

## Římské právní ideje v občanském zákoníku a v osnově\*).

Prof. Dr. Jan Vážný.

Studium tohoto problému je jistě jedním z naléhavých úkolů, jež dnešní doba přináší romanistovi. Dnes, kdy zdá se již býti hotovo znění budoucího československého občanského zákoníka, a jeho uzákonění přinese snad doba poměrně již blížká, je stejně zajímavé, jako významno uvědomiti si rozsah dědictví římského světa právního v občanském zákoníku a v jeho novelách i tendence nové osnovy v tomto směru. Že toto studium nabývá na časovosti tím, že přítomná doba je 1400 letým výročím vydání největšího zákoníka všech dob, Digest, jež právě zabezpečil, že dědictví římského právního genia bylo lidstvu zachováno, to, myslím, není třeba zdůrazňovati. Problém sám je ovšem rozsáhlý, přímo obrovský. I nemůže býti účelem této studie, otázku, byť jen z daleka, vyčerpati. Obmezím se na jednotlivá pozorování. Myslím, že i ta by mohla býti instruktivní.

### I.

Věnujme se především studiu římských právních idejí v občanském zákoníku a novelách.

Vzájemný poměr občanského zákoníka k římskému právu bych vyjádřil těmito hlavními schématy: 1. shoda, 2. rozdíl a zvláště opak, 3. výhrady a dodatky k římským principům, obecně převzatým, 4. generalisace římských speciálních ustanovení, 5. unifikace.

Dříve, než uvedu příklady, chtěl bych poukázati k jedné zajímavé okolnosti. Jak známo, nepřešlo v moderní zákoníky čisté právo římské, ale v rouše práva pandektního římské právo tak, jak bylo zrevidováno a změněno Justiniánem v jeho zákonodárném díle, zvláště Digestech<sup>1)</sup>. Nuže je velmi zajímavé, že již poměr tohoto zákonodárného díla ku právu klasickému, jak je vypracováno ve vreholných dílech posledních klasických právníků, lze vyjádřiti uvedenými schématy, jichž jsem použil pro poměr občanského zákoníka k právu Digest. Nejsou to jenom kompilátoři justiniánští, kteří se snaží poměrně malými zásahy přizpůsobiti staré, osvědčené právo nové době: totéž lze říci o tvůrcích občanského zákoníka. I jest pochopitelno, že

\*) Přednáška v Moravské Jednotě Právnícké dne 15. března 1933.

<sup>1)</sup> Srov. Bonfante, Histoire du droit romain, T. II, Les interpolations, a literaturu tam uvedenou. Sommer, Prameny soukr. práva římského, str. 107 a n.

struktura starého práva jest rozsáhle zachována. Při tom zaji-mavo je zvláště to pozorování, naskytající se hojně, že v občanském zákoníku nacházíme definitivně provedeno to, co v kompilaci justiniánské jen nesměle v náznacích probleskuje, jako zase kompilace provádí do důsledků speciální náměty činitelů klasického práva. Zkrátka, od nejstaršího římského práva k právu klasickému, a odtud k právu justiniánskému, od tohoto zas k právu občanského zákona vede podivuhodně přímočarý organický vývoj. Že dovršení vývoje nacházíme nejednou i v tom nebo onom ustanovení osnovy, že mnohé nové ustanovení osnovy je nezbytným důsledkem organického vývoje římského práva, je jistě obdivuhodno.

Shody. Uvésti, byť i jen přibližně, materiál, sem náležející, je nemožno. Bylo by možno citovati několik set shodných právních ustanovení dnešních a římských. Jen příkladem uvádím, že jednotlivé smlouvy obligační jsou, někdy i s kasuistickými podrobnostmi, upraveny stejně v právu dnešním, jako v právu římském, podobně zánik obligací, materie, uvedená v občanském zákoníku slovy: závazek zaniká „především“ placením, to jest plněním toho, co se dluhuje, kteráž slova jsou vlastně doslovným převzetím Gaiových slov: *tollitur autem obligatio „praecipue“ solutione eius, quod debetur*; totéž platí o obecných naukách obligačních; i dnes zůstává základní římská struktura dědickeho práva se základním juristickým rozlišováním mezi deláčním důvodem z testamentu a ze zákona (třebaže mezi oběma důvody není již *naturaliter pugna*), mezi dědictvím a odkazem, mezi testamentem a kodicilem; právo poručenské, založené především na delaci, podobně jako dědicke právo, předpokládající stejně „*statum civitatis*“, tedy nepřístupné cizincům (§ 192), prozrazuje starořímskou strukturu tohoto institutu; podnes zbyla starobylá spojitost mezi jmenováním poručníka a testamentem; starobylé motto *tutor personae, curator rei datur*, již u Římanů přesně nevystihující skutečné poměry, jest reprodukováno (s ještě větším nevystižením věci) v občanském zákoníku; ve spoluporučenství trvá římská zásada o solidárním ručení. V četných případech jdou věcné shody římského a občanského práva až ku shodnosti slovní formulace. § 697. Na zcela nesrozumitelné výminky hledí se tak, jako kdyby nebyly připomeny. Srovn. *Alfonus Varus, D 34, 8, 2. Quae in testamento scripta essent neque intellegerentur quid significarent ea perinde sunt, ac si scripta non essent: reliqua autem per se ipsum valent.* Nebo § 553. Je-li v posledním pořizení ustanoven dědic, nazývá se toto testamentem; obsahujeli však pouze jiná opatření, nazývá se kodicilem.

Srovn. Inst. II, 25, 2. *Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur ius testamentorum et codicillorum.*

Rozdílná a opačná ustanovení. Jsou zajímavá především potud, pokud v opačné normě občanského zákoníka je implicitě obsažen zánik nebo obsolétnost starořímského civilního dogmatu nebo institutu. Tak v § 575, ustanovujícím, že pozdější závady neruší platnosti posledního pořízení, odstraňujícím zvláště případy římského *testamentum irritum* (Unger), je zřejmě obsažen zánik antické *capitis domine* s jejími zrušovacími civilními následky. Ustanovení §§ 554, 556, 562 jsou důsledkem zániku starořímského dogmatu: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, jehož odstranění je ostatně výslovně normováno v § 534. V § 695 zaznívá zrušení starořímského dogmatu *semel heres, semper heres*.

