

KNIHOVNA PRÁVNICKÉ FAKULTY UNIVERSITY
KOMENSKÉHO V BRATISLAVĚ.

ŘÍDÍ PROF. DR. AUG. RÁTH.

I dec 84.

—
—
SVAZEK 11.

CUSTODIA
V PRÁVU ŘÍMSKÉM. *rus. 2433/I*
PŘÍSPĚVEK K VÝVOJI A ÚPADKU
SOUKROMOPRÁVNÍHO RUČENÍ
ZA VÝSLEDEK.

NAPSAL

Inv. čis: 172
Sign: 110

PROF. DR. JAN VÁŽNÝ.

V BRATISLAVĚ 1925.

NÁKLADEM PRÁVNICKÉ FAKULTY UNIVERSITY KOMENSKÉHO
V BRATISLAVĚ.

V KOMISI FRANT. ŘIVNÁČE V PRAZE.

B

OBSAH.

	Str.
Úvod	1
I. Custodia kommodatářova	5
II. Custodia valchářů a správkářů	18
III. Custodia ex recepto nautarum, cauponum, stabulariorum	25
IV. Custodia při nájmu věci	30
V. Ručení zástavního věřitele	40
VI. Custodia prodatelova	47
Konkluse	80
Rejstřík pramenů	85

ÚVOD.

K uvedení do pojmu custodia začnu zdánlivě poněkud zdaleka. Představme si, že křidatář, aby poškodil své věřitele, daruje někomu kus svého majetku; tento nabývá od něho úplně bezelstně, nejsa si vědom podvodného úmyslu křidatářova vůči jeho věřitelům. Má mu býti přes to majetek ten odňat? Římské právo, vyjadřujíc zájmový konflikt bezelstného nabyvatele a poškozených věřitelů tak, že tu jest škoda (věřitelů) proti zisku (nabyvatelově), rozhodlo v neprospěch bezelstného nabyvatele.¹ Myšlenka, že kde stojí proti sobě jednak prospěch jednoho, třebaš loyálně nabytý, jednak škoda druhého, má býti rozhodnuto ve prospěch toho, kdo má škodu, byla tvůrčím principem v jiných případech v různých variacích. Že má vůbec býti škoda nebo ztráta, vzniklá v okruhu zájmů dvou osob, žádnou z nich nezaviněná, připočtena k tíži *jednoho* z nich, to jest pevným stanoviskem práva římského, suspendovaným jen tam, kde poměr dvou kontrahentů jest charakterisován společným podrobením se nezaviněné škodě, společným risikem, na př. ve společnosti. Která strana jest postiženým, rozhodovali římsští právníci, hledíce normovati neprojevivší se vůli smlouvajících se, pro každý typický kontrakt zvlášť se značnou kasuistikou, takže i při určitém typickém kontraktu, na př. při kommodatu, mohlo býti rozhodnutí různé podle okolností případu. Jakou theorii tu vytvořili římsští právníci, resp. jakou theorii můžeme my konstruovati podle jejich rozhodnutí, vyplyne z následujícího pojednání. Přece však již nyní můžeme uvést, že zde hrála značně významnou roli myšlenka, že konflikt mezi dvěma stranami, z nichž jedna požívá liberality druhé, má býti rozhodnut v neprospěch poživatele dobrodiní. Představme si, že byla spáchána krádež věci,

¹) Srv. na př. D. 42, 8, 6, 11. Albertario považuje sice odůvodnění »nec videtur iniuria adfici is qui ignoravit, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur« za kompilatorskou vsuvku, formálně se jevící užitím slov »lucrum extorquere« a zbytečnou vzhledem k dalšímu kontextu. Z. S. S. 32, 317. Rovněž Beseler, Beiträge III., 97, který ovšem tím, že považuje za interpolaci i následující větu »in hos tamen . . .«, jednajíc o obmezení zodpovědnosti poctivého nabyvatele na jeho obohacení, zeslabuje značně pravděpodobnost interpolace, Albertariem vytčené. Rozhodně však věcně nelze vůči cit. odůvodnění ničeho namítati se stanoviska klasického práva římského.

nikoli však přímo u vlastníka, nýbrž u osoby, již on věc svěřil. Římané kladli si dvě otázky: jak zasáhne tato událost do obligačního poměru stran? A odpověď na tuto otázku byla praejudiciální pro druhou: kdo jest aktivně legitimován k žalobě z furta? A tu z nejednoho rozhodnutí můžeme vyčísti myšlenku, že kdo jest poživitelem dobrodini druhé strany — což Gaius na př. výslovně konstatuje ohledně kommodatáře — ten jest i v tomto obligačním poměru nositelem ztráty; ježto tedy pak utrpí škodu, *damnum passurus est*, jest legitimován k žalobě z furta, nikoli vlastník, jemuž za těchto okolností žaloba z furta by byla neoprávněným ziskem, *lucrum facturus est*.¹ Ježto pak v jiných obligačních poměrech, na př. v depositu, detentor věci není poživitelem dobrodini svého kontrahenta, nýbrž jest jím právě druhá strana, vlastník věci, znamenalo furtum věci u depositáře konec obligačního poměru a důsledkem toho plasticky se ukázal právní zájem vlastníkůvdeponentův na žalobě z furta, k níž byl uznán legitimovaným. Spokojme se zatím těmito dvěma příklady, jež jsou v celém svém rozsahu pro římské právo klasické nesporné. Vidíme, že římské právo kladlo si zvláštní otázku, jaký osud má furtum individuální věci, předmětu obligačního poměru na podstatu tohoto, kdo nese risiko krádeže (bez ohledu na zavinění) a kdo jest legitimován k *actio furti*. Můžeme tedy již a priori předpokládati skupinu právních norem o ručení za krádež věci, někomu svěřené, a jí podmíněnou skupinu předpisů o aktivní legitimaci k žalobě z furta. Normy první skupiny tvoří normy o *custodia*.

Pojem *custodia* byl by tedy celkem jednoduchý: ručení za to, že svěřená věc byla, resp. bude ukradena, bez ohledu na zavinění toho, u něhož se krádež stala, t. j. ať krádež zavinil čili nic.² Avšak leželi v tomto jednoduchém stavu věci římská *custodia*, není tím ještě řečeno, že v něm jest *custodia* celá. V ručení za krádež, tedy úplnou ztrátu, mělo by býti nebo alespoň mohlo by býti zahrnuto i ručení za minus, t. j. za poškození, zmenšení, zkažení, zvláště takové, které nenastalo vnitřní povahou věci, ale za

¹) Gaius, III., 206, D. 47, 2, 72 (71) 1.

²) Texty, jednající o zodpovědnosti kustodientově (na př. kommodatářově, *fullonově*) za furtum nerozebírají otázku, zda bylo furtum dotyčným detentorem zaviněno, čili nic. Z toho vyplývá, že nelze vykládati takové texty ani ve smyslu zavinění detentora, ani naopak ve smyslu opačném (nezavinění jeho), ale musíme usuzovati, že otázka zavinění jest nerozhodná, že v obou případech ručí dotyčný detentor za krádež a že právnícké odůvodnění tohoto ručení jest jeho ručení za *custodiam*, ať již on krádež nezavinil, či zavinil. Zajímavé jest, že i ten kustodient, který krádež svěřené věci notoricky zavinil (na př. *fullo*, který oděv, odevzdaný mu k vyčištění bezprávně půjčil třetí osobě, u níž pak oděv byl ukraden) ručil svému kontrahentovi za krádež — a byl legitimován k *actio furti* — nikoli z důvodu svého zavinění, ale z důvodu své *custodie*. Srv. D. 47, 2, 48, 4, *quia custodia rei ad te pertinet*. Ovšem praktická účinnost *custodie* naproti *diligenci* ležela v právě takových případech ztráty svěřené věci, které nebyly detentorem zaviněny.

sáhnutím třetí osoby, nebo útokem zvířete. Zvláštní případ ztráty jest útek. Právnícky pak charakteristické pro právo římské bylo, že »*fuga servi*« byla, aspoň v poslední době klasického práva, pojímána jako krádež a bylo by tedy zodpověděti, zda ručení kustodientovo vztahovalo se i na *fuga servi*. Římské právní prameny nám podávají výpočet — spíše demonstrativní, než taxativní — skutečností, které zbavují detentora věci každé zodpovědnosti za ztrátu věci. Lze tyto události — všeobecně zvané *vis maior* — subsumovati pod jednotný pojem jakéhosi *casus maior*, vůči němuž by případy ručení kustodientova tvořily jakési *casus minor*? Byly některé věci z ručení kustodientova vyloučeny? Tak na př. pozemky, u nichž přece furtum bylo pojmově nemožné, ale přece různá furtu analogická bezprávná a tajná zasahování byla trestně potlačována na př. *interdictum quod vi aut clam*? Na které případy detence svěřené věci se vztahovala *custodia*? Nevztahovala se též na případy jen zevně podobné, právnícky ale úplně opačné, kdy *vlastník* jest obligačně povinen vydati věc, na př. kdy prodatel následkem uzavření smlouvy tržové jest povinen vydati věc kupiteli a tedy proň opatrovati?

Odpověď na uvedené otázky dá nám exegese textů. V této bylo velmi mnoho učiněno vědeckou produkcí romanistickou tohoto čtvrtstoletí, počínajíc kritickou prací Lusignaniho,¹ dále důležitou statí E. Seckela,² kritickými články F. Schulze³ a konečně obsáhlou studií F. Haymanna,⁴ velmi silnou jak po stránce exegetické, tak po stránce konstruktivní.⁵

¹) Luigi Lusignani, *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano*, I., Modena 1902, II., Parma 1903, dílo přístupné mimo Itálii pouze z kritické studie Schulzovy.

²) Heumanns *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechtes*, bearbeitet vom E. Seckel 1907, str. 116 a' násl. *Custodia*.

³) Lusignanis *Custodia-Forschungen*, Sonderabdruck aus der *Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1912. Dritte Folge, Bd. XIV. Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht, 1911. *Grünhuts Zeitschrift*, XXXVIII. Separatabdruck. Die Aktivlegitimation zur *actio furti* im kl. r. R., 1911. *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, XXXII., str. 23 a násl.

⁴) *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht. Custodia*. 1919. *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, XL., 188 a násl. Naše zkratka pro cit. časopis: Z. S. S.

⁵) Z ostatní literatury nutno ještě zvláště uvést: De Medio *Caso fortuito e forza maggiore*. *Bulletino dell'Istituto di diritto romano* (naše zkratka: B. I. d. r.), XX., 157 a násl. Kübler, *Das Utilitätsprinzip*, 1910. Sonderabdruck aus d. *Festgabe O. Gierke*. Kniep *Gai Institutionum Commentarius tertius*, str. 468 a násl. Pro kritiku textů, nás zajímajících, důležitá jsou základní díla o metodě interpolační (Gradenwitz, Eisele, Bonfante a j.), zvláště pak Beselerovy *Beiträge I.—IV.*, 1910—1920. Pro dogmatickou konstrukci našeho pojmu poskytují mnoho cenných námětů ve svých systematických dílech, zvláště Mitteis, Rabel, Girard; *custodiam* se mnoho zabývá též Huvelin ve svém velkém díle o furtum 1915. V české literatuře podává O. Sommer (*Ručení za zřizence v právu římském*, *Sborník věd práv. a st.*, XVI.) výstižný obraz vědeckého badání o *custodiam vis maior*.

Studující custodii, chtějíce jmenovitě poznati její význam a hodnotu jednak v římském právu klasickém, jednak v právu justiniánském, vyjdeme od jednotlivých jejích případů, postupující od těch, jež jsou pro právo klasické nesporné k případům spornějším. Teprve výsledkem těchto porovávání bude, možno-li přesně definovati tento pojem pro právo klasické, a jaký jest dogmatický pojem custodie v kompilaci Justinianově.

I.

CUSTODIA KOMMODATÁŘOVA.

Z Veronského codexu palimpsestu Gaiových Institucí (3, 206) se dovídáme, že kommodatář »utendi commodum percipiendo — necesse habet custodiam praestare« podobně jako fullo aut sarcinator, kteří »mercedem capiendō custodiam praestant«. Výrazem »custodiam praestare« označuje Gaius zvláštní ručení, stihající jmenované osoby v případě, že ztratili svěřenou věc následkem furta. Gaius, zabývaje se především právní otázkou, kdo jest v takovém případě legitimován ku vznesení žaloby z furta, zda pán věci, či jmenovaní detentoři, rozhoduje, že tito, nikoliv pán, kterýž nemá právního zájmu na actio furti »cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore (resp. iudicio commodati od kommodatáře arg. 3, 206) suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator (resp. kommodatář) rei praestandae sufficiat. Tedy obráceně: kommodatář (resp. fullo aut sarcinator) jsou proto aktivně legitimováni k actio furti, jelikož v případě furta bezpodmínečně podléhají kontraktní žalobě pánově ex commodato (resp. ex locato) na plnou náhradu škody, což právě nazývá Gaius »custodiam praestare«. Jen insolvenčí kommodatářovou a tedy praktickou bezvýsledností žaloby ex commodato — ne však na př. absolutní »nahodilostí« krádeže — se situace mění tak, že k actio furti jest legitimován pán věci. Jinak ale jest legitimován kommodatář vzhledem ku svému bezvýhradnému ručení za krádež, a cit. text jest právě cenným dokladem jak pro toto ručení, tak pro jeho technické označování slovy »custodiam praestare«.¹ Jest nyní otázka, co jest důvodem custodie kommodatářovy. Gaius vyjadřuje příčinu kommodatářova ručení kustodiového slovy »utendi commodum percipiendo«; a v jiné stylisaci uvádí se tatáž myšlenka, výhradný prospěch kommodatářův ze smlouvy, jako odůvodnění bezvýhradného ručení za ztrátu věci v Digestech v textu Gaiově D. 13, 6, 18, pr. »... haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res«, a v textu Ulpianově D. 13, 6, 5, 3 »commodatum autem plerumque solū utilitatem continet eius, cui commodatur«.²

¹) K významu termínu praestare srv. Mayr: Praestare, Z. S. S. 42, str. 213, 221.

²) Beseler, Beiträge, II., 116, V., 111, popírá původnost fragmentu Gaiových Institucí »Quae de fullone... custodiam praestare«. Avšak ze souhlasu mezi cit. fragmentem

Dříve, než přistoupíme k bližšímu vymezení pojmu *custodie commodatariovy*, nutno blíže dokumentovati aspoň to minimum její, ručení *commodatariovy* za krádež bez ohledu na jeho zavinění. Stanovisko Gaiových Institucí jest potvrzeno četnými výroky klasických právníků, kteří souhlasně zastávají, že byla-li ukradena půjčená věc, přísluší žaloba z *furta commodatariovi*; důvodem toho jest, jak se mlčky předpokládá, ručení jeho za krádež; zda se *commodatář* dopustil zavinění, čili nic, se nerozvádá, a přece musila by býti tato otázka řešena, kdyby měl býti *commodatář* zodpovědným jen v mezích svého zavinění. Musíme tedy následkem mlčení právníků o této věci zavinění *commodatariovy* ze skutkových podstat, v místech těch probíraných, ne-li přímo vyloučiti, tedy aspoň pokládati za okolnost nerozhodnou. Sem náležejí tyto fragmenty: *Africanus D. 13, 6, 21, pr.*, *Paulus D. 47, 2, 54 (53), §§ 1, 2, D. 13, 6, 17, 5, Pomponius D. 13, 6, 13, pr.*

Ručení *commodatariovy* za krádež bez ohledu na jeho zavinění, vyplývá dále *argumento a contrario* z toho, že za následky různých neodvratitelných příhod *commodatář* neručil. Tak dospělo římské právo k tomu, že *commodatář* nenese risiko za ztrátu věci následkem vpádu lupičů a nepřátelského vojska, požáru, zemětřesení, ztroskotání lodí a jiných typických případů, které právo uznalo za — jak to formuluje Haymann — důvody exkulpační.¹ Obyčejná krádež za takový důvod nikdy nebyla uznána, naopak jmenované důvody exkulpační stojí proti krádeži, jako důvodu, který *commodatáře* ručení jeho nezavazuje. Sem náležejí na př. texty: *Gaius D. 13, 6, 18, pr.* »ita ut tantum...«, *Ulpian D. 13, 6, 5, 4, D. 50, 17, 23, Paulus Sent. 2. 4, 2, C. 4, 23, 1.*

S tímto stavem věci jest však v úplném odporu to, co praví některé, a to zásadní texty kompilace Justinianovy o zodpovědnosti *commodatariových*. Ve fragm. 5, § 2, D. 13, 6 vymezuje Ulpian zodpovědnost *commodatariovy* v případě, že kontrakt byl uzavřen v zájmu obou stran, na *dolus* a *culpu* — proti čemuž věcně by nebylo námitek —, ale v následujícím § 3. činí zodpovědným *commodatáře*, v jehož výhradném zájmu došlo k uzavření kontraktu, za *dolus*, *culpu* a *diligenci*, aby v následujícím § výslovně konstatoval, že neručí *commodatář* za typické důvody exkulpační jako následky stáří, nemoci, vpád loupežníků a pod. Mezi thesí o zodpovědnosti *commodatariových* za nedbalost a thesí o nezodpovědnosti za vpád nepřátel atd. jest mezera. Vypočítávati typické neodvratitelné důvody zkázy věci a nezodpovědnosti *commodatariovy* za ně nemá smyslu pro toho, kdo vy-

a cit. místy z Digest vyplývá, že věcně jest odůvodňování *custodie commodatariovy* jeho prospěchem ze smlouvy zcela korektní a pro právo klasické nepochybné. Srv. ostatně též Haymann, Z. S. S. 40, 168, 1; Huvelin, Furtum, 349, 4; Kübler, Utilitätsprinzip, 37.

¹⁾ Srv. Haymann, Z. S. S. 40, 175.

cházi od zodpovědnosti pouze v mezích zavinění, má však smysl a logickou váhu pro toho, kdo předpokládá ručení za ztrátu věci, nastalou mimo tyto fatální příhody, bez ohledu na zavinění. A tento předpoklad nutno imputovati Ulpianovi, který rozhodně v naší souvislosti ukládal *commodatári custodii*. Jaké bylo přesné znění Ulpianova místa, nás zde nezajímá, jest pravděpodobno, že slova »et diligentiam« v § 3. byla interpolována kompilatory na místě původního »et custodiam« (Haymann); na každý způsob jest interpolováno v § 5. »et diligentem« (scil. custodiam), neboť »diligens custodia« není nic jiného, než péče, týkající se opatrování, *diligentia in custodiendo*, tedy pojem, který s pravou *custodií* nemá nic společného.¹

Vyvodivše tedy z rozboru právě cit. textu poznatek, že Ulpian ukládal *commodatári* kromě zodpovědnosti za *dolus* a *culpu* ještě další zodpovědnost — a jsme zajisté oprávněni říci, že při nejmenším zodpovědnost za ukradení věci — odstranitelnou pouze takovými příhodami, jako požár, vpád lupičů atd., že kompilatoři nahradili tuto zodpovědnost povinností, vynaložiti svěřené věci pozitivní péči (*diligentia*), přistupme k dalším textům.

Gaiův fragment z komentáře ad edictum provinciale D. 13, 6, 18, př. začíná slovy: *In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita, ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti...* Obě myšlenky tu uvedené, že totiž *commodatári* jest uložena péče nejsvědomitějšího hospodáře a že on neručí za neodvratitelné příhody, byly by věcně, každá sama o sobě, přijatelné, ve vzájemné souvislosti jsou však závadné. Možno si představití, že *commodatář* opravdu věnuje svěřené mu věci největší pečlivost a že přece věc mu bude ukradena, aniž by se uskutečnil některý z uznaných důvodů exkulpačních. Totéž platí o jiném textu kompilace, D. 44, 7, 1, 4 (*Gaius libro secundo aureorum*). *Is qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti... rem quam accepit, amiserit, securus est. alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit.* Opět totéž: *commodatář* ručí za opominutí největší péče, neručí za uznané důvody exkulpační. Co když však nastane ztráta mimo případ zavinění, avšak též

¹⁾ To vystihl po prvé Seckel (*Handlexikon ad Custodia*) a po něm se obecně uznává. Srv. též Haymann, Z. S. S. 40, 188 a literaturu tam uvedenou. Speciálního případu *commodatum aestimatum* netřeba si všimati v naší souvislosti. Rozhodnutí tu nebylo jiné, než v analogických případech D. 19, 2, 3, D. 19, 2, 54, 2, totiž úplné, žádnými důvody exkulpačními nevyvratitelné ručení *commodatariovy*. Ať již byl tento případ vsunut kompilatory, či Ulpianem, vždycky zůstává mezi § 3. a § 4., jež oba jednájí o normálním *commodatu*, mezera, jak v textu uvedeno.

mimo případ typické fatální příhody? Na to náš text neodpovídá, právě jako text, před tím uvedený. Toto mlčení jest ovšem zarážející, ale lze je vysvětliti. Autor textu mlčky vylučuje přípustnost takové otázky, vylučuje možnost, že mohlo dojít k ukradení mimo případ zavinění detentorova a současně mimo případ neodvratitelné příhody. Používá k tomu té metody, že rozšiřuje případ zavinění až ku hranici, kde přechází v případ neodvratitelné fatální příhody, kterýž rovněž do jisté míry blíže precizuje a jaksi rozšiřuje. Ustanovuje, že péčí uloženou kommodatáři, rozuměti jest nejvyšší lidsky myslitelná pečlivost, že neexkulpuje kommodatáře ani to největší napětí jeho vlastní obezřetlosti, je-li odůvodněn úsudek, že jiný člověk byl by schopen ještě intensivnějšího provádění obezřetnosti než jest náš kommodatář vůbec schopen. Je-li naproti tomu odůvodněn úsudek, že ztráta věci nastala příhodou, které čeliti není vůbec v lidských silách, přestává zodpovědnost kommodatářova. Nemůže býti pochybnosti, že toto nové stanovisko náleží kompilátorům. Pojem viny jest tu rozpjat zasáhnutím zákonodárce daleko přes hranice možnosti hodnotiti chování kommodatářovo eticky a společensky. A to jest příznačné pro kompilátory. Chtějíce odůvodniti ručení za určitý výsledek, kterýchžto případů vytvořilo právo římské značný počet, vinou ručitelovou, normují domněnku viny ručícího,¹ domněnku, s kterou se dá snadno operovati, rozšířili se vina na povinnost tak se chovati, jak by se choval nejobezřetnější vůbec člověk. Věcně ovšem neřekli kompilátoři v našem případě mnoho nového, spíše označují staré věci jen novým jménem. Jinými slovy: oni ani nezhoršili ani nezlepšili postavení kommodatáře, pouze uzákonili doktrinu, že ručení kommodatářovo má býti theoreticky pojímáno jako ručení za vinu, t. j. opomenutí péče nejobezřetnějšího člověka, kdežto případy jeho neručení že jsou podřízeny jednotnému pojmu události, jíž člověk — ani nejobezřetnější — nemůže odolati. Můžeme tedy právem usuzovati na dvě skupiny interpolací: pokud se týče normování ručení kommodatářova »exactissimam diligentiam ... custodire poterit« (D. 44, 7, 1, 4) a »talis diligentia ... adhibet« (D. 13, 6, 18, pr.) a dále pokud se týče normování jeho nezodpovědnosti »maiore casu cui humana infirmitas resistere non potest« (D. 44, 7, 1, 4),

¹) Stačí na př. vzpomenouti, že kompilátoři podřazují ručení exercitora navis za krádeže podřízených (tedy ručení za výsledek) pod princip viny. Srv. D. 4, 9, 7, 4 hac autem actione exercitor suo nomine tenetur [culpa scilicet suae qui tales adhibuit]. D. 44, 7, 5, 6 [aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur]. Srv. mé Actiones poenales, str. 94 a násl. a literaturu tam uvedenou. Schulz Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht. Grünhutszeitschrift, XXXVIII., Separatabdruck, str. 36. Podobně přesunují kompilátoři výsledkové ručení nájemníka za osoby do bytu uvedené, na pole zavinění. Srv. D. 19, 2, 11 pr. interp.: »si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites«. Schulz, Haftung, str. 26. Pernice, Labeo, 2, 2, 1, str. 257.

»eos casus non praestet, quibus resisti non possit«. Stejně jest interpolováno i místo z Just. Institucí, III., 14, 2 »sane quidem exactam diligentiam ... non tenetur«.¹

Výsledek, k němuž docházím, jest poněkud odchýlný od toho, k čemu došla dosavadní doktrina romanistická. Rozbor cit. textů ukázal nám tendenci kompilátorů, nikoli zmírniti postavení kommodatářovo, ale zatáhnouti klasické custodiové ručení jeho — tedy zvláště jeho ručení za krádež věci svěřené, jím nezaviněnou — do extrémů pojmu zavinění, a sjednotiti typické, klasickými právníky uznané důvody exkulpační pod pojem příhody lidskými silami neodvratitelné. Různé stanovisko klasických právníků a kompilátorů vplynulo by asi z tohoto porovnání: byla-li kommodatář ukradena věc jemu svěřená, nese on podle řím. právníků prostě tuto ztrátu, neboť někomu musí býti k tíži připočtena, a kollise mezi ním a kommodantem vyžaduje rozhodnutí ve prospěch tohoto — stejně i podle kompilátorů, jenže s tím odůvodněním, že ukradení věci svěřené jest právě důkazem neúplné péče kommodatářovy, ježto člověku ideálně obezřelému ani se nemůže krádež státi.² Poněvadž tedy pozitivní úprava zodpovědnosti kommodatářovy zůstala v podstatě — až na výjimky, o nichž promluvíme ihned — stejná a byla jen theoreticky byzantskými právníky jinak konstruována, nedivíme se, že na mnohých místech nechali kompilátoři klasické rčení »custodiam praestare«; rčení to mělo původně význam »ručiti za ztrátu věci«, nyní má význam »věnovati věci nejvyšší myslitelnou péči«,³ což však v praktických důsledcích není rozdílné, aspoň podle názorů byzantských.

Potvrzením tohoto názoru jest sama konstituce Justinianova z r. 530, C. 6, 2, 22, řešící různé sporné otázky práva klasického i poklasického, dotýkající se ukradení věci u kommodatáře. Proti právu klasickému, jasně dokumentovanému Gaiovými Institucemi, obsahuje konstituce to novum,

¹) O těchto interpolacích srv. Seckel, Heumanns Handlexikon, 1907, str. 117, de Medio Bull. I. d. r. XX., str. 176 a násl.; Kübler, Das Utilitätsprinzip, 24 a násl.; Huvelin, Furtum, 1915, str. 350 a násl.; Haymann, Z. S. S. 40, str. 202 a násl. Považuji pro hodnocení těchto textů za velmi významnou souvislost obou skupin interpolací, o kterých v textu mluvím. Význam tohoto logického kriteriá našich interpolací ještě více vynikne, až poznáme, že římským právníkům nešlo tak o jednotné pojmové shrnutí uznaných důvodů exkulpačních, jako spíše o přesné ohraničení zodpovědnosti custodientovy po stránce pozitivní. Kompilátoři, dosadivše na místo objektivně určitelné custodie neohraničitelný pojem nejvýše možné pečlivosti, byli přirozeně vedeni i k pojmovému sjednocení důvodů exkulpačních. V tom směru jest na př. interpolován C. 4, 23, 1 [ea quidem ... Sed].

²) Srv. Cuiaciovu větu (cit. Haymann, Z. S. S. 40, 169): diligentia patri familias numquam furtum fit, která jest dobrým vystižením práva římského, arcí justiniánského.

³) To jest správně vystiženo již u Seckela a Schulze, rovněž Haymanna. Se stanoviska klasického práva římského byla by úplně nemožnou stylisace: ab eo talis custodia desideratur. quam si praestiterit ed aliquo casu rem amiserit ... (I. 3, 24, 5). To jest možné jen v tom prostředí, kde custodiam praestare = diligentiam praestare.

že v případě ukradení věci půjčené má vlastník volbu mezi uplatňováním svého nároku *actione commodati* — v kterémž případě *actio furti* přechází na kommodatáře — nebo uplatňováním žaloby z *furti* proti furovi — v kterémž případě kommodatář se osvobozuje. Bližší pozitivní úprava poměru těchto žalob nás zde nezajímá, ale charakteristické jest, že Justinian přiznává kommodantovi *actio commodati* beze vší výhrady, tedy bez té výhrady, že snad kommodatář zavinil krádež opominutím péče: nedá-li kommodant přednost žalobě proti tomu, kdo věc odcizil, může žalovati za všech okolností kommodatáře *actione commodati*, z čehož jest jasno, že i v právu justiniánském ručí tento v praktických důsledcích bezvýhradně za krádež, jenže doktrína byzantská nazývá to ne ručením za výsledek, ale ručením za opominutí nejvyšší možné pečlivosti.

Pouze výjimečně projevilo nové theoretické konstruování zodpovědnosti kommodatářovy své praktické důsledky. Tak v případě, že kommodatář odevzdal svěřenou mu věc poslovi, aby ji donesl vlastníku, na cestě však byl posel okraden. V kompilaci D. 13, 6, 20 (Julianus libro tertio ad Urseium Ferozem) zbavuje se kommodatář zodpovědnosti, vyvolil-li si k odnesení věci člověka tak způsobilého, že *nikdo* by nepředpokládal, že bude zlými lidmi okraden (si tam *idoneo servo meo tradidissem ad preferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur*). Zde tedy vidíme zasáhnutí kompilátorů nejen v aplikaci povinnosti nejvyšší možné pečlivosti na kommodatáře, ale i v pozitivním rozhodnutí: exkulповání kommodatáře.¹ Pro právo klasické nemůže být sporu, že kommodatář, ručící přece zásadně za krádež, ručil i za následky krádeže, způsobené jeho poslovi, a jest tedy souhlasit s Haymannem a Beselerem ohledně interpolace slov »tam idoneo«... »ut non debuerit quis aestimare futurum ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum non«.² Podobný případ řeší se ve fragm. 10, § 1 (Ulpian ad Sab.) a 11 (Paulus ad Sab.), kde se praví o inspektoru = kommodatáři »aeque culpam mihi praestabit qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferrí possit«. A což když vyhověl všem myslitelným požadavkům obezřelosti, a přece byla věc jeho poslu ukradena? Na to nalezneme odpověď v předchozím uvedeném textě: neručí. Naproti tomu pro právo klasické platí totéž, co bylo řečeno o předcházejícím textě a jest zastávati s uvedenými již autory interpolaci.³

¹) Není vyloučeno, že tu jde o výjimku zdánlivou; tak by tomu bylo, měli-li bychom vykládati slova »si id mali homines interceptissent« ve smyslu příhody lidskou silou neodvratitelné. Ale to se mi zdá býti i pro právo justiniánské velmi nejisté.

²) Srv. Haymann, Z. S. S. 40, str. 177; Beseler, IV., str. 234.

³) Interpolace se obmezuje dle mého názoru na krátký fragment »qui non tam idoneum...«, kdežto v předchozím stačí zaměnití slovo »culpam« slovem »custodiam«,

Text, právě rozebíraný, jest nám theoretickým dokladem toho, že ručení za *custodiam* jest zjev, odvozovaný z právnické kvalifikace určitého poměru jakožto *commodata*. *Custodia* jest tedy normálně spojena s *commodatem*, neboť zájem kommodatářův, a to jeho výhradní zájem na smlouvě, jest právě tím normálním. Je-li však ve speciálním případě na smlouvě interessován též kommodant nebo dokonce on z největší části, pak ovšem byla zodpovědnost kommodatářova za *custodiam* suspendována.¹ Do této souvislosti náleží i zajímavý Ulpianův text 13, 6, 5, 12, řešící právnický ten případ, že jeden dal druhému věc, aby jí tento užil jako zástavy za svůj dluh u třetí osoby. Podle Labeona i Ulpian případ kvalifikuje jako *commodatum*, ukládaje kommodatáři (jenž svěřenou věc odevzdal svému věřiteli jako zástavu) ručení za *culpu*. Povinností našeho kommodatáře jest vrátiti věc (rozumí se: v době výslovně nebo mlčky umluvené) a považuje se za jeho vinu, jest-li nezaplatil včas svůj dluh, takže předpoklad pro vrácení věci zástavním věřitelem nesplnil. Splnil-li tento předpoklad (zaplatil, resp. jest ochoten zaplatiti) a přece věci nedostal zpět bezprávím zástavního věřitele, není dle uvedeného textu kommodantovi zodpověděn. Haymann soudí, že text jest interpolován, že kommodatář ručil za *custodiam* a tedy i za příhodu posléze uvedenou. To jest nesprávné, text jest naopak dokladem, jak málo schematicky řešili římsští právníci zodpovědnost za *custodiam* a jaký smysl měli pro skutečnou životní podobu určitého kommodatního poměru. A zde všechno mluví proti *custodiam*: kommodatář nemá vůbec moci nad věcí svěřenou, ta se nachází u jeho věřitele a to — což jest obzvláště důležité — z vůle kommodantovy, který tím tedy mlčky bere na sebe risiko z toho pro věc vyplývající. Neručení za *custodiam* jest za těchto okolností přímo nezbytným obsahem vůle stran a jest právě zásluhou římských právníků, že tuto vůli, stranami výslovně neprojevenou, dovedli odkrýti jako element nezbytně zahrnutý v tom, co strany projevily výslovně; a stejnou zásluhou jest, že dovedli s tak hlubokým proniknutím případu charakterisovati, v čem jest spatřovati v našem případě zavinění kommodatářovo.²

čemuž mimo jiné formálně nasvědčuje slovo »aeque« odpovídající hořenímu »ad *custodiam*«. Slova »si sui causa accepit« bych vyloučil jako samozřejmá.

