

nych noriem. Vidieť v práve obyčajovom liek na úplné doplnenie zákona, je smešovanie problémov. Právo obyčajové není nejaké právo voľné, pri ktorom by nebolo problému t. zv. subsidiárnych prameňov (§ 7 o. z. o. a pod.). Práve preto, že je právom obyčajovým, sú dané všetky predpoklady ztrnulosti a nepružnosti ako u zákona. Na zmenené a nové pomery nemôže dávať predom výslovné rozhodnutie ani zákon ani právo obyčajové (keď v to nepočítame negatívnu odpoveď 'non liquet' a odkaz k podpornému prameňu). Ako môže obyčaj ustanovovať niečo o prípade, ktorý tu ešte nebol? Pripisovať právu obyčajovému vlastnosť, že poskytuje hneď rozhodnutie i na prípady nové, je vnášanie doňho niečoho, čo tam podľa povahy práva obyčajového nemá miesta. Ani právo zákonné ani obyčajové nemôže mať výslovné rozhodnutie na prípady nepredvídané. Podmieňujúca skutková podstata musí v oboch prípadoch predchádzať podmienenej povinnosti; opak je logicky vylúčený.

Inokedy dôvody tejto námietky väzia v tom, že sa má za to, že u práva obyčajového ono doplnenie pozitívneho práva na nové prípady prichádza automaticky, zatiaľ čo u zákona je treba príslušného legislatívneho aktu. Moment tento je zrejme veľmi relatívnej ceny. Lebo každá existujúca norma môže byť zmenená lebo zrušená len novým normotvorným aktom. Rozhodná je pružnosť a rýchlosť tohto. Ako sme už naznačili, není v povahe zákonodárneho pochodu, aby zostával v tomto za obyčajom. Pri tom treba mať opäť na zreteli, že, ak sudca rozhoduje o nových pomeroch, hoci sa ešte nevyvinul kvalifikovaný obyčaj, nemožno tvrdiť, že rozhoduje na základe výslovného ustanovenia práva obyčajového, ale iba na základe voľnej úvahy a pod. Pravda tým nemusí porušovať pozitívne právne ustanovenia, lebo k takej normotvorbe môže byť zmocnený, či už právom obyčajovým, lebo zákonným (§ 7 o. z. o.). (Zakľúčenie.)

## Nový Gaius.

Karel Neumann (Praha)\*).

Roku 1933 byly objeveny v Kairu nové fragmenty Gajových Institucí. Jde o dva pergamenové listy a několik útržků, tvořících dohromady ještě asi půl listu, zbytky přepychově vybaveného kodexu. Rukopis je asi ze IV., nejpozději začátku V. století a pochází snad z Antioe. Rekonstrukci místy značně porušeného textu provedl V. Arangio-Ruiz a uveřejnil jej ve sbírce *Publicazioni della Società Italiana per la ricerca dei papyri greci*

\*) Konkurenční práce ze semináře římského práva na Karlově univ. v Praze, odměněná cenou za rok 1936/37. K tisku zkráceno autorem.



e latini in Egitto (PSI), vol. XI. č. 1181.<sup>1)</sup> Obsah tvoří Gai. III. 153—154 bis, III. 167—174, IV. 16—17 a; tedy mimo partie obsažené již v rukopise Veronském nově Gai. III. 154 bis a IV. 17 bis, pojednávající o *societas ercto non cito* (III. 154 bis), *legisactio per iudicis postulationem* (IV. 17 bis) a částečně o *legisactio per conditionem* (IV. 17 a k slovům ... *condicere autem est* ...). Důležitost nového rukopisu záleží v částech věnovaných *kon-sortiu* starého práva (*societas ercto non cito*) a *legisakci* per *iudicis postulationem*. Text je *passim* opatřen řeckými glosami. Obhacuje tedy naše vědomosti ve třech směrech: 1. obsahuje údaje o dosud málo známých institucích starého práva římského; 2. umožňuje kritiku Veronského rukopisu; 3. dovoluje svými glosami učiniti si přesnější úsudek o činnosti poklasičských škol.

