

Studie k civilnímu procesu římskému.¹⁾

Podává dr. *Leopold Heyrovský*.

VIII.

*Stipulationes praetoriae.*²⁾

I. Magistrát (praetor, aedil kurulský, místodržící v provincii) poskytoval druhdy svou právní ochranu dožadující se jí straně v ten způsob, že jejímu odpůrci ukládal, by se jí zavázal kontraktem veřejným, *stipulatione*, a opatřil jí tím obligační nárok žalovatelný *iure civili* (*actio ex stipulatu*). Takové po magistrátském právu vynutitelné stipulace slují *stipulationes praetoriae*, ve kterémžto výraze jsou zahrnuty též *stipulationes aediliciae*.³⁾ Poskytující straně jistotu pro její nárok, slovou jako *stipulationes* vůbec též *cautiones*.⁴⁾ Možná, že *stipulationes praetoriae* vyskytovaly se již za vlády legisakcí.⁵⁾

¹⁾ Viz Sborník XI 231 ns., 242 ns.; XIII 121; XIV 229 ns.; XVI 329 ns.

²⁾ D. de stipulationibus praetoriis 46, 5; *Keller*, Der röm. Civilprocess § 77; *Rudorff*, Röm. Rechtsgeschichte 2 § 56; *Bethmann-Hollweg*, Der röm. Civilprocess 2, § 119; *Bertolini*, Il Processo Civile 3, 17 ns.; *Bekker*, Die Aktionen 2, 35 ns.; *Cug*, Manuel des Institutions juridiques des Romains, 1917, 833 ns.

³⁾ Pomp. D. 45, 1, 5 pr. *Praetorias stipulationes sic audiri oportet, ut in his continentur etiam aediliciae*. O záhadné stipulatio *tribunicia*, o které se zmiňuje Ulp. D. 7, 3 pr., sr. *Kübler*, Festschr. zu Hirschfeld, 1903, 52 ns., a *Lesèvre*, Du rôle de Tribuns de la Plèbe en procédure civile, 1910, 161 ns.

⁴⁾ Sr. *Vocabularium iurisprudentiae Romanae* I 699 ns.

⁵⁾ Tak *Keller* § 22 II; *Girard*, Histoire de l'organisation judiciaire des Romains, I 205, 1.; *Manuel de droit romain*, 5. vyd., 994; *Bertolini* 1, 196.

Ze stipulací praetorských jedny slouží účelům procesním, majíce zabezpečiti tu projednání právního sporu *in iure*, jako *vadimonium*, jímž žalovaný se zavazoval žalobci, že se dostaví k určitému soudnímu roku („*se illo die illo loco sisti*“), tu další postup a úspěch procesu, jako *stipulationes*, zvané od Ulpiana *iudiciales*⁶⁾, na př. *stipulationes pro praede litis et vindiciarum*, *iudicatum solvi* (Studie XI, pozn. 15 ns.) a *ex operis novi nuntiatione*. Účelem jiných jest zjednati žalovatelnost jinakých nároků, kterých *ius civile* neuznávalo. Ulpian, zove je *cautionales*, praví o nich, že *instar actionis habent et, ut sit nova actio, intercedunt*.⁷⁾ Soudní dožadování jich zove se *agere*⁸⁾ a bývají ony počítány mezi *actiones* v širším smyslu.⁹⁾ Sem náleží *cautio damni infecti* a mimosoudní *cautio ex operis novi nuntiatione* (Studie XI. poz. 27 ns.), dále *cautiones usufructuaria, de conferendis bonis et dotibus, legatorum servandorum causa* a *rem pupilli salvam fore*.¹⁰⁾

Jsou též *stipulationes*, které ukládá té neb oné procesné straně teprve *iudex* v řízení před ním konaném. *Modestinus*, rozvrhuje *stipulationes* vůbec, a to s jiného hlediska nežli Ulpian (poj. 4), nazývá stipulace, které činí se z nařízení porotcova (*iussu*

⁶⁾ Ulp. D. 46, 5, 1 pr. Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales, cautionales, communes. § 1. *Iudiciales* eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat, ut iudicatum solvi et ex operis novi nuntiatione. *Vadimonium* řadí Ulpian mezi *stipulationes communes*; D. 46, 5, 1, 3: *Communes* sunt stipulationes, quae fiunt *vadimonii* [iudicio sistendi] causa.

⁷⁾ Ulp. D. 46, 5, 1, 2: *Cautionales* sunt, quae instar actionis habent et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti, cf. D. 16, 2, 10, 3; 46, 8, 20: *vicem repraesentant actionum*.

⁸⁾ Ulp. D. 44, 7, 37 pr. *Actionis* verbo continetur, stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum et si quae similes sunt. Sr. k místu tomuto a k místům v poz. 6 a 7 *Beseler* Beiträge z. Kritik d. röm. Rechtsquellen, 3, 128 ns., který shledává v nich obšírné interpolace.

⁹⁾ D. 39, 2, 7 pr.; 39, 3, 11, 3. I vyskytuje se též výraz *actio damni infecti*: D. 39, 2, 33; 39, 3, 3, 2 fr. 11, 3. Sr. též D. 3, 3, 35, 2 fr. 39 pr.

¹⁰⁾ D. 39, 1, 299 fr. 21; *Lenel*, Das edictum perpetuum, 2. vyd. str. 524 ns. — D. 7, 9, 1 pr.; *Lenel*, 513 ns. — D. 37, 6, 5; *Lenel*, 511 ns. — D. 36, 3, 1 pr. *Lenel*, 514 ns. — D. 46, 6; *Lenel*, 515 ns.

iudicis) *stipulationes iudiciales*, ony pak, jež mohou býti nařízeny jak od magistrata tak i od porotce, *communes*.¹¹⁾

Stipulationes praetoriae musí býti zpravidla pojištěny zastavením rukojmů (*sponsores*, jsou-li občany římskými, jinak *fideiussores*).¹²⁾ Jistota taková slove *satisdatio*.¹³⁾ Druhdy stačí pouhý slib ve formě stipulační (*repromissio*),¹⁴⁾ druhdy jest potřeba přičinění prohlášení přísežného (*iurato promittere*).¹⁵⁾

¹¹⁾ Pomp. D. 45, 1, 5 pr. (= I. 3, 18): *Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes praetoriae et iudiciales. iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio: praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti. praetoriae autem stipulationes sic audiri oportet, ut in his contineantur etiam aediliciae: nam et haec ab iurisdictione veniunt. conventionales sunt, quae ex conventionem rerum fiunt. communes sunt stipulationes veluti rem salvam fore pupilli: nam et praetor inbet rem salvam fore pupilli caveri et interdum iudex: item duplae stipulatio venit ab iudice aut ab aedilis edicto.*

¹²⁾ Gai. 4, 88; Ulp. fr. Arg. 12.

¹³⁾ Ulp. D. 46, 5, 1, 5: *Stipulationum istarum praetoriarum quaedam sunt, quae satisfactionem exigunt, quaedam nudam repromissionem: sed perpaucae sunt, quae nudam promissionem habent. Gai. D. 2, 8, 1: ita satisfacere dicimus adversario nostro, qui pro eo, quod a nobis petiit, ita cavet, ut eum hoc nomine securum faciamus datis sponsoribus [fideiusoribus]; cf. D. 45, 1, 5, 3 a Voc. V 247. Seznam stipulací, které vyžadují satisfaci, podává De Ruggiero v Studi Fadda, 1 (1906) 102 ns.; sr. též Voc. II 248 ns. S Ulpianovým výrokem v D. 46, 5, 7: Praetoriae satisfactiones personas desiderant pro se intervenientium et neque pignoribus quis neque pecuniae vel auri vel argenti depositione in vicem satisfactionis fungitur nesrovnávají se Ulp. D. 37, 6, 1, 9 a Paul. D. 36, 3, 7 i D. 43, 3, 2, 3, podle nichž při cautio de conferendo nebo legatorum serv. c. připouští se místo satisfacc rukojměji pojištění zástavami. De Ruggiero na u. m. 112 ns. prokazuje, že zmínka o zástavách v těchto třech místech jest interpolací.*

¹⁴⁾ Ulp. D. 46, 5, 1, 5 (poz. 13); Lex Rubria c. 20 l. 7 sq.: *damnei infectei ex formula restipulariei satisve accipere*; l. 11, 19, 21 sq. 31 sq. O jednotlivých kaucích, při kterých se žádá tu satisfatio, tu stačí repromissio, sr. D. 46, 5, 1, 6—8 a De Ruggiero u. m., 103 ns. Z nich jsou též vadimonia.

¹⁵⁾ Gai. 4, 185: *Fiunt vadimonia quibusdam ex causis pura, id est sine satisfactione, quibusdam cum satisfactione, quibusdam iureiurando*; cf. D. 2, 8, 16.

Jako pro *actiones* byly také pro *stipulationes praetoriae* v albu magistratském vyhlášeny f o r m u l á ř e.¹⁶⁾ V ediktu Hadrianově nalézaly se v 3. dodatku jeho.¹⁷⁾ Co se dotýče stipulovaného p ř e d m ě t u, záležel tento druhdy přímo a pouze v jednání, které mělo býti zabezpečeno žadatelí.¹⁸⁾ Druhdy bylo vedle toho pro ten případ, když by ono jednání nebylo uskutečněno, vymiňováno plnění peněžné, a to zpravidla plnění interese (*quanti ea res erit*), někdy však zaplacení určité částky peněžné.¹⁹⁾ Druhdy pak *stipulatio* směřovala pouze k plnění peněžnému, slíbenému pro případ ten, že to neb ono jednání nebude předsevzato, aniž toto jednání samo bylo předmětem stipulačním.²⁰⁾ Pevným kusem stipulací

¹⁶⁾ Sr. Rubria c. 20 l. 8. 10: *ex formula restipulari, repromittere; l. 24 qs. ea stipulatione, quam is qui Romae inter peregreinos ius deicit in albo propositam habet cf. l. 34 sq. Gai. 4, 31: stipulatione quae in edicto proposita est; D. 45, 1, 52 pr. Paul. D. 2, 8, 14: satisdare ex forma edicti C. 5, 42, 4.*

¹⁷⁾ *Lenel* 47 ns.; 493 ns. Jednotlivé vzorce nepředcházela zpravidla edicta. Vždyť předpoklady pro užití řečených stipulací byly určeny již v dřívějších oddílech ediktu, jako v titulech de vadimoniiis, de satisdando, de tutelis, de legatis a j. (*Lenel* 494). *Stipulatio duplae*, vyhlášená od aedilů, byla připojena k aedilickému ediktu, jež v Julianově redakci činilo dodatek k praetorskému. Sr. *Lenel* 48 a 541 ns.

¹⁸⁾ Paul. D. 46, 5, 2 pr.: *Praetoriae stipulationes aut rei restitutionem continent aut incertam quantitatem. Co se prvé alternativy dotýče, slibuje se restituice těch kterých věcí (jako při cautiones de usufructu nebo Evicta hereditate legata reddi; Lenel 513. 514), provedení kolace (při cautio de conferendo; Lenel 511), splnění odkazů (cautio legatorum servandorum causa; Lenel 514), rem salvam fore (při stipulaci Rem pupilli salv. fore; Lenel 515 ns.), ea re boni viri arbitrato usurum fructurum (při stip. usfr.) anebo i plnění peněžné: quantam pecuniam iudicatus eris, tantam pecuniam dari (clausula de re iudicata ve stipulaci iudicatum solvi: Lenel, 509. 510) nebo: quanti ea res erit tantam pecuniam dari, reddi (stipulace Si cui plus a damni infecti: Lenel, 512. 527. 528.).*

¹⁹⁾ Paul. D. 46, 5, 6: *In omnibus praetoriis stipulationibus, in quibus primo fieri aliquid, deinde, si factum non sit, poenam inferimus, poenae nomine stipulatio committitur. Při tom stipuluje se poenae nomine buď určitá částka peněžná (tak zpravidla při vadimoniiích: Gai. 4, 186; Lenel, 495) nebo všeobecně „quanti ea res erit, tantam pecuniam dari“ (v stipulacích Ratum rem a ex operis novi nuntiatione. Lenel, 516. 524).*

²⁰⁾ Tak nepochybně při stipulatio pro praede litis et vindiciarum: *Lenel, 503.*

praetorských byla *clausula doli* („*dolum malum huic rei abesse afuturumque esse*“²¹⁾ Také mohly do nich vkládány býti *exceptiones*²²⁾ nebo i doložka dedukční.²³⁾²⁴⁾

II. Nařizovati praetorskou stipulaci kautionální bylo magistratskou činností, o které učí pozdější právníci klasičtí, že *imperii magis est quam iurisdictionis*.²⁵⁾ Tím jest řečeno, že právo k tomuto opatření měli ze zákona pouze magistratové říšští (vrchní magistratové a *aediles curules*) nikoli též magistratové municipální.²⁶⁾ Ale strany *res damni infecti* praetor delegoval svou pravo-

²¹⁾ Venul. D. 46, 7, 19 pr. Novissima clausula iudicatum solvi stipulationis „*dolum malum abesse afuturumque esse*“; cf. eod. fr. 6, 19, 1, 2; 7, 9, 5 pr.; 35, 3, 3 pr.; 36, 3, 1 pr.; 37, 6, 5, 3; 39, 1, 21, 2; 46, 8, 19, 22, 7.

²²⁾ Exceptio „*si dominus non sit*“ při *satisfactio damni infecti*: D. 39, 2, 7 pr. Praetor ait: „*Si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisfacti iubebo*“; cf. D. eod. 22, 1, fr. 31, 1. Exceptio procuratoria ve stipulationes *damni infecti* a legatorum *servandorum* causa: D. 39, 2, 39, 3; 36, 3, 1, 15. Sr. *Lenel*, 359, 13; 515, 2, 3, 4; 527, 9.

