



Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

JUDr. Jana Škeříková

Základní principy a zásady římského procesu

Disertační práce

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

Katedra právních dějin

Datum vypracování práce: 19. 9. 2012

Závazné prohlášení

Prohlašuji, že jsem předkládanou disertační práci vypracovala samostatně za použití zdrojů a literatury v ní uvedených. Dále prohlašuji, že jsem veškerou literaturu a prameny řádně citovala a že svoji práci jsem nevyužila k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze

dne: 19. 9. 2012

JUDr. Jana Škeříková

.....

Poděkování

Ráda bych na tomto místě poděkovala vedoucímu své disertační práce, prof. JUDr. Michalu Skřejpkovi, DrSc., za odborné vedení při zpracování a za cenné rady.

Dále bych chtěla poděkovat svému manželovi za jeho trpělivost, podporu a svým přátelům za nezištné korektury textů.

Obsah:

Obsah:.....	<u>vi</u>
1 Úvod.....	<u>14</u>
2 Zásada ekvity.....	<u>55</u>
3 Dobrá víra.....	<u>9696</u>
4 Zásada defensní povinnosti.....	<u>121121</u>
5 Ne bis de eadem re.....	<u>153153</u>
6 Princip apelace a provokace.....	<u>170170</u>
7 Zásada pekuniární kondemnace.....	<u>195195</u>
8 Zásada volného hodnocení důkazů.....	<u>213213</u>
9 Ostatní principy a zásady.....	<u>235235</u>
10 Závěr.....	<u>252252</u>
11 Seznam použité literatury.....	<u>255255</u>
Abstrakt CZ.....	<u>267267</u>
Abstract ENGL.....	<u>268268</u>

„Ius est ars boni et aequi.“

Celsus D 1,1,1: právo je uměním správného a dobrého.

1 Úvod

Obecně se soudí, že z římského práva vychází novodobý systém právních zásad a principů procesního práva. Teorie současného práva dokáže vysledovat stopy mnoha současně platných právních zásad až do dob starověkého Říma. A je pravdou, že současný právní systém do „jisté“ míry inspiraci z římského práva čerpá.

Římské právo ve svých počátcích nemělo (až na některé výjimky) přesně nadefinované principy a zásady, kterými se řídilo. Přesto po překvapivě dlouhé časové období tvořilo konzistentní řád. Ten se pochopitelně časem vyvíjel. Přesto si zachovával zřetelné rysy, které bylo možné sledovat jak v jeho počátcích, tak i v pozdním období. Tyto rysy by bylo možné označit jako „*zásady a principy*“ římského práva a právě těmi se ve své práci zabývám.

Téma práce jsem zvolila **Základní principy a zásady římského procesu.**

Rozdíl mezi „principy“ a „zásadami“ byl a je chápán různě. Dostupné zdroje nabízí tři možnosti, jak chápat rozdíl v jejich definici:

- První přístup odvozuje termín princip od slova *principium*¹ (to, co pochází od začátku). Na princip pak navazuje zásada jako obecnější přístup, jenž navazuje a rozšiřuje principy. V důsledku toho pak lze hovořit o principech a zásadách. S tímto přístupem je možné se obvyklé potkat v současné právně teoretické literatuře, i když i zde mezi významnými autory můžeme pozorovat odlišné postoje.
- Druhý (mně osobně nejbližší) přístup chápe pojmy princip a zásada smíšeně, tedy *promiscue*.
- Třetí přístup spočívá v tom, že jsou zásady a principy, o kterých se vždy hovoří ve stejném ustáleném spojení, jako je např. zásada volného hodnocení důkazů. Osobně jsem se ale nesečkala s tím, že by byl užit výraz princip volného hodnocení důkazů.

¹ *Principium*, -ii, n.: začátek, počátek, původ, vznik, základ, prvek.

V souvislosti se třetím přístupem bych ráda dodala, že bývá zaváděn i třetí pojem - *regulae*², tedy pravidla. Pojem pravidla se používá souběžně s pojmy zásada a princip. Pokud by bylo akceptováno, jak byl takto pojem částečně zaveden, tvořil by tento přístup přechod mezi prvním a druhým zmiňovaným přístupem, ale těžko v římském právu navrhnout budoucí řešení.

Obecně ale tento pojem není v římskoprávní ani teoretické literatuře používán hojně a sama bych tento třetí přístup označila za „okrajový“ či doplňkový k prvním dvěma. Po prostudování relevantní literatury se přikláním k názoru, že právě druhý přístup je nejvěrnější pravděpodobnému původnímu chápání obou pojmů. Svědčí o historickém vnímání, kdy (jak se domnívám) samotní Římané o uvedených principech a zásadách nehovořili výslovně jako o zásadách a principech. Jsem přesvědčená, že je vnímali obecně.

Dle mého názoru byly tyto pojmy do značné míry vnímány jako přirozená součást řádu. Kterou není třeba explicitně definovat. Která je natolik přirozená a obecně přijímaná, že na ní „lze stavět“.

Až s postupem času, jak se rozvíjela římská společnost do stále složitějších forem (současně s geografickým růstem římského impéria), se ukázalo jako nezbytné, zásady a principy výraznějším způsobem definovat.

Díky tomu se do dnešních dnů dochovala řada fragmentů, které vypovídají o bývalém uspořádání. Z těchto, mnohdy neúplných podkladů, vychází také římskoprávní literatura, která se zejména v období posledních dvou stoletích snaží mapovat zásady a principy popisovaného systému. Z té se jednou dočítáme o *zásadě* ekvity, podruhé *principu* ekvity či *zásadě* nebo *principu* pekuniární kondemnace atp.

Ve své práci jsem si vytyčila zmapovat zásady a principy římského procesního práva tak, aby na pozadí bylo možné vysledovat právě ty jednotlivé linie, které, bez ohledu na pojmenování, tvoří přirozené pojítka mezi jednotlivými zásadami a principy.

Proto v mé práci není důsledně kladen důraz na terminologické rozlišení *zásada* – *princip*.

² *Regula, -ae, f.*: pravidlo, měřítko.

Naproti tomu je kladen důraz na mapování těch zásad a principů, které se přirozeně prolínají s ostatními, které mají nenucený přesah a tvoří tak právě ten přirozený rámec, o kterém se domnívám, že byl automaticky chápán jako „správný“ soudobou společností a díky tomu mohl tvořit solidní základ, na kterém dokázal tak významný právní systém nejen vyrůst, ale také vyvíjet se podle potřeb společnosti.

Má práce vychází z odborné literatury, neprávnických pramenů ale také z fragmentů textů z římského práva. Významným zdroje informací mi byli tematické sbírky významných evropských muzeí (případným zájemcům si dovoluji doporučit alespoň Altes Museum v Berlíně a jeho znamenité sbírky vynikající „nejen“ skvosty antiky). Pro pochopení dobových reálií a popisovaných formálních řádů, procesů a obřadů pro mne byl zásadní a inspirující pobyt v Římě samotném.

Při práci s fragmenty jsem vycházela zejména z prací českých a slovenských autorů – předně si dovolím jmenovat M. Skřejpek³, P. Blaha⁴ či J. Kincla.⁵ Hojně jsem také vycházela z neromanistické literatury přeložené do češtiny zejména v edici Antické knihovny.⁶ Při ostatních překladech jsem vycházela zvláště ze svojí znalosti latiny a z překladů fragmentů do anglického, španělského, francouzského, italského či německého jazyka. Laskavého čtenáře tedy prosím o shovívavost při hodnocení mých překladatelských dovedností. Překlady jsem v mnohých případech tvořila sama a důraz byl kladen zejména na integritu a přehlednost práce.

Po dlouhodobém studiu tedy čtenáři předkládám práci, která je strukturována do deseti kapitol. Z nich první je zcela nejobsáhlejší. Na první pohled se může zdát, že text je neuspořádaný, je však třeba si zvyknout na formu, která dokládá napsané názory množstvím citací a masivním poznámkovým aparátem. Dohromady je tak tvořen základ, který objasní mnoho potřebných vstupů.

³ Blaho, P., Skřejpek, M.: Justiniánské instituce. Praha, Univerzita Karlova v Praze, nakladatelství Karolinum, 2010, 411 s. ISBN 978-80-246-1749-7. Skřejpek, M.: Prameny římského práva – Fontes iuris romani, 2. vydání. Praha, LexisNexis, 2004, 375 s. ISBN 80-86199-89-4.

⁴ V předchozí poznámce uvedené Instituce, Blaho, P., Vaňková, J.: Corpus Iuris Civilis, Digesta, Tomus I. Žilina, Eurokodex, 2008, 528 s. ISBN 978-80-89363-07-0.

⁵ Kincl, J.: Gaius – Učebnice práva ve čtyřech knihách. Praha, Univerzita Karlova, 1981, 274 s.

⁶ Nakladatelství Svoboda.

Na ten již mohou plynule navázat další kapitoly nezatížené úvodními vstupy, které jistě bude čtenář číst s větší lehkostí. Celý text je organizován do struktury, která dostatečně naznačí tomu, kdo chce paralely, mezi jednotlivými principy a zásadami.

A právě o tyto často nepopisované paralely na pozadí principů a zásad mi jde. Necht' tedy exkurz římským civilním procesem začne...

2 Zásada ekvity

*aequus, -a, -um*⁷: rovný, spravedlivý, slušný, nestranný: *iudex; pax magis necessaria quam aequa* (Livius), *regae aequae orbem* (Horatius) spravedlivě (i mírně); *gens haud vincolo nec legibus aera* (Vergilius) národ spravedlivý bez nucení a zákonů; *aequae condiciones pacis* (Nepos) slušné, výhodné podmínky; *aequum consere* za slušné, spravedlivé pokládati.

aequum est je slušno, spravedливо; *per aera, per iniqua* (Livius) po dobrém, po zlém.

aequum, -i, n.: slušnost, slušná věc, právo, smysl pro rovnost, spravedlnost: *fit reus magis ex aequo bonoque quam ex iure gentium* (Sallustius); *aequa facere* (Livius) slušně, spravedlivě jednat; dle slušnosti a spravedlnosti, jak bylo slušno a spravedливо; *aequa petere* (Ovidius) za slušné žádati; *reum aequi boni(que) facere* (Cicero) něco za slušné a spravedlivé pokládati, něčím se spokojiti.

aequitas, -atis, f.: rovnost před právem a zákonem, smysl pro rovnost a spravedlivost, slušnost, nestrannost, poctivost: *summa aequitate res constituit* (Nepos); *summa adversus alios aequitate* (Livius), *aequitate rerum* (Livius) slušnost požadavků.

Ekvita pochází z řeckého *epieikeia*. Ekvita představuje spíše etický princip, který se stává tvůrčím principem celého práva.

Na úvod se dá jistě začít koncentrovaným vymezením *aequitas* uvedeným v Encyklopedii antiky⁸, kde je vysvětlena *aequitas* jako smysl pro spravedlnost a slušnost, který se používá právě tam, kde by strohé, formální uplatnění práva či konkrétní právní normy vedlo k bezprávnému stavu. Tudíž všude tam, kde Římané

⁷ Pražák, Novotný, Sedláček: Latinsko – český slovník k potřebě gymnasií a reálných gymnasií, třetí, opravené a oplené vydání. Praha, Česká grafická unie, 1925, 1335 s. Str. 41–42, je uveden pouze gramatický juristický výklad.

⁸ Kolektiv autorů: Encyklopedie antiky, 1. vydání. Praha, Academia, 1973, 741 s. Str. 33.

neměli právní předpisy, řídili se primární zásadou uvedenou v 1. knize Digest, a to tou, že právo je uměním spravedlnosti a mravního dobra.

Ius est ars boni et aequi.⁹

Od této zásady je dále možné rozvíjet další zásady, jako je *bona fides* a *bonum et aequum*, které se dále a dále rozvíjejí do dalších principů a zásad, někdy komplexnějších (např. zásada pekuniární kondemnace, zásada *ne bides de eadem re,...*), jindy do dále se tříšticích (např. princip ústnosti, veřejnosti, bezplatnosti). A tak je nutné si na tomto místě uvědomit, že pokud se hovoří o zásadách a principech římského procesního práva, jsou tyto zejména protknuty *aequitas*. Zároveň je nutné neopominout fakt, že období, kterému se v této práci věnuji, je zejména období posledních dvou století republiky a období principátu, jelikož ta byla obdobími formulového procesu, v němž velkou část římského práva dotvářel prétor na základě ekvity. A jak říká J. L. Strachan-Davidson¹⁰ ekvita byla prostředkem rozvoje římského práva, a to po konci období pontifikální jurisprudence, a období, ve kterém působili starší právníci. A dále projevovala se zejména v činnosti prétora v návaznosti na *iug gentium* a *ius naturale*.

Autorem výše uvedené definice, řehole či pravidla byl Celsus¹¹. Nejenže tedy na *aequitas* stálo prétorské právo, ale jí odpovídala a podřizovala se i samotná právní věda, jurisprudence¹², jak praví právník Ulpianus v Digestech¹³: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi.*¹⁴ *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab*

⁹ Celsus D 1,1,1: právo je uměním správného a dobrého.

¹⁰ Strachan-Davidson, J. L.: Problems of the Roman Criminal Law, Vol. II. Oxford, Clarendon Press, 1912, 287 s. Str. 41.

¹¹ Aulus Cornelius Celsus, římský autor, který se zejména proslavil svými spisy, ve který jako lékař sebral soudobé poznatky o lékařství, je autorem encyklopedického díla *Artes*. Zařazení jeho činnosti spadá do prvního desetiletí prvního století n. l.

¹² Právní věda.

¹³ Jedna z nejrozsáhlejších sbírek římského práva, zejména práva hmotného. Zákoník obsahoval 50 knih, které nechal zpracovat v první pol. šestého st. císař Justinián. Společně s Institucemi a Codexem tvoří Corpus Iuris Civilis.

¹⁴ D 1.1.1 pr. Ulpianus 1 inst.: na začátku studia práva je vždy třeba nejprve odvodit původ slova právo. Jeho původ je od slova spravedlnost. Neboť, jak Celsus elegantně definoval, právo je uměním dobrého a rovného.

*iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*¹⁵

Určující pro význam *aequitas* v římském právu je Paulova¹⁶ myšlenka z jeho díla *Quaestiones*¹⁷ obsažená v Digestech, a sice, že ekvita jako obecný morální a etický princip stojící jaksi nad společností, jenž se zejména projevuje v právu: „***In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est.***¹⁸ Je vidět ovlivnění epikurejskou filozofií, ale je zde patrné poselství, právě nejdůležitější, že ekvitu je potřeba dodržovat ve všech věcech, je tedy, slovy Ulpiána,¹⁹ potřeba žít čestně a nikomu neškodit (*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*).²⁰ A na základě toho Ulpián definuje spravedlnost třemi složkami, a to tak že: ***honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere.***²¹ Podle Ulpiána tak ekvita obsahuje tři složky, a to:

1. *honeste vivere* – čestně žít, žít podle ustálených morálních norem a dodržovat zákony římského lidu.

¹⁵ D 1.1.1.1 Ulpianus 1 inst.: Díky tomuto (umění) jsme my právníci nazýváni jako kněží. Je to proto, že pěstujeme ctnost a spravedlnost, tvrdíme, že jsme si vědomi toho, co je dobré a spravedlivé, zamezujeme směšování věcí, které jsou a nejsou správné, rozlišujeme to, co je po právu a to, co je v rozporu s právem, s cílem mít společnost dobrou ne jen proto, že se vyhýbá škodlivým důsledkům, ale i proto, že vychází vstříc dobrému, ať už filozofie je pravdou či jen předstíranou vírou.

¹⁶ Iulius Paulus byl římský právník, který zastával funkci *praefecta praetorio* společně s právníkem Ulpiánem za vlády císaře Severa Alexandra, jeho nejvýznamnějšími díly jsou sedmdesát osmi knižní komentář k pretorskému ediktu, *Quaestiones* (Právní otázky, 25 knih), *Responsa* (Dobrozdání, 23 knih) a obecně je mu přiznáváno i autorství díla *Sententiae* (Úvod do právní vědy). Je jedním z nejcitovanějších autorů v dalších sbírkách zákonů (nejvýznamněji v Digestech). Ulpián měl řecké předky a žil na začátku 3. století našeho letopočtu.

¹⁷ *Quaestiones*, tzv. Právní otázky, 25 knih, autorem je právník Paulus.

¹⁸ Paulus D 50,17,90: ekvita se zejména projevuje v právu.

¹⁹ Domitius Ulpianus, který žil na přelomu druhého a třetího st. Řadí se k jedněm z nejvýznamnějších posledních právníků římské jurisprudence. Je hojně citován v Digestech (až jedna třetina fragmentů z Digest je sebrána z Ulpiánových spisů) a dalších sbírkách římského práva. Je autorem spisů jako je komentář k právu civilnímu *Libri ad Sabinum* (51 knih) a pretorskému *Libri ad edictum* (81 knih), *Disputationes* (10 knih), který obsahuje případy trestního práva, a spisu obsahující stručné formulace právních zásad *Regulae*.

²⁰ Ulp. D 1,1,10: základní principy práva jsou: čestně žít, nikomu neškodit a nechat každého, aby si hleděl svých vlastních věcí.

²¹ Ulp. D 1,10,1: poctivě žít, nikomu neškodit, každému dávat, co mu patří.

2. *neminem laedere* – nikomu neškodit, hledět si svých věcí a konat vždy jen tak, jak by si sám člověk přál, aby se chovali ostatní.
3. *suum cuique tribuere* – každému dávat, co mu patří, nebohacovat se na úkor ostatních.

Odstavec dvě tohoto fragmentu (*iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*²²) pak záležitost jakoby otáčí a hovoří o tom, co obsahuje, resp. co znamená znalost práva, právní moudrost a orientace v právu, která právě jako jeden ze základních prvků obsahuje znalost spravedlnosti a nespravedlnosti. K tomu už pak doplňuje znalost věcí božských a lidských, což nám opět jistým způsobem definuje ekvitu.

Bylo by skoro neospravedlnitelné zde neuvést předchozí část Ulpianovy regule, která se k *aequitas* také zcela nepochybně vztahuje. Ulpianus zmiňuje to, že spravedlnost spočívá v tom, že každému musí být přiznáno právo, které mu náleží: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*.²³

Dalším podstatným znakem ekvity je jeho naprostá přednost před přísným právem: *placuit in omnibus reris praecipuum esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*.²⁴ Logicky tomu tak je proto, že zabraňuje přílišné tvrdosti práva, zaplňuje mezery v zákoně, dbá na rovnost účastníků a mnoho z dalších jejich aspektů. Výrazně se nám tak projevuje v podobě *iudicia bona fidei*, o kterých je pojednáno v rámci procesního principu *bona fides*, dobrá víra.

Aequitas est quae de iure multum remittit.²⁵ Reguli je možno vykládat tak, že *aequitas* jako spravedlnost je zde právě pro to, aby zmírňovala krutost zákona a práva a regulovala tak normativní zájmy v rámci vyšší morálky. Což ještě doplňuje formule další, a sice že: *Aequitas naturalis praeferenda est rigori iuris*²⁶, která jasně popírá nám

²² Ulp. D 1, 1, 10, 2: praktická moudrost v otázkách práva, je povědomí o božských a lidských záležitostech, znalost spravedlnosti a nespravedlnosti.

²³ Ulp. D 1, 1, 10 pr.: spravedlnost je pevné a trvalé úsilí přiznat právo každému komu náleží.

²⁴ C 3,1,8 (314): Ve všech právních záležitostech má iustitia a ekvita přednost před přísným právem.

²⁵ Kincl, J.: *Dicta et regulae aneb právnícké mudrosloví latinské*. Praha, Univerzita Karlova, vydavatelství Karolinum, 1990, 296 s. Str. 39: je to spravedlnost, co nemálo zmírňuje práva.

²⁶ Kincl, J.: *Dicta et regulae*. Str. 39: přirozené slušnosti je třeba dát přednost před tvrdostí zákona.

dnes známý princip *dura lex, sed lex*²⁷ z našeho trestního zákona. *Aequitas est quasi aequalitas*²⁸, tedy rovnost, kterou nám dokazuje tak často používaný termín *bono et aequo*.²⁹ Z toho vyplývá, že vždy je třeba hledět na rovnost stran a na to, že v římském právu je soudní spor, na rozdíl od dnešního práva, vnímán jako spor vedený jako sporná smlouva mezi dvěma stranami, kterou pomůže rozřešit nezávislá osoba. Samotné strany však mají velkou moc a velké množství nástrojů. Strany jsou si do okamžiku vynesení rozsudku rovné. Navíc spravedlnost i dobro stojí nad zákonem a jsou nad něj povýšeny: *Aequum et bonum est lex legum*.³⁰

Další z části citovaných a používaných regulí v souvislosti s ekvitou je regule, která hovoří o tom, že i sporné strany mezi sebou musí udržovat slušnost: *Aequitas in iudiciis inter litigantes servanda est*.³¹ To myslím, podtrhuje jednoznačně podstatu ekvity jako principu nejvyšší spravedlnosti a její projekce do římského procesního práva.

Jmenujme další významné maximy, které se v různých dílech a fragmentech objevují abecně skládají jakousi množinu, kterou ekvita vytváří. Z hlediska této práce je samozřejmě podstatné, jak se ekvita prolíná do procesního práva a na mnohých institutech je to níže rozepsáno. Ekvita je jakýsi nadprincip, a tak je k němu potřeba přistupovat. Vždyť z dokladů následujících myšlenek klasiků lze cítit, jak byla ekvita vnímána.

V dílech je uvedeno, že se v soudních sporech používají všeobecně platné myšlenky, jedná-li se o spravedlnost: *Sed causarum, quae sint a communi quaestione seiunctae, partim in iudiciis versari partim in deliberationibus, esse etiam genus tertium, quo in laudandis aut vituperandis hominibus poteretur; certosque esse locos, quibus in iudiciis uteremur, in quibus aequitas quereretur; alios in deliberationibus, quae omnes ad utilitatem dirigerentur zrum, quibus konsilium daremus; alios item in laudationibus, in quibus ad personarum dignitatem omnia referrentur*.³² V této

²⁷ Tvrdý zákon, přes to zákon.

²⁸ Kincl, J.: *Dicta et regulae*. Str. 39: spravedlnost (slušnost) je skoro totéž, co rovnost.

²⁹ Dobré a rovné.

³⁰ J. Kincl, *Dicta et regulae*. Str. 39: spravedlnost a dobro je zákon nad (všechny) zákony.

³¹ J. Kincl, *Dictae et regulae*. Str. 39: V soudních sporech je třeba mezi protivníky dodržovat slušnost; na soudech je třeba mezi spornými stranami třeba zachovávat spravedlnost.

³² Cic. *De orat.* 1, 31.141: Opakovaně jsem slyšel o těchto otázkách, že jsou odlišné od obecných témat, některé mají své místo před soudními lavicemi, další v úvahách; zatímco jsou zde ještě (otázky)

myšlenka je zřetelně vyjádřen zájem, že soudní řízení má být bráno vážně. Že to, co má být vysloveno, nemá být bráno lehce a nerozvážně, a hlavně, že se musí jednat o myšlenky všeobecně respektované a platné.

I další fragmenty z Digest hovoří o ekvité obdobně, ať už o tom, že je nutno poskytnout pomoc v případech, kdy to je správné a dobré: *Ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est*³³ či kdy ekvita převyšuje zákon tak, jak již bylo uvedeno: *Licet hoc iure contingat, tamen aequitas datat*³⁴ a trochu mírněji o vyplnění mezer v právu: *...haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus*.³⁵

O řešení, které je nejméně nevýhodné, tak v souladu s principem ekvity pojednává následující fragment: *Quotiens nihil sine captione investigaci potest, eligendum est, quo minimum habeat iniquitatis*³⁶, ten hovoří o tom, že je vždy třeba zvolit nejméně nespravedlivé řešení, tedy řešení, které je co nejméně v rozporu s principem ekvity; na rovný přístup k oběma stranám v souladu s dodržáním spravedlnosti odkazuje další fragment z Digest: *Non debet alteri per alterum iniqua condicio inferri*³⁷ a velmi podobně pak ve fragmentu následujícím: *Iniquissimus videtur cuiquam scientiam alterius quam suam nocere, vel ignorantiam alterius alii profuturam*.³⁸ Opět je zde kladen důraz na prvek slušnosti a spravedlnosti, na to, aby strana přiznala protistraně všechny rozhodné skutečnosti a okolnosti a naopak aby někdo netěžil z toho, že jiný o takových skutečnostech nevěděl. To, že *aequitas* zabraňuje přílišné tvrdosti zákona, potvrzuje i následující fragment z Gaiových institucí: Gai. 4,116 *Saepe acidit, ut quis iure civili teneatur, sed inaequum sit eum*

třetího druhu, které mají co dočinění s vychválením či odhalením konkrétní osoby; a že zde byla předepsána běžná místa (otázky), (všeobecně platné myšlenky, kterých užíváme v soudních řečech, kde se jedná o spravedlnost), které měly být předneseny před soudy, na kterých ekvita byla našim hlavním cílem; další určené k úvahám, které byly připraveny ve prospěch těm, kterým obvykle pořizujeme právní zástupce; a další znovu k chvalozpěvu, ve kterých samotná úvaha jednotlivců byla zohledněna.

³³ Marc. D 4,1,7: kde toho vyžaduje zřejmě ekvita, je nutno pomoci.

³⁴ Ulp. D 15,1,32: i když tomu je tak po právu, přece je ekvita vyžaduje.

³⁵ Paul. D 39,3,2,5: to doporučuje ekvita, i když chybí (výslovný) právní předpis.

³⁶ Iav. D 50,17,200: nelze-li nalézt žádné řešení bez nevýhody, je třeba zvolit takové, které je nejméně nespravedlivé.

³⁷ Papinianus D 50,17,74: nikoho nelze uvést do nevýhodného postavení pro zájem druhého.

³⁸ Terc.Cl. D 22,6,5: bylo by velmi nespravedlivé, aby někomu škodila více vědomost jiného než vlastní, nebo aby měl prospěch z neznalosti jiného.

*iudicio condemnari.*³⁹ A to již doplňuje následující fragment: *Quotiens aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis res temperanda est.*⁴⁰

Zajímavým pohledem, který uvádí O. Sommer⁴¹ je to, že za kompilátorů byla *aequitas* dávana do protikladu s *ius strictum* (výše jsem ale uvedla, že před ním má pouze přednost). Pokud toto tvrzení srovnáme s výkladem o *bona fides* a o vývoji *actiones bonae fidei*, vychází nám zde to, že samotní Římané v období republiky a principátu stavěli v protiklad k výrazu *iudicium strictum* a *iudicium bonae fidei*, zatímco kompilátoři do protikladu k *iudicium strictum* stavěli *aequitas*. Zde se nám opětovně zobrazuje problém vztahu *aequum et bonum*, *aequitas* a *bona fides*. Záleží však na vnímání, jak spolu tyto zásady souvisí, co společně tvoří či netvoří. O. Sommer ve své učebnici⁴² dále definuje *aequitas* jako „míru tvoření i aplikace práva“. Tvrzení tak zapadá do celkové koncepce, pouze je myšlenka definována jinými slovy.

Na tomto místě je třeba zmínit ekvitu tak, jak ji vnímají další autoři. Např. M. Bartošek⁴³ ji podle její funkce rozděluje do tří kategorií, ve kterých ji prétor mohl využít jako:

- 1) nástroj pro vytváření a budování *ius honorarium*,
- 2) abstraktní měřítko, kterým hodnotil neobvyklé situace (tedy sporné záležitosti, které nenalézaly výslovné řešení v *ius civile*),
- 3) vodítko při řešení nových situací.⁴⁴

Pokud výše zmíněné srovnáme s pojetím O. Sommera, nijak výrazně se tato vnímání ekvity neliší.

Zároveň je zajímavým vztah ekvity a práva. M. Bartošek⁴⁵ velmi výstižně uvádí, že se jedná o dva souvislé jevy; právo představovalo prvek konzervativní, stabilní a

³⁹ Gai. Inst. 4,116: často je někdo podle civilního práva zavázán, ale bylo by nespravedlivé jej odsoudit.

⁴⁰ Paul. D 50, 17, 85, 2: Kdykoli přirozená touha ke spravedlnosti či právní nejistota pokračuje, je třeba, aby justice zvážila počet svých dekretů.

⁴¹ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského, I. díl Obecné nauky. Praha, Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, 220 s. Str. 16.

⁴² Ibidem.

⁴³ Bartošek, M.: Verrinae, význam Ciceronových řečí proti Verrovi pro základní problémy státu a práva. Praha, Univerzita Karlova Praha, 1977, 234 s. Str. 147.

⁴⁴ Není tím ale myšlena volná úvaha prétora, ale metodické vedení tak, jak se o něm mluví v této části.

⁴⁵ Ibidem.

předvídatelný (pokud porovnáme z hlediska historického vývoje římského práva i římské společnosti, lze v tomto spatřovat římské *ius civile*) a ekvitu, jako prvek progresivní, prvek, který nám právo dále rozvíjel. Vždyť o ekvité a principu dobré víry se píše v souvislosti s rozvojem práva honorárního (prétorského), práva, které nutně muselo reagovat na společenské změny a majetkové poměry, jak už mezi Římany, tak vzhledem k územní expanzi i ostatním osobám.

Dle M. Židlické se *aequitas* projevuje jako prostředek hledající morální spravedlnost v právu, ale zároveň i ideální stav.⁴⁶ Jsem přesvědčená, že tato myšlenka poměrně výstižně vystihuje podstatu *aequitas*.

V článku K. Bubelové převzatém od P. Blaha se pak objevuje následující vymezení ekvity od H. Heumana:

1. souměrná rovnováha v právních vztazích,
2. sladění právních poměrů, institutů a prostředků s duchem přirozeného nebo občanského práva (tzv. *ratio*), obzvláště působením přirozené ekvity v *ius naturale* nebo *ius gentium*,
3. shoda pozitivněprávních ustanovení se smyslem pro přirozené právo,
4. rozumové zohlednění individuality každého právního vztahu při aplikaci pozitivní právní normy, které jednak shodně rozhoduje shodně, ale zároveň věc přetváří při zvláštním posouzení každé kauzy,
5. zmírnění (zjemnění) přísného práva, aby se přiblížilo přirozeněprávnímu vnímání spravedlnosti (slušnosti) v pravém, původním smyslu.⁴⁷

Jsem přesvědčená, že vymezení výše je plně v souladu s tím, jak se o ekvité zamýšlím v celé práci. Ekvita je zcela jasně a jednoznačně nadprincipem, který zcela nepochybně ovlivňuje a vede veškeré římskoprávní zásady a principy.

⁴⁶ Bělovský, P., Skřejpek, M.: Bona fides: sborník z II. konference českých a slovenských romanistů, Praha, 5. - 6. listopadu 1999. Praha, Univerzita Karlova, 2000, 51 s. ISBN 80-85889-33-1. in M. Židlická. Str. 25, článek Bona fides a bonu met aequum při kauci z hrozící škody „Aequitas je také cílem, ideálem. Tím oč zde běží. Římští právníci nesledovali prosazování zákonů, ale cestu k spravedlivému narovnání poměrů, cestu k homeostázi, rovnováze. V tom spatřovali smysl práva.“

⁴⁷ Bubelová, K.: Aequitas jako prvek tvorby římského práva. Dny práva. Brno, 2009, 10 s., ISBN 978-80-210-4990-1. Blaha, P.: Aequitas ako correctio iuris v římskom súkromnom práve, in: Slušnosť v práve (sborník z konference), Právnická fakulta Univerzity Komenského, Bratislava 1993, s. 97–109. Heuman, H. (ed. Seckel, E.): Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht, Jena 1907, s. 22.

Na druhou stranu je možné v literatuře nalézt i názory opačné, jako např. rozpor mezi M. Käserem⁴⁸, podle kterého se od konce republiky mnoho rozhodnutí zakládá na ekvité s názorem F. Schulze⁴⁹, který tvrdí, že to, o co se v takových sporných případech právník mohl opřít, bylo *ius* nikoli ekvita. Osobně se nedomnívám, že se jedná až o tak zásadní rozpor, jelikož ekvita zde vystupovala prostřednictvím práva, tudíž je otázka, jestli se ve skutečnosti nejedná o to stejné. I když rozdíl vidím v tom, že pokud by právník postupoval dle práva, tedy pravděpodobně pomocí analogie, ať *iuris* či *legis*, mohla by taková analogie v některých případech mít i negativní důsledky z hlediska etických norem a v takovém případě by to odporovalo ekvité. Proto si myslím, že v případě, kdy je věc vyřešena ve prospěch ekvity, jedná se o věc, kterou lze použít *promiscue*, ať už se postupuje dle ekvity či dle práva. Kde to jistě není podobné a kde se podle mého názoru F. Schulz plete, je právě analogie, která by vedla v neprospěch ekvity, a proto by bylo třeba postupovat dle ekvity, a nikoli podle práva.

Aequitas se nám projevovala téměř v celém římském procesním právu, tudíž uvádět zde její konkrétní zobrazení ve všech případech by asi bylo skoro nereálné a při dalších zásadách či principech bude zřejmé, jak konkrétně se projevovala přímo v nich (vždyť tolikrát na ní, a to zcela neúmyslně narážím). Na tomto místě zmiňuji konkrétní právní procesní instituty, u kterých může být sporné a pravděpodobně otázkou výkladu každého právníka, zdali se vejdu pod následující. Ať už se jedná o procesní instituty, jako jsou námitky, procesní restituce, obecné restituce atd.

Aequitas est mater exceptionis.⁵⁰

Prvním z těchto procesních institutů je námitka. A to z hlediska výše uvedené definice ve smyslu, kdy žalovaný nemá na svou obranu žádný právní důvod, volá po spravedlnosti či slušnosti ve vzájemných vztazích. Zajímavým časovým aspektem u exerce je to, že jako institut vznikla až ve formulovém procesu, stejně jako dobrá víra a *aequitas* tedy daly vzniknout tomuto druhu procesního řízení. Jedním z jejích hlavních účelů, který je pro zásadu *aequitas* podstatný je ten, že jako *exceptio doli praesentis* čili

⁴⁸ Hackl, K., Kaser, M.: Das Römische Zivilprozessrecht. München, C. H. Beck, 1996, 721 s. ISBN 3-406-40490-1. Str. 172–3.

⁴⁹ Schulz, F.: Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. H. Böhlau Nachfolger, 1961, 462 s. Str. 90.

⁵⁰ Spravedlnost je matkou procesní námitky.

*generalis*⁵¹ je součástí žalobní formule (resp. nároku) proti lepšímu přesvědčení žalobce: *si in ea re nihil dolo malo Aⁱ Aⁱ factum sit neque fiat*.⁵² Dle O. Sommera⁵³ zde tedy *exceptio* vystupovala jako nástroj ekvity, kterýmž právníci mohli napravovat různé těžkosti a nespravedlnosti, jež mohl potencionálně způsobit doslovný výklad zákona (*iuris subtilitas*).

Exceptiones, tedy námitky, se staly tak důležitým nástrojem prétorské ekvity právě a z toho důvodu, že jejich podstata spočívá v tom, že přímo nevyvrací právní nárok žalobce, který například spočívá v úmyslném uvedení nepravdivých informací či doložení falešných listin (tedy v takovém případě by došlo *ipso iure* k *denegatio actionis*), ale v uvedení skutečností, pro které je nespravedlivé vymáhat požadované plnění po žalovaném.⁵⁴ Žalovaný tak ale nepopírá tvrzení žalobce. Z toho důvodu, že běžná žaloba by neumožňovala, aby prétor mohl přihlížet ke skutečnostem majícím takovou povahu, byly námitky vkládány jako samostatná část žalobní formule. Pak se stávaly závaznou součástí formule a bylo třeba k nim přihlížet. Konkrétně pak se žalovaný ve fázi *in iure* hájil ve formuli tím, že vyvracel formuli námitkou obrany (*exceptionem obicit*⁵⁵), a žádal tak prétora, aby doplnil formuli o námitku, která by říkala, že pokud budou prokázány ty a ty skutečnosti za dané situace, pak má být žalovaný osvobozen. Žalovaný tak žádá o udělení obrany (*exceptionem postulat*⁵⁶). Prétor pak dle zdůvodnění, které se mu dostane, obranu buď povolí (*exceptionem dat*⁵⁷), anebo zamítne (*exceptionem denegare*⁵⁸). V případě, že prétor žádost o vložení excepcce povolí, musí se žalobce s vložení takové námitky smířit, jinak nemůže spor pokračovat (jde *de facto* o stejný postup jako u žaloby, aby mohlo dojít k litiskontestaci).

⁵¹ Námitka, která spočívá v tom, že žalovaný namítá žalobci stejné právo, na základě kterého jej žalobce žaluje.

⁵² Lenel, Ed. §277: jestliže v této věci není žádný zlý úmysl, pak at' se tak ani nestane.

⁵³ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 52.

⁵⁴ Vážný, J.: Římský proces civilní. Praha, Melantrich, 1935, 125s. Str. 31.

⁵⁵ Předhodí námitku.

⁵⁶ Žádá námitku.

⁵⁷ Námitku dá.

⁵⁸ Námitku zamítne.

Co se týče právního pramene, tím jsou zejména *Institutiones*⁵⁹, ať už Gaiovy⁶⁰ či Justiniánovy⁶¹, které výrazně na Gaiovy v tomto směru navazují. Proto i například úvodní definice se v těchto pramenech liší pramálo. Srovnajme si tato znění. Gai. Inst. 4,115-116: *Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus*⁶² a *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari*⁶³ a text justiniánských institucí: *Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut, licet ipsa persecutio qua actor experitur iusta sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur.*⁶⁴

Zde je jasné, že text je po obsahové stránce téměř totožný, je proto skoro zvláštní, proč stálo za to právníkům zpracovávajícím Justiniánovy Instituce tyto části textu měnit.

Exceptio je z hlediska procesní techniky vložena mezi intenci a kondemnaci a formálně vylučuje účinky kondemnace. Je zřejmé, že i po právně technické stránce potvrzuje výše popsaný aspekt, tedy že její funkce není vyvrátit tvrzení žalobce, ale uvést obranu, na základě které by bylo nespravedlivé, tedy v rozporu se zásadou ekvity, žalovaného odsoudit. Tím, že je vložena mezi intenci, za tvrzení žalobního nároku, de facto za intenci, lze dovodit, že nám její podstatu neohrožuje. Naopak je ale vložena před kondemnaci, a proto nám říká, že jsou zde spravedlivé důvody (dle ekvity), aby odsouzení, přestože je naplněna intence, nebylo tak přísné, anebo aby žalovaný byl

⁵⁹ Instituce, učebnice práva.

⁶⁰ Gaiova učebnice práva ve čtyřech knihách, Gaius byl římský právník, který žil ve druhém st., učebnice byla v šestém století ztracena a zapomenuta, znovuobjevena byla v r. 1816 ve Veroně, první kniha pojednává o osobách, druhá o věcných právech, dále pak druhá i třetí kniha pojednává o dědickém právu a čtvrtá kniha se věnuje procesnímu právu.

⁶¹ Justiniánské Instituce jsou učebnicí práva, která byla sepsána v šestém st. na popud císaře Justiniána a společně s Digesty a Codexem tvoří Corpus Iuris Civilis. Její členění je stejné jako Gaiovy učebnice práva a v mnoha ustanoveních přebírá citace z Gaiovy učebnice práva.

⁶² Gai. Inst. 4,115: v dalším bychom se chtěli věnovat blíže námitkám.

⁶³ Gai. Inst. 4,116: Námitky pak byly zavedeny na ochranu těch, kdož jsou žalováni. Často se totiž stává, že někdo je podle civilního práva zavázán, ale bylo by nespravedlivé, kdyby byl v soudním řízení odsouzen.

⁶⁴ Inst. 4,13, pr.: V dalším bychom se chtěli věnovat blíže námitkám. Námitky pak byly zavedeny na ochranu těch, kdož jsou žalováni. Často se totiž stává, že stíhání, které požaduje žalobce, se samo o sobě zdá být oprávněné, i když žalovanému způsobuje bezpráví.

zcela osvobozen. Je zajímavé vidět, že povaha intence se takto skládá jak po stránce věcné, argumentační, tak i po stránce formální, a výsledek pak stále vede k identickému závěru.

K formální stránce věci je nezbytné zmínit ještě další formální aspekt, a to ten, že intence zní vždy negativně, tzn., říká, že žalobě má být vyhověno a žalovaný má být odsouzen (z hlediska intence), pokud zde neexistují ty a ty skutečnosti, které odsouzení vylučují anebo omezují, jak uvádí Gaius⁶⁵: *Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur. nam si uerbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AVLI AGERII FACTVM SIT NEQVE FIAT; item si dicat contra pactionem pecuniam peti, ita concipitur exceptio: SI INTER AVLVM AGERIVM ET NVMERIVM NEGIDIVM NON CONVENIT, NE EA PECVNIA PETERETUR; et denique in ceteris causis similiter concipi solet, ideo scilicet, quia omnis exceptio obicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter iudex eum, cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit; item ne aliter iudex eum condemnet, quam si nullum pactum conuentum de non petenda pecunia factum fuerit.*⁶⁶

Z hlediska literatury je také zajímavé vnímání povahy obrany excepce, resp. její povaha ve směru obrany, odporu proti žalobě a naopak její povahy jako námitky, jež pouze omezovala intenci, resp. znemožňovala či omezovala kondemnaci. O. Sommer rozděluje⁶⁷ *exceptiones* z hlediska důvodu na obrany a námitky žalovaného. Jako důvody obrany uvádí případy, ve kterých právo žalobce nevzniklo (a dokládá to

⁶⁵ Gai. Inst. 4,119.

⁶⁶ Všechny námitky se pak koncipují jako opak toho, co tvrdí procesní odpůrce. Neboť říká-li dejme tomu žalovaný, že žalobce provádí něco ve zlém úmyslu, například, že vymáhá peníze, které nevyplatil, koncipuje se námitka takto: JESTLI SE V TÉ ZÁLEŽITOSTI NIC NESTALO A ANI NESTANE ZE ZLÉHO ÚMYSLU AULA AGERIA. Také říká-li (žalovaný), že peníze se vymáhají proti sjednané úmluvě, koncipuje se námitka takto: NEBYLO-LI MEZI AULEM AGERIEM A NUMERIEM NEGIDIEM UMLUVENO, ŽE SE TY PENÍZE NEBUDOU VYMÁHAT. A podobně bývají potom (námitky) koncipovány v případech ostatních. Rozumí se, že proto, že každou námitku vznáší sice obžalovaný, ale do formule se vkládá tak, aby se odsouzení stalo podmíněným, to znamená, aby soudce odsoudil žalovaného pouze tehdy, když se v té záležitosti, o kterou se jedná, nestalo nic ze zlého úmyslu žalobce. Také aby soudce odsoudil žalovaného jen v případě, že nebyla uzavřena žádná úmluva, že (dlužné) peníze nebudou vymáhány.

⁶⁷ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 49–50.

příkladem, že závěť nemůže sepsat šílenec) anebo už zaniklo (zde jako typický příklad uvádí situace, pokud dlužník již svůj dluh zaplatil anebo jej věřitel dlužníkovi prominul). Soudce k těmto skutečnostem musí přihlížet *ex officio*, jelikož se jedná o právo samotné.

Na druhé straně jako důvody námitky uvádí situace, ve kterých sice žalovaný nevyvrací existenci práva žalobce, ale uvádí důvody, pro které není možné plnění pro ten okamžik či navždy vyžadovat. K těmto okolnostem soudce nepřihlíží *ex officio*.

Osobně se mi jeví, že nejprve existovala pouze možnost zamítnutí žaloby, *denegatio actionis* (žádné námitky dle *ius civile*), následně byla zavedena *proscriptio pro reo* jako předchůdce námitek, která stála mezi, a myslím si, že samotné *exceptiones* mají pouze povahu námitek z hlediska spravedlnosti a slušnosti a že zároveň vedle nich zůstává možnost *denegatio actionis*, i když v tom světle, jak to uvádí O. Sommer, není obrana tak silná.

L. Heyrovský o *exceptio* mluví jako o námitce⁶⁸, resp. výhradě žalovaného, kterou žalovaný žádá soudce, aby v případě, že posoudí důvody uvedené v jeho obraně jako pravdivé, pak aby jej neodsuzoval: *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in inentionem condemnationemve deductum est.*⁶⁹ To, že námitka nemohla být použita v legisakčním řízení, dokládá **princip „jeden proces jedna otázka“**. Námitku je možné po obsahové stránce z legisakčního řízení vyloučit proto, že do žaloby nebylo možné vložit další volitelné části jako do formule, stejně tak nám ji vylučuje Gaius⁷⁰: *Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*⁷¹ Klasickou obranu opírající se o neexistenci práva mohl žalovaný použít i v legisakčním řízení a žaloba by pak byla odmítnuta *denegatio actionis*. *Exceptio* pak byla založena na skupinách

⁶⁸ Heyrovský, L.: Římský civilní proces. Bratislava, Knihovna právnické fakulty Univerzity Komenského v Bratislavě, Svazek 8, 1925, 400 s. Str. 183.

⁶⁹ Ulp. D 44,1,2 pr: Výjimkou je jako součást vyloučení, která jsou na rozdíl od působení cokoliv je obvykle vyloučené z částky k odsouzení tak, jak záměr zamýšlel.

⁷⁰ Gai.Inst. 4,108.

⁷¹ Jinak tomu bylo kdysi s legisakcemi: neboť o té věci, o které se jednalo jednou, nebylo ze samého práva možné jednat později (znovu). Také se v těch dobách vůbec nepoužívalo námitek tak, jako nyní. str. 233

důvodů, jak dokládá Gaius⁷² a téměř stejně tak je uvedeno v justiniánových institucích⁷³ (vzhledem k velké podobnosti obou těchto fragmentů uvádím pouze znění z justiniánových institucí): *Quarum quaedam ex legibus vel ex his, quae legis vicem obtinent, vel ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capunt.*⁷⁴

1. prétorské právo: např. že žalovaný, proti kterému je použita *actio in ius concepta*⁷⁵, může namítat, že právo podle prétorského práva nikdy nevzniklo či již zaniklo, či že žalovaný, proti kterému byla použita *actio in personam in ius conceptae*⁷⁶, může namítat: 1. *Verbi gratia si metu coactus aut dolo inductus aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti quod non debueras promittere, palam est, iure civili te obligatum esse, et actio qua intenditur dare te oportere, efficax est: sed iniquum est te condemnari, ideoque datur tibi exceptio metus causa aut doli mali aut in factum composita ad impugnandam actionem.* 2. *Idem iuris est, si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit neque numeravit. nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est: dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis: sed quia iniquum est eo nomine te condemnari, placet, exceptione pecuniae non numeratae te defendi debere, cuius tempora nos, secundum quod iam superioribus libris scriptum est, constitutione nostra coartavimus.* 3. *Praeterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilo minus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio qua actor intendit SI PARET EUM DARE OPORTERE. sed quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.* 4. *Aequae si debitor deferente creditore iuraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet: sed quia iniquum est de periurio quaeri, defenditur per exceptionem iurisiurandi. in his quoque actionibus quibus in rem agitur aequae necessariae sunt exceptiones: veluti si petitor deferente possessor iuraverit, eam rem suam esse, et nihil minus eandem rem petitor vindicet: licet enim verum sit quod intendit, id est rem eius esse, iniquum est tamen, possessorem condemnari.* 5. *Item si iudicio tecum actum fuerit sive in rem sive in*

⁷² Gai. Inst. 4, 118.

⁷³ I 4,13,7.

⁷⁴ Všechny tyto námitky se odvozují ze zákona nebo z nařízení podobných zákonů anebo z jurisdikce prétora.

⁷⁵ Žaloba koncipována na základě *ius civile*.

⁷⁶ Obligační žaloba koncipovaná podle *ius civile*.

*personam, nihilo minus ob id actio durat et ideo ipso iure postea de eadem re adversus te agi potest: sed debes per exceptionem rei iudicatae adiuvari*⁷⁷, že byl k podpisu smlouvy donucen: výhrůžkou (*exceptio vis ac metus: si in ea re nihil metus causa factum est*⁷⁸), podvodem (*exceptio doli: si in ea re dolo nihil dolo malo A. Ageri factum sit neque fiat*⁷⁹), anebo, že mu věřitel již dluh prominul neformální dohodou (*exceptio pacti conventi: si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit ne ea peculia peteretur*⁸⁰). Ve většině situací se jednalo o tyto důvody (k tomu také fragment Inst. 4,13,9, který je uveden níže u námitek peremptorních) a plně to odpovídá myšlence ekvity, tedy převahou zásady ekvity, spravedlnosti a slušnosti na formalismem *ius civile*.

2. civilní právo: pokud existoval dle *ius civile* zákaz takového práva, ale norma *ius civile* tento zákaz upravovala nedokonale⁸¹ anebo má žalovaný civilní právo, které

⁷⁷ I 4, 13, 1-5: 1. Jako když například něco slíbíš Titiovi v důsledku vydírání anebo podvodu anebo omylem to, co slíbit nepotřebuješ, musíš to podle civilního práva beze všech pochyb splnit a žaloba, kterou je požadováno, že jsi něco povinen dát, je odůvodněná. Bylo by však nespravedlivé odsoudit tě, a proto ti je proti žalobě poskytnutá námitka strachu, nebo námitka podvodu, nebo námitka založená na popsání skutkového stavu. 2. Totéž platí, když si dá někdo slíbit vrácení peněz kvůli zápůjčce, kterou chce poskytnout, a pak zápůjčku neposkytne. Je totiž zřejmé, že tyto peníze můžou na tobě vyžadovat. Ty jsi totiž povinen zaplatit, neboť jsi zavázaný ze stipulace. Protože by bylo nespravedlivé tě z toho důvodu odsoudit, má se za to, že budeš chráněn námitkou nevyplacených peněz. Jejich lhůty jsme zkrátali našimi konstitucemi, jak odpovídá tomu, což jsme již napsali ve výše uvedených knihách. 3. Kromě toho dlužník, který se neformálně dohodl s věřitelem na tom, že nebude žalován, nebude o to méně zavázán, protože obligaci nelze zrušit pouhou dohodou. Z tohoto důvodu je ho možné oprávněně žalovat: Pokud se prokáže, že je povinen dát. A kdyby bylo nespravedlivé odsoudit ho v rozporu s dohodou, bude chráněn námitkou uzavřené dohody. 4. Povinen dát není stejně tak dlužník plnící přísahu danou věřiteli, ale i přes to zůstává zavázaný, protože by ale bylo nepřiměřené zjišťovat, zda bylo křivě přísaháno, bude chráněn pomocí námitky plnění z přísahy. Také při žalobách, kterými je žalováno na věc, se požadují námitky stejným způsobem, jako například když držitel splní přísahu danou žalobci, že věc je jeho, a žalobce i přes to vindikuje. Neboť, i kdyby bylo prokázáno to, co je nárokováno, tedy že mu věc patří, bylo by i tak nepřiměřené držitele odsoudit. 5. Pokud jsi žalován, ať již to je věcnou anebo osobní žalobou, tak závazkový vztah trvá bez ohledu na to dále, a proto je podle civilního práva možné v té věci žalovat. Tobě však musí být pomozeno námitkou. Str. 353 – 354.

⁷⁸ Námitka strachu: jestliže se v této věci neudála výhrůžka strachu.

⁷⁹ Námitka zlého úmyslu: jestliže v této věci A. Agerius nekonal ve zlém úmyslu, ať se tak stane.

⁸⁰ Námitka neformální dohody: jestliže mezi A. Ageriem a N. Negidiem nedošlo k dohodě, že již peníze nebudou požadovány.

⁸¹ *Exceptiones legis Cincinae a Plaetoriae, senatusconsulti Vellaeani, Macedoniani, Triboniani a edicti divi Augusti.*

působí proti nároku žalobce (jako např. *exceptio iusti domini*⁸² proti *actio Publiciana in rem*⁸³). I jak je vidět zde, první důvody se zcela nepochybně zakládají na ekvitě.

3. při prétorských *actiones in factum conceptae*⁸⁴, jestliže žalovaný namítal důvod, ať už civilního či prétorského práva, který vylučuje žalobu a ke kterému není v intenci formule přihlédnuto.⁸⁵ Tento poslední případ J. Vážný ve svém dělení skupin důvodů označuje⁸⁶ jako generální důvod, který vychází z předpisu resp. normy mající vyšší sílu než je zákon.

4. procesní námitky: např. *exceptiones procuratoria* či *cognitoria* (napadající právní způsobilost zástupce či zastoupeného či možnost zastupování) jak uvádí např. Gaius⁸⁷: *Non solum autem ex tempore, sed etiam ex persona dilatoriae exceptiones intelleguntur, quales sunt cognitoriae, uelut si is, qui per edictum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat, uel dandi quidem cognitoris ius habeat, sed eum det, cui non licet cognituram suscipere. nam si obiciatur exceptio cognitoria, si ipse talis erit, ut ei non liceat cognitorem dare, ipse agere potest; si uero cognitori non liceat cognituram suscipere, per alium cognitorem aut per semet ipsum liberam habet agendi potestatem, et tam hoc quam illo modo euitare potest exceptionem. quod si dissimulauerit eam et per cognitorem egerit, rem perdit*⁸⁸ a *exceptiones praeiudicii*⁸⁹

⁸² Námitka spravedlivého vlastníka.

⁸³ Prétozem poskytnutá žaloba podle Ediktu (XV, §60) bonitárnímu vlastníkovi i spravedlivému držiteli na vydání věci, a to klidně i proti kviritskému vlastníkovi.

⁸⁴ Žaloby poskytované prétozem, koncipované na základě skutečnosti.

⁸⁵ Např. formula *quasi Serviana*, excepce: *si non convenit, ut sibi (ante) res sit obligata* (jestliže nebylo dohodnuto, pak ať platí závazek); *si non voluntate creditoris venit; pacti, ne pignori sit res, exceptio rei iudicatae* (jestliže neprošla vůle věřitelů, dohodnutá, ať není zapůjčena věc, námitkou věci rozsouzené); *exceptiones Scti Vellaeani* nebo *Macedoniani* a při formulí *ex recepto nautarum: exceptio vis maior* (z uložení k plavbě: námitka vyšší moci).

⁸⁶ Vážný, J.: Římský proces civilní. Str. 46.

⁸⁷ Inst. 4,124.

⁸⁸ Dilatorní námitky se pak posuzují nejen podle času, ale i podle osoby. Takovou povahu mají námitky kognitorní: například žaluje-li pomocí kognitora ten, kdo se podle ediktu kognitorem dát zastupovat nemůže, anebo žaluje-li ten, kdo sice na zastupování kognitorem právo má, ale určí si osobu, které není dovoleno kognituru převzít. Neboť vznese-li se kognitorní námitka, (platí toto:) bude-li se jednat o takového (žalobce), kterému není dovoleno dát se zastupovat kognitorem, může žalovat sám plus není-li naproti tomu kognitorovi dovoleno kognituru převzít, má (žalobce) ponecháno na vůli buď žalovat pomocí kognitora jiného, anebo (žalovat) sám, a jak tím, tak oním způsobem se může námitce vyhnout. Jestli by vědomě této možnosti nevyužil a žaloval pomocí kognitora, ztrácí spor.

⁸⁹ Např. *Quod praeiudicium hereditati non fiat* (protože není na újmu dědictví) v D. 5,3,25,17, D. 10,2,1,1, D. 44,1,13 a C 3,31,12.

(tyto napadají nesprávné pořadí soudního vyřízení sporů). Je zřejmé, že procesní námítky spočívající ve formální stránce věci, nestojí na zásadě ekvity (pro přehlednost je zde ale uvádím), ale na druhou stranu co se týče procesních námitek, jako jsou *exceptiones praeiudicii*, tak ty jistě mají své opodstatnění v zásadě ekvity. Právě třeba tím, jak byly soudní řízení řazeny, mohly významně ovlivňovat různé skutečnosti a věci, které byly sice v souladu s *ius civile*, přes to se však mohly dostávat do rozporu se zásadami spravedlnosti, tedy s ekvitou.

Zvláštním případem součásti formule vložené ve prospěch žalobce či žalovaného, a to hned za adjudikací, je *praescriptio*. Ta uváděla další okolnosti, byla tzv. nepravou excepčí, ale neměla její účinky, co se týče kondemnice. Nejlépe se dá vyložit historicky, kdy za legisakčního řízení mohla být žaloba pouze zamítnuta (*denegatio actionis*) na základě *ius civile* a jako nejnovější forma obrany stran odpovídající spravedlnosti a vývoji právního řádu a majetkových poměrů byly samotné *exceptiones*, které vznikly a byly používány až za formulového řízení. Historicky právě jistý mezistupeň mezi nimi tvoří *praescriptio*, která umožňuje do formule doplnit skutečnosti, jež mohou žalobu v určitých místech omezit jako např. splácení dluhu (v případě, kdy některé ze splátek jsou nesplacené, další splátky nejsou ještě zralé).

Mírně odlišný posun od vnímání předchozími dvěma autory, a to zřejmě ve větším protikladu k O. Sommerovi, uvádí J. Vážný.⁹⁰ Dle něj jsou *exceptiones* z hlediska hmotněprávního námítky, které brání žalobě pomocí okolností, které nejsou uvedeny v intenci ani nevyplývají z *ius civile* (oboje dle jeho názoru musí soudce použít *ex off*o), nýbrž jde o skutečnosti, které na základě jiných norem požadují, aby byl osvobozen. Základem těchto jiných norem, možná jakýchsi nadnorem, je právě vyšší právní či morální řád, tedy mnou rozebíraná ekvita. J. Vážný pak *expressis verbis* uvádí, že se jedná o skutečnosti, které se netýkají intence, ale o skutečnosti, které činí kondemnaci hypotetickou. Hypotetickou se tak kondemnice stává na základě toho, že soudce má o těchto skutečnostech (resp. o jejich správnosti a existenci) spravedlivě rozhodnout. Z hlediska formálního pak *exceptio* definuje jako zápornou podmínku kondemnice (*condemna, si non...*⁹¹). Je zajímavé pozorovat, jak každý z uvedených autorů věci pojmenovává a přichází k nim na základě odlišných postupů. J. Vážný tak

⁹⁰ Vážný, J.: Římský proces civilní. Str. 43.

⁹¹ Odsudť, jestli se nestala ta a ta skutečnost.

dokonce dále v souvislosti s rozhodováním soudce *ex officio* označuje excepci tak, že sama znamená rozšíření úřední pravomoci soudce. Velký význam pro užití excepcí má i to, že se ve velké míře používaly v případě *iudiciis stricti iuris*, jelikož při nich neměl soudce přihlížet k jiným skutečnostem, než k *ius civile* na rozdíl od *iudicia bonae fidei*, kde soudce soudil také podle zásad slušnosti a spravedlnosti (*doli exceptio bonae fidei iudiciis inest*⁹²), tedy kde formule obsahovala obvykle demonstraci s doložkou *ex fide bona* a kondemnaci s doložkou *dare facere oportet*.

J. Vážný velmi podobně dělí skupiny důvodů, pro které je možno podat *exceptio*⁹³ jako L. Heyrovský (viz výše), proto jsem jen mírné doplnění uvedla přímo ve výše uvedeném dělení, na druhou stranu sám uvádí, že *exceptiones* mají hlavní smysl jako dualismus *ius civile* a práva prétorského. Uvádí však také, že kde si tyto dva systémy neodporují, tam *exceptiones* svůj význam postrádají. Dále uvádí, že k oslabení účinků intence, nikoli ale jejich úplnému vyloučení, má žalovaný *beneficium competentiae*⁹⁴, žalovaný je pak odsouzen jen k tomu, co může splnit (*quatenus facere potest*⁹⁵ nebo *dumduxat quod facere potest*⁹⁶).

Jednou z posledních věcí, která se týká *exceptiones* je jejich dělení podle trvání, a to na *exceptiones peremptoriae* a *exceptiones dilatoriae*, jak uvádí Gaius⁹⁷: *Dicuntur autem exceptiones aut peremptoriae aut dilatoriae*.⁹⁸ Peremptorní jsou ty námitky, které může žalovaný podat kdykoli, tedy nejsou omezeny plynutím času a žalobce tak nemá šanci se jim vyhnout, tím, že bude odkládat podání žaloby na lepší situaci. Gaius⁹⁹ o nich mluví tak, že: *Peremptoriae sunt, quae perpetuo ualent nec euitari possunt, uelut quod metus causa aut dolo malo aut quod contra legem senatusue consultum factum est aut quod res iudicata est uel in iudicium deducta est, item pacti conuenti, quod factum*

⁹² Námitka zlého úmyslu je zde od počátku, jelikož se jednalo o soudní řízení v dobré víře.

⁹³ Vážný, J.: Římský proces civilní. Str. 46.

⁹⁴ Dobrodiní, výhrada – v tomto případě spočívá právě v tom, že žalovaný je odsouzený pouze do výše částky, kterou může zaplatit. Jinými případy *beneficia competentiae* je např. situace, kdy dlužník může být odsouzen pouze k zaplacení konkrétní částky, nikoli však k personální exekuci anebo situace, kdy dlužník se sice odsouzen, ale věřitel mu musí nechat věci nutné k tomu, aby se uživil.

⁹⁵ Až kam může dělat.

⁹⁶ Tolik, kolik může vzhledem ke svému stavu udělat.

⁹⁷ Gai. Inst. 4,120.

⁹⁸ Námitkám se buď pak říká trvalé, anebo dočasné.

⁹⁹ Gai. Inst. 4,121.

*est, ne omnino pecunia peteretur.*¹⁰⁰ Jsou tedy *perpetuo valent nec evitari possunt.*¹⁰¹ V justiniánských institucích¹⁰² jsou definovány takto: *Perpetuae et peremptoriae sunt, quae semper agentibus obstant et semper rem de qua agitur peremunt: qualis est exceptio doli mali et quod metus causa factum est et pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur.*¹⁰³ Jako jejich příklad lze uvést např. *exceptio pacti conventi*¹⁰⁴ (*ne omnino pecunia peteretur*)¹⁰⁵, *exceptio rei iudicatae*¹⁰⁶ aj.

Dilatorní jsou ty námitky, které působí pouze dočasně. Gaius¹⁰⁷ je tedy definuje tak, že: *Dilatoriae sunt exceptiones, quae ad tempus valent, ueluti illius pacti conventi, quod factum est uerbi gratia, ne intra quinquennium peteretur; finito enim eo tempore non habet locum exceptio. cui similis exceptio est litis diuiduae et rei residuae. nam si quis partem rei petierit et intra eiusdem praeturam reliquam partem petat, hac exceptione summouetur, quae appellatur litis diuiduae; item si is, qui cum eodem plures lites habebat, de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios iudices eant, si intra eiusdem praeturam de his, quas distulerit, agat, per hanc exceptionem, quae appellatur rei residuae, summouetur.*¹⁰⁸ Tyto námitky tedy *ad tempus valent, integra re evitari possunt.*¹⁰⁹ A dále pokračuje: *Observandum est autem ei, cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit; non enim post illud tempus, quo integra re eam evitare poterat, adhuc ei potestas agendi*

¹⁰⁰ Trvalé jsou ty, které jsou trvale platné a není možné se jim vyhnout, jako třeba, že jednání bylo vedeno ze strachu, anebo se zlým úmyslem, anebo proti zákonu či proti usnesení senátu, anebo že záležitost byla rozsouzena nebo na soud vznesena, také (námitka) sjednané smlouvy, že peníze nebudou vůbec vymáhány.

¹⁰¹ Nemohou vždy zabránit.

¹⁰² I 4,13,9.

¹⁰³ Trvalé a vylučující námitky jsou takové, které jsou použitelné proti žalobci vždy a také trvale zeslabují žalovaný nárok jako námitka zlého úmyslu a námitka vydírání, stejně jako námitka uzavřené dohody, pokud bylo dohodnuto, že peníze nebudou vůbec žalovány.

¹⁰⁴ Námitka z neformální dohody, že nebude nikdy žalováno.

¹⁰⁵ Žádné peníze nebudou požadovány.

¹⁰⁶ Námitka věci rozsouzené.

¹⁰⁷ Gai. Inst. 4, 122.

¹⁰⁸ Trvalé jsou ty, které jsou trvale platné, a není možné se vyhnout, jako třeba, že jednání bylo vedeno ze strachu, anebo se zlým úmyslem, anebo proti zákonu či proti usnesení senátu, anebo že záležitost byla rozsouzena nebo na soud vznesena, také (námitka) sjednané smlouvy, že peníze nebudou vůbec vymáhány.

¹⁰⁹ Námitky se vztahují k času, ve kterém musí být celkově vyřízeny.

*superest re in iudicium deducta et per exceptionem perempta.*¹¹⁰ V justiniánových institucích¹¹¹ se o námitkách dilatorních hovoří takto: *Temporales atque dilatoriae sunt quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium, nam finito eo tempore non impeditur actor rem exsequi. ergo hi quibus intra tempus agere volentibus obicitur exceptio aut pacti conventi aut alia similis, differe debent actionem et post tempus agere: ideo enim et dilatoriae istae exceptiones appellantur. alioquin, si intra tempus egerint obiectaque sit exceptio, neque eo iudicio quidquam consequerentur propter exceptionem nec post tempus olim agere poterant, cum temere rem in iudicium deducebant et consumebant, qua ratione rem amittebant. hodie autem non ita stricte haec procedere volumus, sed eum qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus est Zenoniana constitutioni subiacere censemus, quam sacratissimus legislator de his qui tempore plus petierunt protulit, ut et inducias, quas, sive ipse actor sponte indulserit vel natura actionis continet, contempserat, in duplum habeant hi qui talem iniuriam passi sunt, et post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint, ut actores, tali poena perterriti, tempora litium doceantur observare.*¹¹²

¹¹⁰ Gai. Inst. 4,123: ten však, proti komu se vznáší dilatorní námitka, musí dbát na to, aby žalobu odložil: jinak, zažaluje-li po vznesení námitky, ztrácí spor. Neboť po uplynutí oné doby, kdy se ponecháním sporné věci v klidu mohl námitce vyhnout, nemá již možnost žalovat, protože věc byla vznesena na soud a uplatněním námitky vzala za své.