### I. *Societas ercto non cito*.

*III. 154 bis. Est autem aliud genus societatis proprium civium romanorum. Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur erctum non citum, id est dominium non divisum: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur. Ciere autem dividere est, unde caedere et secare et dividere dicimus. Alii quoque qui volebant eandem habere societatem poterant id consequi apud praetorem, certa legisactione. In hac autem societate fratrum ceterorumve qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat; item unus rem communem mancipando.*

Gaius, vyloživ dříve (III. 148 ns.) základy konsenzuálního kontraktu společnosti (*societas*), poznamenává, že tento typ společnosti není původním v právu římském. *Societas* utvořená *nudo consensu* může trvati mezi kýmkoliv. Je *iuris gentium*. Staré právo římské však mělo jiný institut. Mezi t. zv. *sui heredes* vznikala po smrti *patris familias* *societas legitima simul et naturalis*, zvaná *erctum non citum* (správně *ercto non cito*), t. j.

<sup>1)</sup> Z další literat., opravující též některá čtení původní edice srv. zejména: *Monier*, Les fragments des Institutes de Gaius et leur importance pour la connaissance du droit romain, 1933. *Levy*, Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius, S. Z. Rom, Abt. LIV. 1934 str. 258—311. *Collinet*, Les nouveaux fragm. des Institutes des Gaius, R. H. D. 4. XIII. 1934 str. 96—113. *Giffard*, Précis de droit romain, I. 2. vyd. 1934 str. 554 ns. *Arangio-Ruiz*, Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni. BIDR. N. s. I (XLII) 1934 str. 571—624. *De Zulueta*, The new fragments of Gaius. Journal of Roman Studies XXIV (1934) str. 168—186; XXV (1935) str. 19—32; XXVI (1936) str. 174—186. *Korošec*, Novi odlomki Gajevih institucij, 1934.



podle Gaia dominium non divisum. Gaius totiž odvozuje *erctum* od *erus* (tedy *erctum* = *dominium*) a *ciere* znamená pak rozdělení. Společnost tuto mohli uzavřít podle vzoru *suorum heredum* i dědicové jiní (Gaius praví sice jen *alii*, než sluší zdůrazniti *terminus technicus* řecké glosy: *ἐξωτικοί*), musilo se však tak státi před *praetorem* certa *legisactione*. Zvláštností této společnosti bylo, že samostatné dispozice jednoho člena měly účinky i pro ostatní.

Gajův etymologický výklad termínu *erctum non citum* vzbuzuje pochyby.<sup>2)</sup>

Podle přibuznosti slova *ciere* s řeckým *κινέω* je jisto, že *ciere* nemohlo znamenati rozdělení, nýbrž »uvéstí v pohyb«, tedy v souvislosti s *erctum* — »požadovati rozdělení«. *Erctum* je od slovesa *erciscere* a znamená »rozdělití«, nikoliv tolik co *dominium*. Naopak je tu, jak přesvědčivě uvádí *Collinet*, patrná souvislost s řeckým *εἰρκτόν* verb. adj. od *εἰργω*, t. j. »rozdělití«. Znamená tedy *ercto non cito* — *divisione non provocata*. Gaius se dává věsti pochybnou souvislostí *erus* — *erctum*.<sup>3)</sup> Ani ve výkladu Gajově se *erctum* = *dominium* nehodí, protože souhrn majetku bývá vždy nazýván *familia* (*actio familiae erciscundae*). Ačkoliv tedy etymologii Gajovu v tomto smyslu opravíme, přece konečný význam termínu zůstává v podstatě nezměněn. Jde o společnost, která trvá co do nerozděleného, jednotného majetku rodinného proto, že povoláné osoby k rozdělení nesáhly.