Než nebyli bychom právi velikosti římských právních činitelů, kdybychom se spokojili v uvedených a obdobných případech konstatováním opaku, konstatováním opačného výchozího. Neboť ve valném počtu případů, sem náležejících, jde o víc. Rozdílné obecné stanovisko občanského zákona nalzáme již připraveno v právu římském: jako speciální ustanovení, odporující již starodávnému dogmatu, takže nové obecné ustanovení občanského zákona je jen generalisací již římských, klasických nebo poklasických výjimek.

Tento zjev je dobře viděti na uvedených již §§ 554, 556 a 562. Z toho, že za skutkových předpokladů těchto ustanovení Římané stanoví přirost zbylého nebo uprázdněného podílu dědicům testamentním, nelze vyvozovati, že snad nemají zřetel k domnělé vůli testátorově, kterýž zřetel právě vede občanské právo k rozdílnému ustanovení: římsští juristé jasně projevují, že onoho zřetel míti nemohou, ježto by se dostali do konfliktu s kardinální zásadou *nemo pro parte testatus et cet.* Tam, kde nebyli vázáni tímto dogmatem, a to bylo v testamentu vojenském, docházejí římsští právníci k témuž rozhodnutí, jako občanský zákon. Jinými slovy, ustanovení občanského zákona jsou převzetím a zobecněním ustanovení římského testamentu vojenského.

Jiný příklad nám skýtají smlouvy ve prospěch třetího. Jejich úplné uznání § 881 ve znění III. novely zdálo by se býti prostě opakem římského režimu, vyjádřeného starodávným heslem *alteri stipulari nemo potest*. Než opět bychom nebyli právi římskému duchu právnímu. Již Římané došli poznání, že příjemce smlouvy může vždycky žalovati, pokud má na splnění třetímu právní zájem; v případech zvláštního zřetel hodných mohl poskytnouti praetor žalobu dokonce samému třetímu jakožto *actio ex decreto*; Justinian pak stanovil řadu

výjimek, kdy třetí může žalovati<sup>2)</sup>). I jest citované ustanovení vlastně jen generalisací římských speciálních případů.

Jiný příklad poskytuje obecná způsobilost žen k poručenství podle I. novely k občanskému zákoníku. Na první pohled prostě odstranění opačného římského režimu, jevícího se v proslulém hesle: *tutela virile officium est*. Než v římském právu císařském tato zásada byla již protržena důležitou výjimkou, vzhledem k níž neznámý kompilátor reprodukoval v Digestech citovanou zásadu Gaiovu s obmezující interpolací: *tutela „plerumque“ virile officium est*<sup>3)</sup>, což se přesně shoduje s § 192 občanského zákoníku; novela, odstraňující obmezení žen na poli poručenství vůbec, zobecňuje římskou výjimku.

Konečně bylo by uvéstí případ *transmise*. § 537. Přecházeli dědic zůstavitele, přechází dědické právo na jeho dědice i před tím, než se dědictví ujal. Na první pohled pravý opak římské zásady, vzpomenuté a potvrzené Justinianem: *hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur* (C 6, 51, 1, 5); avšak sám Justinian tuto zásadu téměř vyčerpal dalekosáhlou výjimkou, takže pak občanský zákoník opačnou zásadou nepřináší vlastně nic nového, až na odstranění časového obmezení, jež měla Justinianova *transmise*<sup>4)</sup>.

Jak viděti, jsou mnohé novoty občanského zákoníka vývojovým pokrokem, vyrostlým z náznaků římských.

Máme však výjimečně také některé novoty obč. zákoníka, které nelze nazvati pokrokem proti právu římskému. Takový příklad poskytuje jedna norma z práva poručenského. Podle práva římského nemá býti poručenství svěřováno tomu, koho rodiče poručencovy, otec nebo matka, vyloučili z poručenství (D 26, 5, 21, 2). Občanský zákoník vylučuje v § 194 z poručenství toho, koho vyloučil z poručenství otec (ne tedy také matka). Že toto odchylné ustanovení není pokrokem, ukazuje I. novela k obč. z., která se vrací k zásadě práva římského, vytvořené v pružném ovzduší magistrátské jurisdikce. Podobně teprve ustanovení I. novely k § 194, posl. věta, přiblížilo se ke kasuistickým zásadám římským a opustilo méně pružná původní ustanovení citovaného §, shodná s Justinianovou novelou 72. Též nelze nazvati pokrokem proti římskému právu ustanovení § 716 obč. z., jež přiznává klausuli derogatorní přec jakýsi for-

<sup>2)</sup> K romanistickým problémům srov. Bonfante, *Scritti* III, 241 a n.; Riccobono, *Annali Sem. giur. Palermo* XIV, 404, 434; Vázný, *Il problema di contratti a favore d. terzi*. *Bulletino* XL, 43 a n.

<sup>3)</sup> Gaius D 26, 1, 16, pr.; srov. Neratius fr. 18 od. *Feminae tutores dari non possunt. quia id munus masculorum est* (nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent).

<sup>4)</sup> Srov. Heyrovský-Sommer-Vázný, *Dějiny a systém soukr. pr. římského*, 584. Bonfante-Vázný, *Institute*, str. 602 a n.

mální význam (jinak v právu římském, D 29, 7, 6, 2): III. novela se vrací k stanovisku římského práva.

