

*Jos. Vančura:*

### Kritické poznámky k nauce o evikci při římském trhu.

Jednou ze všeobecně uznávaných zásad práva římského bylo, že prodavač nebyl povinen opatřiti kupci ke prodané věci plné právo vlastnické, a že stačilo, zajistil-li mu jenom *rem habere licere*, to jest, že bude moci věc trvale míti, jí všestranně užívati, a že mu tato nebude třetí osobou pro nedostatek práva soudním rozsudkem odejmuta. Výroky římských právníků o tom jsou zcela jasné.<sup>1)</sup> Přes to, jak se zdá, nevyjadřuje tato norma původní názor národního práva římského, ale jest výsledkem teprve pozdějšího vývoje rozmanitých druhů práv majetkových, jež jsou v právní historii římském zjevem zcela kromobyčejným, vyznačujícím se zvláště tím, že jimi vybočil vývoj právní velmi pronikavě daleko za hranice práva civilního, a uvedl v život práva soukromá, jež třeba že dle své vlastní podstaty nebyla právy *ex iure civili*, přes to následkem účinné ochrany, kterou jim poskytovali magistrátové římstí, byla v praktickém životě ceněna ne méně, ano namnoze i více ještě než sama práva *ex iure Quiritium*.

Pro nejstarší období právní, kdy *mancipatio* byla jedinou formou trhu s plnými účinky, záležela povinnost *mancipantova* sotva v něčem jiném, než aby zjednal svému kontrahentovi k věci plné *dominium ex iure Quiritium*, jak to leželo již v přirozené povaze trhu jako směny věci a peněz. Praví to zcela zřejmě sám text formule *mancipacní*; *mancipio accipiens* pronášel dle *Gaia* (I. 119) za tichého souhlasu *mancipantova* tato slova, jež byla též rozhodna pro obsah práv, jež měla býti tímto slavnostním aktem mezi oběma účastněnými stranami založena:

»*Hunc ego hominem (hanc rem) aio meum esse ex iure Quiritium, isque mihi emptus est hoc aere aeneque libra.*«

Tedy: »*meam esse ex iure Quiritium*«, a nikoliv: »*Aio eam rem mihi habere licere*«. Co tím jest řečeno jiného, nežli že *mancipant* za peníze převádí na kupce plné právo vlastnické, a že důsledně přejímá závazek tomu odpovídající? Projev jde na

<sup>1)</sup> *Africanus* I 30 § 1 D 19, 1: *venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius fiat*; *Julianus* I. 8 D 21. 2; *Gaius* I. 57 pr. D eod.; *Ulpianus* I. 11 § 15 D 19, 1; *Paulus* I. 1 pr. 19. 4.

pinost práva; on sám jest již dostatečnou klausulou garanční,<sup>2)</sup> a základem pro auktorskou povinnost mancipientovu. Stará doba příliš dbala na přesnost slov při obřadných úkonech, než aby v případě tomto úsudek o jiném měl i jen pouhé zdání pravděpodobnosti. Právní účinek přimyká se těsně ke slovům, a to ne jenom při legis akcích (Gaius IV 11), ale i při jiných úkonech slavnostních, k nimž na předním místě i jednání per aes et libram náleželo. Nelze proto souditi jinak, než že mírnější vázanost prodavačova, jak se s ní setkáváme u pozdějších právníků, nebyla priméřným zjevem ve právu římském. Jakýsi zárodek pro ni jest však již i v době nejstarší, a to i při trhu mancipačním, třeba že nevězí v oboru právu materiálního, jež zřejmě vycházelo z povinnosti mancipientovy, opatřiti druhé straně quiritské dominium. Nalézáme jej však v úzkých mezích tehdejšího processu legisakčního. Nebylo v něm prostě prostředku, kterým by byl mohl mancipio accipiens dosíci náhrady za nedostatek práva mancipientova dříve, dokud sám nebyl třetí osobou skutečně žalován.<sup>3)</sup> Byť byly pochybnosti o právu mancipientově sebe více odůvodněny, dokud zůstával mancipio accipiens v klidném držení a užívání věci, neměl žaloby, kterou by mohl svůj nárok na opatření práva proti mancipientovi uplatniti. Bez předchozí vindikace třetí osobou nebyl proces proti mancipientovi z titulu auktorství za řízení legisakčního vůbec myslitelným přes to, že jinak dle práva samého sáhala povinnost tohoto dále, než aby zajistil druhé straně pouhé habere licere.

Avšak vlastní širokou základnou pro vybudování nauky, v dalším vývoji práva římského veskrze proniknuvší, jež uložila prodavači jen zmírněnou povinnost »praestare rem habere licere«, byly četné, z prvu na poli majetkového práva státního, časem pak i soukromého se vytvořivší instituce práv, jež ležely mimo obor národního práva civilního, a ve smyslu tohoto přísně vzato ani nebyly právy, ale pouhými poměry faktickými.<sup>4)</sup> Praktický život,

<sup>2)</sup> Srv. i Bechmann Kauf I. 101.

<sup>3)</sup> Tak i Girard Nouv. revue historique VI. 202. Srv. k tomu l. 9 D 21. 2, jž jednala původně zřejmě o actio auctoritatis (interp. za actio pro evictione); Sabinus ji odpíral, sta-li se kupec dědicem vlastnickým.

<sup>4)</sup> I Rabel Die Haftung des Verk. I 128 shledává příčinu evikčního systému v různých druzích vlastnických práv v Římě. Tak i Eck Die

jenž více dbá na hmotný obsah než na formu právní, spokojoval se i tím, nemohl-li prodavač zajistiti kupci sice ono pro mancipaci význačné »rem meam esse ex iure Quiritium«, garantoval-li mu však aspoň, že bude moci věc bezpečně a trvale pod právní ochranou orgánů státních míti, jí užívati a i jinak jí volně nakládati, jako by byl vlastníkem civilním (*loco domini*).

Pokračující vývoj právní přinášel sebou stále nové druhy těchto práv, tak že právní praxi ani nezbylo jiného východiska než přijati a uskutečniti zásadu, skutečnými potřebami života vyvolanou, že stačí, zabezpečí-li prodavač kupci jenom řečené *habere (recte)*<sup>5)</sup> *licere*, třeba sám neměl vlastnictví dle práva civilního. K prvním zjevům tohoto, specificky římského vývoje zvláštních útvarů práva majetkového možno čítati prodeje pozemků státních římskými magistráty, kteréž sáhají až daleko do prvních dob republiky. Sem náležejí zejména *quaestorské prodeje agri publici*, jež prováděl *quaestor* k nařízení konsula a se svolením senátu.<sup>6)</sup> Dle ústavy římské nemohl však zaručiti vydražiteli v podmínkách dražebních (*leges quaestoriae*) výslovně více než právě jen toto »*habere, uti, frui possidere licere*«, neboť všeliké jiné, *iure civili* plně účinkující a *quiritské* vlastnictví zakládající zcizení státních pozemků mohlo býti uskutečněno jen cestou zákonnou, *lege* nebo *plebiscito*, a normálním typem tu byly hlavně jen bezplatné *assignationes*.

S tímž, a stejně odůvodněným zajištěním práva *habere licere* stekáváme se i při t. zv. *trientabulích*, to jest ve smlouvách, jimiž dle zprávy Liviovy (31, 13) r. 554 ab u. za tísňe *aeraria* konsulové se souhlasem senátu dali státním věřitelům *ex agro publico* pozemky na zaplacení jejich pohledávek.

Tento způsob úpravy právního postavení, jež magistrátové římské zabezpečovali soukromým stranám při prodejích a jiných

---

Verpfl. des Verkäufers zur Gew. des Eigenthumes 21, jenž soudí, že ani bonitární vlastnictví nebylo vlastně lze definovati jinak než *habere licere*. Srv. i Girard Man. 545, dle něhož kromě toho spolupůsobil též ohled na peregriny, kteří nemohli se státi vlastníky civilními.

<sup>5)</sup> Srv. formuláře smluv trhových u Varrona, *de re rust.* II 1—5; též Sedmihradské triptychy u Brunse, *Fontes*<sup>7</sup>, 329—331.

<sup>6)</sup> Srv. Siculus Flaccus v *grom. Inst.* I 115, 136; Hyginus *cod.* I 115. Karlowa *RG* I 93, II 117, 1275, Weber *röm. Agrargesch.* 36, *Pernice Zsch. d. Savigny St. V.* 75.

úplatných převodech pozemků státních, stal se pravidlem i pro všechny další transakce toho druhu, na př. i pro t. zv. *agri viasiiis vicaniis* dle zákona Liviova z r. 632, jichž dostalo se z nařízení senátu *ex agro publico* těm, kdož převzali povinnost udržovati v dobrém stavu státní silnice.<sup>7)</sup>

Toto právní nazírání nezůstalo bez vlivu i na zákonodárství doby republikánské, a stopy jeho jsou patrné zejména v zachovaných úryvcích agrárního zákona z r. 643 ab u., jímž zakončeno bylo agrární hnutí Gracchovské způsobem, kterýmž stát římský byl připraven takřka o veškerý svůj pozemkový majetek ke prospěchu jeho uchvatitelů. Pro pozemky, jež i potom zůstaly aspoň dle formálního práva v jakémsi vrchním, veřejnoprávním vlastnictví státu římského, ale jež jinak dostaly se již v trvalou držbu a dědičné a zcizitelné právo osob soukromých, užívá se v tomto zákoně důsledně týchž výrazů, jež jsou tak význačné pro pozdější evikční theorii římských právníků klassických.

Tak praví se o *agri viasiiis vicaniis*:

(čl. 11) »*neiquis facito, quominus ei oetantur fruuntur habeant possideantque*«;

souhlasně o trientabulích, jež zůstaly i po tomto zákoně zachovány, a o pozemcích daných koloniím a municipiím: (32) »*queive in trientabullis fruuntur... quibus ante [h. l. rog. eum agrum locum con]ductum habere frui possidere defendere licuit... ita ei habere oeti frui possidere defendere post h. l. rog. liceto*«

Stejně i v č. 40, 50, 52 o soukromých pozemcích v provincii Africké: »*quod eius agri habeant, possideant, fruuntur*«, a v č. 81: »*quem agrum P. Cornelius imperator liberis regis Massinissae dedit, habere frui ve iussit*, srv. i č. 82.

Z ukázek těchto jde na jevo, že toto rčení *habere licere* obyčejně ve znění rozšířeném »*habere, uti, frui, possidere licere*« převzato bylo z tralatičních ediktů magistrátských již záhy za republiky i do samých zákonů, čímž dostalo se těmto svérázným institucím práva majetkového do jisté míry uznání sáhající i přes hranice práva honorárního, jímž byly v život uvedeny. Bylo to jenom nezbytným důsledkem skutečnosti, že dle základního zří-

<sup>7)</sup> Lex agraria z r. 643, II, 12; u Brunse, Fontes 75.

zeří státního nešla auktorská způsobilost magistrátská při prodejších a jiných úplatných smlouvách toho druhu dále než právě jenom k zajištění tohoto »habere, frui, possidere, defendere licere«, jak se s ním i v uvedeném plebiscitu setkáváme.

Povšimnutí zasluhuje, že zcela souhlasně a v plném, nezkráceném znění dochovalo se nám totéž rčení i pro stipulační doložky garanční v listinách, jež byly vyhotoveny o mancipacích die formulářů, jež byly všeobecně v Itálii užívány, a jež edtud rozšířily se časem i do praxe provinciální.

Tak čteme na př. v jednom ze Sedmihradských triptychů, nalezených u Verespataku v letech 1786—1855, a sice v listině jednající o mancipaci hochy z r. 142 po Kr. skoro slovně stejný stipulační dodatek, připojený zde k mancipaci, jako v citovaném zákoně agrárním: »ad quem ea res pertinebit, uti frui habere possidere recte liceat«. Táž doložka beze změny přichází též v druhé Sedmihradské listině o mancipaci otrokyně z r. 160 po Kr., a s malou odchylkou: »habere possidere recte liceat«, i v listině o mancipaci dítěte z r. 139 po Kr. a »habere, possidere, u(su)c(apere) recte liceat« též v listině z r. 159 po Kr. o mancipaci polovice domu v provinciální obci dácké Alburnu.

Nechybí však dokladů, že toto rčení »habere licere« dostalo se do soukromých smluv trhových již v době republikánské. Není ani jinak myslitelné, uvážíme-li, že podobně jako ve státním právu majetkovém vytvořily se také v oboru práva soukromého časem, zejména když sesílena byla iurisdikční moc praetorova, nové typy práv majetkových, které sice nebyly právy dle práva civilního, ale přece poskytovaly jich majiteli následkem ochrany praetorovy stejně cenné výhody jako vlastnictví civilní.

Vývoj těchto nových práv soukromých, jež známa jsou pod názvem bonitárního nebo praetorského vlastnictví, nebyl bez významu i pro úpravu závazků prodavačových při smlouvě trhové; nebyloť prostě možno, aby na př. ten, komu byla udělena praetorem bonorum possessio, prodal-li některou věc z pozůstalosti, třeba to byla i res mancipi, vzal na se záruku, jak tomu bylo při mancipaci, za »rem meam esse ex iure Quiritium«. Vždyť k věci neměl iure civili v pravdě žádného práva, a opíral se výhradně o pomoc praetorovu. Nebylo tedy právě ani jinak možno, než-li že zajistil kupci pouhé nerušené držení, užívání a požívání věci.

a poskytl mu zároveň vyhlídku na možnost brzkého nabytí i quiritského dominia usucapione, jak to jedna ze Sedmihradských listin výslovně též uvádí. A tak tomu bylo i při všech ostatních hojných způsobech, kdy strana měla pro sebe toliko tuto tuitio-nem praetoris.

Jak dokazují listiny Sedmihradské, zdomácněla klausule »habere licere« v praxi tou měrou, že jí bývalo užíváno při všech smlouvách trhových, nevyjímaje ani mancipaci, při níž byla vlastně zbytečnou, ano kde již dle podstaty tohoto jednání byla, zejména v některých svých textech (srv. na př. shora »usucapere liceat« v mancipaci z r. 159 po Kr.) přímo nemístna. Že byla obvyklá již za republiky, dokazují formuláře, sestavené právníkem Maniliem pro smlouvy trhové, známé pod jménem leges Maniliae, o nichž se zmiňuje Cicero,<sup>8)</sup> a jež byly tehda na italském venkově hojně v užívání. Znění její zachoval nám z části sběratel římských starožitností Varro ve spise shora citovaném. Jistý náběh v tom směru jest však znatelným již u Plauta, u něhož setkáváme se s týnnž rčením v Epidiuku (jedn. III v. 468), kde na otázku kupujícího »Estne empta mihi istis legibus?«<sup>9)</sup> odpovídá prodavač: »H a b e a s l i c e a t.«

Jinak tomu bylo při starém trhu mancipačním; zde bral na se mancipant auktorský závazek, a to mající za předmět převod quiritského vlastnictví, již přímo ex lege,<sup>10)</sup> aniž bylo nutno, aby se k tomu ještě zvláště jakýmkoli prohlášením zavazoval. Proti tomuto názoru, jenž má dnes rozhodnou převahu, žádají někteří i pro mancipaci ke vzniku auktorského závazku mancipantova výslovnou nunkupaci, která prý náležela k podstatným obřadnostem tohoto nejstaršího jednání civilního. Pro tuto domněnku nenalézáme však dostatečné opory ve zprávách dochovaných; přede-

<sup>8)</sup> De oratore I, 58: »Qui non Teucrum Pacuvii malit quam Manilias venalium vendendarum leges ediscere.«

<sup>9)</sup> Míněny jsou patrně »leges emptionis«, podmínky smlouvy trhové, obdobné jako leges při dražbách censorských a quaestorských.