¹) Srv. Gaius ad edictum provinciale D. 13, 6, 18, pr. haec ita... sed videndum est, ne et culpa praestanda sit. Další text jest pravděpodobně interpolován. Význam interpolace však nás zde nezajímá.

²) Bylo by možno uvést spoustu dokladů o tom, s jakou kasuistikou určují právníci římské zavinění, podle konkrétního utváření se určitého poměru. Tak se má považovati za vinu spoludědicovu, jestliže uvázav se v dědictví před ostatními, nevykonával služebnosti a způsobil tím její zánik (D. 10, 2, 25, 18). Za vinu správčákovu se má považovati jeho nezkušenost (D. 19, 2, 9, 5). Za vinu držitelovu proti vindikantovi má se považovati, když vindikovaného otroka pošle do nebezpečného území nebo umístí do

Nehodlajíce rozšiřovatí toto pojednání rozbořem dalších textů, dotýkajících se většinou jen nepřímou custodie (fr. 77 pr., fr. 14, § 10. D. 47, 2 — D. 16, 3, 1, 47) a poukazující v tom směru na správný historickokritický rozbor Haymannův, přistupme k prvnímu řešení některých otázek v úvodě uvedených, jichž zodpovězení nám připraví půdu pro bližší vymezení pojmu custodie.

Že hlavním případem custodie bylo ručení za krádež, bylo již vícekrát řečeno. Ručil kommodatář následkem své zodpovědnosti kustodiové též za poškození věci, jím nezaviněné?

Všeobecným argumentem, mluvícím pro obmezení ručení custodientova na furtum a podobné případy, bylo slovo »amissum«, jímž Paulus (Sent. 2, 4, 2) označuje naše ručení, jak vyplývá aspoň argumento a contrario. Ale správně poukázal již Schulz¹ k Ulpianovu textu D. 50, 16, 9, Marcellus apud Julianum notat verbo »perisse« et scissum et fractum contineri et vi raptum, z něhož vyplývá, že »ztrátou« věci dlužno rozuměti i poškození. Nemá tedy uvedený všeobecný argument vzhledem k přibuznosti pojmů »amissum« »perire« pro naši otázku významu. Všimněme si speciálních textů. O deterioraci půjčené věci mluví Ulpian (D. 13, 6, 10 pr.) a Pomponius (D. 13, 6, 23). Z žádného z těchto textů nelze však odvoditi odpověď na naši otázku. Neboť Ulpian praví všeobecně, že kdo užívá věci půjčené jinak než bylo umluveno, přes to věc nezhorší, není zodpověden: nam si culpa eius fecit deteriorem, tenebitur. I kdybychom snad chtěli vyloučiti pro klasické právo »culpa eius«,² situace by se věcně nezměnila, ježto jedná se stále jen o to, že kommodatář užívá věci jinak, než mu bylo dovoleno, a jest jisto, že za následky této bezprávnosti ručí i bez custodie. Rovněž druhý text — půjčená věc se zhoršila užíváním kommodatářovým podle smlouvy — nepřináší ničeho pro rozhodnutí naší otázky. Více světla přináší několik textů z jiné souvislosti. V Javolenově fragmentu D. 9, 2, 57 (ex posterioribus Labeonis) řeší se případ, že kommodatáři, jedoucímu na půjčeném koni spolu s jinými jezdci, vjel jeden z těchto do cesty, čímž způsobil pád koně a jeho poškození. Rozhodnutí Labeonovo, schválené Javolenem: vlastník má actio legis Aquiliae

arény, takže tam zahyne, nehlídá toulavého otroka, takže ten uprchne, vypraví loď za nepříznivého počasí, takže ta se zničí (D. 6, 1, 36, 1). Za vinu locatorovu má se považovati, že pronajal vadné nádoby na víno, takže to vyteklo; nepojímá se však za vinu locatorovu pronajmutí pozemku, na kterém rostou jedovaté rostliny, jestliže dobytek pachtýřův požitím jich zahyne (D. 19, 2, 19, 1). Conductorovi se přičítá k vině to, že jeho soused, s nímž on žil v nepřátelství, zničil stromy spachtovaného pozemku (D. 19, 2, 25, 4).

¹) Schulz, Haftung für die Angestellten, str. 29.

²) Do jisté míry byli bychom k tomu oprávněni, neboť i v jiném textu, D. 47, 2, 14, 12, jest interpolováno »culpa eius« (scil. perierit); ostatně jsou slova ta v naší souvislosti zbytečná, samozřejmá.

proti jezdci, způsobivšímu pád koně, lze-li mu prokázati jeho vinu, nemá však za uvedených okolností žádného nároku (rozumí se actio commo-dati) proti kommodatáři. Z rozhodnutí vyplývá, že poškození, způsobené a zaviněné třetí osobou nebylo podle uvedených právníků — tak jako bylo v klasickém právu furtum, třetím spáchané — případem zodpovědnosti kommodatářovy a že kommodantova>vlastníkovy aktivní legitimize k actio legis Aquiliae byla samozřejmou. Nesprávně hodnotí text Haymann, pojímaje vylíčenou příhodu za objektivně neodstranitelné zasáhnutí třetího, exkulpující kommodatáře. Tak bychom museli pojímati každé, kommodatářem nepředvídatelné a neodstranitelné damnum iniuria datum. Považují za jasné, že příhodu tu vylíčenou nemůžeme pojímati za exkulpační důvod práva klasického a že nelze tedy odvoditi z textu jiného důsledku, než který byl odvozen. S tím souvisí, že kommodatář — jako ostatně obligačně oprávnění vůbec — jest vyloučen z aktivní legitimize k žalobě actio legis Aquiliae.¹ Kdyby byl tedy kommodatář zodpovědný za damnum iniuria datum, aniž současně legitimován k žalobě actio legis Aquiliae proti škůdci, byla by tato žaloba pro vlastníka neodůvodněným ziskem. A není ani stopy v pramenech po tom, že by snad odsouzení kommodatářovo bylo závislým na postoupení žaloby legis Aquiliae, kterýmžto postup jest na př. normován pro odsouzení negotiorum gestora, jemuž věc ukradena (D. 47, 2, 54, 3).

S těmito poznatky můžeme přistoupiti k rozboru Julianova textu libro primo digestorum D. 13, 6, 19. Ad eos, qui... utendum (aliquid) accipiunt, damnum iniuria ab aliquo datum non pertinere procul dubio est: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det? Rozhodnutí, že kommodatář neručí za damnum iniuria datum, dalo se již z dosavadních našich pozorování očekávati. Julian to prohlašuje výslovně stylisací, veškeru pochybnost vylučující. Haymann ovšem prohlašuje Julianův enunciát za zfalšovaný slovem »non«, takže dle něho bylo by rozhodnutí v klasickém právu přímo opačné. Přesvědčivých důvodů ovšem pro toto tvrzení není.² Považují tedy text za důležitý zásadní dokument o neručení kommodatáře za damnum iniuria datum — ale jen pokud se týče enunciátu. Odůvodnění jest interpolováno. Ozývá se v něm myšlenka nejvyšší myslitelné pečlivosti, kommodatáři uložené, a konstatuje se, že damnum iniuria datum ani tou nejvyšší pečlivostí nemůže býti odvráceno. Zase i tu vidíme, že kompilátoři nezavedli ničeho nového ohledně zodpovědnosti kommodatářovy, jen přiodělí věc do nové doktríny. Jaké bylo Julianovo odůvodnění neručení kommodatáře za dam-

¹) Srv. D. 9, 2, 11, 9. Srv. k tomu Haymann, Z. S. S. 40, 198, jehož námitky však nejsou přesvědčující.

²) Z. S. S. 40, str. 197. Srv. též literaturu, Haymannem uvedenou.

num iniuria datum, ovšem nevíme. Bylo-li jaké, kompilátoři je nahradili svým. Nemůžeme tedy, než poukázat na to, co bylo již dříve řečeno.

Všimněme si nyní druhého, pro naši otázku významného textu, totiž Paulova fragmentu D. 9, 1, 2, pr. Zde se normuje aktivní legitimace kommodatářova k actio de pauperie, žalobě proti pánu zvířete, které mimořádnou divokostí způsobilo škodu na věci, kommodatářovi svěřené. »Haec actio non solum domino, sed etiam ei cuius interest competit, veluti ei cui res commodata est, item... quia eo, quod tenentur, damnum videntur pati.« Cit. místo zní sice dosti všeobecně, autor jeho si otázky event. nedostatečné pozornosti kommodatářovy vůbec nevšímá; soudím však souhlasně s Haymannem,¹ že nelze místo to vykládati jinak, než že kommodatář ručil za poškození věci, zvířetem způsobené, bez ohledu na své zavinění, a důsledkem toho mu příslušela uvedená žaloba.

To jsou tedy důsledky studia nadhozené otázky: za damnum iniuria datum kommodatář neručil a byl též z legitimace k actio legis Aquiliae vyloučen, za damnum sine iniuria datum (na př. zvířetem způsobené) ručil a byl též legitimován na př. k actio de pauperie.

Studující dále rozsah pojmu custodie kommodatářovy jsme nuceni obírat se historickým problémem, kam zařaditi tak zvanou fuga servi. Jednalo se tu o typický důvod exkulpační, či opačně o případ zodpovědnosti kustodiové? Pro první mluví to, že se »fugae servorum« vyskytují ve výpočtech důvodů, kommodatáře exkulpujících (D. 50, 17, 23, D. 13, 6, 18, pr.), takže se mluví ve stejném významu o »animalium casus mortisque, rapinae, tumultus, aquarum multitudines, impetus praedonum« a o »fugae servorum qui custodiri non solent«. Ale tento argument jest nerozhodující. Neboť v tomto významu byly pojímány a do počtu neodvratných příhod zařazovány »fugae servorum« jen právě s doložkou »qui (servi) custodiri non solent«. Z toho logicky plyne, že jinak byly právně pojímány »fugae servorum, qui custodiri solent«. Musíme tedy rozeznávat: 1. byli-li předmětem kommodátu otrok, bylo kustodiové ručení kommodatářovo závislé v případě pochybnosti na tom, zda u takového otroka byla custodia obvyklou, čili nic. 2. V kladném případě ručil kommodatář i za útěk, právě tak, jako za ukradení. V prvním směru dává nám Ulpian (D. 13, 6, 5, 6) určité směrnice: custodia rozumí se u takového otroka, si vincetus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret, t. j. jestliže lze u něho předpokládati útěk nebo jestli myslitelné jeho ukradení následkem nedostatečného věku a pod. Jinou směrnicí dává Pomponius (D. 6, 1, 21): custodiendus est na př. ten, kdo není integrae opinionis. Mimo to mohla býti custodia vůbec vymíněna.²

¹) Z. S. S. 40, str. 199.

²) ...si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare (l. 5, § 6 cit.).

Jisté bylo praxi známo dosti předpokladů pro custodii, takže byla zjevem dosti častým. Z ní vyplývalo pak nejen ručení za furtum, ale i ručení za útěk.

Tento důsledek, třebaže se stanoviska právní logiky jest tak zřejmý, není ku podivu ve vědě uznán. Jedině Levy¹ zastává názor shora uvedený; odůvodňuje jej jmenovitě blízkou právní příbuzností furta a útěku otroka, takže tento případ často přechází dodatečně ve furtum. Názory jiných autorů jsou stručně tyto. Seckel² rozeznává vůbec mezi res quae custodiri solent, a res quae custodiri non solent; základ myšlenky jest správný, ale asi ne její všeobecná formulace. Římané se zvláště obírali custodií ohledně otroků, toť vše. Haymann³ a Beseler⁴ považují fugae servorum za neodvratitelnou příhodu a klausuli »qui (servi) custodiri non solent« nepřikládají zvláštního významu. Konečně Schulz⁵ považuje tak zvané »fugae servorum qui custodiri solent« za casus minor, kommodatáři k tíži připadající, naproti tomu t. zv. »fugae servorum qui custodiri non solent« za neodvratitelnou příhodu, za kterou se neručí, kdežto za furtum by se v témže případě (servus non custodiendus) ručilo. Toto poslední jest ovšem dle mého názoru nesprávné, neboť kommodatář neručil za útěk jen právě tehdy, kdy neručil vůbec za custodii a tedy ani za ukradení; i furtum i fuga jsou jen emanace kustodiového ručení; že na nich obou se projevovalo toto ručení jen u otroků (a snad i u zvířat), ne ale u neživých věcí, jest ovšem pro pojem custodie bezvýznamné. These, zde zastávaná, opírá se — nehledíc k textu již uvedenému — o text Institucí 3, 23, 3, začínající slovy »quod si fugerit homo aut subreptus est«, shrnující do jedné právní otázky případ útěku i ukradení jako rovnocenné a stejně řešitelné případy.⁶ Jíž to samo o sobě jest rozhodujícím důkazem, neboť nám zatím zde nejde než o důkaz, že obě události byly stejně řešeny. Důkaz jest tím silnější, že jest jisto, že rozhodnutí nadhozené otázky točilo se kolem custodie. To, že text jest v mnohých směrech interpolován — jak bude později ukázáno — neubírá mu důkaznosti, neboť se stanoviska práva klasického můžeme o textu s jistotou tvrditi aspoň to minimum, jak uvedeno, které jest samo plným důkazem. Jiným, a myslím solidním důkazem uvedené these jest právnícké nazírání Římanů na útěk otrokův. Správně ukázal již Levy,⁷ jak Římané snaží se vyvinouti útěk za určitých předpokladů na furtum a jaké nemožné důsledky by z toho plynuly, když by za útěk — dokud nejsou

¹) Die Konkurrenz, I., 1919, str. 409 a n.

²) Heumanns Handlexikon ad custodia.

³) Z. S. S. 40, 173.

⁴) Beiträge, IV., 207.

⁵) Lusignanis Custodia Forschungen, Sonderabdruck, str. 57, pozn. 67.

⁶) Správně Levy, Konkurrenz, I., 409; srovnej dále Rabel, Grundzüge. Holtzendorfs Kohler, I., 479.

⁷) Cit. 410.

ještě splněny podmínky furta — kustodient neručil. Jisto jest, že v útěku špatrován vždy jakýsi element furta. Vzpomeňme jen, že návod k furtu jest deliktem plagium, který jest tak blízký furtu (srv. D. 48, 15, 6), za určitých okolností, jest přímo furtem (D. 47, 2, 36). Ale myšlenka, že otrok svým útekem okrádá pána, byla formulována i jako právní zásada. Útěk otrokův byl konstruován jako »sui furtum facere«, otrokovo furtum sebe sama. To jest potvrzeno Africanovým textem D. 47, 2, 61 (60) a Diokletianovou konstitucí C. 6, 1, 1. Jakým praktickým účelům sloužila tato právní konstrukce,¹ nás zde nezajímá. Jest však myslím jisté, že pro svou analogii s furtem nemohla fuga servi býti pojmána právě opačně než furtum, nýbrž že musila býti řešena se stanoviska zodpovědnosti kommodatářovy stejně. Docházíme tedy znovu k výsledku: Custodia ohledně otroků musila býti odůvodněna zvláštními okolnostmi. V některých případech byla — vlastně jako zbytečná — suspendována, na př. ohledně otroků vespělých, obrany schopných, nevysazených nebezpečí »ukradení«, nýbrž nejvýše nebezpečí »uloupení« (loupež lidí), za kteroužto okolnost kommodatář tak jako tak nikdy neručil, a ovšem současně u otroků pánu věrných, takže se nebylo obávati útěku. V jiných případech, na něž již dříve poukázáno, vyplývala pro kommodatáře custodia zahrnující pojmově jak ručení za ukradení, tak ručení za útěk, prakticky ovšem někdy spíše jen ručení za útěk, jindy spíše jen ručení za ukradení, jindy za obé. V justiniánské kompilaci, kde klasická custodia zmizela v rozšířeném pojmu culpa, resp. diligentia, ručení za »fuga servi« jest závislé na otázce zavinění. Dobrým dokladem této změny názorů jest Ulpianův Cartiliův fragment D. 13, 6, 5, 13.

Si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem et servus lancem perdiderit, Cartilius ait periculum ad te respicere, nam et lancem videri commodatam: quare culpam in eam quoque praestandam.

Cartilius,² právník z první doby práva klasického, označoval ručení za ztrátu všeobecným slovem periculum; tímto periculum ovšem není nic jiného než custodia a jest pravděpodobné, že již Cartilius v další explikační doložce precisoval »periculum« výrazem »custodia«, kterýž kompilátoři nahradili výrazem »culpa«;³ kompilátoři, kteří ještě v následujícím měli příležitost zakládati ručení kommodatářovo na zavinění, viděli se nuceni již v první části textu nahraditi »custodiam« slovem »culpa«, třebaže s úplnou

¹) O theoretickém vývoji v tomto směru srv. Huvelin, Études sur le furtum, str. 694. Srv. též Rotondi, B. I. d. r. 30, str. 60.

²) Srv. Krüger, Römische Rechtsquellen, str. 171; Bonfante, Storia del diritto romano, 1909, str. 419.

³) Ač-li nemáme považovati celou dotyčnou doložku »quare culpam in eam (!) praestandam« za interpolaci, jak soudí Haymann, Z. S. S. 40, 181.

důsledností změn těchto nečiní, jak dříve již ukázáno. Další text, pocházející od Ulpiana, zní:

plane si servus cum ea fugerit, eum, qui commodatum accepit, non teneri, nisi fugae praestitit culpam.

Již Eisele¹ a s ním shodně Haymann² považují doložku »nisi fugae praestitit culpam« za interpolaci, kterou dlužno se stanoviska práva klasického prostě škrtnouti, abychom získali původní text Ulpianův. Nepochybuji o interpolaci této doložky, ale pochybuji, že prostým jejím škrtnutím získáme původní znění. Dle mého názoru dlužno rekonstruovati naši doložku přibližně asi v tom smyslu: nisi fugae periculum (resp. fugam) praestare debuit, t. j. ač-li mu nebyla v daném případě uložena custodia servi a tím i ručení za útěk.

¹) Weitere Studien zum Texte der Digesten, Z. S. S. 30, 112.

²) Z. S. S. 40, 181.

II.

CUSTODIA VALCHÁŘŮ A SPRÁVKÁŘŮ.

V úzkém spojení s kustodiovým ručením kommodatářovým probírá se v pramenech římského práva podobné ručení valcháře (fullo), přejavšího cizí oblek k vyčištění za určitou mzdu, a správkaře (sarcinator), převzavšího rovněž za pevnou mzdu šaty k spravení. Jedná se, právnicky vzato, o smlouvu o dílo (locatio conductio operis), vyznačující se nezbytností úmluvy o požadovaném díle (vyčištění, vyprání, nabarvení, spravení) a o požadované pevné mzdy,¹ při čemž závazek kustodiový vzniká odevzdáním obleku jmenovanému řemeslníkovi. Dokladů o ručení valchářů a správkařů za custodii svěřeného obleku máme dosti.² Především sluší citovati Gaiovy Instituce 3, 205:

si fullo pollienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non perisse, cum iudicio locati a fullo aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat ...;

dále náleží sem fragment z Gaiova komentáře ad edictum provinciale D. 4, 9, 5, pr. »fullo et sarcinator custodiae nomine ex locato tenentur«, fragmenty z Ulpiana ad Sabinum D. 47, 2, 12, pr. »fullo ... praestare custodiam debet« D. 47, 2, 48, 4 »custodia rei ad te (scil. fullonem) pertinet«.

Obsahem ručení za custodii bylo zajisté totéž, co jsme poznali u komodatáře, tedy především ručení za ukradení, bez ohledu na to, zda fullo krádež zavinil, čili nic. Tento minimální — ale zcela jistý — obsah custodie vyplývá z cit. již textů; Gaius praví »si amiserit, furti actionem habet«, tedy všeobecně, nedotýká se vůbec otázky zavinění; Ulpian v prvním z cit. fragmentů praví, že »semper agit«, kterýmž »semper« se silně zdů-

¹) Knip (Gai, Institutionum commentarius tertius, 482) poukazuje, že smlouva o spravení nebo vyčištění mohla být podle okolností kvalifikována jako mandatum nebo locatio conductio nebo novum negotium, že však do oboru custodie spadá jen případ locatio conductio. (Gai. III., 205, mercede certa). V tomto směru jest zvláště důležitě srovnání dvou míst Gaiových Institucí, totiž 3, 143—3, 205.

²) Srv. Seckel, Heumanns Handlexikon, str. 117 ec).

razňuje, že rozeznávání případů »si culpa subripiatur — si sine culpa subripiatur«, které týž Ulpian považuje při ukradení svěřené věci zást. věřiteli za významné, ohledně fullona jest bezvýznamné;¹ rovněž na jiném místě D. 12, 7, 2, mluví všeobecně a nedotýká se otázky zavinění »si fullo ... amissis (vestimentis) domino pretium ex locato conventus praestiterit ...«. Považují tedy zmíněné minimum custodie (ručení za krádež bez ohledu na zavinění) za nesporné. Jediný text by vzbuzoval jakési pochybnosti, totiž text Javolenův ex posterioribus Labeonis D. 47, 2, 91 (90), pr., kterážto místo bylo též Luigimu Lusignanimu a Ferdinandu Kniepovi² dokladem pro thesi o ručení fullonově jen v mezích zavinění. V citovaném textu mluví se o tom, že locator žaloval fullona pro ztrátu obleku (furtum), že však byl fullo osvobozen, na kteroužto okolnost se navazuje důsledek, že mu již nepřísluší actio furti, ježto na ní již nemá právního zájmu. Jakže možno osvobození fullonovo, ručeli on bezpodmínečně za ztrátu? Nejinak, než domněnkou, dle Lusignaniho a Kniepa nezbytnou, že fullo ručil jen v mezích svého zavinění a v našem případě krádež — jak asi soudně bylo zjištěno — nezavinil. Avšak Schulz správně poukazuje k tomu, že osvobození fullonovo mohlo nastati buď tím, že v daném případě jednalo se o vis maior, nebo tím, že v daném případě bylo ručení za custodii úmluvou vyloučeno,³ kterážto vysvětlení, třebaže Kniepa neuspokojuje, jest přesvědčující. Ostatně jest myslitelná celá řada jiných možností, vysvětlujících ono »liberatus est«, tak dle Huvelina na př. přísaha, exceptio pacti.⁴ Další text, který činí závislým odsouzení fullonovo při ztrátě svěřeného šatu ne sice na zavinění, ale přece jen na jakési jiné výhradě, jest interpolován. Fullo nemá býti odsouzen, je-li známo, u koho se ztracený šat nachází, takže může se vlastník obrátiti na odcizitele šatu, předpokládajíc, že fullo jest ochoten zaplatiti případně výlohy, jmenovitě procesní.

D. 19, 2, 60, 2: Vestimenta tua fullo perdidit et habes, unde petas nec repetere vis: agis nihilo minus ex locato cum fullone, sed iudicem aestimatum, an possis adversus furem magis agere et ab eo tuas res consequi fullonis videlicet sumptibus: sed si hoc tibi impossibile esse perspexit tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet. (Labeo posteriorum l. quinto a Iavoleno epitomatorum.)

¹) Není třeba považovati slovo »semper« za interpolováno, vykládá-li se tak, jak v textu uvedeno. Výkladem tímto zdánlivý odpor mezi myšlenkou »semper agit« a další myšlenkou »si autem solvendo non est« mizí, nebo aspoň značně se mírní. Interpolaci zastává F. Schulz, Z. S. S. 30, str. 60, s jiného stanoviska Kniep cit. str. 488. Srv. též Beseler, III., 190.

²) Kniep, Gai, I. c. t., 480.

³) Schulz, Lusignanis Custodia Forschungen, Sonderabdruck 34.

⁴) Huvelin, Études sur le furtum, str. 558.

Již od dob Gradenwitzových považuje se text za interpolovaný a byl podroben jmenovitě pronikavé kritice Schulzově (Z. S. S. 32, 60), který považuje za interpolovanou celou stať od »sed iudicem aestimatorum...« Interpolace jest nesporná; ukazuje, že v právu justiniánském může býti vlastník — locator — přímo donucen, aby se obrátil při ztrátě věci furtem přímo na odcizitele, místo aby hnal conductora k zodpovědnosti z kontraktu. Myslím pak, že jest logicky odůvodněn i úsudek, že může-li býti vlastník donucen k tomuto postupu, že je to dáno i jeho libovůli, chce-li sám se obrátiti proti odciziteli, místo aby žaloval svého kontrahenta. (Ostatně takto usuzuje i Kniep¹ »Aber der Eigentümer kann auch den Dieb belang«, ale nesprávně se stanoviska práva klasického.) Je-li tomu tak, pak jest náš interpolovaný text v úplné harmonii s Justinianovou konstitucí C. 6, 2, 22, 1 d, v níž dává se kommodantovi v případě ukradení věci u kommodatáře právo, aby buď žaloval odcizitele, nebo kommodatáře z kontraktu; náš text tedy tuto normu dále rozvádí, stanově za určitých okolností přímo povinnost, obrátiti se žalobou proti odciziteli. Jest pravda ovšem, že v Justinianových Institucích 4, 1, 15 (17), věrně reprodukcijících odpovídající místo Gaiových Institucí 3, 205, se vlastník výslovně vylučuje z legitimace k actio furti, byla-li věc ukradena u fullona (»non dominus«). To ovšem je se stanoviska práva Justinianova historická reminiscence, princip, prolomený novými zásadami cit. konstituce Justinianovy, která ostatně se výslovně cituje v další souvislosti [I. 4, 1, 16 (18)].

Pokud se týče dalšího obsahu custodie fullonovy, zajímá nás zde podobně jako u kommodatáře otázka, ručili-li za *damnum iniuria datum*. Z důvodů, uvedených v předcházející kapitole, soudím, že ani *fullo* za *damnum iniuria datum* neručil. Hlavním dokumentem jest i tu Julianův text D. 13, 6, 19, v předcházející kapitole rozebíraný, který vylučuje podobné ručení jak u kommodatáře, tak u toho, kdo za určitou mzdu zavázal se k opatrování nějaké věci. Ježto o fullonovi a sarcinatoru Gaius (D. 4, 9, 5, pr.) výslovně prohlašuje, že jejich mzda jest úplatou ne za opatrování, nýbrž za jejich odborný výkon, můžeme a potiori ad minus souditi, že stejně, tím spíše neručili za *damnum iniuria datum*. Jaké bylo Julianovo odůvodnění neručení za *damnum iniuria datum*, nevíme, neboť Julianovo odůvodnění — bylo-li jaké — bylo nahrazeno kompilatorskou motivací »qua enim cura aut diligentia consequi possumus ne aliquis *damnum nobis iniuria det*?«

Jak se došlo v římském právu k zodpovědnosti valchářů a správkářů za *custodii*, o tom nás právníci nepoučují. Z obchodního zájmu, praví Kniep, zprvu asi hradili dobrovolně řemeslníci ti ztracené u nich šaty, aby

¹) Gai, *Institutionum Commentarius tertius*, str. 484.

firma se nedostala do špatné pověsti a tak se vyvinula zásada o bezpodmínečném ručení za ztrátu. Sluší uvážiti, jak týž autor poznamenává, že tito řemeslníci pracovali zhusta na ulici a vůbec venku, venku rozvěšovali vyprané a vyčištěné šaty, takže tu byla zvýšená možnost *furta*.¹ Rozhodně však nesmíme uváděti ručení *fullonovo* a *sarcinatorovo* v souvislost se mzdou. Z Gaiových Institucí zdálo by se vyplývati, že bezprostředním důvodem *custodie* jest braní mzdy. 3, 206 Illi (*fullo, sarcinator*) *mercedem capiendo custodiam praestant*. Avšak v jiném fragmentu téhož Gaia D. 4, 9, 5, pr., jest výslovně konstatováno, že valcháři a správkáři přijímají mzdu ne za opatrování, ale za odbornou práci »non pro *custodia*, sed pro arte *mercedem accipiunt et tamen custodiae nomine ex locato tenentur*«. Nutno tedy interpretovati text Gaiových Institucí takto: illi (*fullo aut sarcinator*) *mercedem »pro arte« capiendo custodiam praestant*, t. j. *fullo a s.*, jsouce odměňováni za svůj výkon, ručí za *custodii*. Mezi větou »jsou odměňováni za svůj výkon« a větou »ručí za *custodii*« není bezprostřední příčinná souvislosti (příčina — následek), neboť podle téhož Gaia D. 4, 9, 5, pr., jest téměř přípustno souditi zcela opačně: ten, kdo jest odměňován za svůj výkon a za nic jiného, není — až na výjimky — povinen státi za *custodii*; pouze výjimečně *fullo, sarcinator, nauta, caupo, stabularius*, ačkoli jsou odměňováni pouze za svůj výkon, ručí i za *custodii*. Bezprostřední příčinná souvislost mezi »*mercedem capere*« a »*custodiam praestare*« jest pouze u takového *conductoris operis*, který za peníze zavázal se opatrovati, ale ne normálně u *fullona* a *sarcinatora*, jak týž Gaius výslovně uvádí v jiném fragmentu z komentáře ad *edictum provinciale* D. 19, 2, 40. Nemohu tedy než představovati si myšlenkový pochod Gaiových Institucí takto: 3, 205: *fullo a sarcinator* ručí za ztrátu svěřeného obleku, a jsou tedy aktivně legitimováni k *actio furti*. 3, 206: to, co jsme řekli o *fullonu* a *sarcinatoru*, totéž přeneseme na kommodatáře; neboť jako oni (důraz na »illi«, chce se říci: na rozdíl od jiných *conductorů operis* vyjimečně oni) přijímajíce plat ručí za *custodii*, tak také tento bera prospěch z užívání má ručiti za *custodii*.^{2 3}

¹) Cit. 484.

²) Beseler, II., 116, IV., 111, dokazuje ze stylistických nepravidelnosti textu Gaiových institucí 3, 206, *quae de fullone — praestare*, že jde o pozdější, tedy poklassickou vsuvku. Názor tento byl dosud všeobecně odmítán. Srv. Haymann, Z. S. S. 40, 168. Ku podivu však nevšímá si Beseler vnitřní komplikovanosti, snad až přílišné složitosti našeho textu, vyplývající ze souvislosti jeho s jinými místy téhož Gaia. Nutno činiti různé výhrady. To však bych ještě nepovažoval za důvod k úsudku podobnému, jako činí Beseler. Stačí vzpomenouti na jiná komplikovaná místa Gaiových Institucí, na př. 4, 7—9. Co předpokládá a výhrad nutno tam učiniti, abychom došli jakž takž k logickému uspořádání složité látky, Gaiem stručně nadhozené. Srv. mé *Actiones poenales*, str. 15. a násl.

