto druhu. Ve Florencii se mluví o „scritta“, v Lucce o „scritto“, o „fogli“ v Neapoli. *Straccha* ve svém traktátu de assecurationibus cituje formuli florentské pojistky, avšak nenadepíše ji polizza s příslušnou klausulí „ut vulgo dicitur“ assecurationis, nýbrž formula assecurationis. Ani barcelonské ordonnance neužívají katolonské formy polissa, nýbrž mluví o „carta“ a „scriptura“, označující prvním názvem listinu notářskou a druhým listinu soukromou. Teprve ve statutech španělských počíná se užívati slova poliça resp. poliza pro pojistku a to buď ve spojení poliça de seguredat anebo pouze poliça. Tento název má pojistka proto, poněvadž je listinou a ve španělštině listina se nazývá poliza, neužívá se však tohoto slova nikterak ve významu technickém, jak souditi můžeme ze solenní formule burgoských ordonnancí: smlouva pojišťovací nemá býti platnou en poliça, ni fuera della, ni en confiança ni en otra manera. Stejně jako ve Španělsku užívá se ve Francii názvu police d'assurance.

V zemích nerománských spolu s pojišťovací smlouvou recipováno bylo i slovo polizza. Na severu však neznamenala polizza listinu vůbec, tam měli pro ten pojem názvy jiné a polizza měla hned z počátku rozsah daleko užší než v jazycích románských. V Holandsku používá se názvu police van assecurantien, (Rotterdam 1604, 1631) někdy střídavě s instrument van versekeringe (Antwerpy 1563, Amsterdam 1598). Nápadným je francouzská forma slova „police“, nehledíme-li k linguistickému výkladu — k němuž nejsem legitimován, — musíme z něho souditi, že recepce pojišťovacího práva nedála se v Holandsku a Belgii bez vlivu francouzského práva a z této okolnosti můžeme též souditi, že Guidon působil i zde za hranicemi své vlasti. Z Holandska rozšiřuje se pojišťovací smlouva dále na sever do Anglie a pojistka se jmenuje policy of assurance, do Švédska a pojistka má název

Försökringa Bref anebo Policer. Ve Švédsku v 17. století po první pojistka se nazývá románským slovem třebaš pozměněným „Policer“ beze všech přídavek. V německé řeči možno zjistiti dvojitý vliv na severu Německa jmenuje se pojistka francouzsky „Police“, tato skutečnost je pro dějiny našeho dogmatu proto důležitá, poněvadž potvrzuje domněnku výše vyslovenou o vlivu francouzského práva, v Rakousku vlivem Terstu, střediska to obchodu pojišťovacího, znetvořeně italsky „Polizze“, mimo to užívá se v německé řeči tu a tam i německých překladů tohoto slova.

90. Nejzajímavější částí našich úvah bylo určití jakým způsobem spojil se vznik smlouvy pojišťovací s pojistkou. Bylo to též zajímavé proto, poněvadž jsme mohli zjistiti jak velký vliv vykonávala pojistka na vývoji kausy smlouvy pojišťovací. Již v Janově ve čtrnáctém století jsme zjistili, že vznik závazku pojistitelova souvisí s vydáním pojistky a že tento závazek je abstraktní a formální. Je odloučen od své kausy, která na něj působí pouze jako výminka. Vzájemný pak závazek pojistníkův vznikl z jiného důvodu, a bylo tedy k dosažení dnešní pojišťovací smlouvy zapotřebí smluv dvou. To bylo asi stádium vzájemných stipulací, které dnes tak mnohému zdají se býti záhadné. Podobně soudíme ze stylisace florentské pojistky, a též z její exekutivní funkce, že závazek pojistitelův byl nezávislý na placení, po př. na závazku k placení pojistného, že byl povahy abstraktní. Tomu neodporuje ani znění pojistky pisanské, která referuje o tom, co se sběhlo mezi pojistníkem a pojistitelem, právě z tohoto referujícího tonu nemůžeme souditi, že závazek pojistitelův závisí na vzájemném nároku pojistitelově. Pisánská pojistka nám jen doplňuje onen obraz, jakým způsobem v Toskánsku uzavírána bývala smlouva pojišťovací. Pojistné bylo placeno ihned při uzavření smlouvy a závazek pojistitelův připínal se k pojistce. Janov, Florencie a Pisa jsou podkladem ordonnancí barcelonských. V Barceloně podařilo se nám zjistiti, že pojistné placeno má býti při uzavření smlouvy pojišťovací, tedy stejně jako v Toskánsku. Avšak v barcelonských ordonnancích můžeme již bezpečně zjistiti, že oba vzájemné závazky vznikají jedinou smlouvou, a v tom právě je pokrok oproti Itálii. V ordonnanci z r. 1435 jsme zjistili, že závazek pojistníka vzniká a zaniká zaplacením pojistného, závazek pak pojistitelův vzniká přísahou; k těmto skutečnostem musí