¹¹¹ I 4,13,10.

¹¹² Dočasné nebo odkládací námitky jsou takové, které popírají dočasně a poskytují odklad, jako námitka uzavřené dohody, když bylo dohodnuto, že žaloba nebude podána do určité doby, například v průběhu pěti let. Po uplynutí této lhůty není žalobci bráněno, aby svůj nárok prosadil. Nakonec ti, které omezuje námitka uzavřené dohody, nebo nějaká jí podobná, musí, pokud by chtěli žalovat před uplynutím lhůty, proces odložit a žalovat až po uplynutí lhůty, z tohoto důvodu se tyto námitky označují jako odkládací. Když i přesto žalují před uplynutím lhůty a námitka byla uplatněna a tímto procesem v důsledku námitky ničeho nedosáhli, nemohli žalovat nejen před tím, ale ani po uplynutí lhůty, neboť svůj nárok nerozvázně učinili předmětem řízení a tím ho spotřebovali, takže nároku pozbyli. Naproti tomu si my přejeme, aby toto nebylo dnes posuzováno tak přísně, ale nařizujeme, aby se ten, kdo se odvážil podat žalobu před uplynutím lhůty, která byla dohodnuta anebo stanovena již přímo v závazku, se podřídil Zenonově konstituci (C 3,10,1), kterou tento všemocný zákonodárce, ohledně těch, kteří žalovali předčasně, nařídil, že těm, kteří takovéto bezprávi utrpěli má být lhůta (ať již byla povolena anebo vyplývá z povahy žaloby), ohledně níž byl žalobce nepozorný, dvojnásobně prodloužena a po jejím uplynutí se mají žalobě podrobit, před tím však mají obdržet náklady sporu, aby žalobci byli tímto trestem zastrášeni a naučili se respektovat lhůty pro podání žaloby.

Žalobce tak počká s litiskontestací po dobu působení excepcie. Jejímí příklady jsou *exceptio pacti conventi*, *ne intra tempus peteretur*¹¹³, pak také procesní námitka *exceptio cognitoria*, spočívající v té procesní vadě, že žalobce není oprávněn se nechat zastupovat kognitorem či že jeho kognitor není právně způsobilým k jeho zastupování. Dočasná, jaksi „nepravá“ povaha této námitky resp. procesní vady spočívá nikoli v tom, že žalobu je možné podat až po uplynutí dohodnuté doby, ale až v okamžiku po odstranění takové procesní vady, což je opět možné doložit jak fragmentem z Gaiových Institucí¹¹⁴: *Non solum autem ex tempore, sed etiam ex persona dilatoriae exceptiones intelleguntur, quales sunt cognitoriae, uelut si is, qui per edictum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat, uel dandi quidem cognitoris ius habeat, sed eum det, cui non licet cognituram suscipere. nam si obiciatur exceptio cognitoria, si ipse talis erit, ut ei non liceat cognitorem dare, ipse agere potest; si uero cognitori non liceat cognituram suscipere, per alium cognitorem aut per semet ipsum liberam habet agendi potestatem, et tam hoc quam illo modo euitare potest exceptionem. quod si dissimulauerit eam et per cognitorem egerit, rem perdit*¹¹⁵ tak i fragmentem z Institucí justiniánských¹¹⁶: *Praeterea etiam ex persona dilatoriae sunt exceptiones: quales sunt procuratoriae, ueluti si per militem aut mulierem agere quis velit: nam militibus nec pro patre vel matre vel uxore nec, ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur: suis uero negotiis superesse sine offensa disciplinae possunt. eas uero exceptiones quae olim procuratoribus propter infamiam vel dantis vel ipsius procuratoris opponerentur, cum in iudiciis frequentari nullo perspeximus modo,*

¹¹³ Námitka z neformální dohody, že bude moci býti žalováno až po uplynutí stanoveného času.

¹¹⁴ Gai, Inst. 4, 124.

¹¹⁵ Dilatorní námitky se pak posuzují nejen podle času, ale i podle osoby. Takovou povahu mají námitky kognitorní: například žaluje-li pomocí kognitora ten, kdo se podle ediktu dá kognitorem zastupovat nemůže, anebo žaluje-li ten, kdo sice podle ediktu na zastupování kognitorem právo má, ale určí si osobu, které není dovoleno kognituru převzít. Neboť vznese-li se kognitorní námitka, (platí toto:) bude-li se jednat o takového (žalobce), kterému není dovoleno dát se zastupovat kognitorem, může žalovat sám; není-li naproti tomu kognitorovi povoleno kognituru převzít, má (žalobce) ponecháno na vůli buď žalovat pomocí kognitora jiného, anebo (žalovat) sám, a jak tím, tak oním způsobem se může námitce vyhnout. Jestliže by vědomě této možnosti nevyužil a žaloval pomocí kognitora, ztrácí spor.

¹¹⁶ I 4,13,11.

*conquiescere sancimus, ne, dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.*¹¹⁷

Pro ekvitu je potřeba rozeznávat ještě dva důležité momenty, a sice, že ji za prvé zcela naplňuje to pravidlo, že pokud žalovaný omylem námitku peremptorní nepodá, povolí prétor navrácení do předešlého stavu a umožní tak žalovanému její podání, u námitky dilatorní je tato věc sporná, tak jak dokládá i Gaius¹¹⁸: *Sed peremptoria quidem exceptione si reus per errorem non fuerit usus, in integrum restituitur adiciendae exceptionis gratia. dilatoria uero si non fuerit usus, an in integrum restituatur, quaeritur.*¹¹⁹ Druhým zásadním momentem je to, že podání námitky by mohlo být pro žalobce nespravedlivé, a proto v rozporu se zásadou ekvity. A to toho důvodu, že žalobce neměl šanci v intenci na ní uvedením rozhodných skutečností reagovat. Fakticky je tedy běh takový že žalobce ve své žalobě resp. v intenci uvádí povinnost žalovaného podle *ius civile*, ten jí pak vyvrací z důvodu jiných norem (ať prétorského práva, spravedlnosti, apod.) a naopak žalobce namítá další jiné normy mimo *ius civile*, které excepci odebírají účinek, jak o tom hovoří Gaius¹²⁰: *Interdum euenit, ut exceptio, quae prima facie iusta uideatur, inique noceat actori. quod cum accidit, alia adiectione opus est adiuuandi actoris gratia. quae adiectio replicatio uocatur, quia per eam replicatur atque resouitur uis exceptionis...*¹²¹ a podobně Justinián¹²²: *Interdum euenit ut exceptio quae prima facie iusta uideatur, inique noceat. quod cum accidit, alia allegatione opus est adiuuandi actoris gratia, quae replicatio uocatur, quia per eam*

¹¹⁷ Kromě toho jsou také odkládací námitky závislé na osobě. Jsou to ty, které se týkají procesního zástupce, jako když někdo chce žalovat prostřednictvím vojáka nebo ženy. Vojákům totiž není povoleno jako zástupcům žalovat, a to ani za otce nebo za matku, ani za manželku, ani na základě reskriptu (C 2,12,7). Své záležitosti si totiž mohou obstarávat i bez zanedbávání služebních povinností. O těch námitkách, které byly dříve používány proti procesnímu zástupci z důvodu nečestnosti zastoupeného nebo zástupce, nařizujeme, že jsou zrušeny, když se o nich vede řízení, aby nebylo oddalováno rozhodnutí v hlavní věci. Str. 357.

¹¹⁸ Gai, Inst. 4, 125.

¹¹⁹ Jestli by však žalovaný omylem nepoužil námitku peremptorní, provede se navrácení v předešlý stav, aby námitka mohla být připojena. Naproti tomu je sporné, zda se navrácení v předešlý stav provede tehdy, když by (žalovaný) nepoužil námitku peremptorní.

¹²⁰ Gai. Inst. 4,126 (1. část fragmentu).

¹²¹ Někdy se stává, že námitka, která je na prvý pohled spravedlivá, nespravedlivě škodí žalobci. Stane-li se to, je třeba v zájmu žalobce připojit doplněk další: ten doplněk se nazývá replika, protože jeho pomocí se odvolává a ruší účinnost námitky...

¹²² Inst. 4,14. pr.

*replicatur atque resolvitur vis exceptionis. veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est ut petere creditori liceat: si agat creditor et excipiat debitor, ut ita demum condemnetur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio; convenit enim ita, etiamque nihilo minus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sunt. sed quia iniquum est creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.*¹²³

Jedná se o tzv. *replicatio*¹²⁴. Jde např. o situaci, kdy věřitel nejdříve dlužníkovi dluh prominul, ale následně se domluvili neformálně na splacení dluhu (pak by nebylo spravedlivé a tedy v souladu se zásadou ekvity, aby měl dlužník vůči žalobci-věřiteli *exceptio*, na kterou již nelze namítnout účinky pozdější dohody o zaplacení dluhu) a excepcie zní zde *si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit, ne ea penulia peteretur*¹²⁵, replika pak v tomto případě zní takto: *aut postea convenit, ut A. Agerio eam pecuniam petere liceret*¹²⁶. Gaius o tom mluví takto¹²⁷: *nam si uerbi gratia pactus sum tecum, ne pecuniam, quam mihi debes, a te peterem, deinde postea in contrarium pacti sumus, id est ut petere mihi liceat, et, si agam tecum, excipias tu, ut ita demum mihi condemneris, si non conuenerit, ne eam pecuniam peterem, nocet mihi exceptio pacti conuenti; namque nihilo minus hoc uerum manet, etiam si postea in contrarium pacti sumus; sed quia iniquum est me excludi exceptione, replicatio mihi datur ex posteriore pacto hoc modo: AVT SI POSTEA CONVENIT, VT MIHI EAM PECVNIAM PETERE LICERET.*¹²⁸

¹²³ Někdy se stává, že námitka, která se na první pohled zdá spravedlivou, žalobci škodí. Když se to stane, je třeba, aby bylo žalobci pomůženo tím, že učiní další předložení, které se označuje jako protinámitka, protože jejím prostřednictvím je námitka potlačena, jako když se například někdo dohodne se svým dlužníkem, že na něm nebude žalobou vymáhat peníze, a když je pak dohodnut opak, tedy když je věřiteli žalovat dovoleno. Když tedy věřitel žaluje a dlužník namítá, že může být odsouzen jen tehdy, když nebylo dohodnuto, že věřitel nemůže žalovat peníze pomocí žaloby, má pak věřitel k dispozici námitku, že tak bylo dohodnuto. Je to sice pravda, ale později byl dohodnut opak. Protože by bylo nespravedlivé věřitele odmítnout, je mu na základě pozdější dohody udělena protinámitka.

¹²⁴ Další výhrada žalobce postavená proti námitce.

¹²⁵ Jestliže se A. Agerius a N. Negidius nedohodli, že tyto peníze nebudou nezaplaceny; tzn. vylučující účinek žalob, pokud se oba dohodli, že částka bude prominuta, tzn. nezaplacena.

¹²⁶ Pokud se potom nedohodli, že se sluší, aby A. Agerius tyto peníze zaplatil.

¹²⁷ Gai. Inst. 4,126 (dokončení fragmentu).

¹²⁸ Neboť kdybych si dejme tomu s tebou ujednal, že peníze, které mně dlužíš, nebudu na tobě vymáhat a kdybychom si potom později ujednali opak, to znamená, že ty (peníze) je mně vymáhat dovoleno,

Dalším příkladem je *argentarius*¹²⁹, který vydražil věci a požaduje na kupci zaplacení kupní ceny. Ten ale *exceptio* odvrací, že mu věci nebyly předány, *argentarius* ale podává *replicatio*, že nejprve je třeba zaplatit kupní cenu, tak jak uvádí Gaius¹³⁰: *Item si argentarius pretium rei, quae in auctionem uenerit, persequatur, obicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnatur, si ei res, quam emerit, tradita est, et est iusta exceptio. sed si in auctione praedictum est, ne ante emptori res traderetur, quam si pretium soluerit, replicatione tali argentarius adiuuatur: AVT SI PRAEDICTVM EST, NE ALITER EMPTORI RES TRADERETVR, QVAM SI PRETIVM EMPTOR SOLVERIT....*¹³¹ Excepce tedy v tomto případě zní následujícím způsobem: *si ea pecunia non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est*¹³², replikace pak je následujícího znění: *aut si praedictum est, ne aliter emptori res traderetur, qaum si pretium emptor solverit.*¹³³ Tak jako je možná *replicatio*, může následně její účinky opět žalovaný vyloučit podáním *duplicatio* (Gai. Inst. 4,127: *Interdum autem euenit, ut rursus replicatio, quae prima facie iusta sit, inique reo noceat; quod cum accidit, adiectione opus est adiuuandi rei gratia, quae duplicatio uocatur*¹³⁴ a Inst. 4,14,1: *Rursus interdum evenit ut replicatio quae prima facie iusta sit, inique noceat. quod cum accidit, alia allegatione opus est adiuuandi rei gratia, quae duplicatio vocatur*¹³⁵), jejíž účinky pak zase žalobce může vyloučit podáním *triplicatio* (Gai. Inst. 4,128: *Et si*

škodí mně námitka sjednané smlouvy, v případě, že tě zažaluji a ty namítneš, že máš být odsouzen pouze tehdy, nebylo-li ujednáno, že ty peníze nebudou vymáhat. Je totiž přece jen stále pravda, i když jsme později ujednali opak. Protože však je nespravedlivé, abych byl námitkou vyloučen, dává se mně na základě pozdější úmluvy replika, (a sice) tímto způsobem: nebylo-li později ujednáno, že ty peníze je mi dovoleno vymáhat.

¹²⁹ Bankéř, směnárník.

¹³⁰ Gai. Inst. 4,126a.

¹³¹ Také proti směnárníkovi, který žádá zaplacení ceny věci, jež byla prodána v dražbě, se vznášá námitka, že kupec má být odsouzen pouze tehdy „byla-li mu věc, kterou koupil, předána“. A je to spravedlivá námitka. Bylo-li však při dražbě předem oznámeno, že kupci se věc nepředá dříve, dokud nezaplatí trhovou cenu, vypomáhá se směnárníkovi takovouto replikou „anebo byli-li předem oznámeno, že věc se nepředá kupci jinak, než že zaplatí trhovou cenu.

¹³² Jestliže peníze nebyly zaplacený, protože nebylo předáno zboží, obsaženo např. v D 19,1,25.

¹³³ Anebo bylo-li předem oznámeno, že věc se nepředá kupci jinak, než že zaplatí trhovou cenu.

¹³⁴ Někdy se však stává, že zase replika, která je na prvý pohled spravedlivá, nespravedlivě škodí žalovanému. Stane-li se to, je třeba v zájmu žalovaného připojit doplněk, kterému se říká duplika.

¹³⁵ Z druhé strany se ale čas od času přihodí, že protinámitka žalobci škodí, i když je na první pohled spravedlivá. Pokud se to stane, je pak třeba, aby bylo možné pomoci žalovanému, použít další předložení, které se označuje jako duplikace.

*rursus ea prima facie iusta uideatur, sed propter aliquam causam inique actori noceat, rursus adiectione opus est, qua actor adiuuetur, quae dicitur triplicatio*¹³⁶ a Inst. 4,14,2: *Et si rursus ea prima facie iusta uideatur, sed propter aliquam causam inique actori noceat, rursus allegatione alia opus est, qua actor adiuuetur, quae dicitur triplicatio*¹³⁷). Celý tento mechanismus směřuje k naplnění zásady ekvity, a to prostřednictvím procesního práva.

Z výše uvedeného pojetí námitek v literatuře lze vyvodit následující obecné závěry: *exceptiones* v zájmu ekvity a tedy prétorského práva sloužily zejména k tomu účelu, aby odstraňovaly tvrdosti *ius civile*, aby reagovaly na vývoj právního řádu, územní expanze římské říše a s tím souvisejících obchodních a majetkových vztahů. Jejich účel byl, aby v zájmu slušnosti a spravedlnosti nebyl nikdo neoprávněně odsouzen. Formálně (technicky vzato) to znamenalo možnost omezit či zejména zcela vyloučit účinky intence. Tedy, aby žalovaný nebyl odsouzen či byl odsouzen jen částečně. Historicky za legisakčního řízení nebyla jiná možnost, než že pokud se žaloba nezakládala na *ius civile*, musela být zamítnuta. Nebyly tím ale řešeny nespravedlivé situace. Jistým mezikrokem mezi tímto obdobím a obdobím formulového procesu, ve kterém již byly formule plně využívány k výše uvedenému účelu, přes to, že samozřejmě rovnocenně vedle nich existovala klasická *denegatio actionis*, byla právě *praescriptio reo*. Jejím účelem bylo, pokud byla v žalobní formuli, aby když nastala určitá předvídaná skutečnost, aby soudce žalobu odmítl. Během období formulového řízení, kdy se vyvinula do *exceptiones*, se o ní již nemluví v pramenech.

Stejně tak *exceptio doli* mohla figurovat v případě, kdy bylo vhodné použít proti závaznému civilnímu právu jednání moment vůle, což dokládá Gaius¹³⁸: *quod ideo dictum est, quia et si per damnationem aliquis rem suam legauerit eamque postea alienauerit, plerique putant, licet ipso iure debeatur legatum, tamen legatarium petentem posse per exceptionem doli mali repelli, quasi contra uoluntatem defuncti*

¹³⁶ A jestli se zase ona zdá (sice) na první pohled spravedlivá, ale nespravedlivě škodí žalobci, je třeba zase doplnit doplněk, kterému se žalobci pomůže: říká se mu triplika.

¹³⁷ A pokud se toto opět na první pohled zdá být spravedlivým, ale z nějakého důvodu to žalobci škodí, pak je nezbytné další předložení, kterým je žalobci pomoheno, což je triplikace. Str. 359.

¹³⁸ Gai. Inst. 2,198 (2. část fragmentu).

petat¹³⁹ i Digesta¹⁴⁰: *Praetera sciendum est, es quid quis ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere: et ideos heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur.*¹⁴¹

Summum ius summa saepe iniuria

Restitutio in integrum, tedy navrácení do předešlého stavu je jeden z výrazných právních prostředků, které byly dány prétorovi pro případy dodržování ekvity. O. Sommer¹⁴² *expressis verbis* uvádí, že navrácení do původního stavu, *restitutio* bylo prétozem povolováno právě a jen na základě důvodu ekvity, a to dokládá fragmentem z Digest¹⁴³: *Si ex duobus vel pluribus heredibus eius, qui manumisso servo vel libero esse iusso vel alienato vel mortuo intra annum conveniri poterat, unus fuerit conventus, omnes heredes liberabuntur, quamvis non in maiorem quantitatem eius peculii, quod penes se habet qui convenitur, condemnetur, idque ita Iulianus scripsit. Idemque est et si in alterius rem fuerit versum. Sed et si plures sint fructuarii vel bonae fidei possessores, unus conventus ceteros liberat, quamvis non maioris peculii, quam penes se est, condemnari debeat. Sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio quam intentio liberet: nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur.*¹⁴⁴ Podle J. Vážného¹⁴⁵ se jedná o právní institut, který způsobuje, že skutková podstata, na kterou se váže škodlivý následek v důsledku nespravedlivého

¹³⁹ Bylo to řečeno proto, že většina (právníků) se domnívá, že i kdyby někdo odkázal svou věc (formou) damnačního rozkazu, ale potom ji zcizil, je sice odkaz ze samého práva závazný, žalujícího odkazovníka lze však odrazit námitkou zlého úmyslu, protože žaluje jaksi proti vůli zesnulého.

¹⁴⁰ Ulp. D 44,4,4,10.

¹⁴¹ Dále je známo, že ten, který žádá na základě testamentu proti vůli zůstavitele, tak je odražen námitkou zlého úmyslu: a jeho dědici, kteří nemají vůli, jsou odrazeni námitkou zlého úmyslu.

¹⁴² Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 64.

¹⁴³ D 15,1,32 pr.

¹⁴⁴ Jestliže ze dvou či více svědků, kteří byli buď propuštěnými otroky anebo svobodnými příkazem anebo byli z důvodu smrti více jak rok propuštěni, jeden byl dohodnutý, všichni dědici jsou osvobozeni, pokud však nadále nemají svoje peculium, protože je dohodnuto, že je třeba odsoudit k tomu, k čemu Juliánus naspal. A tak je to v dalších věcech různé. Jestliže je více fruktuářů než držitelů v dobré víře, jedna dohoda všechny propouští, kteří nemají více peculium a tak jak je možné, k tomu se musí odsoudit. Ale sluší se, tak jak se toho právo dotýká, a tak ekvita určuje řízení v těchto případech, kteří jsou příležitostně podle práva propuštěnými, aby je již osvobozovala intence svojí mocí: neboť ti, kteří s otroky uzavřeli smlouvu, tak jejich peculium patří do jejich celkového majetku.

¹⁴⁵ Vážný, J.: Římský proces civilní. Str. 84

jednání, tuto podstatu jakoby ruší a odkazuje se tak na slavnou Ciceronovu¹⁴⁶ maximu: *Ex quo illud "summum ius summa iniuria" factum est iam tritum sermone proverbium.*¹⁴⁷ Je zřejmé, že prétorův zásah do práva musel odpovídat tomu, aby právo bylo předvídatelné a srozumitelné, na druhou stranu ekvita představuje právní zájem, snad i zájem nad právem, zájem morální, který je třeba bránit oproti přílišné přísnosti zákona. *Restitutio* představuje mimořádný právní prostředek jako taková může dokonce působit proti účinkům litiskontestace, kapitisdeminuce, vydržení, nabytí či ztrátě věci. Jedna ze stran se v tomto případě musí obrátit na prétora se žádostí (*postulatio*) za podmínky, že nemá žádné jiné procesní prostředky, o povolení restituce. Prétor žádost prošetří (*causa cognita*) a dekretem vydá své rozhodnutí (povolení restituce náleželo do prétorova impéria). Jeho rozhodnutí může spočívat v různých následcích jako např. *denegatio actionis*, poskytnutí nové žaloby, povolení či odepření *exceptio*, deklarování kapitisdeminuce (omezení osobnosti – *magna, media i minima*), *rescissa alienatione*¹⁴⁸ či vydržení¹⁴⁹. Restituci zpočátku prétor umožňoval na základě svého volného uvážení, později se vyvinuly závazné restituční důvody (*iustae causae in integrum restitutionis*¹⁵⁰), tak je uvedl i Věčný edikt¹⁵¹ a říká Paulus v Digestech¹⁵²: *Si absente domino ductus sit servus vel etiam praesente et in eadem causa sit, ut in integrum restitui possit, defensio permittitur eius nomine qui ductus est: postulantibus enim exhiberi eum ad defendendum indulgere praetor debet. Idem concedendum est fructuario vel cui pignoris nomine obligatus est, si praesens dominus defendere noluerit, ne alterius dolus aut desidia aliis noceat. idem praestandum est in servo communi, quem alter ex dominis praesens noluit defendere. sed et actori his casibus succurrendum est, quia placet dominii acquisitione extinguere actionem: iussu enim*

¹⁴⁶ Cic. De off. 1,10,33.

¹⁴⁷ Odtud pochází pořekadlo, jehož se již dávno obecně používá - nejdokonalejší právo často vytváří největší bezpráví.

¹⁴⁸ Odepření právních účinků podřízené se do moci.

¹⁴⁹ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 63.

¹⁵⁰ Spravedlivé důvody pro restituci.

¹⁵¹ Hadriánův věčný edikt (*Edictum perpetuum Hadriani*) byl sbírkou prétorského práva, kterou shromáždil a sebral právník Salvius Iulianus v první pol. 2. st. a jeho sbírka se nám dochovala v díle O. Lenela. Impulsem byl pokyn císaře Hadriána, aby byly zredigovány všechny edikty, sebrány a nadále používány.

¹⁵² Titul X, I. část ediktu, spravedlivé důvody pro navrácení do původního stavu + Paulus D 9,4,26,6.

*praetoris ductus in bonis fit eius qui duxit.*¹⁵³ Restituční důvody později prétor přímo uvedl do svého ediktu, aby mohla být restituce povolena na základě ediktu, nikoli jen na základě obecné myšlenky spravedlnosti, tedy ekvity. Přestože odvozeně je nadále hlavním důvodem pro umožnění této restituce ekvita, tedy spravedlivé a slušné jednání. Jejich místo v Ediktu se obecně vykládá tím, že jako obrana čelily věcným i právním překážkám, které vyplývaly z *ius civile* při ochraně práva. Edikt je tedy v této části členěn tak, že nejprve jsou v §39–41 uvedeny důvody, které odvrací žalobu *in iure*. Na to navazují důvody pro vrácení přiznání žaloby již právně ztracené (§§42–46). Věcně dělíme důvody, na základě kterých bylo možno požádat o restituci na dvě skupiny¹⁵⁴, a to:

- I. *Restitutio minorum* tj. těch, kdož už jako nezletilý, na základě svého věku měl od prétora ochranu proti škodám, které jim byly způsobeny při právních jednáních na základě jejich nezkušenosti (*aetatis imbecillitas, infirmitas, iuvenilis facilitas*) nebo svého opomenutí (Ed. X., §41: *Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam*¹⁵⁵). Žádost mohla být opřena o Edikt¹⁵⁶ (*Non solum minoris, verum eorum quoque, qui rei publicae causa afuerunt, item omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt, et ita saepissime est constitutum; Interdum tamen successori plus quam annum dabimus, ut est edicto expressum, si forte aetas ipsius subueniat: nam post annum vicensimum quintum habebit legitimum tempus*¹⁵⁷) i v případě, že

¹⁵³ Tam, kde je otrok odveden v nepřítomnosti pána či jeho přítomnosti, a věci jsou stále v takovém stavu, že celková restituce je možná a obrana je povolena na účet otroka, který byl odveden. Jestliže byla podána jemu žádost, aby to bylo předneseno na soudě z důvodu obrany, prétor by ji měl zaručit. Stejná úleva by měla být dovolena poživateli nebo tomu, kdo drží záruku otroka z důvodu jeho dluhu, tam kde je majitel přítomný a odmítá se bránit, z důvodu zášti nebo nedbalosti jednoho nemůže bránit ostatním. Stejná úleva musí být poskytnuta i tam, kde otrok je běžně držen a jeden z jeho majitelů, který je přítomný, odmítá se bránit. V těchto případech je žalobce oprávněn k úlevě, jelikož je upraveno právo žaloby a je rozšířeno nabytím vlastnictví. V situaci, kdy je otrok odveden na základě pokynu prétora, stává se vlastnictvím strany, které si ho odvedla.

¹⁵⁴ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 64.

¹⁵⁵ Protože je řečeno, že je jednáno s mladším dvaceti let, tak jej v jakékoli věci je třeba podpořit.

¹⁵⁶ §45 *de lite restituenda* (o navraceném sporu).

¹⁵⁷ A nejen nezletilci, jichž právě se týkala moc obnovit jejich úkony v jednání obchodních, a podobně na všechny, kteří byli Římané možné obnovit ve své celistvosti, mohou být obnoveny in integrum, nástupci, a otázka často uspořádány tak. Čas od času však dáme jeho nástupce více než rok, jak je vyjádřeno ediktem, jestliže ale nedosáhne věku dvaceti pěti let.

samotná škoda vznikla litiskontestací. Žádost o restituci je třeba podat do jednoho roku po dosažení zletilosti, stejně tak v této lhůtě mohou podat žádost o restituci dědicové nezletilého. Tuto žádost ale nebylo možné podat, pokud se bylo možné bránit buď *exceptio doli*, anebo případně pokud bylo možné namítat neplatnost právního jednání. Tyto obrany měly procesně přednost.

II. *Restitutio maiorum*, která se povoluje pouze na základě zvláštních důvodů:

- a) *metus*¹⁵⁸ proti důsledkům vynuceného právního jednání (*quod metus causa gestum erit*¹⁵⁹),
- b) *dolus*¹⁶⁰ odpůrce, který nastal při litiskontestaci nebo po ní¹⁶¹
- c) *capitis deminutio*¹⁶², kde byla umožněna příslušná *actio rescissoria*,¹⁶³
- d) *eo auctore, qui tutor non fuit*¹⁶⁴, tzn., pokud byla vykonána litiskontestace s nedospělcem,
- e) ospravedlnitelné zmeškání např. nepřítomnost oprávněného či odpůrce z omluvitelných důvodů¹⁶⁵ (v Ediktu jsou uvedeny ospravedlňující okolnosti s tím, že končí generální klausulí umožňující i restituci z jiných než uvedených důvodů),
- f) *alienatio iudicii mutandi causa facta*,¹⁶⁶
- g) *alienatio in fraudem creditorum*.¹⁶⁷

Žádost o restituci bylo v těchto případech potřeba podat do jednoho roku potom, co by restituční důvod pominul nebo co byla způsobena škoda. Lhůta jednoho roku se počítá jako *annus utilis*, tzn. lhůta se počítá od okamžiku, kdy bylo možné poprvé žalovat (tzn. byla způsobena škoda nebo pominuly

¹⁵⁸ Výhrůžka, donucení.

¹⁵⁹ Ed. X., §39: protože byla důvodem výhrůžka.

¹⁶⁰ Zlý úmysl.

¹⁶¹ Ed. X., §45 *de lite restituenda*.

¹⁶² Snížení právního postavení.

¹⁶³ Ed. X., §42. Nová žaloba po povolení restituce *in integrum*, finguje se, že předchozí řízení neproběhlo.

¹⁶⁴ Ed. X., §43: s žalobcem, který neměl poručníka.

¹⁶⁵ Ed. X., §44.

¹⁶⁶ Ed. X., §46: námitka proti zcizení řízení na základě změněných skutečností.

¹⁶⁷ Ed. XLI., §225: námitka proti úmyslnému snížení majetku a tedy zcizení majetku věřitelem.

důvody), tento okamžik je nazýván *experiundi potestas*. Od tohoto okamžiku ale lhůta běží nepřetržitě bez možnosti přetržení (jedná se tedy o *continuum tempum*). Za Justiniána byla stanovena obecná čtyřletá lhůta.

Povolená restituce pak může podle konkrétního případu působit *in rem*, tedy i proti třetím osobám anebo pouze *in personam*, a tedy pouze proti protistraně, proti které byla žádána. Bylo ale nutné, aby ten, komu byla restituce povolena, učinil vše, aby právní účinky zrušeného jednání byly fakticky odčiněny.

Než přejdeme k dalším projevům ekvity v jednotlivých institutech a situacích římského práva je třeba jako jistou podmnožinu věcné a obsahové *restitutio in integrum* postavit procesní restituci.

Žádat o navrácení do původního stavu bylo totiž i možné i na základě poškozujících skutečností, které vyplynuly z procesních úkonů, jakými byl buď samotný rozsudek, anebo litiskontestace. Důležitost procesní instituce výrazně vyzdvihuje L. Heyrovský¹⁶⁸, který uvádí: „Vždyť právě význačné právní následky litiskontestace a rozsudku, dílem účinek negativní (vylučovací, zvláště konsumční), dílem pozitivní, *condemnari oportere*¹⁶⁹ z litiskontestace a *condemnatum facere oportere (ex iudicato teneri)*¹⁷⁰ z rozsudku odsuzovacího jeví se mnohdy nesrovnatelnými s požadavky vyšší spravedlnosti“.¹⁷¹ Naprosto zásadní je zde právě vyjádření, že škodlivé okolnosti, které nastanou na základě procesních úkonů, jsou nesrovnatelné se spravedlností, ale kdyby jen tou, ale nejsou srovnatelné s požadavky vyšší spravedlnosti. Tedy té spravedlnosti, která stojí nad právem a právo se jí musí řídit. Zřetelně se nám zde takto objevuje explicitní požadavek na dodržení ekvity, tedy vyšší spravedlnosti. Žádost o navrácení do původního stavu, tedy o *restitutio in integrum*, je možno podat však i proti některým dalším procesním úkonům, a to proti jiným rozhodnutím či opatřením soudních úředníků. Například tedy proti *missio in possessionem*¹⁷², povolení k *ductio servi indefensi*¹⁷³, i proti povolené či dokonce i

¹⁶⁸ Heyrovský, L.: Římský civilní proces. Str. 339.

¹⁶⁹ Sluší se, aby byl odsouzen.

¹⁷⁰ Sluší se dělat, že je odsouzeno (z daného rozsudku).

¹⁷¹ Vážný, J.: Římský proces civilní. Str. 339 odst. 1.

¹⁷² Uvedení v držbu.

¹⁷³ Vsazení bezbranného otroka do vazby.

zakázané *restitutio in integrum, confessio in iure*¹⁷⁴, ztrátě apelační lhůty či proti poskytnutí nedostatečné procesní jistoty.

I procesní restituce stejně jako obecná restituce nesměřuje vůči úkonům neplatným, nýbrž ale k úkonům podle přísného práva platným, proti jejímž škodlivým účinkům není žádný jiný možný legální nástroj obrany. Restituci tedy není možné namítat proti neplatným procesním úkonům, jak dokládající následující fragmenty: a to buď z Digest¹⁷⁵: *Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo praetorem se non debere interponere*¹⁷⁶ či zejména z Konstitucí: C 2,21,3¹⁷⁷: *Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res venum dedisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis*¹⁷⁸, C 2,29,1¹⁷⁹: *Si quae res ante nuptias congruenti moderatione a minore annis marito sponsaliorum tempore, etiam curatore praesente, tibi donatae sunt, obtentu aetatis non revocabuntur*¹⁸⁰, a následující dvě části konstituce CJ.2.29.2pr.¹⁸¹: *Si in te ac fratrem tuum emancipatos pater vester fecit donationem, in alium postea transferendo portionem eius nihil vobis abstulit: nec, si frater tuus sibi quaesiti praedii rustici partem donanti patri consensit, dominium ab eo discedere potuit propter senatus consulti auctoritatem, nec auxilium in*

¹⁷⁴ Přiznání dluhu.

¹⁷⁵ Ulp. D 4,4,16,3.

¹⁷⁶ A obecně dokázáno je, že tam, kde není platně uzavřená smlouva, prétor nemůže (všem) vyhovět.

¹⁷⁷ C 2,21,3: Císaři Dioklecián a Maximián, vydané 18. dubna r. 293.

¹⁷⁸ Jestliže ty, nezletilec mladší dvaceti pěti let, přes to, že máš pečovatele, prodal jsi majetek v době, kdy jsi již překročil čtrnáctý rok věku (tedy zletilost), a to bez jeho souhlasu, neměla by být taková smlouva potvrzena, dokud není nezletilec mající pečovatel v nepodobné situaci od osoby, která je za jeho pečovatele prétozem jmenována a je mu zakázáno jednat se svým vlastním majetkem. Ale jestliže jsi uzavřel smlouvu, aniž bys měl pečovatele, pak nemáš zakázáno žádat, na základě řádného prošetření, navrácení svých práv, jestliže nevypršel pro to stanovený čas.

¹⁷⁹ C 2,29,1: Císaři Dioklecián a Maximián, vydáno 3. listopadu r. 285.

¹⁸⁰ Jestliže věci byly dány před uzavřením manželství, v běžném pořadí, tvým manželem pod věkem v době Vašeho zasnoubení, za přítomnosti jeho pečovatele, nemohou být vyžadovány k navrácení pod záminkou maloletosti.

¹⁸¹ C 2,29,2 (pr. i 1) Císaři Dioklecián a Maximus, vydáno 25. prosince 293. Platí pro obě části fragmentu.

*integrum restitutionis in hac re necessarium est*¹⁸² a C 2,29,2,1: *In aliis vero rebus, quae etiam sine decreti recitatione alienari possunt, si, postquam sibi donatae fuerint, postea alii donanti eandem patri voluntatem in minore aetate accommodavit nec praestituta tempora restitutionis excessit, hoc auxilium implorare potest.*¹⁸³

Zároveň není možné restituci namítat ani proti neplatnému rozsudku, což opět dokládá mnoho fragmentů. A tak v Konstitucích se k tomu vyjadřuje C 2,40,4¹⁸⁴: *Si tutor tuus, qui pro tutelari officio non caverat, iudicio expertus est, contra eum lata sententia iuri tuo officere non potuit, nec ea quae ab eo gesta sunt ullam firmitatem obtinent. frustra igitur in integrum restitutionis auxilium desideras, quando ea, quae ab eo gesta sunt, qui legitimae administrationis personam sustinere non potuit, ipso iure irrita sunt*¹⁸⁵, C 2,26,4¹⁸⁶: *Cum et minores vos esse adfirmetis et indefensos, nullum vobis praeiudicium fieri praeses provinciae pro sua gravitate curabit. nam si iusta defensione tutorum vel curatorum vobis adsistente aliquid statutum est, intellegitis in integrum restitutionis auxilium vobis esse necessarium: eodem obtinente etiam, si per procuratorem vestrum legitime ordinatum lis agitata est*¹⁸⁷ a C 5,42,3¹⁸⁸: *In dubium non venit tutores, qui non testamento dati sunt, administrandi potestatem nisi satisfactione emissa salvam tutelam fore non habere. Si igitur tutor, qui pro tutelari officio non*

¹⁸² Jestliže tvůj otec daroval věc tobě i tvému bratrovi, přes to, že jste oba emancipovaní, nemůže Tě zbavit vlastnictví k té věci, přes to, že ji převede na někoho jiného. Ani pokud by tvůj bratr souhlasil s tím, že část svých pozemků, které Vám před tím otec daroval, mu nazpět vrátí, může on, na základě výnosu senátu ztratit své vlastnictví z toho důvodu. Restituce vlastnického práva není v takovém případě nutná.

¹⁸³ Ačkoli pokud jde o jiné věci, které mohou být převedeny bez dekretu, může žádat o restituci, pokud na ní má nárok (věci mu byly dány), on potom, zatím co je nezletilý, dal otci souhlas, aby tyto věci zpět zcizil, poskytl určitý čas, dokud neuplynula lhůta pro podání o žádost o restituci.

¹⁸⁴ C 2,40,4: Císaři Diocletianus, Maximianus, vydáno 15. prosince r. 294.

¹⁸⁵ Pokud tvůj zástupce, který neposkytl žádnou záruku na účet své úřední povinnosti, byl zapojený do soudu, nemůže být rozhodnutí vydané proti němu dotýkat se tebe, ani nemají transakce jím prováděné nějakou platnost. Proto budete zbytečně domáhat se vrácení tvého „bývalého“ práva, protože jednání osoby, která byla schopna jednat, jako právní zástupce, jsou neplatné po právu.

¹⁸⁶ C 2, 26, 4: Císaři Diocletianus, Maximianus, vydáno 16. dubna r. 286.

¹⁸⁷ Vzhledem k tomu, potvrzujete, že jste nezletilí, stejně jako nikým hájení, je zákonnou povinností správce provincie starat se o to, aby vás nepostihla žádná nevýhoda. Ale jestliže jakákoli vaše věc byla rozhodnuta s vašimi zástupci či opatrovníky, který vám pomáhají v řádné obhajobě, pak pochopte, že podpora restituce práv je nezbytně jen na Vás, to stejné platí, pokud soud bude probíhat s pomocí svého zákonně jmenovaného prokurátora.

¹⁸⁸ C 5, 42, 3: Císaři Diocletianus, Maximianus, vydáno 13. prosince r. 294.

*caverat, iudicio expertus est, adversus eum lata sententia iuri tuo officere non potuit, nec ea quae ab eo gesta sunt ullam firmitatem obtinent. Frustra igitur in integrum restitutionis auxilium desideras, quando ea quae ab eo gesta sunt ipso iure irrita sunt.*¹⁸⁹

Principu ekvity tak odpovídá i to, že restituci nebylo možné podat nejen proti neplatným úkonům, jelikož k tomu byly určeny zejména jiné procesní prostředky, ale hlavně to, že restituci nebylo možné podat ani proti soudnímu rozhodnutí, které přisoudilo svobodu člověku, tak jak dokládají Digesta¹⁹⁰: *Illud sciendum est neque pupillum neque rem publicam, cum pro libertate iudicatur, in integrum restitui posse, sed appellationem esse necessariam. idque ita rescriptum est*¹⁹¹, *Si*¹⁹² *dolo acciderit eius, qui verba faciebat pro eo, qui de libertate contendebat, quo minus praesente adversario secundum libertatem pronuntietur, puto statim de dolo dandam in eum actionem, quia semel pro libertate dictam sententiam retractari non oportet*¹⁹³ či *Adversus*¹⁹⁴ *libertatem quoque minori a praetore subveniri impossibile est*¹⁹⁵ a jeden fragment z Konstitucí¹⁹⁶: *In iudicio de liberali causa sententiam pro libertate latam ne quidem praerogativa minoris aetatis sine appellatione posse rescindi ambigi non potest.*¹⁹⁷

Domnívám se, že pokládat si otázku, proč tomu tak bylo, je věc, která je sice pro člověka znalého římského práva věcí samozřejmou, přesto se zde pokusím naznačit své

¹⁸⁹ Není pochyb o tom, že opatrovníci, kteří nejsou jmenováni v závěti, nemají právo spravovat majetek poručníka, pokud nedají řádnou jistotu, že opatrovnictví budou vykonávat řádně. Pokud by tedy opatrovník, který neposkytl záruku, vystupoval na soudě, rozhodnutí vydaného proti němu by se nemělo dotýkat vás, a jeho činy by nemohly být platné. Proto je zbytečně domáhat se vrácení svých bývalých práv, protože jeho činy jsou neplatné ze zákona.

¹⁹⁰ Macer D 49,1,9.

¹⁹¹ Je známo, že ani poručenec ani stát, nemohou žádat o restituci v případech, kdy se jedná o svobodu, ale je nezbytné odvolání. Toto bylo uvedeno v mnoha reskriptech.

¹⁹² Ulp. D 4,3,24.

¹⁹³ Nesluší se, aby se vracelo jednou rozhodnuté soudní řízení o svobodu i v případě podvodu toho, kdo o svobodu usiloval či jeho odpůrce.

¹⁹⁴ Upl. D 4,4,9,6.

¹⁹⁵ Není možné žádat prétoru o restituci pro odebrání svobody otroka.

¹⁹⁶ C 2, 30, 4: Císaři Diocletianus a Maximianus, vydáno 6. ledna r. 303.

¹⁹⁷ Není zde žádných pochyb o tom, že rozhodnutí vydané ve prospěch svobody ve sporu o svobodu, nemůže být zrušeno bez odvolání ani dokonce z důvodu obrany nezletilce.

odůvodnění. Pokud uvážím, že k tomu, aby se svobodný muž mohl stát římským občanem, musel splňovat všechny tři statuty (*statut libertatis*¹⁹⁸, *statut civitatis*¹⁹⁹, *statut familiae*²⁰⁰)²⁰¹, a v případě, kdy se stal svobodným, vázala se na to právní způsobilost, působilo by značné praktické právní problémy, pokud by mu tato způsobilost byla ex post odebrána na základě nového soudního rozhodnutí. Výrazně by pak tato situace znejistila jak právní vztahy majetkové povahy, tak i právní vztahy rodinné (např. manželství), navíc snad ani eticky, pokud je někomu jednou přiznána svoboda, nemůže mu být odebrána, aniž by se změnily okolnosti (např. že by upadl do zajetí). Na tomto konkrétním příkladě je poměrně zajímavé pozorovat, jak princip ekvity měl morální, řekněme etický rozměr (a jistě to je rozměr převažující), zároveň však můžeme tento princip vztáhnout k jistotě a předvídatelnosti právních vztahů (z hlediska právních vztahů majetkových a právních vztahů faktické povahy).

Stejně tak jako u obecné *restituere in integrum* je i u procesní restituice základní podmínkou *iusta causa restitutionis* a to, že o restituci bylo požádáno včas. Důvody legitimizujícímu žádost o procesní restituci jsou obecné *iustae causae restitutionis* (viz výše), mezi nimiž zejména:

A) omyl tzv. *iustus error*²⁰²

- a) Žalobce: pro každý případ bylo vydáno zvláštní ediktum. Patří sem případ, kdy žalobce žádá o restituci z toho důvodu, že učinil litiskontestaci s nedospělcem, který měl falešného poručníka (*falso tutore auctore*) a on o tom nevěděl. Související fragmenty z jak z Digest tak z Ediktu jsou tyto: *D 27,6 Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*.²⁰³ Ulp. *D. 27,6,1,2. "quod eo auctore" inquit "qui tutor non fuerit". verbis edicti multa desunt: quid enim si fuit tutor, is tamen fuit qui auctoritatem accommodare non*

¹⁹⁸ Způsobilost k právním úkonům.

¹⁹⁹ Statut římského občana.

²⁰⁰ Náležitost k rodině, postavení jako *pater familias* (otec rodiny).

²⁰¹ Jednalo se o právní podmínky určující postavení římského občana, pokud některá z nich pominula, docházelo k tzv. *kapitisdeminuci*, která mohla být *maxima* (pokud občan ztratil *status libertatis*) – pak ani nemohl právně jednat a bylo s ním zacházeno jako s otrokem, *media* – přestal být římským občanem, zatím co v případě kapitisdeminuce *minima* docházelo pouze ke změně rodinného stavu.

²⁰² Legitimní omyl.

²⁰³ Mluví se o tom, kdo měl falešného poručníka.

*potuit? puta furiosus vel ad aliam regionem datus.*²⁰⁴ *Ulpianus D 27,6,1,6. Ait praetor: " si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem".*²⁰⁵ Lenel §44: *scienti non subvenit, merito, quoniam ipse se decepit.*²⁰⁶ V dalším odstavci toho stejného ediktu²⁰⁷ se slibuje *iudicium in factum* na náhradu škody žalobci, který žaluje nepravého poručníka samotného, pokud jednal ve zlém úmyslu (*dolo malo*). Text zní: *In eum qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut, quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur.*²⁰⁸

Dalším případem byla procesní restituice proti účinkům litiskotestace, do které byly převzaty nesprávně či nevhodně napsané formule. Žalobce totiž často díky svému pochybení při tvorbě procesní formule prohrál (*causa cecidit*), a proto se mu umožňovalo požádat o restituci. Šlo konkrétně o příklad, kdy žalobce žaloval více, než mu příslušelo (jednalo se o tzv. pluspetici²⁰⁹, *plus intendere, plus petere*).

Jelikož druhů pluspetice existuje mnoho a k nim se vztahuje i dost fragmentů v pramenech, uvádím zde na tomto místě pouze obecný fragment z Gaiových a justiniánských institucí, a to v podobě z justiniánských institucí, která je obsáhlejší než u Gaia: I. 4,6,33: *Si quis agens in intentione sua plus complexas fuerit, quam ad eum pertinet, causa cadebat, id est rem admittebat, nec facile in integrum a praetore restituebatur, nisi minor erat viginti quinque annis. huic enim, sicut in aliis causis causa cognita succurrebatur si lapsus iuventute fuerat, ita et in hac causa succurri solitum*

²⁰⁴ Mnoho věcí chybí ve slovech Ediktu. O tom, kdo měl takového poručníka, který nemá žádnou moc, mluví se o něm, jako kdyby poručníka žádného neměl, např. když je šílený či poslán do jiné provincie.

²⁰⁵ A řekl prétor: jestliže takový žalobce chyběl, resp. zastupovaný netuší, že jím jeho zástupce není, dávám možnost žádat o restituci.

²⁰⁶ Jde tedy o záchranu člověka, který oklamal sám sebe, aniž by o tom věděl.

²⁰⁷ Lenel §44 (tit. X).

²⁰⁸ A ti, kteří poručníky nejsou, a žalobce je mylně uvádí ze zlého úmyslu, dávám soudní řízení, aby, na tolik, kolik zní věc, k tolika penězům byl odsouzen.

²⁰⁹ Žalobce tedy sice v intenci žaloby uvedl konkrétní částku či věc, tedy *certum*, ale žaloval více, než na co měl nárok. Lze rozlišit několik druhů pluspetice, a to pluspetici *re* (věcí, žalobce žaluje více např. vyšší částku), *tempore* časem (žalobce žaluje před splatností), *loco* místem (žalobce žaluje na jiném místě, než je příslušný), *causa* (žalobce žádá místno plnění alternativního, plnění jednoduché anebo žádá-li něco konkrétního *species*, kde má nárok na plnění všeobecné *genus*).

*erat. sane si tam magna causa iusti erroris interveniebat ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam maiori viginti quinque annis succurrebatur: veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit aut quibusdam aliis legata deta sint, quae efficiebant ut plus petisse videretur petitor quam dodrantem, ad quem ideo lege Falcidia legata minuebantur.*²¹⁰ Další nejdůležitější fragmenty již uvádím jen pro přehled v poznámce pod čarou.²¹¹

²¹⁰ Jestliže žalobce v intenci požadoval více, než kolik mu přísluší, ztratí při a nebude prétozem bez dalšího uveden do předchozího stavu, kromě případů, kdy byl mladší dvaceti pěti let. Také v tomto případě bylo totiž běžně pomoci tomu, komu po předběžném přezkoumání pomohl v jiných případech, když se zmýlil kvůli svému nízkému věku. Pokud se skutečně jednalo o jasný případ s takovým omluvitelným omylem, že by se zmýlil i velmi zkušený muž, pak je možné pomoci také tomu, kdo byl starší dvaceti pěti let, například když někdo žaloval na vydání celého odkazu a poté byl předložen kodícil, v němž byla buď určitá část odkazů odvolána, nebo bylo něco odkázáno jiným osobám, což způsobilo, že si žalobce zjevně nárokoval více než tři čtvrtiny hodnoty pozůstalosti, a z toho důvody byly všechny odkazy na základě Falcidiova zákony ztraceny.

²¹¹ Gai. 4,53: 53. *Si quis intentione plus complexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit, nec a praetore in integrum restituitur, exceptis quibusdam casibus, in quibus praetor non patitur [. . . . vv. 2]*; 53a. *Plus autem quattuor modis petitur: re, tempore, loco, causa. re, uelut si quis pro X milibus, quae ei debentur, XX milia petierit, aut si is, cuius ex parte res esset, totam eam aut maiore ex parte suam esse intenderit. 53b. Tempore, ueluti si quis ante diem uel ante condicionem petierit. 53c. Loco, ueluti si, quod certo loco dari promissum est, id alio loco sine commemoratione eius loci petatur, uelut si is, qui ita stipulatus fuerit: EPHESI DARE SPONDES? deinde Romae pure intendat dari sibi oportere. [. . . . vv. 1] DARE MIHI OPORTERE [. . . . vv. 2 1/2] petere, id est non adiecto loco. 53d. Causa plus petitur, uelut si quis in intentione tollat electionem debitoris, quam is habet obligationis iure, uelut si quis ita stipulatus sit: SESTERTIVM X MILIA AVT HOMINEM STICHVM DARE SPONDES? deinde alterutrum eorum [ex his] petat; nam quamuis petat, quod minus est, plus tamen petere uidetur, quia potest aduersarius interdum facilius id praestare, quod non petitur. similiter si quis genus stipulatus sit, deinde speciem petat, uelut si quis purpuram stipulatus sit generaliter, deinde Tyriam specialiter petat; quin etiam licet uilissimam petat, idem iuris est propter eam rationem, quam proxime diximus. idem iuris est, si quis generaliter hominem stipulatus sit, deinde nominatim aliquem petat, uelut Stichum, quamuis uilissimum. itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet. I 4,6,33a: *Plus autem quattuor modis petitur: re, tempore, loco, causa: re ueluti si quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit, aut si is cuius ex parte res est, totam eam vel maiore ex parte suam esse intenderit. I 4,6,33b: Tempore: ueluti si quis ante diem vel ante condicionem petierit. qua ratione enim qui tardius solvit quam solvere deberet minus solvere intellegitur, eadem ratione qui praemature petit plus petere uidetur. I 4,6,33c: Loco plus petitur, ueluti cum quis id quod certo loco sibi stipulatus est alio loco petit, sine commemoratione illius loci in quo sibi dari stipulatus fuerit: uerbi gratia si is qui ita stipulatus fuerit EPHESI DARE SPONDES? Romae pure intendat dari sibi oportere. ideo autem plus petere intellegitur, quia utilitatem quam habuit promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione: propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis quae promissori competitura fuisset si illo loco solveret. quae utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur, ueluti vino, oleo, frumento, quae per singulas regiones diversa habent pretia: sed et**

Dalším příkladem takové situace je, když žalobce jako věřitel žaluje (*actio institoria*) správce podniku, ale ve formulí zadal špatně název podniku, pak i zde má možnost požádat o procesní restituci. Tento příklad dokládá Gaius²¹²: *Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam. tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusue filium seruumue magistrum nauis praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus fuerit, [negotium] gestum erit. cum enim ea quoque res ex uoluntate patris dominiue contrahi uideatur, aequissimum esse uisum est in solidum actionem dari; quin etiam licet extraneum quisque magistrum nauis praeposuerit, siue seruum siue liberum, exercitoria actio in eum redditur. ideo autem exercitoria actio appellatur, quia exercitor uocatur is, ad quem cotidianus nauis quaestus peruenit. institoria uero formula tum locum habet,*

pecuniae numeratae non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fenerantur. si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit: idque etiam praetor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. I 4,6,33d: Huic autem qui loco plus petere intellegitur, proximus est is qui causa plus petit: ut ecce si quis ita a te stipulatus sit HOMINEM STICHUM AUT DECEM AUREOS DARE SPONDES? deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum aut decem aureos tantum. ideo autem plus petere intellegitur quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam an hominem solvere malit: qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario et eo modo suam quidem meliorem condicionem facit, adversarii vero sui deteriolem. qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat, hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. praeterea si quis generaliter hominem stipulatus sit et specialiter Stichum petat, aut generaliter vinum stipulatus, specialiter Campanum petat, aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat: plus petere intellegitur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis iure liberum fuit aliud solvere quam quod peteretur. quin etiam licet vilissimum sit quod quis petat, nihilo minus plus petere intellegitur, quia saepe accidit ut promissori facilius sit illud solvere quod maioris pretii est. I 4,6,33e: Sed haec quidem antea in usu fuerant. postea autem lex Zenoniana et nostra rem coartavit, et si quidem tempore plus fuerit petitum, quid statui oportet Zenonis divinae memoriae loquitur constitutio: sin autem quantitate vel alio modo plus fuerit petitum, omne si quid forte damnum, ut in sportulis, ex hac causa acciderit ei contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicut supra diximus, puniatur. Seneca epistulae 5,7,10: Sed ne soli mihi hodie didicerim, communicabo tecum quae occurrunt mihi egregie dicta circa eundem fere sensum tria, ex quibus unum haec epistula in debitum solvet, duo in antecessum accipe. Democritus ait, 'unus mihi pro populo est, et populus pro uno'. Suet. Claud. 14: Consulatus super pristinum quattuor gessit; ex quibus duos primos iunctim, sequentis per intervallum quarto quemque anno, semenstrem novissimum, bimenstris ceteros, tertium autem novo circa principem exemplo in locum demortui suffectus. Ius et consul et extra honorem laboriosissime dixit, etiam suis suorumque diebus sollemnibus, nonnumquam festis quoque antiquitus et religiosis. Nec semper praescripta legum secutus duritiam lenitatemve multarum ex bono et aequo, perinde ut adficeretur, moderatus est; nam et iis, qui apud privatos iudices plus petendo formula excidissent, restituit actiones et in maiore fraude convictos legitimam poenam supergressus ad bestias condemnavit.

²¹² Gai. Inst. 4,71.

*cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium seruumve suum uel quemlibet extraneum, siue seruum siue liberum, praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus est, contractum fuerit. ideo autem institoria uocatur, quia qui tabernae praepositur, institor appellatur. quae et ipsa formula in solidum est.*²¹³

Také v situacích, kdy omylem žalobce žaloval prostřednictvím *actio de peculio* místo *actio quod iussu* anebo v případě, kdy osoba, která omylem předpokládá, že zanikl vztah patronátu či moci nad jinou osobou, žaluje prostřednictvím *actio de peculio annali*.²¹⁴ Gaius pak hovoří o případech použití *actio de peculio* na místo *actio de in rem verso* u žaloby exercitorní, institorní²¹⁵: *...sed nemo tam stultus erit, ut qui aliqua illarum actionum sine dubio solidum consequi possit, uel in difficultatem se deducat probandi habere peculium eum, cum quo contraxerit, exque eo peculio posse sibi satis fieri uel id, quod persequitur, in rem patris dominiue uersum esse*²¹⁶ či tributní²¹⁷: *...nam in tributoria eius solius peculii ratio habetur, quod in his mercibus est, in quibus negotiatur filius seruusue quodque inde receptum erit, at in actione peculii, totius. et potest quisque tertia forte aut quarta uel etiam minore parte peculii negotiari, maximam uero partem peculii in aliis rebus habere; longe magis, si potest adprobari id, quod dederit qui*

²¹³ Z téhož důvodu vyhlásil prétor i dvě žaloby další, žalobu exercitorní a institorní. Žaloba exercitorní má pak místo tehdy, když by otec či pán pověřil syna či otroka funkcí velitele lodi a ohledně té lodi, jejímž vedením byl pověřen, se synem či otrokem něco ujedná. Jelikož se totiž má za to, že i tato záležitost se ujednává z vůle pána či otce, uznalo se za jedině spravedlivé, aby proti němu byla poskytnuta žaloba na celek. Ta prétorská žaloba se dokonce propouští i proti tomu, kdo by funkcí velitele lodi pověřil osobu cizí, ať již to je svobodný nebo otrok. Exercitorní říkáme pak žalobě proto, že ten, do jehož rukou se dostává denní výtěžek z lodi, se nazývá exercitor. Institorní formule má naproti tomu místo tehdy, když by někdo pověřil syna či otroka anebo někoho cizího, ať svobodného nebo otroka, vedením krámu nebo nějakého podniku a ohledně toho zařízení, jehož vedením byl pověřen, se s ním něco dojedná, institorní se pak (žaloba) jmenuje proto, že ten kdo je pověřen vedením krámu, se nazývá institor. A i tato formule (je žalobou) na celek.

²¹⁴ Žaloba z peculia proti majiteli moci, kterou bylo třeba podat do jednoho roku.

²¹⁵ Gai. Inst.4,74 (obdobně Inst. 4,7,5).

²¹⁶ ...ale nikdo nebude tak hloupý, aby (v situaci), kdy může některou z oněch žalob dosáhnout bez jakýchkoli pochyb plnění celku, podstupoval nesnáze důkazu, že ten, s nímž smlouvu uzavřel, má peculium a že z toho peculia je možno jej (tj. žalobce) uspokojit, anebo že to, co se vymáhá, přešlo jako zisk do majetku otce či pána.

²¹⁷ Gai. Inst.4,74a.

*contraxit, in rem patris dominiue uersum esse, ad hanc actionem transire debet; nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem uerso agitur.*²¹⁸ Výše uvedené fragmenty ještě doplňuji fragmentem z Digest²¹⁹, který hovoří o názorech právníků Celsa a Procula: *Is qui de peculio egit, cum posset quod iussu, in ea causa est, ne possit quod iussu postea agere, et ita proculus existimat: sed si deceptus de peculio egit, putat celsus succurrendum ei: quae sententia habet rationem.*²²⁰

Přičemž tím nastala konsumpce²²¹ obecné *actio de peculio* a žalobce pak prohrál spor díky *exceptio annua*²²², která byla obsažena ve formulí první žaloby (*Quaesitum est apud labeonem, si, cum filius viveret, tu credens eum mortuum annali actione egeris et, quia annus praeterierat, exceptione sis repulsus, an rursus experiri tibi comperto errore permittendum est. et ait permitti debere dumtaxat de peculio, non etiam de in rem verso: nam priore iudicio de in rem verso recte actum est, quia annua exceptio ad peculium, non ad in rem versum pertinet*²²³); bylo možné požadovat procesní restituici. Zároveň platí, že ten, kdo učinil litiskontestaci na základě *actio de peculio*, mohl v budoucnu, pokud se majetek v *peculiu* rozšířil, požadovat procesní

²¹⁸ ...Neboť při žalobě tributární se z peculia bere v úvahu pouze to zboží, se kterým syn či otrok obchoduje, jakož i to, co z něho vzejde jako zisk, při žalobě de peculio se naproti tomu bere v úvahu peculium celé. A může se stát, že někdo obchoduje třeba třetinou či čtvrtinou anebo i menší částí peculia, podstatnou část peculia má však ve věcech jiných. Zvláště výhodné je použít těchto žalob tehdy, když žalobce může prokázat, že to, co podle smlouvy se synem či otrokem splnil, přešlo jako zisk do majetku otce či pána. Neboť jak jsme výše řekli, jak při žalobě de peculio, tak při žalobě de in rem verso, se žaluje toutéž formulí.

²¹⁹ Ulp. D 14,5,4,5.

²²⁰ Tam, kde strana žaluje žalobou z peculia, a tam kde mohla vnést žalobu pouze na základě toho, že byla autorizována, je v pozici, že nemůže podat žalobu na základě zvláštní autorizace, toto je mínění Proculovo. Naopak Celsus si myslí, že žalobu z peculia je strana oprávněná použít, a toto mínění se zdá být správné.

²²¹ Jedná se o to, že okamžikem litiskontestace se již věc považovala za projednanou z hlediska zásady *ne bis in idem*, tedy ne dvakrát ve stejné věci.

²²² Námitka, která mohla být použita do jednoho roku.

²²³ Ulp. D 15,2,1,10: Byla Labeonem vznesena taková otázka, jestli ty, během života syna, o kterém věříš, že je mrtvý, si vznesl žalobu, a protože roční lhůta vypršela, byla obráněna výjimkou, měl by mít dovoleno znovu ustavit procesy po tom, co se přišlo na chybu? On říká (myšleno Labeo), že je to dovoleno pouze do výše peculia, ale ne proto, co získal jako prospěch z majetku jiné strany, proto v tomto případě, žaloba se vztahem k jakékoli výhodě, kterou získal svým konáním, byla zřejmě vznesena, protože výjimka založená na nedostatku lhůty se vztahuje k peculiu, a ne k tomu, co bylo použito pro zisk z majetku.

restitucí uspokojení zbytku své pohledávky (*Is, qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest*²²⁴). Zde není možné jistě v rámci principu ekvity zvýhodnit dlužníka, resp. jeho procesní jistotu nad věřitelem, který dlužníkovi zapůjčil své věci. Zde se jeví být tato mimořádná situace, kterou jistě restituce je, jako naprosto spravedlivá a přiměřená dané situaci.

Dalšími případy jsou situace, kdy věřitel žaluje jednoho ze spoludlužníků pro celou pohledávku, ale není tak uspokojen do výše své pohledávky. V rámci procesní restituce pak může požádat prétora o poskytnutí žalob i proti ostatním dlužníkům do výše své nesplacené pohledávky (dle *iure stricti* ztrácí aktivní legitimaci vůči těmto). Stejná situace nastává v případě, kdy věřitel zůstavitele žaluje jednoho z dědiců pro zůstavitelův dluh *in solidum*²²⁵, v případě, kdy se tento pozůstalý díky otázce (*interrogatio in iure*) *an heres sit vel quota ex parte*²²⁶ (viz výše) přihlásí jako dědic celého dědictví, ale nakonec se ukáže, že je insolventní, což dokládá Iulian v Digestech²²⁷: *Qui ex parte dimidia heres erat cum absentem coheredem suum defendere vellet, ut satisfactionis onus evitare possit, respondit se solum heredem esse et condemnatus est: quaerebat actor, cum ipse solvendo non esset, an rescisso superiore iudicio in eum, qui re vera heres erat, actio dari deberet. proculus respondit rescisso iudicio posse agi, idque est verum.*²²⁸

Velmi podobná je situace, v níž se žaluje *actio de peculio* v případě více majitelů peculia. Každý totiž ručí maximálně do výše toho, co má fakticky u sebe, jak uvádí Digesta²²⁹: *Si quis cum servo duorum pluriumve contraxerit,*

²²⁴ Ulp. D 15,1,30,4: Ten, kdo jednou vznesl žalobu z peculia, může znovu vznést spor pro zbytek dluhu, jestliže peculium bylo zvýšeno.

²²⁵ Dlužník zavázaný za celek.

²²⁶ Jestli je dědic a z jaké části.

²²⁷ Iul. D 11,1,18.

²²⁸ Tam, kde se dědic poloviny majetku snaží obránit svého nepřítomného spoludědice a v úmyslu vyhnout se poskytnutí břemene, odpověděl, že byl samotným dědicem a rozsudek byl vynesena proti němu; žalobce žádal, že pokud by žalovaný byl insolventní, tak bývalý rozsudek nemohl být odvolán a žaloba byla zajištěna pouze pro opravdového dědice. Proculus odpověděl, že původní soudní rozhodnutí by mohlo být zrušeno a žaloba být vznesena, a to je správně.

²²⁹ Gaius D 15,1,27,8.

