

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

Katedra právních dějin

Vlastnické právo a jeho ochrana v archaickém Římě

JUDr. Kateřina Mikšová

Vedoucí práce: prof. JUDr. Michal Skřejpek, DrSc.

Praha 2008

Knihovna UK PF



3125091223

*Prohlašuji, že jsem tuto práci zpracovala samostatně a že jsem vyznačila prameny,
z nichž jsem pro svou práci čerpala, způsobem ve vědecké práci obvyklým.*


Kateřina Mikšová

Obsah

Úvod

I.	Počátky římské společnosti	9
	1. Přírodní a hospodářské podmínky předřímské společnosti	10
	2. Společenské uspořádání předřímské společnosti	12
	3. Vznik Říma	20
II.	Počátky římského práva	24
	1. Právo božské	24
	2. Právo lidské	28
III.	Vznik vlastnického práva	33
IV.	Subjekt vlastnického práva	37
	1. Dědické právo	37
	2. Poručnictví	44
	3. Opatrovnictví	50
V.	Věci mimo naše panství	54
	A. Věci práva božského	55
	1. Věci posvátné	55
	2. Věci zasvěcené	56
	3. Věci svaté	57
	B. Věci práva lidského	58
	1. Věci společné	58
	2. Věci veřejné	60
	3. Věci obecní	61
VI.	Věci v našem panství	63
	1. Věci mancipační	63
	2. Věci nemancipační	67

VII.	Občanskoprávní prostředky ochrany vlastnictví	72
	A. Originární způsoby nabytí vlastnictví	73
	1. Okupace	73
	2. Vydržení	78
	3. Přírůstek	85
	B. Derivativní způsoby nabytí vlastnictví	90
	1. Tradice	90
	2. Mancipace	92
	Exkurz: <i>nexum</i>	101
	3. Injurecesse	107
	C. Žaloba věcná	113
VIII.	Trestněprávní prostředky ochrany vlastnictví	126
	A. Krádež zjevná	127
	a. Krádež v noci	127
	b. Krádež ve dne se zbraní	131
	c. Krádež zjevná	136
	d. <i>Quaestio lance licioque</i>	142
	B. Krádež nezjevná	148
	a. Krádež nezjevná	148
	b. Zpronevěra	153
	c. Krádež <i>tignum iunctum</i>	157
	C. Žaloba osobní	161

Závěr

Poděkování

Literatura

Velký náčelník ve Washingtonu posílá zprávu, že si přeje koupit naši zem. Velký náčelník nám posílá také slova přátelství a dobré vůle. To je od něj přívětivé, neboť my víme, že našeho přátelství nemá zapotřebí. Ale my jeho nabídku uvážíme, neboť víme, že když neprodáme, přijde snad bílý muž s puškami a naši zem si vezme. Jak je možné oblohu nebo teplo země koupit či prodat? Tato představa je nám cizí. Když nevlastníme svěžest vzduchu a třpyt vody, jak to od nás můžete koupit?

Náčelník Seattle k prezidentu USA, 1855

Úvod

Není tomu dávno, co byl institut soukromého vlastnictví v naší zemi značně zdiskreditován. Komunistický režim jej považoval za přežitek, který moderní společnost, chce-li být spravedlivá, nemůže dále trpět. Dle názoru ideových zakladatelů komunismu bylo nepřipustné, aby si soukromé vlastnictví, jakožto výsledek práce dělnického proletariátu, přisvojovala jiná společenská třída, třída kapitalistická. Soukromé vlastnictví mělo podle nich zůstat v rukou jeho původce, dělnického proletariátu, resp. v rukou státu, kterému bude dělnický proletariát vládnout (Marx a Engels 1974). Nový řád, který měl být – a následně i skutečně byl – takto nastolen, ospravedlňovali tito myslitelé mýtem o spravedlivé prvobytně-
pospolné společnosti, jež soukromé vlastnictví vůbec neznala, a kde veškeré vlastnictví bylo pouze společné (Engels 1949).

Pád komunistického režimu jako by byl sám o sobě důkazem, že výše uvedené teorie nemohou v současném světě obstát. Naše společnost se vrátila k systému tzv. tržního hospodářství, pro nějž je soukromé vlastnictví nezbytnou podmínkou. O důležitosti soukromého vlastnictví ostatně svědčí četná ustanovení v našem právním řádu, jež je garantují a chrání, Ústavou a mezinárodními smlouvami počínaje a občanským zákoníkem konče.¹ Vlastnické právo bylo opětovně zařazeno mezi tzv. základní lidská práva, jež jsou z povahy věci nezadatelná, nezcizitelná, nepromlčitelná a nezrušitelná a zaručují se všem bez rozdílu.² Je však možné je také ospravedlnit?

Teorií zdůvodňujících a ospravedlňujících soukromé vlastnictví je mnoho. Jedna z nejrozšířenějších, teorie utilitaristická, říká, že soukromé vlastnictví je předpokladem lidské svobody a invence, a že jen díky němu mohou ve společnosti vznikat přebytky, jež umožňují vzájemnou směnu. Málodko z nás si přitom umí fungování dnešní společnosti bez této směny představit.

Bylo však tomu tak vždy? Můžeme vlastnické právo počítat mezi tzv. práva přirozená či se jedná o produkt lidské společnosti? Či z jiného pohledu – je vlastnické právo právem

¹ Srv. čl. 11 Listiny základních práv a svobod (č. 2/1993 Sb.): „Každý má právo vlastnit majetek. Vlastnické právo všech vlastníků má stejný zákonný obsah a ochranu. Dědění se zaručuje.“; čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod (č. 229/1992 Sb.): „Každá fyzická nebo právnická osoba má právo pokojně užívat svůj majetek.“; §§ 123 a 124 obč. zák. (č. 40/1964 Sb.): „Vlastník je v mezích zákona oprávněn předmět svého vlastnictví držet, užívat, požívat jeho plody a užítky a nakládat s ním. Všichni vlastníci mají stejná práva a povinnosti a poskytuje se jim stejná právní ochrana.“

² Srv. čl. 1 a 3 Listiny základních práv a svobod.

absolutním, za jaké je považovali tvůrci prvních občanských zákoníků, či je z povahy věci omezené?³

Právě ve světle těchto otázek bych chtěla na následujících stránkách zkoumat počátky vlastnického práva ve starém Římě – proměny jeho obsahu a způsobů jeho ochrany.

Ještě předtím je však nutné ujasnit pojem práva jako takového. Právo počátků Říma se totiž v mnohém liší od práva dnešních společností. Předně bychom v této době těžko hledali zákonodárný sbor, výkonnou moc a dokonce patrně i institucionalizovanou moc soudní. Nabízí se tedy otázka: je vůbec možné v takovém případě mluvit o právu? Dle mého názoru to možné je. Právo zde totiž chápu jako systém pravidel – ať psaných či nepsaných – jimiž se společnost řídí a jež dokáže uplatnit; řečeno s Ciceronem: „Kde je společnost, tam je i právo“.⁴ Naopak tam, kde žádná pravidla neplatí, kde vládne naprostá anarchie, nelze o společnosti mluvit; ba co víc, takové „společnosti“ jsou pravděpodobně odsouzeny k zániku.⁵

Zkoumání počátků římského práva však klade nejednu překážku. Pomineme-li časovou vzdálenost tématu, je především nutno se vypořádat s naprostým nedostatkem primárních literárních pramenů. Kromě poměrně věrohodných citací ustanovení Zákona 12 desek, jež nacházíme u římských právníků a gramatiků, jsou ostatní literární prameny zpravidla velmi ovlivněny dobou svého vzniku (Pais 1926, 1). Kromě poznatků získaných kritickým výkladem výše uvedených literárních pramenů proto budou v mém přístupu hrát nezastupitelnou roli i poznatky dalších společenských věd, a to zejména etymologie, antropologie, etnologie a sociologie. Pokud jde o antropologii a etnologii, jsem toho názoru, že právě ony, se svými podrobnými a hlubokými znalostmi kultur tzv. primitivních národů, mohou osvětlit na první pohled obskurní instituty římského archaického práva a pomoci je náležitě osvětlit.

Mnozí zde možná namítnou, že kultury různých národů jsou navzájem nesrovnatelné a právní institut vyskytující se v kultuře jedné není možné bez výhrad použít k vysvětlení institutu kultury druhé. Těmto názorům je třeba dát plně za pravdu. Shodně s americkým antropologem Murphym se však domnívám, že ačkoliv je člověk v zásadě produktem své společnosti a kultury, uvnitř každého je pevné jádro, jež je tvořeno těmi stránkami lidské zkušenosti, které mají všichni lidé společné (Murphy 1998, 66). Nahlíženo z této perspektivy,

³ Srv. § 354 OZO (č. 946/1811 Sb.z.s.): „Vlastnictví, jako právo posuzováno, jest oprávněním, s podstatou a užitky věci podle své vůle nakládati a každého jiného z toho vyloučiti“. Znění čl. 544 francouzského *Code Napoléon* je však méně radikální: „La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.“

⁴ Cit. u Sokol 2007, 143. Podobný výměr práva lze nalézt i u Pospíšila (1997);, který chápe právo jako „souhrn principů obsažených v právních rozhodnutích, vydávané autoritou s úmyslem, že budou v budoucnu aplikována na podobné nebo identické případy, obsahující závazek a sankci“.

⁵ Srv. Clusters 2003.

způsob fungování každého lidského společenství do značné míry závisí na dostupné technologii a druhu využívaných zdrojů (Murphy 1998, 130).⁶ Jinak řečeno, společnosti využívající podobných zdrojů a užívající podobnou technologii, jsou – díky společnému lidskému jádru, které se v podobných podmínkách chová podobně – srovnatelné. Vycházejí z těchto předpokladů, srovnání nezávislých, zcela oddělených kultur se tedy jeví možným.

Z výše uvedeného vyplývá, že v předkládané práci mi nepůjde pouze o vylíčení majetkoprávních institutů archaického Říma, nýbrž i o postihnutí přírodních a společenských podmínek, jež stály u jejich vzniku. Domnívám se totiž, že jedině tak je možné pochopit dané téma v celé jeho šíři a závažnosti.

⁶ Srv. též práce Murphyho učitele Juliana Stewarda (1955). *Theory of Culture Change: The Methodology of Multilinear Evolution*. Urbana: University of Illinois Press.

I. Počátky římské společnosti

Nikdo asi nepochybuje o tom, že právo je součástí společnosti a jejím produktem. Chceme-li proto poznat a pochopit fungování práva počátků Říma, musíme se nejprve seznámit se společenskými podmínkami, na jejichž základě vznikalo a jež je utvářely. Tento krok je o to důležitější, že tehdejší společnost se radikálním způsobem lišila od té dnešní a principy, jež ji řídily, by bez poznání jejich historicko-kulturního pozadí byly jen těžko pochopitelné.

Jak již však bylo řečeno v úvodu, poznání počátků vzniku římského státu naráží na zásadní problém: lze věřit římským literárním pramenům? S tímto problémem se moderní historici potýkají již od 16. století, přičemž míra jejich kritiky se různí. Někteří tyto prameny více či méně zavrhnou a označují za falsifikáty, jiní k nim přistupují způsobem konstruktivnějším a pod nánosy nepřesností, chyb a úmyslných falsifikací se snaží najít přibližný obraz skutečných událostí.

Asi nejpodrobnější kritice podrobil římské anály italský historik Pais, o jehož práci *Storia critica di Roma durante i primi cinque secoli* bude následující výklad zčásti opřen. Dle jeho názoru je nutné na literární prameny starého Říma pohlížet ve světle tří kritérií: 1) římské dějepisectví bylo silně ovlivněno dějepisectvím a civilizací řeckou, přisvojovalo si její kultury i báje, přičemž často docházelo i k přisvojování kultů a bájí jiných latinských měst, 2) v Římě neexistoval státní archiv, pouze archivy soukromé, díky čemuž docházelo k přisvojování událostí různými *gentes* a jejich duplikacím (či triplikacím), koncentracím a anticipacím, 3) římské dějepisectví se (na rozdíl od Řeků) nesnažilo ani tak o vylíčení skutečného běhu událostí, ale mělo vždy cíl občanský a mravní. Při vědomí těchto tří kritérií je, podle Paise, možné oddělit zrna od plev a s pomocí poznatků pomocných věd historických nalézt v análech římských dějepisců stopy skutečných událostí. (Pais 1926, 25).

Situace dnešních historiků je v tomto ohledu značně ulehčena. Za sto let, které uplynuly od napsání Paisovy *Storia critica di Roma*, byly v jak v Římě samotném tak v okolním Latii učiněny rozsáhlé archeologické objevy. Pomocí moderních metod, jakou je například keramologie, je dnes možné určit stáří nalezených předmětů s přesností 25 až 50 let. Výsledky těchto nálezů vedly přitom dnešní historiky k překvapivému zjištění: totiž, že míra fabulace a zkreslení římských dějepisců nebyla tak velká. Mnoho nálezů potvrdilo legendy v té podobě, jak byly vyprávěny a zapsány (Bloch 1994, 5; Grandazzi 1991, 27). Přehnaná nedůvěra, se kterou k nim Pais přistupoval, nebyla tedy zcela na místě.

Toto zjištění nicméně neznamená, že můžeme doslova věřit římské literární tradici. I když se dnes zřejmě můžeme s větší důvěrou opřít o informace, které nám tato tradice přináší,

historický přístup by měl být spíše opačný: měl by vycházet z hmatatelných a nevyvratitelných nálezů, jež nám archeologické bádání v posledních letech přináší, a používat literární prameny až na druhém místě, aby je vykládaly (Cornell 1995, 29). A v tomto výkladu je Paisův kritický přístup i nadále zcela na místě.

1. Přírodní a hospodářské podmínky předřímské společnosti

Při studiu dějin společností nelze opominout přírodní podmínky, v jakých tyto společnosti vznikaly, a které do velké míry ovlivnily jejich uspořádání a vývoj. Ta římská vznikla na levém břehu řeky Tiberu, přibližně pětadvacet kilometrů od jejího ústí do Tyrhénského moře, v místě, kde vzniklý ostrov (*insula Tiberina*) umožňuje řeku přejít. Tento přirozený brod, v jehož místě byl později postaven dřevěný most (*pons Sublicius*) se stal přirozeným místem setkávání okolních národů. Zdá se, že již od 2. tisíciletí př. n. l. zde docházelo ke směně mezi národy žijícími na pobřeží a těžícími sůl z místních solných dolů (později pojmenovaných *Campus Salinarum romanarum*) a pastýři žijícími střídavě v okolních horách a v Latinské nížině. Odpradávná tak tímto místem procházelo několik významných obchodních cest: *via Campana* vedoucí na západ k moři, *via Salinara* vedoucí na východ do hor, cesty vedoucí na jih do Kampanie a na sever do Etrurie, jakož i vodní cesta vedoucí po samotném Tiberu, který byl splavný až k Apeninským horám.

V jiných ohledech se však místo vzniku Říma nejevilo příliš příznivě. Okolní kraj byl (na rozdíl od sousední Kampánie či Etrurie) jen velmi málo úrodný. Latinskou nížinu, jejíž podloží tvoří sopečný tuf, pokrývala pouze slabá vrstva humusu. Okolí Tiberu pak z velké části tvořily lesy a močály. Zdá se tedy, že to byla především strategická poloha, která rozhodla o vzniku Říma. Křížení obchodních cest, snadný přístup k moři, bránitelné pahorky, jakož i zdroj pitné vody v podobě říčky protékající údolím budoucího Fora Romana, činily toto místo k usídlení více než příhodným.

Z archeologických nálezů je patrné, že ve 2. tisíciletí př. n. l. se obyvatelé Latie živili především pastevectvím a jen ve velmi omezené míře zemědělstvím. Chovali především hovězí dobytek, a to především pro mléko, nikoli pro maso.⁷ Jako zdroj masa jim sloužila domácí prasata, ovce a kozy. V tomto ohledu by se mohlo zdát překvapivým, že archeologové objevili v místech latinských sídlišť mnohem více pozůstatků těchto stádových zvířat než

⁷ Dle Plinia (*HN*, 8.70) byla kráva považována za přítele člověka a její zabití se údajně trestalo trestem nejvyšším, vyhnanstvím. Podobně Vergilius (*Georg.*, 1.537) mluví o používání hovězího dobytka pro maso jako o degeneraci starých časů a neexistující v období Zlatého Věku. Tento postoj se zdá být ostatně pasteveckým národům vlastní. Stejný přístup lze pozorovat např. u afrických Nuerů (Evans-Pritchard 1969, 26).

pozůstatků hovězího dobytka. Tato skutečnost je však dána s největší pravděpodobností tím, že pastevci hovězího dobytka jsou zpravidla velmi vynalézaví co do jeho zpracování a z jednou zabitého či uhynulého kusu dobytka zpravidla nic nezůstane nazmar.⁸

Pokud jde o zemědělství, bylo by spíše na místě mluvit o zahradničení (kopaničářství), neboť ani přírodní podmínky ani kočovný způsob života neumožňoval obyvatelům Latia vytvoření polí v obvyklém slova smyslu. Jednalo se spíše o malá políčka přechodného rázu, která se nacházela mezi obydleními nebo v jejich blízkosti. Nálezy na Foru Romanu odhalily, že obvyklou potravou předchůdců Římanů byla špalda, ječmen, jemnozrná pšenice, víkev a hrách (Cornell 1995, 54).

Způsob obživy Latinů do velké míry předurčoval i způsob jejich života. Pěstování dobytka je nutilo měnit sídliště: zatímco zimu trávili na pláních Latinské nížiny, v létě se stěhovali na stráně Albských hor. Jejich nejstarší obydlí tedy byla velmi jednoduchá a snadno zhotovitelná, zároveň však i snadno zničitelná. Tato skutečnost je také důvodem, proč po nich nenacházíme žádné stopy. Nejstarší archeologické nálezy, pocházející z 2. tisíciletí př. n. l., zahrnují pouze keramické střepey. Až nálezy z počátku 1. tisíciletí př. n. l. v podobě popelnicových uren umožňují určit charakter těchto nejstarších latinských obydlí, a to s poměrně velkou přesností. Zatímco v severněji položené oblasti villanovské kultury mají tyto urny tvar mísy či helmy, v Latii se jim dostalo tvaru chýší, bezpochyby právě takových, jaké si staří Latinové stavěli. Díky těmto nálezům a literárním pramenům tedy víme, že šlo o tzv. *tuguria*, chýše či přístřeší často kruhového půdorysu, postavené z větví a mazanice a přikryté doškovou střešou.⁹

Podobně jako v celém Latii, ani v Římě se stopy po nejstarších obydlích nedochovaly. I první římské osady byly tedy s největší pravděpodobností pouze přechodného charakteru. Pozůstatky jejich existence – vesměs střepey a popelnicové urny – byly nalezeny na poměrně rozsáhlém území v okolí budoucího Fora Romana, od břehů Tiberu až po Quirinál a Velii. První stopy po stavbách trvalejšího rázu jakož i první známky opevnění pocházejí až z 8. stol. před n. l., tedy přibližně z doby legendárního založení Říma.¹⁰

⁸ V této souvislosti Evans-Pritchard nazývá pastevecký národ Nuerů „parazity“ krávy (1996, 36).

⁹ Srv. Cornell 1995, 57. Též Plinius (*HN*, 16.14), Vergilius (*Georg.*, 1.69), Columella (*Rust.*, 12.15.1) a Festus (*tugurium*).

¹⁰ Na jihovýchodním cípu Palatinu, v místě legendární Romulovy chýše (*casa Romuli*) a na jiných místech Palatinu a Kapitolu byly objeveny jámy po kůlech a brázdy vyryté v zemi. O Romulově chýši na Palatinu viz Vitruvius (*De arch.*, 1.1.5).

2. Společenské uspořádání předřímské společnosti

Jakou však měla tato společnost povahu? K zodpovězení této otázky nám již pouhé archeologické nálezy nepostačí, odpověď se tedy pokusíme najít v římské mytologii.

Jak známo, mýtus o počátcích Říma začíná legendou o Aeneovi, bojovníku z Trojské války, který si vezme za ženu dceru krále Latina a založí město Lavinium. Jeho syn založí v Latii město Alba Longa, z něhož vzejde třicet kolonií *Prisci Latini* a dvanáct albských králů. Poslední z nich, Amulius, se trůnu zmocní násilím: zavraždí svého bratra Numitora, se kterým měl původně sdílet moc, a jeho mužské potomky. Z jeho dcery, Rhey Silvie, učiní vestálku, tj. panenskou kněžku, aby se nemusel obávat potomků z její strany. Osud mu ale překazí plány. Rhea Silvie počne s bohem Marsem dvojčata Rema a Romula, která po zavraždění jejich matky odkojí vlčice a vychová pastýř Faustulus. Tato dvojčata následně pomstí smrt svého děda i matky a založí město Řím.¹¹

Co nám tento příběh může napovědět o povaze předřímské společnosti? V této souvislosti je pozoruhodné, že podobný příběh o trpící matce z urozeného rodu, zázračném početí, opuštěném a následně zachráněném novorozenci, ze kterého se později stane hrdina či král, nacházíme v mnoha kulturách světa, včetně té naší. Vzpomeňme například na příběh o plaváčkovi, akkadském králi Sargonovi, či příběh Mojžíšův, Ježíšův, Perseův, Parisův a jiné.¹² Podobnost všech těchto příběhů se zdá vypovídat o jisté universální lidské zkušenosti. Jako první si této podobnosti všiml ruský jazykový strukturalista Propp (1999), který rozpoznal mezi nepřeborným množstvím bájí určité modely, podle kterých se jednotlivé příběhy odvíjejí, mezi nimi i příběh „o hrdinské výpravě“ a příběh „o zázračném narození“, který zpravidla příběhu o hrdinské výpravě předchází. Pro příběh o zázračném narození je přitom charakteristické, že jeho hrdina je v jisté fázi svého zrání doslova vydán napospas

¹¹ Srv. např. Livius (1.1nn) nebo Dionýsios (*Ant. Rom.*, 1.45nn). Hned na začátku je třeba uvést, že údaj o třiceti koloniích je s největší pravděpodobností anticipací. Latinské kolonie jsou mnohem mladšího data a těch nejstarších bylo mnohem méně; počtu třiceti dosáhly až mezi lety 444 a 218 př. n.l. (Pais 1926, 42). Rovněž údaj o dvanácti králich je pravděpodobně nadsazen tak, aby vyplnil období přibližně 240 let od pádu Troje do tradičního data založení Říma (Pais 1926, 42). Pokud jde o Albu Longu, má se dnes za to, že žádné město tohoto názvu ve skutečnosti nikdy neexistovalo. Jednalo se pravděpodobně o volné sdružení kmenů obývajících rozsáhlé (odtud *lunga*) území Albských hor, uctívajících společného boha *Iuppiter Latiarum* a každoročně slavících na jeho počest svátek na Monte Cavo, nejvyšší hoře Albských hor (Grandazzi 2003, 86). Viz níže. Pokud jde o původ postavy Aenea, názory se zde liší. Zatímco Pais (1926, 42) jej pokládá za starodávné říční božstvo, podle Grandazziho (2003, 78) byl do římské legendy začleněn v průběhu 7.-6. stol. př. n. l. jako nástroj dialogu a směny s Řeky. Tato druhá hypotéza se jeví pravděpodobnější; koneckonců ji potvrzuje i etymologie samotného Aeneova jména: *aenus* znamená „bronzový“ a odkazuje k *aes*, platině používanému při směně s Řeky (Ernout a Meillet 2001, *aes*). V této souvislosti není bez zajímavosti, že v 6. stol. př. n. l. razilo město Aeneia v Makedonii mince s obrazem Aenea vynášejícího svého otce Anchisa z trojských zřícenin (Cornell 1995, 63).

¹² Podobné příběhy můžeme najít i u Mayů (Burkert 1996, 72) či u severoamerických Kwakiutlů (Davy 1922, 257).

přírodním živlům či zvířatům. Ty jej však nenechají na holičkách; naopak se zdá, že se k němu chovají spíše jako ochránci a pěstouni. V některých příbězích k nim pak přistupují ještě lidšší pěstouni určitého, pro danou společnost důležitého povolání, jako například rybáři, pastevcí či truhláři.¹³

I příběh o Romulovi a Removi se tak zdá kopírovat morfologii příběhů o zázračném narození a hrdinské výpravě. Latinští hrdinové jsou nejprve vystaveni vodnímu živlu, jenž je v pořádku donese k vlčici. Ta je nakrmí a poskytne jim ochranu. Nakonec je nalezne pastýř, který je živí a vychová.

Podíváme-li se na uvedenou legendu blíže, zjistíme, že podobně jako v jiných příbězích o zázračném narození není výběr těchto římských živitelů-ochránců bez významu. Přítomnost vody i pastýře odráží skutečnost, že voda i pastevectví byly pro Římany životně důležité. Jak si však vysvětlit přítomnost vlčice? Jen těžko můžeme tvrdit, že vlci byli pro Římany stejně důležití jako voda či pastevectví. Jejich význam musel spočívat v něčem jiném.

V tomto ohledu stojí za povšimnutí nápadná podobnost pojmenování vlčice, resp. samice, *ruma*, se jménem jednoho z dvojčat, *Remus*, a jedním ze tří kmenů, které podle legendy Řím založily, *Ramnes*.¹⁴ Tato podobnost jistě není náhodná. Nápadně připomíná jev, který vyzorovali etnologové na přelomu 19. a 20. století v primitivních společnostech Austrálie, severozápadního pobřeží Severní Ameriky a Afriky. Ve všech těchto společnostech se setkáváme s představou totemu, tj. zpravidla zvířete, rostliny, a později i bájného předka, od něhož daná skupina odvozuje svůj původ.¹⁵ Ve světle těchto objevů se tak zdá, že vlčice nebyla ničím jiným než totemovým zvířetem pravěkých Římanů, a Remus jejich bájným předkem.¹⁶

Jaký význam má toto zjištění pro zkoumání povahy archaické římské společnosti? Jakou vypovídací hodnotu má skutečnost, že římská společnost ve svých počátcích byla tzv. společností totemovou?

Jak ukázaly výše uvedené etnologické výzkumy, totemovým společností není společné pouze to, že „vlastní totem“. Vedle tohoto vnějšího znaku můžeme u nich pozorovat

¹³ K výše uvedenému srv. mimo základního Proppova díla (1999) též Burkert 1996, 55nn a Cornell 1995, 60nn.

¹⁴ Podobně se u kmene Picenů setkáváme s datlem (*picus*) či u Hirpénů s vlkem (*hirpus*) (Ernout a Meillet 2001, *picus, hirpus*).

¹⁵ K následující pasáži srv. zejm. Davy 1922, Moret a Davy 1923 (Austrálie, severozápadní pobřeží Severní Ameriky, starověký Egypt), Durkheim 2002 (Austrálie), Evans-Pritchard 1969 (Afrika), Mauss 1999 (Austrálie).

¹⁶ Postava Romula není zmiňována záměrně, neboť se domnívám, že byla do legendy začleněna až později, v 6. stol. př. n. l., po příchodu Etrusků, v době výstavby nového latisko-sabinsko-etruského města. Lze tak snadno pochopit, proč Romu-lus, tj. představitel *Ramnes* (Latinů) a *Luceres* (Etrusků), přemohl Rema, představitele ryze latinského kmene. V legendě o únosu Sabineek stačilo jen upravit jméno násilníka.

i shodné společenské uspořádání. Byla-li tedy i předřímská společnost společností totemovou, měli bychom u ní najít obdobné znaky.

Podívejme se tedy nejprve na společenské uspořádání nám známých totemových společností, jež se jakoby zázrakem dochovaly až do moderní doby. Následně se pokusme najít obdobné charakteristiky u archaické společnosti římské, jak se nám vyjevují v dochovaných archeologických nálezích a literárních pramenech.

Pozorováním primitivních společností bylo zjištěno, že se sdružují do klanů, tedy seskupení několika rodin, které se považují za navzájem příbuzné. Přičemž právě představa totemu je tím, co toto vědomí příbuznosti udržuje, neboť všechny rodiny od něj odvozují svůj původ. Totem tedy má pro klan zásadní význam: klanové společenství jednak integruje a jednak je vymezuje vůči klanům ostatním, dává mu jeho jméno a identitu. Právě tuto funkci totemu zdůraznil francouzský antropolog Lévi-Strauss (2001, 97), podle nějž je primárním účelem totemů vytvořit ve společnosti určitý klasifikační systém: vymezit jednotlivé klany vůči sobě podobným způsobem, jakým jsou v přírodě vůči sobě vymezeny jednotlivé druhy rostlin a zvířat. Díky soustavě totemů tak má každý člověk své místo v rámci klanu a každý klan své místo v rámci kmene. Totemy a legendy s nimi spojené pak zavádějí do těchto společností řád a pravidla.

Z hlediska našeho výkladu je podstatné, že v těchto společnostech, zejména v jejich ranějších stádiích, marně hledáme vůdce. Autorita či panství je v nich, slovy francouzského sociologa Davyho (1923, 63), „rozptýlená“. Vládne jim jakýsi neosobní princip (polynéská *mana*, egyptské *ka*), přičemž individualita jednotlivců je tímto principem potlačena. Absence vůdce a jakékoli hierarchické struktury uvnitř těchto společností je důvodem, proč se těmto společnostem začasť dává přívlastek akefální, tj. doslova „bezhlavé“.

Pokud nějaké náznaky autority lze v těchto společnostech přece jen pozorovat, jedná se o autoritu, jež má výlučně náboženský charakter. Náboženský vůdce, jenž se zpravidla vyznačuje neobyčejnými osobními schopnostmi a zkušenostmi, střeží obvykle posvátné předměty, poskytuje azyl a řídí náboženské obřady (Davy a Moret 1923, 79). V případě, že dopad náboženských obřadů přesahuje rámec klanu, dochází začasť k vytvoření jakési federální vlády těchto neformálních vůdců, kteří pak společně těmto rituálům předsedají.¹⁷ Jejich funkce však vždy zůstává funkcí ryze náboženskou, nikoli mocenskou, a tudíž i značně vratkou.

¹⁷ Mezi tyto náboženské obřady nutno počítat například každoroční obřady očišťování a obnovy, v rámci nichž jsou všechna minulá provinění zapomenuta a čas znovu započat (Eliade 1993, 38).

Přirovnání totemových společností k tělu bez hlavy svádí k domněnce, že v nich vládne anarchie, že bychom v nich marně hledali řád a pořádek ustavený pevnou rukou silného vůdce. Opak je však pravdou. Při bližším pohledu se ukazuje, že jak vztahy uvnitř klanů tak vztahy klanů vůči sobě navzájem řídí pravidla, o jejichž původci zpravidla jejich členové nic nevědí, resp. jejich vznik přičítají nějakému nadlidskému zásahu. Tato pravidla jsou začasť velmi složitá, nicméně každému bezpečně známa. Od nepaměti jsou předávána z generace na generaci a mění se jen velmi pomalu.

Smyslem těchto pravidel je zavést do společnosti mír a pořádek. Zatímco na nižších stupních společenského uspořádání, v rodině a v klanu, hraje velkou roli při řešení konfliktů příbuzenská solidarita, stabilita vztahů na vyšších stupních společnosti, mezi klany a kmeny, musí být založena na jiných principech. Jedním z nich je systém „totálních závazků“ (Maus), jehož účelem je nastolit a udržet mezi jednotlivými klany a kmeny rovnováhu vztahů a vzájemných závazků. V jeho rámci jednotlivé klany a kmeny mezi sebou směňují dary a ženy a poskytují si vzájemné služby při důležitých společenských událostech, jakými jsou například narození dítěte, iniciace, sňatek či pohřeb, nebo při pravidelných sbratřovacích svátcích.

Německý etnograf Krause takto například popsal průběh pohřbu u severoamerického kmene Tlinkitů, kde všechny přípravy a náklady visí na bedrech „bratrského“ klanu, tzv. frátrie, zatímco frátrie zesnulého nedělá v zásadě nic, pouze truchlí a provádí smuteční rituály. Až čtvrtého a posledního dne pohřbu frátrie zesnulého protější frátrii pohostí a obdaruje (Davy 1922, 178). Britský antropolog Seligmann zase popsal svátek melanéskeho kmene Koita, kde po sérii her, které mají vyprovokovat rivalitu zúčastněných klanů, jsou všichni muži pohostěni ženami z jiné frátrie. Následující den tyto muži přinesou svým hostitelkám své úlovky a následuje společná hostina všech zúčastněných klanů (Davy 1922, 180n).

Ve výčtu podobných „závazkových“ rituálů bychom mohli pokračovat. Pro většinu z nich je přitom příznačné, že jsou řízeny pevně stanovenými pravidly. Obecně vzato by se však všechna tato pravidla mohla podřadit pod trojjediné pravidlo: každý má povinnost dávat, povinnost přijímat a povinnost oplácet (Maus 1999).¹⁸ Díky tomuto základnímu principu jsou jednotlivé klany provázány vzájemnými závislostmi; jeden bez druhého se nemůže obejít.

Asi nejvíce je tato provázanost patrná na pravidlech pro uzavírání sňatku, která jsou v těchto společnostech navýsost složitá. Je to pravděpodobně dáno tím, že tyto společnosti

¹⁸ Převzeno do právnícké terminologie by Maussovo pravidlo zahrnovalo i povinnost konat, *facere*, včetně povinnosti konání strpět a konání oplácet.

jsou původně matrilineární, čili že nositelkou totemu je žena a příslušnost ke klanu se dědí po matce.¹⁹ Zároveň se však zpravidla jedná o společnosti patrilokální, v nichž žena odchází (i s totemem) do rodiny svého muže. Podrobná úprava sňatkových pravidel, jakožto pravidel „putování totemu“, je proto zcela na místě.²⁰

Výše uvedená pravidla se však neomezují pouze na oblast závazkových právních vztahů, nýbrž existují i v oblasti, řečeno s použitím dnešní právní terminologie, občansko-právních a trestně-právních deliktů. I zde si klany vytvořily pravidla, s jejichž použitím uvnitř i mezi sebou navzájem urovnávají spory. Pravidlem nejprimitivnějším, ale přesto pravidlem, je přitom v této oblasti (pro mnohé možná překvapivě) krevní msta a jiné druhy „společensky schválené“ svépomoci. Jinými slovy, i boj zde má svá pravidla.²¹ Vedle regulovaného boje a svépomoci se však setkáváme i s rozličnými alternativními a smírnými způsoby řešení sporů, jež zpravidla spočívají v zaplacení náhrady škody či vydání viníka poškozené straně.²²

Stejně jako výše uvedená závazková pravidla *ex contractu*, jsou i tato pravidla *ex delicto* pravidly obyčejovými. O přiměřenosti svépomoci a o druhu a výši narovnání zde nerozhoduje zpravidla žádná nadřazená autorita, nýbrž pouze a jedině veřejné mínění. To však neznamená, že by tresty viníkům uložené byly dílem chvilkového rozmaru, právě naopak. Způsob urovnávání sporů a trestání viníka je pevně stanoven a každému znám. Povědomí o něm je spolu s ostatními hodnotami společnosti předáváno z generace na generaci, v důsledku čehož může docházet k jeho změnám jen velmi pomalu.²³

Potud tedy stručná charakteristika totemových společností, jak je popsali etnologové na přelomu 19. a 20. století. Výše jsme vyslovili hypotézu, že i předřímská společnost byla společností totemovou. Za tohoto předpokladu by se právě uvedená charakteristika měla vztahovat i na ni. Je tedy možné v pozůstatcích této společnosti najít stopy podobného uspořádání a podobných zvyků? Tvořily i předřímskou společnost příbuzenské klany založené na principu rovnosti? A pokud ano, řídily se vztahy mezi nimi navzájem principem respektu a rovnováhy – systémem vzájemných a totálních závazků?

¹⁹ Pravděpodobně z toho důvodu, že matka je, na rozdíl od otce, vždy jistá, jak později zdůraznili římscí právníci: *Mater semper certa est.*

²⁰ Tak například u australských Aruntů, kteří jsou patrilokální, vedl princip matrilinearity ve dvou protilehlých frátriích ke vzniku čtyř sňatkových tříd. Podle ustáleného sňatkového pravidla mohli členové každé třídy uzavřít manželství jen s příslušníkem jím určené třídy protilehlé frátrie. V důsledku tohoto systému „totem“ vždy na jednu generaci frátrii opustil, ve druhé generaci se však do původní frátrie vrátil (Davy a Moret 1923, 30).

²¹ Ke společensky schválené svépomoci a regulovanému boji u Nuerů srv. Evans-Pritchard 1969, 150nn.

²² Zvyk vydání viníka poškozené straně k adopci či dokonce k sňatku popisuje Glotz (1906, 5.27) v případě starověkého Řecka.

²³ K druhům a výši narovnání u Nuerů viz Evans-Pritchard 1969, 150nn. O mimofádně stálosti trestněprávních pravidel svědčí i skutečnost, že zatímco cena za nevěstu klesla v důsledku dobytčeho moru u Nuerů na polovinu, (z 50 na 25 krav), výkupné za zabitého zůstalo stejné (50 krav) (Evans-Pritchard 1969, 69).

Pozoruhodným objevem v tomto směru může být nález velké nekropole sahající do počátku 9. stol. př. n. l. v Osteria dell'Osa na břehu jezera Castiglione, tedy necelých 10 km východně od Říma. Bylo zde nalezeno okolo 600 hrobů z let 900-770 př. n. l., přičemž složení a uspořádání hrobů až do roku 830 př. n. l. se zásadním způsobem liší od složení a uspořádání hrobů vzniklých po tomto období.²⁴

Obraťme pozornost nejprve k hrobům ze staršího období, tj. období před 830 př. n. l. Archeologické výkopy provedené v osterijském nalezišti ukázaly, že tyto hroby byly v zásadě dvojího typu: popelnicové a kostrové. Bližším zkoumáním přitom archeologové došli ke zjištění, že o způsobu pohřbu člena dané společnosti, tedy o tom, zda bude zpopelněn či pochován, rozhodoval pouze jeho věk a pohlaví. Zatímco uvnitř se nacházely popelnicové hroby mužů privilegovaného postavení, nesporně „otců rodin“ (*pater familias*), kolem nich byli ve dvou řadách pohřbeni kostrovým ritem ženy a muži obyčejní. Vybavení všech hrobů bylo až na nepatrné výjimky stejné. Zatímco v popelnicových nádobách (*dolium*) otců rodin se nacházel kromě samotné popelnicové urny-chýše i miniaturní mobiliář (*corredo*), složený zpravidla z tří až čtyř nádob na jídlo a pití, hrnků, misek a talířů, bronzové spony, břitvy a zbraně (kopí či meče), tedy předměty každodenní potřeby válečníka a hlavy rodiny, vybavení kostrových hrobů bylo podstatně chudší. Kostrový hrob obyčejného muže obsahoval zpravidla pouze dvě až tři misky normální velikosti a spony; hrob ženy pak několik váz, osobních ozdob a přeslen.

Toto složení i uspořádání starších osterijských hrobů se zdá zcela jasně vypovídat o uspořádání předřímské společnosti. Uprostřed otců rodin, kteří jsou si navzájem zcela rovni a kolem nich ostatní členové klanu, opět bez zjevného rozdílu v postavení. Tato rovnostářská povaha předmětného pohřebiště je důkazem, že se jednalo o pohřebiště egalitářských klanů, ve kterých chyběla autorita vůdce, ve kterých stále ještě vládla „rozptýlená“ autorita totemu.²⁵

V této souvislosti stojí za pozornost, že hrobů tohoto staršího typu našli archeologové dvě skupiny, přičemž hroby v obou těchto skupinách nalezené byly téměř identické. Jediné rozdíly mezi nimi spočívaly v nepatrně odlišné dekoraci pohřebního mobiliáře a ve struktuře hrobů samotných. I zde se zdá, že máme před sebou charakteristický jev totemových společností: klany navzájem si podobné, avšak udržující si zároveň své

²⁴ Údaje o nálezích v Osteria dell'Osa jsem čerpala zejm. z Cornell 1995, 51 nn a Hermon 2001, 21 nn.

²⁵ Jako výjimku z pravidla je v této souvislosti třeba zmínit dva hroby, které se svým složením nepatrně liší, a to hrob č. 126, obsahující sošku osoby nabízející oběť, miniaturní obětní nůž, rituálně rozbitou vázu a votivní misky, a hrob č. 128, ve kterém se veškeré *corredo* nachází ve velké urně-chýši (nikoli v *doliu*) přibližně šestkrát větší než urny ostatní a rozdělené na místnosti. Z vybavení těchto hrobů je patrné, že šlo patrně o hroby kněze nebo posvátného muže a hrob jakési vůdčí osobnosti komunity. Přesto se zdá, že nešlo o funkce formální, institucionalizované, ale že šlo spíše o osoby podobné posvátným mužům, smírčím soudcům či ad hoc velitelům, které se vyskytují v jiných nám známých akefalních společnostech.

zvláštnosti. Téměř naprostá shoda způsobu pohřbívání, včetně uspořádání a vybavení hrobů, naznačuje, že obě skupiny spolu musely přicházet často do styku. Není ani příliš těžké si je představit jako dvě frátrie, svým uspořádáním podobné frátriím severoamerických Kwakiutlů či melanéských Koitů konce 19. stol., o nichž jsme mluvili výše.

Shodný způsob pohřbívání a společné pohřební rituály však nebyly tím jediným, co jednotlivé předřímské klany spojovalo. V římských literárních pramenech najdeme nemálo zmínek o rozličných svátcích a rituálech, jichž se latinské kmeny účastnily a jež se nápadně podobají slavnostem totemových společností, které jsme popsali výše.

Jedním z takových svátků byly bezpochyby *Feriae Latinae*, každoroční panegyrické oslavy boha Jupitera Latiara, bájného předka Latinů, jež se konaly na Monte Cavo, nejvyšší hoře Albských hor.²⁶ Od Dionýsia (*Ant. Rom.*, 4.49) se dozvídáme, že v jejich průběhu měl každý povinnost zdržet se jakýchkoliv nepřátelských aktů vůči členům ostatních klanů a kmenů, povinnost vykonávat společné oběti Jupiterovi a povinnost společně hodovat. Tradiční obětí byla kráva, avšak každý klan zvlášť nadto přispíval i jinými potravinami. Ze společné oběti pak následně dostali všichni svůj díl.²⁷ Festus (*oscillantes*) dodává, že tyto slavnosti byly i místem hry zvané *oscillatio*, jež podle něj spočívala v tom, že si její účastníci přikrývali tvář maskou (*oscillum*, doslova „tvářička“) a nechali se houpat (*oscillare*) na stromech.

Obdobným svátkem bylo pravděpodobně i *Septimontium*, které se dle Festa (*septimontium*) odehrávalo každým rokem v prosinci na území budoucího Říma za účasti obyvatel sedmi pahorků: Palatinu, Velii, Fagutalu, Subuře, Germalu, Oppiu a Cispiu. Při této slavnosti se prováděla oběť bohovi Palatualovi, a to jak na Palatinu, tak na Velii.

V této souvislosti je zajímavé, že obyvatelé ostatních římských pahorků – Kapitolu, Quirinálu a Esquilinu – byli z této slavnosti vyloučeni. Dle legendy na nich totiž žil jiný národ, národ Sabinů. Náboženské kultury těchto dvou etnik tak byly zcela přirozeně odděleny, o čemž ostatně svědčí i rozdělení pozdějších římských tančících kněží-válečníků na *Salii*

²⁶ Přestože je tento bůh tradičně představován v lidské podobě, z důvodů, jež budou uvedeny níže, se domnívám, že měl původně podobu přírodního živlu, pravděpodobně blesku, s kterým byl ostatně obvykle zobrazován. Nasvědčuje tomu i etymologie slova samého, kdy sanskrtské *dyaūh* znamená „jasné nebe“ a *pitá* bylo používáno ve významu „otec“. Dle Ernout a Meilleta (2001, *Iuppiter, pater*) tak staří pomocí příměru otce a matky vyjadřovali bipolaritu nebe a země. Je jen příznačné, že si Latinové pro uctívání tohoto nebeského boha vybrali nejvyšší horu v území, které obývali. K symbolu „posvátné hory“ jakožto Středu světa, kde se stýká Nebe se Zemí viz Eliade 1993, 11nn.

²⁷ Dionýsios ve skutečnosti mluví o tom, že svátek byl zaveden až králem Tarquiniem Priscem na počest uzavření mírové dohody mezi Římany, Latiny, Herniky a Volsky, a že se jej účastnilo čtyřicet sedm měst. Jak však ukázal již německý romanista Niebuhr (1849, I.26n) tento svátek byl mnohem staršího data a předcházel založení Říma. Rovněž „města“ byla dle jeho názoru spíše malými osadami roztroušenými v horách.

Palatini a *Salii Collini*, jakož i duplicita římských kněží-pastýřů, kteří každý rok v únoru řídili obřad svátku Luperkálií na *Luperci Quinctiliani* a *Luperci Fabiani*.²⁸

Odlišný náboženský kult a etnická příslušnost však nebyla ani v tomto případě překážkou k vytvoření přátelských vztahů mezi Sabiny a Latiny. Jak známo, prvním Romulovým hrdinským činem po založení města byl únos Sabineek, a i mezi jeho následníky vidíme se pravidelně střídat panovníky sabinského a latinského původu. Tyto skutečnosti jsou dle mého názoru nejenom dokladem o směně žen mezi oběma národy, ale i dokladem o matrilineární posloupnosti a ustálených společných sňatkových pravidlech nikoli nepodobným těm, která byla pozorována u primitivních společností. Střídání latinských a sabinských králů tak můžeme vysvětlit nejen jakousi dohodou mezi oběma národy, ale rovněž jako důsledek skutečnosti, že Romulův totém vždy na jednu generaci „opustil“ Palatin, aby se na něj následně s další generací „vrátil“.

Výše uvedené poznatky získané výkladem archeologických nálezů a literárních pramenů jsou dle mého názoru dostatečným důkazem, že i předřímská společnost byla společností totemovou se všemi znaky, jež u obdobných totemových společností můžeme pozorovat.

Jak si však vysvětlit, že společnosti od sebe vzdálené tisíce let a desetitisíce kilometrů si mohou být tak podobné? Vždyť podíváme-li se například na způsob jejich obživy, zjistíme, že tento se často zásadně lišil: zatímco v Austrálii se tyto společnosti živily především sběrem a lovem, na severozápadním pobřeží Severní Ameriky se živily rybolovem, v subsaharské Africe a v Římě pastevectvím a zahradničením. I přes tyto rozdíly však lze ve způsobu jejich obživy nalézt jeden společný rys: stačila jim právě tak k pokrytí životních potřeb a neumožňovala jim vytvářet velké zásoby či přebytky vhodné k následné směně. Právě tato skutečnost, dle mého názoru, činí jejich společenské uspořádání srovnatelným.

Jak však můžeme pozorovat, společenské uspořádání těchto společností se zásadně mění v okamžiku, kdy se jejich příslušníci natrvalo usadí a objeví technologie, které jim umožní snadnější získávání a uskladňování potravy, vytváření přebytků a jejich následnou směnu.

²⁸ Přídavná jména *Quinctiliani* i *Fabii* odkazují podle Festa ke starým sabinským a latinským klanům (*Quinctiliani luperci, Faviani et Quinctilianii*). Průběh obřadu samého popisuje Plútarchos (*Rom.*, 21).

3. Vznik Říma

Vznik bohatství mění totemové společnosti zásadním způsobem.²⁹ Přítomnost bohatství ve společnosti totiž s sebou nese nejen potřebu je uskladnit, ale i potřebu je bránit proti možným neoprávněným osobám. Ve všech těchto transformujících se společnostech proto můžeme pozorovat růst prestiže a moci mužů, kteří se díky svým vrozeným fyzickým dispozicím stávají přirozenými ochránci majetku. Tito muži si přisvojují totem klanu a klany se stávají téměř výlučně patrilokálními a patrilinéárními.

S růstem bohatství a potřebou jeho ochrany zároveň dochází k individualizaci původně „rozptýlené“ autority. Jednotlivec, jenž byl dříve podřízen zájmům celého klanu, se emancipuje a začíná se vymezovat vůči svému okolí, stává se individuem, samostatnou „osobou“ (Sokol 2000, 75). Totem již jej nemá ve své moci, ale on sám je vlastníkem totemu a jeho prestiže. Tento individuální totem může ztratit, ale může také získat totem jiný či se dokonce stát majitelem několika z nich. Uvnitř klanu i mezi klany navzájem tak začíná docházet k boji o získání větší prestiže a moci. Princip respektu a rovnováhy, jenž dřív těmto společnostem vládl, je nahrazen principem výzvy a nerovnováhy. Jednotlivé rodiny uvnitř klanů i klany si hledají své místo v nové společnosti, která již není společností rovnostářskou, nýbrž společností hierarchizovanou a stratifikovanou. Vítěz se stává vůdcem klanu, vítězný klan vůdcem kmene. A v mytologii se tento proces projeví tím, že posvátná přírodní božstva i rostlinné a zvířecí totémy jsou nahrazeny postavou bájného předka – Jupiter získává lidskou podobu a *rumu* nahrazuje *Remus*.

Nejenom mytologie je však dokladem, že podobný proces se odehrál i v předřímské společnosti. Vraťme se v této souvislosti ještě jednou k osterijskému pohřebnímu nalezišti. Řekli jsme výše, že hroby mladšího data, vzniklé po roce 830 př. n. l., se svým uspořádáním zásadním způsobem liší od hrobů starších. Nová pohřebiště se jeví jako seskupení hrobů, jež jsou doslova navrstveny na sobě, a to i přes velký prostor, ve kterém jsou umístěny. Důvodem se zdá být jednak snaha o přiblížení žen, které byly dříve pohřbívány ve vnějším kruhu, k mužům a jednak snaha všech párů se přiblížit ke středu kruhu. Rozdílná úroveň vybavení jednotlivých hrobů současně ukazuje na vznikající rozdíly v bohatství jednotlivých rodin a pozvolný rozvoj specializované řemeslné výroby (Hermon 2001, 23).³⁰

²⁹ K následujícímu výkladu srv. zejm. Moret a Davy 1923, 89nn.

³⁰ Britský historik Cornell (1995, 53) v tomto ohledu upozorňuje na skutečnost, že uvedené hroby jsou pouze hroby kostrovými, přičemž hroby popelnicové jakoby zcela vymizely. Dle jeho názoru však jejich vymizení není důsledkem změny pohřebního ritu. Domnívá se, že popel nejvýznamnějších mužů (či párů) byl patrně uchovávan

Uvedené tendence ve stylu pohřbívání pokračují i v následujícím období. Přibližně od roku 730 př. n. l. se rozdíl ve vybavení hrobů ještě zvětšují a dosvědčují tak vznik vládnoucí aristokratické třídy. Nejbohatší hroby nalezené v Castelu di Decima nacházejícím se přibližně patnáct kilometrů jižně od Říma tak obsahují cenné klenoty a bohatství sestávající z bronzových trojnožek, kotlíků, brnění, vozů (a to i u žen), korintských výrobků, etruského *bucchero* či fénických amfor. Příznačné pro tyto bohaté hroby je, že jsou zpravidla navrstveny v několika generacích na sobě, přičemž okolo nich se nacházejí hroby výrazně chudší. Zmíněné uspořádání tak nejenže vypovídá o koncentraci bohatství v rukou aristokratické šlechty, ale i o snaze si je vyhradit pro sebe a předat dalším generacím. Je tedy současně i dokladem o upevňování rodové solidarity. V některých aristokratických hrobech nacházíme tímto způsobem uloženo až dvanáct generací. Tyto hroby jsou bezpochyby předchůdci hrobů komorových, které byly zcela běžné v sousední Etrurii a jejichž několik příkladů bylo nalezeno i v Latii samotném, včetně římského Esquilinu (Cornell 1995, 81n).

Výše uvedené změny jsou připisovány jednak zlepšení techniky zemědělství a řemeslné výroby a jednak vlivu řecké kultury, která nabírala na síle zejména od roku 770 př. n. l., kdy eubojská Řekové založili v Itálii svou první trvalou kolonii, a to v sousední Kampánii na ostrově Ischia nacházejícím se na severním cípu Neapolského zálivu. Cornell (1995, 86nn) v této souvislosti poukazuje na skutečnost, že Řekové nejenže přispěli k rozvoji technologií a obchodu, ale že byli zároveň pro vznikající italskou aristokracii jakýmsi vzorem a modelem, který se tato snažila napodobit. Výrobky nalezené v tzv. knížecích hrobech i pozůstatcích prvních aristokratických domů na území sahajícím od Kampánie po Etrurii jsou všechny vyrobeny ve stejném orientalizujícím stylu. Místo dřívějšího geometrického dekoru je zdobí volně plynoucí dekor naturalistický; keramiku nahrazuje zlato, stříbro, železo a bronz.

V tomto ohledu stojí za povšimnutí, že tyto nálezy sestávají v převážné většině z drahocenných jídelních servisů a předmětů s věnováním. Tato skutečnost vypovídá o tom, že důležitou součástí života této aristokratické společnosti tvořila společná hostina a vzájemné obdarovávání.³¹ Jednotná kultura Kampánie, Latie a Etrurie zase nasvědčuje o vysoké mobilitě a vzájemných návštěvách této nově vzniklé šlechty, pro níž *de facto* neexistovaly žádné etnické hranice.³²

v tomto období jiným způsobem nad zemí. I přes tuto různost výkladů se však oba historikové shodují v tom, že zdůvodňují změnu způsobu pohřbívání počátkem stratifikace společnosti a dělby práce.

³¹ O vlivu řecké kultury v oblasti stolování vypovídá i skutečnost, že v Etruštině je mnoho technických pojmů pro vázy a nádoby na pití, např. *askos*, *kylix*, *olpe*, *lekythos*, řeckého původu.

³² V této souvislosti není zcela od věci přirovnání společnosti počátků Říma ke společnosti homérského Řecka, jak to činí například Cornell (1995, 87n). Srv. k tomu též Vernant 1995, 31nn.

Díky růstu bohatství ve společnosti, růstu populace jako takové a růstu moci jejich nových vůdců se rozšiřují i skupiny, kterým tito velí. Hermon (2001, 24nn) v této souvislosti popisuje Latium a Etrurii té doby jako území, které je místem neustálého pohybu celých aristokratických družin, nikoli nepodobných řeckým hoplitským falangám. Četné malby, jež nacházíme v knížecích hrobech pocházejících ze 7. stol. př. n. l., zobrazují tyto vůdce s vozem taženým koňmi, jedoucí v čele svých věrných „druhů“ (*sodales*), členů svého klanu (*gentiles*) a klientů (*clientes*).³³ Dle literárních pramenů čítají tyto válečnické skupiny v 5. stol. př. n. l. až 4000 osob.

Z původně nepočetných a rovnostářských klanů se tak postupem času vytvářejí klany nového druhu, historické *gentes*, jež jsou přísně hierarchizované a počet jejich příslušníků mnohdy dosahuje několik stovek osob. Každý člen resp. každá rodina v něm má své přesně dané postavení, určené jak historicky tak prestiží a zásluhami jejího současného vůdce, „otce rodiny“ (*pater familias*). Přestože jednotlivé *gentiles* spojuje velice široké pouto solidarity a vidíme je často jednat společně, ať už při náboženských obřadech či vojenských výpravách, nedá se říci, že by měli formálního vůdce. Spíše se zdá, že jejich společné výpravy a náboženské obřady jsou vedeny těmi, kdo v dané chvíli požívají nejvíce prestiže a autority. Dnešní historici se vesměs shodují v tom, že institut „otce klanu“ (*pater gentis*) jakožto skutečného člověka „z masa a kostí“ je jen výtvozem moderní historiografie. Historický *gens* znal ve skutečnosti jen jednu formální autoritu, a to svého bájného předka, majitele pradávného totému.

Na tomto pozadí tedy dochází v Latii ke vzniku prvních měst. Objevení nových technologií hospodaření a rozvoj řemesla a obchodu umožní původně pasteveckým a kočovným kmenům se usadit na jednom místě. Usazení a postavení opevněného města se ostatně ukazuje být nutností: hliněné valy na vrcholcích kopců, jež je v minulosti chránily před divokou zvěří, již proti loupeživým nájezdům nepřátelských klanů nedostačují a je nutno je nahradit hradbou mnohem pevnější a odolnější. Pověst o založení Říma je v tomto ohledu zářným příkladem toho, jak byla taková hradba a osoba jejího stavitele, jakožto vrchního organizátora společnosti (architekta), pro tato archaická města důležitá.³⁴

Na předcházejících řádkách jsem se pokusila vylíčit v hrubých rysech povahu předřímské společnosti. Viděli jsme, jak se tato původně chudá, pastevecká společnost, organizovaná podle klanů, stala díky přechodu k zemědělství a vzrůstajícímu významu

³³ Srv. např. hrob Bernardini z Praeneste (dnešní Palestrina).

³⁴ V tomto ohledu nedávný nález části primitivní hradby na severozápadním úbočí Palatinu pocházející z let 730-720 př. n. l., postavené s obřích kamenných bloků pospojovaných směsicí hlíny a šterku, potvrzuje legendu o Romulově Římu, který předcházel Římu Serviovu (Grandazzi 2003, 65).

obchodu společností bohatou a mnohem více individualizovanou. Rovnostářské uspořádání *gens* nahradila stratifikovaná organizace nově vzniklého města, jež má svého vůdce, římského krále, a jehož základní jednotkou je rodina (*familia*). Na pozadí tohoto společenského vývoje se utvářelo prvotní římské právo (*ius*).

II. Počátky římského práva

Výše uvedený nástin utváření římské společnosti byl nezbytný, abychom si mohli vytvořit představu o počátcích jejího práva. Římské právo totiž nespadlo Římanům z nebe, nýbrž bylo jejich výtvořem – výtvořem kultury, kterou zdědili a ve které žili. Bez pochopení této kultury nelze dle mého názoru porozumět právu, jímž se řídili. Jak jsme přitom viděli, kultura starých Římanů se v mnohém lišila od té naší; a nejinak tomu bylo i s jejich právem.

1. Právo božské

Jedním z charakteristických rysů, kterým se římské archaické právo vyznačuje, je jeho tradiční rozdělení na *fas* a *ius*. Co si lze pod těmito termíny, jenž jsou obvykle překládány jako „právo božské“ a „právo lidské“, představit? Odpověď na tuto otázku se pokusíme najít v etymologii slov samých.

Výklad *fas* jakožto „práva božského“ a *ius* jakožto „práva lidského“ pochází pravděpodobně od Servia, který ve svém *Komentáři k Vergiliovým Zpěvům rolnickým* (1.269)³⁵ uvádí následující definici:

Fas et iura sinunt: i.e. divina humanaque iura permittunt: nam ad religionem fas, ad homines iura pertinent.