³) Haymann (Z. S. S. 40, 190), právě tak jako Seckel (*Heumanns Handlexikon*, str. 117 ee) a Schulz (*Lusignanis Custodia Forschungen*, str. 39) vykládají ovšem Gaiovy

Důsledek této interpretace jest závažný. Není-li příčinné souvislosti mezi »mercedem (pro arte) capere« a »custodiam praestare«, nejsme ni-
kterak oprávněni k předpokladu, který činí Seckel, Schulz i Haymann,¹
že každý conductor operis ručil za custodii svěřené věci. To vylučují.
Kustodiová zodpovědnost byla římským právem vztažena zásadně jen na
toho conductora operis, který se za plat zaručil výslovně za custodii, jak
vychází z Gaiova výroku »qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei,
is huius periculum custodiae praestat« (D. 19, 2, 40) a z Julianova místa
D. 13, 6, 19, v němž na roveň se kladou se stanoviska zodpovědnosti náš
případ a commodatum: qui servandum aliquid conducunt — qui utendum
accipiunt. Fullo a sarcinator byli též pozitivním právem římským podro-
beni ručení kustodiovému, ale systemisující římská pravověda pojímá tento
případ jako výjimku (arg. »et tamen« u Gaia D. 4, 9, 5).² Další výjimka,
týkající se t. zv. nauta, caupa, stabularius, jest jen zdánlivá: neboť jejich
ručení mělo — aspoň s počátku — svůj zvláštní důvod, receptum, a netvo-
řilo součást civilní kontraktní povinnosti, náleží tudíž do jiné souvislosti.
Skutečných výjimek ze zmíněné zásady o kustodiovém ručení zásadně jen
toho, kdo za plat zavázal se ke custodii, asi nebylo, až na jmenované fullo
a sarcinator.³ Neboť Ulpianův text D. 47, 2, 14, 17, jednající o ukradení
dopisu poslovi, jest tak interpolován, že jest nemožno vzítí jej za základ
ohledně zodpovědnosti poslovy. Řeší se tam otázka, mže-li i jemu při-
slušet actio furti. Zodpovídá se, že ano, je-li na existenci dopisu, resp. na
jeho odevzdání destinatáři interesován, což Ulpian shledává tehdy, obsa-
hoval-li dopis výzvu k adresátovi, aby doručiteli dopisu bylo něco dáno,
vráceno, vykonáno, a dále »si custodia ad eum pertinet«, kteréžto všeobecné
a bezbarvé rčení může býti vykládáno v ten smysl, že dotyčný dobrovolně
převzal opatrování, pravděpodobně za plat; další »vel si custodiam eius
rei recepti vel mercedem perferendae accepit...« jest tak násilným navá-
záním na myšlenku, již před tím pronesenou a odbytou, že již proto musíme
je považovati za interpolaci.⁴

Zmíněné naše stanovisko nutno vyzkoušeti na některých textech.

Začneme případem, jež jsme právě skončili, smlouvou o dopravu.
Dopravovaný sloup se rozbil při nakládání nebo skládání nebo přenášení.

Instituce v tom smyslu, že »mercedem capere« všeobecně jest důvodem custodie, čímž
docházejí k důsledkům, o nichž v následujícím bude řeč.

¹) Viz předcházející poznámku.

²) Také Kübler (Das Utilitätsprinzip 34) považuje ručení fullona a s. za výjimečné
se stanoviska užítka kontrahentova ze smlouvy, jakožto principu právní úpravy různých
stupňů ručení.

³) Souhlasně, ale bez zvláštních důvodů Kübler, Das Utilitätsprinzip, str. 31, pozn. 2.

⁴) Podobně Haymann, Z. S. S. 210, Kniep, cit. str. 486, Beseler, III., 22. Jinak Schulz,
Lusignan's Custodia Forschungen, str. 40.

Gaius (D. 19, 2, 25, 7) rozhoduje, že ten, »qui columnam transportandam
conduxit« ručí jen za své zavinění nebo za vinu svých lidí. Toto jasné
rozhodnutí ale dosti zatemňuje další, »culpa autem abest, si omnia facta
sunt, quae diligentissimus quisque observaturus esset«, jímž se dopravo-
vateli ukládá zachování té nejvyšší myslitelné péče. Po zkušenostech, na-
bytých při studiu smlouvy kommodatní, jsme hned vedeni k tomu, spa-
třovati v uvedeném rčení justiniánskou custodii a domněnka tato stává se
ještě určitější, vzpomeneme-li na text, naposled uvedený (D. 47, 2, 14, 17),
v němž Ulpian-Tribonian ukládá — na štěstí formou, kompilátory pro-
zrazující — tomu, kdo za mzdu převzal dopravu, ručení za furtum, cu-
stodii. A jest snad rozdíl mezi tím, řekneme-li o dopravovateli dopisu, že
ručí za furtum (custodii) a o dopravovateli sloupu, že ručí za rozbití, ne-
zachoval-li nejvyšší možnou péči? Myslím, že nikoli. Neboť i o dopra-
vovateli, ztrativším furtem dopis, nutno říci podle názorů byzantských
doktrinářů, že ručí, ježto nezachoval nejvyšší myslitelnou péči. Tudíž: lze-li
s pravděpodobností souditi, že kompilátoři zavázali dopravce, za dopravu
honorovaného, ke custodii v D. 47, 2, 14, 17, arci ke custodii ve smyslu
byzantském, lze právě tak souditi, že nejvýše myslitelná opatrnost, dopra-
vovateli sloupu nebo jakékoli věci vůbec uložená, není nic jiného, než
byzantská custodia.¹

Další dva fragmenty Ulpianovy D. 9, 2, 27, 29, D. 19, 2, 13, 5, týka-
jí se nehod, vzniklých při práci klenotníků. Někdo odevzdá klenot-
níkovi kalich, aby provedl na něm různé práce soustružnické; někdo
odevzdá klenotníkovi perlu, aby ji vsadil na př. do zlata nebo k něčemu
přípevnil. V obou případech se řeší případ, že při práci se zlomí nebo

¹) Schulz, Lusignan's Custodia Forschungen, 41, Haftung für das Verschulden der
Angestellten, 18, rekonstruuje text takto: qui columnam transportandam conduxit, si ea...
fracta sit, custodiae periculum praestat. Podobně asi nazírá na text i Haymann, Z. S. S. 40, 192.
Že domněle Gaiova »definice nevinny« jest kompilátorská, jest jisto; otázka je jen, zda
největší rozpjetí pečlivosti bylo kompilátory normováno na místo klasického custodiového
ručení, či jen ručení za vinu (svou resp. svých lidí). Že tato druhá eventualita odpovídá
právu klasickému, dokazuje v našem textě to, že interpolace »culpa autem abest...« nava-
zuje zřejmě na myšlenku »si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit«,
kteréž dává jakýsi nový výklad; nelze souditi, že by jedna a táž osoba psala in continuo
jednu a tutéž myšlenku dvakrát, jednou v obecném významu, po druhé ve zvláštním
významu, není zvykem, že by zákonodárce jedním dechem vydal normu a současně její
legální interpretaci, ale pravidlem bývá, že legální interpretace předpokládá dávno již
existující normu. Takovou jest v našem případě klasické ručení conductora operis za
zavinění (jeho a jeho lidí), kompilátory legálně interpretované ve smyslu povinnosti
zachovati nejvýše myslitelnou míru pečlivosti. Konečně sluší uvážiti, že větu »qui co-
lumnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta
sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius, eorumque, quorum opera uteretur, culpa
acciderit« těžko lze zavrhnouti jako byzantský produkt. Ten začíná v dalším.

praskne svěřený předmět. Rozhodnutí v obou případech stejné: stala-li se nehoda vadou svěřeného předmětu, neručí klenotník, stala-li se jeho nezkoušeností, ručí, podléhaje locatorově actio locati nebo konkurující actio legis Aquiliae. Na toto rozhodnutí navazuje první text poznámkou, že často klenotníci výslovně si vyhrazují, že práci neprovádějí na své nebezpečí. Druhý text končí obdobnou poznámkou opačného dosahu, že někdy klenotníci výslovně se zavazují ručiti za každé riziko. Nevidím vzájemného rozporu těchto dvou myšlenek,¹ naopak myslím, že se harmonicky doplňují: klausulí o ručení klenotníkově za každé riziko hájí se především zájem locatorův, který právě by v konkrétním případě k provedení práce na dráhocenném materiálu nesvolil, kdyby jej klenotník neujistil, že každá obava je zbytečná a na důkaz toho nepřevzal každé riziko. Naproti tomu výhrada o neručení za riziko práce jest ve výhradném zájmu klenotníkově, který by zase v jiném konkrétním případě vůbec provedení práce ani jinak nepřevzal, než pod výhradou, že za riziko neručí. A chápeme i dále účelnost obou klausulí, uvážíme-li, že jinak, tedy v každém normálním případě, jest v případě zmíněné nehody rozhodnutí závislé na otázce zavinění, resp. vadnosti materiálu, kteréžto sporné okolnosti bude té, resp. oné straně někdy těžko dokázati, pročez hned od počátku hájí svůj zájem. Haymann² a Schulz³ ovládnání jsouce myšlenkou, že každý locator operis ručil v klasickém právu za custodii, nemohou než prohlásiti texty za interpolované a z klausulí, shora uvedených, prohlašují výhradu o převzetí nebezpečí za interpolaci. Sdílím sice mínění Haymannovo o formální vadnosti prvního z našich textů, ale mám za to, že došlo k ní zkrácením textu, kompilátory provedeným — Ulpian mluvil rozhodně nejen o actio legis Aquiliae, ale i o actio locati, jak vyplývá z ukončení textu —; druhý text pak formuluje myšlenku o zavinění conductorově jako podmínce rozhodnutí způsobem formálně bezvadným.

¹) Haymann, cit. 192.

²) Cit. 190.

³) Lusignan's Custodia Forschungen, 42. V podrobnostech výkladu našich textů zmínění autoři se úplně neshodují.

III.

CUSTODIA EX RECEPTO NAUTARUM, CAUPONUM, STABULARIORUM.

Závazek lodníků, hostinských a pronajímatelů stájí, vrátiti přijaté věci cestujících a hostí, založený původně na garanční úmluvě, charakterisované důrazným »recipio«, později na faktickém odevzdání a přijetí věci hostových a v tom mlčky zahrnuté garanční úmluvě,¹ charakterisuje komentátor příslušného praetorského ediktu Ulpian (D. 4, 9, 3, 1) slovy: »omnimo qui recipit tenetur, etiamsi sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit«. A stejně komentátor provinciálního ediktu, Gaius (D. 4, 9, 5, 1): »... non dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur«. Ručili tedy lodníci atd. za uvedených předpokladů, označených v praetorském ediktu jako »salvum fore recipere«, bezpodmínečně za krádež a poškození svršků cestujícího. Základ tvořil praetorský edikt D. 4, 9, 1, pr.: Nautae, caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent in eos iudicium dabo.² Tvůrčí práce pravovědy projevila se tu hlavně ve dvou směrech, v rozšíření pojmu salvum fore recipere, jak shora uvedeno, a v přesném formulování významu recepta. V tomto směru původně se ze znění ediktu vyvozovalo, že nauta, caupo, stabularius, nevrátivší věci svých hostí, resp. cestujících, za všech okolností podléhají praetorské žalobě in factum; Labeo však zastával a opíral ohledy slušnosti, že v případě ztroskotání nebo vpádu mořských lupičů má býti žalovanému lodníku poskytnuta obrana a jest pravděpodobno, že pravověda též ostatním druhům lodníkovým, hostinskému a majiteli stáje poskytovala obranu v případě analogických nešťastných událostí, jejich podnik stihnuvších. Až potud jevílo se tedy postavení lodníka a jeho druhů, zavázavších se receptem, podobným postavení fullona a sarcinatora nebo conductora

¹) Partsch, Der ediktale Garantievertrag durch receptum, Z. S. S. 29, 405 a n.

²) Lenel, Das Edictum perpetuum, str. 127.

operis, který se zavázal za mzdu ručiti za custodii. Ovšem jen podobným, ne identickým. Stačí vzpomenouti, že ten, kdo se zavázal za mzdu ke custodii, ručil sice za ukradení, ne však — mimo své zavinění — za bezprávné poškození (D. 13, 6, 19 — D. 19, 2, 41), kdežto lodník ručil ex recepto samozřejmě i za bezprávné poškození, dále že celkové pojetí bylo různé, neboť něco jiného jest: že lodník za všech okolností podléhal žalobě ex recepto, moha pouze výjimečně žádati o udělení obrany — a na druhé straně: že zmínění conductores operis ručili bezpodmínečně pouze za *určité události*, na př. furtum. Pozdější pravověda, na př. již Gaius, přichází však již k theoretickému důsledku: ručení ex recepto ztotožňuje s ručením za custodii, salvum fore recipere klade na roveň pojmu custodiam recipere — periculum custodiae subire. Srv. Ulpian D. 4, 9, 1, 8, D. 47, 5, 1, 5 (recipiendo periculum custodiae subit), D. 4, 9, 1, 1 (kde výrazu »salvum fore recipere« užitého — jako vždy — se stanoviska lodníka odpovídá se stanoviska cestujícího res custodiae eorum committere). Jak řečeno, již Gaius operuje s novou teorií. V tom směru důležitý jsou jeho fragmenty z páté knihy ad edictum provinciale, částečně již citované, umístěné na různých místech Digest, a to: D. 4, 9, 5 a D. 19, 2, 40, jež v organickém celku zní takto (Lenel, Palingenese, I., Gai. 119):

Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat.

Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta, ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiat, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur. Komplikovanost textu spočívá v tom, že nemluví se tu výslovně o receptu. Tudíž zdál by se text dobře zapadat do nauky Schulzovy a Haymannovy o kustodiovém ručení každého conductora operis a Haymannovy nauky o bezpodmínečném, ani t. zv. vis maior neobmezeném ručení ex recepto. Než proti takovému pojmání našeho textu uvádím, že svou právní kvalifikací nemusila býti úplatná smlouva s lodníkem a jeho druhy vždycky subsumována pod l. c. operis; šlo buď o nájem lodi (res), nebo o pronájem dopravy (opus). I kdybychom pak Gaiův text vykládali podle poslední alternativy, vždycky zůstává příznačným, že se Gaius nezmiňuje o žalobě (praví prostě custodiae nomine tenentur), kdežto v případě fullo a sarcinatora výslovně uvádí actio locati. To mne vede k domněnce, že Gaius pravil výslovně »custodiae nomine ex recepto tenentur«, kteréž »ex recepto« škrtnli kompilátoři, kteří — jak nám známo z předcházející kapitoly — ukládají každému dopravovateli — a patrně každému conductoru operis — custodii.

Kompilátoři to jsou, kteří přirovnávají posla, je-li placen za doručení dopisu (in hunc casum),¹ k lodníku a hostinskému, říkáce o nich bez jakéhokoli vztahu k receptu, že periculum rerum ad eos pertinet; ano, oni uvádějí toto kustodiové ručení do určitého příčinného vztahu, ale ne s receptem (aspoň mlčky předpokládaným), ale s honorováním ručitelovým. Vidíme tedy, že přišla ve vývoji práva římského také doba, kdy ručení lodníka a jeho druhů se úplně vymklo ze svého původního základu, recepta, třebaš jen předpokládaného, a dostalo nové těžiště, »mercedem accipere«, tedy společnou základnu s řadou případů kustodiového ručení; výslovné receptum bylo by pak nezbytným základem jen tam, kde ono mercedem accipere není tak evidentní, na př. je-li mezi lodníkem a majitelem zboží poměr mandátní. Tato doba je representována kompilací Justinianovou. Víím ovšem, že toto vymknutí se zodpovědnosti lodníků z původního svého základu, recepta, není v kompilaci provedeno. To znamená ale jen tolik, že kompilátoři převzali klasické »salvum fore recipere« formálně do své kompilace, neboť na minucijsní přepracování všech klasických textů o receptu lodníků ve smyslu nového kritéria (»mercedem accipere«) nemohli pomyslet. Ale tam, kde sami měli příležitost zabývat se zodpovědností lodníků, odůvodňují ji novou, skutečnému životu odpovídající teorií (mercedem accipere); vůči níž theorie o salvum fore recipere není než přežitkem.

Vraťme se k cit. textu Gaiovu. Jsem přesvědčen, že Gaius o lodnících psal, nebo aspoň předpokládal: custodiae nomine ex recepto tenentur. Jest tedy jisto, že pravověda dob Gaiových ztotožňuje ručení lodníků ex recepto s ručením za custodii. Činí tak právem? Zdánlivě nikoliv. Neboť, jak z Gaiova textu D. 4, 9, 5, 1 vyplývá, nezahrnovalo v sobě ručení z recepta pouze zodpovědnost za furtum, ale i zodpovědnost za damnus iniuria datum, která však ve známých nám již případech kustodiového ručení se nevyskytovala. Než tuto nesrovnalost nepovažuji za významnou. Uvažme, že první normování přísné zodpovědnosti lodníků nebylo formulováno jako custodiae praestare, ale jako salvum fore recipere. Z tohoto salvum fore recipere bylo odvozeno úplné ručení, zahrnující i furtum i damnus. Teprve potom začala pravověda podřizovati salvum fore recipere širšímu pojmu custodia, která tedy v našem případě byla o něco širší — tak jako culpa může býti v některých případech širší než v jiných — měla však svou hraniční mez v uznaných důvodech exkulpačních, kteréž ovšem již nemusily býti uplatňovány zvláštní excecí, jako v době, kdy salvum

¹) D. 47, 2, 14, 17. K interpretaci srv. kapitolu předcházející. Dle Schulze, Z. S. S, 32, 63, Die Haftung... str. 14 týká se »in hunc casum« (dle něho interpolovaná vložka) aktivní legitimace k actio furti. To jest nesprávné; »in hunc casum« zřejmě se týká právě předcházejícího případu »si mercedem perferendae accipit«.

fore recipere znamenalo pro soudce úplnou zodpovědnost ručícího, nýbrž prostě ve způsobu námitky žalovaného apud iudicem.

Jest tedy vědecký náor o bezpodmínečném ručení ex recepto, zastávaný Lusignanem,¹ Mitteisem² a Haymannem,³ správný jen ohledně nejstarší fáse recepta nautarum. Počínajíc Labeonem, poskytuje římská pravověda osobě ex recepto zodpovědné, obranu v případě ztroskotání lodi, bouře a jiných podobných nehod. Počínajíc Gaiem (aspoň pokud jsme zpraveni) pojímá pravověda zodpovědnost ex recepto jako custodii, dochází tedy k tomu, že v případě požáru a jiné nehody zodpovědnost ex recepto končí, takže není třeba teprve domáhati se z vyšších ohledů aequity zvláštní exerce. Všechna tato vývojová stadia recepta nacházím dokumentována v Ulpianově textu ad edictum D. 4, 9, 3, 1. První: hoc edicto omnimodo qui recepti tenetur. Druhé: Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Třetí: qui recepti tenetur nisi si quid damno fatali contingit = qui recepti non tenetur, si quid damno fatali contingit. Idem erit dicendum et si in stabulo aut caupona vis maior contingerit. Vycházejí z tohoto vývojového pojetí klasického recepta, nemohu tedy nejen zamítnouti názor Haymannův o bezpodmínečném ručení ex recepto, nýbrž i jeho argumentaci: »Da im klassischen Recht der nauta qui res perferendas conduxit, sich nur durch die typischen Exkulpationsgründe... bei Verlust exkulpierten dürfte, so konnte die durch das Rezeptenedikt hier eingeführte Verschärfung seiner Haftung eben nur in dem Ausschluß jener Entlastungsmöglichkeiten bestehen.« Což když smlouva s lodníkem byla locatio conductio rei, nebo depositum? Neznamená tu zhoršení již custodia sama? Vždyť sám Haymann zastává, že locator rei za custodii neručil. A že conductor operis jako takový neručí za custodii, bylo již v předchozím ukázáno. Hlavní však je, že metodicky nelze argumentace Haymannovy v tomto případě uznati, ježto zcela nesporně vzniklo receptum jako svérázný útvar, a teprve několik století po jeho vzniku systemisující římská pravověda uvádí ručení ex recepto v jakýsi vztah s ručením oněch conductores operis, kteří ručili za custodii.

Custodiové ručení lodníka a jeho druhů ex recepto obráželo se v úpravě aktivní legitimace k actio furti. K ní byl legitimován nauta, nikoli vlastník (jeho kontrahent), jak jasně vyplývá z Ulpianova textu D. 47, 5, 1, 4, quod si receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodiae subit. Bylo sice sporné ve starší době práva klasického (Pomponius D. 4, 9, 3, 5)

¹) Studi sulla responsabilità per custodia, I., Modena 1902, dílo známé jen z kritické zprávy Schulzovy Lusignanis Custodia Forschungen, str. 27 a násl.

²) Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde, 259.

³) Z. S. S. 40, 206 a násl.

zda vlastník je legitimován nejen k žalobě z recepta, ale i k žalobě z furta, ale cit. text Ulpianův dokazuje jasně, že spor byl rozhodnut výhradně pro lodníka a jeho druhy a že byl vlastník ze žaloby z furta vyloučen a protože jest vyloučen, že též Ulpian by byl v téže otázce různého názoru, jest nezbytně zastávati interpolaci věty »sed magis est, ut vel officio iudicis vel doli exceptione alterutra esse contentus debeat.«¹ Podobně jest interpolováno slovo »et« v následujícím fragmentu Paulově D. 4, 9, 4 pr. Účel interpolací jest jasný. Nejde než o novou variaci myšlenky, uzákoněné ve známé constituci Justinianově C. 6, 2, 22, 1. Jako v této constituci udělil Justinian kommodantovi volbu mezi actio commodati a actio furti, tak i zde poskytuje výslovně tomu, jenž kontrahoval s lodníkem, hostinským a stabulariem, výběr mezi actio ex recepto a actio furti.

¹) Schulz, Z. S. S. 32, 69 a n., 71. Jinak Kniep, Comm., 495.

IV.

CUSTODIA PŘI NÁJMU VĚCI.

Zásadní důležitosti jest — aspoň na prvý pohled — konstituce Dio-
kletianova a Maximianova C. 4, 65, 28.

In iudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam
casum, cui resisti non potest, venire constat.

Podle ní náleží všeobecně ku kontraktní zodpovědnosti jak conduc-
torově, tak locatorově ručení za custodiam. Je tedy nutno ku zjištění do-
sahu konstituce vyšetřiti kontraktní zodpovědnost obou stran.

A. O conductorově custodiam čteme v Justinianových Institucích 3, 24, 5:
Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumentum mercedem aut
dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus
pater familias suis rebus adhibet. quam si praestiterit et aliquo casu rem
amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

Na první pohled jest patrno, že v cit. místě neukládá se conductorovi
práva custodia v klasickém významu, jež jsme poznali, ale nejvyšší my-
slitelná pečlivost v opatrování věci, tedy custodia ve smyslu kompilátorů.¹⁾
Jest tedy pro právo kompilace jisto, že conductor movitých věcí, v textu
uvedených, ručil za největší myslitelnou míru pečlivosti v opatrování právě
tak, jako kommodatář. Jsme oprávněni i pro právo klasické k závěru, že náš
conductor ručil za custodiam právě tak, jako kommodatář? Zdálo by se, že
spolehlivým vodítkem bude tu studium otázky aktivní legitimace k actio
furti při furtu pronajaté věci. Příslušela-li conductoru za všech okolností
actio furti, byl by téměř nezbytným závěr, že stihala jej custodia. Než
prameny ukazují, že žalobní legitimace conductorova k actio furti nebyla
bezpodmínečná, ale závislá na tom, že on svou nedbalostí zavinil krádež.
Tak praví Ulpian: quod si conduxerit quis, habet furti actionem, si modo
culpa eius subrepta sit res (D. 47, 2, 14, 12). Se stanoviska práva Justinianova
jsme oprávněni vykládati slova »culpa eius« jako »opominutím největší
myslitelné péče, jemu uložené«, právě tak, jako tatáž slova v předcházejícím

¹⁾ Srv. kapitolu I.

§ 10, týkajícím se commodata. Ale kdežto ohledně commodata (§ 10)
jest jisto, že výhrada o zavinění, resp. opominutí nejvyšší péče jest inter-
polována, není ještě řečeno, že i ohledně conductorova jest interpolována
výhrada si modo culpa eius subrepta sit res. Není nemyslitelno, že tato
výhrada jest v našem případě klasickou a v právu justiniánském dostala
poněkud jiný význam vzhledem k interpolaci v I. 3, 24, 5. Přiklonění se
k této eventualitě by ovšem znamenalo negaci custodie conductorovy.

Že jest postupovati cestou naposled uvedenou, vyplývá z Antonia-
novy konstituce, Ulpianem D. 19, 2, 9, 4 citované ... si capras latrones citra
tuam fraudem abegisse probari potest, iudicio locati casum praestare non
cogeris ...

Abigeatus (subreptio gregis)¹⁾ jest furtum kvalifikované svým objek-
tem²⁾ a bylo by možno co do jeho významu na zodpovědnost detentorovu
pojímání je buď jako případ zodpovědnosti custodie (jako obyčejné
furtum) nebo jako důvod exkulpační (jako jiné kvalifikované furtum, ra-
pinu). Opravdu v literatuře, našim textem se zabývající,³⁾ nacházíme tu
i onu interpretaci a oba názory opírají se o argumenty. Rozluštění tohoto
sporu však není významné. Naopak považují za významné to, že cit. reskript
ani se nezabývá otázkou, zda abigeatus byl spojen s násilím (takže by se
vlastně jednalo o uloupení stáda, rapinae D. 50, 17, 23), čili nic (takže
by šlo o subreptio gregis, analogické furtu D. 48, 19, 16, 7), jinými slovy:
ať si představíme, že šlo o abigeát, analogický rapině, či o abigeát analo-
gický furtu, vždycky rozhodnutí zůstává stejné. Conductor gregis ani v jed-
nom, ani v druhém případě neručil a můžeme vzhledem k D. 48, 19, 16,
7 dále vyvoditi, že i conductor »iumentum« (I. 3, 24, 5) neručil by ani v pří-
padě furta, ani v případě rapiny, čímž jest prokázáno, že conductor stáda
nebo dobytčete neručil za custodiam.

Jest ovšem dále rozhodnouti, zda dotýčný conductor ručil aspoň za
svou nedbalost, jak bychom předpokládali podle cit. D. 47, 2, 14, 12, či jen
za dolus a náš text jest právě pro rozhodnutí oné otázky velmi významný.
Cit. reskript Antoninův totiž klausuluje rozhodnutí o nezodpovědnosti za
abigeát slovy »citra fraudem«, t. j. ač-li nespolehlivě bil conductor dolůsně
na deliktu. Z tohoto klausulování by ovšem vyplývalo, že zodpověd-
nost conductorova byla obmezena na jeho zlomyslnost, fraus, což zastává
na př. Haymann,⁴⁾ který také prohlašuje na druhé straně texty, ukládající

¹⁾ Srv. Mommsen, Römische Strafrecht, 775, Costa, Crimini e pene, 178; Huvelin,
Études sur le furtum, 345.

²⁾ Quantitas discernit furem ab abigeo. D. 48, 19, 16, 7.

³⁾ Srv. obzvláště Haymann, Z. S. S. 40, 236; Schulz, Die Haftung für das Verschulden
der Angestellten, 24.

⁴⁾ Z. S. S. 40, 232–254.

conductorovi ručení za culpa, za interpolované. Uznávám, že jinak jest formulována výhrada zodpovědnosti conductorovy v našem textě, jistě původním, »*fraus*«, a jinak v jiných textech, na př. Ulpianově D. 47, 2, 14, 12, »*si modo culpa eius subrepta sit res*«. Ale z této rozdílné formulace nevyplývá ještě vnitřní odpor. Uvážíme-li, že abigeatus jest delikt, charakterisovaný zvláštní lstivostí a dovedností delinquentovou (abigei studium quasi artem exercent Coll. 11, 8, 1), chápeme, že jest velmi nepravděpodobná možnost, že by došlo k abigeátu nedbalostí conductorovou a že tedy s touto eventualitou, pojmově možnou, ale prakticky bezcennou, se v cit. reskriptu ani nepočítá, a naopak se věnuje hlavní pozornost eventualitě prakticky myslitelné, že conductor zlomyslně spolupůsobil na deliktu. Není tedy vnitřního odporu mezi uvedenými texty, a není proto důvodu, zaujmouti odmítavé stanovisko ku klasické zodpovědnosti conductorově za culpa. Docházím tedy na základě dosavadních pozorování k důsledku, že conductor stáda, zvířete nebo vůbec věci movité ručil všeobecně za vinu, dolus a culpa. Došlo-li ku krádeži jeho vinou, byl aktivně legitimován k actio furti, podléhaje kontraktní actio locati pronajímatelově, ač-li: 1. nebyl insolventní (srv. Gai. I. 3, 205, D. 47, 2, 12, pr.); 2. jeho právní zájem se zakládal na »*honesta causa*« (D. 47, 2, 11), čemuž by nebylo v případě jeho zlomyslného spolupůsobení na krádeži. Výtěžek této actio furti náležel pak conductorovi trvale (D. 19, 2, 6). Kompilátoři provedli na zásadách těchto změnu jen potud, že uložili conductorovi největší myslitelnou míru pečlivosti, tedy custodii v jejich smyslu, a s tohoto hlediska jest vykládati uvedené zásady se stanoviska práva Justinianova.

Dosud jsme se obírali nájmem movitostí. Jestliže jsme vyloučili custodii z oboru zodpovědnosti conductora věci movité, tím spíše ji vyloučíme v případě nájmu neb pachtu nemovitostí. Neboť — aspoň dle našich dosavadních pozorování — bylo hlavní těžiště custodie u svěřených věcí movitých, vždyť hlavní případ custodiové zodpovědnosti, furtum, jest pojmově možný jen u movitostí. Arci, není-li myslitelné furtum nemovitosti jako takové, jest myslitelné furtum jejích součástí a jejího příslušenství (na př. součástí budovy D. 19, 2, 13, 7, inventáře polního statku, plodů D. 19, 2, 60, 5, D. 47, 2, 26, 1, D. 47, 2, 83, 1) a z tohoto stanoviska bylo by i při nájmu a pachtu nemovitosti zodpověděti otázku ohledně custodie conductorovy; to tím spíše, že na tuto otázku vrhá zvláštní světlo klasická úprava aktivní legitimace k interdictu quod vi aut clam.

Do naší souvislosti náleží především Ulpianův text ad edictum D. 19, 2, 13, 7. Skutková podstata: conductor opustil najatý objekt před příchodem vojska, na to vojáci odcizili různé součásti budovy. Dle rozhodnutí Ulpianova jest zodpověden conductor za tuto ztrátu, neoznámil-li locatorovi

zamýšlené své odstěhování, po případě, jak Labeo učil, neodporovali krádeži, ač tak mohl učiniti. Opět můžeme říci to, co bylo řečeno při rozboru citovaného reskriptu Antoninova: otázka, zda se jedná o prostou krádež, tedy případ custodiového ručení, či o t. zv. vis maior, není ani zvlášť nadhozena; v obou případech by bylo rozhodnutí stejné a co má jedině význam, to jest chování se conductorovo. Myslím, že bych nepochybil, kdybych parafrasoval náš text po způsobu známého nám již uvažování Ulpianova »Labeonova z D. 13, 6, 5, 12 takto: »ob culpam« ex locato tenebitur. »Labeo autem ait culpam esse« si resistere potuit et non resistit.¹ Nyní teprve objeví se nám dosah citovaného již Ulpianova místa »quod si conduxerit quis, furti habeat actionem, si modo culpa eius subtracta sit res«, všeobecného místa, vztahujícího se jak na nájem movitostí, tak na nájem nemovitostí (na př. při krádeži součástí budovy). Ohledně pachtu máme ovšem místo poněkud odchylné formulace. Ulpian (D. 47, 2, 14, 2) praví: Praeterea habent furti actionem coloni, quamvis domini non sunt, quia interest eorum.² Tu však jde pravděpodobně o actio furti ohledně odcizených plodů, k níž byl colonus za všech okolností aktivně legitimován — anebo, když bychom chtěli předpokládati furtum součástí statku, musili bychom též předpokládati zavinění colonovo (nedbalost). Tertium non datur. Neboť jest zhola nemožno, že by byl býval conductor domu legitimován k actio furti ohledně odcizených součástí domu pouze v případě svého zavinění (culpa), kdežto colonus byl by býval legitimován k této actio v případě odcizení součástí statku za všech okolností. Bezvýhradně, tedy bez zřetele ku svému zavinění byl legitimován colonus k actio furti ohledně odcizených plodů, ať oddělených, či neoddělených. Důvodem této žalobní legitimace bylo jeho právo, přivlastnit si plody, tedy přímý právní zájem. Srv. D. 47, 2, 26, 1 — D. 47, 2, 83, 1 — D. 7, 1, 12, 5.

