

K problému viny v římském právu soukromém¹⁾.

(Tutela.)

Z problémů, jež přineslo moderní badání romanistické právnímu historikovi i dogmatikovi, těší se mimořádné pozornosti velký komplex otázek, točících se kolem pojmu viny kontraktní²⁾. Tradiční schémata: *dolus*, *culpa*, další distinkce této: *culpa lata*, *c. levis*, po případě ještě dále *c. levissima*, *c. in concreto*: přesné rozvržení kontraktů a quasikontraktů podle způsobu ručení za ten či onen druh viny, to vše se objevilo tuze schematickým výplodem abstraktní konstrukce, značně cizí římské jurispudenci. Ukázalo se na př., jak elastickým, a tím i bohatým svým obsahem i rozsahem byl pojem *dolu* kontraktního římskému interpretovi, který zařazoval sem nejenom úmysl a vědomí bezprávnosti, ale i podle okolností projevenou lhostejnost k cizí svěřené záležitosti, sobecké uplatňování vlastního zájmu před zájmem spolukontrahentovým, věnování větší péče vlastním záležitostem než svěřeným cizím atd., pokud se to jevílo vzhledem k dotyčné skutkové podstatě jako jednání věrolomné, odporující občanské poctivosti a víře³⁾. Již tím bylo ukázáno, že rozlišování proti sobě stojících pojmů úmyslu a nedbalosti nehrálo daleko takovou roli, jako v právu justiniánském a zvláště pozdějším. Dále bylo objeveno na poli vlastní zodpovědnosti za nedbalost, jak velký okruh její byl překlenut zodpovědností za výsledek s vyloučením ručení za *vis maior*, z čehož se vykrystalizovalo ručení za nedbalost teprve velmi pozdě, pravděpodobně

¹⁾ Publikuji zde práci, určenou pro oslavnou publikaci Dr. Karlu Englišovi, kam nemohla býti již dodána.

²⁾ K seznamu literatury srovn. Vážný, Římské právo obligační, II, 1927, str. 44, Siber, *Römisches Recht*, II, 1928, str. 241, 245. Poslední monografie: Arrangio Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 1927. Buckland, *Diligens pater familias*. Studi Bonfante, 1930, II, 85 a n.

³⁾ Za tento objev vděčí věda romanistická v první řadě Mitteisovi (*Römisches Privatrecht*, I, 1908, str. 316 a n.).

až v právu justiniánském^{3a)}). Tu teprve se ukázalo, jak poměrně málo znamenala v právu klasickém *antithesa dolus-culpa*. Vzhledem k uvedenému byly moderní romanistikou rozšířeny případy kontraktního ručení za pouhý *dolus* vpravdě na vůbec myslitelné maximum; podkladem pro tuto nauku byl jmenovitě Mitteisem objevený princip souvztažnosti infamujícího rázu kontraktní žaloby s ručením za pouhý *dolus*⁴⁾). Jelikož pak na druhé straně nové teorie o custodii stejně, ba ještě více ubraly půdy zodpovědnosti za nedbalost v poměrech smluvních, klesl význam této opravdu na minimum; moderní vědou bylo, byť ne všeobecně, mluveno o pouhých náznacích zodpovědnosti za nedbalost⁵⁾) (v technickém smyslu) v klasickém právu kontraktů a quasi-kontraktů, které teprve v právu poklasickém a justiniánském se přeměnily v rozsáhlý a diferencovaný systém ručení za nedbalost, pohltivše případy klasického ručení za custodii i četné případy ručení, obmezeného na *dolus*. Jak viděti, jde tu o dalekosáhlé nové výsledky vědy. Nutno konstatovati, že aspoň v hlavních liniích stávají se stále více *communis opinio*, třebaže nescházejí i závažné hlasy odporující, zvláště pokud jde o custodii⁶⁾). Jisto je, že revise nové nauky, zvláště speciální revise, jest stále velmi akutním úkolem. Jde, jak bylo viděti, o dva komplexní problémy vědecké: problém klasického ručení za custodii, a problém ručení za *dolus*. Prvním jsem se zabýval již dříve v různých studiích. Touto prací chci přistoupiti ke studiu druhého problému, a to speciální studii případu zodpovědnosti poručenské, případu, který po stránce kritiky textové skýtal nové nauce a dosud skýtá značné nesnáze⁷⁾).

These o vymezení civilní zodpovědnosti poručnickovy ze správy na ručení za *dolus* byla po prvé vyslovena a vpravdě mistrovsky zdůvodněna argumenty jak věcnými, tak textovými

^{3a)} Viz Vážný, *Custodia v právu římském*, 1925, *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, XII, str. 101 a n.

⁴⁾ R. *Privatrecht*, str. 325 a n. Arrangio Ruiz, cit. str. 43 a n.

⁵⁾ Srovn. na př. Arrangio Ruiz, cit. 189 a n.

⁶⁾ Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, 2 ed., II, 1928, str. 135. Bonfante, *Corso di diritto romano, Diritto di famiglia*, 1925, str. 458.

⁷⁾ Bonfante, *D. d. famiglia*, 456 a n. Mitteis, cit. 327 a n. Girard, *Manuel elementaire du droit romain*, 1924, str. 226, 668 a n. Rotondi, *Scritti giuridici*, II, 290 a n. Kübler, *Die Haftung für Verschulden*, Z. S. S. 39, str. 182 a n. Siber, cit. str. 319 a j.

Mitteisem. Jemuž právě náleží zásluha, že podrobil revisi dosavadní zastaralé učení o vině jako subjektivním elementu civilního bezpráví a podal synthetický obraz nových perspektiv na tomto poli. V naší otázce dochází k tomuto závěru, jež bude nejlépe reprodukovati vlastními slovy slavného romanisty⁸⁾. „Východiskem čisté ručení za dolus. Za Nervy a Procula spor, zda zanedbání diligence quam suis rebus adhibere solet nemůže snad jako porušení fidei býti uvedeno v pojem dolus. Při obecné tendenci, nedržeti se úzkostlivě elementu lsti (pro přípustění dolu), rozšiřuje se názor kladný, čímž se stává žalovatelnou řada nedbalostí, jak se zdá však, právě pořad jen s hlediska nevěrnosti. Avšak původní princip podle všeho nezdá se býti přímo zavržen ani ještě v době Severů, nehledě k výjimce: qui administrationi se obtulit: a jen toto snáší se s infamií, tutora stihající. Teprve za Modestina setkáváme se s ručením za diligenci jako se zásadou.“ Argumenty, jimiž Mitteis a jeho následovníci odůvodňují tuto thési, jsou hlavně tyto. Infamující ráz judicia tutelae nesnáší se s ručením poručníka za nedbalost, tím spíš, když dokonce princip korelace mezi infamií a dolosním proviněním byl přímo vysloven klasickými právníky. Stejně se nesnáší kulposní ručení s principem utility kontrahentů, formulovaným římskými právníky jako kriterium pro míru zodpovědnosti. Výslovné normování zodpovědnosti dědice tutorova za pouhý dolus jest neslučitelné s ručením tutora samého i za culpu, jelikož by to odporovalo pojmu dědické sukcese, a nedá se jinak vysvětliti než úsudkem, že i zodpovědnost tutora samého byla v klasickém právu omezena na dolus, a teprve v právu poklasickém a justinianském byla rozšířena i na kulpu. Tyto argumenty jsou opřeny a doplněny argumenty moderní textové kritiky: výroky interpretujících právníků a reskribujících císařů z doby klasického práva, určující výslovně ručení poručníkovo za nedbalost, culpu, jsou značně podezřelé z interpolace.