²³⁾ Ulp. D. 16, 2, 10, 3: *In stipulationibus quoque, quae instar actionum habent, deductio [compensatio] locum habet et secundum Iulianum tam in ipsa stipulatione quam in ex stipulatu actione poterit obici deductio [compensatio.]* Sr. *Eisele*, *Die Compensation*, 38 ns.; *Lenel*, *Savigny Zeitsch.* 4, 118.

²⁴⁾ Příkladem buďtež zde uvedeny tyto formuláře praetorských stipulací, rekonstruované *Lenelem*. 1. *Stipulatio usufructuaria* (*Lenel*, 514): „*Cuius rei usus fructus testamento Lucii Titii tibi legatus est, ea re boni viri arbitrato usum fructum te et, cum usus fructus ad te pertinere desinet, id quod inde extabit restitutum iri dolumque malum abesse afuturumque esse spondesne? spondeo*“.

2. *Stipulatio damni infecti* (*Lenel*, 527): „*Quod aedium loci operisve q. d. a. vitio, si quid ibi ruet scindetur fodietur aedificabitur, in aedibus meis intra . . . damnum factum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum abesse afuturumque esse spondesne? spondeo*“.

3. *Stipulatio ratam rem haberi* (*Lenel* 516): „*Quo nomine mecum acturus es, eo nomine amplius non esse petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio est erit, ratamque rem habiturum esse Lucium Titium heredemve eius eumve ad quem ea res pertinebit dolumque huic rei malum abesse afuturumque esse, quod si ita factum non erit sive quid adversus ea factum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondesne? spondeo*“.

²⁵⁾ Ulp. D. 2, 1, 4: *Iubere caveri praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis*.

²⁶⁾ Paul. D. 20, 1, 26, 1 pr.: *Ea quae magis imperii sunt quam iurisdictionis magistratus municipalis facere non potest*.

moc ediktem všeobecně municipálním magistratům, byť i jen pokud šlo o nařízení *cautionis damni infecti* samy a o t. zv. *missio ex primo decreto*,²⁷⁾ ba sliboval i žalobu o náhradu proti obecnímu úředníkovi, který by opominul poskytnouti vyžádané od něho ochrany.²⁸⁾ V cisalpinské Gallii příslušelo právo, naříditi stipulaci a satisfaci *damni infecti*, magistratovi municipálnímu již *ex lege Rubria*.²⁹⁾ Naproti tomu jistoty procesné (*vadimonium* a *stipulationes iudiciales*) mohly býti ukládány zajisté již ze zákona od každého majetníka soudní pravomoci, tedy i od magistrata municipálního.

Nešlo-li o právě dotčené jistoty procesné, při nichž strany bývaly již bez toho přítomny na soudě, bylo potřebí, toho, od něhož se žádalo poskytnutí kauce, postavití před soud, což, jak se podobá, mohlo býti způsobeno nejen soukromým vyzváním, nýbrž také tím, že k návrhu žadatele kauce magistrat sám dal jeho odpůrce soudním zřízcem obeslati (*in ius educere*).³⁰⁾

Před soudním magistratem (*in iure*) bylo řízení strany praetorských stipulací zahájeno tím, že strana táhnoucí se k tomu, aby její odpůrce se jí zavázal praetorskou stipulací, vyžádala

²⁷⁾ Ulp. D. 39, 2, 1: Cum res damni infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit. D. eod. fr. 4, 3: Duas ergo res magistratibus municipalibus praetor iniunxit, cautionem et possessionem, cetera suae iurisdictioni reservavit. Naproti tomu zůstala vrchnímu magistratu vyhrazena t. zv. *missio in possessionem ex secundo decreto* (D. 39, 2, 4, 4) a právo, prodloužiti neb obnoviti lhůtu přičiněnou k stipulaci (D. 39, 2, 4 pr. fr. 15 ns.; D. 46, 5, 4). Sr. *Burckhard*, Die cautio damni infecti, str. 103. 482 ns.; *Karlowa*, Röm. Rechtsgeschichte, 2, 1242 ns.; *Lenel* 53 ns.

²⁸⁾ D. 39, 2, 4, 7 sq. Actio tato jest však vyloučena, jestliže municipium jest tak blízko hlavnímu městu, že kauci požadující mohl magistratu se non interponente obrátiti se na samého vrchního magistrata: D. 39, 2, 4, 9; *Burckhard* 484; *Lenel* 53; *Karlowa* u. m.

²⁹⁾ Lex Rubria (Bruns, Fontes I ns. 16) cap. XX; *Burckhard* 103 ns.

³⁰⁾ Lex Rubria c. XX l. 10: eum qui *in ius eductus* erit; viz *Bethmann-Hollweg* 2, 334, 35; *Burckhard*, 485, 66. *Kipp*, Die Litisdenuntiation als Prozesseinleitungsform im röm. Civilprozess (1887) 140, 17 má za to, že oněmi slovy mohla by býti míněna též soukromá *in ius vocatio*, dovoláváje se Gell. 13, 13, 4: eos a privato in ius quoque vocari est potestas. Laevinus, aedilis curulis, a *privato ad praetorem in ius est eductus*, sr. tamtéž str. 167.

si pro to (*postulare*) povolení magistratovo.³¹⁾ Vzešel-li spor o to, zdali žádost za kauci jest odůvodněna, má o tom magistrat sám *summatim cognoscere*.³²⁾ Druhdy konalo se podrobnější šetření (*causae cognitio*) praetorem,³³⁾ druhdy pak stačilo místo toho *iusiurandum calumniae* (sr. studii XI, poz. 33), jako v tom případě, když kdo domáhal se toho, aby obeslanému bylo uloženo poskytnouti kauci *damni infecti*. Nepotřeboval tu prozatím ještě pokázati, že jest z osob, které jsou oprávněny žádati kauci, musí však přísahati, že nečiní návrhu svého *calumniae causa*, po případě, že jím zastoupený by byl postulaci nečinil *calumniae causa*.³⁴⁾ Žadateli jest volno, podati na odpůrce otázku (*in iure interrogare*), zda jest vlastníkem stavení, od něhož lze se obávat škody, a k jaké části. V tom případě pak, že by *in iure interrogatus* popřel křivě, že jest vlastníkem tohoto stavení, převedlo se ihned a trvale vlastnické právo k budově na domáhajícího se kauce.³⁵⁾ Bylo-li

³¹⁾ Lex Rubria c. XX l. 9 (poz. 46); D. 39, 2, 7, pr. (poz. 34).

³²⁾ Ulp. D. 46, 5, 1, 9: Quod si sit aliqua controversia, ut puta si dicatur per calumniam desiderari, ut stipulatio interponatur, ipse praetor debet super ea re *summatim cognoscere* et cautum iubere aut denegare, cf. D. 36, 3, 5, 2; 36, 4, 3, 1 C. 6, 54, 1. V případě P. Quinctia praetor Cn. Dolabella otázku, zda Quinctius jest povinen zřídití svému odpůrci kauci iudicatum solvi, místo co by se sám s ní zabýval, odkazuje k rozhodnutí porotcovu prostředkem procesné sázky (*sponsio praeiudicialis*) srovn.: Cicero pro Quinctio 8, 30; ct. 27, 84. Sr. Keller Semestrium 1 ns.; Bethmann-Hollweg 2, 329. 789 ns.

³³⁾ Tak při kauci, kterou měl zřídití věřitelům pozůstalostním heres suspectus: D. 42, 5, 31 pr. cf. Gai. 4, 102, a při cautio *damni infecti* pokud šlo o určení lhůty končící jí ukládané, jež si praetor vyhrazoval v ediktu: D. 39, 2, 7 pr. fr. 13, 15 — fr. 15 pr. — Cautio Si cui plus a t. zv. mitti in municipium (poz. 39) měly míti místo, jen si iusta causa esse videbitur: D. 35, 3, 4 pr.; 2, 8, 8, 6.

³⁴⁾ D. 39, 2, 7 pr.: Praetor ait: „*damni infecti suo nomine promitti, alieno satisfacere iubebo ei, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare eumve cuius nomine aget postulaturum fuisse, in eam diem, quam causa cognita statuero.*“ Lex Rubria c. 20 l. 9: . . . idque non k(alumniae) k(ausa) se facere iuraverit. Ulp. D. 39, 2, 13, 3: Quisquis iuraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem, et non inquiretur, utrum intersit eius an non, vicinas aedes habeat an non habeat. Burckhard 270 ns. 486 ns.

³⁵⁾ Paul. D. 11, 1, 10: Non alienum est eum, a quo *damni infecti* stipulari velimus, *interrogare in iure*, an aedes eius vel locus sit, ex quo

sporno, zdali ten, kdo má poskytnouti kauci, jest vlastníkem budovy čili nic, musila býti učiněna *satisfactio sub exceptione*.³⁶⁾

Jestliže měla býti zřízena *satisfactio*, musili rukojmové býti dostateční (*idonei*).³⁷⁾ K rozhodnutí sporu, zda nabízení rukojmové jsou dostateční, býval dosazován od magistrata výpomocný *arbiter*.³⁸⁾ Jestliže žalovanému nebylo snadno, postavit rukojmě v místě, kde byl žalován, mohlo, vykonal-li *iusiurandum de calumnia*, jemu býti *causa cognita* povoleno, dáti záruku v jiné obci, což bylo zváno *mittere (remittere) in municipium*.³⁹⁾

Jak *promittere* tak i *stipulari* mohlo se státi také od zástupce strany, zákonného nebo dobrovolného,⁴⁰⁾ a to, co se týče zástupcovy stipulace s tím právním účinkem, že bývala z ní udělena zastoupenému *causa cognita actio ex stipulatu utilis* přímo proti promisorovi.⁴¹⁾ Druhdy byla taková *actio utilis* propouštěna

damnum timeatur, et pro qua parte, ut, si neget suum praedium esse nec caveat damni infecti, aut cedere aut, resistendum putaverit, quasi dolo versatus tradere compellatur. Jestliže spoluvlastník stavení interrogatus udá menší podíl, nežli jemu v pravdě přísluší, pozbude práva vlastnického k zataženému podílu: D. 11, 1, 20, 2 coll. § 1 Burckhard 511 ns. Demelius, Die Confessio im röm. Civilprocess, 319. 321.

³⁶⁾ D. 39, 2, 7 pr.: Praetor ait: „*Si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisfacti iubebo.*“ Rukojmové se tu zaručují jen pod tou výminkou, že promissor není vlastníkem, „*si dominus non esset*“ (sr. §): D. 39, 2, 22, 1 fr. 31, 1. Sr. Burckhard 471 ns. Karlowa 2, 1248; Lenel 359, 15; 527, 9.

³⁷⁾ D. 2, 8, 7 pr. fr. 8, 1—3.

³⁸⁾ O tomto arbiter ad fideiussores probandos constitutus nebo datus zmiňují se D. 2, 8, 9. 10; 4, 4, 7, 3; 49, 2, 2. Tento pomocník magistratův nesmí býti stotožněn s vlastním civilním porotcem (*iudex arbiterve*). Sr. Heyrovský, Sborník 4, 62.

³⁹⁾ D. Ulp. 2, 8, 7, 1: *Si necessaria satisfactio fuerit et non facile possit reus ibi eam praestare, ubi convenitur: potest audiri, si in alia eiusdem provinciae civitate satisfactionem praestare paratus sit. cf. D. 2, 8, 8, 4—6. Sr. Lenel 131. O tom, jak zde měla znít přísaha, sr. Ulp. D. 2, 8, 8, 5: sic iurare debet qui in municipium remittitur: „Romae se satisfacere non posse et ibi posse, quo postulat remitti, idque se non calumniae causa facere“.*

⁴⁰⁾ Ulp. D. 46, 5, 3: *Generaliter in omnibus praetoriis stipulationibus et procuratoribus satisfactur; cf. D. 36, 3, 14; 39, 2, 7 pr.; 46, 7, 3, 1—7.*

⁴¹⁾ Paul. D. 46, 5, 5: *In omnibus praetoriis stipulationibus hoc servandum est, ut, si procurator meus stipuletur, mihi causa cognita*

zastoupenému dokonce i bez předchozí *causae cognitio*, jako ze *stipulationes iudiciales* kognitora nebo prokuratora *praesentis* a ze všelikých praetorských stipulací, které učinil *actor municipum*.⁴²⁾ Osobě, která byla nezpůsobilá přijímati sliby (díťeti, obci), bývala *actio ex stipulatu* opatřována též tím, že stipulaci praetorskou učinil otrok její.⁴³⁾ Domáhal-li se kautionální stipulace zástupce, jehož moc zástupčí byla pochybná, musil dáti kauci *de rato*.⁴⁴⁾ Procesný zástupce, dožadující se na soudě stipulace, má stejnou povinnost defensní proti *actiones*, vzneseným na zastoupeného, jako ji má z ediktu zástupce nastupující *actione*, jako zase naopak povinnost zástupce žalobcova převzít defensní zastoupeného proti všem *actiones*, proti tomuto podniknutým, zavírá také povinnost zastati se zastoupeného proti postulacím praetorské stipulace.⁴⁵⁾

Magistrat podle toho, zda nárok žadatelův shledal důvodným čili nic, nařídil zavázanému, aby vykonal žádanou promisi nebo satisfaci, nebo odepřel povolení (*cautum iubere aut denegare*).⁴⁶⁾

ex ea stipulatione actio detur (competat); pro stipulatio damni infecti: D. 29, 2, 18, 16.

⁴²⁾ D. 3, 3, 27 i. f. fr. 28 pr. D. 45, 1, 79; 3, 4, 10. — O cesi nároku ex stipulatu, vynutitelné per actionem mandati, sr. D. 43, 3, 1, 17; D. 17, 1, 8 pr.