<sup>10)</sup> Bechmann I, 95, 109. Pernice Labeo III, 114. Lene! Edictum 518, Rabel I, 2, Girard Nouv. revue VI, 181, Man. 603, Krüger Krit. Vers. 46; zvláštní nunkupační projev při mancipaci žádají Karlowa RG II, 619, Rudorff Zeitschr. f. RG XI, 71, 97; Zsch. f. Gesch. RW. XIV, 447; Leist Mancip. und Eigentumstrad. 182; Eck 13 pokládá jej ještě pro dobu klassickou za naturale negotii při mancipaci.

vším jest nepochybně, že projev tohoto obsahu nebyl by mohl vycházeti od mancipanta samého, neboť náleželo k charakteristickým zvyklostem starých jednání civilních, že určení obsahu práva, jež jimi mělo býti založeno, vkládalo se do úst nabyvatelových, nikoli převodcových, jež byl jenom passivním účastníkem jednání, a součinnost jeho omezovala se na to, že dle předchozí dohody nekladl odporu projevu nunkupantovu, a tím mlčky dával na jevo s ním souhlas. Tato obřadní formula, která byla iure civili pro mancipaci vytvořena, zachovala se nám u Gaia, neobsahuje však o zvláštním převzetí auktorského závazku žádné zmínky, ač-li bychom ji nechtěli spatřovati snad ve slovech, jimiž mancipio accipiens prohlašuje své právo vlastnické k věci mancipované.

Nepochybně jest ovšem, že před samým obřadným projevem mancipačním předcházelo často jednání, jež týkalo se práva mancipantova k věci, a jímž mělo býti zjištěno, že jest dán pevný základ pro právně platnou a účinnou mancipaci. Projevy mancipantovy toho obsahu můžeme však posuzovati jedině jako předběžnou přípravu pro následující slavnostní jednání mancipační, zcela jistě však nemají povahu jakési nunkupace, jež měla býti částí aktu samého. Na tom nemění ničeho, že záznamy o těchto předcházejících traktátech pojaty bývaly někdy i do listin, které se o mancipacích sepisovaly, jak toho dokladem jest na př. Pompejská listina z r. 61<sup>11)</sup> o fiduciární mancipaci dvou hochů, tedy jedna z nejstarších listinných památek, jež se nám o mancipaci dochovaly. O mancipantce se tu v úvodě praví:

»Poppaea Prisci liberta Note iuravit pueros Simplicem et Petrinum, sive ea mancipia aliis nominibus sunt, sua esse seque possidere, neque ea mancipia alicui obligata esse neque sibi cum ullo communia esse.«

Souditi můžeme z této zprávy, čerpané ze skutečné u z a v ř e n é h o jednání mancipačního v době, kdy mancipace byla právě ještě v Itálii ve svém plném rozkvětu a užívání, že bylo zajisté obyčejem, že mancipant činil ještě před samou smlouvou slavnostní prohlášení, dovolávaje se druhdy i svědectví bohů (iuravit), že jest quiritským vlastníkem věci, která měla býti mancipována. O obyčeji toho obsahu máme bezpečně doklady

<sup>11)</sup> Bruns str. 332.

z doby ještě starší; jsou to opět Komedie Plautovy, jež nám dávají možnost nahlédnouti bezprostředně do tehdejších právních zvyklostí a učiniti si představu o tom, jak si v běžném životě prostí Římané skutečně počínali. Pozoruhodna jest na př. scéna ze IV. jednání Plautovy veselohry *Curculio* (v. 489—495). Před zamýšleným mancipačním prodejem bere bankéř *Lycos* v pochybnost právo kuplíře *Capadoka* k otrokyni, kterou tento má na prodej. *Lycos*: »Memento, promississe te, si quisquam hanc liberali causa adseret, mihi omne argentum redditum iri, minas triginta.«

*Capadox*: »Meminero, de istoc quietus esto, et nunc idem dico... Memini et mancipio dabo.«

*Curculio*: »Egon ab lenone quicquam mancipia accipiam, quibus suinilest nisi una lingua, qui abiurant, si quid creditumst. Alienos nuncupatis, alienos manu mittitis, alienos imperatis. Nec vobis auctor ullus est nec vos metestis ulli.«

Podobne předchozí jednání o právu prodavačově přichází v Plautově komedii *Persa* (IV 520—526), kde však i sám prodávající kuplíř odmítá převzítí jakoukoli záruku:

*Leno*: »Ac suo periculo is emat, qui eam mercabitur; mancipio neque promittes neque quisquam dabit.«

*Dordalus* (kupec): »Nihil mihi opus est litibus neque tricis; quam ob rem ego argentum enumerem foras? Nisi mancipio accepero, quid eo mi opus est mercimonio?«

Z úryvků těch jde na jevo, že při mancipačních prodejkch, jak jest to ostatně již v povaze těchto smluv, bývalo sice jednáno též o právu mancipantovu k věci, a že předcházelo o tom někdy i slavnostní, ano i přísežné prohlášení, ale stejně jest vidno, že projevy ty nebyly částí obřadné nuncupace, na niž by se bylo vztahovalo známé ustanovení zákona XII tabulí. Nebylo toho však ani potřebí, neboť právní zodpovědnost mancipantova jako auktora měla tu zcela jiný samostatný základ, jež byl dán samou slavnostní povahou tohoto starobylého civilního úkonu. Při jednáních toho významu, jakým byla mancipatio,<sup>12)</sup> bylo naléhavým příkazem národního přesvědčení římského, je-

<sup>12)</sup> Bechmann I, 153, 319 spatřuje důvod právní vázanosti mancipantovy v publicistické povaze smlouvy mancipační.

muž dostalo se i sankce zákona XII tabulí,<sup>13)</sup> že každý z účastníků má přirozenou i právní povinnost, dle míry a povahy své účasti je utvrzovati a chrániti proti každému útoku, jenž by byl se třetí strany proti jeho platnosti a účinnosti namířen. Tomuto zásadnímu nazírání hovělo na př. ustanovení zákona, jímž byly za nečestné prohlášení a intestabilitou trestáni svědci a libripendes, kteří byli při mancipaci nebo jiném jednání per aes et libram súčasťeni, jestliže odepřeli o něm svědectví vydati.<sup>14)</sup> A stejnou povinnost jako samozřejmý důsledek mancipace měl i mancipant jako jeden ze hlavních účastníků aktu, a byl již pro to samo povinen dle míry a způsobu své účasti učiniti se své strany vše, aby zamýšlené účinky mancipace nebyly zcela nebo z části zmařeny útokem podniknutým proti právu kontrahentovu osobou třetí. Na něm bylo zejména, aby v procesu vedeném třetím vindikantem o vlastnictví věci postavení svého nástupce dle svých sil všemožně sesiloval a utvrzoval<sup>15)</sup> (augere), tedy aby se po jeho boku činně súčasťnil soudního řízení, což vyjadřovalo se slovy: »auctoritatem praestare«; neučinil-li mancipant žádost této smluvní povinnosti, což zvalo se »auctoritatem defugere«, dávala se ze zákona proti němu actio auctoritatis na náhradu škody, která vyměřena byla dvojnásobnou summou ceny trhové.<sup>16)</sup>

Zprávy o této žalobě jsou nad míru kusé; vždyť i toto jméno samo není původní, nýbrž jest tvorbou nové doby (Lenel, Edictum p. 518). Ve sbírce Justinianské přichází v úryvcích, jež se jí týkaly, pro ni název actio de evictione (na př. l. 76 D 21.2, l. 9.66 § 1 Deod.), jenž se však dnes pokládá za interpolaci, dosti pravděpodobnou, neboť kompilatoři, jako vymýtili z kodifikace zcela mancipaci nahradivše ji slovem »traditio«, tak učinili stejně i s institucemi s ní souvisejícími, k nimž náležela jako zvláště významná průvodkyně její i tato actio auctoritatis. Ve svém prvot-

<sup>13)</sup> Paulus ve Vat. fr. 50: »Et mancipionem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat.«

<sup>14)</sup> Tab. VIII. 22 zák. XII. tab.; Gell. 15, 13, 11.

<sup>15)</sup> Bechmann I. 118.

<sup>16)</sup> Pravděpodobně výslovným ustanovením zákona XII. tabulí, aneb aspoň jeho civilní interpretací ze všeobecnějšího ustanovení o náhradě škody: »Duplione damnus decido«; srv. Festus v. Vindiciae.

ním významu vyskytuje se slovo »auctoritas« v kompilaci Justinianské jenom výjimečně, jako na př. ještě v l. 76 D 21. 2:

»Si alienam rem mihi tradideris, et eandem pro derelicto habueris, a mitti auctoritatem, id est actionem pro evictione, placet.«

V pravdě máme toliko jedinou určitější zprávu o této žalobě, ač ani ona neuvádí její původní jméno; jest to Paulus II 17 § 3:

»Res emptamancipatine et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplatus obligatur.«

Jinak odkázání jsme jen na kusé zmínky, většinou po různu roztroušená pouhá slova »auctoritatem praestare«, »auctoritatem defugere«, »actio in auctorem praesentem« u starších spisovatelů neprávnických, zejména Cicerona a Plauta. Uvádí se i z Terentiova (r. 190—159 př. Kr.) Eunucha (II, scena 3. inf.) »Numquam defugiam auctoritatem«, ač nemá s otázkou auktorského závazku při trhu ani sebe volnějši souvislosti; totéž říci jest o následujících větách, jež rovněž ve vztahu k actio auctoritatis bývají uváděny: Plautus (Poenulus I v. 145, 146): »Suspende, vinci, verbera: auctorem, sino«. »Si auctoritate postea defugeris, ubi disolutus tu sis, ego pendam«.

Větší cenu mají ta místa z Plauta, v nichž předvádí se na scénu jednání o prodejších věcí, hlavně otrokyň, ať již mancipací, nebo s úmyslným opominutím této. Sem náleží zejména Persa (IV 520—526) jednající o prodeji otrokyně, jménem Lucride, kde prodavač kuplíř Sagaristo sám o právu má pochybnosti: »liberalem virginem, abductam ex Arabia penutissima«, a patrně vzhledem k auktorské povinnosti plynoucí ze samé mancipace odpírá předsevzítí tento obřadný úkon: »Mancipio neque promittes, neque quisquam dabit«.

Názorná jest též u téhož spisovatele v Curculio scéna (IV. r. 489—498) líčící zevrubně jednání stran, jež předcházelo prodeji mancipačnímu.

Z Cicerona uvéstí jest zejména:

Pro Caecina 19.54 a Topica 4.23: »usus auctoritas«.

Pro Sulla 11.33: »Itaque attende, Torquate, quam ego defugiam auctoritatem consulatus mei«.

Pro Caecina 19.54: »Actio est in auctorem praesentem his verbis: ‚Quando te in iure conspicio‘.« K tomu i pro Murena 12.26: »Idem ineptiis fucata sunt illa omnia: ‚Quando te in iure conspicio‘.« V souvislosti s tím jest i vysvětlení zkratk u Valeria Proba (de iure notarum 4.7): »Q. I. I. T. C. P. A. F. A. = = Quando in iure te conspicio, postulo anne far<sup>17)</sup> auctor.«

Dále Cicero pro Murena 2.3 o auktorově povinnosti »periculum litis praestare«. Nikoli bez významu jsou též místa kompilace Justiníánské, nejvíce v titulu »de evictione et duplae stipulatione« (Dig. 21.2), z nichž mnohá v původním znění jednala o actio auctoritatis. Jest to nepochybně, uvážíme-li, že jak sama mancipatio tak i k ní se pojící auctoritas byly ještě za klassických právníků v praktickém užívání, a že tato civilní žaloba měla i svou formulu umístěnou v ediktu praetorském, a byla předmětem úvah ve spisech právnických té doby. Zjištěno bylo zejména Lenelem<sup>18)</sup> při rekonstrukčních pokusech ediktu praetorského a aedilského, že byla v něm zařaděna mezi praetorskými stipulacemi, a že o ní pojednávali z klassických právníků obšírněji zejména Julian, Ulpian a Paulus ve svých komentářích k praetorskému ediktu, z nichž každý věnoval jí po jedné knize, a to Julianus lib. LVII Digestorum, Ulpianus lib. LXXX ad Edictum a Paulus lib. LXXVI ad Edictum. Jest tedy na jevě, že ty z úryvků, jež přijaty byly do Justinianových digest z těchto statí Julianových, Ulpianových a Paulových, zůstaly nám až dosud spolehlivým pramenem pro úvahy o actio auctoritatis. Jest ovšem mimo pochybu, že kromě toho týkala se dle původního znění této žaloby též jiná místa kodifikace Justinianovy; povšechných směrnic však není, a otázka interpolací jest tu namnoze dosti sporná.<sup>19)</sup>

Nemalou důležitost mají ovšem i listinné památky o římských mancipacích. Jsou to zejména Pompejská diptycha z r. 61 po Kr. o fiduciární mancipaci otroků, dále t. zv. formula Baetica

<sup>17)</sup> = fuas? fias? Jest tu praesens, srv. Bechmann I. 112, Girard Nouv. rev. VI. 184, ne perfectum »fueris«, jak píše Bekker, Aktionen II. 131.

<sup>18)</sup> Edictum p. 517; souhlasně též Bruns Fontes<sup>7)</sup> 237.

<sup>19)</sup> Srv. Lenel 519—523, Bechmann I 244, 371 a n.; Girard Nouv. rev. VII 554 p. 1; Karlowa RG II, 406 p. 2, Eck 25, Rabel I 2, p. 2; 3 p. 4.

z 1. až 2. století po Kr. (Bruns 334), obsahující vzorec fiduciární mancipace ve Španělsku nalezený a čtyři Sedmihradské triptychy z r. 139 až 160 po Kr. o mancipacích otroků a polovice domu.