Po smrti *patris familias* stávají se přímými pány rodinného majetku ti z potomků, kteří jsou nyní *sui iuris*, t. j., kteří byli přímo pod mocí hlavy rodiny. Nejde tu vlastně ani o dědickou posloupnost v pravém slova smyslu, neboť dosud latentní právo *suorum heredum* se tímto okamžikem jen aktualizuje: *Gai. II. 157: Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur*. V novém postavení plných pánů zůstávají opět spojeni v téže jednotě. Není proto ani potřebí zvláštního aktu, zakládajícího *societatem ercto non cito*, která je dána již tím, že *pater familias* zemřel a že nebylo sáhnuo k rozdělení; *D. 28, 2, 11: In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hī*

<sup>2)</sup> Srv. *Ernout-Meillet*, Dictionnaire étymologique de la langue latine, 1931. *Walde-Hofmann*, Lat. etymologisches Wörterbuch, 1935. *Arangio-Ruiz*, PSI str. 35 ns. *Collinet*, l. c. str. 111. *Giffard*, l. c. str. 545 pozn. I, Nejnověji podrobně *Maschi*, Disertiones, 1935. *Jörs-Kunkel*, Röm. Privatrecht, 1935 str. 240 ns.

<sup>3)</sup> Srv. *D. 9, 2, 12, 6: Legis autem Aquiliae actio ero competit hoc est domino*. K významu »*erctum ciere*« srv. též *Kübler*, *Erctum ciere bei Plautus?* S. Z. LVI. 1936 str. 255 ns., kde autor dospívá rovněž k závěru v textu shora zastávanému. Z pramenů srv. *Servius*, *Comm. ad Aen. 8, 642*. *Gellius*, *Noc. Att. I, 9, 12*. *Festus*, *De verb. signif. 72 a 296*. *Cicero*, *De orat. 1, 56, 237*. *Gaius*, *Inst. III. 219*.



domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur . . . Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur.

Societas ercto non cito je útvarem starého práva obyčejového v době, kdy jednotlivé familiae netvořily ještě plně samostatných celků, jsouce sevřeny v organismu rodovém (gens).<sup>4)</sup> Proto také nelze pokládati vznik konsortia za závislý ryze jen na projeveném konsensu suorum heredum. Ba naopak sluší spíše přijímati, že v nejstarší době neměli dědicové jiné možnosti než setrvati v konsortiu, a že tedy tento režim byl po smrti patris familiis jediným zavedeným a přirozeným uspořádáním: legitima simul et naturalis societas. Gaius ostatně sám užívá slova erat legitima societas, obrat, který nijak nenaznačuje konsensuální uzavírání tohoto společenství. Pro takové označení byl by asi spíše použil termínu coire, kterého ve svém výkladu o společnosti soustavně užívá: III. 148, 149.<sup>5)</sup>

Správnost shora uvedeného názoru potvrzuje, zdá se mi, i další výklad Gajův. Jiné osoby než sui heredes mohli uzavřítí, a to patrně teprve v dobách pozdějších, podobné konsortium ad exemplum fratrum. Tyto, nejsouce již v takovém postavení k majetku rodinnému a k hlavě rodiny jako sui, musí užítí zvláštní předepsané formy. Tímto aktem vytvoří uměle právní poměr, který suis heredibus inest. Sui heredes měli po ruce prostředek, byť i ne hned v prvotních dobách, jak zmařiti trvání konsortia: mohli se dožadovati rozdělení společného majetku. V tom smyslu bylo tedy potom konsortium závislé na jejich souhlasné vůli v něm setrvati.