Výhrady z římských právních zásad. To je snad přirozená metoda zákonodárcova, že starodávných právních zásad, i když již zcela nevyhovují, neruší, ale činí z nich výhrady. V justiniánské kompilaci našli bychom mnoho dokladů této metody, mnoho interpolací tohoto dosahu. I v občanském zákoníku nalézáme mnoho příkladů. Tak § 1378. Recipuje se tam římský princip, že novací zanikají vedlejší práva, s hlavní obligací spojená, jako rukojemství a právo zástavní; ale z toho se činí výhrada: ač-li strany zvláštní úmluvou nic jiného neustanovily. Tato změna souvisí se změnou samého základu novace. zřejmou ostatně již z interpolovaných novot Justiniánových<sup>5)</sup> Kdežto pravá římská novace, převedení to předmětu starého závazku v novační kontrakt verbální, působí právní nutností — obě obligace mají týž předmět — zánik staré obligace, a tudíž i jejích akcesorií, jest založena novace v právu justiniánském a právu dnešním nezbytně na vůli stran; vždyť to už není převedení předmětu starého závazku do nového kontraktu, nýbrž nahrazení starého závazku závazkem novým. třeba se změněným předmětem, tedy bez výslovně projevené vůle stran, že má starší závazek zaniknouti, může vzniknouti pochybnost, kterou pak zákon (§ 1379) řeší tak, že mají platiti oba závazky. Je-li tedy odvislý zánik starého závazku na vůli stran, jest i jim přirozeně ponecháno, aby i modifikovaly účinky novace ohledně vedlejších práv, tím spíše, že novačním kontraktem již není formální, k vedlejším úmluvám nepodajná stipulace. Jiný příklad poskytuje § 907. Z římského principu, mlčky přejatého, že nahodilý zánik jednoho předmětu při alternativním závazku má v zápětí soustředění se obligace na zbylý předmět, stanoví se odchylka pro tu skutkovou podstatu, že smlouva byla uzavřena výslovně s výhradou volby: tu strana, k volbě oprávněná, může odstoupiti.

Generalisace. O významném případě generalisace, smlouvách ve prospěch třetího, bylo již mluveno. Jiný příklad máme v § 884 ve znění III. novely. Občanský zákoník recipoval ustanovení římského práva justiniánského o smluvené formě písemné: novela to rozšířila na každou smluvenou formu (méně ovšem justiniánské „non aliter vires habere constituimus“ a shodné znění občanského zákoníka „nepovažuje se smlouva za uzavřenou“ na konstrukci právní domněnky). Jiný význačný případ, sem náležející, je laesio enormis. Tento případ zrušení smlouvy zná římské právo jen při smlouvě tržové pro zkrácení tržní ceny, tedy ve prospěch prodatelův. Občanský zákoník to rozšiřuje nejen na obě

<sup>5)</sup> Srov. Vážný, Římské právo obligační. II, 24 a n.; Bonfante-Vážný, Instituce římského práva, 454 a n.

strany při trhu (§ 1060), ale i na všechny smlouvy oboustranně zavazující (§ 934). Jest zřejmo, že zbytečné speciální ustanovení § 1060 jest reminiscencí na původní obmezenou funkci institutu<sup>6)</sup>; zákon považuje za nutné výslovně ustanoviti, že pro *laesio enormis* mohou smlouvu napadnouti obě strany.

Unifikace různých vrstev římského práva. K ní došlo ve velkém rozsahu v Justiniánově kompilaci. Kompilátoři sloučili ve velkém rozsahu různé oddělené řády římského práva, proti sobě stojící, zvláště právo civilní, právo praetorské, právo *extraordinariae cognitionis*. To prokázal četnými studii zvláště S. Riccobono<sup>7)</sup>. Týž badatel ukázal, že v právu Justiniánově není již praktického rozdílu mezi uvedenými právními řády, a že si kompilátoři toho byli vědomi, že ovšem úplného splynutí daleko neprovedli, ježto to naráželo na nepřekonatelné technické překážky, a šlo přece o to, aby obrovská kodifikace byla poměrně brzy provedena. Tak zbylo v kompilaci Justiniánově mnoho případů formálního rozeznávání mezi právem civilním a právem praetorským, mezi právem civilním a právem *extraordinariae cognitionis*, které přirozeně odstraňují, jak postřehl Riccobono, nové zákoníky. Uvedu několik zajímavých příkladů z našeho občanského zákoníka. Poskytuje-li občanský zákoník cesionáři prostě legitimaci žalobní<sup>8)</sup>, je v tom recepce římské praetorské *actio utilis*. Zákonně výjimky, vzpomenuté v § 881 obč. z. (před úpravou novelovou), jsou recepce římských výjimek, chráněných proti striktnímu právu na základě *aequity actione utili*. Žalovatelnost smluvené odměny při smlouvě mandátní je recepce ustanovení římského, proveditelného *extraordinaria cognitione*.

Velmi zajímavé případy unifikačního procesu, právě nastíněného, nacházíme v materii zrušení posledního pořízení, materii oplývající historickými reminiscencemi, §§ 713 a násl. Pro náš problém je zajímavá především hned první věta § u 713: dřívější testament ruší se pozdějším platným testamentem nejenom co do ustanovení dědice, nýbrž i v ostatních nařízeních, pokud zůstavitel nedá jasně najevo v pozdějším testamentě, že dřívější má zcela nebo z části trvati. Srovnejme citované ustanovení s právem římským. D 28, 3, 12, 1: *si paganus, qui habebat iam factum testamentum, aliud fecisset et in eo comprehendisset fidei heredis*

<sup>6)</sup> Srov. Sedláček, Obligační právo, II. 69.

<sup>7)</sup> Viz na př. tyto spisy: *La fusione del Ius civile e del Ius praetorium* (Zittelmann-Festschrift); *Diritto romano e diritto moderno*, Palermo; *La verità e. pretese tendenze arcaiche di Giustiniano* (přeložil Vážný, Časopis pro právní a státní vědu. 1932).

<sup>8)</sup> Srov. Sedláček, Obligační právo, I, 133.