Mezi těmito sporými zprávami, jež máme o *actio auctoritatis*, a jež se jí z největší části jenom mimochodem a z povzdálí dotýkají, zasluhuje zvláštní pozornosti ono místo Ciceronovo, v němž činí se zmínka o jakési zvláštní žalobě, která se týkala právě auktorské zodpovědnosti mancipantovy, a kterou Cicero nazývá jménem, za něho patrně běžným, *actio in auctorem praesentem*. Cicero uvádí na dvou místech (pro Caec. 19.54 a pro Murena 12.26) také text žalobní formule, která pro ni byla v řízení legisakčním předepsána, a kterou zachoval nám v celém, doplněném znění též Valerius Probus: «*Quando in iure te conspicio, postulo anne fuas auctor.*»

Že žaloba tato týkala se auktora při mancipaci, o tom není, trvám, pochybnosti. Avšak s jakou žalobou jest nám zde co činiti? Kdo jest žalobcem v tomto, proti auktorovi zahajovaném processu? Jest jím druhý kontrahent, *mancipio accipiens*, nebo jest jím někdo třetí, jenž uplatňuje takto své domnělé právo na věc mancipovanou, a činí to žalobou proti samému mancipantovi? A jedná se vůbec o žalobu ve smyslu technickém proti auktorovi, tedy o proces, v němž by on sám byl jednou ze stran procesních? Cicero, a ovšem i Valerius Probus jsou daleci toho, aby podrobně objasňovali smysl uvedených textů, jež jako každému známý prostě předpokládají. Slova citované formule ovšem poukazují na proces, vedený proti auktoru samému; avšak přes to soudím, že nebude asi pochybné, že nemohl tu býti míněn v právním smyslu proces proti němu jako jedné ze stran procesních. Kdo by byl v tom případě jeho procesním odpůrcem? Třetí vindikant? To jest vyloučeno již z té příčiny, že po provedeném mancipačním prodeji nebude mancipant zpravidla vůbec již držitelem sporné věci. Ale měl-li by býti žalobcem *mancipio accipiens*, předpokládalo by to, že na něm byla věc již předcházejícím procesem vindikačním třetí osobou vysouzena, a že on má nyní právní nárok na náhradu, který proti auktorovi uplatňuje. V tom případě byla by však tato *actio in auctorem praesentem* totožnou s *actio auctoritatis*, která sloužila právě řečenému účelu. Ale proč by pak Cicero kladl zvláštní důraz na to, že je žalobou proti auktorovi přítomnému, a jak by se též vysvětlila slova »po-

stulo anne fuas actor«, jež patrně neměla býti ničím jiným než výzvou k auktorovi, jenž byl in iure přítomen, aby se k auktorství zvláště a výslovně přihlásil. Ale také slova: »Quando te in iure conspicio« jsou důkazem, že se nejedná vůbec o proces formálně proti auktorovi zahájený, neboť bylo by za řízení legisakčního vůbec myslitelné, aby se žalobce obracel při prvním roku na svého odpůrce in iure těmito slovy, z nichž jasně vyznívá jakási nahodilost tohoto setkání?<sup>20)</sup> Bylo to možno za řízení, jež zahajovalo se tím, že žalobce sám předváděl druhou stranu k soudu způsobem tak důrazným, a po případe i násilným, jakým byla starořímská in ius vocatio? Význam tohoto rčení »actio in auctorem praesentem« stane se nám jasným teprve, vezmeme-li v úvahu souvislost, ve které přichází u Cicerona (pro Mur. 12,26) legisakční formula, kterou měl býti tento domnělý proces contra auctorem praesentem in iure v běh uveden. Příléhavá a břitká ironie řečníkova obrala si zde za terč přežilý rituál zastaralého řízení legisakčního, nejedno nebezpečí pro výkon spravedlnosti v sobě skrývajícího (inanissima prudentiae reperta sunt, fraudis autem et stultitiae plenissima), a mezi ukázkami popěveků (carmina) předepsaných pro vindikační legisakci sacramento uvádí právě též onu legisakční průpověď »Quando te in iure conspicio«, kterou týž řečník na jiném místě (pro Caecina 19,54) zove »actio in auctorem praesentem«. Jest však na jev, že ve sporu o vlastnictví věci nemohl býti auktor sám jednou ze stran, a že tedy slovy Ciceronovými nemůže býti míněna actio ve smyslu vlastním, nýbrž pouze jistá obřadní průpověď, kterou byl na výzvu žalované strany příbrán do procesu auktor nejvýše jako její pomocník, intervenient. Jedná se tedy o případ, kdy po mancipačním prodeji zahájen byl proti kupci evikční proces, a mancipant na jeho žádost dostavil se k roku in iure, aby mu byl, konaje jako auctor<sup>21)</sup> svou smluvní povinnost, v procese dle svých sil po ruce. V čem tato pomoc, auctoritas, záležela, Cicero sice ne-

<sup>20)</sup> Bechmann I 115; dle Girarda Nouv. rev. VI 185 jedná se tu o jakýsi druh interrogace in iure. Jinak Rabel I 22, jenž nevyklučuje ani v tomto případě in ius vocationem auktorovu.

<sup>21)</sup> Auctoritas odvozuje se od slova »augere«, t. j. rozmnožovati, sesilovati, pomáhati. Srv. Bechmann I 110, Bethmann Holweg I, 133, Karlowa RG II 621. Girard Nouv. revue VI 182 ji pojímá jako »l'assistance judiciaire fournie par la mancipation à son acquéreur«.

praví, ale z některých jeho poznámek lze si i o tom učiniti spolehlivý úsudek, a pak stane se teprve jasným i pravý smysl a dosah zmíněného, tehda obecně užívaného rčení »actio in auctorem praesentem«. Tolik aspoň můžeme ze slov »in auctorem« bezpečně souditi, že auctor, jenž vlastně byl do sporu přibrán jenom jako podpůrce jedné ze stran, není přece jen tak pouhým, na sporu osobně nesúčastněným pomocníkem, nýbrž naopak že v pravdě přes to, že procesně stojí mimo strany, vede se materiálně tento proces vlastně proti němu samému, a že tedy jest jím i sám postizen, ano že co do hospodářského výsledku jest na něm súčastněn ne méně, než jako asi byl v pozdějším formulárním řízení *procurator in rem suam*.<sup>22)</sup> A v tom smyslu lze pak arci říci, že dostaví-li se auktor k řízení vindikačnímu, vede se pak proces vlastně proti němu samému, na jeho vlastní nebezpečí, a že jde tedy skutečně o *actio in auctorem praesentem*. Hledí se tedy více ke přirozené, hmotné stránce věci, a slovo *actio* přichází tu ve smyslu nikoli technickém, právním, nýbrž spíše ve významu lidovém, jenž má na mysli předem jen hospodářský výsledek jednání, v podobném asi, jako se i o dotátních věcech, jež přece byly *de iure* ve vlastnictví mužově, častěji i v pramelech setkáváme s výrokem: »*quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*.<sup>23)</sup> Slova ona mají tedy smysl ten, že proces o mancipované věc, vstoupil-li do něho mancipant, třeba jen jako *intervenient* (*auctor praesens*), vede se ve skutečnosti na jeho vlastní risiko, a jeho samého, ne žalovaného držitele věci, postihnou též všechny nepříznivé důsledky prohraného procesu. *Auctor praesens* přijímá tím na se celé *periculum litis*.

Výslovně to potvrzuje i Cicero ještě na jiném místě, jež teprve vrhá na jeho dřívější zmínku o *actio in auctorem praesentem* jasnější světlo. Porovnáváje totiž auktora při mancipaci s konsulem, jenž po volbách prohlašuje lidu svého nástupce, praví (*pro Murena* 2.3):

»*Quodsi in iis rebus repetendis,*<sup>24)</sup> *quae man-*

<sup>22)</sup> Tak soudí i Rabel I 14, že podpora auktorova v procesu evikčním záležela původně asi v tom, že byl nucen spor prostě vzíti na sebe. O způsobu tohoto provedení se však dále nezmiňuje.

<sup>23)</sup> L 75, D 23. 3; I, 71, D 21. 2; I 3 § 5 D 4. 4.; I 4 D 37. 6.

<sup>24)</sup> Zřejmě má na mysli proces evikční, vindikaci mancipované věci třetí osobou, jež ji vymáhá nazpět (*repetere*).

cipisunt, is periculum iudicii praestare debet, qui se nexu obligavit, protecto etiam in iudicio consulis designati is potissimum consul, qui consulem declaravit, auctor beneficii populi Romani defensorque periculi esse debebit.»

Tedy: při mancipaci ten, kdo se »nexu obligavit«, to jest právě mancipant, má povinnost »periculum iudicii praestare«. Co jest však toto »periculum iudicii« jiného než převzetí rizika vindikačního procesu, to jest učiniti zadost rozsudku, dojde-li ke kondemnaci? Nepraví-li Cicero, že mancipant již samým jednáním per aes et libram (nexu) převzal zároveň povinnost hájiti jako auctor defensorque periculi svého nástupce, hrozí-li mu nebezpečí, že přijde o věc pro nedostatek práva (periculum iudicii)?

Touto povinností obhajoby obyčejně rozumí se pouhá podpora žalovaného držitele věci poskytováním rad a informací, opatřováním důkazních prostředků, po případě sesilováním jeho postavení vlastními svědeckými výpověďmi a přísahami, tedy vesnes úkony, které pro auktora neznamenají ani riziko ani mu nepůsobí zvláštních výloh. Zůstala-li však skutečně povinnost auktorova omezena jenom na pomoc toho nebo podobného obsahu, nemohlo býti arci řeči o jakémkoli »praestare periculum iudicii«, tedy o převzetí nebezpečí procesního. A mysliti na duplum pretii, jež bude musiti mancipant kupci zaplatiti, vyhne-li se defenzní povinnosti (auctoritatem defugere), rovněž nevystihuje smysl slov Ciceronových, jež jako v prvném případě právě »actio in auctorem«, tak i zde mluvě o »periculum iudicii praestare« má zřejmě na mysli právě sám obsah kondemnačního rozsudku, jehož hrozící nebezpečí klade přímo na bedra auktorova.

Již tato úvaha sama odůvodňuje úsudek, že zmíněná pomoc auktorova v procesu evikčním musila býti riskantnější nežli pouhé udělování rad a důkazních pomůcek, a že přinášela auktorovi mnohá vážná nebezpečí, která jej dokonce mnohdy pohнула k tomu, že rozhodí se raději pro auctoritatem defugere, třebaže tím uvaloval na sebe povinnost dle normy zákona XII tabulí »duplione damnum decidere«. Mohlyť se vyskytnouti případy, kdy zaplatiti dvojnásobnou cenu bylo pro něho přece ještě výhodnějším než účastniti se činně jako auctor praesens procesu vindikačního a převzítí na sebe periculum iudicii.

Z obou těchto doplňujících se zběžných poznámek Ciceronových můžeme se značnou pravděpodobností souditi, že věc se měla takto: Auktor, chtěje splniti svou mancipační defensní povinnost, vstupuje do evikčního sporu a dostaví se na žádost svého ohroženého kontrahenta před praetora již k samému jednání vindikačnímu a kontravindikačnímu; při této příležitosti prohlásí se po formální obřadní výzvě svého nástupce (*actio in auctorem praesentem*) slavnostně za jeho auktora, přejímaje tím závazek podporovati jej a sesilovati jeho postavení, jak toho k řádnému a úspěšnému vedení procesu bude potřebí. Podpora tato neomezovala se však na nikoli nebezpečné obstarávání důkazů, ale rozšiřovala se i na jiné další úkony, jež byly nutnými průvodci každého legisakčního procesu vindikačního, a jež uebyly již tak zhola prosty všeho rizika, ano i na takové, jež v důsledcích svých znamenaly právě převzetí celého nebezpečí procesního auktozem samým, a které tedy vlastně již za řízení legisakčního činily pro auktora proces evikční jakýmsi druhem procesu *in rem sua*m.

Příležitost k podstoupení rizika, jemuž se auktor nemohl vyhnutí, naskytl se *in iure* již po provedené vindikaci a kontravindikaci, kdy musili býti dáni *praedes sacramenti* (Gaius IV 16); neboť že auktor, byl-li súčasněn jako *intervenient*, musil na se vzíti tuto rukojemskou povinnost, kdo by mohl pochybovati? Nutnost, převzítí největší nebezpečí, a sice samo riziko celého procesu, nastala však pro přítomného auktora, jakmile se dospělo k otázce, která ze stran má míti po dobu procesu věc ve své držbě. Z Gaja (l. c.) víme, že praetor udílel jí původně zcela volně, nejsa vázán ani ohledem na stranu, která jí dosud měla; mnohé však nasvědčuje tomu, že i tu ustálily se jisté obyčeje, jimž dostalo se záhy též přesnější úpravy praetorskými normami o possessorních sporech *interdikčních*, jež především měly důležitou funkci určovati role stran právě v procesu vindikačním. A tu nebude asi pochybno, že dostavil-li se žalovaný držitel věci se svým auktozem, a tím dotvrdil aspoň řádné nabytí držby, nebyl praetor ani v nejmenších rozpacích o tom, komu má spornou věc prozatím ponechat, zejména byl-li auktor osobou důvěry hodnou. Nutnou podmínkou toho však bylo, aby učiněno bylo zadost procesním normám, jež pro ten případ nařizovaly »*praedes dare litis et vindiciarum, id est rei et fructum*«. Za tohoto ručitele,

zavazujícího se splnití po případě předmět celého sporu, pokud se týče *litis aestimationem*, kdo dle povahy věci více se hodil než sám auktor *mancipant*, Ciceronův »*nexu obligatus*«? Mohl-liž svému napadenému kontrahentovi odepřítí tuto, normami legisakčního řízení předepsanou posilu, aniž by v tom bylo shledáno vyhybání se povinnosti auktorské, ono »*defugere auctoritate*«?<sup>25)</sup> Ale v tomto převzetí funkce *praeda*, jemuž se auktor nemohl vyhnouti, spočívalo právo těžisko jeho auktorského závazku, v něm skrývalo se ono *periculum iudicii*, o němž se zmiňuje Cicero, a jež způsobuje, že auktor snímá se svého žalovaného nástupce veškeré riziko, bera je výhradně na sebe sama. On vstupuje tím do procesu formálně sice jako osoba stojící mimo strany, ale po stránce hospodářské, kteráž v životní praxi bude však na konec přede vším jiným rozhodnou, bude musiti jako *praes litis et vindiciarum*, dojde-li ke kondemnaci, celou cenu sporného předmětu sám zaplatiti. Toto nebezpečí nebude moci od sebe odvrátiti, ježto žalovaný držitel měl i potom v moci, vydání sporné věci prostě odepřítí a přivoditi tím zřízení *arbitria*, jímž cena procesu (*litis aestimatio*) byla určena a pak přímo na auktorovi vymáhána. Převzal-li tedy *mancipant*, nevyhýbaje se povinnosti auktorské, tuto funkci *praeda*, zajistil tím trvale a definitivně držbu věci svému nástupci a přesunul tím na sebe veškeré *periculum litis*. V tom smyslu lze pak arci i o sporu evikčním říci, že vede se vlastně proti auktorovi, čili jak praví Cicero, že jest *actio in auctorem praesentem*.

Vstoupil-li tedy auktor jako *praes litis et vindiciarum* do procesu, a byl-li *praetorem* jako takový přijat, splnil tím samým úplně svou auktorskou povinnost »*rem defendere*«; a to spolu objasňuje též smysl dalšího výroku Ciceronova (pro Murena 2,3), že ve sporu o *res Mancipi ten*, kdo se *nexu obligavit*, má jako auktor povinnost »*defensor periculi esse*« a »*periculum iudicii praestare*«.

Tento důsledek *praediatury*, odvracující od držitele věci veliké další nebezpečí, plynul již ze samé povahy, kterou v první periodě svého vývoje mělo rukojemství,<sup>26)</sup> nebyloť prvotní ideou

<sup>25)</sup> Tuto funkci *praeda* přikládal auktorovi již Mommsen: *ad legem de scribis et v. et de auctoritate* II; proti tomu Bechmann I, 116 p. 5.

<sup>26)</sup> Srv. Cordoneanu: *Sur le fonction du vindex* 1919.

této instituce jak u starých Římanů, tak i u Řeků a jiných národů antických, aby, jak tomu jest při pozdější a i dnešní záruce, přistupoval rukojmí k sesílení pohledávky věřitelovy jako druhý, vedlejší dlužník vedle dlužníka hlavního, nýbrž základní myšlenkou její bylo, sprostiti se vlastní osobní zodpovědnosti a dáti ze sebe a na místo sebe někoho jiného jako osobu, od té doby jediné zavázanou. V prvotním rukojemství, jež zakládalo se obřadními ústními projevy,<sup>27)</sup> byl tedy spolu i moment novační. Pokud jde však o záruku, kterou na se vzal někdo jako praes, přistupuje ještě pochybnost, jež má příčinu ve zdánlivé nesrovnalosti, v níž jest zpráva Gaiova s jinými výroky, jež máme o této starořímské instituci. Dle Gaia zřizuje se totiž ve vindikačním procesu legisakčním praes procesnému odpůrci, tedy zřejmě osobě soukromé; naproti tomu všechny ostatní zprávy shodují se v tom, že praes byl typickou formou pro rukojemství, jež zřizovalo se úředním osobám pro pohledávky státní nebo municipální, tedy výhradně pro pohledávky vzešlé v oboru veřejné správy.<sup>28)</sup> O tom jsou též definice praeda jak u Festa (v. praes a v. maniceps), tak i u Varrona de l. l. 74 úplně shodné. Také jiné památky, jež máme o této instituci,<sup>29)</sup> vztahují ji výhradně na smlouvy uzavřené soukromými osobami se státem nebo jinými korporacemi veřejnými. Nesouhlas tento jest však jen zdánlivý, neboť po bedlivější úvaze poznáváme, že ani Gaiův praes neměl původně jiné povahy; zřízení jeho následovalo totiž bezprostředně po tom, kdy ve sporu vindikačním na rozkaz praetorův »Mittite ambo hominem« pustil jeden i druhý vindikant věc z držby, a tato zůstala tím k dispozici samému praetorovi; a tomuto, tedy orgánu státní správy, ne druhé procesní straně, dávala tu původně ta strana, které praetor přiřknul prozatímní držbu, praedem, jenž byl výhradně zavázán praetorovi vydati mu věc, pokud se týče

<sup>27)</sup> Pro zřízení praeda byla předepsána forma obdobná verbálně smlouvě stipulační; Festus v. praes: »Praes est is, qui populo se obligat, interrogatus que a magistratu, si praes sit, ille respondet: „praes.“ Souhlasně Varro de l. l. 74.