Chtějíce podrobiti revisi tyto nové nauky, nemůžeme než vyjít od pramenů, při čemž samozřejmě nutno vyčkatí s hodnocením výslovně a abstraktně formulovaných výroků o míře tuturovy zodpovědnosti až po výsledcích studia bohaté kasuistiky pramenů. Hned předem bych chtěl upozorniti na pozoruhodný zjev, který dosud nebyl dosti důrazně vyzdvížen, třebaže již

⁸⁾ R. Privatrecht. str. 329, ad 5.

z první četby pramenů frapantně vystupuje. Jde o to, že tvrzenému pošinutí zodpovědnosti tutorovy v době poklasické a justiniánské neodpovídá v předpokládané míře analogické alterování v kasuistice; nové nauky prokazují přesvědčivě interpolování míst, v nichž *verbis expressis* se normuje odpovědnost poručníka za kulpu, v souvislosti s tím předpokládaný veliký počet interpolací v kasuistice však chybí; jako by interpolované nové normy nezpůsobily větších posunů v praxi. Interpolace konkrétních případů se týkající jsou opravdu malého efektivního dosahu. Uvedu hned příklad. Nová nauka upírá Callistratovi, klasickému právníku z doby Severů, a připisuje anonymnímu kompilátoru poklasickému nebo justiniánskému výrok, že tutor je zodpověden ve správě majetku poručenského za diligenci, *quam pater familias rebus suis ex bona fide praeberet debet* (jakési shrnutí *diligence boni patris fam. a diligences quam suis*⁹⁾). A přece nelze upříti již klasické pravovědě kasuistická rozhodnutí: na jedné straně, že tutor jest povinen vydati poručenci takové výtěžky z jeho pozemku, *qui ex bona fide percipi potuerunt* (není-liž to totéž, jako *quos ex bona fide pater familias percipere potuit*), a na druhé straně, že poručník, neuloživší výhodně majetek poručencův, nemůže se vymlouvatí nemožností výhodného uložení, podařilo-li se jemu samotnému uložiti výhodně svůj vlastní majetek. (Srovn. fr. 33, pr. D 26, 7; fr. 32, 2, fr. 13, 1 eod.) Uvedený zvláštní zjev jest ovšem do určité míry vysvětlen Mitteisovým objevem dalekosáhlé klasické interpretace *dolu*. Avšak jsou, myslím, přece kasuistická místa pramenů, při nichž nelze vysvětliti zodpovědnost tutorovu ani nejširší interpretaci *dolu*. Vedle toho sluší uvážiti, že široká interpretace *dolu* platí, byť i v menších mezích, než v právu klasickém, i v samém právu justiniánském; tak dvě důležitá místa pramenů, D 35, 2, 84 a D 35, 3, 1, 2, uvádějící zodpovědnost za opominutí vyžádati kauci v zájmu třetí osoby v kausální vztah k ručení za *dolus*, platí i v prostředí práva justiniánského.

Nebudu se obíratí kasuistickými texty, které se dají vysvětliti uvedením na *dolus* v nejširším smyslu. Nemohou míti pro naši otázku významu. Rozhodující jsou jen ty doklady pramenů, které operují právě jen s ručením za *dolus*, nebo s vyloženým ručením za kulpu.

⁹⁾ Arrangio Ruiz, cit. 63 a n.

Významným dokladem pro klasické tutorovo ručení za pouhý dolus jest Ulpianův text D 27, 3, 6 (Pal. II., Ulp. 927), v němž se řeší tato skutková podstata: si filius familias tutelam administraverit et liberatus patria potestate dolo aliquid fecerit, a rozhoduje se ohledně pekuliární zodpovědnosti otce: ut eum dumtaxat dolum pater praestet, qui commissus est ante emancipationem filii. Nápadné je, že se škodou, jež by mohla býti způsobena kulposně, se v otázce, a důsledně ani v odpovědi nepočítá. Arci uvedená skutková podstata nemusí býti úplným vyčerpáním všech eventualit, přes to stylisace cit. místa je velmi charakteristická. Průkaznost místa však je značně zeslabena jinými texty, téhož problému se týkajícími, zvláště Papinianovým textem D 26, 7, 37, 2, kdež se řeší obdobná otázka o pekuliární zodpovědnosti otce za to, co bylo jeho synem jakožto poručíkem kohosi post emancipationem gestum, a podobně bezbarvě s hlediska viny jest formulována tato otázka Ulpianem v D 27, 3, 11. Slovo gestum by spíše ukazovalo na širší ručení než čistě dolosní.

Další v tomto směru významný a novou doktrínou velmi zdůrazňovaný text jest Ulpianův fragment D 26, 7, 7 pr.

Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit. si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea condicione est, ut teneatur in id, quod pupilli interest, quod ex iureiurando in litem aestimatur. nihil itaque gerere ante inventarium factum eum oportet, nisi id, quod dilationem nec modicam expectare possit.

Mitteisovi, Arrangio Ruizovi a jiným jest tento text jedním z důležitých dokladů, že ručení za pouhý dolus tvořilo princip: „že doklad jest až z doby Severů, jest jen znamením síly principu“. Dle mého názoru není průkazná hodnota cit. místa pro tuto thesi značná. I kdybychom považovali text za naprosto bezvadný (Beseler¹⁰) na př. považuje ze závažných důvodů formálních za kompilatorské vsuvky věty: nisi forte... nisi id..., jakož i opakování slova dolo), nebylo by jim více prokázáno, než že tak závažné opominutí, jako nezřízení inventáře při nastou-

¹⁰) Beiträge, I, 1910, str. 92.

pení správy, jest již samo o sobě podkladem pro poručencovo iusiurandum in litem, tedy charakteristika uvedeného opominutí jako dolosního jednání jest jen v souvislosti s iusiurandum in litem. Ostatně není vyloučeno, že obsahem původního znění bylo prostě to: tutor, qui rep. non fecit, quod vulgo inv. appellatur, in ea condicione est, ut teneatur in id quod pupilli interest, quod ex iur. in l. aestimatur. nihil itaque (resp. nam nihil) ante inventarium factum gerere eum oportet (oportuit?).

Pouze zdánlivě dokladem pouhého tutorova ručení za dolus jest proslulý Ulpianův fragment D 27, 3, 15.

Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegisset, quamvis ob dolum communem, transactio nihil proderit alteri, nec immerito, cum unusquisque doli sui poenam sufferat, quod si conventus alter praestitisset, proficiet id, quod praestitit, ei qui conventus non est: licet enim doli ambo rei sunt, tamen sufficit unum satisfacere...