⁴³⁾ D. 3, 4, 10; 27, 8, 1, 15; 46, 6, 2, 5, 6. O zvláštním opatření ve prospěch pupila při stipulatio Rem pupilli sr. D. 27, 8, 1, 15: Exigere autem cautionem magistratus sic oportet, ut pupilli servus aut ipse pupillus, si fari potest et in praesentiarum est, stipuletur a tutoribus, item fideiussoribus eorum rem salvam fore: aut, si nemo est qui stipuletur, servus publicus stipulari debet rem salvam fore pupillo, aut certe ipse magistratus. Plane ubi servus publicus vel ipse magistratus stipulatur, dicendum est utilem actionem pupillo dandam.

⁴⁴⁾ Ulp. D. 3, 3, 40, 1: Si stipuletur procurator damni infecti vel legatorum, debebit de rato cavere; cf. D. 36, 4, 3, 2; 39, 2, 39, 3; 46, 8, 20.

⁴⁵⁾ Ulp. D. 3, 3, 35, 2: Non solum si actio postulatur a procuratore, sed et si stipulatione legatorum vel damni infecti velit caveri: debebit absentem defendere. fr. 39 pr.: et in stipulationibus debet dominum defendere.

⁴⁶⁾ Lex Rubria c. XX l. 7 sq.: „Qua de re quisque, et a quo, damnei infectei ex formula restipulari satisve accipere volet, et ab eo qui ibei i(ure) d(eicondo) (praerit) postulaverit, idque non k(alumniae) k(aussa) se facere iuraverit: tum is, quo d. e. r. in ius aditum erit, eum, quei in

Co dotýče se vypravení stipulace, náleželo magistratovi také, povolovati změny v ustálených stipulacích.⁴⁷⁾ Ukládati lhůtu ve stipulaci, bývalo ponecháno stranám.⁴⁸⁾ Strany učiněné stipulace zůstávají se magistratovi pro budoucnost výklad užitých slov,⁴⁹⁾ potřebl né změny a ot novení i zrušení její⁵⁰⁾ nebo i náprava *in integrum restitutione*.⁵¹⁾

Odepřel-li zavázaný učiniti nařízenou jemu promisi nebo satisfaci, postihly jej právní ujmy různé podle případů: *dene-gatio actionis*,⁵²⁾ *translatio possessionis*,⁵³⁾ *missio in possessionem*,⁵⁴⁾ nebo propustila se proti němu *actio*.⁵⁵⁾

ius eductus erit, d. e. r. ex formula repromittere et, sei satis darei debebit, satis dare iubeto decernito. D. 46, 5, 1, 9 (poz. 32): *et cautum iubere aut denegare*; D. 36, 3, 14, 4: *quotiens evidens res est*; D. 36, 4, 1, 3, 4.

⁴⁷⁾ Ulp. D. 46, 5, 1, 10: *Sed et si quid vel addi vel detrahi vel immutari in stipulatione oporteat, praetoriae erit iurisdictionis*; D. 45, 1, 52 pr. Sr. D. 7, 9, 3, 2; Pap. 46, 8, 3 pr.: *vulgaribus verbis de rato habendo haec adstruentur*; fr. 22, 9, 10.

⁴⁸⁾ Paul. D. 2, 8, 8 pr.: *De die ponenda in stipulatione solet inter litigatores convenire, si non conveniat, Pedius putat in potestate stipulatoris esse*; sr. *Lenel* 131 č. 6.

⁴⁹⁾ *Venul.* D. 46, 5, 9: *In praetoriis stipulationibus si ambiguus sermo acciderit, praetoris erit interpretatio: eius enim mens aestimanda est*; cf. D. 45, 1, 52 pr.

⁵⁰⁾ Paul. D. 46, 5, 4: *Praetoriae stipulationes saepius interponuntur, cum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit*. D. 46, 5, 10; 39, 2, 15 pr. — D. 2, 8, 8, 3. — D. 39, 2, 15, 1.

⁵¹⁾ Paul. D. 2, 8, 8, 2: *Si servus inveniatur, qui antequam iudicium accipiatur spondit (fideiussit) iudicatum solvi: succurrendum est actori, ut ex integro caveatur, minori quoque viginti quinque annis succurrendum est*.

⁵²⁾ Jako při stipulationes usufructuaria: D. 7, 1, 13 pr. cf. D. 7, 9, 7 pr.; *Si cui plus*: D. 35, 3, 1, 7; *de conferendo*: D. 37, 6, 1, 10, 13; *legatorum*: D. 16, 4, 10; *de rato*: D. 39, 1, 7; Paul. *Cons.* 3, 9; za splnění určení účelového: D. 32, 19.

⁵³⁾ Tato mohla nastati, když actione in rem žalovaný odepřel žalobci zříditi satisfacionem pro praede litis et vindiciarum nebo iudicatum solvi. Viz *Heyrovský Sborník* 16, 337 ns.

⁵⁴⁾ *Pro damnum infectum* sr.: D. 39, 2, 7 pr.; *pro missio in possessionem legatorum serv. c.*: D. 36, 4; *pro missio in bona hereditatis, nedá-li jistoty heres suspectus*: D. 41, 5, 31.

⁵⁵⁾ *Actiones aediliciae pro odepření stipulationis duplae*: D. 21, 1, 28; *actiones ficticiae ex stipulatione damni: Lex Rubria c. XX lin. 11 sq. 31 sq.*; D. 39, 2, 7 pr. (*Lenel*, 360); *actio utilis in adrogatorem*: D. 1, 7, 19, 1.

V praetorském ediktu o municipalní jurisdikci nalézáme ustanovení, že je-li ten, na kterém se žádá *cautio damni infecti*, nepřítomen, má, předpokládajíc, že stala se prve *denuntiatio domum*, ihned nastoupiti *missio in possessionem* vaďného stavení.⁵⁶⁾ Zase jinak se měla věc podle zákona Rubriova v Gallii cisalpinské. Podle jmenovaného zákona v případě tom, že *cautio damni infecti*, nařízená dekretem municipalního magistratu, nebyla poskytnuta, neměla býti povolena *missio in possessionem*, nýbrž měl obecní magistrat, kdyby hrozící škoda byla již nastala, propustiti škodujícímu *iudicium* na náhradu, jakoby jistota jemu byla od odpůrce rádně plněna.⁵⁷⁾

⁵⁶⁾ D. Ulp. D. 39, 2, 4, 5: Praetor ait: „*dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam*“. abesse autem videtur et qui in iure non est: verecunde autem praetorem denuntiari iubere, non extrahi de domo sua. sed „*domum, in quam degit, denuntiari*“ sic accipere debemus, ut et si in aliena domo habitat, ibi ei denuntietur, quod si nec habitationem habeat, ad ipsum praedium erit denuntiandum vel procuratori eius vel certe inquilinis. Pro případ, že by nebylo nikoho, cui denuntietur, doporučuje se v § 6 „*libellum ad ipsas aedes proponere*“. Sr. o denuntiarí domum též *lex Iulia municip.* l. 35 sq. *Wieding*, *Der Justinianische Libellprocess*, 1865, 304 ns., *Bethmann-Hollweg*, 2, 733 ns. 774, 93, a *Burckhard* 484 ns. spatřují v této denuntiatio obsílku *úřední* (denuntiatio ex auctoritate), která předpokládala, že předcházela obsílka soukromá. *Baron*, *Der Denuntiationsprocess* (1887) 99 ns., odchyluje se od nich jen v tom, že nežádá předchozí soukromou obsílku. *Kipp*, *Litidenuntiation*, 164 ns. a *Pauly-Wissowa Real-Encykl.* 5, 1, 222, pokládá za možné, že denuntiare domum bylo čistě *soukromou* denunziací. Z okolnosti té, že uvedené ustanovení jest částí ediktu, odnášejícího se k soudní pravomoci magistratů municipalních (*Lenel* 53 ns.), usuzuje *Kipp*, 165 ns., správně, že denuntiatio domum mohla býti podmínkou pouze pro dekret nařizující kauci nebo, což spíše se zamlouvá, pro *missio ex primo decreto*. Tak i *Karlowa* 2, 1243.

⁵⁷⁾ *Lex Rubria* c. XX l. 12 sq.: *Quei eorum ita non repromissis aut non satis dederit, sei quid interim damni datum . . . erit: tum mag(i-stratus) . . . d. e. r. ita ius deicito iudicia dato iudicareque iubeto, perinde atque sei d. e. r., quo ita postulatum esset, damnei infectei ex formula recte repromissum satisve datum esset. Pro iudicium toto mělo užito býti formulářů v zákoně samém uvedených, jednoho (lin. 22 sq.) v případě tom, že nebyla plněna repromissio, druhého (lin. 32 sq.) v případě, že nestala se satisfactio: Podle nich měl žalovaný býti odsouzen, jako kdyby se byl zavázal stipulatione, quam is quei Romae inter peregrinos ius deicit in albo propositam habet. *Burckhard* 105 ns. 525 ns., *Karlowa* 2, 1239 ns.*

IX.

*Missiones in possessionem.*¹⁾

I. *Missio in possessionem* jest povolení dané od vrchního magistrata,²⁾ aby žadatel k pojištění nebo provedení svého právního nároku uvázal se v držení těch neb oněch cizích věcí. Při něm tohoto uvedení v držbu jsou buď jednotlivé věci (*missio in rem, in possessionem rei*) nebo celé jmění někoho nebo jiný majetkový soubor, na př. dědictví (*missio in bona, in possessionem bonorum*). *Missio in possessionem singularum rerum* má místo hlavně v případě tom, že nebyla dána *cautio damni infecti*, kdež povoluje se žadateli, by vzal v držení věc hrozící škodou.³⁾ Z *missiones in bona* jsou:⁴⁾

1. *Missio in possessionem rei servandae causa*. Slíbena byla a upravena od praetora řadou ediktů, odnášejících se k jednotlivým různým podstatám skutkovým a sestavených většinou v ediktu pod titulem *Quibus ex causis in possessionem eatur*.⁵⁾ Měla místo obzvláště:

a) proti odsouzenému žalovanému (*iudicatus*), neučinil-li žádost rozsudku.⁶⁾ Odsouzenému rovnal se *certae pecuniae con-*

¹⁾ Keller § 78; Rudorff § 57; Bethmann-Hollweg 2, § 120; Bachofen, Das röm. Pfandrecht I (N 27), 281 ns.; Hellmann, Festg. f. Planck (1887) 231 ns.; Naber Mnemosyne N. S. 25, 282 ns.; Girard, Man. 1052; Bertolini 3, 26 ns.

²⁾ „In possessionem mittere magis imperii est quam iurisdictionis“ (Ulp. D. 2, 1, 4) a nepřisluší tedy magistratům municipálním (Paul. D. 50, 1, 26, 1: Magistratibus municipalibus non permittitur bona rei servandae causa iubere possideri aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa).

³⁾ Viz D. 42, 4, 1 (poz. 4) O jiných případech, kdy povoluje se *missio in singulas res*, zmiňuje se D. 42, 4, 7, 17 a Paul. 4, 1, 15 cf. D. 31, 89, 7.

⁴⁾ Ulp. D. 42, 4, 1: Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei servandae causa, item legatorum servandorum gratia et ventris nomine. damni enim infecti nomine si non caveatur, non in universorum nomine fit *missio*, sed rei tantum, de qua damnum timetur.

⁵⁾ Cic. pro Quinctio c. 19 § 60 uvádí stručně jednotlivé vložky ediktové sem spadající. Sr. Lenel 397 ns. a H. R. Engelmann, Die Voraussetzungen der *missio in bona servandae causa*, 1911.

⁶⁾ Gai. 3, 78: Bona veneunt aut vivorum ut mortuorum: vivorum veluti eorum qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur;

*fessus*⁷⁾ a pro dluh žalovaný, který jsa přítomen *in iure* odepíral spoluúčinkovati náležitým způsobem k ustavení právní rozepře (*se iudicio uti oportet non defendit*);⁸⁾

b) proti dlužníkovi, který postoupil *ex lege Iulia* své jmění dobrovolně věřitelům;⁹⁾

c) *Missio in bona indefensi* povolovala se v různých případech, které setkávaly se v tom, že žalovaný se vůbec nepostavil *in iure* a nepřevzal též nikdo jiný zaň *defensi*.¹⁰⁾ Sem patří především případy, kdy žalobci nebylo lze zastihnouti odpůrce, jako když tento, postaviv *vindexa*, nedal se později nalézt žalobcovi¹¹⁾ nebo když se skrýval úmyslně, aby žalobě unikl,¹²⁾ nebo byl nepřítomen v místě soudním, předpokládajíc ještě, že nebyl také nikým jiným řádně obhajován.¹³⁾ Dále měla *missio in bona* místo proti žalovanému, který nemaje sám způsob ilosti procesné, jako jsa nedospělcem, choromyslným, marnotratníkem nebo právníckou osobou, nebyl při zahájení procesu zastoupen ani svým zákonným zástupcem ani jiným *defensorem*.¹⁴⁾ Důvodem pro *missio in possessionem bonorum* mohla býti též okolnost ta, že právní osobnost dlužníkovy zanikla a nikdo nepřevzal *defensi*

item eorum qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudicatorum post tempus quod eis... ad expediendam pecuniam tribuitur. mortuorum bona veneunt veluti eorum quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere.

⁷⁾ K němu vztahuje se výrok Paul. D. 42, 2, 1: *Confessus pro iudicato est. Viz lex Rubria c. XXI a C. 6, 31, 4. Sr. Demelius, Confessio, 111 ns. 127; Lenel 394. 398.*

⁸⁾ *Lex Rubr. c. XXII. Sr. podrobnější výklady, jež podává Heyrovský, Sborník 17, 334 ns.*

⁹⁾ *Gai. 3, 78 (poz. 6); C. 2, 11, 11; Lenel 399.*

¹⁰⁾ O případech těch pojednal zevrubněji *Heyrovský* ve Sborníku 17, 348—358.