<sup>28)</sup> Mommsen Stadtr. 468, Bechmann I 445 a n., Leist Manc. 101, Cordoneanu 21, Gradenwitz Zsch. Sav. St. NF. XLII.

<sup>29)</sup> Lex agraria z r. 643 č. 45, 73, 99, lex Acilia repet. l. 57, lex latina de Bantia II, lex parieti faciundo Putoleana, lex Malacitana LXIII, LX, lex municipii Terentini 9—13.

zaplatiti litis aestimationem, dojde-li ke kondemnaci. Záležet výrok soudní v legisakčním procesu *sacramento de iure* vlastně jen v rozhodnutí o tom, »*cuius sacramentum iustum est*«, a nárok vítězův na vydání věci a plodů směřoval tedy původně proti praetorovi samému, ne tedy přímo proti druhé straně procesní, již věc zatím byla praetorem propůjčena, a která v důsledku toho proti praetorovi, ne proti svému procesnímu odpůrci, převzala a rukojmím (*praede*) zajistila povinnost věc opět vydati, nebo *litis aestimationem* zaplatiti,<sup>30)</sup> dopadne-li pro ni spor nepříznivě. Organům veřejné správy byly však za závazky zodpovědné ne strany samy, ale právě tito *praedes* (po případě *praedia*), kteří byli jin k tomu cíli dáni. S tím souvisí, že máme sice zprávy o »*praedes praediaque vendere*«, nikoli však též o »*mancipes vendere*«, tedy jen o exekuci vedené na tyto *praedes* a snad i pozemky, pokud byly zvláště (*subsignatione*) v zástavu dány, avšak ne bez dalšího na samé strany smluvní. Zvláště poučným jest, že měl-li býti kontrahent též vlastní osobou zavázán, přistupoval k smlouvě ještě sám též jako *praes*, jak toho rčení »*idemque praes*«, jež se porůznu dochovalo, jest dokladem nad jiné výmluvným.<sup>31)</sup>

A tak jest tomu i v našem případě: Převzal-li *auctor praesens* vůči praetorovi závazek jako »*praes vindiciarum ac fructuum*«, musí po nepříznivém výsledku procesu, ač-li strana, za niž se zaručil, sama svého odpůrce neuspokojila a věc nevydala, zaplatiti celou *litis aestimationem*. Byl-li *praes* někdo jiný než právě *auctor*, není pochyby, že měl v tom případě postih proti straně procesní, a že po té stránce nebyl na tom hůře, než *sponsor* dle zákona *Publiliova*. Převzal-li však na se závazek *praeda* sám *auctor*, jest na jevě, že neměl postihu proti svému kontrahentovi, jemuž věc, právní vadou stíženou, *mancipoval*, a byl tedy v plném smyslu slova *praes in rem suam*.

<sup>30)</sup> Mylně *Petot*, *Fructus duplio* v *Etudes histor. jur. offert à Girard* 236 omezuje závazek *praeda* jen, byla-li tu věc v době rozsudku, a držitel ji nechtěl vydati.

<sup>31)</sup> *Srv. na př. Festus v. maniceps*: »*qui idem praes dicitur, quia tam debet praestare populo, quod promisit, quam is, qui pro eo praes factus est.*« *Srv. zejména v lex Puteolana*, kde se v subskripci podpisuje »*C. Blossius (redemptor) Q. f. HS. MD, idem praes.*« *Srv. Mommsen l. c. 471, Mitteis Reichsr. u. Volksr. 506. R. Mayr, Zsch. Savigny St. NF. XLII 205.*

A toto stanovisko starého práva římského udrželo se, byvši přiměřeně přizpůsobeno, i v pozdějším formulárním procesu, a stopy jeho jsou patrný ještě v právu klassickém, odkud dostaly se i do samého práva Justinianského. Myšlénka, jejímž cílem bylo poskytnouti kupci co nejbezpečnější jistotu, tak aby mohl podržeti věc v každém případě, i bude-li výsledek evikčního procesu nepříznivým, a aby dokonce zůstal mimo spor, jsa zbaven všech nepříjemností a veškerého risika, došla v řízení per formulas ještě dalšího vybudování. Souviselo to se změnou, kterou zavedl praetor v oboru procesního zastoupení. Toto, jak známo, nebylo až na skrovné výjimky (Gaius IV 82) v procesu legisakčním vůbec přípustno; nezbývalo tedy, leč aby přesunuto bylo periculum iudicii na auktora způsobem jiným, pomocí řečené instituce rukojemské, jak bylo právě vyloženo. Jestliže však i v tomto řízení hledí Cicero na spor, jako by byl veden proti auktorovi samému, oč více možno to říci v řízení per formulas, jestliže auktor sám vstoupil do sporu na místo žalovaného držitele věci jako procurator in rem suam, tak že i sama kondemnační část formuly zněla přímo na jeho vlastní jméno (Gaius IV 86), a tedy i celé závěrečné jednání exekuční již dle znění rozsudku bylo výhradně proti němu vedeno? Touto institucí bylo v pravdě postaráno o dokonalou ochranu kupcovu proti útokům evikčním, ano on zbaven tu byl i starostí spojených s opatřováním různých kaucí procesních, jež k vedení procesu byly nezbytny, neboť tyto musil dáti procurator sám.<sup>32)</sup>

Tedy jenom forma se změnila, myšlénka zůstala stejná. Měl-li auktor splniti svou auktorskou povinnost, jak mu ji ukládala mancipatio, nezbývalo mu, než aby jako auctor praesens vzal na se periculum iudicii, nechtě jako praes vindiciarum et fructuum v řízení legisakčním, nechtě jako procurator in rem suam v řízení s formulami. Pozoruhodno jest, že obě místa, která ještě v digestech Justinianových jednájí o evikčních procesech vedených skrze zástupce, týkají se právě těchto prokuratorů in rem suam, jimiž jsou sami prodavači, tedy oni praví auctores praesentes ve smyslu Ciceronově. Jsou to:

I. 21 § 2 D. 21. 2. (Ulpianus l. XXIX ad Sab.) »Et ideo (Ju-

<sup>32)</sup> »Nemo alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intelligitur,« Gaius IV 181, Paulus I 3, 4.

lianus) ait, si emptor hominis mota sibi controversia venditorem dederit procuratorem, isque victus litis aestimationem sustulerit, stipulationem duplae non committi, quia nec mandati actionem procurator hic idemque venditor habet, ut ab emptore litis aestimationem consequatur.\*

Tedy prodavač vstupuje zde do evikčního sporu jako procurator in rem suam, platí sám litis aestimationem a tím zachraňuje kupci věc trvale; postih proti kupci se mu arci odpírá, poněvadž jest osobně na sporu právě jako proc. in rem suam účastněn. Věcné jde tu o totéž, co má na mysli Cicero mluvě o auctor praesens a o periculum iudicii; ničeho nemění na tom, že zde Ulpian nejedná o auctoritas, nýbrž o stipulatio duplae, neboť pokud jde o naši otázku, sloužily obě tyto instituce téměř účelu.

Totéž hledisko se uplatňuje i v l. 66 § 2 Deod.

Papinianus (l. VII Quaest.): »Si secundus emptor venditorem eundemque emptorem ad litem hominis dederit procuratorem, et non restituto eo damnatio fuerit secuta, quodcumque ex causa iudicati praestiterit procurator ut in rem suam datus, ex stipulatu consequi non poterit, sed quia damnus evictionis ad personam pertinuit emptoris, qui mandati iudicio nihil percepturus est, non inutiliter ad percipiendam litis aestimationem agetur ex vendito.«

Papinian, pokud jde o naši otázku, praví zde totéž, co Ulpian v l. 2 § 2 cit. Venditor vstupuje do procesu jako procurator in rem suam, a poněvadž žalovaný kupec nevyhověl výzvě věc vydati (arbitratus de restituendo), došlo ke kondemnaci na cenu sporného předmětu (litis aestimatio), kterou auktor sám musil zaplatiti. Jako procurator in rem suam nemá pak ovšem regresní žaloby, třeba že převzal zastoupení na příkaz svého nástupce (nihil mandati iudicio percepturus).<sup>33)</sup>

Jest zajímavo pozorovati, jak toto římské hledisko proniká časem i do provincií. Svědčí o tom zachované, řecky psané papiry o egyptských smlouvách trhových z periody římské; stalot

<sup>33)</sup> Uvésti lze ještě l. 49 pr. D 5. 1, kde dokonce uvažovalo se o otázce, zda převzetím této procesní defense auktozem nemění se i sama kompetence soudu; Rabel I. 15. Girard, N. rev. VII, 583. Srv. i l. 1. C. 3. 19.

se zvykem, zavazovati si prodavače, aby, dojde-li k evikčnímu procesu, převzal a vedl jej sám na vlastní risiko a náklad, tak aby kupci zůstala věc pro všechny případy zabezpečena,<sup>34)</sup> a teprve, nedostojí-li této povinnosti, ukládal se mu závazek, aby zaplatil smluvenou pokutu, jež byla dosti rozmanitě určována. Příkladem buďtež uvedeny:

V pap. z r. 359 po Kr. (Arsinoe) o prodeji otroka (BGU 359, Bruns 366a n., Mitteis Chrestom. 303) zavazuje se prodavač: „*κἄν τις τοῦ πεπραμένου δ[ούλου] ἀντιποιηθῆ ἢ ἐπενεχθῆτι κατ' αὐτοῦ τρόπῳ ὅῳ δῆ τι, ὁ πεπρακὼς τοῖς ἰδίοις ἀναλώμασι* (= in rem suam) *βεβαιώσει τῷ πριαμένῳ ἢ ἐκτείσει αὐτῷ παραχρῆμα τὴν τεμὴν καὶ τὸ βλάβος, καὶ ὅσον ἂν αὐτῷ διαδόχοις τε αὐτοῦ διαφέρῃ*“ (= římské quod interest).

Ještě zřejměji přichází totéž v pap. z r. 289 po Kr. (BGU 13, Mitteis 298) při prodeji velblouda; vliv římskoprávní jest v něm i jinak patrný:

„*Ὁμολογοῦμεν πεπρακέναι σοι κάμηλον ἄρρενα ἀραβικόν . . . καὶ παραδεδώκαμέν σοι τὸν κάμηλον ἀχάρακτον ὑγιῆν καὶ ἀσιωῆν* (dle ediktu říms. aedilů) *πρὸς τὸ ἀπὸ τοῦ νῦν παρληφῶτα σεαντὸν ἐξουσίαν ἔχειν* (římské habere licere) *ἑτέροις πωλεῖν καὶ διοικεῖν καὶ ἐπιτελεῖν περὶ αὐτοῦ ὡς ἂν αἰρῆ, ἐφ' ὃν καὶ οὐκ ἐπελευσόμεθα οὔτε ἡμεῖς οἱ πεπρακότες οὔτε ἄλλος ὑπὲρ ἡμῶν κατ' οὐδένα τρόπον, τὸν δὲ καὶ ἐπελευσόμενον ἢ ἐμποισόμενον τοῦ πεπραμένου καμήλου ἢ μέρος αὐτοῦ* (partem rei ve stip. duplae) *χάριν ἡμεῖς αὐτὸν ἀποστήσωμεν καὶ ἐκδικήσωμεν παραχρῆμα τοῖς ἰδίοις ἐαυτῶν δαπανήμασι* (= procurator in rem suam) *καθάπερ ἐκ δίκης*“.

Podobně v pap. z r. 136 po Kr., BGU 193 II (Mitteis 299) o prodeji otroka: „*ἐὰν δὲ μὴ βεβαιοῖ ἢ μὴ παρέχεται καθαρὸν, ἀποισιάτω*“ atd. Též v mimoegyptském papyru z Askalonu o prodeji z r. 359 po Kr. (BGU 316): „*ὁ πεπρακὼς τοῖς ἰδίοις ἀναλώμασι βεβαιώσει τῷ πριαμένῳ ἢ ἐκτείσει αὐτῷ παραχρῆμα*

<sup>34)</sup> Srv. Rabel I, 7 r. 5; 8; Berger, Strafklauseln 27; Partsch, griech. Bürgschaftsrecht 345 spatřuje již v pap. Tor. I col. 6, 4—15 ve slovech „*ἐπισκήψασθαι*“ jakousi žalobu proti prodávaci jako auktorovi již za trvání samého procesu evikčního, tedy něco, co připomíná Ciceronovu actio in auctorem praesentem. Srv. i P. Par. 20, 37; C. P. R. 5, 191. BGU I 282, IV 1111.

τὴν τιμὴν καὶ τὸ βλάβος καὶ ὅσον ἂν αὐτῷ διαδοχοῖς τε αὐτοῦ διαφέρῃ (římské interesse).

Tato doložka „τοῖς ἰδιόις δαπανήμασι (ἀναλώμασι) ἐκδικήσω nebo βαβαιώσω“, kterou se prodavač zavazuje věc, bude-li na kupci třetí osobou vymáhána, na vlastní náklad mu zachrániti, jest zřejmě vyjádřením téže myšlenky, která jest i základem auktorovy povinnosti »rem defendere, periculum iudicii praestare«, kterou uskutečňoval auktor jako praes v řízení legisakčním a jako procurator in rem suam v řízení per formulas.

Jest patrnó, vzal-li auktor takto na sebe evikční proces, zajistil tím svého nástupce co nejlépe, neboť zbavil jej veškeré další nejistoty, nechť výsledek procesu byl kterýkoli; pro kupce znamenalo to pak konec starostí o věc, jak Cicero (pro Caecina 26. 94) praví, »finis solitudinis ac periculi litium«. Cicero užívá zde sice slov těchto o usucapio, ale i to právě je příznačné též pro starou auctoritas, ježto tato ve starobylých normách zákonných bývala jako nerozlučná průvodkyně<sup>35)</sup> oné vždy spolu uváděna. Byla tedy auctoritas při mancipaci jakýmsi korrelátem a doplňkem usucapionis, a v této funkci měla poskytovatí tomu, jemuž věc byla mancipována, stejnou bezpečnost jakou zajišťovala po roce nebo po dvou letech sama usucapio, to jest »finem solitudinis«.