Jak se zdá, jest dolus communis, o němž se zde jedná, a zvláště označení následků jeho slovem poena znamením, že v původní souvislosti šlo o poenální actio rationibus distrahendis, takže cit. místo se vůbec netýká quasikontraktní actio tutelae¹¹⁾. Ostatně text je ve velkém rozsahu interpolován, jak jest obecně uznáno, byť rekonstrukce původního jeho dosahu byla velmi obtížnou. Exegeticky významným je toto. Jak vyplývá z D 26, 7, 45, má osvobozovací pactum¹²⁾ ve prospěch jednoho tutora v zápětí, že spolututor nemůže býti žalován „illius nomine“. To je ovšem singularita. Na tu právě nevztahuje se náš text, a mohlo by se tedy zdáti ono „quamvis ob dolum communem“ důležitou organickou součástí textu, kdyby ovšem nebylo v souvislosti s odůvodněním, kriminalisticky zabarveným, a tedy ze sféry civilní zodpovědnosti vypadajícím: cum unusquisque doli sui poenam sufferat. V klasické pravovědě jest vyloučeno takové zplichtění civilní a trestní zodpovědnosti. Je-li toto odůvodnění, jak skoro jisto, interpolováno, jest silně podezřelým i předcházející quamvis ob dolum communem, jež by spíše mohlo býti nahrazeno obecnějším, a stejně pramenům odpovídajícím quamvis

¹¹⁾ Tak Bonfante, Scritti, III, str. 232.

¹²⁾ Srovn. Levy, Die Haftung mehrerer Tutoren, Z. S. S. 37, str. 45 a n.

ob factum commune. (Ostatně i při communis negligentia — srovn. D 26, 7, 39, 11 — bylo by rozhodnutí stejné.) Domnívám se, že původní text, nemá-li vůbec býti úplně vyřazen ze souvislosti s actio tutelae, vyjadřoval asi tu myšlenku, že transactio, s jedním tutorem uzavřená, neosvobozuje normálně spoluporučníky, kdežto litiskontestace, s jedním provedená, způsobuje, že ostatní nemohou již býti žalováni. Než i kdybychom nesoudili na interpolaci slov: quamvis ob dolum communem, nebylo by tím prokázáno ručení za pouhý dolus, neboť z Ulpiana D 27, 3, 1, vyplývá, že vedle ručení ob dolum com. je další ručení ex gestu communi.

Uvedené texty tedy, z nichž zdál se býti dokumentován v otázce tutorova ručení výlučný zájem pravovědy o dolosní provinění poručníka a nezájem o provinění kulposní, nejsou, jak podrobnější analýsa ukazuje, tak přesvědčivými doklady. Podobně jen relativními důkazy jsou texty, zakládající poručníkové ručení na povinnosti praestare bonam fidem (jiná varianta: fidem et diligentiam). Jest jisto, že v této povinnosti jest obsaženo, původně snad výlučně, ručení za dolus¹³⁾. Sluší ovšem uvážiti, jak fluxním jevem byla bona fides contrahentium, jak obsahem i intenzitou se různí b. fides, třeba depositáře od b. fides, mandatáře nebo poručníka¹⁴⁾. I jest ohledně dalšího vývoje možný, ba oprávněný úsudek, že jestliže v jednom poměru kontraktním bonam fidem praestare znamená dolum praestare, v jiném poměru může znamenati praestare dolum et culpam. Byl-li by tedy zjištěn nějaký případ kulposního ručení poručníka, nebylo by možno přes to přejíti tvrzením, že bona fides poručníka zahrnuje ručení za dolus. Jiná zkratka, již se obecně formuluje základ poručníka ručení, zní: si male contraxerit (D 26, 7, 7, 2). Toto male contractum dalo by se vykládati i s hlediska intencionalního, a opravdu uvedené příklady, ač interpolované¹⁵⁾, by tomu nasvědčovaly, a prokazovaly ručení za dolus, i s hlediska výsledkového, a tomu by nasvědčovaly některé ukázky kasuistiky (příklad: poručník svěřil jinému, ne snad nespolehlivému, správu

¹³⁾ Mitteis, R. Privatrecht, 317 a n.

¹⁴⁾ Stejně fluxní pojem je culpa. Srovn. Lenel, Culpa lata und culpa levis, Z. S. S. 38. 289 a n.

¹⁵⁾ Beseler, Beiträge, I, 93, „hoc est slouží v logické řeči k vyjádření identity, ne k exemplifikaci“.

pozemku poručencova; vytěženo méně, než se dalo dosíci; poručník je za to zodpověden — D 26, 7, 32, 2, příklady tím cennější, že původní. Na každý způsob ono malé *contractum* pro naši otázku mnoho nepovídá.

Zodpovědnosti tutorově za pouhý *dolus* zdá se dále nasvědčovati několik dalších argumentů, novou naukou, pokud vím, ne zvlášť ventilovaných. První podává se na základě pozorování pramenů z této úvahy. Římské *iurisprudence* uvádí skutkové podstaty civilní zodpovědnosti, jako jinde, tak i na poli *tutely*, zhusta tou metodou, že *kasuisticky* vypočítává, typickými případy z životní praxe předvádí objektivní podmínky ručení, nevěnujíc pozornosti subjektivnímu provinění; tak jako by toto bylo podle zkušenosti v oněch objektivních znacích nezbytně zahrnuto, takže by bylo zbytečným, přímo jaksi pedantickým, po té stránce věc stále doplňovati, a spokojují se, pokud třeba, dodatkem: ačli tu není okolnosti tutora ospravedlňující. (A jsou to leckdy byzantští kompilátoři, kteří tento zdravý a žádné pochybnosti nevzbuzující postup klasických interpretů doplňují pedantickým balastem dodatků: předpokládajíc, že se tak stalo z viny *tutorovy* ¹⁶⁾). *Mitteis* právě a jiní po něm shledávají v oněch objektivních skutkových podstatách mlčky zahrnut *dolus* v extensivní interpretaci. O tom později. Než tato metoda není jedinou. Kde je toho třeba k vyčerpávající analýze, tam nespokojují se *juristé* a *reskribující císařské kanceláře* se zkoumáním případu po stránce objektivní, nýbrž považují za nutnou *analysu elementu subjektivního*. A tu v některých případech věnuje se pozornost pouze dvěma eventualitám: *dolus* (*event. fraus, malitia* a jiné varianty), nebo důvod omluvný (jako *error, inopia*), vylučující zlý úmysl. Příklady z pramenů: Poručník *zdlouhavým osvědčováním svých důvodů, omlouvajících ho od převzetí poručenství, velmi protáhl řízení exkusační: má nahraditi event. škodu, poručence zatím postihnuvší? Podle toho, zda průtah byl způsoben jeho *dolo*, či *ex necessitate* (D 23, 2, 60, 4). Poručník, uplatňuje svůj reálně existující důvod exkusační, tvrdil současně ve své žádosti, že mimo to vlastně ani poručníkem není, jelikož jiný příbuzný jest *tutor legitimus*, kterézto tvrzení nebylo pravdivým; poručenský úřad rozhodl, že proto z *exku-**

¹⁶⁾ Názorný příklad máme v D 26, 7, 57, pr: *Si adprobatum fuerit . . . , jež jest interpolováno. Gradenwitz.*

sačního řízení vůbec schází. Ručí tento poručník jako tutor cessans? Odpověď: si errore potius (quod se pro iure trium liberorum, quod allegabat, excusatum crederet) quam malitia ab administratione cessasset, utilem actionem non dandam (D 27, 1, 37, 1). Poručník nezřídil kauci: významným je, zda inopia hoc faciat, či fraude (C 5, 42, 2). Poručník zežil poručencovy pozemky proti zákazu zeizení: pro akkusaci suspecti tutoris, a tím i pro iudicium tutelae (srv. D 26, 10, 3, 6) jest rozhodné, zda jednal per fraudem, či bez této (26, 10, 3, 13). Ve všech těchto příkladech je na první pohled dosti nápadným mlčení o eventualitě nedbalosti. Avšak po hlubší úvaze vidíme, že opravdu jen na první pohled. Neboť poslední tři případy se přímo vzpírají jakékoliv analýze po této stránce, při nich rozumně nemyslitelné. V prvním příkladě byla by ovšem myslitelná eventualita nedbalosti. Ale vzhledem k tomu, že protahování exkusačního řízení je vlastně eventuálním dolem, pochopíme, že tu slovem dolo je zahrnuta i nedbalost, a jestli snad tento text svědčí Mitteisově thesi, ostatní uvedené nikoli.