V souvislosti s cit. texty o colonově akt. legitimaci k a^o furti ohledně plodů působí značné exegetické obtíže Ulpianův text D. 47, 2, 52, 8. Si sulphurariae sunt in agro et inde aliquis terram egressisset abstulissetque, dominus furti ager: deinde colonus conducti actione consequetur, ut id ipsum sibi praestaretur. Schulz³ uchyluje se k domněnce, že jde o ojedinělý, zvláštní názor Ulpianův v otázce legitimace žalobní. Myslím, že není třeba uchylovati se k tomuto prostředku z nouze a že otázka poměru textu

¹) K přesvědčení se o správnosti naší parafrase cit. textu stačí vzpomenouti na četné doklady kasuistického určování viny kontrahentovy podle okolností konkrétního případu, jež jsem uvedl v kapitole I. v poznámce při rozboru D. 13, 6, 5, 12. Haymannův rozbor našeho textu v Z. S. S. 40, 235 jest správný, až na konkluzi o conductorově ručení za pouhý dolus.

²) Srv. Schulz, Z. S. S. 32, 66.

³) Z. S. S. 32, 78.

Ulpianova k Paulovým textům D. 47, 2, 26, 1 a D. 47, 2, 83, 1 jest řešitelná, a to asi takto. Podle Paulových textů, právě uvedených, a Ulpianova-Julianova textu D. 7, 1, 12, 5, příslušela fructuári resp. pachtýři actio furti ohledně plodů, jím percipovaných, dále ohledně plodů, již oddělených, ale jím dosud nepercipovaných a konečně ohledně plodů zralých, dosud neoddělených. Za jiných okolností příslušela actio furti výhradně vlastníku. V našem případě šlo o propachtování pozemku, na němž byly těženy nerosty (síra). Je známo, že Římané pojímali výtěžky nerostného dolování za »fructus«.¹ Náš text sděluje dále, že kdosi vykopal a odvezl nějaké množství půdy z pozemku, na němž bylo dolováno. Tedy nešlo o ukradení hoto- vých již výtěžků dolování, ani o odcizení jakýchsi neoddělených zralých plodů, nýbrž jen o odcizení půdy, z níž mělo být těženo. Nejen, že tato půda vlastnictvím patří vlastníku pozemku, ale nelze tu mluvit ani o budoucím, očekávaném vlastnictví pachtýřově, neboť — jak řečeno — nelze odcizenou půdu považovati za fructus maturi pendentes ve smyslu Ulpianova-Julianova textu D. 7, 1, 12, 5. Z těchto důvodů přiznává Ulpian v našem textu actio furti jen vlastníku a ani Paulus, nebo jiný klasický právník nebyl by rozhodl jinak.

Custodie týká se dále, jak již řečeno, pozitivní úprava aktivní legitimace k interdictu quod vi aut clam.² Případy použití interdicta se namnoze téměř stýkají s případy furta, jak viděti na př. z Ulpianova textu D. 43, 24, 9. Kdo na př. vytrhl tašku ze střechy nebo sochu z budovy, podléhal interdictu, kdo odnesl tašku z hromady nebo odňal zámek, klíč, okenní rám a pod., nepodléhal interdictu, ale žalobě z furta. Kdo porazil ovocný strom, podléhal interdictu, kdo »dotkl se« ovoce, podléhal žalobě z furta. Zásadou ohledně aktivní legitimace k interdictu byla podobná myšlenka jako při furtu: ei competit, cuius interest (D. 43, 24, 16, pr.). Mohl být tedy i conductor legitimován k interdictu za předpokladu svého právního zájmu. Prameny obzvláště přiznávají interdictum colonovi (pachtýři), a to ohledně plodů (D. 43, 24, 12, srv. fr. 11, § 12 D. eod.), tedy v tomto směru analogicky, jako actio furti. O bezvýhradné legitimaci colonově nebo vůbec conductorově k interdictu — což by bylo zajisté známkou jeho custodie — není řeči.

Naproti tomu lze zastávati, že pokud ručil conductor za jednání, zakládající právě interdictum quod vi aut clam, tedy pokud mu bylo lze přičísti k vině (nedbalosti), že ono jednání se stalo, že byl aktivně legitimován k interdictu analogicky podle pravidel o furtu platících.

¹) Srv. o tom blíže Scialoja, Diritto romano. La proprietà 1907—1908 Lezioni redatte da Giovanni Carrara e Luigi Gaddi. Roma. Martoriatti. Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht, Halle 1902, str. 455 a n.

²) Srv. Haymann, Z. S. S. 40, 241.

Nutno tudíž výsledek, k němuž jsme došli u zájmu věci movitých, rozšířiti i na nájem věci nemovitých. Conductor rei ručil za dolus a culpam, nikoli za custodiam. To jest potvrzeno četnými texty justinianskými i předjustinianskými. Charakteristické jest na př. rozhodnutí Alfenovo-Paulovo, D. 19, 2, 30, 2, že přísluší actio locati locatorovi, »qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset«. Schulz¹ vidí v cit. textu doklad pro custodiam conductorovu, jelikož se zavinění nebere vůbec v úvahu. To však není správné. Jestliže se v textu nestigmatizuje výslovně chování se conductorovo jako culpa, to neznamená ještě, že zavinění považuje se za nerozhodné. Uvažme především, že dle rozhodnutí uvedených právníků konkurovala s locatorovou actio locati za určitých objektivních předpokladů actio legis Aquiliae, kteráž přece vždy předpokládá zavinění. Musíme tedy usuzovati, že i v cit. skutkové podstatě se předpokládá zavinění. Ano ještě více: ono zavinění není jakési plus, které jako subjektivní element musí přistoupiti k uvedené skutkové podstatě, aby příslušela actio legis Aquiliae, ale ono zavinění jest citovanou skutkovou podstatou již také vyjádřeno. Zase bych se uchýlil k parafrazi, jako v jiných případech, asi této: »culpa conductoris est« cum mulas, quas ad certum pondus oneris locaret, maiore onere rupisset. Totéž platí o Ulpianově-Labeonově² rozhodnutí případu, že conductor, který proti úmluvě složil seno v najaté ville, ručí za požár, jeho otrokem způsobený »quia ipse causam praebuit inferendo contra conductionem«. Že tato cit. slova jsou pouze ilustrací culpy, vyplývá jasně z Ulpianova textu D. 21, 1, 31, 12, kdež se theoretický předpoklad ručení kupitelova za smrt redhibovaného otroka »si culpa decessit« rozvádí slovy »quamcunque occasionem mortis emptor praestitit«. Konečně pak důležitý doklad o ručení conductorově za culpam skytá Collatio 12, 7, 7 (Ulpianus): Si forte servus, qui idem conductor est, coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis fuit. Vidíme, že conductor byl kontraktně zodpověden za požár, otrokem způsobený, jen v případě své vlastní viny, a Neratius ji v našem konkrétním případě shledává v tom, že conductor svěřil opatrování ohně nezpůsobilé osobě.

V úplném souhlasu s tímto rozhodnutím jest text Digest 19, 2, 30, 4 (Alfenus libro tertio digestorum a Paulo epitomatorum), kde v podobném případě normuje se bezvýhradná kontraktní zodpovědnost conductorova za požár, otrokem způsobený, jestliže toto riziko výslovně převzal (colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim et vetus-

¹) Die Haftung für das Verschulden der Angestellten, 31, srv. Haymann, Z. S. S. 40, 250.

²) D. 19, 2, 11, 4.

tatem). Správně podotýká Haymann, že takovéto leges jsou dokladem o tom, že normálně neručil conductor za custodii.¹

Teprve na základě výsledků tohoto, dosti podrobného studia zodpovědnosti conductorovy můžeme oceniti význam Diocletianovy konstituce, v čele této kapitoly citované, kterou ukládá se conductorovi zodpovědnost za dolus a custodii a stanoví nezodpovědnost v případě casus cui resisti non potest. Jest především otázka, zda slovy dolus, custodia, casus cui resisti non potest, jsou vyjádřeny všechny myslitelné možnosti ručení za ztrátu. Se stanoviska práva klasického nikoliv; schází mezi prvním a druhým případem culpa. Naproti tomu se stanoviska kompilátorů jest výpočet úplný. Neboť ve slově dolus jest zahrnuta i culpa lata, slovo custodia pak znamená diligenční, odstupňovanou podle právní kvalifikace toho kterého případu. Již proto jsme vedeni k tomu, přičítati zmíněnou konstituci spíše kompilátorům než Diocletianovi. Avšak uvažme dále, že naše konstituce jest v celém tom množství pramenů ohledně zodpovědnosti conductorovy jediným dokladem o jeho custodii. Vždyť v I. 3, 24, 5 jest custodia conductorova výslovně normována jako povinnost k péči a v ostatních četných dokladech nejen že není ani stopy po custodii, ale není ani žádné možnosti interpretace ve smyslu klasické custodie. Jsem proto přesvědčen, že konstituce jest interpolována, a to jak v normování custodie, (nastoupivší patrně na místě původní culpy), tak ve stanovení nezodpovědnosti v případě casus cui resisti non potest.² Pokud se týče významu této konstituce pro právo justiniánské, soudím, že týká se nájmu movitostí. Protože vůči custodii jest postaven casus cui resisti non potest, nelze rozuměti naši custodii nic jiného, než takovou custodii, qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, což bylo kompilatory normováno pro nájem movitostí (I. 3, 24, 5).

B. Citovaná konstituce Diocletianova a Maximianova neobmezuje se na stanovení zodpovědnosti conductorovy, ale stejně určuje i kontraktní zodpovědnost locatorovu, stanovíc i u něho ručení za dolus a custodii, neručení za casus cui resisti non potest. Právem poukazuje Haymann v citovaném díle (na místě naposled uvedeném), že takové shrnutí povinností locatorových a conductorových v pramenech nenacházíme. To nás ale nezabavuje povinnosti pátrati po oprávněnosti tohoto právního ustanovení resp. hledati jeho vysvětlení. V literatuře, jmenovitě moderní, se neuvážovalo — pokud je mi známo — jak je vůbec možno ukládati locatorovi custodii. Dle mého názoru přicházely by v úvahu dvě eventuality: custodia locatorova před odevzdáním (analogon custodie prodatelovy) a speciální případ, custodia horrearii. První eventualitu nutno bezpodmínečně zamítnouti. Nemáme prázdného dokladu v pramenech, že by byl locator ručil

¹) Z. S. S. 40, 238.

²) Srv. Haymann, Z. S. S. 40, 235. Srv. v tomto směru výklady v kap. I.

za custodii najatého objektu, dokud jej neodevzdal conductorovi, kdežto ohledně venditora máme četné a jasné doklady o jeho ručení za custodii. Tato divergence není zvláštní, uvážíme-li různost struktury koupě a nájmu, dále svéráznost vývoje každého z těchto kontraktů; nájem byl původně asi úplatné precarium,¹ a jest velmi pravděpodobná domněnka, že klasická locatio conductio rei vůbec vznikala teprve odevzdáním věci.² Zbývá tedy speciální případ custodie locatorovy, custodia horrearii.

Horrearius byl majitel skladiště (dominus horreorum), který jako locator dával k dispozici smlouvou nájemní své skladiště jinému (conductor), aby si tam uložil zboží a vůbec různé věci; slovem horrearius se ale označuje též nájemce skladiště (conductor) sám, který pronajaté místnosti dával dále různým osobám (conductores) ku zmíněnému použití. (Srovn. D. 19, 2, 60, 6, D. 19, 2, 55, Coll. 10, 9, 1, C. 4, 65, 4, D. 19, 2, 60, 9.) V tom nebo onom právním postavení ručil horrearius za ztrátu věcí, ve skladišti uložených, a to za určitých předpokladů bezvýhradně, bez ohledu na své zavinění, což by bylo tedy jakési plus proti normálnímu ručení při locatio conductio rei. Neručil však za ztráty, způsobené určitými uznanými důvody exkulpačními, jako bylo v tomto případě zvláště vloupání se loupežníků (effracturae latronum). Prameny označují toto zvýšené ručení horreariovo slovem custodia. Tak Labeo-Javolenus D. 19, 2, 60, 9 »rerum custodiam, quam horrearius conductoribus praestare deberet...«. Jaké byly předpoklady této custodie, není přesně zjistitelné. Snad to bylo receptum, původně ústní garanční smlouva, později mlčky předpokládané zaručení se, vzniklé samou illací věci, ač-li výslovně nebylo vyloučeno.³ Na každý způsob náš případ zvýšeného ručení má v právu klasickém svou právní basi v zásadě »qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestare debet«. Šlo tedy o locatio conductio rei, kombinované prvky smlouvy o dílo (hlídání) a »merces« obsahovala v sobě zajisté jak úplatu za používání místností, tak plat za custodiové ručení. Toto, jak řečeno, mohlo býti výslovně vyloučeno, na př. pro všechny budoucí případy veřejnou vyhláškou, na podniky vyvěšenou. Ale na druhé straně mohlo býti samo custodiové ručení ještě zostřeno. Bylo možno, že locator zvláště převzal i ručení za události, normálně jej ručení zbavující, na př. za vloupání lupičů nebo za vis maior. To lze dokumentovati několika místy z Just. pramenů, jejichž stylisace jest však dosti záhadná a zasluhuje proto bližší pozornosti.

Začneme textem nejspolehlivějším, Coll. 10, 9, 1 Paulus libro responsorum V. sub titulo et locato et conducto:

¹) Costa, La locazione delle cose, Torino 1916.

²) Perozzi, Istituzioni, II., 231/2.

³) O případu výslovného vyloučení bezvýhradného ručení za ztrátu srv. D. 19, 2, 60, 6, C. I. L. VI., 33.747, Bruns, Fontes, č. 166.

Imp. Antoninus Julio Agrippino. Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturae latronum praestare non cogitur. His cessantibus si quid ex depositis rebus in laevis extrinsecus horreis perit, damnum depositorum sarciri debet... Paulus respondit satis praepositam constitutionem declarare his, qui horrea locant, maiorem vim imputari non posse.

Tu jest normována bezvýhradná zodpovědnost za ztrátu, nastalou mimo případ vloupání lupičů do skladiště nebo mimo případ vis maioris. Totéž jest v podstatě obsahem Alexandrovy konstituce C. 4, 65, 4, která však končí větou:

sed qui domini horreorum nominatim etiam custodiam repromiserunt, fidem exhibere debent,

t. j. i za vloupání lupičů ručí ti majitelé skladiště, kteří výslovně přislíbili custodii. Toto místo úplně převrací to, co jsme poznali o custodii již v tolika místech pramenů. Viděli jsme, že ručení kustodientovo za všech okolností končí, jde-li o t. zv. vis maior; zde se ručení za vis maior činí závislým na převzetí custodie. To jest opravdu záhadné. Na štěstí máme ještě jiný text, neobvyčejně cenný pro interpretaci naší záhadné custodie. V Paulově fragmentu z knihy sentencí D. 19, 2, 55, pr. se praví:

dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur nisi custodiam eorum receptit,

t. j. pán skladiště není zodpověden za vypáčení a vyloupení skladiště, leč že převzal »custodiam eorum«, custodii ohledně »nich«; custodia »eorum« jest v tomto textě custodia ohledně událostí, o kterých právě byla řeč, t. j. ohledně vypáčení a vyloupení, tedy ručení za vypáčení a vyloupení. Nebudeme ovšem v pochybnostech, že tato custodia není klasickou. Linguisticky tak nešťastný obrat, jako custodia effracturae nemůže být přičítán klasickým právníkům, ale pouze kompilátorům, ztrativším kontakt s živou a přirozenou mluvou latinskou a rozvíjejícím tuto řeč k vystižení svých teoretických konstrukcí často proti duchu živého jazyka; rovněž se stanoviska věcného nelze přičítati klasickým právníkům užívání slova custodia v úplně opačném smyslu (jako ručení za vis maior) než normálně má. Stačí tu citovati slova Seckelova:¹ není stupňů custodie, pročež všechna kvalitní označení custodie jsou interpolována (cust. talis, quae; talis, qualis; diligens; plena). Považuji tedy i naši custodia eorum (effracturae et compilationis) za interpolaci, vysvětlitelnou pojmovou neurčitostí byzantské custodie: tato jest většinou povinností k opatrování, menší, větší nebo největší podle právní kvalifikace případu, ale někdy užívá se jí ještě ve významu risika za určitou událost. — Teprve na základě těchto exegetických výsledků můžeme správně oceniti smysl cit. poslední věty c. 4 C. 65, 4. Slovo custo-

diam má zde onen zvláštní smysl, který jsme poznali v interpolovaném textě Paulově D. 19, 2, 55, pr. Smysl oné věty jest tento: avšak ti majitelé skladišť, kteří výslovně přislíbili custodii ohledně oněch událostí, t. j. vzali na se ručení za vloupání lupičů, mají dostáti svému slibu. Věta tato jest interpolována.¹ Interpolaci prozrazuje již slovo »nominatim« (»jmenovitě«), po kterém bychom očekávali něco mnohem určitějšího než všeobecnou custodii. Soudil bych, že původní text přibližně zněl asi takto: sed qui domini horreorum nominatim etiam »effracturam praestare« repromiserunt..., a podobně by bylo rekonstruovati větu »nisi« v Paulově textě D. 19, 2, 55, pr.

Toto naše řešení zodpovědnosti horrearia jest ovšem úplně rozdílné od řešení cit. autorů, jmenovitě Haymannova, kteréž jest založeno na základní myšlence naprosto neobmezené zodpovědnosti ex recepto. Horrearius ručil prý zásadně jako každý conductor operis za custodii, receptem bral prý na sebe bezvýhradné, ani tak zvanou vis maior neobmezené ručení. K vyvrácení tohoto pojetí poukazují na to, co bylo řečeno o zodpovědnosti conductora operis a o zodpovědnosti ex recepto. Dodal bych jen to, že v našich pramenech vystupuje horrearius většinou jako locator rei, a méně jako conductor — aspoň pokud jde o hlavní elementy smlouvy —; a již proto nelze mu ukládati custodii jako každému conductoru operis, takže jest přípustno vycházeti pouze od právní zásady, uvedené v D. 19, 2, 40, chceme-li míti spolehlivou basi pro pojetí našeho případu.

¹) Interpolaci tohoto textu, jakož i D. 19, 2, 55 pr. zastává též Haymann, Z. S. S. 40, 210, vycházejí však z jiné interpretace a docházejí k jiným důsledkům, jak bude ještě uvedeno.

¹) Heumanns Handlexikon, str. 117.

RUČENÍ ZÁSTAVNÍHO VĚŘITELE.

Východiskem jsou tu některé texty, mluvící o custodii zástavního věřitele. Nejsou vybaveny žádnou kasuistikou; koncipovány jako abstraktní normy. Je to především Ulpianův text D. 13, 7, 13, 1:

venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit.

Konstituce Diokletianova a Maximianova C. 8, 13, 19:

Sicut vim maiorem pignorum creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.

Konstituce Alexandrova C. 4, 24, 6, zbavující zást. věřitele výslovně zodpovědnosti za to »quae fortuitis casibus accidunt, cum provideri non potuerant, in quibus etiam adgressura latronum est«.

Konečně fragment z Just. Institucí 3, 14, 4, v němž se definuje zodpovědnost zástavního věřitele slovy: placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.

Uvedené texty, vesměs zásadního významu, opravňují k úsudku, že právo justiniánské předpisuje zást. věřiteli custodii ohledně zastavené věci. A ovšem nemůžeme být v pochybnostech, co touto custodií dlužno rozuměti; jest to přísná opatrnost, zevrubná pečlivost (exacta diligentia), pokud se týče hlídání věci, jak ustanovuje cit. místo Institucí, nebo — jak zní jiná variace téhož pojmu — takové chování se, jak se chová ve svých věcech pečlivý hospodář (D. 13, 7, 14). Souvislost prvních tří textů (D. 13, 7, 13, 1 — C. 8, 13, 19 — C. 4, 24, 6) s fragmentem Institucí a D. 13, 7, 14, nezbytně nás vede k tomu, abychom »custodii« prvních tří textů interpretovali jako zevrubnou pečlivost ohledně opatrování. Tolik se stanoviska práva Justinianova.

Jest však naší úlohou hodnotiti uvedené texty podle doby jejich vzniku, se stanoviska práva klasického. Jest sice jisto, že cit. místo Institucí o »ad rem custodiendam exactam diligentiam adhibere« jest interpolováno právě

tak jako rozebírané již fragmenty I. 3, 24, 5, I. 3, 14, 2,¹ a to prostě proto, že klasické právo zná úplně jiný pojem custodie (bezvýhradné ručení za furtum a pod.) a nelze oba různé pojmy považovati za výtvořiny téhož právního prostředí. Jest ale otázka, zda tento nový pojem custodie nebyl kompilátory prostě zaveden na místo původní klasické custodie, či na místo prostého ručení za vinu? Obě eventualy jsou a priori myslitelné, opírajíce se každá o zevní vzhled pramenů: máme texty, v nichž se zást. věřiteli ukládá prostě custodie — byly shora uvedeny — a máme i texty, v nichž se ukládá zástavnímu věřiteli pouze ručení za culpa. Nutno tedy se vymaniti z bezprostředního dojmu, získaného ze zevního vzhledu pramenů a pokusiti se o zjištění skutečného stavu klasického práva kritikou materiálu pramenného.

Proti domněnce o custodii mluví především samo znění Gaiových Institucí. Velmi správně uvádí v tom směru Haymann²: »Jestliže Gaius uvádí nejprve aktivní legitimaci (k žalobě z furta) zástavního věřitele, pak fullona a sarcinatora, konečně kommodatáře, to jsou všechny doklady pro jeho thesi: Furti autem actio ei competit cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit... Věcně není ani slovem naznačeno, že právní zájem všech těchto osob má společné znaky. Jen ohledně fullona a sarcinatora jest zdůrazněno, že jejich právní zájem spočívá na regresním ručení proti pánu, a řečeno, že totéž platí pro kommodatáře.« Důvod akt. legitimace zást. věřitele k actio furti Gaius neuvádí. Ale správně poznamenává Haymann, že důvod ten jest pro každého samozřejmý: je to účel práva zástavního samého, sloužiti pojištění pohledávky. V následujícím uvidíme, že bývala v římské pravovědě přetřásána otázka, jak daleko jde právní zájem zást. věřitele při ukradení zastavené věci, zda jest kvantitativně vymezen výší pojištěné pohledávky, či cenou zástavy. Z těchto diskusí jest patrné, že důvodem věřitelovy actio furti nemohlo býti v první řadě nic jiného než jeho zájem na existenci zástavy jako záruky pohledávky.

Proti domněnce o custodii mluví dále četné texty, vymezující zodpovědnost zástavního věřitele ohledně zástavy na jeho zavinění. Je to především serie císařských konstitucí, jako:

C. 4, 24, 5 (Alexander): si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdidit, restituere id non cogitur: sed si culpa reus deprehenditur... condemnari debet;

C. 4, 24, 7 (Alexander): creditor... si dolo vel culpa rem suppositam deteriore fecerit, eo quoque nomine p. c. tenebitur...

C. 4, 24, 8 (Philippus): si nulla culpa seu segnitia creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum eius minime pertinet.

¹) O těchto samozřejmých interpolacích srv. Haymann, Z. S. S. 40, 204, 222.

²) Z. S. S. 40, 213, srv. Kniep, Commentarius tertius, 497.

C. 4, 24, 9 (Diocletianus et Maxim.). konstituce, v níž se zást. věřitel nečiní zodpovědným za ztrátu zastaveného zboží, uloženého jím do skladiště, byli pečlivým u výběru skladiště (si tamen in horreis, quibus et allii solebant publice uti, res depositae sunt).

Tyto konstituce, vzbuzující jak svým formálním vzhledem, tak svým obsahem dojem pramenů původních, nezfalšovaných, jsou v tomto směru doplňovány jinými původními doklady o právu klasickém. Paulův text epitomarum Alfeni Vari D. 13, 7, 30 vyslovuje ohledně zást. věřitele normu: culpam dumtaxat praestandum, non vim maiorem. A priori mohli bychom usuzovati: vylučuje-li Paulus výslovně zodpovědnost za vim maior, připoštlí tím nepřímou zodpovědnost za custodiam. Ale rozbor případu ukáže nemožnost tohoto uvažování. Jedná se o loď, za dluh majitelův na řece zadrženu, kterou pak náhlý příval v řece strhl, takže byla zničena. Paulus rozeznává: stala-li se retence lodi bez souhlasu majitele-dlužníka, ručí retinující věřitel za onu živelní příhodu, loď stihnuvší; souhlasil-li majitel s retencí, neručí věřitel za zmíněnou živelní příhodu (vim maior), ale ovšem za svou eventuelní nedbalost — jak vidno, rozeznávání velmi případné, vysvětlující, že se kladou vedle sebe případy nedbalosti a živelní příhody a že na eventualitu custodie vůbec se nemyslí.¹

Jiným klasickým dokladem o ručení zást. věřitele za nedbalost jest Paulův fragment D. 39, 2, 34, v němž se pronajímatel, zabránivší u výkonu zákonného práva zástavního nájemníku vystěhovati svršky, činí zodpovědným za zkázu těch svršků, povstalou sesutím se sousedního stavení »si poterat eas res in locum tutiorem transferre«. Citovaná podmínečná věta jest kasuistickou ilustrací culpy, za níž jest zást. věřiteli všeobecně uloženo ručení.

Jiná skupina textů, normujících velmi jasně zodpovědnost zást. věřitele za culpa, náleží do materie magistratského práva zástavního, vznikajícího missione in possessionem. Přirovnávajíc postavení věřitele, který byl »missus in possessionem« a ručil všeobecně jen za dolus, k postavení zástavního věřitele na základě smlouvy, akcentují římscí právníci ručení tohoto za culpa. Zde budiž mi dovoleno poněkud odbočiti. Právní postavení věřitele, který byl missus in possessionem, pohybovalo se v okruhu speciálních praetorských actiones in factum. Tak podléhal žalobě in factum, nevydal-li výtežky dlužníkovu majetku curatoru bonis distrahendis resp. jiným osobám, k tomu oprávněným, jako zas naopak mohl je žalovati actione in factum, učinil-li ve své správě nutné náklady (D. 42, 5, 9, §§ 1, 2, 3). Dále podléhal jiné žalobě in factum, nepostaral-li se o řádné vytěžení plodů a pravověda vypracovala podrobně jeho povinnosti v tom směru, tedy skutkové před-

¹) Haymann, Z. S. S. 227, považuje text za interpolovaný; důvody jeho však nejsou přesvědčující.

poklady žaloby in factum (l. 9, § 6 eod. l. 8), vystříhající se všeobecného normování ve smyslu nějaké pečlivosti řádného hospodáře nebo jiného všeobecného měřítka. Konečně podléhal — a to právě nás zajímá — žalobě in factum, svou povahou trestní, jestliže zlomyslně pohoršil stav majetku, v jehož držení byl praetorem vyslán; příslušný edikt zněl *si dolo malo eius deterior causa possessionis facta esse dicitur, de ea re iudicium in factum dabo* (D. 42, 5, 9, pr.) a byl podkladem žaloby in factum trestní, jak ukazuje Ulpian slovy: *actio in eum ex dolo datur, quae neque post annum, neque in heredes... dabitur, cum ex delicto oriatur poenaeque nomine concipiatur*.¹ Nedospěla tedy římská pravověda k jakémusi vyššímu hledisku, z něhož by dedukcí vyvozovala v jednotlivostech právní postavení věřitele, kterýž byl missus in possessionem, nedospěla dál než ke komentování praetorského ediktu, který vytkl určitá facta — podklady žalob in factum, a tak kasuisticky a jen nepřímou upravoval právní postavení zmíněného věřitele. Všeobecná povinnost k dobré správě nebyla konstruována, ale naopak »špatná správa« jest rozložena na řadu skutečností: nepronajati nebo neprodání plodů, nevydání plodů, zhoršení stavu majetku, jež jsou podkladem žaloby in factum, a dokonce poslední skutečnost, zhoršení majetku, jest podkladem žaloby in factum jen v pojetí jako delikt. Jak jinak, s jakou soustředěností a bez kasuistiky konstruovala římská pravověda právní postavení zástavního věřitele. Na podkladě prostých slov ediktu resp. formule zást. žaloby in factum »eamque rem A° A° redditam non esse« a později na podkladě kontraktní bona fides vypracovala římská pravověda s jednotného hlediska právní postavení zást. věřitele, jmenovitě mimo jiné i jeho zodpovědnost za dolus a culpa. Tuto zodpovědnost ne-li odvodila, tož alespoň vysvětlovala vyšším principem vzájemného zájmu obou kontrahentů;² to jasně vyplývá z Gaiova fragmentu D. 13, 6, 18, pr. »si utriusque (gratia commodata sit res) videndum est, ne et culpa praestanda sit... sicut in rebus pignori datis«; a ve stejném smyslu bylo by rekonstruovati text Just. Institucí 3, 14, 4, »sed quia utriusque gratia datur, et debitoris... et creditoris... placuit (creditorum culpae nomine, id est desidiae atque neglegentiae, teneri)«. Z uvedeného vyplývá, že jest metodicky nesprávné činiti analogické závěry z právního postavení věřitele, jenž byl missus in possessionem, na postavení zástavního věřitele; tak činí na př. Haymann,⁴ jenž vyvozuje zodpovědnost, dle něho na dolus obmezenou, zástavního věřitele též z toho, že věřitel, missus in possessionem, ručí

¹) Srv. De Francisci, Studii s. azioni penali, 78; Vážný, Actiones poenales, 58.

²) Srv. též Kübler, Das Utilitätsprinzip, Sonderabdruck, str. 38.

³) Arg. § 3. Rekonstrukce ovšem nemá býti věrným sestrojením původního textu, nýbrž jen názorným obrazem původní myšlenky.

⁴) Z. S. S. 40, 222 a násl.

za dolus. Jenže tento »neručí« za dolus, nýbrž jeho dolosní poškození jest praetorským deliktem.¹

A jako není přípustná analogie právě uvedená, tak stejně není možná analogie mezi zást. věřitelem a fiduciárním věřitelem v otázce zodpovědnosti. Věřitel, obdrževší vlastnictví k účelu zástavnímu, podléhal žalobě z fiducie a infamii jen tehdy, dopustil-li se zlomyslného porušení úmluvy fiduciární, bylo-li mu možno přičísti dolus a fraus jako opak vyžadované bona fides.² Ručení, obmezené na dolus, vysvětluje nám v tomto případě infamia, s odsouzením spojená. Není tedy možno analogicky rozšířiti stejné ručení i na zástavního věřitele, který obdržel pignus.³ Bezprostředních a původních textů o ručení fiduciárního věřitele nemáme; nicméně i v kompilaci Just. byly Lenelem⁴ objeveny různé texty, vztahující se na pignus, které původně jednaly o fiducii. Jedním z nich, pro naši otázku dosti zajímavým jest Ulpianův fragment ad edictum D. 13, 7, 22, pr., který však bude rozebrán až v další souvislosti.

Viděli jsme, že zástavnímu věřiteli byla přiznána žalobní legitimace k actio furti a to z toho důvodu, že »eius interest pignus habere« (D. 47, 2, 12, 2). Bylo též ukázáno a vyvozeno z hojného materiálu pramenů, že zást. věřiteli bylo uloženo kontraktní ručení za culpa. Z toho vyplývá, že při ukradení věci následkem nedbalosti zást. věřitele přistupoval ke zmíněnému důvodu jeho legitimace k actio furti ještě jeden důvod: jeho ručení zástavci za ukradení. Prameny přesně rozlišují tento dvojí právní zájem zástavního věřitele: Stačí citovati Ulpianův fragment D. 47, 2, 14, 6: Idem (Papinianus) scribit, si cum mihi decem deberentur, servus pignori datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum subripiatur: nam si culpa mea, quia interest, eo quod teneor pigneraticia actione, agere potero. quod si culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditoris non competit. Nebudeme se zde podrobně zabývatí otázkou, jak byl římskou pravovědou určován kvantitativně právní zájem zástavního věřitele na existenci zástavy.⁵ Zdá se, že podle převládajícího mínění byl tento zájem oceňován výši pojištěné pohledávky (D. 47, 2, 14, 5 Papinian, D. 47, 2, 46, 4 Ulpian),

¹) Ohledně různých problémů této trestní žaloby srv. mé Actiones poenales, str. 58, 67, 101 a lit. tam uvedenou.