„*Fas* a *iura* jsou: tj. co božské a lidské zákony dovolují: neboť *fas* náboženství, *ius* lidí se týká.“

Zdá se, že právě tato definice vedla mnohé jazykovědce k domněnce, že *fas* nějakým způsobem souvisí se slovy *fānum* (chrám), *fesiae* či *feriae* (svátky), a *festus* (sváteční, slavnostní) a poukazuje k indoevropskému kmeni **dh̥s-/dh̥s-*. Přesný smysl tohoto kmene již dnes nemůžeme určit, ale jeho odvozeniny vyskytující se v jiných indoevropských jazycích napovídají, že zcela jistě nějakým způsobem souvisí se sférou „božského“.³⁶

³⁵ Cit. u Ernout a Meillet 2001, *fās*.

³⁶ Srv. arm. *dik'*, boží, jež je odvozeno od **dh̥s-es*, či řec. *theós*, bůh (Benveniste 1969, II.135).

Podle francouzského jazykovědce Benvenista (1969, 133nn) však spíše než s kmenem **dhas-/dhēs-* souvisí slovo *fas* z kmenem **bhā-*, jenž poukazuje k aktu „mluvení“.³⁷ Mimo prastaré slovo *fari* (mluvit) můžeme najít v latině najít jeho četné odvozeniny: *fatum* (osud), *fabula* (báje, vypravování, ale i divadelní hra), *facundus* (výřečný, výmluvný), *fama* (pověst), *famosus* (pověstný, proslulý) či *infamis* (zlopověstný, zlověstný). Odvozeniny od stejného indoevropského kmene nacházíme i v ostatních indoevropských jazycích, včetně češtiny, kde k němu poukazují slova jako *bájit*, *báje*, *bajka*, *bájný*, *báječný*, *báseň* či jméno legendárního hrdiny *Bajaji* (Machek 1997, *báje*, *báseň*).

O čem tedy výše uvedené významy napovídají? V jakém smyslu lze chápat slovo *fari*? Benveniste v této souvislosti upozorňuje na příčestí přítomné tohoto slova, *infans*, a jeho výklad podaný Varronem (*Ling.*, 6.52) v následujícím znění:

Fatur is qui primum homo significabilem ore mittit vocem. Ab eo, ante quam ita faciant, pueri dicuntur infantes; cum id faciant, iam fari.

“Mluví (*fatur*) člověk, který poprvé vydá smysluplné slovo. Proto se dětem předtím, než toto mohou udělat, říká *infantes*; ale když to udělají, říkáme, že již mluví (*iam fari*).”

Z výše uvedeného je patrné, že *fari* neznamenal pouze mluvit, nýbrž mluvit tak, aby mluvčímu bylo rozumět, aby jeho řeč byla srozumitelná a smysluplná. V tomto smyslu je tedy třeba chápat i ostatní slova od tohoto slovesa odvozená. Latinská *fabula* a *fama* či česká *báje* není pak jen ledajaké vyprávění, ale vyprávění obdařené určitým smyslem a poselstvím. *Facundus* pak neoznačuje jen výřečnou osobou, nýbrž obratného vypravěče. A slova *famosus*, *bájný*, *báječný* a koneckonců i sám legendární *Bajaja* zase odkazuje k nezapomenutelným činům hodným obdivu a napodobení, zatímco *infamis* slouží jako pojmenování pro ty, kteří mají být pro ostatní odstrašujícím příkladem.

Při bližším pohledu se zdá, že všechny výše uvedené významy slovesa *fari* a jeho odvozenin mají určitou souvislost s mýtickým vyprávěním. Vždyť čím jiným je mýtus než vyprávěním či pověstí o bájných hrdinech, kteří vykonali odvážné činy, a kteří mají být do budoucna vzorem pro ostatní (Eliade 1993, 9nn). V tomto smyslu se *fas* jeví jako ústní tradice

³⁷ Jak uvidíme dále, jistá souvislost slova *fas* se sférou „božského“ tu existuje, avšak není to souvislost etymologická; podobnost slov *festus* s *fastus* se spíše zdá být dílem náhody.

předávaná z generace na generaci; jako jakýsi kód, pomocí kterého společnost přenáší osvědčené vzorce chování. Takto je tedy třeba chápat starolatinšká neosobní spojení, ve kterých je *fas* nejčastěji používáno: *fas est a ne fast est*, a z něj odvozené *nefas*, které se obvykle překládají jako „je/není dovoleno“, „je/není správné“ „smí/nesmí se“ či „sluší/nesluší se“ (Kábrt 2000, *fas, nefas*).

Pojem *fas* bychom tedy mohli volně přeložit jako „správné jednání“, které společnost a tradice od jejích členů vyžaduje. Znamená to však, že archaický člověk je tímto příkladným chováním vázán neustále, že se jím řídí ve dne v noci, po celý rok a po celý život? Tak tomu asi stěží mohlo být. Pro archaické společnosti je naopak příznačné, že čas a prostor rozdělují do dvou základních kategorií, na to, co je „posvátné“ a na to, co je „profánní“. Čas je tak rozdělen na dny sváteční a dny všední; prostor pak na místa posvátná, pro něž platí zvláštní a přísná pravidla užívání, a místa profánní, pro něž platí pravidla volnější. V této souvislosti se máme důvod domnívat, že *fas* přece jen určitým způsobem souvisí s časem a prostorem „posvátným“, byť mezi nimi není přímá etymologická souvislost.³⁸

Domněnku o „posvátnosti“ či „svátečnosti“ *fas* potvrzuje následující Festův citát zmiňující se o *fastorum libri*, prvotním římském kalendáři, a *fasti dies (fastorum libri)*:

Fastorum libri appellantur in quibus totius anni fit descriptio.

Fasti enim dies festi sunt.

“*Fastorum libri* se říká knihám, v nichž je popsán celý rok. Dni *fasti* jsou dny svátečními (*festi*).”

Z Festova citátu se tedy dovídáme, že Římané měli jakési knihy, které sloužily jako kalendář svého druhu: jednotlivé dny roku v nich byly rozděleny na dny *fasti*, které byly dny svátečními (*festi*) a dny *nefasti*, které byly dny všedními.

³⁸ V tomto ohledu stojí za povšimnutí, že zatímco v latinské kultuře mají *festus* a *fas* různé indoevropské kořeny, **dhās-/dhēs-* a **bhā-*, v řecké kultuře jim odpovídající pojmy *théios* a *themis* jsou odvozeny ze stejného indoevropského kmene **dhās-/dhēs-* (Benveniste 1969, II.134; Chantraine 1999, *thémis, theós*). Kmen **dhās-/dhēs-* přitom patrně souvisí nejen s abstraktní představou „božského“, ale původně s daleko konkrétnější představou „založení“ a „stvoření“ (Benveniste 1969, II.101; Chantraine 1999, *thémis, theós*) a dle mého názoru tak poukazuje k prvotní náboženské zkušenosti člověka jako pocitu „vděčnosti za život a obavy o něj“ (Sokol 2004, 74). Naproti tomu kmen **bhā-* reflektuje patrně „vrchnější“ vrstvu náboženství, zkušenost „setkání s druhým“ (Lévinas 1997), jeho společenský rozměr. Ne že by Řekové tuto druhou náboženskou zkušenost neměli, ale metafora „mluvení“ a „slyšení“ jim byla, zdá se, více vzdálená (Tresmontant 1998); ovlivnění babylonskou tradicí, a zejm. astronomií, pokládali Boha spíše za cosi, co se „ukazuje“ a je tedy k „vidění“ (Vernant 1995, 79). Srv. *theoría* od *theorós*, tj. pův. osoba, jež byla vyslána se poradit s věštbou, účastník náboženského obřadu, „divák“ (Chantraine 1999, *theorós*).

Jaké však byly *fasti dies* povahy? Co si můžeme pod tímto pojmem představit? V Macrobiových *Saturnáliích* (1.16.14) nacházíme jejich následující definici:

Fasti (dies) sunt quibus licet fari praetori tria verba solemnia: do, dico, addico. Hic contrarii sunt nefasti.

„Dny *fasti* jsou dny, v nichž je dovoleno prétorovi vyslovovat (*fari*) tři slavnostní slova: *do, dico, addico*. Dni *nefasti* jsou naopak ty, kdy je toto prétorovi zakázáno.“³⁹

Jak známo, prétor byl v republikánském Římě úředníkem, jemuž byla svěřena správa soudnictví. Z výše uvedeného úryvku se přitom dozvídáme, že svou funkci mohl vykonávat jen ve dnech *fasti*.⁴⁰ Dny *fasti* nejenže souvisely s časem „svátečním“ (*festus*), ale zároveň i s právem a soudnictvím, a byly tedy svou povahou dny „úředními“.⁴¹

Tato na první pohled ambivalentní povaha dnů *fasti*, jakožto dnů „svátečních“ a zároveň „úředních“, může dnešnímu člověku připadat poněkud nepochopitelná. Jak jsme však viděli výše, právo v archaických společnostech úzce souvisí s náboženstvím, ba doslova s ním splývá. Veškeré právní úkony jsou tedy ve skutečnosti zároveň i úkony náboženskými, a podléhají stejným pravidlům. Jakožto úkony náboženské jsou totiž svou povahou „společenské“: je jim vyhrazen společný prostor a čas, a předepsána společná, rituální forma.⁴² Tímto způsobem se tyto úkony zásadně odlišují od úkonů světských, týkajících se pouhé „úživy“ (Patočka), pro něž žádná pravidla stanovena nejsou.

V archaických a primitivních společnostech patří mezi takové „posvátné“ úkony i ty, které v dnešní době poněkud zevšedněly. Je jím přijetí nového člena do společenství, iniciace, sňatek, dar, uzavření smlouvy, řešení sporů, ale i válka (Eliade 1993, 25nn). Pro všechny tyto úkony jsou stanovena přesná pravidla týkající se času, místa i způsobu provedení.

O některých druzích těchto „totálních“ právních úkonů jsme již pojednali blíže v předchozí kapitole. Viděli jsme přitom, že jsou povahy obyčejové, a tedy dílem zvyku. Jejich tvůrce bychom marně hledali. Lidé v primitivních společnostech ve skutečnosti jen

³⁹ Srv. též s obdobnou definicí Varronovou (*Ling.*, 6.29-30): *Dies fasti, per quos praetoribus omnia verba sine piaculo licet fari... dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem do, dico, addico.*

⁴⁰ Je pravděpodobné, že náplň funkce prétora v průběhu času měnila, v době Varronově (116–27 př.Kr.) mu však pravomoc soudní bezpochyby příslušela (Monier 1948, *praetor*).

⁴¹ Tato „úřední“ povaha *dies fasti* vedla Benvenista k domněnce, že se jedná o dny „pracovní“, a tedy protiklad ke dnům „svátečním“ (Benveniste 1969, II.135).

⁴² K původně společenské povaze náboženství viz Sokol 2004, 36.

opakuji, co dělali jejich předci před nimi, a co se osvědčilo. Tato společná pravidla každý zná a od útlého věku se jimi řídí. Není tedy ani třeba zvláštního orgánu, který by je stanovil a jejich dodržování vynucoval; jejich dodržování zajišťuje „rozptýlená autorita“ skupiny samé.

Jakkoli jsou tyto vzorce chování v primitivních společnostech hluboce zakořeněny, dochází i zde k jejich porušování. Neexistují tu však trestněprávní orgány, které by pátraly po viníkovi, či soudce, který by zkoumal vinu či nevinu pachatele. Jak bylo řečeno výše, individualita jednotlivce je v těchto společnostech silně potlačena a otázka jeho viny či nevin je tudíž podružná. Daleko důležitější je skutečnost, že společnost byla tím činem samým poskvrněna a toto poskvrnění musí ze sebe smýt.

S vlastním poskvrněním se primitivní společnosti vyrovnávaly v zásadě dvojitou formou: buď daly průchod svépomoci a dovolily poškozené straně se na pachateli určitým, přesně stanoveným způsobem zhojit;⁴³ nebo, v případě velmi závažného porušení pravidel, pachatele ze svého kruhu zcela vyloučily. Pro Římany byl takový člověk člověkem „prokletým“ (*sacer*) a jako takový neměl velkou šanci na přežití; ztrácel totiž ochranu společenství, ve kterém žil, a mohl být kýmkoliv zabit.⁴⁴

Pojem *fas* tedy nějakým způsobem souvisí se „správným jednáním“, jež primitivní římská společnost v určitých situacích, v určitém čase, v určitém místě či ve vztahu k určitým předmětům od svých členů vyžadovala. Závažné překročení takto stanovených pravidel představovalo poskvrnění celé skupiny a pro pachatele (či jeho zástupnou oběť) „prokletí“ či alespoň „pohanění“ (*infamia*).⁴⁵ Tato situace se však zásadním způsobem mění s objevením lidské individuality.

2. Právo lidské

Jak jsme viděli výše, s růstem bohatství a prestiže se členové klanu emancipují a odmítají se nadále podřizovat starobylému *fas*. Růst bohatství a s ním spojený vznik soukromého vlastnictví s sebou zákonitě nese jak potřebu nové úpravy dispozice s nabytým majetkem, tak

⁴³V římském právu představují pozůstatky těchto společností schválených způsobů svépomoci např. instituty *manus iniectia*, *pignoris capia* či *questia lance licioque*. Společností schválená svépomoc existuje i u Nuerů (Evans-Pritchard 1969, 162nn).

⁴⁴Alespoň takové obavy má Kain v okamžiku, kdy jej Hospodin prokleje (Bible, Gn 4.14). – Mimo tyto způsoby, jež nějakým způsobem postihovaly (ať už skutečného či domnělého) pachatele činu, se v každé primitivní společnosti setkáváme z každoročními rituály očisty a obnovy, při kterých jsou všechny minulé, nepotrestané, hříchy smyty. Tyto rituály jsou začasť doprovázeny i rituálním vyhnáním zvířete či dokonce člena skupiny, jakožto nositelů všech vin, za hranice obývaného území (Eliade 1993, 39). Jejich osud je stejný jako osud člověka prokletého.

⁴⁵V tomto směru má *fas* velmi blízko k dnešnímu „mravu“.

nové způsoby urovnávání sporů a postihu majetkových deliktů, jež se zákonitě stávají častějšími. Tváří v tvář této nové situaci již tradiční *fas* nemůže dostačovat. Vzniká potřeba nových pravidel. Římané těmto pravidlům dávají jméno *ius*, slovy Serviovými (*ad Georg.*, 1.269) „právo lidské“.

Jakým způsobem tedy Římané chápali toto nové právo? Které principy je řídily? Odpověď na tuto otázku se opět pokusme najít v historii slova samého.

Pokud hledáme odpovídající termíny ve starých jazycích, objevíme védské *yoh* a avestské *yaoš*. Védské *yoh* bychom mohli přeložit jako „prosperita“ či „zdraví“, přičemž se nejčastěji vyskytuje v modlitbách v ustáleném spojení *samca yošca* znamenající „štěstí a zdraví“. Avestské *yaoš* zase znamená „očistění“ a nacházíme jej nejčastěji v ustáleném spojení *yaošdā-*, doslova „učinit *yaoš*“, „učinit rituálně čistým“, „očistit“, „vést do souladu s náboženskými předpisy“.⁴⁶ Benveniste (1969, II.113) si v této souvislosti všiml, že zatímco védské *yoh* je výrazem určitého „přání“, způsob používání avestského *yaoš*, ve spojení se slovesem *dā-*, vyjadřuje určitý žádoucí stav, který má být „vykonán“. V tomto smyslu je indoevropské **yous* určeno k „řečení“ i k „provedení“. Podle Benvenista tento dvojitý rozměr **yous* odkazuje k právu a náboženství, kde „úkony“ spočívají začasť ve „slovních projevech“, a vyjadřuje „stav pořádku či normálu, který je vyžadován rituálními pravidly“.

Benvenistova definice *ius* se zdá být zcela v souladu s funkcí, kterou jsme mu přisoudili výše. Viděli jsme, že *ius* vzniká ve chvíli hluboké přeměny společnosti, kdy se zprvu „rozptýlená autorita“ začíná koncentrovat a stává se „autoritou jednotlivců“, kteří navzájem prosazují své zájmy a soupeří o moc. V této nové situaci již starobylá pravidla *fas* nemohou dostačovat a je nutno vytvořit řád nový, který opět nastolí stav pořádku, normálu, zdraví a prosperity – stav, který je „spravedlivý“ (*iustus*). Jinými slovy: zatímco společnost řízená *fas* se obrací do minulosti, aby zde našla lék na své nemoci a návod na obnovení pořádku, společnost založená na *ius* se obrací více do budoucnosti, žádoucí stav sama nově vytváří.

O tomto charakteru *ius* vypovídá i způsob jeho použití. Nacházíme jej totiž nejčastěji ve spojení se slovesem „řici“, *dicere*.⁴⁷ Hledáme-li příbuzné pojmy v jiných jazycích, objevíme sanskrtské *diś-* znamenající „vedení, oblast nebe, způsob“, řecké *deiknumi* s významem „ukázat“⁴⁸ a z něj odvozené *díké* překládané zpravidla jako „právo“ či „spravedlnost“. Všechny výše uvedené pojmy naznačují, že původní význam *dicere* nějakým

⁴⁶ Viz. Ernout a Meillet 2001, *ius*; Benveniste 1969, II.112.

⁴⁷ Srv. např. *iudex* (soudce), *iudicare* (soudit), *iudicium* (rozsudek), *iusdictio* (jednání před soudem) atd.

⁴⁸ V této souvislosti stojí za pozornost, že původní *dikein* s významem „vést, uvést v činnost“ se specializovalo na význam „hodit“, odtud *diskos*, „disk“ (Chantraine 1999, *dikein*).

způsobem souvisel se „správným vedením“ k nějakému vzdálenému bodu, s ukázáním správného způsobu, jak jej dosáhnout. Zatímco řečtina používá pro vyjádření tohoto „vedení“ metaforu „ukázání“ a „vidění“, latina jej vyjadřuje pomocí metafory „řeči“ (ukázání slovem) a „slyšení“. Podle Benvenista (1969, II.109) bychom tak **dix* mohli vyložit jako „ukázat s autoritou slova, co má být“.

Z výše uvedeného vidíme, že *ius*, stav pořádku a normálu, nějakým způsobem předpokládá určité vedení, ukázání či radu, jak tohoto stavu dosáhnout, čímž předpokládá také někoho, kdo má potřebné schopnosti a znalosti, kdo umí *ius dicere*, „praviti“.⁴⁹ Tímto subjektem není původně nikdo jiný než soudce, *iudex*.

Jak se tedy tyto „vůdčí“ schopnosti soudce v archaickém Římě projevují? Vraťme se v této souvislosti ještě jednou k výše uvedenému Macrobiovu citátu (*Sat.*, I.16.14):

*Fasti (dies) sunt quibus licet fari praetori tria verba solemnia:
do, dico, addico. Hic contrarii sunt nefasti.*

„Dni *fasti* jsou dny, v nichž je dovoleno prétorovi vyslovovat tři slavnostní slova: *do, dico, addico*. Dni *nefasti* jsou naopak ty, kdy je toto prétorovi zakázáno.“

Macrobius v tomto citátu shrnuje tři základní úkoly římského prétora: *do, dico, addico*. Tyto pojmy jsou obvykle vykládány v souladu s Gaiovou *Učebnicí* (4.15nn) tak, že prétorovi přísluší „dát“ stranám sporu soudce (*dare iudicem*), „řici“, která ze stran sporu se stane prozatímním vlastníkem věci (*dicere vindicias*) a „přířknout“ právo straně vítězné (*addicere*).⁵⁰ Dle mého názoru byl však jejich původní význam odlišný a znamenal „dát“ soud (*iudicium dare*) „praviti“ stranám sporu náležitý postup (*ius dicere*) a „popravit“, tj. „praviti podle“ jedné ze stran sporu (*ius addicere*).⁵¹

⁴⁹ Srv. k tomu Machek 1997, *praviti, pravý, správný*. Ačkoli Machek významovou souvislost mezi *praviti* a *pravý* vylučuje, vzhledem k výše uvedenému se zdá, že zde souvislost přeci jen existuje. Viz též níže.

⁵⁰ Ve výkladu těchto tří slov se romanisté velmi rozcházejí. Zatímco někteří se domnívají, že prétor vyslovoval všechna tři slova (Huvelin 1927, I.132; Monier 1947, I.132), jiní se domnívají, že se případ od případu omezil jen na to nich, které bylo v daném případě nejvhodnější (Berger 1953, *do, dico, addico*; Lévy-Bruhl 1960, 104; Heyrovský 1925, 114; Vážný 1935, 7). Následující úryvek ze Senekova díla (*Apocol.*, 11.3) spíše potvrzuje variantu první, ke které se zde také přikláním: *Hunc nunc deum facere uultis? Videte corpus eius dis iratis natum. Ad summam, tria uerba cito dicat et seruum me ducat.* – „To jeho chcete učinit bohem? Podívejte se na jeho tělo, zrozené dne, kdy se bozi hněvali. Inu, necht' rychle řekne ta tři slova a necht' si mne odvede jako svého otroka.“

⁵¹ Srv. k tomu Machek 1997, *dáti, pravý, popravit, po 1°*; Kábrt 2000, *ad 3°*; Ernout a Meillet 2001, *ad*.

Věc se ukáže jasnější, nastíníme-li zde základní principy a pravidla římského archaického procesu. Tento proces byl (na rozdíl od jeho pozdějších vývojových fází) v působnosti jednoho soudce: původně římského krále, poté kněží (pontifiků) a následně prétorů.⁵² Jak známo, pouze těmto osobám příslušela až do roku 304 př. n. l. znalost práva, resp. právních formulí (Huvelin, I.45).⁵³ A právě tato výlučná znalost práva byla v počátcích Říma pro průběh procesu určující.⁵⁴

Jelikož účastníci sporu právo neznali, museli se za tímto účelem obrátit na soudce. Soudce nejprve stanovil dobu a místo soudního jednání (*iudicium dare*), a následně jim sdělil právo (*ius dicere*). Toto právo nebylo ničím jiným než právními formullemi, které soudce „předřikával“ (*praeire*), a které účastníci po něm opakovali.⁵⁵ A jak napovídá sám název nejstarší římské žaloby, *legis actio per sacramentum*, byly tyto formule ve skutečnosti „přísahami“.⁵⁶

Spojitosť *legis actio per sacramentum* s přísahou se stane ještě jasnější, když si uvědomíme, že název *sacramentum* je metonymické povahy a je odvozen od průvodního úkonu „podmíněné oběti“, jež jej provázela.⁵⁷ Původní pojmenování přísahy bylo dle mého názoru *iusiurandum* (doslova „*ius* k přísahání“) jak o tom ostatně svědčí následující Festův citát (*sacramentum*):

Sacramento dicitur quod iuris iurandi sacratione interposita actum est; unde quis sacramento dicitur interrogari, quia iusiurandum interponitur.

„*Sacramentum* se říká úkonu, který se činí pod trestem přísahy (*iusiurandum*). Proto se říká, že osoba je vyslýchána pod přísahou (*sacramentum*), jelikož je žádána, aby složila přísahu (*iusiurandum*).“

⁵² Srv. k tomu např. Pomponius v *Digestech*: *Quod ad magistratus attinet, initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse.* – „Co se úředníků týče, není sporu o tom, že v počátcích obce náležela veškerá moc králům“. Podobně též Cicero, *Rep.*, 5.2.

⁵³ Podle tradice byly tyto právní formule zveřejněny jistým Gnaem Flaviem, písařem censora Appia Claudia. Srv. k tomu též Cicero, *Mur.*, 11 nn.

⁵⁴ Zásada, že „soud zná právo“ (*iura novit curia*), platí ostatně dodnes.

⁵⁵ Právě tato charakteristika soudcovské funkce inspirovala patrně Římany k jejímu pojmenování *praetor* (od **prae-itor*), tedy „ten, kdo jde vpředu“, „ten, kdo předchází“, ale též „ten, kdo říká jako první“, „ten, kdo předřikává“ (Lévy-Bruhl 1960, 71n), i když řada autorů s tímto názorem nesouhlasí (Ernout a Meillet 2001, *ed. praetor*; Monier 1948, *praetor*).

⁵⁶ Svědčí o tom význam pojmů z tohoto pojmu odvozených, vyskytujících se dodnes v některých románských jazycích: franc. *serment* či it. *sacramento*.

⁵⁷ Srv. k tomu též Ernout a Meillet 2001, *sacer*.

Z výše uvedeného vidíme, že jádrem starořímského procesu, *legis actia per sacramentum*, byla přísaha. Účastníci sporu opakovali předřikávané formule a „přisahali na pravdivost“ svých tvrzení (*ius iurare*). Na podporu svého tvrzení vkládali do rukou soudního orgánu „podmíněnou obět“ (*sacramentum*), která mu měla propadnout, ukáže-li se jejich tvrzení nepravdivým.⁵⁸ Soudní orgán poté „přiknul“ (*addicere*) právo jednomu z nich, doslova „pravil podle“ něj.⁵⁹

Jak jsme tedy viděli výše, s individualizací římské společnosti se značným způsobem mění i povaha římského práva. Neosobní a skupinový „mrav“ (*fas*) střídá „právo“ (*ius*), které je již pevně spjato s jednotlivcem a jeho vůlí. Jednotlivec už tak není vystaven nekompromisnímu rozsudku skupiny, nestává se automaticky „prokletým“ (*sacer*) či „pohaněným“ (*infamis*), ale může se bránit. Je mu dovoleno „přisahat“ (*ius iurare*) a tvrdit své právo, přičemž toto právo neobhajuje před celou společností, nýbrž před její nadřazenou autoritou, soudním orgánem, který je tím, kdo „právo sděluje“ (*ius dicere*) a „právo přiděluje“ (*ius addicere*).⁶⁰ Tímto způsobem vzniká „spravedlnost“ (*iustitia*).

Uvidíme dále, jak se tato změna obecné povahy římského archaického práva (z práva božského na právo lidské) projeví ve vývoji jednotlivých právních institutů, konkrétně institutu vlastnictví a způsobů jeho ochrany.

⁵⁸ V této souvislosti stojí za pozornost, že původně byli touto podmíněnou obětí patrně přísahající sami. Sami na sebe přivolávali prokletí a dávali v sázku svůj život, podobně jako vojenský tribun Scipio, který v předvečer vojenského tažení zvolá: *Si sciens fallo, tum me, Iuppiter optime maxime, domum familiam remque eam pessimo leto afficias!* – „Jestliže vědomě lžu, pak nechť Iuppiter Nejlepší a Největší stihne nejstrašnější smrtí mne, můj domov, rodinu a všechno, co mám!“ (Livius, 22.53).

⁵⁹ Abstraktnějšího významu „přisoudit“ či „odsoudit“ nabyl pojem *addicere* až později, s postupným uvolňováním právního formalismu římského procesu. Srv. k tomu Festus (*addicere*): *Addicere est proprie idem dicere et adprobare dicendo; aliquid alicui adiudicare.* – „*Addicere* znamená ve vlastním slova smyslu říci to samé a tímto schválit; v jiném smyslu *addicere* znamená odsoudit.“ Shora citovaná etymologie slov „dát“, „praviti“ a „popraviti“ dává tušit, že podobným způsobem probíhal proces i v počátcích českých dějin. Srv. k tomu Machek 1997.

⁶⁰ Již zde můžeme nalézt stopy rozlišení práva v subjektivním smyslu (*ius* k přísahání) a práva ve smyslu objektivním (*ius* ke sdělení a přidělení).

III. Vznik vlastnického práva

Když etnologové v 2. pol. 20. století zkoumali primitivní společnosti přeživší do dnešní doby, objevili mezi nimi nemálo těch, které si k věcem své každodenní potřeby nevytvářejí vztah takové intenzity, jaké dosahuje vlastnické právo v dnešním slova smyslu. Nejenže tyto společnosti institut vlastnictví neznají, ale zdá se, že se jeho vytvoření i všemožně brání.

Tak například afričtí /Kungové používají k lovu záměrně mají v toulci i nějaké šípy svých druhů, a nikoli jen své vlastní. Úspěšný lovec si tak nemůže nárokovat „vlastnictví“ ke svému úlovku (Marshall 1961). Podobně jihoameričtí Mundurukové si získanou potravu, zejména velká ulovená zvířata, nikdy nenechávají pro sebe a své bližní, nýbrž se o ní vždy podělí s ostatními členy klanu. Nesklidí-li pak některá z rodin dobrou úrodu, zbytek klanu ji automaticky podpoří (Murphy 1998, 139). Podobný zvyk byl pozorován i u afrických Nuerů, kteří si v případech nouze „propůjčují“ navzájem krávy (Evans-Pritchard 1969, 21).⁶¹

Na výše uvedených případech vidíme, že v těchto společnostech vládne vysoký stupeň solidarity, který svým způsobem potlačuje myšlenku soukromého vlastnictví a je s ní do jisté míry v rozporu. Dle mého názoru to však neznamená, že by tyto společnosti byly společnostmi „prvobytně pospolnými“, v nichž „vše patří všem“, jak se domníval Engels (1949). Spíše by bylo na místě mluvit o neexistenci pojmu vlastnického práva jako takového.

Prvotní neexistence vlastnického práva jako jakéhosi výlučného vztahu k věci je ostatně zcela v souladu s uspořádáním a fungováním těchto primitivních společností. Jak jsme řekli výše, tyto společnosti jsou přísně rovnostářské, přičemž rovnost postavení je zde podporována a zajišťována neustálou směnou věcí. Vytváření a hromadění bohatství je v rozporu se samotnou jejich povahou. S určitou nadsázkou bychom mohli říci, že primitivnímu člověku nejde tak ani v první řadě o vlastní zájem, jako o zájem klanu, o blaho celého společenství a o jeho pokračování, a všechny jeho činy jsou touto myšlenkou vedeny.

V určité fázi vývoje společnosti se však tento postoj začíná pozvolna měnit a původně „rozptýlená“ autorita se začíná individualizovat. Teprve s touto individualizací jednotlivců a s růstem jejich prestiže, teprve se zrodem „subjektu“ práva, můžeme mluvit o vzniku vlastnického práva jako takového.

Řekli jsme již výše, že individualizace jednotlivců neoddělitelně souvisí se změnou způsobu obživy, konkrétně s postupným přechodem k zemědělství a s rozvojem obchodní směny. Díky této změně jsou společnosti schopné získávat snadněji životně důležité potřeby a

⁶¹ Srv. původní význam „půjčiti“ jakožto „dopřáti“ či „dát“ někomu požívání či požitky něčeho (Machek 1997, *půjčiti*).

vytvářet přebytky. Na druhou stranu je však rostoucí bohatství nutí k tomu, aby si vytvořily mechanismy jeho ochrany. Ve vývoji téměř všech těchto společností tak můžeme pozorovat, že ve chvíli, kdy se stávají bohatšími, vzrůstá moc a prestiž jejich mužských příslušníků, kteří jsou díky svým vrozeným tělesným dispozicím schopni nahromaděné bohatství bránit. V důsledku této skutečnosti se stávají téměř výlučně patrilokálními, patrilineárními a výrazně patriarchálními.

V Římě se tato tendence projeví v zavedení institutu *pater familias*, kterým je nejstarší mužský člen rodiny. Z celé rodiny je jen jemu přiznána právní subjektivita, *caput* (doslova „hlava“). Jen on a nikdo jiný má schopnost mít práva a povinnosti a způsobilost k právním úkonům, jen on je osobou *sui iuris*. Právní subjektivita ostatních členů rodiny je jen subjektivitou od jeho subjektivity odvozenou, jsou tzv. osobami *alieni iuris*. Pouze *pater familias* je tím, kdo může nakládat s majetkem rodiny, kdo jej brání, o-patruje a je za něj plně odpovědný. Osobám jemu podřízeným je dispozice s rodinným majetkem zásadně zapovězena.

Při bližším pohledu zjistíme, že tato odpovědnost *pater familias* za zachování rodinného majetku je ve skutečnosti výrazem odpovědnosti daleko širší, a to odpovědnosti za trvání kultu předků a rodiny jako takové.⁶² V tomto světle se jeví pochopitelnější jak širší oprávnění, jenž mu archaické právo za tímto účelem svěřuje, tak omezení práv osob jemu podřízených, včetně práva vlastnického.⁶³

Současně se zrodem subjektu vlastnického práva vzniká zákonitě i jeho „předmět“, i když zprvu jen ve velmi omezené míře.

Již výše jsme mluvili o tom, že svět archaického člověka podléhal zásadnímu rozdělení. Čas i prostor pro něj neznamenal jen pouhý sled dní či počet stop, kroků a mil; měly pro něj různou kvalitu podle toho, zda se jednalo o čas a prostor „profánní“ či čas a prostor „posvátný“. Zatímco oblast „profánní“ byla určena pro každodenní „úživu“ (Patočka), oblast „posvátná“ náležela bohům a svátkům. Při vědomí této podvojnosti není překvapující, že věci náležející do oblastí „posvátná“ předmětem vlastnictví být nemohly. Jakožto věci

⁶² Srv. Fustel 1998, 48nn. Podle Ernouta a Meilleta (2001, *pater*) a Benvenista (1969, I.209nn) slovo *pater* neoznačuje ani tak fyzického otce, jako spíše muže, který jedním z představitelů generační řady *patres*, rodinných předků. Slovo *pater* tak není původně pojmem vyjadřující citový a biologický vztah, jako spíše pojmem vyjadřujícím jeho významnou roli společenskou a náboženskou. Otce biologického označoval v latině výraz *atta*, z něhož pochází i čes. *táta* a *otec*. V této souvislosti stojí za povšimnutí, že ve staročeštině jediným slovem odvozeným od slova *pater* je slovo **ptrijō-s*, strýc, které vzniklo pravděpodobně sloučením slova *pater* s pojmenováním bratra z matčiny strany, *ujec* (Srv. Machek 1997, *otec*, *strýc*, *táta*, *ujec*; Ernout a Meillet 2001, *aus*). Tato skutečnost nepochybně vypovídá o původně matrilineárním uspořádání staročešské společnosti, kde společenský význam bratra matky je větší než význam otce. Srv. k tomu např. Murphy 1998, 113n.

⁶³ K širší oprávnění *pater familias* srv. např. Huvelin 1927, I.234nn.

„posvátné“ totiž byly mimo dosah člověka, člověk nad nimi nemohl mít moc, a v tomto smyslu byly nedotknutelné. Takto je také třeba chápat rozlišení, které uvádí Gaius na začátku svého pojednání o věcech (2.1), když říká, že tyto jsou buď v našem panství (*in nostro patrimonio*) či mimo naše panství (*extra nostrum patrimonium*).⁶⁴

Předmětem vlastnického práva tedy mohly být zprvu pouze věci „profánní“. Bylo by však chybou se domnívat, že se jednalo o věci jakéhokoli druhu. Při zkoumání institutu vlastnického práva primitivních společností totiž narážíme téměř všude na stejný úkaz: důsledné rozlišování mezi věci movitými a věci nemovitými. U obou kategorií můžeme pozorovat nejen odlišný stupeň jejich ochrany, ale i způsob, jakým je tato ochrana poskytována. Nemálo indicií přitom napovídá, že ochrana poskytovaná věcem movitým je staršího data než ochrana poskytovaná věcem nemovitým.

Zdůvodnění této skutečnosti nemusíme hledat daleko; nachází se v pojmu samém. Zatímco věci movité jsou z povahy věci „přemístitelné“ a tedy snadno ovladatelné a ubránitelné, ovládání a obrana věcí nemovitých se z tohoto pohledu jeví mnohem náročnější.⁶⁵ Z tohoto pohledu se tedy jeví zcela logickým, že vlastnictví věcí movitých, jakožto věcí snadněji ovladatelných a ubránitelných, předcházelo vlastnictví věcí nemovitých.

Vedle toho byli primitivní lidé, jak víme, především kočovníky, živícími se zprvu lovem zvířat a sběrem rostlin, a později pastevectvím a zahradničením. Kočovní způsob života jim neumožňoval vytvořit si nějaký zvláštní, intenzivní vztah k půdě, kterou obývali, či k obydlí, která jim sloužila jen k přechodnému užití a neměla dlouhého trvání. Divoká, nepodmaněná příroda byla pro ně předmětem úcty i bázně, jenž vyžadoval zvláštní pravidla zacházení. Uvědomovali si mnohem silněji než společnosti zemědělské svou závislost na jejich rozmarech a představa, že by si ji mohli podmanit, byla pro ně sotva reálná.⁶⁶

Teprve po poměrně dlouhé době, příznivé přírodní podmínky a objev potřebných technologií lidem umožnily, aby se natrvalo usadili a začali se plně věnovat zemědělství.

⁶⁴ V této souvislosti nás nesmí překvapit, že Gaius (2.10) řadí mezi věci, které jsou mimo naše panství, nejen věci práva božského (*divini iuris*), ale i některé věci práva lidského (*humani iuris*), a to tzv. věci veřejné (*res publicae*). Dle mého názoru však tato kategorie věcí vznikla poměrně pozdě, a věci do ní zahrnuté původně posvátný charakter měly. V Římě Gaiovy doby se totiž již pomalu vytvářel pojem právnícké osoby, a tak Gaius může říci, že tyto věci „nejsou – jak se uznává – v majetku nikoho: má se totiž za to, že patří pospolitosti samé“ (tamtéž). Shodně např. Huvelin 1927, I.414.

⁶⁵ Srv. Monier 1947, I.356; Huvelin 1927, I.426. I přes obecně pojatá ustanovení § 126 obč. zák., je tento rozdíl patrný i ve stávající judikatuře českých soudů, které v případech reivindikačních žalob zdůrazňují, že zatímco movitost lze „vydat“, nemovitost lze pouze „vyklidit“ (Spáčil 2005, 41 nn).

⁶⁶ Lovecko-sběračské a pastevecké společnosti žijí též na území, které je „jejich“, dle mého názoru však nelze tuto teritorialitu zaměňovat s institutem vlastnického práva. Jak bylo řečeno výše, právo ve smyslu *ius* je totiž neoddělitelně spjata 1) s jeho subjektem a 2) s autoritou, která zaručuje tomuto subjektu ochranu. I pokud připustíme, že tímto subjektem mohlo být klanové či kmenové společenství jako celek, chybí zde prvek druhý, totiž nadřazená autorita, která by vlastnické právo těchto skupin chránila.

Teprve zemědělci učinili půdu „svou“.⁶⁷ Jejich úrodná pole byla výsledkem nevýslovného úsilí a dřiny celých generací a není tedy ani divu, že se právu tato pole držet a obhospodařovat dostalo ze strany společnosti náležitě ochrany.

Tímto způsobem tedy docházelo ke vzniku vlastnického práva. Viděli jsme, že jeho hlavní příčinou byla změna způsobu obživy a s ní související růst bohatství ve společnosti. Růst bohatství si vynutil toho bohatství uchovávat a bránit je proti neoprávněným osobám. Tato ochrana se přitom nemohla dít pouze silou (taková ochrana nemohla mít dlouhého trvání); byl k ní zapotřebí společenský konsenzus. Jinými slovy: vlastnické právo vzniklo teprve tehdy, když společnost poskytla ochranu jeho subjektu, když jeho právo, jeho výlučný, absolutní vztah k věci uznala.

⁶⁷ Srv. přikázání biblického boha: „Plodte a množte se a naplňte zemi. Podmaňte ji a panujte nad mořskými rybami, nad nebeským ptactvem, nade vším živým, co se na zemi hýbe“ (Gn 1.28).

IV. Subjekt vlastnického práva

Předtím, než se budeme zabývat předmětem vlastnického práva, jenž je hlavním předmětem této práce, je třeba pohovořit o jeho subjektu, neboť povaha římského subjektu práva se zásadním způsobem lišila od subjektu práva, jak jej chápeme dnes. Porozumět vlastnickému právu archaického Říma lze přitom, dle mého názoru, právě jen při plném vědomí této odlišnosti.

1. Dědické právo

Výlučným subjektem práva ve starém Římě byl, jak víme, *pater familias*, nejstarší mužský člen rodiny. Jen jemu jako jedinému z celé rodiny přiznávalo archaické římské právo právní subjektivitu (*caput*). Jen on měl způsobilost mít práva a povinnosti a způsobilost k právním úkonům, byl osobou „svého práva“ (*sui iuris*). Naproti tomu právní subjektivita ostatních členů rodiny nebyla ničím jiným než subjektivitou od jeho subjektivity odvozenou, byli tzv. osobami „cizího práva“ (*alieni iuris*).

Uvedli jsme již výše, že tato nerovnost právního postavení členů rodiny byla způsobena vznikem vlastnického práva a růstem bohatství ve společnosti. Díky těmto okolnostem vzrostla prestiž a odpovědnost mužů, od přírody fyzicky lépe vybavených k obraně rodinného majetku, a to zejména toho nejstaršího a nejzkušenějšího z nich. Pouze *pater familias* se stal tím, kdo mohl nakládat s majetkem rodiny, kdo jej ale také bránil, opatroval a by za něj plně odpovědný, a to jak vůči svým současníkům, tak vůči předkům a zejména budoucím generacím.

Tento přesun odpovědnosti za rodinný majetek na bedra mužů měl vliv i na stanovení okruhu jeho zákonných (intestátních) dědiců, který byl omezen zásadně jen na potomky mužského pohlaví. Když v 6. stol. n. l. Justinián tuto zásadu ruší, vysvětluje její původ následujícími slovy (*Inst.*, 3.2.3):

Ceterum inter masculos quidem adgnationis iure hereditas etiam longissimo gradu ultro citroque capitur. Quod ad feminas vero ita placebat ut ipsae consanguinitatis iure tantum capiant hereditatem si sorores sint, ulterius non capiant: masculi vero ad earum hereditates, etiam si longissimo gradu sint, admittantur. Qua de causa fratris tui aut patris tui filiae vel

amitae tuae hereditas ad te pertinebat, tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur, ita iura constitui ut plerumque hereditates ad masculos confluerent.

„Ale pouze mezi muži samotnými může být pozůstalost nabývána právem agnace, a to až do nejvzdálenějšího stupně příbuzenství: co se týče žen, původní pravidlo bylo takové, že tyto mohly nabýt pozůstalost právem kognace, pokud byly sestrami, ale ne pokud byly vzdálenějšími příbuznými; muži však mohou nabývat pozůstalost, jakkoliv jsou vzdálení. Z tohoto důvodu, pokud jsi byl mužem, náležela ti pozůstalost dcery tvého bratra nebo tvého strýce z otcovy strany, nebo tvé tety z otcovy strany, ale jim tvoje pozůstalost nenáležela. Toto pravidlo bylo stanoveno, protože se zdálo vhodnějším, aby pozůstalost připadala obecně mužům.“

Justinián v uvedeném úryvku říká, že předkům se zdálo „vhodnějším“, aby pozůstalost přecházela z muže na muže. Ženám bylo dědění zásadně zapovězeno; mohly se stát intestátními dědičkami pouze, byly-li maximálně sestrami zemřelého, tj. byly-li s ním příbuzné nejvýše ve druhém stupni. Od Gaia (2.156) se přitom dozvídáme, že se tak mohlo dít pouze za předpokladu, že předtím neupadly do područí (*manus*) svého manžela a byly stále příslušníky rodiny zůstavitele.

Z jiných pramenů můžeme dokonce dovodit, že skupina žen vyloučených z intestátního nástupnictví byla původně ještě širší. Ve svém pojednání o věcech veřejných si totiž Cicero (*Rep.*, 3.10) stěžuje na zákon Vokoniův (169 př. n. l.), který zakazoval ustanovit dceru dědičkou ze závěti, pokud byl majetek zůstavitele při censu odhadnut přes sto tisíc,⁶⁸ těmito slovy:

Cur enim pecuniam non habeat mulier? Cur virgini Vestali sit heres, non sit matri suae? Cur autem, si pecuniae modus

⁶⁸ Srv. k tomu Gaius, 2.274: *...mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest...* – „...žena, která v důsledku Vokoniova zákona nemůže být ustanovena dědičkou testátora, jehož majetek byl při censu odhadnut na sto tisíc...“

statuendus fuit feminis, P. Crassi filia posset habere, si unica patri esset, aeris milliens salva lege, mea triciens non posset'

“Proč nemá mít žena žádný majetek? Proč má být Vestina panna dědičkou, ale její matka nikoli? Připustíme-li, že je nutné stanovit určité omezení co se majetku žen týče, proč má Crassova dcera, je-li jeho jediným dítětem, zdědit milióny, aniž by tím byl porušen zákon, zatímco má dcera nemůže mít statisíce?”

V uvedeném úryvku Cicero říká, že jeho dcera se v důsledku Vokoniova zákona nemohla stát dědičkou. Dle mého názoru tím zároveň tvrdí, že závěť, kterou Vokoniův zákon omezil, by pro ni jinak byla jedinou možností, jak dědictví nabýt; že dědění ze zákona jí bylo zapovězeno.

Podívejme se teď na dceru Crassovu. O ní Cicero říká, že přestože je dcerou zůstavitele nepoměrně bohatšího, dědičkou být může. Není přitom pochyb o tom, že zákon Vokoniův se na ni vztahoval a nemohla být tedy dědičkou ze závěti; mohla dědit pouze ze zákona. Jak si nyní vysvětlit, že Crassova dcera dědit ze zákona mohla, ale dcera Cicerova nikoli? Dle mého názoru jedine tím způsobem, že Crassova dcera (jak ostatně Cicero sám zdůrazňuje) byla dítětem jediným (*unica*). V případě Cicerovy dcery tomu tak však patrně nebylo: měla-li bratry, intestátní nástupnictví se nemohlo uplatnit.

Vidíme tedy, že pokud měl zůstavitel syna, byla jeho dcera z intestátního nástupnictví automaticky vyloučena. Z citovaného úryvku můžeme navíc dovést, že vedle synů vylučovaly ostatní rodinné příslušníky z intestátního nástupnictví též Vestiny panny; na straně vylučovaných pak nebyly pouze dcery, ale též manželky zůstavitele.⁶⁹

Můžeme tedy uzavřít, že ještě v době Ciceronově bylo dědění ze zákona ženám zásadně odepřeno, ať byly v jakémkoli stupni příbuzenství. Výjimku z tohoto pravidla tvořily pouze některé ženy, které byly se zůstavitelem příbuzné v prvním stupni: dcery, které se staly vestálkami, neboť je „i předkové pro vážnost kněžského úřadu chtěli mít svobodné“ (Gaius, 1.145), dále dcery, které byly jedinými dětmi zůstavitele, pokud ovšem předtím neupadly do područí (*manus*) svého manžela a byly stále příslušníky jeho rodiny, a konečně při jejich absenci patrně i manželka zůstavitele. Jak však uvidíme dále, i tyto dvě posledně uvedené

⁶⁹ Dle staré římské zásady měla manželka v rodině postavení dcery (*filiae loco*). Srv. k tomu např. Gaius, 1.115b, 2.139, 2.159.

skupiny žen neměly plnou dispozici s rodinným majetkem. Tento byl totiž pod správou jejich poručníka (*tutor*), tedy opět příslušníka mužského rodu (Gaius, 1.144n), a to po celý jejich život. Všechny právní úkony, které tyto ženy činily, podléhaly jeho souhlasu. Dle Gaia (1.192) tomu tak bylo „v zájmu (poručníků) samých, protože (právě) jim připadají pozůstalosti po ženách, které zemřely bez závěti“. Vidíme tedy, že i v případě, kdy se žena stala dědičkou rodinného majetku, jejími intestátními dědici nebyly její děti, nýbrž právě její poručník.

S výjimkou výše uvedených skupin žen tedy bylo jinak pravidlem, že rodinný majetek přecházel na muže, přičemž dědicem tohoto majetku byl zásadně nejstarší syn *pater familias*. Jak naznačuje výše citovaný Justiniánův úryvek (*Inst.*, 3.2.3), tomuto synovi náležel nejen majetek otcův, ale i majetek otcových sourozenců a majetek jeho vlastních sourozenců, včetně jejich dětí; bez ohledu na to, zda-li se jednalo o muže či ženy. Byl správcem majetku celé široké rodiny.

O povaze této správy vypovídá označení tohoto rodinného majetku: staří Římané mu říkali *sors*, což bychom mohli doslova přeložit jako „díl“ či „ú-děl“. Členům rodiny, která tento majetek s-dílela pak říkali *consortes*. V tomto smyslu je také třeba chápat následující definici Festovu (*sors*):

Sors et patrimonium significat, unde ,consortes‘ dicimus et Dei responsum et quod culque accidit in sortiendo.

„*Sors* znamená také (rodinný) majetek; odtud slovo *consortes*; znamená také odpověď božstva, a co každému připadne údělem.“

Z výše uvedeného úryvku můžeme vyčíst, jak idea majetku souvisela u starých Římanů s ideou osudu. Členové rodiny (*consortes*) nebyli jen držiteli stejného majetku, ale zároveň sdíleli stejný osud, „ú-děl“ (*sors*).⁷⁰ Tato sounáležitost a sdílení společného osudu v dobrém i ve zlém si žádaly i společného vůdce, silného a zároveň zkušeného. Tímto vůdcem nemohl být nikdo jiný než *pater familias*, a po jeho smrti (pokud možno) jeho nejstarší syn.

⁷⁰ Srv. k tomu též Ernout, Meillet 2001, *sors*. V této souvislosti stojí za povšimnutí, že institut „nedílu“ existoval i ve staročeském právu (Machek 1997, *díl*).

Toto pravidlo prvorozenectví (primogenitury) bylo zpočátku tak pevné, že mu nebylo vyhnutí. Prvorozený syn (či jediná dcera) se stával dědicem, ať chtěl či nechtěl.⁷¹ Rovněž otec rodiny nemohl patrně po dlouhou dobu nic na uvedeném pravidlu z vlastní vůle změnit a o svém majetku pořídit závěti: jeho zákonný dědic byl takzvaným dědicem „nutným“ (*necessarius*). Tento dědic přitom starost o rodinný majetek nepřebíral až okamžikem jeho smrti; již za otcova života byl rodinný majetek považován za jeho vlastnictví, slovy římských právníků za „jeho“. Z tohoto důvodu se mu též říkalo dědic „svůj“ (*suus*), jakoby dědil „sám po sobě“.⁷²

Pravidlo, podle kterého se dědicem rodinného majetku mohl stát pouze příslušník mužského pohlaví (popř. jediná dcera podřízená ochranné ruce svého poručníka), úzce souvisí se zásadou, podle které docházelo k právnímu nástupnictví. Ve výše uvedeném úryvku (*Inst.*, 3.2.3) o ní Justinián hovoří jako o „právu agnace“ (*ius agnationis*) a staví ji do protikladu k „právu kognace“ (*ius consanguinitatis*). Jak si tyto pojmy můžeme vysvětlit?

Již na první pohled je zřejmé, že oba souvisejí se slovesem (*g*)*nascor*, narodit se. Zatímco *co-gnatus* znamená doslova „ten, který se narodil s“, *a(d)-gnatus* znamená „ten, který se narodil vedle či po“. Těmito rozdílnými předponami se Římané snažili rozlišit mezi příbuzenstvím matrilineárním, odvozovaným od mateřské linie, a tedy příbuzenstvím přirozeným a pokrevním, a příbuzenstvím patrilineárním, odvozovaným od otcovské linie, a tedy příbuzenstvím svým způsobem nepřirozeným a umělým. Zatímco kognátem byl dle Římanů každý, kdo byl zrozen ze stejné matky, agnátem byl pouze ten, kdo byl za takového uznán otcem rodiny.⁷³ Agnátem byl tedy především ten, který byl zrozen z manželství. Mohlo se však stát, že otec rodiny neuznal novorozeně či se zřekl (*e-mancipoval*) dítěte pokrevního, nebo naopak přijal za své dítě nepokrevní tím, že je adrogoval či adoptoval.⁷⁴

⁷¹ Nepřijmout pozůstalost umožnilo až právo prétorické (Gaius, 2.158).

⁷² Srv. Gaius, 2.157: *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.* – „Dědici vlastní se tak nazývají proto, že jsou to dědici domácí, kteří se i za života otce rodiny považují jaksi za vlastníky. Proto také zemře-li někdo bez testamentu, má v první řadě místo dědická posloupnost dětí. Dědici nutní se jim však říká proto, že se stávají dědici za všech okolností, ať chtějí nebo nechtějí, právě tak bez testamentu jako s testamentem“. Též *Dig.*, 38.16.14.

⁷³ Srv. k tomu např. Paulus v *Digestech* (38.10.10.6): *Cognitionis origo et per feminas solas contingit: frater enim est et qui ex eadem matre tantum natus est: nam qui eundem patrem habent, licet diversas matres, etiam agnati sunt.* – „Původ kognace je odvozen od žen samotných, neboť bratr je ten, kdo se narodil i jen ze stejné matky; kdežto osoby, které mají stejného otce, ale jiné matky, jsou agnáty“. Viz též Fustel 1998, 72nn.

⁷⁴ Problematika zmíněných institutů, mezi něž bychom mohli ještě zařadit právo zapudit neplodnou manželku, je bohužel příliš rozsáhlá, aby se vešla do rámce této práce. V této souvislosti jen uvedme, že osobou adrogovanou mohl být pouze jiný *pater familias*, tedy opět pouze osoba mužského pohlaví, a navíc osoba svého práva (*sui iuris*). Srv. k tomu např. Gellius, *NA*, 5.19, Cicero, *Dom.*, 14, Gaius, 1.97nn.

Pro vývoj římského práva je přitom příznačné, že zatímco kognátské příbuzenství, jakožto příbuzenství přirozené, bylo patrně určující pro dědické nástupnictví v dobách předřímských,⁷⁵ v době Zákona 12 desek, kdy římská společnost již byla společností plně usazenou a prosperující, bylo rozhodující příbuzenství agnátské, tj. příbuzenství určené otcem rodiny. Přirozené pouto krve (*fas*) nahradilo pouto právní (*ius*). Otcí rodiny byl dán do rukou nástroj, pomocí kterého mohl ovlivňovat osud rodinného majetku; mohl začít určovat, kdo se stane jeho nástupcem a tím i rodinným hospodářem, kdo bude „dědicem svým a nutným“ (*heres suus et necessarius*).

V této souvislosti stojí za pozornost, že určení tohoto dědice se primárně dělo pomocí právních úkonů, které měly okamžité právní účinky; neuznání novorozeněte, emancipace, adrogace i adopce, to vše byly právní úkony mezi živými (*negotia inter vivos*). Srovnávací právo nám v tomto ohledu ukazuje, že závěť jakožto právní jednání pro případ smrti (*negotium mortis causa*) nebyla po dlouhou dobu archaickým národům známa. Časový horizont, ve kterém příslušníci těchto národů žili a uvažovali, byl mnohem kratší než časový horizont, ve kterém žije dnešní člověk. Právní úkony zde musely mít okamžitý a zjevný účinek; nebylo možné, aby se staly účinnými až po smrti jejich autora a byly dokonce do té doby kdykoliv odvolatelné.

V případě Říma nemůžeme přesně říci, kdy byla závěť zavedena. Zákon 12 desek, jenž byl do značné míry kodifikací již zavedených obyčejů, ji však již upravoval, a to těmito slovy (Ulpian, 11.14):

*UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI, ITA
IUS ESTO.*

„JAK KDO USTANOVIL O SVÉM MAJETKU NEBO
PORUČENSTVÍ NAD SVÝMI VĚCMI, TAK BUDIŽ PO
PRÁVU.“

⁷⁵ Tuto domněnku vyvozují ze staré zásady, kterou v dobách císařství římscí právníci opět oprášili, totiž že matka je vždy jistá, zatímco otec nejistý. Srv. Paulus v *Digestech* (2.4.5): *Quia mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.* – „Protože matka je vždy jistá, třebaže mohla mít mimomanželský poměr; zatímco otcem je ten, komu svědčí manželství.“

Citované ustanovení neříká sice nic o formě závěti samotné,⁷⁶ nicméně stanoví, že tato závěť má být právem (*ius*). Vidíme tak, že Zákon 12 desek stavi individuální vůli zůstavitele na roveň či dokonce nad právo společnosti. Existuje-li závěť, neplatí právo agnace (*ius agnationis*), nýbrž právě a jen tato závěť jakožto poslední vůle zůstavitele.

Zavedením institutu závěti tak byl dán *pateru familias* (popř. *mater familias* za předpokladu souhlasu jejího poručníka) další nástroj, kterým mohl rozhodnout o osudu rodinného majetku, a tím i rodiny samotné.

Co se tedy stalo v případě, že si otec rodiny nezajistil dědice: zemřel-li bez zákonného potomka a bez závěti? Zákon 12 desek stanovil pro tento případ následující pravidla (Ulpian, 26.1n):

*SI INTESTATO MORITUR, CUI SUUS HERES NEC ESCIT,
ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO. - SI
ADGNATUS NEC ESCIT, GENTILES FAMILIAM
[HABENTO].*

„ZEMŘE-LI BEZ ZÁVĚTI, KDO NEMÁ SVÉHO DĚDICE,
AŽ MÁ MAJETEK NEJBLIŽŠÍ AGNÁT. - POKUD NENÍ
AGNÁTA, AŽ MAJÍ MAJETEK PŘÍSLUŠNÍCI RODU.“

Uvedené ustanovení říká, že když zemřel otec rodiny bez „svého a nutného“ dědice (či dědičky) a nepořídil o svém majetku závěti, připadl jeho majetek jeho nejbližšímu mužskému příbuznému v otcovské linii. Jeho nástupci se tedy stávali jeho mladší bratři, při jejich absenci jejich synové, nebylo-li ani jich bratři otce zůstavitele, jejich synové, vnuci atd. Dcery provdané *cum manu* se svými dětmi a příbuzní z manželčiny strany byli z dědictví vyloučeni.

Konečně, neměl-li zůstavitel ani těchto agnátů, rodinný majetek připadl gentilům, tj. příslušníkům zůstavitelova rodu (*gens*).

Takové tedy bylo nejstarší pravidlo dědického práva. Viděli jsme, že navýsost upřednostňovalo mužské příslušníky rodiny a rodu, jejichž fyzické předpoklady dávaly záruku, že majetek rodiny a tedy i její osud (*sors*) bude v nejlepších rukou. Toto pravidlo však

⁷⁶ O nejstarší formě závěti, *testamentu calatis comitiis*, mnoho nevíme, nicméně její mladší forma, *testamentum per aes et libram* bylo *de facto* též jednáním mezi živými (*negotium inter vivos*): zůstavitel majetek převáděl na přítele s žádostí, aby jej po jeho smrti předal jeho dědicům. Jednáním na případ smrti (*negotium mortis causa*) se stává až v okamžiku, kdy se tento „přítel“ přibere jako kupec „jen naoko“: rodinný majetek již nekupuje, nýbrž jen přejímá do správy a ochrany. Není tedy ani nutné, aby byl přítelem zůstavitelovým. Srv. k tomu Gaius, 2.101nn.

přesto nezabránilo tomu, aby se rodinný majetek v některých případech nedostal do rukou osob, jež se svého úkolu pro svou fyzickou či duševní nezpůsobilost zhostit nemohly: žen, osob nedospělých, a osob duševně zaostalých. U všech těchto kategorií dědiců přitom hrozilo, že nebudou schopni své odpovědnosti za svěřený rodinný majetek dostát, a že jak oni sami tak celá jejich rodina budou vystaveni ohrožení téměř existenčního rázu. Právě z těchto důvodů došlo velmi záhy k vytvoření institutů poručnictví (*tutela*) či opatrovnictví (*cura*). Podívejme se tedy na oba instituty jeden po druhém.