¹¹⁾ *D. 42, 4, 2 pr.; Lenel 71 ns.*

¹²⁾ *Gai. 3, 78 (poz. 6); Cic. pro Quinctio 19, 60: tracta edictum „Qui fraudationis causa latitabit“; D. 42, 4, 7, 1: Praetor ait: Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitratu non defendetur, eius bona possideri vendique iubebo. Lenel, 400.*

¹³⁾ *Cic. pro Quinctio 19, 60: ... edictum Qui absens iudicio defensus non erit; Gai. 3, 78 (poz. 6); D. 42, 4, 6, 1; Lenel 400 ns.*

¹⁴⁾ *D. 42, 4, 3 fr. 5 pr. 1. 2; Lenel 399. — D. 42, 4, 7, 9—12. — D. 3, 4, 1, 2 fr. 8; Lenel 99. 100.*

pro dluhy jeho, jak tomu bylo, když dlužník zemřel, nezanechav dědice¹⁵⁾ nebo byl postižen *capitis deminutione*.¹⁶⁾

d) *Missio dotis servandae causa* byla udělena manželce v majetek manželův k pojištění nároku na vrácení věna.¹⁷⁾

2. *Missio in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* propouští se odkazovníkovi, jemuž byl odkaz (*legatum* nebo *fideicommissum*) zanechán pod výminkou nebo s lhůtou odkládací, jestliže obtížený nezřídí jemu jistotu pro budoucí splnění odkazu (sr. nahoře studii VIII, k poz. 10 a 54). Odkazovník obdrhuje tím povolení, uvázati se v držbu statků, které se dostaly obtíženému z dědictví.¹⁸⁾ *Missio* tato se zrušuje, kdykoli se plní později *cautio*.¹⁹⁾ Z reskriptu císaře Karakaly uděluje se odkazovníkovi, jestliže obtížený nesplnil odkaz do šesti měsíců po té, co byla naň vznesena žaloba, *missio* i ve vlastní jmění obtíženého, by se uspokojil z plodů (t. zv. *missio Antoniniana*).²⁰⁾

3. K zabezpečení práva dědictvého uděluje se *missio in possessionem* dědictví:

a) *ventris nomine* ženě jsoucí útězkem s dítětem, které, narodí-li se, bude povoláno dědit;²¹⁾

¹⁵⁾ Cic. pro Quinctio 19, 60 . . . edictum *Cui heres non extabit*; Gai. 3, 78 (poz. 6) D. 49, 14, 1, 1; *Lenel* 401.

¹⁶⁾ Cic. pro Quinctio 19, 60 . . . edictum *Qui exsilii causa solum verterit*; D. 4, 5, 7, 2, 3; I. 3, 12, 1; *Lenel* 405. O *capitis deminutio minima* viz D. 4, 5, 2, 1 a Gai. 3, 84: . . . *utilis actio datur rescissa capitis deminutione, et, si adversus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit*; cf. 4, 83, 80; D. 15, 1, 42 a I. 3, 10, 3; *Lenel* 113 ns.

¹⁷⁾ D. 6, 1, 9; 44, 3, 15, 4; 46, 3, 48; 50, 1, 26 C. 7, 72, 8. *Karlowa* RG. 2, 1183 ns. *Lenel*, 293.

¹⁸⁾ D. ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum causa esse licet 36, 4; C. ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa mittatur et quando satisfari debeat 6, 54; *Lenel* 357.

¹⁹⁾ D. 36, 3, 11 D. 36, 4, 5, 1 fr. 6, 1.

²⁰⁾ D. 36, 4, 5, 16—25 C. 6, 54, 6.

²¹⁾ D. de ventre in possessionem mittendo et curatore eius 37, 9; D. 40, 4, 13, 3; B. W. *Leist*, *Glücks Comment* B. 37. 38, IV, 1 ns. *Lenel*, 335.

b) *ex edicto Divi Hadriani* dědici, ustanovenému v testamentu zevně bezvadném.²²⁾

II. *In possessionem missus*, ujav se z povolení magistratova držení, obdržíje tím věci zpravidla pouze v detenci (*in possessione esse*) a opatrování (*custodia et observantia*),²³⁾ a to jen vedle posavadního držitele. *Missio ex edicto Hadriani* však zjednala držení ve smyslu právnickém (*possidere, possessio*).²⁴⁾ Také když ke *cautio damni infecti* zavázaný zpečoval se, *de damno cavere*, magistrat povoloval žadateli především pouze, aby vzal v detenci stavení škodou hrozící vedle posavadního držitele (t. zv. *missio ex primo decreto*), ale když tento i poté setrval v odepírání kauce, udílel proti němu po čase a *causa cognita* novým dekretem (*ex secundo decreto*) *missionem*, čímž *missus* nabýval k stavení výlučného držení (*possessio*) ba i praetorského vlastnictví.²⁵⁾ Všeobecně bylo pak právo, jehož nabyl *missus* k věci, v jejíž držení se byl uvázal, podřazeno pojmu práva zástavního a zváno přímo *pignus*, podrobněji *pignus praetorium*.²⁶⁾ Od Justiniana a byla s ním spojena *actio hypothecaria*.²⁷⁾ Právo prodeje (právo k *venditio bonorum*) poskytovala zpravidla *missio in bona*

²²⁾ Paul. 3, 5, 14—18; C. de edicto d. Hadriani tollendo et quem admodum scriptus heres in possessionem mittatur 6, 33. *Leist*, II, 437 ns.

²³⁾ Paul. D. 41, 2, 3, 23: qui creditorem rei servandae causa vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit; cf. D. 36, 4, 5 pr.; 41, 2, 10, 1; 42, 4, 12; 43, 17, 3, 8.

²⁴⁾ Ulp. D. 36, 4, 5 pr.: Simul cum eo possidere iubetur; D. 39, 2, 15, 20; 36, 4, 5, 22.

²⁵⁾ D. 39, 2, 7 pr. Praetor ait: „... eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo“. Ulp. D. eod. 15, 16: Secundo decreto a praetore dominus (constituitur).

²⁶⁾ Ulp. D. 13, 7, 26 pr. Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, *pignus constitui*, cum testamento quoque *pignus constitui* posse imperator noster cum patre saepissime rescripsit, cf. eod. § 1; D. 10, 2, 18, 6; 27, 9, 3, 1; 41, 4, 12; 41, 5, 2 pr.; 42, 5, 25; C. 6, 54, 3, 5; C. de praetorio pignore 8, 21; Steph. sch. 1 ad Bas. 25, 1, 26. — *Bachofen* 425 ns.; *Naber*, 282 ns. *Manigk*, Pfandrechtl. Untersuchungen. (1901) 19 ns.

²⁷⁾ C. 8, 21, 2, 1.

*rei servandae causa.*²⁸⁾ Ostatní *missiones* (nahore 1 2-3) právo to v zápětí neměly.

III. Ochrana práva, vzešlého *missione in possessionem*, sloužily různé právní prostředky:

1. Pro všechny případy *missionis in bona* byla propuštěna *actio in factum* na náhradu škody proti každému, kdo by *dolo malo* bránil oprávněnému v ujetí se držby majetku nebo vypudil jej z ní.²⁹⁾

2. Zvláštními *interdikty* jsou chráněny pro případ ten, že by *missus in possessionem* nebyl připuštěn od odpůrce k držení, *missiones legatorum*³⁰⁾ vel *fideicommissorum* (poz. 30), *ventris*³¹⁾ a *damni infecti nomine*.³²⁾

²⁸⁾ *Venditio bonorum* bývala tu od magistrata povolena současně s *missio in bona*; *Lex Rubr. c. XXII l. 46 sq.*: *praetor . . . bona eorum possideri proscribive veneireque iubeto*; *Gai. 3, 78* (poz. 6). 84 (poz. 16); *D. 42, 4, 7, 1* (poz. 12). Výjimka byla učiněna v ediktu pro nedospělce a toho, kdo byl nepřítomen ve věcech státních. Věřitelům, kterým byla proti jmenovaným povolena *missio in bona*, odepírala se *venditio bonorum*. Viz edikt u *Paul. D. 42, 4, 6, 1*: „*Et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus, veneant, praeterquam pupilli et eius, qui rei publicae causa sine dolo malo afit.*“

²⁹⁾ *Ulp. D. 43, 4, 1 pr.*: *Ait praetor: „Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo eiusve, cuius ea iurisdictio fuit, in possessionem bonorum sit, in eum in factum iudicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit, dabo“*. 2: *Est autem generale hoc edictum: pertinet enim ad omnes, qui in possessionem a praetore missi sunt*; cf. *eod. 1, 1, 1. 3. 4*; *D. 43, 4, 3, 2*; *Gai. 4, 177*. — *Lenel 408*; *Ubbelohde, Die Interdicte des röm. Rechts, 3, 191 ns.*

³⁰⁾ *Ulp. D. 36, 4, 5, 27*: *Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum*; cf. *D. 43, 4, 1, 8* *Utiliter bylo interdictum to vztaženo na missio in possessionem fideicommissi servandi causa a na t. zv. missio Antoniniana: D. 43, 4, 1, 3 pr. 1. Lenel 438 ns. Ubbelohde 3, 208 ns.*

³¹⁾ *Ulp. D. 43, 4, 3, 2*: *Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est*; *D. eod. 3, 3*. — *Lenel 439*; *Ubbelohde 3, 213 ns.*; *Berger Sav 3. 36, 212 ns.*; *R E 9, 2, 1657.*

³²⁾ *Ulp. D. 43, 4, 4 pr.* *Per interdictum etiam ei subvenit praetor, qui damni infecti ab eo in possessionem missus est, ne ei vis fiat. Inter-*

3. *Damni infecti in possessionem missus* mohl místo, co by odpor, se kterým se setkal při uvazování se v držtu, překonal ihned interdiktum *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* (poz. ³²⁾), vyčkati, až by škoda, kterou stavení hrozilo, skutečně nastala a pak nastoupiti na odpůrce *actione in factum* o plnění toho, čeho bylo lze požadovati na něm, kdyby byl dal skutečně kauci pro *damnum infectum*.³³⁾

4. *Missi in possessionem legatorum* nebo *fideicommissorum servandorum causa* nebo *missione Antoniniana* mohli, když jim bylo zal raňováno, aby se neujali držty, místo co by usilovali o vydání interdiktu (č. 2) a na základě jeho o provedení řízení potrovního, dosíci též toho, že magistrat dal uvedení v držtu přímo provésti svými zřízenci nebo i obecními úředníky, což označuje se jako *extraordinaria exsecutio*.³⁴⁾

dictum toto mělo stálou excepci „si eo nomine ex edicto meo promissum satisve datum non est neque per illum stat, quo minus ita promittatur satisve detur“: D. 43, 4, 4, 1. Interdikta tohoto užiti může také ex secundo decreto missus, ačkoli tomu přísluší též právní ochrana juristického držitele a bonitárního vlastníka, zvláště interdiktum *Unde vi* a *Publiciana actio*: D. 39, 2, 18, 15. — *Burckhard*, 571 ns.; *Lenel* 453; *Ubbelohde*, 3, 217 ns.

³²⁾ D. 39, 2, 7 pr. Praetor ait: . . . „in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset“; cf. D. eod. 4, 2, fr. 15, 36 fr. 18, 13—15; D. 43, 4, 4, 2. *Burckhard* 584 ns.; *Lenel* 360; *Ubbelohde* 3, 219 ns.; *Karlowa* 2, 1252. V lex Rubria c. XX propouští se actio stejného obsahu již na podkladě tom, že byla odepřena cautio. Sr. poz.

³⁴⁾ Ulp. D. 36, 4, 5, 27: *Missus in possessionem si non admittatur, habet interdiktum propositum: aut per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus introducendus est in possessionem*. 23, 4, 3 pr. . . . potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit. § 1 . . . poterit uti et extraordinaria executione; cf. D. 36, 4, 5, 23; 25, 5, 1, 2. Sr. *Hartmann-Ubbelohde*, Ueber d. röm. Gerichtsverfassung, 1886, 511 ns.; *Ubbelohde*, Interdicte, 2, 379 ns.; 3, 209 ns.; *Heyrovský*, Sborník, 11, 369, 371 ns.; *Stamler*, Nichtförmliches Gerichtsverfahren (1911), 82.

X.

Procesné jistoty.¹⁾

Aby byly pojištěny provedení a úspěch procesu, musily býti mnohdy zřízeny *in iure* zvláštní jistoty. Jistota (*cautio*) v procesu doby klasické zřizovala se stipulací. *Stipulatio* taková náleží mezi *stipulationes praetoriae*, a to mezi *iudiciales* (viz studii VIII k poz. 6) a bývala, jsouc pojištěna rukojměmi, satisfakcí (studie VIII, poz. 13). Pro otázku, zda a která procesní *cautio* má býti poskytnuta, bylo především rozhodno, zdali jsou činny v procesu strany samy nebo zástupcové jejich. Zde bude jednáno pouze o případě prvním,²⁾ v němž bude zase rozeznávati, zdali jde o *agere in rem* nebo o *agere in personam*.

I. Při *actiones in rem*³⁾ jest povinna dáti jistotu strana ta, která drží věc po dobu procesu.

1. *Legis actio sacramento in rem* byla nezbytně *actio duplex*, při níž každá strana, zastávajíc právo vlastnické skutky i slovy (*vindicare* a *contra vindicare*), byla žalobcem, zároveň však i žalovaným a stejně jako druhá povinna dokázati svoje právo.⁴⁾ Posavadní faktické držení sporné věci pak, jako nemělo účinku na toto stejné postavení procesných stran, nebylo též rozhodno pro otázku, kdo z nich má držeti věc po dobu procesu. O ní rozhodl teprve magistrat. Když totiž bylo vykonáno *vindicare* a

¹⁾ Schirmer, Über d. prätorischen Judicialstipulationen, 1853; Keller § 56; Rudorff § 73; Bethmann-Hollweg, 2, § 104; Lenel 130 ns.; Bertolini 1, 295 ns.

²⁾ O kaucích, které se požadovaly v případě tom, že proces byl veden zástupcem, pojednáno bylo již ve studii č. V; Sborník XIV, str. 244 ns.