přistoupiti podpis na pojistce. Tak oba vzájemné závazky vznikají též pojistkou a pojišťovací smlouva je formální smlouva písemné formy. Deformace nastává v následujících statutech z r. 1458, resp. z r. 1484. Ke vzniku závazku pojistitelova nenáleží více pouze přísaha, k ní přistupuje i jeho podpis na pojistce. Tak pojistka, která byla dle ordonnancí z r. 1435 jen formou smlouvy, byť i nutnou, vniká v těchto ordonnancích až k srdci smlouvy pojišťovací, uchvacuje jeden ze závazků smluvních a spojuje se s ním co nejtěsněji. Vedle toho zachovává svoji dřívější funkci formy smluvní. Již výše vyslovili jsme domněnku, že tato deformace se stala vlivem Janova, kde přece pojistka byla nutnou náležitostí vzniku závazku pojistitelova formou tak nutnou, jako je dnes směnka ku vzniku závazků směnečných. Již tedy ve středověku můžeme zjistiti počátky oněch dvou protichůdných tendencí: proměnění smlouvy pojišťovací v kontrakt konsensuální, tato tendence se vyvinula pouze až ke kontraktu innominátnímu, a naproti tomu tendenci proměnění závazek pojistitelův v jednostranný závazek skripturní, v tomto směru vývoj dospěl až k tomu, že podpis pojistitelův na pojistce vylučuje poenitentii. Boj pak se svádí ve statutech XVI. a XVII. století. Ve Španělsku vítězí v XVI. století tendence první. V Burgos, Seville, Bilbao je pojišťovací smlouva kontraktem konsensuálním písemné formy. Obzvláště v Seville úzce spojují se oba závazky smluvní, takže statut opravňuje pojistitele k námitce, že vzájemný závazek nebyl splněn. Na severu o několik set let později přichází ke stejnému výsledku pruský See-Recht z r. 1727. I náš Rakouský občanský zákoník možno sem čítati, jak vyplývá ze stylisace § 1288 a najmě ze slov „gewissen Preis“, „bedungenen Ersatz“. Ovšem zde zvítězila ještě jedna tendence: teorie přirozeného práva, tehdy panující, měla za to, že formou smluv je jedině souhlas smluvníků a proto nezmiňuje se občanský zákoník o písemné formě, tím méně ji předepisuje. Na tom nemění nic ani vládní osnova zákona o smlouvě pojišťovací r. 1907 panské sněmovně předložená.

Ne tak daleko dospěl princip konsensuality v ostatních zemích. Tu opět zdůrazniti jest, kterakým způsobem uzavírána bývá smlouva pojišťovací: pojistník vyhledal sensála, ten sepsal listinu-pojistku a sensál odebral se s ní k pojistitelům, kteří svým podpisem na pojistce prohlašovali, že chtějí převzítí risiko v mezích