Ale přes to, že povinnost účasti v procesu evikčním byla mancipantovi již samým zákonem uložena, nebylo přece prostředku, jímž by splnění její mohlo býti na něm přímo vynuceno; na konec zůstávalo vždy v jeho moci, nedostaviti se před praetora a vyhnouti se procesu, defugere auctoritatem, a tím ponechati svého nástupce bez pomoci jeho osudu a všem svízelm a nebezpečím procesu evikčního. Jest proto na jevě, že kupec měl přední zájem na tom, aby dojde-li ke sporu o věc mancipovanou,

<sup>35)</sup> »Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium« Cicero, pro Caecina 19. 54; Topica 4. 23; de officiis: »Indicant XII tabulae: adversus hostem aeterna auctoritas. I Horacius: »mancipat usus«; tak i v Sedmihradské listině o mancipaci z r. 159 po Kr. výslovně činí se v garanční doložce zmínka o usucapio. S tím souvisela i zvláštní, jak ji Girard N. revue VI 190 p. 2 nazývá »mysteriéšní annalis exceptio Italici contractus«, jež zrušena byla Justiniánem konstitucí z r. 530 v l. I C 40. 7, a o níž se činí zmínka i v L. un § 1 C 7. 31. Srv. i L. 54 D 21. 2 K. tomu Karlowa Rg II 406, Rudorff Zsch. f. RG. XI 109, Bechmann I 106 a n.

mancipant se skutečně již k řízení in iure dostavil a sám se k činné účasti ve sporu jako auctor praesens přihlásil, a tím kupce všech dalších starostí zbavil. A tento zájem stal se mezi súčastnými stranami též předmětem zvláštního jednání a smluv. Jest přirozeno, že mancipio accipiens, jsa žalován na vydání věci, vyžádá si při prvním roku in iure odročení řízení, aby zatím mohl dožádati se pomoci na svém auktoru, a zejména aby jej přiměl k dostavení se ke druhému roku in iure, kde by jako auctor praesens učinil zadost své povinnosti. Není též pochyby, že snahou jeho bylo, vymoci na auktorovi stipulační slib, že se k soudu určitě dostaví (vadimonium purum),<sup>36)</sup> po případě, jak stalo se obyčejem, slib toho obsahu rukojmími zajištěný (vadim. cum satisfactione). A to jest též vlastní smysl následujícího místa Varronova (de lingua latina 74), jehož výklad působí dosud značné obtíže<sup>37)</sup> a mnohé svedl na cestu zcela pochybenou:

»Consuetudo erat, quom reus parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium daret. A quo caveri postea lege coeptum est ab his, qui praedia venderent, vades ne darent. Ab eo scribi coeptum in lege mancipiorum: vadem ne poscerent nec dabitur.«

Toto sdělení Varronovo jest v pravdě velmi přílehlavým doplňkem k hořejším zprávám Ciceronovým. Jde o zahájený (inceptis rebus) evikční proces o vlastnictví k prodaným a mancipovaným pozemkům (qui praedia venderent, in lege<sup>38)</sup> mancipiorum); Varro zaznamenává tu jako ustálený obyčej (consuetudo erat), že žalovaný držitel (reus), jímž zřejmě jest mancipační kupec, dával za sebe v procesu někoho jiného (pro se alium daret). Koho, to sice Varro výslovně nepraví, ale ze souvislosti s další větou nemůže býti pochyby, že nebyl jím nikdo jiný, než právě onen Ciceronův »auctor praesens«, jenž jako praes, nebo později procurator in rem suam bral na místě žalovaného držitele mancipované věci na sebe defensionem i periculum iudicii. Zároveň však zaznamenává Varro další obyčej, že po zahájení sporu

<sup>36)</sup> Gaius IV. 185; Leist Mancip. 102. »

<sup>37)</sup> Cordoneanu l. c. 16 o něm praví: »le texte plein de difficultés.«

<sup>38)</sup> Lex mancipii značí tu zřejmě podmínky smluv, stejně jako v předcházejících slovech »lege caveri coeptum est«. Zvaly se tak asi formuláře (schemata) pro sepisování smluv v praxi obvyklé; srv. shora zmíněné leges Maniliae.

evikčního činili žalování držitelé mancipací nabytých věcí nátlak na své auktory, aby se jim tyto zavázali slibem rukojmími sesíleným (*vades poscere*), že se k soudu (*in ius*) určitě dostaví, ale že tyto požadavky narážely zhusta na odpor mancipantů, jež byl vysvětlitelným jednak tím, že k tomuto zřízení procesních rukojmí ze zákona zavázání nebyli, jednak tím, že opatřiti si *vadem*, jež na se bral dosti obtížný závazek,<sup>39)</sup> bylo často velmi nsnadno, nehledě ani k tomu, že v procesu evikčním byl *de iure* auktor přece jen pouhým *intervenientem*, a nebyla tedy proti němu obyčejná *in ius vocatio* vůbec přípustna. Zřízení *vadimonia* bylo však dle své povahy, pokud jde o první účast ve sporu, právě jen *surrogatem* za toto násilné postavení k soudu, jímž byla starořímská *in ius vocatio*.<sup>40)</sup> Dle Varrona pak byly to právě tyto velmi obtížné požadavky mancipačních kupců, zákonem nikterak neodůvodněné, jež byly již při mancipaci zvláštními doložkami předem odmítány, a takto upravené texty dostaly se pak i do vzorců listin, jež bylo zvykem o mancipacích *sepisovati* (*in lege mancipiorum scribi coeptum*). Jednalo se patrně jenom o tyto *vades*; tím není ovšem řečeno, že žalovaný držitel věci mohl po zahájení sporu evikčního naléhati na auktora, aby na něm vymohl aspoň prostý slib, že se před *praetora* ke druhému roku dostaví (*vad. purum*).

S tohoto hlediska jest zpráva Varronova zcela jasna a jest daleka toho, aby mohla býti jedinou dostatečnou oporou názoru,<sup>41)</sup> že *vades* byl nejen rukojmím pro dostavení se k soudu (*vadim. iudicium sisti*, Gaius IV 184), ale kromě toho že mohl

<sup>39)</sup> Srv. Keller, *röm. Civilprocess* str. 221 a n.

<sup>40)</sup> Cordoneanu 20. Cicero *pro Quintio* 19. 61.

<sup>41)</sup> Voigt, *Abh. d. sächs. Gesellsch. phil. Cl. VIII, über das Vadimonium* 299—379; názor ten převzal i Rudorff *f. gesch. RW XI* 94. Jen procesního rukojmí spatřuje v něm Cordoneanu (20), jež však soudí, že měl zde jen účel zajistiti kupci osobu auktorovu pro příští *actio auctoritatis*; smysl ten sotva lze však z Varrona vyčísti. Dle Bechmanna I 119 byli tyto *vades* dávání již při samé mancipaci; tak i Schlossman *Zsch. d. Sav. St.* 1905. To odporuje však slovům *inceptis rebus*. Srv. k tomu i Girard *Nouv. revue XXVIII* 142, Karlowa *RG II* 621, Eck II, *Leist Manc.* 101; Lenell *Ed.* 523 pozn. 3 vidí ve *vades*, o nichž mluví Varro I. c., předchůdce *satisfationis secundum mancipium*, tedy v podstatě se shoduje s výkladem Voigtovým, neuvádí však žádného nového důvodu. Proti tomu srv. Bechmann I 368.

býti též obyčejným rukojmím pro soukromoprávní závazky jakéhokoliv obsahu. Z Varronovy zmínky o *lex mancipii* soudí totiž Voigt, že »*dare vadem*« bylo v nejstarším právu obvyklým při mancipaci vůbec pro jakékoli z ní vzešlé závazky hlavní i vedlejší. Na straně mancipantově byla to prý zejména *satisfactio secundum mancipium*,<sup>42)</sup> jež záležela v tom, že mancipant dával kupci *vadem* jako zcela obyčejného rukojmí za náhradní závazek, bude-li mu věc evinkována. Na tom jest správně jenom tolik, že tato *satisfactio secundum mancipium* skutečně byla zřízením rukojemství pro eventuelní nárok evikční, jež měl *mancipio accipiens* již dle zákona ze samé mancipace; ale že rukojmím byl právě *vas*, pro to není naprosto žádné opory, ježto zpráva Varronova, jak bylo shora uvedeno, nemá se *satisfactio secundum mancipium* ani sebe volnější souvislosti a dává zcela dobrý smysl, i když zůstaneme při normálním významu, jež mělo »*dare vadem*« v římské historii právní. Za jisto můžeme míti, že římská instituce *vadimonia* týkala se v ý l u č n ě závazku dostaviti se k soudu, a sice jednalo se z pravidla o účast *in iure*, neboť jen na tom měl žalobce zájem, poněvadž bez osobní přítomnosti odpůrcovy před praetorem nemohlo se procesní řízení ani zahájiti, ani se nemohlo v něm pokračovati, naproti tomu na dostavení se odpůrcově k roku nařízenému *in iudicio* nebyl již žalobce, nehledě k některým výjimečným případům, interesován, ježto toto obmeškání samo provázeno bylo účinky pro stranu se obmeškavší nepříznivými. Pro názor Voigtův není ani jediného místa, v němž by *vadimonium* vztahovalo se na kterýkoli jiný druh mimoproceného rukojemství; zejména není to Cicero *ad Atticum* V 1, 2, v němž domnívá se Voigt nalézati doklad pro domněnku, že *dare vadem* znamenalo též zřízení rukojmí kupcem mancipantovi pro závazek zaplatiti cenu trhovou. Cicero však ve skutečnosti nedotýká se ani slůvkem *vadimonia*, a vkládáti to do jeho zprávy z Varronovy zmínky o *lex mancipationis* jest příliš násilné a libovolné, neboť Cicero nejedná zde vůbec o zřízení rukojmího kupcem, nýbrž naopak mancipantem, a neběží o pohledávku prodáváčovu na zaplacení

---

<sup>42)</sup> Eck io ji pokládá za *naturale negotii* při mancipaci, Bechmann I 123 za její surrogat. Srv. i Rudorff l. c. XI 94, Lenel l. c., Karlowa RG II 621, Girard l. c. 151; Nouv. r. VII 547 a n.

ceny trhové, nýbrž o závazek mancipantův zaplatiti duplum pretii, nedostojí-li své auktorské povinnosti; praví Cicero l. c.:

»De setis dando vero te rogo, quoad eris Romae, tu ut satis des. Et sunt aliquot satisfactiones secundum mancipium, veluti Memianorum praediorum et Atilianorum.«

Omyl Voigtův spočívá v tom, že se domnívá, že Cicero jedná o pozemcích, které koupil, a že žádá Attika, aby se mancipantům pro cenu trhovou za něho zaručil; proč ale i v tomto případě byl by to nutně vas? V pravdě však Cicero ony pozemky prodal a žádá Attika, aby se za jeho auktorský závazek secundum mancipium jako obyčejný garant obvyklou sponzí nebo fidepromissii zaručil.

Tato zde Ciceronem míněná satisfactio secundum mancipium<sup>43)</sup> byla co do své podstaty jen rukojemským zajištěním auktorské povinnosti mancipantovy. Ze znění listin, jež se nám z 1. a 2. století po Kr. zachovaly o římských mancipacích, jde totiž na jevo, že bylo rozšířeným obyčejem, že k samému jednání připojovány byly ještě vedlejší úmluvy ve formě stipulační, jimiž mancipant ještě výslovně sliboval zaplatiti duplum pretii (někdy i jen simplum), nedostojí-li auktorské povinnosti; bylo to tedy jen ještě výslovné opětování a znovu potvrzení závazku mancipantova, již ex lege existujícího, tedy s hlediska právního vlastně jakési superfluum při mancipaci, a zvalo se proto též re promissio. Přistoupilo-li k němu ještě zajištění jeho rukojmími, byla to shora uvedená, u Cicerona a v baetickém formuláři technickým názvem satisfactio secundum mancipium pojmenovaná instituce, která dle toho, co bylo řečeno, neměla tedy ani samostatné povahy, jsouc jen přičleněna na mancipační auctoritas, jejíž byla se siléním.

Tato repromissio, pokud se týče satisfactio secundum mancipium vyskytuje se ve všech textech listin, jež máme o mancipacích ex causa empti et venditi. Tak jest pravidelná satisfactio sec. mancipium v Sedmihradském triptychu z r. 142 po Kr.: »tunc quantum id erit, quod ita ex eo evictum fuerit, t(antum) p(ecuniam) duplam p(robam) r(ecte) d(ari) fide rogavit Dasius

<sup>43)</sup> Kromě Ciceronova místa přichází toto jméno ještě jen v t. zv. Lindenborgské značce S. S. M. = satis secundum mancipium a pak ve španělské listině (formula baetica) o fiduciární mancipaci z 1. nebo 2. stol. po Kr.

Breucus, d(ari) f(ide) p(romisit) Bellicus Alexandri, id(em) fide sua esse iussit Vibius Longus.«<sup>44)</sup>

Jistou nepravidelnost má však *satisfatio sec. mancipium* v druhém Sedmihradském triptychu z r. 160 po Kr., v němž evikční obligace auktorova snížena jest výslovně na pouhé *simplex* ceny trhové:

»*Quod ita ex ea quit evictum ablatumve fuerit, sive quot ita lictum non erit, tantam pecuniam probam recte dari f(ide) rogavit Cl. Julianus mil(es) s. s. d(ari) f(ide) p(romisit) Cl. Philetus. Id fide sua iussit Alexander Antipatri.*

Pouhé *repromissiones*, t. j. stipulační sliby bez rukojemského zajištění přicházejí v obou ostatních Sedmihradských *mancipacích*, a to o prodeji otrokyně z r. 139 po Kr.:

»*quot si quis eam puellam, partenve quam ex eo*<sup>45)</sup> *quis evicerit, . . . tum quanti ea puella empta est, [tan] tam pecuniam et alterum tantum dari fide rogavit Maximus Batonis, fide promisit Dasius Verzonis.*«

Dále o prodeji polovice domu z r. 159 po Kr., v níž *mancipantův* garanční závazek byl rovněž jako v listině z r. 160 omezen na *simplex pecunia*:

»*quod ita lictum non erit, t(antam p(pecuniam) r. d. f(ide) r(ogavit) Andueia Batonis, fide promisit Veturius Valens.*

Podobná *repromissio* při *mancipaci*, a sice rovněž omezená na *simplex pecunia*, přichází též již v Plautově komoedii *Curculio* (V v. 665—669):

»*Quia ille ita repromiserit mihi, si quisquam hanc liberali causa adseruisset manu, sine controversia omne argentum reddere.*«<sup>46)</sup>

Jiných listin o *mancipacích ex causa venditionis* z té doby nemáme; v citovaných všech čtyřech přichází *mancipační* závazek auktorův pro případ evikce vždy ještě zvláště stipulován, buď pouhou *repromissí* nebo sesílen rukojemstvím v *satisfatio*

<sup>44)</sup> Z toho, že pro *mancipanta* byla volena *fidepromissio* a pro rukojmího *fideiussio*, možno souditi, že onen byl občanem římským, kdežto tento provinciálem, jemuž jenom forma posléz uvedená byla přístupna; stejně i v následující listině.

<sup>45)</sup> Ač se jedná o otrokyni; svědčí to o bezmyšlenkovitém opisování obvyklého formuláře.

<sup>46)</sup> Srv. i eod. V 710.

secundum mancipium; při tom jest pozoruhodno, že ve dvou ze čtyř jest dle výslovného ujednání snižen na jednoduchou cenu trhovou.

Zvláště poučnou pro nazírání na tuto repromissio a satisfatio sec. m. jest však španělská listina (formula baetica), to jest formulář,<sup>47)</sup> jehož užíváno bylo jako vzorce pro listiny o fiduciárních mancipacích ex causa pignoris. Schema předvádí nám současně dvojí mancipaci: Nejprve věřiteli dlužníkem (otrokem iussu eius) nummo uno za účelem zástavy pro různé pohledávky, a na to obsahuje výslovné zmocnění věřitele, nebude-li mu pohledávka zaplácena, k dalšímu skutečnému mancipačnímu prodeji věcí jemu samému fiduciárně mancipovaných, a to slovy:

»quae mancipia ex is vellet L. Titius h(eres) ve eius vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti venderet. Mancipio pluris HS n(umno) I n v i t u s n e d a r e t, n e v e s a t i s s e c u n d u m m a n c i p i u m d a r e t, n e v e u t i n e a v e r b a, q u a e i n v e r b a s a t i s s ( e c u n d u m ) m ( a n c i p i u m ) d a r i s o l e t, r e p r o m i t t e r e t, n e v e s i m p l a m n e v e [duplam].