²) Mitteis, Röm. Privatrecht, 325, který vystihl a prokázal, že podle starého principu římského při všech žalobách infamujících přicházelo v úvahu jen ručení za dolus a fraus jako opak vyžadované bona fides. Srv. též Rotondi, La misura della responsabilità nel »actio fiduciae«, Scritti giuridici, II., 154, pozn. 2.

³) Jinak Haymann, Z. S. S. 222 a násl.

⁴) Lenel, Quellenforschungen in den Ediktcommentaren, I. zur actio fiduciae, Z. S. S. 3, 104 a násl.

⁵) Srv. Kniep, cit. str. 473 a násl.

kdežto Paulus zastával, že creditoris actio furti in summam pignoris, non debiti competit (D. 47, 2, 88 (87), srv. D. 47, 2, 15 pr.). Jisto ale bylo, že jakmile se dostalo věřiteli výtěžkem žaloby z furta (spáchaného třeba jen ohledně jedné zástavy) obnosu pojištěné pohledávky, přestával jeho zájem zástavní a tedy i legitimace k actio furti (ohledně nového furta nebo ohledně furta druhé zástavy). Ale tu byla činěna výhrada: ač-li toto nové furtum nebylo spácháno jeho zaviněním a tím nezavdalo příčiny k jeho kontraktnímu ručení. V tomto případě byl neobmezeně legitimován k žalobě z furta, podléhaje sám žalobě actio pigneraticia. Vše to jest nesmírně logické a není příčiny shledávati tu režim justiniánský.¹

Jinak tomu bylo u fiducie. Náleží sem Ulpianův text D. 13, 7, 22 pr.

Si pignore subrepto (Ulpianus: fiducia subrepta) furti egerit creditor, totum quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur, et est verum, etiam si culpa creditoris furtum factum sit.

V textu našem jest řečeno, že fiduciární věřitel má započítati výtěžek actionis furti do své pojištěné pohledávky, třebaže furtum bylo spácháno jeho vinou. Tato koncesivní věta byla by ovšem nemožná ohledně pignus. Poznali jsme právě, že v případě své viny měl zástavní věřitel výhradně a neobmezeně actio furti, nehledě k tomu, měli-li na existenci zástavy jistotový zájem, čili nic; důvodem jeho actio bylo pouze jeho ručení zástavci za ukradení věci, výtěžek této actio furti se tedy nezapočítával do pojištěné pohledávky — aspoň myslím, že jsme oprávněni to vyvozovati z všeobecných principů. Mluvili se o započtení výtěžku actionis furti do pojištěné pohledávky, vždycky se myslí na actio furti, jejímž důvodem byl pouze zájem jistotový na existenci zástavy. I v našem případě tedy jedná se o actio furti fiduciárního věřitele, zakládající se na jeho jistotovém zájmu na existenci fiducie. On jest sice vlastník, ale i vlastníkově nepříslušla actio furti jinak, než v případě jeho právního zájmu (Gaius I. 3, 203). Zde tedy fiduciární věřitel — vlastník žaluje žalobou z furta, maje právní zájem na existenci ukradené věci jako na své jistotě pro pojištěnou pohledávku. A tu se ptáme: zda by mohl i fiduciární věřitel žalovati actione furti i mimo svůj zájem jistotový na základě jiného právního zájmu, vyplývajícího z jeho event. ručení za krádež jakožto skutečnost, jím zaviněnou. A tu právě věta »etiamsi culpa creditoris furtum factum sit« nám odpovídá, že nikoli. I když bylo furtum spácháno vinou fiduciárního věřitele, jest povinen výtěžek actionis furti započítati do své pojištěné pohledávky, což jest důkazem toho, že za furtum ani v případě svého zavinění neručí. A stačí nyní uvědomiti si,

¹) Z různých hledisek považují výhradu o zavinění »hoc ita si culpa...« za interpolovanou jednak Haymann, jednak Schulz; první vycházejí z toho, že zástavní věřitel ručil jen za dolus (Z. S. S. 40, 228), druhý zastává, že zást. věřitel ručil za custodiam (Z. S. S. 32, 54).

že fiduciární věřitel neručil za culpou, ale jen za dolus, abychom se přesvědčili o naprosté důslednosti a logické síle textu právě rozebíraného. Tyto právní důsledky, vyplývající z právní struktury fiduciárního převodu vlastnického k účelům zástavním, nesmíme ovšem přenášeti na právní poměr zástavy ruční (pignus).

Nyní ještě pouze několik poznámek k pokračování textu. Práví se dále, že totéž platí tím spíše o výtěžku kondikce. Naprosto logické, uvážíme-li, že fiduciární věřitel jest vlastník a jako takový že jest legitimován i ke *condictio furtiva*. Ze stanoviska práva justiniánského ovšem nutno vykládati slovo »*condictione*« spíše ve smyslu podobné kondikce, o níž se mluví v interpolovaném textě D. 13, 1, 12, 2, resp. D. 12, 1, 9, 1. Konečně v dalším kontextu se činí zmínka o případě, že sám dlužník ukradl fiducii: tu nemusí si fiduciární věřitel započísti do dluhu to, co vydobyl *actione furti* na dlužníkovi — a důvodem toho jest — jak jistě jsme oprávněni předpokládati — trestní povaha *actionis furti*. Předmět její jest trest pro *delinquent*, ať již jím jest *tertius* či *debitor*, a zajisté nebylo by trestem pro dlužníka, ukradnuvšího fiducii, kdyby zaplacením trestu chtěl se zbaviti pojištěného dluhu. Ohledně výtěžku kondikce náš text pro případ druhé eventuality nemluví. Ale považuji za jisté, že rozhodnutí klasického práva bylo, že výtěžek kondikce musí býti započten do pojištěné pohledávky.¹

Považuji tedy za prokázanou *thesi*, že právní poměr obligační, zvaný *pignus*, činil příjemce zástavy zodpovědným za *dolus* a *culpam*, nikoli však *custodiam*.

¹) Srv. Haymann, Z. S. S. 40, 230, Schulz, Z. S. S. 32, 58; zaujímající naprosto odchylné stanovisko, nevěnují ovšem textu větší pozornosti.

VI.

CUSTODIA PRODATELOVA.

Za východisko řešení této otázky považuji výklad *Ulpiana fragmentu ad Sabinum D. 47, 2, 14, pr.*:

Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit; quae sententia vera est, et ita et Julianus. et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.

Nechme zatím nepovšimnutu střední větu »*mandare... oportebit*«; z toho, co zbývá, vyplývá, že *Ulpian* schvaloval mínění *Celsova*, že při *furtu* prodané věci, před odevzdáním spáchaném, přísluší *actio furti* prodatelovi, nikoliv kupitelovi a za důvod této legitimace prodatelovy uváděl jeho *custodiam* ohledně prodané věci. Stačí si znovu uvést na paměť klasické místo *Gaiových Institucí* 3, 205—207, v nichž se uvádí legitimace *commodatáře* a *fullona* k *actio furti* v nejbližší vztah ku jejich ručení za *custodiam*, resp. vyloučení *depositáře* z legitimace k téže žalobě se odůvodňuje tím, že on neručí za *custodiam*, abychom se plně přesvědčili, že myšlenkový pochod znázorněný v cit. textu (věte první a třetí) odpovídá způsobu římského pravovědeckého usuzování. Do tohoto však vnáší střední věta »*mandare... oportebit*« něco rušivého, nebo aspoň neočekávaného; povinností prodatelovou jest přenést na kupitele *poenální* i *reipersekutorní* žaloby, z *furti* jemu vzešlé, resp. jestliže je sám uplatnil, výtěžek jejich. To jest opravdu nová myšlenka, neboť na dosavadních případech *custodiového* ručení jsme viděli, že aktivní legitimace *custodientova* k *actio furti* jest jemu náhradou za bezvýhradné ručení jeho za krádež svému kontrahentovi a o nějaké povinnosti jeho k *cessi* této žaloby nebylo řeči. V celku interpretován náš text opravňuje dle mého názoru k úsudku, že ona povinnost k *cessi* žalobní, resp. k vydání výtěžku žalobního se pojímá jako část rozsahu pojmu *custodia*. Jest jen otázka, jak si představuje autor, resp. zpracovatel cit. textu utvářený vztah *furti* k zavinění prodatelově. Na to

nalézám odpověď ne v cit. textě, ale v jiném místě justiniánské kompilace D. 18, 4, 21 in fine (Paulus XVI quaest.) et si vi deiectus vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit. nam si sine culpa desit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem, et sic aestimationem quoque: nam et aream tradere debet exusto aedificio. Z textu interpretovaného podle práva Justinianova vyplývá: byla-li ukradená prodaná věc (před tradicí) vinou prodatelovou, neosvobozuje se on od závazku a jest povinen platiti rem resp. aestimationem — byla-li ukradená bez viny prodatelovy, není on povinen k jinému, než ku cessi žalob, z furta mu vzházejících, resp. k vydání jejich výtěžku. Vidíme tedy, že mluvili se o povinnosti prodatelově k cessi nebo vydání výtěžku žalob z furta, předpokládá se, že k furtu došlo bez jeho zavinění a totéž musíme tedy předpokládati ve fragmentu D. 47, 2, 14 pr. Docházíme tedy k další konkluzi: Došlo-li ke krádeži prodané věci ještě u prodatele bez jeho zavinění, jest on povinen k cessi žalob, z furta jemu vzházejících, resp. k vydání výtěžku těchto žalob a důvodem této povinnosti jest jeho custodia ohledně prodané věci. To jest výklad citovaného místa se stanoviska práva justiniánského. Se stanoviska práva klasického ovšem nutno tento nový pojem custodie zamítnouti a prohlásiti střední větu od »mandare« až po »oportebit« za interpolovanou, tím spíše, že vyloučením jejím nalezneme ve zbývajícím kontextu výraz klasického, Gaiem dosvědčeného způsobu uvažování v otázce legitimace k actio furti a custodie. Právě tak přičteme kompilátorům v Paulově fragmentu D. 18, 4, 21 věty »nam si sine culpa... exusto aedificio«. Než vrátme se k právu justiniánskému, neboť teprve hlubším poznáním jeho dosahu získáme základ pro poznání práva klasického a spolehlivý podklad pro poznání interpolací.

Bylo již řečeno, že povinnost cesse žalob z furta resp. povinnost k vydání výtěžku žalobního tvoří část rozsahu (justiniánského) pojmu custodie. Nemůžeme tedy říci o venditoru, ručícím za custodii, že by ukradením věci, bez jeho viny vzešlým, zbavoval se definitivně závazku. On má v tomto případě další povinnost vymáhati (rozumí se, bez odkladu) trest a náhradu, aby mohl svého času odevzdati kupiteli výtěžek těchto žalob místo věci, resp. ihned postoupiti své právní prostředky kupiteli, aby sám si vydobyl aequivalent věci. Kdyby tak neučinil a tím zbavil kupitele aequivalentu, je zodpověden. Prameny se zvlášť obírají případem, že prodatel nemůže cedovati žaloby, ježto ani jemu — prodal věc cizí — nepřísluší. Má býti odsouzen quia si suam rem vendidisset potuisset eas actiones ad emptorem transferre (D. 18, 1, 35, 4).¹⁾ Rozumí se ovšem, že venditor,

¹⁾ Text jest interpolován. Právo justiniánské, zavedši ohledně prodatele, nezavinivšího ztrátu prodané věci, povinnost k cessi žalob, zavedlo i jeho ručení za nemožnost této cesse pro překážku v osobě povinného cedenta.

včas převedší své žaloby z furta na emptora, neručí za materiální výsledek jejich.¹⁾

Právo justiniánské tedy subsumuje pod pojem custodia též povinnost prodatelovu k cessi žalob, ze ztráty, na př. ukradení prodané věci, vzniklých. Ale tím se custodia venditorova nevyčerpává; tak se pouze projevuje custodia venditorova v tom případě, že on krádeže nezavinil. Jinak se projevuje — se stanoviska justiniánského práva — custodia venditora, resp. důsledek custodia u venditora, který krádež zavinil. Nejzávažnější díl pojmu custodie spočívá právě v souboru povinností, uložených prodatelovi, za účelem odvrácení krádeže a jiných důvodů ztráty prodané věci. Jemu jest uložena — podobně jako kommodatáři nebo conductoru věci movité — nejvyšší myslitelná míra pečlivosti v opatrování věci a tento závazek tvoří právě hlavní obsah jeho custodie. Dokladem toho jsou tato místa z pramenů:

D. 18, 6, 3 (Paulus ad Sab.) Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem quam in suis rebus adhiberet.

D. 18, 6, 2, 1 (Gaius cot. r.) Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna vit excusatum.

D. 39, 2, 18, 9 (Paulus ed.) dum venditoris custodia est, is... omnem diligentiam emptori praestare (debet).

D. 18, 6, 12 (Alfenus Varus II dig.) si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

Není to ovšem Gaius nebo Paulus, nebo Alfenus Varus, který tu ukládá prodateli nejvyšší možnou míru pečlivosti jako custodii, ale jest to Tribonian, a stačí tu v tomto směru poukázati na argumenty Seckelovy,²⁾ Schulzovy³⁾ a Haymannovy.⁴⁾ Můžeme tedy nyní vymeziti úplný smysl justiniánské custodie venditorovy na povinnost nejvyšší myslitelné péče ohledně opatrování věci a na povinnost přenést žaloby, okradením nebo poškozením věci vzniklé, resp. výtěžek těchto žalob na kupitele. Všimněme si nyní dalších textů, ve kterých se s pojmem tím operuje.

D. 47, 2, 81, pr. (Papinianus quaest.)

Si vendidero neque tradidero servum et is sine culpa mea subripiatur, magis est, ut mihi furti competat actio: et mea videtur interesse, quia dominium apud me fuit vel quoniam ad praestandas actiones teneor.

¹⁾ D. 19, 1, 31. O interpolaci tohoto textu srv. Beseler, III., 70.

²⁾ Heumanns Handlexikon ad custodia.

³⁾ Lusignan's Custodia Forschungen, str. 63, 85.

⁴⁾ Z. S. S. 307, 323, 345 a násl.

Stačí srovnat cit. text s textem, v čele této kapitoly uvedeným, aby chom nabyli přesvědčení, že důvodem aktivní legitimace prodávatele k actio furti bylo jeho ručení za custodiam. Ovšem ohledně otroků byla custodia vázána na určité podmínky, jak bylo v kapitole o custodiam kommodatářově uvedeno, a tudíž si vysvětlujeme, že byly Papinianem činěny určité výhrady nebo pronášeny určité pochybnosti, o kterých ovšem se již v textu nedovídáme ničeho až na slovo »magis«, které jest jakýmsi dokumentem pro tento výklad. Ale na každý způsob, ručil-li venditor v tomto případě za custodiam otroka, příslušela mu actio furti právě z tohoto důvodu. Kompilátoři to jsou, kteří odůvodňují aktivní legitimaci jeho k actio furti jedním z dvou stejně bezobsažných a bezvýrazných důvodů, z důvodu vlastnictví resp. vzhledem k povinnosti žalobní cesse. Že vlastnictví samo o sobě nebylo v právu klasickém postačujícím důvodem pro aktivní legitimaci k actio furti, víme bezpečně z Gaiových Institucí (3, 203 itaque [furti actio] nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire). Tu vidíme nesporný zásah kompilátorů, právě tak jako v dalším vel quoniam ad praestandas actiones teneor. Actio furti se uděluje venditorovi proto, že má ji postoupiti kupitelovi. To je věru doktrinářství, klasickým právníkům těžko přičitatelné, ale úplně vysvětlitelné u kompilátorů, kteří trvají na venditorově (nikoli emptorově) actio furti z důvodů jeho custodie, ale protože následky custodie rozštěpili podle toho, zda zavinil prodávatel furtum, nebo nezavinil, říkají, že má právní zájem na actio furti v prvním případě proto, že ručí za věc, resp. její hodnotu, v druhém případě proto, že ji — nebo její výtěžek — má postoupiti kupitelovi.¹

D. 43, 24, 11, 9 (Ulpianus ad ed.):

Plane si post venditionem fundi opus factum est, etsi ipse experiatur venditor, quia nondum traditio facta est, tamen ex empto actione emptori tenebitur: omne enim commodum et incommodum ad emptorem pertinere debet.

Pro bezprávné činy vi aut clam na prodávěném pozemku vykonané, příslušelo interdictionum quod vi aut clam až do doby odevzdání prodávatelovi, který však současně podléhal kupitelově actio empti. Ulpianus: tamen ex empto actione emptori tenebitur. Co jest předmětem této žaloby? A tu se stanoviska práva justiniánského myslím, že nutno rozoznávati: v případě vlastního zavinění prodávatele trval jeho závazek ohledně věci, resp. náhrady škody, v případě že bezprávný čin druhého nezavinil, byl povinen převésti žalobní prostředek, resp. — a to jest myšleno v našem textě, kde se mluví o »ipse experiatur« — vydati výtěžek vzneseného interdictionum. V právu klasickém tato druhá eventualita však zajisté neměla místa,

¹) Se stanoviska důkazu interpolace srv. na př. Haymann, Z. S. S. 40, 307 a násl.

neboť ručil-li venditor za custodiam, pak následky ručení nebyly závislé na otázce jeho zavinění.¹

D. 19, 1, 36 (Paulus ad Plautium): ... pars est custodiam diligentiamque hanc (sc. damni infecti) interponere stipulationem.

S pojmem custodie jako ručení za ztrátu resp. poškození jest absolutně neslučitelný úsudek, že požadovati stipulační slib pro škodu, hrozící ze sousedního vadného stavení, jest »pars custodiam«. Naproti tomu v právu justiniánském, kde custodiam praestare = omnem diligentiam praestare (D. 19, 1, 36, D. 39, 2, 38, pr.) jest plně odůvodněn úsudek, že v custodiam jest zahrnuto, tedy že jest částí custodie péče prodávatele o zřízení jmenované stipulace. Stejně ovšem mohli bychom říci, že i povinnost prodávatele, převésti žaloby z furta na kupitele, resp. vydati jemu výtěžek těchto žalob (srv. D. 47, 2, 14, pr.) jest »pars custodiam«.²

Poznali jsme, že prodávatel jest uložena v právu justiniánském custodiam jakožto povinnost zachovati nejvyšší myslitelnou pečlivost a opatrnost. Jest nyní zabývati se otázkou, zda i právo klasické ukládalo prodávatelovi custodiam a co jí rozumělo. Otázka jest dosti těžko řešitelná, jak ukazuje již nejednotnost výsledků moderního badání o custodiam. Jedni přisuzují prodávatelovi klasickou custodiam (Seckel,³ Schulz⁴), druzí (obzvláště Haymann,⁵ který pracuje na podkladě velikého materiálu pramenů a s celým systémem duchaplných argumentací, čerpaných daleko přes hranice vlastní custodie) opírají prodávatelovu custodiam. Nicméně přes tuto nejednotnost nebyla práce moderních badatelů o custodiam marnou. Nehledě k tomu, že vnesla hojně světla do chaotického stavu našich pramenů, z nichž na první pohled lze v naší otázce vyčísti všecko, co se komu líbí, přispěla tak dalece k poznání klasického práva, že načrtla v hlavních rysech dva možné způsoby řešení a seskupila pečlivě argumenty mluvící pro i proti.

Všeobecné právně-politické úvahy o účelnosti nebo neúčelnosti custodie venditorovy v prostředí klasického práva římského nepřispívají mnoho k řešení naší otázky; chápu sice odmítavé stanovisko Haymannovo⁶ tím spíše, že on jest horlivým propagátorem myšlenky, že i známé »periculum emptoris« jest interpolací. Ale uvažme, že naše znalosti klasického práva nejsou ještě ve všem spolehlivé, že event. ještě mnohé neznáme, co by mohlo osvětliti custodiam venditorovu. Budeme se tedy opíratí především

¹) K tomuto místu se ještě se stanoviska práva klasického vrátíme a uvedeme literaturu, k němu se vztahující.

²) Také k tomuto místu se vrátíme.

³) Heumanns Handlexikon ad custodiam.

⁴) Lusignan's Custodia Forschungen, 44 a násl., Z. S. S. 32, 71.

⁵) Z. S. S. 40, 254—350.

⁶) Z. S. S. 40, 254 a násl.

o bohatý materiál pramenů a o to, co považujeme za pravou podstatu práva Justinianova; vědouce, že zákonodárná technika Justinianova, interpolace, dávají nám často vytušiti, nejsouce vždycky důsledně provedeny, původní stav práva klasického, budeme zjišťovati, zda ten který text může býti interpretován též jinak než se stanoviska práva Justinianova a jakým způsobem.

Důležitý text Ulpianův, pro otázku klasické custodie zásadního významu, byl již citován v čele této kapitoly a považují za nutné znovu naň poukázati. Uvedl jsem již dříve, že zbaven jsa střední věty o povinnosti prodatelově převésti žaloby z furta, resp. jejich výtěžek, dokumentuje náš text klasicky custodii prodatelovu, že tedy nutno považovati střední větu za kompilátorskou vsuvku, která ovšem rázem změnila význam textu. Též Schulz¹ považuje text za východisko badání o klasické custodii a považuje jej za interpolován, ale ne ohledně celé střední věty, mluvící o cessi žalob z furta, kondikce a vindikace, nýbrž jen ohledně slov »furti actionem«. Schulz však přehlíží, že zbývající »mandare eum plane oportebit emptori... conditionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare emptori oportebit« ve spojení se závěrečnými slovy »dummodo custodiam venditor aut traditionem praestet« znamená, že zmíněná povinnost k cessi nebo vydání jest důsledkem custodie, což jest se stanoviska práva Justinianova správné (viz shora), ale se stanoviska práva klasického nemožné; důsledkem klasické custodie bylo přece bezvýhradné kontraktní ručení v případě furta nebo podobných událostí a ne cesse rei persekutorních žalob; naproti tomu v právu justiniánském jest důsledkem custodie (kromě všeobecné povinnosti nejpečlivěji opatrovati) i povinnost vydobývati žaloby z nezaviněného furta nebo jiných událostí podobných plynoucí a vydati výtěžek, resp. ihned je cedovati právě tak, jako vyžádati si stipulační slib damni infecti jest pars custodiae (D. 19, 1, 36). Klasický text tedy zněl takto: Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. quae sententia vera est, et ita et Julianus. et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.² Smysl této poslední věty jest: nebezpečí nahodilé zkázy nese sice kupec, avšak prodatel ručí před odevzdáním za ukradení věci (= hlavní případ custodie).

K této myšlence logicky se pojí pokračování:

¹) Z. S. S. 32, 71 a násl.

²) Tuze daleko jde Beseler, který škrtná nejen větu o cessi žalob, ale i závěrečné odůvodnění custodií. Není tedy třeba uchýlovati se k opravě poslední věty našeho textu, jako činí na př. Schulz, Lusignan's Custodia Forschungen, Sonderabdruck, str. 66, který větu rekonstruuje takto: et sane periculum rei ad venditorem pertinet, dummodo... Též jiné námitky, jež činí Haymann, Z. S. S. 40, 304, nepovažují za opodstatněné; správně ale obrací se tento autor vůči povinnosti převodní, textem normované.

Adeo autem emptor ante traditionem furti non habet actionem, ut sit quaesitum, an ipse subripiendo rem emptor furti teneatur.

Actio furti přísluší před tradicí prodatelovi, poněvadž ručí za custodii prodané věci, nikoli kupiteli. Do té míry jest vyloučen tento z aktivní legitimace k actio furti, že vůbec mohla vzniknouti otázka, zda on sám, odejme-li prodatel věc, podléhá prodatelově actio furti. Nenahlížím, že by tento úvod nápadně postrádal logiky, jak tvrdí Haymann,¹ naopak.

Předpokládáme-li úsudek, že kupiteli nepřislušela actio furti před odevzdáním věci, plyne logicky z této praemissy další úsudek: ba dokonce může za určité situace kupitel sám podléhati prodatelově actio furti jako žalovaný. Naproti tomu k úsudku, že též kupiteli příslušela actio furti před odevzdáním zboží, nemůže býti připojen úsudek o možné pasivní legitimaci téhož kupitele k této žalobě nikdy jako logický důsledek, nýbrž jako jakási anomalie, nepravidelnost, čehož důkazem jest fragm. D. 47, 2, 12, 2, v němž Ulpian ohledně zást. věřitele legitimovaného jednou aktivně, jednou pasivně k actio furti výslovně konstatuje jako zvláštnost »et sic fit, ut [non] (Mommsen nonnumquam) teneatur furti et agat«.² Tedy cit. úvod jest zcela logicky připojen k myšlence, že kupiteli nepřisluší actio furti. A nyní nacházíme v pramenech následující rozřešení nadhozené otázky:

Et Julianus libro vicensimo tertio digestorum scribit: si emptor rem, cuius custodiam venditorem praestare oportebat, soluto pretio subriperit, furti actione non tenetur. Plane si antequam pecuniam solveret, rem subtraxerit, furti actione teneri, perinde ac si pignus subtraxisset.

Z Ulpianova-Julianova textu vyplývá: Důvodem venditorovy actio furti jest dvojí: ručení za custodii a zájem jistotový. Odňal-li věc prodatel sám kupitel, pak ovšem takové odcizení nezakládá ručení za custodii a není

¹) Z. S. S. 40, 305.

²) Avšak zde jest situace zcela jiná. Zástavnímu věřiteli příslušela actio furti ohledně obnosu pojištěné pohledávky, vlastníku zástavy pouze ohledně zbytku hodnoty (Ulpianus D. 47, 2, 46, 4). Pokud se týče první actio furti, této podléhal i sám zástavce; pokud šlo o nekrytou dosud hodnotu pohledávky, zástavou pojištěné, byl při ukradení věci zásadně aktivně legitimován jen zástavní věřitel, v tomto oboru zástavce nemohl býti, leč pasivně legitimován. Jen pokud šlo o takové ukradení zástavy, jež se nedotýkalo zájmů zástavního věřitele jako takového, tedy ohledně hodnoty zástavy, převyšující pojištěnou pohledávku, nebo šlo-li o opětné ukradení zástavy, když již byl zástavní věřitel při dřívějším ukradení actione furti vyloučen obnos pojištěné pohledávky, byl zástavce aktivně legitimován, ale bylo vyloučeno, že by mohl býti pasivně legitimován. Krátce: actio furti zást. věřitele, při níž může event. i sám zástavce-vlastník býti pasivně legitimován, a actio furti zástavce-vlastníka jsou dva obory právní, přesně od sebe ohraničené. Haymann sice přesně ohraničuje obor prodatelovy actio furti — tržní cena — a kupitelovy actio furti — interesse — ale nemá pro svou these dokladů, jmenovitě takových, jež právě uvedeny ohledně zástavního věřitele. Jediný jeho text Pauli Sent. II., 31, 17 jest asi změněn, jak bude ukázáno. Z. S. S., 40, 275.

tedy v tom směru prodávatel již na *actio furti* interesován; ale on může mít na ní zájem jistotový jako zástavní věřitel na zástavě, a tomu jest tak, jestliže ještě kupitel mu nezaplatil tržní cenu. Zaplatil-li, pak mizí i tento zájem prodávatelův na *actio furti*, ta mu nepřísluší. Zajímavá jest v textu právě vsuvka »*cuius custodiam venditorem praestare oportebat*«, jejíž smysl (ne ovšem slovný překlad) jest: třebaže jinak byl zodpověden za *custodiam* prodané věci.

Považují tedy za nesporný důsledek textů, právě vyložených, že prodávatel ručil v právu klasickém až po dobu odevzdání za *custodiam*. Než vyskytují se v kompilaci dva texty, navazující povinnost, ručení za *custodiam*, na smluvní převzetí tohoto ručení prodávatelem.

D. 18, 1, 35, 4 (Gaius ad edictum provinciale):

Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et conditionem exhibeat emptori.

I. 3, 23, 3a: *Quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit. idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus. utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debebit emptori, quia sane, qui rem nondum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. idem iuris est etiam de furti et de damni iniuriae actione.*

Odpor mezi texty, právě citovanými a mezi Ulpianovými fragmenty, dříve uvedenými, nedá se žádnými prostředky interpretačními vyrovnati. Byla by ovšem na první pohled dosti možnou domněnka, že smluvená *custodia venditorova*, dosvědčená ještě Gaiem, se proměnila dalším vývojem, Ulpianem dokumentovaným, v *custodiam* zákonnou. Avšak uchýliti se k této domněnce nám brání poznatek, čerpaný z Ulpiana D. 47, 2, 14 pr., že již Celsus a souhlasně i Julian přisuzovali *actio furti* bezvýhradně prodávateli, tedy bez ohledu na to, zda on smluvně vzal na se *custodiam*, čili nic, pročez pak Ulpian přidává k rozhodnutí Celsovu i Julianovu pouze odůvodnění, že ona bezvýhradná aktivní legitimace prodávatela k *actio furti* má svůj důvod v jeho *custodiam*. Zbývá tedy jediná možnost: odpor mezi uvedenými skupinami textů vznikl interpolací. To jest též stanovisko moderní vědy, která se ovšem naprosto rozchází v posuzování dosahu a významu interpolace. Lusignani¹ zastával, že kompilátoři zamýšleli in-

terpolací Gaiova textu D. 18, 1, 35, 4 zdůrazniti, že *pactum custodiae* má za následek ručení za *casus minor*, tedy obzvláště za *furtum*; podobně zamýšleli dle Lusignaniho kompilátoři interpolací cit. místa Institucí, vloživše »aut subreptus fuerit«. Schulz ve své kritice Lusignaniho spisu zastává, že původní smysl cit. místa Gaiova byl tento: nebylo-li nic jiného umluveno, ručí prodávatel za *custodiam*, tedy bezpodmínečně za *furtum*, jenom při *casus maior securus esse debet*. Ohledně textu Institucí soudí Schulz, že *pactum* se vztahovalo původně jen na »*fuga servi*«, která dle jeho názoru nebyla normálně v *custodiam* zahrnuta. Věcně s ním souhlasí i Beseler,¹ který oba cit. fragmenty považuje v celém rozsahu za interpolované. Konečně i Haymann,² který ostatně stojí na opačném stanovisku, nežli Schulz, vylučuje zákonnou *custodiam venditorovu*, považuje přes to oba texty za interpolované a uvádí mimo jiné, že kompilátorům náleží zavedení povinnosti *cesse* žalobní jakožto důsledek jimi zavedené zásady o *periculum emptoris*, dále, že rovněž kompilátoři a nikoliv právníci klasičtí, shrnují v jedno právnícké řešení *furtum* a *fugam servi*.³ Jak vidno, velmi mnoho názorů a způsobů řešení odporu mezi uvedenými skupinami textů, žádný však nám nedává uspokojující odpověď o významu cit. míst pro právo klasické; vědecká kritika byla v tomto případě více destruktivní než konstruktivní.

Dle mého názoru nutno hledati východisko interpretace obou textů, stylisticky příbuzných (»*animadvertendum erit*« a pod.) v textu Institucí.⁴ Tam se dovídáme a to úplně spolehlivě, oč jde. Jedná se o řešení dvou skutečností, právnícky stejně řešitelných, totiž *furtum servi* a *fuga servi* při prodeji. Jest známo, že ohledně otroka *custodia* se nepředpokládala sama sebou, ale vyplývala z určitých okolností, konkrétně *custodiam* odůvodňujících a ovšem obzvláště též ze smluvního převzetí *custodie*. (Srovn. D. 13, 6, 5, 6). Text Institucí jest právě praegnantním vyjádřením této myšlenky⁵ a lze jej směle považovati za původní až po slova »*securus erit*«; další jest interpolací, neboť to, co praví Gaius ohledně prodeje otroka, nemohlo se vztahovati na prodej věci, u nichž bylo zákonné ručení za *custodiam* bezvýhradné. Vidíme tedy, že cit. místo Institucí, ovšem ve svém původním kontextu, úplně harmonicky se pojí k Ulpianovu fragmentu D. 47, 2, 14, pr. — 1. Jest ovšem otázka, jaký byl důvod interpolace věty »*idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus*«. Bylo přece již ukázáno, že kompilátoři tkví na zásadě bezvýhradné *custodie venditorovy*, kdežto citovanou větou by byli vztáhli *custodiam* jen na takového prodávatele, který

¹) Beiträge, III., 185, 189.