*committere, ut priores tabulae valerent, omnimodo prius testamentum ruptum est: quo rupto potest quaeri, an vice codicillorum id valere deberet. et cum haec verba sint fideicommissi, et sine dubio universa, quae illic scripta sunt, in causa fideicommissi erunt, non solum legata et fideicommissa, sed et libertates et heredis institutio.* Tedy již římské právo zná uvedenou výhradu, platnou ovšem jen právem fideikomisu, právem *extraordinariae cognitionis*. Občanský zákoník zřejmě spojuje obě vrstvy práva, normu *extraordinariae cognitionis* povyšuje za normu práva občanského.

V téže materii právní provádí občanský zákoník splynutí civilní *hereditas* a praetorské *bonorum possessio*, civilního a praetorského práva dědického, které v Digestech ještě provedeno není. § 721 ustanovuje: kdo ve svém testamentu nebo kodicillu podpis prořízne, jej přetrhne nebo celý obsah vymaže, ničí jej. K této skutkové podstatě pojí římské právo jen praetorský zánik testamentu: zahazuje se *bonorum possessio ab intestato*, testamentní dědic *per exceptionem repellitur*<sup>9)</sup>. V občanském zákoníku obě skupiny právních norem splývají, praetorské právo vítězí.

Zajímavé je v naší souvislosti ustanovení § 723: zničili-li zůstavitel pozdější pořizení, avšak dřívější písemní pořizení nechal neporušeno, nabývá dřívější písemní pořizení opět účinnosti. Opět recepcí práva praetorského: za uvedené skutkové podstaty nabude dřívější pořizení opětne platnosti podle práva praetorského: dědicové z dřívějšího testamentu mohou žádati o *bonorum possessio* a jsou chráněni excepcí proti dědicům z pozdějšího, civilně platného testamentu. A § 723 pokračuje: ústní pořizení dřívější tímto způsobem neobživne. Zcela totéž platí v právu římském (až na ono differenceování mezi právem civilním a praetorským); avšak kdežto v oboru občanského zákoníka jde o jakýsi důvod vhodnosti, který brání za uvedené situace oživení dřívějšího ústního testamentu, vychází v právu římském odůvodnění téhož zjevu ze samé podstaty praetorské *bonorum possessio secundum tabulas*: tato *bonorum possessio*, v jejíchž formách totiž jedině může dojít k oživení dřívějšího písemního testamentu, je možna právě jen na základě písemního testamentu.

Velmi zajímavý příklad unifikace práva civilního a praetorského a recepcí tohoto práva poskytuje nám dále poslední věta § 778. Ustanovuje, že zemřel-li nepominutelný dědic, na nějž

<sup>9)</sup> D 44. 4, 4, 10; D 38. 6, 1, 8; D 37, 11, 1, 10.

právě nebylo v posledním pořízení pamatováno, ještě před zůstavitelem, nabývají ustanovení posledního pořízení opět platnosti. Touž myšlenku provádí v právu římském právo praetorské, korigující nepodajné opáčné dogma práva civilního. Srovnajme Ulpianův fragment disputací, D 28, 3, 18, pr. *Postumus praeteritus vivo testatore natus decesit: licet iuris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest remque optinebit, ut et divus Hadrianus et imperator noster rescripsit.* Tedy za uvedené skutkové podstaty cit. § obč. zákoníka nastává v právu římském pouze praetorské oživení testamentu: testamentnímu dědici poskytuje se *bonorum possessio secundum tabulas*, praetorské právo dědické, třebaže *de iure* jest *testamentum ruptum*. Věc je obzvláště zajímavá, uváží-li se, že v citovaném fragmentu Ulpianově jsou slova *iuris scrupulositate nimiaque subtilitate* zcela jistou interpolací justiniánských kompilátorů; jinými slovy: kompilátoři, přejavše do svého zákonodárného díla uvedené rozhodnutí Ulpianovo, konstatující civilní trvání neplatnosti, avšak praetorské oživení, nedávají si ujiti při této příležitosti nepřiznivou kritiku civilního ztrnulého principu<sup>10)</sup> *iuris scrupulositas nimiaque subtilitas*, a vystihují budoucí organický vývoj práva, formální zrušení civilního principu, jak je opravdu provádí občanský zákoník.

Další případ unifikace práva, nás zajímavajícího, tvoří *receptum*. Ustanovení občanského zákoníka, třebaž v podrobnostech zmodernisována, značně prozrazují romanistické prvky institutu<sup>11)</sup>. Tak dvojí skupina ustanovení, § 970 a § 1316, jasně prozrazuje dvojí římský režim jednak žaloby z *recepta*, jednak *quasideliktního* ručení za *furtum* a *damnum* zřízenců; ve stylisaci § 970 „ručí za vnesené věci, pokud...“ ozývá se forma římského ručení „*omnimodo qui receptit tenetur, nisi si...*“, třebaže rozsah ručení jest dnes mírnější. Nás zde zajímá, že praetorské žaloby proti majiteli živnosti jsou dnes součástí občanského práva, tedy unifikace práva praetorského s právem civilním, Justiniánem ještě neprovedená.

Spornější případ unifikace práva civilního a praetorského nalézáme v § 366, věta II.: tohoto práva (žaloby vlastnické) však nemá ten, kdo věc v době, kdy ještě nebyl vlastníkem, ve svém vlastním jméně zcizil, po-

<sup>10)</sup> Obecně k této metodě kompilátorů srov. Riccobono, *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, 43, 379 a n.

<sup>11)</sup> Srov. Krainz-Ehrenzweig, *System II*, 1. str. 258; Sedláček, *Obligační právo*, II, 30 a n.



zději však vlastnictví jejího získal. Za této skutkové podstaty nabývá v právu římském nabyvatel věci pouze excepce rei venditae ac traditae proti zeizitelově žalobě vlastnické. Úplný přechod tohoto ustanovení práva praetorského do práva občanského by znamenal: nabyvatel získává za uvedené skutkové podstaty vlastnictví, nastává konvalescence. A opravdu až k tomuto provedení dochází německý občanský zákoník (§ 185). V právu našeho občanského zákoníka je věc sporná<sup>12)</sup>.