Listina tato jest v několika směrech pozoruhodna; především jest jediným spolehlivým pramenem, který nám poskytuje jasnější pohled na repromissio a satisfatio sec. mancipium, o jichž obsahu odjinud přímo nejsme vůbec zpraveni.<sup>48)</sup> Listina tato stejně jako Sedmihradské triptychy jest dále bezpečným dokladem, že i při mancipaci bylo zůstaveno stranám, aby zákonný závazek auktorův znějící na dupla pecunia dohodou zmírnili třeba i na jednoduchou summam (sive simplam) ceny trhov. Listina baetická poučuje nás dále o způsobu, kterým mohlo býti při mancipaci, provedené na základě skutečného trhu, ne jen dicis causa předsevzatého fiduciárního jednání, dosaženo toho, aby mancipant zůstal vůbec sprostěn jakékoli povinnosti

<sup>47)</sup> Je to schema, připomínající leges Maniliae; Rudorff Zsch. f. g. RW. XI 79, Krüger Krit. Vers. 43. Mylně Degenkolb, Zsch. f. RG. IX 117.

<sup>48)</sup> Na garanční klausule v Sedmihradských triptychách pohlíží dnešní doktrina jako na obyčejné stipulationes duplae nebo simplae. Ježto však jedná se vesměs o mancipace, nevidím, proč bychom v nich neměli spatřovati zachované památky prvotní sat. sec. manc., dle níž časem byl sdělán text repromissio, který pak opět byl přirozeným základem pro stylisaci pozdější stipulace duplae i simplae.

auktorské. Jedná se v ní totiž o mancipačním prodeji věci zástavním věřitelem, jenž jak víme z pozdějších ustanovení práva římského, nebyl kupci za právní vady prodané věci zodpověden, ač-li se k tomu zvláště nezavázal (l. 22 D 13. 7, l. 38 D 22. 1, l. 1 C 8. 46 [45]). Ježto však povinnost auctoritatem praestare tvořila podstatnou náležitost mancipace, byl by musil zástavní věřitel, uskutečnil-li zástavní prodej mancipací, a věc byla kupci evinkována, jako každý jiný mancipant zaplatiti dvojnásobnou cenu trhovou. Vymalézavosti právníků římských podařilo se však i tu objeviti prostředek, kterým bylo od věřitele jako fiduciárního nabyvatele věci toto nebezpečí odvráceno. O něm jedná právě tabula beatica. Bylo totiž použito dvojí ceny:<sup>49)</sup> Jedné skutečné, kterou měl prodávající věřitel obdržeti na úhradu své pohledávky jako vlastní cenu trhovou, ale která nebyla do obřadného projevu mancipačního pojata, kdežto druhou cenou byl známý nummus unus, který přišel dicis causa do formule mancipační a stal se takto základem, ovšem jenom nominálním, pro vyměření onoho dupla, jež měl mancipant jako auktor eventuálně dle ustanovení zákona XII tabulí platiti. Věcně znamenalo to ovšem úplné sproštění se povinnosti auktorské. Tento smysl mají ve španělské listině slova: »Mancipio pluris nummo uno invitus ne daret«; že neměla jiného účelu než právě jen vyloučiti závazek auktorův pro právní vady zastavené věci, jím per mancipationem prodané, jest zcela jasno z bezprostředně následujících dalších doložek: »neve satis secundum mancipium daret, neve ut in ea verba, quae in verba satis secundum mancipium dari solet, repromitteret«. Všecky tyto klausule sledovaly tu stejný cíl: Zbaviti věřitele, jenž věc vykonáváje zástavní prodej mancipoval, všeho garančního závazku. Měl býti oprávněn, odepřítí kupci — jak to jinak patrně bylo při obyčejných mancipačních prodejích všeobecnou zvyklostí (srv. i Cicero ad Attic. l. c.) — t. zv. repromissionem a satisfactionem za zákonné duplum, po případě zmírněné simplum skutečné ceny trhové. Že jinak repromissio i satisfactio měly stejný obsah, jest zřejmo z věty, jež praví, že text obou byl

<sup>49)</sup> Srv. Rudorff Zsch. f. G. RW XI, 53,92, Girard Nouv. r. VI, 199, Leist l. c. 161, Krüger Krit. Versuche 52, Ihering Geist I, 548; nepsrávně Degenko'b Zsch. f. RG IX, 117 a n. spatřuje v citované větě listiny španělské svolení ke skutečnému prodeji beze všeho omezení, třeba i za nummus unus.

i slovně zcela shodný; při *satisfactio secundum m.* přistupovalo tedy jenom rukojemské zajištění. Slovo *re promittere* samo jest pak dokladem, že se nejednalo teprve o primární založení závazku *solvere duplam* (*pecuniam*), nýbrž že tato povinnost již zde byla, a to již *ex lege XII tabularum*, ale že šlo jen o její výslovné opakování zvláštní stipulací, jak toho předpona »*re*« ve slově *re promittere* jest svědectvím. Tím však jest zároveň prokázána nesamostatná povaha těchto obou k mancipaci přiřčených institucí.

Z této nesamostatnosti *satisfactio sec. manc.* soudí Girard,<sup>50)</sup> že byla pro další vývoj římských garančních institucí při smlouvě trhové v celku bezvýznamnou. Názor tento zasluhuje však jisté korekce. Jisto jest, že tyto *satisfactiones secundum mancipium*, aneb aspoň zeslabené *re promissiones*, staly se při římských mancipacích *ex causa venditi* zjevem pravidelným, a že byly opomíjeny jenom, bylo-li to zvláště odůvodněno, na př. byl-li mancipantem zástavní věřitel. Jak bylo však tomu, byla-li *satisfactio sec. manc.* nebo *re promissio* připojena k mancipaci, která buď pro tu či onu vadu byla neplatna? Že případy toho druhu nebyly vzácností, toho svědectvím jest na př., že ze čtyř mancipací, o nichž se nám dochovaly listinné památky, byla jedna zcela určitě neplatna, a o ostatních třech jest to též velmi pravděpodobno. Neplatna byla mancipace polovice domu z r. 159 po Kr.,<sup>51)</sup> neboť týkala se domu ležícího v dácké vesnici, jenž jako *praedium provinciale* nehodil se za předmět jakéhokoli jednání civilního; že nebyl snad výjimečně účasten *privilegia* známého pod jménem »*ius Italicum*«, jest zřejmo z dalšího ustanovení téže listiny, jímž se mancipant zavazoval »*uti pro ea domo tributa usque ad recensum dependat*«; daňové břímě tížilo však jenom pozemky provinciálské. Avšak i platnost ostatních tří mancipací jest velmi pochybná, neboť jména stran i svědků, jež se v nich vyskytují, svědčí z velké části o mimořímském původu účastníků.

<sup>50)</sup> *Nouv. revue hist.* VII, 592.

<sup>51)</sup> Je to listina vyhotovená poloučenými písaři provinciálními bezmyšlenkovitě dle římských formulářů. Srv. Girard *Nouv. r.* VII, 570. Voigt *RG.* II, 643 spatřuje v těchto listinách doklad pro svůj ojedinělý názor, že mancipatio byla časem usnadněna, a poněvadž poskytovala větší záruky, užívána při všech cennějších věcech bez rozdílu.

Jest jisto, že trhové smlouvy toho druhu, třeba že pro ně bylo použito formy mancipační, nemohly založiti auktorský závazek stejného obsahu jako platná starořímská mancipatio. Civilní normy o praestare auctoritatem, defendere, praestare periculum iudicii neměly tu přirozeně místa. Jest však otázkou, zda při tom s neplatnou mancipací sdílela stejný osud i sama smlouva trhov<sup>á</sup> a zejména i vedlejší stipulační garancie, kterou od původu byl vlastně jenom opěťován a zdůrazněn zákonný závazek mancipantův zaplatiti duplam pecuniam, nedostojí-li auktorské povinnosti? Z dobrých důvodů můžeme souditi, že jest nám zde činiti s konversí právního jednání, a že třeba že nevznikla ze smlouvy platná mancipatio, stranami zamýšlená, přece přišla k místu aspoň konsensuální smlouva trhov<sup>á</sup> a připojená k ní garancní stipulace nabyla důležitosti ne ovšem nyní ve své prvotní funkci jako pouhá repromisse nebo satisdatio sec. mancipium, ale jako samostatná stipulace, a to stipulatio duplae, po případě stipulatio simplae (pecuniae); a tímto osamostatněním repromise, ať již pouhé nebo sesílené v satisdatio s. m., jejíž prvotní počátky se jinak těsně připojují na starou mancipaci, vstupuje do římské právní historie nový důležitý článek ve vývoji těch institucí právních, jimiž upravena byla zodpovědnost prodavačova za právní vady věci při římském trhu.<sup>52)</sup> Abstraktní povaha, kterou se římská stipulatio vyznačovala, činila možným, že i tyto stipulační garancie, míněné stranami vlastně jen jako vedlejší, nesamostatná ujednání přičleněná k mancipaci, zůstaly zachovány přes to, že sama hlavní smlouva mancipační byla neplatná. I nebylo pak již překážky, aby si razily cestu i mimo kruh mancipací do trhových smluv, pro něž strany ať z té či oné

<sup>52)</sup> Již Girard N. r. VII, 548 přivádí k řeči otázku, zda satisdatio secundum mancipium nebyla vlastně obyčejná stipulatio duplae se zárukou, repromissio obyčejná st. duplae bez záruky; v s. s. m. vidí pak (VII, 551, 553) náhradu za mancipaci a jakousi novaci obligace zákonné v obligaci ze smlouvy verbální, jež měla býti základem pro rukojemství. Také Bechmann I, 123, 369 a Eck 13 spatřují v satisd. s. m. přechod od a. auctoritatis ke stipulatio duplae, jež se utvořila dle vzoru oné, a byla (tak srv. Baron Krit. V. J. Schr. X, 175) zlepšením, kterým satisdatio sec. manc. byla vytištěna. Srv. i Karlowa II, 622. Poměr satisdationis sec. manc. ke stipulatio duplae charakterisuje Girard VII, 588 takto: Satisdatio sec. manc. jest originálem, stipulatio duplae pak pouhou kopií oné, novým zlepšeným vydáním, jímž ona byla nahrazena.

příčiny mancipace nepoužily anebo dle povahy věci ani použití nemohly.<sup>53)</sup> A tak *repromissiones a satisfationes sec. mancipium*, jichž znění bylo slovně shodné, staly se přechodním můstkem pro vývoj nejdůležitější v celé následující periodě instituce tohoto oboru, *stipulationis duplae*, která měla od původu s nimi nejen materiálně týž obsah (*dupla pecunia*), ale i souhlasný text, ve kterém, během času někdy snad v jednotlivostech modifikovaném (srv. na př. *st. simplae*), dostala se v plném rozsahu ještě do práva Justinianského.

Osamostatnění těchto stipulací, jež dle svého prvotního určení byly pouhými *repromissionem*, zdůrazňujícími auktorský závazek mancipantův, již i bez nich existující, nezůstalo však bez vlivu pro nové utváření se obsahu garančního závazku prodavačova v pozdějším vývoji této instituce; neboť dle povahy stipulace, jež se tu stala vlastním základem vzniku řečeného závazku prodavačova, nešlo již, jako z prvu při mancipaci, o *auctoritas* se všemi oněmi zvláštnostmi, jak se s nimi seznamujeme u Ciceroa, nýbrž při ní rozhodným byl výhradně text ústní formule, kterou byl předmět i obsah závazku prodavačova přesně stanoven. V tralatičním znění jejím nečinilo se však ani zmínky o jakékoli povinnosti prodavačově *rem defendere, periculum iudicii praestare*, jež byla při mancipaci primérním a přirozeným důsledkem tohoto slavnostního aktu starořímského, nýbrž jediným předmětem závazku *promissářova* bylo tu *solvere duplam* (po případě i jen *simplam*) *pecuniam*, jež učiněno bylo závislým na následující výmince: »*Si quis eam rem evicerit, quominus emptori rem habere liceat.*«<sup>54)</sup> Jinými slovy: Závazek mancipantův *plati duplam pecuniam*, jenž byl při trhu mancipačním teprve druhořadným jako důsledek nesplněné auktorské defenzní povinnosti, stal se v těchto samostatných garančních stipulacích vlastním

<sup>53)</sup> Na to poukazuje již Varro (*de re rust. l. c.*), jenž jednáje o formulářích pro prodeje otroků, praví: »*Aut si mancipio non datur, dupla promitti, aut si ita pacti, simpla,*« čimž zřejmě praví mezi řádky, že byla-li mancipatio, není třeba zvláštní stipulační garancie, ježto závazek stejného obsahu tu vzhází již ze samé mancipace.

<sup>54)</sup> Podmínkou bylo jen toto »*iudicio rem evictam esse*: L. 21 pr. — § 3, l. 22 § 1, l. 24., 25., 51. pr., 55. 56 § 1 D 21.2 a j. Srv. zejména text *repromisních stipulací* v listinách Sedmihradských.

předmětem obligace,<sup>55)</sup> a na místo dřívější povinnosti nastoupilo právo prodavačovo súčastniti se ve sporu evikčním a odvrátiti svou součinností od sebe sama hrozící nebezpečí zaplatiti duplum ceny tržové, dopadne-li výsledek sporu nepříznivě. S touto změnou v právním nazírání šlo pak ruku v ruce uznání povinnosti emptorovy, oznámiti zahájení procesu auktorovi, litem denuntiare; bylo-li toho opomenuto a auktor měl dostačující obranu, liledělo se na věc tak, jakoby nebyla bývala vysouzena procesem, nýbrž ztracena vlastní nedbalostí emptorovou. Tato změna v názoru na právní povahu auktorského závazku obráží se zejména jasně v následující konstituci Diokletianově a Maximianově (z r. 293—304): l. 20 C 8.45: »Si parentes vestri mancipia venum dederunt, quaestioque dominii mota est, emptoribus adesse ac causam defendere non prohibemini... Empti sane iudicio pro evictione si conveniri coeperitis, nec vobis, ut defendatis, negotium denuntiatum probetur, intelligitis, quatenus vosmetipsos tueri debeat.*s.*«

Reskript zabývá se případem, v němž bylo upíráno auktorovi (zde jeho dědicům) dokonce i samo právo na účast a defensi v procesu evikčním, a řeší ji ovšem ve smyslu shora vyloženém.

Proti mancipantovi, jenž nesplnil své auktorské povinnosti, dávala se *actio auctoritatis* na zaplacení dvojnásobné ceny tržové. V této *duplio pretii* spatřuje převážná většina interpretů pokutu uloženou mancipantovi jako trest za jeho nesprávné jednání, a řadí důsledně tuto žalobu mezi *actiones ex delicto*, a to do skupiny žalob poenálních aneb aspoň smíšených (tam *rem quam poenam persec.*); jen zcela málo jest těch, kteří i tuto žalobu přes to, že šla na duplum, pokládají za obyčejnou žalobu kontraktuí. Jsou to zejména Karlowa a s ním všichni ti, kteří (shora pozn. 10) kladou vznik závazku auktorova ne již do ustanovení zákona, ale žádají výslovnou nunkupaci k mancipaci při-

<sup>55)</sup> O tomto rozdílu v povaze auktorského závazku při mancipaci a při *stipulatio duplae* srv. Girard N. r. VII, 588, Bechmann I, 371, Lenel Ed. 370, 372, Rabel I, 3 p. 3. *Stipulatio duplae* nezakládala povinnost k defensi, ale právo prodavače na defensi; hledě k tomu pokládá Lenel všechna místa v pramenech, ukládající prodavači řečenou povinnost za interpolována. Jsou to zejména l. 139, d. 45, 1 (debent subsistere) a l. 85 § 5 d eod. Srv. i Karlowa II, 622.

pojenou. Třeba že z důvodů dříve uvedených nesdílím názor o nutosti této garanční nunkupace při mancipaci, přece jen soudím, že panující theorie deliktů zaslouhuje, aby znovu byla přehlédnuta. Panující nauka shledává bezprávný čin, jenž zakládá actionem auctoritatis, většinou již v samém prodeji cizí věci mancipantem, jenž má býti trestán buď za lež, jak soudí Pernice,<sup>56)</sup> nebo dokonce za furtum, jak má za to Ihering,<sup>57)</sup> jenž řadí pak actionem auctoritatis mezi právě žaloby z furta jako »eine qualificirte Diebstahlsklage«. Mírnější, a jak soudím, opatrnější stanovisko zaujímá tu Girard,<sup>58)</sup> jenž vidí základ deliktu nikoli ve prodeji cizí věci, ale teprve v tom, že auctor neodvrátil od svého nástupce ztrátu procesu evikčního.