²) Z. S. S. 40, 314—319.

³) Jinak Levy, Konkurrenz, I., 410.

⁴) Podle Ferriniho, B. J. d. r. 13, 179, byl cit. text Institucí čerpan z Gaia.

⁵) Správně Levy, Konkurrenz, I., 409.

¹) Srv. Schulz, Lusignanis Custodia Forschungen, 69, 70.

smluvně převzal toto ručení, ať jde o jakoukoli věc. K této přirozené námitce odpovídám toto. Custodia, kterou tu ukládají kompilátoři prodávající výslovně ji přejavšimu, znamená v tomto případě bezvýhradné ručení za krádež nebo útěk; normálně ručí v právu justiniánském prodávatel za tyto události jen, lze-li mu je přičísti k vině, která jest tu ovšem rozšířena až na zanedbání nejvyšší míry péče řádného hospodáře; úmluvou může převzít prodávatel ručení za tyto události bez ohledu na zavinění. Nutno tedy se stanoviska práva Justinianova interpretovati text Institucí takto: jestliže utekl otrok, který byl prodán, nebo jestliže byl ukraden, takže tu není ani dolus ani culpa (t. j. ani nejmenší zavinění) prodávatelova, nutno ještě hleděti k tomu, zda prodávatel převzal custodii ohledně toho¹ (t. j. riziko za tyto události) až do doby odevzdání... totéž platí ohledně živočichů i ohledně ostatních věcí.

Náš text jest tedy neobvykle cennou pomůckou i pro poznání justiniánské custodie. K pojmu justiniánské custodie, který jsme již dříve poznali, přistupuje další poznatek: prodávatel, ručící za nejvyšší míru pečlivosti u hlídání prodané věci, ručí *bezvýhradně* za furtum nebo jiné, výslovně uvedené okolnosti, jestliže takové ručení vzal úmluvou na sebe. Zcela totéž, co jsme poznali, studující ručení majitelů skladů: i ti ručili v právu justiniánském za nejvyšší míru pečlivosti (normální justiniánská custodia), ale úmluvou mohli převzít ještě »vyšší« custodii, na př. bezvýhradné ručení za vyloupení skladů. Považuji tedy cit. text Institucí za harmonickou součást jak práva klasického (zbavili se interpolací, celkem zdánlivě skrovných, ale velevýznamných), tak i práva justiniánského.

Na základě uvedené interpretace cit. textu Institucí můžeme přikročiti k výkladu druhého textu, Gaiova fragmentu D. 18, 1, 35, 4, který jest ovšem daleko více interpolován, než text Institucí, a tudíž ještě srozumitelněji dokumentuje skutečný význam a dosah práva justiniánského. Nebylo-li nic jiného umluveno o ručení ohledně prodané věci, tedy nebylo-li umluveno, »jaká« custodia jest prodávajícímu uložena, zda diligentia in custodiendo, či ještě větší riziko a jaké, ručí prodávatel za takovou custodii, tedy za takovou péči, jakou věnuje řádný hospodář svým věcem. Zachoval-li tuto pečlivost a přece věc ztratil, na př. furtem, není za tuto okolnost zodpověden a má pouze povinnost převésti na kupitele žaloby, jemu z dotyčné události vzcházející, za něž ovšem vzhledem k D. 47, 2, 14, pr. nutno považovati v případě furta nejen vindikaci nebo kondikci, ale i poenalní

¹) V původním kontextu »eius« značilo ovšem »hominis«. Se stanoviska práva justiniánského však není překážky, interpretovati slovo »eius« jako »fugae aut furti« (události, o kterou se jedná). Argum. D. 19, 2, 55, pr., kdež slova »custodiam eorum« nutno interpretovati jako ručení za události v textu uvedené: vloupání vypáčením (effractura) nebo vyloupení. Srv. kapitulu o custodii při nájmu věci.

actio furti.¹ Argumento a contr. pak z textu vyplývá pro právo justiniánské ten důsledek, že nutno přihlížeti především ku zvláštní úmluvě custodie, jejíž praktická účinnost spočívá v tom, že prodávatel může převzít bezpodmínečně riziko za určité události — jaké, viděli jsme v cit. textu Institucí, tedy na př. furtum, útěk a pod.² O významu našeho textu pro právo klasické jest takřka nemožno pronést určitý úsudek. Máme tu jeden z četných fragmentů, pocházejících téměř úplně od kompilátorů, zanechávajících z původní struktury sotva několik slov. Tak klasické jest asi »prius animadvertendum est«,³ zřejmě upomínající na dříve cit. místo Institucí, jež — myslím — právem považujeme v celé první části za původní a odvozené z Gaia. Jestliže tedy jednalo se o furtum prodané věci a šlo při tom o otázku ručení prodávatelova, právní rozhodnutí pak bylo zahájeno slovy »prius animadvertendum est«, myslím, že jest oprávněna domněnka, zastávaná ostatně již Lusignanem, že skutkový podklad rozhodování byl speciálnější, že se nejednalo všeobecně o »res«, ale o otroka a že šlo, podobně jako v paralelním místě Institucí, o právní následky jeho útěku nebo furta pro ručení prodávatelovo. Klasické rozhodnutí pak bylo zajisté to, jež jsme odvodili z cit. místa Institucí, kde bylo možno pod lehkým nánosem vrstvy kompilatorské nalézt původní rozhodnutí; z našeho textu sama o sobě bychom je již těžko mohli odvoditi. Šlo-li o prodej otroka, ručil prodávatel až do odevzdání podle klas. práva za custodii (a tím na př. za útěk nebo ukradení) jen, byla-li ze zvláštních okolností custodia předpokládána nebo výslovně vymíněna. Differencování: nepřevzetí, převzetí custodie, významného v klasickém právu jen při prodeji otroků, použili kompilátoři k jinému účelu, aby totiž od něho učinili odvislým, zda prodávatel ručí za normální diligentiam boni patris familias in custodiendo, či ručí i za něco vyššího, za určitou událost bez ohledu na zavinění a byli tedy nuceni výslovně konstatovati, že třídění, jež znalo právo klasické při prodeji otroků, má význam při prodeji jakékoli věci. To konstatovali kompilátoři ve fragmentu Institucí 3, 23, 3a) interpolovanou větou »idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus«, v našem textě pak ještě jednodušeji tím, že změnili resp. zevšeobecnilo hned skutkovou podstatu Gaiova rozhodnutí.

Do naší souvislosti náleží též konec zajímavého fragmentu Paulova (XVI. quaest.) D. 18, 4, 21:

¹) Že kompilátoři nezmiňují se tu též o cessi actionis furti, vysvětluje se dle mého názoru přirozeně tím, že v předcházejícím kontextu není vůbec řeči o furtu, nýbrž prostě o ztrátě věci.

²) O významu poslední části rozebíraného fragmentu, jednající o nemožnosti cesse pro překážky, v osobě povinného cedentů se vyskytnuvší, bylo již dříve jednáno.

³) Slovo »animadvertere« jest často užíváno v Gaiových Institucích. Srv. Vassalli, Vocabulario ad animadvertere.

Quid si rem quam vendidi alio possidente petii et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo, an rem? utique rem, non enim actiones, red rem praestare debeo: et si vi deiectus vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit. nam si sine culpa desit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem, et sic aestimationem quoque: nam et aream tradere debet exusto aedificio.

Otázka, formulovaná první větou cit. výňatku, jest paralelní s otázkou, kterou začíná dlouhý, zde v celém rozsahu neuvedený fragment Paulův: venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit: quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat. Nehledíme-li k distinkcím »et quidem si... debebit«, jež právem považuje Haymann¹ za pozdější vsuvky, docházíme k tomu, že stipulací bylo zahrnuto plnění věc in natura; jen v té případnosti, že stipulace dědictvá má býti vykládaána tak, že má dědic plniti kupiteli dědictví vše, čeho by získal jakožto gestor kupitelův (na př. prodejem věci dědictvé), má býti ve stipulaci zahrnuta cena věci. Naproti tomu při prodeji jednotlivé věci jest dle samozřejmého rozhodnutí Paulova předmětem plnění prodávatele věc in natura, nikoli snad cena, kterou obdržel prodávatel dalším prodejem věci nebo litis aestimatione od odsouzeného držitele věci. Proto náleží výhradně jemu i peněžité trest, vydobytý na držiteli, který deliktem, na př. furtem došmohl se držby. Až potud jsou úvahy Paulovy potvrzením these, že prodávatel ručil za custodii prodané věci až po dobu odevzdání a důsledkem toho byl on jediný aktivně legitimován k trestním i reipersekutorním žalobám, prodané věci se týkajícím. Potvrzení jest tím cennější, že se nachází v souvislosti, v níž Paulus se nezabýval ex professo custodií, jako je tomu v textě Ulpianově D. 47, 2, 14, pr., nýbrž, že místo tvoří jen paralelu, zvořenou Paulem k lepšímu znázornění jiné, zásadně jej zajímající otázky, totiž ručení prodávatele dědictví. Uvedené právnické úvahy Paulovy, rozvinující se od jednoduššího ku složitějšímu, od původní skutkové podstaty k analogickým skutkovým podstatám logicky a přirozeně, jsou však náhle formálně pokazeny a co do své logické síly značně zeslabeny závěrem »nam si sine culpa...« Jest to hrubý přechod k něčemu novému, z padesáti procent popírajícímu to, co bylo právě řečeno. Při nejmenším bychom očekávali před touto novou myšlenkou jakýsi formální přechod asi tohoto druhu: hoc ita, si culpa desit detinere venditor. nam si sine culpa...« Ale takový, formálně nezbytný přechod tu není, takže již z tohoto důvodu právem máme podezření, že autorem tohoto závěru byl neznámý kompilátor, který nemyšlil se náležitě do slohové struktury předcházejícího kontextu Paulova, že mu šlo hlavně o věc, nikoli o kla-

¹) Z. S. S. 40, 322.

sickou formu; a jest všeobecně známo, že takovýmto hrubým, slohovou jednotu porušujícím zasáhnutím velmi často se prozrazují interpolace. Věcně jest myšlenka v nepřeklenutelném odporu s tím, co jsme na základě spolehlivých textů poznali o ručení prodávatelově; normuje se tu povinnost prodávatele, ztratitějšího věc bez vlastního zavinění, jako povinnost cesse a viděli jsme, že ono rozdvojení následků ručení prodávatele na úplnou náhradu škody v případě zavinění a na povinnost cesse v případě nezaviněné ztráty jest novotou práva justiniánského. Tedy i náš text potvrzuje tuto thesi, neboť interpolace jeho závěru po stránce formální jest evidentní, ale i po stránce věcné obsahuje četné závady a stačí poukázat na novější literaturu romanistickou, která jest jednomyslného názoru o interpolaci cit. závěru, třebaže se různí v oceňování důsledků interpolace a v pokusech původní rekonstrukce.¹ Dle mého názoru jednalo se v interpolovaném závěru v původním znění o účincích t. zv. vis maior. Zda a jak se v tomto případě projevovalo ručení prodávatelovo, to jest otázka, jejíž řešení nedotýká se již vlastní custodie, ale samostatného problému periculum emptoris.²

Dále náleží do naší souvislosti Neratiův text z III. knihy membranarum D. 19, 1, 31, kompilátory až k nepoznání změněný:

Si ea res, quam ex empto praestare debebam, vi mihi adempta fuerit: quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit.

Již Lusignani prohlásil text za interpolovaný a projevil mimo jiné i mínění, že skutková podstata rozhodnutí byla daleko určitější, jmenovitě i co do předmětu smlouvy trhové, kterým nebyla všeobecně res, nýbrž otrok, jak vyplývá z pokračování fragmentu. Tuto domněnku, zastávanou i Haymannem³ považuji za velmi pravděpodobnou a domnívám se, že dokonce v cit. výňatku samém máme pro ni značnou oporu ve větě »quamvis eam custodire debuerim«, kterouž se naznačuje, že v tomto případě měl prodávatel zvláštní povinnost ke custodii; a jest známo, že právě ohledně otroků custodia nebyla samozřejmou, ale závisela od zvláštních konkrétních okolností resp. od smluvního převzetí. Jinak ovšem o rekonstrukci původního

¹) Srv. Schulz, Z. S. S. 32, 73, a jeho duchaplnou rekonstrukci původního textu, kterou však nepovažuji potud za správnou, že v dosahu custodie vylučují pro právo klasické jakoukoliv povinnost k cessi, nejen pokud se týče žalob poenálních, ale i pokud se týče reipersekutorních. Srv. dále velmi podrobné pojednání Haymannovo, Z. S. S. 40, 322 a násl., s jehož zásadní konkluzí z textu čerpanou arci nesouhlasím.

²) Srv. veliké moderní dílo Haymannovo Periculum emptoris, Z. S. S. 41, 44 a násl. K němu různé výhrady a kritické poznámky Rabelovy, Z. S. S. 42, Festgabe Lenel, str. 543 a n.

³) Z. S. S. 40, 330 a násl. Tam uvedena i ostatní literatura.

textu nemůže být řeči. Domnívám se, že smysl Neratiova fragmentu byl tento: byli násilně odvedeni (rapina) prodaný otrok, třebaže byl prodávatel (buď ze zvláštních okolností konkrétních, nebo ze smluvního převzetí) zavázán k jeho custodii, přece za tuto okolnost neručí. Není ovšem úplně jisto, zda »servum. vi adimere« zakládalo v klasickém právu vis maior; pakliže bychom se měli přiklonit k názoru, že to tvořilo událost, custodii zahrnutou, musili bychom rekonstruovat opačně: byli násilně odvedeni prodaný otrok, jestliže (Neratio: si) byl prodávatel (buď ze zvláštních okolností, nebo ze smluvního převzetí) zavázán k jeho custodii, ručí kupiteli za zmíněnou událost. První eventualitu považují podle struktury textu za pravděpodobnější. Pro právo justiniánské není již takového sporu a interpretace textu jest zcela bezpečná. Kompilátoři výslovně stanoví, že v jejich normálním pojmu custodie (= diligentia boni patris familias in custodiendo) ručení za vis (ohledně jakékoliv věci) není zahrnuto, což odůvodňují tím, že »custodia adversus vim parum proficit«, že však prodávatel jest v tomto případě povinen k cessi žalob »eius (scilicet rei) persecuendae«; tím se arci nemyslí pouze čisté »reipersekutorní« žaloby rei vindicatio a condictio, ale i actio vi bonorum raptorum, ba i actio furti, neboť jsou to žaloby, přecházející aktivně na dědice a tudíž i převoditelné singulární sukcesí, žaloby, o nichž praví kompilátoři, aby odůvodnili aktivní jich přechod na dědice, že »rei habent persecutionem«.¹ Nedostojí-li prodávatel této povinnosti ohledně cesse žalob, jest zodpověden.²

Jiný, kompilátory naprosto přepracovaný text, dokumentující významně justiniánskou custodii venditorovu, ale i pro právo klasické upotřebitelný, aspoň na základě hypotetických úsudků, jest Alfenův fragment z II. knihy digest D. 18, 6, 12.

Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? respondit, quia sine patris familias culpa fieri non potest neque, si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob rem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

Požár byl uznán v právu klasickém za typický důvod exkulpační, zbavující ručení každého kustodienta. Srv. D. 50, 17, 23 animalium casus mortisque... incendia... a nullo praestantur. Srv. D. 13, 6, 18, pr. a ohledně

¹) Srv. mé Actiones poenales, str. 66 a násl.; Perozzi, Istituzioni, II., 64, pozn. 2; Longo, Origine della successione particolare, B. J. d. r. 14, 127 a 224, 15, 283; Bonfante, Istituzioni, VII. ed. st. 69.

²) Glossa, vystihující znamenitě pravou podstatu práva justiniánského, poznamenává: ad Actiones: Sed quid tunc, cum cedere non possit? Resp. In hoc commisit culpam, et ita ad aestimationem veram tenetur.

prodeje jmenovitě Vat. 23 = C. 4, 48, 5 amissae rei (violentia ignis) periculum te non adstringet. Arcif mohl se odvolávat ten, kdo ručil za custodii, na uznání důvod exkulpační jen tehdy, jestliže dotyčné události sám nezavinil (srv. D. 13, 6, 5, 7) a totéž tedy platilo i o požáru. Tím byla tedy otázka ručení prodávatele za požár, poškodivší prodaný objekt, přenesena na otázku, zda on požár zavinil, čili nic. To byl smysl původního textu Alfenova. Kompilátoři zkomplikovali jednoduchý a přirozený text Alfenův takto. Kdežto Alfenus rozhodoval otázku ručení za požár podle toho, zda prodávatel jej zavinil, čili nic, kompilátoři ihned poznamenali, že požár se nemůže státi jinak, než nedbalostí obyvatelů domu, sine patris familias culpa fieri non potest; v dalším pak uvádějí, že nedbalost rodiny venditorovy resp. jeho otroků nezakládá ještě zodpovědnost venditorovu; prokáže-li on, že zachoval diligentiam in insula custodienda quam debent homines frugi et diligentes praestare, že za požár není zodpověden. Zase vidíme zjev, jež jsme shledali již při studiu custodie kommodatářovy. Prakticky zůstalo v platnosti i v kompilaci Justinianově to, co platilo v právu klasickém, jenomže theoretické roucho se změnilo. V právu klasickém nebyl požár částí ručení custodiového (jako furtum), naopak, a ručili se za požár, pak se zaň ručí z důvodu zavinění. V právu justiniánském custodia, přeměňvši se v diligentia in custodiendo, zahrnuje i ručení za požár, byli odvrátitelný nejvyšší péči řádného hospodáře.

Stejnou změnu doktrinální konstrukce, bez zvláště významných praktických důsledků provedenou, můžeme pozorovati v Labeonově-Paulově textu D. 19, 1, 54, kompilátory přepracovaném.

Labeo libro secundo pithanon. Si servus quem vendideras iussu tuo aliquid fecit et ex eo crus fregit, ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti, quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti, quod etiam non vendito servo imperaturus eras. Paulus: Minime. Nam si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, culpa tua id factum esse videbitur: puta enim eum fuisse servum qui per catadromum descendere aut in cloacam demitti solitus esset. idem iuris erit, si eam rem imperare solitus fueris, quam prudens et diligens pater familias imperaturus ei servo non fuerit. quid si hoc exceptum fuerit? tamen potest ei servo novam rem imperare... itaque tota ea res ad dolum malum dumtaxat et culpam venditoris dirigenda est.

Již Lusignani prohlásil text v druhé části, počínající slovy quid si hoc (?) exceptum fuerit? za interpolovaný a v tom následují jej bezvýhradně

¹) Srv. D. 1, 15, 3, 1... plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium. Správně vystihuje Haymann rozdíl mezi uvedeným empirickým konstatováním viny a všeobecným normováním viny v textě D. 18, 6, 12. Srv. Z. S. S. 40, 346.

Schulz a Haymann.¹ Každý z jmenovaných autorů však vyvozuje z textu jiné důsledky. Správný jest výklad Schulzův, že smrtelné poranění se právnicky pojímalo stejně, jako přirozená smrt, takže ručení prodatelovo mohlo tu býti odůvodněno jen jeho zaviněním. Doklad, Schulzem uváděný, totiž text Institucí 3, 23, 3 »si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit« možno ještě doplniti analogií s Ulpianovým textem D. 13, 6, 5, 7, kteráž jest tak samozřejmá a oprávněná, že bych považoval za zcela přípustno věcně a myšlenkově, předeslati před náš text větu »Sed interdum et mortis damnus ad eum qui commodatum rogavit (ad venditorem) pertinet«. Jedná se tedy v Labeonově-Paulově textu opět o týž problém, který byl v předchozím textu Alfena Vara rozebírán na jiném praktickém případě (požár), o otázku event. ručení venditora, ke custodii povinného, za některý typický důvod exkulpační (zde smrt). Odpověď byla ovšem táž, že za takový důvod se ručí jen v případě zavinění (tedy úvaha přešla z oboru custodie do oboru zavinění) a náš text právě ukazuje, v čem shleďoval takové zavinění Labeo a jak rozšířil a vědecky více vypracoval pojem zavinění Paulus. Se stanoviska práva justiniánského jest význam našeho textu stejný, jako předchozího textu Alfena Vara. Úvaha o ručení prodatelově za zmíněnou nehodu nevychází z oboru custodie, t. j. pečlivosti řádného hospodáře in custodiendo. Kdežto pro klasického právníka byla úvaha o ručení prodatelově za smrt, požár a pod. úvahou o zavinění, jest totéž pro byzantského právníka úvahou o custodii. Neboť klasická custodia byla bezvýhradné ručení za krádež, útěk a pod. s tou výhradou, že za určité, právem uznané důvody (smrt, požár atd.) se neručilo, leč v případě zavinění. Justinianská custodia jest diligentia boni p. f. in custodiendo a zahrnuje v sobě jak ručení za zaviněnou krádež, útěk a pod., tak za zaviněný požár, tělesný úraz a pod. V našem textě jest toto nazírání byzantské pravovědy mlčky zahrnuto (ne tak výslovně a zřejmě, jako v cit. textě Alfena Vara) ve větě »idem iuris, erit si eam rem imperare solitus fueris, quam prudens et diligens pater familias imperaturus ei servo non fuerit«. Jest jen otázka, zda kompilátoři prostě akceptovali tuto větu od Paula, v jehož souvislosti má arci poněkud jiný theoretický dosah, či sami jsou původci této věty. Přikloňoval bych se spíše k druhé eventualitě. Za to bych spíše považoval za klasickou poslední větu »itaque tota ea res ad dolum malum dumtaxat et culpam venditoris dirigenda est«, která se velmi přesně pojí k tomu, co zprvu kasuisticky byl pronesl Paulus a vystihuje náš problém přesně v intencích klasického práva.²

¹) Srv. Schulz, *Lusignanis Custodia Forschungen*, 56; Haymann, *Z. S. S.* 40, 260.

²) Nepovažuji za postačitelnu indicii interpolace věty, věcně i myšlenkově bezvadné, užití neobvyklého slova »dirigere«, které se v tomto smyslu vyskytuje pouze v jediném, a to interpolovaném textě D. 17, 2, 72. Haymann, *Z. S. S.* 40, 260. Neboť jest

Poněkud zvláštním způsobem bylo upraveno ručení prodatele vína. Prameny se zabývají zvláště dvěma typy prodeje vína, prodejem ad mensuram a prodejem per aversionem. O tomto bude pojednáno v následujícím odstavci v souvislosti s aversionálním prodejem vůbec, zde se budeme zabývatí prodejem ad mensuram. Jednalo se o prodej vína s výhradou vyměření. Někdo koupil nějaké množství vína za cenu, jež se určí vyměření množství vína na základě pevné jednotky cenové; nebo někdo koupil ze skladu určité množství vína ad mensuram tak, že teprve naměřením koupeného množství soustředí se koupené zboží na určitý individuální předmět.¹ Až do naměření vína ručil prodatel za custodii. O tom pojednává Ulpianus XXVIII. Sab. D. 18, 6, 1, 1:

sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet: priusquam enim admetiatur vinum prope quasi nondum venit: post mensuram factam venditoris desinit esse periculum: et ante mensuram liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras vel singula dolia.

Poněvadž »mensura« spadá normálně v jedno s odevzdáním, jak správně uvádí Haymann,² jest náš speciální případ potvrzením principu od zodpovědnosti prodatele za custodii až do odevzdání. Ovšem bylo by třeba očistiti citovaný fragment, abychom právě došli uvedeného smyslu, od různých nesrovnalostí: věty priusquam — venit a věty et ante mensuram — dolia, jak činí na př. Schulz.³ Jedná se nyní o důkaz interpolace; v tom směru nestačí poukazovati na to, že ty které věty jsou rušivým elementem klasické myšlenky, nýbrž nutno učiniti úsudek o interpolaci pravděpodobným i se stanoviska kompilátorů samých, naléztí motiv interpolace. V tom směru myslím, že Schulzovo řešení neuspokojuje. Jmenovaný autor vysvětluje interpolaci věty »priusquam admetiatur vinum, prope quasi nondum venit« tím, že kompilátoři užívají tu slova custodia ve smyslu ručení za náhodu a pojí tudíž kustodiové ručení právě tak, jako risiko vnitřního nahodilého zhoršení nebo zkázy s periodou imperfekce smlouvy. Než toto vysvětlení jest nesprávné, neboť jsou to právě kompilátoři, kteří vykládají

naproti tomu i to podivné, že slovo dirigere, je-li opravdu kompilatorským slovem, se vyskytuje tak málo v Digestech, kde přece měli kompilátoři, tak mnoho v materii zavinění interpolující, mnoho příležitosti použití toho slova. — O významu smrti jako důvodu exkulpačního srv. C. 4, 48, 6. Charakteristická jest stylisace »non ad venditorem, sed ad emptorem«, jíž jako by se chtělo vyjádřiti, že smrt (prodané otrokyně) jest událost, vystupující z rámce custodie, za kterou ručí prodatel, který přes to, že jest svého závazku prost, má nárok na tržní cenu. Dále D. 21, 2, 11, pr. K tomu poznámky Schulzovy, *Lusignanis Custodia Forschungen*, 49.

¹) Srv. Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, III., 7. vyd., str. 431, Bechmann, *Kauf* II. st. 232.

²) *Z. S. S.* 41, str. 103.

³) *Lusignanis Custodia Forschungen*, 75.

»custodiam ante admetiendi tempus« výslovně jakožto diligentiam v interpolovaném fragmentu D. 18, 6, 2, 1, což jest rozhodně něco jiného, než ručení za »náhodu«. Má pravdu sice Schulz v tom, že jest absurdní odůvodňovati custodii imperfekcí smlouvy, naopak, že custodia předpokládá perfektní koupi, ale to není ještě zjištěním motivu interpolace. Soudil bych proto, že interpolace má jiný dosah. Ulpian uvádí v předchozí souvislosti (l. 1 pr.), že kupitelovo riziko za vnitřní zhoršení vína může býti suspendováno, podrobili se prodatel kupitelovu okusení vína: usuzují tedy, že v dalším (v § 1, nás právě zajímavým) uváděl též právník v původním znění stejně, jako v D. 18, 1, 35, 7 Gaius, že též při prodeji ad mensuram jest odloženo periculum emptoris, a to až na dobu po vyměření.¹ Kompilátoři, chtějíce uložití prodatelí vína ad mensuram nejen riziko vnitřního zhoršení neb zkázy (ztrácí event. tržní cenu), ale i povinnost hraditi kupiteli úplné interesse, zavedli ku zhoršení neb zkáze příčinu nezachováním »plné« pečlivosti, uložili mu »custodii« a ponechali jinak původní text, který se dříve vztahoval na »periculum« venditoris, celkem beze změny. Tak došlo ke kuriosnímu spojení custodie venditorovy s imperfekcí smlouvy. Tuto opravdu jedinečnou konstrukci — jedinečnou dokonce v samé kompilaci — vysvětluje tedy dle mého názoru jednak uvedená genese textu, jednak to, že v našem případě custodia jest jen přístřením rizika (periculum) prodatelova, a to jest logicky spojeno s imperfekcí smlouvy. Je-li můj výklad fr. 1, § 1 D. 18, 6 správným, pak jest celý cit. text získán pro právo klasické — nehledě k záměně »custodiam« za původní »periculum« bylo by třeba provéstí jen několik stylistických retuší — a mimo to jest zjednána úplná harmonie tohoto textu s obecným učením klasických právníků o custodii prodatelově.

Dříve než přistoupíme k dalšímu studiu custodie v právních poměrech ohledně nemovitostí, všimněme si krátce případů, kdy prodatel neručil za custodii. Rozumí se samo sebou, že custodia mohla býti vyloučena úmluvou stran. Ale za určitých okolností byl prodatel prost ručení custodiového i bez výslovného smluvního vyloučení custodie.

Tak tomu bylo, odevzdali prodatel — ještě před vlastnickým převodem — kupiteli věc do prozatímní detence nájemní nebo odvolatelné držby prekaristické. O prvním případě praví Javolenus VII ex Cassio D. 18, 6, 17 toto:

Servi emptor si eum conductum rogavit, donec pretium solveret, nihil per eum servum acquirere poterit... periculum eius servi ad emptorem pertinet quod tamen sine dolo malo venditoris intervenit.

Vidíme tedy, že po odevzdání věci do nájemní detence kupitelovy neručil již prodatel za více, než za dolus.² Není ovšem správné, jestliže

¹) Jinak Schulz cit., Haymann, Z. S. S. 41, 99—118.

²) Je pravda ovšem, že v konkrétním případě šlo o koupi a prozatímní nájem otroka, ohledně něhož se custodia předpokládala jen za zvláštních okolností; ale jelikož se vy-

Haymann¹ odvozuje z tohoto textu zásadní ručení prodatelovo za dolus, neboť ručení za pouhý dolus, v našem případě normované, tvoří právě výjimku z principu o ručení za custodii, jak ještě budeme míti příležitost viděti; studující cautio damni infecti a interdictum quod vi aut clam. V pozdější souvislosti budou též citovány texty ohledně prekaristické držby kupitelovy.

Dalším případem vyloučení custodie byla koupě za úhrnou cenu (emptio per aversionem), u níž dle Modestinova textu V. reg. D. 18, 1, 62, 2 bylo rozhodnutí stejné, jako v případě hoření.

Res in aversione empta, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinebit, etiamsi res adsignata non sit.

Jenže vyvozovati z tohoto textu stejný důsledek, jaký byl odvozen z cit. textu Javolenova, naráží tu na překážky. Neboť textu, interpretovanému ve smyslu vyloučení custodie, odporují jednak Gaius D. 18, 1, 35, 5... si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum quantumque esset uno pretio² venierit, idem iuris est quod in ceteris rebus..., z něhož by vyplývalo, že emptio aversione netvoří výjimku se stanoviska ručení prodatelova, jednak Ulpian D. 18, 6, 4, 1—2... si aversione vinum venit custodia tantum praestanda est... vino autem per aversionem vendito finis custodiae est avehendi tempus..., který ukládá custodii i prodatelí, za úhrnou cenu paušální prodávajícímu. Odpor mezi fragmenty, právě uvedenými, zvláště Ulpianovými a fragmentem Modestinovým, od něhož jsme vyšli, jest tak veliký, že harmonie lze získati jen prostředkem velmi odvážným, totiž výkladem »custodie« v cit. fragmentech Ulpianových ve smyslu ručení prodatelova za dolus. Tento způsob výkladu custodie zdá se býti sice na první pohled poněkud nezvyklý a zarážející, ale po hlubším uvažování seznáme, že jest možný, ba oprávněný, aspoň se stanoviska práva justiniánského. Jest ospravedlněn především interpolovaným Gaiovým místem D. 18, 6, 2, 1, kdež Tribonian řeší otázku, jím samým nadhozenou, zda custodia, prodatelí vína ante admetiendi tempus uložená, jest custodia plena, tudíž diligentia, jen dolus. Tedy justiniánské právo zná i takovou (tak obmezenou) custodii, či která jest pouhým ručením za dolus in custodiendo. Totéž právo výslovně ustanovuje, že custodia plena (diligentia in custodiendo) jest právě znakem prodeje ad mensuram, nikoliv jiných prodejů, tedy zajisté jmenovitě opačného typu, prodeje za paušální cenu. Jestliže tedy ukládá se tomu, kdo prodává za paušální cenu, custodia, nemůže jí býti míněna diligentia in custodiendo, nýbrž custodia minus plena, dolus dumtaxat. Soudím tedy, že custodia, uložená prodatelí, za paušální cenu prodávajícímu, jest povinnost opatro-

lučuje nejen ručení za custodii, ale i ručení za culpa, jest jasno, že za okolností, v textu uvedených, custodia vůbec nepřicházela v úvahu ohledně jakékoli věci.

¹) Z. S. S. 40, 267.