³⁾ O procesích těch jedná souborně: Wetzell, Der röm. Vindikationsprozess, 1845. Viz též Girard, Manuel 336 ns.; R. Leonhard, Pauly-Wissowa R E 2 R. I 557 ns.

⁴⁾ Gai. 4, 16: qui vindicabat, festucam tenebat, et ita dicebat: „Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui“ et simul homini festucam inponebat. adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque vindicasset etc. deinde qui prior vindicaverat, dicebat . . . ; adversarius quoque dicebat similiter. O „vindicare“ a „contra vindicare“ sr. Gai. 1, 134; 2, 24.

contra vindicare, vzájemné *provocare sacramento* a *postulare iudicem*, magistrat upravil držbu pro trvání procesu tím, že přiřknul té neb oné straně prozatímní držení sporné věci (*vindicias dicere, dare, decernere*).⁵⁾ Toto prozatímné udělení držby jedné straně neměnilo však ničeho na stejném procesním postavení obou stran, obzvláště co dotýče se břemene důkazního.⁶⁾ Komu by *vindiciae* měly býti dány, o tom rozhodoval praetor zpravidla podle volného uvážení svého.⁷⁾ Odchylka odtud byla v procesích mezi římským státem a občanem, ježto v nich *vindiciae* byly udílěny vždycky státu.⁸⁾ V procesu o svobodu pak, jenž se projednával také *legis actione sacramento s vindicare in libertatem*

⁵⁾ Gai. 4, 16: *postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum, Festus v. vindiciae; Gloss. Philox. v. vindiciae; Cic. pro Mil. 27, 74; Arnob. 4, 16.*

⁶⁾ Že praetorské udělení vindicii nebylo rozhodnutím o tom, kdo jest držitelem, prokazuje jasně Gajův výklad (poz. 5), podle něhož „*vindicias dicebat*“ znamená „*interim aliquem possessorem constituebat*“; sr. *Lotmar*, Zur legis actio sacramento in rem, 85 ns.; *Brinz*, Zur Contravindication 1877, 129 ns. Mínení, že *vindicias dicere* určovalo zároveň role stran, tak že strana, které *vindiciae* byly přiřčeny, zaujímajíc nyní samojediná postavení žalovaného, byla tím osvobozena od břemene důkazního (*Keller*, 68; *Wetzell* 3 ns.; *Bethmann-Hollweg* 1, 144. 182, 7; *Bekker* Aktionen 2, 207; *Huschke*, d. Multa u. d. Sacrament, 1874, 459) jest v příkrém odporu s duplicitou starého vindikačního procesu a nyní všeobecně opuštěno. Sr. *Eck*, Dopellseitige Klagen (1870) 10 ns.; *Jhering* Geist d. röm. R., 3, 93. 102, 129 c; *Besitzschutz*, 32 ns.; *Karlowa*, Der röm. Civilprocess zur Zeit d. Legisaktionen, 85 ns.; *P. Krüger*, Kritische Versuche, 1870, 74; *Wach* u. *Keller* poz. 210; *Dernburg*, Entwicklung u. Begriff d. jurist. Besitzes, 1883, 39 ns.; *Jobbé-Duval*, Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains, I (1896) 352 ns.; *Stintzing*, Beiträge, 66 ns.

⁷⁾ Gai. 4, 16: *praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est aliquem possessorem constituebat. Proti mínení s tímto výrokem se nesnášejícímu, že praetor udílel vindicie vždycky držiteli (tak na př. Bethmann-Hollweg 1, 142 ns.; Bekker, Sav. Z. 5, 150 ns.; B. W. Leist, Der röm. Erbschaftsbesitz (1870) 140 ns.; Cuq, Manuel 393, 6), vyslovili se Jhering, 3, 102, 129 c. Brinz, na u. m., 130 ns.; Dernburg, na u. m.; Girard, Org. I 72, 2; Jobbé-Duval, 328 ns.; Starcke, Der Besitz bei der Erbschaftsklage (1905), 12 ns.; Bertolini 1, 112, 1.*

⁸⁾ Festus, s. v. *vindiciae*: *Cato in ea, quam scripsit L. Furio de aqua: „ . . . praetores secundum populum vindicias dicunt“.*

a *contra vindicare in servitute* nebo naopak, měly, jak ustanovoval zákon 12 desk, *vindiciae* býti dány vždycky ve prospěch svobody (*secundum libertatem*).⁹⁾

Strana, která obdržela *vindiciae*, musila dáti svému odpůrci *praedes litis et vindiciarum*, t. j. postaviti jemu rukojmě za to, že prosoudí-li ona, vydá jemu spornou věc i s plody mezitím z ní těženými.¹⁰⁾

2. Když dostalo se držbě právní ochrany interdikty *retinendae possessionis*, vznikly jako formy jednostranného procesu vindikačního proti držiteli nejprve *agere in rem per sponsionem* později *agere per formulam petitoriam*. V obojím řízení úloha žalovaného (*partes rei, possessoris*) připadá povždy držiteli sporné věci, úloha žalobce (vindikanta) a tím i břemeno důkazní (*partes actoris, petitoris, onus petitoris*) nedržiteli a pojímá procesní *sponsio* i *formula petitoria* pouze žalobcovo tvrzení věcného

⁹⁾ Liv. 3, 44, 11. 12: *Advocati (Verginia) ... postulant, ut (Ap. Claudius) ... lege ab ipso lata vindicias det secundum libertatem*; cf. Liv. 3, 56, 4. 6; Dion. 11, 30; Pomp. D. 1, 2, 2, 2. Sr. *Maschke*, Der Freiheitsprozess, str. 30 ns.

¹⁰⁾ Gai. 4, 16 (poz. 5). 94: ... olim, cum lege agebatur, *pro lite et vindiciis*, id est pro re et fructibus a possessore petitori *dabantur praedes*. Ps. *Ascon. in Verr. II, 1, 45*; *Hilse*, De praedibus litis et vind. et stipulatione pro praede l. et vind., 1860. Hledíce k tomu, že v definicích antických gramatiků uvádí se jako subjekt, kterému se zavazují *praedes*, všude pouze populus (Varro, l. l. 5, 40; 6, 74; Festus, v. *Manceps a Praes*) a kdekoli se jedná o jednotlivé případy, užívá se jich na veskrz jen k zabezpečení pohledávek státu nebo obcí, soudili a soudí i nejnověji mnozí, že také *praedes litis et vindiciarum* zastavovaly se ne procesnému odpůrci, nýbrž státu. Tak *Mommsen*, *Stadtrechte*, 468; *Givard*, *Org. I* 132, 2; *Manuel*, 751, 1; *Cuq*, *Manuel*, 294, 2; *Bertolini*, 122. Ale Gajus po dvakráte, mluvě po každé co nejjasněji a důrazně, uvádí, že *praedes litis et vindiciarum* na rozdíl od *praedes sacramenti* zavazujících se praetorovi, příjemce vindicií měl zastaviti odpůrci svému: Gai. 4, 16: *eumque iubebat praedes adversario dare; alios autem praedes ipse praetor accipiebat sacramenti*. 94: *a possessore petitori dabantur praedes*. Nezbyvá než v zastavení těchto *praedes* soukromé osobě spatřovati výjimku od pravidla: Viz i samého *Mommsena* v pozdějším dodatku v *Ges. Schriften I*, 1, 359; k tomu *Göppert*, *ZRG. 4*, 268; *Jobbé-Duval*, 339 ns.; *Viard*, *Le Praes*, 29 ns.; *Perozzi*, *Institutioni*, 2, 157; sr. též *Karlowa*, *RG. 2*, 50 ns.

než o dědického práva.¹¹⁾ Je-li držení mezi stranami sporné, rozhodne se nejprve řízením *ex interdicto Uti possideis* nebo *Utrubi* o tom, která z nich jest držitelem a tím bude míti při nastávající jednostranné vindikaci výhodnější postavení žalovaného (*commodum possessionis*).¹²⁾ Žalovaný pak, podržuje věc pro dobu procesu, musí právě proto vždycky poskytnouti vindikantovi jistotu.¹³⁾ Naproti tomu žalobce nastupující *in rem actione*, není nikdy povinen k satisfaci.¹⁴⁾

Jistota byla poskytována od žalovaného při *agere per sponsionem* skrze *stipulatio (cautio, satisfatio) pro praede litis et vindiciarum*, při *agere per formulam petitoriam* pak skrze *stipulatio (satisfatio, cautio) iudicatum solvi*.¹⁵⁾ Zřizovány bývaly tyto cau-

¹¹⁾ Gai. 4, 91: *in rem actio duplex (est), aut enim per formulam petitoriam agitur, aut per sponsionem (92). Petitoria autem formula haec est, qua actor intendit rem suam esse (93). Per sponsionem hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione: Si homo, quo de agitur, ex iure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes?* deinde formulam edimus qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere; qua formula ita demum vincimus, *si probaverimus rem nostram esse*. Formula petitoris měla intenci, znějící „Si paret rem q. d. a. ex iure Quiritium A. Agerii esse“ (Cic. in Verr. II 2, 12, 31; Gai. 4, 34. 36. 41. 45—86). O tom, že zde jest na vindikantovi, aby dokázal svoje právo vlastnické, sr. D. 6, 1, 9; 20, 1, 3 pr.

¹²⁾ Gai. 4, 148: *Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat. cuius rei gratia comparata sunt Uti possidetis et Utrubi; D. 6, 1, 24: . . . longe commodius est ipsum possidere et adversarium ad onera petitoria compellere quam alio possidente petere; Ulp. D. 43, 17, 1, 2. 3.*

¹³⁾ Gai. 4, 89: *Si in rem tecum agam, satis mihi dare debes: aequum enim visum est te ideo quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisfactione mihi cavere, ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis; cf. I. 4, 11, pr.*

¹⁴⁾ Gai. 4, 96: *Ipse autem qui in rem agit, si suo nomine agat, satis non dat; cf. I. 4, 11, pr.*

¹⁵⁾ Gai. 4, 91, kde po slovech, uvedených v poz. 11, se praví: *si quidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quae appellatur iudicatum solvi, si vero per sponsionem, illa quae appellatur pro praede litis et vindiciarum. 94: ideo autem appellata est pro praede litis et vindiciarum stipulatio, quia in locum praedium successit, qui*

tiones přímo před litiskontestací.¹⁶⁾ Přes rozdíly ve znění svém,¹⁷⁾ zakládající se hlavně v tom, že obsah rozsudku, k němuž bylo hleděno ve stipulacích, byl různý podle toho, kterého řízení bylo užito,¹⁸⁾ měly oboje *stipulationes* poskytnouti přece jen pojištění podstatně stejné. I obsahovaly obě *stipulationes* tři sobě pododné hlavní kusy (*clausulae, partes*),¹⁹⁾ a to klausuli *ob rem iudicatam* (slib pro případ, že žalobce vysoudí),²⁰⁾ *ob rem non defensam* (slib pro případ, že by *defensio* byla opominuta)²¹⁾ a *de dolo*

olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis . . . dabantur; Valer. Prob. 5, 22: P. P. L. V. = pro praede litis vindiciarum; fr. Vat. 336; Cic. in Verr. 1, 45, 115; Ps. Ascon. in Verr. II, 1, 115; — *Hilse* ve sp. u. v poz. 10. — Valer. Prob. 5, 23: I. S. = iudic(at)um solvi; Dig. 46, 7: Iudicatum solvi.

¹⁶⁾ Cic. in Verr. 1, 45, 155: pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret. K tomu *Wlassak*, Sav. Z. 25, 130, 134, 2; *Lenel*, 134, 1; 498, 8. Jináč při legis actio in rem, kde praedes l. et vind. zastavování byli teprve po legisakci.

¹⁷⁾ S ním zabývají se *Schirmer*, na u. m. 48 ns.; *Karlowa*, RG 2, 441; *Lenel*, 496 ns. 509 ns.; *Duquesne* v *Mélanges Gérardin* (1907) 197 ns., v *Mél. Fitting* (1907/8) I 321 ns., i v *La translatio iudicii* (1910) 68 ns.

¹⁸⁾ Nalez, kterým se dávalo místo žalobě, obsahoval v řízení per formulam nezbytně odsouzení žalovaného k určité sumě peněžné (*Gai.* 4, 49—52), v řízení per sponsionem omezoval se na uznání, byť i jen nepřímé, sporného práva.

¹⁹⁾ Ulp. D. 46, 7, 6: *Iudicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo.* O cautio p. p. l. v. pak praví se (Ulp. D. 46, 7, 5, 2), že v ní jsou „plures causae una quantitate conclusae“; cf. D. eod. 13 D. 46, 4, 20.