Dalším argumentem zdá se býti dle mého názoru značná souvislost iudicia tutelae, tedy civilní zodpovědnosti tutorovy se základem akkusace suspecti tutoris.¹⁷⁾ Nápadné je, že při různosti podmínek pro podání jednoho a druhého právního prostředku byla shoda funkce obou, aspoň potud, že byla vylučována akkusace, kdykoliv tu byly podmínky vznesení iudicia tutelae (srv. D 26, 10, 3, 5 cessare suspecti accusationem. quia tutelae agi possit. confr. § 10 eod., C 5, 43, 1). Jest jisto, že základem akkusace byl dolus tutorův (suspecti crimen: dolus, fraus. propositum malevolum, confr. D 26, 10, 1, 1—2. fr. 3, §§ 5, 13, 17, 18; J 1, 26, 12; C 5, 43, 9). a podle toho nutno vykládati i méně určité formulace podmínek akkusace, jako si recte non administraverint (C 5, 43, 6, 1) a pod. Nejnápadnější je, že totéž kritérium, které je pro civilní zodpovědnost tutorovu, totiž jeho fides, uplatňuje se i při akkusaci. Srovnati lze na př. tyto dva výroky: suspectus est, qui non ex fide tutelam gerit (J 1, 26, 5), nisi bonam fidem in administratione (tutores) praestiterint, damnari debent (D 26, 7, 5, 7). Tím by byl prokázán význam pouhého dolu pro civilní ručení tutorovo. Neboť

¹⁷⁾ Srovn. Solazzi. La minore età, 1913, str. 259 a n. Bonfante, Dir. di famiglia, str. 450 a n. a liter. tam cit. Siber, cit. str. 313.

je-li prokázáno, že případy, zakládající akkusaci, zkratkou vyjádřené jako porušení fidei, byly dolosního charakteru, pak nelze jinak pojímati ani případy civilní zodpovědnosti *actione tutelae*, byly-li i ty shrnovány jako porušení b. fidei. Tím spíše, že funkce obou se kryla, při čemž ovšem jeden právní prostředek, akkusace, byl povahy preventivní (s vedlejšími trestními následky), druhý civilně repressivní. Proti tomu však sluší uvážiti toto. Vedle akkusace *suspecti tutoris* se vyvinula již v klasickém právu *remotio tutoris* (Bonfante, Solazzi a j.) jako prostředek pro odstranění poručníka ne zvlášť dbalého, resp. prostě neschopného, kterých odstranění nezbavovalo poručníka cti, právě vzhledem k menší intenzitě provinění, vyvolavšího takové opatření poruč. úřadu. V pramenech se označují taková menší provinění jako *segnitia*, *inertia* a pod., tedy loutlavost, nečinnost, nehybnost atd. a *contr. fraus* (confr. 26, 10, 3, 18), ba dokonce máme taková provinění shrnuta pod pojem *culpa* a *contr. dolus*. (confr. C 5, 43, 9; J 1, 26, 6). A priori podává se se značnou oprávněností úsudek, že civilně repressivní prostředek *actio tutelae* co do své funkce se kryla s oběma právními prostředky preventivními, *accusatio suspecti tutoris* s *remotio tutoris*, když i za tímto je provinění, byť menší. Tento úsudek bychom mohli ověřiti dedukcí z cit. míst, kde se akkusace činí závislou na dolosním provinění, *remotio* na kulposním. Není myslitelno, že *culpa tutoris* nebyla by postačitelým základem povinnosti k náhradě škody, když již na základě ní možno způsobiti preventivní krok *remotio*. Ale o tom později, až poznáme hodnotu pojmu *culpa tutoris*, jemuž právě nová nauka odpírá existenční podmínky v klasickém právu. Ale i bez toho můžeme již nyní právě uvedený apriorní úsudek ověřiti bezpečně prameny klasickými. Bylo uvedeno, že zdoluhavost a malá činnost poručníka nebyla postačitelým základem akkusace *suspecti tutoris*. Naproti tomu máme prokázáno, že i provinění této menší intenzity bylo uznáno postačitelým základem civilní zodpovědnosti *tutorovy*. Tutor, který svou zdoluhavostí a líností způsobil, že cennosti poručencevy nahodilým požárem byly zničeny, což by se nebylo stalo, kdyby bývaly ihned bezpečně uloženy, zodpovídá za tuto svou *segnitia* (C 5, 38, 3). Výsledek je tedy ten, že přes tak nápadnou shodu mezi akusací a *actio tutelae* lze odtud dedukovati argument pro pouhé dolosní ručení *tutorovo*. Akkusace shodovala se

co do funkce s *judiciem tutelae*, s tím ovšem, že okruh případů, tvořících její základ, byl menší, než okruh případů, spadajících pod *iudicium tutelae*.

Tím by byly vyčerpány hlavní textové a některé obecné argumenty these, že ručení poručenské bylo v klasickém právu obmezeno na *dolus*. Ostatní, novými naukami uplatňované argumenty bude lépe probrati teprve později, až bude zjištěno, jaký obraz poskytují prameny pro opačnou these ručení za *culpu*.

Samozřejmě i zde spolehlivý obraz poskytně nám především *kasuistika* pramenů. Uvedeme hlavní, objektivně koncipované skutkové podstaty poručnickových opominutí, na něž *jurisprudence* navazovala vznik *actionis tutelae*.

Především kardinální opominutí, záležející v tom, že poručník se vůbec neuvázal ve správu záležitostí poručencových, *tutelam gerere noluit* (D 26, 7, 39, 11). Třebaže sám *Mitteis* velkou váhu kladl na tento případ tutorovy zodpovědnosti, nutno vytknouti, že nikterak neprokazuje to, co *Mitteis* z něho vyvozuje, že totiž zodpovědnost tutorova byla tu umožněna rozsáhlou interpretací *dolu* kontraktního. Neboť jde tu o ručení t. zv. *tutor cessans*, které všeobecně až za *Marca Aurelia* bylo připuštěno, a to ne snad interpretací právníků *extensivní* konstrukcí *dolu*, nýbrž zvláštní *noimou*, *konstitucí* jmenovaného císaře „*ut qui scit se tutorem datum nec excusationem si quam habet allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset*“ (D 26, 7, 1, 1; *Fragmenta Vaticana* 155). Uváží-li se dále, že tato všeobecná norma o „*periculum cessationis*“ vznikla analogickým rozšířením ručení toho poručníka, který marně se domáhav *exkusace*, obdržel dekretem *konsulů* rozkaz nastoupiti poručenství s tím, že *periculo suo cessat*¹⁸⁾, v kterémž případě šlo tedy o následky neposlušnosti, jest jasno, jak málo má tento případ společného s konstrukcí *dolu* v širším smyslu.