V této souvislosti sluší si všimnouti textu Varronova,<sup>6)</sup> De. l. l. VI. 64 vo. »Conserere manu« (*Bruns, Fontes* 7. vyd. II. 56.), kde se praví: Nam manum asserere dicit consprtes. Dlužno patrně opravití na conserere manu, a to jednak proto, že citované místo je v rubrice »conserere manu«, jednak proto, že nelze nalézti souvislost mezi consortes a asserere, zatím co je pravděpodobná příbuznost: con-sors a con-serere.<sup>7)</sup> I tak je vý-

4) Srv. *Declareuil, Rome et l'organisation du droit, 1924. Cornil, Ancien droit romain, 1930.*

5) K této otázce vyslovuje se většina autorů ve prospěch konsensuality konsortia. Tak *Arangio-Ruiz, Levy, Maschi* a zejména *Solazzi, Glosse a Gaio, seconda puntata. Postila. 1933; Societas e communio, 1935 str. 5 ns.* Opačně soudí *Albertario, Appunti sul consorzio familiare romano. Riv. dir. comm. XXXII. 1934 str. 227—238. Rabel, Erbgemeinschaft u. Gewährleistung. Mnemos. Pappulias, 1934 str. 187—212 zvl. str. 191.* Srv. též *Lanfranchi, Appunti sul »consortium« familiare nei retori romani. Studia et documenta historiae et iuris I. 1935 str. 373—378.* Názor shodný s myšlenkou vyslovenou v textu bude zastávati též *Wenger* ve svém chystaném spise o novém Gajovi. Srv. zatím *S. Z. LVI. 1936 str. 281. Viz již Kniep, Gai Inst. comm. V. 1917 str. 318.*

6) Srv. *Collinet, l. c. str. 102 ns. a Nicolau, Causa liberalis, 1933.*

7) K etymologii srv. co bylo pověděno výše str. 210.



znam Varronova textu nejistý. *Collinet* z něho dovozuje, že při konsortiu docházelo snad k zvláštnímu aktu, jímž se nové konsortium slavnostně proklamovalo. To by ovšem platilo jen pro konsortium suorum heredum, chceme-li již pro ně hledati zvláštní akt, obdobný oné »certa legisactio« při konsortiu aliorum. Podle Gajova textu, který v této věci zachovává úplné mlčení, musilo by jíti o akt mimosoudní, který by postačoval, protože jde o fratres sui, kteří v malé obci prvotního Říma byli všem známi jako přímí dědicové patris familias, a protože jejich právo na majetek, který tvoří předmět konsortia, je již dříve jisté. Akt sám by snad sestával ze symbolického uchopení některé věci rodninného majetku, a to současně všemi členy konsortia. Než tento závěr není ani jinak texty podložen ani nutný, a text Varronův je příliš neurčitý a značně porušený.

Že k uzavření konsortia aliorum bylo potřeba zvláštní formy, je dáno výslovně Gajovým textem (l. 12). Dálo se tak před praetorem. O aktu praví Gaius jen »certa legisactione«. Nejspíše se nabízí řešení<sup>8)</sup> označiti tuto legisakci za in iure cessio, řízení konané dicis causa. Označení »legisactio« nikterak nepřekvapí, uvážíme-li text Gai. II. 24: In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi, veluti praetorem, is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit eam rem addicit; idque legis actio vocatur. V otázce, jaká byla bližší podoba této in iure cessionis, rozcházejí se vykladači nového textu úplně. Někteří, jako *Monier* a *Collinet*, konstruují proces zvláštní. Příliš věc komplikuje *Monier*, když soudí, že zúčastněné osoby v rámci in iure cessionis používaly actionem familiae erciscundae. Nejen že se tak této actio přikládá funkce právě opačná, než plyne z jejího názvu a upotřebením, jak je nám známo z pramenů, nýbrž i proto, že se tím dopouštíme anticipace, přenášejíce actio familiae erciscundae do doby před zákonem XII tabulí, tedy před dosvědčené datum jejího vzniku.<sup>9)</sup> Po stránce zmíněného rozporu funkce, připisované zde actioni familiae erciscundae, s jejím označením, dal by se tento názor uvésti v soulad jen pochybným etymologickým výkladem slova erciscere, který uvádí *Arangio-Ruiz*,<sup>10)</sup> že totiž pochází z řeckého εἰσπτόν, εἰσπτή — něco pevného, nehybného. Nezbyvá pak než odvážný závěr, že erciscere postu-

<sup>8)</sup> Srv. *Arangio-Ruiz*, PSI str. 37, který se první vyslovil v tom smyslu.