²⁰⁾ Clausula *ob rem iudicatam* ve stipulaci p. p. l. v. (Ulp. D. 46, 4, 20 D. 46, 7, 3) zněla v první části své: „si ea res secundum me heredemve meum iudicata erit“ (*Cels.* D. 50, 16, 158). K tomu se pojilo, jak za to má *Lenel*, 499 ns., jako další podmínka, že žalovaný nevyhoví své povinnosti restituční, zvláště i co dotýče se plodů. K této části kauce náleží as slova Val. Proba, Einsidl. 52: D. D. D. = deinde deperit diminutum (*Lenel*, 501). — Clausula *de re iudicata* pak ve stipulatio iudicatum solvi (D. 46, 7, 6 cit. v poz. 19) obsahovala zajisté prostě slab, že promissor zaplatí sumu kondemnační (*Lenel*, 509 ns.). Sr. Ulp. D. 46, 7, 9: *Iudicatum solvi stipulatio expeditam habet quantitatem: in tantum enim committitur, in quantum iudex pronuntiaverit.*

²¹⁾ Druhá clausula slove při stipulatio p. p. l. v. vždy jen „ob rem non defensam“: Ulp. D. 46, 7, 3, 9 fr. 5, 3 fr. 7 D. 46, 1, 33., při cautio iudicatum solvi vedle toho (Ulp. 3, 3, 15 pr.: committitur . . . ob rem non defensam stipulationis clausula; D. eod. 14, 35, 3 fr. 45 pr.) také clausula *de re*

malo.²²⁾ Odepřel-li žalovaný dáti předeepsané jistoty, byla *res indefensa* a mohl vindikant, poskytl-li sám satisfaci, žádati za *translatio possessionis*.²³⁾ Jestliže však v případě tom žalobce neplnil satisfacc, byla věc zpravidla ponechána v držení žalovaného.²⁴⁾ Jen když tento byl osobou podezřelou, a šlo o věc movitou, měla sporná věc býti dána v uschování soudní.²⁵⁾ V rozepřích o dědictví pak žalobce, nedávší satisfacc, mohl vymoci u praetora *causa cognita* udílený zákaz, by žalovaný nezczil ničeho z dědictví.²⁶⁾

3. Příbuzná se stipulacemi právě uvedenými jest *stipulatio ex operis novi nuntiatione*, kterou se ten, komu byl zakázán stavební podnik, zavazuje, že bude-li v procesu o nuntiantově *ius prohibendi* rozhodnuto ve prospěch tohoto, uvede vše po nunciaci podniknuté v dřívější stav.²⁷⁾ Poskytnutí nebo nabídnutí

defendenda (Ulp. D. 46, 7, 6, poz. 19). Z toho vyvozuje *Lenel*, 502. 510, as právem, že doložka obsahovala v prvním případě pouze slib pro případ, „si res defensa non erit“, při *stipulatio iud. solvi* pak vedle toho také přímý slib defense (*eam rem boni viri arbitrato defendi*).

²²⁾ Doložka tato jest dosvědčena přímo pouze pro *cautio iud. solvi*: Ulp. D. 46, 7, 6, n. v poz. 19. Znění její dochovalo se ve *Venul. D. 46, 7, 19 pr.* *Novissima clausula iudicatum solvi stipulationis* „dolum malum abesse afuturumque esse“ et in futurum tempus permanens factum demonstrat; cf. *Paul. D. 45, 1, 83 pr.*, *Pap. D. 45, 1, 121 pr.* Nejpodobnější jest však, že také *stipulatio p. p. l. v.* nepostrádala této klausule, jako ji měly ostatní praetorské stipulace; sr. *Lenel*, 503.

²³⁾ O této viz *Heyrovský*, Sborník 16, 16, 338 ns.

²⁴⁾ *Paul. S. 1, 11, 1*: *Quotiens hereditas petitur, satisfactio iure desideratur et, si satis non detur, in petito rem hereditas transfertur: si petitor satisfacere noluerit penes possessorem possessio remanebit; in pari enim causa potior est possessor.* *Lenel*, 134.

²⁵⁾ Ulp. D. 2, 8, 7, 2: *Si satisfactum pro re mobili non sit et persona suspecta sit, ex qua satis desideratur: apud officium deponi debet, si hoc iudici sederit, donec vel satisfactio detur vel lis finem accipiant.* Sr. *Muther*, *Sequestration und Arrest* (1856), 151 ns.; *Lenel*, 131 ns.

²⁶⁾ Podle skriptu *divi Pii* pak mohl žalobce dosíci takové záповědi zcizení po případě již před litiskontestací nebo, i když žalovaný byl dal kauci. Ulp. D. 5, 3, 5 pr.; cf. D. 18, 1, 26; D. 28, 8, 7, pr. D. 41, 4, 7, 5; D. 44, 4, 17, 2. K tomu *Lenel*, 132 ns.; sr. *Franke*, *Commentar über d. Pandektentitel de H. P.* (1864) 18 ns.

²⁷⁾ Z obsáhlé novější literatury, kterou zaznamenává *Lenel* 525, 3, buďtež uvedeny: *Schmidt*, *Zschr. f. CRt. u. Pr. N. F.* 8, 22 ns.; *Jahrb. d. gem. R.* 4, 143 ns.; *Schirmer*, na u. m., 47. 68 ns.; *Karlowa*, *Beiträge*, 83 ns. *Burckhard*, *Die operis noci nuntiatio* (1871), 420 ns. Sr. dále

této jistoty má v zápětí, že *nuntiatio* pozbývá účinku a podníl atel, pokračuje-li v stavební činnosti, jest proti rušení jejímu chráněn zvláštním interdiktem.²⁸⁾ *Stipulatio ex operis novi nuntiatione*, která, stala-li se *operis novi nuntiatio* k zachování práva soukromého (*iuris nostri conservandi causa*), jest *satsidatio*,²⁹⁾ slouží také k pojištění úspěchu věcného procesu, provedeného *per sponsionem* nebo *per formulam petitoriam*.³⁰⁾ Ale ona liší se od *stipulationes pro pr. l. v. a iud. solvi* tím, že zřizuje se nel o nal izí mi m o s o u d n ě pro proces teprve budoucí, ve kterém nuntiant jako žalobce bude musiti dokázati svoje *ius prohibendi*. *Cautio tato* má pak také stejné tři klausule jako ony dvě stipulace.³¹⁾

4. Také právní rozepře o svobodě člověka (*controversia de libertate, causa liberalis*)³²⁾ vzala na se časem podol u procesu jednostranného, ať již se konala skrze *agere per sponsionem* nel o *per formulam petitoriam* nebo *per formulam praecudicalem*. Byl-li člověk, o jehož svobodu šlo, *sine dolo malo* ve faktickém držení svobody, měl podle ediktu, kdo tvrdil, že jest pánem jeho, vystoupiti proti adsertorovi jako žalobce (*ex libertate in servitutum*

Karlowa, RG II 1232 ns., hlavně *Lenel*, 524 ns., nejnověji pak *Henle*, *Unus casus* (1915), str. 92 ns.

²⁸⁾ Ulp. D. 39, 1, 5, 17: Si is cui nuntiatum erit, ex operis novi nuntiatione satsidederit repromiseritve aut per eum non fiet quo minus boni viri arbitrato satsidet repromittatve, perinde est, ac si operis novi nuntiatio omissa esset. habet autem hoc remedium utilitatem: nam remittit vexationem ad praetorem veniendi et desiderandi, ut missa fiet nuntiatio. D. eod. 8, 2—4 fr. 21. *Burckhard*, 424 ns.; *Lenel*, 358. — O interdiktu sr. Ulp. D. 39, 1, 20, 9—16; *Lenel*, 466.

²⁹⁾ Ulp. D. 46, 5, 1, 6: . . . de eo opere quod in privato factum erit, satsidatio est: de eo, quod in publico . . . qui suo nomine cavent, repromittunt, qui alieno, satsidant; D. 39, 1, 8, 2. 3.

³⁰⁾ Ulp. D. 46, 5, 1, 2 (Studie VIII poz. 6): Iudiciales (stipulationes) . . . ut ex operis novi nuntiatione.

³¹⁾ Ulp. D. 39, 1, 21, 2: Habet autem ista stipulatio condicionem, ut ita demum committatur, si *iudicatum* fuerit sive ante rem iudicatam causa quae acciderit *neque res defendatur*: et *de dolo malo subicitur clausula*; cf. D. eod. fr. 21, 3. 4. 7. fr. 12; Sr. formulí rekonstruovanou *Lenelem*, 524 ns.

³²⁾ Sr. z literatury: *Bethmann-Hollweg* 2, 334 ns.; *Maschke*, *Der Freiheitsprozess im klass. Alterthum*, 1888; *Lenel* 365 ns.; *Buckland*, *The Roman law of slavery*, 1908, 652 ns.; *Girard Man.* 101 ns.; *Karlowa* RG 2, 1108 ns.

petere) a dokázati, že člověk jest jeho otrokem.³³⁾ Byl-li však člověk fakticky podroben moci panské nebo *dolo malo* v držení svobody, musil *adsertor* na se vzítí úlohu žalobcovu (*ex servitute in libertatem petere*) a provéstí důkaz svobody člověka. Jestliže strany se nedohodly o tom, kdo by v nastávajícím procesu o svobodu měl býtí žalobcem, kdo žalovaným, rozhodl o tom magistrat ve zvláštním předchozím řízení (*ordinare litem, liberale iudicium, liberalem causam*).³⁴⁾ Zda *ordinatio litis* magistratem stala se podle

³³⁾ Mínění, že *adsertor* byl nezbytným pouze při *petere in libertatem*, nikoli též při *petere in servitute*, jak zastává *Voigt XII Taf.*, 2, 120, 14, a nejnověji ještě *Cuq*, *Manuel*, 82, vyvrací se konstitucemi CTh. 4, 8, 5, 9 a C. 7, 17, 1 pr., podle nichž až do Justiniana *adsertor* byl po zásadě dosazován také se strany toho, qui in libertate commorans ad servitute vocatus fuerit. Sr. *Rümelin*, *Zur Geschichte d. Stellvertretung im röm. Zivilprozess*, 1886, 48 ns.; *Lenel*, 370, 1; *Buckland* 656. — V *Digestech* zhusta se vyskytující výrazy „*proclamare* (*proclamatio in*“ nebo „*ad libertatem*“ (sr. *Seckel* *Heumanns Handlexikon* h. v.; *Gradenwitz* SZ. 14, 225, 1) pokládají *Gradenwitz*, *Int.* 101 a SZ. 14, 118 ns., a *Lenel* v Pal. namnoze za interpolované na místo *adseri* nebo *adserere*, *peti*, *vindicari* in libertatem. Přesvědčivě to vyvrátil *Wlassak* *Grünh. Z.* 19, 715 ns., podle něhož *proclamatio in libertatem* byla zvláštním řízením, které předcházelo dva další procesy zvané *ordinatio iudicii* (poz. 34) a *liberale iudicium*. Toto předchozí řízení bylo prý ryze magistratským, bezforemným projednáváním mezi stranou táhnoucí se k vlastnictví a člověkem, jehož pánem býti tvrdila, účelem pak jeho opatřiti tomuto člověku *adsertora*. *Schlossmann*, *Sav. Z.*, 13, 225 ns., vyslovuje se rovněž proti tomu, že by „*proclamare*“ a „*proclamatio*“ v *Digestech* byly interpolacemi, má za to, že „*proclamare in* (*ad*) *libertatem*“, značíc původně volání člověka uchopeného od jiného za otroka po *adsertorovi*, znamená v pramenech zpravidla „přiváděti svou svobodu k platnosti na soud“.

³⁴⁾ *Ulp. D.* 40, 12, 7, 5: *Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet: si vero ex libertate in servitute petatur, is partes actoris sustinet qui servum suum dicit. igitur cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in servitute aut contra agatur. et si forte apparuerit eum, qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse, is qui se dominum dicit actoris partes sustinebit et necesse habebit servum suum probare: quod si pronuntiatum fuerit eo tempore, quo lis praeparabatur, in libertate eum non fuisse aut dolo malo fuisse, ipse qui de sua libertate litigat debet se liberum probare; D. 40, 12, 10—12; 41 pr.; 22, 3, 14 (poz. 36) 20; *Diocl.* C. 7, 16, 21. — *Ordinare litem*: D. 22, 3, 20; 40, 12, 24, 1, 2 fr. 25, 2;*

vlastního seznání jeho nebo na základě praejudicia porotcova, jest pochybno.³⁵⁾ Jako v procesu o svobodu byly úlohy stran i důkazové břemeno určeny při praejudiciích *an quis ingenuus* nebo *an quis libertus sit*.³⁶⁾ Nechať pak úlohy stran v procesu o svobodu byly rozděleny tak či onak, povždy platilo dále, že k člověku, o jehož svobodu vedl se právní spor, mělo, jakmile *lis* byla *ordinata*, po celou dobu, co proces trval, býti hleděno jako ku svobodnému (sr. též §).³⁷⁾ I byl proto *adsertor libertatis*, ať již byl žalobcem nebo žalovaným, povždy povinen poskytnouti odpůrci svobody satisfacci při samé *ordinatio litis*.³⁸⁾

II. Při *actiones in personam* žalobce nemusí nikdy dáti jistoty,³⁹⁾ žalovaný pak jest povinen poskytnouti žalobci kauci,

C. 7, 16, 14; ordinare liberale iudicium: D. 40, 12, 24, 1. 3, fr. 25, 2; ordinare liberalem causam: D. 40, 12, 24 pr. (poz. 37); C. 7, 19, 2. Sr. *Wlassak*, Litiskontestation 73 ns.; *Grünhuts* Z. 19, 711 ns. SZ. 26, 395, 1; *Lenel*, 371 ns.; *Buckland*, 660 ns.

³⁵⁾ Tak *Lenel*, 373, že měla místo pouze úřední kognice, zastávají *Zimmern*, Röm. Rechtsgesch. 3, 203; *Bethmann-Hollweg* 2, 335; *Wlassak*, Sav. Z. 26, 395, 1 a *Karlowa* RG 2, 1113; viz též *Partsch* Sav. Z. 31, 425.

³⁶⁾ Ulp. D. 22, 3, 14: Circa eum, qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est, quis actoris partibus fungatur. Et si quidem in possessione libertinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere dicereque se ingenuum esse; sin vero in possessione ingenuitatis sit et libertinus esse dicatur, hoc probare debet qui eum dicit libertum suum: quid enim interest, servum suum quis an libertum contendat? Sr. *Bethmann-Hollweg* 2, 339; *Buckland*, 673.

³⁷⁾ Paul. D. 40, 12, 24, pr.: Ordinata liberali causa liberi loco habetur is, qui de statu suo litigat; cf. ibid. § 3; D. 40, 12, 25 pr., C. 7, 16, 14; sr. *Buckland*, 661 ns. *Lenelovi*, 365, jest zcela pravdě podobným, že pravidlo to vyvinulo se z předpisu XII tabulí, že vindicie mají býti uděleny secundum libertatem (poz. 9). Jinak soudí *Wlassak*, Litiskontestation, 74, 1.