2. Poručnictví

Hledáme-li v římských textech definici poručnictví (*tutela*), nalezneme ji v *Digestech* (26.1.1.pr.). Paulus zde tlumočí slova římského právníka Servia Sulpicia Rufa žijícího v 1. stol. př. n. l. následovně:

Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.

„Poručnictví je, jak je definuje Servius, síla a moc nad svobodnou osobou, svěřená a dovolená občanským právem, za účelem bránit (*defendere*) toho, kdo se z důvodu svého věku nedokáže bránit sám.“

Dle Sulpicia tak původním účelem institutu poručnictví bylo spravovat majetek nedospělců, a to s ohledem k jejich duševní a fyzické nezralosti.⁷⁷

Tato definice je plně v souladu s tím, co bylo řečeno výše o osobách způsobilých nabýt dědictví. Viděli jsme, že římské právo stanovovalo omezení týkající se pohlaví či způsobu určování dědice, nikoli však omezení z důvodu věku. Dědicem se tak mohla stát i

⁷⁷ Za osoby dospělé, tedy i duševně a tělesně zralé, se považovaly ve starém Římě dívky starší 12 let. U chlapců však dospělost nebyla spojena pouze s pouze s dovršením určitého věku, ale též s tělesným ohledáním. Až v době Justiniánově se od této praxe upustilo a dospělým mužem se napříště stal každý, kdo dovršil 14 let. Srv. k tomu *Inst.*, I.22.

osoba nezletilá. Nicméně vzhledem k její duševní a fyzické nezralosti musela mít ochránce v podobě poručníka (*tutor*), který ji mohl v případě potřeby „bránit“ (*tueri*).⁷⁸

Český překlad pojmu *tutor* jakožto „poručník“ je tedy v tomto ohledu trochu zavádějící, neboť nabádá k domněnce, že jeho úkolem je svému svěřenci „poroučet“. Ve skutečnosti však ten, komu bylo poroučeno, byl spíše poručník sám. Jeho úkolem bylo totiž především chránit a bránit toho, kdo mu byl „svěřen do rukou“.⁷⁹

Mluvíme-li však o nejstarším římském právu, musíme Sulpiciovu definici trochu upřesnit. Viděli jsme výše, že toto právo nevyžadovalo poručníka pouze v případě osob nezletilých, nýbrž i v případě, kdy se dědičkami rodinného majetku staly ženy, a to po celý jejich život. Francouzský právník Monier (1947, I.315) se v této souvislosti domnívá, že výše uvedená Sulpiciova definice (*Dig.*, 26.1.1.pr.) původně uváděla jako důvod zřízení poručnictví nejen důvod „věku“ ale i důvod „pohlaví“, přičemž podle něj zněla následovně:

*Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum
„eamve“, qui propter aetatem “vel sexum” sua sponte se
defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

„Poručnictví je síla a moc nad svobodnou osobou, svěřená za účelem chránit toho, kdo není z důvodu svého věku ,nebo pohlaví“ schopen se bránit.“

Jak si však vysvětlit tento rozdílný přístup k majetkovým právům mužů a žen? Původní důvod se zdá být shodný s tím, kvůli kterému bylo ženám vlastnické právo zásadně zcela odepřeno: jejich fyzická slabost. S rozvojem ekonomických vztahů a upevněním role práva ve společnosti se však rozdíly v postavení muže a ženy začaly pomalu stírat a římským právníkům činilo stále větší potíže toto rozdílné postavení žen ospravedlnit. Ve 2. stol. n. l. Gaius (I.144) ještě vysvětloval nutnost poručenství nad ženami jejich údajnou „lehkovážností“ (*animus levitatem*), sám se však s tímto důvodem zcela neztotožňoval a příslušnou právní úpravu sváděl na skutečnost, že „tomu tak chtěli předkové“. Netrvalo dlouho a poručnictví nad ženami vyšlo z užívání. Zůstalo pouze poručnictví nad nedospělci a

⁷⁸ V této souvislosti je zajímavý vývoj tohoto slova ve francouzštině, kde dnes *tuer* znamená „zabít“ (Scheler 1862, *tuer*).

⁷⁹ Podle Machka (1997, *ruka*) znamenalo „poručiti“ původně „rukoudáním, pak smlouvou postoupiti, odkázati“. Původní význam pojmu „poručník“ podle něj vzešel z pojmu „odkázati, odevzdati vzkazem“, a nikoli přímo „nařizovati“.

jeho jediný důvod – důvod „věku“. V Sulpiciově definici, jak ji uvádí Paulus v *Digestech* (26.1.1.pr.), již není o poručnictví nad ženami ani zmínka (Monier 1947, I.315, Huvelin 1927, I.345).

Kromě výše uvedeného si však Sulpiciova definice dle mého názoru zaslouží ještě jedno upřesnění. Vzhledem k tomu, co jsme řekli výše o významu vlastnictví pro starořímskou společnost, máme totiž dobrý důvod se domnívat, že předmětem poručnickovy ochrany původně nebyl ani tak nedospělec sám jako spíše majetek, který byl nedospělci svěřen k obhospodařování. Nikoli subjekt, ale předmět vlastnického práva byl ve středu zájmu archaického práva. Asi nejzřejmějším důkazem této původní podoby poručenství je již jednou citované ustanovení Zákona 12 desek (Ulpian, 11.14):

*UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI, ITA
IUS ESTO.*

„JAK KDO USTANOVIL O SVÉM MAJETKU NEBO
PORUČENSTVÍ NAD SVÝMI VĚCMI, TAK BUDIŽ PO
PRÁVU.“

V citovaném ustanovení, potvrzujícím výsadní právo zůstavitele pořídit o svém majetku závěti, nevidíme ani zmínku o poručenci. Mluví se zde jen o majetku zůstavitele a poručenství „nad jeho věcmi“, a nikoli nad členy jeho rodiny, jimž tyto věci byly odkázány. Zájem na ochraně vlastnictví celé rodiny stál nad zájmem ochrany práv jejich jednotlivých příslušníků. Teprve s rozvojem ekonomických vztahů, uvolňováním rodinných pout a individualizací římské společnosti, se význam rodinného majetku jakožto nedílné a téměř nedotknutelné entity začal zmenšovat.⁸⁰ Vlastnické právo přestalo být chápáno jako společné právo celé rodiny a do popředí se dostávala individuální vlastnická práva jejich jednotlivých členů, bez rozdílu pohlaví a věku. V souvislosti s touto změnou se zákonitě změnil i význam poručnictví. Poručník již nadále nechránil majetek rodiny jako celku, ale zájmy jejich jednotlivých příslušníků.

Jaký byl nicméně původní obsah poručenství? Co bylo náplní práce poručníka?

Pokud jde o nejstarší období římského práva, máme oprávněný důvod se domnívat, že poručník nebyl pouhým ochráncem rodinného majetku, ale že si jej zcela, ve jménu rodiny a

⁸⁰ Tento vývoj nepochybně souvisel s přechodem od zemědělského k městskému způsobu života, jakož i s upevňováním role práva ve společnosti.

v jejím zájmu, přivlastnil. Jen tak si můžeme vysvětlit právníké texty z doby císařství, které mluví o tom, že poručník vystupuje vůči svěřenému majetku jako jeho vlastník (*loco domini*), ačkoliv tomu tak již v této době zjevně nebylo.⁸¹ S podobnou úpravou majetkových poměrů se ostatně setkáváme i u jiných institutů římského archaického práva. Víme například, že i vypůjčitel, uschovatel či zástavní věřitel se stávali vlastníky vypůjčené, uschované či zastavené věci, která na ně byla převáděna pomocí mancipace či *injurecesse* (Gaius, 2.59, 3.201). Podobně i přítel z testamentu *per aes et libram* se stával skutečným vlastníkem pozůstalosti (Gaius, 2.102).⁸² Tato právní úprava se zdá být zvlášť praktickou v době, kdy nebylo možné jednat jménem jiné osoby a všechny úkony musely být prováděny jménem vlastním. Vypůjčitel, uschovatel, zástavní věřitel, přítel z testamentu *per aes et libram* i poručník tak mohli nejen plně nakládat se svěřenými věcmi, ale současně je i osobně bránit, ať již fyzicky či před soudem (Monier 1947, I.324).⁸³

Tato povaha poručenství se však postupem času změnila. V době Zákona 12 desek se již poručník patrně nestával vlastníkem svěřeného majetku; tento majetek přecházel přímo do vlastnictví poručenice. Role poručníka se zúžila na pouhou - i když nezbytnou - asistenci při provádění právních úkonů. Jedinou kategorií poručenčů, které se tato změna fakticky netýkala, byla „nemluvnata“ (*infantes*), jež v důsledku své „nerozumnosti“ neměla dle názoru starých Římanů žádnou způsobilost k právním úkonům; dle Gaia (3.109) se v tomto ohledu nelišila příliš od šlence.⁸⁴ V jejich případě poručník i nadále zacházel s jejich zděděným majetkem jako se svým vlastním.⁸⁵

Z výše uvedeného je tedy patrné, že jednání poručníka mohlo být dvojí. Předmětný právní úkon mohl buď provést zcela sám, na svůj účet, nicméně v zájmu poručenice, resp. jeho majetku; takovému druhu jednání říkali Římané *negotiorum gestio*. Anebo mohl nechat poručenice jednat samotného a pouze mu vypomoci svou autoritou. Pro tento druh jednání byl starými Římany používán těžko přeložitelný termín *auctoritatis interpositio* a pro jeho subjekt

⁸¹ Srv. Paulus v *Digestech* (26.7.27): *Tutor, qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.* – „Poručník, který spravuje svěřený majetek, má být považován za vlastníka, pokud jde o zájmy jeho poručenice.“

⁸² V uvedených případech se jednalo o tzv. převod fiduciální či z důvodu fiducie (*fiduciae causa*). Převodce převáděl na nabyvatele věc s vírou (*fides*), že s ní nabyvatel naloží podle jeho přání, tj. že ji v případě výpůjčky, úschovy či zástavy převede zpět převodci, v případě testamentu *per aes et libram* pak osobě třetí.

⁸³ Podobně tomu bylo například ve francouzském středověkém právu, kdy si *baillistre*, jehož funkce byla s funkcí poručníka srovnatelná, též přivlastňoval část nedospělčova majetku (Huvelin 1927, I.351).

⁸⁴ Pojem „nemluvně“ (*infans*) nepředstavoval pouze toho, kdo „nemluví“, ale též toho, kdo nerozumí tomu, co říká. Z toho je tedy patrné, že věková hranice mezi „nemluvnaty“ a těmi, kdo již mluví, byla pohyblivá a záležela na každém jednotlivém člověku, resp. dítěti. V Justiniánových časech se však tato hranice ustálila na 7 letech věku (*Dig.*, 23.1.14 *in fine*, 26.7.1.2 *in fine*).

⁸⁵ Tento jev se jeví zcela logickým v době, kdy všechny právní úkony byly právními úkony ústními, a kdy sebemenší zaváhání či přefeknutí mělo za následek jejich neplatnost.

neméně záluždný termín *auctor*. Význam obou termínů asi nejlépe vynikne, připomeneme-li si jejich původní obsah.

Auctor se původně říkalo tomu, kdo vstoupil do soudního řízení na místo jednoho z účastníků sporu. V případě vlastnické žaloby byl touto osobou ten, od kterého strana žalovaná nabyla vlastnické právo ke sporné věci, tedy prodávající. Tento prodávající se stával jakýmsi „ručitelem“ vlastnického práva žalované strany, přebíral za ně odpovědnost a hájil je před soudem. V tomto smyslu je třeba chápat i roli poručníka. I jeho prvotním úkolem bylo postavit se za poručenca, resp. jeho majetek, a bránit jej před soudem; stejně tak jako to činil prodávající pro kupujícího. Jak ostatně říká Paulus v *Digestech* (26.7.30):

*Tutoris praecipium est officium ne indefensum pupillum
relinquat.*

„Hlavním úkolem poručníka je nenechat poručenca bez obrany“.

Postupem času se však obsah pojmů *auctor* a *auctoritas* rozšířil. Nevztahoval se pouze na vstup poručníka do soudního řízení, ale začal být používán pro všechny druhy právních úkonů prováděných poručencom.

Způsob *auctoritatis interpositio* byl přitom následující: Osoba, jež chtěla s poručencom uzavřít smlouvu se zeptala jeho poručníka: „*Auctor ne fis?*“ (Nestáváš se *auctorem*?) a tento odpověděl: „*Auctor fio*“ (Stávám se *auctorem*). Tato slavnostní formule zapříčinila, že právní úkon, který by byl jinak z nedostatku způsobilosti poručenca neplatným, se díky „vlození autority“ poručníka stal úkonem platným. Přísný formalismus římského archaického práva přitom vyžadoval, aby *auctoritatis interpositio* proběhla současně s právním úkonem, o který šlo, a nikoli před či po něm.⁸⁶ Ze stejného důvodu se úkonu musel vždy účastnit poručník sám, a nemohl za sebe poslat zástupce (Huvelin 1927, I.373).

Poté, co jsme výše popsali předmět a obsah poručenství, zbývá nám ještě odpovědět na otázku jeho subjektu, čili kdo mohl být poručníkem nedospělé či ženy, resp. komu byla svěřena ochrana jejich majetku.

⁸⁶ Srv. *Inst.*, 1.21.2: *Tutor autem statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesset existimaverit. post tempus vero aut per epistulam interposita auctoritas nihil agit.* – „Pokud poručník usoudí, že jednání bude jeho poručencom prospěšné, jeho autorita by měla být poskytnuta současně a na místě. Následné poskytnutí autority nebo poskytnutí autority dopisem není účinné.“

Římské právo v tomto ohledu znalo tři způsoby ustanovení poručníka – zákonem, závětí a rozhodnutím soudu, přičemž pouze dva prvně jmenované jsou zmiňovány Zákonem 12 desek a lze je proto považovat za způsoby nejstarší.

První z ustanovení Zákona 12 desek (Ulpian, 11.14) jsme již citovali výše. Pro připomenutí je však uveďme ještě jednou:

*UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI, ITA
IUS ESTO.*

„JAK KDO USTANOVIL O SVÉM MAJETKU NEBO
PORUČENSTVÍ NAD SVÝMI VĚCMI, TAK BUDIŽ PO
PRÁVU.“

Citované ustanovení tedy dávalo zůstaviteli nejen možnost rozhodnout, komu po jeho smrti případně rodinný majetek, nýbrž - pro případ, že se touto osobou měla stát žena či osoba nedospělá - kdo nad ním bude vykonávat jeho ochranu. Jeho vůle tak byla i v tomto případě postavena nad zákon obce.

Pro případ, že by tak neučinil a o poručnictví nad svými nezpůsobilými dědici nepořídil, byla pravidla poručnického nástupnictví stejná jako v případě nástupnictví dědického. Gaius (1.555) o nich podává následující zprávu:

*Quibus testamento ...tutor datus non sit, iis ex lege XII
tabularum agnati sunt tutores.*

„Těm, kterým závětí ... nebyl dán poručník, jsou podle Zákona
12 desek poručníky agnāti.“

Zde vidíme, že stejně jako v případě dědění se poručníkem stává při absenci poručníků testamentárních nejbližší agnát zůstavitele, tj. mužský rodinný příslušník v otcovské linii.. Tomuto poručníku říkali Římané poručník „legitimní“ (*tutor legitimus*). tj. mužští rodinní příslušníci v otcovské linii.⁸⁷

⁸⁷ O poručnickém nástupnictví gentilů zpráv nemáme; s ohledem na řečené je však jeho existence více než pravděpodobná.

Při bližším pohledu tedy můžeme vidět, že legitimními poručníky se stávali ti, kteří by se jinak (nebylo-li by dědice) stali sami dědici rodinného majetku. Tuto zásadu přílehavě vyjádřil Justinián ve svých *Institucích* (1.17):

Adgnatos, quos ad hereditatem vocat, eosdem et tutores esse iussit et quia plerumque, ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet.

„Ti agnáti, kteří jsou povoláni k dědictví, jsou též poručníky, neboť, obecně řečeno, kde je výhoda dědictví, tam má být i břemeno poručnictví.“

S touto zásadou ostatně souviselo i pravidlo další, jež jsme již citovali výše, totiž že nepořídila-li žena o rodinném majetku závěti, stávali se jejími intestátními dědici právě její poručníci (Gaius, 1.192).

Toto pravidlo nástupnictví, podle něž jsou legitimními poručníky agnáti, se tak zdá být zcela v souladu s tím, co bylo řečeno výše o významu majetku pro celé rodinné společenství. Jeho smyslem bylo zajistit, aby tento majetek v případě, kdy se dostal do rukou osoby nedostatečně způsobilé jej obhospodařovat a bránit, nedospělce či ženy, nezůstal nezaopatřen. Právě za tímto účelem dávalo římské právo zmocnění zůstavitelovým vzdálenějším příbuzným, aby „vložili svou autoritu“ (*auctoritatem interponere*) a byli této osobě při správě rodinného majetku nápomocni. Jak jsme přitom viděli, určení dědice i poručníka se postupem času vymanilo z věcné působnosti obyčejových pravidel a bylo svěřeno do rukou otce rodiny. Jeho autonomní vůle byla postavena nad zákon obce; stala se sama zákonem (*ius*).

Takový tedy byl obsah institutu poručnictví, jehož smyslem byla ochrana rodinného majetku, pokud se ocitl ve správě osob, které k tomu nebyly „z důvodu svého věku či pohlaví“ dostatečně způsobilé.

3. Opatrovnictví

Institut opatrovnictví (*cura*) se institutu poručnictví, zejména v pozdější fázi jeho vývoje dosti podobal; jeho původní význam a smysl byl však značně odlišný. Na rozdíl do poručníka,

který měl chránit majetek nedospělců a žen, chránil opatrovník (*curator*) majetek osob šílených a marnotratných. Zatímco tedy úkolem poručníka bylo dohlížet na jednání osob postižených nezpůsobilostí normální, přirozenou a pravidelnou, dohlížel opatrovník na osoby postižené nezpůsobilostí nenormální, nepřirozenou a výjimečnou.

Rozdílná povaha poručnictví a opatrovnictví se projevovala i v tom, že zatímco úkolem poručníka bylo doplňovat částečnou nezpůsobilost svého poručenice (*auctoritatem interponere*), opatrovník ji musel zcela nahradit (*negotium gerere*). Osoba šílená a marnotratná totiž z pohledu starých Římanů způsobilost k právním úkonům neměla žádnou. Tato odlišná povaha obou institutů byla Římany vyjadřována následující zásadou:

Curator rei non personae datur.

„Opatrovník je dán v zájmu majetku, nikoli osoby.“

Úkolem opatrovníka tedy bylo opatrovat, pečovat (*curare*) o správu majetku, který se ocitl v rukou nesvéprávné osoby, a nikoli této osobě radit či ji vést ke správnému jednání, jako tomu bylo u poručníka.

O této absolutní povaze opatrovnictví ostatně vypovídá i ustanovení Zákona 12 desek týkající se osob šílených (Cic., *Inv. Rhet.*, 2.50.148; Pseudo-Cicero, *Her.*, 1.13.23):

*SI FURIOSUS ESCIT, ADGNATUM GENTILIUMQUE IN EO
PECUNIAQUE EIUS POTESTAS ESTO.*

„JESTLIŽE JE NĚKDO ŠÍLENÝ, AŽ MAJÍ NAD NÍM I
JEHO MAJETKEM MOC AGNÁTI A GENTILOVÉ.“

A obdobná ustanovení o osobách marnotratných, která jsou tlumočena římskými právníky následovně:

*Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum
administratio.*

„Ze Zákona 12 desek je marnotratníkovi zakázáno spravovat svůj majetek“ (Ulpian, *Dig.*, 27.10.1.pr.)

či:

Lex XII tabularum ... prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum.

„Zákon 12 desek, ... aby marnotratník, jemuž je zakázáno spravovat svůj majetek, byl v opatrovnictví agnátů.“ (Ulp., *Reg.*, 12. 2)

Všechny tyto úryvky dokládají, že osobám nesvéprávným bylo jakékoli nakládání s rodinným majetkem zcela zapovězeno: neměli moc nejen nad svým majetkem, ale i nad sebou samými.

Jak jsme tedy řekli výše, opatrovnictví mělo ve starém Římě původně zcela výjimečný charakter. Docházelo k němu pouze v případě, kdy se svéprávná osoba stala osobou nesvéprávnou: šílenou či marnotratnou. Případy, kdy k opatrovnictví docházelo, byly tedy ve své podstatě nepředvídatelné a nechtěné. Tato skutečnost se odráží i ve způsobu ustanovování opatrovníka. Opatrovník totiž, na rozdíl od poručníka, nemohl být ustanoven závětí. Bylo by ostatně podivné, pokud by zůstavitel odkázal rodinný majetek osobě, o níž věděl, že je nesvéprávná, a za tímto účelem jí zároveň ustanovil opatrovníka. Jedinými opatrovníky, se kterými se ve starém Římě setkáváme, jsou proto opatrovníci zákonní.

Ustanovování zákonných opatrovníků se dělo podle stejných pravidel jako ustanovování zákonných dědiců a poručníků. Z ustanovení Zákona 12 desek citovaných výše se dovídáme, že jimi byli nejprve zůstavitelovi agnáti, a při jejich nedostatku jeho gentilové. I v opatrovnictví se tedy uplatňuje pravidlo, dle kterého měl rodinný majetek zůstat v rukou nejpopovolanějších, tedy nejbližších mužských příbuzných zůstavitele v otcovské linii. Podobně jako u poručnictví, i v případě opatrovnictví je majetek svěřován tomu, kdo by se jinak (nebýt nesvéprávného dědice) stal dědicem rodinného majetku.

Postupem času se však v opatrovnictví setkáváme se změnou, která nastala i v případě poručnictví. Spolu s klesajícím významem rodinného majetku a s individualizací jednotlivých členů rodiny se mění i povaha opatrovnictví. Z institutu, který byl zřízen za účelem ochrany rodinného majetku, se stává institut chránící zájmy dotyčné nesvéprávné osoby. Důsledkem

této změny je i změna způsobu ustanovování opatrovníků. Nestává se jim již potenciální dědic rodinného majetku, nýbrž ten, který nejlépe ochrání zájmy dotčené nesvéprávné osoby.⁸⁸

Taková tedy byla původní podoba a význam institutu opatrovnictví. Viděli jsme, že podobně jako u předchozích institutů souvisejících s vlastnickým právem byla jeho účelem ochrana rodinného majetku. Všechny tyto instituty měly zabezpečit, aby se rodinný majetek dostal vždy do rukou k jeho správě nejpovolanějších. A pokud se tomu tak náhodou nestalo a tento majetek skončil v rukou osob nedostatečně způsobilých či nesvéprávných, měly zabezpečit, aby těmto osobám byly jiné osoby, k tomu způsobilejší, v jeho správě nápomocny či je zcela zastoupily. Jelikož se jednalo o majetek „rodinný“, byly těmito osobami v první řadě rodinní příslušníci a při jejich nedostatku příslušníci rodu (*gens*).

⁸⁸ Vývoj institutu opatrovnictví pokračoval i dále, pojednání o tomto vývoji je však již mimo rámec této práce.

V. Věci mimo naše panství

Poté, co jsme pojednali o subjektu vlastnického práva, je na čase pojednat též o jeho objektu. Již výše jsme řekli, že množina věcí, jež mohly být předmětem vlastnického práva, byla v archaických dobách značně omezena. Poměrně velké množství věcí, které archaického člověka obklopovaly, patřilo do sféry „posvátného“ a jejich přivlastnění nepřipadalo v úvahu. Tyto věci byly slovy Gaiovými „mimo panství člověka“ (*extra nostrum patrimonium*).

Přestože předmětem této práce je vlastnické právo, a tedy především to, co jeho předmětem být mohlo, je dle mého názoru nutné se zabývat i tím, co jeho předmětem být nemohlo. Podobně jako v případě subjektu vlastnického práva se i římskoprávní pojetí jeho předmětu značně lišilo od představy, již si o něm vytváří právo současné. A právě negativní vymezení předmětu vlastnického práva nám dle mého názoru pomůže toto římskoprávní pojetí lépe pochopit.

Mluvíme-li o věcech mimo naše panství (*res extra nostrum patrimonium*) neubráníme se, abychom i jejich vymezení nechápali v historickém souvislostech. Přestože jejich výčet tak, jak je uváděn Gaiem, je poměrně omezený, poznatky získané studiem kultur primitivních národů dávají tušit, že jejich kategorie byla původně daleko širší. Pro primitivního člověka, který zdaleka nebyl pánem přírody a tvorstva, a jenž byl do jisté míry vydán na pospas jejich rozmarům, bylo jen málo věcí, které si mohl přivlastnit a mít nad nimi absolutní moc. Většina věcí byla neovladatelná a primitivní člověk s nimi zacházel s náležitým respektem. Teprve postupem času, v důsledku rozvoje lidského intelektu a technologických dovedností ztrácejí tyto věci svou auru posvátnosti a stávají se věcmi vhodnými k individuálnímu přivlastnění.⁸⁹

Přestože tato profanace se i v Římě týkala značného množství věcí, nemalá část z nich si svou nedotknutelnost a posvátnost zachovala až do Gaiovy doby. Gaius mezi tyto věci řadí jak věci práva božského (*res divini iuris*) tak věci práva lidského (*res humani iuris*), přičemž posledně jmenovaná kategorie je bezpochyby mladšího data, a i věci do ní zařazené náležely patrně původně mezi věci práva božského.

⁸⁹ I tak se však zdá, že auru posvátnosti neztrácejí tyto věci zcela, jako o tom svědčí české výrazy „zboží“ a „bohatství“ či latinské výrazy *dives* (bohatý) či *divitiae* (bohatství). Dle Ernouta a Meilleta (2001, *dives*) jsou indo-evropští bohové distributory bohatství, které „udělují“ (skr. *bhāgah*, pers. *baga*). Stejně i Machek (1997, *bohatý, bůh, zboží*). Dle Varrona (*Ling.*, 5.17.1) pak *dives a divo qui ut deus nihil indigere videtur* – „dives pochází od boha, který, jakožto bůh, vypadá, že ničeho nepotřebuje“.

A. Věci práva božského

Pokud jde o věci práva božského, dělí je Gaius na tři skupiny, 1) věci posvátné (*res sacrae*), 2) věci zasvěcené (*res religiosae*) a 3) věci „svaté“ (*res sanctae*). Podívejme se na tyto kategorie blížeji.

1. Věci posvátné

O věcech posvátných (*res sacrae*) praví Gaius (2.4n) následující:

Sacrae sunt, quae diis superis consecratae sunt... Sed sacrum quidem hoc solum existimatur, quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, ueluti lege de ea re lata aut senatus consulto facto.

„Posvátné jsou ty, jež byly zasvěceny bohům nebeským... Za posvátnou věc se však považuje pouze to, co bylo zasvěceno z vůle národa římského, například zákonem o té věci vydaným anebo usnesením senátu (o té věci) přijatým.“

Z výše uvedeného tedy vidíme, že věcmi posvátnými byly v klasické době věci, které byly kněžími zasvěceny nebeským bohům (*consecratio, dedicatio*), a to v důsledku rozhodnutí římského lidu. Stejným způsobem probíhalo jejich odsvěcení (*profanatio, exauguratio*).⁹⁰ Jednalo se o věci, které určitým způsobem souvisely s římskými náboženskými kulty, tedy zejména o chrámy a předměty k výkonu kultu potřebné. V důsledku jejich vysvěcení tyto věci nemohly být zcizeny ani nárokovány. Ochrana chrámu se přitom vztahovala i na pozemek, na němž byl postaven, neboť došlo-li k jeho zničení, chrámový pozemek zůstal posvátným i nadále (*Inst.*, 2.1.8).

⁹⁰ Srv. k tomu Huvelin 1927, I.414; Monier 1947, I.344.

2. Věci zasvěcené

Druhou kategorií věcí mimo naše panství byly dle Gaia věci zasvěcené (*res religiosae*). O těchto se dovídáme následující:

Religiosae, quae diis Manibus relictæ sunt... Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertineat.

„Zasvěcené (jsou) ty, jež jsou zůstaveny bohům podsvětním (*diis Manibus*)... Naproti tomu (místo) zasvěcené vznikne z vůle naší, (a to) pochováme-li na svém pozemku mrtvého a máme-li na pohřeb toho mrtvého právo.“

Na rozdíl od věcí posvátných, jež náležely bohům nebeským, jsou *res religiosae* zasvěceny bohům podzemním, tzv. mánům. Jak Gaiův text napovídá, rozdíl mezi těmito dvěma druhy božstev spočívá v tom, že zatímco bozi nebeští byli bohy celého národa římského, bohové podzemní byli zásadně bohy rodinnými. Jednalo se *de facto* o duchy zemřelých předků, k nimž Římané chovali velikou úctu. Ta se projevovala ještě v klasické době tím, že jim byla na hrob pravidelně přinášena oběť ve formě potravy a nápojů. Staří Římané totiž věřili, že jejich předci jsou stále přítomni a zůstávají s jejich rodinou i po smrti; a potřebují být tedy jako ostatní členové rodiny neustále živí. Případný nevděk rodiny by se mohl proti ní obrátit (Fustel 1998, 13nn).

Věcmi zasvěcenými byla tedy místa odpočinku předků, tj. hroby a hrobky. K tomu, aby se takový hrob stal věcí zasvěcenou, bylo přitom zapotřebí splnění několika podmínek: pohřeb musel být vykonán k tomu oprávněnou osobou (tj. zpravidla nejbližším agnátům či dědicem ze závěti) a muselo se jednat o pozemek rodinný, nacházející se mimo hrady města.⁹¹ Od Pomponia (*Dig.*, 47.12.5) se v této souvislosti dovídáme, že byl-li rodinný

⁹¹ Viz. ustanovení Zákona 12 desek citované Cicerem (*Leg.*, 2.23.58): *HOMINEM MORTUUM IN URBE NE SEPELITO NEVE URITO*. – „MRTVÉHO ČLOVĚKA VE MĚSTĚ NEPOHŘBÍVEJ ANI NESPALUJ“. Město jakožto útvar politický bylo totiž zasvěceno bohům nebeským. Srv. k tomu Fustel 1998, 144nn.

pozemek zcizen, stávalo se tak zpravidla bez rodinného hrobu, včetně práva cesty a přístupu k němu a práva konání pohřebních obřadů.⁹²

Vidíme tedy, že přestože se zasvěcené místo nacházelo na soukromém pozemku, jeho právní režim se od zbytku pozemku lišil. Na rozdíl od ostatní části pozemku bylo totiž, stejně jako ostatní věci mimo panství člověka, vyňato z obchodování, bylo tzv. věci neobchodovatelnou (*res extra commercium*), v důsledku čehož je ani rodina sama nemohla zcizit. Aby se tak mohlo stát, muselo dojít k jeho odsvěcení, jež spadalo výhradně do pravomoci pontifiků, a později císaře (Monier 1947, 1.345).

3. Věci svaté

Třetí kategorií věci mimo naše panství byly věci svaté (*res sanctae*). Gaius (2.8.) o nich říká následující:

Sanctae quoque res, velut muri et portae, quodammodo divini iuris sunt.

„Také věci svaté, například hradby a brány, jsou svým způsobem věci božského práva.“

O věcech svatých tedy Gaius neříká nic víc, než že mezi ně patří mimo jiné hradby a brány. O jejich velkém významu však svědčí dochovaný úryvek od Pomponia (*Dig.*, 1.8.11), ze kterého se dovídáme, že překročení městských hradeb mimo vyhrazená místa, tj. brány, bylo trestáno smrtí. Podobným způsobem byly chráněny i hranice polí, jež byly tradičně vytyčeny mezníky (*termini*). Staří Římané věřili, že tyto mezníky jsou pod ochranou boha Termina, který každého, kdo se jich dotkne či přemístí, krutě ztrestá: takový člověk se stával člověkem „prokletým“ (*sacer*), byl zasvěcen bohům (*Festus, terminus*).

Z výše uvedeného tedy vidíme, že obecnou charakteristikou věcí svatých je, že tvoří hranice, ať už se jedná o hranice města či hranice pozemku. Z jakého důvodu se však těmto hranicím dostává tak veliké ochrany? Věc se stane jasnější, uvědomíme-li si, že tyto hranice nevznikly dříve než s trvalým usazením římské společnosti a s jejím přechodem

⁹² Srv. k tomu též v *Digestech* Paulus (8.1.14), Labeo (19.1.53), Ulpian (11.7.2.9), Papinianus (11.7.43) či Scaevola (11.7.46). Zásada, že se musí jednat o pozemek vlastní, resp. rodinný, byla později prolomena. Došlo k tomu však pravděpodobně až za císařství. Srv. k tomu *Inst.*, 2.1.9.

k zemědělskému způsobu obživy. Jak jsme řekli výše, právě tato změna způsobu života spolu se vzrůstajícím významem obchodu zapříčinila růst bohatství ve společnosti, a toto bohatství bylo třeba bránit. Odtud tedy pramení důležitost hranic: nejsou v podstatě ničím jiným než společenským uznáním prostoru, který je vyhrazen určitému společenství a jeho majetku, ať už rodinnému či městskému. Tento prostor je každému cizinci zásadně zapovězen, může do něj vstoupit pouze při dodržení zvláštních pravidel.⁹³

B. Věci práva lidského

Věci práva božského, o nichž jsme mluvili výše, tvoří starší skupinu věcí mimo naše panství (*res extra nostrum patrimonium*). Kromě toho, že je pojí jejich dávný původ, se vyznačují i tím, že jejich právní režim byl až do poměrně pozdní doby upraven náboženskými normami, spadaly do působnosti *fas*.

Jak jsme řekli výše, od těchto věcí se postupně oddělily určité druhy věcí, které tuto auru posvátnosti ztratily, z působnosti *fas* se vymanily a staly se doménou práva lidského (*ius*), věci „práva lidského“ (*humani iuris*). Předmětem vlastnického práva však tyto věci nemohly být ani nadále: stejně jako věci práva božského byly považovány za věci ničí (*res nullius*) (Gaius, 2.8 a 2.11).

Zatímco Gaius (2.10) věci mimo naše panství práva lidského vymezuje pouze velmi obecně jakožto věci veřejné (*res publicae*), v Justiniánových *Institucích* (2.1.pr.) najdeme jejich podrobnější výčet a rozdělení. Kromě věcí veřejných zde nalézáme ještě věci „společné“ (*res communes*) a věci „obecní“ (*res universitatis*). Podívejme se tedy na tyto kategorie jednu po druhé.

1. Věci společné

O věcech „společných“ (*res communes*) se v *Institucích* (2.1.1) praví následující:

Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad

⁹³ Srv. v této souvislosti např. římský institut sňatku *cum manu*, kdy nevěsta musí být přenesena přes práh domu a představena domácímu božstvu (Fustel 1998, 44n) či institut *questia lance licioque*, kdy se okradený odebírá do obydlí zloděje zcela nahý, vybaven pouze mísou a provazem.

litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et aedificiis abstineat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare.

„Takto jsou podle přirozeného práva následující věci společné všem – vzduch, tekoucí voda, moře, a v důsledku toho mořské pobřeží. Nikomu tedy není zapovězen přístup k mořskému pobřeží za předpokladu, že nepoškodí domy, památníky a budovy, neboť tyto nejsou předmětem, jako moře samotné, práva národů.“

Dle výše uvedeného citátu jsou tedy věci „společné“ (vzduch, tekoucí voda a moře) určeny ke společnému užívání všech lidí a nikdo si je nemůže přivlastnit. Římsští právníci se v této souvislosti zabývali otázkou hranic moře, resp. mořského pobřeží. Přiklonili se přitom k vymezení Aquillia Galla, jak je uvádí Cicero ve svých *Topica* (7.32), dle kterého moře sahá „tam, kam až vlny bijí“.⁹⁴

Povaha moře a mořského pobřeží jakožto věci „společných“ se projevovala v jejich zvláštním právním režimu. Jak uvádí Pomponius (*Dig.*, 41.1.50), chtěl-li někdo v moři či na jeho břehu stavět, potřeboval povolení préтора, což mělo zabránit tomu, aby se takové stavby stavěly na úkor práv ostatních.⁹⁵ Zatímco moře i pobřeží zůstávaly i po jejich zastavění věci „společnou“, stavby na nich postavené patřily stavebníkovi.⁹⁶ Vlastnické právo k těmto stavbám však bylo do značné míry oslabeno, neboť se na ně nevztahovala ochrana civilního práva.⁹⁷ Ulpian (*Dig.*, 47.10.13.7) v této souvislosti zanechal zprávu o sporu, který v jeho době panoval ohledně práva majitele pobřežní stavby zabránit ostatním v rybaření před touto stavbou, přičemž se přiklání k názoru, že majiteli stavby takové právo nepřisluší.

Z toho, co bylo výše uvedeno, je patrné, že věcem „společným“ se dostávalo nejvyšší možné ochrany. Jejich přivlastnění bylo římským právem zapovězeno. Tato skutečnost patrně souvisí s tím, že se jedná o věci ve své podstatě neuchopitelné. Tato neuchopitelnost byla patrně i důvodem, proč až do klasické doby jako zvláštní kategorie vůbec neexistovaly: buď se o nich neuvažovalo jako o věcech vůbec či spadaly do jiné kategorie věcí. Dle Moniera

⁹⁴ Srv. k tomu též v *Digestech* Celsus (50.16.96.pr.) a Javolenus (50.16.112).

⁹⁵ Výjimku z obecné nutnosti opatřit si povolení tvořilo pravděpodobně právo rybářů postavit si na pobřeží přístřešek (*Dig.*, 1.8.5.1).

⁹⁶ Na rozdíl od ostatních věcí zde tedy neplatila obecná zásada *superficies solo cedit*.

⁹⁷ V *Institucích* (2.1.5) se dokonce praví, že stavby na moři či jeho pobřeží postavené stavebníkovi nepatří.

(1947, I.346) došlo ke vzniku této kategorie až vlivem řecké filosofie. Úvaha o vzduchu jako věci „společné“ byla dle jeho názoru původně myšlenkou čistě filosofickou, bez jakéhokoli právního dopadu. A podobně tomu bylo patrně i s mořem.⁹⁸ Voda tekoucí v řekách zase mívala stejnou povahu jako řeky, jež byly buď věci veřejnou či věci soukromou. Teprve řečtí filosofové přivedli římské právníky na myšlenku, že vzduch, tekoucí voda či moře mohou být věcmi svého druhu, věcmi všem lidem „společnými“.

2. Věci veřejné

Další (a nepochybně starší) kategorií věcí práva lidského byly věci veřejné (*res publicae*). V *Institucích* (2.1.2, 2.1.4) se o nich dočteme následující:

Flumina autem omnia et portus publica sunt: ideoque ius piscandi omnibus commune est in portibus fluminibusque... Riparum quoque usus publicus est iuris gentium sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietas earum illorum est quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in iisdem natae eorundem sunt.

„Na druhou stranu, všechny řeky a přístavy jsou veřejné, všechny osoby tedy mají právo zde rybařit... Veřejné užívání břehů řeky, jakožto i řeky samé, je opět součástí práva národů; z toho důvodu je každý oprávněn přistavit loď ke břehu, uvázat lana ke stromům, a složit náklad stejně svobodně jako plavit se po řece samotné. Ale vlastnictví břehu náleží majiteli přilehlého pozemku, a z toho důvodu mu náleží i stromy, které na něm rostou.“⁹⁹

Rozsah užívání řeky a jejích břehů jakožto věcí veřejných, se téměř nijak neliší od rozsahu užívání moře a jeho pobřeží jakožto věcí „společných“. Římští občané se mohli po

⁹⁸ Není bez zajímavosti, že i u melanéských Kapauků oceán (*maikaida*) a pevná kupole modré oblohy (*epa maida*) nemají ekonomický ani právní význam (Pospíšil 1997, 79).

⁹⁹ Srv. též Gaius v *Digestech* (1.8.5.).

řekách plavit, v nich lovit, brát vodu či těžít písek dle libosti. Na rozdíl od mořského pobřeží však jejich břehy mohly být, a zpravidla byly, předmětem soukromého vlastnictví, a s nimi i všechny stavby na nich postavené. Jejich vlastník se tak mohl domoci ochrany svého vlastnického práva; musel však strpět jejich užívání ostatními občany.

Z *Digest* (43.12) se nicméně od Ulpiana dovídáme, že tento právní režim neplatil pro všechny řeky bez výjimky: vztahoval se pouze na tzv. řeky veřejné (*flumina publica*), jež byly stále tekoucí a nevysychající. Řeky menší velikosti, rybníky a jezera mohly být naopak v soukromém vlastnictví a obecnému užívání podrobeny nebyly. Důvodem tohoto rozdělení byla pravděpodobně hospodářská využitelnost těchto vodních toků. Řeky stále tekoucí byly totiž, na rozdíl od řek menšího rozsahu, řekami zásadně splavnými.¹⁰⁰

3. Věci obecní

Třetí kategorií věcí mimo naše vlastnictví práva lidského byly věci obecní (*res universitatis*). Přestože se Gaius o této kategorii nezmiňuje, dle Moniera (I.346) již existovala v době klasické vedle věcí veřejných. V *Institucích* (2.1.6) je charakterizována následovně:

Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra, stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum.

„Jako příklady věcí ‚obecních‘, a nikoli náležejících osobám, mohou být uvedeny budovy v obcích: divadla, závodiště, a takové jiné podobné věci, které náležejí obcím.“

Na rozdíl od věcí „společných“ a věcí veřejných, které nenáležely nikomu, se u věcí „obecních“ ujala představa, že tyto náležejí obci, jež má rovněž povinnost se o ně náležitě starat (Neratius, *Dig.*, 41.1.14.pr.). Vedle citovaných budov se do této kategorie tradičně řadily například i soudní budovy, lázně, cesty a náměstí či také Martovo pole (Pomponius, *Dig.*, 18.1.6.pr.).

Jak již bylo řečeno výše, všechny výše uvedené kategorie věcí mimo naše panství (*extra nostrum patrimonium*) nemohly být předmětem soukromého vlastnictví. Věci práva

¹⁰⁰ Srv. Vančura 1923, 1.79; Heyrovský 1929, 1.201 a Vážný 1937, 12. Melaněští Kapaukové podobně rozlišují mezi potoky (*dego-uwu*), které mohou být předmětem vlastnictví, a řekami (*onee*), které nepatří nikomu. Kritériem rozlišení pro ně však není celoroční splavnost, ale skutečnost, zdali je možné na nich otočit domorodou kanoi (Pospíšil 1997, 83n).

božského se přitom jeví být starší podkategorií než věci práva lidského. Nejenže je to dáno tím, že právo božské (*fas*) předcházelo právo lidskému (*ius*), ale vyplývá to i z povahy těchto věcí samých.

Již výše jsme uvedli, že se Latinové předtím, než přešli k zemědělskému způsobu obživy, živili pastevectvím; že předtím, než se natrvalo usadili a založili Řím a ostatní latinská města, byli národem kočovným. Pro kočovné národy je přitom charakteristické, že si nečiní nárok, být „pány země“: země má spíše ve své moci je, než aby ony měly v moci ji. Proto je pro tyto národy nemyslitelné, aby o vzduchu, moři či řekách uvažovaly jako o „věcech“, třeba i jen jako o věcech „společných“ (*communes*) či veřejných (*publicae*). Podobně i o věcech „obecních“ (*universatis*) lze mluvit až ve chvíli, kdy vznikne obec jakožto veřejný prostor, který (jak sám výčet věcí v této kategorii uvedených napovídá) je zásadně prostorem městským.

Naproti tomu věci práva božského (*divini iuris*) městský typ společnosti nepředpokládají; některé z nich dokonce nesouvisí ani se zemědělským způsobem obživy. Z tohoto pohledu se nejstarším druhem věcí mimo naše panství vůbec jeví věci posvátné (*sacrae*), tj. věci související s náboženským kultem společnosti, neboť tyto nacházíme ve všech jejích typech, od společností lovecko-sběračských až po společnosti moderní. Mladšími než tyto věci jsou pak bezesporu věci „svaté“ (*sanctae*), související se vznikem hranic, a věci zasvěcené (*religiosae*), související s kultem předků. Obě tyto kategorie již jsou odrazem víceméně usazené společnosti a tudíž společnosti zásadně zemědělské.

Všechny tyto věci tedy byly považovány Římany za věci podléhající zvláštnímu právnímu režimu, režimu odlišnému od režimu věcí ostatních. Jak přitom sám jejich název napovídá, jejich společným znakem bylo, že je nešlo pod-manit, nemohly se stát majetkem jednotlivce, jeho soukromým vlastnictvím. Vedle těchto věcí však existovaly věci, u kterých jejich povaha přivlastnění umožňovala, věci v našem panství (*in nostro patrimonio*). Tyto věci budou předmětem následujícího výkladu.

VI. Věci v našem panství

V předchozí kapitole jsme pojednali o věcech, které byly dle názoru starých Římanů mimo panství člověka (*extra nostrum patrimonium*), tedy o věcech, které byly z důvodů, jež byly s největší pravděpodobností původně důvody náboženskými, podřízeny zvláštnímu režimu, který nedovoloval, aby se staly předmětem soukromého vlastnictví. Předmětem následujícího výkladu bude skupina věcí ostatních, věci v našem panství (*in nostro patrimonio*), jež se předmětem vlastnického práva stát mohly.

Výše již bylo zmíněno, že nezbytným předpokladem existence vlastnického práva byla původně ovladatelnost jeho předmětu. Pouze věci, které byly člověkem ovladatelné, jím mohly být i přisvojeny. Z této skutečnosti vyplývá, že první věci, které se staly předmětem vlastnického práva, byly věci movité jakožto věci uchopitelné.

Z pohledu Římanů však ne všechny věci byly uchopitelné stejným způsobem. Zatímco některé šlo uchopit „pevně“ či „silou“, jiné takto uchopit nešlo, a z tohoto pohledu byly ovladatelné hůře. Pro vyjádření této „pevnosti“ či „síly“ používali Římané metafory „ruky“ (*manus*) a rozlišovali v tomto smyslu mezi věcmi „rukou uchopitelnými“ (*mancipi*) a věcmi „rukou neuchopitelnými“ (*nec mancipi*).¹⁰¹ Znakem věcí mancipačních přitom nebyla jen skutečnost, že je jejich vlastník držel „pevně“. Je třeba zdůraznit, že je tak držel zejména z toho důvodu, že v porovnání s věcmi nemancipačními šlo o věci velkého hospodářského významu. Z tohoto důvodu podléhaly i zvláštnímu právnímu režimu. Věci nemancipační, jejichž hospodářský význam byl zpočátku mnohem menší, se naopak po dlouhou nacházely mimo právní úpravu, což na jednu stranu ulehčovalo dispozici s nimi, na stranu druhou to však znesnadňovalo jejich ochranu.¹⁰²

1. Věci mancipační

Zaměříme se nejprve na věci mancipační. Gaius (2.14a) jejich okruh vymezuje takto:

Mancipi sunt velut fundus in Italico solo, item aedes in Italico solo, item servi et ea animalia quae collo dorsove domari

¹⁰¹ *Mancipi* pochází od *manu capere*. Srv. k tomu např. Ernout a Meillet 2001, *manceps*.

¹⁰² Na rozdíl od Cornila (1930, 63) či Huvelina (1927, I.426, I.486) se nedomnívám, že v případě věcí nemancipačních nelze mluvit o vlastnickém právu. Dle mého názoru se o vlastnické právo jednalo, byť šlo o právo z procesněprávního hlediska „slabší“ než v případě věcí mancipačních. Procesněprávní ochrana jím však příslušela.

solent, velut boves equi muli asini: item servitutes praediorum rusticorum, nam servitutes praediorum urbanorum nec mancipi sunt.

„Mancipační (věci) jsou třeba tyto: pozemek na italské půdě, dále otroci a ta zvířata, která se dají zkrotit jhem či sedlem, jako hovězí dobytek, koně, mezci, osli, také služebnosti pozemků venkovských. Služebnosti pozemků městských jsou však (věci) nemancipační.“

Gaiem učiněný demonstrativní výčet se na první pohled zdá být v rozporu s výše uvedeným tvrzením, že věci mancipační byly původně jen věci movité, když vedle věcí movitých (otroků a zvířat tažných či určených k nošení nákladu) jmenuje i pozemky na italské půdě a venkovské služebnosti (tj. věcná práva k věcem cizím).¹⁰³ Tento rozpor je však pouze zdánlivý. Je nutné si totiž uvědomit, že Gaius žil ve 2. stol. n. l., a dělilo jej téměř tisíc let od doby, která je předmětem našeho zkoumání. V Gaiově době již byla římská společnost společností plně zemědělskou a není tedy divu, že věci nemovité byly do věcí mancipačních zahrnovány. Ve společnosti předřímské, která byla společností pasteveckou a hortikulturní, však nemovitosti předmětem vlastnického práva být nemohly.

Dle mého názoru tak z věcí Gaiem vypočtených byly původně věcmi mancipačními pouze otroci a zvířata, „která se dají zkrotit“. Gaius (2.15) v této souvislosti uvádí, že v jeho době panoval spor, zda je třeba za taková považovat zvířata již od samotného jejich narození, jak se domnívali Sabiniáni (k nimž se i on sám hlásil) či zda se jimi stávají teprve poté, co jsou zkrocena, popř. co dosáhnou stáří, kdy obvykle zkrocena bývají, jak se domnívali Prokuliáni.¹⁰⁴ Z uvedeného vymezení je patrné, že jednou z vlastností, která dle Gaia charakterizuje věci mancipační je jejich „zkrotitelnost“. Kritérium „zkrotitelnosti“ nebylo jistě Gaiem použito náhodně. Naopak se zdá, že je použil zcela záměrně s tím, že chtěl poukázat na

¹⁰³ Podobně vymezuje věci mancipační i Ulpian (19.1), žijící ve 4. stol. n. l.: *Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item iura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus; item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini; ceterae res nec mancipi sunt.* – „Mancipační věci jsou pozemky na italské půdě, jak venkovské jako půda, tak městské jako dům; stejně jako všechna práva týkající se pozemků venkovských, jako je právo cesty, chůze či jízdy; právo vést vodu, a také otroci a čtyřnohá zvířata zkrocená jhem či sedlem, jako například hovězí dobytek, mezci, koně a osli; ostatní věci jsou nemancipační.“

¹⁰⁴ Tento spor by se dal zjednodušeně vyložit jako spor mezi zastánci převahy formy nad látkou (Prokuliáni) či převahy látky nad formou (Sabiniáni) a dá se přirovnat ke sporu středověkých realistů, kteří se domnívali, že skutečně „jsou“ jen obecniny čili univerzálie a nominalistů, kteří se domnívali, že skutečně „jest“ jen jednotlivé a obecné pojmy vznikají až *ex post*. Je zde tedy již znát velký vliv Platónovy a Aristotelovy filosofie.

etymologický význam slova *mancipi*, který – jak jsme viděli – odkazuje k aktu „uchopení rukou“ (*manu capere*) a tedy k možnosti jejich „pevného“ ovládnutí.¹⁰⁵

O povaze věcí mancipačních jakožto věcí původně movitých a „rukou uchopitelných“ ostatně vypovídá i způsob, jakým se původně převáděly, *mancipatio*. Gaius (1.121) o něm říká následující:

In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt; adeo quidem, ut eum, qui mancipio accipit, adprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur; praedia vero absentia solent mancipari.

„Mancipace pozemků se od mancipace věcí ostatních liší pouze tím, že osoby otrocké a svobodné, stejně jako zvířata, jež patří mezi věci mancipační, mohou být mancipovány pouze tehdy, jsou-li přítomny. Dokonce tak, že je nutné, aby ten, kdo mancipací nabývá, rukou uchopil věc, jež se mu mancipací předává. Proto se také (tomu jednání) říká mancipace, protože věc se uchopí rukou (*manu ... capitur*). Naproti tomu pozemky bývají mancipovány i v nepřítomnosti.“

V citovaném textu Gaius zdůrazňuje, že převod (mancipace) věcí mancipačních vyžadoval nejen, aby převáděná věc byla přítomna, ale aby ji navíc její nabyvatel „uchopil rukou“. Jako výjimku z pravidla uvádí Gaius pozemky, které z povahy často nemohly být při převodním úkonu přítomné. Tato skutečnost dle mého názoru rovněž vypovídá o tom, že mancipace se původně týkala jen věcí movitých a na věci nemovité se její použití rozšířilo až v pozdějších dobách. Věci mancipační byly v tomto smyslu původně nejen „rukou uchopitelné“ ale i „rukou převoditelné“.

¹⁰⁵ Shodně např. Huvelin 1929, I.487.

Jak však bylo řečeno výše, věci mancipační nebyly jen věci „rukou“ čili „silou“ uchopitelné, nýbrž především věcmi s určitou hospodářskou hodnotou. Podívejme se v této souvislosti ještě jednou na výše uvedený Gaiův výčet (2. 14a): patří mezi ně například otroci a zvířata tažná či určená k nošení nákladu, a později i pozemky na italské půdě a venkovské služebnosti. Jaký mohl být hospodářský význam těchto věcí?

Pokud jde o zvířata tažná či určená k nošení nákladu, jejich hospodářský význam pro pasteveckou společnost je nábledni. Dokladem může být starodávný příběh, který nám zanechal Plinius (*HN*, 8.70.), ze kterého se dovídáme, že hovězí dobytek byl Římanům tak drahý, že jeho zabití se trestalo vyloučením člověka ze společnosti.¹⁰⁶

Podobně byli ceněni i otroci, jejichž přivlastňování je však nepochybně mnohem pozdějšího data a souvisí patrně s přechodem původně pastevecké společnosti k zemědělství. Zemědělství totiž, na rozdíl od pastevectví, vyžaduje zpravidla mnohem více práce, než kolik může jedna rodina zvládnout.¹⁰⁷ To ji nutí hledat pomocnou pracovní sílu mimo svůj kruh. V archaických dobách přitom nejsnadnějším zdrojem pracovní síly byly osoby nesvobodné (nejčastěji váleční zajatci), jimž právo nepřiznávalo žádnou právní subjektivitu. Z tohoto důvodu se v zemědělských společnostech tak často setkáváme s otroky: jejich pracovní potenciál je pro ně nenahraditelný. Tato jejich nenahraditelnost byla ostatně důvodem, že si jich staří Římané (podobně jako hovězího dobytka) původně vážili, a to do té míry, že se otroci účastnili jejich náboženských obřadů a byli pohřbíváni v rodinném hrobě: platili za téměř plnoprávné členy rodiny.¹⁰⁸

Pokud jde o pozemky na italské půdě a venkovské služebnosti, o jejich hospodářském významu pro římskou společnost rovněž nemůže být sporu. Jak jsme již ukázali výše, staly se předmětem vlastnictví až s přechodem společnosti k zemědělskému způsobu hospodaření.

Z výše uvedeného je tedy patrné, že věci mancipační byly, na rozdíl od věcí nemancipačních, nejen věcmi „rukou uchopitelnými“, ale zároveň věcmi navýsost ceněnými a životně důležitými. Záviselo totiž na nich bytí či nebytí římské rodiny.

¹⁰⁶ *Socium enim laboris agrique culturae habemus hoc animal, tantae apud priores curae, ut sit inter exempla damnatus a populo Romano die dicta, qui concubino procaci rure omassum edisse se negante occiderat bovem, actusque in exilium tamquam colono suo interempto.* – „Toto zvíře je náš zvláštní přítel, jak při práci obecně, tak při pracích zemědělských. Naši předci si je natolik cenili, že je uváděn příklad muže, který byl předveden před římský lid ve stanovený den, a odsouzen za zabití býka za účelem pobavení jeho nestoudné milenky, která řekla, že nikdy neokusila dršťky; a byl vyhnán do exilu, stejně jako kdyby zabil svého kolona.“ Podobný „láskyplný“ vztah k hovězímu dobytku lze pozorovat i u afrického pasteveckého národa Nuerů (Evans-Pritchard 1969, 26nn).

¹⁰⁷ Nuerové, kteří se musí z důvodu dobytčího moru částečně živit i zahradičením, se právě z tohoto důvodu o něm vyjadřují s opovržením (Evans-Pritchard 1969, 81). „Lenosti“ pasteveckých národů si ostatně všiml již Aristoteles (*Pol.*, 1.1256a.31nn): „Nejlínější jsou kočovníci (potravu od krotkých zvířat získávají totiž bez námahy a v poklidu; jenom když se dobytek musí stěhovat za pastvou, jsou nuceni jít s ním, jako by obhospodařovali živá pole.“

¹⁰⁸ Srv. k tomu např. Fustel 1998, 111; Huvelin 1927, 1.309; Monier 1947, 1.210.

2. Věci nemancipační

Protipólem věcí mancipačních byly ve starém Římě věci nemancipační (*res nec mancipi*), tedy věci „rukou“ či „silou“ neuchopitelné. Které věci do této kategorie náležely?

Z toho, co jsme uvedli výše vyplývá, že součástí věcí nemancipačních musela být zvířata, která se nedají zkrotit jhem či sedlem, tedy zvířata stádová (*pecus*). Latinský název pro tento druh zvířat přitom není bez zajímavosti. Souvisí totiž s termínem *pecunia*, jenž ve starém Římě označoval původně „bohatství v dobytku“ a následně „plody“ a „sklizeň“, až se nakonec stal obecným pojmenováním pro „peníze“ a synonymem „jmění“ a „bohatství“ vůbec.¹⁰⁹ V literárních pramenech přitom tento termín často vidíme ve spojení s termínem *familia*, jenž označoval původně „otroky“ (*famuli*) a později i ostatní věci mancipační, jakož i členy rodiny;¹¹⁰ jako například v následujících ustanoveních Zákona 12 desek, jejichž znění cituje Cicero (*Inv. Rhet.*, 2.148):

*PATERFAMILIAS UTI SUPER FAMILIA PECUNIAQUE SUA
LEGASSIT, ITA IUS ESTO.*

„JAKKOLI OTEC RODINY USTANOVÍ O SVÉM
MAJETKU (*FAMILIA PECUNIAQUE*), TAK BUDIŽ PO
PRÁVU.“

či:

*SI PATERFAMILIAS INTESTATO MORITUR, FAMILIA
PECUNIAQUE EIUS AGNATUM GENTILIUMQUE ESTO.*

„ZEMŘE-LI PATER FAMILIAS BEZ ZÁVĚTI, JEHO
MAJETEK (*FAMILIA PECUNIAQUE*) NÁLEŽÍ JEHO
AGNÁTŮM A PŘÍSLUŠNÍKŮM JEHO RODU.“

¹⁰⁹ Srv. k tomu Ernout a Meillet 2001: *pecū*; Benveniste 1969, I.47nn či Festus (*pecunia sacrificium*): *Pecunia sacrificium fieri dicebatur cum fruges fructusque offerebantur, qui ex his rebus constant quam nunc pecunia dicimus.* – „Říkalo se, že oběť se prováděla s penězi, když se obětovaly plody a plodiny, protože v těchto věcech tkví to, čemu nyní říkáme *pecunia*.“

¹¹⁰ Viz. Ernout a Meillet 2001, *famulus*; Monier, I.348.