písemné akceptace. Tato skutečnost podporovala onen princip skripturnosti, avšak nezvítězil nikde a nikdy tento princip úplně, neboť byl vždy donucen ke kompromisu s principem konsensuality. Kompromis tento můžeme zjistiti ve všech statutech italských z počátku novověku. Ve statutech florentských z druhého desetiletí století XVI. jsme zjistili deformovaný innominátní kontrakt, v němž závazek pojistitelův vzniká vydáním pojistky a závazky obou smluvníků mají vzniknouti ve stejném okamžiku, t. j. v krátkém intervallu. Ohlas onoho principu skripturnosti můžeme spatřovati i ve statutech luckanských ve slovech, že pojistitel jest práv, „secondo il tenore dello scritto“, ačkoliv zjistili jsme historicky, že tato slova pocházejí též z exekutivního procesu, nicméně analýsí poznali bychom zcela jasně, že pohledávka pojistná má tendenci proměnit se v jednostranný závazek skripturní. I francouzský „Guidon de la mer“ je plodem tohoto kompromisu. V tomto francouzském právním pramenu máme zřejmě vytčeno, že závazek pojistitelův vzniká podpisem na pojistce, avšak — a v tom spočívá onen kompromis — podpis musí se státi se svolením pojistníkovým a strany musí se shodnouti na výši pojistného. Z těchto okolností mám za to, že na Guidon působilo právo barcelonské a janovské, toto stipulačním závazkem, ono innominátním kontraktem. Domnívám se, že sem náleží i právo hollandské, že tedy i dle tohoto práva vzniká závazek pojistitelův podpisem jeho na pojistce, ale na druhé straně nutno uvážiti, že v ustanovení o přesných lhůtách placení pojistného možno shledávati nejen tendenci proměnit závazek pojistitelův v abstraktní závazek skripturní, nýbrž i vliv exceptio non adimpleti contractus práva španělského. A tak ocitá se právo hollandské na hranicích obou těchto právních oblastí. V Německu pak vyvíjí se hollandské právo dále a přichází k stejným výsledkům jako právo španělské, vítězí v něm totiž princip konsensuality. Naproti tomu ve francouzské doktríně osmnáctého století dochází vyvrcholení princip skripturnosti a podpis pojistitelův na pojistce nabývá skoro takového významu, že hrozí rozvrátiti smlouvu pojišťovací. Francouzský pak code de commerce nařizuje, že pojišťovací smlouva má býti uzavřena písemně a datum uzavření smlouvy jest den, kdy byla pojistka podepsána (čl. 332). V tomto ustanovení patrný jsou vlivy svrchu vylíčené, princip konsensuality sice převládá než moment

skripturnosti nebyl zatlačen úplně do pozadí tímto ustanovením, avšak zatlačován byl tím, že obě strany podepisovaly pojistku. Tak se stalo, že i v devatenáctém století ve Francii princip skripturnosti odumírá (srov. *Simonin*, Jurisprudence général des Assurances). Code de commerce má svého dvojníka v II. 8 A. P. Landrecht § 2004, 2064, 2065, 2066, 2067, 2068, 2097 a v uherském obchod. zákonníku čl. 468.

Do tohoto vývoje vniká nový typ pojistky, pojistky vydané pojišťovací společností, která podmiňuje závazek pojistitelův, t. zv. výplatou pojistky. Zprvu nesměle vniká tento typ do obchodu pojišťovacího, pak však stále mocněji a mocněji, až konečně v druhé polovici devatenáctého století zachvátí celý obchod pojišťovací. Teorie a praxe nevěnují dlouho tomuto útvaru žádné pozornosti, až teprve koncem devatenáctého století a počátkem dvacátého svádějí se prudké boje o právní povahu tohoto právního útvaru. Boje ty nejsou nikterak jen akademického významu, v nich zračí se všechny protichůdné zájmy pojištěných a pojišťoven. Z tohoto pak důvodu pojednáme o tomto právním útvaru až ve druhém díle a v tomto zjistíme jen historické základy: výplata pojistky má význam podpisu pojistitelova na pojistce.

Dále několik slov o spisovatelích. Přiznávám se, že jsem byl dlouho zaujat proti starším spisovatelům, kteří psali o právní povaze smlouvy pojišťovací, mluvíce jednou o kontraktu innominátním, jindy o stipulacích a podobně. I já domníval jsem se, že to jsou scholastické hříčky beze všeho podkladu, ale rozborem statut přicházel jsem k výsledkům, které mne nanejvýše překvapovaly a shledával jsem, že ony konstrukce nejsou nijaké scholastické hříčky, nýbrž že mají reálný podklad ve statutech současných. Tolik na obranu dobrého jména těch spisovatelů.

Nepodařilo se mi sice zjistiti, zda a kdy podepisována bývala pojistka oběma stranami, avšak právě ze slov Emérigonových, a z ostatních známek soudím, že neměl podpis pojistníkův na pojistce žádného velikého významu. Objasněme si situaci. Pojistitel podepisuje pojistku v nepřítomnosti pojistníkově, zda souhlas s podpisem pojistitelovým pojistník projeví podpisem nebo ne, je pro vývoj dispositivní funkce pojistky irrelevantní.