*permittendum est ei cum quo velit dominorum in solidum experiri: est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit: nec huius dumtaxat peculii ratio haberi debet, quod apud eum cum quo agitur is servus haberet, sed et eius quod apud alterum. nec tamen res damnosa futura est ei qui condemnatur, cum possit rursus ipse iudicio societatis vel communi dividundo quod amplius sua portione solverit a socio sociisve suis consequi. quod iulianus ita locum habere ait, si apud alterum quoque fuit peculium, quia eo casu solvendo quisque etiam socium aere alieno liberare videtur: at si nullum sit apud alterum peculium, contra esse, quia nec liberare ullo modo aere alieno eum intellegitur.*²³⁰

Pokud však neexistují nějaké formální dohody mezi jednotlivými členy, pak pochopitelně i při litiskontestaci nastává to, že je učiněna na nižší částku, než je celek. Tím dochází ke konsumpčnímu účinku, který lze ale napadnout a zamezit mu díky principu ekvity právě procesní restitucí. Výše uvedené platí konkrétně v případech, kdy žalobou *actio de peculio* je žalován jeden z dědiců, jeden z více otrokových uživatelů či spoludržitelů anebo kdy usufruktář byl žalován před vlastníkem (*Si actum sit de peculio cum eo qui usum fructum in servo habet et minus consecutus sit creditor, non est iniquum, ut ex universo eius peculio, sive apud fructuarium sive apud proprietarium erit, rem consequatur. nihil interest, operas suas conduxerit servus a fructuario an pecuniam mutuam ab eo acceperit. dari itaque debet actio ei adversus dominum proprietatis deducto eo, quod servus peculii nomine apud fructuarium habet*²³¹), kupující před prodejcem (Paulus 4 ad plaut. *Si creditor*

²³⁰ Tam, kde kdokoli uzavíral smlouvu s otrokem, který patřil dvěma či více osobám, mohlo by mu být dovoleno podat žalobu na celou částku, proti kterémukoli z jeho majitelů; a to proto, že by bylo nespravedlivé, aby ten, kdo smlouvu s jedním by měl, měl být povinen rozdělit svou žalobu proti několika protivníkům a do uvažování nemělo být bráno pouze peculium v té velikosti, ve které je otrok protistraně vyličil, ale také to, na čem má vlastník či vlastníci zájem. Nicméně žádná ztráta nebude důsledkem toho pro stranu, proto které soudní rozhodnutí bylo vydáno tak, jak byl sám či ve společenství, či děleného majetku. Juliánus říká, že toto vyžaduje, vybyl majitel oprávněn k jakémukoli peculiu proto, že každý platí, aby byl oprostěn od dluhu; ale tam, kde není peculium, ve kterém jsou ostatní zapojení, opačné pravidlo požaduje, že není oprostěn od dluhu v žádné situaci.

²³¹ Iul. D 15,1,37,3: Tam, kde byla žaloba z peculia vznesena proti straně, která má právo požívací ve službě, a věřitel to pokryl dle jeho mínění nižší částkou, není nesprávné, že by měl obdržet na co má nárok z celého peculia, ať už je to v rukou vlastníka či usufruktáře. A není rozdíl v tom, zdali si otrok

servi ab emptore esset partem consecutus, competere in reliquum in venditorem utile iudicium proculus ait, sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur: satis enim esse hoc solum ei tribui, ut rescisso superiore iudicio in alterum detur ei actio, cum electo reo minus esset consecutus: et hoc iure utimur²³²), ba dokonce naopak (Si annua exceptione sit repulsus a venditore creditor, subveniri ei adversus emptorem debet: sed si alia exceptione, hactenus subveniri, ut deducta ea quantitate, quam a venditore consequi potuisset, ab emptore residuum consequatur²³³ či In hoc autem iudicio licet restauretur praecedens, tamen et augmenti et decessionis rationem haberi oportet, et ideo sive hodie nihil sit in peculio sive accesserit aliquid, praesens status peculii spectandus est. quare circa venditorem quoque et emptorem hoc nobis videtur verius, quod accessit peculio posse nos ab emptore consequi, nec retrorsus velut in uno iudicio ad id tempus conventionem reducere emptoris, quo venditor conventus sit).²³⁴

Je také možné požádat o procesní restituci v případě, kdy *actio de peculio* zněla proti otci rodiny (*pater familias*²³⁵) jako majiteli moci otcovské (*dominica potestas*), popř. kdy žaloba přímo zněla (*actio directa*) proti

najal služby od usufruktáře, nebo si od něj půjčil peníze. A proto by mu měla být zaručena žaloba proti vlastníkovu majetku, a toto je odvozeno z *peculia*, které má otrok ve vztahu k usufructu.

²³² Paul. D 15,1,47,3: Pokud věřitel otroka uhradil část dluhu od kupujícího, Proculus říká, že spravedlivá žaloba může být podána proti prodejci pro zbytek, ale žalobci nesmí být dovoleno na začátku rozdělit žalobu tak, aby postupoval současně proti kupujícímu a prodávajícímu, protože je to tolik, že sama žaloba by měla být poskytnuta žalobci, tak, když i žalovaný, který uhradil méně než celý dluh, bude žaloba poskytnuta žalobci proti němu, přes to, že bývalá žaloba byla formálně již vyčerpána. Jedná se o používaný postup.

²³³ Ulp. D 15,1,30,5: V případě, že věřitel byl poražen prodejcem tím, že ten použil námitku uplynutí lhůty pro podání žaloby (jeden rok), úleva by měla být zaručena jemu proti kupujícímu. Ale v případě, že tato situace nastala díky uplatnění jiné výjimky, měl by být uvolněn pouze do té míry, která je odvozena od částky, kterou obdržel od prodejce, může vymáhat zbytek od kupujícího.

²³⁴ Ulp. D 15,1,32,1: Přesto, že je touto žalobou navráceno, co mělo, v úvahu by měly být vzaty oba aspekty – zvýšení i snížení, a proto, zda-li je v současné době nějaký majetek v *peculiu* nebo jej něco zvýšilo, tak současný stav *peculia* musí být zvažován. A tak, pokud se to týká prodejce i kupujícího, zdá se nám správnější názor, jmenovitě: že musíme získat od kupujícího, co nahromadil do *peculia* a že požadavek prodejce není brán jako retroaktivní, a to až do okamžiku, kdy byl prodejce žalován, což je včleněno do stejného právního řízení.

²³⁵ Otec rodiny.

podřízenému moci otcovské, což dokládá následující fragment z Digest²³⁶: *Quid ergo: si et filius familias et pater ex persona eius teneatur (sive iussu eius contractum est sive in rem versum est patris vel in peculium), cuius persona circa moram spectabitur? et si quidem pater dumtaxat convenietur, ex mora sua non tenetur: in filium tamen dabitur actio in hoc, ut quod minus a patre actor consecutus est, filius praestet: quod si filius moram fecerit, tunc actor vel cum ipso in solidum vel cum patre dumtaxat de peculio habebit.*²³⁷

Také věřitel měl za jistých okolností možnost požádat o procesní restituci jako ochrany proti procesní konsumpci jeho pohledávky za jedním z více fideiussorů²³⁸ žalovaným *ex epistula divi Hadriani actione divisa*²³⁹, a to konkrétně *actione incerti*, jestliže později vyjde najevo, že *confideiussor*²⁴⁰ je insolventní, jak říká Ulpianus²⁴¹: *Si plures sint fideiussores, unus pure, alius in diem vel sub condicione acceptus, succurri oportet ei, qui pure acceptus est, dum existere condicio potest, scilicet ut interim in virilem conveniatur. sed si, cum condicio exstitit, non est solvendo qui sub condicione acceptus est, restituendam actionem in pure acceptum*

²³⁶ Marc 22,1,32,3: Marcianus 4 reg.

²³⁷ Ale co když syn, který je v otcovské moci a jeho otec, na kterého přechází jeho odpovědnost, mají dluh, který byl smluven na základě příkazu otce, nebo pokud peníze byly vynaloženy v jeho prospěch; nebo pokud se má stát součástí *peculiua* syna, která ze stran je pak považována, že je v prodlení? Pokud pouze otec je žalován kvůli tomu, že je v prodlení, nemůže být odpovědný; přesto bude žaloba zaručena proti synovi ve prospěch věřitele, přimět ho zaplatit to, co věřiteli se nepodařilo získat od otce. Pokud je však v prodlení syn, věřitel jej pak může žalovat pro celou částku, nebo může žalovat jeho otce, pouze ale do výše *peculiua*.

²³⁸ Ručitelé.

²³⁹ Z poselství božského Hadriána dělenou žalobou.

²⁴⁰ Spoluručitel.

²⁴¹ Ulp. D 46,1,27 pr.

*pomponius scribit.*²⁴² Procesní konsumpce a intence formule se v takovém případě omezovala pouze na *pars virilis*²⁴³ v případě *actio certi*.²⁴⁴

Žádat o procesní restituci může také žalobce v případech, kdy prohrál soudní řízení na základě toho, že svoji žalobu sice odůvodnil, ale argumentoval nepravým důvodem, jak říká (*Si mater filii impuberis defuncti ex senatus consulto bona vindicaverit idcirco, quia putabat rupto patris eius testamento neminem esse substitutum, victaque fuerit, quia testamentum patris ruptum non erat, postea autem apertis pupillaribus tabulis apparuit non esse ei substitutum: si peteret rursus hereditatem, obstaturam exceptionem rei iudicatae neratius ait. ego exceptionem obesse ei rei iudicatae non dubito: sed ex causa succurrendum erit ei, quae unam tantum causam egit rupto testamenti*²⁴⁵) anebo kdy jeho žaloba byla zamítnuta pouze na základě proti ní namítnuté *exceptio dilatoria* (*Qui cum herede eius egit, qui filium praeterierat, et exceptione summotus est " ac si non in ea causa sint tabulae testamenti, ut contra eas bonorum possessio dari possit": omittente emancipato filio bonorum possessionem non inique restituetur, ut agat cum herede: et ita iulianus libro quarto digestorum scripsit*²⁴⁶).

²⁴² Tam, kde je více ručitelů, a jeden z nich byl přijat naprosto, a další od určité doby, nebo na základě nějaké podmínky, má ten, kdo byl přijat naprosto nárok na úlevu, a to tak dlouho, dokud podmínky nebudou naplněny, to znamená, takovým způsobem, že do té doby může být žalován pouze pro svůj podíl. A pokud by snad ten, kdo byl přijat pod podmínkou a není solventní v okamžiku, kdy jsou podmínky naplněny, Pomponius pak říká, že případ musí být navrácen k předchozím podmínkám absolutního ručitelství.

²⁴³ Stejná část.

²⁴⁴ Žaloba na konkrétní částku.

²⁴⁵ Ulp. D 44,2,11 pr.: Pokud by matka mohla, podle usnesení Senátu, podat žalobu k navrácení majetku jejího nezletilého syna, který zemřel, z toho důvodu, že se domnívala, že závěť jeho otce byla narušena, neměla by proto nastat pupilární substituce, a měla by být ona poražena, protože závěť otce nebyla narušena, a, potom bude otevřena závěť, tam, kde bylo uvedeno, že nikdo nebyl určen pupilárním substitutem a potom matka znovu tak Neratius říká. Nepochybuji o tom, že bude odmítnuta námitkou z důvodu překážky věci rozsouzené, ale úleva by měla být poskytnuta jí, protože ona jednala pouze ve svém zájmu, a to sice tak, že vůle otce byla narušena.

²⁴⁶ Ulp. D 44,2,2: Tam, kde je žaloba podaná proti dědici zůstavitele, který prošel přes jeho syna v jeho vůli, a žalobce je odražen námitkou na základě toho, že v takovém případě může být zaručena přetorem i proti ustanovením, a že tedy emancipovaný syn odmítl žádat o držbu majetku, to není nespravedlivé, že by mělo být umožněno znovu zahájit řízení proti dědici. Uvedl to Julianus ve čtvrté knize svých Digest.

b) Žalovaný má právo požadovat procesní restituci (*restitutio propter errorem*²⁴⁷), a to z toho důvodu, že převzal *iudicium*, tedy soudní řízení, s formulí, ve které žalobce po něm požaduje více (*plus positum in condemnatione*²⁴⁸ - jak říká Gaius²⁴⁹: *At si in condemnatione plus positum sit, quam oportet, actoris quidem periculum nullum est; sed reus, cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio. si uero minus positum fuerit, quam oportet, hoc solum consequitur actor, quod posuit; nam tota quidem res in iudicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam iudex egredi non potest. nec ex ea parte praetor in integrum restituit; facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus. loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum; nam huius aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis praetor succurrit*²⁵⁰) anebo *interrogatus in iure*²⁵¹ omylem v odpovědi souhlasil či odpověděl záporně, jak dokládá Ulpianus²⁵²: *Ex causa succurri ei, qui interrogatus respondit, non dubitamus: nam et si quis interrogatus, an patri heres esset, responderit, mox prolato testamento inventus sit exheredatus, aequissimum est succurri ei: et ita celsus scribit, hic quidem et alia ratione, quod ea quae postea emergunt auxilio indigent: quid enim si occultae tabulae et remotae postea prolatae sunt? cur noceat ei, qui id responderit, quod in praesentiarum videbatur? Idem dico et si qui heredem se responderit, mox*

²⁴⁷ Restituce z vlastní chyby.

²⁴⁸ Žádost o více k odsouzení, viz pluspetice.

²⁴⁹ Gai. 4,57.

²⁵⁰ Naproti tomu, je-li v kondemnaci zaneseno více, než kolik má být, nehrozí žalobci žádná nebezpečí, dostane-li však (tuto) nespravedlivou formuli žalovaný, provede se navrácení do původního stavu, aby objem kondemnace byl zmenšen. Bylo by ale zaneseno méně, než kolik má být, vysoudí žalobce pouze to, co (do kondemnace) zanesl: neboť na soud je sice vznesena záležitost celá, hranici (pro rozsudek) položí však objem kondemnace, který soudce nemůže překročit. A prétor pro tu (chybějící) část navrácení do původního stavu neprovede: prétor totiž pomáhá spíše žalovaným, než žalobcům. Nemluvíme ovšem o osobách, mladších dvaceti pěti let: neboť lidem tohoto věku pomáhá prétor při všech chybných krocích.

²⁵¹ Dotázaný po právu.

²⁵² Ulp. D 11,1,11,8.

*falsum vel inofficiosum vel irritum testamentum fuerit pronuntiatum: non enim improbe respondit, sed scriptura ductus.*²⁵³

Žalovaný má také možnost požadovat procesní restituci dodatečné vložení excepcie do formule v případě, kdy ji tam omylem zapomněl vložit, jak např. uvádí Gaius²⁵⁴: *sed peremptoria quidem exceptione si reus per errorem non fuerit usus, in integrum restituitur adiciendae exceptionis gratia. dilatoria uero si non fuerit usus, an in integrum restituatur, quaeritur*²⁵⁵ či konstituce císaře Diocleciána a Maxima²⁵⁶: *Peremptorias exceptiones omissas initio, antequam sententia feratur, opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat. Quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur. nam iudicatum contra maiores annis viginti quinque non oppositae praescriptionis velamento citra remedium appellationis rescindi non potest.*²⁵⁷ Ba dokonce toto bylo umožněno i v případě, kdy se skutečnost ve prospěch žalovaného objevila až po litiskontestaci, jak dokládá Ulpianus²⁵⁸: *Si procurator agit, de dolo eius excipi non debet, quia aliena lis est isque rei extraneus, neque alienus dolus nocere alteri debet. si post litem contestatam dolo quid fecerit, an exceptio*

²⁵³ Nepochybujeme o tom, že pokud strana, která je vyslýchána, bude mít nárok na osvobození, pokud se prokáže řádné příčiny, anebo jestli je někdo vyslýchán, zda je dědicem svého otce a odpoví, že je, a poté bude nalezena závěť, ve které se zjistí, že byl vyděděn, je správné, že by měl získat úlevu, a to uvedl Celsus. Ten však zakládá výše zmíněné na jiném principu, a to na věcech, které jsou z důvodu poptávky po úlevě dostatečně zjištěny, jako například to, že vůle může být skryta, přenesena anebo dodatečně vyjádřena, a proto by to mohlo předpovídat stranu, která odpovídala, a zdálo se tehdy, že mluví pravdu. Tvrdím, že stejné pravidlo platí i pokud účastník odpoví, že on je dědicem a vůle následně označena jako padělaná, neoficiální či neúčinná, proto neodpověděl nečestně, ale proto, že byl oklamán těmito nástroji.

²⁵⁴ Gai. Inst. 4,125; Diocl.C 7,50,2.

²⁵⁵ Jestli by však žalovaný omylem nepoužil námitku peremptorní, provede se navrácení v předešlý stav, aby námitka mohla být připojena. Naproti tomu je sporné, zda se navrácení v předešlý stav provede tehdy, když by (žalovaný) nepoužil námitku dilatorní.

²⁵⁶ C 7,50,2: vydaná 26. prosince r. 294 v Nicomédii.

²⁵⁷ Prétorský (věcný) edikt jasně deklaruje, že peremptorní námitky jsou trpěny na začátku, můžou být však podány před tím, než je vydáno soudní rozhodnutí. Jestliže tak není učiněno, restituce do původních práv je zaručena (ačkoli pouze osobám mladším dvaceti pěti let). Rozsudky, které jsou vydány proti starším dvaceti pěti let, nemohou být zrušeny bez možnosti odvolání, pod záminkou, že tyto námitky nebyly vzneseny.

²⁵⁸ Nerva D 44,4,11 pr.

*eo nomine in iudicium obicienda sit, dubitari potest, quia litis contestatione res procuratoris fit eamque suo iam quodammodo nomine exequitur. et placet de procuratoris dolo excipiendum esse. idem de tutore, qui pupilli nomine aget, dicendum est.*²⁵⁹ V interdiktním řízení bylo možné vložit excepci později, a to aniž by bylo nutno požadovat procesní restituci.

- c) Žalobce i žalovaný mohou požádat o procesní restituci v případě rozsudku pro zmeškání, pokud v průběhu soudního dne neslyšeli slyšení hlasatele, že jsou již na řadě a tak byli odsouzeni pro zmeškání, o tuto restituci však bylo nutné požádat ještě toho dne, než skončilo soudní jednání, což uvádí Marcellus²⁶⁰: *Divus antoninus marcio avito praetori de succurrendo ei, qui absens rem amiserat, in hanc sententiam rescipit: " etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est. itaque si citatus non respondit et ob hoc more pronuntiatum est, confestim autem pro tribunali te sedente adiit: existimari potest non sua culpa sed parum exaudita voce praeconis defuisse, ideoque restitui potest."*²⁶¹ Princip ekvity je zde zřejmě zastoupen v tom, že při hluku na fóru bylo možné, že strana své vyvolání neslyšela a odporovalo by pak slušnosti, spravedlnosti i ekvitě, kdyby kvůli tomu strana prohrála, na druhou stranu měla být obezřetná (druhé straně toto nemohlo jít k tíži) a musela se ještě ten den přihlásit.

²⁵⁹ Pokud zástupce podává žalobu, výjimku vznesenou na základě jeho špatné víry nelze uplatnit proti němu, protože spor se týká zastupovaného, a on je osoba cizí z tohoto úhlu pohledu, a špatný úmysl jednoho člověka by neměl poškodit jiného. Pokud se dopustí podvodného jednání potom, co nastal problém, lze pochybovat, zda námitka z tohoto důvodu může být vznesena. A to, protože se může v daném soudním řízení stát, že zástupce se v průběhu řízení zčásti stane také jeho účastníkem, v jeho vlastním jméně. A pak bylo rozhodnuto, že může být vznesena námitka z důvodu podvodného jednání spáchaného zástupcem. Stejně pravidlo se bude vztahovat i na situaci pečovatele, který podává žalobu ve jménu svého poručníka.

²⁶⁰ Marcellus D 4,1,7.

²⁶¹ Božský Antoninus vydal následující stanovisko v reskriptu adresovaném Marcovi Avitovi, prétorovi, v předmětu úlevy pro osobu, která ztratila svůj majetek v době své nepřítomnosti: „Ačkoli by se neměly dělat změny ve věcech, které již byly oficiálně ustanoveny, tak ještě tam, kde si to ekvita jasně žádá, úleva musí být zaručena. A proto strana, která přes to, že byla předvolána, se nedostavila k jednání, a na základě toho byl vynesena rozsudek v její neprospěch, a pokud se brzy objevila před soudem, na kterém předsedáš, může být předpokládáno, že její nepřítomnost nebyla z její viny, tak jako když nedobře slyšela křik ji předvolávající, a proto je povolena restituce.“

Na základě nových skutečností po skončení soudního řízení bylo možno povolit procesní restituci (*restitutio ob nova reperta*²⁶²) pouze v tom případě, kdy soud rozhodl na základě přísahy, kterou učinila jedna ze stran na základě jeho výzvy, jak například uvádí císař Gordián²⁶³: *Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res iudicatas restaurari exemplo grave est*²⁶⁴ či jak uvádí Papirius²⁶⁵: *Imperatores antoninus et verus rescripserunt, quamquam sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat, tamen in negotio publico ex causa permittere se huiusmodi instrumentis uti.*²⁶⁶ To ale neplatí v případě, kdy by se jednalo o *iusiurandum necessarium*²⁶⁷ nebo *iusiurandum voluntarium*²⁶⁸ (*admonendi sumus interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usus sit. sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis absolutus fuerit (solent enim saepe iudices in dubiis causis exacto iureiurando secundum eum iudicare qui iuraverit): quod si alias inter ipsos iureiurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare*²⁶⁹). Fragment totiž jasně stojí na tom, že pokud by bylo připuštěno nové slyšení, byla by tím zpochybněna zásada ekvity v podobě přísahy.

²⁶² Restituce z důvodu nově objevených skutečností. Podobně Gord. C 7,52,4. D 42,1,35.

²⁶³ C 7, 52, 4 císař Gordian k Antoninovi, vydáno 16. března r. 238 (rok vydání sice ve fragmentu uveden není, ale usuzují na r. 238 podle doby vlády císařů Gordiána I. a Gordiána II.).

²⁶⁴ Je špatné znovu otevírat věc již jednou rozsouzenou, leda že by se následně našly nové dokumenty.

²⁶⁵ Papirius D 42, 1, 35.

²⁶⁶ Císaři Antoninus a Verus stanovili v reskriptu to, že ačkoli není nezbytné začínat na novo řízení na základě toho, že byla objevena nová důkazní dokumentace, přes to povolí nové řízení ve věcech, které se týkají veřejných věcí, pokud se ale nově nalezená věc k případu bude jasně vztahovat.

²⁶⁷ Povinná přísaha, povinnost vykonat přísahu vyplývá z ediktu při *actio certae creditae pecuniae*.

²⁶⁸ Dobrovolná přísaha, při jakémkoli sporu se strany mohou dohodnout, aby spor mezi nimi byl rozhodnut přísahou.

²⁶⁹ Gaius D 12,2,31: Musíme si uvědomit, že přes to, že někdy byla přísaha vymáhána, je dovolenou císařskou konstitucí obracet se na běžné řízení, kde dotčená strana musí dokázat nové dokumenty, které byly nalezeny, a přeje si je použít. Tyto konstituce jsou drženy k dispozici pouze tam, kde strana byla propuštěna soudem; pro soudce, potom, co požádali o přísahu, bylo časté, že vydali rozhodnutí ve prospěch toho, kdo vykonal přísahu. Ale v těch případech, kdy byl spor mezi stranami rozhodnut přísahou, není možné nové slyšení v těchto případech.

B) *dolus*²⁷⁰ druhé strany, obecně tak o tom hovoří např. Marcellus v pokračování již výše uvedeného fragmentu²⁷¹: *Nec intra has solum species consistet huius generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, cum etiam de dolo malo actio competere soleat, et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio aequitatis postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest*²⁷² konstituce císaře Antonina²⁷³: *Causas, in quibus contra fiscum iudicatum est, intra triennium retractari posse, et post id tempus, si praevericatio arguatur vel manifesta fraus probetur, notum est.*²⁷⁴

Jedním z takových příkladů zlého úmyslu je situace, kdy jedna ze stran **křivě vypovídala**, jak např. uvádí Paulus²⁷⁵: *Cum a te pecuniam peterem eoque nomine iudicium acceptum est, falso mihi persuasisti, tamquam eam pecuniam servo meo aut procuratori solvisses, eoque modo consecutus es, ut consentiente me absolveris: quaerentibus nobis, an in te doli iudicium dari debeat, placuit de dolo actionem non dari, quia alio modo mihi succurri potest: nam ex integro agere possum et si obiciatur exceptio rei iudicatae, replicatione iure uti potero*²⁷⁶.

²⁷⁰ Úmysl.

²⁷¹ Marcellus D 4,1,7,1.

²⁷² Pomoc císaře není omezena na případy takového druhu, pro které úleva mohla být zaručena osobám, které prohrály spor bez jejich vlastní viny, a speciálně tam, kde jejich protistrany jednaly podvodně, a proto je běžné žádat takovou žalobu založenou na podvodném jednání. A je povinností současného prétora zaručit nové soudní řízení, které si důvody i spravedlnost žádají, raději než dovolit, aby byla vznesena žaloba zahrnující hanebnost a ke které by se mělo uchýlit pouze tehdy, když už neexistuje žádné jiné řešení.

²⁷³ C 10,9,1 císař Antoninus k Aristatovi, vydáno 7. července r. 212.

²⁷⁴ Je známo, že případy, které se týkají státní pokladny, mohou být opětovně otevřeny ve lhůtě tří let, a po této lhůtě v případě, kdy byl prokázán zjevný podvod či tajná domluva.

²⁷⁵ Paulus D 4,3,25.

²⁷⁶ Když proti tobě podám žalobu na určitou částku peněz a vznikl by ten problém, že ty mě obvineš křivě, že jsi již zaplatil částku mému otrokovi či mému zástupci a z toho důvodu budeš mít zajištěné zamítnutí případu s mým souhlasem, ptali jsme se, zda by žaloba na podkladě podvodu mohla být poskytnuta proti tobě, a bylo stanoveno, že taková žaloba by nemohla být zaručena proto, že bych mohl získat úlevu i jiným způsobem, proto, abych mohl znovu žalovat a jestliže námitka z důvodu bývalého rozsudku byla přerušena, mohl jsem legálně využít odpovědi.

Další takovou situací je, když jedna ze stran předložila **pozměněné či zcela nepravdivé listiny** či předvolala **svědky, kteří křivě vypovídali**, jak uvádí Callistratus²⁷⁷: *Divus hadrianus, aditus per libellum a iulio tarentino et indicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum testibus pecunia corruptis, religionem iudicis circumventam esse, in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: " exemplum libelli dati mihi a iulio tarentino mitti tibi iussi: tu, si tibi probaverit conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se, et rem severe vindica et, si qua a iudice tam malo exemplo circumscripto iudicata sunt, in integrum restitue"*²⁷⁸, s tím, že rozsudek, který byl vynesena na základě toho, že soudce byl podplacen, byl již *ipso iure* neplatný. Anebo se tajně spojila se zástupcem či patronem protistrany (*collusio*²⁷⁹, *praevaricatio*²⁸⁰), což jasně dokládá Ulpianus²⁸¹: *Si dolo malo procurator passus sit vincere adversarium meum, ut absolveretur, an de dolo mihi actio adversus eum qui vicit competat, potest quaeri. et puto non competere, si paratus sit reus transferre iudicium sub exceptione hac " si collusum est": alioquin de dolo actio erit danda, scilicet si cum procuratore agi non possit, quia non esset solvendo*²⁸² či konstituce císaře Antonina²⁸³: *si patronum causae praevaricatum putas et impleveris accusationem, non deerit adversus eum pro temeritate commissi sententia, atque ita de principali causa denuo quaeretur. quod si non docueris*

²⁷⁷ Callistratus D 42,1,33.

²⁷⁸ Božský Hadrianus, který čelil žádosti Julia Terentia, ve které uvedl, že soudní rozhodnutí bylo vydáno proti němu skrze to, že soudce zfalšoval důvody a spiknutí jeho protistrany, která podplácela svědky penězi, pak císař stanovil ve svém reskriptu, že v takovém případě měl nárok na celkovou restituci: „ Požádal jsem o výtisk žádosti, která mi byla předložena Juliem Terentiem k zaslání tobě. Jestliže dokazuje, že byl utlačován spiknutím protistrany, a že její svědkové byli podplaceni, dostanete tvrdý trest, a jestliže rozhodnutí soudce bylo ovlivněno podvodným zastupováním, bude ti poskytnuta kompletní restituce“.

²⁷⁹ Tajné spolčení.

²⁸⁰ Zpronevěra, nepoctivost.

²⁸¹ Ulp. D 4,3,7,9.

²⁸² Jestliže můj zástupce dovolí mé protistraně vyhrát případ z důvodu zlého úmyslu tak, že zastupovaný může být zproštěn odpovědnosti, může se mluvit o tom, zda jsem oprávněn podat žalobu na základě zlého úmyslu proti straně, která případ vyhrála? Myslím, že k tomu nejsem oprávněn v tom případě, kde je strana připravena bránit žalobu proti této námitce, jestliže je zde tajná dohoda, naopak ale žaloba na základě zlého úmyslu by měla být zaručena, myšleno však, že nemohu podat žalobu proti svému zástupci, pokud není solventní.

²⁸³ C 2,7,1 císař Antonin k Dolonovi, vydána 29. září r. 213.

*praevaricatum, et calumnia notaberis et rebus iudicatis, a quibus non est provocatum, stabitur.*²⁸⁴

Pokud žalobce ztratil své právo vydržením prostřednictvím žalovaného nebo tím, že uplynula zákonná lhůta, v obojím případě proto, že někdo znemožnil žalobci anebo třetí straně, aby se dostavili k soudu k zahájení soudního jednání, pak má žalobce, pokud je taková osoba insolventní, možnost žádat o procesní restituci, což alespoň obecně dokládá Iulianus²⁸⁵: *Plane si is, qui dolo fecerit, quo minus in iudicio sistatur, solvendo non fuerit, aequum erit adversus ipsum reum restitutoriam actionem competere, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat et actor damno adficiatur.*²⁸⁶

V takovýchto případech si s procesní restitucí konkuruje *actio doli* proti osobě (odpůrce²⁸⁷, zástupce²⁸⁸ či patron²⁸⁹)²⁹⁰, která úmyslně škodné jednání způsobila, na náhradu škody, a to tak, že buď má plně přednost *actio doli* jak

²⁸⁴ Jestliže si myslíš, že tvůj právní zástupce je vinný z tajné dohody s protistranou a dokážeš toto obvinění, jeho potrestání pro opovážlivost takového zločinu nebude chybět a hlavní případ pak bude nově projednán na soudě. Ale jestliže jsi takovou tajnou dohodu neprokázal, budeš označen za vinného z křivého obvinění a rozsudek v hlavním případě, ze kterého již není možné odvolání, bude platit.

²⁸⁵ D 2,10,3,1.

²⁸⁶ Je zřejmé, že pokud strana, která jednala ve zlém úmyslu, aby se zabránilo tomu, že se na soudu zjistí, že není solventní, že pak bude udělena restituční žaloba proti žalovanému, jinak může profitovat a žalobce utrpět ztrátu v důsledku podvodu dalšího.

²⁸⁷ Ulp. D 17,1,8,1: */Sed et si per collusionem procuratoris absolutus sit adversarius, mandati eum teneri: sed si solvendo non sit, tunc de dolo actionem adversus reum, qui per collusionem absolutus sit, dandam ait./* Ale tam, kde zástupce protistraně poskytne výhodu z důvodu tajné dohody, bude takový zástupce odpovědný na základě žaloby z příkazní smlouvy, a pokud tento zástupce není solventní, potom žaloba z podvodu bude zaručena proti tomu, kdo se obohatil díky tajné dohodě.

²⁸⁸ C 2,12,10 císař Antoninus, vydáno 27. února r. 277/ *Si procurator ad unam speciem constitutus officium mandati egressus est, id quod gessit nullum domino praeiudicium facere potuit. quod si plenam potestatem agendi habuit, rem iudicatam rescindi non oportet, cum, si quid fraude vel dolo egit, convenire eum more iudiciorum non prohiberis./* Jestliže prokurátor, který byl jmenován pouze pro určitý úkon, překročil svou pravomoc, která mu byla dána, tak jeho jednání nemůže ovlivnit výsledek hlavního sporu. Ale pokud měl plnou moc k zastupování, rozsudek by neměl být odvolán, protože kdyby se dopustil jakéhokoli podvodu nebo klamu, nemá zakázáno žalovat jej podle běžných zvyků.

²⁸⁹ K tomu již dva výše uvedené fragmenty D 4,3,24 a C 2,7,1.

²⁹⁰ Z důvodu přehlednosti textu uvádím příslušné dva fragmenty a odkaz na dva další vztahující se k závorce v poznámkách pod čarou.

praví Paulus²⁹¹: *Dolo cuius effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat: trebatius ait de dolo dandum iudicium, non ut arbitrio iudicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit id non esse factum, ne aliter observantibus lex circumscribatur*²⁹², anebo si s ní konkuruje, ale musí jí ustoupit, jak zase uvádí Paulus²⁹³: *Quid enim, si impetraverit a procuratore petitoris, ut ab eo absolveretur, vel si de tutore mentitus pecuniam accepit, vel alia similia admisit, quae non magnam machinationem exigunt?*²⁹⁴

C) *vis ac metus*²⁹⁵ v situaci, kdy soudce rozhodl tak, jak rozhodl díky tomu, že mu bylo vyhrožováno, o čemž mluví Cicero²⁹⁶: *habetis et honestatem hominis et auctoritatem testimoni et causam omnem simultatis. atque is ab Hermippo missus, cum ei pauca mancipia vendidisset, Romam se contulit, deinde in Asiam rediit, cum iam frater meus Flacco successisset. ad quem adiit causamque ita detulit, recuperatores vi Flacci coactos et metu falsum invitos iudicavisse. frater meus pro sua aequitate prudentiaque decrevit ut, si iudicatum negaret, in duplum iret; si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores. recusavit et, quasi nihil esset actum, nihil iudicatum, ab Hermippo ibidem mancipia quae ipse ei vendiderat petere coepit. M. Gratidius legatus, ad quem est aditum, actionem se daturum negavit; re iudicata stari ostendit placere.*²⁹⁷

²⁹¹ Paulus D 4,3,18,4.

²⁹² Trebatius stanovuje, že spor na základě podvodu by měl být zaručen proti osobě, jejímž podvodem bylo ztraceno právo podat žalobu z důvodu, že uplynula pro to stanovená lhůta, není v pořádku, že restituce měla být ze strany soudce, ale že žalobce může vymáhat náhradu škody za úroky, které ze žaloby nevzešly, protože všechny ostatní záležitosti po právu by mohly ujít.

²⁹³ Paulus D 4,3,14.

²⁹⁴ Jaký by měl být výsledek, pokud by měl získat souhlas žalobcova zástupce pro zamítnutí žaloby proti němu; nebo kdyby obdržel peníze od svého pečovatele za falešné zastupování, anebo kdyby spáchal podobný podvod, který nevyžadoval žádnou velkou neupřímnost.

²⁹⁵ Výhrůžka násilím.

²⁹⁶ Cic. pro Flacco 21,49.

²⁹⁷ Nyní už znáš čestnost muže a hodnotu jeho svědectví a celý důvod jeho nepřátelství s Flaccem. Poté, co byl uvolněn Hermippem potom, co mu prodal několik otroků, přijel do Říma, odtud se vrátil do Asie, když můj bratr Quintus nahradil Flacca v provinční funkci a jel za ním a spojil s tím svůj příběh tímto způsobem, říkal, že soudci byli nuceni ve strachu z Flacca falešně rozhodovat proti jejich vůli. Můj bratr se stal nestranným a opatrným a rozhodl k námitkám k předchozím soudním rozhodnutím, dal zvýšit jistotu na dvojnásobek, a jestliže byli zastrašeni již při prvním slyšení, povolil nové řízení. Odmítl to, a jestliže tady nebyla žádná soudní řízení ani rozhodnutí, začal zpět žádat od Hermippa

D) *minores XV annis*²⁹⁸: jde o velmi široký typ procesní restituice, kdy právě na základě principu ekvity je přihlíženo k mládí nezletilého a tedy fyzické a psychické nedokonalosti učinit vždy naprosto správné rozhodnutí (dotčený nemá dostatek zkušeností, a tak se třeba s problematickými situacemi setkává poprvé). Nezletilý může požádat o procesní restituci nejen k jednáním, která vznikla jeho vlastním konáním či nekonáním, ale i k těm, kdy k nedodržení lhůt došlo na základě spolujednání jeho poručníka (*tutore auctore*), ba i s jeho souhlasem (*consensu curatoris*²⁹⁹), a to nezávisle na tom, zda žaloval či byl žalován, jak uvádí Ulpianus³⁰⁰: *Sed et in iudiciis subvenitur, sive dum agit sive dum convenitur captus sit*³⁰¹ a výslovně o tom hovoří císař Alexander Severus ve své konstituci³⁰²: *Minoribus annis viginti quinque etiam in his, quae praesentibus tutoribus vel curatoribus in iudicio vel extra iudicium gesta fuerint, in integrum restitutionis auxilium superesse, si circumventi sunt, placuit.*³⁰³

Či dokonce může nezletilý žádat o restituci i k jednáním, která jeho procesní zástupce sám učinil, a to jak v pozici poručníka (tutora³⁰⁴ či cognitora³⁰⁵) či prokurátora.³⁰⁶ Zářný příklad, a to i podle četnosti jejich uvedení v pramenech, je situace, kdy nezletilý má právo požádat o procesní restituci pokud učiní

otroky, které mu prodal. Marcus Gratidius, poručík, před kterým odmítl pokračovat s žalobou, ale prohlásil, že by měl dodržovat rozhodnutí již dané.

²⁹⁸ Zletilé mladší dvaceti pěti let římské právo rozlišovalo specificky oproti dnešnímu právu z hlediska stupně dospělosti a způsobilosti k právním úkonům, a to nejprve na *infantes* do sedmého roku věku (od klasického práva ale už uznáváno nebylo) a dále na *impuberes infantia maiores*, nezletilce, zletilosti nabývaly dívky dovršením dvanáctého roku věku, chlapci čtrnáctého roku, do dvacátého pátého roku života však měli zvláštní ochranu např. právě v podobě *restitutio in integrum*.

²⁹⁹ Souhlas opatrovníka.

³⁰⁰ Ulp. D 4,4,7,4.

³⁰¹ Pomoc je zaručena také v případech, ať už osoba, která překročila, byla žalována či žalovala sama.

³⁰² C 2,24,2 císař Alexander Severus.

³⁰³ Je obecně přijímáno, že restituice práv zůstává těm mladším dvaceti pěti let, dokonce i v otázkách, které byly rozhodnuty v přítomnosti jejich zástupců či opatrovníků, na soudě nebo mimo něj, jestliže byly podvodné.

³⁰⁴ Zástupce, poručník.

³⁰⁵ Procesní zástupce zmocněný ústním formálním prohlášením.

³⁰⁶ Procesní zástupce, správce jmění, zmocnění vyplývá z podstaty věci.

pluspetici (*plus petere in intentione*³⁰⁷) nebo *minus ponere in condemnatione*³⁰⁸, dále kdy byla *actio divisa*³⁰⁹ mezi insolventní *fideiussori*, což dokládá Papinianus³¹⁰: *Inter fideiussores actione divisa condemnatus si desierit esse solvendo, fraus vel segnitia tutoribus, qui iudicatum persequi potuerunt, damnum dabit: quod si divisam actionem inter eos, qui non erant solvendo, constabit, pupilli nomine restitutionis auxilium implorabitur*³¹¹, nebo když nezletilý nerozváženě popíral *actio, quae infitiando crescit in duplum*, to říká i Ulpianus³¹²: *...sed si, cum ex damno dato confiteri possit ne dupli teneatur, maluit negare: in hoc solum restituendus sit, ut pro confesso habeatur. ergo et si potuit pro fure damnum decidere magis quam actionem dupli vel quadrupli pati, ei subvenietur.*³¹³

Dalšími případy jsou situace, kdy nezletilý žaloval svého poručníka pro vydání svého majetku, ale díky svému věku nedosáhl toho, aby mu bylo přisouzeno vše, co mu náleželo, což dokládá Celsus³¹⁴: *Cum minor quam quinque et viginti annis adversus eum, cum quo tutelae egit, restituitur, non ideo tutori contrarium tutelae iudicium restituendum est.*³¹⁵

Z hlediska právní jistoty a předvídatelnosti je naprosto zásadní situace, která by se mohla zdát, že ji popírá, a to situace, kdy nezletilý odsouzený mohl díky principu ekvity použít procesní restituci proti odsuzujícímu rozsudku, což

³⁰⁷ Žádat více v intenci.

³⁰⁸ Gai. Inst. 4,57: viz výše.

³⁰⁹ Žaloba byla rozdělená.

³¹⁰ Papinianus D 46,1,52,1.

³¹¹ Žaloba byla rozdělená mezi spoluručitele, jestliže strana, proti které byl vynesena rozsudek, přestává být solventní, podvod nebo nedbalost opatrovníků, kteří by obdrželi výkon rozhodnutí, se jich dotkne. A proto je stanoveno, že žaloba rozdělená mezi spoluručitele, kteří nebyli solventní, pomoc prostřednictvím celkové restituce bude žádána ve jméně poručence.

³¹² Ulp. D 4,4,9,2. Druhá část fragmentu.

³¹³ Pokud se však po spáchání újmy mohl přiznat a tím zamezit tomu, aby byl odpovědný za dvojnásobek škody, ale raději popíral to, co udělal, byla mu zaručena restituce, pouze pokud se přiznal. Proto, když byl schopen nahradit ztráty způsobené svou krádeží, spíše než být žalován pro dvojnásobek nebo čtyřnásobek škody, bude mu poskytnuta pomoc.

³¹⁴ Celsus D 4,4,28. Podobně D 26,7,25, D 46,5, D 27,3,20 a C 2,26,1, C 3,1,2.

³¹⁵ Tam, kde osoba mladší dvaceti pěti let obdrží restituci proti straně, kterou žalovala na základě poručnictví, poručník nemůže mít na základě toho právo žádat žalobou, aby mu bylo navrženo opatrovnictví.

dokládá mj. Ulpianus³¹⁶: *De qua autem restitutione praetor loquitur? utrum de ea quae a principe vel a senatu? pomponius quaerit: et putat de ea restitutione sensum, quam princeps vel senatus indulsit. an autem et praetor restituere possit, quaeritur: et mihi videtur talia praetorum decreta non esse servanda, nisi sicubi ex officio iurisdictionis suae subvenerunt: ut in aetate observatur, si quis deceptus sit, ceterisque speciebus quas sub titulo de in integrum restitutione exsequemur. pro qua sententia est, quod si quis famoso iudicio condemnatus per in integrum restitutionem fuerit absolutus, pomponius putat hunc infamia eximi³¹⁷ či Paulus³¹⁸: *Minor viginti quinque annis omissam allegationem per in integrum restitutionis auxilium repetere potest.*³¹⁹*

Stejně tak mohl nezletilý požádat o procesní restituci v situaci, kdy byl odsouzen pro zmeškání (a to ve dvou případech: za první, když se nedostavil až před řízení *apud iudicem*, tedy po litiskontestaci – v řízení nazývaném *eremodicium*³²⁰ a za druhé v případě, kdy se nedostavil ani k prvnímu svolanému jednání *in iure – contumax*). A tak např. Ulpianus hovoří tak, že³²¹: *Item et in eremodiciis ei subvenitur. constat autem omnis aetatis hominibus restaurationem eremodicii praestari, si se doceant ex iusta causa afuisse*³²² a

³¹⁶ Ulp. D 3,1,1,10. Podobně D 4,4,29,1 (týká se žen) a D 27,3,20 pr. (týká se nezletilých dědiců).

³¹⁷ Pomponius se ptá, v jakém vztahu je prétor k restituci, zda-li je zaručena císařem či senátem? A on je toho názoru, že vždy podle jednoho z nich. Avšak objevuje se zde otázka, zda může prétor zaručit restituci, a zdá se mi, že takové dekrety prétora by se neměly objevovat, pokud jsou součástí jeho povinností vyplývajících z jeho jurisdikce. Tak jako v případě nezletilců, kteří byli oklamáni a v dalších případech, kterými jsme se podrobně zabývali v části „vztahující se k celkové restituci“. Důkazem tohoto názoru je, že pokud je někdo odsouzen za přestupek mající za následek infamii, a následně je rozsudek kompletně zrušen na základě kompletní restituce, tak si Pomponius myslí, že je osvobozen i od následků infamie.

³¹⁸ Paul. D 4,4,36.

³¹⁹ Osoby mladší dvaceti pěti let, kterým se nepodařilo dokázat některá svá tvrzení, mohou tak učinit, tedy žádají o celkovou restituci.

³²⁰ Podle Ottova slovníku naučného se jedná o soudní řízení, ke kterému se nedostavila buď jedna ze stran, či obě. Autor Antonín Schauer, *Ottův slovník naučný*. Osmý díl. Praha: J. Otto, 1894. s. 703.

³²¹ Ulp. D 4,4,7,12. Podobně D 4,4,7,11 (dědic, který se neodvolal ve stanoveném čase) či C 2,43,1 (týká se také odvolání ve stanovené lhůtě).

³²² Navíc, pomoc je poskytnuta tomu, proti komu bylo vydáno soudní rozhodnutí pro zmeškání. Bylo totiž řešeno, že muži veškerého věku mají právo žádat nový proces z důvodu zmeškání, jestliže prokážou, že meškali z dobrého důvodu.

velmi podobně Hermogenianus³²³: *Minor etiam si quasi contumax condemnatus sit, in integrum restitutionis auxilium implorabit.*³²⁴ Procesní restituci může nezletilý požadovat i v případě, kdy jednal jako *defensor alieni rei*³²⁵ tak, jak o tom hovoří Ulpianus v šedesáté knize k ediktu³²⁶: *Quoniam tamen defendere est eandem vicem quam reus subire, defensor mariti in amplius quam maritus facere possit non est condemnandus.*³²⁷

Pokud ale nezletilý žádá o procesní restituci v případě soudního sporu, který byl zahájen za jeho nezletilosti, ale v jeho průběhu nabyt zletilosti, pak žádost o procesní restituci bude zamítnuta, jelikož již jako zletilý mohl v průběhu soudního sporu využít řádné procesní prostředky, což například potvrzuje konstituce císaře Alexandra Severa³²⁸: *Minus ex tutelae iudicio consecuti de superfluo habere actionem ita potestis, si tempore iudicii minores annis fuistis et nunc beneficium aetatis vobis largitur. ceterum si post legitimam aetatem sententia prolata est, iterato eandem actionem de isdem speciebus inferre non potestis*³²⁹ anebo konstituce císařů Diokleciána a Maxima³³⁰: *Qui post vicesimum quintum annum aetatis ea quae in minora aetate gesta sunt rata habuerunt, frustra rescissionem eorum postulant.*³³¹

³²³ Hermogenianus D 4,4,8. Hermogenianus byl římský právník žijící v první polovině čtvrtého st. Je autorem sbírky *Iuris epitomae* a sbírky císařských konstitucí *Codex Hermogenianus*.

³²⁴ I tam, kde nezletilec ztratil svůj případ z důvodu kontumačního rozhodnutí, může žádat o pomoc formou kompletní restituce.

³²⁵ Obránce cizí věci.

³²⁶ D 3,3,51 pr.

³²⁷ Pokud se osoba mladší dvaceti pěti let objeví jako obránce ve věci, která není jeho vlastní, je oprávněn žádat celkovou restituci, jelikož pravidla to v tomto případě povolují oběma, tedy jak jemu tak tomu, koho zastupuje.

³²⁸ C 2,26,1 konstituce císaře Alexandra Severa k Iulii, vydána 28. ledna r. 231.

³²⁹ Pokud jsi obdržel méně, než bylo v procesu o opatrovnictví, můžeš podat žalobu na zbytek pouze v případě, pokud jsi v době soudního řízení byl máloletý a v takovém případě se tě týká výhoda věku. Ale jestliže rozhodnutí bylo vydáno až v době, kdy jsi nabyt zletilosti, nemůžeš podruhé podat znovu žalobu ve stejné věci.

³³⁰ C 2,45,2 konstituce císaře Diokleciána a Maxima k Soterovi, vydána 13. února r. 204. A podobně právník Ulpianus v *Digestech* (D 4,4,3,1) hovoří o teoretickém pojednání Celsa o možnosti požádat restituci v tomto případě s tím, že specificky se věnuje možnosti podat žalobu proti svému opatrovníkovi.

³³¹ Osoby, které dospěly do věku dvaceti pěti let, a potom dodatečně schválily všechny akty, které vykonaly za své nezletilosti, nemohou již žádat o obnovu.

Na závěr je nutné zmínit, a tedy nepřejít to, že nezletilý má zároveň právo použít žaloby na náhradu škody proti svému poručíkovi, zejména pak *actio tutelae*³³², to například dokládá Callistratus³³³ v Digestech³³⁴: *Imperator titus antoninus rescipit eum, qui fraude tutoris adversarium suum diceret absolutum et agere cum eo ex integro vellet, licentiam habere prius cum tutore agere.*³³⁵

Shodné právo žádat o procesní restituci stejně jako nezletilým příslušelo i městským obcím, kterým vznikla škoda na základě jednání jejich právních zástupců, což dokládá konstituce císařů Diokleciána a Maxima³³⁶: *Res publica minorum iure uti solet ideoque auxilium restitutionis implorare potest.*³³⁷ Obce tak dokonce mají možnost žádat oproti obecným skutečnostem i *restitutio propter nova reperta*, to dokládá Papirius³³⁸ v Digestech³³⁹: *Imperatores antoninus et verus rescipserunt, quamquam sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat, tamen in negotio publico ex causa permittere se huiusmodi instrumentis uti.*³⁴⁰ Až do úplné dokonalosti byl tento stav doveden tím, že samotný *fiscus*³⁴¹ získal právo žádat o procesní restituci proti jakýmkoli pro něj nepříznivým rozsudkům, a to do tří let od jejich vydání, jak je uvedeno v konstituci císaře Antonina³⁴²: *Causas, in quibus contra*

³³² Žaloba z poručnictví.

³³³ Římský právník žijící na přelomu druhého a třetího st. Je autorem děl *De Cognitionibus*, *Edictum Monitorium*, *De Iure Fisci (et Populi)*.

³³⁴ Callistratus D 4,4,45,1, Callistratus, I. kniha Edictum Monitorium, obdobně v Digestech Ulp. D 26,7,25.

³³⁵ Císař Titus Antoninus ustanovil v reskriptu, že tam, kde nezletilec tvrdil, že jeho protistrana byla zproštěna viny z důvodu podvodu jeho poručníka, a přál by si začít s novou žalobou proti němu, nejprve by měl žalovat svého poručníka.

³³⁶ C 2,53,4 císař Dioklecián a Maximus k Priscianovi, vydáno 12. listopadu r. 285, obdobně již výše uvedený fragment D 49,1,9 (viz výše).

³³⁷ Obce mají obvykle stejná práva jako nezletilci, a proto mohou žádat restituci.

³³⁸ Sextus Papirius byl jedním z prvních římských právníků a je považován za autora sbírky královských zákonů *Ius civile Papirianum*.

³³⁹ Papirius D 42,1,35.

³⁴⁰ Císaři Antoninus a Verus stanovili v reskriptu, že ačkoli není nezbytné znovu začínat nové řízení na základě nálezů nové důkazní dokumentace, přesto v záležitostech vztahujících se k veřejným záležitostem, dovolují, aby taková důkazní dokumentace byla použita, jestliže si to daný případ žádá.

³⁴¹ Státní pokladna.

³⁴² C 10,9,1 císař Antoninus k Aristatovi, vydáno 7. července r. 212.

*fiscum iudicatum est, intra triennium retractari posse, et post id tempus, si praevaricatio arguatur vel manifesta fraus probetur, notum est.*³⁴³

E) *absentia* jako odůvodněná nepřítomnost, a to hlavně v případě *absentia rei publicae causa*³⁴⁴, je považována za důvod pro procesní restituci, pokud směřuje proti rozsudku pro zmeškání, jak již bylo uvedeno výše³⁴⁵, uplynutí odvolací lhůty, jak dokládá Macer³⁴⁶ v Digestech³⁴⁷: *Inter minores viginti quinque annis et eos qui rei publicae causa absunt hoc interest, quod minores annis etiam qui per tutores curatoresve suos defensi sunt, nihilo minus in integrum contra rem publicam restituuntur, cognita scilicet causa: ei vero qui rei publicae causa absit, ceteris quoque qui in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sunt, hactenus in integrum restitutione subveniri solet, ut appellare his permittatur*³⁴⁸ či *prohi missio in possessionem*³⁴⁹ a *ductio servi*.³⁵⁰

Žádost o procesní restituci bylo třeba podat u magistráta, který úkon, proti němuž směřovala, vykonal, či k jeho nástupci, což uvádí Ulpianus³⁵¹: *Nunc videndum, qui in integrum restituere possunt. et tam praefectus urbi quam alii magistratus pro iurisdictione sua restituere in integrum possunt, tam in aliis causis quam contra sententiam suam*³⁵² a dále³⁵³: *Praeses provinciae minorem in integrum restituere potest*

³⁴³ Je známo, že rozhodnuté případy, ve kterých byla jednou ze stran státní pokladna, je možné znovu otevřít do tří let, a po tomto čase pokud je tajná dohoda či zjevný podvod prokázán.

³⁴⁴ Nepřítomnost z důvodu veřejného zájmu.

³⁴⁵ Viz výše uvedený fragment D 4,4,7,12.

³⁴⁶ Aemilius Macer, právník první pol. třetího st. Berger, A.: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Str. 570.

³⁴⁷ Macer D 4,1,8.

³⁴⁸ Existují rozdíly mezi situací mladších dvaceti pěti let a stranami, které nejsou přítomny při veřejných záležitostech, jmenovitě: nezletilci, i když jsou hájeni jejich poručníky či opatrovateli, tak mohou pořad získat celkovou restituci proti státu, a to v konkrétních sporech, kde to je potřeba; ale tam, kde je kdokoli nepřítomný při dění veřejných záležitostí, anebo tam, kde i ostatní využívají stejnou výhodu, jestliže jsou hájeni svými zástupci, je jim obvykle pomozeno možností žádat celkovou restituci v rozsahu možného odvolání.

³⁴⁹ Uvedení v držbu.

³⁵⁰ D 9,4,26,6: překlad viz výše.

³⁵¹ Ulp. D 4,4,16,5.

³⁵² Mělo by být zvažováno, kdo může poskytnout celkovou restituci. Městský prefekt, společně s ostatními magistráty, tak daleko, kam až sahá jejich jurisdikce, mohou zaručit celkovou restituci, a to i proti jejich vlastním rozhodnutím.

*etiam contra suam vel decessoris sui sententiam: quod enim appellatio interposita maioribus praestat, hoc beneficio aetatis consequuntur minores*³⁵⁴ i Paulus³⁵⁵: *Item quaero, si lite contestata praetor ita pronuntiavit, ut materia praestetur, an tutores audiendi sint ab hac sententia pupillum, adversus quem pronuntiatum est, apud successorem eius in integrum restituere volentes. paulus respondit praetorem, qui auro legato certi ponderis materiam praestari iussit, recte pronuntiasse videri.*³⁵⁶

Pokud se procesní restituice týkala litiskontestace, bylo třeba, aby o ní žadatel požádal magistráta, před kterým proběhla. Proti nálezů poroty bylo třeba zažádat u jejich ustanovovatele a proti rozhodnutí magistráta u něj samého. Žádost (*postulatio*) o procesní restituci zastavuje výkon napadeného rozhodnutí, jak uvádí konstituce císaře Gordiana³⁵⁷: *Postulata in integrum restitutione omnia in suo statu esse debere, donec res finiatur, perspicui iuris est, idque curabit is, ad cuius partes ea res pertinet.*³⁵⁸

Navrácení sporu (*restitutio litis*), tedy vyhovění žádosti o procesní restituci pak probíhá tak, že magistrát povolí nové založení procesního sporu, a to tím, že vydá novou formulí (*iudicium restitutorium*), což dokládá Gaius³⁵⁹: *Item quaeritur, si iudicium acceperit defensor et actor in integrum restitutus sit, an cogendus sit*

³⁵³ Ulp. D 4,4,42.

³⁵⁴ Správce provincie může zaručit celkovou restituci nezletilému, dokonce i proti svému vlastnímu rozhodnutí, nebo rozhodnutí jeho předchůdců, a to protože nezletilý, na účet svého věku, obdrží stejnou výhodu, která přiznává plnoletým osobám podat odvolání.

³⁵⁵ Paul. D 34,2,35,1.

³⁵⁶ Taky se ptám jestli, tak jak bylo zmíněno v předchozím příkladě, kdy prétor rozhodl, že zlato musí být vybaveno, ať se jedná o poručníka nezletilce, který je dědicem, proti kterému bylo rozhodnuto, a který žádal následníka prétorů o povolení celkové restituice svého poručence, tak by se k tomu mělo přihlídnout jako v předchozím příkladě. Paulus odpověděl, že prétor zajistil správné rozhodnutí, kolik zlata bylo odkázáno, a tedy nařídil, kolik by mělo být doručeno.

³⁵⁷ C 2,49,1 císař Gordian Secundinovi, vojákovi, vydáno 20. ledna r. 239.

³⁵⁸ Je zřejmé, že podle ustáleného rozhodování po žádosti o restituci, vše mělo v situaci před vydáním rozhodnutí až do doby, než se případ uzavře, a on, pod jehož péčí věc patří (příslušný prétor), na to dbá.

³⁵⁹ Gaius D 3,3,46,3. Podobně D 2,10,3,1 (strana, která zabránila jinému dostavit se k soudu), D 15,1,27,3 (věřitele z důvodu úroků), D 27,3,20 pr. (týká se nezletilého dědice), D 11,1,18 (týká se nepřítomného spoludědice); D 15,1,47,3 (týká se otroků a jejich věřitelů); D 4,4,45,1 (viz výše), 15,2,1,10 (viz výše).

*restitutorium iudicium accipere: et magis placet cogendum.*³⁶⁰ Tato formule pak ale ovšem obsahuje fikci, jako kdyby předchozí litiskontestace či rozsudek nenastaly (*iudicium rescissorium*³⁶¹), pokud nebylo oficiálně rozhodnuto, postačilo pak, když magistrát nepovolil, aby do formule byla vložena *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, což jasně dokládá Modestinus³⁶²: *Qui adgnitis instrumentis, quasi vera essent, solvit post sententiam iudicis, quaero, si postea cognita rei veritate et repertis falsis instrumentis accusare velit et probare falsa esse instrumenta, ex quibus conveniebatur, cum instrumentis subscripserat ex praecepto sive interlocutione iudicis, an praescriptio ei opponi possit? cum et principalibus constitutionibus manifeste cavetur, etsi res iudicata esset ex falsis instrumentis, si postea falsa inveniantur, nec rei iudicatae praescriptionem opponi. modestinus respondit ob hoc, quod per errorem solutio facta est vel cautio de solvendo interposita proponitur ex his instrumentis, quae nunc falsa dicuntur, praescriptioni locum non esse*³⁶³, a pokud by ji snad povolil, pak připustil vložení repliky *replicationem doli*.³⁶⁴ V případě, že procesní restituice byla vyžádána proti škodlivým účinkům litiskontestace, magistrát zakáže soudci další projednání a zejména vydání rozsudku (*iudicare vetare*), jak o tom hovoří Paulus³⁶⁵: *Iudicium solvitur vetante eo qui iudicare iusserat, vel etiam eo qui maius imperium in eadem iurisdictione habet, vel etiam si ipse iudex eiusdem imperii esse coeperit, cuius*

³⁶⁰ Je také otázka, jestli tam, kde obhájce souhlasí s provedením případu, a žalobce obdrží celkovou restituci, zdali může být nucen podat žalobu pro restituci? Lepší názor je ten, že k tomu může být nucen.

³⁶¹ Jedná se o nové řízení po povolení restituice, kdy je vydána i nová formule, ve které již ale není hleděno k záležitostem, které samotná restituice popírala.

³⁶² Mod. D 44,1,11.

³⁶³ Jistý skutečně uznávaný muž jistě poznamenává, že ve skutečnosti tam, kde to bylo zfalšované a musel zaplatit za rozsudek vydaný proti němu. Ptám se, že pokud je to pravda, tak musí být následně zjištěna a zjištěné poznámky musí být vytvořeny, a žalovaný měl touhu dokázat, že to v souladu s usnesením soudu, nebo prozatímními vyhláškami, a tak jak přiznal opravdovost řečených poznámek, zda mohl být odražen námitkou, tak jak je to jasně stanoveno v císařské konstituci, že ačkoli soudní rozhodnutí smělo být podloženo mnoha dokumenty, a později se zjistí, že nejsou pravdivé, tak skutečnost, že věc již byla rozhodnuta, nemůže být žalováno na obranu. Modestinus odpověděl tak, že protože platba byla provedena chybně, nebo že zajištění bylo provedeno takovým způsobem, což bylo později dokázáno jako podvržený, není zde prostor pro podání námitky.

³⁶⁴ Replika zlého úmyslu.

³⁶⁵ Paul. D 5,1,58.

*erat qui iudicare iussit.*³⁶⁶ Povolená restituce proti dříve vynesenému rozsudku se může omezovat také pouze na jednu z jeho částí, jak říká Modestinus³⁶⁷: *Ex causa curationis condemnata pupilla adversus num caput sententiae restitui volebat, et quia videtur in ceteris litis speciebus relevata fuisse, actor maior aetate, qui adquivit tunc temporis sententiae, dicebat totam debere litem restaurari. herennius ^^ modestinus respondit, si species, in qua pupilla in integrum restitui desiderat, ceteris speciebus non cohaeret, nihil proponi, cur a tota sententia recedi actor postulans audiendus est.*³⁶⁸

Pokud byla povolena procesní restituce proti odsuzujícímu rozsudku, je zcela v souladu s principem ekvity, že mnohdy bylo nezbytné, aby byly napraveny či odstraněny i důsledky samotného odsuzujícího rozhodnutí. Typicky např. to, že pokud byl odsouzený odsouzen rovněž k *infamii*, pak při jeho osvobození i ona pominula.³⁶⁹ Navíc toho, co již žalovaný zaplatil z tohoto titulu (*ex causa iudicati*), musel mu žalobce vrátit.

Císař Septimus Severus stanovil, že přísaha nezletilce vylučuje právo požádat o *restitutio in integrum*.

Další projev ekvity v římském procesním právu představovaly podmínky v právním jednání, a to podmínky nepravé, konkrétně v případě podmínky nemravné (*condicio turpis*), podmínky směšné (*condicio derisoria*) a podmínky nedovolené. Příkladem takové podmínky tak, jak jej uvádí O. Sommer³⁷⁰ je např. darování (*legatum, fideicommiss*) za zákazu sňatku, tedy doslovně podmínka se nezasnubovat (*condicio non*

³⁶⁶ Spor je ukončen v případě, kdy strana, které o něj požádala, v něm odmítla pokračovat, anebo ten, kdo má nadřízený úřad v dané jurisdikci, anebo pokud soudce sám má svěřenou pravomoc toho orgánu, který jej jmenoval.

³⁶⁷ Mod. D 4,4,29,1.

³⁶⁸ Tam, kde žena, která měla poručníka, a soudní rozhodnutí bylo vyneseno proti ní, přála si získat restituci ve vztahu k jedné části rozhodnutí; a ukazuje se, že byla úspěšná s odkazem na jiné věci v případě; žalobce, který byl zletilý, a nejprve souhlasil s rozhodnutím, požadoval, aby byl zaručen nový proces. Herennius Modestinus na to odpověděl tak, že žena, která měla poručníka, požadovala plnou restituci bez vztahu k dalšímu, nebyl zde žádný důvod, pro který by žalobce mohl žádat, aby celé rozhodnutí bylo zrušeno.

³⁶⁹ D 3,1,1,10, viz výše.

³⁷⁰ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 96

nubendi), která jde proti *lex Iulia et Papia Poppea*³⁷¹ v případě nezadané vdovy (*viduitas iniuncta*).³⁷² V tomto případě by se tedy jednalo o podmínku nemravnou. V klasickém právu taková podmínka nezpůsobilo *ipso iure* neplatnost právního jednání, ale právě podle zásady ekvity bylo potřeba, aby do takové situace zasáhl prétor např. tím, že odmítne žalobu (*denegatio actionis*), vloží námitku zlého úmyslu (výše uvedenou *exceptio doli*) či takovou podmínku vyjme, resp. vrátí (*remissione condicionis*³⁷³).

Ekvitu můžeme v římském procesním právu objevit také v případech fikcí, tedy v případech, kdy jsou v zájmu slušnosti a spravedlnosti s určitými právními skutečnostmi dávány do vztahu právní následky, které však ve skutečnosti neexistují tak jako např. v případech uvedených v Institucích ve čtvrté knize, šestém titulu:

- např. fikce vydržení, jak uvádí Intituce³⁷⁴: *Sed istae quidem actiones, quarum mentionem habuimus, et si quae sunt similes, ex legitimis et civilibus causis descendunt. aliae autem sunt, quas praetor ex sua iurisdictione comparatas habet tam in rem quam in personam, quas et ipsas necessarium est exemplis ostendere. ecce plerumque ita permittit in rem agere, ut vel actor diceret, se quasi usucepisse quod usu non ceperit, vel ex diverso possessor diceret, adversariam suum usu non cepisse quod usu ceperit.*³⁷⁵
- *actio Publiciana*, která byla zavedena r. 70 př. n. l. ve prospěch bonitárního vlastníka, která fingovala v případě odcizení věci vydržení u tohoto, Instituce říkají, že³⁷⁶:

³⁷¹ Zákon vydaný r. 9 př. n. l., který upravoval otázky manželství. Zákon byl přijat konsuly M. Papiem Mutilem a Q. Poppaeem Secundem, kteří byli oba svobodní. Zákon mj. zakazoval sňatky mezi občany senátorského stavu a propuštěnkami a osobami svobodných povolání, také sňatky mezi dcerami senátorů a propuštěnci, také označoval za neplatné podmínky zákazu sňatky v případě daru (*legatu, fideicommissa*) pro osoby, které byly k sňatku způsobilé.