Z výše uvedeného vidíme, že *pecunia* tvoří jakýsi doplněk či protiklad *familia*, věci mancipačních a členů rodiny. Z tohoto pohledu máme oprávněný důvod je považovat za věci nemancipační.¹¹¹

Věcmi mancipačními tak nebyl pouze stádový dobytek, ale *pecunia* obecně, tedy též plody a sklizeň či peníze. Vedle toho se do této kategorie řadily, jak říká Gaius (2.15nn), i pozemky stipendijní a tributní (tj. pozemky provinční), divoké šelmy a zvířata, která se obvykle k šelmám počítají (sloni, velbloudi) a „skoro všechny“ (tj. s výjimkou služebností venkovských) věci netělesné.

Co tento nesourodý výčet může napovědět o povaze věcí nemancipačních?

Věc se stane jasnější, uvědomíme-li si, že se jednalo nejen o věci „rukou“ či „silou“ neuchopitelné, nýbrž též o věci, jejichž hospodářský význam pro ranou římskou společnost byl v archaických dobách mnohem menší než význam věcí mancipačních. Pokud jde o *pecunia* (stádový dobytek, plody a sklizeň, peníze), jejich povaha je předurčovala k tomu, aby se staly předměty směny: soběstačné rodinné hospodářství se bez nich (na rozdíl od *familia*) mohlo obejít. Ostatní jmenované věci (pozemky stipendijní a tributní, divoké šelmy, věci netělesné) byly zase rané archaické společnosti jakožto předměty vlastnického práva zcela neznámy. Ve chvíli, kdy se s nimi seznámila, nebylo již možné ani praktické podříditi je režimu věcí mancipačních. Dostalo se jim tedy režimu věcí nemancipačních.

Menší hospodářský význam věcí nemancipačních byl také důvodem, proč stály po dlouhou dobu mimo právní úpravu. Nakládání s nimi tak bylo mnohem jednodušší než nakládání s věcmi mancipačními. Na druhou stranu tato neformálnost způsobů nakládání s věcmi mancipačními měla za následek, že v případě sporu se jejich vlastníkovu nedostávalo důkazů k prokázání jeho vlastnického práva. V tomto ohledu bylo tedy jeho vlastnické právo slabší a zranitelnější.

V této souvislosti se nezděka setkáváme s názorem, že vlastnictví věcí nemancipačních bylo pouhou „faktickou mocí“ a její vlastník se svého práva nemohl nijak dovolat.¹¹² Dle tohoto názoru tak vlastníkovu věci nemancipační nepřislušel žádný procesní prostředek, kterým byl mohl svou věc bránit, s výjimkou holého násilí.

Z mého pohledu je však tento názor mylný. Domnívám se totiž, že vlastníkovu věci nemancipační příslušely všechny procesní prostředky, které náležely vlastníkovu věci

¹¹¹ Shodně též Huvelin 1927, I.436.

¹¹² Tak například Huvelin (1927, I.532) toto tvrzení vyvozuje ze skutečnosti, že v reivindikační formulí žalobce prohlašuje, že mu žalovaná věc patří „podle kviritského práva“ (*ex iure Quiritium*) (např. Gaius, 4.16).

mancipační. Svědčí o tom četné literární prameny, ve kterých se nezdědka setkáváme s případy ochrany vlastnického práva k věci nemancipační.

Tak například Plinius (HN, 18.3.12) uvádí v souvislosti se zvláštním případem „noční krádeže“ (*nox furtum*), krádeže úrody spáchané pastvou dobytka či jejím posekáním, následující:

Frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant..., impubem praetoris arbitrato verberari noxiamve duplionemve decerni.

„Jestliže dospělý nechal v noci spást úrodu nebo ji posekal, byl podle Zákona 12 desek potrestán smrtí; přikazovali ho pověsit a tak obětovat Cereře..., nedospělce podle prétorova uvážení zbičovat a vydat nebo zaplatit dvojnásobek.“

V daném případě je předmětem ochrany vlastnické právo k úrodě (*frux*). Jak jsme přitom uvedli výše, pro Římány úroda představovala tzv. *pecunia*, věc určenou ke směně, a tedy věc nemancipační. Byť se zde jedná především o ochranu trestněprávní, v rámci níž se vlastník může domoci zaplacení náhrady škody jen částečně (patrně jen v případě krádeže spáchané nedospělcem), je tento příklad dokladem, že i v době vydání Zákona 12 desek byla vlastníku věci nemancipační poskytována určitá ochrana, byť i jen preventivní.

Jiným příkladem ochrany vlastnického práva k věci nemancipační může být příběh o Tremelliovi Scrophovi (žijícím v 2. stol. př. n. l.) uváděný Macrobiem v *Saturnáliích* (1.6.30), který s největší pravděpodobností líčí průběh „vyšetřování s mísou a provazem“ (*quaestio lance licioque*):

Tremellius vero Scrophae cognominatus est eventu tali. Is Tremellius cum familia atque liberis in villa erat. Servi eius, cum de vicino scrophae erraret, subreptam conficiunt: vicinus advocatis custodibus omnia circumvenit, ne qua efferri possit: isque ad dominum appellat restitui sibi pecudem. Tremellius, qui ex vilico rem conperisset, scrophae cadaver sub centonibus conlocat super quos uxor cubabat: quaestionem vicino

permittit. Cum ventum est ad cubiculum, verba iurationis concipit: nullam esse in villa sua scropham nisi istam, inquit, quae in centonibus iacet: lectulum monstrat. Ea facetissima iuratio Tremellio Scrophae cognomentum dedit.

„A nyní si povězme, jak Tremellius ke svému příjmení (*cognomen*) Scropha přišel. Tento Tremellius byl se svou rodinou a dětmi na svém statku. Když se k nim zatoulala sousedova svině (*scropha*), jeho otroci se k ní připlížili a zabili ji. Soused zavolal strážce, obklíčil dům tak, aby nic nemohlo být odneseno, a vyzval pána domu, aby mu vrátil jeho zvíře. Tremellius, který se dozvěděl o celé věci od vesničana, schoval mrtvé zvířete pod příkrývky, na nichž ležela jeho žena, a dovolil sousedovi vyšetřování (*quaestionem permittit*). Když tento přišel do ložnice, Tremellius se mu zapřísahal, že nemá ve svém statku jinou svini, ‘než tu, která leží v příkrývkách’ a ukázal mu postel. Tato velmi směšná přísaha dala Tremelliovi jméno Scropha.“

V Macrobiově příběhu je předmětem vyšetřování svině, tedy zvíře stádové a nikoli tažné. Víme přitom z předchozího, že zvířata stádová byla jakožto „nezkrotitelná“ a s menším hospodářským významem pro starořímskou zemědělskou rodinu, považována za věci nemancipační. Na uvedeném příkladu přesto vidíme, že i vlastníkům tohoto druhu zvířat poskytovala římská společnost ochranu, v daném případě prostřednictvím společensky schválené svépomoci.¹¹³

Konečně třetí případ ochrany vlastnického práva k věci nemancipační nacházíme u Gaia. Ten ve své *Učebnici* (4.17) uvádí na adresu nejstaršího reivindikačního procesu, *legis actio sacramenti*, následující:

Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel adduci, veluti si columna aut grex alicuius pecoris

¹¹³ Podobný institut společensky schválené svépomoci nacházíme i u Nuerů (Evans-Pritchard 1969, 162nn). Domnívám se však, že na rozdíl od Nuerů nemohl poškozený Říman vzít spravedlnost do svých rukou zcela. Pokud zloděj věc dobrovolně nevydal a nedošlo k narovnání, musel jej předvolat k soudu. Viz níže.

esset, pars aliqua inde sumebatur; deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat vindicatio. Ilaque ex grege vel una ovis sive capra in ius adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferebatur; ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur.

„Byla-li sporná věc takové povahy, že bez obtíží na soud přinesena či přivedena být nemohla, například byl-li to sloup anebo stádo nějakého dobytka, brávala se z ní (jenom) určitá část: potom se prováděla vindikace té části, jakoby byla přítomna věc celá. A tak se na soud přiváděla ze stáda buď jedna ovce či koza, anebo se také z těch (zvířat) brávala a na soud přinášela jen srst, z lodi a ze sloupu se však odlamoval nějaký kousek.“

Gaius v daném úryvku vypočítává několik „těžko uchopitelných“ věcí, jejichž přinesení na soud se neobešlo bez obtíží, přičemž mezi nimi nacházíme i „nezkrotitelný“ dobytek stádový (ovce a kozy), a tedy věci nemancipační. Tento úryvek je tak dokladem, že i vlastník věci nemancipační se mohl domoci svého práva cestou soudní, pomocí *legis actio sacramenti*.

Všechny výše uvedené příklady svědčí o tom, že i v dobách nejstarších byla vlastníku věci nemancipační poskytována ochrana, byť jeho procesní postavení bylo nepochybně slabší než postavení vlastníka věci mancipační. Na rozdíl od vlastníka věci mancipační, se totiž zpravidla nemohl opřít o důkazy, kterých by se mu jinak dostalo při formálním způsobu nabytí vlastnictví. Dle mého názoru tomu však nemuselo nutně být vždycky tak. Domnívám se totiž, že Římanům nic nebránilo, aby věci nemancipační těmito formálními způsoby nabývali a zajistili si tímto způsobem důkaz pro případ sporu.¹¹⁴

¹¹⁴ Tento výklad je v souladu i s Kinclovým překladem předmětného Gaiova úryvku (2.19): *Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem.* – „Věci nemancipační přecházejí totiž s plnými právními účinky na druhého (již) pouhou tradicí, ovšem jsou-li tělesné a tím i k tradici způsobilé.“ Gaius dle mého názoru nikde neříká, že by věci nemancipační nemohly být převáděny pomocí formálních způsobů převodu: mancipace či *injurecesse*.

VII. Občanskoprávní prostředky ochrany vlastnictví

Ochrana vlastnického práva se ve starém Římě projevovala ve dvou směrech: v ochraně subjektu vlastnického práva a v ochraně jeho předmětu. O ochraně subjektu vlastnického práva jsme již hovořili výše, v souvislosti s pojednáním týkajícím se institutů dědictví, poručnictví a opatrovnictví. Na tomto místě nám zbývá pojednat o ochraně jeho předmětu.

Ochranu předmětu vlastnického práva můžeme opět rozdělit na dvě části, a to část občanskoprávní a část trestněprávní. Rozdíl mezi nimi je nasnadě: zatímco občanskoprávní ochrana vlastnictví má povahu preventivní a jejím účelem je předejít pochybnostem o vlastnickém právu určité osoby, ochrana trestněprávní má povahu represivní a jejím účelem je zajistit nápravu v případě, kdy vlastnické právo dané osoby již bylo porušeno či zcela odejmuto.

V následující části se nejprve zaměříme na občanskoprávní ochranu vlastnického práva, konkrétně jakým způsobem docházelo v archaickém Římě k nabytí a pozbytí vlastnictví a jakým způsobem se řešily případné vlastnické spory.

V této souvislosti je nutné předeslat, že ve starém Římě bylo pozbytí vlastnictví nerozlučně spjato s jeho nabytím. Dle staré římské maximy bylo totiž vlastnické právo v zásadě věčné. Na rozdíl od závazkového práva, které může podlehnout promlčení, vlastnické právo se zásadně nepromlčuje. Převádí se či přechází, ale zásadně nezaniká. Jak ostatně říká Ulpian v *Digestech* (41.7.1):

Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

„Pokud je věc považována za opuštěnou, okamžitě přestává být naše a náleží prvnímu okupantovi, protože věci nám přestávají patřit stejnými způsoby, jakými jsou nabyvány ostatními.“

Pokud tedy hovoříme o zániku vlastnického práva určité osoby, je současně zpravidla na místě mluvit o nabytí vlastnického práva osobou jinou, a to i v případě opuštění věci (*derelictio*).¹¹⁵ Pravděpodobně z tohoto důvodu nenacházíme ve starém římském právu o

¹¹⁵ S pojmem opuštění majetku (*derelictio*) se ve starém Římě setkáváme až v době klasické, a to v souvislosti se sporem Sabinianů a Prokuliánů ohledně okamžiku pozbytí vlastnictví. Zatímco Prokuliáni se domnívali, že

zániku vlastnického práva žádnou zmínku. Byla-li věc člověkem jednou přivlastněna, stala-li se věcí „v našem panství“ (*in nostro patrimonio*), touto věcí zůstala napořád. V tomto smyslu tedy bylo vlastnické právo v očích starých Římanů „věčné“: předmět vlastnického práva trval, zatímco jeho subjekt se měnil.

I z této zásady „věčnosti vlastnictví“ však existovaly výjimky. Uvedené výjimky se týkaly zániku věci, a to buď zániku faktického či zániku právního. K zániku vlastnického práva tak mohlo dojít například tím, že jeho předmět byl zničen či se stal neoddělitelnou součástí věci jiné, anebo tím, že se stal věcí „mimo naše panství“ (*extra nostrum patrimonium*) či upadl do rukou nepřátel. „Národní“ povaha římského archaického práva tomu totiž chtěla, že jeho věcná působnost byla omezena výlučně na věci římské, působnost osobní pak zásadně jen na římské občany. Pokud určitá věc či osoba opustila hranice této působnosti, z pohledu římského práva přestala existovat: věc přestávala být věcí v právním slova smyslu, osoba ztrácela římské občanství (*civitas*) a jako takové jí byly zapovězeny všechny majetkoprávní úkony civilního práva (Huvelin 1927, I.340).

Z výše uvedeného důvodu se v následující části zaměříme výlučně na problematiku nabývání a převodu vlastnického práva, čili problematiku originárních a derivativních způsobů nabytí vlastnického práva.¹¹⁶

A. Originární způsoby nabytí vlastnictví

1. Okupace

Okupace (*occupatio*) je tradičně považována za nejstarší způsob nabývání vlastnického práva (Kincl 1995, 179; Huvelin 1927, I.523). Její povahu nejlépe vystihuje etymologie pojmu samého. Dle Ernouta a Meilleta (2001, *capiō*) je třeba původní význam pojmu *occupare* odvozovat od slova *capere* (uchopit, vzít do ruky) a překládat je jako „uchopit předem“.

V této souvislosti stojí za povšimnutí, že se nejedná o jakékoli zmocnění se věci, nýbrž zmocnění se pomocí ruky. O této skutečnosti vypovídá následující Festova (*capulum*) definice pojmu *capulum*, jenž s pojmem *capere* na první pohled souvisí:

k pozbytí vlastnictví dochází až v okamžiku, kdy je věc okupována osobou třetí, Sabiniáni byli toho názoru, že k němu dochází již v samotném okamžiku opuštění věci. Tento názor byl následně přijat i Justiniánem. Srv. k tomu *Inst.*, 2.1; *Dig.*, 41.7.2.1, 47.2.43.5 a 9.4.38.1.

¹¹⁶ O přechodu vlastnického práva, jakožto zvláštního derivativního způsobu nabytí vlastnického práva, již bylo pojednáno výše, v části týkající se subjektu vlastnického práva.

Capulum et manubrium gladii vocatur et id quo mortui efferuntur, utrumque a capiendo dictum.

„*Capulum* se říká držadlu meče a rakve, ve které se nosí mrtví.

V prvním i druhém případě toto slovo pochází od *capio*.“

Souvislost pojmu *capere* s „držadlem“ tedy napovídá, že věci, které bylo možné okupovat, musely být původně „uchopitelné“; třeba i za pomoci nástroje. Jednalo se tedy o věci zásadně přemístitelné, movité. Toto zjištění je tak zcela v souladu s tím, co bylo řečeno výše o vývoji vlastnického práva, totiž že prvními předměty vlastnického práva byly věci snadno ovladatelné a ubránitelné, a tedy věci movité.

O souvislosti okupace s aktem uchopení hovoří i jiné starořímské texty. Jedním z nejpozoruhodnějších je v tomto směru následující text Gaiův (4.16), který vysvětluje význam hůlky (*festuca*), jež se ve starém Římě používala při věcných žalobách:

Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii; quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent.

„Hůlky pak používali jaksi namísto kopí, symbolu to řádného vlastnictví; neboť za vlastní považovali hlavně to, co zabrali (*cepissent*) nepřátelům.“

V citovaném úryvku Gaius říká, že tato hůlka, se kterou se ve starém Římě setkáváme pod označením *festuca* (doslova „stéblo“) či rozporuplným termínem *vindicta*, představovala symbol vlastnictví.¹¹⁷ Dle Gaiova názoru tomu tak bylo proto, že nebyla původně ničím jiným než „kopím“ (*hasta*), a tedy nástrojem či zbraní, s jejíž pomocí staří Římané lovíli a bojovali. I toto kopí tedy můžeme chápat jako svého druhu prodlouženou ruku toho, jenž danou věc okupuje, a tedy nástroj k jejímu uchopení.

¹¹⁷ Ohledně etymologie slova *vindex* a jeho odvození existují mezi romanisty rozpory. Ačkoliv se shodují v otázce původu druhé části slova – od slova *dicere* (řici), první část podle některých odkazuje k *ius* (právo), podle druhých k *vis* (síla), a podle třetích souvisí s irl. *fine* (velká rodina) (Ernout a Meillet 2001, *uindex*).

V této souvislosti stojí za pozornost, že oba uvedené úryvky dávají pojem *capere* do souvislosti s válečnými či loveckými nástroji. Z toho se zdá, že okupace nějakým způsobem souvisela s bojem a lovem. Svědčí o tom ostatně i vymezení věcí, jež mohly být dle římských právníků okupovány. Gaius (2.66nn) i Justinián (*Inst.*, 2.1.12nn) tyto věci vymezují velmi podobným způsobem. Citujme tedy nejprve Gaia jakožto autoritu starší:

Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam occupando ideo res adquisierimus, quia antea nullius essent, qualia sunt omnia, quae terra mari caelo capiuntur... Ea quoque, quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt.

„Podle přirozeného práva nenabýváme ovšem pouze ty (věci), které se stávají naším vlastnictvím tradicí, ale i ty, které získáme okupací, (a sice) proto, že předtím nikomu nepatřily - tak jako všechno, co se chytá (*capiuntur*) na zemi, v moři či na nebi... Z přirozeného důvodu (podle přirozeného práva) stává se naším vlastnictvím také to, co je zabráno (*capiuntur*) nepřátelům.”

Z Gaiova úryvku vyplývá, že předmětem okupace byla především volně žijící zvěř a věci zabrané nepřátelům. U Justiniána nacházíme výčet okupovaných věcí ještě širší. Mohou jím být též včely a ptáci, které člověk usadí do úlu či hnízda, pávi, holubi a jeleni, pokud se k dané osobě vracejí, věci zabrané nepřátelům (včetně nepřátel samých, dokud neutečou zpět ke svému lidu), vzácné kameny a drahokamy a všechny další věci nalezené na mořském pobřeží, jakož i mláďata domácích zvířat.

Co tento výčet vypovídá o povaze věcí, jež se mohly stát předmětem okupace? V tomto ohledu by mohl napovědět následující úryvek Justiniánův (*Inst.*, 2.1.12):

Ferae igitur bestiae et volucres et pisces, id est omnia animalia quae in terra mari caelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt: quod enim ante nullius est id naturali ratione occupanti conceditur. Nec

interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno.

„Divoká zvěř, ptáci a ryby, tedy všichni tvorové, které země, moře a nebe rodí, jakmile jsou kýmkoli chyceni (*capta*), stávají se tím okamžikem jeho vlastnictvím právem národů; neboť přirozený rozum přiznává vlastnictví toho, co bylo předtím věcí ničí, prvnímu okupantovi. Je přitom nerozhodné, zda divokou zvěř či ptáky chytí (*capiat*) na svém pozemku či pozemku cizím.“

V citovaném úryvku Justinián říká, že tyto věci se stávají předmětem okupace, neboť se jedná o „věci ničí“ (*res nullius*), a tedy věci nikomu předtím nepatřící. Tato skutečnost je zcela zjevná u divoké zvěře, ptáků a ryb, věci nalezených na mořském pobřeží a mláďat domácích zvířat; méně pak u věcí zabraných nepřátelům. Pokud se však těchto věcí týče, je nutno si uvědomit, že podobně jako divoká příroda, jež Římany obklopovala, i věci nacházející se na nepřátelském území z pohledu římského práva jakoby vůbec neexistovaly. Věcmi v právním smyslu se stávaly až v momentě jejich „prvního uchopení“, jejich okupace. V tomto smyslu tedy byly i věci náležející nepřátelům věcmi ničimi.

Další pozoruhodnou okolností je, že všechny vyjmenované věci jsou věci, které by Římané s největší pravděpodobností zařadili mezi věci nemancipační (*res nec mancipi*), byť se o tom Gaius ani Justinián nezmiňují. Již výše jsme uvedli, že mezi věci nemancipační náležely především divoké šelmy a zvířata, stádový dobytek, plody a sklizeň, a později i peníze, pozemky stipendijní a tributní (tj. pozemky provinční) a „skoro všechny“ věci netělesné. Společným atributem všech těchto věcí byla přitom jejich „nezkrotitelnost“ a menší hospodářský význam.

Položíme-li stejné měřítko i na věci vypočtené Gaiem a Justiniánem, zjistíme, že i zde se jedná v zásadě o věci „nezkrotitelné“, bez nichž se římská rodina mohla obejít. Sám Justinián nestálost jejich vlastnictví zdůrazňuje, když říká, že divoká zvěř, ptáci a ryby, jakož i zahnížděné včely či ptáci jsou zvířata „přirozeně divoká“ (*fera natura*). Vlastník pozbývá jejich vlastnictví, jakmile je ztratí z dohledu, popř. pokud je nemůže dohledat. U ochočených zvířat (pávi, holubi, jeleni) se tak děje, pokud odvyknou se ke svému majiteli vracet. I ztročení nepřátelé přestávají být vlastnictvím svého pána, pokud utečou zpět ke svému lidu. A konečně i mláďata domácích zvířat byla, jak víme, Prokuliány (k nimž se řadil i Justinián)

považována do určitého věku za věci „nezkrocené“ a tudíž nemancipační (Gaius, 2.15). U věcí zabraných nepřátelům či nalezených na mořském pobřeží se o „zkrotitelnosti“ sice mluvit nedá, jejich „postradatelnost“ pro římskou rodinu je však rovněž zjevná.

Dle mého názoru tak Gaiův i Justiniánův výčet věcí okupovatelných poskytuje dostatek důkazů pro tvrzení, že tyto věci byly zásadně věci nemancipační, tedy věci menšího hospodářského významu, jež jejich vlastník nedržel tak „pevně“ jako věci mancipační.

V této souvislosti stojí rovněž za povšimnutí, že Gaius říká, že tyto věci se nabývají „podle přirozeného práva“ (*naturali nobis ratione*). Ve stejném smyslu hovoří i Justinián (*Inst.*, 2.1.11), přičemž pojem přirozeného práva vysvětluje následovně:

Vetustius esse naturale ius, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit: civilia enim iura tunc coeperunt esse, cum et civitates condī et magistratus creari et leges scribi coeperunt.

“Přirozené právo je zjevně starším (než právo občanské), neboť bylo ustaveno přírodou v počátcích lidstva, zatímco občanská práva poprvé vznikla, když začaly být zakládány obce, vytvářeny úřady, a zapisovány zákony.”

Zde vidíme, že i podle římských právníků patřila okupace mezi nejstarší způsoby nabývání vlastnictví. Právo okupace bylo pro ně právem „přirozeným“, což v jejich podání znamenalo, že vzniklo ještě předtím, než došlo k založení obcí, a tedy i Říma samotného. Svou povahou tak tento způsob nabývání vlastnictví zcela odpovídal tehdejšímu lovecko-sběračskému a pasteveckému způsobu života latinských kmenů a s ním související podobě vlastnického práva, jehož předmětem byly především věci movité a nemancipační (*nec mancipi*).

Teprve se založením obce vznikají v Římě práva „občanská“ (*iura civilia*), práva garantovaná obcí jakožto novou společenskou entitou. Uvidíme dále, které „občanskoprávní“ způsoby nabytí vlastnictví byly ve starém Římě v této souvislosti zavedeny.

2. Vydržení

Výše jsme viděli, že okupace, jakožto nejpůvodnější způsob nabytí vlastnictví, se zdaleka netýkala všech věcí, nýbrž výhradně věcí nemancipačních, jichž se bylo možné zmocnit lovem či bojem, což bylo plně v souladu s povahou předřímské společnosti jakožto společnosti lovecko-sběračské a posléze pastevecké. Pravděpodobně již u předřímských pastevců se však setkáváme s jiným způsobem nabývání majetku, tzv. vydržením (*usucapio*), a to patrně v souvislosti se vznikem pojmu věcí mancipačních.

Poslechněme si, co o tomto způsobu nabytí vlastnictví říká Gaius (2.40nn):

... si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset. Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.

„... nepředám – li ti věc mancipační ani mancipací ani injurecessí, ale pouhou tradicí, stane se ta věc sice tvým majetkem (*in bonis*), podle kviritského práva (*ex iure Quiritum*) však zůstane má, (a to) až do té doby, než ji nabudeš vydržením. Protože naplní-li se jednou vydržecí lhůta, začne ti ta věc patřit s plnými právními účinky, to je být i „v tvém majetku“ (*in bonis*) i v kviritském vlastnictví (*ex iure Quiritum*) právě tak, jako kdyby ti byla předána mancipací nebo injurecessí. Vydržení se pak u věcí movitých dovrší jedním rokem, naproti tomu u pozemků a budov dvěma léty. Tak bylo také stanoveno Zákonem 12 desek.“

V citovaném úryvku Gaius mluví o nabývání věcí mancipačních. Říká, že pokud tyto věci nabude římský občan pouhou tradicí (tj. při nedodržení formálních náležitostí právem uznaných způsobů převodu: mancipace a injurecesse), nestanou se „jeho“ podle kviritského

práva, a tedy s plnými právními účinky. Takové věci budou pouze v jeho „majetku“ (*in bonis*), což ve starších dobách znamenalo, že mu nebude poskytnuta žádná ochrana. Tento formální nedostatek však nabyvatel může zhojit a kviritské vlastnictví získat tím, že předmětné věci vydrží, tj. bude „držet a užívat“ po dobu jednoho roku, pokud šlo o věc movitou, resp. po dobu dvou let, pokud šlo o věc nemovitou.¹¹⁸

V uvedeném případě tak nebyla splněná základní podmínka pro převod věcí mancipačních, převod pomocí některého ze stanovených způsobů převodu: mancipace a injurecesse. Přesto však převodce vlastnické právo mohl nabýt. Jak bylo toto možné? Dle mého názoru se tak stalo díky uplatnění právní fikce: na převodce se hledělo jako na toho, kdo věc opustil (derelikvoval), díky čemuž se daná věc stala „věcí ničí“ (*res nullius*). Nabyvatel ji tak mohl vzápětí originárně nabýt, jako v případě okupace.¹¹⁹

V této souvislosti se však nabízí otázka: proč tyto věci ničí, o nichž se mělo za to, že nemají vlastníka, nestačilo pouze okupovat? Z jakého důvodu je bylo za účelem přivlastnění nutné držet a užívat po dobu jednoho roku či dvou?

Porovnáme-li vydržení s okupací, je zde na první pohled patrný zásadní rozdíl. Prvně jmenovaný způsob nabytí vlastnického práva se týká pouze věcí mancipačních, zatímco ten druhý věcí nemancipačních. Zdá se, že právě povaha věcí mancipačních, jež (jak víme) měly pro ranou římskou rodinu velký hospodářský význam, byla tím hlavním důvodem, proč k jejich nabytí nemohlo docházet pouhou okupací. K jejich nabytí je nestačilo pouze „uchopit předem“, nýbrž je bylo zapotřebí „držet a užívat“ po stanovenou dobu. Důvod je přitom nasnadě: vlastnické právo takto nabyté bylo silnější než právo nabyté okupací.

Podívejme se v této souvislosti na příslušná ustanovení Zákona 12 desek, jak jsou citována římskými autory. V *Topica* (4.23) říká Cicero na adresu vydržení následující:

Usus auctoritas fundi, biennium est, ... ceterarum rerum omnium, ... annus est usus.

¹¹⁸ Druhý případ vydržení jmenovaný Gaiem (2.43), tj. vydržení věci předané od nevlastníka (*a non domino*), je dle mého názoru pozdějšího data, neboť operuje s pojmem „dobré víry“ (*bona fides*), jenž nebyl v římském archaickém právu znám. Zatímco v době Gaiově bylo vydržení věci nabyté od nevlastníka, tedy věci kradené, možné, pokud byl nabyvatel v dobré víře, že převodce jejím vlastníkem byl, v římském archaickém právu tomu tak být zcela jistě nemohlo. Věci kradené vydržet nešlo, ať byl jejich nabyvatel v dobré víře či nebyl (Gaius, 2.45). Svědčí o tom ostatně dva instituty, které si ponechaly tyto charakteristiky vydržení až do doby klasické: vydržení místo dědice (*usucapio pro herede*) a usurecepce (*usureceptio*). Viz k tomu Gaius, 2.52nn a 2.59nn.

¹¹⁹ Z tohoto důvodu se také tento způsob převodu dodnes řadí mezi originární způsoby nabytí majetku (Knapp 1997, 1.227).

„*Usus auctoritas* pozemků jsou dva roky,... u všech ostatních věcí,... je *usus* roční.“

A podobně i v *Pro Caecina* (19.54):

Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium; at utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur.

„Zákon (12 desek) nařizuje, aby *usus* a *auctoritas* byly dva roky pro pozemky; toto pravidlo používáme i pro domy, kteréžto nejsou v zákoně jmenovány.“

Zde vidíme, že Římané tomuto silnějšímu právu nabyvatele věci mancipační říkali *usus auctoritas*. Vyjadřovali tím skutečnost, že takové právo poskytovalo jeho nositeli určitou „záruku“ (*auctoritas*) pro případ sporu. Užívání a opatrování věci po stanovenou vydržecí dobu (dva roky pro nemovitosti, jeden rok pro věci movité) bylo pro jejího držitele zárukou proti osobě, která tvrdila, že je jejím vlastníkem. Tato záruka byla absolutní. Ten, který předmětnou věc vydržel, se neměl čeho obávat; byl považován za jejího vlastníka a bylo s ním tak i jednáno.¹²⁰

Citované úryvky rovněž potvrzují, že institut vydržení souvisel původně pouze s nabýváním věcí mancipačních. Cicero v nich říká, že Zákon 12 desek výslovně uváděl jako předmět vydržení pozemky. O pozemcích přitom víme, že je Římané za věci mancipační považovali (Gaius, 2.14a). Pokud jde o domy, Zákonem 12 desek neuváděné, uvidíme níže, že Římané je zcela samozřejmě (v souladu se zásadou *superficies solo cedit*) považovali za součást pozemku, na němž se nacházely, a v tomto smyslu také za věci mancipační.

Vedle pozemků (a domů) Zákon 12 desek uváděl ještě jeden předmět vydržení: ženy. Gaius (1.111) v této souvislosti říká následující:

Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si

¹²⁰ Výjimku z tohoto pravidla tvořil pouze případ, kdy se jednalo o věc kradenou (Gaius, 2.45). Zde však leželo důkazní břemeno na straně poškozeného.

qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni usum interrumpet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.

„Užíváním se manželské moci podřizovala (žena), která nepřetržitě po jeden rok setrvala (s mužem) jako vdaná. Vzhledem k tomu totiž, že bývala rok trvající držbou jakoby vydržena, přecházela do rodiny manžela a dostávala se do postavení dcery. Proto bylo v Zákoně 12 desek stanoveno, že kdyby se některá (žena) takovým způsobem podřídila moci manžela nechtěla, měla být každý rok po tři noci nepřítomna, aby se takovým způsobem vydržecí lhůta rok co rok přerušovala.“

Z výše uvedeného vidíme, že pravidlo vydržení se vztahovalo nejen na věci, ale i na ženy, jež se tímto způsobem dostávaly do „područí“ (*manus*) svého manžela.¹²¹ Podobně jako na ostatní věci movité se na ně vztahovala vydržecí lhůta jednoroční. Zákon 12 desek nicméně dával ženám možnost, aby v případě, kdy se nechtěly manželově moci podříditi, jeho dům na tři dny v roce opustily a svou samostatnost si zachovaly.¹²²

Na tomto příkladu vidíme, že pokud držitel ztratil v průběhu vydržecí doby moc nad svou věcí, pokud mu bylo „odebráno užívání“ (*usui rapere*), vydržecí doba se přerušovala. Pokud se moci znovu zmocnil, začala mu běžet lhůta nová, která byla podle povahy věci dvouletá či jednoletá.

¹²¹ *Usus* byl pravděpodobně nejstarší formou sňatku: starší než *confarreatio*, jehož použití špaldy (*far*) odkazuje k zemědělskému typu společnosti, a starší než *coemptio*, které odkazuje ke společnosti, ve které se již plně rozvinula směna zboží. Srv. k tomu Gaius, 1.111nn či Huvelin 1923, I.247nn.

¹²² Srv. k tomu též Aulus Gellius (3.2.12nn): *Q. quoque Mucium iureconsultum dicere solitum legi non esse usurpatam mulierem, quae, cum Kalendis Ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, ante diem IV. kalendas Ianuarias sequentes usurpatum isset: non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.* – „Četl jsem, že právník Quintus Mucius také často říkal, že sňatek prostřednictvím usurpace byl nemožný, pokud žena, jež žila od lednových Kalend s mužem, kterého si měla vzít, nezačala spát mimo jeho dům čtvrtý den před lednovými Kalendami následujícího roku; neboť v takovém případě nemohla být mimo dům tohoto muže po tři noci (jež Zákon 12 desek vyžadoval pro získání samostatnosti), neboť šest hodin poslední noci náležel následujícímu roku, který začíná Kalendami.“

Ne všechny věci mancipační však šlo takto vydržet. Z literárních pramenů se dovídáme, že Zákon 12 desek stanovil několik negativních podmínek, jejichž naplnění mělo za následek nemožnost vydržení.

Dle Gaia (2.45) tak nebylo možné vydržet „věc kradenou“ (*res furtiva*), a to zcela nezávisle na existenci či neexistenci „dobré víry“ (*bona fides*) na straně vlastníka.¹²³ Věc kradená nemohla být považována za věc opuštěnou (*res derelicta*), a tedy věc ničí (*res nullius*), způsobilou k vydržení.

Vedlo toho Gaius (2.47) říká, že podle Zákona 12 desek nešlo rovněž vydržet „mancipační věci ženy, jež byla v poručenství agnátů, které převedla bez souhlasu svého poručníka“. Toto ustanovení však není nijak překvapivým vzhledem k tomu, co bylo řečeno výše o institutu poručnictví. Viděli jsme, že absence souhlasu poručníka s majetkoprávním úkonem ženy měla za následek jeho neplatnost. Pokud tedy tímto způsobem žena opustila (derelikvovala) danou věc, nemohlo jít o opuštění platné a věc nemohla být považována za věc ničí (*res nullius*), způsobilou k vydržení.

Poslední nám známé omezení, stanovené v Zákoně 12 desek, jež se týkalo předmětu vydržení, nacházíme v Ciceronových *Zákonech*. Dle Cicerona Zákon 12 desek zakazoval vydržet „pět stop“ (*V pedes*) (1.21.55) jakož i místo hrobu (*bustum*) a prostor před ním (*forum*) (2.24.61). Pokud se „pěti stop“ týče, těmito byl bezesporu pruh nacházející se mezi hranicemi pozemků či budov, nazývaný *confinium* či *ambitus*, který jakožto hranice patřil ve starém Římě mezi věci „svaté“ (*sanctae*). Podobně i hrob a přístup k němu měly ve starém Římě zvláštní statut a, jak víme z předcházejících kapitol, patřily mezi věci „zasvěcené“ (*religiosae*). Jak věci svaté tak věci zasvěcené přitom patřily mezi věci mimo naše panství práva božského (*extra nostrum patrimonium divini iuris*). Je proto zcela logické, že je nešlo nabýt do soukromého vlastnictví a užíváním je vydržet.

V této souvislosti se může zdát překvapivým, že nemáme zpráv o tom, že by Zákon 12 desek uváděl i jiné věci řazené římskými právníky do kategorie věcí mimo naše panství, například věci „posvátné“ (*sacrae*). Vysvětlením může být úryvek z Gaia (2.48), který říká, že nemožnost vydržení věcí posvátných, stejně jako věcí zasvěcených, „je zjevná“ (*manifestum est*). Můžeme se tedy domnívat, že redaktoři Zákona 12 desek nepovažovali za nutné uvádět ty věci, o nichž tehdejší Římanům připadalo samozřejmé, že se vydržet nedají, a zaměřili se pouze na citaci těch věcí, jejichž vydržení se v jejich době jevílo sporným. Věci posvátné,

¹²³ Ochrana nabyvatele kradené věci, který byl v dobré víře, že ji nabývá od vlastníka (Gaius, 2.43), je nepochybně pozdějšího data.

jakožto věci veřejné povahy, tak s největší pravděpodobností mezi věci, jež nemohly být předmětem vydržení, taktéž patřily.¹²⁴

Zákon 12 desek však neomezil vydržení z hlediska předmětu, nýbrž též z hlediska subjektu vydržení. U Cicerona (*Off.*, 1.12.37) se nám totiž zachovalo jeho následující ustanovení:

Adversus hostem aeterna auctoritas (esto).

„Proti cizinci budiž stálá *auctoritas*.“

Tímto ustanovením bylo bezpochyby řečeno, že cizincům právo na vydržení věci nepříslušelo.¹²⁵ Pokud cizinec užíval pozemek po dobu dvou let či věc movitou po dobu jednoho roku, jeho právo se tím nestávalo nijak silnějším. V případě sporu měl římský občan vůči němu vždy výhodu.

Kdo však byl tímto cizincem (*hostis*)? Můžeme za něj považovat pouze „nepřítele“? K tomuto vysvětlení by sváděly již výše uvedené úryvky z Gaiovy *Učebnice* (2.66nn) a Justiniánových *Institucí* (2.1.12nn) týkající se okupace, v nichž má pojem *hostis* nepochybně význam „nepřítele“. Měl však *hostis* tento význam i v době vydání Zákona 12 desek? Zdá se přece na první pohled zřejmým, že nepřátelé neměli z pohledu Římanů žádná práva a ustanovení tohoto druhu se z tohoto pohledu jeví jako nadbytečné. Vysvětlení by však mohla přinést následující definice Varronova (*Ling.*, 5.3):

Hostis... tum eo verbo dicebant peregrinum qui suis legibus uteretur, nunc dicunt eum quem tum dicebant perduellem.

„*Hostis*... kdysi tímto slovem nazývali ‚cizince‘ (*peregrinum*), který používal své zákony, nyní tak říkáme tomu, koho dříve nazývali ‚nepřítelem‘ (*perduellem*).“

¹²⁴ O ostatních věcech mimo naše panství, tj. věcech práva lidského, můžeme předpokládat, že v době vydání Zákona 12 desek ještě jako samostatná kategorie neexistovaly, a spadaly pod kategorii věci práva božského. Zejména věci obecní (*res universitatis*) jsou svou povahou velmi blízké věcem posvátným (*res sacrae*).

¹²⁵ Srv. též Gaius, 2.65: ... *usucapionis ius proprium est civium Romanorum*. – „právo na... vydržení je vlastní (pouze) občanům římským“.

Z Varronovy definice pojmu *hostis* je patrné, že se jeho význam v průběhu času měnil. Zatímco v počátcích Říma jím byl označován „cizinec“ a jeho význam byl zcela neutrální, postupem času se tento význam změnil a dostal negativní zabarvení „nepřítele“.¹²⁶ Pojem *hostis* nacházející se v Zákoně 12 desek je tak dle mého názoru nutné překládat v jeho původním významu, a to jako „cizinec“.

V čem se tedy lišilo postavení tohoto „cizince-hosta“ (*hostis*) od „cizince-nepřítele“ (*perduellis*)? Zdá se, že v této souvislosti máme co do činění se zvláštní kategorií cizinců, kterým byla Římany přiznána určitá občanská práva. Prvními takovými „cizinci-hosty“ byli tzv. staří Latinové (*Latini veteres*), obyvatelé latinských měst nacházejících se v okolí Říma. Těm bylo přiznáno právo uzavřít sňatek (*connubium*), právo obchodovat (*commercium*), jakož i právo jednat před soudem. Jak se zdá, právě těmto Latinům, požívajícím jinak poměrně širokých oprávnění, Zákon 12 desek právo vydržení upřel.

Bylo tedy věcí čistě politickou, že právo věc vydržet nebylo přiznáno Latinům, kteří jinak mohli s Římany volně obchodovat, a tedy nabývat vlastnictví (a to zejména vlastnictví věcí movitých) ostatními prostředky civilního práva: mancipací a injurecessí. Pravděpodobně to souviselo s tím, že věci, které se staly vlastnictvím cizince, byť cizince ze spřátelené obce, přestávaly být věcmi římskými. Pro Římany bylo přitom nepředstavitelné, aby se římské mancipační věci stávaly věcmi cizími bez provedení zákonných způsobů převodu, pouhým vydržením.

Takové tedy byly náležitosti vydržení, jednoho z nejstarších způsobů nabývání vlastnictví. Viděli jsme, že na rozdíl od okupace k němu bylo zapotřebí dlouhodobé užívání nabývané věci, v důsledku čehož se vydržiteli dostávalo silnějšího práva (*auctoritas*) nad užívanou věcí. Tato skutečnost plně odpovídala povaze věcí, jež byly původně jeho předmětem, věcí mancipačních; tedy věcí, které měly pro ranou římskou rodinu velký hospodářský význam a byly pro ni nepostradatelné. Pomocí institutu vydržení tak archaická společnost našla rovnováhu mezi ochranou vlastnického práva jejich původního držitele a držitele nového, a to tak, že je přiznala posledně jmenovanému za předpokladu, že danou věc po dostatečně dlouhou dobu užívá a opatruje.

¹²⁶ Srv. též Cicero, *Off.*, I.12.37 či Festus, *status dies*.

3. Přírůstek

Výše jsme popsali dva originární způsoby, kterými v archaickém Římě docházelo k nabytí vlastnictví. Zatímco u prvního z nich, okupace, odvozoval nabyvatel své právo od skutečnosti, že nabyvanou věc „uchopil předem“, u druhého z nich, vydržení, nabyvatelovo právo vyplývalo z dlouhodobé „držby a užívání“ nabyvané věci. Oběma zmíněným způsobům bylo nicméně společné, že nabyvatel získával své právo bez ohledu na svá předchozí vlastnická práva. Jinak tomu bylo u následujícího způsobu nabytí vlastnického práva, který můžeme obecně nazvat nabytí přírůstkem, akcesí.

Na rozdíl od okupace či vydržení, při akcesi vlastník odvozuje právo k nabyvané věci od svého stávajícího vlastnického práva k věci jiné, jež se zpravidla označuje jako věc hlavní. Toto stávající vlastnické právo samo o sobě dostačuje k získání práva nového; ze strany vlastníka není třeba žádného úkonu. V tomto smyslu se nabízí otázka, zda-li je přírůstek vůbec nově vlastněnou věcí, a ne spíše zvětšením či rozmnožením věci již vlastněné.

Je ostatně příznačné, že Římané sami neměli pro tento způsob nabytí vlastnictví zvláštní obecný výraz. Název akcese mu byl dán až moderními autory pro určitý počet případů, které byly popsány římskými právníky. Zdá se proto pravděpodobné, že sami Římané neuvažovali o tomto způsobu nabytí vlastnictví jako o nabytí nové věci, ale jako spíše o zvětšení či rozmnožení věci stávající. Podívejme se tedy na jednotlivé případy přírůstku, jak byly popsány v Zákoně 12 desek.

Jako první můžeme citovat již výše uvedený Cicerův (*Caecin.*, 19.54) úryvek týkající se vydržení:

Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium; at utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur.

„Zákon (12 desek) nařizuje, aby *usus* a *auctoritas* byly dva roky pro pozemky; toto pravidlo používáme i pro domy, kteréžto nejsou v zákoně jmenovány.“

V tomto úryvku Cicero říká, že dvouleté období požadované pro nabytí věci vydržením se vztahovalo nejen na pozemky, ale i na domy, které nejsou v Zákoně 12 desek uvedeny. Z Ciceronových *Topica* (4.23) přitom víme, že pro jiné věci než pozemky stanovil Zákon 12 desek vydržecí dobu jednoroční. Jak si tedy vysvětlit, že pro domy doba jednoroční

neplatila? Vysvětlením by mohlo být právě římsko-právní pojetí „rozmnožení věci“. V očích Římanů nepředstavovalo postavení domu vytvoření věci nové, nýbrž pouze určité zvětšení pod ním ležícího pozemku. Z jejich pohledu nešlo o nic jiného než kvantitativní či kvalitativní změnu pozemku, přičemž jeho podstata zůstávala stejná. Proto také Gaius ve své Učebnici (2.73) později píše:

Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit.

„Kromě toho se podle přirozeného práva stává naším vlastnictvím to, co někdo vystaví na naší půdě, (a to) i kdyby stavěl pro sebe: protože povrch ustupuje půdě.“

Odtud tedy právní zásada, že „povrch ustupuje půdě“ (*superficies solo cedit*), jež se Gaiovi jevila být zásadou přirozenou, a která platila i na našem území až do roku 1950.¹²⁷

Výše uvedená otázka úzce souvisí i s otázkou vlastnictví v případě zpracování věci, slovy římských právníků vytvoření „nového vzhledu“ (*species nova*) věci, jež byla řešena římskými právníky Gaiovy doby. Podobně jako ve shora uvedeném sporu o to, kdy se tažné „zkrotitelné“ zvíře stává věcí mancipační (Gaius, 2.15), se proti sobě postavily názory Sabiniánů a Prokuliánů. Jejich spor líčí Gaius (2.79) následovně:

Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est, ut cuius materia sit, illius et res, quae facta sit, videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio; alii vero eius rem esse putant, qui fecerit, idque maxime diversae scholae auctoribus visum est.

“Někteří (právníci) se domnívají, že je třeba přihlížet k látce a podstatě, to je že zřejmě tomu, komu patří látka, má patřit i věc, jež byla vyrobena. Tento názor zastávali zejména Sabinus a

¹²⁷ Vzhledem k nemalým problémům, které opuštění této zásady s sebou přináší, se v současné době opět uvažuje o jejím znovuzavedení. Srv. návrh nového občanského zákoníku uveřejněný na webových stránkách Ministerstva spravedlnosti ČR: <<http://portal.justice.cz/ms/ms.aspx?j=33&o=23&k=381&d=125304>>.

Cassius. Jiní (právníci) se naproti tomu domnívají, že věc patří tomu, kdo ji vyrobil. To uznávali zejména stoupenci druhé školy.”

Vidíme zde, že Sabiniáni se v daném případě, podobně jako v otázce zkroutilného zvířete, přiklonili k názoru, že rozhodujícím znakem věci je její podstata. Stejně jako zkroutilné zvíře zůstává věcí mancipační od narození do své smrti, i věc je dle jejich názoru majetkem svého původního vlastníka bez ohledu na případné změny jejího „vzhledu”. Naproti tomu Prokuliáni kladli větší důraz na formu a „vzhled” předmětné věci. Proto ten, kdo se o její vzhled zasloužil, se měl podle nich stát i jejím vlastníkem s tím, že původnímu vlastníkovi proti němu příslušela *actio furti* a *condictio*.

Výše uvedený spor, který opět připomíná středověký spor mezi zastánci realismu a nominalismu, můžeme vnímat jako odraz určitého společenského vývoje římské společnosti: od společnosti zemědělské, kdy řemeslná výroba nehrála velkou roli, ke společnosti městského typu, ve které význam řemesla a obchodu vzrůstá. Názor Sabiniánů můžeme v tomto smyslu považovat za názor hájící zájmy zemědělců a pozemkových vlastníků, zatímco názor Prokuliánů za názor obhajující právo nové vrstvy městského obyvatelstva: řemeslníků a obchodníků. Pro nás je nicméně důležité, že výše uvedený spor v době vydání Zákona 12 desek zdaleka neexistoval. Římská společnost byla tehdy společností převážně zemědělskou, v níž dominoval názor tradiční, tedy názor sabiniánský: vlastníkem zpracované věci byl i po jejím zpracování její původní vlastník.

Dalším případem přírůstku, tentokrát Zákonem 12 desek výslovně řešeným, je případ „vestavěného dřeva“ (*tignum iunctum*). Výslovné znění příslušného ustanovení nacházíme u Festa (*tignum*):

Tignum non solum in aedificiis, quo utuntur, appellatur, sed etiam in vineis, ut est in XII: TIGNUM IUNCTUM AEDIBUS, VINEAEVE ET CONCAPIT NE SOLVITO.

„Tignum se říká nejen trámu, který používáme při stavbě domů, ale také tyči, která slouží jako opora vinné révy, jak čteme v Zákoně 12 desek: DŘEVO VESTAVĚNÉ DO BUDOV ANEBU JAKO OPĚRA NA VINICI AŤ NEVYTRHÁVÁ.“

Ulpian (*Dig.*, 47.3.1.pr.) k výše uvedenému dodává:

Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare, ... sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem.

„Zákon 12 desek ani nedovoluje vytrhávat ukradené dřevo vestavěné do budov nebo jako opora na vinici, ani je vindikovat, ... ale proti tomu, kdo byl usvědčen ze zastavění, dává žalobu na dvojnásobek.“

I v tomto případě, kdy je při konstrukci stavby či zakládání vinice použito zčásti cizího materiálu (v daném případě kusu dřeva), se tento materiál stává součástí věci hlavní a vlastnictvím jejího majitele. Zatímco v případě dřeva použitého při zakládání vinice bychom mohli uvedené pravidlo odvodit od výše uvedené zásady *superficies solo cedit*, případě druhém se jedná o pravidlo, jež bylo pravděpodobně vytvořeno analogicky. Podobně jako dřevěná tyč zasazená do země i trám zasazený do domu se stává jeho neoddělitelnou součástí a vlastnictvím jeho majitele. V případě, že byl tento trám ukraden, nezbývalo jeho původnímu vlastníkovi nic jiného, než tuto skutečnost prokázat a domoci se alespoň náhrady škody ve výši dvojnásobku jeho hodnoty (Ulpian, *Dig.*, 47.3.1.pr.).¹²⁸

Na stejném pravidlu je postaven i poslední případ, s nímž se v Zákoně 12 desek setkáváme. Týká se žaludů spadlých na pozemek ze stromu stojícího na sousedním pozemku. Poslechněme si tedy, co nám o něm říkají antičtí autoři. Plinius (*HN*, 16.5.15) uvádí následující:

Cautum est ... lege XII tabularum ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere.

“Bylo stanoveno ... Zákonem 12 desek, že je dovoleno sbírat žaludy přepadlé na cizí pozemek.”

¹²⁸ Pokud jde o dřevo použité jako podpěra na vinici, zde bylo toto pravidlo pravděpodobně časově omezeno na období mezi prořezáním vinné révy (zpravidla březem), kdy je vinice vytyčována, a dokončením sklizně hroznů, kdy může být kolí z vinice odejmuto. Srv. v této souvislosti Festus, *sarpuntur vineae*: *Sarpuntur vineae, id est putantur, ut in XII: QUANDOQUE SARPTA, DONEC DEMPTA ERUNT* – „*Sarpuntur vineae* (prořezané révy) znamená „očištěné“, jako v Zákoně 12 desek: JEDNOU PROŘEZÁNY, DOKUD NEBUDOU ODSTRANĚNY”.

A Ulpian (*Dig.*, 19.5.14.3) k tomu dodává:

Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam, ... neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie ... agi posse.

„Jestliže budou z tvého stromu padat žaludy na můj pozemek a já je spasu vpuštěným dobyt看em,... nelze podat ani žalobu o pastvě dobytka podle Zákona 12 desek, neboť se nepase na tvém, ani žalobu na náhradu škody způsobené dobyt看em.“

Zde vidíme, že i žaludy spadlé na pozemek vlastníka jsou brány jako “rozmnožení” stávajícího vlastníkovu majetku. Narozdíl od předchozího případu *tignum iunctum* však sousedovi, který je vlastníkem mateřského stromu, nepřisluší ani žaloba na náhradu škody.

Takové tedy bylo římsko-právní pojetí originárního nabývání vlastnictví. Viděli jsme, že zahrnovalo jak primitivní způsob okupace věci (*occupatio*), historicky sahající pravděpodobně až do období sběračsko loveckého a týkající se věcí nemancipačních, tak i vývojově mladší způsob vydržení věci (*usucapio*) týkající se původně pouze věcí mancipačních. Oba tyto způsoby nabytí věci dávaly jejich držiteli silnější postavení vzhledem k ostatním potenciálním vlastníkům, přičemž právo nabyté vydržením věci bylo bezpochyby mnohem silnější: bylo zárukou (*auctoritas*), na niž se mohl vlastník věci v případě sporu kdykoliv odvolat.

Viděli jsme také, že vlastnické právo takto vzniklé bylo natolik silné, že se vztahovalo i na eventuelní kvantitativní či kvalitativní změny nabyté věci.

Síla vlastnického práva se fakticky projevovala v tom, že je společnost uznávala a jeho subjekt chránila proti těm, kdo jej v jeho výkonu rušili. Dříve než se však podíváme na konkrétní způsoby této procesně-právní ochrany vlastnického práva, zaměřme se nejprve na to, jakým způsobem byl v archaickém Římě zajištěn jeho převod.

B. Derivativní způsoby nabytí vlastnictví

V předchozí kapitole jsme se zabývali originálními způsoby nabývání vlastnictví, tedy způsoby, jakým ve starém Římě docházelo k nabytí „věci ničí“ (*res nullius*). Předmětem následujícího výkladu budou způsoby nabývání vlastnictví derivativní, tedy způsoby, jakým se již jednou nabyté právo převádělo.

Hned v úvodu můžeme předeslat, že hlavní způsoby převodu vlastnického práva byly trojí: tradice, mancipace a injurecesse.¹²⁹ V tomto pořadí rovněž pravděpodobně historicky vznikly.

1. Tradice

Podobně jako okupaci můžeme považovat za nejstarší způsob originárního nabytí vlastnictví, můžeme tradici (doslova „předání“ věci) považovat za nejstarší způsob jeho nabytí derivativního. Napovídá tomu následující úryvek z Gaiovy *Učebnice* (2.65):

...naturali iure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur, quaedam civili; nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.

„...některé (věci) jsou zcizovány podle práva přirozeného: to ty, které se zcizují tradicí. Některé (jsou zcizovány) podle práva občanského: neboť právo na mancipaci, injurecessi a vydržení je vlastní (pouze) občanům římským.“

Gaius v citovaném úryvku praví, že zatímco zcizování věcí tradicí se děje (podobně jako okupace) podle práva přirozeného, další dva druhy odvozeného převodu vlastnického práva, mancipace a injurecesse, se děje podle práva občanského. I v očích samotných Římanů tak tradice byla institutem, který předcházela založení Říma, a pamatovala doby, kdy se předřímské obyvatelstvo živilo převážně lovem a sběrem. Naproti tomu mancipace a

¹²⁹ Právní věda k těmto způsobům nabytí vlastnického práva přidává ještě způsoby, které se dějí jinak než z vůle vlastníka: soudní rozhodnutí a zákon (srv. např. Huvelin 1927, I.501n). Tyto však, jakožto způsoby nabytí mimořádné, ponecháme v této práci stranou. V této souvislosti nicméně není bez zajímavosti, že současná česká právní věda považuje tyto způsoby nabytí vlastnického práva za způsoby originární (Knapp 1997, I.227).

injurecesse již byly produktem společnosti pastevecké a zemědělské – římské obce, a jejího „občanského práva“.¹³⁰

„Přirozený původ“ není jediným atributem, který pojí tradici s okupací. I tradice se, stejně jako okupace, týkala původně pouze věcí nemancipačních. Citujme v této souvislosti opět Gaia (2.19):

Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem.

„Věci nemancipační přecházejí totiž s plnými právními účinky na druhého (již) pouhou tradicí, ovšem jsou-li tělesné a tím i k tradici způsobilé.“

V citovaném úryvku Gaius říká, že tradicí věcí nemancipačních nabývá nabyvatel vlastnického práva s plnými účinky. Z předchozí kapitoly víme, že u věcí mancipačních tomu tak nebylo. Jejich převod byl možný jen pomocí zvláštních právních úkonů: mancipace a injurecesse. Při jejich eventuálním nedostatku byl převod považován za absolutně neplatný a nabyvatel se ochrany svého vlastnického práva nemohl dovolat, ledaže takto nabytou věc vydržel a nabyl svého práva jakoby originárně.¹³¹ K převodu věcí nemancipačních však tradice postačovala.

Již výše jsme uvedli, že stinnou stránkou tohoto neformálního způsobu nakládání s věcmi nemancipačními byla skutečnost, že jejich nabyvatel se mohl v případě sporu dostat do důkazní nouze. Na rozdíl od nabyvatele věci mancipační se totiž zpravidla nemohl opřít o *auctoritas*: tradice (podobně jako okupace) mu takovou „záruku“ neposkytovala. Dle mého názoru mu však nic nebránilo, aby věci nemancipační nabyl pomocí formálních způsobů převodu (mancipace či injurecesse) a zajistil si tímto způsobem důkaz pro případ sporu.¹³²

¹³⁰ Srv. k tomu též *Inst.*, 2.1.40: *Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur.* – „Tradice je také způsob, kterým nabýváme věci podle přirozeného práva.“

¹³¹ Teprve mnohem později, v 1. stol. před n. l. *Lex Aebutia* poskytuje prétorskou ochranu i držitelům věcí mancipační na ně převedené tradicí, tzv. vlastníkům bonitárním, a to poskytnutím námítky věci prodané a předané (*exceptio rei venditae et traditae*). Těm bonitárním vlastníkům, kteří nabytou věc neměli ve své moci, pak prétor Publicius poskytl ochranu tím, že jim umožnil tzv. publiciánskou žalobu (*actio Publiciana*).

¹³² Tento výklad je v souladu i s Kinclovým překladem předmětného Gaiova úryvku (2.19): *Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem.* – „Věci nemancipační přecházejí totiž s plnými právními účinky na druhého (již) pouhou tradicí, ovšem jsou-li tělesné a tím i k tradici způsobilé.“ Gaius dle mého názoru nikde neříká, že by věci nemancipační nemohly být převáděny pomocí mancipace či injurecesse.