²) uno pretio = per aversionem. Seckel, Heumann ad aversione.

vání asi té povahy, jako povinnost depositářova; její časovou hranici jest *avehendi tempus*, po jehož uplynutí a marném, s pohrůzkou spojeném vyzvání kupitelově k odvezení vína může prodatel víno dokonce ze svých nádob vylíti. (Srv. D. 18, 6, 4, 2 — D. 18, 6, 1, 3.) Tomuto výkladu *custodie* nasvědčuje také použitá terminologie: proti prodatelově »*custodia tantum*«, klade se kupitelovo »*omne periculum*« (D. 18, 6, 4, 1), kdežto ohledně prodatele vína *ad mensuram*, jemuž jest uložena *custodia plena* (= *diligentia*) — srv. D. 18, 6, 1, 1, D. 18, 6, 3, 1 — užívá se právě k označení jeho *custodie* také slova *periculum*. Je-li tedy ospravedlněn výklad, že »*custodia*« prodatele vína *per aversionem* znamená opatrování právně založené na zodpovědnosti za *dolus*, jest tím získána naprostá shoda s cit. fragmentem Modestinovým. Gaiův — arci značně interpolovaný — text D. 18, 1, 35, 5 nečiní již zvláštních obtíží, neboť jest zcela možno vykládati, že prodej věcí zastupitelných za paušální cenu se shoduje s prodejem jiných věcí právě v otázce nebezpečí nahodilé zkázy (následkem živelných a neodvratitelných příhod, vnitřních přirozených změn věcí a pod.), ale nikoli v otázce ručení za *custodiam* v technickém smyslu. To vše arci se stanoviska práva Justinianova, v němž tedy stihá prodávajícího za paušální cenu pouze *custodia minus plena, dolus dumtaxat*. Ale i se stanoviska práva klasického jest, myslím, nezbytno vyloučiti *custodiam* v pravém slova smyslu při prodeji za úhrnnou cenu. Neboť jen tak může býti překlenuta nesrovnalost mezi textem Modestinovým, jistě původním, a cit. fragmentem Ulpianovým. Text Ulpianův D. 18, 6, 4, 1 bych rekonstruoval — arci s obvyklou výhradou — asi takto: *Si aversione vinum venit, dolus tantum praestandus est. ex hoc apparet, si ita vinum venit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere, sed omne periculum ad emptorem pertinere*. Každý vidí, jak pouhou změnou jednoho slova (*dolus* místo *custodia*) text se stal logicky daleko výraznější, a slovo *omne (periculum)* daleko odůvodněnější. V další souvislosti v citovaném již kontextu »... *finis custodiae est avehendi tempus*« bylo by možno slovo »*custodiae*« vykládati ve smyslu netechnickém jeho »opatrování« (srv. podobné užívání v titulu *depositi vel contra*), podloženého pouhým ručením za *dolus*. Tím jest tedy zjednána harmonie mezi fragmenty Ulpianovými a dříve cit. fragmentem Modestinovým i se stanoviska práva klasického a prokázána these, že při prodeji za úhrnnou paušální cenu byla vyloučena *custodia* prodatelova právě tak, jako v případě provisorního nájmu koupené věci se strany kupitelovy.¹

¹) Jiné řešení problému má Schulz, *Lusignanis Custodia Forschungen*, 84; srv. dále Haymann, *Z. S. S.* 40, 266. Řešení Schulzovo nevysvětluje, jak je možno vůči »*custodiam venditorovně* při *aversionálním* prodeji stavěti »*omne periculum*« *emptoris*. Vždyť *custodia* jest *periculum*. *Custodia*, při níž *omne periculum* tíží druhou stranu, scvrká se jistě

Dalším případem vyloučení *custodie venditorovy* jest prodej dědictví, při němž obsahem závazanosti prodatelovy, *stipulací* precisované, jest ručení za *dolus*. Srv. Ulpianus Sab. D. 18, 4, 2, 5 »*deperdita autem vel deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur*«.¹

Až posud zabývali jsme se skoro výlučně — nehledě k textu Alfena Vara D. 18, 6, 12, který sám o sobě by ovšem nehrál značnější role — *custodiam* věcí *movitých*. Taktéž všechny předchozí případy *custodiového* ručení mimo *emptio venditio* se týkaly věcí *movitých*. Byla by tedy na snadě domněnka — ostatně vyslovená již Pernicem — že již pojmově předpokládala *custodia* věc *movitou*, a způsoby, jimiž se *custodia* projevuje (*furtum*, *fuga servi*, *poškození*), by nasvědčovaly této domněnce. Než několik textů kompilace, změněných sice, ale přes to svědčících spolehlivě i o právu *klasickém*, ukazuje, že i ohledně *nemovitostí* se projevovала *custodia venditorova*.

Náleží sem především několik fragmentů z titulu *de damno infecto et de suggrundis*.

Paulus XLVIII. ed. D. 39, 2, 18, 7—10.

Emptor praedii si ante traditionem stipulatus sit, cautum habebit de eo damno, quod post traditionem factum erit. 8. *Venditorem autem aedium prius, quam possessionem tradat, stipulari oportet, quia huius quoque rei culpam praestat*. 9. *Sed quid fiet, si venditor sine culpa stipulari non potuerit et ob hoc emptor stipulatus fuerit? nonne damnum patitur? an hoc damnum in aliena re acciderit, revolvitur autem ad emptorem quia actionem ex empto non habet? sed nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit, quia dum venditoris custodia est, is stipulari debet, omnemque diligentiam emptori praestare. et quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur*. 10. *Sed si venditor interposuerit stipulationem, etiam id damnum continebit, quod post traditionem emptori contigerit...*

Začátek fragmentu, § 7 a § 8 až po »*oportet*«, jest bezvadný. Normuje se tu *aktivní legitimace* prodatelova ke *cautio damni infecti* a kupitel se vylučuje z *legitimace* k této *cautio* ohledně škody, jež by vznikla až do tradice; kupitelova *stipulace* má význam jen ohledně škody, vzniklé až po odevzdání. Zavadné jest odůvodnění prodatelovy *legitimace* ke *stipulaci* slovy »*quia huius quoque rei culpam praestat*« = poněvadž ručí za svou vinu ohledně uzavření *stipulace*, t. j. ručí za to, že svou *nedbalostí* se nepostaral o zřízení *stipulace*. Nejen, že věta »*quia...*« jest těžkopádně *stylisována*, ale *formální* její vadnost vyplyne ještě více, uvědomíme-li si, že *huius quoque rei* (= *omne*

na dolus. Rovněž neřeší S. poměr mezi *seriemi* fragmentů, shora uvedených, svým *vzhledem dissonantních*.

¹) Srv. Haymann, *Z. S. S.* 40, 268, který ovšem nevidí výjimečnost tohoto i předchozích případů.

missae stipulationis)¹ culpam praestat jest odůvodněním (!) slov »stipulari oportet«: někdo jest k něčemu povinen, poněvadž za nevykonání ručí. Ovšem justiniánsky dá se tato stylisace vysvětliti. Culpa = custodia prodatelova, t. j. diligentia in custodiendo má se projevití též »v této věci«, ve zřízení stipulace damni infecti, a to proto [opět justiniánská novota], aby mohl prodatel tuto stipulaci přenést na kupitele resp. vydati mu výtěžek z ní. Srv. D. 47, 2, 14, pr., D. 18, 1, 35, 4, D. 18, 4, 21 i. f. a j. Můžeme tedy právem větu quia... praestat se stanoviska práva klasického škrtnouti. Jest nyní otázka, můžeme-li škrtnuté odůvodnění nahraditi jiným. Schulz na podkladě badání Seckelových rekonstruuje větu takto: quia custodiam praestat. Věcně jest tato rekonstrukce správná, ježto jest jisto, že venditor ručil za custodiam, jak nás přesvědčí ještě další kontext, z jehož myšlenkového chaosu jistě náležejí klasickému právu dvě myšlenky: »venditoris custodia est«, »quod alia actione quaeri potest, id in stipulationem d. i. o. non deducitur«. Jenže formálně rekonstrukce »venditore stipulari oportet, quia custodiam praestat« na první pohled zaráží; vždyť stejným právem bychom mohli říci »venditore furti agere oportet quia custodiam praestat«. Custodia nejeví se přece v povinnosti zřídití stipulaci (jak ostatně je si Schulz vědom), tak je tomu v právu justiniánském, ale v ručení za škodu. Ale tato námitka může býti překonána tím, že »venditore oportet« můžeme interpretovati ve smyslu »venditori competit« (D. 39, 2, 18, pr.) s tím rozdělem, že slovem oportet chce se vystihnouti, že zřízení stipulace jest se stanoviska majetkového zájmu prodatelova přímo jeho nutností. Za těchto interpretačních výhrad možno rekonstruovati původní znění takto: venditore stipulari oportet quia custodiam praestat, což znamená: prodatel má ve svém zájmu stipulovati, neboť ručí za custodiam a tím za škodu hrozící. A uvědomíme-li si, že v Just. kompilaci totéž místo, celkem málo změněné, znamená: prodatel jest povinen stipulovati, jelikož ručí za to, jestliže nedbalostí svou nepostaral se o zřízení stipulace, vidíme, s jak velikými změnami předkládá nám Justinian právo klasické a že často zdánlivě nepatrná změna textu úplně ruší smysl celého, jinak nezměněného kontextu.²

¹) Glossa: rei = ommissae stipulationis. Srv. též Haymann, Z. S. S. 40, 292, Schulz, Lusignanis C. F., 62.

²) Schulz se nevyslovuje podrobněji o motivech, jež jej vedly k cit. rekonstrukci po stránce formální, ač věc vyžaduje pozornosti a po stránce interpretační jest zajímavá. Rovněž nevěnuje pozornosti interpretaci interpolované věty »quia... praestat« o zjišťování plného jejího dosahu. Znamenitě vystihuje Glossa dosah cit. místa se stanoviska práva justiniánského, uvádějíc, že povinnost zřídití stipulaci, má právě účel, převéstí tuto stipulaci, resp. vydati její výtěžek kupiteli. Riccobonem častěji vyslovená these, že glossátoři mají znamenité pochopení pro smysl a tendence (často ani nevyslovené) práva justiniánského, nalézá v našem případě nového potvrzení. Srv. na př. Riccobono, Stipulatio ed instrumentum nel diritto Giustiniano, Z. S. S. 43, str. 325, 363.

Než přistupme k následujícímu § 9. Jest zahájen otázkou: což když prodatel bez své viny nemohl stipulovati,¹ a tudíž stipuloval kupitel? Zda utrpí škodu prodatel (podléhaje žalobě ex empto na náhradu škody) či kupitel (nemaje proti kupiteli žaloby ex empto)? Náš text nedává odpovědi na tyto své otázky, vykládaje s nesmírnou emfází a rozvláčností, že jest povinností prodatelovou věnovati prodané věci veškeru péči (= custodia), tak jako by vůbec nebyla položena otázka o případu, že prodatel zachoval péči, ale bez své viny stipulovati nemohl. Se stanoviska našeho textu samotného bylo by jediné to rozluštění, že nevykonání stipulace již samo sebou se pojímá jako vina prodatelova. Ale netřeba se utíkat k takovéto interpretaci; neboť odpověď na otázky, shora nadhozené, nacházíme v jiném, rovněž interpolovaném textě kompilace D. 39, 2, 38, pr., (Paulus Sab.), kdež Paulus, vlastně Tribonian prohlašuje, že kupitel tunc certe utiliter stipulatur, cum omnis culpa a venditore aberit...« To jsme ovšem v právu justiniánském. Pro právo klasické lze upotřebiti § 9. jen velmi málo. Již sama formulace otázek, aspoň v té podobě, jak jsou stylisovány, jest kompilátorská. Pro právo klasické bylo lhostejno, zda prodatel nestipuloval z nedbalosti, nebo bez své viny. Jelikož škoda, jejíž hrazení si prodatel zabezpečuje na třetím stipulaci, byla podle interpretace právníků pouze škoda, způsobená vadností nebo sešlostí stavby, nebezpečností nějaké činnosti a pod.,² nikoliv ale taková škoda, jejíž výhradní příčinou bylo zemětřesení, povodeň, vichřice a podobné živelní příhody (= důvody exkulpující každého kustodienta), byl vždy a zásadně prodatel zodpověden za škodu. Zřízení stipulace bylo — jak dříve řečeno — věcí jeho vlastního zájmu. Tudíž jest mimo jiné interpolací »is (prodatel) stipulari debet omnemque diligentiam emptori praestare«, kteréžto věty ve spojení s předchozím, ovšem klasickým »dum venditoris custodia est« znovu nám plasticky ukazují strukturu justiniánské custodie jakožto diligentie in custodiendo, jak vystihl již Seckel. Jak již dříve řečeno, zbyly z klasické podoby textu dvě izolované věty »venditoris custodia est« a závěr »quod alia actione quaeri potest id in stipulationem damni infecti omnino non deducitur«. Smysl původního textu tedy byl, že stipulace emptorova před odevzdáním prodané věci nemá významu ohledně škody, před odevzdáním vzniklé, jelikož její náhrada jest zahrnuta v jeho actio empti proti prodatelovi, ručícímu za custodiam.³ Stačí v tom směru uvéstí sentenci Sabinianů »inutilem esse damni

¹) Glossa vykládá: quia abfuit causa rei publicae.

²) Srv. D. 39, 2, 24, §§ 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11. D. 39, 2, 43, pr.

³) Z literatury srv. Schulz, Lusignanis Custodia Forschungen, 63 a násl., s jehož vývody naprosto souhlasím; dále Haymann, Z. S. S. 40, 290 a násl. dovozující, že aktivně legitimován ku stipulaci byl i kupitel. Mnohé z důvodů této these nutno zamítnouti. Tak názor, že zřícení se sousední budovy jest pro prodatele t. zv. vis maior a že dů-

infecti stipulationem, quo casu damnus alia actione sarciri possit« (D. 39, 2, 32.) Dosti možno, že v našem textě referoval Paulus o odlišném mínění Proculianů, kteří snad za jistých okolností připouštěli kupitele ještě před odevzdáním ku stipulaci damni infecti a že kompilátoři vymýtili odlišné mínění Proculianů a eliminací způsobili až nápadnou formální nedokonalost textu.

Stejně interpolován jest Paulův text ad Plautium D. 19, 1, 36, již na začátku této kapitoly citovaný. Paulus uváděl, že prodávatel jest aktivně legitimován ku cautio damni infecti, neboť jej stihá ručení za custodii a tím i ručení za škodu, zřízením sousední vadné budovy vzniklou. Kompilátoři praví: zřízení stipulace d. i. jest jednou v povinnostech prodávatelových, tvořících dohromady úhrnnou povinnost, zvanou custodia = diligentia in custodiendo; a pokračují: et ideo, si neglexerit, tenebitur emptori,¹ t. j. nezřídil-li z nedbalosti stipulace, podléhá kupitelově actio empti na náhradu škody, vzniklé z toho, čemu mělo býti aspoň nepřímo stipulací čeleno; nezřídil-li stipulace bez své viny (případ ovšem velmi vzácný), není kupiteli vůbec zodpověden, ano tento měl sám své zájmy hájiti zřízením stipulace; konečně zřídil-li stipulaci, jest povinen ji převést resp. její výtěžek vydati kupiteli.

Rovněž další, sem náležející text Paulův ad Sabinum D. 39, 2, 38, pr. jest interpolován, jak přesvědčivě dokázal již Lusignani a pak z jiných jistě věcných argumentů dovozují Seckel, Schulz² a Haymann.³ K poznání toho, co původní Paulův text obsahoval, stačí uvážiti, že dle tohoto právníka (18, pr.) příslušelo zřízení stipulace »non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est«. V normálních případech byl tedy prodávatel před odevzdáním prodaného pozemku výlučně legitimován ku zřízení stipulace, neboť oba právnícké předpoklady se naň hodily, věc byla »in bonis eius« a rovněž »periculo eius«. Byla-li tedy v konkrétním případě vyloučena custodia prodávatelova a věc tedy nebyla »periculo eius«, nýbrž naopak — se stanoviska hrozící škody — periculo emptoris, byl tento aktivně legitimován ku zřízení stipulace⁴ a byla by tedy věcně správná rekonstrukce

sledkem toho a podle zásad o periculum emptoris by byla jeho stipulace ve smyslu Gaiova textu D. 39, 2, 32 inutilis.

¹) Správně Haymann, Z. S. S. 40, 295 a násl. Správné jsou též poznámky tohoto autora ku »stipulationem interponere debet«, ale nikoliv důsledky, k nimž dochází. Srv. též Schulz, Lusignanis C. F., 65.

²) Lusignanis C. F., 65.

³) Z. S. S. 40, 297.

⁴) Tu nutno zvláště konstatovati, že ne každý, v jehož »nebezpečí« jest věc, byl dle klasického práva legitimován ku stipulaci d. i., ale pouze ten, kdo nesl ono konkrétní nebezpečí, o které se jedná, kdo ručil za škodu, jež by mohla vzniknouti z nebezpečného stavení nebo díla sousedova. Vždyť četné texty klasické se vyslovují i o kontrahentu, který ručí za dolus a culpa, že věc jest eius periculo; (srv. na př. fr. 14 § 2,

Schulzova, na podkladě badání Seckelových provedená: »tunc certe utiliter stipulatur, cum custodia a venditore aberit, veluti«. Kompilátoři, používše stylisace »tunc certe utiliter stipulatur, cum omnis culpa a venditore aberit« zdánlivě jen nepatrně změněné vůči původnímu znění, vložili tím do textu úplně nový smysl. Je-li obmezena zodpovědnost prodávatelova na pouhý dolus a vyloučena omnis culpa, a to nejen všeobecně, ale i ve vztahu ke custodii, mizí tím i »právní povinnost« prodávatelova ku zřízení stipulace, i možnost převést tuto stipulaci resp. její výtěžek na kupitele a tudíž tento jest k ní aktivně legitimován. Jako příklad vyloučení custodie a tedy aktiv. legitimace kupitelovy ku stipulaci d. i. se v našem textě uvádí: veluti si precario emptori in his aedibus esse permisit custodiamque ei afuturus tradidit, t. j. jestliže dovolil kupiteli býti prekaristicky v tomto (koupeném) domě a předal mu opatrování vzhledem ku své nepřítomnosti. Tento příklad jest rozhodně klasický; podobně, jako odevzdání prodané věci do nájemné detence kupitelovy, i odevzdání prodané věci do prekaristické držby jeho zbavovalo prodávatele ručení za custodii (srv. D. 18, 6, 17). Jakési vysvětlení podává další věta custodiamque ei afuturus tradidit, kterou překládám: a předal mu opatrování maje v úmyslu býti nepřítomen (v prodaném domě). Custodiam tradere znamená: přenést na někoho opatrování věci; »custodia« nemá tu známý nám technický význam, ale znamená prostě »opatrování«.¹

Custodia prodávatele nemovitosti jeví se dále i v klasické pokud se týče justiniánské úpravě aktivní legitimace k interdictu quod vi aut clam. O některých blízkých vztazích funkce tohoto interdicta a žaloby z furti bylo již promluveno v pojednání o ručení nájemce věci. Stačí uvést na př. Ulpianův text D. 43, 24, 22, pr. a Ulpianův fragment D. 43, 24, 9. Ručil-li venditor bezpodmínečně za furtum, ručil zajisté i za tajná anebo násilná opatření, třetí osobou na pozemku provedená po té, co pozemek byl prodán. Důsledkem toho byl také aktivně legitimován k interdictu quod vi aut clam. Prameny v té příčině praví:

Ulpianus LXXI. ed. D. 43, 24, 11, 9. Plane si post venditionem fundi opus factum est, etsi ipse experiatur venditor, quia nondum traditio facta

3 a contr., § 16 D. 47, 2), tedy periculum jest pojem hodně relativní a řídí se podle konkrétní situace, v níž se s ním operuje. Proto praví-li Paulus, že přísluší cautio damni infecti tomu, cuius periculo res est, má tu na mysli — dle mého názoru — jen toho, kdo nese riziko za škodu, již se má právě čeliti zřízením kauce.

¹) Není tudíž proti cit. větě, uvedeným způsobem interpretované, námitek ani se stanoviska klasického práva. I v klasických textech právníckých se užívá slovo custodia, custodie též ve významu opatrování, opatrovatí, jmenovitě ohledně depositáře (srv. D. 16, 3, 1, pr. — § 9) a ve známém Gaiově textě D. 19, 2, 40 »qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat« znamená custodie nejprve »opatrování«, potom technicky ručení za ztrátu.

est, tamen ex empto actione emptori tenebitur: omne enim commodum et incommodum ad emptorem pertinere debet.

Správně poznamenává Haymann,¹ že text jest nepřirozeně formulován, jmenovitě myšlenkový obsah vět »etsi« a »tamen« není zcela správně a logicky spojen; rovněž právem činí týž autor námitky vůči commodum a incommodum. Nejsou arci správný dle mého názoru konkluse autorovy o původní aktivní legitimaci emptorově. Dle mého názoru byl by správný postup uvedeného textu, čímž arci nemíním podati přesnou jeho rekonstrukci — asi tento: si post venditionem fundi opus factum est, antequam traditio facta sit, ipse venditor experietur, qui et ipse ex empto actione emptori tenebitur: bylo-li vykonáno dílo po prodeji pozemku, dříve, než byl odevzdán, sám prodatel vznesl interdictum, bude pak podléhati kupitelově actio empti na náhradu. Kompilátoři celkem malou změnou vtiskli textu nový význam. I oni předpokládají, že prodatel jest legitimován před odevzdáním věci k interdictu, ale legitimace tato jest čistě formální, neboť účelem jejím jest, aby prodatel vydobyl na třetí osobě quanti interest id opus factum non esse (D. 43, 24, 15, 7) a výtěžek odevzdal kupitelovi; vždyť prodatel neručí nyní, za onu tajnou nebo násilnou změnu, ta jde na nebezpečí kupitele (jako každá jiná, prodatelem nezaviněná náhoda), který jest odkázán na výtěžek interdicta quod vi aut clam. Ona násilná nebo tajná změna pozemku jest jeho incommodum, jež má býti v mezích možnosti vyváženo výtěžkem žalobním, commodum.

Jest ovšem pravda, že Paulus (LXVII. ed. D. 43, 24, 16, pr.) přisuzuje, interdictum »etiam his qui non possident, si modo eorum interest«. Z toho však ještě nemůžeme dedukovati normální kompetenci kupitelovu ku vznesení interdicta, jak činí Haymann.² Neboť jest myslím oprávněna these, že kupitel mohl se pro škodlivé změny pozemku, po prodeji vi aut clam provedené, hojiti na prodatelí actione empti a tudíž *nebyl* na vznesení interdicta interesován. Zmíněná zásada Paulova má tedy význam jen pro toho kupitele, který pro uvedené změny pozemku nemůže prodatele žalovati. Analogicky s případem cautio damni infecti můžeme souditi, že to bylo tehdy, neručili prodatel za custodii a praktický případ byl ten, že prodatel odevzdal kupitelí pozemek prozatím v prekaristickou držbu. Srv. D. 39, 2, 38, pr. Podobně ustanovuje Ulpian (D. 43, 24, 11, 12) ohledně kupitele in diem:

Ego, si post in diem additionem factam fundus precario traditus sit, putem emptorem interdictum quod vi aut clam habere. si vero aut nondum traditio facta est aut etiam facta est precarii rogatio, non puto dubitandum, quin venditor interdictum habeat.

¹) Z. S. S. 40, 287.

²) Z. S. S. 40, 284.

Máme tu tedy znovu potvrzeno, že pokud nebyl prodaný pozemek odevzdán kupitelí aspoň do prekaristického držení, jest aktivně legitimován k interdictu prodatel. Text pokračuje:

ei (prodatelí) enim competere debet, etsi res ipsius periculo non sit.

Dle Mommsena jest tento fragment explikativní glossou. Domnívám se, že jde o interpolaci značného zákonodárného významu. Periculum není zde ručení za věc ve smyslu fragm. 14, § 16 D. 47, 2, resp. fragm. 14, § 3 D. eod. a contr., ale ručení za určitou událost, náhodu bez ohledu na zavinění, jmenovitě ručení za škodlivou změnu pozemku, třetí osobou provedenou vi aut clam. Je ovšem pravda, že takové periculum nenese v právu justiniánském prodatel neboť on ručí následkem uložené mu custodie pouze za *zaviněné* jím zhoršení nebo ztrátu, zaviněné ve smyslu opominutí péče řádného hospodáře. Jest známo, že to byli kompilátoři, kteří podrobili prodatele skupině povinností, zahrnutých pojmem diligentia in custodiendo a v našem textu jsou to opět kompilátoři, kteří činí důsledky z této diligentia in custodiendo pro náš případ (opus vi aut clam factum) a tyto důsledky nemohou býti — vzhledem k tomu, že zavinění prodatelovo na takovémto opus třetí osoby jest těžko myslitelné — jiné, než negativní. Prodatel neručí a — což se rozumí samo sebou — má jen povinnost přenést výtěžek interdicta, jestliže ho již byl použil. V právu klasickém však tomu bylo opačně. Úplně souhlasím v tom směru s rekonstrukcí Schulzovou »ei enim competere debet, cum res ipsius periculo sit«, a s jeho názorem, že další text, zabývající se periculum emptoris, jest interpolován.¹

Kompilátoři ovšem tím, že zbavili — jak právě uvedeno — prodatele ručení za periculum ohledně opus vi aut clam factum a naopak přesunuli toto periculum na kupitele, octli se v odporu se zásadou, že toto interdictum přísluší i těm, kteří nejsou držiteli, mají-li na něm právní zájem; neboť podle pozitivního práva justiniánského jest kupitel prototypem osoby, na interdictu právně interesované. Tento odpor kompilátoři nevysvětlují, ale jen prostě konstatují, že jest cosi zvláštního v tom, že kupitel nese periculum, a přece není aktivně legitimován k interdictu. Rozhodně však ve výslovném konstatování »nemo dixit interdictum ei (kupitelí) competere« nevidím nepřímý důkaz toho, že v právu klasickém bylo tomu opačně,

¹) Lusignanis C. F., 53. Závěrečnou rekonstrukci »si tamen... uti posse« nepovažuji za správnou. Rekonstruoval bych asi takto: si tamen precario sit in possessione, iam interdicto uti potest, ergo et si conduxit, multo magis. Bylo sice řečeno v kapitole o ručení nájemce věci, že conductorovi zásadně nepřislušelo interdictum quod vi aut clam, neboť on neručil za custodii. Zde se však jedná o conductora, který jest současně kupitelem, a ten arci byl legitimován, neboť v jeho prekaristické držbě, vylučující normální kustodiovou zodpovědnost prodatelovu vůči němu samému, a v jeho obligačním právu ze smlouvy tržové byl opravdu jeho výhradný právní zájem na interdictu.

že to byl opravdu kupitel, který byl legitimován k interdictu, jak tvrdí Haymann.¹ Věc jest velmi jednoduchá. Stav práva justiniánského jeví se nám v naší otázce kompromisem mezi starým režimem (interdictum ohledně prodaného pozemku přísluší až do odevzdání prodávateli) a novým režimem (prodávatel ručí jen za zavinění, tedy za *opus vi aut clam factum* pravidelně neručí). Že tento kompromis nebyl právě šťastným, ukazuje právě to, že kompilátoři jeho důsledek nedovedou odůvodnit se stanoviska právní logiky, nýbrž jej prostě konstatují. Se stanoviska *aequity* ovšem by mohli kompilátoři poukázat k tomu, že právě proto, že *periculum* v tomto případě *est emptoris*, jest aktivní legitimace prodávatele k interdictu jen formální, ježto on musí výtěžek interdicta vydati kupiteli.²

Zbývá Ulpianův text D. 43, 24, 13, 4, který zdá se nasvědčovati mínění Haymannovu o příslušnosti interdicta kupiteli.

Unde apud Servium amplius relatum est, si mihi concesseris, ut ex fundo tuo arbores caedam, deinde eas alius vi aut clam ceciderit, mihi hoc interdictum competere, quia ego sim cuius interest: quod facilius erit admitendum, si a te emi vel ex alio quo contractu hoc consecutus sim, ut mihi caedere liceat.

Ale případ Serviem řešený a Ulpianem ještě poněkud rozšířený t. j. koupě práva, poraziti stromy na prodávatelově pozemku, jest odlišný od koupě věci, při níž jediné jest *custodia* myslitelná. Jest tedy nesprávná domněnka Haymannova,³ že kdyby byl prodávatel ručil v klasickém právu za *custodiam*, musilo by se to projevovati i v našem případě ručením prodávatelovým za tajné pokácení stromů třetí osobou. Znovu podotýkám: prodávatel (resp. dárce) se nezavázal odevzdati stromy kupiteli a proň je opatrovati, tudíž ručiti bezvýhradně za jejich odcizení nebo poškození — resp. dle práva justiniánského zachovati nejvyšší myslitelnou péči v jejich opatrování — ale on prodal (resp. daroval) druhému právo, aby si na jeho pozemku porazil ty a ty stromy. Chápeme, že takový prodej přímo vylučuje *custodiam* a její právní důsledky a proto chápeme rovněž, že zde se přímo plasticky ukazoval výhradní zájem oprávněného ku kácení, aby stihal trestním interdictem toho, kdo *vi aut clam* stromy pokácel. Zajímavá jest pak paralela našeho textu s Ulpianovým, dříve uvedeným textem D. 43, 24, 11, 12. V prvním textě Ulpian, vycházejí z toho, že někdo dal druhému bezplatně právo, poraziti si stromy na jeho pozemku, a přisuzuje tomuto oprávněnému *interdictum quod vi aut clam* proti tomu, kdo potají stromy

¹) Z. S. S. 40, 284.

²) Věta »*nemo dixit interdictum ei competere*« jest kompilatorské konstatování jakési právní subtility a ne interpolace pozitivního dosahu. K metodě srv. Riccobono, Z. S. S. 43, 379.

³) Z. S. S. 40, 285.

ty porazil, praví, že tím spíše bude ve stejném případě aktivně legitimován k interdictu ten, kdo nabytí toho práva koupí nebo jiným kontraktem.¹ V druhém textě Ulpian vycházejí od kupitele, jemuž byla prekaristicky (tedy bezplatně) poskytnuta držba věci, a uvádějí, že on jest legitimován k interdictu *quod vi aut clam* pro tajné změny, třetím na pozemku předsevzaté, praví, že tím spíše přísluší toto interdictum tomu kupiteli, kterému byl pozemek zatím dán do nájmu nebo pachtu, tedy za plat. Jest tedy se všech stránek aktivní legitimace prodávatele k interdictu v normálních případech jasně prokázána a tím ovšem i these o *custodia venditorovē*.

Se stanoviska *custodie* ohledně pozemků jest konečně zajímavá i právní úprava aktivní legitimace k *actio aquae pluviae arcendae*. Bránic změnám odtoku vody a čelíc škodě, vzniklé nebo hrozící z prudkosti toku nebo nahromadění vody,² stýká se tato *actio* v mnohém s interdictem *quod vi aut clam* a s *cautio damni infecti*, jejichž vztah ke *custodia* byl právě ukázán. Srv. na př. D. 39, 3, 4, 2—3, fr. 5 D. eod. ohledně interdicta a D. 39, 3, 14, 2—3 ohledně *cautio*. Skutečně máme text, v němž jest blízká souvislost naší *actio* s interdictem *quod vi aut clam* a s *cautio damni infecti* výslovně normována právě při příležitosti určování aktivní legitimace žalobní ohledně poškození prodaného pozemku. Jest to Ulpianův text XXXIII. ed. D. 19, 1, 14, 12:

Sed et si praeterea rei venditae nocitum est, actio emptori praestanda est, damni forte infecti vel aquae pluviae arcendae vel Aquiliae vel interdicti quod vi aut clam.

Uprostřed pojednání o plodech prodané věci působí tento text poněkud nápadně a nápadně — se stanoviska práva klasického — jest ono poněkud nepřesné a přímo nedbalé označování uvedených právních prostředků. Věcně zaráží všeobecná norma, že při poškození prodané věci má prodávatel přenést na kupitele uvedené právní prostředky; poznali jsme, že prodávatelova povinnost *cesse* zakládá se zhusta na zákonodárném, interpolací provedeném opatření Justinianově. Jest tedy nezbytno přisouditi text kompilátorům, jak zastává ze správných formálních i věcných důvodů Haymann.³ Naproti tomu nelze akceptovati důsledků, jež z této interpolace odvozuje Haymann pro právo klasické, zastávající aktivní legitimaci kupitelovu k uvedeným právním prostředkům. Poznali jsme, že tam, kde kompilátoři donucují prodávatele k *cessi* žaloby resp. vydání výtěžku žalobního (*furtum, deiectio, ademptio vi, damnum infectum, opus vi aut clam factum*), právo klasické, stejně zastávající aktivní legitimaci prodávatelovu k tomu kterému právnímu prostředku, vycházelo z toho, že prodávatel ručí

¹) »*Contractu*« má zde technický význam jednání zavazujícího a *contr.* jednání bezplatného. Srv. blíže Bonfante, *Scritti giuridici vari*, III., 115.