³⁷² Tedy po tom, co uplyne romulský rok a vdově je znovu povoleno se vdát.

³⁷³ Vrácení námitky.

³⁷⁴ I 4,6,3.

³⁷⁵ Ty žaloby, které jsme uvedli, a také pokud existují k nim obdobné, vznikají ze zákonných a civilních důvodů. Jsou však také ještě další osobní a věcné žaloby, které poskytuje prétor na základě své jurisdikce, a ty musí být vysvětleny na základě příkladů. Prétor například často povolil žalovat věcnou žalobou, a to tak, že žalobce tvrdí, že věc vydržel, i když k tomu nedošlo, nebo naopak držitel tvrdí, že jeho protivník věc nevydržel, i když ve skutečnosti k vydržení došlo.

³⁷⁶ I 4,6,4.

- *Namque si cui ex iusta causa res aliena tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis aut dotis aut legatorum, necdum eius rei dominus effectus est, si eius rei casu possessionem amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam rem persequendam: quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, in qua dicit is qui possessionem amisit eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse. quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est.*³⁷⁷
- nemožnost vydržet věc z důvodu, že její vlastník je pryč z důvodu státního zájmu, což dokládají např. Instituce³⁷⁸: *Rursus ex diverso si quis, cum rei publicae causa abesset vel in hostium potestate esset, rem eius qui in civitate esset usuceperit, permittitur domino, si possessor rei publicae causa abesse desierit, tunc intra annum, rescissa usucapione, eam petere, id est ita petere ut dicat, possessorem usu non cepisse et ob id suam esse rem. quod genus actionis et aliis, simili aequitate motus, praetor accommodat, sicut ex latiore digestorum seu pandectarum volumine intellegere licet.*³⁷⁹
- pokud dlužník předal někomu věc, čímž zmenší možnost hojení se věřitelů, pak je fingováno, že daná věc nebyla předána³⁸⁰: *Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis,*

³⁷⁷ Protože když někdo, komu byla odevzdána věc na základě právního důvodu, například na základě koupě, darování, věna anebo odkazu, se ještě vlastníkem věci nestal a držbu k ní náhodně pozbyl. Nemá k dispozici žádnou přímou věcnou žalobu ke znovunabytí věci, civilní žaloby byly totiž zavedeny pouze proto, že někdo uplatňuje svoje vlastnické právo. Protože by se ve skutečnosti jednalo o tvrdost, kdyby v takovémto případě žaloba chyběla, vytvořil prétor žalobu, v níž ten, kdo držbu věci pozbyl, tvrdí, že ji vydržel, a tak ji vindikuje, jako kdyby byla jeho. Tato žaloba se jmenuje Publiciánská, neboť poprvé byla zavedena prétozem Publiciem.

³⁷⁸ I 4,6,5. A podobné případy v Digestech - Ulp. D. 4,6,1,1, Ulp. D. 4,6,21 pr., Ulp. D. 4,6,23,3, Pap. D. 41,3,44,7, Paul. D. 44,7,35 pr.

³⁷⁹ Naopak když byl někdo nepřítomen z důvodu státního zájmu nebo se nacházel v rukou nepřátel, a věc vydržel ten, kdo byl na území římského státu, pak je vlastníkovu povoleno, jestliže držitel ve státním zájmu již není přítomen, požadovat do jednoho roku věc nazpět pomocí zpochybnění vydržení, to znamená, že ji požaduje takto: držitel věc nevydržel, a proto je jeho. Tento druh žalob prétor, z obdobných spravedlivých důvodů, poskytoval také některým dalším, jak to vyplývá z obširných knih Digest.

³⁸⁰ I 4,6,6.

*permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse.*³⁸¹

Podle zásad ekvity nám rovněž soudce trochu netypicky dostává příležitost ve fázi řízení *apud iudicem*, a to v případech, kdy formule je koncipována *in ius* a soudci tak nezbyvá nic jiného než se zabývat i otázkami právními, které jsou standardně vyhrazeny fázi řízení *in iure* (a to konkrétně prétorovi), a to zejména při hodnocení námitek (*exceptiones*), obhajoby žalovaného i při konkrétním určení rozsahu kondemnice. Soudce měl obvykle k tomuto účelu zřízené právnícké *consilium*.³⁸²

Ekvita je rozdílná od *aequus et bonus*, což je výraz používaný výhradně v procesním právu.³⁸³

Tak např. *iniquitas* je něco, co je v rozporu s právem. Přes to, že význam tohoto pojmu je obecný. Jako výraz něčeho, co je v rozporu s právem, se používá převážně ve formě komparativu (*iniquior*) či superlativu (*iniquissimus*).³⁸⁴

Zajímavým je i názor O. Sommera³⁸⁵, že Římané si k prosazování a uplatňování principu ekvity vytvořili zvláštní techniku na základě civilního procesního práva. Tzn. že jim šlo o to, aby se uplatňování ekvity nezvrhlo ve volné nalézání práva řídicí se pouze podle citu. Tak např. v Digestech se říká všeobecně, že ve všech věcech, je předpokládána nejvyšší pozornost ekvitě.³⁸⁶

Dalším projevem ekvity je to, že díky tomuto principu, se mohl prétor v konkrétním případě odchýlit od svého ediktu či jej změnit. Postup ale vyloučil zákon *lex Cornelia de edictis*³⁸⁷ z roku 67 př. n. l., který přikázal, že prétor se musí ve všech

³⁸¹ Dále, když někdo předal ke škodě svých věřitelů svou věc jinému, tak poté, co se věřitelé ujali na základě rozhodnutí správce provincie držby svého majetku, jim bylo povoleno požadovat věc nazpět pomocí zpochybnění odevzdání, to znamená požadovat, že věc nebyla předána, a proto zůstala součástí majetku dlužníka.

³⁸² Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 113.

³⁸³ Bartošek, M.: Verrinae, význam Ciceronových řečí proti Verrovi. Str. 148.

³⁸⁴ Používáno v souvislosti s Verrem, viz Bartošek Verrinae str. 151.

³⁸⁵ Sommer, O.: Prameny soukromého práva římského, druhé přepracované vydání. Praha, nákladem vlastním, 1932, 189 s. Str. 61, pozn. 5.

³⁸⁶ Paul. D. 50,17,90 viz výše.

³⁸⁷ Neví se o něm o mnoho více než to, že dle něj prétor musí administrovat právo podle svých ediktů. Lex Cornelia existovalo velké množství zákonů.

Berger, A.: Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Str. 549.

případech řídit svým ediktem (*Ut praetor ex edictis suis perpetuum ius dicerent*³⁸⁸), jde tedy o *edictum praetorium*, císařem Hadriánem sebrané do podoby *edictum perpetuum*.³⁸⁹ Důvodem podle O. Sommera³⁹⁰ bylo to, že mělo být zabráněno tomu, aby prétor svévolně porušoval své prétorské právo, tedy to co při svém nástupu stanovil ve svém ediktu. Dovození, že tento výklad pochází z nutnosti stability předvídatelnosti právního řádu. Římský edikt se přesto stal optimálním prostředkem římského práva ve vyvíjející se římské společnosti.

Zásady slušnosti a spravedlnost prosazované v římském právu navazovaly na řecké učení. O. Sommer uvádí, že ohniskem vlivu řecké vzdělanosti byl dům Scipiona ml.³⁹¹, kde žil i na čas řecký filozof Panaitios.³⁹² V návaznosti na užívání principu *bonae fidei* Q. Muciem Scaevolou³⁹³ (viz *bona fides*) zavedl jeho žák C. Aquilius Gallus³⁹⁴ do prétorského alba formulu *de dolo* jako prostředek prosazující prétorskou ekvitu. Jejím cílem bylo omezovat formalismus *ius civile*. Na něj z hlediska výkladu *ius civile* navázal jeho žák Servius Sulpicius Rufus³⁹⁵, tak jak nám uvádí Cicero ve svém díle O řečníku³⁹⁶: *nec vero silebitur admirabilis quaedam et incredibilis ac paena divine eius in legibus interpretandis, aequitate explicanda scientia. – Ita ea quae*

³⁸⁸ Aby prétor říkal právo podle svého ediktu.

³⁸⁹ Věčný edikt, každý prétor vydával na počátku svého úředního období edikt.

³⁹⁰ Sommer, O.: Prameny soukromého práva římského. Str. 65.

³⁹¹ *Publius Cornelius Scipio Aemilianus Africanus Minor Numantius* narodil se na přelomu r. 185 a 184 př. n. l. a zemřel v r. 129 př. n. l, za třetí punské války vedl expedici v Africe, obléhal Kartágo a v r. 146 jej také dobyl, byl vojensky velmi aktivní a měl významné předky, byl velkým ctitelem helénistické kultury, stál na straně nobility, postavil se proti agrárním reformám bratří Gracchů a zastavil práci agrární komise senátu, krátce na to jej našli mrtvého.

³⁹² Filozof z Rhodu se narodil asi r. 185 př. n. l. a umřel na začátku prvního st. př. n. l., významný představitel přední stoy, byl Ciceronovy vzorem pro jeho dílo *De Officiis*, přišel okolo r. 164 př. n. l. do Říma a stal se členem helénistického kroužku římské aristokracie, který se soustředil kolem Scipiona. Velmi se inspiroval Aristotelem a Platónem, odmítal ale na rozdíl od ortodoxního stoicismu víru ve věštbu, popíral nesmrtelnost duše a vzdal se učení o světovém požáru.

³⁹³ Učitel Ciceronův, významný římský právník, konsul r. 117 př. n. l.

³⁹⁴ V r. 66 př. n. l. byl prétozem, patřil do třídy jezdců.

³⁹⁵ Římský řečník a právník, který žil v letech 106 – 103 př. n. l., studoval rétoriku s Ciceronem a doprovázel jej i r. 78 př. n. l. na Rhodos, často je citován v Pandektech, v r. 51 př. n. l. byl konsulem a v r. 46 př. n. l. byl prokonsulem v oblasti Achaie, jelikož se nepovažoval za tak dobrého v rétorice jako Cicero, vzdal tuto oblast.

³⁹⁶ Cic. Or. Phil. c. IX., 5, 10: Sommer, O.: Prameny soukromého práva římského. Str. 74.

*proficiscebantur a legibus et ab iure civil semper ad facilitate aequitatemque referebat, neque instituere litium actiones malebat controversias tollere.*³⁹⁷

Aequita se nám rozvíjí nejen v rukou přetora v mnohých z institutů přetorského práva, ale zároveň ji využívají římsští právníci, vykladači práva, kteří výše uvedenou známou maximu o tom, že právo je umění dobrého a spravedlivého, vykládají jako umění nalézt z pokladů daného právem spravedlivé řešení.³⁹⁸ Právníci tak ekvitu v rámci interpretace práva v oblasti práva honorárního využívají zejména prostřednictvím analogie. Zásada ekvity se v tomto interpretačním duchu zachovala i za doby *cognitio extra ordinem*³⁹⁹, a to v podobě respons. Jak ale O. Sommer ještě dodává⁴⁰⁰, takového rozhodování nespočívalo ve volném nalézání práva, nýbrž v přísném metodickém postupu. Rozhodnutí samotných právníků i v případech, ve kterých přinášela něco nového, nebyla vnímána jako něco zcela nového, ba zcela nově objeveného, ale pouze jako důsledné domyšlení již existujících právních zásad anebo jako rozvíjení myšlenek v právu již obsažených. Dalším případem mohla být sice myšlenka nová směřující k budoucímu vývoji, ale ta vždy vycházela z dosavadního práva a objevovaly se v různé míře novosti v responsích právníků. Je až neuvěřitelné, jak vázaně římské právo fungovalo, když si uvědomíme, že se aplikovalo přísně kazuisticky. Je tedy naprosto trefná myšlenka O. Sommera, kterou ve svých Pramenech⁴⁰¹ shrnuje do věty „římsští právníci sloužili aequitě, používajíce přesné juristické metody“.

Zajímavé je vidět, že právě tento vývoj založený na shrnutí kazuistiky římskými právníky a vytvoření systému pružně se vyvíjejícího římského práva v návaznosti na kazuistiku (i v literatuře) vedl k vytvoření závaznosti názorů jednotlivých právníků, kteří byli v dalším období považováni za autority a jejich stanoviska v jednotlivých případech tvořily sbírky římského práva (nejznámějším příkladem mohou být Digesta, Codex Theodesiánův apod.). Právníci z období principátu se tak stali vlastně autory

³⁹⁷ Ani tam nebude nezaznamenán obdivuhodně a neuvěřitelně při výkladu zákona a jeho božského trestu, při výkladu vědy spravedlností – tak že to co začalo ze zákonů či z práva civilního, ke kterým se vztáhlo se spravedlností, ani nemohl podat žalobu ze sporu.

³⁹⁸ Sommer, O.: Prameny soukromého práva římského. Str. 89.

³⁹⁹ Úřednický proces ovládající procesní právo zejména za období principátu a počátku dominátu. Jeho podstata spočívá v tom, že je veden úředníkem a chybí rozdělení na fáze *in iure* a *apud iudicem*;

⁴⁰⁰ Sommer, O.: Prameny soukromého práva římského. Str. 89.

⁴⁰¹ Sommer, O.: Prameny soukromého práva římského. Str. 90.

klasické římské jurisprudence a sami bývali označováni klasickými právníky. Během svého působení tak vytvořili takové množství práva, že z něj pak žilo římské právo po všechna další století své existence a aplikace.

Princip ekvity se rovněž v procesním právu projevoval v nástroji znemožňujícím šikanózní výkon práva, a to v podobě pokut a postihů za neospravedlněné vedení soudního sporu (*poenae temere litigantium*).⁴⁰² Tyto pokuty se týkají jak osoby žalobce, tak i osoby žalované, mají preventivní charakter a postihuje se jimi jednání protiprávní (*calumnia*) nebo svévolné (*temere litigare*), jak uvádí Instituce⁴⁰³: *Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos qui iura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod et nobis studio est. idque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium quam eorum cum quibus agitur, modo pecuniaria poena, modo iurisiurandi religione, modo metu infamiae coercetur.*⁴⁰⁴

Historicky v rámci procesního řízení můžeme jako první náznak těchto sledovat typ legisakčního řízení *legisactio per sacramentum*⁴⁰⁵, kde právě ono *sacramentum*⁴⁰⁶ byla částka, kterou strana vkládala jako potvrzení svých tvrzení při vedení sporu, s dalším vývojem nám ji spojuje výslovně i sám Gaius⁴⁰⁷: *Sacramenti actio generalis erat. de quibus enim rebus ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur: eaque actio proinde periculosa erat falsi ***** atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus,*

⁴⁰² Procesní újmy.

⁴⁰³ I 4,16 pr. Obdobně Gai. Inst. 4,171.

⁴⁰⁴ Musíme ještě poukázat na to, že ti, kteří byli odpovědní za výkon práva, vynaložili velkou péči, aby odradili lid od lehkomyšlného podávání žalob. Toto je rovněž naší snahou. A tohoto cíle lze nejlépe dosáhnout tak, že svévůli žalobců, stejně jako žalovaných, je možné udržet na uzdě buď pokutou, nebo bohabojným strachem před přísahou, nebo obavnou ze ztráty cti.

⁴⁰⁵ Legisakční řízení je nejstarší uznávané soudní řízení na území Římské říše. Jeho hlavní doba fungování byla za období římské republiky do jejího konce. Jeho specifikem byl princip uvedený v následující zásadě „*nulla legis actio sine lege*“, tzn. není žaloby bez zákona. Legisakční řízení bylo stnulým typem soudního řízení, které stálo na přesně stanovených formulacích a formalismech, žalovat se smělo pouze porušení práv, které byly výslovně chráněny v zákonech. Jedním z jeho typů bylo právě legisakční řízení *per sacramentum*, které bylo velmi obecné. V tomto řízení šlo žalovat všechny sporné záležitosti, které legisakční řízení připouštělo řešit a jeho charakteristickým znakem bylo, že samotné řízení se jakoby potlačovalo ve prospěch sázky stran, a to v podobě sacramenta.

⁴⁰⁶ *Sacramentum, -i, n.*: peněžitá suma, záruka, kterou skládaly obě strany v soudním řízení (a to na posv. místě), přeneseně pak i spor, proces, vojenská služba,... (Pražák, Novotný, Sedláček str. 1092).

⁴⁰⁷ Gai. Inst. 4,13.

*si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat. nam qui uictus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine; eaque in publicum cedebat praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit aduersarii, qui uicerit.*⁴⁰⁸

Podstatné zejména na konci uvedeného fragmentu z Gaiových institucí je právě Gaiovo odlišení, že v době legisakčního řízení *sacramentum iniustum* připadalo státu, zatím co již za jeho dob a jak i vidíme v dalším textu, tak pokuta pak již mohla propadnout pouze žalobci či žalovanému, tedy stranám, které vedly proces, nikoli již ale státu. *Sacramentum* zastávala roli jakési sázky.⁴⁰⁹ Samotný spor byl totiž potom veden hlavně jako spor o tuto sázku. Rozsouzení samotného případu se tak *de facto* dostávala až na „druhou kolej“. Strana, která spor vyhrála, získávala vloženou částku zpět (*sacramentum iustum*) a strana, která spor prohrála, částku ztratila a tato částka ve formě pokuty, prohrané sázky, připadala státu pro neoprávněné vedení sporu (*cuius sacramentum iniustum*⁴¹⁰). Podle toho byl rozsouzen i původní právní spor. *Sacramentum* bylo odstupňováno do dvou výší podle hodnoty sporu, a to ve sporech, kde hodnota sporu nepřevyšovala 1000 assů⁴¹¹ činila 50 assů, ve sporech vyšších pak

⁴⁰⁸ „*Actio sacramento*“ bývala všeobecná: neboť v těch případech, kdy zákon nestanovil, aby se žalovalo jinak, žalovalo se pomocí „*actio sacramenti*“. A při nepravdivém tvrzení bývala ta žaloba právě tak nebezpečná, jako je dneska nebezpečná „*actio certae creditae pecuniae*“, (a to) vzhledem ke sponsi, která ohrožuje žalovaného, jestli bezdůvodně zapírá, a vzhledem k restipulaci, která ohrožuje žalobce, jestli vymáhá něco, co dluženo není. Ten totiž, kdo (ve sporu) podlehl, platíval vsazenou částku (tzv. *sacramentum*) jako pokutu a ta (částka) připadala státu, a (proto) se pro ni zřizovaly záruky prétorovi: ne (tedy tak) jako dneska, kdy pokuta ze sponse a restipulace připadá jako zisk odpůrci, který by vyhrál.

⁴⁰⁹ Dle J. Vážného (Vážný, J.: Římský proces civilní str. 18) původně *sacramentum* bývalo pouze přísahou.

⁴¹⁰ Jehož sázka byla neoprávněná.

⁴¹¹ V nejstarších dobách tak, jako snad ve většině kultur, fungoval směnný ochod, a nejinak tomu bylo už v Římě. Díky vyspělému právnímu stavu (zde se hned objevuje např. formule *per aes et libram*) a rozsudkům na peněžitou sumu, byly v Římě používány měděné destičky (o určené váze) a označené obrazem berana, býka, orla, koně, ... tzv. *aes signatum*. Opravdová mince jako platidlo se nám datuje od r. 335 př. n. l., kdy touto jednotkou byl právě as, který byl vylitý z bronzu a měl váhu jedné libry oskické (273 gr.). Nazýval se *aes grave*. Na rubu těchto mincí byla lodní příď, na lici Ianova hlava na Sasu a hlavy jiných bohů na dílčích kusech). Ass se skládal z 12 uncií, vždy neměl přesně stejnou váhu. Později se v Římě začaly vydávat assy půllibrální, o 30 let později dokonce ass vážící pouhou šestinu libry. Základem pak už ale nebyla libra oskická, ale libra římská. Snižování váhy assu ale nebylo znehodnocováním mince, naopak reagovala na nové hospodářské a majetkové poměry na přelomu třetího a čtvrtého století př. n. l., tedy na potřebu přizpůsobit se řeckým hospodářským obchodním poměrům. Od r. 269 př. n. l. se v Římě začaly razit mince stříbrné, a to denáry (denár rovnal se deseti assům o váze 4,55 g).

činila 500 assů a speciálně ve sporech o svobodu (*favore libertatis, ne orerarentur adsertores*) činila vždy jen 50 assů (ve starších dobách musely strany částku hotově před magistrátem složit, později stačilo poskytnutí rukojmích tzv. *praedes sacramenti*). Pravděpodobně z toho důvodu, že se tyto spory často týkaly otroků resp. propuštěnců či n/emancipovaných dětí, které hájily obvykle *adsertores*, tak že by ani spravedlivě nešlo vyžadovat částku vyšší.

Ve zvláštním interdiktčním řízení⁴¹² *per sponsionem*⁴¹³ stejnou roli zastávala *summa sponsionis* a *restipulationis* a obdobně při *actiones certae creditae pecuniae* a *actiones de pecunia constituta* peněžítá částka slíbená *sponsione et restipulatione tertiae*⁴¹⁴ nebo *dimidae partis*.⁴¹⁵ *Summa sponsione et restipulationes* byla tak podle textů Gaiových institucí pokutou za nespravedlivé vedení soudního sporu, a to pokutou procesní, která byla ve výši jedné třetiny (*sponsio et restipulatio tertiae partis* při *actio certe creditae pecuniae*⁴¹⁶), jak uvádí Gaius (i věčný edikt):⁴¹⁷ [.] *pecuniaria*

⁴¹² Prétor mohl vydat svůj rozkaz bez prověřování skutkových okolností. Interdikty se mohly použít pro velmi široké případy a toto řízení jistě fungovalo již i za řízení legisakčního. Teprve v okamžiku, kdy ten, proti komu byl interdikt vydán, neuposlechl jeho příkazu, docházelo k soudnímu řízení. Interdikty jsou shrnuty v prvním dodatku k Hadriánovu ediktu. Jejich hlavní výhodou bylo, že byly nástroji, které mohly zajistit co nejrychleji a neúčinněji pořádek (*quieta non movere*). To potvrzuje i Gaius 4,139: *Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controuersis interponit. quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. formulae autem et uerborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretae uocantur*. Ve snaze ukončit rozepře, zasahuje tedy v určitých případech prétor nebo prokonsul autoritativně svou mocí úřední. Nejčastěji to dělá tehdy, když mezi nějakými (osobami) vznikne spor o držbu či vztah, držbě podobný (*quasi possessio*). A úhrnem vzato, buď příkazuje, aby se něco stalo, anebo zakazuje, aby se něco stalo. Formule a slovní vyjádření, kterých při tom používá, nazývají se interdikt, anebo přesněji: interdikt a dekrety.

⁴¹³ Zde se nejedná ani tak o samostatný typ řízení interdiktčního, ale o situaci, kdy ten, proti komu je příkaz směřován, jej neuposlechl anebo není jasné, zdali tak učinil. V této situaci pak buď ten, kdo o příkaz požádal, může na druhém vyžádat slib (*sponsio*), že pokud spor prohraje, zaplatí mu pokutu, a naopak druhá strana mohla požadovat opačně pokutu restipulací.

⁴¹⁴ Slibem a vzájemným slibem na třetinu.

⁴¹⁵ Na poloviční část.

⁴¹⁶ Opovázlivost (procesních stran), jak žalobců, tak žalovaných, krotí se někdy peněžitým trestem, jindy posvátností přísahy, jindy strachem z bezectnosti. . . . proti zapírajícím se v některých případech propouští žaloba na dvojnásobek, například žaluje-li se pomocí žaloby z rozsudku (*actio iudicati*), anebo pomocí *actio depensi*, anebo z protiprávně způsobné škody či z titulu odkazů, zastavených damnační formou. V některých případech se povoluje uzavření sponse, například při žalobě na určitou sumu zapůjčených peněz (*actio certae creditae pecuniae*) a při žalobě ze slibu, že zapůjčené peníze budou vráceny v určitý den, (*actio de pecunia constituta*) naproti tomu na jednu polovinu. / Gai. Inst. 4, 13: viz výše (nyní č. 118). Gai. Inst. 4, 174: *Actoris quoque calumnia coeretur modo calumniae*

*poena modo iurisiurandi religione coercen [.]. eaque praetor [.] ideo [.] aduersus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, uelut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur. ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, uelut de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae uero pecuniae partis dimidia⁴¹⁸ či jedné pětiny hodnoty sporu (*sponsio et restipulatio dimidae partis* při *actio de pecunia constituta*⁴¹⁹). Po vynesení rozsudku je v těchto případech mechanismus takový, že pokud prohraje žalovaný, platí žalovanému navíc pokutu ve výši jedné třetiny či jedné pětiny, a naopak pokud prohraje žalobce, musí na základě restipulace žalovanému tuto částku zaplatit.*

Uvažuji dále, že *legisactio per sacramentum* již tou dobou není používáno. Velmi podobnou povahu procesní pokuty měla *summa fructus licitationis*, ke které se v interdiktním řízení *Uti possidetis*⁴²⁰ žalovaný či žalobce zavazoval formou *stipulatione fructuaria*, jak uvádí Gaius⁴²¹: [.] *fructus licitando, is tantisper in possessione constituitur, si modo aduersario suo fructuaria stipulatione cauerit, cuius*

iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione. /Také obmyslu žalobce čelí se jednou řízením kalumniacím, jindy řízením kontrárním, jindy přísahou, jindy (konečně) restipuačí./ Gai. Inst. 4, 180: *Restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet; et quemadmodum contrario iudicio omni modo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis poena omni modo damnatur actor, si uincere non potuerit.* /Také pokuta z restipulace bývá praktikována jen v určitých případech. A právě tak, jako je při kontrárním řízení žalobce odsuzován vždycky, když nedovede spor k vítěznému konci, aniž se zjišťovala, zda věděl, že nežaluje po právu, tak je také k pokutě z restipulace odsuzován vždy žalobce, který nebyl schopný ve sporu vyhrát. / Gai. Inst. 4, 181: *Qui autem restipulationis poenam patitur, ei neque calumniae iudicium opponitur neque iurisiurandi religio iniungitur; nam contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est.* / Proti tomu však, kdo je vystaven (nebezpečí) pokuty z restipulace, nezavádí se ani řízení kalumniací, ani mu není ukládána posvátnost přísahy; že pak kontrární řízení nemá v těchto případech místo, je zjevné/.

⁴¹⁷ §95 Lenel, edikt, formule: IUDEX ESTO S. P. N – apostrof nahoře Gai. Inst. 4,171.

⁴¹⁸ Opovážlivost (procesních stran), jak žalobců, tak žalovaných, krotí se někdy peněžitým trestem, jindy posvátností přísahy, jindy strachem z bezectnosti . . . proti zapírajícím se v některých případech propouští žaloba na dvojnásobek, například žaluje-li se pomocí žaloby z rozsudku (*actio iudicati*), anebo pomocí *actio depensi*, anebo z protiprávně způsobné škody či z titulu odkazů, zastavených damnační formou. V některých případech se povoluje uzavření sponse, například při žalobě na určitou sumu zapůjčených peněz (*actio certae creditae pecuniae*) a při žalobě ze slibu, že zapůjčené peníze budou vráceny v určitý den (*actio de pecunia constituta*) naproti tomu na jednu polovinu. // poznámka pod čarou je shodná s poznámkou pod čarou č. 411

⁴¹⁹ §97 Lenel, věčný edikt.

⁴²⁰ Interdiktum zakazující násilné rušení držby (*ne sine vitio possidenti vis fiat*).

⁴²¹ Gai. Inst. 4,166.

*uis et potestas haec est, ut si contra eum de possessione pronuntiatum fuerit, eam summam aduersario soluat. haec autem licendi contentio fructus licitatio uocatur, scilicet quia [. vv. 1 1/2] postea alter alterum sponsione prouocat, quod aduersus edictum praetoris possidenti sibi uis facta sit, et inuicem ambo restipulantur aduersus sponsionem: [.] una inter eos sponsio itemque restipulatio una [.] ad eam fit. [. vv. 2 1/2].*⁴²²

Pokud se zaměříme pouze na pokuty, jež mohly postihnout žalobce, můžeme rozlišovat dvě skupiny těchto, a to:

- 1) žalovaný mohl pravděpodobně v řízení *in iure* podat proti žalobci *iudicium calumniae decimae partis*, což dokladuje Gaius na několika místech⁴²³:
*Namque si arbitrum postulauerit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui uel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit et ita absoluitur; quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur. sed et actor sine poena experitur cum eo, quem neque exhibere neque restituere quicquam oportet, praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis. quamquam Proculo placuit non esse permittendum calumniae iudicio uti ei, qui arbitrum postulauerit, quasi hoc ipso confessus uideatur restituere se uel exhibere debere. sed alio iure utimur et recte; potius enim ut modestiore uia litiget, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur*⁴²⁴, dále⁴²⁵: *Liberum est*

⁴²² . . . a ten, kdo by zvítězil při licitaci o plodech, nebude do držby uveden dříve, dokud odpůrci nedá jistotu pomocí „fruktuární stipulace“. Její právní moc a účinnost je taková, že bude-li konečný výrok o držbě znít proti němu, vyplatí ten obnos odpůrci. Sám spor o možnost (nakládat s věcí) se pak nazývá „licitace o plodech“, a sice proto, že (odpůrci) svádějí mezi sebou boj o to, který z nich bude prozatím těžit z věci plody. Potom vyzývá jeden druhého ke sponsi, že mu jako držiteli bylo proti (zákazu) prétorského ediktu učiněno násilí, a oba se proti sponsi navzájem zavazují restipulací. Anebo, vyzval-li druhého ke sponsi jen jeden (z odpůrců), uzavírá se mezi nimi sponse jediná a také restipulace se k ní připojí jen jedna.

⁴²³ Gai. Inst. 4,163.

⁴²⁴ Vyžádá-li si totiž žalovaný arbitra (rozhodčího), dostane takzvanou arbitrární formuli a musí-li podle rozhodnutí soudce něco vrátit anebo předvést, předvede to anebo vrátí bez rizika, a tak bude osvobozen. A jestli to ani nevrátí ani nepředvede, odsuzuje se k náhradě škody. Ale i žalobce nastupuje beztestně na toho, kdo nemá povinnost ani něco předvést, ani něco vrátit, pokud by se mu ovšem namítlo kalumniační řízení na desátý díl (hodnoty sporu). Proculus sice zastával názor, že kalumniační řízení se má zamítnout každému, kdo by si vyžádal arbitra, protože prý již tím se (žalovaný) jaksi přiznává, že povinnost něco vrátit nebo předvést má; ale užíváme (dnes) jiného práva, a je to správně. Neboť každý, kdo žádá o ustanovení arbitra, dělá to spíše proto, aby vedl spor skromnějším způsobem, než proto, že se přiznává.

*autem ei, cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere NON CALVMNIAE CAVSA AGERE*⁴²⁶ a ještě jednou Gaius⁴²⁷: *Qui autem restipulationis poenam patitur, ei neque calumniae iudicium opponitur neque iurisiurandi religio iniungitur; nam contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est.*⁴²⁸ Žaloba pak zní na pokutu ve výši jedné desetiny hodnoty předmětu sporu, což potvrzují dva Gaiovy fragmenty⁴²⁹: *Seuerior autem coercitio est per contrarium iudicium. nam calumniae iudicio X. partis nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed uexandi aduersarii gratia actionem instituit potiusque ex iudicis errore uel iniquitate uictoriam sperat quam ex causa ueritatis. calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. contrario uero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere.*⁴³⁰ A proti adsertovi do výše jedné třetiny hodnoty předmětu sporu, s tím, že nezbytným předpokladem pro její uložení bylo, že v soudním řízení bylo rozhodnuto v neprospěch žalobce, popř., že žalobce podal žalobu *calumniosae*, pak ale od soudního řízení odstoupil. Pokud se ale žalobce k pokutě zavázal restipulací, pak už se tato nepoužila, jak dokládá i výše uvedený Gaiův fragment.⁴³¹ Restipulace tak byla obecnější a používanější formou.

- 2) v konkrétních vyjmenovaných případech mohl žalovaný již při prvním jednání *in iure* podat *iudicium contrarium*, a to i v případě, že žalobce

⁴²⁵ Gai. Inst. 4,176.

⁴²⁶ Žalovanému je však ponecháno na vůli, zda namítne kalumniací řízení, anebo zda bude (od žalobce) vymáhat přísahu, že nežaluje obmyslně.

⁴²⁷ Gai. Inst. 4, 181.

⁴²⁸ Proti tomu však, kdo je vystaven (nebezpečí) pokuty z restipulace, nezavádí se ani řízení kalumniační, ani mu není ukládána posvátnost přísahy; že pak kontrární řízení v těchto případech nemá místo, je zjevné.

⁴²⁹ Gai. Inst. 4,174 viz výše, Gai. Inst. 4, 178.

⁴³⁰ Postih při řízení kontrárním je však přísnější. Neboť při kalumniacím řízení na desátý díl je odsuzován pouze ten, kdo ví, že nežaluje po právu, ale vznáší žalobu proto, aby způsobil odpůrci nesnáze, a spoléhá na to, že vyhraje spíše mylným či nespravedlivým výrokem soudce, než spravedlností nároku. Obmysl (*calumnia*) předpokládá totiž zlou vůli, právě tak jako zločin krádeže. Při řízení kontrárním je naproti tomu žalobce, který nedovede spor k vítěznému konci, odsuzován za všech okolností, i kdyby, sveden nějakou domněnkou, měl za to, že žaluje po právu.

⁴³¹ Gai. Inst. 4,181 viz výše.

nejednal *calumniosae* a byl si jistý, že jedná spravedlivě, na základě svého práva⁴³², tedy podle ekvity. Pokutu ve výši jedné desetiny hodnoty předmětu sporu pak mohl požadovat žalovaný v případě, kdy proti němu byla podána *actio iniurarum*, jak potvrzuje Gaius⁴³³: *Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur, uelut si iniuriarum agatur et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur uentris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse, et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse. sed aduersus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur, aduersus uero duas istas quintae.*⁴³⁴ Ve výši jedné pětiny hodnoty pak v případech, kdy *actio* byla podána proti ženě, která byla *uentris nomine in possessionem missa*⁴³⁵ jak uvádí Věčný edikt v §119⁴³⁶: *Si uentris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur*⁴³⁷, *Hoc edicto rectissime praetor prospexit, ne, dum in favorem partus possessionem polliceatur, aliis praedae occasionem praebeat*⁴³⁸: *Idcirco constituit actionem in mulierem, quae in alium hanc possessionem dolo malo transtulit. non solum mulierem praetor coercet, verum eum quoque in cuius potestate ea fuerit, scilicet si dolo ipsorum alius in possessionem fuerit admissus, actionemque in tantum pollicetur in eos, quanti interfuit eius qui experitur*⁴³⁹ a *Necessario praetor adiecit, ut, qui per*

⁴³² Gai. Inst. 4,178: viz výše.

⁴³³ §197 O. Lenel, edikt, Gai. Inst. 4,177.

⁴³⁴ Kontrární řízení zavádí se pak (jen) z určitých důvodů: například žaluje-li se pro urážku na cti, také žaluje-li se žena z toho titulu, že prý vzhledem k těhotenství byla uvedena v držbu a ve zlém úmyslu převedla držbu na někoho jiného, také žaluje-li někdo z toho titulu, že prý mu byla přetorem přiřčena držba, ale někým jiným k ní nebyl připuštěn. Proti žalobě z urážky na cti povoluje se (kontrární řízení) na desátý díl (hodnoty sporu), proti dvěma dalším naproti tomu na pátý díl.

⁴³⁵ Těhotná žena uvedená do držby.

⁴³⁶ Lenel, O.: Das Edictum Perpetuum. Str. 250-251. §119: D. 25, 5. Stejně tak výše uvedený fragment Gai. Inst. 4,17.

⁴³⁷ D 25,5,0: je tak řečeno k převodu, jestliže těhotná žena byla zlým úmyslem uvedena do držby.

⁴³⁸ Ulp. D 25,5,1pr.: Prétor řádně poskytl tímto ediktem, že držba, kterou slibuje ve prospěch nenarozeného dítěte, neměla by být příležitostí pro drancování ostatních.

⁴³⁹ Ulp. D 25, 5, 1, 1: On (prétor), proto ustanovuje žalobu proti ženě, která podvodně převedla tuto držbu na jiného. Proto on vykonává nejen svou pravomoc nad ženou, ale nad kýmkoli, pod jehož pravomocí

*dolum venit in possessionem, cogatur decedere*⁴⁴⁰ a v §216⁴⁴¹: *Ait praetor: si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permissu meo eiusue cuius ea iurisdictio fuit, quae mea est, in possessionem bonorum sit, in eum in factum iudicium, quanti ae res erit, ob quam in possessionem missus erit, dabo*⁴⁴², pro úmyslné odebrání držby⁴⁴³ a *actio*, patřící tomu, kdo byl prétozem uveden „*missus in possessionem*“.⁴⁴⁴ V těchto případech bylo možné použít i předchozí *calumniae iudicium*, žalovaný měl na výběr, které z nich si vybere a použije, jak uvádí Gaius⁴⁴⁵: *Vtique autem ex quibus causis contrario iudicio agi potest, etiam calumniae iudicium locum habet; sed alterutro tantum iudicio agere permittitur. qua ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet.*⁴⁴⁶

Na tomto místě je dále potřeba zmínit naopak zase pokuty resp. postihy, které mohly postihnout pouze žalovaného, a to v následujících případech:

1. *lis infitiando crescit in duplum*: žalovaný je odsouzen k dvojnásobku hodnoty předmětu sporu. Tento případ nastává pouze u konkrétních typů žalob, a to právě v případech, kdy pro dlužníka, resp. žalovaného, musela být stanovena přísnější sankce, aby si dobře rozmyslel, zdali takový soudní spor chce podstoupit. Typickým příkladem je de facto řízení exekuční, kdy

může být, to je tedy tak řečeno, že tam kde je jinému dovoleno získat držbu skrze její podvodné jednání, a on (prétoz) slibuje žalobu proti těm k rozšíření zájmů strany, která požádala o soudní řízení.

⁴⁴⁰ Ulp. D 25, 5, 1, 2: Prétoz nutně poznává, že tam kde kdokoli podvodně získal držbu k majetku, mělo by mu být přikázáno se jí vzdát.

⁴⁴¹ Lenel, O.: Das Edictum Perpetuum. Lipsko, Bernhard Tauchnitz, 1883, 455 s. Str. 341. Ulp. D 43,4,1 pr.

⁴⁴² Prétoz říká: „zaručím žalobu *in factum* do částky ve výše hodnoty majetku osoby, která byla uvedena v držbu, proti komukoli, který jedná ve zlém úmyslu zabránit jinému získat kontrolu nad řečeným majetkem povolením, anebo na základě povolení jakéhokoli jiného úředníka s příslušnou soudní pravomocí“

⁴⁴³ Gai. Inst. 4,177 (D 25,5,1 pr. 1.2): viz výše.

⁴⁴⁴ Gai. Inst. 4,177...*et si quis* (D 43,4,1 pr.): viz výše.

⁴⁴⁵ Gai. Inst. 4,179.

⁴⁴⁶ V každém případě má pak z těch důvodů, ze kterých je možno žalovat řízením kontrárním, místo i řízení kalumniační: povoluje se však žalovat jen jednou z těch (forem) řízení. Proto byla-li vyžádána kalumniační přísaha, nesmí se již – právě tak, jako se nepřipouští kalumniační řízení – připustit ani řízení kontrární.

žalovaný byl v řádném soudním řízení odsouzen, a přesto odmítl plnit to, k čemu byl odsouzen. Z hlediska zásady *ne bis in idem*, ale hlavně z hlediska obecné zásady spravedlnosti, by nebylo vůči žalobci spravedlivé, aby znovu podstupoval soudní řízení za standardních podmínek. Proto tedy, tím že už díky nečinnosti žalovaného došlo k nenaplnění soudního rozhodnutí a žalobce je tak musel v novém soudním řízení uplatňovat, měl on jistou výhodu. Lépe je možná říci, že naopak žalovaný měl tu nevýhodu, že pokud se do této situace dostal a nehodlal plnit, pak nové soudní řízení mu šlo k tíži, a pokud byl znovu odsouzen, musel plnit dvojnásobek, k čemuž se vztahují následující fragmenty z Justiniánových Institucí: *Omnes autem actiones vel in simplum conceptae sunt vel in duplum vel in triplum vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur*⁴⁴⁷, *In duplum agimus veluti furti nec manifesti, damni iniuriae ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam casibus: item servi corrupti, quae competit in eum cuius hortatu consiliove servus alienus fugerit aut contumax adversus dominum factus est aut luxuriose vivere coeperit aut denique quolibet modo deterior factus sit (in qua actione etiam earum rerum quas fugiendo servus abstulit aestimatio deducitur): item ex legato quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea quae supra diximus*⁴⁴⁸, ... *item mixta est actio contra eos qui relicta sacrosanctis ecclesiis vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine dare distulerint usque adeo ut etiam in iudicium vocarentur: tunc etenim et ipsam rem vel pecuniam quae relicta est dare compelluntur, et aliud tantum pro poena, et ideo in duplum eius fit condemnatio*⁴⁴⁹, *Sed furti quidem nec manifesti actio, et servi corrupti, a ceteris de quibus simul locuti*

⁴⁴⁷ I 4,6,21: Všechny žaloby zní buď na jednonásobek, nebo na dvojnásobek, nebo na trojnásobek, nebo na čtyřnásobek; na víc nezní ani jedna žaloba.

⁴⁴⁸ I 4,6,23: na dvojnásobek žalujeme například z nezjevné krádeže, z protiprávního poškození věci podle Aquiliova zákona, v některých případech úschovy, stejně jako žalobou ze zkažení otroka, která je namířena proti tomu, z jehož návodu nebo rady cizí otrok uprchl, nebo začal být na svého pána hrubý, nebo začal výstředně žít, anebo se nakonec zkalil nějakým jiným způsobem (tato žaloba zahrnuje také hodnotu věci, které si otrok vzal při svém útěku s sebou); stejně tak se jedná o žalobu z takového odkazu, kterým bylo něco odkázáno ctihodným místům, a to přiměřeně tomu, co již bylo řečeno výše.

⁴⁴⁹ I 4,6,19: Smíšnou žalobou je také žaloba proti těm, kteří se zdráhají plnit majetek zanechaný na základě odkazů nebo fideikomisů nejsvatější církvi anebo jiným ctihodným místům tak dlouho, že dokonce musí být žalováni. Pak totiž budou nuceni plnit nejen odkázané věci nebo peníze, ale stejně tak i pokutu, a z tohoto důvodu bude rozsudek znít na dvojnásobek odkázaného.

*sumus eo differt quod hae actiones omnimodo dupli sunt: at illae, id est damni iniuriae ex lege Aquilia et interdum depositi, infitiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur: sed illa quae de his competit quae relicta venerabilibus locis sunt non solum infitiatione duplicatur, sed et si distulerit relictis solutionem usque quo iussu magistratuum nostrorum conveniatur; in confitentem vero et antequam iussu magistratuum conveniatur solventem simpli redditur.*⁴⁵⁰ Žalobou, která se použila, byla *actio iudicati*.⁴⁵¹

Dalšími případy jsou případy, které historicky vychází z *legis actio per manus iniectioem*⁴⁵², ve kterých *vindex*⁴⁵³ či dlužník na sebe přebírali riziko odsouzení k dvojnásobku v případě, že se nedostaví k soudnímu řízení. Jedná se jmenovitě o *actiones depensi*⁴⁵⁴, *actiones legis Aquiliae*⁴⁵⁵ a *actiones ex*

⁴⁵⁰ I 4, 6, 26: Žaloby z nezjevné krádeže a ze zkažení otroka se odlišují od dalších, o nichž již bylo hovořeno, především v tom, že tyto žaloby zní vždy pouze na dvojnásobek. Naproti tomu žaloba z protiprávně způsobené škody podle Aquiliova zákona, a někdy také žaloba z úschovy, zní na dvojnásobek v případě popírání nároku proti těm, kteří nárok uznali, zní na jednonásobek. Avšak žaloba, která je zaměřena na to, co bylo odkázáno ctihodným místům, zní na dvojnásobek, nejen když dlužník popírá, ale když váhá s plněním tak dlouho, dokud není z příkazu našich úřadů žalován. Proti těm, kteří nárok uznali, a také proti tomu, kdo splnil dříve, než byl z příkazu úřadů žalován, je udělena žaloba na jednonásobek.

⁴⁵¹ Viz výše uvedené fragmenty Gai. Inst. 4,171 a D 1,19,1.2.

⁴⁵² Jde o druh legisakčního řízení, jehož podstatou je personální exekuce vyneseného rozsudku.

⁴⁵³ Ručitel, který ručí za to, že se předvolaný dostaví k soudu a v případě exekuce, že splní rozsudek.

⁴⁵⁴ Poenální žaloba na dvojnásobek. Gai. Inst. 3,127: In eo quoque par omnium causa est, quod si quid pro reo soluerint, eius recipiendi causa habent cum eo mandati iudicium; et hoc amplius sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi. / Postavení všech (rukojmích) je stejné také v tom, že splní-li něco za dlužníka, mají proti němu žalobu ze smlouvy příkazní na vrácení tohoto (plnění). Sponzoři mají nad to podle Publiliova zákona zvláštní žalobu na dvojnásobek, které se říká *actio depensi*. / *Lex Publilia de sponsu*: cca 200 př. n. l., žaloba mohla být podána na dvojnásobek po uplynutí lhůty šesti měsíců (Berger, A.: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia, The American Philosophical Society, 1991 (reprinted), 808 s. ISBN 0-87169-435-2. Str. 343); Gai. Inst. 4, 22: Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectioem in quosdam dederunt, sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non soluisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu aduersus eum, qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset, et denique conplures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt. / (Po vzoru) žaloby z rozsudku zavedly později některé zákony legisakci *per manus iniectioem* (také) z některých důvodů jiných proti některým (dalším osobám): například Publiliův zákon proti tomu, za koho by rukojmí (sponzor) zaplatil dluh a on by ve lhůtě nejbližších šesti měsíců nevrátil rukojmímu peníze, jež za něho byly zaplacený; anebo Furiův zákon o sponsi proti tomu, kdo by na rukojmím vymohl více, jak virilní podíl. A potom zavedly takovou žalobu četné jiné zákony z mnoha důvodů (dalších). / *Lex Furia de sponsu*, (neznámého data, literatura ale uvádí, že je mladší než *Lex Apuleia de sponsu*) proti tomu, kdo jako

testamento de certa re legata per damnationem.⁴⁵⁶ V případech, kdy pochybení dlužníka nespočívá v tomto *infitiatio*⁴⁵⁷, pak i *iudicium* zní pouze na *simplum*, tedy na hodnotu sporného předmětu. K *infitiatio* pak nedocházelo v případech, kdy žalovaný nepopíral právní ani skutkovou podstatu předchozího rozsudku, anebo netvrdil, že splnil plnění podle předchozího rozsudku, ale bránil se případnou námitkou či odkazem na *beneficium comptentiae*⁴⁵⁸, stejně tak je to v případech ostatních uvedených žalob. Jak uvádí L. Heyrovský⁴⁵⁹, stejně tak lze mezi případy litiskrescence počítat žaloby, které však jsou z hlediska své podstaty *actiones in duplum* a postrádají okamžik inficiace, a to: *actio de modo agri*⁴⁶⁰ (zde se

spoluvěřitel zadržoval ostatním věřitelům více, než byl jeho podíl. Je potřeba nezaměňovat z *Lex Furia testamentaria*, která nepovolovala učinit odkaz pro případ smrti vyšší než 1000 assů.

⁴⁵⁵ Žaloby z Aquiliova zákona, tedy zákona *Lex Aquilia de damno*, který stanovil předpoklady vzniku odpovědnosti za způsobenou škodu, byl vydán r. 286 př. n. l. na návrh tribuna lidu *Aquilia*; Gai. Inst. 3,216: *Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id cauere non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege aduersus infitiantem in duplum agitur.* /Je zřejmé, že také touto částí zákona se zavádí žaloba na náhradu škody. Ale zajišťovat to (zvláště) nebylo nutné, protože žaloba ze smlouvy příkazní v této záležitosti postačí. Podle Aquiliova zákona je ovšem zapírající odpůrce žalován na dvojnásobek. /; I 4,6,19.26: viz výše; Gaius D 9,2,2,1. *Et infra deinde cavetur, ut aduersus infitiantem in duplum actio esset.* /A pak zákon dále stanoví, že žaloba na dvojnásobnou náhradu škody může být podána proti osobě, která popírá./; Ulp. D 9,3,1,4: *Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est. nec adicitur culpa mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget.* / Tato žaloba *in factum* je zaručena proti straně, která byla v domě v době, kdy něco bylo zvrženo či vylito, a ne proti majiteli domu, protože vina se váže k prvně jmenovanému. Zmínka na nedbalost nebo to, že žalovaný popírá, že by daná skutečnost nastala, z důvodu ověření žaloby na dvojnásobek škody, ačkoli obě z těchto záležitostí upravují dobře možnost podat žalobu pro protiprávní poškození/.

⁴⁵⁶ Žaloba na poskytnutí plnění přikázaného dědici v závěti. Gai. Inst. 2,282: *Item si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur; fideicommissi uero nomine semper in simplum persecutio est.* /Také (toto): popírá-li dědic odkaz, zůstavený *per damnationem*, zní žaloba proti němu na dvojnásobek; z titulu fideikomisu se však vždycky vymáhá jen obnos jednoduchý/.

⁴⁵⁷ Odmítnutí žalobcova požadavku, žalovaný, který po čase na rozmyšlenou odmítl žalobcův požadavek, přes to, že věděl, že žalobce je v právu, byl přiveden k odpovědnosti tak, že byl odsouzen k dvojnásobku. (Berger, A.: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Str. 501)

⁴⁵⁸ Dobrodiní dlužníka, např. v případě, kdy dlužník namítal, že uznává dluh, ale že dlužná částka je nižší, než kterou uvádí žalobce.

⁴⁵⁹ Heyrovský, L.: *Římský civilní proces*. Str. 268 pozn. 8.

⁴⁶⁰ Jestliže je vlastnické právo k pozemku převedeno mancipací a později se prokáže, že nemohlo být převedeno vlastnické právo k celé části, má nový vlastník právo žalovat na dvojnásobek části, která převedena nebyla (Berger, A.: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Str. 342)

pravděpodobně jedná o interpolaci), *actio auctoritatis*⁴⁶¹ a *actio depositi ex lege XII tab.*⁴⁶² a *depositum miserabile*.⁴⁶³ Ještě jedním atypickým příkladem je situace *actio redhibitoria*⁴⁶⁴, kdy v případě, když žalovaný nesplnil *arbitrium de restituendo*⁴⁶⁵, mohl být také odsouzen k dvojnásobku.

2. *interrogatio in iure facta*⁴⁶⁶: pokud dědic, které byl dědicem *ex parte*⁴⁶⁷ na otázku, která mu byla položena pozůstalostním věřitelem *in iure* (*interrogatio an heres vel quota ex parte sit*⁴⁶⁸) neodpověděl (*omnino non*

⁴⁶¹ Stejně *actio de auctoritate*; jde o žalobu, kterou mohl použít vlastník věci (kupující) proti původnímu majiteli (prodávající) v případě mancipačních věcí, který mu jejich převodem zaručil, že je jejich kviritským vlastníkem a ručil tak po dobu dvou let u věcí nemovitých a jednoho roku u ostatních věcí, pokud se ale objevil pravý vlastník a tento tak věc musel vydat, měl právo žalovat na dvojnásobek kupní ceny prodávajícího (Berger, A.: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Str. 341).

⁴⁶² Žaloba z úschovy podle Zákoníku dvanácti desek.

⁴⁶³ Z hlediska klasického práva se jedná o tzv. *depositum miserabile* tzn., jde o situaci, kdy došlo k zpronevěře či poškození věci, uschované v tísni a uschovatel má pak právo žalovat na dvojnásobek. Tento případ byl znám již za Zákoníku dvanácti desek (z toho i název žaloby vychází), následně ale v praetorském ediktu na tuto situaci myšleno nebylo, a proto se objevuje jako zvláštní typ *deposita*, jak uvádí Sommer, O.: *Učebnice soukromého práva římského*, II. díl *Právo majetkové*, II. nezměněné vydání. Praha, Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, 356 s. Str. 84. K tomu se vztahuje výše uvedený fragment z Institucí I 4,6,23.26 a fragment z Digest D 16,3,1,1: Ulpianus 30 ad ed. *Praetor ait: "quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo."*; Coll. 10,7,11: *ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.* / V rámci žalob z úschovy tam, kde zákon dvanácti desek umožňuje nárok na dvojnásobnou hodnotu úschovy, kde věc řeší prétorův edikt, zde je žaloba pouze na hodnotu sporu. Jedná se o žalobu z kupní smlouvy, která spočívala v tom, že prétor nařídil restituci, s tím, že kupující měl vrátit věc i s jejími případnými plody a prodávající měl vrátit kupní cenu, pokud však kupec restituci splnil, ale prodávající odmítl vrátit cenu, zněla *actio na simplum*, ale v případě, kdy věc byla předána tradicí a jako ručení byla sjednána *stipulatio duplae*, zněla *actio na duplum*.

⁴⁶⁴ Jedná se o žalobu z kupní smlouvy, která spočívala v tom, že prétor nařídil restituci s tím, že kupující měl vrátit věc i s jejími případnými plody a prodávající měl vrátit kupní cenu, pokud však kupec restituci splnil, ale prodávající odmítl vrátit cenu, zněla *actio na simplum*, ale v případě, kdy věc byla předána tradicí a jako ručení byla sjednána *stipulatio duplae*, zněla *actio na duplum*.

⁴⁶⁵ Řízení o navrácení do původního stavu.

⁴⁶⁶ Otázky na skutečný stav, Heyrovský, L.: *Římský civilní proces*. Str. 249 – 250, Sommer, O.: *Učebnice soukromého práva římského*. I. díl. Str. 124, Vážný, J.: *Římský proces civilní*. Str. 106.

⁴⁶⁷ Dědic části pozůstalosti.

⁴⁶⁸ Otázka, zda je dědicem a z jaké části, Edikt §53: Callistratus D 11, 1, 1pr.: *Totiens heres in iure interrogandus est, qua ex parte heres sit, quotiens adversus eum actio instituitur et dubitat actor, qua ex parte is, cum quo agere velit, heres sit. est autem interrogatio tunc necessaria, cum in personam sit actio et ita, si certum petetur, ne, dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres exstiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat.* /Dědic by měl být na soudě dotázán ve vztahu k odkázanému majetku, které části je on dědicem, kdykoli je žaloba vznesena proti němu a žalobce má

*respondit*⁴⁶⁹), či popřel, že je jeho dědicem anebo uvedl, že je dědicem menším podílem, bylo proti němu ediktem přislíbeno *iudicum in solidum*, jako kdyby byl *heres ex asse*⁴⁷⁰, jak například uvádí Ulpianus⁴⁷¹: *Si, cum esset quis ex semisse heres, dixerit se ex quadrante, mendacii hanc poenam feret, quod in solidum convenitur: non enim debuit mentiri, dum se minoris portionis heredem adseverat. interdum tamen iusta ratione potest opinari esse heredem ex minore parte: quid enim, si nescit sibi partem adcrevisse vel ex incerta parte fuit institutus? cur ei responsum noceat?*⁴⁷² Toto iudicium bylo označováno také *iudicium ex falsa responsione*⁴⁷³ (na rozdíl od *iudicia ex responsione*, které spočívalo pouze v tom, že věřitel jím vymáhal zaplacení dlužné částky v tom rozsahu, v jakém se dotazovaná k dědictví přiznal, přesto, že dědicem nebyl). Dalším případem byl případ noxálního ručení, kdy pokud dotazovaný poručník tvrdil nepravdivě na tom, že viníka nemá ve své moci (v případech *actio noxali*⁴⁷⁴ a *actio de pauperie*⁴⁷⁵), bylo proti němu následně povoleno *iudicium sine noxae deditioe*⁴⁷⁶ (a to jak

pochybnosti, do jaké části je osoba, kterou má v úmyslu žalovat, dědicem. Vyšetřování je nezbytné kdekoli, kde se jedná o žalobu osobní, tam kde je žaloba podána o určitou částku, jako tam, kde je jinak žalobce neznalý části majetku, která byla odkázána protistraně jako dědici, občas může žádat více a pak utrpět ztráty // Ulp. D 11, 1, 6, 1: *Interdum interrogatus quis, an heres sit, non cogitur respondere, ut puta si controversiam hereditatis ab alio patiat: et ita divus hadrianus constituit, ne aut negando se heredem praeiudicet sibi aut dicendo heredem illigetur etiam ablata sibi hereditate.* / Občas ale není tázaná osoba povinna odpovědět, zdali je dědicem, tak jako v situaci, kdy je žalována jiným a majetek je předmětem sporu (to bylo určeno božským Hadriánem); protože když popíral, že by byl dědicem, mohl by tak ovlivnit svůj případ; anebo jestliže tvrdil, že byl dědicem v takovém rozsahu, že byl zbaven majetku. //

⁴⁶⁹ Celkově neodpověděl.

⁴⁷⁰ Dědic podle závěti, kterému byl odkázán veškerý majetek zůstavitele.

⁴⁷¹ Ulp. D 11,1,11,3. Obdobně výše uvedený fragment D 11,1,18.

⁴⁷² V situaci, kdy kdokoli, kdo je dědicem z poloviny, tvrdí, že je dědicem ze čtvrtiny, utrpí pokutu za svoji lež, a tak řečeno, může být žalován pro částku rovnajícímu se celému dědictví proto, aby nemohl lhát, že je dědicem menším podílem.

⁴⁷³ Žaloba na základě nepravdivé odpovědi.

⁴⁷⁴ Žaloby proti majitelům osob jim podřízeným a pro delikty jimi spáchanými.

⁴⁷⁵ Žaloba proti majiteli zvířete, které způsobilo škodu.

⁴⁷⁶ Žaloba proti majiteli osoby jemu podřízené, která spáchala delikt, ale majitel popře, že osobu má fakticky nebo právně ve své moci (stejný případ se zvířetem, které způsobilo škodu); toto potvrzují následující fragmenty: Ulp. D 9,4,21,2: *Praetor ait: "si is in cuius potestate esse dicitur negabit se in sua potestate servum habere: utrum actor volet, vel deierare iubebo in potestate sua non esse neque se dolo malo fecisse, quo minus esset, vel iudicium dabo sine noxae deditioe."* /Prétor říká „že ten,

v případě, kdy nepravdivě tvrdil, že jej fakticky nemá ve své moci, tak i samostatně v případech, kdy tvrdil, že jej nemá právně ve své moci). Otázka zde zněla, zdali jej má fakticky ve své moci (*interrogatio an eius sit*⁴⁷⁷) či zdali jej má právně ve své moci (*interrogatio an eum in potestate habeat*⁴⁷⁸). Analogickou podobnost lze pozorovat v případě *actio aquae pluviae arcendae*⁴⁷⁹, kdy v případě, že majitel ohrožujícího stavení či pozemku popřel své vlastnictví, přecházelo jeho vlastnictví na dotazujícího se (popř. k dané části⁴⁸⁰). Interogace sloužila k tomu, aby byly zjištěny všechny

kdo má ve své moci řečeného otroka, odmítne, že jej ve své moci má, můžu mu také nařídit, aby přísahal, že otrok není v jeho moci, anebo že není ani maličko srozuměn s tím, že by v jeho moci mohl být, anebo zaručím žalobu na poskytnutí náhrady, podle toho, co si žalobce přeje. / Paul. D 50,16,215: *"potestatis" verbo plura significantur: in persona magistratum imperium: in persona liberorum patria potestas: in persona servi dominium. at cum agimus de noxae deditioe cum eo qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus. in lege atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, sabinus et cassius aiunt.* / Slovo „moc“ má několik významů: ve vztahu k úředníkům znamená jejich pravomoc, ve vztahu k dětem znamená otcovskou moc a ve vztahu k otrokům znamená moc jejich pána. Ale když podáme žalobu o předání otroka jako odškodnění za náhradu jím spáchanou, proti pánovi, který jej nebrání, míníme tím tělo otroka a moc nad ním. Sabinus a Cassius říkají, že podle zákona Atiniova je považováno, že zcizený majetek přechází do moci pána, jestliže má moc jej navrátit. A podobně další fragmenty již jen výčtem: Paul. D 2,9,2,1; D 9,4,21,3 Ulp. D 47,2,17,3; Alfenu D 9,1,5 2 a fragment u *actio de pauperie*: Ulp. D 11,1,7 *Si quis in iure interrogatus, an quadrupes quae pauperiem fecit eius sit, responderit, tenetur.* / Pokud je někdo vyslýchán u soudu, zda dobytčata, která se dopustí poškození, patří jemu, a on odpoví, že ano, bude za to odpovědný. / O. Lenel, O.: Das Edictum Perpetuum, edikt §58, str. 124-129.

⁴⁷⁷ Otázka, zdali jej má fakticky ve své moci.

⁴⁷⁸ Otázka, zdali jej má právně ve své moci.

⁴⁷⁹ Žaloba na změnu odtoku vody; Ulp. D 39, 3, 1pr. *Si cui aqua pluvia damnum dabit, actione aquae pluviae arcendae avertetur aqua. aquam pluviam dicimus, quae de caelo cadit atque imbre excrescit, sive per se haec aqua caelestis noceat, ut tubero ait, sive cum alia mixta sit.* / Tato žaloba může být podána dříve, než se stala škoda, na základě toho, že škoda je vnímána. Tu bude možné vnímat, kdykoli bude mít možnost voda skrze lidské jednání spáchat škodu, řečeno tedy, kdykoli kdokoli udělá cokoli, co bude mít za příčinu, že voda poteče v jiném proudu, než je přirozený, a tak změnou toku, zapříčiní, že škoda bude vyšší, nebo stávající hrozba se stane aktuálnější nebo silnější, anebo jejím ohražením způsobí záplavu. Jestliže však voda způsobí škodu svým přirozeným tokem, nemůže být podána žaloba. /

⁴⁸⁰ Paul. D 11,1,20,1: *In iure interrogatus, an fundum possideat, quaero an respondere cogendus sit et quota ex parte fundum possideat. respondi: iavolenus scribit possessorem fundi cogi debere respondere, quota ex parte fundum possideat, ut si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quae non defenderetur, in possessionem actor mittatur.* / Pokud je někdo tázán u soudu, zda má v držbě určitý pozemek, pak já se ptám, zda může být nucen k tomu odpovědět, kolik z daného pozemku je v jeho držbě? Odpověď jsem, že Iavolenus upravuje, že držitel pozemku je povinen odpovědět do částky pozemku, který má v držbě, a tak, jestliže tvrdí, že má v držbě menší část

procesní podmínky daného případu. Žalovaný má povinnost na tyto otázky odpovědět pravdivě.

3. *Confideiussor*⁴⁸¹, který popřel rukojemství, nemůže použít *beneficium divisionis*, a podobně *socius*, který popřel pravdivé skutečnosti, ztratil právo použít *beneficium comptentiae*⁴⁸², jak uvádí Ulpianus⁴⁸³: *Ita demum inter fideiussores dividitur actio, si non infitientur: nam infitiantibus auxilium divisionis non est indulgendum*⁴⁸⁴, Paulus⁴⁸⁵: *Non alias socius in id quod facere potest condemnatur, quam si confitetur se socium fuisse*⁴⁸⁶ či Pomponius⁴⁸⁷: *Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit. causae cognitio autem in hoc erit, ut neganti se socium esse aut ex doli clausula obligato non succurratur.*⁴⁸⁸

pozemku, pak žalobce by měl být uveden do držby zbytku s odkazem na to, že nebyla proti tomu podána obrana. Heyrovský, L.: Římský civilní proces. Str. 250 pozn.2.

⁴⁸¹ Osoba uznávající určitou skutečnost, zde v prvním případě pokud odmítá, že by byl spoluručitelem, nemůže pak ani v řízení in iure využít dobrodiní toho, že je na něm požadována vyšší částka, než kterou dluží, jelikož prve odmítl uznat, že by cokoli dlužil.

⁴⁸² Výhrada, dobrodiní.

⁴⁸³ Ulp. D 46,1,10,1.