2. Mancipace

Řekli jsme již výše, že věci mancipační mohly být původně převáděny pouze pomocí zvlášť k tomu stanovených způsobů převodu: mancipace a injurecesse. Z *Fragmenta Vaticana* (50) víme, že Zákon 12 desek se zmiňoval o obou. Mancipace se přitom zdá být institutem starším, neboť na rozdíl od injurecesse nevyžaduje zásah státní autority. Tato skutečnost svědčí o tom, že v době jejího vzniku byla římská společnost ještě málo stratifikovaná. Stáří mancipace tak pravděpodobně sahá, podobně jako stáří prvních věcí mancipačních, do období utváření římského městského státu.¹³³

Předmětem mancipace byly tedy věci mancipační, věci „rukou uchopitelné“. Jejich „uchopitelnost“ byla Římany při mancipaci ještě více zdůrazňována tím, že při jejím provádění musel nabyvatel převáděnou věc či alespoň její část doopravdy rukou uchopit (Gaius, 1.121). Další průběh mancipace zaznamenal Gaius (1.119) následovně:

...eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus ciuibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIVM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.

... celá ta věc se provádí takto: v přítomnosti ne méně než pěti svědků, dospělých občanů římských, a kromě toho dalšího, stejného postavení, jenž drží bronzové váhy a nazývá se (proto) vážný (*libripens*), ten, jenž mancipací nabývá, drže v ruce (kousek) bronzu, řekne toto: JÁ PRAVÍM, ŽE TENTO OTROK JE PODLE KVIRITSKÉHO PRÁVA MŮJ A TEN BUDIŽ MNOU KOUPEN POMOCÍ TOHOTO BRONZU A BRONZOVÉ VÁHY. Nato (kouskem) bronzu udeří o váhy a

¹³³ Že se jednalo o společnost do určité míry integrovanou, o tom svědčí skutečnost, že mancipace byla vyhrazena pouze občanům římským, popř. těm cizincům, kterým římský národ udělil právo obchodovat (*commercium*). Srv. Gaius, 2.65.

jakoby trhovou cenu dá ten bronz tomu, od koho mancipací nabývá.“

Z výše uvedeného je patrné, že mancipační úkon byl poměrně složitý a vyžadoval splnění několika náležitostí. Kromě převodce a nabyvatele muselo být přítomno nejméně pět svědků, a vážný s váhou, přičemž nabyvatel musel uchopit nabývanou věc rukou, pronést předepsanou formuli (*nuncupatio*) a udeřit kouskem bronzu o váhu.

Na způsobu provedení mancipace můžeme v plném světle vidět formalismus archaického práva, tedy způsob, jakým se snažilo zajistit bezproblémový převod vlastnického práva a předejít jakýmkoliv sporům do budoucna. Každá ze stanovených náležitostí mancipace má svou zvláštní funkci. Svědci zajišťují veřejnost převodu a stávají se potenciálním důkazem pro případ budoucího sporu. Ve společnosti, která nezná písmo či je používá jen v omezené míře, jako tomu bylo i ve starém Římě, se přitom v podstatě jedná o důkazní prostředky jediné.¹³⁴ Přítomnost vážného, jakožto nestranné osoby odpovědné za přesné zvážení platidla v podobě bronzového kovu (*aes rude*), zase zaručuje určitou spravedlivost a objektivitu prováděné transakce.¹³⁵ Funkcí všech zúčastněných osob je tak poskytnout určité společenské uznání a potvrzení změny vlastnického práva, a tím i posílit právní jistotu samotných smluvních stran.¹³⁶

O významu svědků a vážného ostatně svědčí následující ustanovení Zákona 12 desek (8.22), jehož znění nacházíme u Gellia (*NA*, 15.13.10):

*QUI SE SIERIT TESTARIER LIBRIPENSVE FUERIT, NI
TESTIMONIUM [FATIATUR], IMPROBUS
INTESTABILISQUE ESTO.*

¹³⁴ Dle Cornella (1995, 103nn) převzali Římané písmo jak (nepřímo) od Etrusků tak (přímo) od Řeků. První latinské nápisy pocházejí ze 7. stol. př. n. l. a souvisejí se vznikem a organizací městského státu, konkrétně se vznikem formálních institucí vyžadujících složitou organizaci času a prostoru. Mancipace, jakožto právní úkon písmo nevyžadující, je tak nepochybně staršího data.

¹³⁵ První státem ražené peníze se v Římě objevují až kolem roku 300 př. n. l., nicméně je velmi pravděpodobné, že již předtím existovala státem určená váhová jednotka, *as*. Důkazem mohou být bronzové ingoty či „měděné tyče“ s primitivním znakem ve tvaru „stébla“ (*stips*), jež byly nalezeny v pokladech objevených na mnoha různých místech severní a střední Itálie a jejichž původ sahá až do 6. stol. př. n. l. Dle Cornella (1995, 288) byla tato platidla ražena římským králem a vážila právě 1 *as*. Lze tak vysvětlit, proč Zákon 12 desek (8.3n) již uvádí pokuty v peněžních jednotkách.

¹³⁶ V dnešní době právní jistotu smluvních stran zajišťuje např. požadavek písemnosti smlouvy o převodu nemovitostí a některých jiných věcí (§ 46 odst. 1 obč. zák.); funkci společenského uznání vlastnictví pak plní např. katastr nemovitostí. Srv. § 133 odst. 2 obč. zák.: „Převádí-li se nemovitá věc na základě smlouvy, nabývá se vlastnictví vkladem do katastru nemovitostí podle zvláštních předpisů, pokud zvláštní zákon nestanoví jinak.“

„KDO SE NECHÁ VZÍT ZA SVĚDKA, ANEBO BUDE
VÁŽNÝM, A NEVYDÁ O TOM SVĚDECTVÍ, BUDIŽ
BEZECTNÝ A SVĚDECKY NEZPŮSOBILÝ.“

Zmíněné ustanovení tedy ukládalo svědkům a vážnému povinnost podat v případě potřeby svědectví o právním úkonu, kterého se účastnili. Pokud se této povinnosti vyhýbali, stávali se bezectnými (*improbis*) a v důsledku toho i svědecky nezpůsobilými (*intestabilis*). Ztráta cti jim v takovém případě bránila být svědkem i si nechat svědčit, a tedy uzavírat jakékoli úkony „pomocí kovu a váhy“ (*per aes et libram*) (Girard 1929, 215). Tento trest tak podstatně ztěžoval jejich hospodářské postavení a zdá se pravděpodobným, že byl dostatečnou zárukou toho, aby svědci i vážní svým povinností dostáli.

Římské archaické právo však šlo ještě dál a myslelo i na případy, kdy se svědek sice své povinnosti zhostil, avšak podal svědectví falešné. V Gelliových *Atických Nocích* (20.1.53) říká právník Sextus Caecilius filosofovi Favorinovi:

*An putas, Favorine, si non illa etiam ex duodecim tabulis de
testimoniis falsis poena abolevisset et si nunc quoque, ut antea,
qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpeio
deiceretur, mentituros fuisse pro testimonio tam multos, quam
videmus?*

„Domníváš se, Favorine, že kdyby také tento trest ukládaný podle Zákona 12 desek za falešné svědectví nevyšel z užívání, kdyby i dnes ten, kdo byl usvědčen z křivého svědectví, byl shazován z Tarpejské skály, že bychom viděli tolik falešných svědků?“

Z citovaného úryvku se dovídáme, že Zákon 12 desek trestal falešné svědectví trestem nejvyšším, shozením z Tarpejské skály. Přestože tento trest vyšel postupem času z užívání, v dobách nejstarších plnil bezesporu svůj účel a svědky právních úkonů od podání falešného svědectví odstrašoval. Podobně jako trest bezectnosti a svědecké nezpůsobilosti byl tedy s největší pravděpodobností i tento trest dostatečnou zárukou, že svědci (a patrně i vážný) svému občanskému úkolu dostojí, budou svědčit pravdivě, a nabyvatel se v případě potřeby svého vlastnického práva dovolá.

Vraťme se však ještě k samotnému rituálu převodu. Vidíme, že veškerá iniciativa je v rukou nabyvatele. Nabyvatel věc uchopí a zároveň pronese ustálenou formuli, kterou prohlašuje, že převáděná věc je jeho. Na první pohled se zdá, že se jedná o zcela prosté prohlášení mající obdobnou funkci jako nabývací ustanovení vyskytující se v dnešních kupních smlouvách. Dle mého názoru je však tato formule poněkud odlišné povahy a její význam byl v archaickém dobách daleko hlubší. Podívejme se na ní blížeji.

Jak jsme řekli výše, staří Římané říkali této formuli *nuncupatio*. Vypovídá o tom i následující ustanovení Zákona 12 desek, jak nám je zachoval Festus (*nuncupata pecunia*):

*CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA
NUNCUPASSIT, ITA IUS ESTO.*

„PŘI NEXU A MANCIPACI, CO JAZYK ŘEKNE
(*NUNCUPASSIT*), TO BUDIŽ PO PŘÁVU.“

Už z tohoto ustanovení je patrné, že *nuncupatio* pronesené při mancipaci zúčastněné strany určitým způsobem zavazuje, stanovuje právo (*ius*). Festus toto ustanovení dává do souvislosti s pojmem *nuncupata pecunia*, který vykládá (podle Lucia Cincia Alimenta) jako peněžní částku (*pecunia*) „jmenovanou, určenou“, „vyjádřenou přesnými slovy“. Charakter této částky přitom přirovnává k charakteru slibů skládaných za přítomnosti velkého počtu svědků prétořů a konzulů při jejich odjezdu do provincií (*vota nuncupata*), přičemž zdůrazňuje právě jejich „veřejnost“ a „závaznost“.¹³⁷ A konečně podle Ernouta a Meilleta (2001, *nuncupō*) znamená *nuncupare* doslova „vzít jméno“,¹³⁸ „vyslovit jméno“ a „označit jménem, uvést, prohlásit“. Z výše uvedených interpretací tak vyplývá, že znakem nuncupace je jednak „přesné pojmenování“ a jednak její „závaznost“.

¹³⁷ Srv. Festus, *nuncupata pecunia*: *Nuncupata pecunia est, ut ait Cincius in lib. II de officio iurisconsulti, 'nominata, certa', 'nominibus propriis pronuntiata'. 'Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto', id est uti nominari locutusve erit, ita ius esto. Vota nuncupata dicuntur, quae consules, praetores, cum in provinciam proficiscuntur, faciunt: ea in tabulas praesentibus multis referuntur. At Santra, lib. II de verborum antiquitate, satis multis nuncupata, conligit non 'directo nominata' significare, sed 'promissa, et quasi testificata', 'circumscripita', 'recepta', quod etiam in votis nuncupandis esse convenientius. – „Nuncupata pecunia je, jak říká Cincius v knize II. jeho pojednání o povinnostech právníka, peněžní částka ‚jmenovaná, určená‘, ‚vyjádřená přesnými slovy‘: ‚při nexu a mancipaci, co jazyk řekne, to budiž po právu‘, tj. budiž po právu to, co bylo řečeno. Vota nuncupata říkáme slibům, které skládají konzulové a prétoři, když odjíždějí do svých provincií: jsou zapisovány na desky za přítomnosti velkého počtu svědků. Ale Santra, v knize II. jeho pojednání o starobylosti slov, usuzuje, že výraz *satis multis nuncupata* neznámá ‚přímo jmenované‘, ale ‚slíbené, a jakoby dosvědčené‘, ‚vymezené‘ a ‚převzaté‘, což je také nejvhodnější způsob pro pravidelné skládání slibů.“*

¹³⁸ Srv. denominativum **nōmi-ceps*.

Jak si ale tuto souvislost vysvětlit? Jak vyložit vztah mezi „jménem“ či „označením“ a jeho „závazností“?

V této souvislosti by mohlo opět napomoci srovnání s kulturou přírodních národů. Dánský jazykovědec Jespersen (1925, 166nn) si všiml, že u těchto národů mají některá slova magickou moc. Mohou to být jak slova označující věci, zvířata či události, tak vlastní jména osob, včetně osob zemřelých, a v neposlední řadě i posvátné formule. Mystická síla, která je s nimi nerozlučně spojena může být jak nebezpečného charakteru tak charakteru blahodárného. V každém případě však platí, že používání těchto slov a posvátných formulí vůbec je určitým způsobem tabu: je vyhrazeno jen pro zvláštní příležitosti a často i jen určité skupině lidí k tomu oprávněných, a platí pro ně velmi přísná pravidla, jež jsou pečlivě předávána z generace na generaci. Vyslovení jména věci, zvířete, člověka, události či boha totiž dává mluvčímu nad nimi velkou moc a může je i přivolat. V důsledku této skutečnosti si tyto národy pro nebezpečné a obávané entity vymýšlejí jména jiná, zpravidla eufemistická. A ze stejného důvodu tají před cizinci jména vlastní.¹³⁹

Podíváme-li se tedy teď na *nuncupatio* očima primitivního člověka, objevíme nejednu podobnost. Nabyvatel tím, že vkládá ruku na převáděnou věc a „bere její jméno“, nad ní získává symbolickou moc. Je přitom nezbytné, aby formule i gesta, které používá, byly „přesné“, aby měly přesně tu podobu, jakou jim daly generace jeho předků. V opačném případě by ztratily svou sílu, a k převodu vlastnického práva by nemohlo dojít. Ze stejných důvodů musí být správně vysloveno i označení či jméno převáděné věci. Jakékoli pochybení při provádění gesta, pronášení formule či označení převáděné věci má zákonitě za následek okamžitou neplatnost právního úkonu. Této neplatnosti přitom není vyhnutí, neboť *nuncupatio* se provádí vždy za přítomnosti svědků a je tedy z povahy věci úkonem veřejným.

Výše uvedeným způsobem se tedy nabyvatel stal vlastníkem převedené věci. Vzniklo mu však vlastnické právo s plnými právními účinky? Získal právo absolutní, jež působilo vůči všem (*erga omnes*), a jemuž odpovídala povinnost každého jiného člověka jej v jeho výkonu

¹³⁹ Podobně i v Římě má každý člověk tři až čtyři jména: *praenomen*, *nomen*, *cognomen*, *agnomen*, z nichž pouze poslední dvě, resp. tři jsou používána veřejně, zatímco jméno první je vyhrazeno pro členy rodiny či rodu. Diomedes Grammaticus (In Ernout a Meillet 2001, *nōmen*) k tomu říká: *Propriorum nominum quattuor sunt species: praenomen, nomen, cognomen, agnomen: praenomen est quod nominibus gentilicis praepositur, ut Marcus, Puplius; nomen proprium est gentilicium, i.e., quod originem gentis uel familiae declarat, ut Porcius, Cornelius; cognomen est quod uniuscuiusque proprium est et nominibus gentilicis subiungitur, ut Cato, Scipio; agnomen uero est quid extrinsecus cognominibus adici solet, ex aliqua ratione uel uirtute quaesitum, ut Africanus, Numantinus, et similia.* – „Vlastních jmen je čtvero druhů: *praenomen*, *nomen*, *cognomen*, *agnomen*: *praenomen* je to, které předchází jménu *gens*, jako Marcus, Puplius; vlastní *nomen* je jméno *gens*, tj. to, které označuje původ *gens* nebo rodiny, jako Porcius, Cornelius; *cognomen* je to, které je každému vlastní a následuje po jménu *gens*; jako Cato, Scipio; *agnomen* je vpravdě to, které je zpravidla ke *cognomen* zvnějšku přidáváno, v důsledku nějaké úvahy či zvláštní ctnosti, jako Africanus, Numantinus, a jiné“. Srv. k tomu i Isidor ze Sevilly (*Etym.*, 1.7) a Fustel (1998, 105nn). K významu vlastního jména srv. též Sokol (2000, 78nn).

nerušit?¹⁴⁰ Tato otázka se klade v souvislosti se dvěma instituty, o nichž se nám dochovaly zprávy, a jež se tradičně nazývají *actio in auctorem praesentem* a *actio auctoritatis*.

Jak je patrné z názvů těchto institutů, oba souvisejí s postavou *auctora*, tedy toho, kdo „posiluje“ (*augere*) právo nabyvatele. Tímto *auctorem* nebyl nikdo jiný než převodce věci. Tento převodce měl totiž v určitých případech „poskytnout autoritu“ (*auctoritatem praestare*) a posílit právní postavení nabyvatele věci. *Auctor* tak svým způsobem ručil za vlastnické právo nabyvatele. Patrné je to například v následujícím úryvku z Plautových Peršanů (4.520nn), v kterém prodávající kuplíř Leno odmítá uzavřít smlouvu pomocí mancipace a převzít jakoukoli záruku, přičemž kupující Dordalus na takovou dohodu odmítá přistoupit:

LENO: Ac suo periculo is emat qui eam mercabitur: mancipio neque promittet neque quisquam dabit...

DORDALUS: Nil mi opus litibus neque tricis. quam ob rem ego argentum enumerem foras? nisi mancipio accipio, quid eo mi opus est mercimonio?

„LENO: Ale kdo ji koupí, musí ji koupit na vlastní nebezpečí; nikdo neslíbí ani nedá záruku (*mancipio*)...

DORDALUS: Nechci vůbec žádné soudní spory nebo opletačky. Proč bych měl vynakládat tolik peněz? K čemu je mi tato koupě, nedostanu-li ji se zárukou (*mancipio*)?“

Na chování obou postav vidíme, jaký význam měla mancipace pro obě kupní strany. Pro kupujícího byla zárukou, že se v budoucnu nebude muset obávat žádných soudních sporů. Naopak prodávajícího stavěla do poněkud nevýhodné situace a kladla na něj určité břemeno.¹⁴¹ Z úryvku je rovněž patrné, že ke vzniku této záruky nebylo třeba žádného zvláštního úkonu, žádné zvláštní smlouvy či jednostranného slibu, záruka převodce vyplývala *ex lege* ze samotného mancipačního úkonu.¹⁴²

V čem tedy tato záruka spočívala? Již výše jsme řekli, že jejím obsahem bylo „poskytnout autoritu“ (*auctoritatem praestare*). Co si pod tímto pojmem představit?

¹⁴⁰ K pojmu vlastnického práva jakožto práva absolutního srv. Knapp et al. 1997, 197nn.

¹⁴¹ Z tohoto pohledu je pochopitelné, že se prodávající Leno snažil mancipaci vyhnout a chtěl danou věc převést „na vlastní nebezpečí“, tedy pouhou tradicí.

¹⁴² Někteří romanisté se domnívají, že převodce tuto odpovědnost přejímal gestem ruky či stisknutím ruky nabyvatele (Monier 1947, I.408).

V tomto ohledu by mohl napomoci následující úryvek z Ciceronových *Pro Murena* (2.3), ve kterém Cicero porovnává *auctora* při mancipaci s konzulem, jenž po volbách ohlašuje lidu svého nástupce:

In eis rebus repetendis quae mancipi sunt is periculum iudici praestare debet qui se nexu obligavit, profecto etiam rectius in iudicio consulis designatiis potissimum consul qui consulem declaravit auctor benefici populi Romani defensorque periculi esse debebit.

„Jestliže při zpětném vymáhání věci mancipační ten, jenž se smluvně zavázal (*nexu obligavit*), musí převzít rizika soudního sporu, není tomu tak tím spíše v případě jmenovaného konzula, od kterého jeho předchůdce (tj. ten, který jej prohlásil konzulem) odvrací nebezpečí, jež mu hrozí, a hájí blaho římského lidu?“

Z uvedeného úryvku se dovídáme, že ten, kdo se smluvně zavázal (*nexu obligavit*), tedy převodce, má povinnost převzít rizika soudního sporu (*periculum iudici praestare*). Z toho vyplývá, že záruka převodce nebyla bezmezná, nýbrž se vztahovala jen na situaci, kdy došlo k zahájení soudního sporu a kdy třetí osoba vznesla svůj vlastnický nárok k převedené věci vůči nabyvateli. Nabyvatel se v takovém případě obracel na převodce s žádostí o pomoc, o poskytnutí autority.

Cicero (*Caecin.*, 19.54; *Mur.*, 12.26) a Valerius Probus (*Notae*, 4.7) nám v této souvislosti zachovali formuli, kterou tak činil:

*QUANDO IN IURE TE CONSPICIO POSTULO ANNE FIAS
AUCTOR.*

„JELIKOŽ TĚ SPATŘUJI PŘED SOUDEM, PTÁM SE, ZDA-
LI SE STANEŠ AUCTOREM.“

Touto zvláštní formulí, jež byla záhadou i pro samotného Cicerona, tedy nabyvatel vyzýval převodce, aby byl jeho ochráncem v zahájeném vlastnickém sporu. Znění formule

přítom napovídá, že ve chvíli, kdy ji nabyvatel vyslovuje, je převodce již před soudem (*in iure*). Nikde přitom nevidíme náznak jakéhokoli donucení. Nabyvatel proti převodci nepoužívá žádný násilný prostředek podobný „předvolání“ (*in ius vocatio*). Vše naopak nasvědčuje tomu, že převodce se k soudu dostavoval dobrovolně, aniž by jej musel nabyvatel předvolávat. Přítomný *auctor* není v zahájeném sporu stranou žalovanou, nýbrž jen vedlejším účastníkem na straně žalované; zahájený spor se nevede proti *auctorovi*, nýbrž pouze za jeho přítomnosti (*in auctorem praesentem*).

V pojmu „spatřuji“ tak cítíme určitý náznak nahodilosti: *auctor* se dostavit mohl, ale také nemusel; nabyvatel na jeho chování neměl žádný vliv. Vše záleželo na jeho svobodném rozhodnutí. Podpora zájmu nabyvatele se přitom na první pohled nejeví jako něco, na čem by *auctorovi* mělo záležet. Co tedy bylo tou silou, která jej přiměla k tomu, aby se k soudu dostavil a všemi dostupnými prostředky pomohl nabyvateli jeho vlastnické právo bránit?

Odpověď můžeme nalézt v ustanovení Zákona 12 desek, které Cicero (*Off.*, 3.16.65) popisuje následovně:

Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta.

„V zákonech týkajících se prodeje statku je v našem civilním právu stanoveno, že při jeho prodeji musí převodce ohlásit všechny vady, které jsou mu známy. Zatímco podle Zákona 12 desek postačovalo splnit to, co bylo výslovně řečeno (*nuncupata*), a za vady zapřené zaplatit pokutu za dvojnásobek, byla právníky zavedena také pokuta za zamlčení.“

Z citovaného úryvku vyplývá, že Zákon 12 desek obsahoval ustanovení, které ukládalo převodci splnit, co řekl (*nuncupare*), tj. předat věc v tom stavu, který ohlásil nabyvateli. Pokud se později ukázalo, že předmětná věc měla faktické či právní vady, které převodce nabyvateli zamlčel, mohl nabyvatel po převodci žádat zaplacení náhrady škody ve výši dvojnásobku hodnoty věci (*duplum*), a později i zaplacení pokuty za zamlčení.

Právě zde patrně nacházíme důvod, který postačoval k tomu, aby se převodce dostavil k soudu a nabyvateli poskytl svou *auctoritas*. Neučinil-li tak a soud dospěl k závěru, že věc, kterou na nabyvatele převedl, patří osobě jiné, stal se tím samým okamžikem tím, kdo zamlčel právní vadu věci, a byl povinen zaplatit nabyvateli náhradu škody. K vymožení této náhrady škody přitom nabyvateli příslušela žaloba, které novodobí romanisté dali název *actio auctoritatis*, která je však římskými autory nazývána zpravidla *actio de evictione*.¹⁴³

Tímto způsobem tedy v Římě probíhala mancipace, tedy způsob, jakým se od počátku římské společnosti převáděly věci mancipační. Viděli jsme, že se neskládala pouze z „uchopení věci“, ale že její neméně významnou součástí bylo pronesení ustálené formule (*nuncupatio*), to vše za přítomnosti veřejnosti, svědků a vážného. Viděli jsme také, že pojem vlastnického práva byl neodmyslitelně spojen s jeho původcem (*auctorem*), jenž ručil za to, že převáděná věc není věcí cizí a bez jehož asistence bylo téměř nemožné vlastnické právo k dané věci ubránit.

Svou formálností má mancipace jistě daleko do dnešního způsobu uzavírání kupních smluv. Požadavek splnění všech stanovených náležitostí se však stává mnohem pochopitelnější, uvědomíme-li si, jaký měly význam věci mancipační pro ranou římskou rodinu a s jakými riziky by byl jejich případný neformální převod spojen. Účelem všech formálních náležitostí mancipace bylo všem takovým rizikům předejít a poskytnout smluvním stranám právní jistotu. To vše ve společnosti, která neznala písmo či je používala jen ve velmi omezené míře.

Postupem času se však tento způsob převodu vlastnického práva přestal vyhovovat a musel být doplněn způsobem dalším, *injurecessi*. Než se však podíváme na tento další způsob převodu, bude na místě se pozastavit u institutu *nexa*, které je v Zákoně 12 desek zmiňováno spolu s mancipací, a zdá se, že s ní úzce souvisí.

¹⁴³ Se zavedením institutu dobré víry (*bona fides*) a možnosti vydržet věc kradenou bylo toto bezmezné ručení převodce omezeno na dobu potřebnou k vydržení této věci nabyvatelem. Srv. k tomu Gaius v *Digestech* (21.2.54.pr.): *Qui alienam rem vendidit, post longi temporis praescriptionem vel usucapionem desinit emptori teneri de evictione*. – „Poté, co je věc vydržena (*longi temporis praescriptionem vel usucapionem*), přestává být ten, kdo prodal věc cizí, odpovědným za její evikci.“

Exkurz: Nexum

I přes nedostatek jakýchkoliv zpráv o průběhu institutu nexa máme důvod se domnívat, že nejenže s institutem mancipace úzce souvisel, ale že je dokonce institutem vývojově starším a mancipaci předcházel.

O průběhu mancipace jsme již hovořili výše, a víme tedy, že se používala k převodu vlastnického práva k věcem mancipačním. Jaký však byl význam a průběh nexa? Napovědět by v této souvislosti mohl následující Varronův komentář (*Ling.*, 7.5.12):

Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius, quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quom mancipio detur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaeritur: nam id aes quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. Liber qui suas operas in servitute pro pecunia quam debebat nectebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus.

„Manilius charakterizuje *nexum* jako všechny operace *per aes et libram* týkající se věcí mancipačních; Mucius jako ty operace, které se provádějí *per aes et libram* za účelem vytvoření závazku (*ut obligentur*), oproti těm, při kterých je věc mancipační dávana (*detur*).¹⁴⁴ Toto je správný pohled, zkoumané slovo to samo ukazuje: neboť peníz (*aes*), který se operací *per libram* stane předmětem závazku (*obligatur*), a nikoli vlastnictvím, se z tohoto důvodu nazývá *nexum*. Svobodný člověk, který se zavázal (*nectebat*) vykonat služebnou práci kvůli penězům, které dlužil, byl až do splnění nazýván *nexus*, jelikož byl kvůli penězům zavázaný (*obaeratus*).”

¹⁴⁴ Pojem *mancipium* je překladatelským oříškem. Monier (1947, I.408n) se domnívá, že jeho původní význam byl pravděpodobně „uchopení rukou“, že tedy bylo synonymem *mancipatia* (viz Zákon 12 desek, 6.1), později však nabyl abstraktnějšího významu „moci“ nad věcí a „vlastnictví“. Dle samotného Varrona (*Ling.*, 6.8.9) je však *mancipium* tím, „co se uchopuje rukou“ (*quod manu capitur*) a tedy nepochybně synonymem pro věcí mancipační.

„Prodané ... a předané věci nenabývá kupec jiným způsobem, než když zaplatí prodávateli cenu nebo ho uspokojí jiným způsobem, jako například poskytnutím ručitele nebo odevzdáním zástavy. A o tomto pravidlu, třebaže stanoveném též v Zákoně 12 desek, se právem říká, že je příkazem práva všech národů, tj. přirozeného práva.“¹⁴⁶

Citovaný úryvek říká, že k nabytí vlastnického práva nabyvatelem muselo dojít k okamžitému vyrovnání dluhu. Toto vyrovnání se přitom dělo zásadně zaplacením ceny. Vedle toho však mohl nabyvatel poskytnout jakési plnění zástupné, ručitele či zástavu, a svůj dluh splnil až následně. Tímto způsobem se tak stal dlužníkem „z mancipace“ (*nexus Maniliův*).

Mohlo se však stát, že nabyvatel cenu nezaplatil ani neposkytl jiné zástupné plnění. K převodu vlastnického práva tedy v takovém případě nemohlo dojít okamžitě, nýbrž až poté, co svůj dluh splnil. Takovému nabyvateli říkáme dlužník „původní“ (*nexus Muciův*).

Pro „původní“ *nexum* bylo tedy charakteristické, že dlužník neplnil svůj dluh okamžitě, a dokonce se zdá, že předmětem plnění nemusela být ani peněžitá částka, nýbrž se mohlo jednat i o poskytnutí určité služby.¹⁴⁷ V tomto ohledu se *nexum* jeví primitivním národům jako vcelku velmi snadný způsob směny zboží a služeb; oproti mancipaci, jež je pro ně úkonem poměrně náročným. Náročným ani ne tak z důvodu, že vyžaduje provedení všech potřebných úkonů a pronesení stanovených formulí, nýbrž spíše z pohledu ekonomického. Jakožto okamžitá směna věci za věc totiž předpokládá existenci více či méně likvidních platidel či peněz, o které má prodávající zájem.¹⁴⁸ Z poznatků získaných studiem primitivních

¹⁴⁶ Justinián v citovaném úryvku hovoří o věcech prodaných a „předaných“ (*traditae*), což vedlo mnohé romanisty k názoru, že se jednalo o věci převedené pouze pomocí tradice. Dle mého názoru však toto ustanovení mělo obecnou působnost a vztahovalo se i na mancipaci a *injurecessi* věci. To, že Justinián použil pojmu *traditae*, je přitom zcela pochopitelné, neboť v jeho době již byl rozdíl mezi mancipací, *injurecessi* a tradicí zcela setřen (Monier 1947, 1.410 a 417).

¹⁴⁷ Srv. výše uvedený Varronův citát (*Ling.*, 7.5.12): *Liber qui suas operas in servitute pro pecunia quam debebat nectebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus.* – „Svobodný člověk, který se zavázal (nectebat) vykonat služebnou práci kvůli penězům, které dlužil, byl až do splnění nazýván *nexus*, jelikož byl kvůli penězům zavázaný (*obaeratus*).“

¹⁴⁸ Tím není vyloučeno, že v určité míře je i u primitivních národů také „současná“ naturální výměna zboží. Její působnost je však z povahy věci velmi omezená. Najít dva smluvní partnery, kteří chtějí vyměnit svou věc právě a jenom za věc toho druhého, a navíc ve stejném čase, se zdá být velmi složité. U primitivních národů se tak nejčastěji setkáváme s jevem, kdy výměna probíhá mezi celými kmeny. Srv. k tomu např. Aristoteles (*Pol.*, nejčastěji setkáváme s jevem, kdy výměna probíhá mezi celými kmeny. Srv. k tomu např. Aristoteles (*Pol.*, 1.1257a.21nn): „Jedni totiž obhospodařovali celý svůj majetek, druzí zase po svém oddělení společně potřebovali mnoho různých věcí; proto bylo nutné, aby si jeden s druhým vyměňovali věci podle potřeby, jak to dosud činí mnohé barbarské kmeny. Vyměňují si totiž mezi sebou jen to, co potřebují, a nic víc, například víno za obilí, a tak si dávají a přijímají všechny ostatní takové věci.“ Mauss v této souvislosti uvádí příklad neustálé výměny zboží mezi novozélandskými rybáři, zemědělci a lovcí (1999, 21n) či mezi melanéskými

národů přitom víme, že výskyt platidel či peněz předpokládá poměrně vyspělou úroveň hospodářství a intenzivní směnu.¹⁴⁹ Právě v tomto ohledu se tedy nexum jeví mnohem jednodušší, neboť existenci všeobecně uznávaných platidel či peněz nepředpokládá. Na druhou stranu však mezi smluvními stranami vytváří nerovnováhu a závislost.

Nexum tak na první pohled připomíná ekonomický systém primitivních národů, jak jsme se o něm zmínili výše. Pro tyto společnosti je příznačné, že zpravidla fungují na principu vzájemného a pravidelného směřování darů. Směna je řízena pradávým obyčejem předávaným z generace na generaci, který každému ukládá povinnost dary dávat, dary přijímat a dary oplácet, a zároveň určuje místo, čas i způsob, kterým se tak má dít (Davy 1922, 207). Jak přitom ukázal Mauss ve svém *Eseji o daru* (1999, 66nn), charakteristickým rysem této směny je, že obdarovaný či obsloužený se nemůže svému dárci či poskytovateli služby odvděčit ihned, neboť takové jednání by bylo považováno za urážku. Mezi plněním a protiplněním musí existovat určitý časový odstup, „lhůta“.¹⁵⁰ Věřitel se tím přitom necítí nijak poškozen, právě naopak: neopětovaný dar zvyšuje jeho prestiž a čest. Směna tak nemá pouze ekonomický význam, ale rovněž význam společenský: čím víc kdo dává, tím víc roste jeho společenská prestiž a čest. Prostřednictvím směny tak dochází ke stratifikaci společnosti.¹⁵¹

Římská společnost doby, o které zde mluvíme, a z které se nám zachovaly písemné záznamy, se již jistě neřídila výlučně tímto pradávým obyčejem „povinných darů“, jež bychom mohli zařadit do působnosti božského práva (*fas*). Právě institut nexa vypovídá o tom, že v době jeho vzniku již *fas* nemělo výlučnou vládu nad chodem společnosti a že se vedle něj pomalu vytvářelo právo lidské (*ius*), respektující individuální zájmy jednotlivců.

Vývoj od *fas* k *ius* si však nelze představovat jako přechod od jednoho systému práva k druhému. Spíše lze hovořit o slábnoucí roli práva božského a vzrůstající roli práva lidského. Po dlouhou dobu po vzniku *ius* tak můžeme pozorovat, že *fas* do jeho fungování zasahuje, a to velmi podstatným způsobem.

vnitrozemskými a zemědělskými kmeny a kmeny přímořskými (1999, 56). Zde se však pravděpodobně nejedná o výměnu současnou, neboť „zemědělský společník skládá své výrobky před domem svého partnera rybáře. Ten zase po úspěšném rybolovu vrátí i s úrokem zemědělské vesnici výtěžek ze své práce“.

¹⁴⁹ K vývoji peněz jakožto původně individuálních, prestižních, trvanlivých a převoditelných předmětů, tzv. platidel srv. Mauss (1914; 1999, 43nn).

¹⁵⁰ Dle Machka (1997, *lhota*) souvisí pojem „lhůta“ s ulehčením, volností, osvobozením, a znamená původně „poshovění s platem na jistou dobu“.

¹⁵¹ Tato společenská stránka směny se ze zavedením peněz od její stránky ekonomické a právní postupně odděluje. V době Justinianově již platí, že není-li lhůta k plnění stanovena, věřitel je může (ale nemusí) po dlužníku žádat kdykoli, i okamžitě. Srv. k tomu *Inst.*, 3.15.2.

Jedním z těchto nejvýznamnějších zásahů bylo bezesporu stanovení dní, kdy mohlo docházet k obchodním transakcím. Ve starém Římě se těmto dnům říkalo *nundiae*, jelikož se konaly každý devátý den (*novem dies*) v měsíci.¹⁵² Tyto dny patřily původně mezi tzv. dny posvátné (*dies fasti*). Jejich určování, stejně jako určování ostatních dnů kalendářního roku, bylo záležitostí navýsost odbornou, vyhrazenou k tomu vzdělaným kněžím.¹⁵³ Náboženství určovalo i místo obchodu, jež s ohledem na veřejnost právního úkonu muselo být zákonitě místem veřejným. Prameny v této souvislosti mluví o městském trhu, je však pravděpodobné, že již před vznikem „města“ existovala zvláštní, k tomu vyhrazená a pravděpodobně posvátná „místa“, kde k těmto právním úkonům docházelo.¹⁵⁴ Vidíme tedy, že jakkoli je *ius* právem lidským, právo božské (*fas*) je v něm, alespoň zpočátku, velice silně přítomno a ovlivňuje zákonitě i jeho prvotní instituty.

Nexum, jakožto úkon práva lidského (*ius*), bylo tedy možné provést jedině v souladu s právem božským (*fas*), tj. na správném místě a ve správném čase. Nicméně pokud jde o ostatní podmínky smlouvy – předmět a způsob plnění – tyto již byly určovány svobodně smluvními stranami.

Jaký byl tedy jeho průběh? Jakým způsobem staří Římané, kteří neznali písmo či je používali jen ve velmi omezené míře, zajišťovali vymahatelnost závazku?

Dle mého názoru se tak dělo tím, že se dlužník věřiteli zavázal slavnostním slibem (*sponsio*).¹⁵⁵ Jeho průběh přitom líčí Gaius (3.92) následovně:

Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIUBES? FIDEIUBEO, FACIES? FACIAM.

„Verbální (slovní) obligace vzniká z otázky a odpovědi, například SLIBUJEŠ DÁT? SLIBUJI, DÁŠ? DÁM, PŘISLIBUJEŠ? PŘISLIBUJI, NA SVOU ČEST

¹⁵² Srv. např. Festus (*nundinas*): *Nundinas feriatum diem esse voluerunt antiqui, ut rustici convenirent mercandi vendendique causa.* – „Staří chtěli, aby trhový den (*nundinas*) byl dnem svátečním, aby se lidé z venkova sešli za účelem směny a prodeje“.

¹⁵³ Římské dějepisci uvádějí, že kněží za tímto účelem svolávali (*calare*) každého prvního dne v měsíci (*calenda*) všechen lid, aby mu tento kalendář oznámili (Fustel 1998, 158nn).

¹⁵⁴ K původnímu charakteru „města“ jakožto „místa pro trh“ srv. Machek. 1997, *místo*.

¹⁵⁵ Srv. Cicero (*Off.*, 3.31.111): *Nullum enim vinculum ad astringendam fidem iure iurando maiores artius esse voluerunt. Id indicant leges in duodecim tabulis.* – „Předkové totiž chtěli, aby pro upevnění důvěry nebylo pevnějšího pouta než přísaha. To dosvědčují zákony na 12 deskách.“

PŘISLIBUJEŠ? NA SVOU ČEST PŘISLIBUJI, NA SVOU
ČEST PŘIKAZUJEŠ? NA SVOU ČEST PŘIKAZUJI,
UDEĽÁŠ? UDEĽÁM.“

Dlužník se tímto slibem zavázal k určitému plnění, a zůstal tak zavázaným (*nexus*) až do doby, kdy toto plnění poskytl. Byl-li důvodem vzniku jeho závazku převod věci, stal se tímto splněním jejím vlastníkem.

Rozhodným okamžikem v této věci bylo podle mého názoru zavedení prvních platidel, *aes rude*. Tato relativně likvidní platidla totiž umožnila nabyvateli věci, aby s okamžitou platností svůj dluh – pomocí jednání *per aes et libram* – splnil. Nemusel již čekat na vhodnou příležitost k jeho splnění, nýbrž jej mohl zaplatit na místě (Mauss 1999, 67) a ihned se pevně chopit (*manu capere*) mancipované věci. Mancipovaná věc se mohla tím okamžikem samým stát jeho vlastnictvím, čili „jeho“ (*suum*).

V další fázi vývoje mancipace se jednání *per aes et libram* stalo pouze plněním „obrazným“. Nabyvatel, místo aby zaplatil trhovou cenu, pouze udeřil kouskem bronzu o váhy „a jakoby trhovou cenu dal ten bronz tomu, od koho mancipací nabýval“ (Gaius, 1.119) s tím, že trhovou cenu zaplatí později či jinak.¹⁵⁶ Tímto způsobem došlo opětovně k místnímu a časovému oddělení plnění věřitele od plnění dlužníka; tentokrát však s tím rozdílem, že se nabyvatel věci stával (poskytl-li ručitele či zástavu) jejím vlastníkem již v okamžiku převodu, a nikoli až při poskytnutí plnění, jak tomu bylo v případě nexa původního.¹⁵⁷ Z pohledu Maniliova byl však až do poskytnutí tohoto plnění dlužníkem (*nexus*).¹⁵⁸

Tímto způsobem tedy pravděpodobně došlo k vytvoření institutu mancipace. Viděli jsme, že jejím nezbytným předpokladem byla existence likvidních platidel, *aes rude*, které se mohly stát universálním prostředkem směny. Díky těmto platidlům mohl nabyvatel okamžitě poskytnout převodci protiplnění a stát se vlastníkem věci.

¹⁵⁶ Dle mého názoru se k vytvoření tohoto závazku používala stipulace (*stipulatio*). Kousek bronzu používaný při jednání *per aes et libram* byl právě onou *stipulou* – kouskem *stips* (stébla), jenž byl patrně metaforickým názvem pro *aes rude*. Srv. k tomu též Huvelin 1929, 273nn.

¹⁵⁷ Srv. pokračování výše uvedeného ustanovení Justinianových Institucí (2.1.40): *Sed et si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.* – „Ale pokud dá prodávající kupujícímu úvěr, prodané zboží náleží kupujícímu okamžitě.“

¹⁵⁸ Zde vidíme, že institut úvěru je vývojově poměrně mladý a předpokládá poměrně vyspělou právní kulturu, která se již oprostila od fatalismu vzájemně opěťovaných plnění a v níž již existuje určitá svoboda rozhodování. Opačného názoru je Mauss (1999, 67), který však otázku existence vlastnického práva a okamžiku jeho převodu opomíjí. Vzájemně opěťovaná plnění nelze dle mého názoru chápat jako úvěry v dnešním slova smyslu, nýbrž spíše jako „osobní závazky“ (nexa v původním smyslu slova), v rámci nichž ještě nedošlo k oddělení předmětu plnění od jeho subjektu. Teprve po tomto oddělení můžeme mluvit o koupi, a následně i o úvěru.

Na prvý pohled by se mohlo zdát, že oba výše uvedené právní úkony – tradice (pro věci nemancipační) a mancipace (pro věci mancipační) – byly pro převod vlastnického práva k věcem dostačující a pokryly veškeré potřeby římského hospodářského života. Opak je však pravdou. Vedle nich se velice záhy objevil způsob nový, *injurecesse*.

3. *Injurecesse*

Vznik *injurecesse* jakožto nového způsobu převodu vlastnického práva je neodmyslitelně spjat se vznikem římského státu a jeho prvních institucí. Na rozdíl od mancipace jsme zde totiž svědky zásahu státní autority. Zatímco při mancipaci je převod vlastnického práva čistě soukromoprávním úkonem odehrávajícím se za přítomnosti pěti spoluobčanů a vážného, *injurecesse* v sobě obsahuje i prvek veřejnoprávní, dohled státu nad zákonností celého převodu.

Tento veřejnoprávní prvek lze vyčíst již se samotného názvu *injurecesse*. Při bližším pohledu zjistíme, že tento se skládá ze tří slov *in-iure-cessio*, a mohli bychom jej tedy doslova přeložit jako „vzdání se práva před soudem“.¹⁵⁹ Podívejme se tedy, jak jeho průběh líčí Gaius (2.24):

In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani veluti praetorem, is cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur.

„*Injurecesse* se pak provádí takto: před úředníkem národa římského, například před prétozem, uchopí věc ten, komu se věc *injurecessi* postupuje a řekne toto: JÁ PRAVÍM, ŽE TENTO OTROK JE PODLE KVIRITSKÉHO PRÁVA MŮJ! Nato, (to je) potom co tento vindikoval, otázka se prétoz toho, kdo postupuje, zda proti vindikaci něco nenamítá. Tehdy, když

¹⁵⁹ Podle Ernout a Meilleta (2001, *cēdō*) je význam *cēdere* původně „ustoupit, vzdát se“ a nikoli „postoupit“.

odpoví, že ne, anebo když mlčí, přiřkne (prétor) tu věc tomu, kdo provedl vindikaci. A tomu se říká legisakce.“

Výše uvedený úryvek hovoří o tom, že se celý úkon odehrává před úředníkem národa římského (*apud magistratum populi Romani*), přičemž jako příklad uvádí prétora. Zároveň se dovídáme, že se nazývá legisakcí. Tyto dvě skutečnosti napovídají, že má cosi společného s nejstarším římským procesem, jehož jednotlivé formy se rovněž nazývaly legisakcemi (Gaius, 4.11).

Podíváme-li se blíže na jednotlivé formy legisakcí, zarazí nás nápadná podobnost injurecesse s legisakcí *sacramenti in rem*. I v průběhu této legisakce předstupovaly obě strany před prétora a říkaly formuli, jež se od formule předřikávané při injurecessi lišila jen nepatrně. Tato formule zněla následovně:

*HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM
SECUNDUM SUAM CAUSAM ESSE AIO.*

„JÁ PRAVÍM, ŽE TENTO OTROK JE PODLE
KVIRITSKÉHO PRÁVA Z ŘÁDNÉHO DŮVODU MŮJ!“

Avšak zatímco při legisakci tuto formuli říkaly obě strany, v případě injurecesse ji říkal pouze nabyvatel; převodce byl zcela pasivní, proti jeho deklaraci ničeho nenamítal, ať už mlčky či výslovně. Šlo tedy o jakýsi předstíraný proces, při kterém převodce odmítal bránit své vlastnické právo a mlčky či výslovně svolil, aby bylo přiřčeno (*addicere*) nabyvateli.

Injurecessní formule se dále lišila od formule legisakční tím, že neobsahovala slova „Z ŘÁDNÉHO DŮVODU“ (*SECUNDUM SUAM CAUSAM*), jimiž se procesní strany odvolávaly na právní důvod, na jehož základě předmětnou věc nabyly. Uvedení tohoto důvodu by však v případě injurecesse odporovalo logice věci, neboť důvodem nabytí vlastnického práva nabyvatele byla injurecesse sama. Se zcela totožným zněním vindikační formule se ostatně setkáváme i v případě mancipačního převodu vlastnického práva. I zde se nabyvatelovo prohlášení omezovalo jen na konstatování, že převáděná věc je „podle kviritského práva jeho“, aniž by uváděl důvod jejího nabytí.

V této souvislosti je romanisty často vznášena otázka, zda měl převodce v důsledku injurecesse po dobu vydržecí doby povinnost poskytnout nabyvateli pomoc (*praestare auctoritatem*), uplatnila-li k převedené věci vlastnické právo osoba třetí, jako tomu bylo

v případě mancipace. Většina z nich se přitom přiklání k názoru, že tomu tak nebylo.¹⁶⁰ Dle mého názoru však pro tento názor není žádný pádný důvod, naopak v pramenech nalézáme nemálo důkazů o tom, že i v případě injurecesse byl převodce touto povinností vázán. Jedním z nich je následující Celsův citát, který nacházíme v *Digestech* (21.2.10):

Si quis per fundum quem cum alio communem haberet, quasi solus dominus eius esset, ius eundi agendi mihi vendiderit et cesserit, tenebitur mihi evictionis nomine ceteris non cedentibus.

„Když mi někdo prodá a postoupí (*vendiderit et cesserit*) právo cesty k tíži pozemku, který má ve spoluvlastnictví s jiným, jako kdyby byl jeho výlučným vlastníkem, ponese odpovědnost z titulu evikce, pokud ostatní mi toto právo nepostoupí (*cedentibus*).“¹⁶¹

V citovaném úryvku Celsus mluví o odpovědnosti z titulu evikce v souvislosti s „postoupením“ (*cessio*) věci, v daném případě služebnosti cesty. Řada autorů se v této souvislosti domnívá, že přestože Celsus použil termín odkazující spíše k injurecessi, měl na mysli úkon mancipační.¹⁶² Podle Lévy-Bruhla (1934, 131) by ale v takovém případě nebylo důvodu, aby kompilátoři nepoužili výrazu „převést“ (*tradere*), jak to učinili na jiných místech *Digest*.

Dalším důvodem, který opravňuje k domněnce, že i v důsledku injurecesse vznikala převodci povinnost *praestare auctoritatem*, je následující citát z Gaia (2.22):

Quod autem valet mancipatio, idem valet et in iure cessio.

„Tytéž právní účinky jako mancipace má však i injurecesse.“

¹⁶⁰ Např. Girard (1912, II.17) toto tvrzení odůvodňuje tím, že odpovědnost *auctora* by se jen těžko slučovala s deklarativní povahou injurecesse. Dle jeho názoru Gaius tuto otázku, jakožto otázku menšího významu, ve svém díle zcela záměrně vynechává, přičemž jeho mlčení nijak neodporuje jeho jinému tvrzení (2.22), že „tytéž právní účinky jako mancipace má však i injurecesse.“

¹⁶¹ Srv. též Africanus, *Quaestionum*, 1.6 (In Lévy-Bruhl 1934, 131): *Si per alienum fundum mihi viam constitueris, evictionis nomine te obligari ait: etenim quo casu si per proprium constituentis fundum concessa est via, recte constitueretur eo casu, si per alienum concederetur, evictionis obligationem contrahit.*

¹⁶² Např. Girard 1912, I.198n a 200n.

Zde vidíme, že Gaius staví injurecessi na roveň mancipaci. Gaius říká zcela jasně, že tyto dva způsoby převodu mají stejný právní účinek (*idem valet*). Je přitom velmi pravděpodobné, že pokud by injurecesse neposkytovala nabyvateli záruku převodce, pokud by jej tak stavěla do nevýhodného postavení vzhledem k případnému nároku osoby třetí, Gaius by se o této skutečnosti zmínil. To se však nestalo. Můžeme tedy uzavřít, že injurecesse, stejně jako mancipace, ukládala převodci povinnost poskytnout nabyvateli jeho *auctoritas*.

Co však vedlo Římany k vytvoření nového způsobu převodu? Z jakého důvodu se mancipace, jakožto prvotní způsob převodu, ukázala nedostačující? Odpověď na tuto otázku lze podle mého soudu najít v oblasti působnosti obou institutů.

Mancipace i injurecesse sloužily k převodu věcí mancipačních. Z literárních pramenů se nicméně dozvídáme, že pole působnosti injurecesse bylo mnohem širší. Jako příklad můžeme uvést následující úryvek z Gaiovy *Učebnice* (2.29):

*Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi tantum posunt;
rusticorum vero etiam mancipari possunt.*

„Práva k pozemkům městským lze však postoupit pouze injurecessí. Naproti tomu (práva k pozemkům) venkovským mohou být i mancipována.“

Z uvedeného úryvku se dozvídáme, že na rozdíl od mancipace, kterou bylo možné použít pouze ke zřízení služebnosti venkovské, injurecessi bylo možno použít nejen ke zřízení služebnosti venkovské, nýbrž i ke zřízení služebnosti městské. O čem tato skutečnost vypovídá?

Již výše jsme uvedli, že vznik mancipace sahal do doby utváření římského městského státu. Mancipace se tedy zprvu týkala jen věcí, které souvisely s venkovským způsobem života předřímského obyvatelstva. Mezi tyto věci patřily bezpochyby odpradávná i tzv. venkovské služebnosti, jakožto věcná práva k věci cizí.¹⁶³ Od nejstarších dob totiž docházelo k situaci, kdy jediný přístup na pozemek jednoho vlastníka vedl přes pozemek vlastníka druhého. Právě za tímto účelem docházelo ke zřizování venkovských služebností, tedy ke

¹⁶³ Dnešní právní věda používá pro služebnost termín věcné břemeno. Návrh nového občanského zákoníku (<<http://portal.justice.cz/ms/ms.aspx?j=33&o=23&k=381&d=125304>>) však s pojmem služebnosti opět počítá, a to vedle pojmu reálného břemene.

koupi vody (*aqua*), vodovodu (*aquae ductus*), cesty (*via*)¹⁶⁴, průchodu (*iter*) či průhonu (*actus*); a tato koupě se prováděla způsobem v té době obvyklým, *mancipaci*.¹⁶⁵

Se sestěhováním obyvatelstva do měst však došlo ke vzniku nových životních situací, které se dožadovaly právního řešení. Podobně jako vlastníci polností i vlastníci pozemků městských se totiž začasťe dostávali do situace, kdy jim sousední pozemek či dům bránil ve výkonu jejich práv. I oni cítili potřebu tento neutěšený stav určitým způsobem upravit. Tímto způsobem došlo ke vzniku nového druhu služebností, služebností městských. Nacházíme mezi nimi služebnost odpovídající právu zapovědět stavbu přes určitou výši (*servitus altius non tollendi*), zakázat zastavění oken budovy (*servitus ne luminibus officiatur*), zakázat otevírání oken do prostoru nad sousedovým pozemkem (*servitus luminum*), zakázat zastavění vyhlídky (*servitus ne prospectui officiatur*), právo, aby střecha či balkon přesahovaly přes sousedův pozemek (*servitus protegendi*, resp. *proiiciendi*), právo odvádět kanálem odpady na cizí pozemek či přes něj (*servitus cloacae*), mít trám zasazený do sousedovy zdi (*servitus tigni ommittendi*) či požadovat po vlastníkoví sousedního pozemku, aby udržoval svou nemovitost v dobrém stavu (*servitus oneris ferendi*).¹⁶⁶

Jak vidíme, služebností městské jsou zcela jiného rázu než starší služebnosti venkovské. Těžko bychom je označovali za věci, natož za věci „rukou uchopitelné“. Pro Římany představovaly věci nemancipační (*res nec mancipi*) (Gaius, 2.14). Právě tato jejich odlišná povaha, podobně jako povaha jiných nově vznikajících práv, se zdá být nejpravděpodobnější příčinou vzniku nového způsobu převodu, *injurecesse*. Čeho smluvní strany nemohly dosáhnout za pomoci svědků a vážného, mohly dosáhnout za pomoci představeného obce, který ze své pozice předmětné právo nabyvateli „přičknul“ (*addicere*).

Dnes jen těžko můžeme odhadnout, která „věc“ byla Římany převáděna pomocí *injurecesse* jako první. Jisté však je, že tento způsob převodu Římané používali nejen k převodu věcí nemancipačních, ale k vyřešení celé škály životních situací: ke zřízení práva požívacího (*usufructus*), k postoupení dědictví (*in iure cessio hereditatis*), k adopci, k postoupení poručnictví nad ženou či k propuštění otroka (*manumissio per vindictam*).

Vidíme tedy, že *injurecesse*, jakožto předstíraný soudní spor o určení vlastnického práva, došla velmi záhy širokého uplatnění. Nebylo přitom důvodu, aby nesloužila spolu

¹⁶⁴ V souvislosti se zřízením služebnosti cesty zanechal Gaius (*Dig.*, 8.3.8) zprávu, že Zákon 12 desek (7.6) stanovil, aby tato cesta byla 8 stop široká, v ohbí pak stop 16.

¹⁶⁵ Je zcela pochopitelné, že starým Římanům bylo abstraktní pojetí služebnosti jakožto „práva“ zcela cizí. O služebnosti spíše než jako o věcném právu k věci cizí uvažovali jako o věci. Srv. k tomu Huvelin 1927, I.553.

¹⁶⁶ Srv. k tomu např. Gaius, 2.14 a Vančura 1923, I.217.

s mancipací i k převodu věcí mancipačních. Její obecná povaha se hodila pro oba druhy věcí – neuchopitelné i uchopitelné. Gaius (2.25) však k tomu říká:

Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur. Quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere.

„Nejčastěji, ne-li vždycky, používáme ovšem mancipace. Co totiž v přítomnosti přátel můžeme provést my sami, není nutné provádět s většími obtížemi před prétozem anebo před správcem provincie.“

Z Gaiova úryvku je tak patrné, že v případě věcí mancipačních se Římané raději uchýlovali k použití mancipace a *injurecessi* používali jen v případě, kdy použití mancipace nebylo možné.

Takto tedy docházelo v nejstarším římském právu k převodu vlastnického práva. Viděli jsme, že zatímco převod vlastnického práva k věci, jež měla pro ranou římskou společnost menší hospodářský význam, věcí nemancipačních, vyžadoval pouze předání (*traditio*) věci, převod věcí důležitějších, mancipačních, vyžadoval nemálo formálních náležitostí. Tyto náležitosti se týkaly nejen místa, času a způsobu provedení, ale též personálního obsazení: byly vyhrazeny výlučně občanům římským a těm cizincům, kterým římský národ udělil *commercium*.

Viděli jsme také, že způsob převodu vlastnického práva k věcem mancipačním se postupem času vyvíjel v závislosti na společenských potřebách. Sledovali jsme jeho postupný vývoj od mancipace, určené výlučně pro převod vlastnictví k věcem mancipačním, k *injurecessi*, která umožnila převádět vedle věcí mancipačních i věci nemancipační a jiná „rukou neuchopitelná“ práva. Oba způsoby přitom nabyvateli poskytovaly záruku převodce.

Tímto způsobem tedy byla ve starém Římě zajištěna občanskoprávní ochrana vlastnictví v rovině primární. Římská společnost se však nesnažila poskytnout ochranu vlastníkům pouze stanovením formálních náležitostí nabývání a převodu jejich vlastnického práva. Vedle této primární ochrany se zde setkáváme i s ochranou

sekundární, tj. ochranou spočívající v nastolení právní jistoty v majetkoprávních vztazích v případě sporu. K tomuto účelu sloužila tzv. žaloba věcná.

C. Žaloba věcná

Chceme-li mluvit o způsobu, jakým bylo možné ve starém Římě bránit své vlastnické právo, je třeba rozlišit dvě základní situace: situaci, kdy se žalovaný dobrovolně podrobí soudnímu řízení, na výzvu žalobce se dobrovolně dostaví k soudu s věcí (či její částí), jež je předmětem sporu, a situaci, kdy se takto podrobit odmítá. Zatímco v prvním případě bylo možné, aby předmětem řízení byla pouze otázka vlastnictví věci, v případě druhém (kdy předmětem řízení nemohla být věc přímo) se předmětem řízení stávala samotná osoba žalovaného, který byl požádán, aby věc vydal a zaplatil náhradu škody. V tomto ohledu Římané rozlišovali mezi žalobami věcnými (*actio in rem*) a žalobami osobními (*actio in personam*).

Dle mého názoru je toto rozlišení odrazem rozdílného charakteru obou žalob. Zatímco žaloba věcná je preventivního charakteru a jejím účelem je nastolit právní jistotu v majetkoprávních vztazích, povaha žaloby osobní je charakteru represivního a jejím primárním účelem je potrestat delikventa a nahradit poškozené straně utrpěnou škodu. Žaloba věcná má v tomto smyslu velmi blízko k řízení smířčímu, zatímco žaloba osobní má patrně (jak uvidíme níže) původ ve svépomoci.

Na tomto místě nám tedy přísluší pojednat o formě žaloby věcné jakožto preventivním způsobu řešení majetkoprávních sporů. Z Gaia (4.16) přitom víme, že prvotní formou této vlastnické žaloby byla ve starém Římě tzv. *legis actio sacramenti in rem*.