Ve všech statutech více nebo méně jasně je vysloveno, že pojišťovací smlouvy uzavřené s jednotlivými pojistiteli, mají-li stejný

obsah a jsou-li obsaženy v téže pojistce považují se za jeden celek, tato skutečnost měla značný praktický význam při stanovení pojmu pojištění dvojitého. Pro naši úvahu je tato okolnost proto zajímavá, poněvadž tato funkce pojistky je úzce spjata s její funkcí genetickou, ba mnohdy je pouhou výslednicí funkce genetické.

Konečně podotýkám a znovu podtrhuji: nařizují-li latinská práva písemnou formu smlouvy, nemůžeme jen z toho usuzovati, že ona listina je listinou dispositivní.

91. Až dosud zcela neprobádaným zůstal problém, jakým způsobem působilo pojištění na účet osoby nepojmenované na vývoj cenného papíru. Výsledky našeho bádání budtež zde v krátkosti systematicky podány. S pojištěním na cizí účet shledáváme se poprvé v ordonnancích barcelonských. Právní útvar je velmi jednoduchý: pojistník je mandatářem pojištěného a musí ho v pojistce pojmenovati, pojistníku jest se vykázati plnou mocí anebo má naznačiti, že jedná jako jednatel bez příkazu, a pak přejímá závazek, že pojištěný též skutečně smlouvu pojišťovací schválí. Počátkem šestnáctého století tento právní útvar vyvíjí se ve Florencii a je obohacen o pojištění na účet osoby nepojmenované. Ve Florencii chová tento způsob pojištění prvky pojištění sázkového, ve Burgos pak snaží se ordonnance tyto prvky odstraniti a ustanovují, jakým způsobem může jméno pojištěného býti vynecháno. To jsou asi základy pojištění na účet osoby nepojmenované. Od druhé polovice šestnáctého století věnuje právní literatura tomuto útvaru značnou pozornost, takže zcela jasně můžeme viděti, jakým způsobem se vyvíjí tento právní útvar. U *Stracchy* je kontrahentem pojištěný a pojistník jest jen jeho zástupcem, proto závisí platnost smlouvy zcela na plné moci pojistníkově anebo ratihabici pojištěného, která ovšem musí nastati před příhodou pojistnou. S prvkem sázkového pojištění shledáváme se opět u spisovatele *Franceco Rocco*, dle něhož doložka „a chi spettasse“ má usnadniti důkaz vlastnictví věcí pojištěných, mimo to *Rocco* zachovává zcela konstrukci mandátní jako *Straccha*.

Casaregis rozlišuje pojištění na účet osoby pojmenované, na účet, jehož se to týče, a na účet osoby, která má býti pojmenována. Byla-li osoba pojmenována, nabývá tím tato všech práv ze smlouvy a pojistník jich pozbývá, jinak zůstává pojistník oprávněným.

Ve druhém případě pak, kdo prokáže svůj interest na pojištěných věcech, je pojištěným. Zde obraz se již poněkud mění. Bylo-li uzavřeno pojištění na účet osoby pojmenované, tu je pojistník přímým zástupcem pojištěného, bylo-li však uzavřeno na účet osoby nepojmenované, tu již ztěžší můžeme mluvíti o zastoupení, neboť *Casaregis* deformuje zastoupení velmi mnohými prvky smlouvy ve prospěch osoby třetí, a odtud ten častý nesoulad v bádání *Casaregis-ovč*. Nástupce svého učení nalezl *Casaregis* ve francouzských spisovatelích XVIII. století. *Valin-ova* konstrukce vychází z předpokladu, že pojistník je mandatářem pojištěného a nyní deformuje tuto, pokud se týče pojištění na účet osoby nepojmenované: byl-li pojištěný pojmenován až po příhodě pojistné, nabývá sice oprávnění ze smlouvy, nicméně pojistník zůstává zavázán k placení premie. K tomu připojuje se počátek výplatného papíru: kommissionář-pojistník může vykonávati práva pojištěného s papírem v ruce. *Balthazar Emérigon* přidržuje se celkem učení *Valinova*, ale míní, že pojištěný jen tehdy, není práv z nezaplacené premie, když byl zaplatil dříve tuto svému kommissionáři. Při pojištění na účet osoby nepojmenované je ona osoba oprávněná, která může předložiti konnosament, s pojistkou shodný. Kommissionář-pojistník, máje pojistku v ruce, je oprávněn zboží pojištěné abandonovati a obnos pojistný vyzvednouti.