Jiná skutková podstata poručnickova opominutí zní: *si tutor cessaverit in distractione earum rerum. quae tempore pereunt: odůvodnění: debuit enim confestim officio suo futi*. D 26, 7, 7, 1. Významné pro naši otázku je ono „*confestim*“: jim je *plasticky* naznačeno, že základem zodpovědnosti je tu jakási pohodlnost tutorova, malá čínorodost, tedy *segnitia*, *inertia*, již právníci vylučovali z okruhu *dolosního* jednání, takže téměř

¹⁸⁾ Levy, Z. S. S. 37, str. 16 a n.

s jistotou mohli bychom náš případ považovati za vysvětlitelný jedině z hlediska culpy, a contr. dolus i v širším smyslu¹⁹⁾.

Jiný případ: si post depositionem pecuniae comparare praedia neglexerunt: odůvodnění: tarditatis gratia; ovšem výhrada: nisi si per eos factum non est, quo minus compararent. D 26, 7, 7, 3. Ze slov tarditatis gratia by vyplývalo určitě, že i zde ručení je vysvětlitelné jen z hlediska culpy. Neboť zdlouhavost náleží do okruhu těch menších provinění, která se vymykají jakékoliv dolosní kvalifikaci.

Podobný případ: poručník věci poručencovy, jež by byl měl prodati nebo bezpečně uložit, nechal doma, a tam při nahodilém ohni se zničily. Ručení, právnicky kvalifikované jako segnitia, vysvětluje se opět konstrukcí culpy. C 5, 38, 3.

Další případy sem náležejících opominutí jsou tyto: Poručník při nastoupení úřadu nepustil se ihned do vymáhání poručencových pohledávek, dlužníci zatím se stali neschopnými platiti (D 26, 7, 15). Když došly poručencovy peníze, opominul je ihned uložit na úrok (D 26, 7, 58, 1). Opominul obstarati tu neb onu právní záležitost poručencovu, maje bez příčiny za to, že ji má opatřiti jiný. (D 26, 7, 39, 3). Po vynesení rozsudku v právní záležitosti poručencově opominul apelovati, ač tu byla „bona causa“ (C 5, 37, 11). Po skončení poručenství opominul upozorniti poručence, by si vyžádal kurátora (D 26, 7, 5, 5). Podle Mitteis a jeho následovníků byla by vysvětlena poručníkovou zodpovědností v těchto případech extensivní interpretací dolu. Jest opravdu nezbytno souhlasiti s tím, že takovéto a podobné skutkové podstaty poručnickových opominutí staly se základem civilní zodpovědnosti jeho, jaksi pod pláštěm široce interpretovaného dolu. Důkaz toho bych spatřoval v následujícím. Prameny stanoví civilní zodpovědnost poručníkovou v případě, že neuložil výhodným způsobem jmění poručencovo, byť uložení to by naráželo na obtíže, je-li prokázáno, že se mu podařilo výhodné uložení jeho vlastního jmění (D 26, 7, 13, 1); podobně prameny rozhodují, že poručník je zodpověden za nevybrání pohledávek poručencových, byť to na př. pro nahodilé zničení se dluhopisů naráželo na těžké obtíže, podařilo-li se mu

¹⁹⁾ Pokračování. jmenovitě poslední větu „debut enim partibus suis fungi non quidem praecipiti festinatione sed nec moratoria cunctatione“, která desavouuje ono předchozí „confestim“, považují za interpolaci.

v jeho záležitostech tyto obtíže překonati (D 26. 7. 57. pr.). Uvážíme-li nyní, že podle proslulého textu Celsova D 16. 3. 32. vztahujícího se původně na poručenství,²⁰⁾ dospělo se v právu římském po předchozích sporech ke konstrukci, že věnování menší pozornosti svěřeným věcem poručenským než svým vlastním má se považovati za jednání fraudulosní, máme tím prokázáno, že předchozí dvě rozhodnutí opírala se původně o tuto zvláštní konstrukci dolu. Opakuji tedy: Je nutno zastávat, že přčetné skutkové podstaty poručnickových opominutí byly uvedeny do iudicia tutelae interpretační pomůckou dolu v širším smyslu. Jiná však jest otázka, zda ještě právníci z doby Severů chápou tyto skutkové podstaty pod zorným úhlem dolu v širším smyslu či pod jiným zorným úhlem, jímž by byla culpa. K této otázce, řešené Mitteisem a jeho následovníky²¹⁾, ve smyslu první alternativy, myslím, že nutno odpovéděti ve smyslu alternativy druhé²²⁾. Již byly uvedeny texty, v nichž poručnickovo ručení za různá opominutí bylo vysvětlováno jako následek jakéhosi menšího provinění, segnitia, tarditas atd., stojícího ve zřejmé antithese vůči dolu. Důležitější však jest ještě toto. V kasuistice poručnickových opominutí nacházíme i takové skutkové podstaty, které se naprosto vzpírají subsumování pod dolus, sebe extensivněji interpretovaný, a nedají se jinak vysvětliti než novou formou viny. Některé příklady. Byly ztraceny kvitance o zaplaceném vektigalu: ručení poručnickovo řídí se podle toho, zda ke ztrátě přispěl svou vinou, scil. svou nedbalostí, čili nie (D 26. 7. 57. pr). Myslím, že culpa nemůže zde ani jinak býti interpretována. Při ztrátě kvitancí o zaplacených poplatecích nepůjde zajisté o dolus, nýbrž podle zkušenosti o čistou nedbalost. Že však takováto nedbalost nemůže býti kvalifikována jako porušení fidei, jako nevěrnost, tedy že tu není sebe menší souvislost s dolem v širším smyslu, je

²⁰⁾ Lenel, Palingenesia, I, Celsus 91. Srovn. Bonfante, Dir. di famiglia 463, Girard, Manuel 690.

²¹⁾ Peters, Generelle und spezielle Aktionen, Z. S. S. 32, 263. Rotondi, Scritti, II. 290 a n., Bonfante, Dir. di famiglia 458 a n., Perozzi, Istituzioni, I. 504, Arrangio Ruiz, Responsabilità contrattuale, 61 a n.

²²⁾ Zastávají ručení poručnickovo za kulpu zvláště Kübler, Z. S. S. 39, str. 182, který vyvozuje je ze vztahu satisdace (rem pupilli salvam fore) k iudiciu tutelae: Levy, Z. S. S. 37. str. 75: Girard, Manuel elem. d. rom. 226: Rabel, Grundzüge Enz. Holtzendorf-Kohler, I, 468; Siber, cit. 319.

evidentní. Jiný příklad. Poručník svěřil správu poručencova pozemku jinému, ne nespolehlivému (*non perdituro* — v opačném případě byla by kvalifikace *dolosní*), vytěženo však bylo méně, než řádným hospodařením se dalo docílit (D 26, 7, 32, 3). I zde ručení poručníkovo jest evidentně prosto vši souvislosti s dolem, jakkoliv interepretovaným²³⁾.

Uvedenými skutkovými podstatami se konečně vykročilo z okruhu pouhého dolu, byť sebe širě interpretovaného. Tím byla připravena půda pro nové třídění případů poručnickovy zodpovědnosti: případy *neglegence* se přirozeně oddělily od pravých případů dolu. A došlo se již v posledních dobách klasické *jurisprudence* k třídění, vyjádřenému *schematy dolus-culpa*.

A máme vskutku důležitý dokument z klasické doby, fragment *Papinianův* D 26, 7, 41, který dokazuje významnost tohoto třídění.