Jak sám její název napovídá, patřila spolu s dalšími čtyřmi žalobami mezi tzv. „žaloby zákonné“ (*legis actiones*). „Zákonná“ povaha těchto žalob přitom není vůbec bez zajímavosti. Sám Gaius (4.11) měl pro ni hned dvě vysvětlení:

Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones, appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introducte sunt, nondum in usu habebantur), vel ideo quia ipsarum legum verbis accomodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem

perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.

„Žaloby, kterých užívali předkové, se nazývaly legisakce, buď proto, že byly odvozeny ze zákonů (tenkrát se ještě nepoužívaly prétorské edikty, jimiž bylo zavedeno velké množství žalob), anebo proto, že se přimykaly ke slovům zákonů samých a byly proto beze změn zachovávány právě tak, jako zákony. Proto (také) bylo řečeno, že ten, kdo by býval pro pořežení vinných keřů žaloval tím způsobem, že by v žalobě jmenoval ‚vinné keře‘ (*vitibus*), ztrácel nárok, protože jeho povinností bylo jmenovat ‚stromy‘ (*arbores*), ježto Zákon 12 desek, ze kterého žaloba na pořežení vinných keřů příslušela, mluvil obecně (jen) o pořežených ‚stromech‘.“

Podle prvního Gaiova vysvětlení se tyto žaloby nazývaly „zákonými“ proto, že byly odvozeny od zákonů, podle druhého pak proto, že se řídily slovy zákona; jakékoli odchýlení od zákonného textu mělo za následek soudní prohru.¹⁶⁷

Dle mého názoru můžeme přijmout obě Gaiova vysvětlení.

Pokud jde o jejich zákonný původ, ten je jistý jen u legisakce jediné, *legis actio per conditionem*, o které Gaius říká, že byla vytvořena zákonem Siliovým a Calpurniovým. O způsobu vzniku legisakcí ostatních se nám ale podobných zpráv nedostává a je více než pravděpodobné, že byly dílem pouhého zvyku. Dobu jejich vzniku tak lze jen stěží určit: jejich neměnné znění se po dlouhá staletí přechovávalo pouze ústním předáváním, z generace na generaci. Není však vyloučeno, že přívlastek „zákonné“ se jim dostalo v důsledku vydání Zákona 12 desek. Jak známo, tento zákon byl z velké části kodifikací již platných zvyklostí, a tedy možná i již existujících *actiones*.¹⁶⁸ Zákonem 12 desek tak dostaly *actiones* svou

¹⁶⁷ Gaiův příklad se patrně týká žaloby zmiňované Pomponiem v *Libro 34 ad Sabinum* (Dig., 18.27.2): *Si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege duodecim tabularum de adimenda ea recte agere potes ius ei non esse ita arborem habere.* – „Pokud je strom ze sousedova pozemku větrem nakloněn nad tvůj pozemek, ze Zákona 12 desek na jeho odstranění můžeš přímo žalovat.“

¹⁶⁸ Srv. k tomu Gaius, 4.17: *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur.* – „Pomocí legisakce *per iudicis postulationem* se žalovalo tehdy, když zákon tuto formu přikázal, jako Zákon 12 desek při vymáhání dluhu ze stipulace.“

zákonnou podobu: jejich znění bylo napříště vždy pevně svázáno s textem tohoto či pozdějšího zákona.

Neméně pravdivý se však zdá být i výklad druhý, totiž že účastníci řízení museli v řízení používat slova zákona, resp. zákonem zachycené znění ústně tradovaných formulí. Jak si vysvětlit tento přísný formalismus, kde jakákoli záměna slova a možná i jen zakoktání, přerušování, spolknutí konce slova, zaváhání, špatná intonace, přerušení z důvodu chrapotu či kašle, mělo za následek ztrátu procesu?¹⁶⁹ Dle mého názoru lze toto vysvětlit najít v povaze jazyka (Saussurův *langue*) samotného. Jazyk je totiž svou povahou systém velice tvárný a umožňuje nekonečné množství výpovědí (Saussurova *parole*). Každá výpověď pak může mít nekonečné množství významů. Z hlediska práva je v tomto ohledu podstatné, že může být stejně tak pravdivá jako lživá. Zdá se, že právě tomuto úskalí jazyka se archaické národy snažily čelit tím, že určité společensky významné úkony ritualizovaly, tj. stanovily přesné znění slovních formulí a formu neverbálních gest, jimiž má mluvčí svou promluvu provázet. Takto ritualizovaná výpověď byla všem mnohem srozumitelnější a ohledně jejího výkladu nevznikaly pochybnosti.¹⁷⁰

Podívejme se tedy, jakým způsobem probíhalo řízení pomocí formulí žaloby věcné, *legis actio sacramenti in rem*.

Již výše jsme řekli, že pro žalobu věcnou bylo charakteristické, že se obě sporné strany dostavily k soudu dobrovolně. K tomu je nutno dodat, že nepřicházely s prázdnou. Z povahy věcného sporu jakožto sporu „o věc“ plynulo, že při jednání musela být přítomna i tato věc sama. Proto také Gaius (4.16) začíná pojednání o žalobě věcné těmito slovy:

Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adduciue possent, in iure vindicabantur ad hunc modum...

„Při věcných žalobách se věci movité a věci pohybuující, pokud jen mohly být před prétora přineseny nebo přivedeny, vindikovali na tento způsob...“

¹⁶⁹ Podobný formalismus v německém městském právu 13.-15. stol. dokládá např. Siegel. Gefahr von Gericht und im Rechtsgang. *Sitzungsberichte der Wiener Akademie der Wissenschaften*, 51, 1866, 120nn (In Lévy-Bruhl 1960, 50).

¹⁷⁰ Srv. k tomu např. Burkert 1996, 169nn či Sokol 2000, 33nn.

Z citovaného úryvku se dovídáme, že věci movité a pohybující se zásadně na soud přinášely či přiváděly, pokud to jejich povaha umožňovala. Jak tomu však bylo s věcmi, které takto být dopraveny před soud být nemohly? Gaius (4.17) k tomu říká následující:

Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel adduci, veluti si columna aut navis¹⁷¹ aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur; deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat vindicatio. Itaque ex grege vel una ovis aut capra in ius adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferebatur, ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur. Similiter si de fundo vel de aedibus sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur, et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio, veluti ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula, et si de hereditate controversia erat, aequae <res aliqua inde sumebatur>.

„Byla-li sporná věc takové povahy, že bez obtíží na soud přinesena či přivedena být nemohla, například byl-li to sloup nebo loď anebo stádo nějakého dobytka, brávala se z ní (jenom) určitá část: potom se prováděla vindikace té části, jakoby byla přítomna věc celá. A tak se na soud přiváděla ze stáda buď jedna ovce či koza, anebo také z těch (zvířat) brávala a na soud přinášela (jen) srst, z lodi a ze sloupu se však odlamoval nějaký kousek. Podobně byl-li spor o pozemek či o stavení nebo o pozůstalost, brávala se z nich a na soud přinášela nějaká část a vindikace té části se prováděla, jakoby byla přítomna věc celá. Z pozemku se například brávala hrouda a ze stavení taška ze střechy a vedl-li se spor o pozůstalost, brávala se z ní rovněž nějaká věc.“

¹⁷¹ *Aut navis* – „nebo loď“ vloženo podle Seckel E. a Kübler B. (eds). *Gai institutiones*. Lipsiae 1909/38. Získáno dne 27. dubna 2008 z webových stránek projektu Bibliotheca Augustana: <http://www.hs-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lspost02/Gaius/gai_ins0.html>.

Pokud tedy byla předmětem sporu věc, která před soud dopravena být nemohla, stačilo, aby byla přinesena alespoň její část.¹⁷² Uvidíme dále, jaký měla tato přítomnost sporné věci, či alespoň její části, význam pro samotný průběh soudního řízení.

Pro to, aby se věc mohla stát předmětem sporu však nestačilo pouze, aby byla před soudem přítomná, ale musela být též věcí „obchodovatelnou“, slovy římských právníků „věci v našem panství“ (*res in nostro patrimonio*). Svědčí o tom následující Gaiův komentář ustanovení Zákona 12 desek (*Dig.*, 44.6.3):

Rem de qua controversia est prohibemur in sacrum dedicare: alioquin dupli poenam patimur, nec immerito, ne liceat eo modo durio rem adversarii condicionem facere. Sed duplum utrum fisco an adversario praestandum sit, nihil exprimitur: fortassis autem magis adversario, ut id veluti solacium habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est.

“Věc, jež je předmětem sporu, nesmíme zasvětit: jinak podléháme pokutě dvojnásobku, a toto není bezdůvodné, jelikož jen tím zabráněno, aby se postavení protistrany stalo tvrdším. Není však stanoveno, zda-li dvojnásobek má být zaplacen státní pokladně nebo protistraně. Spíše by měl být zaplacen protistraně jako útěcha za to, že byl předán silnějšímu protivníkovi.”

Z uvedeného Gaiova komentáře se dovídáme, že v případě, kdy došlo k zasvěcení věci (*in sacrum dedicatio*), předmět sporu se měnil: žalobce se již nemohl domáhat svého vlastnického práva k ní, nýbrž pouze náhrady škody ve výši dvojnásobku její hodnoty. Žaloba o určení vlastnictví se tak změnila v žalobu na zaplacení. Místo žaloby věcné byla projednávána žaloba osobní.

¹⁷² V Ciceronových *Pro Murena* (12) se nám zachovaly formule, kterými v takovém případě účastníci sporu zahajovali soudní řízení: *FUNDUS... QUI EST IN AGRO QUI SABINUS VOCATUR... EUM EGO EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO... INDE IBI EGO TE EX IURE MANUM CONSERTUM VOCO. – UNDE TU ME... EX IURE MANUM CONSERTUM VOCASTI, INDE IBI EGO TE REVOCO. – „POZEMEK, ... KTERÝ JE V ZEMI ZVANÉ SABINSKÁ, PRAVÍM, ŽE JE PODLE KVIRITSKÉHO PRÁVA MŮJ... ODTUD TĚ VOLÁM, ABYCHOM TAM EX IURE ZAPŘELI RUCE... – ODKUD TY MĚ VOLÁŠ, ABYCHOM EX IURE ZAPŘELI RUCE, ODTUD JÁ TĚ TAM VOLÁM TĚŽ. Načež prétor řekl: SUIUS UTRISQUE SUPERSTITIBUS PRAESSENTIBUS ISTAM VIAM DICO; ITE VIAM. – REDITE VIAM. – „PŘED VAŠIMI ZDE PŘÍTOMNÝMI SVĚDKY, ZDE JE VAŠE CESTA, JDĚTE. – VRAŤTE SE.”*

Obsahově podobné ustanovení Zákona 12 desek nacházíme i v následující Festově definici „předmětu sporu“ (*vindiciae*):

Vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est; quod potius dicitur vis, quam fit inter eos qui contendunt... De quo verbo Cincius sic ait: "Vindiciae olim dicebantur <glaebae> illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant". At Ser. Sulpicius [nomine et] iam singulariter formato vindiciam esse ait [eam rem,] qua de re controversia est, ab eo quod 'vindicitur'... et in XII: SI VINDICIAM FALSAM TULIT, SI VELIT IS ... TOR ARBITROS TRES DATO, EORUM ARBITRIO <REI ET> FRUCTUS DUPLIONE DAMNUM DECIDITO.

„*Vindiciae* se říká těm věcem, které jsou předmětem sporu; ale spíše se používá pro násilí (*vis*), které mezi účastníky sporu vzniká... O tomto slovu Cincius prohlásil: ‚*Vindiciae* se kdysi říkalo té <hroudě>, která byla z pozemku brána a přinášena na soud.‘ Ale Ser. Sulpicius říká, že toto slovo bylo používáno v singuláru, *vindicta*, a rozumí jím věc, která je předmětem sporu, která se ‚vindikuje‘... A v Zákone 12 desek čteme: „PŘINESE-LI FALEŠNÝ PŘEDMĚT SPORU, POKUD BUDE CHTÍT... USTANOVÍ TŘI ROZHODČÍ, PODLE JEJICH ROZHODNUTÍ... AŽ URČÍ NÁHRADU ŠKODY DVOJNÁSOBKEM VĚCI A VÝNOSU.“

Zatímco o významu *vindiciae* jakožto „předmětu sporu, který se přinášel na soud“, neexistují v zásadě větší pochybnosti, Festem citované ustanovení Zákona 12 desek již umožňuje různý výklad. Někteří romanisté část jeho hypotézy překládají slovy: „ODNESE-LI PROTIPRÁVNĚ PŘEDMĚT SPORU...“¹⁷³ Dle mého názoru je však tento překlad nesprávný a měl by správně znít: „PŘINESE-LI FALEŠNÝ PŘEDMĚT SPORU...“ (tj. věc

¹⁷³ Srv. např. Kincl 1977, I.69 či Skřejpek 2001, 51.

stejného druhu, avšak nikoli věc „pravou“).¹⁷⁴ Pokud uvedené ustanovení přeložíme tímto způsobem, můžeme mu rozumět jako ustanovení, jež dává žalobci možnost volby mezi vindikací falešného předmětu sporu a žalobou na zaplacení náhrady škody. Pokud se žalobce rozhodl pro možnost druhou, žaloba o určení vlastnictví se - podobně jako v předchozím případě - změnila v žalobu na zaplacení dvojnásobku hodnoty věci a jejích plodů; místo žaloby věcné byla projednávána žaloba osobní.

Věc, která byla předmětem sporu, musela být tedy přítomná, obchodovatelná a „pravá“, či alespoň za pravou považována. V následujícím uvidíme, jak podstatné byly všechny tyto charakteristiky sporné věci pro samotný průběh vindikačního řízení.

Toto řízení líčí Gaius (4.16) následovně:

Qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIVM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM; SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSUI, et simul homini festucam inponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat.

„Kdo vindikoval, držel hůlku; potom se chopil věci samé, například otroka, a promluvil takto: JÁ PRAVÍM, ŽE TENTO OTROK JE PODLE KVIRITSKÉHO PRÁVA Z ŘÁDNÉHO DŮVODU MŮJ. POHLEĎ, TAK JAK JSEM ŘEKL, VLOŽIL JSEM HŮLKU, a při tom vkládal hůlku na otroka. Protivník stejným způsobem říkal a dělal totéž.“

Účastníci sporu se tedy poté, co se dostavili se spornou věcí před soud, chopili jeden po druhém hůlky (*festuca, vindicta*)¹⁷⁵ a sporné věci a pronesli vindikační formuli: „JÁ PRAVÍM, ŽE TENTO OTROK JE PODLE KVIRITSKÉHO PRÁVA Z ŘÁDNÉHO DŮVODU MŮJ“.

¹⁷⁴ Nasvědčuje tomu jak výklad gramatický: *vindiciam falsam* je zřejmý akuzativ slova „falešný předmět sporu“, tak výklad systematický: jakékoli protiprávní odnesení předmětu sporu by z pohledu římského práva muselo být hodnoceno jakožto krádež zjevná a trestáno přičtením pachatele poškozenému či pokutou čtyřnásobku.

¹⁷⁵ Srv. Gaius, 4.16: *Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii; quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent.* – „Hůlky pak používali jaksi namísto kopí, symbolem to řádného vlastnictví: neboť za vlastní považovali hlavně to, co zabrali nepřítelům.“

S touto formulí se přitom nesetkáváme poprvé. V obdobné podobě byla používána i při mancipaci a injurecessi; ovšem s tím rozdílem, že mancipační a injurecessní formule neobsahovaly slova „Z ŘÁDNÉHO DŮVODU“ (*SECUNDUM SUAM CAUSAM*), jimiž se procesní strany odvolávaly na právní důvod (*causa*), na jehož základě předmětnou věc nabyly. V případě těchto derivativních způsobů nabytí vlastnictví se však neuvedení tohoto důvodu zdá být zcela pochopitelné, neboť tímto důvodem byl daný úkon sám. V případě vlastnické žaloby bylo již jeho uvedení namístě.

Uchopením věci či její části a pronesením vindikační formule tedy účastníci sporu shodně deklarovali své vlastnické právo, doslova „ukázali svou sílu“ (*vim-dicere*).¹⁷⁶ Tato metafora vedla některé romanisty k domněnce, že se v podstatě jednalo o formu simulovaného boje.¹⁷⁷ Nasvědčuje tomu i část ustanovení Zákona 12 desek, které nacházíme v Gelliově definici pojmu „zapřít ruce“ (*manum conserere*) (*NA*, 20.10.7n):

'Manum conserere'... Nam de qua re disceptatur in iure in re praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est 'vindicia'. Correptio manus in re atque in loco praesenti apud praetorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: SI QUI IN IURE MANUM CONSERUNT...

„*Manum conserere*... Neboť uchopit rukou současně s protistranou, *in iure*, spornou věc, která je přítomná, ať pozemek či cokoli jiného, a vindikovat ji slavnostními slovy, to jest *vindicia*. Společné uchopení rukou věci, která je přítomná, se podle Zákona 12 desek dělo před prétozem, neboť je v něm napsáno: POKUD STRANY PŘED SOUDEM ZAPŘOU RUCI...“

Citované ustanovení tedy dává do souvislosti vindikaci věci a „zapření rukou“ a navozuje představu silového boje o spornou věc. Dle mého názoru není vyloučeno, že v očích

¹⁷⁶ Indoevropský kořen **deik-/dik-*, stejně tak jako řec. *deiknumi*, znamená „ukázat“; lat. *dicere* tak de facto znamená „ukázat slovem“.

¹⁷⁷ Např. Monier 1947, I.141. *Contra* Lévy-Bruhl 1934, 171nn.

Římanů představoval vlastnický spor pozůstatek mirmo-soudního, či přesněji řečeno před-soudního řešení sporu, kde zpravidla vítězí právo silnějšího.

Ve chvíli, kdy strany takto „zapřou ruce“ a pronesou vindikační formuli, však do hry vstupuje soudní orgán se slovy (Gaius, 4.16):

MITTITE AMBO HOMINEM!

„PUSTĚTE OBA (toho) OTROKA!“

A obě strany sporný předmět pustí. O dalším průběhu sporu říká Gaius (4.16) následující:

Qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat: POSTULO ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS; ille respondebat: IUS FECI, SICUT VINDICTAM INPOSUI; deinde qui prior vindicaverat, dicebat: QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO; adversarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE.

„(Potom) ten, který vindikoval první, položil druhému otázku takto: PTÁM SE, ZDA ŘEKNEŠ, Z JAKÉHO DŮVODU JSI VINDIKOVAL?; onen odpovídal: PO PRÁVU JSEM UČINIL, JAK JSEM VLOŽIL HŮLKU. Potom ten, který vindikoval první, řekl: PROTOŽE JSI VINDIKOVAL PROTIPRÁVNĚ, VYZÝVÁM TĚ K SÁZCE 500 ASSŮ!; stejně i protivník řekl: A JÁ TEBE!“

Pokud až doposud bylo postavení obou stran identické, v této fázi řízení se mění. Každá ze stran má odlišnou úlohu: jedna je v postavení žalobce, druhá v postavení žalovaného.

Žalobce se tedy žalovaného ptá na právní titul nabytí jeho vlastnictví. Žalovaný však místo, aby uvedl konkrétní právní titul, pouze říká: „PO PRÁVU JSEM UČINIL, JAK JSEM VLOŽIL HŮLKU“. Nedělá tedy nic jiného, než že odkazuje na právě provedený vindikační

úkon. Žalobce se však s uvedenou odpovědí nespokojí a vyzve jej k „sázce“ (*sacramentum*). A stejně tak činí i žalovaný.

Co si však můžeme pod pojmem „sázky“ či *sacramenta* představit? Odpověď na tuto otázku lze dle mého názoru najít v úvodu Gaiova pojednání o *legis actio sacramenti* (4.13), kde o této žalobě říká následující:

Eaque actio proinde periculosa erat falsi, atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat: nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine.

„A při nepravdivém tvrzení byla ta žaloba právě tak nebezpečná, jako je dneska nebezpečná *actio certae creditae pecuniae*, a to vzhledem ke sponsi (*sponsionem*), která ohrožuje žalovaného, pokud bezdůvodně zapírá, a vzhledem k restipulaci (*restipulationem*), která ohrožuje žalobce, pokud vymáhá něco, co dluhováno není. Ten totiž, kdo (ve sporu) podlehl, platíval vsazenou částku (*summam sacramenti*) jako pokutu a ta (částka) připadala státu.“

Z uvedeného úryvku vidíme, že součástí *legis actio sacramenti* byl právní úkon, který Gaius nazývá sponsi či stipulací. Tento právní úkon není přitom ničím jiným než slibem či přísahou. Etymologie obou těchto latinských slov vypovídá o tom, že jejich podstatou není pouze „přisahat na svá tvrzení“ či něco „závazně prohlásit“, ale též toto své prohlášení demonstrativně potvrdit vykonáním „oběti“, poskytnutím daru bohům, resp. učiněním jej posvátným (*sacer*).¹⁷⁸ Toto zasvěcení (*sacrificium*) se přitom stalo pro daný úkon natolik příznačným, že mu následně dalo i své jméno.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Etymologie lat. *spondeo* odkazuje k řec. *spéndō*, „učinit úlitbu“ (Ernout a Meillet 2001, *spondeō*; Benveniste 1969, II.209nn). Stipulace zase patrně souvisí se „stipulou“, tj. malým obnosem peněz (*stips*). *Stips* byla pravděpodobně přezdívka pro *aes signatum*, jehož váha byla vyznačena pomocí zářezů připomínajících „větvičku“ či „stéblo“ (*stips*) (Huvelin 1929, 281).

¹⁷⁹ Tento „obětní“ význam ještě dnes připomíná franc. *serment* či it. *sacramento*.

Jaký však měla tato oběť prováděná při skládání slibu či přísahy význam? Podle francouzského sociologa Davyho (1922, 34nn) měla být potvrzením smlouvy, kterou přísahající uzavřel s božstvem. Složením přísahy se přísahající božstvu zavázal (doslova „zaslíbil“) s tím, že v případě, že se jeho tvrzení ukáže v budoucnu nepravdivým, ponese náležitý trest: bude proklet (*sacer*).¹⁸⁰ Pomocí takto složených přísah se v archaických společnostech uzavíraly smlouvy všeho druhu: smluvní strany si mohly být jisté, že nad jejich plněním bdí samotní bohové.

Zdá se, že právě tento mechanismus přísahy převzal i starořímský proces. I v tomto procesu se přísahající zasliboval božstvu, reprezentovanému zde soudním orgánem, pro případ, že se jeho tvrzení ukáže nepravdivým. Ve formě líčené Gaiem (4.14) se však již nezavazoval osobně (svou „hlavou“), nýbrž pouze částí svého majetku: pěti sty assy ve věcech dosahujících hodnoty tisíc assů a vyšší, a padesáti assy v záležitostech hodnoty menší.¹⁸¹ V případě, že se jeho přísaha ukázala nepravdivou a spor prohrál, připadala tato částka státu, v případě vítězství se mu navracela zpět.¹⁸²

Přísaha složená do rukou soudního orgánu byla tedy důkazním prostředkem *par excellence*.¹⁸³ A nejen to, zdá se, že původně byla též důkazním prostředkem jediným, vylučujícím důkazní prostředky ostatní. Svědčí o tom její role, kterou si v římském procesu zachovala až do dob Justiniánových. V *Institucích* (4.13.4) se totiž můžeme dočíst následující:

Aequae si debitor deferente creditore iuraverit nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet, sed quia iniquum est de periurio quaeri, defenditur per exceptionem iurisiurandi.

„Rovněž pokud dlužník na žádost věřitele přísahá, že nemá povinnost dát ničeho, zůstává nadále zavázán; nicméně jelikož je nespravedlivé prošetřovat, zda přísahal křivě, chrání sebe námitkou přísahy.“

¹⁸⁰ Takto vojenský tribun Scipio přísahá v předvečer vojenského tažení: *Si sciens fallo, tum me, Iuppiter optime maxime, domum familiam remque eam pessimo leto afficias!* – „Jestliže vědomě lžu, pak nechť Iuppiter Nejlepší a Největší stihne nejstrašnější smrtí mne, můj domov, rodinu a všechno, co mám!“ (Livius, 22.53).

¹⁸¹ Lévy-Bruhl (1960, 86) se v této souvislosti domnívá, že tisíc assů byla hodnota krávy a padesát assů hodnota ovce.

¹⁸² Srv. k tomu Varro, *Ling.*, *sacramentum*. Časem bylo složení *sacramenta* nahrazeno pouze poskytnutím záruky (*praedes sacramenti*), že bude v budoucnu, v případě prohry, zapláceno. Srv. Gaius, 4.13 a 4.16.

¹⁸³ Jak napovídá označení římského soudního orgánu, *praetor*, byl tento orgán tím, kdo *praetis verbis*, tj. předřikával stranám znění přísahy.

A podobně se vyjadřuje i Julianus v *Digestech* (44.1.15):

Adversus exceptionem iurisiurandi replicatio doli mali non debet dari, cum praetor id agere debet, ne de iureiurando cuiusquam quaeratur.

„Proti námitce přísahy není námitka zlého úmyslu dovolena; neboť prétor by měl vědět, že ničí přísaha by neměla být prošetřována.“

Zde vidíme, že přísahu nebylo možné ani v pozdějších dobách prověřovat jinými důkazními prostředky; byla důkazem nevyvratitelným. Co přísahající pravil, to platilo.

Žalovaný, a následně i žalobce, tedy tímto způsobem přísahali před soudem na svá tvrzení.¹⁸⁴ Soud poté přiřknul (*addicere*) vlastnické právo jednomu z nich; doslova „pravil podle“ něj.¹⁸⁵ Tento se pak sporné věci mohl ihned chopit.¹⁸⁶

Tímto způsobem tedy probíhalo v archaickém Římě řízení o žalobě věcné, jehož předmětem byla věc sama, a nikoli její držitel. Vidíme, že na rozdíl od žaloby osobní, o které bude pojednáno později, zde žalovanému nehrozí v zásadě žádná větší újma; musí se pouze vzdát věci, kterou má ve své moci. Dle mého názoru je tato skutečnost dána vývojovým pozadím obou institutů. Zatímco žaloba osobní se zdá být pozůstatkem svépomoci, tedy jednání, kterým se poškozený (a s ním i celé společenství, jehož byl příslušníkem) domáhal nápravy majetkové újmy, žaloba věcná je *de facto* právně regulovaným způsobem boje dvou vyrovnaných protivníků. Ve vlastnickém sporu nejde o zhojení křivdy, kterou utrpěla jedna ze sporných stran a potrestání jejího pachatele, nýbrž o nastolení právní jistoty v otázce vlastnictví ke sporné věci. Potrestání neúspěšného účastníka sporu zde tedy není na místě.

¹⁸⁴ O tomto pořadí přísah svědčí pojmy, které pro ně používá Gaius ve své *Učebnici*, mluví o „sponsii“ žalovaného a „re-stipulaci“ žalobce, přičemž předponou *re-* zde pravděpodobně míní jak zopakování jeho počátečního tvrzení, tak odpověď na tvrzení žalovaného.

¹⁸⁵ Abstraktnějšího významu „přisoudit“ či „odsoudit“ nabyl pojem *addicere* až později, s postupným uvolňováním právního formalismu římského procesu. Srv. k tomu Festus (*addicere*): *Addicere est proprie idem dicere et adprobare dicendo; aliquid alicui adiudicare.* – „*Addicere* znamená ve vlastním slova smyslu říci to samé a tímto schválit; v jiném smyslu *addicere* znamená odsoudit.“ Shora citovaná etymologie slov „dát“, „praviti“ a „popraviti“ dává tušit, že podobným způsobem probíhal proces i v počátcích českých dějin. Srv. k tomu Machek 1997.

¹⁸⁶ Ustanovení upravující prozatímní držbu sporné věci a záruky za spor a spornou věc (*praedes litis et vindiciarum*) (Gaius, 4.16) jsou dle mého názoru pozdějšího data, kdy se z původně jednofázového soudního řízení stalo řízení dvoufázové, zahrnující fázi dokazování. V době, kdy jediným důkazním prostředkem byla přísaha, jej však nebylo zapotřebí.

Na průběhu řízení o žalobě věcné můžeme rovněž pozorovat pozůstatky její původní před-soudní či před-právní podoby „zapření rukou“. V tomto ohledu je přitom pravděpodobné, že toto „zapření rukou“ nemělo formu holého násilí, nýbrž formu násilí (obyčejem) regulovaného, patřící do oblasti „mravu“ (*fas*). S individualizací společnosti, s její hierarchizací a vznikem nadřazené autority, se povaha tohoto institutu zásadně změnila: na scénu vstoupil soudní orgán, který násilné jednání stran nahradil právem (*ius*). Boj byl nahrazen žalobou.

Potud o způsobech, kterými se archaické právo starého Říma pokoušelo předcházet vlastnickým sporům a majetkoprávní vztahy stavět najisto, tedy o způsobech preventivní ochrany vlastnického práva. V následujícím se podíváme na způsob, jakým toto právo řešilo situaci, kdy k porušení vlastnického práva došlo. Jak uvidíme, tato ochrana má výrazně represivní a reparační charakter, což ji staví na roveň ochraně trestněprávní v dnešním slova smyslu.

VIII. Trestněprávní prostředky ochrany vlastnictví

Poté, co jsme výše pojednali o občanskoprávní ochraně předmětu vlastnického práva, zbývá pojednat o jeho ochraně trestněprávní. Rozdíl mezi oběma způsoby ochrany je nabíledni: zatímco účelem občanskoprávní ochrany je předcházení vlastnickým sporům do budoucna, ochrana trestněprávní nastupuje až v případě porušení vlastnického práva; jejím účelem je zejména represe a náprava vlastnických vztahů již narušených.¹⁸⁷

Výše jsme viděli, že občanskoprávní ochrana předmětu vlastnického práva byla v archaickém římském právu zajištěna zejména četnými formálními náležitostmi právních úkonů, s jejichž pomocí se s ním nakládalo. Pouze splněním všech předepsaných náležitostí se právnímu úkonu dostalo požadovaného právního účinku. Právnímu úkonu náležitě provedenému se dostalo nejen platnosti, ale též společenského uznání; v případě sporu mohl posloužit jako důkazní prostředek k prokázání vlastnického práva jeho subjektu.

Téměř současně se vznikem občanskoprávních prostředků ochrany vlastnického práva však patrně došlo i ke vzniku prostředků trestněprávních. Zdá se totiž logické, že ve chvíli, kdy Římané pocítili potřebu upravit způsob nabývání a nakládání s předměty, které mohly být v jejich panství (*res in nostro patrimonio*), kdy tyto věci začaly nazývat „svými“ (*meum*), byli přinuceni nalézt i způsob, kterým mohli své vlastnictví bránit a trestat ty, kteří jejich vlastnická práva porušovali. V tomto ohledu můžeme bez nadsázky tvrdit, že krádež jakožto neoprávněné odcizení věci osobě, která je považována za jejího pravého majitele, je stará jako vlastnictví samo.

Nahlédneme-li do Zákona 12 desek, uvidíme záhy, že krádež a jejích několik obměn je v zásadě jediným majetkovým deliktem v nich uvedeným. Poměrně kasuisticky vyjmenované typy krádeže můžeme přitom v zásadě rozdělit do dvou skupin: krádež zjevnou (*furtum manifestum*) a krádež nezjevnou (*furtum nec manifestum*). Ostatně se zdá, že podobnou logikou se řídili i samotní Římané. Jak uvidíme dále, uvedené rozdělení jim neumožňovalo pouze rozlišit krádež podle obtížnosti jejího odhalení, ale zároveň se odráželo i ve výši stanovených trestů a ve formě procesního řízení.

Podívejme se tedy na oba druhy krádeže jeden po druhém.

¹⁸⁷ V této souvislosti musíme však připustit, že tím, jak se procesně-právní ochrana dostává do povědomí společnosti, odrazuje případné delikventy od spáchání protiprávního činu a působí tak i preventivně a „výchovně“. Srv. k tomu např. Gerloch 2004, 186; Boguszak 2004, 198.

A. Krádež zjevná

1. Krádež v noci

Jednou z nejzávažnějších skutkových podstat, kterou staří Římané zařadili do Zákona 12 desek, byla „krádež spáchaná v noci“ (*nox furtum*). Doslovné znění příslušného ustanovení se dochovalo v následujícím Macrobiově úryvku (*Sat.*, 1.4.19):

Non esse ab re puto hoc in loco id quoque ammonere, quod decemviri in duodecim tabulis inusitatissime nox pro noctu dixerunt. Verba haec sunt: SI NOX FURTUM FACTUM SIT, SI IM OCCISIT, IURE CAESUS ESTO: in quibus verbis id etiam notandum, quod ab eo quod est is non eum casu accusativo sed im dixerunt.

„V této souvislosti ani nepovažuji za nepatřičné poznamenat, že decemvirové, v Zákoně 12 desek používali nezvykle *nox* namísto *noctu*. Zde jsou slova zákona: KRADE-LI V NOCI A JE-LI ZABIT, JE ZABIT PRÁVEM. V těchto slovech si rovněž můžeme všimnout, že decemvirové jako akuzativ slova *is* použili *im* a nikoli *eum*.“

Z uvedeného úryvku se dozvídáme, že dle Zákona 12 desek bylo dovoleno zloděje, který se krádeže dopustil v noci, zabít.

Macrobiovi přitom zmíněné ustanovení zákona posloužilo jako ukázka použití slov *nox* a *is* ve staré latině.¹⁸⁸ Nebyl v tomto ohledu jediným, jehož pozornost předmětné gramatické jevy upoutaly. Zmínky o nich nacházíme už u Festa (*im*)¹⁸⁹ a Gellia (*NA*, 8.1) a je možné, že se jimi Macrobius nechal i inspirovat.¹⁹⁰ V souvislosti s naším výkladem přitom stojí za pozornost zejména zmínka Gelliova:

¹⁸⁸ Macrobius vysvětluje, že slovo „noc“ (*nox*) bylo ve staré latině používáno i ve smyslu „v noci“ (*noctu*), a k vyjádření akuzativu pojmu „on“ (*is*) používali místo slova *eum* slovo *im*.

¹⁸⁹ *Im ponebat pro eum a nominativo is.* – „*Im* se psalo namísto *eum*, od nominativu zájmena *is*.“

¹⁹⁰ Macrobius žil na počátku 5. stol. n. l., zatímco Festus a Gellius v 2. stol. n. l.

"Hesterna noctu" rectene an cum vitio dicatur et quaenam super istis verbis grammatica traditio sit; item quod decemviri in XII Tabulis "nox" pro "noctu" dixerunt.

„Je správné či ne říci “minulou noc” (*hesterna noctu*)? Jaký je ohledně tohoto výrazu názor gramatiků? Že decemvirové v Zákoně 12 desek používali *nox* namísto *noctu*.”

Zde tedy máme další úryvek, který se nepřímo zmiňuje o ustanovení Zákona 12 desek, přičemž můžeme téměř s určitostí tvrdit, že Gellius měl na mysli právě ustanovení doslovně citované Macrobiem. O kousek dál se o něm ostatně zmiňuje podrobněji. V knize jedenácté (*NA*, 11.18) porovnává římské zákony se zákony řeckými a uvádí následující:

Decemviri autem nostri, qui post reges exactos leges, quibus populus Romanus uteretur, in XII tabulis scripserunt, neque pari severitate in poeniendis omnium generum furibus neque remissa nimis lenitate usi sunt. 7 Nam furem, qui manifesto furto prensus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut, cum faceret furtum, nox esset ...

„Ale naši decemvirové, kteří po vyhnání králů sepsali Zákon 12 desek pro užitek Římanů, se neprokazovali stejnou krutostí v trestání zlodějů všeho druhu, ani příliš velké shovívavosti. Neboť dovolili, aby zloděj, jenž byl chycen při činu, byl zabit, pouze pokud kradl v noci ...”

A podobně i v závěru *Atických nocí* (20.1.7-8) vkládá Gellius do úst právníka Sexta Caecilia Africana následující odpověď filosofovi Favorinovi:

Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? Nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutum tradit, nocturnum autem furem ius

occidendi tribuit. Dic enim, quaeso, dic, vir sapientiae studiosissime, an aut iudicis illius perfidiam contra omnia iura divina atque humana iusiurandum suum pecunia videntis aut furis manifesti intolerandam audaciam aut nocturni grassatoris insidiosam violentiam non dignam esse capitis poena existumes?"

„Kde v tomto zákoně (12 desek) nacházíš tvrdost, kterou mu vyčítáš? Chceš mluvit o ustanovení, které stanoví trest smrti pro soudce či rozhodčího, jmenovaného úředníkem, který se nechal uplatit? Nebo o tom, které ‚zjevného‘ zloděje činí otrokem toho, jehož odkradl? Nebo o tom, které dává právo zabít ‚nočního‘ zloděje? Řekni mi tedy, ty, který máš tolik chuti se učit moudrosti, jestli si věrolomnost soudce, jenž proti všem zákonům božským a lidským prodává za peníze své rozhodnutí, nesnesitelná troufalost ‚zjevného‘ zloděje či záludné násilí zloděje ‚nočního‘ nezasluhují nejvyšší trest (*capitis poena*)?“

Výše uvedené úryvky pocházející z pera Gelliova jsou tak plně v souladu s Macrobovým úryvkem citovaným shora. Stejně jako Macrobius i Gellius uvádí, že zloděje kradoucího v noci měl poškozený právo zabít.

V této souvislosti stojí za pozornost, že Gelliovi nepřipadá toto právo svěřené do rukou poškozeného nijak nepřiměřené. Je to patrné jak v úryvku druhém (*NA*, 11.18), kde říká, že Římané nebyli při stanovení trestů za krádeže ani příliš krutí, ani příliš shovívaví, tak v úryvku třetím (*NA*, 20.1.7n), ve kterém ústy Caecilia Sextia oponuje filozofovi Favorinovi, jenž pokládá „trest smrti“ pro zloděje kradoucího v noci za příliš tvrdý. V obou úryvcích hájí římské zákonodárství proti tradici řecké. Z této skutečnosti můžeme usuzovat, že v době Gelliově, tj. v 2. stol. n. l., již v Římě panovala diskuse o přiměřenosti uvedeného oprávnění, vyvolaná s největší pravděpodobností názory přicházejícími z východního Středomoří.

Ještě před příchodem těchto vlivů se však v samotném Římě setkáváme s určitým zmírněním uvedeného oprávnění, a to patrně již v Zákoně 12 desek. Svědectví o něm nám zanechal Plinius (*HN*, 18.3.12), i když jen v souvislosti s případem noční krádeže zvláštním – krádeže plodů spáchané pastvou dobytka či jejich posekáním. Plinius k tomu praví:

Frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant..., impubem praetoris arbitrato verberari noxiamve duplionemve decerni.

„Jestliže dospělý nechal v noci spást úrodu nebo ji posekal, byl podle Zákona 12 desek potrestán smrtí; přikazovali ho pověsit a tak obětovat Cereře..., nedospělého viníka podle prétorova uvážení zbičovat a vydat; nebo zaplatit dvojnásobek.“

Výše uvedený úryvek je ukázkou institutu, pro který se v římském právu vžil pojem noxální žaloba (*actio noxalis*). Povaha této žaloby úzce souvisí s povahou římské rodiny, jak jsme ji popsali výše. Vyznačovala se tím, že jedinou osobou *sui iuris*, tj. osobou s plnou právní subjektivitou a způsobilostí k právním úkonům, byl zásadně otec rodiny (*pater familias*). Odvrácenou stránkou této široké pravomoci byla však jeho odpovědnost; odpovědnost nejen za osud celé rodiny a jejího majetku, ale zároveň i odpovědnost za veškerá jednání osob jemu podřízených. Spáchal-li tedy člen rodiny protiprávní čin, nestal se odpovědným on, nýbrž otec rodiny, a na něm bylo, aby se s poškozenou osobou, resp. její rodinou, vyrovnal. Právě pro tyto případy byl zřízen institut noxálních žalob. Ostatně poslechněme si, co o nich říká Gaius ve své *Učebnici* (4.75):

Ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse.

„Na delikty synů rodiny a otroků, jako kdyby spáchali krádež anebo urazili někoho na cti, byly zavedeny noxální žaloby, aby otec rodiny či pán měl možnost buď uhradit soudní ocenění sporu, anebo vydat pachatele (poškozenému). Neboť nebylo spravedlivé, aby nepravost (synů či otroků) působila příbuzným a pánům větší škody, než jakou cenu mají osoby jich samých.“

V tomto úryvku nám tedy Gaius říká, že v případě, že protiprávní čin byl spáchán osobou *alieni iuris*, tedy osobou otcí rodiny podřízenou, byl z takového činu odpovědný právě otec rodiny. Ten se mohl tohoto závazku *ex delicto* zprostit tím, že hříšníka vydal (*noxae deditio*) či za něj zaplatil výkupné.

A takto tomu bylo i v případě noční krádeže spáchané spášením či posekáním úrody. I zde mohl otec rodiny z rozhodnutí prétora nezletilého hříšníka zbičovat a vydat jej poškozenému nebo místo něj zaplatit výkupné ve výši dvojnásobku způsobené škody.

Zde tedy vidíme, že v případě, kdy byla krádež spáchána osobou svéprávnou, tj. otcem rodiny, bylo poškozenému dovoleno tuto osobu zabít. Byla-li však spáchána osobou nesvéprávnou, otec rodiny byl sice za vzniklou škodu i nadále odpovědný, avšak trest pro něj z tohoto deliktu plynoucí mohl být prétozem zmírněn.

„Trest smrti“ pro zloděje kradoucího v noci v dnešní době jistě působí značně krutě, nicméně se zdá, že v době vydání 12 desek, tj. v 5. stol. př. n. l., měl své plné opodstatnění. Míra společenské nebezpečnosti noční krádeže byla pocítována tak silně, že bylo osobě takové krádeži čelící dovoleno, aby se bránila sama, jak nejlépe umí, a v případě potřeby zloděje usmrtila. Ostatně uvidíme dále, že toto vlastnické oprávnění se neomezovalo jen na krádež spáchanou v noci.

2. Krádež ve dne se zbraní

Další skutkovou podstatou uváděnou Zákonem 12 desek, jejíž míra společenské nebezpečnosti byla Římány stavěna na roveň krádeži noční, byla „krádež spáchaná ve dne se zbraní“ (*lux furtum cum telo*). Na rozdíl od krádeže noční se však doslovné znění příslušného ustanovení Zákona 12 desek nedochovalo. Můžeme se však pokusit o jeho rekonstrukci z nepřímých zmínek, které nacházíme ve spisech antických autorů. Jednou z nejobsáhlejších je v tomto ohledu úryvek z Ciceronovy řeči *Pro Tullio*.¹⁹¹ Cicero v ní zastupuje M. Tullia, jenž žaluje P. Fabia za to, že mu jeho otroci zabili otroky. Zástupce P. Fabia, L. Quintius, namítá, že otroci jeho mandanta jednali v sebeobraně a cituje přitom ustanovení Zákona 12 desek. Cicero jeho řeč interpretuje následovně (10.47):

¹⁹¹ Srv. též Cicero, *Mil.*, 3.9: *Quod si XII tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad hominem occidendum ab ipsis porrigi legibus?* – „Pokud Zákon 12 desek chtěl, aby zloděj kradoucí v noci mohl být beztrestně zabít, ať kradl jakýmkoli způsobem, a zloděj kradoucí ve dne pouze, pokud se brání se zbraní, jak si můžeme myslet, že vražda, ať byla spáchána jakýmkoli způsobem, nemůže býti omluvena, zejména pokud vidíme, že nám zákon v určitých případech nabízí meč k setnutí člověka?“

Atque ille legem mihi de XII tabulis recitavit, quae permittit ut furem noctu liceat occidere et luce, si se telo defendat, et legem antiquam de legibus sacratis, quae iubeat impune occidi eum qui tribunum pl. pulsaverit. nihil, ut opinor, praeterea de legibus.

„A (L. Quinctius) mi četl ze Zákona 12 desek, který dovoluje zabít zloděje kradoucího v noci, a i ve dne, pokud se brání se zbraní; a staré ustanovení posvátného zákona, které dovoluje, aby byl beztrestně zabit kdokoliv, kdo napadl tribuna lidu.”

Nato se jej Cicero otázke (10.48):

Quid ad hoc iudicium recitari istas leges pertinuerit. Num quem tribunum pl. servi M. Tulli pulsaverunt? Non opinor. Num furatum domum P. Fabi noctu venerunt? Ne id quidem. num luce furatum venerunt et se telo defenderunt? Dicit non potest. Ergo istis legibus quas recitasti certe non potuit istius familia servos M. Tulli occidere.

„Jakou souvislost má četní těchto zákonů s tímto soudním sporem? Napadli otroci M. Tullia tribuna lidu? Myslím, že ne. Přišli v noci do domu P. Fabia krást? Ani to ne. Přišli krást ve dne a bránili se se zbraní? To tvrdit nelze. Tudiž, podle zákonů, které jsi četl, nemá jisté služebnictvo tohoto muže právo otroky M. Tullia zabít.”

L. Quintius se však brání (11.49):

'Non,' inquit, 'ad eam rem recitavi, sed ut hoc intellegeres, non visum esse maioribus nostris tam indignum istuc nescio quid quam tu putas, hominem occidi.'

„Já je nečetl kvůli jejich vztahu k této věci, ale proto, aby sis uvědomil, že našim předkům nepřípadalo zabití člověka tak nesnesitelné“

Cicero si však vykládá uvedená ustanovení Zákona 12 desek odlišně a praví (10.50):

At primum istae ipsae leges quas recitas... significant quam noluerint maiores nostri, nisi cum pernecesse esset, hominem occidi... Furem, hoc est praedonem et latronem, luce occidi vetant XII tabulae; cum intra parietes tuos hostem certissimum teneas 'NISI SE TELO DEFENDIT' inquit, etiam si cum telo venerit, nisi utetur telo eo ac repugnabit, non occides. Quod si repugnat, 'ENDOPLORATO', hoc est conclamato, ut aliqui audiant et convenient. Quid ad hanc clementiam addi potest, qui ne hoc quidem permiserint, ut domi suae caput suum sine testibus et arbitris ferro defendere liceret?

„Naopak, ty zákony, které jsi četl, především... dokazují, že si naši předkové přáli, aby člověk zabit nebyl, ledaže to bylo zcela nevyhnutelné... Zákon 12 desek zakazuje zabit zloděje, tj. lupiče a loupežníka, ve dne, i když jej, zcela zjevného nepřítele, chytíš uvnitř tvých zdí, ‚LEDAŽE SE BRÁNÍ SE ZBRANÍ‘ říká zákon; i kdyby přišel se zbraní, nemůžeš jej zabit, ledaže jí použije a klade odpor. Proto pokud klade odpor, ‚ENDOPLORATO‘, tj. křič tak, aby tě ostatní slyšeli a aby se sešli. Co více můžeme říci k tomuto mírnému postoji, kdy člověku nebylo dovoleno bránit svůj vlastní život v jeho vlastním domě beze svědků a rozhodčích?“

Uvedený dialog Cicera s L. Quintiem nám poskytuje poměrně dost indicií, ze kterých můžeme dovodit podobu předmětného ustanovení Zákona 12 desek. Jak totiž Cicero sám říká ve svých *Zákonech* (2.23.59), vzdělanci jeho doby se ustanovení tohoto zákona učili „jako povinnou básničku“ (*ut carmen necessarium*). Není tedy pochyb o tom, že citace uváděné Cicerem odpovídají skutečnému znění předmětného ustanovení.

Když tedy odstraníme všechny vysvětlivky Cicerem přidané, zůstane pár slov pocházejících z textu zákona, a to:

*LUX ... SI (nebo NISI) SE TELO DEFENDIT ...
ENDOPLORATO.*

„ZA SVĚTLA ... POKUD SE BRÁNÍ SE ZBRANÍ ...
ENDOPLORATO.“

Nemůžeme s určitostí říci, zda-li hypotéza uvedeného ustanovení zněla „brání-li se zbraní“ či „ledaže se brání se zbraní“. První z možností se však zdá mnohem pravděpodobnější. Uvedené ustanovení by pak mohlo mít stejnou formu jako ustanovení o krádeži noční, jehož znění se nám zachovalo celé.¹⁹² Dokonce by je mohlo i doplňovat. Jeho znění by tak mohlo být přibližně následující:

*LUX FURTUM FACTUM SIT, SI SE TELO DEFENDIT, SI IM
OCCISIT IURE CAESUS ESTO.*

„KRADE-LI ZA SVĚTLA, BRÁNÍ-LI SE ZBRANÍ, A JE-LI
ZABIT, JE ZABIT PRÁVEM.“

Tímto jsme tedy rekonstruovali první část uvedeného ustanovení. Jak si však vysvětlit druhou část, pojednávající o *endoplorato*, jež se zdá být nezbytnou podmínkou uplatnění této svépomoci?

Viděli jsme výše, že sám Cicero vykládá pojem *endoplorare* jako „křičet tak, aby to ostatní slyšeli a aby se sešli“ (*conclamare, ut aliqui audiant et conveniant*). V podobném duchu tento termín vykládá i Festus (*endoplorato*):

*Endoplorato implorato, quod est cum questione inclamare:
implorare namque est cum fletu rogare, quod est proprie
vapulantis.*

¹⁹² *SI NOX FURTUM FACTUM SIT, SI IM OCCISIT, IURE CAESUS ESTO.* – “KRADE-LI V NOCI A JE-LI ZABIT, JE ZABIT PRÁVEM“ (Macrobius, *Sat.*, 1.4.19).

„*Endplorato* znamená *implorato*, tj. s křikem si stěžovat: neboť *implorare* znamená s pláčem žádat, což se stává zejména těm, kteří jsou bití.“

Z výše uvedeného se překlad slova *endplorare* zdá být jasný: s křikem se obracet na ostatní se stížností. Jaký je však úkol ostatních, když slyší stížnost poškozeného? Řada autorů vykládá tuto výzvu jako žádost o pomoc.¹⁹³ Znamená to však, že se jednalo jen o pomoc fyzickou, jejímž cílem bylo zabít zloděje?

V této souvislosti nacházíme v *Digestech* (9.2.4.1) citát, ve kterém Gaius vykládá předmětné ustanovení poněkud odlišně:

Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdum autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequè cum clamore testificetur.

„Zákon 12 desek dovoľoval komukoli zabít zloděje, který byl chycen v noci, ovšem za předpokladu, že křikem přivolá svědky; navíc dovoľuje zabít zloděje ve dne, pokud je chycen a brání se se zbraní, rovněž ovšem za předpokladu, že křikem přivolá svědky.“

Zde tedy vidíme, že přivolání občané neměli ani tak roli pomocníků, jako spíše roli svědků. Ostatně i Cicero (*Tull.*, 10.50) mluví ve své obhajobě o *testis* a *arbitris*, bez nichž se nemůže osoba ve svém domě bránit. Tato skutečnost napovídá, že zloděj kradoucí ve dne a bránící se se zbraní mohl být sice osobou poškozenou zabít, bylo však zapotřebí, aby přivolal svědky či se alespoň o to pokusil. Jen tak mohl poškozený unést důkazní břemeno a jinak protiprávní čin před zraky ostatních obhájit.

Aniž bychom tedy znali přesné znění ustanovení Zákona 12 desek týkající se „krádeže denní se zbraní“, zmínky, které o něm nacházíme ve spisech římských gramatiků a právníků, poskytují dostatečné informace o jeho obsahu. Na první pohled vidíme, že na rozdíl od krádeže noční, při které měl poškozený právo zabít zloděje bez ohledu na to, zda svůj čin páchal se zbraní či ne, při krádeži denní se poškozenému tohoto práva dostávalo pouze

¹⁹³ Srv. např. Yongův překlad Cicerova *Pro Tullio* (1856) či překlad Skřejpkův (2001, 43).

v případě, kdy zloděj zbraň u sebe měl a touto zbraní se bránil, a mohl-li někdo tuto skutečnost dosvědčit.¹⁹⁴ Nebyly-li tyto podmínky splněny, poškozený toto právo ztrácel.

3. Krádež zjevná

Výše jsme se seznámili se dvěma nejzávažnějšími druhy krádeže, které římské archaické právo upravovalo, s krádeží spáchanou v noci (*nox furtum*), a krádeží spáchanou ve dne se zbraní (*lux furtum cum telo*). Viděli jsme, že míře jejich závažnosti odpovídal i trest, který jejich pachatele mohl postihnout: poškozený měl právo zloděje chyceného při činu namístež zabít.

Jinak tomu však bylo, pokud byl zloděj sice při činu chycen, avšak jeho skutek nenaplňoval znaky činů výše uvedených, tj. ani jej nespáchal v noci, a ani se při něm nebránil zbraní. Pro takový čin se mezi římskými právníky vžil pojem „krádež zjevná“ (*furtum manifestum*). Poslechněme si, co o ní říká Gellius (*NA*, 11.18.8):

Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; servos item furti manifesti prenos verberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros inpuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri.

„Ale ostatní zloděje dopadené při činu, kteří spáchali krádež za světla a nebránili se zatčení, přikázali (decemvirové), byli-li svobodní, zbičovat a přiřknout (*verberari addicique*) tomu, u koho kradli; otroky přistižené při činu zbičovat a svrhnout ze skály; avšak nedospělé děti nařídili podle prétorova uvážení zbičovat a nahradit škodu.“

¹⁹⁴ V citovaném úryvku nás možná zarazí, že Gaius uvádí podmínku přivolání svědků i při krádeži noční. Tato podmínka je však s největší pravděpodobností interpolací a v Zákoně 12 desek uvedena nebyla. Pro tuto hypotézu svědčí jak skutečnost, že ostatní antičtí autoři ji neuvádějí, tak faktická obtížnost jejího spínění. Zatímco u krádeže denní nečiní zpravidla poškozenému větší problém dovolat se v okolí se vyskytujících svědků, při krádeži noční se šance, že křik poškozeného někdo uslyší a přijde na pomoc značně snižuje. Zdá se tedy zcela logické, že podmínky uplatnění svépomoci při krádeži noční byly v tomto ohledu mírnější a účast svědků při obraně vlastnickova majetku vyžadována nebyla.

Zde vidíme, že trest hrozící zloději „zjevnému“ je o poznání mírnější, než ten, který hrozil zloději „nočnímu“ či „ozbrojenému“. Smrt zloději „zjevnému“ hrozila pouze v případě, že byl otrokem. Byl-li však osobou svobodnou, mohl být pouze zbičován a přiřčen (*addictio*) poškozenému. V případě osoby nezletilé jsme zde svědky institutu, se kterým jsme se setkali již výše: noxální žaloby. Podobně jako u noční krádeže plodin, i zde mohly být následky odpovědnosti otce rodiny zmírněny v důsledku prétorova uvážení na pouhé zbičování hříšníka a jeho vydání poškozenému či nahrazení škody.¹⁹⁵

Zjevný zloděj, byl-li zletilý a svobodný, měl tedy být podle Zákona 12 desek zbičován a přiřčen poškozenému. Co si můžeme pod tímto „přiřčením“ (*addictio*) představit?

Sám Gellius poskytuje odpověď na jiném místě *Atických nocí* (20.1.7), které jsme již citovali výše. V předmětném úryvku Sextus Caecilius Africanus hájí před filosofem Favorinem římské zákony těmito slovy:

Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? Nisi duram esse legem putas, ... quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitatem tradit.

„Kde v tomto zákoně (12 desek) nacházíš tvrdost, kterou mu vyčítáš? Chceš mluvit o ustanovení, které... ‚zjevného‘ zloděje činí otrokem (*in servitatem tradit*) toho, jehož odkradl?“

Z výše uvedeného se zdá, že na základě *addictio* se zjevný zloděj stával otrokem poškozeného.

Pochybnosti do uvedeného výkladu však vnáší informace, které se nám dostává od Gaia (3.189):

Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat; utrum autem servus afficeretur ex addictione, an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant.

¹⁹⁵ Právě takto je třeba podle mého názoru chápat slovní spojení *noxiamque ab his factam sarciri*. Dle mého názoru se nejedná pouze o možnost uhrazení náhrady škody, ale rovněž o možnost vydání pachatele samotného jako u jiných noxálních žalob. Srv. k tomu též Gaius, 4.75nn.

„Podle Zákona 12 desek stíhal zjevnou krádež trest hrdelní: neboť svobodný člověk býval po zbičování přiřčen tomu, koho okradl. Staří se však neshodovali v názoru, zda se přiřčením stával otrokem (*servus*), anebo zda se dostával do postavení člověka přisouzeného (*adiudicati loco*).“

V citovaném úryvku Gaius říká, že v minulosti existoval mezi římskými právníky spor, zda svobodný občan v důsledku *addictio* ztratil svou svobodu a občanství, podstoupil velkou kapitisdeminuci (*capitis deminutio maxima*) a stal se otrokem, či zda si svou svobodu a občanství zachoval a jeho postavení bylo rovno postavení člověka odsouzeného (*iudicatus*) Gaiovy doby.

Dle Huvelina (1915, 368) není tento spor ničím jiným, než sporem mezi zastánci starší a novější právní úpravy. Zatímco v dobách starších byl zjevný zloděj bez dalšího „přiřčen“ (*addicere*) prétozem poškozenému a stal se jeho otrokem, došlo časem ke zmírnění tohoto trestu v tom směru, že zloděj již neodpovídal za svůj čin svým „hrdlem“ (či „hlavou“), nýbrž pouze svým majetkem. V důsledku této nové právní úpravy tak již nepodstupoval velkou kapitisdeminuci (*capitis deminutio maxima*), nýbrž si svou svobodu a občanství zachoval.

Toto vysvětlení je ostatně plně v souladu se zprávou, kterou o dalším vývoji tohoto trestu podává Gaius (3.189):

Sed postea inprobata est asperitas poenae et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est.