To, co bylo dosud uvedeno, stačí k provedení našeho úkolu pokud jde o občanský zákoník. Uvedené doklady jasně ukazují, v jak blízkém vztahu je občanské právo k právu římskému. Jiná by byla ovšem otázka, do jaké míry si byli vědomi redaktoři občanského zákoníka toho, že recipují právo římské, je mění, ruší, doplňují, obmezují, rozšiřují, provádějí unifikace různých vrstev římského práva, jak si vůbec představovali poměr práva římského k právu občanskému. Otázkou tou nemohu se zde zabývat. Ostatně její zodpovědění nemůže otrásti dedukcemi, vypozenými z uvedených dokladů.

## II.

Přístupme nyní k druhé části našeho úkolu: jak se jeví vliv práva římského v osnově<sup>13)</sup>. Konstatuji opět, že se obmezují na jednotlivá speciální pozorování.

Není pochyby, že osnova trvá na hlavních základech dosavadního práva občanského<sup>14)</sup>, čímž je i dáno, že trvá právě vylíčený vztah budoucího našeho práva soukromého k právu římskému, i když mnohé historické formulace se opouštějí, nebo některé instituty se přetvářejí ve směru dnešní své funkce, jako třeba různé druhy moci rodinné. Zajímavé je však i to, že osnova i nově přejímá nejedno ustanovení práva římského, dosavadním právem nepřejaté nebo aspoň nevyslovené; tak zavádí zásadu *ex hereditio partem facit ad minuentiam* (§ 676 osn. a centr. § 767 obč. z.); výslovně stanoví neplatnost úmluv, jimiž si někdo vymíni, že neodpovídá za škodu způsobenou úmyslně (§ 1141) ve shodě s římskou právní zásadou *illud nulla pactioe effici potest, ne dolus praestetur* (D 2, 14, 27, 3); výslovně stanoví, že dědická přihláška, obmezená výminkou, je neplatná (§ 714), což je v úplné shodě s výmínečnou dědickou adicí podle práva římského<sup>15)</sup>; zajímavé je z našeho hlediska i nové ustanovení

<sup>12)</sup> Srov. Krainz-Ehrenzweig. System I, 700.

<sup>13)</sup> Zákon, kterým se vydává všeobecný zákoník občanský. Návrh supervizeční komise. Díl I. Text zákona. Díl II. Důvodová zpráva. 1931.

<sup>14)</sup> Srov. Důvodovou zprávu, str. 11 a n.

<sup>15)</sup> Srov. Bonfante-Vázný, Instituce, 597. Adice pro parte byla ovšem v právu římském platná, platí bez obmezení. Jinak osnova.

§ 715 osnovy, připoušťející dědickou přihlášku toho, komu pozůstalost ještě nenapadla, což je potud v souvislosti s římským právem, že toto připouští obdobnou eventuální žádost ve speciálním případě (je-li žadatel povolán na druhém místě) a pro obor práva praetorského (možno žádati o *bonorum possessio*<sup>16</sup>): tedy generalisace a unifikace.

Všimněme si jednotlivých případů, kde osnova se oddaluje od římského práva, vylučujíc čistě historické elementy.

Osnova škrtá ustanovení § 1060, že mohou prodatel i kupitel odporovati smlouvě pro poškození nadpoloviční (*laesio enormis*), ustanovení, vzhledem k všeobecným ustanovením §§ 934, 935, zbytečné, reminiscenci na římskou *laesio enormis* při smlouvě trhové. Rovněž ruší duplicitu ustanovení o zodpovědnosti hospodských, lodníků atd., jež byla zřejmou reminiscenci na dvojitě římské ručení lodníků a hostinských jednak *ex recepto*, jednak *quasi ex delicto*, i nepřebírá již § 1316 obč. z. Osnova ruší § 968 o smlouvě uschovací se *sequestrem*, reminiscenci na římskou *actio sequestraria*. Nepřijímá justiniánského *precaria* (zajímavé jest, že t. zv. soudobé *precarium*, jehož osnova podle vysvětlivek nechce rušiti, velmi upomíná na pravé římské *precarium*). Ruší mezi důvody dědické nezpůsobilosti reminiscenci na římskou *indignitu* (§ 507 a n.). Ruší nápad odkazu<sup>17</sup>).

Zajímavé jsou z našeho hlediska některé změny v poručenství. Osnova nepřijímá již starobylého třídění a seřazení: poručenství testamentní, zákonné a soudní (*tutela testamentaria*, *legitima*, *dativa*). Z testamentního poručníka se stává poručník označený otcem, resp. matkou na případ smrti (§ 171 osn.); a ještě významnější je, že se před tímto dává přednost matce poručencově (§ 170). Rovněž se ruší termín zákonný poručník; podle osnovy se prostě v příslušném pořadí povolávají příbuzní. Všecky tyto změny jsou prostě konečným i formálním provedením idey ochranné funkce poručenství, idey, která v právu římském, jmenovitě starořímském se teprve ponenáhlu uplatňuje, aby zatlačila primitivní pojetí poručenství jako moci, konané předem v osobním zájmu nositele moci; ještě v klasické *tutela testamentaria* a *tutela legitima* lze viděti ojedinelé důsledky primitivního pojetí, jež mizí teprve v právu justiniánském, kde všecky tutely jsou si vyrovnány podle mo-

<sup>16</sup>) Srov. Heyrovský-Sommer-Vážný, Dějiny a systém s. práva římského, 583.

<sup>17</sup>) Srov. § 607 osnovy. Je otázka, zda právem, hledíc k tomu, že splatnost pravidelně smrtí zůstavitelovou, resp. splněním se výminky nenastává, zda by se tedy nedoporučovalo setrvati na tradičním rozeznávání mezi nápadem a nabytím (splatností).

derního režimu tutely dativní<sup>18)</sup>. Je tedy pochopitelné, ruší-li se uvedené formální reminiscence na vývoj poručenství.