³⁸⁾ Martial. I, 52, 5: *Adsertor venias satisque praestes*; Thalel. k Basil. 48, 21, 1; C. 7, 17, 1, 1. 2; C. Th. 4, 8, 5, 4; 6, 5; sr. *Bethmann-Hollweg* 1, 1. 2; 2, 336, 44; *Ubbelohde*, Göttg. Gel. Anz. 1888, 364 ns.; *Wlassak*, S. Z. 26, 393 ns.; *Karlowa* RG 2, 1112 ns.; *Lenel*, 368, 5; 373; *Buckland*, 656; sr. též D. 3, 3, 39, 5 ns. *Wlassak*, u. m. 394, pronáší domněnku, že platila výjimka v případě voluntate domini in libertate morari.

³⁹⁾ Gai. 4, 100: si *in personam* (agetur) ab actoris quidem parte, quando satisfacere debeat, quaerentes eadem repetemus, quae diximus in actione, qua in rem agitur = I. 4, 11, 1 cf. Gai. 4, 96 (poz. 14).

a to *satisfactionem iudicatum solvi*, pouze v několika případech, stanovených praetorem,⁴⁰⁾ a to

1. pro zvláštní povahu žaloby (*propter genus actionis*), jako při *actiones iudicati, depensi* nebo *de moribus*;⁴¹⁾

2. pro podezřelou povahu žalovaného (*propter personam*), jako když tento zbankrotěl, když věřitelové, zajavše jeho majetek, vyhlásili veřejný prodej jeho, nebo když dědic nezdá se magistratovi zcela spolehlivým.⁴²⁾

Zpěchoval-li se žalovaný poskytnouti kauci, byl *indefensus* a bylo lze nastupovati naň *missione in bona*, po případě *ductione* (sr. nahoře studii IX, poz. 8).

XI.

Pojištění proti zneužití procesních prostředků.¹⁾

Aby zabráněno bylo tomu, by strany nezneužily procesních prostředků, útočných nebo obranných, jsou zavedeny dílem zvláštní pokuty na neospravedlněné vedení právního sporu (*poenae temere litigantium*), navázané tu již na procesný nezdár o sobě, tu na zavinění k němu přistupující: na vědomí strany o bezpráví (*calumniā*) nebo na její svévůli (*temere litigare*: doleji

⁴⁰⁾ Gai. 4, 102: Quodsi proprio nomine aliquis iudicium accipiat in personam, certis ex causis satisfacere solet, quas ipse praetor significat; quarum satisfactionum duplex causa est, nam aut propter genus actionis satisfacitur, aut propter personam, quia suspecta sit.

⁴¹⁾ Gai. 4, 102: propter *genus actionis*, velut iudicati depensive aut cum de moribus mulieris agitur. K actio iudicati depensive: Gai. 4, 25, k actio de moribus: D. 23, 4, 5 pr.; C. Th. 3, 13, 1; C. 5, 17, 11, 2; 5, 13, 1, 5; Czychlarz, Dotalrecht 337 ns.; Lenel 300.

⁴²⁾ Gai. 4, 102: propter *personam*, veluti si cum eo agitur qui decoxerit, cuiusve bona a creditoribus possessa proscriptave sunt, sive cum eo herede agatur quem praetor suspectum aestimaverit. O „qui decoxerit“ sr. lex Iul. munic. v. 114. 115; Cic. Phil. 1, 18, 44; Val. Max. 6, 9, 12; Phil. N. H. 33, 133; Senec. ep. 36, 5; o „bona possessa proscriptave“ Gai. 3, 79; o „heres suspectus“ D. 42, 5, 31.

¹⁾ Zimmern, Gesch. d. röm. Privatr. 3, 539 ns.; Keller, 290 ns.; Bethmann-Hollweg, 2, 533 ns.; Bertolini, 2, 201 ns.; Cug, Manuel des Institutions juridiques Romains, 1917, 883 ns.

č. I—III), dílem prostředl y p re ven č ní (dole č. IV.²⁾ Opatření k tomu se nesoucí dále se na mnoze již v řízení *in iure* o původní drávní rozepři.

I. Za pokutu, uvalenou na stranu prosoudivší, ž a l o b c e nebo ž a l o v a n é h o, již pro nezdar v procesu, sloužilo *sacramentum* v procesu legisakčním³⁾ jakož i *summa sponsionis* a *restipulationis*⁴⁾ v interdiktním řízení *per sponsionem*⁵⁾ a peněžná částka, slílená *sponsione et restipulatione tertiae* nebo *dimidiae partis* při *actiones certae creditae pecuniae* a *de pecunia constituta*.⁶⁾ Podobně

²⁾ I. de poena temere litigantium 4, 21 pr.: Admonendi sumus magnam curam egisse eos, qui iura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent.

³⁾ Gai. 4, 13: qui victus erat, summam *sacramenti* praestabat *poenae* nomine; 4, 14: *Poenae sacramenti* aut quingenaria erat aut quinquagenaria; Festus v. sacramentum; Ps. Ascon. ad Cic. in Verr. 2, 1, 9, 26. — Sr. *Bethmann-Hollweg* 2, 533 ns.; R. *Mayr*, *Mél. Girard* 2, 176. 186. 198; *Ubbelohde*, *Die Interdicte*, 2, 207 ns.

⁴⁾ Gai. 4, 174 (poz. 8). 180: *Restipulationis poena* ex certis causis fieri solet et quemadmodum contrario iudicio omni modo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita etiam *restipulationis poena* omni modo damnatur actor, si vincere non potuerit. 4, 181.

⁵⁾ Pravidelnou formou pro řízení ex interdicto bylo agere per *sponsionem* (Gai. 4, 141. 165; Ulp. fragm. Vindob. 5). *Sponsio* tu sloužila dílem k tomu, aby sporná věc dostala se k rozhodnutí porotcovu, dílem k tomu, aby pokutována byla strana, která by prosoudila, byla tedy nejen *praeiudicialis*, nýbrž zároveň *poenalis* a byla proto strana, která se zavázala *sponsione*, oprávněna k *restipulatio*. Sr. Gai. 4, 141: modo cum *poena* agitur, modo sine *poena*: cum *poena*, velut cum per *sponsionem* agitur. 165: nam actor provocat *adversarium sponsione*; ille autem *adversus sponsionem adversarii restipulatur*. 167: *sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summas poenae* nomine solvere. 168: *sponsionis et restipulationis summam poenae* nomine debet; cf. Gai. 4, 94; *Ubbelohde* u. m. 103 ns. 127.

⁶⁾ Gai. 4, 171: Ex quibusdam causis *sponsionem* facere permittitur, veluti de pecunia certa *credita* et *pecunia constituta*; sed *certae* quidem *creditae pecuniae tertiae partis*, *constitutae* vero *pecuniae partis dimidiae*; 4, 13: . . . *periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem* qua periclitatur reus si temere neget, et *restipulationem* qua periclitatur actor si non debitum petat; . . . *sponsionis et restipulationis poena* lucro cedit *adversarii*, qui vicerit; 4, 174. 180. 181. *Summa sponsionis et restipulationis* měla tu býti jedině pokutou na nespravedlivé vedení procesu. *Sponsio* byla tu tedy číře *poenalis*.

měla ráz procesné pokuty *summa fructus licitacionis*, ke které se v řízení z interdiktta *Uti possidetis* strana zavazovala *stipulatione fructuaria*.⁷⁾

II. Co dotýče se pokut postihujících pouze žalobce, propouštěla se žalovanému

1. proti každé *actio* pro případ ten, že by žalobce prosoudil, nastoupiv žalou, věda, že to nečiní právem, *iudicium calumniae* na jednu desetinu hodnoty sporného předmětu, proti adsertorovi na jednu třetinu.⁸⁾ Prosouzení žalobcovu rovnal se as případ ten, když žalobce, zahájiv *calumniose* proces, pak od něho upustil (*destitit*).⁹⁾ *Iudicium calumniae* musilo býti vyžádáno proti žalobci ještě za řízení *in iure* o jeho žalobě.¹⁰⁾ Ne-

⁷⁾ Gai. 4, 166: ... (et qui superavit) fructus licitando, is tantisper in possessione constituitur, si modo adversario suo fructuaria stipulatione caverit, cuius vis et potestas haec est, ut si contra eum de possessione pronuntiatum fuerit, eam summam adversario solvat. 167: ... sponsonis et restipulationis et fructus licitationis summas poenae nomine solvere; summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est. Sr. *Ubbelohde* 2, 155 ns.; 5, 399 ns.

⁸⁾ Gai. 4, 174: Actoris calumnia coercetur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione. 175: *Calumniae iudicium* adversus omnes actiones locum habet et est decimae partis, adversus adsertorem tertiae partis est; cf. 163; Consult 6, 13; I. 4, 16, 1 (*calumniae actio*; k tomu *Gradenwitz*, Interpolationen, 111) *Theoph.* 4, 16, 1 c; *Nov.* 112, 2 pr.; *Cic.* pro *Cluent.* 59, 163; *Gell.* 14, 2, 8, v příčině adsertora pak *Paul.* 5, 33, 7. Sr. *Hitzig*, *Real Enc.* 3, 1420 ns. *Lenel*, 106 ns.

⁹⁾ Sr. interpol. *Ulp. D.* 4, 3, 33 a, k tomu *Lenel*, 107; *Hitzig*, na u. m.; *Wlassak*, 118.

¹⁰⁾ Toho dokladem jest *Gai.* 4, 163. 176. 181, kde praví se o *iudicium calumniae* zase a zase, že straně, nastupující hlavní žalobou opponitur, i *Gell.* na u. m. a *Cons.* 6, 13. — Tak i *Keller*, 296, 693, *Hitzig*, na u. m., *Givard*, *Man.* 1039, 4, hlavně pak *Wlassak*, *Sav. Zeitschr.* 33, 117 ns. Zdali *iudicium calumniae* bylo prostě jen přivěšeno na hlavní formulí (na její si non parat absolve) nebo byla pro ně udělena zvláštní samostatná formulě, *Lenel* (107), rozhodnouti nechce. *Wlassak*, 119, a *Partsch*, *Studien zur Negotiorum Gestio I* (1913), 56, pokládají *iudicium calumniae* za samostatnou žalobní formulí. Jak *Wlassak* se domnívá, formulě ta opatřena byla praescriptí, prohlašující procesný poměr za podmíněný. — Zprávě *Theoph.* 4, 16, 1 c, že žalovaný mohl vznésti

připouštělo se, jestliže žalobce se zavázal k pokutě *restipulatione* (nahoře I).¹¹⁾

2. Oproti některým *actiones* propůjčeno jest žalovanému *iudicium contrarium* prostě pro případ ten, že by žalobce prosoudil, byť i tento byl užil žaloby, jsa přesvědčen o svém právu.¹²⁾ Z *actiones* těchto jsou *actio iniuriarum*, *actio* proti ženě, která byla *ventris nomine in possessionem missa*, pro zlovolné odcizení držby jakož i *actio* příslušící tomu, který by, byv od praetora *missus in possessionem*, nebyl od jiného připuštěn.¹³⁾ V případě prvého *iudicium contrarium* nese se k jedné desetiné sporného předmětu, ve dvou ostatních k jedné pětiné.¹⁴⁾ Také toto *iudicium* musilo

calumniae actionem teprve poté, co byl vysoudil, netřeba dáti víry: Keller, na u. m.; Bethmann-Hollweg 2, 536, 49; Wlassak, na u. m. — Z konstituce Diokletianovy v Cons. 6, 13, která zmiňuje se o *remedium repromissionis initio postulatae*, usuzovalo se, že *calumniae iudicium* bylo zprostředkováno *repromisi* žalobcovou (Bethmann-Hollweg, 2, 536-44). Spíše zamlouvá se však důmněnka Wlassakova (na u. m. 117, 2), že *calumniae iudicium* a *remedium repromissionis* jsou dva různé prostředky.

¹¹⁾ Gai. 4, 181: Qui *restipulationis poenam patitur*, ei neque *calumniae iudicium* opponitur neque *iurisiurandi religio* iniungitur.

¹²⁾ Gai. 4, 178: *Severior autem coercitio est per contrarium iudicium*. nam *calumniae iudicio* nemo damnatur nisi qui intelligit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia *actionem* instituit. *Contrario iudicio omnimodo damnatur actor*, si *causam non tenuerit*, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere; cf. 4, 174 (poz. 4). 180 (poz. 3); 181.

¹³⁾ Gai. 4, 177 *Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur*, veluti si *iniuriarum agatur*, et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur *ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse* (cf. D. 25, 5, 1, pr. 1. 2) et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in *possessionem missum* ab alio quo *admissum non esse* (cf. D. 43, 4, 1 pr.; studie IX poz. 29). Lenel, 304. 389. 408.

¹⁴⁾ Gai. 4, 177: *Adversus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur*, adversus vero duas istas *quintae*. Nápadná jest shoda těchto trestních sazeb s pokutami, jež v Alexandrijském právu z polovice 3. století př. Kr., zachovaném na Pap. Hal. I („Dikaiomata“), jsou stanoveny v lin. 115—120 při jistých žalobách pro žalobce padlého v procesu. Žalobce má, prosoudí-li, již ze samého rozsudku žalobu zamítajícího, vítěznému odpůrci zaplatiti při jedněch žalobách, z nichž jest zvláště žaloba pro zbití (δικη πληγῶν), jednu desetinu částky žalobou požadované,

býti ustaveno hned u příležitosti projednání *in iure* té neb oné z uvedených *actiones*.¹⁵⁾ V případech, kde bylo lze nastupovati *contrario iudicio*, mělo místo také *calumniae iudicium*. Užiti směl však žalovaný vždy jen jednoho z nich.¹⁶⁾

III. Právní újma, která postihuje žalovaného, může záležeti v tom, že

1. *lis infitiando crescit in duplum*.¹⁷⁾ Druhdy se totiž pouští proti dlužníkovi, jestliže popírá právo žalobcovu, *actio in duplum*.¹⁸⁾ Z *actiones, quae infitiatione duplicantur* jsou *actiones iudicati*,¹⁹⁾ *depensi*,²⁰⁾ *legis Aquiliae*²¹⁾ a *actio ex testamento de certa re legata per damnationem*.²²⁾²³⁾ Zjev ten bývá vysvětlován

při jiných pak jednu pětinu. Sr. *Partsch*, na u. m., 58, a Arch. Pap. VI, 74 ns.; *Heyrovský*, Sborník, 16, 56 ns.