*Qui plures tutores habuit, unum, qui solvendo non fuit, rationem actus sui vetuit reddere, quoniam eius liberatio, quod ex tutela percepit aut dolo contraxit, non est relicta, contutores, qui suspectum facere neglexerunt, ex culpa recte conveniuntur: tutor enim legatarius ex culpa, quae testamento remissa est, non tenetur*²⁴⁾.

Jedná se o odkazové osvobození jednoho z poručníků (pravděpodobně toho, kdo *effektivně* vedl správu) z povinnosti vydati účty. Z toho vzniká otázka: co je předmětem této *liberace*? Jak jsou jí účastní ostatní (vzhledem k principu, že *tutoris factum imputatur collegae*)? Na první otázku, častý předmět pozornosti literatury i praxe, byla odpověď, že *liberaci* není zahrnuta zodpovědnost *dolosní*. Důsledkem toho rozhodnuta druhá otázka tak, že co do tohoto okruhu trvá i ručení *spoluporučníků* (ať již si ji máme představovati jako *subsidiární zodpovědnost* těch, kteří *effektivně* správu nevedli, či *primární solidární závaznost*). Kdyby *Papinianovi* byla *dolosní zodpovědnost* *jedinou zodpovědností* *tutelární*, nezbytně by musil dojiti

²³⁾ Jde tu o jakousi *kulpu in eligendo*. Věcně nechybíme, opřeme-li toto rozhodnutí o odůvodnění vyňaté z D 19, 2, 60, 7 ... *illam culpam me tibi praestaturum, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te adficeret*.

²⁴⁾ Srovn. pronikavou kritiku *Levyho* (Z. S. S. 37, 48 a n.) k tomuto textu. *Levy* jmenovitě prokázal *interpolaci* slov „*qui suspectum facere neglexerunt, ex culpa*“.

k tomu, že tedy liberační odkaz je tu bezúčinný. Avšak Papinian rozhoduje naopak, že odkaz je účinný jak pro honoráta a pro ty, kdo z jeho činů a opominutí odpovídají, a to co do ručení za kulpu. Pro tu nemůže býti žalován ani legatář, ani jeho collegae v tutele. Tím ovšem není řečeno, že Papinian „rozšiřuje“ tutelární zodpovědnost z dolosní na další kulposní. Pouze rozřídí je dosavad uznané skutkové podstaty tut. ručení na dolosní v pravém smyslu, a zbývající, kvalifikované nyní jako kulposní, t. j. zaviněné, ale ne dolo malo ve vlastním smyslu.

Exegeticky nesmírně zajímavá jest souvislost Papinianova textu s Ulpianovým-Julianovým fragmentem D 26, 7, 5, 7.

Quidam decedens filiis suis dederat tutores et adiecerat: „eosque aneclogistos esse volo.“ et ait Iulianus tutores, nisi bonam fidem in administratione praestiterint, damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent: nec eo nomine ex causa fideicommissi quicquam consequi debebunt.

Jde o podobnou liberaci tutorů. Aneclogistos jest právě ten, kdo je zbaven povinnosti účtovatí (Sekkel-Heumann). A přece rozhodnuto odlišně od předchozího fragmentu, že nenastává liberace od ručení za bona fides, t. j. žádná liberace, odkaz že je bezúčinný.

Srovnání obou fragmentů poskytuje zajímavé, a pokud vím, neřešené problémy, jak pro exegesi míst samých, tak zvláště pro vývoj právní konstrukce na poli kontraktní viny.

Exegeticky je významnou otázkou, zda Papinianovo „quod dolo contraxit“ je rovnocenné s Julianovým a Ulpianovým „nisi bonam fidem in administratione praestiterit“. Jestliže nikoli, proč? Jisto je, že v uvedeném směru rovnosti není. Papinianovo „quod dolo contraxit“ vztahuje se na dolus v pravém smyslu, a nezahrnuje poručníkovu opominutí. Jinak by legát neměl účinků, což by nikterak se nesrovnávalo s danou skutkovou podstatou. Srovn. na př. D 34, 3, 9. Naproti tomu Julianovo-Ulpianovo „nisi bonam fidem praestiterit“ vyjadřuje ještě podle staršího hlediska celý okruh poručníkovy zodpovědnosti, odkazem v nejmenším nedotčený. Jasný důvod rozdílnosti rozhodnutí je v tom, že v prvním případě jde o pořízení samého poručence (po dospělosti), v druhém případě o pořízení otce, který jmenuje poručníky předem omezuje jejich zodpovědnost, což se však jako zasažení do kogentních norem o poručníkově zodpovědnosti prohlašuje za neúčinné.

Papinianovým textem jest prokázáno, že v doktríně posledních velikých právníků nalézáme již nové diferenciace pojmu kontraktní viny. Velký okruh skutkových podstat ručení poručníkovy, z jeho vyžadované bona fides vyvozených, se začíná diferencovati na případy jasně dolosního charakteru, vědomě spáchaná poškození, a na opominutí; první jsou zahrnuta v dolus, druhá v culpam. Že toto nové třídění nezatlačilo hned staré představy, dle nichž téměř každé poručníkovy provinění, jmenovitě i mnohá opominutí (ale daleko ne všechna) jsou jako projevy nevěrnosti případy široce vykládaného dolu, je samozřejmé. Uplatňovalo se vedle nich. Byly to v první řadě podněty z praxe, které vedly právníky k nové orientaci. Jako zde: nutnost, vyvolaná interpretací liberačního odkazu, z případů poručníkovy ručení vybrati skutkové podstaty těžšího provinění a lehčího provinění, případy hrubé nevěrnosti a případy menší pečlivosti. Jiné podněty vedly Ulpiana (D 27, 3, 1, 13—14), aby v právním vztahu mezi spoluporučníky rozeznával zodpovědnost ex communi dolo a ex communi gestu, kteréž rovněž jest jasně založeno na antithese dolus-culpam.

Zastane-li nauka, že celá doktrína klasického práva nezná jiné zodpovědnosti poručníkovy, než za dolus, nezbytně působí potíže klasický, neodvisle od komplikace Justinianovy náš došlý text Modestinův: *quamvis singulariter denotare liceat in tutelae iudicium utrumque (dolum et culpam) deduci, cum solius pupilli, non etiam tutoris utilitas in administratione versetur* (Collatio 10, 2, 3). Proč právě tomuto poslednímu klasickému právníku má býti přičítáno, že opustil celá staletí trvající formy viny civilní, jest záhadou. Naproti tomu, uvážíme-li, že již předchozí vele právníci viděli se nuceni tříditi případy poručenské zodpovědnosti podle velikosti provinění, a to jak v oboru vlastní *actio tutelae*, tak v oboru *akkusace suspecti tutoris* a *remotio tutoris*, dále že připouštěli do *iudicia tutelae* i takové případy, které nedaly se subsumovati pod pojem *dolu*, sebe extensivněji vykládaného, máme v Modestinově textu velkolepé potvrzení právě vylíčeného vývoje jedné z důležitých klasických doktrín.

Nelze-li pak pokládati Modestina za původce nové nauky, tím méně lze ji přičítati teprve poklasickým, resp. justinianským kompilátorům. Jsou ovšem interpolace i v naší materii textů, ty jsou však více formálního rázu, resp. jeví se jako generalisování kasuistických rozhodnutí klasických. Tak notoricky

interpolován je Ulpianův fragment D 27, 3, 1, pr, jímž začínal jeho komentář ediktální ad iudicium tutelae²⁵).