⁴⁸⁴ Žaloba je rozdělena mezi ručitele, kteří neodmítají svoji odpovědnost. A proto, jestliže ji odmítnou, výhoda rozdělení nemůže být zaručena. Syn v otcovské moci může poskytnout zajištění pro svého otce a jeho jednání nebude bez následků. Na prvním místě, v situaci, kdy se stane svým vlastním pánem, je odpovědný za velký rozsah záležitostí, a kromě toho rozsudek může být vydán proti němu, a to i když zůstává pod mocí svého otce. Podívejme se však, zda jeho otec bude odpovědný z toho důvodu, že syn jednal na jeho rozkaz. Myslím, že toto pravidlo je účinné pro všechny typy smluv, ale jestliže se stane ručitelem jeho otce bez znalosti druhého, žaloba nebude, ale stále může být podána žaloba proti otci na základě toho, že řízení by mohlo přinést prospěch jeho majetku. Je ale jasné, že jestliže emancipovaný syn zaplatil dluhy, byl by oprávněn ke srovnatelné žalobě a že stejná žaloba může být podána na zbytek co má v moci jeho otec, a platil peníze jemu, mimo jeho *peculium castrense*.

⁴⁸⁵ Paul. D 17,2,67,3.

⁴⁸⁶ Rozsudek nemůže být vykonán proti společníkovi k rozšíření jeho potrestání, pokud nebyl srozuměn s tím, že je společníkem.

⁴⁸⁷ Pomponius D 42,1,22,1.

⁴⁸⁸ S odkazem na to, co bylo uvedeno, pokud jde o případ společníků, zejména to, že mohou mít rozhodnutí vydaná proti nim v rozsahu svých peněžitých prostředků. Prétor říká v jeho ediktu, že tak bude jednat v případě, kdy budou dány řádné důvody. To se bude konat proto, aby se zabránilo poskytnutí výhody každému, který odmítne, že je společníkem nebo kdo je odpovědný za podvod.

4. *infamia*⁴⁸⁹ žalovaného, která nastává v konkrétních případech, kdy byl odsouzen a zároveň *damnatus suo nomine*.⁴⁹⁰ Konkrétními žalobami dle Gaia⁴⁹¹: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi. sed furti aut ui bonorum raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte. plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit, sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremue habere, item procuratorio aut cognitorio nomine iudicio interuenire, ignominiosus esse dicitur*⁴⁹² pak jsou *actiones famosae*⁴⁹³ z deliktů žalob jako jsou *actio furti, actio vi bonorum*

⁴⁸⁹ Jedná se o omezení způsobilosti k právům. Koho postihne, nemá právní způsobilost kohokoli zastupovat před soudy, dokonce nemá ani právní způsobilost dát se někým zastupovat před soudem a činit návrhy na soudě za jiné (*postulare pro aliis*), ztrácí *ius suffragii* (právo hlasovat) a *ius honorum* (právo zastávat úřady), způsobilost uzavřít s určitými osobami manželství, být svědkem při právním jednání a logicky i být porotcem v procesu porotním. O. Lenel o tom hovoří v Ediktu v §§16, 25 a 26.

⁴⁹⁰ Odsouzený svým jménem.

⁴⁹¹ Gai. Inst. 4,182.

⁴⁹² Na základě některých žalob se odsouzení stávají osobami bezectnými, například při žalobě z krádeže, z loupeže, z urážek na cti; také ze smlouvy společenské, z fiducie (věrné ruky), z poručnictví, ze smlouvy příkazní (a) ze smlouvy o úschově. Při krádeži či loupeži či urážkách na cti jsou však bezectností stíháni nejen odsouzení, ale – jak je napsáno v prétorském ediktu – také ti, kdo se (o těchto deliktech s pachatelem) domlouvali. A právem: záleží totiž velmi mnoho na tom, zda je někdo dlužníkem z deliktu anebo ze smlouvy. A přes to se v žádné části ediktu výslovně nestanoví, kdo že je člověkem bezectným. Za bezectného se však pokládá ten, komu je zakázáno podávat na soudě návrhy za jiného, jakož i zříditi si kognitora či mít prokurátora, jakož i ten, kdo z titulu prokurátora nebo kognitora má zakázáno do řízení zasahovat.

⁴⁹³ *Actiones famosae* jsou konkrétní žaloby, které mají pro odsouzeného za následek infamii. To potvrzují např. Ulp. D 3,2,6,1. *Sed si furti vel aliis famosis actionibus quis condemnatus provocavit, pendente iudicio nondum inter famosos habetur: si autem omnia tempora provocationis lapsa sunt, retro infamis est: quamvis si iniusta appellatio eius visa sit, hodie notari puto, non retro notatur.* / Tam, kde se strana, která byla obviněná z krádeže nebo jakéhokoli dalšího bezectného přestupku, odvolá, není zařazena mezi osoby, které postihla *infamia* do okamžiku, dokud soudní řízení běží, ale v okamžiku, kdy lhůta pro podání odvolání vypršela, je považována za osobu stíženou infamii od okamžiku odsouzení, i když v jeho případě se zdá být špatně doložitelné, a proto jsem názoru, že by měl být označen od tohoto dne, nikoli ode dne rozsudku. Dále uvádím k tomu příslušné fragmenty. Ulp. D 37,15,5,1. *Sed nec famosae actiones adversus eos dantur, nec hae quidem, quae doli vel fraudis habent mentionem.* / Ani žaloby vynucující morální hanebnost, ani žaloby založené na špatné víře nebo podvodu, nebudou poskytnuty proti nim. / D 3,1,1,10 viz výše, Ulp. D 12,2,9,2. *Si damnatur quis post iusiurandum ex famoso iudicio, famosum esse magis est.* / Jestliže je soudní rozhodnutí vydáno proti

raptorum, actio iniuriarum, actio sepulcri violati, actio doli a actio legis Plaetoriae a z žalob kontraktních actio pro socio, actio fiduciae, actio tutelae, actio mandati, actio depositi a actio depensi. U *actio depensi* si všimněme, že se nám objevuje jako žaloba s infamujícím následkem, zároveň to bude jedna žaloba, která může znít na dvojnásobek. Za období justiniánského práva se nám tento přehled nemění, pouze přizpůsobuje žalobám v dané době používaným tak, jak nám dokazuje i fragment z Institucí⁴⁹⁴: *Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus, item pro socio, quae ab utraque parte directa est, et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur. sed furti quidem aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum aut de dolo non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti: et recte; plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit.*⁴⁹⁵

Dalším nástrojem prevence šikanózního výkonu práva je přísaha tzv. *iusiurandum calumniae*⁴⁹⁶, o kterou žádá magistrát na návrh žalovaného žalobce, aby přísahal, že žalobu nepodává s vědomím toho, že je v nepravu (*non calumniae cause agere*⁴⁹⁷). Druhým příkladem je pak situace opačná, kdy magistrát ukládá žalovanému na základě žádosti žalobce, aby odpřísáhl, že nepopírá a nezpochybňuje tak žalobcův nárok, aniž by věděl, že žalobce je zcela po právu ve sporné záležitosti (*non calumniae causa infitias ire*⁴⁹⁸). Domnívám se, že je zřejmým účelem těchto přísah zachovat plně

straně potom, co její přísaha byla vznesena v případě, ve kterém je následkem *infamia*, je správným názorem, že se stává bezectnou/. A podobně Ulp. D 4,3,1,4, Ulp. D 47,10,7 pr.

⁴⁹⁴ Inst. 4, 16, 2.

⁴⁹⁵ Některé žaloby způsobují odsouzenému újmu na cti, jako například žaloby z krádeže, z loupeže, z urážky na cti a z podvodu, dále přímé žaloby z poručnictví, z příkazní smlouvy a z úschovy, nikoli ale opačné, také žaloba ze společenské smlouvy, která je na obou stranách žalobou přímou, a na jejímž základě se stává každý odsouzený společník osobou bezectnou. Avšak nejen odsouzení pro krádež, loupež, urážku a podvod budou pokládáni za bezectné, ale oprávněně také ti, kteří se s nimi smluvili. Je totiž velký rozdíl v tom, zdali je někdo dlužníkem na základě deliktu nebo smlouvy.

⁴⁹⁶ Gai. Inst. 4, 174: viz výše, I 4,16: viz výše.

⁴⁹⁷ Gai. Inst. 4,176: viz výše.

⁴⁹⁸ Gai. Inst. 4,172: *Quod si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei, cum quo agitur, iniungatur ac ne statim quidem ab initio pluri quam simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere NON CALVMNIAE CAVSA INFITIAS IRE. unde quamuis heredes uel qui heredum loco habentur [.] obligati sint, item feminae pupillique eximantur periculo sponsionis, iubet*

princip ekvity a umožnit tak spravedlivý výkon práva a historicky skutečně vývoj římského práva od žalob s pokutami k přísahám směřoval. To zřejmě potvrzuje Justinián ve svých Institucích ve fragmentech 4,6,11: *Item si quis postulante adversario iuraverit, deberi sibi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur, iustissime accommodat ei talem actionem, per quam non illud quaeritur, an ei pecunia debeatur, sed an iuraverit*⁴⁹⁹ a 4,16,1: *Ecce enim iusiurandum omnibus qui conveniuntur ex nostra constitutione defertur: nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius iuraverit, quod putans se bona instantia uti ad contradicendum pervenit. at adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si damni iniuriae aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agitur. statim autem ab initio pluri quam simpli est actio veluti furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli: nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur, pluri quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coercetur: nam etiam actor pro calumnia iurare cogitur ex nostra constitutione. utriusque etiam partis advocati iusiurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est. haec autem omnia pro veteris calumniae actione introducta sunt, quae in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actorem multabat, quod nusquam factum esse invenimus: sed pro his introductum est et praefatum iusiurandum et ut improbus litigator etiam damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur*⁵⁰⁰ a je tak vidět i na výše uvedeném textu historický vývoj od

tamen eos iurare. /Nehrozí-li žalovanému ani nebezpečí ze sponse, ani z žaloby na dvojnásobek a nezní-li také od samého začátku řízení žaloba na více jak simplum, povoluje prétor vymáhat od žalovaného přísahu, že nebude úmyslně zapírat. Proto, i když dědicové či ti, kdo jsou za dědice považováni, odpovídají pouze za své jednání vlastní, a i když se ženám a nedospělým riziko sponse promíjí, nutí přesto (prétor) k přísaze i tyto (osoby)./ Porovnej viz výše I 4,16.

⁴⁹⁹ Jestliže někdo na výzvu protistrany přísahá, že jsou mu dluženy peníze, které žaluje, a ty pak nejsou splaceny, zajišťuje mu prétor kvůli nejvyšší spravedlnosti žalobu, při níž není zkoumáno, zda jsou peníze dluženy, ale zda bylo přísaháno.

⁵⁰⁰ A tak je nejdříve, na základě naší konstituce (C 2, 58, 2 pr.), předepsána všem žalovaným přísaha. Žalovaný se totiž může vyjádřit k věci teprve poté, co před tím složil přísahu, že odporuje žalobě proto, že má za to, že hájí spravedlivou věc. Avšak proti těm, kteří popírají, existuje žaloba na dvojnásobek nebo trojnásobek, jako když se například žaluje z protiprávního poškození anebo z těch odkazů, z nichž mají být postavena svatá místa. Stejně tak od začátku zní více než na jednonásobek žaloby, jako například na čtyřnásobek ze zjevné krádeže a na dvojnásobek při krádeži nezjevné. V těchto případech totiž, a také v některých dalších, žaloba zní více než na jednonásobek bez ohledu na to, jestli někdo popírá nebo souhlasí (Gai. Inst. 4, 173). Stejně tak jsou vytvářena omezení zabraňující zneužití práva žalobci. Také žalobce totiž musí na základě naší konstituce přísahat, že nežaluje neoprávněně. Stejně tak přísahají také advokáti obou stran, což stanoví naše jiná konstituce (C 3, 1, 14, 4). To vše bylo zavedeno na místo staré žaloby, z neoprávněné žaloby, která přestala být

nejstarších dob, přes řízení legisakční (za výrazné pomoci řízení interdiktního, přes dobu Gaia až do období justiniánského práva).

Přisahu však nebylo možné na základě jiných právních skutečností požadovat, a tedy ani ukládat magistrátem v následujících příkladech. Jedná se o příklad, kdy již daná osoba bude mít povinnost zaplatit pokutu z restipulace, pokud spor prohraje a pokud proti němu bylo vedeno *iudicium calumniarum*, dále jde o případy, kdy není možné po žalovaném požadovat přísahu, jelikož již je pod nebezpečím pokuty ze sponse či litiskrescence (viz výše), anebo o případ, kdy je již od začátku zřejmé, že žaloba, která je proti němu podána, je žaloba, která zní více než na *simplum* (tedy pouze na hodnotu sporné věci), což dokládá Gaius⁵⁰¹: *Statim autem ab initio pluris quam simpli actio est uelut furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et obliti tripli: nam ex his causis et aliis quibusdam, siue quis neget siue fateatur, pluris quam simpli est actio.*⁵⁰²

používána, protože trestala žalobce jednou desetinou hodnoty sporu, a nikde jsme nenalezli, že to bylo používáno. Namísto toho byla zvedená uvedená přísaha, stejně jako pravidlo, že strana, která zneužije právo, bude muset druhé straně také nahradit škodu a náklady související s řízením. / C 2,58,2pr. (vyhlášena 20. února r. 531): Imperator Justinianus: *Cum et iudices non aliter causas dirimere concessimus nisi sacrosanctis evangeliiis propositis et patronos causarum in omni orbe terrarum, qui romano imperio suppositus est, prius iurare et ita perferre causas disposuimus: necessarium duximus et praesentem legem ponere, per quam sancimus in omnibus litibus, quae fuerint post praesentem legem inchoatae, non aliter neque actorem neque fugientem in primordio litis exercere certamina, nisi post narrationem et responsionem, antequam utriusque partis advocati sacramentum legitimum praestent, ipsae principales personae subeant iusiurandum. et actor quidem iuret non calumniandi animo litem movisse, sed existimando bonam causam habere: reus autem non aliter suis adlegationibus utatur, nisi prius et ipse iuraverit, quod putans se bona instantia uti ad reluctantum pervenerit: et postea utriusque partis viros disertissimos advocatos, quod iam dispositum est a nobis, iusiurandum praestare, sacrosanctis videlicet evangeliiis ante iudicem positus. * iust. a. iuliano pp. * <a 531 pp. x k. mart. constantinopoli post consulatum lampadii et orestis vv. cc>>. Vzhledem k tomu, jak jsme nedovolili soudcům nakládat s případy stejně jako bohové před nimi, a poskytli jsme, že advokáti v těchto případech musí před převzetím případu složit přísahu, a proto jsme považovali za nezbytné přijmout současné právo, kterým se řídí všechny případy započaté po přijetí tohoto práva, a to že se ani žalobce ani žalovaný nemohou přit na začátku, pokud prohlášení a protiprohlášení byla provedena před advokáty každé stran formou přísahy, hlavní body pak spadají do přísahy. Žalobce také přirozeně musí přísahat, že žalobu nepodává pouze za výkonem šikany, ale proto, že si myslí, že k tomu má dobrý důvod, žalovaný nesmí vznést své pohledávky až do okamžiku, kdy přísahá, že se brání podezření a pro svou obranu má dobré důvody. Potom, co tak vyslechli advokáti obou stran, tak jak bylo poskytnuto přísahy sporu, složí slib na svatá evangelia před soudem. A podobně C 3, 1, 14, 4.*

⁵⁰¹ Gai. Inst. 4, 173 a výše uvedený fragment Gai. Inst. 4, 172.

⁵⁰² Je i jiný druh obrazného plnění, (plnění) pomocí bronzu a váhy. Tato forma byla zavedena pro určité případy, například dluhuje-li se něco z toho důvodu, že jednání bylo realizováno pomocí bronzu a váhy, anebo dluhuje-li se něco z rozsudku.

Ženy a nedospělci, kterým nehrozí poenální sponse, mohli být žádáni, aby vykonali přísahu *de calumnia*.⁵⁰³ Pokud bylo na žalobci vyžádáno, aby učinil *iusiurandum calumniae*, neměla pak už být připuštěna možnost udělit *iudicium calumniae* či *iudicium contrarium*. Jasným projevem ekvity je i to, že pokud žalobce odmítl vykonat přísahu, tak magistrát jeho žalobu odmítl, nastala tedy *denegatio actionis*.⁵⁰⁴ Pokud ji odmítl učinit žalovaný, byl označen jako *indefensus*, což mělo za následky, že byl nezpůsobilý vystupovat jako svědek u soudu atd., jak uvádí Ulpianus⁵⁰⁵: *Si actor deferat iusiurandum de sola constituta pecunia et reus iuraverit, exceptione utetur, si de constituta conveniatur: sed si de sorte, id est de priore obligatione conveniatur, exceptio cessabit, nisi de hac quoque iuraverit adversario deferente*.⁵⁰⁶

Principu ekvity odpovídá i procesní institut, kterým je námitka kompenzace.⁵⁰⁷ Námitka spočívá v situaci, kdy žalobce žaluje žalovaného a ten namítá své nikoli stejné právo, ale právo doplňkové, samostatné, které se s právem žalobcovým kryje, a obě práva můžou existovat vedle sebe. Pokud žalobce spor prohraje a takové doplňkové právo žalovaného existuje, je rozsudkem ve věci samé rozhodnuto i o tomto právu, rozsudek je tedy závazný i z hlediska tohoto práva, tedy námitky kompenzace. Obecně o kompenzaci hovoří Instituce⁵⁰⁸: *In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat. in quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato, in reliquum is cum quo actum est condemnari debeat. sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. sed nostra constitutio eas compensationes quae iure aperto nituntur latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse*

⁵⁰³ Gai. Inst. 4,172: viz výše.

⁵⁰⁴ Gai. Inst. 4,179: viz výše Lenel, Edikt §38.

⁵⁰⁵ Ulp. D 12,2,36.

⁵⁰⁶ Pokud žalobce nabídne přísahu s odkazem na peníze, které byly pouze slíbeny, a žalovaný přísahá, může sám podat námitku, pokud je podána proti němu žaloba na základě vykonané přísahy, ale jestliže žaloval to hlavní – to je přednější závazek – námitka nemůže být požadována, pokud nepřísahal s přihlédnutím k tomuto, potom co mu žalobce nabídl přísahu.

⁵⁰⁷ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského, II. díl. Str. 115-116.

⁵⁰⁸ I 4,6,30.

*credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.*⁵⁰⁹ Specifickým případem kompenzace je již výše zmíněné *beneficium competentiae*, kdy je možné proti nároku žalobce na dlužnou sumu nabídnout obdobnou pohledávku, která bude nárok žalobce srovnávat anebo jej zmírní, dojde tak k samotné kompenzaci, to také dokládá fragment z Institucí⁵¹⁰: *Compensationes quoque oppositae plerumque efficiunt ut minus quisque consequatur quam ei debeatur: namque ex bono et aequo, habita ratione eius quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condemnare licet, sicut iam dictum est.*⁵¹¹

Zde je opět jasné, jak zřejmě se nám prolíná institut práva obligačního, tedy *compensatio*, jak o něm tedy hovoří Modestinus⁵¹²: *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*⁵¹³, do institutu práva procesního, tedy námitky kompenzace či tzv. *beneficia competentiae* a společně vytváří funkční celek. Vždyť i kompenzace z hlediska práva procesního má stejný charakter jako z hlediska práva obligačního, obdobným příkladem je litiskontestace jako typický procesní úkon spočívající v obligačním chování, tedy v uzavření obligace.

Obsahová podstata kompenzace spočívá v tom, že vzájemné pohledávky, které se hodí ke kompenzaci, se vzájemně vyruší a dál už z nich neběží žádné další následky. Aby však pohledávky mohly být schopné přivodit kompenzaci, musí nejprve být vzájemné (pohledávky žalobce vůči žalovanému a naopak žalovaného proti žalobci), splatné a žalovatelné (žalobce i žalovaný má právo požadovat jejich splnění, a pokud to druhá strana odmítne, může podat žalobu k soudu), musí spočívat v plnění stejného

⁵⁰⁹ U žalob založených na dobré víře je považováno za dané, že je soudci svěřena pravomoc rozhodnout na základě dobrého a spravedlivého, tedy kolik se má žalobci plnit. V tomto je také obsaženo, že žalovaný v případě, když je žalobce povinen něco plnit, bude po odpovídajícím započtení odsouzen na zbytek. Započítání bylo ale reskriptem božského Marca zavedeno také u žalob přísného práva, a to prostřednictvím námitky zlého úmyslu. Naše konstituce však upravuje ta započítání, která vycházejí z jednoznačného chování, ještě více široce tak, že žaloby jsou omezeny ze samotného práva, ať již se jedná o žaloby věcné, osobní anebo jakékoli jiné. Vyloučena je pouze žaloba z úschovy, u níž jsme považovali za zcela nesmyslné, aby proti ní pomocí započítání cokoli bylo namítáno, aby nikdo nebyl pod záminkou započítání zkrácen při vydání uschované věci.

⁵¹⁰ I 4,6,39.

⁵¹¹ Také namítaná započítání někdy způsobují, že se dostane méně, než kolik je dluženo. Soudce totiž, jak jsme již řekli, má na základě dobrého a spravedlivého a s přihlédnutím k tomu, co je žalobce v téže věci a čase zavázán plnit, odsoudit žalovaného na zbytek.

⁵¹² Modestinus D 16,2,1.

⁵¹³ Kompenzace je vzájemné zrušení pohledávek mezi týmiž osobami.

druhu (ale nemusí jít o plnění ze stejného důvodu tzv. *ex eadem causa*) a musí být likvidní, tzn. jednoduše prokazatelné. Za splnění všech těchto čtyř podmínek může dojít k litiskontestaci.

Sporné je to, zda kompenzace nastávala sama od sebe, tedy *ipso iure*, či až na základě proběhlého soudního řízení.

V případě práva klasického a procesu formulového bylo obecně možné například pouze to, aby námitka kompenzace znamenala zamítnutí žaloby, pokud byla uznána, nikoli ale snížení dlužné částky v kondemnaci. Specificky pak ale kompenzace byla řešena u určitých typů situací. Ať už se jedná z procesního úhlu pohledu o okrajovou záležitost, kompenzací smluvní tzv. *compensatio voluntaria*⁵¹⁴, kompenzace smluvní probíhala tak, že si vzájemný dlužník a věřitel prominuli navzájem svůj dluh, ať formálně či neformálně (*pactum de non petendo*⁵¹⁵). Z procesního úhlu pohledu proti tomu stojí právě kompenzace, která proběhla na základě soudního rozhodnutí, a to je soudní kompenzace tzv. *compensatio neccesaria*.⁵¹⁶

Při soudních řízeních vedených ohledně žalob v dobré víře, tedy při *iudicia bonae fidei*, měl rozhodce širší právo při kondemnaci přihlídnout k vzájemným nárokům a pohledávkám žalobce a žalovaného, a to dokonce i k těm vzniklým *ex eadem causa*. Proto, aby rozhodce mohl kompenzací povolit, stačilo, aby ve formuli byla obsažena doložka *ex fide bona*, ve formuli nemuselo být *expressis verbis* vepsáno „*quidquid alterum alteri dare facere oportet*“.⁵¹⁷ Dokonce princip ekvity zde doplňuje princip pekuniární kondemnace⁵¹⁸ ve směru, že započíst lze i pohledávky, které nejsou stejného druhu, ale jsou uvedeny v intenci jedné formule. Rozsudek zde pak jen zní na zbytek, jak o tom hovoří Gaius⁵¹⁹: [.] *continentur, ut habita ratione eius, quod iniucem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare*⁵²⁰. Zmíněný postup je ale čistě navázán na další ze zásad

⁵¹⁴ Dobrovolné započtení.

⁵¹⁵ Vzájemné prominutí dluhu.

⁵¹⁶ Povinné započtení.

⁵¹⁷ Cokoli jiného se sluší dát. K tomu viz O. Lenel XIX §108 (*Mandati vel contra*), §109 (*Pro socio*).

⁵¹⁸ Rozsudek zní vždy na peněžitou sumu, viz dále.

⁵¹⁹ Gai. Inst. 4,61, obdobně viz výše I 4,6,39.

⁵²⁰ ...obsahuje (právo), aby (soudce) vzal v úvahu to, co by z téhož důvodu měl zase žalobce povinnost plnit (žalovanému) a odsoudil žalovaného (jen) na přebytek.

římského procesního práva, a to na volné uvážení rozhodce, jak i říká Gaius⁵²¹: *Liberum est tamen iudici nullam omnino iniucem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae uerbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conueniens uidetur, ideo officio eius contineri creditur.*⁵²²

Ve dvou konkrétních příkladech byla nařízení kompenzace přímo prostřednictvím prétorského ediktu, jedná se zde ale jen o povinné odečtení vzájemných pohledávek, nikoli o jejich zrušení, a to:

1. *Argentarius*⁵²³, který žaloval svého klienta, musel žalovat, *agere cum compensatione*, a to prostřednictvím formule, v jejíž intenci omezil svojí pohledávku na zbytek částky po kompenzaci.⁵²⁴ Tato povinnost se týkala pohledávek, které vznikly z jednání *stricti iuris*, ze stejného obchodního jednání, a jsou dospělé a stejné druhově (znějí na peníze či zastupitelné věci). Pokud ale bankéř žaluje jen o ass více (*si plus nummo uno intendat*⁵²⁵), bude jeho žaloba zamítnuta z důvodu pluspetice.
2. *Bonorum emptor*⁵²⁶, který žaluje dlužníka, musel žalovat *cum agere deductione*⁵²⁷, což spočívalo v tom, že musel použít formuli, která v rámci kondemnace umožňovala, aby rozhodce snížil žalovanou pohledávku o vzájemné pohledávky věřitele konkursní podstaty, a to i ty, které nebyly ještě dospělé a byly třeba i druhově zcela odlišné, proto, aby došlo co nejrychleji k likvidaci konkursní podstaty⁵²⁸.

Při *actiones stricti iudiciis* nebylo možné nutit žalobce ke kompenzaci přímo, šlo to pouze nepřímo, a to tak, že žalovaný prostřednictvím *exceptio doli* namítl proti žalobci, že jedná ve zlém úmyslu, to ale bylo připuštěno teprve až reskriptem Marca

⁵²¹ Gai. Inst. 4,63.

⁵²² Záleží ovšem na vůli soudce, zda k možnosti vzájemné kompenzace vůbec přihlédne. Alovy formule se mu totiž ani výslovně nepřikazuje, ale protože se při „žalobách v dobré víře“ (kompenzace) považuje za vhodnou, má se za to, že patří k jeho povinnostem.

⁵²³ Bankéř.

⁵²⁴ Viz O. Lenel, XVII, §100 (*De compensationibus*).

⁵²⁵ Jestliže navíc o jeden v intenci uvádí.

⁵²⁶ Kupující v dobré víře.

⁵²⁷ Vzájemná pohledávka věřitele vůči kupci v dobré víře spočívající v sukcesi pohledávek a dluhů i v záměně subjektů.

⁵²⁸ Vypořádání a vyrovnání dluhu.

Aurelia. Pokud v takovém případě nepřistoupil žalobce na kompenzaci dobrovolně, vystavoval se riziku zamítnutí žaloby (*denegatio actionis*) anebo povolení formule žaloby s námitkou *exceptio doli*, což mohlo znamenat, že pokud by se žalobcův zlý úmysl potvrdil, mohl tak až spor prohrát.

Historicky v novějším procesu kogničním⁵²⁹ mohla teprve námitka kompenzace zapříčinit omezení kondemnační sumy, následně byla Justiniánem⁵³⁰ kompenzace nově upravena. Není ale přesný nový výklad justiniánovy úpravy. Justinián sice jako možné kompenzace označil všechny nároky věcné i obligační, a přitom nařídil: *compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri*⁵³¹, ale přesný výklad tohoto obratu obecně dělá problémy. Jeden výklad je možný takový, že kompenzace sama nastane po právu, jiný, že kompenzace může nastat v kterékoli fázi soudního řízení, ale že ji nařizuje na základě námitky žalovaného soudce, ačkoli některé účinky již fakticky nastaly ve chvíli, kdy byly obě pohledávky možné kompenzace, z čehož vyplývá například to, že již neběží úroky. Zcela vyloučeno bylo použití kompenzace proti *actio depositi*⁵³² a *actio commodati*⁵³³, pokud uplatněný nárok směřuje na vrácení věci a proti nároku na vrácení věci, která byla násilně odňata, jak citují Digesta Gaiův fragment⁵³⁴: *Inequum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.*⁵³⁵

V souvislosti s principem ekvity můžeme nalézt i další drobný princip nám tak známý v dnešním právu, a to je princip **presumpce neviny**, tedy že na každého se hledí jako na nevinného do doby, než je odsouzen (*quilibet praesumitur, nisi contrarium probetur*⁵³⁶).

Obecně se domnívám, že ekvitu je velmi složité definovat. Je to proto, že ekvita podle mě nebyla klasickým principem či zásadou, ale jistou myšlenku, která spočívala zejména ve víře, etice a morálce a prolínala se celým vnímáním celé římské společnosti.

⁵²⁹ *Extra ordinatio cognitionem*, jedná se o typ soudního řízení, který se začal používat na konci principátu a počátku dominátu, jeho největším specifikem je to, že soudní řízení již probíhalo pouze v jedné fázi a bylo přípustěno odvolání proti rozsudku k vyššímu úředníkovi či k císaři.

⁵³⁰ Římský císař, který panoval východořímské říši v 6. st. a je nařídil zpracování justiniánských sbírek práva.

⁵³¹ Aby kompenzace ze všech žalob byly automatické ze samotné podstaty práva.

⁵³² Žaloba z úschovy.

⁵³³ Žaloba z půjčky.

⁵³⁴ Gaius D 37,12,2.

⁵³⁵ Je nespravedlivé zabraňovat svobodným lidem, aby volně zcizovali své věci.

⁵³⁶ Pokud se nedokáže opak, považuje se každý za poctivého.

Je snad možná jen škodou, že toto Římané věděli více než před dvěma tisíci lety a naše dnešní společnost tyto zásady opouští. Pokud si vezmeme, jak je všechno vnímáno formalisticky a porovnali bychom to s historickým vývojem římského práva, vychází mi poměrně absurdní myšlenka a myšlenka dost odvážná, zdali my dnes nejdeme proti proudu římského práva, „od práva téměř dokonalého s morální úrovní, přes právo formalistické (paralela legisakčnímu řízení), právo zcela zanedbávající jakoukoli morálku a etické hodnoty a věřím a doufám tak jako (*dum spiro, spero*)⁵³⁷, že snad náš systém neskončí tak jako římské právo v době královské či ještě starší (svépomoc).

Vychází mi, že *aequitas* je jakýsi spravedlivý výkon práva, který stojí na etických hodnotách a principech na morálce, na základních právech a svobodách a jako takový by měla být ekvita obsažena stejně jako v římském právu v myšlení lidí a lidské společnosti.

⁵³⁷ Dokud dýchám, tak doufám. Obecně prisuzováno Ciceronovi.

3 Dobrá víra

*fides, -ei*⁵³⁸: víra, důvěra, věření, uvěření, věrnost, oddanost, spolehlivost, hodnověrnost, spolehlivost, spravedlnost, počestnost, čest, dobré jméno, dobrá vůle, svědomitost, Fides jako Poctivost (Věrnost), ctěná bohyně, která měla chrám na Kapitolu, pravdivost, hodnověrnost,

*bonus, -a, -um*⁵³⁹: mravně dobrý, řádný, poctivý, hodný, šlechetný, počestný.

Bona fides, jednoduše řečeno dobrá víra. Výraz složený ze slov *bonum* a *fides*, které jsem výše definovala, společně tvoří právě tento výraz. Dobrá víra je společně s *aequitas* základem římských procesních zásad. Společně tvoří most staletími vývoje římského práva, a to od období královského a pravděpodobně i staršího, kdy představovaly společně s náboženstvím základ řešení právních sporů mezi obyvateli Říma. V historických pramenech i literatuře nalezneme její různé slovní vyjádření, jako *fides*, *bona fides*, *ex fides bona* a zároveň je občas skryta pod spojením *bonum et equum*, *boni et equi*, i když názory různých autorů se odlišují. Definovat dobrou víru stejně jako její odlišnost od *aequitas*, pověstného principu spravedlnosti je velmi obtížné. Osobně se domnívám, že různých definic a odlišení existuje mnoho a některé z nich v této části uvádím. Na druhou stranu si myslím, že tak jak jsem již v úvodu naznačila, zásady římského procesního práva nebyly nijak *expressis verbis* vyjádřeny, právě proto tyto dvě zásady svojí velmi starou povahou stály nad právem a ostatními zásadami a vše ostatní z nich vycházelo. Proto se domnívám, že je možné že samotní Římané tyto výrazy používali promiscue, resp. se prolínaly vzájemně.

Podle některých je *bona fides* jako jeden ze dvou stěžejních principů *aequum et bonum*, co je slušné a spravedlivé, z toho pak pravděpodobně vyšly principy *bona fides* a *aequitas*. Další názor je, že *bonum et aequum* a *bona fides* jsou dva rozdílné principy.

Je součástí *ius naturale*, jelikož je společná všem a pochází od *fides*, a jak uvádí M. Skřejpek⁵⁴⁰ má smysl ve významu ideálních norem, a to ve směru Gaiova vymezení

⁵³⁸ Pražák, Novotný, Sedláček: Latinsko – český slovník. Str. 531-532.

⁵³⁹ Pražák, Novotný, Sedláček: Latinsko – český slovník. Str. 156.

ius gentium, které zní⁵⁴¹: *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus.*⁵⁴² Zároveň velmi úzce souvisí s dobrými mravy, činy proti nim i špatnou vírou (*bonos mores contra malos mores*⁵⁴³, *mala fide*⁵⁴⁴). Vždyť samotný výraz *fas* (konkrétní božský příkaz), jak píše M. Skřejpek⁵⁴⁵ odvozený od *fatum*⁵⁴⁶, pak v nejstarších dobách říkal, co *fas est*⁵⁴⁷ či *nefas est*⁵⁴⁸ podle božských znamení (*numina*⁵⁴⁹), což nutně neznamená to samé co *ius*.⁵⁵⁰

Bona fides je zároveň podstatná pro soudní řízení dle *ius gentium*, a právě proto podle V. Vransy⁵⁵¹ požívala sakrální ochranu, kterou jako první poskytovali *censores*. Dle V. Vransy⁵⁵² jsou výraznými prvky *ius gentium* neformálnost, zřetel na skutečnou

⁵⁴⁰ Bělovský, P., Skřejpek, M.: *Bona fides: sborník z II. konference českých a slovenských romanistů*, Praha, 5.-6. listopadu 1999. Praha, Univerzita Karlova, 2000, 51 s. ISBN 80-85889-33-1. Str. 7. Článek *Bona fides – mores maiorum – fas*.

⁵⁴¹ Gai. Inst. 1,1.

⁵⁴² Všechny národy, které se řídí zákony a obyčejí, užívají dílem svého vlastního, dílem všem lidem společného práva. Neboť to, co si jako právo nějaký národ pro sebe stanoví, je (jeho) právem vlastním a nazývá se právo občanské, jakožto právo obci vlastní. To však, co pro všechno lidstvo (sám) přírodní řád stanoví, je všemi národy stejně zachováváno a nazývá se „právo národů“, jakožto právo, jehož všechny národy užívají. A tak národ římský užívá dílem svého vlastního, dílem všem lidem společného práva. Jakéže je to i ono, vyložíme na příslušných místech. Str. 31.

⁵⁴³ Dobré mravy proti špatným mravům.

⁵⁴⁴ Špatná víra.

⁵⁴⁵ Bělovský, P., Skřejpek, M.: *Bona fides*. Str. 9.

⁵⁴⁶ Pražák, Novotný, Sedláček str. 522. Výrok nadpřirozený, boží, předpověď, věštba, boží vůle, boží příkaz

⁵⁴⁷ Povoleno je.

⁵⁴⁸ Není povoleno.

⁵⁴⁹ Výraz síly některého boha.

⁵⁵⁰ Právo.

⁵⁵¹ Sborník *Bona fides*, článek Tryphoninus Claudius a *bona fides*. Str. 30.

⁵⁵² Sborník *Bona fides*, článek Tryphoninus Claudius a *bona fides*. Str. 31.

vůli (*voluntas*), vzájemná důvěra (*bona fides*), písemná smlouva a vyváženost zájmů stran (*aequitas*).

Jak už jsem uvedla výše, existují rozlišné názory na vztah *aequitas* a *bona fides*. Např. dle M. Skřejpka⁵⁵³ je *bona fides* jedním ze základů *aequitas*, avšak dle K. Bubelové⁵⁵⁴ je *bona fides* odlišná od *aequitas*, *bona fides* je významově užší a používá se zejména v právu věcném a obligačním, o odlišnosti ve svém článku hovoří i M. Jovanovic.⁵⁵⁵

Bona fides je nejstarším vyjádření toho, co lidé chtějí, a to vyjádřením v rámci formulového procesu. Dle některých názorů je pojetí ekvity pojetím paralelního systému modifikujícího *actiones stricti iuris*⁵⁵⁶, jak uvádí J. Hurdík.⁵⁵⁷

Pokud uvažuji nad *fides* historicky i nábožensky, uvažuji i její vnímání, které naznačil M. Skřejpek⁵⁵⁸, ze kterého vyplývá širší vnímání jako vztah občana k *civitas*, k tomu, že se chová správně a z toho M. Skřejpek dovozuje schéma, že *fas* a *mores maiorum* tvoří *bona fides*.

Přísaha resp. *fides* byla nejstarším poutem k utvrzení slibu, což dle Cicerona dosvědčovaly jak Zákoník dvanácti desek⁵⁵⁹: *si non illa etiam ex XII tabulis de testimoniis falsis poena abolevisset et si nunc quoque ut antea qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpeio deiiceretur...*⁵⁶⁰, tak další posvátné zákony i smlouvy s nepřáteli. Důkazem toho také byly důtky a tresty censorů, kteří porušení přísahy soudili nejpečlivěji, jak uvádí Cicero⁵⁶¹: *...Nullum enim vinculum ad astringendam fidem iure iurando maiores artius esse voluerunt. Id indicant leges in duodecim tabulis, indicant sacratae, indicant foedera, quibus etiam cum hoste*

⁵⁵³ Sborník *Bona fides*. Str. 7.

⁵⁵⁴ Bubelová, K.: *Aequitas jako prvek tvorby římského práva*. Str. 3.

⁵⁵⁵ Jovanović, M.: *Aequitas and bona fides in the legal practice of ancient Rome and the prohibition of the abuse of rights*. FACTA UNIVERSITATIS Series: Law and Politics Vol. 1, No 7, 2003, s. 763 – 789. Str. 764.

⁵⁵⁶ *Žaloby přísného práva*.

⁵⁵⁷ in *Ius Romanum schola sapientiae*, Pocta prof. Blahovi, str. 193, článek Ekvity v systému zásad soukromého práva a realita Návrhu společného referenčního rámce (DCFR).

⁵⁵⁸ Sborník *Bona fides* str. 11. článek *Bona fides – mores maiorum – fas*.

⁵⁵⁹ *Lex duodecim tabularum, tabula VIII, Gell. NA XX 1,53*.

⁵⁶⁰ Jestliže také tento trest ukládaný podle zákoníku XII desek za falešné svědectví nebyl zrušen a kdyby i dnes ten, jako dříve, kdo byl usvědčen z křivého svědectví, byl shazován z Tarpejské skály...

⁵⁶¹ Cicero de off. 3, 31.

*devincitur fides, indicant notiones animadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius quam de iure iurando iudicabant....*⁵⁶²

Existuje mnoho pokusů o definice *bona fides*, P. Blaho⁵⁶³ uvádí tuto Ciceronovu⁵⁶⁴: *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*⁵⁶⁵, a to, že *fides* je základem spravedlnosti, tedy stálost a pravdivost daného slova.

Jak je zde vidět názorně, právní normy jsou odvíjeny od starších morálních zásad⁵⁶⁶, dobrá víra je psychický stav jednajícího.

Cesta od *fides* k *bona fides* je markantní ve třetím st. př. n. l., v němž došlo k výraznému prosazení honorárního práva, které stejně jako *ius gentium* bylo postaveno na *fides* z hlediska majetkoprávních vztahů a možnosti řešení sporů z nich vyplývajících. Zde nám dobrá víra vstupuje jak do reálných tak do konsensuálních kontraktů (např. půjčka a její vývoj ve 3. století – *dare oportere*⁵⁶⁷) a vytlačuje předchozí strnulost. Toto bylo potvrzeno novým formulovým procesem (zaveden *lege Aebutia de formulis*, přesný rok přijetí se v literatuře liší), a jako jedinou soudní řízení zavedeno v roce 17 př. n. l. Augustovými soudními reformami.⁵⁶⁸ Rozmach žalob závislých na konceptu *bona fide* poskytnutých prétozem uvádí i E. Metzger.⁵⁶⁹

Pokud se vrátím k výše uvedené Ciceronově definice *bona fides*, pak její důležitost dokládá Cicero tím, že musela být jako přísaha dodržena i vůči nepříteli tzn., pokud byl zajatec vyslán, aby vyjednával o výměně zajatců, musel se vrátit a vracel se⁵⁷⁰: *Regalis sane et digna Aeacidarum genere sententia. Atque etiam si quid singuli temporibus adducti hosti promiserunt, est in eo ipso fides conservanda, ut primo Punico bello Regulus captus a Poenis, cum de captivis commutandis Romam missus esset*

⁵⁶² Naši předkové totiž neznali žádné pevnější pouto k utvrzení slibu z přísahy. To dosvědčují zákony dvanácti desek i posvátné zákony, to dokazují smlouvy, jež nás i s nepřítelem spojují svazkem vzájemné důvěry, i důtky a tresty censorů, kteří nic nesoudívali bedlivěji než porušení přísahy.

⁵⁶³ Sborník *Bona fides*, str. 13, P. Blaho, *Bona fides v římském závazkovém práve*.

⁵⁶⁴ Cicero de off. 1,7,23.

⁵⁶⁵ Základem spravedlnosti je třeba hledat věrnost (*fides*), to je stálost a spravedlnost ve službách a dohodách.

⁵⁶⁶ Blaho sborník

⁵⁶⁷ *Bona fides*, Blaho, str. 15.

⁵⁶⁸ *Leges Iuliae iudiciorum privatorum et publicorum*.

⁵⁶⁹ str. 109 *Roman Consitution*, Metzger

⁵⁷⁰ Cicero de off. 1, 13.

*iurassetque se rediturum, primum, ut venit, captivos reddendos in senatu non censuit, deinde, cum retineretur a propinquis et ab amicis, ad supplicium redire maluit quam fidem hosti datam fallere.*⁵⁷¹

Další takový příklad uvádí Cicero ve 3. knize O povinnostech, a to případ *fides* spojeným s přátelstvím: *...Damonem et Phintiam Pythagoreos ferunt hoc animo inter se fuisse, ut, cum eorum alteri Dionysius tyrannus diem necis destinavisset et is, qui morti addictus esset, paucos sibi dies commendandorum suorum causa postulavisset, vas factus est alter eius sistendi, ut si ille non revertisset, moriendum esset ipsi. Qui cum ad diem se recepisset, admiratus eorum fidem tyrannus petivit, ut se ad amicitiam tertium adscriberent...*⁵⁷² Jsem zcela přesvědčená, že z obou výše uvedených fragmentů jasně vyplývá koncepce dobré víry, dost možná i ekvity a je vidět, že morálně obě zásady stály podstatně výše než obdobné zásady současného práva.

Dalším zajímavým aspektem římské věrnosti resp. přísahy byla její závaznost. Cicero se tak sám ptá⁵⁷³: *Pacta et promissa semperne servanda sint, quae nec vi nec dolo malo, ut praetores solent, facta sint...*?⁵⁷⁴ Sám si pak odpovídá, že⁵⁷⁵: *Facere promissa, stare conventis, reddere deposita commutata utilitate fiunt non honesta.*⁵⁷⁶ Znamená to tedy to, že smlouvy a sliby je obecně třeba dodržovat, jak říká i známá zásada *pacta sunt servanda*, ale jsou okolnosti, při kterých to není možné a které ospravedlňují porušení tohoto závazku. Sám Cicero uvádí několik příkladů jako např.:

⁵⁷¹ Jistě královské rozhodnutí, hodné muže z rodu Aiakovců! I jednotlivci, jsou-li přivedeni okolnostmi k tomu, že nepříteli něco slíbí, mají dané slovo dodržet. Například v první válce punské byl Regulus, zajatý Puny, poslán do Říma, aby jednal o výměně zajatců, když se zavázal před tím přísahou, že se vrátí. Ale když tam přišel, nejprve doporučil senátu, aby zajatci nebyli vydáváni, a potom, ač ho příbuzní a přátelé zdržovali, raději se vrátil na smrt, než by porušil slovo dané nepříteli.

⁵⁷² Pýthagorovci Daimón a Fintiás byli spjati, jak se vypráví, takovým přátelstvím, že když jednou jednomu z nich tyran Dionýsios určil den popravky a odsouzenec požádal několik dní odkladu popravky, aby mohl vyřídit své záležitosti, jeho přítel se zaručil za jeho návrat svou smrtí, odsouzenec se vrátil a tyran nakonec oba požádal, aby jej přijali do svého přátelského svazku.

⁵⁷³ Cicero de off.3,24.

⁵⁷⁴ Mají-li se za všech okolností zachovávat smlouvy a sliby, které nebyly učiněny pod tlakem násilí, jak říkávají právníci v ediktech, nebo při nichž neměla druhá strana zlý úmysl.

⁵⁷⁵ Cic. de off.3,25,10.

⁵⁷⁶ Splnění slibů, zachování smlouvy, vydání uložených věcí může se stát jednáním nečestným, změní-li se prospěšnost těchto závazků.

1. že není možné si vyhradit, že nemocný opakovaně nepoužije lék na záchranu svého života⁵⁷⁷: *Si quis medicamentum cuiquam dederit ad aquam intercutem pepigeritque, si eo medicamento sanus factus esset, ne illo medicamento umquam postea uteretur, si eo medicamento sanus factus sit et annis aliquot post incidere in eundem morbum nec ab eo, quicum pepigerat, impetret, ut iterum eo liceat uti, quid faciendum sit. Cum sit is inhumanus, qui non concedat, nec ei quicquam fiat iniuriae, vitae et saluti consulendum.*⁵⁷⁸ Je zřejmé, že zde převažuje hodnota lidského života a je jasné, že osoba vyhrazující si toto právo nejedná čestně a nedává se očekávat ani to, že by takové osobě tímto vznikla škoda.
2. mudrc neměl slibovat, že na základě představy zisku velkého dědictví bude tancovat na náměstí, a pokud by od smlouvy odstoupil dědictví nepřijmout, leda že by těch peněz využil v zájmu obce tedy ve veřejném zájmu⁵⁷⁹: *Quid? si qui sapiens rogatus sit ab eo, qui eum heredem faciat, cum ei testamento sestertium milies relinquatur, ut antequam hereditatem adeat luce palam in foro saltet, idque se facturum promiserit, quod aliter heredem eum scripturus ille non esset, faciat quod promiserit necne? Promisisse nollem et id arbitror fuisse gravitatis; quoniam promisit, si saltare in foro turpe ducet, honestius mentietur, si ex hereditate nihil ceperit, quam si ceperit, nisi forte eam pecuniam in rei publicae magnum aliquod tempus contulerit, ut vel saltare, cum patriae consulturus sit, turpe non sit.*⁵⁸⁰ Tak, jak uvádí Cicero je myslím jasné, že mudrc vzhledem ke svému postavení neměl nic takového slibovat, jelikož tancováním na náměstí by

⁵⁷⁷ Cicero de off.3,24 první část fragmentu 93.

⁵⁷⁸ Představme se, že někdo dá nemocnému lék proti vodnatosti a přitom si vymíní, jestliže se díky němu uzdraví, aby ho potom už nikdy neužil. A nemocný by se tím lékem uzdravil, jenže po několika letech by zas upadl do stejné nemoci, ale nemohl by dosáhnout na tom člověku dovolení užít ten lék znovu – co by měl v tom případě dělat? Uvážíme-li, že ten člověk, jenž nechce dát svolení, je nelidský a že se mu neděje žádná křivda, je třeba dbát na záchranu života.

⁵⁷⁹ Cicero de off.3,24 druhá část fragmentu 93.

⁵⁸⁰ A podobně si představme, že by někdo chtěl učinit mudrce dědicem a odkázat mu v závěti sto milionů sesterciů, ale dříve by ho požádal, aby za dne veřejně tančil na náměstí, a dejme tomu, že by to mudrc slíbil, poněvadž jinak by ho ten člověk dědicem neustanovil – měl by svůj slib splnit či nikoli? Především to neměl slibovat, to myslím žádala jeho důstojnost. Ale jelikož to již slíbil, tedy pokud by pokládal tanec na náměstí za něco nečestného, bude pro něho čestnější, jestliže slib poruší tím, že z dědictví nic nepřijme, leda že by použil těch peněz k nějaké zvláštní službě otci, tak že v tom případě, kdyby jednal v zájmu vlasti, ani tím veřejným tancem by si nezadal.

velmi pravděpodobně snížil svoji důstojnost. V takovém případě by tedy bylo nejlepší slib nesplnit, jelikož takové jednání nešlo spravedlivě po mudrcovi vyžadovat a čestné dědictví nepřijmout, leda že by zde právě převažoval zájem v tom, že by s dědictvím vykonal něco pro obec, tedy ve veřejném zájmu.

3. v bájném příkladu neměl Jupiter brát k sobě na vůz svého syna Phaetona, i když mu to slíbil⁵⁸¹: *Sol Phaetonti filio, ut redeamus ad fabulas, facturum se esse dixit, quidquid optasset. Optavit, ut in currum patris tolleretur; sublatus est; atque is ante quam constitit ictu fulminis deflagavit; quanto melius fuerat in hoc promissum patris non esse servatum.*⁵⁸² Příklad řeckého boha slunce a jeho syna dokazuje, že není potřeba dodržovat sliby těm, kterým mohou být na škodu. Dalším takovým obdobným případem jsou dva následující:
4. smrt Hyppolita na základě přání jeho otce Thésea, které si vymohl na Poseidonovi⁵⁸³: *Quid? quod Theseus exegit promissum a Neptuno? Cui cum tres optationes Neptunus dedisset, optavit interitum Hippolyti filii, cum is patri suspectus esset de noverca; quo optato impetrato, Theseus in maximis fuit luctibus*⁵⁸⁴ a stejně tak:
5. obětování Iphigenie jejím otcem Agamemnónem⁵⁸⁵ Dianě⁵⁸⁶: *Quid? quod Agamemnon cum devovisset Dianae, quod in suo regno pulcherrimum natum esset illo anno, immolavit Iphigeniam, qua nihil erat eo quidem anno natum*

⁵⁸¹ Cicero de off. 3,25,94.

⁵⁸² Bůh slunce, abychom se uchýlili k bájím, slíbil svému synovi Faëthontovi, že mu splní každé přání. A ten si přál, aby ho otec vzal k sobě do svého vozu. Stalo se, a hle, ještě se tam ani pevně nepostavil, a shořel úderem blesku. Oč lépe by bylo, kdyby jeho otec slib neplnil.

⁵⁸³ Cicero de off. 3,25,95.

⁵⁸⁴ A co řekneme slibu, který si vymohl Théseus na Poseidonovi? Když mu Poseidon slíbil splnění tří přání, přál si smrt svého syna Hippolyta, kterého podezřival z nedovoleného poměru s nevlastní matkou. Ale když toto jeho přání bylo splněno, zachvátil jej největší smutek.

⁵⁸⁵ Spartský král musel obětovat svou dceru, jelikož by jinak nemohla vyplout výprava k Troji, jelikož dříve zabil posvátnou laň bohyně Artemis (římská bohyně Diana) a ta tak na ně snesla kletbu špatného počasí. Příběh pak dál u Euripída pokračuje putováním jejího bratra Oresteia a mstou jejich zavražděného otce.

⁵⁸⁶ Cicero de off. 3,25,95.

*pulchrius. Promissum potius non faciendum, quam tam taetrum facinus admittendum fuit.*⁵⁸⁷

V klasickém a poklasickém právu je toto doplněno Paulovou sentencí, která nám říká, že se nemusí dodržovat úmluvy, které sledují nemravný cíl⁵⁸⁸: *pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda*⁵⁸⁹ a dále Ulpianus uvádí⁵⁹⁰: *pacta dant legem contractui*⁵⁹¹, že dohoda je závazná jako právo. V justiniánském kodexu se objevuje velké zpřísnění, které uvádí: *Pacta conventa, quae neque contra leges nec dolo malo india sunt, omnimodo observanda sunt*⁵⁹², že je třeba dodržovat smlouvy uzavřené řádně a poctivě.

Fides pak Cicero dále definuje ve 2. knize *De officiis*, a to tak, že⁵⁹³: *Fides autem ut habeatur duabus rebus effici potest, si existimabimur adepti coniunctam cum iustitia prudentiam. Nam et iis fidem habemus, quos plus intellegere quam nos arbitramur quosque et futura prospicere credimus et cum res agatur in discrimenque ventum sit, expedire rem et consilium ex tempore capere posse; hanc enim utilem homines existimant veramque prudentiam.*⁵⁹⁴ důvěru mají mít lidé, kteří přesvědčí ostatní o své spravedlnosti a rozumné prozíravosti. A to proto, že u těchto lidí počítáme s tím, že budou schopni ve správnou chvíli předvídat budoucí vývoj a budou schopni najít stanovisko a rozhodnout tak, jak to situace bude vyžadovat. Pak pokračuje, že: *Iustis autem et fidis hominibus, id est bonis viris, ita fides habetur, ut nulla sit in iis fraudis iniuriaeque suspicio. Itaque his salutem nostram, his fortunas, his liberos*

⁵⁸⁷ A což Agamemnon? Nezaslíbil Dianě to, co nejkrásnějšího se toho roku v jeho království narodí, a neobětoval potom Ifigenii, nad níž se toho roku nic krásnějšího nenarodilo? Raději neměl slib splnit, než se dopustit tak strašného činu.

⁵⁸⁸ Paulus D 2,14,27,4. ad edictum, kniha III.

⁵⁸⁹ Nemusí být dodržovány dohody, které sledují nečestný cíl.

⁵⁹⁰ D 2,4,17,5, Ulpianus ad edictum, kniha IV.

⁵⁹¹ Co bylo dohodnuto, je zákonem smlouvy.

⁵⁹² Je třeba dodržovat uzavřené smlouvy, které nebyly uzavřeny v rozporu se zákonem ani se listivými úmysly, a to za všech okolností.

⁵⁹³ Cicero de off. 2,9,33.

⁵⁹⁴ Důvěry pak můžeme dosáhnout dvěma vlastnostmi: jestliže přesvědčíme lidi o své spravedlnosti a rozumné prozíravosti. Neboť důvěru chováme zejména k těm lidem, o nichž soudíme, že jsou bystřejší než my, o nichž věříme, že předvídají budoucí vývoj a že v rozhodném okamžiku budou s to najít východisko a rozhodnout se tak, jak to budou okolnosti vyžadovat. Především v tom spatřují lidé prospěšnou a skutečnou rozumnost.

*rectissime committi arbitramur*⁵⁹⁵ a dále uvádí, že z těchto dvou vlastností je váženější spravedlnost⁵⁹⁶: *Harum igitur duarum ad fidem faciendam iustitia plus pollet, quippe cum ea sine prudentia satis habeat auctoritatis; prudentia sine iustitia nihil valet ad faciendam fidem. Quo enim quis versutior et callidior, hoc invisior et suspectior detracta opinione probitatis. Quam ob rem intellegentiae iustitia coniuncta quantum valet habebit ad faciendam fidem virium, iustitia sine prudentia multum poterit, sine iustitia nihil valebit prudentia*⁵⁹⁷, jelikož té si lidi váží, i když není spojená s prozíravostí.

Projevem dobré víry v obligačním právu bylo zařazení formule „*quidquid dare facere oportet ex bona fide*“⁵⁹⁸.

Projevem žalob v dobré víře je tak to, že soudce má rozhodnout, kolik se má žalobci plnit, podle dobrého a spravedlivého, tedy podle *aequitas*, k tomu u ekvity uvedený fragment z Insitucí.⁵⁹⁹

Iudicia bonae fidei se tak formálně vyznačovala tím, že formule vždy po demonstraci obsahovala neurčitou intenci s dodatkem *ex fide bona* – s tím, že J. Vážný⁶⁰⁰ tak předchozí ustanovení institucí doplňuje v tom směru, že soudce má spornou záležitost (tedy dle něj kontrakt vzniklý v litiskontestaci) rozsoudit vzhledem ke všem vedlejším okolnostem a úmluvám.

Doložka *ex fide bona* tak ukládá porotci, aby odsouzený byl odsouzen k tomu plnit žalobci podle způsobu a mravů spravedlivých lidí, jak uvádí Gaius⁶⁰¹: *Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conueniat, utrum absoluere an ideo potius*

⁵⁹⁵ Spravedlivým a věrným lidem, zkrátka poctivým mužům, se pak prokazuje důvěra tím, že je nikdo nepodezírá ze lsti a bezpráví.

⁵⁹⁶ Cicero de off. 2,9,33 a 34.

⁵⁹⁷ Takovým lidem svěřujeme bez rozpaků svůj život, své jmění, své děti. Z těchto dvou vlastností více přispívá k získání důvěry spravedlnost, poněvadž té si lidi váží i tenkrát, když není spojena s prozíravostí. Prozíravost bez spravedlnosti však nikterak nebudí důvěru. Neboť čím je člověk prohnanější a chytřejší, tím víc ho nenávidíme a tím jen nám podezřelejší, ztratíme-li víru v jeho poctivost. Proto tedy spravedlnost spojená s bystrostí bude mít neomezenou možnost, aby člověku získala důvěru, spravedlnost bez prozíravosti může k tomu značně přispět, kdež to prozíravost bez spravedlnosti nedokáže v tomto směru nic.

⁵⁹⁸ Protože se sluší dáti na základě položky dobré víry.

⁵⁹⁹ I 4,6,30

⁶⁰⁰ Proces. Str. 41.

⁶⁰¹ Gai. Inst. 4,114.

*damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. nostri praeceptores absoluere eum debere existimant; nec interesse, cuius generis sit iudicium. et hoc est, quod uolgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. [.] de bonae fidei autem iudiciis idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. tantumdem et de in rem actionibus putant, quia formulae uerbis id ipsum exprimitur [. . . . vv. 7] sunt etiam in personam tales actiones in quibus ex-primitur [. . . . vv. 7] actum fuit⁶⁰² i Cicero⁶⁰³: *Q. Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur: ex fide bona.*⁶⁰⁴*

Dále Cicero mluví o doložce *ex fide bona* v souvislosti se zlým úmyslem, a to na příkladu rozhodnutí, která jsou vydávána nikoli na základě zákonné normy, ale právě na podkladě zásady dobré víry, a příkladně uvádí⁶⁰⁵: *Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae melivs aeqvivs, in fiducia vt inter bonos bene agier*⁶⁰⁶ formulí „rozhoduj co nejlépe a nejslušněji“ (spory o vrácení věna) a „necht’ se jedná poctivě, jak se sluší mezi poctivými lidmi“ (actio depositi).

Myšlenku tak dokončuje ve smyslu, že⁶⁰⁷: *Quid ergo? aut in eo, qvov melivs aeqvivs, potest ulla pars inesse fraudis? aut cum dicitur inter bonos bene agier, quicquam agi dolose aut malitiose potest?*⁶⁰⁸ je zcela nemožným, aby mohl být jakýkoli

⁶⁰² Zbývá nám prozkoumat, co je povinností soudce (v případě), když žalovaný vstoupí do řízení, ale poskytně žalobci uspokojení dříve, než bude vyneseno rozhodnutí: zda žalovaného osvobodit, anebo tím spíše odsoudit proto, že v době zahájení soudního řízení byl v takovém postavení, že by musel být odsouzen. Naši učitelé mají za to, že (žalovaný) musí být osvobozen a že nezáleží na tom, o jaký druh řízení se jedná. Proto se také běžně říká, že Sabinus a Cassius považují všechny spory za absolutorní. Stoupenci druhé školy s tím nesouhlasili, jednalo-li se o žaloby přísného práva. O žalobách „v dobré víře“ soudí však stejně, protože při těch žalobách má soudce postavení volné. Podle jejich názorů platí totéž i při žalobách věcných, protože přímo slovy formule se vytýká, že žalovaný má být odsouzen pouze tehdy, když na vyzvání soude věc (žalobci) nevrátí.

⁶⁰³ Cic. de off.3,17,70.

⁶⁰⁴ Nejvyšší pontifex Quintus Scaevola říkával, že zvláštní důležitosti mají všechny ty soudy, při nichž se užívá zásady podle dobré víry.

⁶⁰⁵ Cic. de off.3,15,61.

⁶⁰⁶ Ve zvláštních případech takových soudů vynikají zejména tyto formule: při soudním jednání o vrácení věna „rozhoduj co nejlépe a co nejslušněji“, při sporech o vrácené svěřené věci „necht’ se jedná poctivě, jak se sluší mezi poctivými lidmi“.

⁶⁰⁷ Cic. de off.3,15,61.

⁶⁰⁸ A což je přípustný jakýkoli pokus o podvod tam, kde platí zásada „co nejlépe a nejslušněji“? Nebo může se jednat lstivě a se zlým úmyslem tam, kde se mluví o „poctivém jednání mezi poctivými lidmi“?

podvod (*dolus malus*), tam kde platí zásada „co nejlépe a nejslušněji“ a zásada „poctivého jednání mezi poctivými lidmi“. Osobně se z kontextu domnívám, že Římané toto vnímali asi tak jako my dnes vnímáme protimluv, jako něco co zcela nepřichází v úvahu v jednom smyslu.

Ne však od začátku, kdy se začala používat doložka *ex fide bona* se o ní mluvilo v souvislosti s žalobami. Jak uvádí L. Heyrovský⁶⁰⁹, za dob Ciceronových se používal výraz *arbitria* nebo *iudicia, in quibus additur ex fide bona*⁶¹⁰, příkladem je tento Ciceronův text: *Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona.*⁶¹¹ Později klasičtí právníci mluví o *iudicia bonae fidei*, následně teprve až v době poklasické se používá výrazu *actiones bonae fidei*.

I dle J. Vážného klasičtí spíše používali termínu *iudicia bonae fidei*, než *actiones bonae fidei* (vzhledem k tomu, že se to týká způsobu, kterým má soudce vykonávat své officium).⁶¹²

Domnívám se, že z výše uvedených odkazů se dá dovodit, že pokud v souvislosti s římským procesním právem a ať už jeho zásadami či principy, tak že výraz žaloby v dobré víře (*actiones bonae fidei*) je až výrazem mladším (používaným nejdříve v době poklasické, i když z hlediska interpolací je i toto sporné), ale v klasickém římském právu, ať už období republiky či období principátu se mluvilo o soudních řízeních v dobré víře. Z toho pak vyplývá důraz na osobu soudce, na výkon rozsudku i na procesní strany.

Na tomto místě bych se ráda na chvíli zastavila právě u Ciceronova rozdílu mezi *iudicia* a *arbitria bonae fidei*. Je nesporné, že název pochází od postavy soudce, který sporný případ ve fázi *apud iudicem* rozhodoval, a to buď jako *arbiter* či *iudex*. V době republiky se tyto dvě postavy odlišovaly, postupem času splynuly a byly používány promiscue, proto i já pak dále v práci nedělám rozdíl mezi těmito.

⁶⁰⁹ Proces str. 162

⁶¹⁰ Řízení, ve kterých je přidána doložka dobré víry. citace: Cic. de off.3,15,61

⁶¹¹ Ostatně tak řečený *dolus malus*, zlý úmysl, podvod, byl trestán i zákony, například poručnická zpronevěra zákony dvanácti desek a podvod na neplnoletých zákonem Plaetoriovým a rozhodnutími, jež se dějí bez zákonných norem podle zásady dobré víry.

⁶¹² Vážný. Str.41.

Každopádně musím vzít v potaz informace, které velmi pravděpodobně souvisí se starým legisakčním řízením. To bylo svázané formalismy a soudce byl vázán instrukcí prétora z litiskontestace. Na jeho volnou úvahu mu nezbýval prostor. To se ale postupem času, dobývám území, nabýváním na intenzitě obchodních vztahů změnilo a i prétor sám začal vytvářet právo, vznikl formulový proces a soudce získal prostor pro svou úvahu. A zde se nám právě rozděluje soudce, *iudex*, který nemá při svém rozhodování volný prostor pro úvahu a soudce, rozhodčí tzv. *arbiter*, který má volnou úvahu ve svém rozhodování.

Časově na to navazuje rozvoj *iudicii bonae fidei*, a tak vidíme, že v případech, kdy byl soudce povinen odsoudit dlužníka podle formule s doložkou *ex fide bona*, tak v těchto případech se soudce nazývá *arbiter*, jak uvádí Cicero⁶¹³: *Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint "boni" et quid sit "bene agi," magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*⁶¹⁴ Proto pak jsou taková řízení nazývána *arbitria bonae fidei*. I O. Sommer⁶¹⁵ ve své učebnici římského práva hovoří přímo o tom, že soudce se zde nazývá *arbiter*, což dokládá fragmentem z Gaia⁶¹⁶: *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in uerborum*

⁶¹³ Cicero de off. 3,17,70.

⁶¹⁴ Věru významně zní právní formule, abych nebyl oklamán a podveden tebou nebo skrze víru v tebe, zlatá jsou slova, jakož se sluší, aby poctivě a bez podvodného úmyslu bylo jednáno mezi lidmi poctivými. Ale kdož jsou „poctiví lidé“ a co znamená „poctivě jednat“, to je velká otázka. Nejvyšší pontifex Quintus Scaevola říkával, že zvláštní důležitosti mají všechny ty soudy, při nichž se užívá zásady podle dobré víry, a přikládal zásadě dobré víry velmi širokou platnost, a to ve sporech týkajících se poručnictví a obchodních společností, věcech svěřených a mandátů, koupí a prodejí, nájmu a pronájmů, tedy založených na vztazích, na nichž spočívá společenský život.