Ale měl skutečně každý mancipační prodej cizí věci již všechny náležitosti činu bezprávného? Jest možno mluvíti o lži, tedy úmyslném tvrzení nepravdy, nebo dokonce o furtum, tedy zjištěném a dolosně bezprávném nakládání věci i tenkrát, když na př. někdo jako nejbližší intestátní dědic vzal v držbu pozůstalost, z ní pak některou věc optima fide mancipoval, a za čas se objevil testament, v němž byl někdo jiný ustanoven za dědice? Anebo nabyli-li někdo zcela poctivě otroka, mancipoval jej dále, a po letech se zcela nahodile seznalo, že osoba jako otrok prodaná je svobodnou? Možno v případech toho druhu míti mancipanta za lháře nebo snad i za zloděje? Ano, možno pro takový čin vytknouti mu byť sebe nepatrnější vybočení z opatrnosti bedlivého otce rodiny? A přec ani při mancipacích toho druhu nebyl mancipant prost garančního závazku auktorského.<sup>59)</sup> Kde

<sup>56)</sup> Labeo III, 116: »Ahndung einer bei der Uebereignung stattfindenden Lüge«; i Rudorff Zsch. f. g. RW. XI, 88 spatřoval v činu tom pro prvou dobu lež (infitiatio), ale ježto a. auctoritatis nebyla infamující, definuje jej jen jako »eine, wenn auch verschuldete Selbsttäuschung über Eigenthum«, a na konec dospívá k úsudku, že v právu klassickém ustupuje tu stanovisko deliktů zcela do pozadí.

<sup>57)</sup> Geist III, 141, II, 546: »Strafe der unrechtmässigen Aneignung fremden Gutes.«

<sup>58)</sup> Nouv. r. VI, 212: »n'assurant pas le triomphe de son acquéreur actionné en revendication«; proti této motivaci vyslovuje se Baron, Kr. V. J. Schr. X, 175, jenž shledává povážlivým spatřovati delikt v non facere.

<sup>59)</sup> L. 39 § 3 D. 21. 2: »Qui liberum hominem sciens vel ignorans tamquam suum vendiderit, evictionis nomine obligatur.«

jest tu základní náležitost deliktu? Jest možno mluvíti o deliktní, a dokonce poenalní povaze činu, není-li při něm ani culpa levisima? Již o tyto všeobecné úvahy tříští se panující nauka.

Toto úskalí snaží se její zastanci obepnouti konstruováním deliktu, pokud se týče lži ve smyslu objektivním,<sup>60)</sup> jak je prý pojímala nejstarší perioda římská, kdy o trestu rozhodoval jedině čin nezávisle na vině subjektivní. Nejdále v tom směru jde Ihering, jenž klade porušení auktorské povinnosti mancipientem přímo po bok ku furtum conceptum, pro něž, jak z Gaia III 186 dovozuje, byla otázka subjektivní viny také nerozhodnou, ježto stačilo, »cum apud aliquem testibus praesentibus res quaesita et inventa est«. Ale nelze-liž toto zvláštní ustavení starého práva vysvětliti uspokojivě i v tom smyslu, že řečená skutečnost, nalezení kradené věci u někoho, byla ex lege již sama důkazem jej jako pachatele usvědčujícím? Kdo mu dá též víry, bude-li se brániti tvrzením, že neví, jak se věc k němu dostala? Věří na př. i dnes soudce tomu, u něhož se věc našla, hájí-li se, že věc koupil od neznámého auktora? Jednalo se tedy spíše o jakousi primitivní praesumpci de facto, a byla pro ten případ i zvláštní žaloba (actio propria, Gaius I. c.) zavedena. Podařilo-li se však osobě zdánlivě usvědčené skutečnosti dokázati, že jí kradená věc byla podstrčena, bylo to již jiným druhem furta, jenž jako furtum oblatum přišel též na jiný účet (Gaius III 187). U Iheringa jest patrna tendence, zařaditi pod pojem furta takřka všechny obligace, kdykoli zákon ukládal platiti duplum anebo multiplum skutečné ceny věci, anebo třeba i jen plodů její. K jakým důsledkům tato theorie vede, jest nad jiné poučným, že Ihering, opíraje se výhradně o tuto povinnost nahraditi dvojnásobnou cenu těžených plodin, posuzuje jako zloděje dokonce i tu ze stran procesních, která ve sporu vindikačním »falsas vindicias tulit« (Gaius IV 19, Festus v. Vindiciae).<sup>61)</sup> A přece jde o čin, jenž stal se z a ú ř e d n í s o u č i n n o s t i a za souhlasu samého praetora po náležitém rukojemském zajištění odpůrcově, a to po většině stranou, která

<sup>60)</sup> Pernice I. c.: »Die Untreue und Lüge zu objektiviren«; srv. též II, 2, 1 str. 57 a n.

<sup>61)</sup> Ihering Geist III, 141 spatřuje v tom pro staré právo po případě i furtum samého pozemku. Srv. k tomu i Petot Fructus duplio v Etudes I. c. 232, jenž sice tu spatřuje též delikt, ale jen byla-li restituce věci odepřena nebo nemožna.

vzala na se risiko procesní důvěřujíc ve spravedlnost svého stanoviska.

Větší důležitosti pro panující nauku jest skutečnost, kterou způsobem zvláště bystrým a přesvědčivým vykládá šířeji Ihering,<sup>62)</sup> že v prvních dobách právního vývoje nečiní se rozdíl mezi obligacemi dle jich vzniku, a zejména že i obligace ze skutečností, které pozdější právo počítá mezi kontrakty a quasikontrakty, posuzovány byly z prvu s hlediska deliktního. Na doklad toho uvádí Ihering kromě *fructus duplio* při reivindikaci zejména *actionem de tigno iuncto, depositum*, z něhož dle zákona XII tabulí dávala se žaloba na *duplum* (*Paulus II 12 § 11*), smlouvu společenskou, o níž platilo totéž co o *depositu*, smlouvu mandátní (*adstipulator* dle *lex Aquilia*), *tutelam*, z níž se dávala *actio rationibus distrahendis*, a ovšem též *actionem auctoritatis* a a. de modo *agri*. Z toho dovozuje Ihering, a po něm i Pernice (*Labeo II 2. 1. str. 57 an.*) a Girard,<sup>63)</sup> že staré právo spatřovalo delikt i tam, kde dle pozdějšího názoru jest jen obligace kontraktní neb *ex variis causarum figuris*. Avšak i když vezmeme za prokázanu skutečnost, že z prvu byly posuzovány obligace zavazující k náhradě škody majetkové dle stejného měřítká, a šly bez rozdílu na *duplum*, tedy přece neplyne z toho ještě nutně důsledek, že všechny musily míti od původu též již povahu deliktní, neboť není přec vyloučeno, že vlastní příčina této uniformity ležela zcela jinde než v deliktním nazírání na poměry obligační, totiž spíše v přirozené povaze primitivního stadia právního vývoje, a to nejen u Římanů, ale i u národů jiných, totiž ve skutečnosti, že v něm nejsou vůbec ještě přesně vytýčeny hranice mezi obligacemi, jež vznikly z činu o sobě bezprávného a obligacemi, které mají svůj důvod v porušení poměrů smluvních neb i v jiných skutečnostech. Jestliže bylo ve starém právu civilním, a to zákonem XII tabulí pro obligační vztahy bez rozdílu, utrpěl-li někdo majetkovou škodu, která dle norem právních se mu měla nahraditi, stanoveno jako základní všeobecné pravidlo:

»*duplione damnum decidito*«,<sup>64)</sup>

proniká tu spíše hledisko náhrady škody a ne tre-

<sup>62)</sup> Das Schuldmoment im röm. Privatr., passim, zejm. str. 14, 32 a n.

<sup>63)</sup> Nouv. r. VI, 215.

<sup>64)</sup> Festus v. *Vindiciae*.

s t u. Vždyť »damnum« neznačí přece tolik co »poena«, nýbrž jest technickým výrazem pro škodu majetkovou, jak ostatně sám Pernice (l. c. 49), tedy jeden z horlivých zastanců delikttní theorie, zvláště zdůrazňuje. Z příkladů, jež uvádí Ihering, a jež by se daly i rozmnožit, lze důvodně souditi jenom, že staré právo, a to ještě za doby zákona XII tabulí, bylo ještě co do systematického třídění obligací na stupni zcela primitivním a nerozeznávalo mezi jednotlivými druhy obligací dle jich vzniku, nýbrž posuzovalo je — vyjma případy zvláště význačné (furtum manifestum) — celkem všechny stejně, žádajíc jen šablonovitě, aby škoda, kterou měl někdo jinému hraditi, necht' byla způsobena činem bezprávným anebo porušením kontraktní povinnosti, po případě i jinak, odčiněna byla summou dvojnásobnou. Zvláště poučným toho dokladem jest právě ona fructuum duplio v procesu vindikačním, kde se vlastně ani tak nejedná o čin odpůrcův, jako spíše o úřední úkon praetorův, a to dokonce při samém zákonném výkonu spravedlnosti.

Po této úvaze soudím, že není zcela oprávněno říci s Iheringem:<sup>65)</sup> »Všecky obligace byly původně posuzovány se stanoviska delikttního, jímž poměry obligační musily se nejprve propracovati«, nýbrž že prvnímu stupni vývoje více odpovídá, soudíme-li, že oné periodě scházal vůbec smysl pro systematické rozlišování obligací a že je proto kladla všechny v pestré směsi do jediné příhrádky osobních závazků bez rozdílu, měly-li důvod v té či oné skutečnosti právníké. Teprve pokročilejší doktrina začíná činiti rozdíly a třídí obligace v genera obligationum, což přičítá se v Římě za zásluhu zejména Quintu Muciovi, prvnímu tvůrci<sup>66)</sup> soustavnější práce o právu civilním.

A tak i pokud jde o actio auctoritatis a její povahu, může býti po té stránce předmětem úvah vůbec teprve od doby, kdy již řečené třídění obligací ve právní vědě římské bylo uskutečněno. V tom směru pak může býti pro nás rozhodno ovšem jenom to stanovisko, jež k řečené žalobě zaujali sami právníci římsští; a že jejich nazírání nekryje se s panující naukou delikttní, pokládám za jsooucí mimo všelikou pochybu, jak jde na jevo z následujících důvodů.

<sup>65)</sup> l. c. str. 36.

<sup>66)</sup> L 2 § 41 D 1. 2.

Pozoruhodno jest především, že Gaius neuvádí actionem auctoritatis mezi civilními poenálními ani smíšenými žalobami, jež vypočítává, ovšem nikoli taxativně, ve svých institucích (IV 8.9). Zejména však jde o to, zjistiti, jak právní věda římská posuzovala tuto žalobu co do praktických důsledků, jimiž se právě vyznačuje rozdíl mezi žalobami poenálními, k nimž se v tom ohledu čítají též actiones mixtae, a žalobami reispersekutorními ex delicto, a tyto opět od obyčejných žalob kontraktních. A tu přichází na prvním místě v úvahu otázka, jak se utvářil auktorický závazek, bylo-li více mancipantů a věc byla kupci evinkována. Vizme, jak o tom soudili Labeo a Ulpianus:

Ulp. (I. LXXX ad Edictum), l. 51 § 4 D 21.2: »Si plures mihi in solidum pro evictione teneantur, deinde post evictionem cum uno fuero expertus, siagam cum ceteris, exceptione me esse repellendum, Labeo ait.«

Místo toto je z 80. knihy Ulpianova komentáře ad Edictum, jednalo tedy původně (srv. shora a Level 517) o actio auctoritatis; a co praví tu Labeo, k němuž souhlasně přistupuje Ulpianus? Je-li více auktorů, jsou zavázáni in solidum, a splnil-li tedy jeden z nich celý závazek, osvobozují se ostatní. Jest však možno potom z hlediska poenální theorie říci (Pernice III 117): »Mehr Veräußerer haften, wie sich gebührt, in solidum; die beiden<sup>67)</sup> Aktionen sind demnach Strafklagen? Anebo (Rabel I 21): »ursprünglich die Geldleistung zwar nicht kumulativ, d. h. jedem Schuldner das volle Duplum, aber wie die Defension solidarisch oblag?« Jak lze toto rozhodnutí uvést v soulad se známou větou: »Quod alius solverit, alium non relevat, quum sit poena?« Lze-liž ji ponechat jen tak stranou a říci, že není-li kumulace, jest tu a spoň solidarita, a tedy actio poenalis? Takových důsledků přece činiti nelze! Jedině správné jest: Buď byla actio auctoritatis poenální, a pak se musil prakticky jeviti důsledek toho v kumulaci závazků spolupachatelových, nebo nebyla actio poenalis (ani mixta), a pak byli tito zavázáni jenom solidárně, anebo snad dokonce jenom dle poměru své účasti.

Ale jest tu druhá otázka. Jak tomu bylo, zemřel-li manci-

<sup>67)</sup> Druhou žalobou je tu míněna a. de modo agri.

pant dříve ještě, než došlo k evikci věci? Zanikala tím obligace, či přecházel jeho, domněle poenalní závazek na jeho dědice? I v tom směru bude pro naši otázku důležitou, jaké stanovisko tu zaujali právníci římsí, neboť jestliže uznali, že povinnost auktor- ská mancipantova přechází na dědice, pak nemohla býti *actio auctoritatis* žalobou poenalní, ježto žaloby této skupiny smrtí pa- chatelovou zanikají: »*Est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem non competere nec dari solere.*« Lze-li tedy zjistiti, že *actio auctoritatis* šla i proti dědi- cům mancipantovým, a to v plném rozsahu, pak nemohla býti žalobou poenalní, ano dokonce ani reipersekutorní *ex delicto*, po- něvadž ani žaloby této kategorie nebyly bez omezení předmětem dědické posloupnosti. Na tuto otázku dává nám zcela jasnou od- pověď nejedno místo, kde auktor- ská povinnost dědiců se v plné míře jako něco samozřejmého předpokládá, a to ne jen pro po- zdější závazek z garanční stipulace *duplae*, ale i pro prvotní zá- vazek mancipantův:

Celsus l. 62 § 1 D 21.2: »*Si ei, qui mihi vendidit, plures heredes exstiterunt, una de evictione (Lenel: auctoritate) obligatio est, omnibusque denuntiari et omnes defendere debent.*«

Tak i Paulus v L 85 § 5 D de V. O. 45.1 »*auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt et omnes debent subsistere.*«

Jak se vypořádá panující nauka s těmito výroky římských právníků? Povšimnutí zasluhuje, že v uvážení této povinnosti dě- dické kolísá ve svém názoru i sám Girard (l. c. VI 216), a při- pouští, že se časem povaha této žaloby proměnila stejně asi, jako se to stalo se žalobou ze smlouvy mandátní.