In omnibus, quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam.

Stylisticky dosti nápadné ukončení fragmentu praestando... má jaksi ráz dodatečné vsuvky. Stačí-li toto formální kritérium k bezpečnému úsudku o interpolaci, jest otázka. Proti domněnce interpolace, aspoň pokud jde o slova praestando dolum et culpam, jsou věcné argumenty. Vždyť zcela shodně se vyjadřuje Modestinus. Věcně není námitek. Naopak z pokračování et quantam in suis rebus diligentiam, které jest vlastně zeslabením předchozího culpam, takže je skoro vyloučeno, aby pocházelo obojí od jednoho a téhož autora, vyplývá jen dvojí možnost: buď slova praestando dolum et culpam jsou interpolací předjustiniánskou, k níž by pak v dalších slovech přistupovala interpolace justiniánská (Arrangio Ruiz), kteráž domněnka ovšem nedá se jinak ničím opřít, nebo jsou ona slova původní, a interpolace se obmezuje na závěrečné et quantam in suis rebus diligentiam, což považují za pravděpodobnější²⁶). Věcný význam interpolace je normování vyžadované pečlivosti na míru, zachovávanou ve vlastních věcech.

Tato interpolace povstala, myslím, generalisováním klasických rozhodnutí kasuistických. Takovým bylo na př. dříve již uvedené rozhodnutí, že poručník nemůže se vymlouvat, že se mu nepodařilo výhodně uložit majetek poručencův, jestliže se mu podařilo uložení svého vlastního majetku.

Jiná obecně uznaná interpolace týká se Callistratova textu D 26, 7, 33, pr.

A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarum, quam pater familias rebus suis ex bona fide praeberet debet.

Obecně se uznává interpolace slov rebus suis²⁷) v souvislosti s interpolací právě uvedenou. Někteří rozšiřují interpolaci i na požadavek diligence patris fam. Tvrdí se i (Arrangio

²⁵) Girard, cit. 691, Perozzi, cit. 505, pozn. 1, Bonfante, cit. 459, Arrangio Ruiz, cit. 65.

²⁶) Tak na př. Seckel (Heumanns Handlexikon, Diligentia).

²⁷) Srovn. Perozzi, cit. 505, Bonfante, cit. 459.

Ruiz), že text, původně stanovící obsah zodpovědnosti poručnickovy kriteriem *bonae fidei* (*dolus*), byl dvakrát přepracován, poklasiickým kompilátorem (přínos *diligence patris fam.*) a justiniánským kompilátorem (přínos obmezenější *diligence quam suis*). Věc je, myslím, jednodušší. Srovnejme na př. D 26, 7, 32: *Modestinus respondit tutorem eorum reddituum nomine rationem pupillae reddere debere, qui ex fundo bona fide percipi potuerunt. Není-liž interpolovaný text Callistratův prostě generalisací myšlenky Modestinovy?*

Zbývá vyrovnati se s některými obecnými argumenty, jimiž nová nauka opírá thesi o ručení za *dolus*.

Princip, dle něhož ručení za *culpu* jest podmíněno utilitou ručícího z kontraktu (*Modestinus, Coll. 10, 2, 1*), odporuje arcí tutorově zodpovědnosti za *culpu*, jelikož on nemůže míti právního zájmu na tutele, jež jest výhradně v zájmu poručencově. Jde však o výjimku z principu, výjimku, konstatovanou samou klasiickou pravovědou (*Modestinus, Coll. 10, 2, 3*) *quamvis singulariter denotane liceat in tutelae iudicium utrumque deduci, cum solius pupilli, non etiam tutoris utilitas in administratione versetur.*

Princip, dle něhož infamie je spojena s odsouzením pro *dolus* (*Modestinus, Coll. 10, 2, 4*), jest porušen u infamujícího iudicia tutelae, ač tu odsouzení může nastati propter *culpam*. Se stanoviska práva Justinianova nebyla by vyloučena ta interpretace, že infamie spojena je opravdu jen s odsouzením poručníka pro *dolus*; analogie s institutem *remotio suspecti tutoris*, která způsobuje infamii, pokud je založena na *dolu*, kdežto, založena na *neglegenci*, infamie nezpůsobuje. Pro právo klasiické není jiného vysvětlení, než že šlo o výjimku (tak na př. *Siber*); a *Modestinus*, který uvádí tento princip korelace mezi infamii a dolem právě poté, co byl označil jako singularitu poručnickovo ručení za *culpu*, je nám oporou pro úsudek, že pravověda si byla vědoma výjimečné povahy iudicia tutelae i vzhledem k infamii, s ním spojené.

Pojem dědické sukcese, dle něhož dědic „*succedit in locum defuncti*“ a tedy vstupuje do všech právních poměrů zůstavitelových, nesnáší se s rozdílným ručením dědice a zůstavitele; jestliže tedy máme v pramenech ustanovení, že dědic tutorův ručí jen za *dolus* (a *lata c.*), nelze to jinak vyložití než tak, že původně i tutor sám ručil jen za *dolus*, a teprve kompilátoři

rozšířili jeho ručení i na culpa, ponechávající pouze ručení jeho dědice nadále omezeno na dolus. Tento problém je poněkud složitější a nutno jíti do některých podrobností, byť nebylo možno na tomto místě probrati všecky.

Otázka ručení dědice tutorova byla odedávna s obzvláštní péčí studována, nejnověji asi před 20 lety slavným italským romanistou Rotondim²⁸⁾, který, jda po stopách Mitteisových, dochází na základě pronikavé kritiky příslušných speciálních textů k těmto důsledkům. Právo klasické nezná rozdílu v ručení tutora a jeho dědice. Oba ručí jen za dolus; jediná výjimka týká se speciálního případu zodpovědnosti za nepředložení inventáře. Když, v době mezi Paulem a Modestinem, rozšířeno bylo ručení poručníkovo za culpa, stejné rozšíření ručení automaticky postihlo dědice. Teprve justinianští kompilátoři omezili ručení dědicovo opět na dolus.

Proti tomu nutno uvést toto: Už bylo dříve uvedeno, že nelze přičítati právě Modestinovi, že by byl „rozšířil“ ručení z dolu na culpa. Tím méně lze spokojiti se tvrzením, že to byl asi nějaký reskript císařský, kterým se tak stalo, poněvadž po něm není ani stopy a nelze si představit, že by byl reskript právě tak velikého dosahu, dávající směr celému dalšímu vývoji, upadl v zapomenutí. Naopak studium kasuistiky ukazuje, jak ponenáhlym vývojem došlo se k tomu, že již při nejmenším v době Ulpianově a Papinianově považuje jurisprudence za nezbytné, rozeznávati mezi případy ručení poručníkova provinění vyloženě těžká a provinění lehčí, a uvádí tyto dvě skupiny pod antithetické pojmy dolus — culpa. Nejde pak vlastně o „rozšíření“ zodpovědnosti, nýbrž o doktrinální změnu, o vykročení z bariéry dolu (nejširě interpretovaného), jíž měly býti uzavřeny všecky případy tutorova ručení, když pronikavější analýsa — vyvolaná ostatně podněty z praxe — ukázala, že jsou případy ručení, které nemohou býti kvalifikovány jako nevědomost. Tak došlo v klasické době i v našem oboru k novému třídění dolus — culpa, při čemž pozitivním přínosem nové orientace jest, že netřeba již k odůvodnění největšího počtu skutkových podstat iudicia tutelae přílišně rozšiřovati pojem dolu; ten zase se navrácí do svých specifických užších hranic, a veliký počet poručnickových opominutí dostává se pod novou formuli, culpa. Tedy