„Později byla však příkrost trestu odmítnuta a jak proti osobě otroka, tak proti osobě (pachatele) svobodného zavedl prétořský edikt žalobu na čtyřnásobek.“

Z výše uvedeného vidíme, že prétoř změnil způsob trestání zjevné krádeže a to tak, že místo „hrdelního trestu“ zavedl žalobu na čtyřnásobek (*actio quadrupli*) hodnoty odcizené věci. Přesná doba této změny nám není známa, nicméně se tak patrně stalo ke konci republiky.¹⁹⁶

¹⁹⁶ Ještě Cato Starší (234 – 149 př. n. l.) byl údajně svědkem toho, že ti, kteří spáchali krádež, trávili své životy spoutáni provazy a okovy (Gellius, *NA*, 11.18.18). Dlužníkům *ex delicto* se tak dostalo osobní svobody o více

Bylo by však chybou se domnívat, že prétorova žaloba spadla z čistého nebe. Pravděpodobnějším se zdá, že byla výsledkem již dříve ustálené praxe, kdy mezi zjevným zlodějem a poškozeným docházelo k narovnání. Vždyť není nijak těžké si představit, že zloděj, aby předešel svému zotročení, nabídl začasťe poškozenému peněžitou částku, aby svůj čin odčinil. Zákon 12 desek přitom patrně takové narovnání umožňoval nejen před vynesením rozsudku a přiřčením zloděje poškozenému, ale i po něm. Alespoň tak lze dle mého názoru chápat jeho následující ustanovení:

*REM UBI PACUNT, ORATO. NI PACUNT, IN COMITIO AUT
IN FORO ANTE MERIDIEM CAUSSAM COICIUNTO. COM
PERORANTO AMBO PRAESENTES.*

„POKUD SE DOHODNOU O VĚCI, AŤ TO OHLÁSÍ.
NEDOHODNOU-LI SE, AŤ PŘED POLEDNEM
PŘEDNESOU SPOR NA SHROMAŽDIŠTI LIDU NEBO NA
TRŽIŠTI. AŤ JSOU OBĚ STRANY PŘÍTOMNY.“ (Pseudo-
Cicero, *Her.*, 2.13.20)

A dále:

*...QUIS ENDO EO IN IURE VINDICIT, SECUM DUCITO,
VINCITO AUT NERVO AUT COMPEDIBUS, XV PONDO, NE
MAIORE, AUT SI VOLET MINORE VINCITO... Erat autem ius
interea paciscendi, ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis
dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis cotinuis ad
praetorem in comitium producebantur, quantaequae pecuniae
iudicati essent, praedicabatur. Tertis autem nundinis capite
poenas dabant, aut trans Tiberim peregre verum ibant.*

„...NEZARUČÍ-LI SE NĚKDO ZA NĚJ NA SOUDĚ, AŤ HO
ODVEDE S SEBOU, SPOUTÁ BUĎ PROVAZEM NEBO
OKOVY O VÁZE 15 LIBER, NE TĚŽŠÍMI, NEBO, POKUD

než 200 let později než dlužníkům *ex contractu*, kteří nemohli být zotročeni už od vydání zákona Poetilia Papiria 326 př. n. l. Srv. k tomu Livius, 8.28.

BUDE CHTÍT, LEHČÍMI... Bylo však právem dovoleno, aby se v té době dohodli, pokud se nedohodli, byli drženi v poutech 60 dnů. Během této doby byli po tři po sobě následující trhové dny předváděni před prétora na shromaždiště lidu a bylo vyhlašováno, k jaké části byli odsouzeni. Při třetím trhovém dnu byli trestáni na hrdle nebo prodáváni za Tiberu do ciziny.“
(Gellius, *NA*, 20.1.45nn)

Oba uvedené úryvky jsou důkazem, že mezi zlodějem a poškozeným mohlo dojít ke smírnému vyřešení věci tím, že se zloděj sám či s pomocí jiných vykoupil, a to nejen před vynesením rozsudku, ale dokonce i 60 dní poté.¹⁹⁷ Teprve po uplynutí této doby mohl poškozený zloděje zotročit (*capite poenas dare*) nebo jej prodat za Tiberu do ciziny.¹⁹⁸ Zlodějovi věřitelé si následně mohli rozdělit všechnen jeho majetek.¹⁹⁹

V této souvislosti stojí za povšimnutí institut „ručitele“ (*vindex*), o kterém se zmiňuje posledně citované ustanovení Zákona 12 desek. Dle tohoto ustanovení může ručitel zabránit odvedení zloděje poškozeným a všem následkům s tím spojenými. V čem konkrétně však spočívala jeho úloha? V ustanovení se říká, že tento ručitel „vindikoval“ (*vindicat endo eo*). Řada romanistů si tento pojem vysvětluje tak, že *vindex* vstoupil do řízení namísto zloděje a pokračoval v řízení s poškozeným.²⁰⁰ Dle mého názoru je však tento pohled správný jen částečně. Správný v tom smyslu, že *vindex* vstupoval do existujícího právního vztahu opravdu namísto zloděje, a nikoli vedle něj, jak je tomu v případě ručitele dnešního.²⁰¹ Nesprávný pak

¹⁹⁷ Srv. k tomu též Ulpian (*Dig.*, 4.4.9.2): *Ergo et si potuit pro fure damnum decidere magis quam actionem dupli vel quadrupli pati, ei subvenietur.* – „Pokud tedy mohl narovnat škodu, jež jeho krádeží vznikla, místo toho, aby byl žalován na dvojnásobek nebo čtyřnásobek, buďž zachráněn.“

¹⁹⁸ Dle mého názoru je třeba pojem *capite poenas* vykládat jakožto „velkou kapitisdeminuci“ a nikoli „trest smrti“. Ostatně i Gaius se ve výše uvedeném úryvku (3.189) nabízí výklad pojmu *poena capitalis* buď jako „zotročení“ či „uložení povinnosti plnit“; nikoli „usmrcení“.

¹⁹⁹ Srv. ustanovení Zákona 12 desek (Gellius, *NA*, 20.1.47): *TERTIUS NUNDINIS PARTIS SECANTO. SI PLUS MINUSVE SECUERUNT, SE FRAUDE ESTO.* – „TŘETÍHO TRHOVÉHO DNE AŽ ROZSEKÁJÍ NA ČÁSTI. USEKNOU-LI SI VÍCE ČI MÉNĚ, AŽ JIM TO NEŠKODÍ.“ Že se v daném případě nejednalo o rozčtvrcení zloděje, jak se domnívali i Římané Gelliovy doby (*NA*, 20.1.48nn), ale pouze o jeho zotročení, se zdá být nejen z ekonomického hlediska logičtější (živý otrok je pro poškozeného výnosnější než otrok mrtvý), ale je i v souladu s výkladem Gaiovým (3.189). Vzhledem ke skutečnosti, že zloděj ztrácel svou právní subjektivitu, je zcela logické, že na jeho majetek byl vyhlášen jakýsi konkurz.

²⁰⁰ Srv. např. Huvelin 1927, I.139 a 339 či Monier 1947, I.148. K tomuto názoru je patrně vedl následující úryvek z Gaiovy Učebnice (4.21): *Nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere; sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat.* – „A nebylo dovoleno, aby odsouzený ruku odstrčil a sám se pomocí legisakce bránil; ale dával zástupce, který (potom) vedl spor jeho jménem.“ Dle mého názoru však předmětem *vindexovy* vindikace nebyla *causa* odsouzeného, nýbrž odsouzený sám.

²⁰¹ Ručení v dnešním slova smyslu je z pohledu člověka primitivního institutem velmi složitým. Prostá záměna dlužníků je mnohem jednodušší, i je pro ručitele se na první pohled tíživější. Skutečnost však patrně nebyla tak černá: jak uvidíme dále, ručitel zpravidla plnil věřiteli ihned a s dlužníkem jej pojilo příbuzenské pouto.

pokud jde o následky takového vstupu. K pochopení tohoto omylu si stačí uvědomit, že *vindex* vstupoval do hry až po vynesení rozsudku, bezprostředně před odvedením zloděje poškozeným. Z procesního hlediska by přitom bylo velmi nepraktické proběhlé soudní řízení znovu otevírat a začít je *de facto* nanovo. Toto řešení by nebylo výhodné ani pro stranu žalující ani pro stranu žalovanou, neboť výsledek řízení nového by byl patrně stejný. Navíc, domyšleno *ad absurdum*, by se účastník na straně žalované mohl měnit do nekonečna a soudní řízení by tak nemělo konce. Dle mého názoru se zdá být proto logičtější chápat uvedenou záměnu účastníků v rovině hmotněprávní, jakožto převzetí dluhu (privativní intercesi) svého druhu: vstup *vindexe* nic neměnil na výsledku soudního řízení, resp. na obsahu právního vztahu na jeho základě vzniklého; jedinou změnou byla záměna odsouzených.

Zde se však nabízí otázka: z jakého důvodu *vindex* dobrovolně vstupoval do postavení odsouzeného a vystavoval se tak riziku, že bude ztročen a přijde o všechny svůj majetek? Odpověď je nabíledni: stávalo se tak pouze v případech, kdy se mohl sám z uvedeného postavení vykoupit, mohl-li namísto uzavřít dohodu s poškozeným a tuto dohodu okamžitě splnit. Z povahy věci se tak muselo jednat o osobu dostatečně movitou, kterou navíc pojilo s poškozeným určité pouto důvěry, neboť právo jí nedávalo žádný prostředek, kterým by mohla po zloději zaplacené výkupné vymoci. Z tohoto důvodu se patrně zpravidla jednalo o osobu s pachatelem příbuznou.²⁰²

Tímto způsobem tedy Římané trestali „obecnou“ zjevnou krádež. Viděli jsme, že oproti krádeži noční (*nox furtum*) či krádeži denní se zbraní (*lux furtum cum telo*) byla trestána mnohem mírněji. Jejím pachateli již nehrozil trest smrti, nýbrž pouze ztročení, kterému bylo navíc možno předejít zaplacením výkupného.

Na vývoji institutu výkupného jsme zároveň mohli pozorovat, jak se měnilo chápání odpovědnosti zjevného zloděje za spáchaný čin. Podle staré právní úpravy za něj odpovídal osobně, svou „hlavou“ (*caput*), takže jeho odpovědnost byla neomezená. Po vydání prétorského ediktu už za své jednání odpovídal pouze svým majetkem, resp. tou jeho částí, jež odpovídala čtyřnásobku hodnoty věci.²⁰³

²⁰² Zákon 12 desek v tomto směru stanovil: *ADSIDUO VINDEXT ADSIDUUS ESTO; PROLETARIO [IAM CIVI] QUIS VOLET VINDEXT ESTO*. – „BOHATĚMU AŤ JE RUKOJMÍM BOHATÝ; PROLETÁŘI AŤ JE RUKOJMÍM KDOKOLI“ (Gellius, *NA*, 16.10.5).

²⁰³ Povinnost zloděje zaplatit čtyřnásobek hodnoty odcizené věci se tak dá chápat jako jakési dobrodíní. Proto také právo poškozeného jí odpovídající bylo nepromlčitelné. Srv. k tomu Gaius, 4.111: *Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione profisciscatur, perpetuo datur; et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit*. – „Také žaloba ze zjevné krádeže se dává bez časového omezení, i když má původ v jurisdikci prétora samého: a právem, protože namísto hrdelního trestu stanoví (jen) trest peněžitý.“

Touto obecnou skutkovou podstatou však výčet druhů zjevných krádeží nekončí. V následující kapitole se seznámíme s procedurou, v jejímž důsledku se krádež, která by byla jinak krádeží nezjevnou, považovala za krádež zjevnou.

4. *Quaestio lance licioque*

„Vyšetřování s mísou a provazem“, jak zní doslovný překlad slov *quaestio lance licioque*, budilo svým zvláštním názvem zájem již u starých Římanů. Tito si již v době klasické lámali hlavu, jak účel „mísy“ (*lance*) a „provazu“ (*licio*) vysvětlit a panovaly mezi nimi v této otázce značné rozpory. Zatímco u *Festa (lance et licio)* se dočítáme následující:

Lance et licio dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quaerere in domo aliena licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrum familiae aut virginum praesentiam.

„Starí říkali *lance et licio*, neboť ten, kdo šel do domu jiného hledat ukradený předmět, tam vcházel opásán provazem, a držel před očima mísu, kvůli přítomnosti matek rodin a panen.“

Gaius (3.193) oponuje takto:

Quid sit autem licium, quaesitum est. Sed verius est consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentur. Quae res (lex tota) ridicula est. Nam qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est, eo magis quod ita quaesita re et inventa maiori poenae subiciatur. Deinde quod lancem sive ideo haberi iubeat, ut manibus occupatis nihil subiciat, sive ideo, ut quod invenerit, ibi inponat, neutrum eorum procedit, si id quod quaeratur, eius magnitudinis aut naturae sit, ut neque subici neque ibi inponi possit. Certe non dubitatur, cuiuscumque materiae sit ea lanx, satis legi fieri.

„Bylo však sporné, jak rozumět výrazu „provaz“. Pravdě bližší je ale (zřejmě výklad), že je to druh ošacení, kterým by se zakryly nejnútnejší části těla. Celá ta záležitost je ovšem směšná: kdo totiž brání hledat oblečenému, ten bude bránit i nahému, a to tím spíše, že jej postihne vyšší trest; bude-li (ukradená) věc takto hledána a nalezena. Nařizuje-li zákon dále, že (hledající) má držet misku, je to buď proto, aby měl zaměstnány ruce a nic nepodstrčil, anebo proto, aby tam (na tu misku) položil, co najde: obojí je však zbytečné, hledá-li se věc tak veliká anebo takové povahy, že nemůže být ani podstrčena, ani (na misku) položena. Nejsou jistě pochybnosti, že zákonu bylo učiněno zadost, ať ta miska je z jakéhokoli materiálu.“

Zatímco tedy podle Festa uvedené předměty sloužily k zakrytí určitých částí těla hledajícího, Gaius tuto hypotézu pokládá za směšnou a domnívá se, že přinejmenším miska měla funkci jinou. Dle jeho názoru se jí používalo proto, aby hledajícímu svazovala ruce a ten při hledání nic nepodstrčil, či aby měl nalezenou věc v čem odnést. Avšak i o těchto funkcích nakonec sám pochybuje.

Dle mého názoru se však vedle výše uvedených zdůvodnění nabízí zdůvodnění jiné, mnohem přesvědčivější. Vychází totiž z životních podmínek společnosti, která tento institut vytvořila. O tom, že jde o institut velice starý přitom nemůže být sporu. Svědčí o tom nejen skutečnost, že v klasické době si jej římscí autoři neuměli nijak vysvětlit, ale i jeho značná formálnost, příznačná pro právní úkony primitivních národů. Můžeme se tak domnívat, že stáří *questia lance licioque* sahá do časů předřímských, tj. do časů, kdy hlavní obživou budoucích Římanů bylo pastevectví a největším majetkem tažné či stádové zvíře. Z tohoto pohledu se ukazuje provaz jako nezbytné vybavení poškozeného hledajícího jemu odcizený majetek zcela logické: nebyl ničím jiným než pomůckou k uvázání a odvedení zvířete. Pokud jde o misku, zde se domnívám, že můžeme souhlasit s Gaiem a usuzovat, že jejím účelem bylo odnesení předmětů menší velikosti, jakými byly např. zemědělské produkty.

Výše uvedenou hypotézu nepřímou potvrzuje i příběh o Tremelliovi Scrophovi, který uvádí Macrobius v *Saturnáliích* (1.6.30), se kterým jsme se již setkali výše. Tento příběh nám zároveň říká mnohé o samotném průběhu předmětného institutu. Podívejme se proto na něj ještě jednou:

Tremellius vero Scropha cognominatus est eventu tali. Is Tremellius cum familia atque liberis in villa erat. Servi eius, cum de vicino scropha erraret, subreptam conficiunt: vicinus advocatis custodibus omnia circumvenit, ne qua efferri possit: isque ad dominum appellat restitui sibi pecudem. Tremellius, qui ex vilico rem conperisset, scrophae cadaver sub centonibus conlocat super quos uxor cubabat: quaestionem vicino permittit. Cum ventum est ad cubiculum, verba iurationis concipit: nullam esse in villa sua scropham nisi istam, inquit, quae in centonibus iacet: lectulum monstrat. Ea facetissima iuratio Tremellio Scrophae cognomentum dedit.

„A nyní si povězme, jak Tremellius ke svému příjmení (*cognomen*) Scropha přišel. Tento Tremellius byl se svou rodinou a dětmi na svém statku. Když se k nim zatoulala sousedova svině (*scropha*), jeho otroci se k ní připlížili a zabili ji. Soused zavolal strážce, obklíčil dům tak, aby nic nemohlo být odneseno, a vyzval pána domu, aby mu vrátil jeho zvíře. Tremellius, který se dozvěděl o celé věci od vesničana, schoval mrtvé zvířete pod přikrývky, na nichž ležela jeho žena, a dovolil sousedovi vyšetřování (*quaestionem permittit*). Když tento přišel do ložnice, Tremellius se mu zapřísahal, že nemá ve svém statku jinou svini, ‘než tu, která leží v přikrývkách’ a ukázal mu postel. Tato velmi směšná přísaha dala Tremelliovi jméno Scropha.“

Přestože se v uvedeném příběhu nedozvídáme ničeho o míse a provazu, zdá se velice pravděpodobné, že se v něm jednalo o *quaestio lance licioque*. Je-li totiž uvedený příběh pravdivý a Tremellius Scropha skutečnou postavou žijící v 2. stol. př. n. l. (Huvelin 1915, 302), vyprávěl jej Macrobius s odstupem téměř 700 let a nebylo by tedy divu, kdyby mu některé detaily předmětné procedury unikly. Mimoto je i možné, že tyto detaily nepovažoval při vyprávění svého příběhu za důležité. Pro domněnku, že se o *quaestio lance licioque* jedná svědčí skutečnost, že sám Macrobius v textu používá pojem *quaestio*. Navíc vidíme, že předmětem je zvíře, byť ne tažné, a tedy předmět pro *quaestio lance licioque* typický.

Přestože tedy Macrobius neříká nic o přesném použití mísy a provazu, poskytuje nám nemálo informací o samotném průběhu vyšetřování. Z příběhu vidíme, že poškozený přivolá své sousedy, kteří mají plnit roli strážců (*custodes*) a obklíčí dům, aby ukradené zvíře nemohlo uniknout, vyzve obřadní formulí údajného zloděje, aby vydal zvíře, anebo umožnil prohledání (*quaestio*). Zloděj se v daném případě rozhodne zvíře nevydat a umožní prohledání svého domu.

Jak víme, hrdinu našeho příběhu zachránila před nalezením ukradeného zvířete lstivá přísaha, a svému trestu tak patrně uniknul. Přesto se však můžeme domnívat, že obvyklý běh věcí byl zpravidla opačný a hledající ukradený předmět s pomocí svých strážců našel. Jaký trest v takovém případě zloděje čekal?

Poslechněme si, co v souvislosti s *quaestio lance licioque* říká Gaius. V jeho *Učebnici* nacházíme v této souvislosti hned několik ustanovení. Nejprve je to ustanovení vysvětlující tzv. *furtum conceptum* (3.186):

Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa est. Nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti.

„*Furtum conceptum* se říká (tomu případu), když za přítomnosti svědků byla u někoho kradená věc hledána a nalezena. I když není zlodějem, připouští se totiž proti němu zvláštní žaloba která se nazývá *actio furti concepti*.“

Dále je to ustanovení o tzv. *furtum oblatum* (3.187):

Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit eaque apud te concepta sit, utique si ea mente data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum, qui dederit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta est, propria adversus eum, qui optulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblata.

„*Furtum oblatum* se říká (tomu případu), když ti někým byla ukradená věc přinesena a u tebe (potom) objevena, zejména

byla-li ti dána s úmyslem, aby byla objevena raději u tebe, než u toho, kdo ti ji dal. Tobě totiž, u něhož věc byla objevena, propouští se zvláštní, *actio furti oblati* nazývaná žaloba proti tomu, kdo věc přinesl, (a to) i když zlodějem není.“

A nakonec ustanovení o tzv. *furtum prohibitum* (3.188):

Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quaerere volentem prohibuerit.

„Je také *actio furti prohibiti*, (a sice) proti tomu, kdo by zabraňoval člověku, který chce hledat ukradenou věc.“

A k tomuto druhu žaloby Gaius dodává (3.192):

Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta; lex autem eo nomine nullam poenam constituit. Hoc solum praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.

„Na *furtum prohibitum* byla přetorským ediktem zavedena žaloba na čtyřnásobek, zákon však pro ten případ nestanoví trest žádný. Prikazuje jen to, aby člověk, který chce (ukradenou) věc hledat, hledal nahý, opásán provazem a s miskou v ruce. Jestli něco najde, jde podle příkazu zákona o krádež zjevnou.“

Z výše uvedeného vidíme, že s *quaestio lance licioque*, tj. s hledáním odcizené věci v domě jiného, byly v době Gaiově spojeny hned tři druhy žalob: *actio furti concepti*, směřující proti tomu, u něhož byla odcizená věc nalezena, *actio furti oblati* směřující proti tomu, kdo ji tam případně (bez vědomí uschovatele) ukryl, a konečně *actio furti prohibiti* směřující proti tomu, kdo se jakémukoli prohledání svého domu bránil.

Gaius k tomu dodává, že Zákon 12 desek *actio furti prohibiti* neznal a pojednával pouze o *quaestio lance licioque*. Dle Huvelína (1915, 51) je tato skutečnost důkazem, že

možnost odmítnutí prohlédání domu nepřipadala v době vydání Zákona 12 desek fakticky v úvahu: údajný zloděj by se vystavoval přesile vyšetřovatelů, tj. poškozeného a jeho „strážců“, jíž by jen těžko čelil. Zákon 12 desek tedy upravoval jen případ, kdy věc byla v domě zloděje nalezena, a o tomto případě se dovídáme, že byl trestán stejně jako krádež zjevná (*furtum manifestum*), tedy přičením (*addictio*) pachatele poškozenému. Teprve později byla prétozem vytvořena pro tyto případy zvláštní žaloba, *actio furti prohibiti*, na zaplacení pokuty ve výši čtyřnásobku.

Pokud jde o *actio furti concepti* a *actio furti oblati*, o nich nám sice Gaius (3.191n) říká, že byly zavedeny již Zákonem 12 desek. Nicméně dle názoru některých romanistů tomu tak patrně bylo až na základě prétozského ediktu.²⁰⁴ Ať tak či onak, stejně jako v případě *actio furti manifesti* a *actio furti prohibiti* bylo jejich účelem stanovit pevnou částku, s jejíž pomocí se mohl zloděj vykoupit a předejít tak přičení (*addictio*) poškozenému. Pokuta u obou druhů žalob dosahovala výše trojnásobku (Gaius, 3.191n, 4.173).

Opět jsme tak svědky odstupňování přísnosti trestu v závislosti na stupni nebezpečnosti protiprávního činu. Snížením pokuty u některých činů na trojnásobek prétoz reagoval na skutečnost, že ten, který vpustil vyšetřovatele dobrovolně do svého domu a u něhož byla ukradená věc nalezena (*furtum conceptum*), nemusel být nutně zlodějem věci, stejně tak jako ten, jehož z jejího přinesení tato osoba obvinila (*furtum oblatum*). Naopak ten, který vyšetřovatelům bránil ve vstupu do svého domu (*furtum prohibitum*) byl považován za zloděje a příslušela tedy proti němu žaloba ve výši maximální, tj. čtyřnásobku ceny odcizené věci.

Toto tedy byly jednotlivé druhy krádeže zjevné (*furtum manifestum*). Viděli jsme, že archaické římské právo v zásadě stavělo na roveň případy, kdy byl zloděj chycen na místě a případy, kdy zloděj sice na místě chycen nebyl, avšak věc byla u něj vzápětí nalezena. V očích archaického člověka byly tyto dva případy považovány za krádež zjevnou a trestány přičením (*addictio*) pachatele poškozenému, čemuž bylo později možno předejít zaplacením výkupného v dohodnuté či prétozem stanovené výši. Viděli jsme rovněž, že kromě obecné skutkové podstaty zjevné krádeže upravovalo toto právo dvě skutkové podstaty kvalifikované, krádež v noci (*nox furtum*) a krádež ve dne se zbraní (*lux furtum cum telo*). Společenská nebezpečnost těchto činů byla větší a poškozenému bylo v takových případech dovoleno zloděje zabít.

²⁰⁴ Např. Huvelin (1915, 53nn) tuto domněnku opírá o systematické zařazení pojednání o těchto dvou žalobách u Gellia (*NA*, 11.18) a Paula (*Sent.*, 2.31); v obou případech po pojednání o *actio furti manifesti*.

Vedle krádeže zjevné však ve starém Římě docházelo v nemenší míře k případům, kdy zloděj zřejmý nebyl, ke krádežím nezjevným (*furtum nec manifestum*). Právě tyto budou předmětem následujícího výkladu.

B. Krádež nezjevná

1. Krádež nezjevná

Poté, co jsme výše pojednali o různých typech krádeže „zjevné“ (*manifestum*), přísluší pojednat o krádeži „nezjevné“ (*nec manifestum*).

Co si však pod tímto pojmem představit? Sám Gaius (3.185) definuje krádež nezjevnou následovně:

Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quae diximus, intellegitur. Nam quod manifestum non est, id nec manifestum est.

„Co je krádež nezjevná lze pochopit z toho, co jsme řekli: to totiž, co není krádež zjevná, je krádež nezjevná.“

Gaius tedy ve své *Učebnici* vymezuje pojem nezjevné krádeže negativně: vše co není krádeží zjevnou, je krádeží nezjevnou. Pokud jde o krádež zjevnou, předkládá hned několik v jeho době existujících právních definic, z nichž se přiklání k definici následující (3.184):

Manifestum furtum ... quod dum fit, deprehenditur ... uero ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit, velut si in oliveto olivarum, in vineto uvarum furtum factum est, quamdiu in eo oliveto aut vineto fur sit; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit.

„Krádež zjevná je ... ta krádež, která je odhalena, když se páchá ... i ta, která je odhalena na místě, kde se páchá: jako když byly na olivovém poli ukradeny olivy, anebo na vinici hrozny a

zloděj (je odhalen), dokud ještě mešká na tom poli anebo na té vinici, anebo byla-li krádež provedena v domě, dokud ještě zloděj mešká v tom domě.“

Z uvedených definic krádeže zjevné tedy můžeme odvodit římskoprávní definici krádeže nezjevné: jedná se o krádež, která „není odhalena, když se páchá“ či „na místě, kde se páchá“. Jinými slovy: zatímco o krádeži zjevné můžeme mluvit, pokud je její pachatel dopaden při činu či v místě jeho spáchání a je tedy „zjevné“, že ji spáchal, při krádeži nezjevné není na první pohled zjevné, zda současný detentor odcizené věci byl i jejím zlodějem, neboť nebyl dopaden při činu ani v místě jeho spáchání.²⁰⁵ Z povahy krádeže nezjevné tedy plyne, že její objasnění je mnohem složitější než objasnění krádeže zjevné. Uvidíme ostatně dále, jak se tato skutečnost odrazila v průběhu soudního řízení a ve formě trestu.

Jakým způsobem tedy byla krádež nezjevná v římském archaickém právu upravena? Díky nepatrné Festově zmínce (*nec*) víme, že na ni pamatoval již Zákon 12 desek. Festus cituje část předmětného ustanovení následovně:

SI ADORAT FURTO, QUOD NEC MANIFESTUM ERIT.

Přestože se jedná pouze o malou část příslušného zákonného ustanovení, může nám podle mého názoru nemálo říci o povaze tohoto institutu. Pozornost si přitom v této souvislosti nepochybně zaslouží slovo *adorare*, jež se zpravidla překládá jako „modlit se“, „uctívat“ či „zbožňovat“ (Kábrt 2000, *adōrō*), tedy ve významu, který do kontextu krádeže příliš nezapadá. Jak si tedy toto slovo vyložit?

Z jiné zmínky Festovy (*adorare*) lze vytušit, že toto slovo mohlo mít původně i význam jiný:

Adorare apud antiquos significabat agere; unde et legati oratores dicuntur, quia mandata populi agunt.

²⁰⁵ Výjimku z této zásady tvoří případy, kdy je odcizená věc nalezena u detentora doma: v takovém případě se detentor považuje za zloděje zjevného a přísluší proti němu *actio furti prohibiti, concepti* nebo *oblati*. (3.186nn).

„*Adorare* znamenalo u starých *agere*; proto jsou vyslanci nazýváni také řečníky, protože vyřizují vzkaz lidu (*mandata populi agunt*).“

V této souvislosti si všimněme, že *agere mandata alicuius* zde není použito ve významu „vykonávat“ něčí pokyny či pověření, nýbrž ve významu „vyřizovat“, „sdělovat“ či „tlumočit“ něčí slova či vzkazy.²⁰⁶ Podobně jako v případě *adorare* se tedy jedná o ústní projev, který směřuje k někomu, přičemž tato adresnost je navíc zdůrazněna předponou *ad-*. Právě v tomto smyslu je dle mého názoru nutno chápat slovo *adorare* v kontextu krádeže: jakožto „oslovovat“ někoho, „obracet se řečí“ k někomu, či dokonce se jej „dovolávat“, „prosit“ nebo „žalovat“. Kořen *ōrō* přitom poukazuje na skutečnost, že tato forma sdělení je svým způsobem slavností, že se jedná o formu ritualizovanou.²⁰⁷

Adorare tedy poukazuje k ústnímu projevu, který je adresný. Kdo je však tímto adresátem? Dle mého názoru jím původně nebyl státní orgán, který by se posléze ujal vyšetřování. Takové vysvětlení se zdá velmi nepravděpodobné, neboť v počátcích římského státu byl jeho aparát zcela nepatrný a pokud je nám známo, jedinými státními vyšetřovateli byli *quaestores parricidii*, kterým příslušelo výhradně vyšetřování vraždy a nikoli krádeže.²⁰⁸ Mnohem pravděpodobnější se zdá, že tímto adresátem byli římscí občané, které poškozený žádal o pomoc při vypátrání zloděje. Takové oznámení pak mohlo vést k vyšetřování ve formě *quaestio lance licioque*, o kterém jsme se zmínili výše. Krádež, která se zpočátku zdála „nezjevnou“ (*nec manifestum*), se tak v důsledku vypátrání věci v domě (údajného) zloděje mohla stát krádeží „zjevnou“ (*manifestum*).

²⁰⁶ Podobným způsobem používá toto slovo i Ovidius v *Proměnách* (7.501nn): *Postquam congressus primi sua verba tulerunt, / Cecropidae Cephalus peragit mandata rogatque / auxilium foedusque refert et iura parentum / imperiumque peti totius Achaidos addit.* – „Po prvním setkání s králem a vzájemných projevech úcty / Vzkazy od Athénanů hned sděluje Kefalos králi, / Smlouvy s dovolává a o pomoc válečnou prosí, / Připojí pak, že běží zde o panství nad celým Řeckem.“ I v tomto úryvku Kefalos „sděluje vzkazy“ (*peragit mandata*).

²⁰⁷ Viz Ernout a Meillet 2001, *ōrō*.

²⁰⁸ Srv. Pompeius v *Digestech* (1.2.3.23): ... *quaestores* ..., *qui capitalibus rebus praessent* ... *appellabantur quaestores parricidii, quorum etiam meminit lex duodecim tabularum.* – „... kvestoři ..., kteří spravovali hrdelní soudnictví, ... se nazývali *quaestores parricidii*, o nich se zmiňuje také Zákon 12 desek.“ či Festus (*quaestores*): *Quaestores dicebantur, qui quaerent de rebus capitalibus, unde iidem etiam ... quaestores parricidii appellantur.* – „*Quaestores* se říkalo úředníkům pověřeným vyšetřováním ve věcech hrdelních, proto jsou tyto úředníci... nazýváni vyšetřovatelé vraždy příbuzného“; a (*parricidii*): *Parricidii quaestores appellabantur, qui solebant creari causa rerum capitalium quaerendarum. Nam parricida nin utique is, qui 'parentem occidisset', dicebatur, sed qualemcunque hominem indemnatum. Ita fuisse indicat lex Numae Pompilii regis his composita verbis: SI QUI HOMINEM LIBERUM DOLO SCIENS MORTI DUIT, PARRICIDAS ESTO.* – „*Parricidii quaestores* se říkalo vyšetřovatelům jmenovaným za účelem vyšetřování hrdelních žalob. Neboť otcovrahem se nenazýval pouze ten, kdo zabil svého příbuzného, ale též každého dosud neodsouzeného člověka. Ukazuje to zákon Numy Pompilia, který praví: JESTLIŽE NĚKDO ÚMYSLNĚ USMRTÍ SVOBODNÉHO ČLOVĚKA, JE VRAHEM.“

O osudu zloděje „nezjevného“, jenž se stal v důsledku *quaestio lance licioque* zlodějem „zjevným“, jsme již mluvili výše. Jaký však byl osud ostatních „nezjevných“ zlodějů, kteří byli dopadeni jinak než při činu či v místě jeho spáchání nebo v důsledku *quaestio lance licioque*?

Odpověď na tuto otázku můžeme najít u Catona Staršího (*Agr.*, pr.1), který na téma krádeže uvádí:

Maiores nostri sic habuerunt et ita in legibus posiverunt, furem dupli condemnari, feneratorum quadrupli. Quanto peiorem civem existimarint feneratorum quam furem, hinc licet existimare.

„Naši předkové měli tento pohled a zakotvili jej do svých zákonů: zloděje potrestat dvojnásobkem, lichváře čtyřnásobkem. Z toho můžeme usuzovat, za jak horšího spoluobčana považovali lichváře než zloděje.“

Z Catonova úryvku se dozvídáme, že bývalo zákony (tj. patrně Zákonem 12 desek) stanoveno, že zloději mají být potrestáni dvojnásobkem (*furem dupli condemnari*). Přestože z něj není patrné, jaký druh krádeže měl Cato namysli, můžeme se domnívat, že se jednalo právě o krádež nezjevnou. Z výše uvedeného totiž víme, že krádež zjevná byla trestána buď smrtí nebo přičtením (*addictio*), později pak, v důsledku činnosti prétorů, pokutou ve výši čtyřnásobku spáchané škody.²⁰⁹

Tuto domněnku ostatně potvrzuje i Gellius, který v *Atických nocích* (11.18.15) uvádí :

Aliis deinde furtis omnibus, quae "nec manifesta" appellantur, poenam imposuerunt dupli.

„Pokud jde o ostatní krádeže, kterým se říkalo ‚nezjevné‘, tyto se trestaly dvojnásobkem.“

²⁰⁹ Pokud se v případě zjevné krádeže mluví o dvojnásobku, je to jen v souvislosti se zvláštním případem krádeže spáchané spášením či posekáním úrody, které měla na svědomí osoba nedospělá (Plinius, *HN*, 18.3.12). Je přitom zřejmé, že osoby nedospělé se Catonův úryvek netýká.

A podobně i Gaius (3.190):

*Nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli
inrogatur, eamque etiam praetor conservat.*

„Na krádež nezjevnou uvaluje Zákon 12 desek trest
dvojnásobku, a také prétor jej zachovává.“

Uvedené úryvky tak napovídají, že krádež nezjevná byla nejpozději od dob Zákona 12 desek trestána (pouze) pokutou ve výši dvojnásobku vzniklé škody.²¹⁰ Již v této době tak nezjevnému zloději (na rozdíl od zloděje zjevného) nehrozila smrt ani okamžité přiřčení poškozenému; za svůj čin neodpovídal osobně, svou „hlavou“, nýbrž pouze svým majetkem, a to jen do výše dvojnásobku hodnoty odcizené věci.

Podobně jako v případě krádeže zjevné však nebylo vyloučeno, aby se obviněný s poškozeným ještě před soudním řízením dohodli.²¹¹ Obviněnému tak byla dána možnost, aby podání žaloby předešel a s poškozeným se vyrovnal mimosoudně.²¹² Mohl tak dojednat pokutu mírnější nebo se alespoň vyhnout nákladům se soudním řízením spojeným, jež, jak uvidíme dále, nebyly zrovna zanedbatelné.

Tímto způsobem tedy byla trestána krádež „nezjevná“, krádež, jejíž pachatel nebyl chycen při činu či v místě jeho spáchání, nýbrž až následně, a jejíž objasnění bylo touto skutečností značně ztíženo. Právě tato obtížnost nalezení skutečného pachatele doprovázená začasté i menší jistotou, zda se o skutečného pachatele opravdu jedná, byla patrně důvodem pro stanovení trestu mírnějšího, než byly tresty za krádeže „zjevné“. Poškozený z krádeže „nezjevné“ neměl právo domnělého pachatele zabít či žádat o jeho přiřčení. Co paměť

²¹⁰ Tento názor zastává většina romanistů. Několik editorů Zákona 12 desek došlo v této úvaze dokonce tak daleko, že se pokusili zrekonstruovat zbývající část ustanovení, jehož začátek se nám dochoval díky Festovi. V několika edicích Zákona 12 desek (Girard, Riccobono a další) se tak můžeme setkat s předmětným ustanovením v této podobě: *SI ADORAT FURTO, QUOD NEC MANIFESTUM ERIT... DUPLIONE DAMNUM DECIDITO.* – „POKUD ŽALUJE Z KRÁDEŽE, KTERÁ NENÍ ZJEVNÁ... AŽ URČÍ NÁHRADU ŠKODY DVOJNÁSOBKEM.“ Zmínění editoři se přitom nechávají zpravidla inspirovat úryvkem ze Zákona 12 desek, který nacházíme ve Festově definici pojmu „předmět sporu“ (*vindiciae*): *SI VINDICIAM FALSAM TULIT, SI VELIT IS ... TOR ARBITROS TRES DATO, EORUM ARBITRIO <REI ET> FRUCTUS DUPLIONE DAMNUM DECIDITO.* – „PŘINESE-LI FALEŠNÝ PŘEDMĚT SPORU, POKUD BUDE CHTÍT... USTANOVÍ TŘI ROZHODČÍ, PODLE JEJICH ROZHODNUTÍ... AŽ URČÍ NÁHRADU ŠKODY DVOJNÁSOBKEM VĚCI A VÝNOSU.“

²¹¹ Srv. úryvky citované výše v souvislosti s krádeží zjevnou: Pseudo-Cicero, *Her.*, 2.13.20; Gellius, *NA*, 20.1.45nn či Ulpian, *Dig.*, 4.4.9.2.

²¹² Tuto možnost narovnání potvrzuje Ulpian i na jiném místě (*Dig.*, 2.14.7.14): *Nam et de furto pacisci lex permittit.* – „Neboť zákon dovoluje v případě krádeže narovnání.“ A podobně i v konstituci císaře Diokleciana a Maximiana (*Cod.*, 6.2.13): *Post decisionem furti leges agi prohibent.* – „Zákony zakazují podat žalobu poté, co byla krádež narovnána.“

antických spisovatelů sahala, jeho jediným možným trestem byla pokuta, a to buď v dohodnuté výši či ve výši soudem stanovené, tedy v maximální výši dvojnásobku hodnoty odcizené věci.

Mimo této obecné skutkové podstaty „nezjevné“ krádeže však římské archaické právo znalo i skutkové podstaty zvláštní: zpronevěru poručníka či uschovatele a krádež „vestavěného dřeva“ (*tignum iunctum*). Podívejme se tedy na tyto zvláštní skutkové podstaty jednu po druhé.

2. Zpronevěra

Výše jsme uvedli, že hlavním znakem nezjevné krádeže byla skutečnost, že její pachatel nebyl dopaden při činu či v místě jeho spáchání, a nebylo tedy zcela zřejmé, zda byl opravdu tím, kdo věc odcizil. K odcizené věci se mohl dostat i nechtěně, bez vlastní vůle a zavinění. Možná, že právě tento znak byl tím, co tuto obecnou formu nezjevné krádeže stavělo, pokud se alespoň druhu a výše ukládaného trestu týče, na roveň jinému majetkoprávnímu deliktu – zločinu poručníka či opatrovníka „podezřelého“ ze zpronevěry svěřeného majetku (*suspecti crimen*). I poručník či opatrovník, jemuž byl dočasně svěřen rodinný majetek, totiž začasť tomuto úkolu nedostál, jak se patřilo, a to možná i bez svého zavinění či jen z nedbalosti. Za ztrátu či znehodnocení svěřené věci však přesto odpovídal, i když jen do výše dvojnásobku vzniklé škody.

O tom, že zpronevěra byla upravena již v Zákoně 12 desek, se nám v *Digestech* (26.7.55.1) dochovalo svědectví pocházející z pera právníka Tryphonina:

... si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur.

„Jestliže ... poručníci zpronevěří majetek poručence, je třeba, abychom uvážili, zda jsou zavázáni jednotlivě k celému plnění podle té žaloby, která je ze Zákona 12 desek poskytnuta proti poručníkům na dvojnásobek.“

V uvedeném úryvku se Triphoninus zmiňuje o zvláštní žalobě proti poručníkům (*adversus tutorem*), kteří okradli poručence. Všimněme si v této souvislosti, že jejich čin

nenazývá „zpronevěrou“, nýbrž mluví o „okradení“ (*fur*) poručníka. I přes tuto skutečnost se však můžeme domnívat, že Tryphoninus neměl na mysli obecnou skutkovou podstatu krádeže, nýbrž o skutkovou podstatu zvláštní, jejímž pachatelem mohou být pouze poručníci.

Z Ulpianovy zmínky v *Digestech* (26.10.1.1n) pak můžeme dovodit, že subjektem kvalifikovaným ke spáchání tohoto deliktu mohl být i opatrovník (*curator*):

Primum igitur tractemus, unde descendat suspecti crimen et apud quos postulari quis possit suspectus tutor vel curator, deinde quis et a quo et ex quibus causis removetur, deque poena suspecti. Sciendum est suspecti crimen e lege XII tabularum descendere.

„Nejprve tedy pojednejme o tom, jak tento trest podezřelého vzniká; před kým může být poručník či opatrovník žalován, že je podezřelý; a konečně, kdo může být odvolán, a kým, a z jakých důvodů; a jaký náleží trest náleží podezřelému. Je třeba vědět, že zločin podezřelého (poručníka či opatrovníka) je upraven Zákonem 12 desek.“

Z Ulpianova úryvku se dovidáme, že „podezřelým“ (*suspectus*) mohl být jak poručník tak opatrovník rodinného majetku. Shodně jako Triphoninus se i Ulpian domnívá, že na tento delikt pamatoval i Zákon 12 desek.

Třetí zmínku o této zvláštní skutkové podstatě nacházíme i v Ciceronově *De Oratore* (1.36.166n). Cicero, v úmyslu ukázat do jaké míry může práva neznalý advokát škodit zájmům svých klientů, v něm vypráví anekdotu, kterou slyšel od Quinta Mucia Scaevoly. Předmětem anekdoty byl spor dvou řečníků, Gnaea Octavia a Publia Plautia Hypsaea, kteří obhajovali své klienty před prétozem Marcem Liciniem Crassem. Plautius Hypsaeus, zastupující poručenec, žádal *plus petitio* (tj. více, než zákon připouštěl) a Gnaeus Octavius, místo aby jej nechal dát si vlastní gól, se ze všech sil snažil, aby tuto *plus petitio* neuplatnil.

"Potes igitur, "inquit Crassus"... oratores putare eos, quos multas horas expectavit, cum in campum properaret, et ridens et stomachans P. Scaevola, cum Hypsaeus maxima voce plurimis verbis a M. Crasso praetore contenderet, ut ei, quem

defendebat, causa cadere liceret, Cn. autem Octavius, homo consularis, non minus longa oratione recusaret, ne adversarius causa caderet ac ne is, pro quo ipse diceret, turpi tutelae iudicio atque omni molestia stultitia adversarii liberaretur?"
"Ego vero istos," inquit - "memini enim mihi narrare Mucium - non modo oratoris nomine sed ne foro quidem dignos vix putarim." "Atqui non defuit illis patronis" inquit Crassus "eloquentia neque dicendi ratio aut copia, sed iuris civilis scientia: quod alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex in XII tabulis permiserat, quod cum impetrasset, causa caderet; alter iniquum putabat plus secum agi, quam quod erat in actione; neque intellegebat, si ita esset actum, litem adversarium perditurum.

„Můžete,“ říká Crassus, „...považovat za řečníky ty, jejichž hloupost rozesmála i rozhořčila Mucia Scaevolu do té míry, že se zdržel po několik hodin, přestože spěchal do komicií? Hypsaeus, který obhajoval poručenice před prétozem Marcem Crassem, nešetřil hlasem ani slovy a všemožně se namáhal, aby prohrál věc svého klienta. A také konzul Gnaeus Octavius chtěl v řeči neméně dlouhé za každou cenu zabránit tomu, aby protistrana prohrála a jeho klient byl díky její neobratnosti osvobozen od zúčtování svého ohavného poručnictví? Ne, ani zdaleka je nelze počítat mezi řečníky. Dokonce si i myslím, že by si nezasloužili sedět na lavici advokátů, a pamatují si, že Mucius Scaevola byl stejného názoru.“ – „Nicméně,“ dodal Crassus, „nebyla to ani výřečnost, ani argumentace, ani obratnost, která jim chyběla, nýbrž neznali občanské právo. První, dovolávající se Zákona 12 desek, požadoval více, než tento zákon připouštěl, a nemohl než prohrát. Druhý považoval za nespravedlivé, že protistrana žádala více, než co bylo v žalobní formulí, a neuvědomil si, že kdyby jí tak nechal učinit, spor by prohrála.“

V uvedeném příběhu tak nalézáme další příklad této zvláštní poručnické žaloby. Vidíme, že poručenec se na jejím základě mohl domáhat vůči svému poručníkovi zaplacení až dvojnásobku vzniklé škody. Pokud žádal více, se zlou se potázal; nedostal ničeho. Tak přísná byla pravidla římského archaického procesu.

Vedle této poručnicko-opatrovnické žaloby se ve starém Římě setkáváme ještě s jednou žalobou, jež je jí svou povahou velice blízká: žalobou proti schovateli věci. Zprávy o ní se nám dostává od Paula, který ve svých *Sententiae* (2.12.11) říká následující:

Ex causa depositi lege 12 tabularum in duplum actio datur...

„Ze smlouvy o úschově je Zákonem 12 desek dána žaloba na dvojnásobek...“

Z Paulova úryvku se nedozvídáme nic víc, než že Zákon 12 desek upravoval žalobu proti schovateli a že se jí složitel mohl domáhat zaplacení pokuty ve výši dvojnásobku vzniklé škody. Druh i výše trestu pro schovatele byl tedy stejný jako v případě podezřelého poručníka či opatrovníka nebo nezjevného zloděje, a ve srovnání s tresty za krádež zjevnou poměrně mírný. Tato skutečnost nepochybně souvisí s tím, že škoda přičítaná těmto subjektům mohla vzniknout i z jejich nedbalosti či dokonce zcela bez jejich zavinění: jejich odpovědnost vyplývala pouze z jejich postavení schovatele, poručníka, opatrovníka či detentora věci. Z pohledu archaického člověka bylo tedy s nimi nakládáno nikoli jako s pachateli „zjevnými“, nýbrž pouze jako s pachateli „podezřelými“, a tomu odpovídala i výše trestu jim ukládaného.

Tímto způsobem tedy staří Římané trestali případy zpronevěry, tj. případy, kdy poškozenému (a jeho rodině) vznikla škoda na majetku v důsledku (i jen nedbalé) správy osobou pověřenou. Zpronevěra však nebyla jediným zvláštním druhem „nezjevné“ krádeže (*furtum nec manifestum*). Vedle ní se ještě setkáváme s případem krádeže tzv. „vestavěného dřeva“ (*tignum iunctum*).

3. Krádež *tignum iunctum*

Krádež „vestavěného dřeva“ (*tignum iunctum*) je další skutkovou podstatou, která byla v Zákoně 12 desek trestána pokutou ve výši dvojnásobku vzniklé škody. Tato charakteristika ji tedy řadí, vedle zpronevěry, do kategorie zvláštních případů „nezjevné“ krádeže. Podívejme se tedy, v čem spočívala nezjevnost v tomto případě.

S problematikou dřeva použitého při stavbě budovy či jako opěra na vinici jsme se setkali již výše, při pojednání o originárních způsobech nabytí vlastnictví. Tehdy jsme dospěli k závěru, že „vestavěné dřevo“ se na základě analogického použití zásady *superficies solo cedit* stávalo, jakožto přírůstek, součástí budovy či vinice, a tedy vlastnictvím jejich majitele. V důsledku této skutečnosti se vlastník „vestavěného dřeva“ nemohl dožadovat jeho vydání: podle Zákona 12 desek mu však příslušela žaloba na zaplacení dvojnásobku.

Připomeňme si tedy ještě jednou předmětná zákonná ustanovení. Části jeho doslovného znění se nám dochovaly díky gramatikovi Festovi, a to v souvislosti s definicemi dvou pojmů: pojmu *tignum* (*tignum*) a pojmu *sarpuntur vineae* (*sarpuntur vineae*):

Tignum non solum in aedificiis, quo utuntur, appellatur, sed etiam in vineis, ut est in XII: TIGNUM IUNCTUM AEDIBUS VINEAEVE ET²¹³ CONCAPIT NE SOLVITO.

Sarpiuntur vineae, id est, putantur, ut in XII: QUANDOQUE SARPTA, DONEC DEMPTA ERUNT.

„*Tignum* se říká nejen trámu, který používáme při stavbě domů, ale také tyči, která slouží jako opora vinné révy, jak čteme v Zákone 12 desek: DŘEVO VESTAVĚNÉ DO BUDOV ANEBO JAKO OPĚRA NA VINICI, POKUD SEBERE, AŽ NEVYTRHÁVÁ.“

Sarpiuntur vineae (prořezané révy) znamená jako v Zákone 12 desek: JEDNOU PROŘEZÁNY, DOKUD NEBUDOU ODSTRANĚNY.

Z Festem citovaných částí ustanovení Zákona 12 desek se tedy dozvídáme, že vlastníkově „vestavěného dřeva“ bylo zakázáno toto dřevo z budovy či vinice patřící jiné osobě, jež je „sebrala“ (*concapit*), vyjmout. Zatímco v případě budovy se můžeme domnívat, že tento zákaz platil po celou dobu jejího trvání, v případě vinice byl s největší

²¹³ Pravděpodobně *sei (=si) concapit* (Huvelin 1915, 83).

pravděpodobností časově omezen. Napovídá tomu totiž druhý z výše uvedených citátů, který hovoří o časovém intervalu mezi prořezáním vinice a odstraněním kolí (tj. zpravidla od března do listopadu).

Uvedené úryvky však nic neříkají o eventuelní náhradě škody, která vlastníkově „vestavěného dřeva“ příslušela. Vzniklou mezeru vyplňuje svědectví Ulpianovo (*Dig.*, 47.3.1.pr.):

Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare, ... sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem.

„Zákon 12 desek ani nedovoluje vytrhávat ukradené dřevo vestavěné do budov nebo jako opora na vinici, ani je vindikovat, ... ale proti tomu, kdo byl usvědčen ze zastavění, dává žalobu na dvojnásobek.“

A tuto informaci následně Ulpian (*Dig.*, 47.3.1.1) ještě upřesňuje:

Tigni autem appellatione continentur omnis materia, ex qua aedificium constat, vineaeque necessaria. Unde quidam aiunt tegulam quoque et lapidem et testam ceteraque, si qua aedificiis sunt utilia (tigna enim a tegendo dicta sunt), hoc amplius et calcem et harenam tignorum appellatione contineri. Sed et in vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur, ut puta perticae pedamenta.

„Pod pojem *tignum* se zahrnují všechny materiály, z nichž se staví dům, a vše potřebné pro vinici. Pročež někteří tvrdí, že taška, kámen, cihla a jiné materiály jsou při stavbě užitečné (jelikož slovo *tignum* je odvozeno od slovesa *tegendo*²¹⁴), jakož i vápno a písek, jsou zahrnuty pod tento název. Také v případě

²¹⁴ *Tegere* lze přeložit jako „kryt“, „přikryt“, ale též „chránit“. Srv. Ernout a Meillet 2001, *tegō*, Kábrt 2000, *tegō*.

vinice je vše potřebné obsaženo v tomto pojmu, jako například kůly a podpěry.“

Z výše uvedeného vidíme, že předmětného ustanovení Zákona 12 desek se mohl dovolávat nejen vlastník odcizeného dřeva ale též vlastník jakéhokoli jiného materiálu, který byl proti jeho vůli použit jiným při stavbě domu či při zakládání vinice. I on měl nárok na zaplacení dvojnásobku hodnoty odcizené věci.²¹⁵

Pojem *tignum* tedy zahrnoval jakýkoli stavební materiál. V důsledku této skutečnosti se v některých textech klasických právníků se slovem *tignum* ani nesetkáme. Jako například v následujícím úryvku Paulově (*Dig.*, 24.1.63):

De eo, quod uxoris in aedificium viri ita coniunctum est, ut detractum alicuius usus esse possit, dicendum est agi posse, quia nulla actio est, ex lege duodecim tabularum, quamvis decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent. Paulus notat: sed in hoc solum agi potest, ut sola vindicatio soluta re competat mulieri, non in duplum ex lege duodecim tabularum: neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est.

„Tam, kde věc patřící ženě je vestavěna do budovy jejího manžela takovým způsobem, že pokud odejmuta, může být jakkoli použita, nutno říci, že žena může podat žalobu podle Zákona 12 desek, jelikož neexistuje žaloba jiná; třebaže není pravděpodobné, že decemvirové měli na mysli osoby, které souhlasily, aby jejich věc byla spojena s budovou druhého. Paulus poznamenává, že v takovém případě ženě svědčí pouze reivindikační žaloba a nikoli žaloba na zaplacení dvojnásobku podle Zákona 12 desek; jelikož cokoliv je zahrnuto v budově s vědomím vlastníka, není ukradeno.“

²¹⁵ Že se pod pojmem *tignum* skrývalo nejen dřevo ale i jakýkoli jiný stavební materiál, potvrzuje též Gaius, s jehož svědectvím se v této věci můžeme setkat dokonce na čtyřech místech *Digest* (50.16.62, 41.1.7.10 a 10.4.7.pr. a 50.16.235.1). Za všechny zde uvedme alespoň jedno (50.16.62): "*Tigni*" appellatione in lege duodecim tabularum omne genus materiae, ex qua aedificia constanti, significatur. – „Slovem *tignum* se v Zákoně 12 desek nazývá jakýkoliv druh materiálu, z něhož se staví budovy.“

Přestože uvedený text nikde nezmiňuje slovo *fignum*, není pochyb, že se týká předmětného ustanovení Zákona 12 desek. Vidíme zde, že v klasické době toto ustanovení vyvolalo mezi právníky názorový rozkol. Zatímco jedna skupina tvrdila, že se vztahuje i na věci použité k výstavbě domu s vědomím jejich vlastníka, skupina druhá byla opačného názoru a tvrdila, že toto ustanovení na tento případ použít nelze: vlastník, který souhlasil, má nárok na vrácení vestavěné věci, lze-li ji dále použít, a nikoli na zaplacení dvojnásobku její hodnoty.

Při bližším pohledu zjistíme, že důvodem tohoto názorového rozkolu byla otázka, zda-li má případný souhlas vlastníka vestavěné věci vliv na kvalifikaci činu. Pokud jde o archaické právo, můžeme téměř s jistotou říct, že toto s postojem vlastníka vůbec nepočítalo: právní úkony se hodnotily čistě podle způsobu jejich vyjádření a k vůli jejich subjektu nebylo vůbec přihlíženo. Byla-li tak věc jedné osoby vestavěna do nemovitosti osoby druhé, a následně požadována zpět, mělo se automaticky za to, že s jejím vestavěním souhlas dán nebyl, a jednalo se tudíž o krádež. Římané si však uvědomovali, že tomu mohlo být i naopak: že stavitel s jejím vestavěním ve skutečnosti souhlas obdržel, ať už výslovně či mlčky, přestože o tom neměl žádné důkazy. Stavitel byl tedy podobně jako ostatní nezjevný zlodějovému zlodějem pouze „podezřelým“ a příslušela proti němu žaloba jen do výše dvojnásobku hodnoty vestavěné věci.

Tímto způsobem tedy staří Římané trestali případy krádeže nezjevné (*furtum nec manifestum*), tedy případy, kdy – na rozdíl od případů krádeže zjevné (*furtum manifestum*) – nebylo zcela zřejmé, zda „podezřelý“ zloděj je zlodějem skutečným. Viděli jsme, že římské archaické právo se při posuzování odpovědnosti těchto „podezřelých“ zlodějů vůbec nezabývalo zaviněním, nýbrž se ohlíželo pouze na výsledek. Jejich odpovědnost tak byla odpovědností ryze objektivní. Tato přísnost v posuzování však byla na druhou stranu vyvážena relativní mírností trestu za takový čin ukládaného.

Poté, co jsme pojednali o hmotněprávních aspektech trestněprávní ochrany vlastnického práva se v následujících kapitolách podíváme na její stránku procesněprávní, čili na způsob, jakým ve starém Římě docházelo k trestání pachatelů majetkoprávních deliktů.

C. Žaloba osobní

Někteří romanisté se domnívají, že nejstarší formou římského trestněprávního procesu, resp. způsobem, jakým se staří Římané domáhali svých vlastnických práv, bylo „vlození ruky“ (*manus iniectio*), „brání zástavy“ (*pignoris capio*) a případně i *quaestio lance licioque*. Dle jejich názoru se jednalo o svépomocné exekuční prostředky, k jejichž uplatnění nebylo zapotřebí zmocnění jakékoli státní autority (Huvelin 1927, I.131). Tento názor je však podle mého názoru nesprávný.

V případě *manus iniectio* se dle mého názoru stalo zavádějícím, že z Gaiovy *Učebnice* (4.21nn) není na první pohled zcela zjevné rozlišení dvou druhů „vlození ruky“; totiž toho, jež předcházelo soudnímu řízení a bylo součástí předvolání, *in ius vocatio*, nazývané Gaiem „čisté“ (*manus iniectio pura*), a toho, jež bylo prostředkem výkonu rozhodnutí, nazývané Gaiem „z rozsudku“ (*manus iniectio iudicati*) a „podle rozsudku“ (*manus iniectio pro iudicato*). V případě *manus iniectio pura* by se opravdu mohlo na první pohled zdát, že se původně jednalo o svépomocný exekuční prostředek, avšak Gaius sám říká, že „se žalovanému dovolovalo, aby ruku (žalobce) odstrčil a sám se pomocí legisakce bránil“ (4.24). Gaius přitom nikde neříká, že tomu v minulosti bylo jinak.

Pokud bychom přece jen připustili, že v minulosti existovala určitá svépomocná forma *manus iniectio*, proti němuž se nemohl žalovaný bránit u soudu, nejednalo se dle mého názoru o prostředek právní (*ius*). Žalobci se k výkonu jeho práva mohlo například dostat zmocnění ze strany samotné společnosti; takové zmocnění by však náleželo spíše do oblasti spontánního „mravu“ (*fas*). Dle mého názoru je však možné mluvit o právu teprve tehdy, když je jednotlivci dána možnost hájit svá práva proti vůli většiny, a to zpravidla před nějakou všem nadřazenou nebo aspoň uznávanou autoritou. Teprve v takovém okamžiku vzniká *ius*.

Podobně je třeba chápat i „zabrání zástavy“ (*pignoris capio*) (Gaius, 4.26nn). Dle mého názoru se v daném případě nejednalo o svépomocný exekuční prostředek, za jaký je často považován, nýbrž jen o způsob zajištění závazku. Zabráním zástavy nedocházelo ke konečnému uspokojení věřitele; věřitel pouze získal určitou jistotu, že jeho právo bude v budoucnu vykonatelné. Jinými slovy, věřitel se nemohl bez dalšího zmocnit majetku jiného, nýbrž musel i tak podat následně žalobu k soudu a svého práva se domoci soudní cestou.