Přistupuje však ještě jiná vlastnost charakterisující obligace deliktní; jest to poměr jejich k *actio de peculio*. V tom směru jistou důležitost má zejména l. 3 §6 D 11.6; nejedná sice přímo o *actio auctoritatis*,<sup>68)</sup> ale o *actio de modo agri*, ale přes to obsah její není pro naši otázku bez významu. Panující nauka dovozuje totiž takto (Pernice l. c.): Z mancipace byly dvě žaloby, *actio*

<sup>68)</sup> Srv. však i § 39 § 1 d 21. 2, která nepochybně též jednala pů- vodně o *actio auctoritatis*, neboť vzata jest z Julianova Kom. liber LVII Dig., srv. Lenel l. c.

auctoritatis a actio de modo agri. Obě šly ex lege na duplum, a proto byly též obě actiones poenales. Pro actio de modo agri se uvádějí četnější výroky,<sup>69)</sup> kde se toto duplum vysvětluje obmyslně nesprávnými údaji mancipantovými (mentiri), a kromě toho se dokládá, že formula této žaloby byla zařaděna v ediktu v čelo civilních žalob deliktních.<sup>70)</sup> Otázka umístění v ediktu musí být však stranou ponechána, neboť jest pro povahu té které instituce nerozhodnou; tak mohlo by se na př. opět s druhé strany uvést pro kontraktní ráz actionis auctoritatis, že jest zařaděna v ediktu mezi stipulacemi. Ale ani při tomto umístění a. de modo agri v ediktu není to zcela jisto, že jest v čele žalob deliktních, neboť není bez významu, že přichází v něm po žalobách ze služebností, a mohla tedy pro ni i pro tyto býti rozhodnou úvaha, že se vztahují na úpravu poměrů pozemkových, neboť ze služebnosti k věcem movitým ustupovaly úplně do pozadí, můžeme pokládati za jisté. A tak mohla actio de modo agri stejně dobře býti umístěna jako článek zakončující žaloby z poměrů pozemkových a tvořiti tak přechod k žalobám na náhradu škod, způsobených hlavně též při polních hospodářstvích, jak to obě bezprostředně následující žaloby (de pauperie a de pastu pecoris) činí pravděpodobným. Zejména významné však jest, že sami právníci římsí ani tuto actionem de modo agri, při níž šlo o tvrzení, o jehož správnosti se mohl a měl mancipant ještě před mancipací pozemku přesvědčiti, což o a. auctoritatis říci nelze, neposuzovali co do praktických důsledků jako žalobu poenální, ano ani jako obyčejnou reipersekutorní žalobu ex delicto; dokladem toho jest l. 3 § 6 D 11.6, kde se o této žalobě praví: »quamvis civilis actio de peculio competit«, to jest mancipoval-li pozemek otrok mající peculium, měla proti pánovi actio de peculio. Ale pak jest zřejmo, že žaloba ta neměla vůbec povahu deliktní, ježto pro žaloby toho druhu není v adjektičních žalobách pekuliárních místa.<sup>71)</sup> Bylo-li však takto nazíráno i na a. de

<sup>69)</sup> Paulus II, 17. 4; l. 22, 34 D 19. 1.

<sup>70)</sup> Lenel, Edictum 189; předcházela: »si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur« a následovaly: »si quadrupes pauperiem fecisse dicitur« a »de pastu pecoris«.

<sup>71)</sup> Proto i Lenel Zsch. Savigny St. N. F. III, 195 soudí, že původní poenální stanovisko bylo i pro tuto žalobu ve právu klasickém opuštěno.

modo agri, čím více to souditi jest o a. auctoritatis, při níž stránka viny ustupuje ještě daleko více do pozadí?

Při actio auctoritatis však ještě další okolnost není bez důležitosti. Jest to otázka, co jest vlastně jejím základem? Pernice, Ihering a jiní zastanci deliktní nauky spatřují jej, jak řečeno, v samé mancipaci cizí věci. Ve skutečnosti však mancipační jednání samo jest tu jen vzdálenou příčinou, neboť z mancipace, jak víme ze spisů Ciceronových, vycházela přímo jenom povinnost auctoritatem praestare a periculum iudici defendere. Vlastní základ pro tuto žalobu tvořilo teprve odepření, anebo nedostatečné provedení této auktorické kontraktní povinnosti, jehož technické označení bylo auctoritatem defugere.<sup>72)</sup> Toto defugere, tedy non facere, jest však obdobně jako korrespondující auctoritatem praestare, tedy facere, něčím, co nelze ovšem ani pro parte indivisa, ani reálně dělit. Má tedy actio auctoritatis ve skutečnosti za základ obligaci, jejíž předmět jest nedílným. A hlavně jenom v této nedílnosti předmětu auktorovy obligace tkví příčina, pro kterou bylo zavázáno více subjektů, t. j. spolumancipantů, po případě spoludědiců mancipantových, na něž povinnost ta přešla, nikoli pro parte, zejména ani ne pro parte hereditaria, nýbrž in solidum. Důvod této solidarity neleží tedy v samé povaze činu, dokonce ne v jakémsi deliktu mancipantově, nýbrž výlučně v nedílnosti předmětu obligačního. A důsledek tohoto právního nazírání objevuje se též u právníků římských, kteří na místo solidarity nechávají nastupovati ihned poměrné dělení mezi účastníky, jakmile kondemnacní vstoupila na místo původního nedílného předmětu summa peněžitá. Jako doklad uvádím:

Paulus (l. LXXV ad Edictum): l. 85 §5 D 45.1: »In solidum agi oportet, et partis solutio affert liberationem, quum ex causa evictionis intendimus; uam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt, omnesque debent subsistere, et quolibet defugiente omnes tenebuntur. Sed unicuique pro parte hereditaria praestatio iniungitur.«

Místo toto nepotřebuje výkladu; jest jasným potvrzením úvahy předcházející. V téměř smyslu vyjadřuje se i Venuleius

<sup>72)</sup> Tak i Rabel I, II, 21 shledává delikt teprve v »Die Nichtleistung des Schutzes«; rovněž Girard N. r. VI, 202.

v l. 139 D eod, jenž připomíná nad to výslovně, že příčinou solidárního závazku jest tu »defendere venditionem, cuius causa indivisa est«. Vedlejším jest, pravili to zde právník vzhledem ke stipulatio duplae, nebo — i když bychom nepokládali toto místo za interpolované, což jest dosti pravděpodobno, — totéž říci jest i o závazku mancipantově, a to tím spíše, ježto při něm právě ona povinnost »defendere« a »non defugere« byla zvláště význačnou. Venuleius tu praví :

»Cum ex causa duplae stipulationis (Lenel auctoritatis)<sup>73)</sup> aliquid intendimus, venditoris heredes in solidum conveniendi sunt, omnesque debent subsistere; et quolibet eorum defugiente ceteris subsistere nihil prodest, quia in solidum defendenda est venditio, cuius indivisa natura est; sed quum uno defugiente omnes defugisse videntur, ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hereditaria praestatio incumbit.«

Tedy: vlastní příčinou solidarity jest tu nedělitelnost předmětu; jakmile nastoupí plnění peněžní, zmizí tím samým solidarity a nastupuje »praestatio pro parte«.

Ještě jiná stránka zasluhuje povšimnutí: Ze čtyř Sedmihradských listin, které máme o mancipacích ex causa venditionis, máme dvě, v nichž dohodou stran zmírňuje se normální závazek mancipantův platiti duplam pecuniam toliko na solvere simplam.<sup>74)</sup> Co máme souditi o takové dispositi stran, bylo-li skutečně porušení auktorské povinnosti deliktem, jenž stihán byl dokonce žalobou poenální? Jest to snad něco obyčejného, dohodnou-li se při skutečném deliktu příští jeho pachatel i budoucí postižený předem na zmírnění pokuty? Jest to všedním zjevem, jestliže na př. zloděj již předem se smluví s tím, koho chce okrásti, a dá si zajistiti, že až spáchá krádež, nezaplatí mu více než jednoduchou cenu kradené věci?<sup>75)</sup> A přec i actionem auctoritatis pokládá Ihering jen za zvláště kvalifikovanou žalobu z furta!

<sup>73)</sup> Velmi pravděpodobně, vzhledem ke zdůrazňování defenzní povinnosti!

<sup>74)</sup> Srv. Shora citované triptychy z r. 159 a 160 po Kr.

<sup>75)</sup> Srv. Eck 9. Že se tu nejednalo jen o duplum z důvodu litiskrescence, jak soudil Huschke, dokázal již Rudorff; srv. i Bechmann I, 121, Ihering Geist I, 157, Girard N. r. VI, 204.

Jinak jest tomu arci, hledíme-li na *actio auctoritatis* jako na obyčejnou žalobu z poměru čistě smluvního, pro kterýž úmluva toho obsahu jest ovšem zjevem zcela všedním. I když se namítne, že Sedmihradské listiny nejsou dosti spolehlivy, ježto mají na sobě známky dáckého provincialismu, nelze totéž říci o jiném, zcela věrohodném svědku, jenž pro dobu ještě mnohem starší potvrzuje v podstatě totéž, co jest obsahem triptych. Jest to Plautus, jenž třeba že nebyl právníkem, přece nemůže býti podceňován, pokud ve svých komediích předvádí ukázky municipálního jednání, jak za jeho doby ve všedním životě římském skutečně se jevilo. Nemohl přece římskému posluchačstvu předváděti něco, co by bylo bývalo v odporu s tehdejšími běžnými a každému známými formami denního života. A tak se setkáváme v jeho *Curculiu* (IV v 489—495) s následujícími větami z předchozího jednání o mancipaci otrokyně:

*Lycō* (bankér, kupec): »*Memento promississe te, si quisquam hanc liberali causa manum adseret, mihi omne argentum redditum iri, minas triginta.*«

*Capadox* (kuplíř, prodavač): »*Meminero, de istoc quietus esto. Et nunc idem dico... Memini, et mancipio tibi dabo.*«

Otrokyně byla totiž prodávána právě za ony »*minas triginta*«; přípustnost úmluvy, zmírňující řečený auktorský závazek mancipantův na *simpulum*, jest tu tedy již pro velmi časnou dobu dosvědčena. Ustanovení zákona o povinnosti platiti *duplam pecuniam*, nedostojí-li auktor své povinnosti, mělo tedy povahu *dispositivního předpisu* právního. I není, proč bychom je měli posuzovati jinak, než nesčetné množství jiných norem, jimiž určují se podrobněji důsledky kontraktů, pokud smluvní strany samy na jich úpravu nepamatovaly. Nevidím též, proč by měl býti co do právní povahy posuzován jinak závazek prodavače, jenž věc kupci vůbec neodevzdal, a tedy zcela ničeho ze smlouvy nesplnil, a jinak opět závazek toho, jenž sice — a to i v poctivém přesvědčení — věc odevzdal, ale věc byla stížena vadou právní? Proč by mělo naprosté nesplnění smlouvy zakládati jenom žalobu kontraktní, plnění vadné však žalobu z deliktu, a to dokonce *actionem poenalem*?

Za jisto možno míti, že *theorie o poenalní povaze actionis*

auctoritatis by se byla sotva ujala, kdyby závazek mancipanta nesplnivšího auktorské povinnosti nebyl zákonem stanoven duplem ceny v mancipační formuli projevené. Tato dupla pecunia jest v pravdě hlavním a jedině závažným důvodem, o který se panující názor může opřít. Ale i tato opora objevuje se při bedlivější úvaze slabou. Uvažme jen: Někdo prodá a mancipuje věc, která jest však ještě ante usucapionem kupci evinkována; právní přesvědčení římské tu žádalo, aby mancipant, necht' byl sciens nebo ignorans, svému kontrahentu dal za ztracenou věc plnou náhradu. Mělo-li však toto právní přesvědčení býti vyjádřeno normou zákona, nestačilo uložití prostě mancipantovi, aby kupci vrátil jenom cenu trhovou. Opatření toho obsahu neuspokojuje plně právní cit, neboť vrácením jednoduché ceny nebude vždy kupec dostatečně odškodněn. Vizme na př. koupí pozemku: maje se za vlastníka, učinil kupec již v prvém roce větší práce meliorační, snad i něco na něm vystavěl, ale za tyto náklady nedošel náhrady, ježto povinnost vindikantova k tomu uznána byla teprve po čase právem praetorským (exceptio doli); civilního prostředku právního pro ten účel nebylo. Anebo: Někdo koupil otroka neb otrokyni jsoucí ve věku dětském;<sup>76)</sup> po celou dobu nedospělosti nejen že neměl z nich užítku, ale musil z vlastního nésti náklad na jich výživu a výchovu. Po letech však budou mu vysouzeni ex causa liberali, jež vylučuje přípustnost vydržení. Stačí v těchto a podobných případech, bude-li kupci jenom vrácena cena, kterou sám kdysi zaplatil? Odpověď se podává sama. Jest mimo pochybu, že jedině správným tu bylo takové řešení, které přihlíží ke zvláštním okolnostem každého jednotlivého případu, a vyměřuje náhradu dle pravdivého a dokazatelného zájmu, tedy ono známé id, quod interest. K této metě dospělo též skutečně právo římské, ale až v poslední periodě, čímž byl též celý dlouhý vývoj této instituce teprve dovršen. Rozlišování to předpokládá již jemné a vytríbené právní cítění, jež nelze ovšem očekávat pro primitivní období právní, ve kterém tvořily se první zákony římské. A tak seznáváme, že i tu zákonodárný činitel přijímá místo individuálního rozlišování případů jenom povšechné, více schematické a i co do vedení důkazů pohodlné řešení dle

<sup>76)</sup> Sv. na př. případy, o nichž jednají Sedmihradské listiny z r. 139 a 142 po Kr.

jakéhosi, dosti nahodile voleného měřítko a určuje jako úhrnkovou míru náhrady všeobecně duplam pecuniam, jež se stalo zjevem stereotypním, jak toho dokladem jest starobylá, již shora uvedená průpověď: »Duplione damnus decidito.«<sup>77)</sup> Tato dupla pecunia nebyla tedy ani při actio auctoritatis v podstatě ničím jiným, než neumělým, paušálním vyjádřením náhrady,<sup>78)</sup> a sloužila od počátku témuž účelu, pro který pokročilejší právo klassické vytvořilo dokonalejší právní instituci, známou pod jménem interesse, jež mohlo v případech, o něž se jedná, býti vymáháno již obyčejnou žalobou kontraktní (actio empti). Pozoruhodno je, že tohoto zdvojnásobení ceny za účelem náhrady škody dotýká se ještě jedna z konstitucí Justinianových (z r. 531, v l. un. C 7. 47), která pro smlouvy trhové určila jako nejvyšší hranici, jež při vyměření interesse nesměla býti překročena, právě ono duplum, jež bylo kdysi pravidlem zákonem stanoveným; náběh k tomuto zmírnění možno stopovati též již ve výrocích Afrikanově, Paulově a Julianově (l 44, 45 pr. D 19. 1): »non ultra duplum periculum subire oportet, idque et Julianum agitasse Africanus refert.«<sup>79)</sup> Duplum nabylo tedy v posledním období vývoje jenom význam maximální taxace, nad kterou jíti není dovoleno.

A tak ztrácí na přesvědčivosti i poslední důvod, o který se mohla poněkud pevněji opřítí panující theorie o deliktní, ano dokonce poenalní povaze žaloby, již novější doktrina právní dala jméno actio auctoritatis.

<sup>77)</sup> Stejně odůvodnění měla i duplio fructuum při reivindikaci; zvýšenou náhradou měl býti vítěz odškodněn za to, že po dobu sporu nemohl věci osobně užívati a při tom své zvláštní schopnosti a záliby uplatniti. Pozoruhodno je, že zde nedvojnásobí se cena věci samé!

<sup>78)</sup> I Bechmann I, 122 spatřuje v duplu »einen gesetzlich fixirten Bauschanschlag des Interesse«, Rudorff l. c. XI, 89 »Entschädigungsanspruch für Kaufpreis und Meliorationen«. Rabel I, 146 v duplu vidí měřítko maximální, v simplu pak minimální pro náhradu škody, a z toho vytvořil prý se časem zmírněný názor zavedením interesse.

<sup>79)</sup> Girard Man. 607 p. 1 tu vyslovuje otázku možné interpolace tohoto místa; není však pravděpodobna. Snahy po zmírnění auktorova závazku jsou i jinde u klassických právníků patrný, srv. I 43 in f. D 19. 1.