Z hlediska vývojového zasluhuje zmínky i povolání žen k poručenství. Starořímský princip zní: *tutela virile officium est*. Justinianští kompilátoři, reprodukující tuto řeholi klasického právníka v *Digestech*, nemohli přejítí mlčením nová ustanovení císařských konstitucí, že k poručenství může být povolána matka a bába poručencova, i zúžili citovanou řeholi: *tutela „plerumque“ virile officium est*. Tomu odpovídá i původní ustanovení § 192 obč. zák.: také osobám ženského pohlaví nebudiž „z pravidla“ poručenství svěřováno; obmezení týkalo se toho, že k poručenství byla povolána podle § 198 matka a bába, nebylo-li poručníka testamentního nebo děda ze strany otcovy jako poručníka zákonného. Teprve I. novela k obč. zákoníku (§ 21) zrušila zásadní vyloučení žen z poručenství; vyloučení se přeměnilo v důvod omluvný; mimo to povolala matku k poručenství před dědem, arci ještě až za testamentním poručníkem. Osnova, jak uvedeno, povolává matku i před testamentním poručníkem (přesněji řečeno: před poručníkem, označeným na případ smrti); mimo to ruší nutnost souhlasu manželova k převzetí poručenství ženou. Uvedená *schemata* ukazují vývoj obdivuhodně přímočarý, navazující se přímo na právo římské.

Ani důležité novoty osnovy v právu rodinném<sup>19)</sup> nejsou zcela novými přínosy, ležícími mimo vývojovou sféru římského práva. Jistě, že dále ztenčená moc otcovská je nepatrným odleskem římské *patria potestas*, a nově zavedená subsidiární moc mateřská i pravidelná moc rodičská jsou právu římskému neznámy. Než nesluší zapomínati, že starobylá *patria potestas* jest ve staletém vývoji římského práva vydána stálému postupnému zeslabování, starobylá *familia* stálému rozkladu, a že proti tomu vidíme stálé postupné právní upevňování rodiny ve smyslu přirozeném, práv a povinností rodičů<sup>20)</sup>. To, co zavádí osnova, jest jen důsledným provedením toho, co bylo započato již dávno ještě ve vlastním vývoji římského práva. I zde můžeme konstatovati, že vývoj od práva justiniánského, resp. obecného k dnešnímu právu občanskému jest poměrně malý u srovnání s vývojem od práva starořímského k právu justiniánskému.

V této souvislosti sluší se zmíniti též o tom, že osnova modernisuje i právní názvosloví. Tak z hlediska romanistického by bylo příkladem uvéstí, že osnova opouští termíny *testament*, *ko-*

<sup>18)</sup> Srov. Bonfante-Vázný, *Institute*, 231 a n., 241 a n., 244 a n.

<sup>19)</sup> Srov. §§ 99 a n.

<sup>20)</sup> Srov. Bonfante, *Diritte di famiglia*, *Corso* I. 5 a n., 69 a n., 90 a n., 185 a n.; *Institute*, 150 a n.

dicil, obecnou substituci, fideikomisární substituci, a zavádí nové názvy závěf, dovětek, náhradnictví, svěřenské nástupnictví.

Přístupme nyní k podrobnějšímu hodnocení některých změn. Svrchované pozornosti romanistovy zasluhuji různá zajímavá zdokonalení starého textu zákonného, drobnější zásahy do starodávné struktury institutů. Jeví se nejprve jako oddálení, byť ne zvlášt významná, od romanistické struktury. Ale podrobnější studium ukazuje, že v četných případech jde jen o zobecnění speciálního elementu římského, zobecněním toho, co platilo v právu římském jako významná výjimka, striktními dogmaty nevázaná, ta že nyní se stává částí normální struktury institutu. Tak římské právo dědické bylo vázáno nepřekročitelnými dogmaty: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest; semel heres, semper heres*. I nebylo lze provésti, aspoň v samém oboru práva civilního, časového obmezení dědictví, obmezení testamentního dědice na část pozůstalosti, částečného zrušení testamentu a pod.; k takovým cílům bylo třeba nepřímých odpomocí. Byly však výjimečné situace, kde pravověda uvedenými dogmaty vázána nebyla: sem patří především případ vojenského testamentu, ryze moderního institutu, naproti starobylému testamentu občanskému. Zde rozhodovala čistá vůle pořizovatelova, který mohl přímo ustanovit dědice na čas, jiného dědice od času, mohl obmeziti testamentního dědice na část pozůstalosti a zanechatí další část dědicí zákonnému, mohl novým testamentem zrušiti starý testament jen částečně a pod. Viděli jsme, že již občanský zákoník přijal ustanovení římského vojenského testamentu co do obmezení testamentního dědice na část pozůstalosti a co do akrescence. Osnova provádí myšlenku římského vojenského testamentu v dalších důsledcích.

Předem v materii zrušení posledního pořizení. K pochopení věci poslouží konfrontace § 713 a násl. občanského zákoníka s § 635 a n. osnovy.

§ 713 obč. z. Dřívější testament se ruší pozdějším platným testamentem nejen co do ustanovení dědického, ale i v ostatních nařizeních, pokud zůstavitel nedá jasně najevo v pozdějším testamentě, že dřívější má trvati zcela, nebo z části. Tento předpis platí i tehdy, jestliže v pozdějším testamentě je povolán dědic jen k části pozůstalosti. Zbylá část nepřipadá dědicům, ustanoveným v dřívějším testamentě, ale dědicům zákonným.

§ 714. Pozdějším kodicilem, jichž může vedle sebe více obstáti, zrušují se dřívější odkazy a kodicily jen potud, pokud jsou s ním v odporu.

§ 635 osnova. Starší závěť se zrušuje platnou závětí novější, není-li z novější závěti zřejmé, že starší má býti zachována zcela nebo z části v své moci.