⁶¹⁵ Str. 115 I.

⁶¹⁶ Gai. Inst. 3,137.

*obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur.*⁶¹⁷

Cicero⁶¹⁸ pak jen dokládá, že v iudiciu *bonae fidei* vládne „*directum, asperum, simplex*“, naopak v arbitriu *bonae fidei* „*mite modaratum: quantum aequius et melius sit dari*“: *Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae; ad iudicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus; ad arbitrio hoc animo mimus, ut neque nihil neque tantum quantum postulavimus, consequamur. Ei rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quod est in iudicio? Directum, asperum, simplex: si paret dari. Hic nisi planum facit ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quod est in arbitrio? Mitem moderato: quantum aequius et melius sit dari.*⁶¹⁹

Sám Cicero ve své 3. knize O povinnostech tak označuje *iudicia bonae fidei* při sporech o vrácení věna, o vrácení svěřené věci, o kupní smlouvě, viz výše⁶²⁰ (hned uvádí konkrétní příklad na vysvětlení zásady).

Definuje zásadu *bona fides* jako „co nejlépe a nejslušněji“ a mluví o „pocitivém jednání mezi pocitivými lidmi“. Rozebírá, zdali je reálný pojem pocitiví lidé a pocivé jednání, a rozšiřuje⁶²¹: *Ego tamen habeo (exceptionem) sed tectiorem ex Q. Muci P.f. edicto Asiatico EXTRA QUAM SI ITA MEGOTIVM GESTVM EST VT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA*⁶²² tak, jak uvádí Scaevola⁶²³ jako další příklady sporů

⁶¹⁷ Dále se při těchto smlouvách zavazuje jeden druhému tak, že jeden druhému musí řádně a spravedlivě poskytnout plnění, zatímco jinak při obligacích verbálních jeden stipuluje a druhý slibuje a při obligacích literárních jeden zápisem vydání zavazuje a druhý je zavazován.

⁶¹⁸ Cicero pro Rosc. com. 4,10.

⁶¹⁹ *Iudicium* zní na konkrétní peněžitou částku, *arbitrium* na neurčitou, proto k tomuto řízení takovýmto způsobem přistupujeme, aby totiž celý spor jsme oddálili nebo dobrovolně opustili, k *arbitriu* poznamenáváme, aby nikdo nebyl o tolik žádán, pokračujeme. A samotná slova této formule jsou dědictvím. Co je tedy v iudiciu? Jasně, drsně, jednoduché: jestliže se má dát. Proto tady nerozšiřujeme svoje práce ke spisům, jelikož k tomu není důvod. A co je v arbitriu? Stručně řečeno: ať se daří do té míry, kolik je spravedlivé a lepší.

⁶²⁰ Cic. de off. 3,17,70.

⁶²¹ Cic. ep. ad Att. 6,1,15.

⁶²² Ačkoli mám úpravy svého ediktu, které jsou rovnocenné, ale méně zřetelně vyjádřené (převzaté od asijského ediktu Quinta Mucia Scaevoly k synovi Publiovi) – je tedy poskytnuto to, že za předpokladu, že na základě dohody není poskytnuto, co by bylo poskytnuto v dobré víře na základě ekvity.

⁶²³ Quintus Mucius Scaevola, augur, vynikající právník a řečník, učitel M. T. Cicerona, byl konsulem roku 117 př. n. l., str. 550 Encyklopedie antiky, r. 82 př. n. l. byl zavražděn Mariovými přívrženci na foru, byl provinčným místodržícím i pontifikem maximem a jako první zpracoval systematicky civilní právo v 18 knihách, které bylo později mnohokrát citováno. Scaevola prosazoval princip *bonae fidei*

(žalob) v dobré víře: spory týkající se poručnictví, spory ohledně obchodních společností, spory týkající se věcí svěřených, sporu z příkazních smluv, spory z kupní smlouvy (uváděl již i Cicero), smlouvy z nájmu a pronájmu. Tedy dle něj se jednalo o vztahy, na kterých spočíval společenský život. Z toho vychází i fakt, že běžné obligační poměry denního života byly v římském právu formulovány jako *dare facere ex fide bona*.⁶²⁴ Tzn. „že dlužník byl zavázán z těchto kontraktů plnit podle zásad slušnosti zachované mezi poctivými lidmi.“

Proto, jak nám uvádí Gaius ve své čtvrté knize institucí, jsou *iudicia bonae fidei*: spory z kupní smlouvy, spory ze smlouvy nájemní, z nepřikázaného jednatelství, z příkazní smlouvy, ze smlouvy o úschově, z fiducie, ze společenské smlouvy, z poručnictví, rozdělení věna, z ruční zástavy, z rozdělení rodinného majetku a z rozdělení spoluvlastnictví⁶²⁵: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex emptio vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, pro tutelae, rei uxoriae, commodati, pigeneraticium, familiae, erciscundae, communi dividendo*.⁶²⁶

Pokud porovnáme výklad nám podaný Gaiem a Ciceronem, vychází nám z něj, že Gaius uvádí navíc ve svém výčtu řízení o sporu žalobu z nepřikázaného jednatelství, o úschově a na vydání věna.

O řízeních v dobré víře mluví např. i O. Sommer, a to tak, že byly postupem času povoleny v souvislosti s nepřikázaným jednatelstvím⁶²⁷ - pánova *actio negotiorum gestio* a gestorova *contraria*, a jako zvláštní příklad žaloba z poručnictví: *actio tutelae directa* a *contraria*. Právě proto je možné, že v dřívější době ještě nebyly známy.

ve svém ediktu a řídil se tímto principem i ve svém soukromém životě (Cicero jako příklad toho uvádí, že potom, co viděl vilu, kterou si koupil, připlatil prodávajícímu navíc 100 tis., neboť Cic. de off. 3,15,62: *Nemo est, qui hoc viri boni fuisse neget, sapientis negant.* /Nikdo by nepopřel, že to bylo jednání poctivého muže, ale že by byl moudrý, když takto jednal, to lidé popírají/). Podle vzoru jeho ediktu vydal Cicero svůj edikt pro Cilicii. Sommer, O.: Prameny soukromého práva římského. Str. 72.

⁶²⁴ Viz výše.

⁶²⁵ Gaius Inst. 4,62.

⁶²⁶ Žaloby, podle zásady dobré víry posuzované, jsou pak tyto: ze smlouvy o koupi a prodeji, ze smlouvy o nájmu a pronájmu, z nepřikázaného jednatelství, z příkazu, ze smlouvy uschovací, z fiducie, ze smlouvy společenské, z poručnictví, žaloba na vydání věna (*iudicium rei uxoriae*), žaloba z půjčky, z ruční zástavy, žaloba na rozdělení rodinného majetku, žaloba na rozdělení spoluvlastnictví.

⁶²⁷ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského, II. díl. Str. 80.

Každopádně i v Digestech je obsažena Ulpianova zásada, že⁶²⁸: *negotiorum gestorum directa et contraria competit*.⁶²⁹

Jako historicky novější pramen římského práva se nám nyní již o žalobách zmiňují justiniánské instituce, které uvádějí, že existuje velké množství žalob (zde je možné pozorovat posun od slova *iudicium bonae fidei* ke slovu *actio bonae fidei*), zároveň uvádí, že existují i žaloby přísného práva. Žalobami v dobré víře jsou: žaloby ze smlouvy o koupi a prodeji, z nájmu a pronájmu, z nepřikázaného jednatelství, z příkazní smlouvy, z úschovy, ze společenské smlouvy, z poručenství, z půjčky, ze smlouvy o ruční zástavě, na rozdělení rodinného majetku, na rozdělení spoluvlastnictví, žaloba s předepsanými slovy, z vetešnické smlouvy stejně jako žaloba, která se rodí z výměny věci za věc, a žaloba dědická, jak uvádí Instituce⁶³⁰: *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio, Quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit*.⁶³¹ Objevuje se zde tedy nově navíc žaloba s předepsanými slovy, žaloba, která se rodí z výměny věci a žaloba vetešnická. Zejména pak ještě samotné ustanovení odkazuje, že jako nová je žaloba dědická již nově uváděna následující konstitucí⁶³²: *Illo, ne in posterum dubitetur, observando, ut et ipsa hereditatis petitio omnimodo bonae fidei iudiciis connumeretur*.⁶³³

⁶²⁸ Ulp. D 3,5,19.

⁶²⁹ Žaloba přímá i nepřímá z nepřikázaného jednatelství soutěží.

⁶³⁰ I 4,6,28.

⁶³¹ Mnohé žaloby jsou žalobami v dobré víře, některé jsou žalobami přísného práva. Žalobami v dobré víře jsou žaloby ze smlouvy o koupi a prodeji, z nájmu a pronájmu, z jednatelství bez příkazu, z příkazní smlouvy, z úschovy, ze společenské smlouvy, z poručenství, z půjčky, ze smlouvy o ruční zástavě, na rozdělení rodinného majetku, na rozdělení spoluvlastnictví, žaloba s předepsanými slovy, z vetešnické smlouvy, stejně jako žaloba, která se rodí z výměny věci za věc, a žaloba dědická. Neboť i když bylo až dosud jakkoli nejisté, zda patří dědická žaloba mezi žaloby v dobré víře anebo nikoli, přece jen naše konstituce jednoznačně stanovila, že je žalobou v dobré víře.

⁶³² C 3,31,12,3, císař Justinián k Johannovi, vydáno 1. září r. 531.

⁶³³ Musí být také vzato do úvahy, že v budoucnu nemůžou existovat žádné pochyby o tom, že žaloba dědická by měla být zařazena mezi žaloby spravedlivé (žaloby v dobré víře). Action for an inheritance shall be classed as an equitable one (bona fidae).

Dále je v justiniánských institucích uvedeno, že i žaloba na vrácení věna byla rovněž žalobou v dobré víře, ale postupem času byla převedena pro nadbytečnost do žaloby ze stipulace a samotná tato žaloba zrušena⁶³⁴: *Fuerat antea et rei uxoriae actio ex bonae fidei iudiciis: sed cum pleniorum esse ex stipulatu actionem inveniunt omnes, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem, quod de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito rei uxoriae actione sublata ex stipulatu, quae pro rea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit.*⁶³⁵

Z výše uvedeného však vyplývá, že tato žaloba jistě byla žalobou v dobré víře jak za Cicerona, tak za Gaia. Stipulace se nám tak stává žalobou v dobré víře pro případ, když žena žaluje na vydání svého věna a ohledně hypotéky má přednost před ostatními věřiteli, jak doplňují Instituce⁶³⁶: *Sed et tacitam ei dedimus hypothecam: praeferrunt autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experietur, cuius solius providentia hoc induximus.*⁶³⁷

V institucích se nám tedy nově jako žaloby s doložkou *ex fide bona* objevují také žaloby z *iducia commodata* (z půjčky), *pigneraticium* (ze smlouvy o ruční zástavě), *familiae erciscundae* (na rozdělení rodinného majetku), *communi dividendo* (na rozdělení spoluvlastnictví), *de aestimato* (z vetešnické smlouvy) a *ex permutatione* (ze směny).

Zde bych chtěla uvést v komplexnosti jeden příklad klasického *iudicia bonae fidei*, a to příklad, který svědčí o praxi římské jurisprudence, která rozšířila povinnost ručit při kupní smlouvě pouze za to, co bylo prohlášeno (od Zákoníku dvanácti desek) a trest přicházel i za výslovné zamlčení rozhodných skutečností. V tomto případě chtěli

⁶³⁴ I 4,6,29, první část fragmentu.

⁶³⁵ Žaloba na vrácení věna byla dříve žalobou v dobré víře. Ale když jsme zjistili, že žaloba ze stipulace obsahuje více, zahrnuli jsme proto celou úpravu, která se před tím týkala věna, s mnoha odlišnostmi kvůli slibu na vydání věna, do žaloby ze stipulace, poté co byla žaloba na vrácení věna správně zrušena, je žaloba ze stipulace, která byla zřízena pro ty případy, v nichž se vrácení věna tak velmi blíží žalobám v dobré víře, také žalobou v dobré víře.

⁶³⁶ I 4,6,29, konec fragmentu.

⁶³⁷ Přidělili jsme jí však mlčky uzavřenou generální hypotéku. Stanovili jsme, že manželka, v jejíž prospěch jsme toto nařídili, má mít, když žaluje na vydání svého věna, ohledně hypotéky přednost před ostatními věřiteli.

augurové pozorovat na Kapitolu (*in arce*)⁶³⁸, a tak rozkázali na Tiberiu Claudiu Centumalovi, který byl majitelem domu na vrchu Caeliu, aby zbořil jeho hořejší části, které jim bránili v pozorování. Ten ale dům prodal Publiovi Calpurniovi Lanariovi, potom, co mu augurové oznámili stejný příkaz, dům zbořil. Avšak následně poté, co se dozvěděl o tom, že Tiberius Claudius Centumalis tuto informaci měl, předvolala jej před soud, a žaloval po něm náhradu škody podle zásady dobré víry. Soudce Marcus Cato⁶³⁹ mu škodu přisoudil a odůvodnil to tím, že podle zásady dobré víry je nutné, aby kupující věděl o nedostatku, o kterém ví prodávající.⁶⁴⁰

Formule z *actio empti* je v tomto případě následující: *M. Cato arbiter esto. Quod P. Calpurnius Lanarius de T. Claudio Centumalo aedes in Caelio monte sitas emit, quidquid ob eam rem T. Claudium P. Calpurnio dare facere oportet ex fide bona, eius T. Claudium P. Calpurnio condemna.*⁶⁴¹

⁶³⁸ Paulus Festi p.18 *auguraculum appellabant aniqui qaum nos arcem dicimus, quo ibi augures publice auspicarentur* /Augury můžeme pojmenovávat ty, o kterých říkáme, že na Kapitolu vydávali veřejné věštby/. Trochu nešťastný je v tomto směru český překlad, který v obou verzích překladu *De officiis* (antická knihovna, Ludvíkovský, jak vydání z roku 1940, tak i roku 1970) uvádí výraz na hradě, místo na Kapitolu.

⁶³⁹ Soudce Marcus Cato je otcem známého římského řečníka Marca Catona ml.

⁶⁴⁰ Cicero de off. 3, 16,66... *Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscrispsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus)is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere. Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor.../Stalo se například, že augurové, hodlající konat věštecké pozorování na hradě (Kapitolu), rozkázali Tiberiu Claudiu Centumalovi, který měl dům na vrchu Caeliu, aby zbořil ty jeho části, jejichž výška jim bránila v pozorování, ale Claudius ten dům prodal. Koupil jej Publius Calpurnius Lanarius. Augurové mu oznámili týž rozkaz. A tak Calpurnius dům zbořil, ale když se dověděl, že Claudius prodal dům až potom, co mu augurové uložili jej zbořit, pohnal ho před smírčího soudce se žádostí, aby se mu dostalo náhrady, pokud by mu ji Claudius byl povinen dát a poskytnout podle zásady dobré víry. Soudcem byl Marcus Cato, otec mého slavného přítele Catona – neboť jako jiní lidé se označují jmény svých slavných otců, tak se sluší, aby tento otec tak skvělého muže byl označován podle jménem svého syna, a ten (pod jménem svého syna) jako soudce vynesl toto rozhodnutí: „Když při prodeji o té věci věděl a neohlásil ji, je povinen nahradit kupci škodu.“Rozhodl tedy, že zásada „dobré víry“ vyžaduje, aby kupující věděl o nedostatku, o němž ví prodávající.*

⁶⁴¹ M. Cato budiž soudcem. Potrestej, pokud se prokáže, že P. Calpurnius Lanarius od T. Claudia Centumala koupil dům na vrchu Caelio a cokoli za tímto účelem T. Claudius P. Calpurniovi má dát, co se sluší na základě dobré víry.

U dvoustranných žalob v dobré víře náležela každé ze stran žaloba (obě strany jsou tedy zároveň dlužníkem i věřitelem) např. *actio venditi* vs. *actio empti*, *actio locati* vs. *actio conducti*. U jednostranných žalob, kde ale pro druhou stranu existovala také povinnost něco plnit druhé straně, žaloba, která se použije na ochranu hlavního nároku je *actio directa* či *actio principalis* anebo *iudicium rectum*. A žalobou na vymožení plnění od hlavního oprávněného je pak *actio contraria* či *iudicium contrarium*. V předklasickém právu mohla být tato obrana z *actio contraria* uplatněna pouze jako *actio* (*contraria*) proti *actio directa*, v klasickém právu se ale toto změnilo a *actio contraria* je použitelná i bez této předchozí kondicionality, což jasně dokazuje Paulus⁶⁴²: *contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae*⁶⁴³ i Ulpianus⁶⁴⁴: *Hanc actionem dandam placet et si tutelae iudicio non agatur: etenim nonnumquam pupillus idcirco agere tutelae non vult, quia nihil ei debetur, immo plus in eum impensum est, quam quod ei abest, nec impediendus est tutor contrario agere.*⁶⁴⁵

Zároveň se pak také *actio contraria* a *actio directa* mohly objevit v jedné formuli, jako např. uvádí L. Heyrovský⁶⁴⁶ tuto intenci „*quidquid alterum alteri dare facere oportet ex fide bona*“⁶⁴⁷. Což umožňovalo, aby byl zároveň odsouzen i žalobce.

Actiones bonae fidei byly koncipovány jako *in ius conceptae*. L. Heyrovský dále uvádí⁶⁴⁸, že stejně jako pro *iudicia directa* byly i pro *iudicia contraria* udíleny *formulae in ius conceptae* s doložkou *ex fide bona*, což lze doložit Gaiovým fragmentem z Digest⁶⁴⁹: *Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandatu, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet: si vero sine mandatu, placuit quidem sane*

⁶⁴² D 13,6,17,1.

⁶⁴³ Proti žalobě z půjčky se může vznést i bez hlavní žaloby tak, jako je to při ostatních žalobách, které se nazývají protižaloby.

⁶⁴⁴ D 27,4,1,8.

⁶⁴⁵ Má se za to, že žaloba může být zaručena dokonce i v případě, kdy spor není nesen v žalobě z opatrovnictví, občas si opatrovaný nepřeje zahajovat soudní řízení proti svému opatrovníkovi z toho důvodu, že mu nic nedluží, anebo na druhou stranu by musel vydat více nákladů, než by mohl získat, a v takovém případě je umožněno, aby opatrovník vznesl protižalobu.

⁶⁴⁶ str. 165 Heyr. proces.

⁶⁴⁷ Ať už jeden či druhý má dát, co se sluší podle zásady dobré víry. Viz výše Cic. de off. 3,17,70.

⁶⁴⁸ Heyrovský, L.: Římský civilní proces. Str. 165 pozn. 4.

⁶⁴⁹ Gai. D 44,7,5 pr., první část fragmentu.

*eos invicem obligari eoque nomine prodatæ sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequè invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri præstare oportet...*⁶⁵⁰ Domnívám se, že tak, jak jsem i výše uvedla krátkou genezi vývoje v této oblasti, tak logičnost, kterou Římané do své práva vnášeli by jim ani nedovolovala tyto dvě věci tak úzce spolu související řešit rozdílně.

Bona fides se postupně projevovala nejen v závazkovém právu a soudních řízeních (resp. žalobách), ale i v dalších oblastech hmotného civilní práva a v majetkových vztazích jako jsou např.: Publiciánská žaloba⁶⁵¹, nabytí plodů v just. právu, držba a vydržení.

Všechna *iudicia bonæ fidei*, na které odkazuje intence žalobce výrazem „*ob eam rem*“⁶⁵² a jsou pouze ve formuli s „*quidquid...dare facere oportet*“⁶⁵³ a ne ve formuli s „*quidquid paret...oportere*“⁶⁵⁴ obsahují demonstraci (důvod pro *dare facere oportet* tak neleží v intenci, ale v demonstraci).⁶⁵⁵ Právě díky tomu, že *actiones bonæ fidei* byly velmi časté, a bylo tedy potřeba u každé z nich určit konkrétní *causu*, byla součástí formule i demonstrace. Žalobám v dobré víře se obsáhle věnuje XIX. titul Věčného Ediktu⁶⁵⁶, který se nazývá „*De bonæ fidei contractibus*“⁶⁵⁷, konkrétně se věnuje *depositi vel contra* (§106), *fiduciae vel contra* (§107), *mandati vel contra* (§108), *pro socio* (§109), *pro aestimato* (§110), *empti venditi* (§111) a *locati conducti* (§112).

Jako příklad formule žaloby s doložkou dobré víry si vypůjčuji formuli *actionis empti* uvedenou P. Blahem⁶⁵⁸: *Gaius Seianus iudex esto*.⁶⁵⁹ *Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio rem qua de agitur emit, qua de re agitur*⁶⁶⁰, *quidquid ob eam rem*

⁶⁵⁰ Tam, kde někdo vyřizuje obchodní záležitosti za nepřítomnou osobu na základě příkazní smlouvy s ní uzavřenou, je zřejmé, že z učiněné smlouvy, žaloba z příkazní smlouvy bude ležet mezi stranami, a každá z nich může dokázat, jak jednala směrem k správnosti podle zásady dobré víry.

⁶⁵¹ Věcná žaloba, kterou se bonitární vlastník či držitel v dobré víře mohou domáhat navrácení věci.

⁶⁵² Za tímto účelem.

⁶⁵³ Cokoli... sluší se dát udělat.

⁶⁵⁴ Cokoli se ukáže...sluší se.

⁶⁵⁵ Edikt příklady v titulu XIX. Bělovský, P., Skřejpek, M.: *Bona fides*. P. Blaho str. 16-17.

⁶⁵⁶ Lenel, O.: *Das Edictum Perpetuum*, XIX titul, str. 230 – 240, §106 - §112.

⁶⁵⁷ O smlouvách s doložkou dobré víry.

⁶⁵⁸ Bělovský, P., Skřejpek, M.: *Bona fides*, str. 16 – 17, *Bona fides* v římském závazkovém práve.

⁶⁵⁹ *Datio iudicis* (jmenování soudce): *Gaius Seianus*, nechť je soudcem.

⁶⁶⁰ *Demonstratio* (demonstrace): co se toho týká, že žalobce od žalovaného koupil tu a tu věc, o kterou záležitost se jedná.

*Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona*⁶⁶¹, *eius iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret, absolve (absolvito)*.⁶⁶²

Tím, že byla intence určena tak široce a rozsah kondemnice se tímto rozsahem řídí, zní *actio* na *incertum*. Kondemnice tady tedy obsahuje majetkové interesse, a to buď pozitivní (zisk, který by žalobce nabyl v případě uzavření smlouvy), anebo negativní (ztráta nákladů, které žalobce vynaložil s předpokladem, že jim uzavřená smlouva je platná).

Zároveň tak, jak dokazuje uvedená formule, bylo možné v případě *emptio venditio* vložit do demonstrace klauzuli *ex bona fide*, čímž neformální právní úkon získával ochrany od soudce jako úkon formální.

Jelikož výraz dobré a spravedlivé (*bonum et aequum*) je poměrně široký, určila postupem času na základě praxe římská jurisprudence určité okolnosti a postupně rozšiřovala, ke kterým by měl soudce přihlížet při rozhodování *ex bona fidei*, a tak v době klasického práva měl soudce přihlížet k neformálním vedlejším úmluvám stran (*pacta adiecta*), které ale byly učiněny současně s hlavní smlouvou (dodatečně pouze v mezích excepcí), také k běžným obchodním úmluvám, jak dokládá Ulpianus⁶⁶³: *solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis*⁶⁶⁴ či Paulus⁶⁶⁵: *Tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudiciis valet, quantum in stipulatione nominativ eius rei facta interrogatio*.⁶⁶⁶ Také měl soudce přisuzovat různá vedlejší plnění jako např. úroky, vybrané pohledávky, náhradu nákladů. A posuzovat modifikaci či zesílení ručení anebo lhůtu splatnosti, jak uvádí O. Sommer.⁶⁶⁷

Bona fides stále vždy působila automaticky proti *dolus malus (doli exceptio bonae fidei iudiciis inest)*⁶⁶⁸) a důležité bylo, že tak, jak se postupem času rozvíjela,

⁶⁶¹ *Intentio* (intence): co vždy žalovaný žalobci je proto zavázaný dát anebo vykonat podle doložky dobré víry.

⁶⁶² *Condemnatio* (kondemnice): Na takovou sumu, máš ty, soudce, odsoudit žalovaného ve prospěch žalobce. Jestliže se to však neprokáže, osvobod' jej.

⁶⁶³ Ulpianus D 2,14,7,5, pouze část textu.

⁶⁶⁴ Proto jsme zvyklí říkat, že co jsme si dohodli, vstupuje do žalob s doložkou dobré víry.

⁶⁶⁵ Paul. D 3,5,6. Obdobně dva další fragmenty z Digest: D 16,3,24 a D 21,1,31,20.

⁶⁶⁶ Tolik je platné v řízení na základě žaloby s doložkou dobré víry, kolik bylo slíbeno ve stipulaci na základě toho, co bylo dotázáno.

⁶⁶⁷ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského, II. díl. Str. 23.

⁶⁶⁸ Námitka zlého úmyslu je platná v řízení *bonae fidei*.

poskytovala poměrně širokou ochranu. S tím souvisí i *dolus*, který se používá ve veřejném právu jako úmyslné spáchání poškozujícího činu, a v právu civilním se objevuje jako samostatný prétorský delikt, ale také jako porušení povinnosti plynoucí z *bona fides*. V tomto aspektu se jedná o jakékoli chování přičící se zásadám služnosti a z toho také vyplývají již zmíněné následky. Tak, jak už bylo uvedeno, že *bona fides* automaticky vylučuje *dolus* a naopak automaticky soudce musí přihlížet k vedlejším úmluvám, je celkem pochopitelné z praktického hlediska, že již pak nebylo potřeba vkládat do formule *exceptio doli* a *exceptio pacti*, což dokládají Digesta na několika místech: *iudicium bonae fidei continet in se doli mali exceptionem*⁶⁶⁹, *exceptio doli bonae fidei iudiciis inest*⁶⁷⁰, *bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt*.⁶⁷¹

Zároveň zde bylo možné u *dolu* stejně jako u ostatních *iudicii bonae fidei* kompenzovat všechny nároky související s kontraktem v případě porušení smluvních povinností, jak dokládají Digesta⁶⁷²: *fides bona contraria est fraudi et dolo*⁶⁷³, proto se také nekládal dodatek restitučního řízení, jelikož pokud žalovaný nevrátil věc žalobci, ačkoli měl a mohl, bylo to již označeno za jednání dolosní, jak uvádí Ulpianus⁶⁷⁴: *videtur autem dolo facere dominus, qui cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere*.⁶⁷⁵

Výraz *contractus bonae fidei* je kompilátorským přenesením vlastností žalob na smlouvy, tudíž se jedná o výraz v římském právu ve své době nepoužívaný a později vnesený do římského práva. Což je poměrně zajímavé, pokud si to porovnáme s názvem XIX. titulu Ediktu.

Za republiky, tedy v období klasického římského práva, se *iudicia bonae fidei* rozdělovala na žaloby infamující a neinfamující. Infamující byly *actio fiduciae*, *pro socio*, *mandati*, *depositi* a *tutela*. Zde ale účinek infámie postihl jen ty, kdo své povinnosti porušili dolosně. Zatím co u neinfamujících žalob (např. *commodatum* či

⁶⁶⁹ D 30,84,5: řízení *bonae fidei* pokračují, pokud není podána námitka zlého úmyslu.

⁶⁷⁰ D 24,3,21: námitka zlého úmyslu v řízení *bonae fidei* není.

⁶⁷¹ D 18,5,3: v řízeních *bonae fidei* nejsou námitky dohodnutého.

⁶⁷² Paulus D 17,2,3,3 XXXII.

⁶⁷³ Dobrá víra je opakem podvodu a zlého úmyslu.

⁶⁷⁴ Ulpianus D 15,1,36.

⁶⁷⁵ Je vidět, že pokud někdo jedná ve zlém úmyslu, který má možnost žádat o restituci, tak o ni žádat nemůže.

negotiorum gestio) se ručilo již za nedbalost. Pro doplnění uvádím, že v klasickém právu byla infamie opuštěna a byl formulován tzv. princip utility, podle něhož se v obligacích *bonae fidei* ručí za *dolus* i *culpa* (*utrisque contrahentis utilitas intervenit*⁶⁷⁶), za *dolus* se ručí pouze v tom případě, pokud má na smlouvě a jejím plnění zájem pouze a jen věřitel, jak uvádí Digesta⁶⁷⁷: *sicut in contractibus fidei bonae servatur it, si quidem utrisque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantum modo praestetur*.⁶⁷⁸

Princip dobré víry v *iudicia bonae fidei* se také projevuje při volné úvaze soudce, jak uvádí Gaius⁶⁷⁹: *Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere: nec enim aperte formae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur*⁶⁸⁰ a při vzájemném odečtení pohledávek tzv. kompenzaci⁶⁸¹: *habita ratione eius quo invicem actorem ex eadem causa praestare oportet, in reliquum eum cum quo solum est condemnare*.⁶⁸² Rozhodce má právo započíst pohledávky, a to díky principu pekuniární kondemnace i pohledávky, které nejsou stejného druhu. Rozsudek je pak vydán na zbylou částku.

Ve dvou případech nařizoval kompenzaci prétorický edikt, ale i zde jen odečtení pohledávek do jejich vzájemné výše z hlediska sporné částky. Soudce tak má rozhodnout, kolik se má žalobci plnit, podle dobrého a spravedlivého, tedy podle *aequitas*.

Dále se hovoří o započtení v případě, že i žalobce je povinen plnit žalovanému, jak uvádí Justiniana⁶⁸³: *Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus*

⁶⁷⁶ Mají-li na smlouvě a jejím splnění zájem obě strany.

⁶⁷⁷ D 30,108,12, Africianus, V. kniha Quaest. 2. část fragmentu.

⁶⁷⁸ Jestliže je smlouva výhodná pro obě strany, tak ten, kdo by měl doručit majetek je odpovědný za nedbalost, ale tam, kde je výhodná pouze pro jednoho, doručitel je odpovědný jen na podvod.

⁶⁷⁹ Gai. Inst. 4,63.

⁶⁸⁰ Záleží ovšem na vůli soudce, zda k možnosti vzájemné kompenzace vůbec přihlédne. Slovy formule se mu to totiž výslovně nepřikazuje, ale protože se při žalobách v dobré víře (kompenzace) považuje za vhodnou, má se za to, že patří k jeho povinnostem.

⁶⁸¹ Gai. Inst. 4,61.

⁶⁸² Aby (soudce) vzal v úvahu to, co by z téhož důvodu měl zase žalobce povinnost plnit (žalovanému) a dosoudil žalovaného (jen) na přebytek.

⁶⁸³ C 4,31,14pr. a 1 (první část), vydáno 1. listopadu r. 531.

*nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.*⁶⁸⁴ 1: *Imperator Justinianus: Ita tamen compensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratoris ambagibus spem condemnationis excludi. hoc itaque iudices observent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et ampliorem ecere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali componant*⁶⁸⁵, toto započtení se nevztahuje pouze na smlouvy z úschovy, jelikož by nebylo správné, aby uschovatel byl zkrácen při vydání uschované věci, což uvádí druhá část fragmentu z konstituce císaře Justiniana⁶⁸⁶: *excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus.*⁶⁸⁷ K závěru tento fragment⁶⁸⁸ ještě hovoří o tom, že kompenzace není možná v případě, kdy jedna ze stran drží majetek dolosně: *Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur*⁶⁸⁹, což odpovídá obecné, výše uvedené zásadě, že *bona fides a dolus* se nemohou potkat, což je opět zcela v souladu se zásadou ekvity.

Při *iudiciis bonae fidei* je dlužník povinen nahradit škodu vzniklou jeho prodlením. Dobrá víra neumožňuje, aby bylo dvakrát vymáháno to samé, což dokládá Gaius⁶⁹⁰: *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.*⁶⁹¹

⁶⁸⁴ Nařizujeme, že dluhy mohou být započteny po právu, a není rozdíl mezi žalobami osobními a věcnými.

⁶⁸⁵ Nařizujeme, že kompenzace může být požadována pouze v situaci, ve které se hovoří o jasně určené částce a je to dovoleno a soudce může povolit kompenzaci bez problémů. Proto by mohlo žalostné, že potom co možná mnoho různých pohledávek bylo započteno, a když byl důvod prokázán, pak může protistrana po provedení obrany žádat kompenzaci pro dluhu jistému a nezpochybnitelnému a tím zabrání odsouzení v otázkách, které zdržují případ. Soudce musí zvažovat vše, a proto nesmí rychle povolit kompenzaci, když se jedná o žalobu přísného práva. Jestliže se zjistí, že kompenzace vyžaduje obsáhlejší dokazování a vyšetřování, musí ji vyhradit dalšímu řízení.

⁶⁸⁶ C 4,31,14,1 2. část, císař Justinian, vydáno 1. listopadu r. 531.

⁶⁸⁷ Výjimkou je žaloba z úschovy, která podle příkazu nemůže být započtena.

⁶⁸⁸ C 4,31,14,2.

⁶⁸⁹ Těm, kdo drží majetek druhých na základě podvodu, není umožněna kompenzace.

⁶⁹⁰ D 50,17,57 Gaius kniha XVIII k provinčnímu ediktu.

⁶⁹¹ Není vidět dobrá víra, pokud je žádáno dvakrát.

Dalším, již vícekrát zmíněným projevem dobré víry je to, že soudce na základě ní a veřejného zájmu rozhoduje (*utei eis e re publica fideque sua videbitur*⁶⁹²).⁶⁹³

Na základ kapitoly o *bona fides* bych chtěla uvést, že *bona fides* a *aequitas* tvořily podle mě myšlenkově, morálně i hodnotově systém římského práva a jeho zásad. Tyto dvě zásady tvoří jakousi nadstavbu, kdy *aequitas* stojí nejvýšeje přímo v oblacích, dobrá víra je o něco užší, ale pořád je o stupeň výše než všechny uvedené další zásady. Proto se i logicky ve svém výkladu posouvám od nejabstraktnější zásady, což je *aequitas* přes konkrétnější dobrou víru až k různým dílčím zásadám, které nezbytně na tyto navazují.

V závěru této kapitoly se nabízí věnovat pozornost fragmentu z Digest, který zřetelně o vztahu dobré víry a ekvity hovoří. Jedná se o fragment z deváté knihy Disputací Tryphonina⁶⁹⁴ v Digestech uvedený v knize šestnácté, titulu třetím a fragmentu třicátém prvním.

*Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.*⁶⁹⁵

Osobně se domnívám, že text tohoto fragmentu jakoby kruhem uzavírá výklad o ekvité i dobré víře. Jelikož jsem uvedla překlad fragmentu a po výkladu v předchozích kapitolách si myslím, že fragment dokazuje jasně to, co bylo výše v nich řečeno.

⁶⁹² Uvidí podle toho, jaký je veřejný zájem a jeho dobré víry.

⁶⁹³ Constitution, Metzger str. 193, např. Livius 22,33,9 (zpětné povolání konsulů v době války) či podobně Livius 25,7,4, či 41,9 nebo 26,16,4.

⁶⁹⁴ Claudius Tryphoninus byl řeckým politikem a právníkem, autor děl *Responsa* a *Disputationes*.

⁶⁹⁵ Dobrá víra, která je vyžadována ve smlouvách, vyžaduje nejvyšší stupeň ekvity, ale můžeme odhadovat, že ekvita je ve vztahu k *ius gentium*, anebo v souladu s *ius civile* a *ius praetorium*? Například, strana, která byla obžalovaná z hrdelního zločinu, si uložila sto aureů u tebe, pak byla potrestána a její majetek propadl státu. Měly by být uschované peníze vráceny jemu, anebo svěřeny státní pokladně? Jestliže se podíváme na *ius naturale* a *ius gentium*, peníze by měly být vráceny odsouzenému. Ale pokud budeme postupovat podle *ius civile* a jeho ustanovení, pak by měly být uložené peníze předány státní pokladně, a to pro předání lidem chudým a nemocným, aby to sloužilo jako příklad jiným k odrazení od trestné činnosti.

V duchu kazuistické povahy římského práva jsem i já své pojednání o *aequitas* a *bona fides* ukončila příkladem.

4 Zásada defensní povinnosti

*defensio, -ionis, f.*⁶⁹⁶: odrážení (něčeho), hájení a obrana před soudem, s gen.subj.:⁶⁹⁷ *hac spe Sopatri d. nititur*,⁶⁹⁸ s gen. obj.:⁶⁹⁹ *tu mihi Cornelia defensionem obicis*;⁷⁰⁰ *quid est in hac causa, quod defensionis indigeat?*⁷⁰¹ obhajovací řeč: *defensionem scribere*;⁷⁰² důvod k obraně: *istum ex communi calamitate defensionem ullam somere non sinam*;⁷⁰³ *hic d. nulla est.*⁷⁰⁴

Zásada defensní povinnosti se zejména projevuje, a také se tak na ni budu soustředit, v souvislosti s procesním řízením legisakčním a procesním řízením formulovým.

Položím-li otázku, co defensní povinnost je, lze deklarovat, že se jedná o povinnost bránit se, obhajovat se před soudem. S tím bych se sice mohla spokojit, pak by však bylo na snadě ptát se, proč se vlastně něčím tak triviálním v práci zabývám. Opak je však pravdou. Samotná problematika zásady defensní povinnosti je poměrně komplikovaná.

Pokud ale pátrám po počátcích povinnosti, musím se zamyslet nad tím, jak k takové obraně docházelo. Na základě studia historických pramenů si snad mohou dovolit tvrdit, že vždy jako první, co právu logicky předcházelo, byla právě svémoc. Situace, kdy každý bránil své a za pomoci jakýchkoli možných a dostupných prostředků

⁶⁹⁶ Pražák, Novotný, Sedláček, str. 348.

⁶⁹⁷ Druhý pád (podmětu).

⁶⁹⁸ Cicero in Verrem, 2.3: *...et hac una spe, tota defensio Sopatri niteretur...* / a tato naděje, celá obrana spočívala Sopaterských /M. T. Ciceronis quae exstant omnia opera: cum ..., Svazek 2, Vydání 1. Str. 439.

⁶⁹⁹ Druhý pád (předmětu).

⁷⁰⁰ Cicero: předhazuješ mi, že obhajuji Cornelia.

⁷⁰¹ Cicero in PRO SEX. ROSCIO AMERINO oratorio: Co je v této věci, která vyžaduje obranu. str. 31 Cicero pro Sextus Roscio oratorio, A. Dyck.

⁷⁰² Cicero: psát obhajobu. Velmi často se vyskytuje na různých místech u Cicerona např. v díle *De oratore*.

⁷⁰³ Cicero: nedovolí žádné bláznivé obrana z obecné pohromy.

⁷⁰⁴ Cicero in Verrem 2,5: zde se nelze ospravedlnit.

(krásným příkladem je např. Chammurapiho zákoník⁷⁰⁵ – oko za oko, zub za zub), dalším logickým a nezbytným prvkem bylo řešení problémů, resp. samotná obrana, a to po právu, na základě právních norem a v souladu s rozhodnutími státních orgánů. Tak o tom hovoří i nejrůznější prameny jako např. i V. Scialoja.⁷⁰⁶ Podstatné je ale zamýšlet se nad známým fragmentem a principem přirozeného práva, který mluví o tom, že pokud někdo chce, aby se mu dělo něco špatného, není možné ho následně bránit – *vim vi repellere licet*.⁷⁰⁷

Je potřeba přemýšlet nad tím, jestli každý žalovaný je zavázaný povinností se bránit, či pouze někteří; zda se týká každé podané žaloby či ne, zda se vztahuje pouze na aktivní konání u soudu, či na dostavení se či nedostavení. Také je třeba se ptát, k čemu slouží a jaké jsou následky v případě jejího nerespektování a co nesmím opominout je skutečnost, jež k vytvoření takového institutu vedla.

Jak je dobře známo, řízení formulové i legisakční se dělilo do dvou fází, a to *in iure*⁷⁰⁸ a *apud iudicem*.⁷⁰⁹ Tyto dvě oddělovala tzv. litiskontestace, právní ustavení sporu. K tomu, aby k ní mohlo dojít, musely obě strany aktivně konat. Litiskontestace se tak stávala vlastně kontraktem stran, kdy jím byl zaevidován stav, jak jej strany vylíčily včetně všech dalších námitek a odsouhlasily. Samotnému soudci už pak zbývalo pouze prověřit faktickou stránku věci a podle toho osvobodit či odsoudit k tomu, co bylo litiskontestací určeno (za formulového řízení šlo o kondemnaci, resp. kondemnační sumu). Pakliže uvážím, že se jednalo o kontrakt, implikuje tento fakt dohodu dvou stran o podmínkách sporu, litiskontestací tak předcházelo aktivní jednání obou stran.

U žalobce můžeme jeho aktivitu jasně vypořadovat v podání žaloby a dalším vedení sporu, u žalovaného byla vyžadována aktivita právě proto, aby mohlo dojít k litiskontestaci. Tato součinnost spočívala za prvé v tom, že bylo potřeba, aby se

⁷⁰⁵ Starobabylonský zákoník krále Chammurapiho vydaný kolem let 1800 či 1686 př. n. l. patří mezi nejstarší dochované právní předpisy.

⁷⁰⁶ *Procedura Civile Romana*. Str. 51.

⁷⁰⁷ Je dovoleno odrážet násilí násilím. Ulp. D 43.16.1.27. *Vim vi repellere licere cassius scribit idque ius natura comparatur: apparet autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere.*// Cassius napsal, že je dovoleno odrážet násilí násilím tak, jak to vychází z přirozeného práva: zdá se také, řekl, že i zbraněmi je povoleno odrážet násilí.//

⁷⁰⁸ Po právu, řízení před magistrátem.

⁷⁰⁹ Řízení před soudcem.

k soudu dostavil a dále aby se žalovaným spolupracoval při utváření sporu před magistrátem. Tím, že se tato součinnost a aktivní konání v některých případech stává pod hrozbou sankce závazným, mluví se o zásadě defensní povinnosti.

Žalovaný resp. kdo je nejprve obeslaný, povoláný k soudu (*in ius vocatus*⁷¹⁰) měl jako svou první povinnost se k soudu dostavit: SI IN IUS VOCAT, ITO. NI IT, ANTESTAMINO: IGITUR EM CAPITO⁷¹¹, resp. se musel minimálně dostavit jeho zástupce, ať už se iniusvokace, tedy povolání k soudu, stala kdekoli, což dokládá Ulpianus⁷¹²: *In ius vocari non oportet neque consulem neque praefectum neque praetorem neque proconsulem neque ceteros magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt et iubere in carcerem duci: nec pontificem dum sacra facit: nec eos qui propter loci religionem inde se movere non possunt: sed nec eum qui equo publico in causa publica transvehatur. praeterea in ius vocari non debet qui uxorem ducat aut eam quae nubat: nec iudicem dum de re cognoscat: nec eum dum quis apud praetorem causam agit: neque funus ducentem familiare iustave mortuo patientem.*⁷¹³ Pokud se ani žalovaný ani jeho zástupce nedostavil, mohl být žalobcem uchopen a na soud odvečen: SI CALVITUR PEDEMVE STRUIT, MANUM ENDO IACITO⁷¹⁴, s tím, že pokud byl takový žalovaný starý či nemohoucí, měl žalobce povinnost dát mu k dispozici jednoduchý vůz, aby se tam mohl dostat: SI MORBUS AEVITASVE VITIUM ESCIT, IUMENTUM DATO. SI NOLET, ARCERAM NE STERNITO.⁷¹⁵

⁷¹⁰ Před právo volaný. Heyrovský. Str. 227.

⁷¹¹ Leges duodecim tabularum, deska I., 1. Volá-li na soud, (ať jde), jestliže nejde, ať vezme svědky: pak ať ho odvede.

⁷¹² Ulp. D 2,4,2.

⁷¹³ Není běžné, aby byl konsul, prokosul, prétor či proprétor povoláván k soudu v době, kdy vykonávají svůj úřad a navíc mohou kohokoli obvinít, potrestat či uvěznit. Ani kněží nemůže být předvolán v době, kdy vykonává náboženské obřady, ani ti, kteří se z důvodu posvátnosti místa, na kterém jsou, se z něj nemůžou vzdát ani ten, kdo je vezen veřejným povozem na cestu ve veřejném zájmu. Ani muž, který vstupuje do manželství s ženou, by neměl být předvolán, ani svědek, ani soudce, který vystupuje v soudním řízení ani muž, který vykonává soudní úkony před prétozem, ani ten, kdo pohřbívá někoho ze svého domu či vykonává pohřební rituál. /.

⁷¹⁴ Leges duodecim tabularum, deska I., 2. Zdráhá-li se, anebo jestli utíká, ať na něj vloží ruku.

⁷¹⁵ Leges duodecim tabularum, deska I., 3. Je-li překážkou nemoc nebo stáří, ať mu ten (kdo volá na soud) dá potah, nebude-li chtít, nemusí ho dát.

To, že se žalovaný na soud pouze dostavil, však nestačilo, proto bylo potřeba, aby žalovaný začal aktivně konat a proces převzal: *cogitur (compellitur, arguetur) iudicium accipere (suscipere)*⁷¹⁶ anebo *actionem excipere, pati.*⁷¹⁷, což potvrzuje např. Papinianus, když říká⁷¹⁸: *Cum hereditas ex trebelliano senatus consulto restituitur, si res urgueat et metus erit, ne per absentiam forte fideicommissarii dies actionis exeat, heres iudicium suscipere cogitur.*⁷¹⁹ Žalovaný takto poskytuje řádnou součinnost k ustavení soudního sporu, hovoří se o něm tak, že *iudicio defendit*⁷²⁰, anebo ve stručnější podobě, že *defendit se*⁷²¹, *rem*⁷²², *causam suam*⁷²³ nebo *propriam*⁷²⁴ tak, jak uvádí např. Ulpianus⁷²⁵: *Recte defendi hoc est iudicium accipere vel per se vel per alium, sed cum satisfactione: nec ille videtur defendi, qui quod iudicatum est non solvit.*⁷²⁶ Obsahem takové součinnosti je jak říká J. Vážný⁷²⁷, že žalovaný, pokud je dotazován na to, zda je vinný či nevinný, alespoň odpoví (kdo neodpoví je tak *quo in iure non responderit*)⁷²⁸ a přikloní se k jedné z variant, dále, že žalovaný přijme žalobní formulí (*iudicium accipere*), což je *condicio sine qua non* k tomu, aby mohla proběhnout litiskontestace, dalším krokem je to, že ve chvíli, kdy si strany volí soudce z *alba iudicia*⁷²⁹, nezamítá žalovaný záměrně každého soudce proto, aby znemožnil dohodu o jakémkoli z nich, ba dokonce se nemusí ve všech případech jednat o pouze tyto nutné

⁷¹⁶ Musí převzít řízení.

⁷¹⁷ Žalobu strpět.

⁷¹⁸ Papinianus D 36,1,51 pr. Podobně D 36,1,31 pr. (přijetí legátu), D 39,3,7 pr. (škoda způsobená tokem vody), D 40,12,24,3 (propuštění na svobodu).

⁷¹⁹ Jestliže je navraceno dědictví podle status konsulta trebellianského, a jestliže je věc urgentní a je mu vyhrožováno hrozí, i přes nepřítomnost ručitele dny běží, a tak dědic musí převzít dědictví.

⁷²⁰ Brání soudní řízení.

⁷²¹ Brání sebe.

⁷²² Brání věc.

⁷²³ Brání svůj případ.

⁷²⁴ Brání případ vlastní.

⁷²⁵ Ulp. D 5,1,63 A podobně D 50,17,52, D 42,4,5,3.

⁷²⁶ Oprávněná obrana je taková, kde se strana připojí k případu, buď sama anebo někým zastupovaná, ale vždy poskytne zajištění, ale nikdo není považován za obránce, kdo nezaplatí zajištění, které mu soud uložil.

⁷²⁷ Vážný, J.: Římský proces civilní. Str. 25, bod 5.

⁷²⁸ Ten, kdo v řízení neodpovídá. The Legal Procedure of Cicero's Time, str. 255. Toto je známo pouze z *Lex Rubria*. Dokonce ani z Ciceronovy řeči pro Quinta toto není patrné, jelikož takovou situaci Cicero řešit nemusí.

⁷²⁹ Seznam soudců.

kroky, ale i o další věci, které jsou pro daný spor typické a nezbytné jako např. že žalovaný neposkytne záruku, neučiní přísahu, nepředá věc či nepředvede osobu, kterou má ve své moci. Naproti tomu o donucení žalovaného k této součinnosti aktivně konat se mluví jako o tom, že žalovaný *cogitur*⁷³⁰ nebo *compellitur se defendere*⁷³¹, nebo se *debet defendere*.⁷³² O. Sommer⁷³³ o žalovaném mluví tak, že musí v rámci defensní povinnosti učinit vše, co je potřeba k uzavření litiskontestace a je tedy povinen *iudicio se defendere*.⁷³⁴

Výše popsaná defensní povinnost tak, jak ji popsal L. Heyrovský⁷³⁵, poskytnout součinnost, je však užší nežli povinnost dostavit se před soud v rámci injusvokace. Žalovaný tak za prvé nemá povinnost se bránit v případě, kdy jej žalobce předvolal a žaluje před nepříslušným soudem. Defensní povinnost je tedy vázána na stejné aspekty jako klasická soudní příslušnost. O tom, že soud je příslušný, se v pramenech hovoří tak, že: *ibi defendus est, ibi debet se defendere, debet defendendi, ibi rem esse defendam*⁷³⁶, což např. vyjadřuje v konkrétním případě Ulpianus⁷³⁷: *Heres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit, et conveniendus, si ibi inveniatur, nulloque suo proprio privilegio excusatur*⁷³⁸ a *Si quis tutelam vel curam vel negotia vel argentariam vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loci administravit: etsi ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere et, si non defendat neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur*.⁷³⁹

⁷³⁰ Je myšleno.

⁷³¹ Je přinucen se bránit.

⁷³² Musí se bránit.

⁷³³ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 43.

⁷³⁴ Bránit se v soudním řízení.

⁷³⁵ Heyrovský, L.: Římský civilní proces. Str. 296.

⁷³⁶ Tam, kde je žalovaný, tam se musí bránit, bránit se musí, tam kde je věc k bránění (se).

⁷³⁷ Ulp. D 5,1,19 pr. Velmi podobně i 2. odstavec tohoto fragmentu, D 42,5,1 či D 46,7,5,8.

⁷³⁸ Pokud je nepřítomný dědic, musí převzít svoji obranu na místě, kde zesnulý smluvil dluh, a musí být žalován zde, jestliže může být nalezen a nemůže namítat jakoukoli dílčí výhodu.

⁷³⁹ V případě, kdy kdokoli kdo vykonával opatrovnictví, pečovatelské, nebo nějaké obchodní záležitosti, nebo bankovní, nebo cokoli, z čeho může vzrůst jakýkoli závazek na jakémkoli prokazatelném místě, musí se bránit tam (na tom místě), dokonce i v případě, kdy tam není místně příslušný. A jestliže se tam nebrání a nemá tam domov, musí povolit, aby jeho majetek byl převzat do držby.

Pokud se jedná o legáty⁷⁴⁰ obcí, v rámci jejich *ius revocandi domum*⁷⁴¹, jak o tom hovoří Ulpianus⁷⁴²: *Legatis in eo quod ante legationem contraxerunt, item his qui testimonii causa evocati sunt vel si qui iudicandi causa arcessiti sunt vel in provinciam destinati, revocandi domum suam ius datur. eo quoque qui ipse provocavit non imponitur necessitas intra tempora provocationis exercendae romae vel alio loco ubi provocatio exercetur aliis pulsantibus respondere: nam celsus huic etiam domus revocationem dandam ait, quoniam ob aliam causam venerit*⁷⁴³, pak *Romae non compelluntur iudicium accipere, suscipere, pati, se defendere.*⁷⁴⁴

Dalším případem, ve kterém je použití defensní povinnosti omezenější než u injusvokace, je rozdílnost samotných žalob. Na některé je vázána defensní povinnost, na jiné ne. V případě, že žalovaný odmítá poskytnout potřebnou součinnost a aktivně tak konat k ustavení litiskontestace, mluví se o něm jako o *non defenditur*⁷⁴⁵, nebo že žalovaný *se uti oportet, non defendit*⁷⁴⁶ či že je *indefensus*.⁷⁴⁷

Zásadně má žalovaný defensní povinnost v případech, kdy je proti němu podána ***actio in personam***. V takových případech je totiž obrana žalobce velmi slabá a může jedině nepřímou působit na žalovaného. Naopak ale donucení k součinnosti je zde výrazně silnější, a to tak, že žalovaný může být k *ad iudicium accipendum*⁷⁴⁸ poměrně důrazně donucen. Prostředkem donucení bývá *missio in bona indefensi*⁷⁴⁹, ve zvláště obtížných případech dokonce i *ductio*⁷⁵⁰ obžalovaného. Tyto nepřímé výhrůžky jsou uvedeny v ediktu v titulu XXXVIII v §202 *Qui iudicatus prove iudicato erit.*⁷⁵¹

⁷⁴⁰ Místodržitelé provincií.

⁷⁴¹ Právo být povolání zpět.

⁷⁴² D 5,1,2,3. S tím, že s tím souvisí i další části fragmentu D 5,1,2,4 – 8.

⁷⁴³ Právo je zaručeno místodržitelům, kteří případ přenesli do místa své příslušnosti, tam kde byla smlouva uzavřena před nimi, než byli povoláni, a stejnou výhodu mají ti, kdo jsou předvoláni, aby přednesli důkazy, anebo byli posláni do provincií, aby tam předsedali jako soudci.

⁷⁴⁴ A tedy v Římě nikoho nenutí řízení převzít, konat či strpět, či se bránit.

⁷⁴⁵ Není bráněno.

⁷⁴⁶ Slušelo se, aby se hájil, přes to se nehájil.

⁷⁴⁷ Nehajitelný.

⁷⁴⁸ K přijetí soudního řízení.

⁷⁴⁹ Uvedení v držbu (majetku) neobhajitelného.

⁷⁵⁰ Odvedení žalovaného do vazby, jak uvádí Edikt XXXVI.

⁷⁵¹ Jaký soudce dokáže, co bude odsouzeno.

Missio in bona indefensi mohla nastat jako následek i v situaci, kde se *in ius vocatus* nedostavil k soudu v řízení *in iure*, zároveň i v situaci, kdy se k soudu sice na základě předvolání dostavil, ale odmítl poskytnout součinnost a aktivně působit k ustavení soudního řízení. K tomu mohlo dojít především v situacích, ve kterých žalobce nemohl předat žalovanému předvolání, dále jestliže žalovaný za sebe měl *vindexe*⁷⁵², ale ani toho nebylo možné nalézt, jak uvádí Ulpianus⁷⁵³: *Praetor ait: "in bona eius, qui iudicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defenderetur, iri iubebo"*⁷⁵⁴ nebo se schovával úmyslně, aby jej žalobce nemohl s žalobou najít, jak uvádí Gaius⁷⁵⁵: *Bona autem ueneunt aut uiuorum aut mortuorum: uiuorum, uelut eorum, qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur; item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudicatorum post tempus, quod eis partim lege XII tabularum, partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. mortuorum bona ueneunt uelut eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium iustum successorem existere.*⁷⁵⁶

Anebo se nenacházel u soudu, aniž by za něj před soudem vystupoval jeho zástupce. Zároveň mohla být *missio in bonam possessionem* použita proti žalovanému – nedospělci, choromyslnému, marnotratníkovi, právnické osobě – která neměla procesní způsobilost a nebyl při zahájení soudního řízení zastoupen zákonným zástupcem ani jiným defensorem, což mj. potvrzuje Ulpianus⁷⁵⁷: *Plane si non defendatur furiosus, curatorem ei dandum, aut bona eius ut possideantur, nominatim permittendum est. labeo autem scribit, si non inueniatur curator vel defensor furiosi, sed et si curator datus eum non defendat, tunc removendum eum et oportere praetorem dare curatorem*

⁷⁵² Rukojmí, viz výše uvedený druhý fragment z 1. desky Zákoníku dvanácti desek.

⁷⁵³ D 42,4,2 pr.

⁷⁵⁴ Prétor říká: „Nařídím odebrání držby majetku toho, kdo se zaručil, že se dostaví k soudu, ale nedostavil se a není nikým bráněn.“

⁷⁵⁵ Gai. Inst. 3,78, podobně Cic. pro Quinctio 19,60, a D 42,4,7,1, Lenel. Str. 400.

⁷⁵⁶ (Jako celek) se pak majetek prodává buď po lidech živých, anebo mrtvých. Po živých například (tehdy), když se ukrývají s úmyslem podvádět a nikdo je za jejich nepřítomnosti neobhajuje. Také (se prodává majetek) těch, kteří se podle zákona Iuliova majetku vzdávají. Také (majetek) lidí odsouzených (a sice) po lhůtě, která se jim ze zákona dvanácti desek, dílem z prétorského ediktu poskytuje k zaplacení peněžité částky. Majetek po mrtvých se prodává například (tehdy), když je jisté, že nejsou ani dědici, ani „držitelé pozůstalosti“, ani kdo jiný, kdo by se stal řádným nástupcem.

⁷⁵⁷ Ulp. D 42,4,7,10. Podobně D 42,4,3 fr.5 pr. 1.2; Lenel 399 – D 42,4,7, 9-12. D 3,4,1,2 fr. 8, Lenel 99,100.

*aliquem ex creditoribus, ut non amplius, quam necesse est, ex bonis furiosi veneat: eaque servanda labeo ait, quae solent servari, cum venter in possessionem mittitur.*⁷⁵⁸

Dalším případem, kdy mohla být *missio in bonam possessionem* použita byla situace, že dlužník zemřel a nikdo nepřevzal *defensi* pro jeho dluhy tzn., jedná se i o situace, kdy buď dlužník umřel zcela bez dědiců, jak např. uvádí výše uvedená fragment z Gaia⁷⁵⁹, anebo v případě, kdy byl *kapitisdeminuován*, což mj. uvádí justiniánské instituce⁷⁶⁰: *Erat et ex senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem adquisitio, cum libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per senatusconsultum amittebat et cum libertate substantiam: quod indignum nostris temporibus esse existimantes, et a nostra civitate deleri et non inseri nostris digestis concessimus.*⁷⁶¹

Fakticky převzetí držby nastává v případě, kdy žalovaný je sice přítomen ve fázi řízení *in iure*, ale odmítá poskytnout součinnost k ustavení sporu (*se iudicio uti oportet non defendit*⁷⁶²) či dokonce odmítá odpovědět na otázku magistráta (*si in iure non respondent*⁷⁶³). Magistrát v takovém případě na základě žádosti (*postulatio*) žalobce povolí, aniž by vykonal jakékoli konkrétné podrobné vyšetřování (*causa cognito*⁷⁶⁴), aba žalobce vstoupil do držení veškerého majetku žalovaného, aby tento postup veřejně vyhlásil a po uplynutí stanovené lhůty společně s ostatními věřiteli majetek žalovaného veřejně vydražil (*bona eius possideri proscribi venireque iubet*).⁷⁶⁵

⁷⁵⁸ Je zřejmé, že choromyslná osoba není hájená, a tedy opatrovník by měl být jmenován pro něj, anebo by mělo výslovně být poskytnuto povolení převést držbu jeho majetku. Navíc, Labeo říká, že jestliže není možné nalézt opatrovníka ani obhájce pro choromyslnou osobu, anebo jestliže opatrovník, který byl jmenován, nepodstoupí jeho obhajobu, pak by měl být vyměněn, a přetor musí jmenovat nového opatrovníka s příkazem, že více majetku choromyslné osoby než je potřeba, nemá být prodáno. Labeo přidává, že stejný postup by měl fungovat i tam, kde je nenarozené dítě uvedeno do držby majetku.

⁷⁵⁹ Gai. Inst. 3,78. Podobně D 49,14,1,1, Cic. pro Qunctio 19,60, Lenel. Str. 401.

⁷⁶⁰ I 3,12,1. Podobně Cic. pro Qunctio 19,60, D 4,5,7,2.3; J 3,12,1, Lenel 405 (D 4,5,2,1; Gai. 3,84; cf. 3,83.84, D 15,1,42, I 3,10,3), Lenel, O.: Das Edictum Perpetuum. Str. 113 ns.

⁷⁶¹ Politováníhodný případ univerzální sukcese existoval také na základě claudianského usnesení senátu, když svobodná žena zahořela prudkou vášní k otrokovi, ztratila podle usnesení senátu svobodu a spolu s ní taky majetek. Protože se domnívám, že tato úprava je v současné době nedůstojná, nařídili jsme, že se v naší říši ruší a nebude zahrnuta do Digest.

⁷⁶² Sluší se, aby se (žalovaný) ve svém vlastním sporu bránil.

⁷⁶³ Jestliže v řízení (*in iure*) neodpovídá.

⁷⁶⁴ Poznání věci.

⁷⁶⁵ Přišel napsat a veřejně vyhlásit. K tomu Lex Rubria 22.

Následně, po uplynutí stanovené lhůty, je žalovaný rovněž stížen infamií, jak např. uvádí Gaius⁷⁶⁶: *Unde qui facultates suas suspectas habet, solet seruum suum primo aut secundo uel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona ueneant, id est, ut ignominia, quae accidit ex uenditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo uitio, sed necessitate iuris bonorum uenditionem pateretur; sed alio iure utimur.*⁷⁶⁷ Osoba, která majetek na základě dražby získala, tak získává postavení univerzálního sukcesora, dlužníka, podle prétorského práva. Ba dokonce v takovém případě může nastat situace, u níž je například hodnocení zásady ekvity dost sporné a našly by se argumenty pro i proti, a to kdy budou moci věřitelé proti tomuto univerzálnímu sukcesorovi moc uplatnit *actiones in personam* jako *actiones utiles*, pokud se původní dlužník odmítl bránit a přispět tak k ustavení sporu.

Žalovaný, resp. v tomto okamžiku již *indefensus*, má stále ještě do chvíle, dokud není vydražen jeho majetek, šanci se začít bránit (a to buď sám anebo pomocí zástupce), s tím, že zároveň poskytne záruku (*satisdatio*), kterou ručí za to, že ve své obraně bude postupovat po právu, což dokládá Gaius⁷⁶⁸: *Quod si proprio nomine aliquis iudicium aliquid accipiat in personam, certis ex causis satisdare solet, quas ipse praetor significat. quarum satisdationum duplex causa est; nam aut propter genus actionis satisdatur aut propter personam, quia suspecta sit: propter genus actionis, uelut iudicati depensive aut cum de moribus mulieris agitur; propter personam, uelut si cum eo agitur, qui decoxerit cuiusue bona a creditoribus possessa proscriptaue sunt, siue cum eo herede agatur, quem praetor suspectum aestimauerit.*⁷⁶⁹ Uvedená skutečnost

⁷⁶⁶ Gai. Inst. 2,154 a obdobně Cic.pro Quinto 8,30; 15,50, lex. Iul.mun. 1.115,117.

⁷⁶⁷ Proto ten, kdo má podezření, že jeho majetek je přetížěn dluhy, ustanoví obyčejně na prvním či druhém nebo i vzdálenějším stupni svého otroka jako svobodného a dědice, aby se v případě, že věřitelé nebudou uspokojeni, prodaly v dražbě spíše statky tohoto dědice, než testátora samého, to je, aby potupa, která z dražebního prodeje statků vzejde, postihla spíše toho dědice, než testátora samého. Podle Fufidia soudí sice Sabinus, že toho (otroka) je třeba od potupy osvobodit, protože se dražebnímu prodeji statků podrobil ne vlastní vinou, ale v důsledku právní nutnosti, my (dnes) však užíváme práva jiného.

⁷⁶⁸ Gai. Inst. 4,102.

⁷⁶⁹ Podstupuje-li někdo řízení vlastním jménem na základě žaloby osobní, dává záruku v určitých případech, jež stanoví sám prétor. Důvody těchto záruk jsou dvojí: neboť záruka se dává buď vzhledem k druhu žaloby, anebo vzhledem k osobě, protože je podezřelá. Vzhledem k druhu žaloby například při „*actio iudicati*“ nebo „*actio depensi*“ anebo je-li žena žalována pro své mravy. Vzhledem

vyvolá právní účinek, který spočívá v tom, že dříve magistrátem povolená *missio in possessionem* ztrácí účinek a majetek se vrací do držby žalovaného.

I v dalších případech u *actiones in personam* bylo možné požadovat po žalovaném kauci (*iudicatum solvi*), i když plnil svou defensní povinnost. Jedná se předně o situaci, kdy už je soudní spor veden na základě *actio iudicati*, jde tedy o exekuci, anebo z jiných důvodů, které byly specifické pro žalovaného či daný případ, jako např. to, že žalovaný byl v úpadku a bylo tak třeba zajistit, aby měl věřitel šanci reálně vymoci své pohledávky, když soudní řízení vyhraje. Pokud kauci v takové situaci neposkytl, bylo na něj hleděno tak, jako by nesplnil defensní povinnost.