Na teorii těchto Francouzů navazují Němci *Sievekink* a *Bencke*. Onen vysvětluje, proč má pojistitel žalobní právo proti pojištěnému v pojistce nepojmenovanému, když tento nezaplatil pojistníku premii, žalobní právo přísluší tu prý totiž pojistiteli jako cessionáři pojistníkovu. Jinak je *Sievekink* zcela ve vleku francouzské doktriny. Kommissionář má dle *Sievekinga* retenční právo na pojistce a může s pohledávkou pojistnou disponovati, pokud má pojistku v ruce, ale jen jménem pojištěného. Dle *Bencke-ho* nabývá pojištěný v pojistce nepojmenovaný všechna práva přímo ze smlouvy, závazků však nepřejímá, z těch zůstává práv pojištěný, a přece je i zde pojistník pouhým zástupcem pojištěného. Kommissionář má pak stejná disposiční oprávnění jako u spisovatele předcházejícího.

Pruský pak *Landrecht* v plném rozsahu přijímá konstrukci mandátní v II. 8. §§ 1945, 1948, 1950 a nyní praví zcela ve shodě s těmito spisovateli v

§ 2105. Ein Commissionair, welcher nicht auf den Namen des Committenten, sondern auf seinen eigenen Versicherung nimmt, haftet für die Praemie als Selbschuldner.

§ 2106. Der Versicherer ist aber auch befugt, die Praemie, wenn er will von dem Committenten selbst zu fordern.

Jest podotknouti, že tato ustanovení platila v Prusku, až do r. 1910, že působila na teorii a praxi a že tato teorie a praxe působila opět na naše poměry.

Mandátní teorie pojištění na cizí účet vítězně opanovala pole i v německém obchodním zákonníku, kde však redaktoři byli donuceni k jistým ústupkům, jak z následujícího patrně.

Čl. 785. Der Versicherungsnehmer kann entweder sein eigenes Interesse (Versicherung für eigene Rechnung) oder das Interesse eines Dritten (Versicherung für fremde Rechnung) und in dem letzterem Falle mit oder ohne Bezeichnung der Person des Versicherten unter Versicherung bringen.

Es kann im Vertrag auch unbestimmt gelassen werden, ob die Versicherung für eigene oder für fremde Rechnung genommen wird (für Rechnung „wen es angeht“). Ergiebt sich bei einer Versicherung für Rechnung „wen es angeht“, daß dieselbe für fremde Rechnung genommen ist, so kommen die Vorschriften über die Versicherung für fremde Rechnung zur Anwendung.

Touto větou snažil se korigovatí zákonník dřívější teorie a vyhnouti se tak absurdnostem. Nejzajímavější je:

Čl. 786. Die Versicherung für fremde Rechnung ist für den Versicherer nur dann verbindlich, wenn entweder der Versicherungsnehmer zur Eingehung derselben von dem Versicherten beauftragt oder wenn der Mangel eines solchen Auftrages von dem Versicherungsnehmer bei dem Abschluß des Vertrages dem Versicherer angezeigt wird.

Ist die Anzeige unterlassen, so kann der Mangel des Auftrages dadurch nicht ersetzt werden, daß der Versicherte die Versicherung nachträglich genehmigt.

Ist die Anzeige erfolgt, so ist die Verbindlichkeit der Versicherung für den Versicherer von der nachträglichen Genehmigung nicht abhängig.

Těmito dvěma posledními větami odstranil zákonodárce problem ratihabice, s ním tak mnohý si nevěděl rady; ovšem do konstrukce mandátní byl tím vnesen nový ton a poměr mezi pojištěním a pojistníkem upraven byl tak, že věru těžko mluvíti o nějakém zastoupení. Konečně čl. 787 zasazuje konstrukci mandátní smrtelnou ránu:

Ist die Versicherung von einem Bevollmächtigten, von einem Geschäftsführer ohne Auftrag, oder von einem sonstigen Vertreter des Versicherten in dessen Namen geschlossen, so ist im Sinne dieses Gesetzes weder der Vertreter Versicherungsnehmer, noch die Versicherung selbst eine Versicherung für fremde Rechnung.