Starší dovětek se novou závětí ruší, jen pokudto plyne ze závěti nové.

§ 636. Nařízení obsažená v starší závěti nebo v dovětku se neruší novějším dovětkem, není-li z tohoto novějšího dovětku patrno, že vůle zůstavitelova je jiná.

Občanský zákoník spočívá čistě na půdě práva římského. Východiskem tohoto práva v naší materii je proslulá zásada: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad supremum vitae exitum*; zůstavitel se ani nemůže vzdáti práva, odvolati nebo změnití poslední pořízení. Jiná je ovšem otázka, jak odvolati testament. A tu na poli práva civilního nebylo jiného prostředku, než zřízení nového testamentu: testament, jednou platně vydaný, nemůže pozbytí moci jinak, než novým platným testamentem. Teprve později se ponenáhlu vyvíjejí vlivem práva praetorského a císařského další způsoby odvolání testamentu. I občanský zákoník klade na první místo mezi způsoby odvolání posledního pořízení zřízení nového testamentu, a teprve na druhé místo přímé odvolání, projevené buď výslovným prohlášením, nebo faktickým zničením listiny. Tento pořad důvodů jest zřejmě historická reminiscence, logicky by náleželo na prvé místo zajisté přímé odvolání. I osnova zachovává tradiční uspořádání. Ve věci samé zavádí občanský zákoník zeslabení římského dogmatu, že nový platný testament zrušuje nezbytně a úplně starý testament, doložkou: pokud zůstavitel nedal výslovně najevo v pozdějším testamentě, že dřívější má trvati zcela, nebo z části. Avšak jen zdánlivě. Neboť již římská pravověda překonala, jak jsem již uvedl, strohost uvedeného dogmatu institutem universálního fideikomisu: dal-li zůstavitel najevo v novém testamentě, že má staré pořízení také platiti, je povinen dědic z nového pořízení vyhověti nařízením starého pořízení, jako by šlo o fideicommissa. Tedy občanský zákoník se obmezuje na recepci římských norem *extraordinariae cognitionis* o fideikomisu a potlačení nepraktických norem *iuris civilis*.

Všimněme si blíže citované doložky: ač-li zůstavitel nedal jasně najevo atd. Unger a jiní vykládají § 713 jako interpretační pravidlo, a dovozují, že nutnost výslovného potvrzení starého testamentu platí zajisté tehdy, pořídil-li zůstavitel aspoň v novém testamentě o celé pozůstalosti, že však neplatí, pořídil-li zůstavitel v novém testamentě jen o podílu dědickém, tu by prý naopak bylo zapotřebí ke zrušení staré závěti výslovného pro-

hlášení, že tato nemá platiti<sup>21)</sup>. Mimo jiné vyvozují tato pravidla z ustanovení římského vojenského testamentu. Myslím, že neprávem. Nejde jen o to, že občanský zákoník výslovně prohlašuje zásadu římského občanského testamentu, že starý testament se ruší celý i takovým novým testamentem, jenž pořizuje jen o části pozůstalosti (zbyvající část připadá podle občanského zákoníka dědicům zákonným). Jde i o to, že nelze na občanský testament aplikovati zásadu římského vojenského testamentu, že může vedle sebe obstáti i více testamentů (*militi licet plura testamenta facere*, D 29, 1, 19, pr.); vyplývá z první věty § 714 „*kodicilů může i více vedle sebe obstáti*“ nezbytným argumentem a *contrario*, že testamentů nemůže platiti více vedle sebe, leč právě v tom výjimečném případě, že zůstavitel výslovně prohlásil v novém pořízení, že staré má platiti, nebo na základě domněnky, vyslovené v § 715.

Osnova ruší v nové formulaci §§ 713 a 714 obč. zák. obč. zásady právě uvedené, z nichž jsem vyvodil nemožnost výkladu ve smyslu ustanovení římského vojenského testamentu: nepřijímá již větu, že i pořízením, v němž by byl ustanoven dědic jen k části pozůstalosti, se ruší zcela starý testament, nepřijímá ustanovení, že *kodicilů může platiti vedle sebe i více*, z níž by vyplýval opak pro testamenty. Tím staví osnova testament zcela na bási římského vojenského testamentu, a jest jen logické, že nepředpisuje již pro zachování starého testamentu jasné prohlášení zůstavitelovo o jeho další platnosti, nýbrž věc formuluje daleko širě: pokud z novější závěti je zřejmé, že starší má býti zachována zcela nebo z části v své moci.

Jiná změna osnovy, která je v podstatě převzetím zásady římského vojenského testamentu na úkor formální zásady římského občanského testamentu, týká se fideikomisární substituce, čili, jak se osnova vyjadřuje, *svěřenského nástupnictví*.

§ 608 obč. zák. ustanovuje: *zůstavitel může uložit svému dědici, aby přijaté dědictví po své smrti, nebo v určitých jiných případech předal dědici, na druhém místě jmenovanému*. Tento institut občanského zákoníka je v podstatě římským dědickým fideikomisem (*fideicommissum hereditatis, universitatis*). A třebaže nemůžeme již zastávati ve smyslu práva římského, že by takový náhradník byl jen *loco heredis*, jako římský *universální fideikomisař*<sup>22)</sup>, přece jen ve stylisaci citovaného § nutně shledáváme *reminiscenci* na formální zásadu římskou

<sup>21)</sup> Srov. Unger, *Das österreichische Erbrecht*. 109 pozn.; *Krainz-Ehrenzweig, System*, II 2, 401; *Mayr, Soustava obč. práva, Právo dědické*. 60.