Specifickým, ale velmi závažným případem je situace, kdy se žalovaný stane *indefensus* na základě toho, že se nebránil proti *actio certae creditae pecuniae*.⁷⁷⁰ Zde se totiž žalobce může dostat nejen do konkursu, ale může být i rovnou odveden do vazby⁷⁷¹ (*duci iubet*⁷⁷²). Do vazby mohl být žalovaný odveden ale pouze v případě, že dlužil přesně určenou peněžitou sumu a odmítl dodržet defensní povinnost. Žalovaný může následkům indefense zabránit tak, že buď dluh přizná před prétozem (*confessio in iure*⁷⁷³) anebo, že poskytne potřebnou součinnost k ustavení sporu a soudní spor podstoupí. Dokonce i z vazby se může žalovaný nechat vysvobodit, tak že převezme svoji obranu, stejně jako v předešlém případě musí zřídit záruku, a to zde *satisfactionem iudicatum solvi*.⁷⁷⁴ Domnívám se, že je zřejmě vidět, že defensní povinnost sloužila de facto technicky k možnosti realizovat soudní řízení, a že prostředky jako vzetí do vazby byly prostředky krajní. Proto v případě, jakmile žalovaný začal spolupracovat, byla rychlá cesta zpět, byl z vazby propuštěn, byl mu navrácen jeho majetek do držby.

U ostatních žalob mohla být vazba pro nepřevzetí obrany nařízena u dalších žalob obligacních (*actiones de certa re* nebo *incerti*), ale to jen v případech, ve kterých byla místo původního předmětu požadována peněžitá částka.

k osobě například tehdy, když se žaluje člověk, který zpronevěřil peníze, anebo ten, jehož majetek byl zabrán věřiteli a veřejně vyhlášen, anebo žaluje-li se takový dědic, kterého prétoz označí za podezřelého.

⁷⁷⁰ Žaloba reagující na hospodářské a ekonomické poměry v Římě.

⁷⁷¹ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 44, Heyrovský, L.: Římský civilní proces. 298, Cvetler, J.: Rukojeť k přednáškám o soukromém právu římském Str. 8,

⁷⁷² Nařídí vazbu. Lex Rubria c. 21 (v 2 sq.) a Lenel XXXVIa.

⁷⁷³ Přiznání po právu.

⁷⁷⁴ Lenel, O.: Das Edictum Perpetuum. Str. 395.

Existují ale další žaloby, u kterých není žalovanému stanovena defensní povinnost. Obecně totiž není shledáno, že by podstata žaloby přímo spočívala v dané osobě, tedy většinou dlužníkovi a musel by se proto bránit on, ale problematická podstata spočívá v samotné věci. Mluví se zde tedy o obraně předmětu sporu (*rem defendere*).⁷⁷⁵ Žalovaný má defensní povinnost pouze v případě, kdy spornou věc odmítá vydat žalobci, pak jí musí hájit sám. Pokud jí ale nechce hájit sám a nechce tedy převzít tuto defensi (*si rem nolit defendere*⁷⁷⁶), nemůže věc u sebe držet a musí ji předat do držby žalobci: *carere debet eo duem non defendit*.⁷⁷⁷ Jak už jsem tedy uvedla, pokud by věc nepředal a ani ji nebránil, pak by opět nastaly následky indefense, a použila by se *missio in bona possessione* či případně *ductio*.

Mezi tyto žaloby řadíme:

1. *Actiones in rem*: žaloby tyto se týkají sporů vznikajících z práv věcných a práva dědického. Všeobecně se dá opřít o dvě zásady, a to za první o zásadu Furia Anthiana⁷⁷⁸ - *In rem actionem pati non compellimur*⁷⁷⁹ - a za druhé o zásadu Ulpiana – *Invitus nemo rem cogitur defendere*.⁷⁸⁰ Pokud žalovaný věc nebrání, má povinnost ji předat žalobci (tím, že je věc předána do držby žalobci, není ale v žádném případě vyřešena otázka, kdo je jejím vlastníkem, nemůže se tak předání věci stát ani *praeiudicium*⁷⁸¹), ten mu ale na oplátku musí předat záruku *satisdatio*, aby mohl případně do budoucna vystoupit tento žalovaný jako žalobce a vyžadovat po původním žalobci, nyní držiteli věci jako po žalovaném navrácení věci. Pokud mu žalobce ale takovou záruku neposkytne, jak uvádí L. Heyrovský⁷⁸², žalovaný si nechá věc ve své držbě.

Ve dvou případech bylo ještě třeba, aby žalovaný poskytl záruku žalobci před litiskontestací, a pokud tak neučinil, považovalo se to za porušení defensní

⁷⁷⁵ Bránit věc.

⁷⁷⁶ Jestliže nechce bránit věc.

⁷⁷⁷ Jestliže nechtěl věc bránit.

⁷⁷⁸ Právní rádce, o kterém není téměř nic známo. Obecně se soudí, že žil před vládou Alexandra Severa.

⁷⁷⁹ D 6,1,80: nejsme nuceni snášet věcnou žalobu.

⁷⁸⁰ D 50,17,156 pr.: nedobrovolně nikdo nemůže věc bránit.

⁷⁸¹ Určovací formule či vyřešení sporné otázky pro další budoucí spor. Sommer I. Str. 42

⁷⁸² Heyr. Str. 300.

povinnosti (*rem nolle defendere*⁷⁸³). Jednalo se za prvé o případ staršího řízení na základě *agere in rem per sponsionem*⁷⁸⁴, při které měl žalovaný poskytnout *satisfactio pro praede litis et vindiciarum*⁷⁸⁵ a za druhé o případ, kdy na základě řízení *agere per formulam petitoriam*⁷⁸⁶ měl žalovaný poskytnout *satisfactio iudicatum solvi*.⁷⁸⁷ Podstatné je si uvědomit, že první případ se týkal nejstaršího procesního řízení, tedy řízení legisakčního, zatím co případ druhé kauce se týkal procesního řízení historicky mladšího a navazujícího na řízení legisakční, tedy procesního řízení formulového. Ráda bych zde zmínila, a to se týká kaucí na všech místech, tak jak o nich v této kapitole píší, že účelem kaucí bylo předejít zlému úmyslu a vést tak soudní řízení plně v souladu s nadprincipem ekvity a vyšším principem dobré víry. Proto např. i J. Vážný⁷⁸⁸ hovoří o faktu, že poskytnutím záruky se dokládalo *dolum malum abesse afuturumque esse*.⁷⁸⁹

Jestliže žalovaný věc žalobci nepředal, přes to, že mu žalobce poskytl záruku, mohl si žalobce právně vynutit předání této věci, a to pomocí prétora, který mohl použít své prostředky, jimiž byla restitutorní interdikt⁷⁹⁰ uvedená v prétorském albu. Pokud se jednalo o vindikaci pozemku, mohl žalobce požádat prétora o vydání *interdicta Quem fundum*⁷⁹¹, dále jednalo-li se o vindikaci usufuktu mohl prétor vydat *interdictum Quem usum fructum*⁷⁹², a posledním

⁷⁸³ Nevůle věc bránit.

⁷⁸⁴ Jedná se o žalobu určovací, jejíž podstata spočívá v tom, že strany, které se soudí kvůli vlastnictví, uzavřou sázku ve formě slibu (*sponsio*), nepatrné sumy. Vznikla již v legisakčním řízení a stojí na přechodu k vlastnické žalobě řízení formulového (*formula petitoria*).

⁷⁸⁵ Jednalo se o stipulaci, která pocházela z původního ručení ručitelů zvaných *prades*...

⁷⁸⁶ Formule, která přenáší na rozhodce povinnost prokázat, zda sporná věc patří žalovanému či ne.

⁷⁸⁷ Zajištění pro vyřešení sporu.

⁷⁸⁸ Např. Vážný, J.: Římský proces civilní. Str. 55.

⁷⁸⁹ Do budoucna má chybět zlý úmysl.

⁷⁹⁰ Interdikta příkazující navrácení do původního stavu.

⁷⁹¹ Typově toto inderdiktum zapadá do skupiny *interdicta adipiscendae possessionis*, jehož cílem je, aby prétor poskytl držbu někomu, kdo ji dříve neměl (mezi další interdikt⁷⁹¹ v této skupině patří interdikt⁷⁹¹: *Quorum bonorum, possessorium, sectorium, quod legatorum* a *Salvianum*). Ed. §248 str. 210 *Somm. II, D 39,1,15. Edikt §255.*

⁷⁹² Interdiktum příkazující dát žadateli plody věci.

případem byla vindikace dědictví, kdy potřebným interdiktum bylo *interdictum Quam hereditatem*.⁷⁹³

Pokud žalovaný nesplnil ani potom, co proti němu byla vydána tato interdikta, vystavoval se klasickému nebezpečí při nedodržení defensní povinnosti, a to *missio in bona*. V případech, ve kterých byla předmětem sporu nemovitá věc, došlo k převodu držby věci (*translatio possessionis*) tak, že prétor zmocnil žalobce, aby si danou věc odvedl či odnesl (*duci vel ferri iubere*⁷⁹⁴), jak uvádí Ulpianus⁷⁹⁵: *Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est non fecit: veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est: ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur*.⁷⁹⁶ To se samozřejmě ale může týkat pouze věci, která byla fyzicky přítomna před prétozem při jednání. Pokud však věc na místě nebyla, měl žalovaný povinnost ji doručit a předat žalobci. V případě, že tak neučinil, měl žalobce právo proti němu podat *actio ad exhibendum*⁷⁹⁷, při které již měl defensní povinnost jelikož se jednalo o žalobu spadající pod *actiones in personam*. Jak uvádí Ulpianus⁷⁹⁸: *Haec actio perquam necessaria est et vis eius in usu cottidiano est et maxime propter vindicationes inducta est*⁷⁹⁹ a mnoho pozdějších autorů⁸⁰⁰ byla tato žaloba přímo nejvhodnější, byla připravena přímo jak pro vindikaci tak i reinvindikaci. Zároveň je tato žaloba řazena mezi *actiones*

⁷⁹³ Dle O. Sommera musí *indefensus* dědictví vydat, a je obligačně vázán i v situaci, kdy by se jej úmyslně zbavil (*dolo dessit possidere*). In Sommer II str. 277. O. Lenel, §229 Lenel – XLIII. Dle O. Sommera musí *indefensus* dědictví vydat, a je obligačně vázán i v situaci, kdy by se jej úmyslně zbavil (*dolo dessit possidere*).

⁷⁹⁴ Přikázat vzít či opanovat.

⁷⁹⁵ Ulp. D 2,3,1,1.

⁷⁹⁶ Předpokládá se, že odmítne poslušnost magistrátovi, který má soudní pravomoc a který má odmítat vykonat to, co bylo určeno, tak například, tam kde nikomu nedovolí přesunout osobní vlastnictví z jeho držby, ale dovolí, aby to bylo vzato pryč, a jestliže je proti následnému řízení, je to potom vnímáno tak, že to neposlouchá.

⁷⁹⁷ Žaloba na předložení věci.

⁷⁹⁸ Ulp. D 10,4,1.

⁷⁹⁹ Tato žaloba je velmi důležitá, je používána každý den a hlavně bylo představeno, že jde na účet sporů o navrácení majetku.

⁸⁰⁰ Lenel, Pissard, Maria, Henle.

*arbitrariae*⁸⁰¹, což má za následek, že směřuje nejen proti držiteli, který odmítá věc předložit, ale zároveň i proti původnímu držiteli věci, který se úmyslně věci zbaví. Odsouzení v obou případech zní i na *interesse*⁸⁰², tedy jak na škodu, která tím žalobci nad rámec sporné věci vznikla i na úbytek tím jemu způsobený na jeho majetku, včetně ušlého zisku.

Za justiniánského práva se situace změnila tak, že pokud žalovaný odmítne věc vydat, přes to, že je jejím držitelem či její držbu popře, i když je následně prokázána, pak zde existuje přímá možnost, resp. postup jako přímý dopad indefense, a to že věc je úředně žalovanému odebrána a je předána žalobci.

2. některé žaloby z obligací, které jsou charakteristické tím, že žalovaný dlužník se stává dlužníkem na základě jeho poměru z hlediska moci k určité osobě či k věci, ale to pouze po dobu, co poměr trvá. Jedná se o tyto:

a) *actiones noxales*⁸⁰³: žaloba je podána proti majiteli moci nad jeho podřízenými (děti či otroci) pro jejich závazky. Zde platí Pomponiovo⁸⁰⁴ tvrzení, že⁸⁰⁵ *noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo quem non defendit*⁸⁰⁶ a Gaiovo, že⁸⁰⁷ *non solum autem qui in potestate non habet recusare potest noxale iudicium, verum et habenti in potestate liberum est evitare (noble) iudicium, si indefensam eam personam relinquat.*⁸⁰⁸

⁸⁰¹ Jedná se o žalobu, kdy žalobce žádá vydání věci na rozdíl od peněz a žalovaný má právo po vydání rozsudku věc dobrovolně navrátit (tím se osvobozuje) a teprve, pokud by tak neučinil, bude určena peněžitá suma, kterou má za trest zaplatit.

⁸⁰² Vysvětlení bylo uvedeno v samostatné kapitole.

⁸⁰³ Žaloby na majitele osob, které způsobily škodu.

⁸⁰⁴ Sextus Pomponius byl právník žijící v první polovině druhého století.

⁸⁰⁵ Pomponius D 9,4,33.

⁸⁰⁶ Nikdo nemůže, proti své vůli, být nucen k tomu bránit jiného noxální žalobou, ale musí být jeho zbavený toho, kdo se odmítá bránit, jestliže je otrok, a tam, kde strana, která má moc je volná, měl by mít dovoleno bránit sebe za jakýchkoli okolností.

⁸⁰⁷ Gaius D 9,4,29.

⁸⁰⁸ Ne jenom může osoba, která nemá otroka ve své moci odmítnout odpovědět na noxální žalobu, ale také je mu dovoleno vyhnout se žalobě v situaci, kdy jej má ve své moci, jestliže opustí osobu nehájenou, ale v tomto případě musí převést jeho práva na žalobce, proto, aby se mu soudní řízení vyhnulo.

Podle R. Brtka⁸⁰⁹ byli synové i otroci úplně na stejné úrovni, jelikož oba byli podřízeni moci otce rodiny či pána. Dále uvádí, že zásadní ustanovení týkající se noxálních žalob jsou uvedena jak v Gaiových institucích, v *Lex Aquilia* a v Zákoníku dvanácti desek, tak i v prétorských ediktech, což dle mého názoru plně odpovídá výčtu pramenů uvedených v této kapitole. Ze čtvrté knihy fragmentu sedmdesát sedm Gaiových institucí – *omnes autem noxales actiones caput sequuntur*⁸¹⁰ - pak vyplývá, že:

- žalobce podával žalobu proti otci moci či pánovi viníka syna či otroka
- v případě, že viník syn či otrok přešli mezi tím pod moc někoho jiného, pak musí být žaloba podána proti jejich novému majiteli moci
- pokud by se otrok či syn stal později svobodnou osobou, pak by měla žaloba být podána přímo proti nim

Zásadním závěrem z výše uvedeného, že podstatným byl okamžitý stav viníka v okamžiku litiskontestace, což podle mě a mého zamyšlení o ekvité odpovídá zase jí zcela. Vždyť jde o to, aby byla dodržena nejvyšší spravedlnost a nikdo nebyl nespravedlivě poškozen. Tak např. pokud by byl syn emancipován či otrok propuštěn, porušoval by se plně princip ekvity a bylo by nespravedlivé a dokonce i velmi neslušné, aby byl pro jeho delikt žalován jeho původní majitel.

Zásadní zde je to, zda je osoba, která je podřízena majiteli moci (ať už se jedná o *filius familias*⁸¹¹ či *servus*⁸¹²) je na soudě ve fázi řízení *in iure* přítomná či ne. Majitel otcovské moci (*pater familias*) či pán otroka (*dominus*) musí před soudem v případě, kdy je jeho podřízený přítomný převzít jeho obranu v rámci toho, že vstupuje do řízení *iudicium noxale*, s tím, že pokud tak neučiní má ještě možnost svého podřízeného převést do

⁸⁰⁹ Salák, P., Židlická, M.: *Actiones, conditiones, exceptiones*: 13. setkání právních romanistů České a Slovenské republiky, MU Brno, 13. – 14. 5.2011. Brno, Masarykova univerzita, 2011. ISBN 978-80-210-5680-0. R. Brtka, tr. 14.

⁸¹⁰ Všechny noxální žaloby se řídí osobním stavem (pachatele).

⁸¹¹ Syn.

⁸¹² Otrok.

moci žalobce, což provede buď mancipací či injurecessí na žalobce (*noxae dedere*⁸¹³).

V situaci, kdy majitel moci vstupuje do *iudicium noxale*, nemá on povinnost poskytnout záruku *satisfactionem iudicati solvi*⁸¹⁴, o majiteli otroka se hovoří v Digestech následujícím způsobem⁸¹⁵: *Qui alienum servum suum esse fatetur, quamvis noxali actione obligetur, nihilo minus causa cognita satisfacere debet: qui autem pro servo convenitur, satisfactione onerandus non est: non enim offert se defensionem alieni servi.*⁸¹⁶

Avšak v případě, kdy by žalovaný majitel moci odmítl obě varianty, jak převzít spor za svého podřízeného tak svou moc nad ním převést na žalobce, hrozily jemu i účinky nedodržení defensní povinnosti, a to jak *missio in bona*, tak dokonce v krajním případě i *ductio*. Aby bylo zamezeno přílišné krutosti práva a de facto i v souladu s principem ekvity, mohl spor za obviněného podřízeného převzít i úplně někdo jiný, jelikož se ale na něm nebylo přímo možné hojit jako na majiteli moci, bylo třeba, aby poskytl záruku, a to *satisfactio iudicatum solvi*, jak uvádí druhý odstavec předchozího fragmentu⁸¹⁷: *Si quis dicet dominum dolo fecisse, quo minus in potestate eius servus esset, ille autem contendat eum servum ab alio defendi cum satisfactione, doli mali exceptioni locus erit.*⁸¹⁸

Pokud ale nenastala ani jedna z těchto tří variant, existovala zde stále další řešení, a to spočívající v tom, že žalobce požádal magistráta, aby si mohl přítomného viníka odvést a ten to povolil (*iussu praetoris ducere*⁸¹⁹).⁸²⁰

⁸¹³ Vydání viníka.

⁸¹⁴ Záruka vyřešení sporu.

⁸¹⁵ Iul. D 9,4,39,1.

⁸¹⁶ Pokud někdo uznává, že otrok je jeho vlastní, který patří jinému, potom, přes to, že je odpovědný k noxální žalobě, nicméně pokud se prokáže řádnou příčinou, že může být nucen k tomu poskytnout zajištění, ale tam, kde je strana žalována místo svého otroka, nemůže být zatížena povinností poskytnout zajištění, pokud není dobrovolníkem na obranu otroka patřícího někomu jinému.

⁸¹⁷ Iul. D 9,4,39,2.

⁸¹⁸ Pokud někdo tvrdí, že majitel otroka jednal podvodně, aby se vyhnul tomu, aby se řeklo, že otrok je v jeho držbě, a majitel tvrdí, u soudu, že žaloba by měla být hájena někým jiným, kdo by byl schopný poskytnout záruku, zde je důvod pro výjimku na základě úmyslného podvodu.

⁸¹⁹ Odvedení na příkaz přetora.

Odvedení viníka žalobcem znamenalo, že jej žalobce nabyl do své držby a měl tak i proti rušení této držby *actio Publiciana in rem*. Díky tomu, že žalobce získá k pachateli bonitární vlastnictví⁸²¹, stane se neexistentní jeho *actio noxali* proti původnímu majiteli moci.

Odvedení viníka na základě povolení přetora bylo dokonce i možné v situaci, kdy majitel moci nad viníkem nebyl *in iure* přítomen. Na druhou stranu ale bylo ještě dovoleno, aby nebylo narušeno majetkové právo majitele moci, aby dodatečně i po odvedení viníka žalobcem mohl převzít za něj *defensio* – *sed causa cognita domino postea dabitur defensio*⁸²², což uvádí také Gaius⁸²³: *In noxalibus actionibus eorum qui bona fide absunt ius non corrumpitur, sed reversis defendendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius*⁸²⁴ - v takovém případě, ale bylo samozřejmě nezbytné, aby přetor povolil *restitutio in integrum* a žalobci tak bude jeho *actio noxali* navrácena – *Si absens sit servus, pro quo noxalis actio alicui competit: si quidem dominus non negat in sua potestate esse, compellendum putat vindius vel iudicio eum sisti promittere vel iudicium accipere, aut, si nolit defendere, cauturum, cum primum potuerit, se exhibiturum: sin vero falso neget in sua potestate esse, suscepturum iudicium sine noxae deditioe. idque iulianus scribit et si dolo fecerit, quominus in eius esset potestate. sed si servus praesens est, dominus abest nec quisquam servum defendit, ducendus erit iussu praetoris: sed causa cognita domino postea dabitur defensio, ut pomponius et vindius scribunt, ne ei absentia sua noceat: ergo et actio actori restituenda est, perempta eo, quod ductus servus in bonis eius*

⁸²⁰ Což jasně dokazuje výše uvedený fragment D 9,4,32, či D 9,4,31 a podobně D 2,9,2,1 (v situaci, kdy několik otroků se podílelo na loupeži) D 3,3,36 (odvedení otroka na základě noxální žaloby), D 15,1,23 (týká se domu v *peculiu*).

⁸²¹ Držba bráněná přetorem.

⁸²² Ale po poznání případu mohl pán dodatečně převzít obžalobu.

⁸²³ D 9,4,30 Gaius ad ed. pu. de damno inf., obdobně výše uvedený fragment D 9,4,26,6 (viz v kapitole o *aequitas*).

⁸²⁴ V noxálních žalobách, nejsou práva těch, kteří jsou nepřítomni v dobré víře, ztracena, ale je to posunuto tak, že je jim dána moc, aby vykonávali obranu v souladu s pravdou a právem, ať jsou vlastníky nebo mají nějaké právo ve sporu o vlastnictví, tak jako třeba věřitelé či usufruktáři.

*esse coepit.*⁸²⁵ Majitel moci ale musel při žádosti o povolení dodatečné defense uvést spravedlivý důvod pro restituci⁸²⁶, aby tak bylo znesnadněno zneužití práva. U moci otce rodiny vůči svému synovi, ale nebylo možné, aby jeho odvedení žalobcem získal žalobce vůči němu moc otce rodiny nad synem, zároveň se to ale ani nedalo vykládat jako dlužnická vazba.

Specifickým případem byla situace, kdy viník, *filius familias*, nabídl žalobci svou vlastní defensi. Nemohl tím sice odvrátit své odvedení, ale žalobce mohl na jeho nabídku přistoupit, podstoupit s ním litiskontestaci na základě příslušné *actio directa ex delicto*⁸²⁷ a v případě, že byl *filius familias* odsouzený, mohl buď na samotného syna podat personální exekuci, anebo podat proti majiteli moci *actio iudicati de peculio*, jak potvrzuje Ulpianus⁸²⁸: *Idem scribit iudicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat, etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi: proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem. quare et si quasi defensor condemnatus sit, idem putat.*⁸²⁹

Aby mohla *actio noxalis* směřovat proti majiteli moci, musí mít ten viníka fakticky ve své moci, a to v době litiskontestace. Buď se tedy majitel

⁸²⁵ Paulus D 2,9,2,1: V případě, že je nepřítomný otrok, na jehož účet může kdokoli podat noxální žalobu, a v případě, kdy pán neodmítá, že jej má ve své moci, Vindius tvrdí, že může být nucen ke slibu, že otroka před soud postaví anebo jej bude bránit sám, a jestliže je neochotný tak učinit, musí poskytnout záruku, že tak učiní, jak jen to bude možné. Ale jestliže lživě odmítne, že je v jeho moci, pak bude donucen bránit se v řízení bez možnosti, aby se vzdal otroka, a Julianus toto také stanovuje pro ty případy, kde si pán podvodem zařídí, aby otrok nebyl v jeho moci. Jestliže je otrok přítomen, nikoli ale pán, a není zde nikdo, kdo by se ujal obhajoby otroka, mohl by být přesunut nařízením přetora, ale jestliže byl jasně prokázán důvod, jeho obrana může být následně převedena na jeho pána, jak Pomponius a Vindius stanovili, nebude však nic předběžně rozhodnuto pro pána z důvodu jeho nepřítomnosti. A proto, právo podat žalobu, které žalobce pozbyl, protože byl otrok na něj převeden a stal se jeho vlastnictvím, může být navráceno jemu.

⁸²⁶ D 9,4,26,6 viz *aequitas*.

⁸²⁷ Přímá žaloba z deliktu.

⁸²⁸ Ulp. D 15,1,3,11, a podobně D 9,4,35.

⁸²⁹ On také říká, že otec je zodpovědný za žalobu z rozhodnutí o výši *peculii*, a tento pohled Marcellus podobně drží, a to i v případě, na jehož základě by otec nebyl žalován do *peculii*, a proto je stipulací uzavřená smlouva se synem, tak i smlouva je vyhotovena ve věci před soudem, tedy původ řízení by neměla být považována za zdroj závazku, ale za povinnost podle rozsudku. Proto, že je stejného názoru, kde syn, jako obránce jiného, má rozhodnutí vynesené proti němu.

moci může *in iure* hájit tím, že nad viníkem nemá faktickou moc (*in potestate*), anebo pokud uzná, že viník je v jeho právní i faktické moci, přes to, že se k soudu nedostavil, pak buď musí vstoupit do *iudicium noxale* anebo musí slíbit, že viníka předvede před soud bezprostředně (*exhibere*). Pokud se ale nerozhodne ani pro jednu z možností, nastupují proti němu klasické následky z neplnění defensní povinnosti, a to nejprve *missio in bona*, popř. i *ductio*. Pokud nebyl viník přítomen *in iure* a defensi za něj převzal *pater familias*, *dominus* či *bonae fidei possessor*⁸³⁰, a nebylo-li jisté, zdali jej on má opravdu ve své moci, pak bylo potřeba, aby poskytl *cautio de exhibendo*, tak jak uvádí Ulpianus⁸³¹: *Eos, quorum nomine noxali iudicio agitur, etiam absentes defendi posse placuit, sed hoc ita demum, si proprii sint servi: nam si alieni, praesentes esse oportet, aut si dubitetur, utrum proprii sint an alieni. quod ita puto accipiendum, ut si constet vel bona fide servire, etiam absentes possint defendi.*⁸³²

- b) *actiones de pauperie*⁸³³ či *actiones de pastu*⁸³⁴: žaloba byla použita proti majiteli zvířete, které způsobilo škodu na žalobcově majetku. I v tomto případě může majitel zvířete rozvážit a rozhodnout se mezi tím, zdali převezme defensi a vstoupí tak sám do soudního řízení anebo, zdali zvíře vydá a předá žalobci (*in noxam dadere*), jak uvádí Ulpianus⁸³⁵: *Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre.*⁸³⁶

⁸³⁰ Držitel v dobré víře.

⁸³¹ Ulp. D 9,4,21,1.

⁸³² D 9,4,21,1 Pokud je řízení zahájeno prostřednictvím noxální žaloby na základě otroků, je stanoveno, že mohou být hájeni, i když nejsou přítomni, ale toto se pouze provádí v tom případě, kdy otroci patří žalovanému, v případě, že patří jinému, musí být přítomni, a to je také případ, kdy se musí vyjasnit jakákoliv pochybnost, zda jsou ve vlastnictví žalovaného, nebo jiné strany. Myslím, že by se to dalo chápat jako pravidlo, je-li prokázáno, že slouží žalovanému pouze na základě dobré víry, i když chybí.

⁸³³ Žaloba ze škody dobytka, kterou způsobí čtyřnohé zvíře neočekávanou divokostí.

⁸³⁴ Žalobu ze škody dobytka, pokud spase cizí pozemek.

⁸³⁵ Ulp. D 9,1,1 pr.

⁸³⁶ Tam, kde je řečeno, že čtyřnožec spáchal škodu, žaloba podle zákoníku dvanácti desek, by měla být vznesena s tím, že zákon stanoví, že pokud způsobil škodu, musí být vyzdvižen, to znamená, že zvíře, které se dopustilo škodného konání, musí být předáno, nebo částka odpovídající poškození musí být vyplacena.

- c) *actio aquae pluviae arcendae*: majitel pozemku, na kterém vlivem živelných okolností došlo ke změně toku vody, má povinnost strpět, aby došlo k obnovení původního stavu (*patientiam praestere*⁸³⁷) ale v žádném případě nemá povinnost defense. Pokud se chce vyhnout soudnímu řízení a nechce ani navrátit pozemek a stav do původního stavu, může předat pozemek do držby žalobci, jak tvrdí Ulpianus⁸³⁸: *Is cum quo aquae pluviae arcendae agitur, quod opus fecit, licet cedere loco paratus sit, cogitur accipere iudicium, quoniam et suo nomine convenitur, ut opus tollat.*⁸³⁹

U *actiones in personam*, tedy u žalob, u kterých se u žalovaného vyžadovala defenzní povinnost platilo, že pokud se žalovaný nedostavil k soudu, a to ve fázi řízení *in iure*, bylo žalobci znovu umožněno, aby žádal prétor o *missio in bona*, která byla spojena s *venditio bonorum*.⁸⁴⁰ Aby ale žalobce mohl toto na prétorovi požadovat (*postulatio*), musel jasně doložit svoji pohledávku vůči žalovanému, jako to např. uvádí Papinianus⁸⁴¹: *Eo tempore, quo in peculio nihil est, pater latitat: in bonorum possessionem eius rei servandae causa mitti non possum, qui de peculio cum eo acturus sum, quia non fraudationis causa latitat qui, si iudicium acciperet, absolvi deberet. nec ad rem pertinet, quod fieri potest, ut damnatio sequatur: nam et si in diem vel sub condicione debeatur, fraudationis causa non videtur latitare, tametsi potest iudicis iniuria condemnari. sed fideiussorem datum eo tempore, quo nihil in peculio est, teneri putat iulianus, quoniam fideiussor futurae quoque actionis accipi possit, si tamen sic acceptus est.*⁸⁴²

Prétor však věc podrobně nevyšetřoval, a tak mohli být prétozem povolené *missio in bona* i *venditio bonorum* kdykoli napadeny, zejména v řízení *per sponsionem*

⁸³⁷ Zachovat opatrnost a péči.

⁸³⁸ Paulus D 39,3,7 pr.

⁸³⁹ D 39,3,7 Ten, proti komu je spor vznesen, je donucen, aby pečoval o dešťovou vodu, a ten, kdo má za sebou práci s tím, že to pro něj znamená možnosti připojit se v případě, kdy je to potřeba, když je připraven to opustit, co je žalován samostatně svým vlastním jménem a zakázat změnu věci.

⁸⁴⁰ Prodej majetku.

⁸⁴¹ Papinianus D 15,1,50 pr. A obdobně D 42,4,6 pr.

⁸⁴² Pokud je žaloba pro uvedení do držby podána někým, a žalovaná tvrdí, že větší část majetku se nachází jinde, nemůže být nucen k uvedení do držby, a je poskytováno mnoha ustanoveními, že pokud je podána žaloba na uvedení do držby, musí to být provedeno, kde se nachází větší část majetku, pokud se neprokáže, že zůstavitel si přál, aby to bylo provedeno tam, kde byl přenesen spor.

či *praeiudiciem*, takový případ lze najít např. u Papiniana⁸⁴³: *Imperatores antoninus et verus augusti rescripserunt eos, qui bona sua negant iure venisse, praeiudicio experiri debere et frustra principem desiderare rescindi venditionem.*⁸⁴⁴ Pokud se později ukázalo, že *missio in bonam* nebyla udělena právem, pak taková *missio* neměla platnost ani pro další věřitele.

Dokonce když se zjistilo, že žalobce moc dobře věděl, že žalovaný není dlužníkem a přes to jej žaloval a nechal na sebe převést držbu jeho majetku za účelem soupisu (proskripce *bonorum*) a následného prodeje, mohl být postižen za bezpráví (*iniuria*), což jasně uvádí Gaius⁸⁴⁵: *Iniuria autem committitur non solum, cum quis pugno puta aut fuste percussus uel etiam uerberatus erit, sed etiam si cui conuicium factum fuerit, siue quis bona alicuius quasi debitoris sciens eum nihil sibi debere proscripserit siue quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit siue quis matrem familias aut praetextatum adsectatus fuerit et denique aliis pluribus modis.*⁸⁴⁶ Stejně jako v předchozích případech, bylo i zde žalovanému nepřítomnému či třetí straně umožněno defensi převzít dodatečně, dokud nebyl majetek rozprodán a získat tak zpět majetek do své držby, taková osoba ale musela žalobci poskytnout záruku (*cum satisdatione*).

Stejně, jako jsem popsala v předchozím odstavci, bylo možné postupovat v případě žalob, u kterých neměl žalobce přímo defensní povinnost, ale pouze odvozenou jako např. u *actiones in rem*, jak je uvedeno v předchozím textu a hovoří o tom i Ulpianus⁸⁴⁷: *Item videamus, si quis adversus in rem actionem latitet, an bona eius possideri venumque dari possint. extat neratii sententia existimantis bona esse*

⁸⁴³ D 42,5,30 Papinianus, konstituce, kniha I. Obdobně D 42,4,6.

⁸⁴⁴ Císaři Antoninus a starý Augustus vydali toto, ti, kteří musí přijít jednat po právu o svém majetku, musí mít možnost v předběžném řízení z principu marnosti žádat o zrušení prodeje.

⁸⁴⁵ Gai. Inst. 3,220.

⁸⁴⁶ Urážka se pak spáchá nejen tehdy, když někdo bude udeřen nebo i zbit, třeba pěstí nebo klackem, ale i tehdy, když byl někdo zostuzen, ať už tím, že by dražbu jeho majetku jako majetku dlužníkovy dal vyhlásit ten, kdo ví, že mu není nic dlužen, anebo tím, že by někdo k potupě druhého sepsal list nebo báseň, anebo že by někdo chodil v patách za matkou rodiny či za nedospělcem a potom mnoha jinými způsoby.

⁸⁴⁷ Ulp. D 42,4,7,16 a podobně D 8,4,18.

*vendenda: et hoc rescripto hadriani continetur, quo iure utimur.*⁸⁴⁸ Z jejich specifika vyplývá, že držbu mohl udělit magistrát pouze příslušného soudu, aby tak bylo zajištěno, že nebude zneužito právo a žalovaný nebude souzen na druhém konci římské říše. Vždyť když si vezmeme územní rozmach Říma, bylo jediným možným řešením, aby se sporná věc projednávala u příslušného soudu, ke kterému se všichni mají šanci dostavit a před kterým mají šanci provést důkazy. Udělení držby se ale mohlo týkat pouze věcí vindikovaných, tedy věcí, nad kterými měl žalovaný absolutní moc jako nad svým majetkem, stejně jako při vindikaci pozemku (*missio in possessionem fundi*⁸⁴⁹), a při žalobě dědice na vydání pozůstalosti (*hereditas petitio*) pak *missio in possessionem rerum hereditarium*⁸⁵⁰, jak jí popisuje Ulpianus⁸⁵¹: *Celsus autem sexto respondit, si fundum, quem petere volo, titius possideat neque absens defendatur, commodius se existimare in fundi possessionem mittendum quam bona eius possideri. hoc adnotandum est celsum consultum non de latitante, sed de absente.*⁸⁵²

Jelikož žalobci, který jednal v dobré víře, nemůže jít k tíži to, že se žalovaný nedostavil či odmítl splnit svou defensní povinnost či jinak konat, bylo toto jistě spravedlivým důvodem, pro který měl prétor možnost na základě žádosti žalobce povolit *restitutio in integrum*. Pokud zvážím např. tu situaci, kdy žaloba, kterou žalobce podává je *actio annalis*, tedy co do druhu taková žaloba, která je časově omezená a musí být podána v lhůtě do jednoho roku, pak by bylo jistě nespravedlivé a v rozporu s principem ekvity, aby žalobce byl tím, že žalovaný nekonal, nedostavil se (např. Instituce⁸⁵³) či nepřevzal defensi poškozen. V prétorském ediktu proto byla uvedena *formula rescissoria*, prostřednictvím které mohl žalobce podat *actio in intergrum*

⁸⁴⁸ Podívejme se, zdali majetek muže, který se skrýval, aby se nemusel bránit proti věcné žalobě, může být vzat do držby či prodán. Názor Neratia je takový, že říká, že jeho majetek může být prodán. To je také stanoveno v reskriptu Hadriana a také tak v současnosti postupujeme.

⁸⁴⁹ Převod pozemku do držby.

⁸⁵⁰ Převod věcí dědických do držby.

⁸⁵¹ Ulp. D 42,4,7,17.

⁸⁵² Celsus, v odpovědi Sextovi, vyjádřil svůj názor tak, že jestliže je Titius v držbě pozemku, který zamýšlím žalovat, aby mi bylo navraceno, a on je nepřítomný, nikým nehájený, pak by pro mě bylo lepší umístit držbu řečeného pozemku k držbě celého jeho majetku. Ačkoli musím říci, že to Celsus poznamenal v souvislosti s odkazem na osobu, která byla nepřítomná a ne ve vztahu k osobě, která se úmyslně skrývala.

⁸⁵³ I 4,6,5 (výše uvedeno v kapitole *Aequitas*) a obdobně D 4,6,28,5.6.

*restitutio.*⁸⁵⁴ Názorně o tom hovoří Ulpianus⁸⁵⁵: *Verba autem edicti talia sunt: " si cuius quid de bonis, cum is metus aut sine dolo malo rei publicae causa abesset, inve vinculis servitute hostiumque potestate esset: sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicitur: item si quis quid usu suum fecisset, aut quod non utendo amisit, consecutus, actione qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocari non liceret neque defenderetur: cumve magistratus de ea re appellatus esset sive cui pro magistratu ^ per magistratus^ sine dolo ipsius actio exempta esse dicitur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituum, quod eius per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit.*"⁸⁵⁶

V ediktu byly důvody pro *missio in bona* uvedeny pod titulem „*Quibus ex causis in possessionem eatur*“⁸⁵⁷, a to:

1. žalovaný není k zastizení:

- a) za žalovaného se při *in ius vocatio* zaručil *vindex*, že se žalovaný k soudu dostaví, ale opak je pravdou, žalovaný se nedostaví, není možné ho najít (*sui potestatem non facit*⁸⁵⁸) a nikdo za něj nepřevzme obhajobu, ani nemá žádného zástupce.⁸⁵⁹ Žalobce si může vyžádat *missio in bonam* či *venditio*

⁸⁵⁴ Žaloba na navrácení do původního stavu.

⁸⁵⁵ Ulp. D 4,6,1,1. A doplnění D 4,6,22,2.

⁸⁵⁶ Slova ediktu jsou následující: „byla-li jakákoli část majetku strany, která byla poškozena, když byl pod nátlakem, nebo, aniž by došlo k výskytu podvodu, nepřítomného ve službě státu, nebo ve vězení, nebo v otroctví, nebo v moci nepřítelů, anebo povolil čas, který uplyne pro podání žaloby, nebo tam, kde někdo získal majetek užíváním, anebo něco získal a ztratil to používáním, nebo byl propuštěn z odpovědnosti, může být žalován, protože po uplynutí času, on je nepřítomen, a nebyl obhajován, nebo byl ve vězení, nebo nebylo žádné ustanovení, na základě kterého by mohl být žalován, anebo, pokud to nebylo dovoleno, aby byl předveden k soudu proti jeho vůli, nebyla obrana nabídnuta jemu, nebo bylo-li podáno odvolání ke smířčímu soudci nebo k někomu působícímu jako soudce, a jeho právo podat žalobu bylo ztraceno, bez jakéhokoli podvodu z jeho strany, ve všech těchto případech poskytnu žalobu, která musí být podána do jednoho roka od doby, kdy k tomu straně vzniklo právo. A navíc tam, kde se zdá, že je jakékoli další bezpráví, tak tam poskytnu celkovou restituci, což je ověřeno v zákonech, plebiscitech, dekretch senátu anebo v ediktech a nařízeních císařů.“

⁸⁵⁷ Ty, o nichž se mluví z důvodu držby, Edikt §233.

⁸⁵⁸ Nevykoná svou moc.

⁸⁵⁹ D 42,4,2 pr. viz výše.

bonorum na základě ediktu *Qui latitabit*⁸⁶⁰ anebo z ediktu *Qui absens defensus non fuerit*.⁸⁶¹

- b) žalovaný se záměrně skrývá (*fraudationis causa latitat*⁸⁶²) před předvoláním na soud, na soud se nedostaví a nikdo jej neobhajuje. Žalobce má právo požadovat prodej jeho majetku (*venditio bonorum*).⁸⁶³
- c) žalovaný byl řádně předvolán, ale nebyl fyzicky přítomen na soudě, jak píše Paulus⁸⁶⁴: *Quoniam intellegitur confiteri crimen qui paciscitur*⁸⁶⁵, aniž by měl jakéhokoli zástupce, který by jej obhajoval. Na základě ediktu *Qui absens iudicio defensus non fuerit* má tak žalobce právo požadovat *venditio bonorum*, jak uvádí Paulus⁸⁶⁶: *Cum dicitur: "et eius, cuius bona possessa sunt a creditoribus, veneant, praeterquam pupilli et eius, qui rei publicae causa sine dolo malo afuit", intellegimus eius, qui dolo malo afuerit, posse venire*.⁸⁶⁷

Výjimku z tohoto postupu představovala situace, pokud byl obžalovaný nepřítomen, ale to *sine dolo malo* při vyřizování státních úkolů (*rei publicae causa se dolo malo*), v takovém případě totiž mohla být sice jako první krok povolena *missio in bona*, ale nemohlo být v žádném případě dovoleno odprodat jeho majetek, jak potvrzuje konstituce⁸⁶⁸: *Ignorare non debes eorum, qui rei publicae causa sine dolo malo absunt, si absentes boni viri arbitrato non defenduntur, bona tantum possideri, venditionem autem in id tempus differri, quo rei publicae causa abesse desierint*.⁸⁶⁹ Stejně tak na něj

⁸⁶⁰ Kdo se skrývá.

⁸⁶¹ Když nepřítomný neměl obhájce.

⁸⁶² Podvod z důvodu skrývání.

⁸⁶³ Tak jak již bylo uvedeno výše ve fragmentu Gai. Inst. 3,78 a dále obdobně D 42,4,7,1,2, D 4,6,23,4 D 5,1,63, D 15,1,50 pr., D 42,5,36, C 7,72,9, Gai. 3,78.

⁸⁶⁴ D 3,2,5. Podobně D 50,16,173,1, D 3,3,6.

⁸⁶⁵ Je to tak proto, že muž, který možná spáchal zločin, je brán tak, jako by ho spáchal.

⁸⁶⁶ Paul. D 42,4,6,1.

⁸⁶⁷ Je řečeno: „A nechme jeho majetek, který je v držení věřitele, aby byl prodán, pokud je nezletilý, nebo nepřítomný z důvodu veřejných záležitostí, bez podvodu“, musíme pochopit, že majetek kohokoli, kdo se nedostavil s podvodným úmyslem, může být prodán.

⁸⁶⁸ C 2,50,4 císař Gordian Mestrianovi, vydáno 21. prosince r. 239.

⁸⁶⁹ Měl by sis být vědom toho, že majetek těch, kteří jsou, zcela bez jakéhokoli podvodu, nepřítomni z důvodu vyřizování veřejných záležitostí, a nejsou tedy přímo hájeni na soudu rozumným mužem,

nemohla být uvalena *infamia*. Následně po tom, co se obžalovaný vrátil ze svých cest, bylo nezbytné, aby převzal dodatečně svoji obranu⁸⁷⁰, aby získal zpět do držby svůj majetek. Úplně stejná situace, jako v případě žalovaného, který byl nepřítomen z důvodu vyřizování státních záležitostí, byla u žalovaného, který byl v zajetí (*ab hostibus captus*), což např. uvádí Paulus⁸⁷¹: *Si ab hostibus quis captus sit, creditores eius in possessionem mittendi sunt, ut tamen non statim bonorum venditio permittatur, sed interim bonis curator detur*⁸⁷² a z toho důvodu se rovněž nemohl k soudu dostavit a splnil defensní povinnost. Je zřejmé, že oba tyto důvody jsou tak závažné, že plně v duchu ekvity upravují právní poměry tak, aby nedocházelo k přílišné tvrdosti práva.

2. žalovaný nemá procesní způsobilost a při zahájení soudního řízení *in iure* neměl přítomného žádného svého zástupce ani jiného defensora, kteří by jej hájili:
 - a) žalovaný není dospělý a je *infantia maior*, s tím, že sám za součinnosti svého poručníka (*tutore autore*), ani jeho poručník sám jako jeho zástupce a ani žádný jiný defensor nechce žalovaného nedospělého hájit, jak dokazuje Ulpianus⁸⁷³: *Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant sive pupillus ipsis auctoribus, nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent. licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur: ita tamen, ut pro his, qui fari non possunt vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant, pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt et praesto fuerint, auctoritatem praestent.*⁸⁷⁴ Žalobce v takové situaci mohl na základě

majetek může být vzat pouze do držby, ale prodej tohoto majetku musí být odložen do doby, než se vrátí z vyřizování veřejných záležitostí.

⁸⁷⁰ K tomu výše uvedená konstituce C 2,50,4 a obdobně D 42,5,35.

⁸⁷¹ Paulus D 42,4,6,2 a podobně D 42,5,39,1.

⁸⁷² Když je někdo zajat nepřítelem, měli by být jeho věřitelé uvedeni v držbu jeho majetku, tak, že jeho majetek nesmí být ihned prodán, ale také to, že do té doby, než je propuštěn, měl poručník jemu být jmenován.

⁸⁷³ Ulpianus D 26,7,1,2.

⁸⁷⁴ Je nezbytné pro poručníka zcela bránit svého chráněnce, zda se zavazuje k tomu sám, nebo podle pokynů dalších. Poručník by neměl být nucen, aby poskytoval jistotu, aby mohli provádět obranu svých svěřenců. Proto je jim dovoleno zahájit řízení, zda chtějí raději dělat tak na svou vlastní odpovědnost, nebo předvádět své svěřence u soudu, ale mohou pokračovat pouze sami v případech,

zvláštního ediktu⁸⁷⁵ (*Ait praetor: " si is pupillus in suam tutelam venerit eave pupilla viripotens fuerit et recte defendetur: eos, qui bona possident, de possessione decedere iubebo"*)⁸⁷⁶ žádat prétor o *missio in bona pupilli*⁸⁷⁷, to ale bylo vše. Majetek žalovaného nemohl být rozprodán ani jej nemohla postihnout *infamia*. A ve chvíli, kdy nedospělec nabyt zletilosti a mohl tedy sám právně jednat, bylo na něm, aby on sám či někdo další převzal obranu a získal tak zpět do držby svůj majetek. Pokud jej věřitelé odmítli vydat zpět, mohl požádat prétor o vydání interdiktta, čímž pokračuje předchozí Ulpianův fragment⁸⁷⁸: *Recte defendi quid sit, videamus, utrum tantum copiam sui facere et ad suscipiendum iudicium paratum esse an vero et satisdare omnimodo. et quidem non solum ipsis se defendere volentibus hoc edictum scriptum est, sed in rem: et " recte defendetur" hoc est vel a se vel ab alio quocumque. sed si alius defendat, erit necessaria satisdatio, si ipse, non puto necessariam satisdationem. ergo oblata defensione deici poterit interdicto reddito.*⁸⁷⁹ Jestliže by ale nedospělec nabyt zletilosti, a přes to se odmítl hájit, pak už mohl být povolen i prodej jeho majetku.

- b) žalovaný je šílenec (*furiosus*) anebo marnotratník (*prodigus*). Pokud za ně nepřevezme defensi jejich opatrovník (*curator*) ani jiný zástupce, pak je jejich majetek rozprodán a to tak, že prétor určí za opatrovníka jednoho z věřitelů, který do výše dluhu rozprodá jeho majetek. Pokud je situace závažná, může v konkrétním případě dokonce prétor povolit, aby určený

kde jejich svěřenci jsou děti, nebo jsou nepřítomní, ale kde oni dovršili jejich sedmý rok, a jsou přítomny, mohou být oprávněny jednat jejich opatrovníky.

⁸⁷⁵ Ulp. D 42,4,5,2. K tomu §204 Ediktu.

⁸⁷⁶ Prétor říká: „jestliže nezletilec dosáhne zletilosti a je řádně hájen, nařídím těm, kteří drží jeho majetek, aby se držby vzdali.“

⁸⁷⁷ Uvedení do držby nedospělce.

⁸⁷⁸ Ulp. D 42,4,5,3.

⁸⁷⁹ Podívejme se, co slova, „Vhodně bránil“, znamenají: zda je dostačující pro stranu se objevit, a být připraven v souladu s rozsudkem, nebo zda zajištění musí být poskytnuto za všech okolností. Slova ediktu se netýkají pouze osob ze stran, jež si přejí hájit sebe, ale má také odkaz na samotný majetek. A slova, „Vhodně bránil“, znamenají být bráněni sami, nebo jakékoli jiné osoby bez ohledu na sebe. Pokud se obhajoba provádí jiným, musí být poskytnuto zajištění, ale nemyslím si, že to je nezbytné a proto jestliže je obrana nabízena, může prétor posunout stranu v držení pomocí interdiktta.

věřitel prodal celý majetek a peníze, které zůstanou po uspokojení všech věřitelů, vrátil žalovanému.

- c) žalovanou je soukromá korporace, pokud ji nehájí ani její jednatel (*actor universitatis*)⁸⁸⁰ ani jiný zástupce, jak uvádí Gaius⁸⁸¹: *Quod si nemo eos defendat, quod eorum commune erit possideri et, si admoniti non excitentur ad sui defensionem, venire se iussurum proconsul ait. et quidem non esse actorem vel syndicum tunc quoque intellegimus, cum is absit aut valetudine impediatur aut inhabilis sit ad agendum*⁸⁸² a dále *Et si extraneus defendere velit universitatem, permittit proconsul, sicut in privatorum defensionibus observatur, quia eo modo melior condicio universitatis fit.*⁸⁸³ Pokud je zažalována městská obec, tak ji mohou hájit jen zákonem pověřeni zástupci. Žalobci se ale mohli zhojit pouze na prodeji jejich jednotlivých věcí, nikoli celého majetku. Popřípadě se také mohli uspokojit na prodeji jejich pohledávek, jak říkají Digesta⁸⁸⁴: *Civitates si per eos qui res earum administrant non defenduntur nec quicquam est corporale rei publicae quod possideatur, per actiones debitorum civitatis agentibus satisfieri oportet.*⁸⁸⁵

3. žalovaný zemřel či jako právní subjekt zanikl a nikdo jej nehájí:

- a) žalovaný zemře a nemá žádného dědice. Pokud by někdo takto obranu pro jeho dluhy převzal, jedná se o *defensio defuncti*. V takovém případě povolil prétor za účelem rozprodání majetku pro vypořádání pohledávek věřitelům *missio in bona defuncti*, a to *ex edicto Cui heres non extabit*, jak uvádí Callistratus⁸⁸⁶: *An bona, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum*

⁸⁸⁰ Procesní zástupce korporace.

⁸⁸¹ D 3,4,1,2 a 3 Gaius k provinčnímu ediktu, kniha III.

⁸⁸² Pokud sdružení nemá nikoho, kdo by jej bránil, proconsul říká, že nařídí, aby byl jeho majetek vzat do držby a jestliže byl varován, že nebudou přijímána opatření k obraně, bude mu uloženo majetek prodat. Chápeme, že sdružení nemá žádného zástupce, nebo syndika, když chybí, nebo mu zabránit nemoci, nebo jinak, aby nemohl podnikat.

⁸⁸³ Pokud cizinec brání společnost, proconsul mu dovoluje dělat tak, jak je tomu v případě obhajoby soukromých osob, protože tímto způsobem se zlepší stav společnosti.

⁸⁸⁴ D 3,4,8 Iavolenus ex cass., kniha XV.

⁸⁸⁵ Tam, kde není městská obec hájena těmi, kdo mají na starosti její záležitosti, a neexistuje žádný obecní majetek, jehož držba může být převedena, platba musí být odvedena těm, kteří žalují obecní dluhy.

⁸⁸⁶ D 49,14,1,1.

*pertineant, quaesitum est. labeo scribit etiam ea, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertinere. sed contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneunt, si ex his fisco adquiri nihil possit.*⁸⁸⁷ Majetek zemřelého, který neměl dědice, jako *bona vacantia*⁸⁸⁸, spadal do pokladny římského státu (*aerarium populi Romani*), resp. později do fisco, což uvádí Gaius⁸⁸⁹: *sane lege Iulia scripsit non aufertur hereditas, si bonorum possessores ex edicto constituti sint. Nam ita demum ea lege bona caduca fiunt et ad populum deferri iubentur, si defuncto nemo heres uel bonorum possessor sit.*⁸⁹⁰ Zde ale ochrana soukromoprávních vztahů a majetku věřitelů nad tímto převážila a *edictum perpetuum* stanovilo, že místo toho, aby předlužené dědictví spadalo rovnou do státní pokladny, bylo možné majetek prodat tak, aby byly vypořádány pohledávky věřitelů zemřelého dlužníka (viz Callistrátův fragment⁸⁹¹). Výše popsaný postup, tedy rozprodej majetku, který připadl do držby věřitelům, mohl však pochopitelně nastat, až když uplynuly všechny lhůty, ve kterých měli potenciální dědici šanci dědictví přijmout či odmítnout, jak např. uvádí Gaius⁸⁹²: *At is, qui sine cretione heres institutus sit aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem uocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo uel etiam nuda uoluntate suscipiendae hereditatis heres fieri: eique liberum est, quocumque tempore uoluerit, adire hereditatem; sed solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si uelit, adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona*

⁸⁸⁷ Pokud majetek není dostačující pro platbu, vyvstává otázka, zda patří do státní pokladny ze zákona. Labeo říká, že, i když to není dostačující pro plnění závazků, bude patřit do státní pokladny ze zákona. Věčný Edikt, nicméně, v rozporu s jeho názorem, protože majetek je prodán, kdy nemůže být žádný z toho získán státní pokladnou.

⁸⁸⁸ Uvolněný majetek.

⁸⁸⁹ Gai. Inst. 2,150.

⁸⁹⁰ Podle Iuliova zákona se (v testamentu) zapsaným dědicům, kteří byli ediktem ustanoveni jako držitelé pozůstalosti, pozůstalost samozřejmě neodnímá: podle toho zákona se totiž (pozůstalý) majetek stává od úmrtí a je lidu předáván pouze tehdy, když se dědicem či držitelem pozůstalosti nestane nikdo.

⁸⁹¹ D 49,14,1,1 a podobně C 7,72,5.

⁸⁹² Gai. Inst. 2,167. Podobně D 28,8,1,1, C 6,30,9.

defuncti uendere.⁸⁹³ Pokud se ale dědické řízení protahovalo, bylo možné z hlediska ochrany zájmů věřitelů, aby jim majetek byl přidělen do držby, popř. aby jeden z nich byl jmenován kurátorem, jak uvádí Ulpianus⁸⁹⁴: *Si diu incertum sit, heres extaturus nec ne sit, causa cognita permitti oportebit bona rei servandae causa possidere, et, si ita res urgueat vel condicio bonorum, etiam hoc erit concedendum, ut curator constituatur*.⁸⁹⁵

V případě, že byl dědicem *suus heres*⁸⁹⁶, který využil své *beneficium abstinendi*⁸⁹⁷ a využil lhůtu na rozmyšlení (*ius deliberandi*), mohl prétor jednat také na základě edikta *Cui heres non extabit* stejně jako v předchozím případě. Pokud byl ale vlastní dědic nedospělcem, bylo zcela zakázáno, aby se jakkoli zmenšovala pozůstalost v době, kdy dědici běžela lhůta k rozmyšlení (*tempus ad deliberandum*), pokud to prétor nepovolil, jelikož to vyžadoval konkrétní případ.⁸⁹⁸ Pokud ale již *pupillus* využije své *ius abstinendi*, pak je stanoveno, že se mají prodávat postupně jednotlivé věci z pozůstalosti a co zůstane po uspokojení pohledávek věřitelů, má připadnout nedospělci, a tak např. Ulpianus říká⁸⁹⁹: *Merito praetor impedit interim deminutionem, quamdiu nomine pupilli petitur tempus ad deliberandum*.⁹⁰⁰ Ba dokonce přísnější defensní povinnost má hospodářsky podezřelý dědic (*heres suspectus*), věřitelé po něm mají právo vyžadovat záruku (*satisdatio*) s tím, že pokud nevyhoví prétorskému ediktu, kterým se

⁸⁹³ Naproti tomu se může ten, kdo je ustanoven dědicem, aniž mu byla uložena „cretio“, anebo ten, kdo je podle legitimního práva povolán k pozůstalosti jako dědic intestátní, stát dědicem buď formálním přijetím pozůstalosti, anebo tím, že si vede jako dědic, anebo i pouhou vůlí pozůstalost převzít: a má také volnost pozůstalost převzít, kdykoli jen by chtěl. Prétor však na žádost pozůstalostních věřitelů stanoví obvykle lhůtu, ve které má dědic pozůstalost přijmout, jestliže ji chce. Jestliže ne, povoluje se věřitelům majetek zemřelého prodat.

⁸⁹⁴ Ulp. D 42,4,8. A podobně D 28,5,23,4.

⁸⁹⁵ Pokud zůstane nejisté dlouhou dobu, zda existuje dědic k pozůstalosti nebo ne, po řádné příčině bylo prokázáno, by povolení byla poskytnuta na držbu na majetku za účelem jeho zachování. Pokud jedná o naléhavou záležitost, nebo podmínka musí být splněna, bylo by dobře získat povolení ke jmenování opatrovníka.

⁸⁹⁶ Vlastní dědic.

⁸⁹⁷ Právo zdržet se.

⁸⁹⁸ D 28,8,7, 1-3.

⁸⁹⁹ Ulp. D 28,8,7, 1. S tím souvisí i další dva odstavce tohoto fragmentu.

⁹⁰⁰ Mezi tím prétor požádal, aby dostal lhůtu na rozmyšlenou.

mu tato povinnost přikazuje, následuje klasicky *missio in bona hereditatis* a následně *venditio hereditatis*, popisuje fragment z Gaia⁹⁰¹: *Quod si proprio nomine aliquis iudicium aliquid accipiat in personam, certis ex causis satisfacere solet, quas ipse praetor significat. quarum satisfationum duplex causa est; nam aut propter genus actionis satisfacitur aut propter personam, quia suspecta sit: propter genus actionis, uelut iudicati depensive aut cum de moribus mulieris agitur; propter personam, uelut si cum eo agitur, qui decoxerit cuiusue bona a creditoribus possessa proscriptae sunt, siue cum eo herede agatur, quem praetor suspectum aestimauerit.*⁹⁰²

- b) žalovaného potká *capitis deminutio*, jeho závazky zanikají podle *ius civile*. Pokud ale nastane *capitis deminutio magna*, velká kapitisdeminuce, pak je spravedlivé, a tedy zcela v souladu se zásadou ekvity, že prétor poskytoval věřitelům původního žalovaného *actiones utiles*⁹⁰³ proti osobám, které nabyly majetek původního žalovaného, což uvádí Ulpianus⁹⁰⁴: *Pertinet hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quae salva civitate contingunt. ceterum sine amissione civitatis sive libertatis amissione contingat capitis deminutio, cessabit edictum neque possunt hi penitus conveniri: dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum.*⁹⁰⁵

Pokud se tyto osoby odmítaly proti takovým žalobám hájit a nerespektovaly tak defenzivní povinnost, měl prétor klasicky právo povolit *missio in bona* a následně *venditio bonorum*. Obvykle připadal majetek kapitisdeminuovaného státu jako *bona capite deminuti*. K povolení převodu

⁹⁰¹ Gai. Inst. 4,102 a podobně D 42,5,31 pr.

⁹⁰² Podstupuje-li někdo řízení vlastním jménem na základě žaloby osobní, dává záruku v určitých případech, jež stanoví sám prétor. Důvody těchto záruk jsou dvojí: neboť záruka se dává buď vzhledem k druhu žaloby, anebo vzhledem k osobě, která je podezřelá. Vzhledem k druhu žaloby například při *actio iudicati* nebo *actio depensi* anebo, je-li žena žalována pro své mravy. Vzhledem k osobě například tehdy, když se žaluje člověk, který zpronevěřil peníze, anebo ten, jehož majetek byl zabrán věřiteli a veřejně vyhlášen, anebo žaluje-li se takový dědic, kterého prétor označí za podezřelého.

⁹⁰³ Podobné žaloby, dle faktického stavu.

⁹⁰⁴ D 4,5,2 pr.

⁹⁰⁵ Tento edikt obsahuje odkazy na tyto změny, které neovlivní občanská práva. Ale tam, kde se mění podmínky díky ztrátě občanství či svobody, edikt nebude žádat, jak takové osoby nemohou být žalovány, naopak žaloba bude zaručena proti těm, na které přešla držba majetku.

držby jeho majetku na věřitele, stejně jako v předchozím případě (bod a), sloužil za republiky edikt *Quali exilii causa solum verterit* a za období principátu a dominátu se na tyto případy vztahovala obecnější ustanovení ediktu o *poena capitis*⁹⁰⁶ s tím, ale že i tento edikt velmi pravděpodobně obsahoval podmínku *si ex his bonis fisco (populo) adquiri nihil possit*.⁹⁰⁷ Stejně tak, pokud se občan stane otrokem na základě kapitisdeminuce např. z důvodu SC Claudianum⁹⁰⁸ či prostřednictvím *revocatio in servitute*⁹⁰⁹, je jeho věřitelům prétozem poskytnuta *actio utilis* proti jeho majiteli, s tím, že ten stejně pokud nepřevzme defensi, může prétor nařídít *missio in bona capite deminuti*.⁹¹⁰

Pokud u žalovaného nastala pouze *capitis deminutio minima*, tedy změna rodinného stavu (na základě *arrogatio*⁹¹¹ či sňatku *in manum conventione*⁹¹²), je zavázán defensní povinností, jako by kapitisdeminuce minima nenastala, a pokud majitel moci nad žalovaným jeho obranu nepřevzme, náleží věřitelům *missio in bona* majetku, který žalovaný vlastnil před kapitisdeminucí a i *bonorum venditio*.

Jak jsem napsala na začátku této kapitoly, věnovala jsem se fungování zásady defensní povinnosti za řízení legisakčního a řízení formulového. Na druhou stranu již v části věnující se *actiones in rem* z hlediska zásady defensní povinnosti jsem hovořila, jak se proměnila defensní povinnost za justiniánského zákonodárství. Ráda bych ještě uvedla jedno doplnění v rámci kogničního procesního řízení, a to, že přes to, že soudní řízení nebylo rozděleno na dvě fáze (na druhou stranu byla povolena apelace), tak před státním úředníkem byla v sále k tomu určeném nejprve přednesena žalobcem žaloba

⁹⁰⁶ Hrdelní trest.

⁹⁰⁷ Jestliže je to z tohoto majetku, nemůže ten připadnout státu.

⁹⁰⁸ Bylo vydáno r. 52 a stanovilo, že svobodná žena, která žila v kontuberniu s otrokem a přes to, že jí jeho pán dal výstrahu, pokračovala v tom, pak se stávala jeho otrokyní.

⁹⁰⁹ Povolání zpět do otroctví, propuštěný otrok měl svému původnímu pánovi, tedy svému patronovi, prokazovat náležitou slušnost, s tím, že pokud tak nečinil a naopak se vůči svému patronovi choval neslušně, neuctivě či hrubě, mohl jej patron zpět povolát do otroctví.

⁹¹⁰ Převod držby majetku kapitisdeminuovaného.

⁹¹¹ Přechod dospělého muže (včetně jeho rodiny) do rodiny jiného.

⁹¹² Podrobení se moci.

samotná, následně bylo místo k tomu, aby se žalovaný hájil (*defensio continua*), jak uvádí W. Litewski.⁹¹³

Pokud hovoříme o defensi, resp. defensní povinnosti, chtěla bych se ještě na závěr této kapitoly zmínit o speciálních úřednících, které zmiňuje V. Groh⁹¹⁴ o volených a fungujících za dominátu (dle W. Litewkiho fungujících od čtvrtého st.⁹¹⁵, od r. 364 př. n. l. dle A. Bergera⁹¹⁶), kteří měli defensi, resp. obranu obyvatelstva ve svém popisu práce. Tito úředníci byli nazýváni jako obránci obce a jejích obyvatel, *defensores civitatis*. Nejprve když vznikly tyto magistratury, byli úředníci jmenováni prefekty pretoria, později se ale stali úředníky volenými a prefekty již pouze potvrzovanými do funkce. Jejich hlavním posláním bylo, aby chránili obyčejné nemajetné občany proti zvlášť mocným a bohatým. Měli ve svých záležitostech dokonce i jistou omezenou míru právní jurisdikce, tedy soudní příslušnosti. Jejich hlavní činnosti spočívala v tom, že do protokolů zapisovali stížnosti a podněty obyvatel a ty následně předávali správcům provincií. Také byli oprávněni potvrzovat některé veřejné konání jako např. darování (*donatio*) či ustavení poručníků.

Posledními známými defensory z dob římského práva jsou dle literatury⁹¹⁷ obránci senátu, *defensores senatus*, kteří začali být zřizováni v pol. čtvrtého st. a kteří byli také senátem voleni. Sloužili ve prospěch členům senátu, kteří sídlili ve východořímské říši v Constantinopoli, a to proti příkazům provinčních správců a výběřím daní, jejich úřad zanikl v pátém století.