²) K funkci této žaloby v právu klasickém srv. Bonfante, *Istituzioni*, 6, str. 297.

³) Z. S. S. 40, 319.

kupitelovi za custodii a tím za tu kterou událost, zakládající onen právní prostředek. Totéž platilo tedy i o actio aquae pluviae arcendae. Až do odevzdání byl výhradně prodávatel aktivně legitimován, ruče bezvýhradně za poškození pozemku, do odevzdání se přihodivší. Kupitel byl legitimován, teprve po odevzdání a tu ovšem třeba i na základě činu, podniknutého sousedem ještě před změnou vlastnictví, ba i před prodejem. To potvrzují tyto texty:

Ulpianus LIII. ed. D. 39, 3, 6, 4:

Si quis prius, quam aquae pluviae arcendae agat, dominium ad alium transtulerit fundi, desinit habere aquae pluviae arcendae actionem eaque ad eum transibit, cuius ager esse coepit. cum enim damnum futurum contineat, ad eum, qui dominus erit, incipiet actio pertinere, quamvis cum alterius dominium esset, opus a vicino factum sit.

Vůči prodávajícímu pozemku bylo předsevzato na sousedním pozemku opus, dávající vznikati právě žalobě actio aquae pl. arcendae. K žalobě jest legitimován až do odevzdání prodávatel, po té žaloba (třebas z díla již před odevzdáním vzniklého) přejde na kupitele.¹ Ulpian považuje za nutné, výslovně uvést, že kupiteli po odevzdání přísluší actio aquae pl. arcendae i tehdy, jestli důvod žalobní v díle, ještě před odevzdáním vzniklým, ale s druhé strany výslovně konstatuje, že takovýto přechod žaloby, vzniklé z důvodu ještě před odevzdáním se uskutečnivšího, jest ospravedlněn tím, že jde o damnum futurum, t. j., že pozitivní škoda z ohrožujícího sousedova díla ještě nastala. Z toho logicky vyplývá a contrario, že by nebyla ospravedlněna aktivní legitimace kupitelova k naší žalobě po odevzdání, jestliže nejen před odevzdáním vzniklo ohrožující dílo (damnum futurum), ale i před touto dobou došlo již ke skutečné škodě. Za takovou škodu ručil prodávatel, ručící všeobecně za custodii, a byl tedy i aktivně legitimován k naší žalobě, kterážto myšlenka jest právě mlčky v našem textu zahrnuta. Takto vykládán, neodporuje náš text nikterak tomu, co bylo uvedeno a z pramenů vyvozeno na př. ohledně cautio damni infecti, s kterýmžto právním prostředkem má naše actio tolik příbuzných vztyčných bodů. Též ku cautio d. i. jest legitimován kupitel ode dne odevzdání, třebaže sousední dílo nebo stavba stala se nebezpečnou a byla tedy důvodem kauce ještě za vlastnictví prodávatelova. Až do odevzdání byl kupitel z kauce vyloučen, resp. mohl ji dáti si zřídit pouze ohledně škody, jež by nastala až po odevzdání. Podobně byl vyloučen kupitel až do odevzdání z actio aquae pluviae arcendae ohledně škody, do odevzdání skutečně vzniklé, a byl legitimován ode dne nabytí vlastnictví k žalobě a. a. pluviae arcendae pouze ohledně damnum futurum. Jest jasno, co bylo dů-

¹) K tomuto převodu žaloby srv. případné poznámky Haymannovy, Z. S. S. 40, 319.

vodem této úpravy aktivní legitimace k oběma právním prostředkům. Jím byla — jak již řečeno — custodia prodávatelova, zahrnující bezvýhradně ručení jeho za poškození, jemuž se oběma jmenovanými právními prostředky čelí. Haymann naprosto přezírá, že na kupitele dnem odevzdání přechází actio aquae pluviae, k níž byl dříve legitimován prodávatel, pouze ohledně damnum futurum. To ale nikterak neodporuje thésí, že prodávatel ručil za custodii. Neboť jestliže skutečná škoda až do odevzdání nastala, jest tím jisto, že custodia jakožto ručení za škodu, vzniklou ze sousední nebezpečné činnosti, vůbec v dotyčném případě neprojevila svých účinků. Naproti tomu kdyby stav hrozící škody se proměnil ještě před odevzdáním pozemku ve stav skutečné škody, pak by prodávatel ručil za tuto škodu jakožto custodient.

Hleďme nyní tyto výsledky dokumentovati na dalších pramenech. Výslovného textu o tom, jaký má význam pro ručení prodávatelovo případ, že změnou odtoku vodního na pozemku, sousedícím s pozemkem prodáváním, byl zaplaven prodávající pozemek a tedy škoda skutečně způsobena ještě před odevzdáním, v pramenech nemáme. Máme však text (l. 16), jednající o tom, že následkem díla, před odevzdáním předsevzatého, nastala po odevzdání skutečná škoda a že již dříve byl zahájil prodávatel příslušející mu actio aquae pluviae arcendae. Pomponius rozhoduje, že náhradu škody, skutečně vzniklé, obdrží prodávatel »nihilominus venditore posse consequi, non quia venditori, sed quod rei damnum datum sit, idque eum emptori restituere debere«. Třebaže text jest dosti nepřirozeně stylisován, resp. ne zcela správně reprodukován, lze dobře vyvoditi smysl rozhodnutí Pomponiova. Vyjádřil bych je asi touto parafrazí, resp. opravou — arci jen k lepší ilustraci původního smyslu — textu: nihilominus eo iudicio venditore posse consequi quod rei damnum datum sit eius praestationem, idque eum emptori restituere debere, quia non venditori, sed rei damnum datum sit. Z textu Pomponiova vyplývají pak argumenta a contrario tyto další důsledky: jestliže za situace, v textu uvedené, prodávatel nepodal proti třetímu žaloby, přísluší tato kupiteli. Tato konkluze ostatně opírá se i o přímý pramen, cit. text Ulpianův D. 39, 3, 6, 4. Si quis prius quam aquae pl. a. agat, dominium ad alium transtulerit fundi, desinit habere a. pl. a. actionem eaque ad eum transibit, cuius ager esse coepit. Avšak z textu Pomponiova můžeme odvoditi a contrario i druhou konkluzi; bylo-li »uškozeno« pozemku před tradicí, nemůže býti ani pochybností o tom, že k žalobě actio aquae pl. arcendae jest aktivně legitimován pouze a jedině prodávatel a nemůže býti — aspoň podle práva klasického — ani řeči o jeho povinnosti převésti tuto žalobu nebo její výžitek na kupitele. A i tuto druhou konkluzi potvrzuje, aspoň nepřímě, cit. text Ulpianův v druhé větě: cum enim damnum futurum contineat,

ad eum qui dominus erit incipiet actio pertinere, quamvis cum alterius dominium esset, opus a vicino factum sit. Kupiteli náleží actio aquae pluviae arcendae pouze ohledně škody, jež by vznikla až po tradici (futurum = jež se uskuteční až po odevzdání na rozdíl od škody vzniklé před odevzdáním). Je-li tedy prokázáno, že kupitel nebyl legitimován k actio aquae pl. a. ohledně škody vzniklé (na př. zaplavením) ještě před odevzdáním, a že tedy žaloba ta příslušela prodávateli, aniž by on měl povinnost cesse, jest myslím oprávněna konkluse, že důvodem právní úpravy takovato žalobní legitimace k actio aquae pluviae arcendae byla custodia prodávatelova.

Docházíme tedy stran zodpovědnosti prodávatelovy vůbec k této konklusi:

Texty, které tu byly probrány, třebaže se dotýkají značně široké sféry právní, přece vycházejí ve svých konečných důsledcích z jedné pevné praemissi a tou jest úsudek o custodii venditorově. Tento úsudek, třebaže v četných textech nevyslovený, jest základem dalších úsudků o aktivní legitimaci prodávatelově ku všem právním prostředkům, vzniklým ze ztráty nebo škody, již on svou custodií riskuje. Materie tu probraná jest opravdu vzácným kusem pevné juristické logiky římských právníků. Než setkáváme se tu s jedním elementem, značně hatícím logickou jednotnost této právní materie. Je to text z Paulových Sentencí II., 31, 17.

Si res vendita ante traditionem subrepta sit, emptor et venditor furti agere possunt: utriusque enim interest rem tradi vel tradere.

Tento text jest nejdůležitější oporou Haymannovy these o neručení prodávatelově za custodii.¹ Než každý uzná, že tento lakonický text nemůže sám o sobě způsobiti nesoulad v krásné logické stavbě myšlenek, obsažených v řadě textů probraných. Jest zcela pravděpodobno, že cit. text jest výtvozem poklasické pravovědy, o níž jest ostatně jisto, že se zabývala četnými theoretickými otázkami z oboru aktivní legitimace žalobní. Poklasická pravověda formulovala též zásadní aktivní legitimaci kupitelovu k actio furti vedle legitimace prodávatelovy a tato theorie byla ovšem tak vzdálena logické linii vývoje práva římského, že další etapa práva římského, právo justiniánské, zavrhl tuto theorii a vrátila se k římským zásadám o výhradné aktivní legitimaci prodávatelově, již ovšem učinilo pouhou formalitou.² Máme ovšem ještě jeden text, z něhož se vyvozuje aktivní legitimace kupitelova k actio furti. Jest to Paulův text ad Sabinum D. 47, 2, 13. Paulus odepírá stip. věřiteli v případě furta věci u promissoru actio furti, byli v době krádeže promissor v prodlení; z toho možno dedukovati, že mimo prodlení promissorovo *byl* by stipulační věřitel za stejných okolností aktivně legitimován k actio furti. Tento text jest druhou

¹) Z. S. S. 40, 274.

²) Nepůvodnost a poklasický původ textu Paulových Sentencí zastává též Schulz, Z. S. S. 32; 75, Einführung in das Studium der Digesten, 39.

hlavní oporou Haymannovy¹ these, že prodávatel neručil za custodii: neboť byli normálně legitimován věřitel ze stipulace k actio furti a nikoli dlužník, nutno prý totéž souditi i ohledně smlouvy trhové a připustiti emptora již před odevzdáním k actio furti, čímž by arci these o custodii venditorově byla snad poněkud seslabena. Než úsudek Haymannův není logicky nezbytným. Na emptora můžeme přenést to, co platí o věřiteli ze stipulace, jen ceteris paribus. Než toho tu právě není. I kdybychom připustili se stanoviska práva klasického, že stip. věřitel byl aktivně legitimován k actio furti a to vzhledem k tomu, že dlužník neručil za krádež, ruče jen za culpa in faciendo, nemůžeme totéž přenést na kupitele, ježto právě jeho dlužník za krádež bezvýhradně ručil a tudíž tento (prodávatel) a nikoli onen (kupitel) měl zájem na žalobě z furta. Ostatně i sama otázka aktiv. legitimace stipulatorovy jest vzhledem k D. 47, 2, 86 velmi sporná a otázka akt. legitimace emptorovy jest v pramenech vesměs zodpověděna záporně.²

¹) Z. S. S. 40, 278.

²) Srv. též Schulz, Z. S. S. 32, 32–34.

KONKLUSE.

Výrazem »custodiam praestare« označovala římská klasická pravověda ručení za ztrátu nebo poškození věci, pokud nenastaly zemětřesením, požárem, vpádem lupičů nebo nepřátelského vojska, ztroskotáním lodi a podobnými příhodami, uznanými za důvody exkulpační. V tomto smyslu byla custodie uložena: kommodatáři, valcháři a správkáři, tomu, kdo za plat převzal opatrování věci, lodníku, hostinskému a majiteli resp. nájemci stáje ex recepto, konečně majiteli resp. nájemci skladiště a to vesměs za cizí přejaté, resp. svěřené věci, krom toho prodatelé ohledně prodané věci až do odevzdání jejího kupiteli (ať do vlastnictví, či do prozatímní držby prekaristické). Týkala-li se custodia věci movité, — a sem náležejí vlastně všechny případy ručení custodiového až na emptio venditio — projevovала se podrobně v bezvýhradném ručení za krádež a za poškození sine iniuria, na př. poškození zvířetem, konečně za jistých okolností i v ručení za útěk. Týkala-li se custodia věci nemovité — při emptio venditio — zahrnovala ručení za různé bezprávné a škodlivé zásahy třetích osob trestně potlačované interdictum quod vi aut clam, actione aquae pluviae arcendae, ručení za krádež oddělených součástí věci nemovité a ručení za poškození sine iniuria, na př. takové, jemuž se nepřímě čelí cautione damni infecti.

Pravověda byzantská sjednotila všechny případy custodie v jednotný pojem ručení za zanedbání péče nejsvědomitějšího hospodáře. Vycházejíc mlčky z předpokladu, že krádež a podobné zásahy v cizí majetek mohou být odvráceny nejsvědomitější péčí převádí klasické, čistě výsledkové ručení za krádež a podobné případy na povinnost vynaložití nejvyšší myslitelnou pečlivost v opatrování věci. Prakticky nemá nový pojem custodie nových důsledků, neboť neodvrácení krádeže a podobných bezprávných zásahů třetích osob nutno pojímati v prostředí práva justiniánského jako omissio custodiae (Glück, Pand., 17, 147) a na druhé straně nemůže se omlouvatí kustodient leč naprosto neodvratitelnými příhodami, mezi něž ovšem náleží nyní jakákoliv »vis« (pro právo klasické sporné), neboť »custodia adversus vim parum proficit«. Charakteristické jest, jak naložili kompilátoři doktrínálně s případem damnum iniuria datum. V právu klasickém příslušela actio legis Aquiliae zásadně vlastníku, nikdy detentoru, jemuž

věc obligačně svěřena a nedivíme se tedy, že ručení za damnum iniuria datum nebylo částí ručení custodiového. Kompilátoři stojí na témže stanovisku, ale odůvodňují to ve smyslu své doktriny tím, že ani vynaložením nejsvědomitější péče nelze odvrátiti bezprávné poškození »qua enim cura aut diligentia (= custodia D. 19, 2, 41)¹ consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?« (D. 13, 6, 19). Tedy jako na jedné straně výslovně normují kompilátoři, že »custodia« nestačí k odvrácení násilí nebo bezprávného poškození, tak argumento a contrario můžeme souditi, že dle jejich názoru »custodia« stačí k odvrácení jednoduché krádeže a podobných příhod. Tedy praktických důsledků nový pojem custodie neměl, až na různé výjimky, které byly dříve uvedeny.

Zde nutno učiniti několik výhrad. Právo justiniánské, přes všechnu svou theoretickou aversi k ručení čistě výsledkovému, zná samo několik případů na vině nezávislého ručení za určitý výsledek, risika za určitou událost. Vyjadřuje je slovy custodiam (alicuius rei = za určitou událost) recipere, suscipere, repromittere. Sem patří na př. D. 19, 2, 55, pr. custodiam »eorum« recipere, C. 4, 65, 4 custodiam (effracturae latronum) repromittere, I. 3, 23, 3a custodiam »eius« suscipere, při čemž »eius« znamená se stanoviska práva klasického »hominis«, se stanoviska práva justiniánského může býti vykládáno »fugae aut furti«. Sem patří snad i D. 4, 9, 5, 1 »qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur«; se stanoviska práva klasického vykládáno, znamená toto místo, že kustodiový závazek lodníkův ex recepto zahrnuje ručení za furtum i za damnum, což vysvětluje historický vývoj ručení ex recepto; se stanoviska práva justiniánského sluší usuzovati, že lodník ručí (výsledkově) za furtum i damnum, jelikož se mlčky předpokládá, že převzal obě tato risika. Druhá výhrada, kterou nutno učiniti, jest ta, že kompilátoři sami zavedli závazek custodiam praestare v několika případech i tam, kde tento byl klasickému právu neznám. Sem patří D. 18, 6, 1, 1, kdež »custodia« byla vložena místo klasického »periculum«, dále D. 18, 6, 4, 1, kdež byla vsunuta obmezená arci custodia »tantum« na místo klasického ručení za dolus. Místo naposled uvedené v souvislosti s interpolovanými místy D. 18, 6, 2, 1, D. 18, 6, 3 jest názornou ukázkou toho, jak vyhraněný pojem custodie v technickém smyslu stal se v právu Justinianově labilním, ježto zde znamená jednou ručení za určitou událost, jindy (a nejčastěji) povinnost opatrovatí s největší péčí, jindy povinnost opatrovatí s péčí, věnovanou vlastním věcem, jindy povinnost vystříhati se při opatrování cizí věci aspoň věrolomnosti.

¹ Z druhé části textu, kompilatory ne zcela věrně reprodukováné, vyplývá pro právo klasické prostě to, že ručil kustodient za damnum jím samým způsobené nebo aspoň zaviněné.

Poněkud byly dále změněny v kompilaci Justinianově právní následky ručení. Ten, jemuž jest uložena custodia, podléhá sice nadále příslušné žalobě kontraktní na náhradu škody, ale protistrana může — za určitých okolností dokonce musí — vznášeti žalobu z furta proti odciziteli věci, čímž jest kustodient svého závazku zproštěn. Naproti tomu v právu klasickém mohl býti kustodient vyloučen z actio furti jen v případě své neschopnosti platiti, jakož i v tom případě, když na dotyčném furtu přímo spolupůsobil. V právu poklasickém byla přetřásána otázka aktivní legitimace kupitelovy k actio furti ohledně prodané, ale neodevzdané věci a dokonce i kladně zodpověděna, jak dosvědčuje změněný text Paulových Sentencí 2, 31, 17; kompilace Justinianova vrací se v této otázce k zásadě práva klasického, přiznávajíc legitimaci k actio furti výhradně prodatelovi. Lze-li tomuto vyčítati opominutí oné nejvyšší péče, jemu uložené, pak podléhá žalobě kupitelově na náhradu škody a jest výhradně legitimován k actio furti a podobným právním prostředkům. Zachoval-li však prodatel péči nejsvědomitějšího hospodáře a přece prodaná věc byla u něho ukradena nebo poškozena — v kompilaci jest výslovně normováno, že k takové kollisi by mohlo dojíti při krádeži, kvalifikované násilím, při poškození, spáchaném »iniuria« atd. — jest povinen prodatel pouze postoupiti kupiteli právní prostředky, k nimž jest následkem toho kterého deliktu, třetím spáchaného, legitimován, resp. vydati výtěžek těchto žalob, že neručí sice za bonitu postoupených jím žalob, ale že ručí za nemožnost cesse následkem překážky, jím způsobené, na př. prodal-li cizí věc a nemohl tedy, — nejša sám legitimován k actio furti a pod. — příslušných žalob postoupiti. Tuto povinnost cesse odůvodňuje právo justiniánské všeobecnější zásadou: cuius periculum est, eius commodum est. Byla by jen otázka, nemůže-li kupitel za všech okolností naléhati na cessi žalob, i tehdy, když by mohl jinak žalovati prodatele o náhradu škody, takže by byl prodatel povinen při ommissio custodiae buď k náhradě škody, nebo k cessi žalob podle libovůle kupitelovy, při zachování custodie pak pouze k cessi žalob. Tomuto výkladu práva justiniánského by nasvědčoval Ulpianův interpolovaný text D. 47, 2, 14 pr., mluvící o bezvýhradné povinnosti k cessi, jakož i analogie se známou konstitucí Justinianovou C. 6, 2, 22, 1, kdež se v případě furta věci u kommodatáře uděluje druhé straně za všech okolností volba mezi kontraktní žalobou proti kustodientu nebo žalobou z furta proti furovi.

Justinianáská custodia jest tedy založena na myšlence, že jsou určité události, škodu působící, jimž za žádných okolností nelze čeliti a na druhé straně události, jež lze napětím nejvyšší pečlivosti a opatrnosti odvrátiti. Které jsou ty a které ony, ustanovuje justiniánské zákonodárství samo, neponechávajíc volného pole vědecké činnosti interpretační. Tato metoda jest novum práva justiniánského. Jinak ovšem myšlenka, že určité události

za žádných okolností nemohou býti lidskými silami odvráceny, není zcela novou. S ní se operuje zajisté za různých příležitostí i v právu klasickém. Stačí uvést jeden případ. Marcellus odpíral — proti odchylnému mínění Julianovu — in integrum restituci nezletilci, který se uvázal v aktivní dědictví, jež se však v zápětí následkem různých nehod (zemětřesení nebo sesutí se půdy, požáry, útěky otroků) stalo passivním a odůvodňoval to tím, že »quod fato contingit, cuius patri familias quamvis diligentissimo possit contingere« (D. 4, 4, 11, 5). Toto odůvodnění se až nápadně blíží vymezení justiniánské custodie a vis maior. Netřeba je však proto považovati za interpolované — třeba že slova »quamvis diligentissimo« by dobře mohla odpadnouti — spíše jest dokladem toho, že myšlenkový aparát justiniánské doktriny pojmů custodia a vis maior byl sebrán z různých souvislostí myšlenkového podkladu práva klasického.

Zbývá všimnouti si našeho pojmu custodia ještě po stránce terminologické. Nejčastějším výrazovým prostředkem pro vystižení výsledkového ručení custodiového jest custodiam praestare. V jakési obměně užívá se též výrazu custodiae periculum praestare, custodiae periculum subire, custodiae nomine teneri, custodia ad aliquem pertinet. Veškeré tyto výrazy, jmenovitě ono striktní custodiam praestare, nejsou přesně přeložitelný. Znamenají: ručiti za ztrátu. Slovo custodia má ovšem i v římských pramenech samých i několik významů jiných. Nás zde zajímají přirozeně jen ty, jež jsou v blízkém vztahu k našemu pojmu ručení za ztrátu. Sem patří custodia ve významu opatrování, hlídání. Blízkost tohoto, abych tak řekl, laického významu custodie a druhého významu, právně technického, nejlépe vysvitne, uvědomíme-li si, že se vyskytuje nejednou a v témže textě, ba v jedné a téže větě custodia jednou jako opatrování, po druhé jako ručení za ztrátu. Typickým dokladem toho jest Gaiův text D. 19, 2, 40 qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat t. j. kdo přijímá úplatu za hlídání nějaké věci, ten ručí za ztrátu této. Jiným zajímavým příkladem jest Gaiův text D. 4, 9, 5, pr. Nauta et c. et st. mercedem accipiunt non pro custodia, sed ut... et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et s. non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur t. j. lodník atd. přijímá plat ne za hlídání, ale..., a přece ručí za ztrátu; vždyť i fullo přijímá úplatu ne za hlídání, ale za odborný výkon, a přece ze smlouvy námezdní ručí za ztrátu. Jest důležité rozlišiti laický a právně technický význam custodie. Neboť, rozumí se samo sebou, »převzítí opatrování« neznamena ještě »ručiti za ztrátu«. Klasickým příkladem těchto terminologických nuancí jsou právnícké texty o depositu. Při tomto kontraktu je svěřeno poctivosti depositářově »totum quod ad custodiam rei pertinet« (D. 16, 3, 1, pr.), což znamená, že jeho poctivosti jest přenecháno

»opatrování« věci, kdežto zcela tatáž stylisace custodia rei ad te pertinet (D. 47, 2, 48, 4) ohledně fullona znamená »ručíš za ztrátu«. Třebaže deponere jest »custodiendum dare«, vylučuje Gaius (I. 3, 207) výslovně, že by depositář ručil za custodii. Zda odevzdání věci do opatrování, custodiendum dare, způsobí příjemcovu ručení za ztrátu, závisí od dalších okolností, z nichž na př. v D. 16, 3, 1, 9 se uvádí »si merces intervenit custodiae«. Pokud se týče kompilace Justinianovy, i zde se vyskytuje termín custodiam praestare a s ním řada jiných variací tohoto termínu. Než o ustáleném právnětechnickém jeho používání nemůže býti řeči. Stačí uvést jen několik příkladů naprosté dekadence terminologické: si aversione vinum venit, custodia tantum (!) praestanda est (D. 18, 6, 4, 1), což znamená, že při aversionálním prodeji stačí, vystříhá-li se prodatel věrolomnosti v opatrování prodané věci. Dále charakteristická jest stylisace custodiam autem venditor »talem« praestare debet »quam« praestant... (D. 18, 6, 3), z čehož vyplývá kvantitativní mnohoznačnost výrazu custodiam praestare. Konečně z interpolovaného textu D. 18, 6, 2, 1 vyplývá, že custodia jest právnicky jednou diligentia, jindy dokonce jen povinnost, vystříhati se věrolomnosti, a bylo ukázáno na řadě dokladů, že termínu custodiam praestare úplně odpovídá termín diligentiam (někdy dokonce jen dolum) in custodiendo praestare. Docházíme tedy k důsledku, že kompilatoři, tak jako obětovali svým theoretickým konstrukcím a zákonodárným novotám pojmovou jednotnost custodie, pak stejně naložili i s terminologickou jednotností a ustáleností její.

REJSTRÍK PRAMENŮ.

CODEX		4, 9, 7, 4	8 ¹	13, 7, 14	40
4, 23, 1	str. 6, 9 ¹	6, 1, 21	14	13, 7, 22, pr.	45
4, 24, 5	41	6, 1, 36, 1	11 ²	13, 7, 30	42
4, 24, 6	40, 41	7, 1, 12, 5	33, 34	16, 3, 1, 47	12
4, 24, 7	41	9, 1, 2, pr.	14	16, 3, 1, pr.—9	71 ¹ , 83
4, 24, 8	41	9, 2, 6	32		84
4, 24, 9	42	9, 2, 11, 9	13	17, 2, 72	62 ²
4, 48, 5	61	9, 2, 27, 29	23, 24	18, 1, 35, 4	48 ¹ , 54 až
4, 65, 4	37, 38, 39, 81	9, 2, 57	12 až 13		57, 68
4, 65, 28	30, 36	10, 2, 25, 18	11 ²	18, 1, 35, 5	65
6, 1, 1	16	12, 1, 9, 7	46	18, 1, 35, 7	64
6, 2, 22, 1	9 až 10, 20	12, 7, 2	19	18, 1, 62, 2	65
	29, 82	13, 1, 12, 2	46	18, 4, 2, 5	67
8, 13, 19	40	13, 6, 5, pr.	6	18, 4, 21	48, 57 až
		13, 6, 5, 1	6		59, 68
COLLATIO		13, 6, 5, 2	6	18, 6, 1, 1	63, 64, 66, 81
10, 9, 1	37, 38	13, 6, 5, 3	5, 6	18, 6, 1, 3	66
11, 8, 1	32	13, 6, 5, 4	6	18, 6, 2, 1	49, 64, 65, 84
12, 7, 7	35	13, 6, 5, 5	6	18, 6, 3	49, 66
		13, 6, 5, 6	14, 55		81, 84
CORPUS INSCRIPTIO-		13, 6, 5, 7	61, 62	18, 6, 4, 1—2	65, 66
NUM LAT.		13, 6, 5, 12	11, 33, 33 ¹		81, 84
VI, 33, 747,		13, 6, 5, 13	16, 17	18, 6, 11, 1	66
Bruns F. 166	37 ²	13, 6, 10, pr.	12	18, 6, 12	49, 60 až 61
		13, 6, 10, 1	10	18, 6, 17	64, 71
DIGESTA		13, 6, 11	10	18, 6, 35, 5	66
1, 15, 3, 1	61	13, 6, 13, pr.	6	19, 1, 14, 12	75
4, 4, 11, 5	83	13, 6, 17, 5	6	19, 1, 31	49 ¹ , 59
4, 9, 1, pr.	25	13, 6, 18, pr.	5, 6, 7 až 9	19, 1, 36	51, 52, 70
4, 9, 1, 1	26		11 ¹ , 14	19, 1, 54	61, 62 ¹
4, 9, 1, 8	26		43, 60	19, 2, 3	71
4, 9, 3, 1	25, 28	13, 6, 19	13, 20, 22	19, 2, 6	32
4, 9, 3, 5	28, 29		26, 81	19, 2, 9, 4	31, 32
4, 9, 4, pr.	29	13, 6, 20	10	19, 2, 9, 5	11 ²
4, 9, 5, pr.	18, 20, 21	13, 6, 21, pr.	6	19, 2, 11, pr.	8 ¹
	22, 26, 83	13, 6, 23	12	19, 2, 11, 4	35
4, 9, 5, 1	25, 27, 81	13, 7, 13, 1	40	19, 2, 13, 5	23, 24

19, 2, 13, 7	32	43, 24, 11, 12	34, 72 až 74	47, 2, 86	79
19, 2, 19, 1	11 ^a	43, 24, 12	34	47, 2, 88 (87)	45
19, 2, 25, 4	11 ^a	43, 24, 13, 4	74	47, 2, 91 (90), pr.	19
19, 2, 25, 7	23	43, 24, 15, 7	72	47, 5, 1, 4	28
19, 2, 30, 2	35	43, 24, 16, pr.	34, 72	47, 5, 1, 5	26
19, 2, 30, 4	35, 36	43, 24, 22, pr.	71	48, 15, 6	16
19, 3, 40	21, 22, 26	44, 7, 1, 4	7 až 9	48, 19, 16, 7	31
	39, 71 ^a , 83	44, 7, 5, 6	8 ^a	50, 16, 9	12
19, 2, 41	26, 81 ^a	47, 2, 11	32	50, 17, 23	6, 14, 31, 60
19, 2, 54, 2	7 ^a	47, 2, 12, pr.	18, 32	GAI INSTITUTIONES	
19, 2, 55, pr.	37 až 39	47, 2, 12, 2	44, 53 ^a	3, 143	18 ^a
	56 ^a , 81	47, 2, 13	78	3, 203	45, 50
19, 2, 60, 2	19, 20	47, 2, 14, pr.	47 až 52	3, 205	18 ^a , 20, 21
19, 2, 60, 5	32		54, 55, 56		32, 47
19, 2, 60, 6	37 až 39		58, 68, 82	3, 206	2 ^a , 5, 21, 21 ^a
19, 2, 60, 9	37	47, 2, 14, 1	53 až 54		47
21, 1, 31, 12	35	47, 2, 14, 2	33, 70 ^a	3, 207	47, 84
21, 2, 11, pr.	62 ^a	47, 2, 14, 3	70 ^a , 73	4, 7-9	21 ^a
39, 2, 18, pr.	68, 70	47, 2, 14, 5	44	IUSTINIANI INSTITUTIONES	
39, 2, 18, 7-10	67 až 70	47, 2, 14, 6	44	3, 14, 2	9, 41
39, 2, 18, 9	49, 69 až 70	47, 2, 14, 10	12, 31	3, 14, 4	40, 43
39, 2, 24, 2-6		47, 2, 14, 12	30, 31, 32	3, 23, 3	15, 62, 81
	9-10	47, 2, 14, 16	70 ^a , 73	3, 23, 3 a	54 až 56
39, 2, 34	42	47, 2, 14, 17	22, 23, 24	3, 24, 5	9 ^a , 30, 31
39, 2, 38, pr.	51, 69, 70		27 ^a		36, 41
	až 71, 72	47, 2, 15, pr.	45	4, 1, 15 (17)	20
39, 2, 43, pr.	69 ^a	47, 2, 26, 1	32, 33, 34	4, 1, 16 (18)	20
39, 3, 4, 2-3	75	47, 2, 36	16	PAULI RECEPTAE SENTENTIAE	
39, 3, 5	75	47, 2, 46, 4	44, 53	2, 4, 2	6, 12
39, 3, 6, 4	76, 77	47, 2, 48, 4	2 ^a , 18, 84	2, 31, 17	78, 82
39, 3, 14, 2-3	75	47, 2, 52, 8	33, 34	FRAGM. VATICANA	
39, 3, 16	77	47, 2, 54 (53), 1-2	6	23	61
42, 5, 8	42, 43	47, 2, 54 (53), 3	13		
42, 5, 9, pr.-3, 6	42, 43	47, 2, 61 (60)	16		
42, 8, 6, 11	1 ^a	47, 2, 72 (71), 1	2 ^a		
43, 24, 9	34, 71	47, 2, 77, pr.	12		
43, 24, 11, 9	50 až 51	47, 2, 81, pr.	49, 50		
	71 až 72	47, 2, 83, 1	32, 33, 34		