²⁸⁾ Bulletino d. I. dir. romano, 25, str. 43 a n. (Scritti, II, 290 a n.)

dolus: činy projevující nevěrnost (na př. použití svěřených peněz); culpa: opominutí poručníkovy. Při tom zvlášť těžká opominutí se však občas, pokud v určitém případě se to jeví vhodným, srovnávají s dolosními činy. Tak s hlediska přípustnosti poručencova *iusiurandum in litem*, jež předpokládá dolus odpůřcův, neváhají právníci a reskribující kanceláře císařské kvalifikovati určité opominutí, ovšem kardinální opominutí, jako je nezřízení inventáře, jakožto dolosní. Je-li ovšem prosté nepředložení inventáře žalovaným tutorem pojímáno bez dalšího jako dolosní jednání, není již tato rigorosnost odůvodněna při žalobě proti jeho dědici, i chápeme, že — jak bylo vícekrát rozhodnuto — byla přípustnou proti němu přísaha *in litem* jen, byl-li jeho dolus prokázán (na př. dokázáno, že inventář zničil, nebo jej odpirá vydati). Již Rotondi znamenitě ukázal kritikou příslušných textů (27, 7, 8, 1; C. 5, 53, 1; c. 2, c. 4 eod.), že tu nejde o různost zodpovědnosti tutora a jeho dědice, jenže přecenil význam té okolnosti, že v těchto místech právní otázka se točí výhradně kolem dolu.

Pro ručení dědicovo jsou významné dále tyto okolnosti: Dědic nesukceduje v poručenství. *Successio in tutelam* (srovn. na př. 26, 4, 3, 9) nastává ovšem při tutele legitimní, ale i tu je možno, že *alibi est hereditas, alibi tutela* (D 26, 4, 1, 1), a ostatně *actio tutelae* se asi po celou dobu klasického práva ještě na legitimní tutele nevztahovala. Třebáže dědic v tutele nesukceduje, ručí jménem svého zůstavitele, poručníka, *praeteriti temporis periculum praestat*. Smrtí zůstavitelovou končí jeho tutela, je zřejmo, jaký jest obnos jeho závazků z tutele, a v tom směru jest právě dědic zavázán. Ovšem byly otázky: pokračuje-li dědic zatím, než bude jmenován nový poručník, ve správě majetku poručenského, do jakého iudicia patří tato správa? Přírozená konexita s původní tutele rozhodla pro *iudicium tutelae*. S tím druhá otázka: je vůbec dědic povinen vkročití do této prozatímní správy? Odpověděno, že je povinen dokončití to, co zůstavitel započal. Kromě textů, naprosto jasné díkce, vztahuje se sem spornější fragment Ulpianův D 27, 7, 4.

Cum ostendimus heredem quoque tutelae iudicio posse conveniri, videndum, an etiam proprius eius dolus vel propria administratio veniat in iudicium, et extat Servii sententia existimantis, si post mortem tutoris heres eius negotia pupilli gerere perseveravit aut in arca tutoris pupilli pecuniam invenerit et

consumpserit vel eam pecuniam quam tutor stipulatus fuerat exegerit, tutelae iudicio eum teneri suo nomine: nam cum permittatur adversus heredem ex proprio dolo iurari in litem, apparet, eum iudicio tutelae teneri ex dolo proprio. negligentia plane propria heredi non imputabitur.

Není možno podrobíti tu podrobné kritice tento text. Interpolace prost jest zajisté Serviův demonstrativní výpočet skutkových podstat dědicovy administrace s hlediska konexity s původní tutelou. S toho hlediska by bylo přesnější, kdyby Ulpianovo položení otázky bylo formulováno: videndum, an etiam propria eius administratio veniat in iudicium; interpolací pak by byla tím spíše další, dosti podivná věta: nam cum permittatur... Věcně je text jasný a jest jím vyjádřeno, že dědic, který může, za určitých okolností dokonce musí jednat v záležitostech poručencových, neručí za svá opominutí při provádění těchto úkonů. Jej právě nestihají zvláštní závazky, plynoucí z officia tutelae. Po této stránce bych nepovažoval toto snížení ručení za interpolovanou novotu práva justiniánského. S toho hlediska dal by se vyložit i Papinianův text D 26, 7, 39, 6.

Tutor datus adversus ipsam creationem provocavit: heres eius postea victus praeteriti temporis periculum praestabit, quia non videtur levis culpa contra iuris auctoritatem mandatum tutelae officium detrectare.

Pokud text se vykládá tak, že ručení dědicovo je odůvodněno hrubým, dolu se rovnajícím zaviněním zůstavitelovým, jest úsudek interpolace nezbytným. Právu klasickému nelze přičísti absurdní ustanovení, že tutor ručí za dolus i culpa, dědic však nomine tutoris jen za jeho dolus. Avšak netřeba text Papinianův takto vykládati. Podle mého názoru významným pro výklad textu je to, že podle jeho skutkové podstaty dědic pokračoval ve sporu. Jde tedy o jeho vlastní jednání, které ovšem má v zápleti, že jej v případě prohry stihá nebezpečí poručencových škod za celou dobu, počítajíc zpět od rozsudku, ne tedy jen od úmrtí poručníkovy, právě proto, že jeho provinění není levis culpa. Samozřejmě, že Papinianův obrat levis culpa není tu technickým termínem, kterýž, jak Lenel prokázal, náleží teprve kompilátorům²⁹⁾, jde tu prostě o vyjádření myšlenky, že tak těžké provinění, jako bezdůvodné zpěčování se tutele, není ta-

²⁹⁾ Z. Sav. S. 38, 282.

kovou neglegencí, za niž dědic, prozatímní správu bývalé tutely obstarávající, neručí. Tuto myšlenku vyjadřuje jasně C 5, 54, 1: *heredes tutoris ob neglegentiam quae non latae culpa comparari possit, condemnari non oportet*. Slova *quae non latae culpa comparari possit*, jsou ovšem podezřelá z interpolace, poukazující na technické rozeznávání pojmů *culpa lata* — *culpa levis*³⁰⁾; ale myšlenka má svůj základ v právu klasickém. Z uvedeného vývoje viny kontraktní na poli tutely je ostatně viděti, že by i nové nauky o justiniánském původu pojmu *culpa lata* měly býti podrobeny podrobné revisi.

Zcela jistou interpolací jsou ovšem ta místa pramenů, v nichž se i zodpovědnost dědicova za jednání a opominutí samého poručníka obmezují na *dolus* a *culpa lata*. Příklad: D 27, 8, 4 (k tomu kritika Rotondiho). Tato novota povstala rozšířením toho, co klasické právo ustanovovalo o ručení dědicově ob *proprium administrationem* na veškerou zodpovědnost jeho. Netřeba dovozovati, že se tu jedná o interpolaci, svým obsahem velmi nešťastnou.

³⁰⁾ De Medio, Studi sulla culpa lata, *Bulletino JDR*, 18, 270; Rotondi, cit. 303 a n.; Lenel, cit. 270.