<sup>9)</sup> Gaius D. 10, 2, 1, pr.: Haec actio (sc. familiae erciscundae) proficiscitur a lege duodecim tabularum: namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuarentur. Srv. též *Berger*, Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen, 1912 str. 5 ns.

<sup>10)</sup> PSI str. 35.



pem doby změnilo svůj význam na označení pojmu právě opačného. Etymologický kořen této konstrukce je ostatně otřesen, přikloníme-li se k výkladu *Collinetově*,<sup>11)</sup> že *εἰσπτόν* je verb. adj. od *εἰσπών*, t. j. rozdělití. *Collinet* namítá, že in iure cessio předpokládá jako cíl jednání, jemuž slouží, převod vlastnického práva na nového nabyvatele a že tedy v případě konsortia postrádá jakéhokoliv odůvodnění. Proto konstruuje řízení zvláštní, jakousi šestou legisakci, jen k tomu účelu užívanou. Podporou je mu termín »certa legisactione«. Vzhledem k tomu, co *Gaius* dále praví o režimu konsortia, t. j. o dispoziční moci jednotlivých členů celým majetkem společenství, lze naopak říci, že tu dochází k převodům práva na jednotlivé díly budoucího konsortia, přinášené členy, na něž ostatní v novém režimu společenství nabývají plného práva dispozičního, omezeného ovšem stejným právem všech. Nastává mezi nimi *communicatio dominii*. Proti konstrukci nové legisakce jen proto, že in iure cessio v klasické době není používána k převodu ideálních podílů ve spoluvlastnictví, se vyslovuje již *Arangio-Ruiz*.<sup>12)</sup> Naproti tomu je nejpravděpodobnější,<sup>13)</sup> spatřovati v označení »certa legisactio« druh in iure cessio, v jejímž rámci probíhalo řízení ve formě *legisactionis sacramento*. *Levy* konstruuje formuli: *Hanc (L. Titii) familiam pecuniamque ex iure Quiritium ad exemplum fratrum mihi tecum communem esse aio*. Podle toho bylo by lze představit si řízení poněkud odlišné od *Levyho*. Jeden z budoucích členů konsortia pronese za přítomnosti všech formulí v jedno redigované vindikace: *Hanc familiam . . . mihi cum L. Titio M. Tullio etc. communem esse aio*. Přítomní členové mlčí (kontravindikace v tomto řízení odpadá), a praetor prohlásí ustavení se konsortia (*addictio*).

(Pokračování.)

## Koakvizícia a dedické právo de lege ferenda.

Ako sa dalo očakávať, problém primeranej úpravy majetkového práva manželského — medzi živými aj na prípad smrti — bude jednou z najťažších otázok unifikácie občanského práva. Ústavnoprávna subkomisia parlamentu zaoberá sa už hodne dlho touto otázkou, bez toho, žeby bola dospela k definitívnym konklúziám. Dá sa očakávať, že výsledok bude úmerný vynaloženej práci a námahe, najmä tiež slovenských účastníkov, ktorí, aj dľa stručných úradných zpráv, sú jednými z najplátnejších členov subkomitétu (najmä minister Dérer, poslanci dr. Markovič a dr. Pružinský).

Tým sa snáď dá vysvetliť aj zjav, že sa v tomto úseku slovenské právo zrejme uplatní v miere o mnoho väčšej, ako v ostatných partiach. A to nebude na škodu celej veci.

<sup>11)</sup> R. H. D. 1934 str. 111 ns.

<sup>12)</sup> Il nuovo Gaio, I. c. str. 600.

<sup>13)</sup> Srv. Levy, I. c. str. 290.