O třetím institutu, který též bývá často pokládán za svépomocný exekuční prostředek, *quaestio lance licioque*, jsme již hovořili výše. Víme tedy, že se jednalo o prostředek k vypátrání zloděje. Na zloděje, který byl takto vypátrán, se hledělo jako na zloděje zjevného.

Z výše uvedeného rovněž víme, že zjevný zloděj byl trestán přičenením a později pokutou (výkupným) ve výši čtyřnásobku hodnoty odcizené věci a oba tresty byly ukládány soudně.

Dle mého názoru tak jediným zákonným způsobem, který v archaickém Římě vlastníkům umožňoval bránit svá práva, bylo sporné řízení soudní. V případě, kdy došlo k uplatnění vlastnického práva bez tohoto nalézacího řízení, tedy svépomocí, nemůžeme hovořit o postupu právním.

Již výše jsme řekli, že z hlediska způsobu obrany vlastnického práva rozlišovali Římané dvě základní situace: situaci, kdy se žalovaný dobrovolně podrobil soudnímu řízení, na výzvu žalobce dobrovolně dostavil k soudu s věcí (či její částí), jež byla předmětem sporu, a situaci, kdy se takto podrobit odmítl. Zatímco v prvním případě bylo možné, aby předmětem řízení byla pouze otázka vlastnictví věci, v případě druhém (kdy předmětem řízení nemohla být věc přímo) se předmětem řízení stávala samotná osoba žalovaného, který byl žádán, aby věc vydal nebo zaplatil náhradu škody. V tomto ohledu Římané rozlišovali mezi žalobami věcnými (*actio in rem*) a žalobami osobními (*actio in personam*).

O žalobě věcné jsme již pojednali výše, a víme tedy, že jejím účelem bylo nastolit právní jistotu ve vlastnických vztazích a předejít možným sporům. Měla tedy preventivní charakter. Charakter žaloby osobní je naproti tomu zcela odlišný. Uvidíme dále, že jejím účelem nebylo ani tak navrácení odcizené věci jejímu vlastníkovu jako spíše potrestání pachatele. V tomto smyslu má tato žaloba spíše reparační a represivní povahu.

O tom, jaké žaloby bude v tom kterém případě použito, však patrně rozhodovali účastníci sami, a to zejména žalovaný. Na něm totiž, jakožto na údajném detentorovi věci, bylo, zda bude mít v soudním sporu postavení žalovaného ze žaloby věcné či zloděje z žaloby osobní. V tomto smyslu je tedy třeba chápat i následující Gaiův (4.4) úryvek:

Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: SI PARET EOS DARE OPORTERE, quamvis sit etiam adversus haec actio, qua rem nostram esse petimus.

„A zřejmě jen z nenávisti ke zlodějům, aby totiž více žalobami byli více zavázáni, zavedlo se (pravidlo), že kromě pokuty dvojnásobku či čtyřnásobku jsou z titulu navrácení (ukradené) věci zloději vázáni také osobní žalobou VYJDE-LI NAJEVO,

ŽE MAJÍ POVINNOST DÁT, ačkoli proti nim je příslušná i žaloba věcná, kterou vymáháme, že (nějaká) věc je naše.“

Zde vidíme, že proti údajnému zloději bylo možné uplatnit jak žalobu věcnou (*vindicatio*) tak žalobu osobní: na zaplacení „pokuty“ ve výši dvojnásobku či čtyřnásobku hodnoty věci (*actio furti*) a na vrácení ukradené věci (*condictio rei furtivae*). O *condictio rei furtivae* přitom můžeme říci, že byla relativně pozdního data²¹⁶ a žalobci původně příslušel pouze nárok na zaplacení násobku hodnoty odcizené věci, nikoli však na vrácení věci samé.²¹⁷

Nejstarší osobní žalobou proti údajnému zloději věci byla tedy *actio furti*. Jaká byla její povaha?

Gaius (4.4) o *actio furti* říká, že zněla na zaplacení dvojnásobku či čtyřnásobku hodnoty věci. Z předchozí kapitoly přitom víme, že v době vydání Zákona 12 desek byla oprávnění žalobce daleko širší: podle způsobu odhalení pachatele mohl žalovat nejen na dvojnásobek či čtyřnásobek hodnoty věci, nýbrž též na její trojnásobek, a v případech krádeže zjevné (*furtum manifestum*) se mohl též původně domáhat i zbičování pachatele (jež nepochybně pro něj znamenalo morální zadostiučinění) či jeho přičení.

Podívejme se tedy, jakým způsobem žalobce svá práva uplatňoval.

Výše jsme uvedli, že osobní vlastnické žaloby předvídají případ, kdy se žalovaný nechce dobrovolně podrobit soudnímu řízení. Tato skutečnost však neznamená, že by řízení mohlo proběhnout v jeho nepřítomnosti. Z toho, co víme o právu primitivních společností, vyplývá, že jeho přítomnost před soudním orgánem byla naprosto nezbytná a její zajištění bylo výlučně v rukou žalobce.

Je přitom nepochybné, že předvedení žalovaného před soud proti jeho vůli představuje značné omezení jeho osobní svobody. Římské archaické právo proto za tímto účelem vytvořilo institut, jenž žalobci ukládal dodržet při předvádění žalovaného určitá pravidla a žalovaného chránil před případným násilným jednáním: *in ius vocatio*.

Z četných zpráv, kterých se nám o institutu *in ius vocatio* dostává, víme, že jej upravoval i Zákon 12 desek. V několika textech²¹⁸ se nám dokonce zachovalo přesné znění příslušných ustanovení. Tato zněla následovně:

²¹⁶ O této skutečnosti svědčí už její název: *condictio*. *Legis actio per conditionem* byla v Římě zavedena nejdříve v pol. 3. stol. př. n. l. zákonem Siliovým (pravděpodobně v souvislosti se zřízením institutu cizineckého préтора), a to původně jen pro pevně určené peněžité částky. V roce 149 př. n. l. byla zákonem Calpurniovým její působnost rozšířena na všechny pevně určené věci. Srv. k tomu Gaius, 4.17nn, Vančura 1912.

²¹⁷ Tato úprava byla pravděpodobně zavedena z praktických důvodů; k vypátrání kradené věci docházelo patrně jen zřídka.

²¹⁸ Pomponius Porphyrio, *ad Hor. Sat.*, 1. 9.76; Festus, *struere*; Gellius, *NA*, 20.1.24-25, 20.1.11, 20.1.30.

SI IN IUS VOCAT, [ITO], NI IT, ANTESTAMINO: IGITUR EM CAPITO. – SI CALVITUR PEDEMVE STRUIT, MANUM ENDO IACITO. – SI MORBUS AEVITASVE VITIUM ESCIT, [QUI IN IUS VOCABIT] IUMENTUM DATO. SI NOLET, ARCERAM NE STERNITO.

„VOLÁ-LI NA SOUD, [AŤ JDE], JESTLIŽE NEJDE, AŤ VEZME SVĚDKY: PAK AŤ HO ODVEDE. – ZDRÁHÁ-LI SE, ANEBO JESTLI UTÍKÁ, AŤ NA NĚJ VLOŽÍ RUKU. – JE-LI PŘEKÁŽKOU NEMOC NEBO STÁŘÍ, AŤ MU TEN [KDO VOLÁ NA SOUD] DÁ POTAH, NEBUDE-LI CHTÍT, NEMUSÍ HO DÁT.“

Z citovaných ustanovení můžeme vyčíst pravidla, podle kterých mohl být žalovaný předveden k soudu, neučinil-li tak na výzvu žalobce dobrovolně. Nezbytnou podmínkou předvedení byla především přítomnost svědků, kteří měli jednak dosvědčit, že se žalovaný nechtěl dostavit k soudu dobrovolně, a jednak zaručit, že se žalovanému nebude dít přehnané násilí. Byl-li pak žalovaný osobou nemohoucí, musel mu žalobce nabídnout potah a k soudu jej dovézt.

V této souvislosti stojí za pozornost ustanovení druhé, které žalobci umožňuje žalovaného odvést tím způsobem, že na něj „vloží ruku“ (*manum iacere*). Tento termín tak odkazuje k „zákonné žalobě“ *per manus iniunctionem*, o které jsme již hovořili výše. Poslechněme si, co o ní říká Gaius (4.21):

Per manus iniunctionem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, veluti iudicati lege XII tabularum. Quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: QUOD TU MIHI IUDICATUS (sive DAMNATUS) ES SESTERTIUM X MILIA, QUANDO NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILIUM IUDICATI MANUM INICIO, et simul aliquam partem corporis eius prehendebat.

„(Pomocí legisakce) *per manus iniectioem* se žalovalo rovněž v těch případech, kdy tuto formu žaloby stanovil nějaký zákon, například Zákon 12 desek při žalobě rozsudku (*iudicati*). Ta žaloba vypadala takto: kdo žaloval, pronášel slova PROTOŽE JSI Z ROZSUDKU POVINEN (či PROTOŽE JSI ODSOUZEN) (zaplatit) MI DESET TISÍC SESTERCIŮ PROTO JÁ – JELIKOŽ JSI NEZAPLATIL – PRO 10 TISÍC SESTERCIŮ Z ROZSUDKU VKLÁDÁM NA TEBE RUKU a přitom se chopil nějaké části dlužníkovy těla.“

Gaius tedy o *manus iniectio* říká, že jej bylo možné použít pouze v případě, kdy tak stanovil zákon a jako příklad uvádí *manus iniectio* „z rozsudku“ (*manus iniectio iudicati*), které povoloval Zákon 12 desek. K průběhu tohoto „exekučního“ *manus iniectio* dodává, že „nebylo dovoleno, aby odsouzený ruku odstrčil a sám se pomocí legisakce bránil; ale dával zástupce, který (potom) vedl spor jeho jménem. Kdo zástupce nedal, býval žalobcem odváděn domů a svazován pouty“. A nejinak tomu bylo i v případě výkonu práv vedlejších účastníků řízení, zejm. sponsorů, pro jejichž exekuční prostředek se ujal název *manus iniectio* „podle rozsudku“ (*pro iudicato*).

V souvislosti s předvoláním žalovaného však stojí za pozornost jiná forma *manus iniectio*, kterou Gaius nazývá „čistou“ (*pura*). K ní uvádí následující:

Ex quibus legibus et si quae aliae similes essent cum agebatur, manum sibi depellere et pro se lege agere. Nam et actor in ipsa legis actione non adiciebat hoc verbum PRO IUDICATO, sed nominata causa, ex qua agebat, ita dicebat: OB EAM REM EGO TIBI MANUM INICIO.

„Žalovalo-li se podle těchto zákonů (tj. Furiova a Marciova) anebo podle jiných podobných, dovolovalo se žalovanému, aby ruku (žalobce) odstrčil a sám se pomocí legisakce bálil. V legisakci sám neuváděl totiž žalobce slova PODLE ROZSUDKU, ale jmenoval pouze důvod, ze kterého žaloval a (potom) pravil toto: PROTO JÁ VKLÁDÁM NA TEBE RUKU.“

Zde vidíme, že „čistá“ *manus iniectio* se v mnoha směrech lišila od té, která se používala v exekučním řízení. Předně se při ní žalobce nemůže opírat o pravomocný rozsudek, nýbrž pouze o jím tvrzený „důvod“ (*causa*). Žalovaná strana se též nenazývá „odsouzeným“ (*iudicatus*), nýbrž „žalovaným“ (*reus*). A jelikož není odsouzeným, je jí dovoleno se bránit a „vloženou ruku“ odstrčit. Všechny tyto znaky „čistého“ *manus iniectia* tak dosvědčují, že se nejednalo o prostředek exekuční, nýbrž o prostředek sloužící k předvedení žalované strany před soud.

Předpokládejme tedy, že žalobce za přítomnosti svědků vložil ruku na žalovaného, vyslovil správně požadovanou formuli včetně domnělé *causy* a předvedl jej před soudní orgán.²¹⁹ Co se dělo dále?

Řekli jsme výše, že nejstarší osobní žalobou byla *legis actio sacramenti in personam*. Ze systematiky Gaiovy *Učebnice* vyplývá, že o ní pojednal jako o první, v paragrafu čtrnáctém a patnáctém knihy čtvrté. Předmětná část Veronského palimpsestu je však bohužel z velké části nečitelná a známe z ní jen pár posledních vět týkajících se druhé fáze soudního řízení (*apud iudicem*), jež však byla až pozdějšího data.²²⁰

V paragrafu šestnáctém, jenž se týká žaloby věcné (*legis actio sacramenti in rem*), nicméně Gaius na závěr pojednání o první fázi řízení (*in iure*) říká:

Deinde eadem sequebantur quae cum in personam agerentur.

„To, co následovalo dále, bylo úplně stejné, jako při žalobě osobní.“

Ze zmíněného úryvku lze dovodit, že přinejmenším závěrečná část (*apud iudicem*) řízení o žalobě věcné a žalobě osobní byla shodná. *A contrario* pak z něho plyne, že fáze předcházející (*in iure*) se musela nutně lišit, což ostatně odpovídalo i odlišné povaze jednotlivých předmětů sporu.

²¹⁹ Tímto soudním orgánem byl pravděpodobně zpočátku sám král, později pak zvláště k tomu určený úředník, *praetor*. Srv. k tomu např. Pomponius v *Digestech*: *Quod ad magistratus attinet, initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse*. – „Co se úředníků týče, není sporu o tom, že v počátcích obce náležela veškerá moc králům“. Cicero (*Rep.*, 5.2) připisuje tuto roli králi Numovi Pompiliovi.

²²⁰ Dle Dionýsia z Halikarnasu (*Ant. Rom.*, 4.25) došlo k vytvoření této druhé fáze soudního řízení za vlády krále Servia Tullia. Přestože se může jednat o anticipaci, je tento úryvek důkazem, že v archaických dobách byl římský soudní proces jednofázový.

Gaius však naštěstí není jediným, který o této žalobě podává zprávu. V textu Valeria Proba (*Notae*, 4.1)²²¹ se nám zachovala formule, kterou patrně žalobce vznášel na adresu žalovaného:

AIO TE MIHI DARE OPORTERE.

„PROHLAŠUJI, ŽE SE MNĚ MÁŠ POVINNOST VZDÁT.“

Uvedená formule nabízí několik výkladů. Někteří romanisté se domnívají, že se jedná pouze o zkrácenou verzi, ve které chybí předmět slovesa *dare*, jež je ve formě aktivní (rod činný). Dle jejich názoru tak žalovaný býval vyzván k tomu, aby „něco dal“.²²² Tento názor je z mého pohledu nesprávný. Nejenže se domnívám, že Valerius Probus by tento předmět do žalobní formule, byť příkladmo, uvedl, ale nasvědčují tomu i informace, které máme o nejstarší formě plnění z osobní žaloby. Viděli jsme totiž výše, že touto nejstarší formou plnění bylo původně „přířčení“ (*addictio*) samotného žalovaného. Žalovaný byl ze svého dluhu odpovědný osobně, svou „hlavou“, a nikoli svým majetkem. Je tedy zcela logické, že žalobce původně žaloval na vydání jeho samého. Teprve později, když se prosadila myšlenka výkupného, mohl žalobce žalovat na poskytnutí plnění. Z výše uvedeného víme, že tímto plněním byl násobek hodnoty věci a máme oprávněný důvod se domnívat, že tím nebyla myšlena pouze věc samotná, nýbrž též její plody (*fructus*).²²³ Žalobcova formule pak skutečně zněla na „dát něco“.

Žalobce tedy vyzval žalovaného k poskytnutí plnění. Žalovaný s takto vzneseným požadavkem mohl souhlasit a nárok žalovaného uznat; v takovém případě se stával „tím, kdo uznal dluh“ (*confessus*). K tomu docházelo patrně poměrně často v případě krádeže zjevné (*furtum manifestum*), kterou mohli zpravidla dosvědčit i přítomní svědci.

Žalovaný ale mohl i mlčet. Následky tohoto úkonu nám nejsou známy. Z poznámek Valeria Proba (*Notae*, 4.3)²²⁴ však vyplývá, že žalobce na něj reagoval těmito slovy:

QUANDO NEQUE AIS NEQUE NEGAS...

„KDYŽ ANI NEPOTVRZUJEŠ ANI NEPOPÍRÁŠ...“

²²¹ Citováno podle Lévy-Bruhl 1960, 84.

²²² Srv. např. Lévy-Bruhl 1960, 85n.

²²³ Srv. k tomu např. Gaius, 4.16 či Festus, *vindiciae*.

²²⁴ Citováno podle Lévy-Bruhl 1960, 87.

Přestože zbývající část formule neznáme, i tak se můžeme domnívat, že na žalovaného, který se nijak nebránil (*indefensus*) bylo hleděno jako na „toho, který dluh uznal“ (*confessus*), byť i jen mlčky.

A konečně mohl žalovaný žalobcův nárok výslovně odmítnout, jak tomu patrně bývávalo v případě krádeže nezjevné (*furtum nec manifestum*). Na tuto situaci reagoval patrně soudní orgán slovy (Valerius Probus, *Notae*, 4.5)²²⁵:

SINEGAT, SACRAMENTO QUAERITO.

„POKUD POPÍRÁ, ŽÁDEJ SÁZKU.“

Načež žalobce pronesl na adresu žalovaného (Valerius Probus, *Notae*, 4.2)²²⁶:

*QUANDO NEGAS SACRAMENTO QUINGENARIO TE
PROVOCO.*

„KDYŽ POPÍRÁŠ VYZÝVÁM TĚ K SÁZCE 500 ASSŮ.“

Žalovaný, a následně i žalobce, tedy následně „vsadili“ požadovanou částku a přísahali na svá tvrzení.²²⁷ Soudce poté přiřknul (*addicere*) právo jednomu z nich; doslova „pravil podle“ něj.²²⁸ V případě, že se prokázala vina žalovaného, stal se „odsouzeným“ (*iudicatus*): byl zbičován a přiřčen žalobci či odsouzen k zaplacení k pokuty ve výši dvojnásobku až čtyřnásobku hodnoty věci.

Jaký byl další osud odsouzeného? Žalobce měl v rukou pravomocné rozhodnutí soudního orgánu a mohlo by se zdát, že to mu dávalo dostatečné zmocnění, aby svůj nárok na odsouzeném vymohl. Opak je však pravdou. Podobně jako v případě předvolání, i v případě

²²⁵ Citováno podle Lévy-Bruhl 1960, 88.

²²⁶ Citováno podle Lévy-Bruhl 1960, 87.

²²⁷ O tomto pořadí přísah svědčí pojmy, které pro ně používá Gaius ve své Učebnici: mluví o „sponsi“ žalovaného a „re-stipulaci“ žalobce, přičemž předponou *re-* zde pravděpodobně míní jak zopakování jeho počátečního tvrzení, tak odpověď na tvrzení žalovaného.

²²⁸ Abstraktnějšího významu „přisoudit“ či „odsoudit“ nabyl pojem *addicere* až později, s postupným uvolňováním právního formalismu římského procesu. Srv. k tomu Festus (*addicere*): *Addicere est proprie idem dicere et adprobare dicendo; aliquid alicui adiudicare.* – „*Addicere* znamená ve vlastním slova smyslu říci to samé a tímto schválit; v jiném smyslu *addicere* znamená odsoudit.“ Shora citovaná etymologie slov „dát“, „praviti“ a „popraviti“ dává tušit, že podobným způsobem probíhal proces i v počátcích českých dějin. Srv. k tomu Machek 1997.

exekuce upravovalo starořímské právo svépomocný postup, který odsouzenému zaručoval, že nedojde k nepřiměřenému zásahu do jeho osobní svobody. O jeho důležitosti svědčí skutečnost, že byl též zachycen v Zákoně 12 desek. Poslechněme si tedy znění příslušných ustanovení, jak je cituje Sextus Caecilius Africanus v *Atických nocích* (Gellius, *NA*, 20.1.45):

AERIS CONFESSI REBUSQUE IURE IUDICATUS XXX DIES IUSTI SUNTO. – POST DEINDE MANUS INIECTIO ESTO. IN IUS DUCITO. – NI IUDICATUM FACIT AUT QUIS ENDO EO IN IURE VINDICIT, SECUM DUCITO, VINCITO AUT NERVO AUT COMPEDIBUS, XV PONDO, NE MAIORE, AUT SI VOLET MINORE VINCITO. – SI VOLET SUO VIVITO. NI SUO VIVIT, QUI EUM VINCTUM HABEBIT, LIBRAS FARRIS ENDO DIES DATO. SI VOLET PLUS DATO.

„TĚM, KTEŘÍ UZNALI DLUH A BYLI ŘÁDNĚ ODSOUZENI, BUDIŽ DÁNO ZÁKONNÝCH 30 DNŮ. – TEPRVE POTÉ BUDIŽ VLOŽENA RUKA. AŤ HO ODVEDE PŘED SOUD. – NESPLNÍ-LI ROZSUDEK A NEZARUČÍ-LI SE ZA NĚJ NA SOUDĚ, AŤ HO ODVEDE S SEBOU, SPOUTÁ HO BUĎ PROVAZEM NEBO OKOVY O VÁZE 15 LIBER, NE TĚŽŠÍMI, NEBO, POKUD BUDE CHTÍT, LEHČÍMI – JESTLIŽE CHCE, AŤ ŽIJE ZE SVÉHO, POKUD NEŽIJE ZE SVÉHO, AŤ TEN, KDO HO DRŽÍ V POUTECH, MU DÁVÁ KAŽDÝ DEN LIBRU MOUKY, POKUD CHCE, AŤ DÁVÁ VÍCE.“

Zde vidíme, že v případě rozsudku na plnění dával Zákon 12 desek odsouzenému pariční lhůtu v délce třiceti „spravedlivých“ dnů (*triginta dies iusti*) k jeho splnění. Teprve poté se stal rozsudek vykonatelným.²²⁹ Ani pak však oprávněný nemohl přikročit k výkonu rozhodnutí: musel na něj (opět) „vložit ruku“ a odvést jej před soud. Zde musel odsouzený

²²⁹ Tento postup se nicméně nevztahoval na rozsudek ukládající přičení odsouzeného, který byl z povahy věci vykonatelný okamžitě a odsouzenému nezbývalo nic jiného, než se namíste pokusit o dohodu s oprávněným ohledně výkupného.

svůj dluh okamžitě splnit či se nechat vykoupit tzv. ručitelem (*vindex*).²³⁰ Nestalo-li se tak, byl odveden oprávněným domů a držen v domácím vězení.

O dalším osudu odsouzeného říká Sextus Caecilius Africanus (Gellius, *NA*, 20.1.45nn) následující:

Erat autem ius interea paciscendi, ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis cotinuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertius autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant.

„Bylo však právem dovoleno, aby se v té době dohodli, pokud se nedohodli, byli drženi v poutech 60 dnů. Během této doby byli po tři po sobě následující tržní dny předváděni před prétoři na shromaždiště lidu a bylo vyhlašováno, k jaké částce byli odsouzeni. Při třetím tržním dnu byli trestáni na hrdle nebo prodáváni za Tiberu do ciziny.“

I po odvedení do domácího vězení nebyl osud odsouzeného zpečetěn. Měl dalších šedesát dnů k tomu, aby se s oprávněným dohodl. Zároveň byl každého tržního dne předváděn před prétoři, kde jej mohl kdokoli z vězení vykoupit. Nestalo-li se tak, byl třetího tržního dne „potrestán na hrdle“ nebo prodán do ciziny.

Tento „hrdelní trest“ vyvolával již v době Gelliově nemalé zděšení (*NA*, 20.1.48nn). Text Zákona 12 desek (Gellius, *NA*, 20.1.47) zněl totiž následovně:

TERTIIS NUNDINIS PARTIS SECANTO. SI PLUS MINUSVE SECUERUNT, SE FRAUDE ESTO.

„TŘETÍHO TRŽNÍHO DNE AŽ ROZSEKAJÍ NA ČÁSTI. USEKNOU-LI SI VÍCE ČI MÉNĚ, AŽ JIM TO NEŠKODÍ.“

²³⁰ O úloze ručitele bylo již pojednáno výše, v souvislosti s krádeží zjevnou (*furtum manifestum*).

Je sice pravdou, že Sextus Caecilius Africanus vykládá toto ustanovení jako rozčtvrcení povinného, dle mého názoru je lze však stejně dobře vykládat jako rozdělení jeho majetku. Viděno z této perspektivy, nebyl odsouzený trestán na hrdle, nýbrž podstupoval tzv. velkou kapitisdeminuci a stával se otrokem. Toto vysvětlení je nejen z ekonomického hlediska logičtější (živý otrok je pro poškozeného výnosnější než otrok mrtvý), ale je i v souladu s výkladem Gaiovým (3.189). Dle mého názoru se tak nejednalo o trest smrti, nýbrž o jednu z nejstarších forem konkurzu na majetek fyzické osoby.

Tímto způsobem tedy ve starém Římě docházelo k uplatnění vlastnického práva v případě, kdy se ten, kdo měl odcizenou věc ve své moci, dobrovolně nepodrobil soudnímu řízení, k soudu se dobrovolně nedostavil a předmětné věci se odmítal vzdát. Viděli jsme, že způsob tohoto uplatnění byl z velké části svépomocný: předvolání i výkon rozhodnutí byly *de facto* v režii žalobce, byť pevně regulovány ustálenými zvyklostmi a zákonnými ustanoveními. Role státu se omezovala pouze na rozhodování o merituu věci, a v případě, kdy odsouzený nesplnil dobrovolně, i na rozhodování o povolení výkonu rozhodnutí.

Viděli jsme též, že na rozdíl od žaloby věcné, kde žalovanému hrozila pouze ztráta věci, je újma odsouzeného plynoucí ze žaloby osobní mnohem citelnější, od přičknutí jeho samého po zaplacení několikanásobku hodnoty odcizené věci. Dle mého názoru to svědčí o tom, že žaloba osobní měla, na rozdíl od žaloby věcné, výrazně trestněprávní charakter a v době, kdy římský stát ještě nepřevzal dohled nad trestním soudnictvím, sloužila k trestání pachatelů majetkových trestných činů.

Závěr

V předkládané práci jsem se pokusila o popis institutu vlastnictví archaického Říma. Snažila jsem se přitom ukázat, že se zdaleka nejednalo o institut statický, nýbrž že se jeho povaha a obsah postupem času měnily.

Vývoj a vůbec i samotný vznik vlastnictví byl do značné míry dán změnami hospodářskými a společenskými. Viděli jsme, že společnosti lovecko-sběračské institut vlastnictví *de facto* neznají; vše, co uloví či nasbírají je určeno k okamžité a často i společné spotřebě. Teprve usazení a zdokonalení zemědělských technik lidem umožňuje vytvářet zásoby a bohatství, a tedy „předmět“ vlastnického práva. Spolu s „předmětem“ vlastnického práva přitom zároveň vzniká i jeho „subjekt“: dochází k individualizaci společnosti, její hierarchizaci a vzniku nadřazené autority – ke vzniku práva (*ius*).

Toto nově vzniklé právo je však zpočátku jen velmi slabé. Svědčí o tom, skutečnost, že jeho subjektem mohli být pouze jedinci silní, kteří byli schopni sebe a své vlastnictví ubránit, tedy dospělí příslušníci mužského rodu. Pouze „otcové rodin“ (*pater familias*) mohli být osobami „svéprávnými“ (*sui iuris*), pouze jim byla přiznána právní subjektivita. Ženy a děti byly z právního života vyloučeny; nezbyvalo jim, než se stát na nich závislými, stát se osobami cizího práva (*alieni iuris*).

Vlastnické právo přitom nebylo omezeno jen co do jeho subjektu. Stejně tak jako ne všechny osoby mohly být jeho subjektem, nemohly být jeho předmětem ani všechny věci. Viděli jsme, že okruh předmětu vlastnického práva byl zpočátku velmi úzký a omezoval se výlučně na věci movité, které bylo možné snadno uchopit a ubránit. Teprve s konečným usazením společnosti se předmětem vlastnictví stávají i věci nemovité. I nadále však vedle těchto věcí „v našem panství“ (*in nostro patrimonio*) zůstávala velká skupina věcí, jež podmaněna být nemohla, ať už z důvodů náboženských či politických: „věci mimo naše panství“ (*extra nostrum patrimonium*).

Viděli jsme rovněž, že ne každé věci, jež mohla být předmětem vlastnictví, byla poskytována stejná ochrana. Raně zemědělské společnosti zcela jasně rozlišovaly mezi věcmi pro ně nepostradatelnými, „věcmi mancipačními“ (*res mancipi*), a věcmi, bez nichž se mohly obejít, „věcmi nemancipačními“ (*res nec mancipi*). Zatímco pravidla pro nabývání a převod věcí nemancipačních byla velmi volná, nakládání s věcmi mancipačními podléhalo přísným regulím. K uvolnění těchto pravidel došlo až v důsledku rozvoje měst a obchodu, díky upevnění role práva ve společnosti.

Ruku v ruce s hmotněprávní ochranou vlastnického práva šla i ochrana procesněprávní. Svépomocné vymáhání nápravy majetkové újmy či silácký boj o to, kdo bude vlastníkem sporné věci, nahradily „zákonné žaloby“ (*legis actiones*) a soudní řízení. Vznikly tak žaloby dvou druhů: žaloby věcné, sloužící k vyjasnění majetkoprávních vztahů k věci, a žaloby osobní, sloužící k potrestání neoprávněného detentora věci a k nápravě vzniklé újmy. V souvislosti s osobní žalobou jsme přitom byli svědky posunu v pojetí odpovědnosti pachatele – od odpovědnosti „osobní“ k odpovědnosti „věcné“, jež je určující pro oblast občanského práva dodnes.

Tímto způsobem tedy došlo k vytvoření institutu vlastnictví a způsobů jeho ochrany. Institutu, jenž je základem dnešní civilizace a jejím neodmyslitelným předpokladem. Právě institut vlastnictví je totiž tím, co člověka zajišťuje do budoucnosti a umožňuje mu plánovat a investovat, a to nejen do hodnot materiálních, ale i hodnot nemateriálních: umění, vědy a vzdělání. Bez institutu vlastnictví by tak stěží došlo k velkým počínům lidstva, které dnes obdivujeme.

Dle mého názoru však nesmíme zapomínat i na odvrácenou stránku vlastnictví, která v dnešní době o sobě dává vědět čím dál silněji, totiž skutečnost, že nás odděluje od přírody, ze které pocházíme a na níž jsme, ať chceme či nechceme, závislí. Zajištění vlastnictvím tak ztrácíme povědomí o zranitelnosti nejen této přírody, ale i nás samých.

Poděkování

V souvislosti s touto prací bych chtěla poděkovat prof. JUDr. Michalu Skřejpkovi, DrSc. za poskytnutou důvěru, že jsem něčeho takového schopna, Univerzitě Karlově a Evropské unii, které mi umožnily odpoutat se na rok od pracovních povinností a začít se opět věnovat studiu, celé mé rodině, která našla pro tyto mé prázdniny pochopení a v neposlední řadě též doc. PhDr. Zdeňku Pincovi a prof. PhDr. Janu Sokolovi, CSc., Ph.D., bez nichž by pro mě badatelské dveře zůstaly nejspíš navždy zavřené.

Prof. JUDr. Michalu Skřejpkovi, DrSc. a prof. PhDr. Janu Sokolovi, CSc., Ph.D. pak zvláště děkuji za cenné rady a připomínky.

Literatura

Slovníky a encyklopedie

- Benveniste, E. (1969). *Vocabulaire des institutions indo-européennes I/II*. Paris: Les Editions de Minuit.
- Berger, A. (1953). *Encyclopedic dictionary of roman law*. Philadelphia: American Philosophical Society. Citováno s názvem hesla.
- Chantraine, P. (1999). *Dictionnaire étymologique de la langue grecque: histoire des mots*. Paris: Klincksieck. Citováno s názvem hesla.
- Cornu, G. (2005): *Vocabulaire juridique*. Paris: PUF. Citováno s názvem hesla.
- Ernout, A. a Meillet A. (2001). *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. Paris: Klincksieck. Citováno s názvem hesla.
- Kábrt a spol. (2000). *Latinsko-český slovník*. Praha: Leda. Citováno s názvem hesla.
- Machek, V. (1997). *Etymologický slovník jazyka českého*. Praha: Nakladatelství Lidové Noviny. Citováno s názvem hesla.
- Monier, R. (1948). *Vocabulaire de droit romain*. Paris: Domat Montchrestien. Citováno s názvem hesla.
- Scheler, A. (1862). *Dictionnaire d'étymologie française: d'après les résultats de la science moderne*. Paris: Firmin Didot. Citováno s názvem hesla.
- Smith, W. (1875). *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. London: John Murray. Získáno dne 8. května 2007, z webových stránek projektu LacusCurtius: <<http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA/home.htm>>.

Prameny

- Aristoteles (Pol.). *Politika I./II.: řecko-česky*. Přel. M. Mráz. Praha: OIKOYMENH, 1999-2004.
- Bible: Písmo svaté Starého a Nového zákona (včetně deuterokanonických knih)*. Přel. ekumenické komise pro Starý a Nový zákon. Praha: Česká biblická společnost, 1997.

- Cato Starší (*Agr.*). *De agricultura. / On agriculture.* Přel. W. D. Hooper and H. B. Ash. Cambridge, Mass.: Harvard university press; London: W. Heinemann, Ltd., 1934. Získáno dne 27. září 2007, z webových stránek projektu LacusCurtius: <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Cato/De_Agricultura/home.html>
- Cato Starší (*Agr.*). *O zemědělství.* Přel. V. Zamarovský. Praha: SNPL, 1959.
- Cicero, M. T. (*Leg.*). *De legibus libri tres.* In Mueller, C. F. W. (ed.). Leipzig, 1933. Získáno dne 30. září 2007 z webových stránek projektu The Roman Law Library: <<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/>>.
- Cicero, M. T. (*Leg.*). *Traité des lois.* In Appuhn, Ch.: *Cicéron, De la République, Des lois.* Paris, 1954. Získáno dne 30. září 2007 z webových stránek projektu The Roman Law Library: <<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/>>.
- Cicero, M. T. (*Inv. rhet.*). *De Inventione.* Získáno dne 11. června 2007, z Ad Fontes Academy, webových stránek projektu The Latin Library: <<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/inventione.shtml>>.
- Cicero, M. T. (*Inv. rhet.*). *Treatise on Rhetorical Invention.* In *The orations of Marcus Tullius Cicero.* Přel. C. D. Yonge. London: G. Bell, 1894-1903. Získáno dne 11. června 2007 z Peithô's Web: <<http://www.classicpersuasion.org/pw/cicero/dnindex.htm>>.
- Cicero, M. T. (*Off.*). *De Officiis.* Získáno dne 28. srpna 2007, z Ad Fontes Academy, webových stránek projektu The Latin Library: <<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/off.shtml>>.
- Cicero, M. T. (*Off.*). *De Officiis.* Přel. W. Miller. Cambridge: Harvard University Press, 1913. Získáno dne 28. srpna 2007, z webových stránek Constitution Society: <http://www.constitution.org/rom/de_officiis.htm>.
- Cicero, M. T. (*De or.*). *De oratore / De l'Orateur.* In Nisard, Ch. (ed.). *Oeuvres complètes de Cicéron.* Přel. J. Kermoyan. Paris: J.-J. Dubochet (F. Didot), 1840. Získáno dne 25. srpna 2007 z Université Catholique de Louvain, z webových stránek projektu Itinera Electronica: <http://agoraclass.fltr.ucl.ac.be/concordances/cic_de_oratore01/>.
- Cicero, M. T. (*Par.*). *Paradoxa / Les Paradoxes.* In Nisard, Ch. (ed.). *Oeuvres complètes de Cicéron.* Přel. J. Kermoyan. Paris: J.-J. Dubochet (F. Didot), 1840. Získáno dne 11. 8. 2007 z Université Catholique de Louvain, z webových stránek projektu Itinera Electronica: <http://agoraclass.fltr.ucl.ac.be/concordances/cicero_paradoxa/>.
- Cicero, M. T. (*Caecin.*). *Pro Caecina / Plaidoyer pour Cécina.* In Nisard, Ch. (ed.). *Oeuvres complètes de Cicéron.* Přel. J. Kermoyan. Paris: J.-J. Dubochet (F. Didot), 1840.

- Získáno dne 25. srpna 2007 z Université Catholique de Louvain, z webových stránek projektu Itinera Electronica:
<http://agoraclass.fltr.ucl.ac.be/concordances/cicero_pro_cecina/default.htm>.
- Cicero, M. T. (*Dom.*). Pro domo / Plaidoyer pour sa maison. In Nisard, Ch. (ed.). *Oeuvres complètes de Cicéron*. Přel. J. Kermoisan. Paris: J.-J. Dubochet (F. Didot), 1840. Získáno dne 11. srpna 2007 z Université Catholique de Louvain, z webových stránek projektu Itinera Electronica:
<http://agoraclass.fltr.ucl.ac.be/concordances/cicero_de_domo/lecture/3.htm>.
- Cicero, M. T. (*Mil.*). Pro Milone. In Clark, C. C. (ed.). *M. Tulli Ciceronis Orationes*. Oxford: Typographeo Clarendoniano, 1918. Získáno dne 30. září 2007, z Tufts University, webových stránek projektu Perseus:
<<http://www.perseus.tufts.edu/cgi-bin/ptext?lookup=Cic.+Mil.+1>>.
- Cicero, M. T. (*Mil.*). The speech of M. T. Cicero in defence of Titus Annius Milo. In *The Orationes of Marcus Tullius Cicero*. Přel. C. D. Yonge. London: G. Bell & Sons, 1891. Získáno dne 30. září 2007, z Tufts University, webových stránek projektu Perseus:
<<http://www.perseus.tufts.edu/cgi-bin/ptext?lookup=Cic.+Mil.+1>>.
- Cicero, M. T. (*Mur.*). Pro Murena / Plaidoyer pour Muréna. In Nisard, Ch. (ed.). *Oeuvres complètes de Cicéron*. Přel. J. Kermoisan. Paris: J.-J. Dubochet (F. Didot), 1840. Získáno dne 11. srpna 2007 z Université Catholique de Louvain, z webových stránek projektu Itinera Electronica:
<http://agoraclass.fltr.ucl.ac.be/concordances/cicero_murena/lecture/default.htm>.
- Cicero, M. T. (*Rep.*). On the commonwealth. In *Tusculan disputations: on the nature of gods, and the commonwealth*. Přel. C. D. Yonge. New York: Cosimo Classics, 2005. Získáno dne 8. srpna 2007, z webových stránek projektu Gutenberg:
<<http://www.gutenberg.org/etext/14988>>.
- Cicero, M. T. (*Tull.*). Pro Tullio. In Clark, A. C. (ed.). *M. Tulli Ciceronis Orationes*. Oxford: Typographeo Clarendoniano, 1909. Získáno dne 30. září 2007, z Tufts University, webových stránek projektu Perseus:
<<http://www.perseus.tufts.edu/cgi-bin/ptext?lookup=Cic.+Tul.+1>>.
- Cicero, M. T. (*Tull.*). The fragments which Remain of the speech of M. T. Cicero on behalf of Marcus Tullius. In *The Orationes of Marcus Tullius Cicero*. Přel. C. D. Yonge. London: H. G. Bohn, 1856. Získáno dne 30. září 2007 z Tufts University, webových stránek projektu Perseus:
<<http://www.perseus.tufts.edu/cgi-bin/ptext?lookup=Cic.+Tul.+1>>.

- Cicero, M. T. (*Top.*). *Topica*. Získáno dne 14. června 2007, z Ad Fontes Academy, webových stránek projektu The Latin Library: <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/topica.shtml>
- Cicero, M. T. (*Top.*). *Topics*. In *The orations of Marcus Tullius Cicero*. Přel. C. D. Yonge. London: G. Bell, 1894-1903. Získáno dne 14. června 2007 z Peithô's Web: <http://www.classicpersuasion.org/pw/cicero/cicero-topics.htm>.
- Cicero, M. T. (*Verr.*). In *Verrem / Contre Verres*. In Nisard, Ch. (ed.). *Oeuvres complètes de Cicéron*. Přel. J. Kermoyan. Paris: J.-J. Dubochet (F. Didot), 1840. Získáno dne 11. 8. 2007 z Université Catholique de Louvain, z webových stránek projektu Itinera Electronica: http://agoraclass.fltr.ucl.ac.be/concordances/cicero_verres11/.
- Columella (*Rust.*). *De l'agriculture. L'économie rurale*. Přel. L. Du Bois. Panckoucke, 1844. Získáno dne 8. května 2007, z webových stránek projektu L'antiquité grecque et latine: <http://remacle.org/bloodwolf/erudits/columelle/index.htm>.
- Dionýsios z Halikarnasu (*Ant. Rom.*). *The Roman antiquities of Dionysius of Halicarnassus*. Přel. E. Cary. Cambridge, Mass.: Harvard University Press a London: W. Heinemann, 1937-1950. Získáno dne 8. května 2007, z webových stránek projektu LacusCurtius: http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Dionysius_of_Halicarnassus/home.html.
- Festus, S. P. (*VS*). *E libris de verborum significatu*. In Bruns, C. G. (ed.). *Fontes iuris romani antiqui I*. Tubingae: I. C. B. Mohrii (P. Siebeck), 1909. Získáno dne 8. května 2007 z webových stránek Biblioteca de la Universidad de Sevilla: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/fontesIurisRomaniT2.pdf>. Citováno s názvem hesla.
- Festus, S. P. (*VS*). *De la signification des mots I/II*. Přel. A. Savagner. Panckoucke, 1846. Získáno dne 8. května 2007, z webových stránek projektu L'antiquité grecque et latine: <http://remacle.org/bloodwolf/erudits/Festus/index.htm>. Citováno s názvem hesla.
- Fragmenta Vaticana*. Získáno dne 7. září 2007 z webových stránek projektu The Roman Law Library: <http://www.ancientrome.ru/ius/library/vatican/FragVat.htm>.
- Gaius (*Epon.*). *Učebnice práva ve čtyřech knihách*. Přel. J. Kincl. Brno: Doplněk, 1993.
- Gellius, A. (*NA*). *Les nuits attiques*. In Charpentier, M. a Blanchet, M. (eds.). *Oeuvres complètes d'Aulu-Gelle*. Přel. M. Charpentier a M. Blanchet. Paris: Garnier, 1927. Získáno dne 11. srpna 2007, z webových stránek projektu L'antiquité grecque et latine: <http://remacle.org/bloodwolf/erudits/aulugelle/index.htm>.
- Gellius, A. (*NA*). *Atické noci*. Přel. E. Vallová. Bratislava: Tatran, 1987.
- Homéros. (*Od.*). *Odyseia*. Přel. O. Vaňorný. Praha: Petr Rezek, 1996.
- Isidor ze Sevilly (*Etym.*). *Etymologiae I-III*. Přel. D. Korte. Praha: OIKOYMENH, 2000.

- Justinián I. Veliký (*Cod.*). Codex Iustinianus. In Krüger et al (eds.). *Corpus juris civilis II*. Berolini: Apud Weidmannos, 1954. Získáno dne 30. září 2007, z webových stránek projektu The Roman Law Library:
<<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>>.
- Justinián I. Veliký (*Cod.*). The Code of Justinian. In Scott, S. P. (ed.). *The Civil Law*. Přel. S. P. Scott. Cincinnati: The Central Trust Company, 1932. Získáno dne 30. září 2007, z webových stránek projektu Liberty Library of Constitutional Classics:
<<http://www.constitution.org/sps/sps.htm>>.
- Justinián I. Veliký (*Dig.*). Iustiniani Digesta. In Krüger et al (eds.). *Corpus juris civilis I*. Berolini: Apud Weidmannos, 1954. Získáno dne 30. září 2007, z webových stránek projektu The Roman Law Library:
<<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>>.
- Justinián I. Veliký (*Dig.*). The Digest. In Scott, S. P. (ed.). *The Civil Law*. Přel. S. P. Scott. Cincinnati: The Central Trust Company, 1932. Získáno dne 30. září 2007, z webových stránek projektu The Roman Law Library:
<<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>>.
- Justinián I. Veliký (*Inst.*). Institutiones. In Krüger et al (eds.). *Corpus juris civilis*. Berolini: Apud Weidmannos, 1954. Získáno dne 10. června 2007, z webových stránek projektu The Roman Law Library: <<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>>.
- Justinián I. Veliký (*Inst.*). *The Institutes of Justinian*. Přel. J. B. Moyle. Oxford: Clarendon press, 1913. Získáno dne 10. června 2007, z webových stránek projektu The Roman Law Library: <<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>>.
- Livius, T. (*Epon.*). *Dějiny I-VII*. Přel. P. Kucharský a Č. Vránek. Praha: Svoboda, 1971-9.
- Macrobius, A. T. (*Sat.*). Saturnalia. In Ludwig von Jan (ed.). *Macrobii Ambrosii Theodosii Opera quae supersunt*. Quedlinburg and Leipzig: Gottfried Bass, 1848-52. Získáno dne 8. května 2007 z webových stránek projektu LacusCurtius:
<<http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Macrobius/Saturnalia/home.html>>.
- Macrobius, A. T. (*Sat.*). Saturnales. In Nisard, M. (ed.). *Macrobe, Varron, Pomponius Méla*. Přel. M. Nisard. Paris: Firmin Didot frères, fils et Cie, 1875. Získáno dne 8. května 2007, z webových stránek projektu L'antiquité grecque et latine:
<<http://remacle.org/bloodwolf/erudits/macrobe/index.htm>>.
- Macrobius, A. T. (*Sat.*). *Saturnálie*. Přel. J. Hlaváček. Praha: Herrmann & synové, 2002.

- Ovidius, N. (*Met.*). *Metamorphoses*. In Hugo Magnus (ed.). Gotha: F. A. Perthes, 1892.
Získáno dne 30. září 2007 z Tufts University, webových stránek projektu Perseus:
<<http://www.perseus.tufts.edu/cgi-bin/ptext?lookup=Ov.+Met.+1>>.
- Ovidius, N. (*Met.*). *Proměny*. Přel. I. Bureš a E. Kuřáková. Praha: Svoboda, 1974.
- Paulus, J. (*Sent.*). *Pauli Sententiarum interpretatio*. In Girard P. F. & Senn, F.: *Textes de droit romain I*. Paris, 1967. Získáno dne 30. září 2007, z webových stránek projektu The Roman Law Library: <<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>>.
- Paulus, J. (*Sent.*). The opinions of Julius Paulus adressed to his son. In Scott, S. P. (ed.). *The Civil Law*. Přel. S. P. Scott. Cincinnati: The Central Trust Company, 1932. Získáno dne 30. září 2007, z webových stránek projektu The Roman Law Library: <<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>>.
- Plautus, T. M. *Persa*. In Leo, F. (ed.). *Plauti Comoediae*. Berlin: Weidmann, 1895. Získáno dne 10. září 2007, z Tufts University, webových stránek projektu Perseus: <http://www.perseus.tufts.edu/cache/perscoll_Greco-Roman.html>.
- Plautus, T. M. *The Persian*. In Riley, H. T. (ed.). *The Comedies of Plautus*. London: G. Bell and Sons, 1912. Získáno dne 10. září 2007, z Tufts University, webových stránek projektu Perseus: <http://www.perseus.tufts.edu/cache/perscoll_Greco-Roman.html>.
- Plinius (*HN*). *Historia naturalis*. In Mayhoff, C. (ed.). *C. Plini Secundi Naturalis historiae libri XXXVII*. Lipsiae: Teubner, 1906-09.
Získáno dne 8. května 2007, z Tufts University, webových stránek projektu Perseus: <http://www.perseus.tufts.edu/cache/perscoll_Greco-Roman.html>.
- Plinius (*HN*). *The Natural History*. Přel. J. Bostock, H. T. Riley.
Získáno dne 8. května 2007, z Tufts University, webových stránek projektu Perseus: <http://www.perseus.tufts.edu/cache/perscoll_Greco-Roman.html>.
- Plútarchos. *Plutarch's Lives*. Přel. B. Perrin. London: W. Heinemann, New York: The Macmillan co., 1914-26.
Získáno dne 8. května 2007, z webových stránek projektu LacusCurtius:
<<http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Plutarch/Lives/home.html>>
- Pseudo-Cicero (*Her.*). *Rhétorique à Herennius*. Získáno dne 8. května 2007 z webových stránek: <<http://agoraclasse.fltr.ucl.ac.be/concordances/intro.htm#cie>>.
- Seattle, Chief. *Jsmě částí země: Řeč náčelníka Seattlea k prezidentu Spojených států amerických v roce 1855*. Přel. R. Neužilová. Brno: Zvláštní vydání, 1993.
- Seneca, L. A. (*Apocol.*). *L'apocoloquintose du divin Claudie*. Přel. R. Waltz. Paris: Belles Lettres, 1966.

- Seneca, L. A. (*Apocol.*). *Jak vypustil Klaudius ducha*. Přel. F. Stiebitz. Praha: R. Škeřík, 1931.
- Servius, M. H. (*ad Aen.*). In *Vergilii carmina comentarii. Servii Grammatici qui feruntur in Vergilii carmina commentarii*. G. Thilo a H. Hagen (eds.). Leipzig: B. G. Teubner, 1881. Získáno dne 11. 8. 2007 z Tufts University, webových stránek projektu Perseus: <<http://www.perseus.tufts.edu/cgi-bin/ptext?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0053>>
- Ulpian (*Epon.*). Tituli ex corpore Ulpiani. In Girard P. F. a Senn F. (eds.). *Textes de droit romain*. Paris: Dalloz, 1967. Získáno dne 11. června 2007, z webových stránek projektu The Roman Law Library: <<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>>.
- Ulpian (*Epon.*). The rules of Ulpian. In Scott, S. P. (ed.). *The Civil law*. Přel. S. P. Scott. Cincinnati: The Central Trust Company, 1932.
Získáno dne 11. června 2007, z webových stránek projektu The Roman Law Library: <<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>>.
- Varro, M. T. (*Ling.*). *De lingua Latina*. Získáno dne 8. května 2007, z webových stránek projektu IntraText: <http://www.intratext.com/IXT/LAT0231/_INDEX.HTM>.
Citováno s názvem hesla.
- Vergilius (*Georg.*). *Zpěvy rolnické a pastýřské*. Přel. O. Vaňorný. Praha: Státní nakladatelství krásné literatury, hudby a umění, 1956.
- Vitruvius, P. M. (*De arch.*). *Deset knih o architektuře*. Přel. A. Otoupatík. Praha: Baset, 2001.
- Zákon 12 desek*. In Kincl, J. (ed.). *Texty ke studiu obecných dějin státu a práva I. Starověk, část 1*. Přel. J. Kincl. Praha: SPN, 1977.
- Zákon 12 desek*. In Skřejpek, M. (ed.). *Texty ke studiu římského práva*. Přel. M. Skřejpek. Praha: Orac, 2001.
- Zákon 12 desek*. In Girard, P. F. a Senn F. (eds.). *Les lois des Romains*. Naples, 1977. Získáno dne 28. září 2007, z webových stránek projektu The Roman Law Library: <<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>>.
- Zákon 12 desek*. In Riccobono S. (ed.). *Fontes iuris Romani antejustiniani*. Firenze, 1941.
Získáno dne 28. září 2007, z webových stránek projektu The Roman Law Library: <<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>>.

Sekundární literatura

- Bloch, R. (1994). *Les origines de Rome*. Paris: Presses Universitaires de France.

- Boguszak, J. et al (2004). *Teorie práva*. Praha: ASP1.
- Burkert, W. (1996). *Creation of the sacred: tracks of biology in early religions*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Clusters, P. (2003). *Kronika indiánů Guayakí*. Přel. J. Vacek. Praha: Argo.
- Cornell, T. (1995). *The beginnings of Rome: Italy and Rome from the Bronze Age to the Punic Wars (c. 1000-264 BC)*. London, New York: Routledge.
- Cornil, G. (1930). *Ancien droit romain: le problème des origines*. Paris: Recueil Sirey a Bruxelles: Vandeveld.
- Davy, G. (1922). *La foi jurée: étude sociologique du problème du contrat, la formation du lien contractuel*. Paris: F. Alcan.
- Durkheim, E. (2002). *Elementární formy náboženského života*. Přel. P. Sadílková. Praha: OIKOYMENH.
- Eliade, M. (1993). *Mýtus o věčném návratu*. Přel. E. Strebingerová. Praha: OIKOYMENH.
- Engels, B. (1949). *Původ rodiny, soukromého vlastnictví a státu*. Přel. P. Levit a J. Bílý. Praha: Svoboda.
- Evans-Pritchard, E. E. (1969). *The Nuer*. New York a Oxford: Oxford University Press.
- Fustel de Coulanges, N. D. (1998). *Antická obec*. Přel. J. Briksí et al. Praha: SOFIS.
- Gerloch, A. (2004). *Teorie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk.
- Girard, P.-Fr. (1929). *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris: Rousseau.
- Girard, P.-Fr. (1912). *Mélanges de droit romain I./II.* Paris: Recueil Sirey.
- Glotz, G. (1906). *Etudes sociales et juridiques sur l'antiquité grecque*. Paris: Hachette.
- Grandazzi A. (1991). *La fondation de Rome*. Paris: Les Belles Lettres.
- Grandazzi A. (2003). *Les origines de Rome*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Hermon, E. (2001). *Habiter et partager les terres avant les Gracques*. Roma: Ecole française de Rome.
- Heyrovský, L. (1929). *Dějiny a systém soukromého práva římského I./II.* Bratislava: Právnická fakulta Univerzity Komenského.
- Heyrovský, L. (1925). *Římský civilní proces*. Bratislava: Právnická fakulta Univerzity Komenského.
- Huvelin, P. (1927). *Cours élémentaire de droit romain I./II.* Paris: Recueil Sirey.
- Huvelin, P. (1915). *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain: I. Les sources*. Lyon: A. Rey; Paris: Librairie A. Rousseau.
- Huvelin, P. (1929). *Études d'histoire du droit commercial romain*. Paris: Recueil Sirey.

- Jespersen, O. (1925). *Nation and Individual from a Linguistic Point of View*. Oslo: H. Aschehoug. Získáno dne 13. června 2007 z Questia online library: <<http://www.questia.com/Index.jsp>>.
- Kincl, J. et al (1995). *Římské právo*. Praha: C. H. Beck.
- Kincl, J. (1977). *Texty ke studiu obecných dějin státu a práva I. Starověk, část 1. a 2.* Přel. J. Kincl. Praha: SPN.
- Knapp, V. et al (1997). *Občanské právo hmotné I./II.* Praha: Codex.
- Lévinas, E. (1997). *Totalita a nekonečno*. Přel. M. Petříček a J. Sokol. Praha: OIKOYMENH.
- Lévi-Strauss, C. (2001). *Totemismus dnes*. Přel. Zd. Justin. Praha: Dauphin.
- Lévy-Bruhl, H. (1934). *Quelques problemes du tres ancien droit romain*. Paris: Domat Montchrestien.
- Lévy-Bruhl, H. (1960). *Recherches sur les actions de la loi*. Paris: Recueil Sirey.
- Lévy, J.-P., Castaldo, A. (2002). *Historie du droit civil*. Paris: Dalloz.
- Marshall, L. (1960). !Kung Bushman Bands. *Africa: Journal of the International African Institute*, 30, 325-355. Edinburgh University Press. Získáno dne 8. května 2007 z JSTOR: <<http://www.jstor.org/stable/1157596>>.
- Marshall, L. (1961). Sharing, Talking, and Giving: Relief of Social Tensions among !Kung Bushmen. *Africa: Journal of the International African Institute*, 31, 231-249. Edinburgh University Press. Získáno dne 8. května 2007 z JSTOR: <<http://www.jstor.org/stable/1157263>>.
- Marx K., Engels B. (1974). *Manifest komunistické strany*. Přel. L. Štoll. Praha: Svoboda.
- Mauss, M. (1999). *Esej o daru*. Přel. J. Našinec. Praha: Sociologické nakladatelství.
- Marcel M. (1914). Les origines de la notion de monnaie. *Anthropologie*, 1914, 25, 14-9. Získáno dne 16. června 2007 z webových stránek projektu Les Classiques des sciences sociales: <http://classiques.uqac.ca/classiques/mauss_marcel/oeuvres_2/oeuvres_2_02/origine_notion_monnaie.html>.
- Monier, R. (1947). *Manuel élémentaire de droit romain I./II.* Paris: Domat Montchrestien.
- Moret, A. a Davy, G. (1923). *Des clans aux empires*. Paris: La renaissance du livre.
- Murphy, R. F. (1998). *Úvod do kulturní a sociální antropologie*. Přel. H. Červinková. Praha: Sociologické nakladatelství.
- Niebuhr, B. G. (1849). *Lectures on the History of Rome from the Earliest Times to the Fall of the Western Empire*. Přel. L. Schmitz. London: Taylor, Walton, and Maberly.
- Pais, E. (1926). *Histoire romaine*. Přel. J. Bayet. Paris: Les presses universitaires de France.

- Pospíšil, L. J. (1997). *Etnologie práva*. Přel. I. Dubovický. Praha: Set out.
- Propp, V. J. (1999). *Morfologie pohádky a jiné studie*. Přel. M. Červenka, M. Pittermannová a H. Mahelová. Jinočany: H & H.
- Skřepek, M. (2001): *Texty ke studiu římského práva*. Praha: Orac.
- Sokol, J. (2004). *Člověk a náboženství: proměny vztahu člověka k posvátnému*. Praha: Portál.
- Sokol, J. (2000). *Člověk jako osoba*. Praha: Institut základů vzdělanosti Univerzity Karlovy.
- Sokol, J. (2007). *Moc, peníze a právo: esej o společnosti a jejích institucích*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk.
- Spáčil, J. (2005). *Ochrana vlastnictví a držby v občanském zákoníku*. Praha: C.H. Beck.
- Vančura, J. (1912). K historii římských kondikcí. *Sborník věd právních a státních*, 1912, 257-298.
- Vančura, J. (1922). Kritické poznámky k nauce o evikci při římském trhu. *Sborník věd právních a státních*, 1922, svazek zvláštní, 12-57.
- Tresmontant, C. (1998). *Bible a antická tradice: esej o hebrejském myšlení*. Přel. J. Sokol. Praha: Vyšehrad.
- Vančura, J. (1923). *Úvod do studia soukromého práva římského I./II*. Praha: J. Vančura.
- Vázný, J. (1920). Nové theorie o vzniku římské obligace. *Sborník věd právních a státních*, 1920, 139-147.
- Vázný, J. (1946). *Římské právo obligační I./II*. Brno: Československý akademický spolek Právnick.
- Vázný, J. (1935). *Římský proces civilní*. Praha: Melantrich.
- Vázný, J. (1937). *Vlastnictví a práva věcná I./II*. Brno: Československý akad. spolek Právnick.
- Vernant, J.-P. (1995). *Počátky řeckého myšlení*. Praha: OIKOYMENH.