¹⁵⁾ *Lenel*, 304, soudí, že kondemnační rozkaz pro *iudicium contrarium* byl as jistě přivěšen k s. n. p. a. *iudicii directi*. Pro spojení v jediné formulě také *Partsch*, Neg. Gestio I, § 7, dovolává se obdoby právních pravidel alexandrijských (P. Hal. 1), dotčených v poz. předchozí, *Wlassak*, 119, přiznává, že zde jest obtížnější navrhnouti podmíněnou *praescriptio*.

¹⁶⁾ *Gai.* 4, 179: *Ex quibus causis contrario iudicio agi potest, etiam calumniae iudicium locum habet; sed alterutro tantum iudicio agere permittitur.*

¹⁷⁾ *Huschke*, Zeitsch. f. gesch. Rechtswiss. 13, 256 ns. *Rudorff*, tamtéž 14, 287 ns.

¹⁸⁾ *Gai.* 4, 171: *adversus in(fitiantes ex quibusdam) causis dupli actio constituitur, velut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur; cf. Gai. 4, 9, 171; I. 4, 6, 23. 26; 4, 16, 1; Paul. 1, 19, 1. 2.*

¹⁹⁾ Viz místa v poz. 18, *Cic.*, pro Flacco 21, 49. a *Wenger*, *Actio iudicati*, 27 ns. *Rudorff*, 301 ns.

²⁰⁾ *Gai.* 3, 127; 4, 22; *Rudorff*, 355 ns.

²¹⁾ *Gai.* 3, 216; I. 4, 6, 19. 26; D. 9, 2, 2, 1 fr. 23, 10; D. 9, 3, 1. 4; *Rudorff*, 374 ns.

²²⁾ *Gai.* 2, 282; *Rudorff*, 399 ns. Sr. nahoře § . . .

²³⁾ Mezi případy litiskrescence bývají počítány také *actio de modo agri* (*Paul.* 2, 17, 4), t. zv. *actio auctoritatis* (*Paul.* 2, 17. 1. 3) a *actio depositi ex lege XII tab.* a z t. zv. *depositum miserabile* (I. 4, 6, 23. 26; D. 16, 3, 1, 1; Coll. 10, 7, 11), viz *Huschke*, *Nexum*, 174. 188. Ale ve všech těchto případech směřuje *actio* hned od počátku k *duplum*: Uvádí-li se v *Paul.* 1, 19, 1 *actio de modo agri* skutečně mezi *actiones*, které, si a reo *infitiuntur*, *duplantur*, jest v tom spatřovati interpolaci: sr. *Rudorff*, 417 ns. *Bechmann*, *Der Kauf* I 121. 248; *Lenel*, 189, 11. *Condemnatio in duplum* pak při *actio redhibitoria* (D. 21, 1, 45) byla stanovena

tím, že jmenované *actiones* byly v nejstarším procesu přiváděny k platnosti vesměs *legis actione per manus iniectio nem*, při níž *vindex* nebo, šlo-li o *manus iniectio pura*, dlužník sám odporem svým přejímal nebezpečí býti odsouzen k dvojnásobnému.²⁴⁾ Jestliže odpor dlužníkův proti oněm žalobám nejví se l ýti vlastní *infitiatio*, má proti němu průchod pouze *iudicium in simplum*.²⁵⁾

2. Proti tomu, kdo, jsa v pravdě *heres ex parte*, na otázku pozůstalostního věřitele, položenou jemu *in iure* (*interrogatio in iure facta*), popřel, že by byl vůl ec dědicem neť o udal menší podíl nebo nedal odpovědi, bylo v ediktu slíbeno *iudicium in solidum*,

ne pro případ *infitiatio nis* (jak soudí *Huschke*, *Nexum*, 209 ns.), nýbrž pro případ, že žalovaný nevyhověl arbitriu de restituendo: *Rudorff*, 451 ns. *Lenel*, 531 ns.

²⁴⁾ Tak *Huschke*, *Nexum*, 142; *Keller*, 100. 291; *Bethmann-Hollweg*, 1, 163. 176; *Girard*, *Man.* 1021, 4; *Karlowa* RG II 822; *Vančura*, *Sborník* 5, 375; *Bertolini* 2, 203 ns., ale o dvou posledních *actiones* není nikterak nepochybně, že by byly náležely mezi případy *manus iniectio nis*. Právem namítá *Mitteis*, SZ. 22, 114 ns., proti učení, podle něhož litiskrescence *legata per damnationem* pochází z *manus iniectio*, jednak, že *actio legis Furiæ de sponsu adversus eum, qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset*, pro níž Gajus dosvědčuje *legis actionem per manus iniectio nem* (*Gai.* 4, 22), ačkoli byla zajisté praktickou ještě za dob Gajových (viz *Lenel*, 210 ns., J. m. *Girard*, na u. m., z mylné domněnky, že *actio legis Furiæ* nahrazena byla excepčí; sr. *Heyrovský*, Sb. 13, 133, 30), neuvádí se při vypočítání případů litiskrescence, jednak, že *legis actio per manus iniectio nem* z *legata per damnationem* byla by po zákoně *Valliově* nutně bývala *manus iniectio pura*, pro tuto však jest nejpodobnější, že nesla se pouze k *simplum*. O původu litiskrescence při *actio legis Aquiliae* pak víme, že duplikace byla přímo nařizena zákonem: *Gai.* D. 9, 2, 1: (*Lege Aquilia*) *cavetur, ut adversus infitiantem in duplum esset*.

²⁵⁾ *Wenger*, *Actio iudicati*, 21 ns. prokázal přesvědčivě, že vedle *actio iudicati in duplum* byla též *actio iudicati in simplum*, kterážto byla propuštěna, když žalovaný nepopíral ani faktickou, ani právní existenci rozsudku a také netvrdil, že splnil dluh judikatní, což vše by bylo *infitiatio*, nýbrž bránil se některou přípustnou excepčí, na př. *exceptioe cognitioria* (D. 44, 1, 2, 4) nebo dovoláváním se *beneficia competentiae*. Tak i *Lenel*, 429, 3; *Erman*, SZ. 22, 246; *Cug*, 901, 6 a *Thomas*, *Nouv. revue hist. de droit*, 27, 579 ns. Tento prokazuje (na u. m. 586 ns.), že i při ostatních třech v textu uvedených *actiones* hrozila prosoudivšímu žalovanému *condemnatio tu in duplum tu in simplum* podle toho, zdali by tu byla *infitiatio* čili nic.

jako by byl *heres ex asse*.²⁶⁾ Na toho, kdo na dotaz žalobce, dokročujícího naň *actione noxali* nebo *de pauperie*, trval proti pravdě na tom, že nemá vinníka ve své moci nebo že škodné dotyčce není jeho vlastním, bylo lze nastupovati *iudicio sine noxae deditioe*.²⁷⁾ Zapřel-li pak na interrogaci, učiněnou v řízení pro *damnum infectum* nebo pro *actio aquae pluviae arcendae*, otázaný křivě, že by byl vlastníkem ohrožujícího stavení nebo pozemku, převádělo se jeho vlastnictví na odpůrce.²⁸⁾

3. *Confideiussor* popřevší rukojemství nemůže užiti t. zv. *beneficia divisionis*, *socius* pak, který by popřel společnost, pozbuje t. zv. *beneficia competentiae*.²⁹⁾

4. Při některých žalobách má odsouzení žalovaného, byli *damnatus suo nomine*, proň v zápětí *infamii*. K těmto *actiones famosae* (*iudicia famosa*)³⁰⁾ náleží ze žalob deliktních: *actiones furti*, *vi bonorum raptorum*, *iniuriarum*, *sepulcri violati*, *doli a legis Plaetoriae*, ze žalob kontraktních pak *actiones pro socio*, *fiduciae*, *tutelae*, *mandati*, *depositi* a *depensi*.³¹⁾

²⁶⁾ Ulp. D. 11, 1, 11, 3: Si, cum esset quis ex semisse heres, dixerit se ex quadrante, mendacii hanc poenam feret, quod in solidum convenitur, 7: Nihil interest, neget quis an taceat interrogatus an obscure respondeat, ut incertum dimittat interrogatorem; cf. eodem 4. 5; *Lenel* 141.

²⁷⁾ D. 9, 4, 21, 2: Praetor ait: „Si is in cuius potestate esse dicitur negabit se in sua potestate servum habere, . . . iudicium dabo sine noxae deditioe“. D. 50, 16, 215; 2, 9, 2, 1; 9, 4, 21, 3 fr. 29; 47, 2, 17, 3. Ulp. D. 9, 1, 15: Interdum autem dominus in hoc non convenietur, ut noxae dedat, sed etiam in solidum, ut puta si in iure interrogatus, an sua quadrupes esset, responderit non esse suam. D. 11, 1, 7; sr. *Lenel* 155. 157. 159; *Karlowa* 2, 1174 ns.; *Heyrovský*, *Sborník*, 16, 344, 48; 346, 53.

²⁸⁾ D. 11, 1, 10 fr. 20, 1. 2; *Demelius*, *Confessio* 319 ns.; *Heyrovský* u. m. 347, 59; 348, 60.

²⁹⁾ D. 46, 1, 10, 1. — D. 17, 2, 67, 3; D. 42, 1, 22, 1.

³⁰⁾ *Actio famosa*: D. 3, 2, 6, 1 fr. 7; 4, 3, 1, 4; 37, 15, 5, 1; 47, 10, 7 pr. *iudicium famosum*: D. 3, 1, 1, 10; 12, 2, 9, 2; *iudicium turpe*: Cic. pro Caec. 3, 7; pro Rosc. Amerin. 38, 111; de orat. 1, 36, 166 *actio turpis*: D. 17, 2, 56.

³¹⁾ Gai. 4, 182: Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi; cf. 4, 60; I. 4, 16, 2; D. 3, 2, 1 fr. 4, 5; *Lex Iul. munic.* 1. 110 sq.; fr. *Atest.* lin 3 sqq. Cic. pro Rosc. Amerin. 38, 111 sq. 40, 116; pro Rosc. Com. 6, 16; pro Caec. 3, 7; pro Cluent. 42, 119; de orat.; pro Cluent. 42, 119; *Quintil. Declam.* 250. Sr. dále o *actio doli*

IV. P r e v e n č n í m opatřením k zamezení procesné svévole jest *iusiurandum calumniae*.³²⁾ Magistrat ukládá na návrh žalovaného žalobci, aby přísahal, že nenastupuje žalobou s vědomím bezpráví (*non calumniae causa agere*),³³⁾ nebo naopak na návrh žalobcův žalovanému, aby odpřísáhl, že nepopírá právo žalobcovy věda, že tak činí neprávem (*non calumniae causa infitias ire*).³⁴⁾ Přísaha ta nemůže býti požadována na odpůrci, když jej již bez toho v případě, že prosoudí, má stihnouti pokuta, tedy ne na žalobci, když jemu hrozí *poena restipulationis* nebo bylo proti němu užito judicia *calumniae*, aniž na žalovaném, když podstupuje nebezpečí pokuty ze sponse nebo litiskrescence, ba na tomto ani v tom případě, když *actio* směřuje již od počátku k více nežli k *simplum*.³⁵⁾ Ženy a nedospělci, jsouce osvobozeni od poenální sponse, mohou býti podrobeni přísaze *de calumnia*.³⁶⁾ Naopak zase nemělo, když bylo žádáno na žalobci *iusiurandum calumniae*, udílenu býti *iudicium calumniae* aniž *contrarium*.³⁷⁾ Odepřel-li žalobce výkonati přísahy, nastala *denegatio actionis*, žalovaný pak, když jí nečinil, byl pokládán za *indefensus*.³⁸⁾

D. 3, 2, 1, o actio legis Plaetoriae a depensi Lex Iul. munic. l. 111 sq. l. 115, interp. D. 3, 2, 6, 5, o actio sepulcri violati D. 47, 12, 1. Contrario iudicio (fiduciae, tutelae etc.) damnatus byl však interpretací vyňat z infamie: D. 3, 2, 6, 7. Sr. *Lenel*, 77 ns.

³²⁾ Gai. 4, 174: Actoris quoque calumnia coercetur . . . *iureiurando*; cf. 171. I. 4, 16 pr.; Val. Prob. 5, 11: N. K. C. = non calumniae causa; *Hitzig*, na u. m., 1420.

³³⁾ Gai. 4, 176: Liberum est autem ei, cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere *non calumniae causa agere*.

³⁴⁾ Gai. 4, 172: Quodsi neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur, ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere *non calumniae causa infitias ire*.

³⁵⁾ Gai. 4, 176 (poz. 25). 181 (poz. 7). — Gai. 4, 172 (poz. 26). 173. Ale ovšem lze dědici, žalovanému z deliktu zůstavitelova, jelikož není nikdy zavázán k více nežli k *simplum*, ukládati *iusiurandum calumniae*: Gai. 4, 172 i. f.

³⁶⁾ Gai. 4, 172: quamvis . . . feminae pupillique eximantur periculo sponsionis, (praetor) iubet tamen eos iurare.

³⁷⁾ Gai. 4, 179: Si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet.

³⁸⁾ Ulp. D. 12, 2, 36: Si . . . de calumnia non iuratur, consequens est, ut debeat denegari actio.