92. Teprve v osmnáctém století počíná se uvažovati o tom, zda pojistka může býti au-porteur nebo order-papírem a hned v této době můžeme zjistiti veliký vliv právě vylíčeného pojištění na účet osoby nepojmenované. Sice již ve stoletích předcházejících objevovaly se sporadicky doložky na řád nebo doručiteli znějící, avšak zmizely vždy, aniž zanechaly trvalých stop, nemohli jsme také zjistiti nějakého organického spojení těchto doložek s pojišťovací smlouvou, jen v Lucce podařilo se nám zjistiti, že doložka presentační vyplývá z organizace smlouvy pojišťovací. Tyto doložky zůstaly nepovšimnuty, jak klassicky nám dokazuje *Straccha*. Než vyvíjející se novověký cenný papír zachvátil i pojistku a v osmnáctém století soudům francouzským bylo rozhodnouti do jaké míry může býti pojistka cenným papírem najmě ordre-papírem a rozhodly částečně, že může míti ordre-qualitu stejně jako směnka, že stejně jako při směnce mají býti vyloučeny námitky z osob předchůdců. Proti tomu povstal odpor a zůstal nevyřízen a problem nevyšvětlen až na naše dny. Toto jsou, abych tak řekl, vlivy vnější. Výrazu došla tato ordre-pojistka ve švédském zákonodárství z r. 1750, v německo-rakouském obchodním zákonníku ve čl. 302 a 303.

Než k au-porteur-pojistce propracuje se i pojišťovací smlouva. Poukázali jsme na laxní praxi francouzskou a jaké důsledky z ní vyvozují *Valin* a *Emérigon*; najmě u tohoto posledního splývá pojištěný pojistky na účet, jehož se to týče, s přínosem au-porteur-pojistky a tu není divu, že fridericiánská ordonnance oba druhy pojistek postavila na roveň. Tak tomu v doktríně románských

práv i dnes. Ustanovení fridericiánské ordonnance opakuje se v II. 8. A. Preus. Landrecht § 2281 a platilo v Prusku v pojištění nemaritímním až do r. 1910. V tomto směru se pojistka ve století devatenáctém nevyvíjí.

Z pojištění na cizí účet vyvíjí se pak další funkce pojistky: pojistník, máje pojistku v rukou, může disponovati obnosem pojistným nejprve jako zástupce pojištěného (Valin), pak jménem vlastním (Emérigon). V Německu pak Sievekingem a Beneckem je recipován názor Valinův, než Benecke rozvíjí tuto funkci tím způsobem, že pohledávka pojistná se zruší, jakmile pojistitel opět obdrží pojistku anebo svůj podpis zničí. Tu osvobozuje se již tato funkce pojistky a dává se nám základ odstavce III. čl. 303 ob. zák. Názor Benecke-ův došel výrazu v něm. obch. zák.:

Čl. 891. Bei der Versicherung für fremde Rechnung ist der Versicherungsnehmer ohne Beibringung einer Vollmacht des Versicherten legitimiert, über Rechte, welche in dem Versicherungsvertrage ausbedungen sind zu verfügen, sowie die Versicherungsgelder zu erheben und einzuklagen.

Čl. 892. Diese Bestimmung gilt, im Falle der Erteilung einer Police aber nur dann, wenn der Versicherungsnehmer sie beibringt.

Ustanovení tato rozšířena byla zákonem ze dne 30. května r. 1908 RGBI. str. 307, takže dnes dle německého práva každá námořská pojistka je cenným papírem.

OBSAH.

	Strana
Kapitola úvodní	2
<i>Dějiny dogmatu</i>	38
<i>Kapitola I.</i> Pojistka ve středověké Itálii	38
<i>Kapitola II.</i> Ordonnance barcelonské	68
<i>Kapitola III.</i> Pojistka ve statutech od počátku novověku až do Ordonnance de la Marine	85
<i>Kapitola IV.</i> Pojistka ve století šestnáctém a sedmnáctém v teorii a praxi	110
<i>Kapitola V.</i> Pojistka v románských zemích od Ordonnance de la Marine do Code Civil	123
<i>Kapitola VI.</i> Pojistka v XVIII. věku v zemích severních	144
<i>Kapitola VII.</i> Všeobecný přehled vývoje pojistky a vyhlídky do století devatenáctého	156