<sup>22)</sup> Srov. Unger, *cit. d.* 92, 94 pozn.

semel heres, semper heres, nepřipouštějící, aby byl někdo dědicem jen na čas, jiný přímým dědicem od určitého času, a nutící uchýlit se k praktickému uskutečnění takových zájmů k té odpomoci, že dědic je povinen vydati dědictví jinému jako universální fideikomis. Osnova (§ 570) opouští uvedenou formulaci občanského zákoníka. Ustanovuje: zůstavitel může naříditi, že dědictví po smrti dědicově nebo v jiných určitých případech má „přejítí“ na jinou osobu. Totéž přímé řešení nalzáme již v římském testamentu vojenském; nová formulace osnovy je tedy nejen vyjitím z normální občanské koncepce římskoprávní, ale současně převzetím speciální koncepce římského testamentu vojenského.

Zajímavý je i vztah dalšího ustanovení osnovy k římskému právu. Podle § 571 jest spatřovati zřízení nástupnictví v tom, když zůstavitel svému dědici ustanoví dědice. Podle práva římského jest podobné ustanovení v občanském testamentu vykládati jako fideikomisní rozkaz, aby bylo dědictví svého času vydáno onomu druhému dědici (D 36, 1, 17, pr.); v testamentu vojenském bylo podobné ustanovení přímo proveditelné (D 29, 1, 7: milites etiam his qui heredes extiterunt possunt substituire), tak, jako nyní podle osnovy.

Konečně ještě jiný případ, kdy osnova v podstatě přejímá ustanovení římského vojenského testamentu, týká se akkrescence, čili, jak se osnova vviadňuje, uvolněného podílu. Jak již bylo řečeno, řeší občanský zákoník přírost uprázdněného podílu bez ohledu na starořímskou zásadu nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, ježto právě základem dědického práva je zásada opačná; to vede k přesnějšímu vyhovění domnělé vůli pořizovatelovy: jsou-li tu jen dědicové, obmezení na určitý podíl, připadá podíl uprázdněný dědicům zákonným (§ 562, srovn. §§ 560, 561). Jak již bylo řečeno, bylo i toto řešení známo římské pravovědě, jež ho používala tam, kde nebyla vázána dogmatem nemo pro parte testatus a t. d. totiž v testamentu vojenském. Než ustanovení vojenského testamentu byla ještě pružnější: římské pravovědě bylo zřejmo, že takovéto řešení (přírost uprázdněného podílu dědicům zákonným) je na místě jen za předpokladů, že tak chtěl zůstavitel; dal-li ten najevo, že podíl uprázdněný má připadnouti ustanovenému dědici (třebas ustanovenému k určitému podílu), pak přirůstá tomuto (D 29, 1, 37). A zajímavé, že nyní i osnova pomýšlí na tuto eventualitu a přejímá řešení obdobné: „je-li však zřejmé, že určením podílu nechťel zůstavitel i jiného, ne obmezení povoláné dědice navzájem, přibude uvolněný podíl i k určitým podílům poměrně.“

Z uvedeného vyplývá, že odklon osnovy od tradičního, formálního řešení římského práva je tu vyvážen zdůrazněním

a zobecněním výjimečné koncepce římského práva. A není to náhodou, že koncepce římského vojenského testamentu vítězí. Tento testament je v pravdě moderním institutem římským, neodvislým na starodávných dogmatech, řešeným jen z hlediska účelového; tento testament není ničím více, než ustanovením osoby, jež má nastoupiti v majetek dědický, ryze majetkovým institutem, jako testament dnešní, jenomže ještě důslednější.

Při této příležitosti bylo by i zkoumati, je-li ještě odůvodněno další trvání na zásadě, že dědic ručí zásadně (pokud totiž se nepřihlásil s dobrodiním inventáře) za všechny dluhy. I osnova trvá na tomto starodávném principu. Je ovšem otázka, je-li tento princip stále organickou zásadou dnešního dědictví, jako byla organickou zásadou římské hereditas, fenoménu, že heres succedit in locum defuncti. Soudil bych spíše, že nikoli. Neboť je-li dnešní dědictví prostě nastoupením v majetek zůstavitelův (§ 532 obč. z.), tedy již aplikace římské zásady bona non aliter intelliguntur nisi quod deducto aere alieno superest vede logicky k závěru, že dědic ručí za dluhy, pokud jsou kryty aktivy<sup>23)</sup>. Z podrobností problému bylo by uvést na př., že podle našeho práva nevstupuje dědic v zůstavitelovu držební bona a mala fides (§ 1463 obč. z.), na rozdíl od práva římského, kde idea sukcese (succedit in locum defuncti) nezbytně vedla k ustanovení o vstupu dědicově do zůstavitelovy bona a mala fides<sup>24)</sup>. Bylo by tedy podrobně zkoumati, zda neobmezené ručení dědicovo ještě dnes je organickou zásadou dědictví, a není-li, jak je spíše zastávati, bylo by vhodnější, opustiti tradiční zásadu neobmezeného ručení. K odůvodnění neobmezeného ručení zajisté nestačí odvolávati se na zájem věřitelů, neboť zájem věřitelů nemůže ospravedlniti, aby někdo ručil za dluhy, jež jiný (zůstavitel) učinil<sup>25)</sup>. Vůbec lze pozorovati, že je ručení dědicovo dnes, kdy římský pojem sukcese je vlastně zúžen, dokonce mnohem těžší, než v samém právu římském: dědic je povinen ihned při dědické přihlášce prohlásiti, činí-li přihlášku bezpodmínečnou, či s výhradou inventáře, a nemůže prvou odvolati, ručí v prvném případě netoliko všem věřitelům dědictví, ale i neobmezeně všem odkazovníkům (§§ 800, 801, 806 obč. z. a §§ 711, 713, 613 a 614 a contr. osnovy); spoludědicové ručí solidárně, nikoli jen podle svého podílu, jako v právu římském (§ 820 obč. z., § 756 II. osnovy). Vše to se poutá podle pozitivního ustanovení zákona k bezvýhradné přihlášce.

<sup>23)</sup> Bonfante-Vážný, Instituce, 590 pozn.

<sup>24)</sup> Bonfante-Vážný, Instituce, 586, 593.

<sup>25)</sup> Bonfante-Vážný, Instituce, 591.