⁹¹³ W. Litewski, *Rzymski proces karny*. Str. 58.

⁹¹⁴ Groh, V.: *Starý Řím*. Praha, Jednota českých filologů, 1931, 502 s. Str. 173.

⁹¹⁵ Litewski, W.: *Rzymski proces karny*. Kraków, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2003, 149 s. ISBN 83-233-1607-4. Str. 62.

⁹¹⁶ Berger, A.: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Str. 428.

⁹¹⁷ Berger, A.: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Str. 428.

5 Ne bis de eadem re

„ne dvakrát ve stejné věci“

Jako další princip římského procesu je potřebné považovat zásadu, která spočívala v tom, že nebylo možno dvakrát žalovat v téže věci. Aby bylo možné říci, že ve věci již jednou bylo žalováno, musela tato věc projít okamžikem litiskontestace. Věc samozřejmě musela být rozhodnuta, pak byl jakoby fiktivně uvažován okamžik rozhodnutí, jenž nastal před litiskontestací, aby už od toho okamžiku bylo zřejmé, že věc je nezměnitelná a opětovně nežalovatelná. Navíc byla ještě zásada rozšířena o obsahové posouzení rozsudku, čímž se budu zabývat níže. Jako základ vnímám Ulpianovu zásadu⁹¹⁸:

Rebus iudicandum standum est.⁹¹⁹

Žaloba, která jednou vyhasla, nebude již nikdy platit. I kdyby se rozhodčí při vynesení rozsudku zmýlil, nemůže jej napravit. V téže záležitosti nelze žalovat dvakrát. Proti věci rozsouzené se nepřijímá žádné podání. Tot' některá z různých vyjádření vztahujících se k zásadě *ne bis in eadem re*.

Rozsudek je formálním prostředkem práva, proti kterému nebylo možné podat odvolání, taková možnost existovala až pouze v řízení extraordinárním. Materiální moc nabývá rozsudek standardně okamžikem, kdy proti němu není možné podat odvolání, v římském právu tedy až do období poklasického řízení nabyl rozsudek formální i materiální moc zároveň.

Dokonce výše uvedená regule platila a byla dodržována i v případech rozsudků nespravedlivých či rozsudků vydaných na základě právního omylu, což dokazuje rčení *Res iudicata pro veritate accipitur*.⁹²⁰ Pokud ale toto tvrzení porovnáme se zásadou ekvity, je zřejmé, že byl vážen zájem spočívající v dodržení slušnosti a spravedlnosti (tedy ekvity) se zájmem určitosti a předvídatelnosti právních vztahů jistě v návaznosti

⁹¹⁸ Ulp. D 38,2,12,3.

⁹¹⁹ Věci rozhodnuté jsou trvalé.

⁹²⁰ D 1,5,25 Rozsouzená věc se považuje za věc pravdivou.

na věcná i osobní práva (tedy neměnnost již jednou soudně vydaného rozhodnutí upravující právní poměry). V případě zásady *ne bis in idem re* tak vyhrál zájem na neměnnosti již vydaného právního rozhodnutí upravujícího právní poměry. Jediné, co mohlo být s úspěchem soudnímu rozhodnutí vytýkáno, je jeho neplatnost, kdy žalovaný resp. nyní již odsouzený mohl proti *actio iudicati*⁹²¹ podat námitku spočívající v napadení neplatnosti původního soudního rozhodnutí, kterým byl odsouzen, zároveň mohl ještě žalovaný podat samostatnou *revocatio in duplum*. K tomuto institutu lze nalézt velmi málo. Pravděpodobně ale bude spočívat v napadení rozsudku pro jeho nulitu, nedostatek způsobilosti jedné či obou procesních stran, v narušení principu veřejného slyšení obou stran či v nesprávném výkonu formule soudcem. Ten, kdo namítá nulitu rozsudku z těchto důvodů, se vystavuje nebezpečí, že bude odsouzen k pokutě dvojnásobku hodnoty sporu.

Stejně tak jako není možné podat proti rozsudku odvolání, není možné napadnout rozsudek nespravedlivý či vydaný na základě právního omylu, není ani možné, jak uvádí V. Scialoja,⁹²² jen tak znovu podat žalobu u préтора ve stejné věci. Věc již jednou byla rozsoudena a je zde tak bráněna určitost právních vztahů. Možnosti nové žalobě vyhovět a uzavřít tak litiskontestaci brání *exceptio rei iudicatae*.⁹²³

J. Vážný⁹²⁴ vyjádření této zásady považuje za naplnění obecného požadavku spočívajícím v naplňování a dodržování obecné právní bezpečnosti. To dokládá i fragmentem z *decreta proconsulis Sardiniis*⁹²⁵ *cum pro utilitate publica rebus iudicatis stare conveniat*⁹²⁶, jehož vnímání bylo rozhodující zejména v právu justiniánském. V právu klasickém je však vyloučeno podání nové žaloby, jak již bylo výše stručně zmíněno, na základě konsumpčního účinku litiskontestace (viz níže). Konsumpce již nastala v momentě, kdy byla k prétorovi podána první *actio*, proto je již vyloučena možnost podat jakoukoli další *in ibidem rem*.

Proto taky byla na základě konsumpčního účinku litiskontestace přesně označena námitka věci rozsoudené jako *exceptio rei iudicatae vel in iudicium*

⁹²¹ Žaloba z exekuce.

⁹²² Scialoja, V.: *Procedura civile romana*. Řím, anonymní vydavatel, 1936, 370 s. Str. 180.

⁹²³ Námitka věci rozsoudené.

⁹²⁴ Vážný, J.: *Římský proces civilní*. Str. 71.

⁹²⁵ Dekret vydaný prokonsulem Sardínie Luciem Helviem Agrippou na sporném území r. 69 př. n. l.

⁹²⁶ Když bylo rozhodnuto, věc musí zůstat tak, jak je, ve prospěch veřejnosti.

deductae.⁹²⁷ V pramenech se tedy používá formulace, že litiskontestace vylučuje ustavení nové soudní rozepře *ipso iure*⁹²⁸ anebo *ope exceptionis*⁹²⁹ (viz níže). Díky tomu, že nezáleží na výsledku vynesení rozsudku, ale zásadně již na okamžiku litiskontestace, uvádí O. Sommer⁹³⁰, že námitku je snad lepší označovat jako *exceptio rei in iudicium deductae vel iudicatae*.⁹³¹

Konsumpční účinek litiskontestace spočívá v tom, že okamžikem litiskontestace jsou přípravné předprocesní kroky formalizovány do procesního právního poměru. Pro názornost tak např. ve formulovém řízení je upraven a uzavřen právní poměr a všechny skutečnosti k němu se vztahují formulí, a pokud se objeví nějaké nové skutečnosti, tak i ty se musí včlenit pouze novou litiskontestací. Stará právní povinnost litiskontestací se ruší a existuje už pouze nový závazek omezený litiskontestací. To právě je konsumpční účinek litiskontestace a v souvislosti s ním se používá spojení *ne bis de eadem re ne sit actio*.⁹³² Konsumpční účinek logicky vyplývá z povahy římského procesního řízení a reaguje tak na smluvní charakter litiskontestace.

Aby však mohla mít litiskontestace konsumpční účinek, a to na základě samotného práva, tedy *ipso iure*, musí být nutně splněny další náležitosti, jak o nich hovoří Gaius⁹³³:

⁹²⁷ Námitka věci rozsouzené a na soud vznesené. Lenel, Edikt XLIV §275, Sommer, O.: Texty ke studiu soukromého práva římského. Praha, nákladem vlastním, 1932, 262 s. Str. 266 a n., Gai. Inst. 4,106: *Et si quidem imperio continenti iudicio actum fuerit, siue in rem siue in personam, siue ea formula, quae in factum concepta est, siue ea, quae in ius habet intentionem, postea nihilo minus ipso iure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae.* /A bylo-li vedeno řízení z moci úřední, ať již na základě žaloby věcné či osobní, anebo na základě té formule, která je koncipována podle skutečnosti či té, která má intenci podle práva koncipovanou, je nicméně ze samého práva možné zažalovat později tutéž věc znovu, a proto je nutná námitka věci rozsouzené či věci na soud vznesené/, I 4,13,5: *Item si iudicio tecum actum fuerit sive in rem sive in personam, nihilo minus ob id actio durat et ideo ipso iure postea de eadem re adversus te agi potest: sed debes per exceptionem rei iudicatae adiuvare.* /Pokud jsi žalován, ať již to je věcnou či osobní žalobou, tak závazkový vztah trvá bez ohledu na to dále, a proto je podle civilního práva možné v té věci žalovat. Tobě však musí být pomůženo námitkou./

⁹²⁸ Na základě samotného práva.

⁹²⁹ Na základě námitky.

⁹³⁰ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 61.

⁹³¹ Námitka věci na soud vznesené či rozsouzené.

⁹³² Ani ne dvakrát ve stejné věci, ani ne podat žalobu.

⁹³³ Gai. Inst. 4,107.

*Si uero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris ciuilibus habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio superuacua est; si uero uel in rem uel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae uel in iudicium deductae.*⁹³⁴

Za prvé musí jít o řízení *iudicium legitimum*⁹³⁵, tedy o soudní řízení konané mezi římskými občany v Římě anebo do jednoho milníku od Říma (*domi a sub uno iudice, iudicium legitimum*⁹³⁶ - stejně jako nejstarší soudní řízení legisakční se konalo v Římě a navíc v něm nebylo možné podávat námitky⁹³⁷), za druhé intence ve formulě musí být *intentio in ius concepta* tzn. že skutečnosti, které jsou vepsány v intenci, jsou včleněny jako nové povinnosti do formulě (jedná se o práva a povinnosti absolutní, tedy o právní zájmy chráněné prostřednictvím *ius civile*) a nakonec se musí jednat o *actio in*

⁹³⁴ Bylo-li naproti tomu před legitimním soudem vedeno řízení na základě žaloby osobní, podle té formulě, jež má intenci podle práva koncipovanou, nelze ze samého práva zažalovat později tutéž věc a z toho důvodu je námitka zbytečná. Jestli se však řízení vedlo na základě žaloby věcné anebo formulě podle skutečnosti koncipované, je nicméně ze samotného práva možné žalovat a z toho důvodu je námitka věci rozsouzené či věci na soud vznesené nutná.

⁹³⁵ Soudní řízení konané na základě zákona, nikoli na základě jurisdikce magistráta (*iudicium quod imperio continetur*). *Judicia legitima* byla ta, která se konala v Římě anebo do jednoho milníku od Říma, strany byly římskými občany a používaly se staré římské zákony. Ostatní spadala do soudních řízení na základě jurisdikce přetora. K tomu Gai. Inst. 4,103 - 105: 103. *Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur. 104. Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes ciues Romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque e lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. et hoc est, quod uulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori. 105. Imperio uero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interueniente peregrini persona iudicis aut litigatoris; in eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter ciues Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu ualent, quamdiu is, qui ea praecepit, imperium habebit. /103. Všechny procesy se pak vedou buď na základě legitimního práva, anebo probíhají z moci úřední. 104. Legitimní jsou ty procesy, které se pouze pro římské občany odbývají za přítomnosti jediného soudce ve městě Římě, či do vzdálenosti prvního milníku od města Říma. A tyto, nebudou-li rozsouzeny do jednoho roku a šesti měsíců, berou podle Juliova soudního zákona za své. Proto se také běžně říká, že podle Juliova zákona spor po roce a šesti měsících odumírá. 105. Naproti tomu z moci úřední se konají procesy před rekuperátory a ty, a ty které se odbývají před jediným soudcem, ale vystupuje v nich cizinec, ať již jako soudce anebo jedna ze sporných stran. Stejně je tomu se všemi procesy, jež se odbývají za prvním milníkem od Říma, jak mezi občany římskými, tak mezi cizinci. Říká se pak, že z moci úřední se procesy vedou pro to, že jsou platné tak dlouho, jak dlouho bude mít úřední pravomoc ten, kdo jejich konání přikázal./*

⁹³⁶ Ve městě i do jednoho milníku.

⁹³⁷ Gai. 4,108: *Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.* / Jinak tomu bylo kdysi s legisakcemi: neboť o té věci, o které se jednalo jednou, nebylo ze samého práva možné jednat později. Také se v těch dobách nepoužívalo vůbec námitek jako nyní. /

personam, tedy o obligační žalobu směřující proti osobě. Za splnění všech těchto tří podmínek dochází ke konsumpčnímu účinku litiskontestace, a to tak, že se nejdříve ruší předprocesní povinnost žalovaného *dare oportere*⁹³⁸ a ta se transformuje do *condemnari oportere*⁹³⁹, což se úplně ve výsledku přeměňuje do *iudicatum facere portare*.⁹⁴⁰

K litiskontestaci mající na následek konsumpční účinek může, jak již bylo několikrát uvedeno i na základě námítky, *ope exceptionis*, a to v situaci, kdy se jedná o soudní řízení *iudicio quod imperio continetur* (jedná se o všechny ostatní soudní řízení, kdy nejsou splněny podmínky pro *iudicium legitimum*), které je založeno na rozhodovací praxi préтора, na *ius praetorium*, nikoli na *ius civile*. Protože závazkový ani procesní akt prétorského práva nemůže rušit povinnost dle *ius civile*, má žalovaný na svoji obranu možnost podat *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, ona totiž povinnost převzatá litiskontestací *ipso iure* trvá, stejná situace nastává v případech *intentio in factum concepta* tzn., že skutečnosti, které jsou vepsány v intenci, zůstávají pravdivé a platné i po tom, co byla učiněna litiskontestace (jedná se právě o právní zájmy, jež chrání *ius praetorium*) a je zde proto jasně vidět promítnutí ekvity.

K „nepravé“ konsumpci mohlo dojít ještě v případě *actiones in rem*, a to prostřednictvím *exceptio rei in iudicium deductae* v situaci, kdy bylo prostřednictvím litiskontestace dáno porotci k rozhodnutí vlastnictví konkrétní věci a on tak rozhodl. Nová žaloba o rozhodnutí vlastnictví stejné věci ze stejného důvodu tak byla odražena touto námítkou.

Jak vyplývá z předchozího textu, je zřejmé, že zásada *ne bis in idem re* stojí na vylučujícím účinku rozsudku, pro který je *condicio sine qua non* konsumpční účinek litiskontestace. Je však diskutabilní, kdy se jedná se o stejnou věc, tedy o věc již rozhodnutou. Sami římscí právníci se přikláněli k tomu, že zásadním pro posouzení

⁹³⁸ Sluší se dát.

⁹³⁹ Sluší se potrestat.

⁹⁴⁰ Sluší se vydat rozsudek. Gai. Inst. 3,180: *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalis dissoluitur, incipit autem teneri reus litis contestatione. sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. et hoc est, quod apud ueteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.* / Obligace také zaniká litiskontestací, ovšem bude-li se projednávat v řízení legitimním. Tehdy se totiž hlavní obligace sice ruší, ale žalovaný začne být zavázán z litiskontestace. Je-li však odsouzen, odpadá závazek z litiskontestace a začne být zavázán z titulu věci rozsouzené. A to je pravidlo, které staří zapsali takto: že před litiskontestací má dlužník plnit, po litiskontestaci že má být odsouzen, po odsouzení, že má vykonat to, k čemu byl odsouzen. /

toho, zdali se jedná o stejnou věc, je to, zdali je resp. či má být rozhodována stejná právní otázka. To potvrzuje i fragment z Digest, ve kterém právník Salvius Iulianus⁹⁴¹ odpovídá, ve kterých případech je možno použít námitku věci rozsouzené: *Iulianus respondit exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur.*⁹⁴²

Nyní bych chtěla uvést několik situací, které mohou nastat na základě zásady *ne bis in eadem re* s tím, že způsob jejich rozdělení je přebrán podle rozdělení uvedeného J. Vážným.⁹⁴³

- I. *actiones in rem*: nebylo možné znovu vindikovat vlastnictví věci, která již jednou byla vindikována a soudce rozhodl o kviritském vlastnictví. A to ani v situaci, kdy by žalobce vindikoval na základě jiného důvodu. Z jiného důvodu mohl žalovat pouze v případě, kdy původní intence formule byla omezena jen na nabytí z určitého důvodu. Stejně tak by však mohl žalovat v situaci, kdy by po vydání původního rozsudku získal nový titul k vlastnictví dané věci, vindikovat by tak mohl na základě nového nabytí, jelikož tento titul ještě původní vindikace neobsahovala, a tak ani nebyl na soudu projednán.

Pokud bude někdo ze stejného důvodu žalovat nejprve reivindikací, nemůže po vynesení rozsudku vindikovat prostřednictvím *hereditatis petitione* (promiscue), jedná se totiž o stejnou právní otázku spočívající ve vlastnictví k dané konkrétní věci. Pokud však bude vindikovat výslovně na základě jiných důvodů, pak mu v tom nic nebrání. Pokud by žalobce neúspěšně vindikoval část, nemůže znovu vindikovat celek a naopak. Situace je však jiná, kdy někdo bez úspěchu indikoval celý *usufructus*, může znovu vindikovat jeho část, kterou dodatečně nabytí akrescencí:

⁹⁴¹ Ulp. D 44,2,3. První část fragmentu.

⁹⁴² Iulianus ve třetí knize Digest stanoví, že námitka věci rozsouzené může být použita, kdykoli stejná otázka vrůstá na soudě mezi stejnými stranami.

⁹⁴³ Vážný, J.: Římský proces civilní. Str. 72 proces.

*Qui, cum partem usus fructus haberet, totum petit, si postea partem ad crescentem petat, non summovetur exceptione, quia usus fructus non portioni, sed homini ad crescit*⁹⁴⁴, jak uvedl Paulus.⁹⁴⁵

Pokud někdo žaloval prostřednictvím držebního interdiktů (*Uti possidetis*⁹⁴⁶), může podat žalobu ve stejné věci prostřednictvím reivindikace. Je to zřejmé, proto, že podání interdiktů je opět prostředkem právní ochrany podle práva a z hlediska principů práva podle ekvity, zatím co reivindikace je podávána na základě nároku vyplývající z *ius civile*.

- II. *actiones in personam*: rozdíl oproti věcným žalobám je v tom, že sice se žalobce nemůže stejně tak jako ony domáhat plnění ze stejného důvodu proti stejné osobě, ve věci, ve které byl již jednou vynesena rozsudek, ale na rozdíl od nich může žalobce i přes vydání rozhodnutí žalovat znovu identické plnění pouze na základě jiné kausy, jak uvádí Paulus⁹⁴⁷ v druhé části předchozího fragmentu:

*Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitiatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.*⁹⁴⁸

⁹⁴⁴ Pokud někdo má užívací právo pouze k části majetku, a podá žalobu, která by pokryla celý usufructus a prohraje svůj případ, a potom třetí osoba podá žalobu na zbytek usufructu, který následně přibyl jemu, nebude odražen námitkou z toho důvodu, že usufructus se nevztahuje k majetku, ale k osobě.

⁹⁴⁵ Paulus D 44,2,14,1 a podobně D 7,1,33,1.

⁹⁴⁶ Prohibitorní interdiktum zakazující násilné narušení držby.

⁹⁴⁷ Paulus D 44,2,14,2.

⁹⁴⁸ V případech tohoto druhu jsou osobní žaloby odlišné od těch věcných, za stejným účelem, a pro tento účel je mé vlastnictví stejné, každá žaloba je založena na konkrétním závazku, a soudní řízení mající vztah k jednomu z nich není zrušeno stejnou žádostí jiných. Ale když podám věcnou žalobu bez úvahy, na základě čeho tvrdím, že vlastnictví je mé, všechny tituly k ní jsou zahrnuty v požadavku na úkon, může to být způsobeno několikrát.

Záleží zde tedy pokaždé na kause resp. důvodu žaloby stejně tak tato kausa označuje každý spor z hlediska konsumčního účinku litiskontestace. Ještě je potřeba doplnit, že samozřejmě na základě jednoho důvodu může být podáno více žalob různého druhu, podání však první *pro futuro* vylučuje podání ostatních a působí tak tedy zcela v souladu se zásadou *ne bis in idem re*, např. tedy J. Vážný⁹⁴⁹ uvádí, že pokud někdo žaloval prostřednictvím *actionem redhibitoriam*⁹⁵⁰ nemůže z důvodu stejné vady podat ještě *actio quanti minoris*.⁹⁵¹

Ze stejného důvodu může být podáno více žalob (jedná se o tzv. souběh, konkurenci žalob), které mají za cíl stejnou věc, a to jak mezi osobami stejnými⁹⁵², tak i mezi osobami různými. Velmi specifickým a částečně i nevýhodným z hlediska zásady ekvity je již to, co jsem výše uvedla, že ve chvíli, kdy již první žaloba byla podána a došlo tedy k litiskontestaci, nemohla již být podána další i když byla první žaloba podána v užším rozsahu. Opět zde ale převyšuje zájem principu právní bezpečnosti a procesní jistoty nad obecnou zásadu ekvity. Je to ale mírně sporné, jestli je opravdu možné mluvit o ekvitě, jelikož k tomu došlo i velmi pravděpodobně, díky tomu že ten, o kom se dá říci, že na toto doplatil, dost pravděpodobně řádně nekonal a nesnažil se tak předejít škodlivým důsledkům. A v takovém případě je dost diskutabilní, zdali se dá hovořit o nespravedlnosti vůči takové osobě, tedy o porušení zásady ekvity. Navíc zde ještě existují další možnosti, které celkové potlačení ekvity zcela znemožňují.

Každá nová žaloba, tedy žaloba další, by v této situaci byla označena jako *actio de aedem re*. Jiná situace však je, pokud se jedná o žaloby, které sice směřují ke stejnému cíli, avšak na základě naprosto odlišného důvodu. Litiskontestace i rozsudky v těchto případech konsumční účinek

⁹⁴⁹ Vážný, J.: Římský proces civilní. Str. 73.

⁹⁵⁰ Žaloba, která spočívala ve zrušení kupní smlouvy, kdy kupující měl prodávajícímu navrátit koupenou věc včetně příslušenství a prodávající měl vrátit kupní cenu. Žaloba obsahuje restituční doložku.

⁹⁵¹ Žaloba, na základě které mohla být snížena cena z kupní smlouvy. Žaloba měla být podána do roka.

⁹⁵² D 44,2,3 viz výše.

nemají a je tedy zcela v pořádku použít další žalobu k vymáhání svého práva.

Je třeba samozřejmě uvažovat i situaci, kdy vedle sebe existují zcela na sobě nezávislé žaloby mezi týmiž osobami, zde ale nemluvíme o konkurenci žalob, ale o jejich kumulaci. Na ně se však ani nevztahuje zásada *ne bis in eadem re*, proto se zde o nich nebudu více zmiňovat.

Další skupinou jakou žaloby, ve kterých je žalován držitel věci. Pokud žalobce žaluje na předložení věci prostřednictvím *actione ad exhibendum*⁹⁵³, ale je neúspěšný, jelikož žalovaný neměl věc v držbě, může jej znovu žalovat, až věc získá do držby. A to bez toho, aniž by proti němu měl žalovaný právo vznést námitku věci rozsouzené, jak uvádí Ulpianus⁹⁵⁴:

*Si quis ad exhibendum egerit, deinde absolutus fuerit adversarius, quia non possidebat, et dominus iterum agat nancto eo possessionem: rei iudicatae exceptio locum non habebit, quia alia res est.*⁹⁵⁵ *rei iudicatae, quia alia res est.*⁹⁵⁶

A úplně stejně je možné postupovat v případě reivindikace, jak uvádí Gaius⁹⁵⁷:

*Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo te desisse possidere, deinde postea coeperis possidere et ego a te petam: non nocebit mihi exceptio rei iudicatae.*⁹⁵⁸

⁹⁵³ Žaloba na vydání věci.

⁹⁵⁴ Ulp. D 44,2,18.

⁹⁵⁵ Pokud někdo podá žalobu na navrácení majetku a jeho protivník je zproštěn odpovědnosti, protože ji nemá v držbě, a které potom on získal do držby, vlastník podává žalobu po druhé, a výjimka z důvodu předchozího rozhodnutí nemůže být žádána, protože podmínky případu jsou odlišné.

⁹⁵⁶ Mezi druhými je věc rozhodnutá.

⁹⁵⁷ Gaius D 44,2,17.

⁹⁵⁸ Jestliže podávám žalobu proti tobě o navrácení majetku, který patří mně, a ty jsou zproštěn veškeré zodpovědnosti, protože jsi dokázal, že ses zprostil držby řečeného majetku bez toho, aniž by došlo k jakémukoli podvodnému jednání na tvé straně, a potom co jsi byl uveden do držby řečeného

*Nerva*⁹⁵⁹ to celkově shrnuje tak, že⁹⁶⁰: *Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis, posteaquam contra eum iudicatum esset, nova instrumenta causae suae repperisset.*⁹⁶¹

Na základě toho, co jsem výše uvedla o konsumpčním účinku litiskontestace a tedy o vylučovacím účinku rozsudku, stále nepovažuji za zcela vyřešený soulad s ekvitou. Výše jsem sice uvedla, že i v případě nespravedlivého rozsudku má přednost zásada *ne bis in eadem re*, to ale podle mě proto, že v každé situaci, při střetu různých hodnot, bylo třeba zvyšovat právní zájem. V případě již vydaného rozsudku má tak přednost právní jistota majetkoprávních vztahů před spravedlností, na druhou stranu však nelze přistupovat ke každému vydanému rozsudku zcela formalisticky.

J. Vážný⁹⁶² i O. Sommer⁹⁶³ proto zavádí termín negativní funkce rozsudku, který vymezuje, v jakém rozsahu je možné podat novou žalobu v obdobné věci, která již byla dříve rozhodnuta. Rozsah se vymezuje podle obsahu předchozího rozhodnutí. To už se na druhou stranu označuje jako pozitivní funkce právní moci rozsudku. Jde tedy např. o tu situaci, zda se po vydání rozsudku mohou prohodit role žalobce a žalovaného a ti se mohou žalovat navzájem zpět. Řešení takové situace závisí na obsahu původního rozsudku, tudíž není možné takovou situaci dopředu vyloučit. Typickým příkladem je situace, kdy žalobě podané žalobcem nebylo vyhověno a žalovaný si pak „zpětnou“ žalobou své právo pojišťoval (protikladem je samozřejmě situace, kdy první žalobce zvítězil, pak už původní žalovaný nemohl žalovat s cílem nového rozhodnutí o té samé záležitosti).

majetku na podruhé, po druhé podám žalobu proti tobě, a tak žaloby námitka z věci rozsouzené nemůže být účinně vznesena proti mně.

⁹⁵⁹ „Nerva filius“, syn císaře Nervy, právník a úředník.

⁹⁶⁰ Nerva D 44,2,27.

⁹⁶¹ Když v druhé žalobě vyvstává otázka, zda-li je majetek ve vlastnictví prvního, což musí být uvažováno: první zahrnutá strana, a druhá je strana, proti které žaloba byla podána a třetí je přímým následkem žaloby. Pro tuto chvíli to není důležité, zda je někdo přesvědčen, že má dobrou víru při podání žaloby, navíc v žádném případě, pokud byl rozsudek vynesena proti němu, měl by najít nové dokumenty k posílení své argumentace.

⁹⁶² Vážný, J.: Římský proces civilní. Str. 73.

⁹⁶³ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 60-61.

Nastat také mohla situace, kdy díky tomu, že se posuzoval obsah rozsudku, mohla být i díky tomu omezena negativní funkce rozsudku. Konkrétním příkladem, který uvádí J. Vážný⁹⁶⁴ je situace, kdy osoba, které bylo soudním rozhodnutím přisouzeno zástavní právo k věci, nemá šanci jak jej vymoci jinak než, že bude muset žalovat vlastníka věci, aby mohla uplatnit své zástavní právo. Žalovat bude prostřednictvím *actio hypothecaria*, a pokud majitel či držitel věci použije *exceptio rei iudicatae*, bude tato osoba oprávněna podat repliku *rei secundum se iudicatae*.⁹⁶⁵ Podání této repliky bylo velmi časté v římských soudních sporech a zcela nepochybně v něm lze spatřovat opět naplnění zásady ekvity, kdy by bylo jistě zcela nespravedlivého, aby strana, která v procesu prohrála, měla šanci se účinně bránit, proti nové žalobě, která je plně návazná na již vydaný rozsudek a slouží k jeho realizovatelnosti. To dokumentuje fragment z Digest od právníka Juliána⁹⁶⁶ *evidenter iniquissimum est proficere rei iudicatae exceptionem ei, contra quem iudicatum est*.⁹⁶⁷

Pokud tedy hovořím o posuzování rozsudku a jeho negativní či pozitivní funkci, jedná se již o jisté rozšíření původního smyslu zásady *ne bis in idem re*. A rozšíření se dá pozorovat ve dvou směrech. Za prvé se jedná o situaci, kdy bude každá nová žaloba odmítnuta, přesto, že se nemusí jednat o situaci, kde jde o *actio de eadem re*. To dokládá např. fragment právníka Ulpiana⁹⁶⁸:

Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit: re secundum petitoem iudicata an restituere cogatur? et ait neratius⁹⁶⁹, si actori iterum petenti obiciatur exceptio rei iudicatae, replicare eum oportere de re secundum se iudicata.⁹⁷⁰

⁹⁶⁴ Ibidem jako předchozí poznámka, zkontrolovat. Str. 73.

⁹⁶⁵ Námitka (repika) věci podle toho, jak byla rozsouzena.

⁹⁶⁶ D 44,2,16 Iulianus, Digesta, 51. kniha, prostřední část.

⁹⁶⁷ Protože by mohlo být extrémně nespravedlivé, aby námitka věci rozsouzené zvýhodňovala stranu, proti které byl rozsudek vydán.

⁹⁶⁸ Ulp. D 44,2,9,1.

⁹⁶⁹ Lucius Neratius Priscus byl významný římský právník a úředník. Působil za vlády císařů Traiana a Hadriana. Je autorem významné právní zásady *tres faciunt collegium*.

⁹⁷⁰ Pokud kdokoli, potom, co bránil své právo disponovat s pozemkem, který si myslel, že je v jeho držbě, a rozsudek byl vydán pro žalobce, a žalovaný potom koupí pozemek, může být žalobce donucen mu jej navrátit? Neratius říká, že pokud byla podána námitka věci rozsouzené proti tomu, kdo podává žalobu o navrácení pozemku po druhé, může namítat, že rozhodnutí bylo vydáno v jeho prospěch.

Druhým směrem je ta situace opačná, kdy naopak lze žalovat stejnou žalobou, jak například uvádí Paulus⁹⁷¹:

*Si de proprietate fundi litigatur et secundum actorem pronuntiatum fuisset, diceremus petenti ei, qui in priore iudicio victus est, obstaturam rei iudicatae exceptionem, quoniam de eius quoque iure quaesitum videtur, cum actor petitionem implet.*⁹⁷²

V případech, kdy se po vydání rozsudku objevily nové okolnosti, důkazy, které by mohly reálně změnit obsah rozhodnutí, je sporné, jak k tomu římská jurisprudence přistupovala. Zatím co významný právník Ulpianus tvrdí, že strana musí mít nárok na mimořádnou pomoc a tedy možnost podat novou žalobu *ex causa succurrendum erit*⁹⁷³, tak naproti tomu právník Neratius uvádí, že pokud existuje identita především osob, věcí a důvodu, pak že není možné znovu žalovat, protože strana *posteaquam contra eum pronuntiatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset*.⁹⁷⁴ Tento fakt tedy vyvrací myšlenku spojovanou s dřívějším chápáním této zásady, že nezáleží na tom, jak rozsudek dopadne, ale z hlediska obsahu je třeba v některých situacích posuzovat i to. Je tedy třeba zamýšlet se vždy nad obsahem vyneseneho rozsudku v situaci, kdy se již vyneseny rozsudek rozcházel s platným právem, což formuloval právník Julián tak, že *quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur*.⁹⁷⁵ Z toho vyplývá velký důraz na aspekt, že rozsudek tvoří nezměnitelné rozhodnutí právního vztahu stran, což předchází princip procesní ekonomie.

Pro zásadu *ne bis in eadem re* je rovněž velmi důležité stanovit, jaké jsou podmínky či předpoklady toho, aby se mohlo jednat o situaci, ve které se uplatní:

⁹⁷¹ Paulus D 44,2,30,1.

⁹⁷² Jestliže by držitel majetku mohl být zproštěn své odpovědnosti a poté, co ztratil držbu, podal by žalobu na navrácení majetku stejně jako osoba, která nebyla úspěšná v prvním řízení, nebude mu v tom zabráněno námitkou, protože rozsudek je vydáván v jeho prospěch a s ohledem k jeho titulu nic zatím rozhodnuto nebylo.

⁹⁷³ Z důvodů, které následně nastaly. Viz například výše uvedený fragment D 44,2,27 a fragment uvedený v kapitole Aequitas D 44,2,11 pr.

⁹⁷⁴ Pokud byl rozsudek vyneseno proti němu, měl by najít nové dokumenty k posílení své argumentace.

⁹⁷⁵ Je navrácena otázka mezi těmi osobami, které se ptají.

A) *Inter easdem personas*: pro rozebrání zásady *ne bis in eadem rem* je potřeba zamyslet se i nad tím, mezi kým rozsudek platí a pro koho tedy platí omezení vyplývající z této zásady. Rozsudek jako takový v pojetí římského práva platí zásadně pro žalobce a žalovaného. Hovoří se o něm proto tak, že platí zejména mezi stranami vystupujícími v daném soudním řízení, jak uvádí Macer⁹⁷⁶: *saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*⁹⁷⁷, zároveň však je třeba poznamenat, že tak to nebylo ve všech situacích.

Tak např. některé rozsudky platily i pro sukcesory procesních stran (jako např. dluhy dlužníka přecházely na věřitele, či dluhy zůstavitele přecházely na dědice) jak uvádí fragmenty z Digest, Papinianus⁹⁷⁸:

*Exceptio rei iudicatae nocebit ei, qui in dominium successit eius, qui iudicio expertus est*⁹⁷⁹

a Ulpianus⁹⁸⁰:

*Iulianus scribit exceptionem rei iudicatae a persona auctoris ad emptorem transire solere retro autem ab emptore ad auctorem reverti non debere.*⁹⁸¹

Dalším výjimkou ze zásady, že rozsudek působí zejména vůči procesním stranám, je to, že působí i na ty osoby, které odvozují své právo od procesních stran, o jejichž právech bylo rozhodováno. Příkladem takové situace je, když zástavní věřitel nechal dlužníka, aby obhajoval své vlastnické právo, jak uvádí Digesta:

*Qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est.*⁹⁸²

⁹⁷⁶ D 42,1,63 Macer, O odvolání, 2. kniha, první věta fragmentu.

⁹⁷⁷ Často bylo v císařských konstitucích stanoveno, že rozsudky vydané pro konkrétní strany, nebyly předběžným rozhodnutím pro další případy a strany.

⁹⁷⁸ D 44,2,28, Papinianus, Quaestiones, 27. kniha.

⁹⁷⁹ Námitka rozsouzené věci bude škodit nástupci strany, která původní spor prohrála.

⁹⁸⁰ Ulp. D 44,2,9,2.

⁹⁸¹ Julianus říká, že námitka věci pravomocně rozsouzené přechází z původní strany v zájmu kupujícího, ale nevrátí se od kupujícího k původní straně.

A příkladem je dále také fragment z Digest, který potvrzuje, že rozsudek, kterým byla deklarována platnost závěti, na základě které byl za intestátního dědice označen žalobce, působí proti všem testamentárním dědicům i odkazovníkům, jak např. uvádí Ulpianus⁹⁸³:

*Si per lusorio iudicio actum sit adversus testamentum, an ius faciat iudex, videndum. et divus pius, cum inter coniunctas personas diceretur per collusionem in necem legatariorum et libertatum actum, appellare eis permisit. et hodie hoc iure utimur, ut possint appellare: sed et agere causam apud ipsum iudicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide heredem causam agere.*⁹⁸⁴

Dalším relativně výjimečným případem je situace, kdy rozsudek působí i vůči dalším třetím osobám v situaci, kdy v soudním řízení o status osoby vystupoval její nejbližší legitimovaný zástupce – *res iudicata pro veritate accipitur*.⁹⁸⁵

V souvislosti se zastoupením bylo zcela v souladu se zásadou ekvity i zásadou *ne bis in eadem re*, že pokud žalobu podal zástupce žalobce, nemohl pak žalobce podat sám žalobu znovu, žalobce mohl pouze převzít původní žalobu podanou jeho zástupcem, jak uvádí Instituce⁹⁸⁶:

Procurator uero si agat, satisdare iubetur ratam rem dominum habiturum. periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiatur; quod periculum non interuenit, si per cognitorem actum fuerit, quia de qua re quisque per

⁹⁸² D 42,1,63: překlad

⁹⁸³ Ulp. D 49,1,14 pr. A podobně D 20,1,3.

⁹⁸⁴ Když je vydáno soudní rozhodnutí proti závěti, na základě tajné dohody, podívejme se, zda takové rozhodnutí před soudem obstojí. Božský Pius povolil stranám možnost podat odvolání, když bylo dokázáno, že se určité osoby spolčily, skrze tajnou dohodu, aby znemožnili práva odkazovníka a otroka, který byl propuštěn na svobodu. A současně je po právu, že se mohou odvolat ke stejnému soudci, který rozhodoval spor o závět', v případě, že podezřívají dědice, že by je nehájil v dobré víře.

⁹⁸⁵ D 50,17,207 a D 1,5,25 (viz výše).

⁹⁸⁶ Gai. Inst. 4,98 a obdobně I 4,11.

*cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit.*⁹⁸⁷

B) *Eadem quaestio* (stejné dotazování): stejně tak důležitým aspektem, je také to, že závazným v rámci soudního rozhodnutí je pouze výrok rozsudku, nikoli však jeho odůvodnění. Pokud by se tak tedy stalo, že by v rámci odůvodnění byla vyřešena některá prejudiciální otázka, jedná se o její řešení pouze pro daný případ, s tím, že není závazná co do zásady *ne bis in eadem re*. To však neplatí v případě, kdy by se přímo výrok ze soudního rozhodnutí stal praejudiciální otázkou v jiném případě, pak samozřejmě je i tento případ vázán na výrok a je pro něj závazný.

Dalším podobným případem je situace, kdy žalovaný v rámci soudního řízení uvedl své další právo, což se mohlo projevit dvojím možným způsobem:

a) žalovaný uvádí v rámci soudního řízení své právo, které vylučuje tvrzené právo žalobce. Zvláštní je, že pokud vyhraje žalobce, je to důkazem toho, že právo, které žalovaný tvrdil, neexistuje (např. vlastnictví k určité věci), což jasně dokazuje výše uvedený Paulův fragment.⁹⁸⁸ Naopak ale v situaci, kdy vyhraje žalovaný, není nic o právu žalovaného oficiálně známo, jak dokazuje Gaius⁹⁸⁹:

Si inter me et te controversia de hereditate sit et quasdam res ex eadem tu possides, quasdam ego: nihil vetat et me a te et invicem te a me hereditatem petere. quod si post rem iudicatam a me petere coeperis, interest, utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit an contra: si meam esse, nocebit tibi rei iudicatae exceptio, quia eo ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse: si vero meam non esse, nihil

⁹⁸⁷ Naproti tomu, žaluje-li prokurátor, přikazuje se mu dát záruku, že pán jeho jednání schválí. Hrozí totiž nebezpečí, že pán zažaluje tutéž věc znovu. Takové nebezpečí nehrozí, žaluje-li se pomocí kognitora, protože kdo by pomocí kognitora žaloval nějakou věc, nemá již na ní další žalobou právě tak, jako kdyby žaloval sám.

⁹⁸⁸ D 44,2,30,1 (viz výše).

⁹⁸⁹ D 44,2,15, Gaius, K provinčnímu ediktu, 30. kniha.

*de tuo iure iudicatum intellegitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua.*⁹⁹⁰

Proč to tak je, se může zdát být nespravedlivé, když si vezmeme, že každý uplatňuje své právo na to samé, ale pokud vyhraje žalovaný, není mu toto právo přiznáno a on pak musí žalovat a jaksí si jej znovu pojistit, jak jsem již výše uvedla. Pravděpodobně zde ale Římané považovali za nadřazený princip procesní ekonomie, který spočíval pouze v deklarování věcí, ke které se výslovně vztahovala podaná žaloba. A navíc lze snad možná i lépe než dnes spatřovat důraz na spravedlnost, tedy na ekvitu, kdy jak je uvedeno na konci uvedeného Gaiova fragmentu, mohlo se stát, že věc nepatřila ani jednomu. Myslím, že je dost sporné posuzovat v tomto případě, které řešení je dle římského vnímání ekvity správné.

- b) žalovaný uvádí své právo, které může existovat vedle práva žalobce, aniž by tak jím tvrzené právo uznával. Pokud v soudním řízení žalobce vyhraje, je tím popřeno i právo žalovaného (tím, že žalovaný své právo jistě uvádí na svoji obranu, musí souviset s předmětem sporu a mít na něj přímou návaznost, tak že z toho důvodu by se to velmi pravděpodobně dalo odůvodnit). Pokud je ale rozsudek vyneseno v neprospěch žalobce, pak je třeba rozlišovat dvě situace, a to:
 - ba) právo žalovaného je uznáno jako existentní, rozsudek tak nabude právní moci i o vzneseném protiprávu v situaci, kdy se překrývá s nárokem žalovaným (např. spočívá-li namítané protiprávo v námitce kompenzace). Musím zde ale poznamenat, že je velmi zvláštní, zdali je situace opravdu tak

⁹⁹⁰ Pokud je vedeno mezi mnou a tebou soudní řízení zahrnující pozůstalost, a ty máš ve svém držbě nějaký majetek patřící do řečené pozůstalosti, a také já mám nějaký, nic mi zabráni k podání žaloby proti tobě, abych získal zpět majetek, a na druhé straně, nic nebrání tobě k podání žaloby proti mně ke stejnému účelu. Ačkoli potom, co byl případ dořešen, můžeš podat takovou žalobu proti mně, avšak bude třeba ověřit, zda dědictví bylo přisouzeno mně či tobě. Pokud bylo rozhodnuto, že je moje, bude námitka věci pravomocně rozsouzené působit jako námitka proti tobě, a to z toho důvodu, že rozhodnutí bylo v mój prospěch, a bylo zjištěno, že majetek patří ke mně, bylo rozhodnuto, že není tvůj. Pokud však bylo zjištěno, že nepatří mně, nerozumí se tím, že by tak bylo rozhodnuto s ohledem na svůj titul k ní, protože to může také znamenat, že majetek nepatří ani jednomu z nás.

rozdílná, že pokud ve výše uvedeném případě ad) a) zní rozsudek ve prospěch žalovaného a přes to není jím tvrzené protiprávo uznání a zde ano. Uvažuji ale i situaci, kdy k tomuto docházíme pouze na základě nám dostupných pramenů, jelikož při známé systematickosti a logičnosti Římanů, a zejména s přihlédnutím k zásadě ekvity, se mně osobně zdá toto skoro jako nereálné a nepředstavitelné.

bb) právo žalovaného není v rozsudku nijak zmiňováno, žaloba žalobce byla zamítnuta prostě a jednoduše proto, že jeho právní nárok nemá oporu ani v právním řádu ani ve faktickém stavu chráněném prétorským právem.

V souvislosti se zásadou *ne bis in eadem re* bylo řešit i třeba takovou věc, jako je zastoupení, o níž hovoří i některé výše zmíněné fragmenty. Je totiž samozřejmě zcela v souladu se zásadou ekvity i zásadou *ne bis in eadem re*, že pokud žalobu podal zástupce žalobce, nemohl pak žalobce podat sám žalobu znovu, žalobce mohl jen převzít původní žalobu podanou jeho zástupcem.

Konsumční účinek litiskontastace v souvislosti se změnou typu procesní řízení za práva poklasického a práva justiniánského odpadl, a to i u žalob si konkurujících. A byl nahrazen přímým konsumčním účinkem rozsudku.

K rozporu, kterému jsem se v této kapitole několikrát věnovala, tedy ke vztahu zásady ekvity a zásady *ne bis in eadem re*, je třeba ještě na závěr poznamenat, že v případě nespravedlivého soudního rozhodnutí měl poškozený šanci využít prétorské ochrany, mohl tedy požádat (*postulare pro se*) prétora o navrácení do původního stavu (*restitutio in integrum*).

Na závěr bych ráda zmínila, že právní bezpečnost, tedy určitost a ochrana rozsudkem upravených právních vztahů, je v mnohém velmi podobná kanonické zásadě *Roma locuta est, causa finita est*⁹⁹¹, kterou vyjádřil sv. Augustinián (a to pravděpodobně pouze její část *causa finita est*), a to na základě situace, kdy do Říma k apoštolskému stolci poslaly dvě rady afrických biskupů žádost o vyjádření k některým praktickým otázkám, a Řím odpověděl prostřednictvím reskriptu.

I dnes je v demokratických právních řádech obecně uznávána potřeba zajištění jednoty soudního řízení, neplatí ovšem ve velkém množství případů, kdy je legitimně potřeba znovu věc otevřít (de facto prétorská restituce).

⁹⁹¹ Řím promluvil, případ je uzavřen.

6 Princip apelace a provokace

*Apello, -are, -avi, -atum*⁹⁹²: promlouvat (k někomu), oslovovat (někoho), vzývat, volat k pomoci, doprošovat se, dovolávat se (úřední osoby), odvolávat se („apelovati“): *nemo tribunos plebis appellavit*⁹⁹³; *in eo praetor appellatur*⁹⁹⁴; *cum ambo regem appellarent*⁹⁹⁵, vyzývat, upomínat, žalovat, stěžovat si (na někoho), jmenovat, nazývat.

*provoco, -are, -avi, -atum*⁹⁹⁶: vyvolávat, přivolávat, povolávat, odvolávat se (*ab alqo ad alem* – od někoho k někomu): *ut de vi damnati ad populum provocent*.⁹⁹⁷

Princip apelace můžeme vidět jak z pohledu práva soukromého, tak z pohledu práva trestního. Ráda bych se v této kapitole věnovala oběma aspektům, které na sebe velmi úzce navazují. A to nejen povahou práva a právními zájmy, které jsou jimi hájeny, ale zároveň i časovým aspektem. Jelikož většina zásad, jimž se věnuji, směřuje k právu soukromému, chtěla jsem původně začít s principem apelace až v období možnosti podat odvolání v právu soukromém.

Potom, co zpracovávám části věnující se odvolání, rozpracovala jsem části o provokaci. Došla jsem k tomu závěru, že odvolání ve smyslu apelace nutně vychází z práva provokace (tedy z nejstaršího odvolání, které se zaměřovalo zejména na trestně právní případy). Proto jsem nakonec svůj postoj přehodnotila a z hlediska logičnosti toku myšlenek a historického toku předřazuji výklad o provokaci výkladu o odvolání.

Apelace se v rámci trestního práva projevovala jako naplnění zásady svrchovanosti římského lidu v případě hrdelních trestů. Proti rozsudkům soudců rozhodujících v trestních věcech, tak bylo připuštěno odvolání, zde mluvíme o tzv. *provocatio* k římskému lidu. Je však třeba jasně vymezit rozdíl mezi *appellatio* a

⁹⁹² Pražák, Novotný, Sedláček. Str. 92.

⁹⁹³ Livius, *Ab urbe condita* (27,8): nikdo se neodvolává k tribunům lidu.

⁹⁹⁴ V té věci děje se odvolání k prétorovi.

⁹⁹⁵ Livius, *Dějiny*, (I, 40): krále se dovolávat.

⁹⁹⁶ Pražák, Novotný, Sedláček. Str. 1018.

⁹⁹⁷ Cicero, *První řeč k Marcovi Antoniovi*, první filipika (1, 21): aby se proti způsobenému násilí odvolal k lidu

provocatio. Jako rozdíl za republiky uvádí James Leigh Strachan-Davidson⁹⁹⁸ to, že *appellatio* je proces, který při velkém množství magistrátů slouží k tomu, aby se svobodní muži mohli odvolat ke kolegům magistrátů či k tribunům lidu proti rozhodnutím magistrátům. A *provocatio* definuje jako výhodu zajištěnou občanům Valeriovým⁹⁹⁹ právem, která spočívá ve vznesení žádosti o ochranu římského lidu. A dodává, že jeho slova jsou zcela v souladu se správným tvrzením Liviovým, který říká, že: *tribunos plebis appello et provoco ad populum*.¹⁰⁰⁰

Podle Smithova slovníku¹⁰⁰¹ je pak *appellatio* a odpovídající sloveso *appellare* používáno v dílech raných římských spisovatelů k vyjádření žádostí jedinců k magistrátům, a zejména tribunům, aby se chránili před některými špatnými rozhodnutími či hrozbou některých. To je odlišováno od *provocatio*, které se v dílech raných spisovatelů používá k označení odvolání k římskému lidu ve věcech ovlivňujících život. Zdá se, že *provocatio* byla dost možná starověkým právem římských občanů. Za působení decemvirů¹⁰⁰² bylo ale právo provokace zrušeno: *Cum sine prouocatione creati essent*¹⁰⁰³ a bylo obnoveno *lex consularis de prouocatione*¹⁰⁰⁴, ve které bylo rovněž stanoveno, že do budoucna není možné zvolit magistráta, kterého by nebylo možné odvolat. Livius pak poznamenává, že lid byl chráněn dvěma nástroji, a to zaprvé provokací, za druhé pomocí tribunů (*auxilium tribunicum*¹⁰⁰⁵): *Et cum plebem hinc prouocatione, hinc tribunicio auxilio satis firmassent*.¹⁰⁰⁶

⁹⁹⁸ Strachan-Davidson, J. L.: Problems of the Roman Criminal Law, Vol. II. Oxford, Clarendon Press, 1912, 287 s. Str. 178.

⁹⁹⁹ *Lex Valeria et Horatia, lex consularis de prouocatione*.

¹⁰⁰⁰ Livius, Dějiny (VIII,33.7): k tribunům lidu se odvolávám a k lidu se provokuji (odvolávám).

¹⁰⁰¹ Smith, W.: A Dictionary of Greek and Roman Antiquities. Str. 107-108, Appellatio.

¹⁰⁰² *Decemviri legibus scribundis* bylo desetičlenné kolegium zvolené pro r. 451 př. n. l., k sepsání zákoníku dvanácti desek. Po dobu jejich působení nebyly voleny další magistratury. V r. 451 př. n. l. jej tvořili výhradně patricijové a předsedali mu konsulové Apius Claudius Crassus a Titus Genucius Augurinus. Pro r. 450 př. n. l. jich už bylo zvoleno dvanáct, dokončili zákoník dvanácti desek, ale následně se začali chovat násilně a tyransky a uzurpovali si moc. Po veřejných nepokojích opustili svou funkci r. 449 př. n. l. a dále už nebyli voleni. V pozdějších staletích se objevuje soudní porotní orgán decemviri, který ale s těmito nemá nic společného.

¹⁰⁰³ Livius, Dějiny (3,33): decemvirové byli zvoleni s takovou pravomocí, že nebylo možné od nich se odvolat ke sněmu.

¹⁰⁰⁴ *Lex Valeria et Horatia*, vydána r. 449 př. n. l. obnovovala právo provokace.

¹⁰⁰⁵ Pomoc tribunů.

¹⁰⁰⁶ Liv. III,55: Když takto posílili lid jednak právem odvolacím, jednak tribunskou mocí.

A pokud se tedy vrátím k tomu, co píše James Leigh Strachan - Davidson¹⁰⁰⁷ o provokaci a odvolání a jejich postupném souběhu, uvádí to, že díky tomu, že *princeps*¹⁰⁰⁸ byl magistrátem, který byl velkým kolegou (*collega maior*) všech ostatních magistrátů, žádost o jeho intervenci tak byla pojmenována jako *appellatio*, a tedy přes to, že se již mluví o období principátu, apelace zde funguje ve velmi podobném duchu jako za dob dřívějších. Situace se ale mění na začátku třetího století a začíná převládat absolutistická teorie. To vyjadřuje Ulpianus¹⁰⁰⁹, který hovoří o tom, že *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.*¹⁰¹⁰

A tak jsou pasáže zákona *lex Iulia de vis publica*¹⁰¹¹ rozšířeny o případy, kdy je jakýkoli magistrát odpovědný za to, že řádně nejedná v provokaci jakéhokoli římského občana, jak uvádí např. Ulpianus¹⁰¹²: *Lege iulia de vi publica tenetur, qui, cum imperium potestatemve haberet, civem romanum adversus provocationem necaverit verberaverit iusseritve quid fieri aut quid in collum iniecerit, ut torqueatur. item quod ad legatos oratores comitesve attinebit, si quis eorum pulsasse et sive iniuriam fecisse arguetur*¹⁰¹³ či že řádně nepřijal apelaci jakéhokoli římského občana k lidu, jak uvádí mj. Paulus¹⁰¹⁴: *Capite secundo legis Iuliae de adulteriis permittitur patri tam adoptivo quam naturali adulterum cum filia cuiuscumque dignitatis domi suae vel generi sui*

¹⁰⁰⁷ Strachan-Davidson, J. L.: Problems of the Roman Criminal Law. Str. 176.

¹⁰⁰⁸ Císař, první muž ve státě, svou pravomoc odvozoval od tribunské moci a od mimořádných magistratur. Měl *imperium maius*, které mu dávalo pravomoc zrušit rozhodnutí jakéhokoli jiného magistráta. Od r. 12 př. n. l. disponoval i pravomocí nejvyššího pontifika.

¹⁰⁰⁹ Ulp. D 1,4,1 pr.

¹⁰¹⁰ To, co císař přijal, má sílu zákona: ale stejně tak jak právo královské, které vychází z imperia, lid přenesl na císaře veškerou svou moc.

¹⁰¹¹ Zákon postihující veřejné násilí či násilí na veřejného činitele. Zákon byl vydán r. 17 př. n. l. za vlády císaře Augusta, a to společně s *lex iulia de vis privata* (zákon proti soukromému násilí).

¹⁰¹² Ulp. D 48,6,7.

¹⁰¹³ Kdokoli, kdo je spojován s tím, že svojí mocí přivedl římské občany k smrti či bičování, nebo přikazuje, aby se tak stalo, anebo přikládá něco k jeho krku za účelem mučení, bez možnosti, aby se dotčený odvolal, je odpovědný podle Juliova zákona o veřejném násilí. To platí i pro vyslance a řečníky, a jimi zastupované, kde je prokázáno, že je někdo bil, nebo jim způsobil jakoukoli jinou újmu.

¹⁰¹⁴ Paul. Sent. 2,26,1.

*deprehensum sua manu occidere.*¹⁰¹⁵ Podstatné na tom tedy je třeba si uvědomit, že v předchozích dvou případech je tedy jakoby prohozená republikánská role apelace a provokace. Dalším podobným příkladem je Aulův¹⁰¹⁶ fragment, který hovoří o tom, že¹⁰¹⁷: *Manilia ad tribunos plebi provocavit.*¹⁰¹⁸ Nejedná se však o pouhý „překlep“, ale o záměr tuto promíšenost ukázat. Výrazy apelace a provokace se tedy už v tomto období zcela sjednotily a pokrývají oba stejné situace. A tak se výraz provokace nově vztahuje i na drobné případy civilně právní povahy, které pokrývá apelace. Tak, jak uvádí první titul 49. knihy Digest *De appellationibus* jsou výrazy apelace a provokace používány shodně v případech odvolání v soukromoprávních sporech, což uvádí Ulpianus a pro porovnání uvádím příslušnou část fragmentů¹⁰¹⁹: *Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorigat: licet nonnumquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est*¹⁰²⁰ a¹⁰²¹: *Quaesitum est, an adversus rescriptum principis provocari possit, forte si praeses provinciae vel quis alius consulerit et ad consultationem eius fuerit rescriptum: est enim quaesitum, an appellandi ius supersit. quid enim, si in consulendo mentitus est?*¹⁰²² Jeví se mi ale, že výraz *provocatio* byl používán ve významu širším a používal se tak zejména v případech odvoláních v trestněprávních záležitostech.

¹⁰¹⁵ V druhé knize Juliova zákona vztahujícího se k cizoložství, má jak adoptivní otec, tak pokrevní otec povoleno zabít cizoložníka chyceného při cizoložství s jeho dcerou v jeho vlastním domě nebo v domě jejího manžela bez ohledu na to jakého původu je.

¹⁰¹⁶ Aulus Gellius žil ve 2. st. v Římě a byl právníkem a soudcem. Jeho hlavním dochovaným dílem jsou *Noci Attické* (soubor příběhů).

¹⁰¹⁷ Aulus, *Noct. Att.* 4,14,4.

¹⁰¹⁸ Manília se k tribunům lidu provokovala.

¹⁰¹⁹ Ulp. D 49,1,1 pr.

¹⁰²⁰ Není nikdo, kdo by si neuvědomoval, jak často jsou odvolání používána a jak jsou potřebná k nápravě nespravedlnosti nebo neznalosti soudců, i když někdy rozhodnutí, která byla řádně vydána, se mění k horšímu, a tedy ten, kdo vydává poslední rozsudek, nevydává proto rozsudek lepší než byl původní. Z tohoto důvodu jej nelze považovat za lepší.

¹⁰²¹ Ulp. D 49,1,1,1. První část fragmentu.

¹⁰²² Vystala otázka, zda odvolání (provokace) by mohlo být podáno z reskriptu císaře, kde se správce provincie nebo někdo jiný zeptal na jeho radu, a reskript byl vydán formou odpovědi. Také bylo dotazováno, zda právo na odvolání zůstalo. Co je třeba udělat, pokud správce provincie, když bylo žádáno o radu, udělal nepravdivé prohlášení?

Císař ve své osobě spojoval jak právo odvolání k lidu, tak právo odvolání k tribunům, přes to ale odvolání k němu bylo posledním možným prostředkem. Augustus upravil systém řádných odvolání (*appellationes*) od stran v Římě k městskému prétorovi tak, jako v provinciích k místodržícím, jak uvádí Suetonius¹⁰²³: *Appellationes quotannis urbanorum quidem litigatorum praetori delegabat urbano, at provincialium consularibus viris, quos singulos cuiusque provinciae negotiis praeposuisset.*¹⁰²⁴ Nero potom přijal, jak uvádí Suetonius¹⁰²⁵: *ut omnes appellationes a iudicibus ad senatum fierent*¹⁰²⁶, že odvolání od soukromých soudců se podávalo k senátu, což naopak uvádí Tacitus¹⁰²⁷: *auxitque patrum honorem statuendo ut, qui a privatis iudicibus ad senatum provocavissent, eiusdem pecuniae periculum facerent, cuius si qui imperatorem appellare[nt].*¹⁰²⁸

Z výše uvedeného vyplývá, že odvolání historicky vzniklo jako odvolání zejména ve věcech trestních či proti magistrátům v méně závažných věcech (*provocatio* či *appellatio*). Ve chvíli, kdy *provocatio* se překlátilo do *appellatio* a naopak, tedy až za období císařství (hlavně od třetího st.) začínáme mluvit o *appellatio* jako o nám známém odvolání, včetně jeho posunu k právu soukromému. *Provocatio* se pak už používalo zejména v souvislosti s odvoláním v trestních věcech.

Oficiálním počátkem provokace podle A. Lintotta¹⁰²⁹ a i prvním známým případem odvolání římského práva je tak případ Horatiův, který Livius¹⁰³⁰ popisuje tak, že v době královské za vlády krále Tulla Hostilia¹⁰³¹ došlo ke sjednocení Říma a Alba

¹⁰²³ Gaius Suetonius Tranquillus byl římským životopiscem, žil v letech 69 až 140, za císaře Hadriána byl vedoucím jeho kanceláře.

¹⁰²⁴ Suet.Oct. 33,3 (poslední věta): Každý rok se podávají odvolání případů týkajících se cizinců k bývalým konsulům, z nichž se dal jeden na starosti obchodní záležitosti každé provincii.

¹⁰²⁵ Suetonius, Nero, 17,50 (poslední věta).

¹⁰²⁶ A že jakékoli odvolání od soudců mělo být podáno k senátu.

¹⁰²⁷ Publius Cornelius Tacitus, žil v letech 55 – 120 př. n. l a byl významným římským historikem. Byl úředníkem. Tacitus, Annales: 14,28,61.

¹⁰²⁸ Také přidal důstojnost otců tím, že ustanovil, že strany odvolávající se od soukromoprávních soudců k senátu musí riskovat podstoupením stejné úschovy.

¹⁰²⁹ Str. 152, The Constitution of The Roman Republic, A. Lintott.

¹⁰³⁰ Livius, dějiny I. Str. 74–76.

¹⁰³¹ Třetí římský král. Uvádí se, že mohl vládnout v letech 673–642 př. n. l.

Longy¹⁰³², jehož základem byl souboj bratrů Horatiů a Curiátů.¹⁰³³ Obě armády se připravily do boje, Albanové (Římané od nich původně pocházeli) se svým vojskem přitáhli do boje, ale přes noc umřel jejich král Cluilius, a tak jejich nový vůdce Mettius Fuffetius nabídne dohodu králi Tuliovi Hostilliovi. On ji využije a oba národy postaví do boje proti sobě bratry-trojčata (Livius se přiklání k tomu, že Horatiové byli pravděpodobně Římany). Na to, že moc získá ten národ, jehož zástupci vyhrají, uzavřeli dokonce smlouvu, kterou potvrdil fetišál.¹⁰³⁴ Souboj vyhráli Římané (přes to, že jako první padnou dva Horatiové a jeden zbývající pak pouteče a díky tomu pobije všechny tři Curiáty). Při slavnostním návratu do Říma však Horatius probodne svou mladší sestru, která byla snoubenkou jednoho z jím zabitých Curiátů a úzkostlivě nařikala kvůli smrti svého snoubence. Navíc ji ještě zlořečí slovy¹⁰³⁵: *Abi hinc cum immaturo amore ad sponsum,* inquit, *"oblita fratrum mortuorum uiuique, oblita patriae. Sic eat quaecumque Romana lugebit hostem."*¹⁰³⁶

Za zabití sestry je z důvodu krutosti, a to i přes své obrovské zásluhy, pohnán před královský soud. Král však nechtěl sám takový spor rozhodnout, a proto svolal lidové shromáždění a prohlásil¹⁰³⁷: *"Duumuiros" inquit, "qui Horatio perduellionem iudicent, secundum legem facio."*¹⁰³⁸ Podstatnou je zde skutečnost, že Horatius tak nebyl obviněn z vraždy či zabití, ale že byl přímo obviněn z trestného činu proti královské svrchovanosti (*perduellio*¹⁰³⁹). V zákoně (*lex horrendi carminis*¹⁰⁴⁰) pak byla následující formulace¹⁰⁴¹: *duumuiros perduellionem iudicent; si a duumuiris provocarit, provocatione certato; si uincent, caput obnubito; infelici arbori reste suspendito;*

¹⁰³² Alba Longa byla městem ležícím v kraji Latium, který byl původním starým územím ve střední Itálii, ze kterého pocházeli i Romulus a Remus. Leželo 19 kilometrů jihovýchodně od Říma.

¹⁰³³ Livius, dějiny I. Str. 71–74.

¹⁰³⁴ Kněz uzavírající smlouvy.

¹⁰³⁵ Livius, Dějiny (I,1,26).

¹⁰³⁶ Jdi pryč odtud se svou nevhodnou láskou ke snoubenci ty, která jsi zapomněla na své mrtvé bratry i na toho živého, ty, která jsi zapomněla na vlast. Tak necht' zajde každá Římanka, která bude truchlit nad nepřítelem.

¹⁰³⁷ Livius, Dějiny (I, 1,26).

¹⁰³⁸ Ustanovují dvojici soudců, kteří by uvalili soud na Horatia ze zločinu proti královské svrchovanosti podle zákona.

¹⁰³⁹ Původně se pod tímto termínem skrývalo jakékoli narušení občanských svobod či porušení základních ústavních principů. Později bylo zahrnuto pod urážku majestátu (*crimen maiestatis*).

¹⁰⁴⁰ Zákon o strašlivé předpovědi.

¹⁰⁴¹ Livius, Dějiny (I, 1,26).

*verberato vel intra pomerium vel extra pomerium.*¹⁰⁴² Jelikož se soudce domnívali, že na základě uvedeného zákona nemají ani možnost Horatia osvobodit, odsoudili jej a jeden z nich přikázal liktorovi¹⁰⁴³, aby mu svázal ruce. Horatius se v tu chvíli odvolal slovy: odvolávám se (*provoco!*). A tak došlo k odvolání před lidové shromáždění.

Na lidovém shromáždění vystoupil Horatiův otec, který tam prohlásil, že dcera byla zabita naprosto právem, jelikož pokud by o tom nebyl sám přesvědčen, využil by svého práva otcovského proti synovi (*ius vitae ac necisque*¹⁰⁴⁴), prosil dav, aby jej nepřipravili o jeho poslední dítě a měl dojemný projev, kterým dav přesvědčil, aby jeho syna osvobodili. Lidové shromáždění tak, jak píše Livius, však učinilo zcela určitě spíše ze soucitu, než z důvodu podstaty daného trestného činu. Uložilo však otci Horatiiovi, aby na obecní účet zbavil syna viny, a tak vykonal smírné oběti. Nechal tak postavit trám přes ulici, který jeho rod udržoval či na místě probodnutí dcery zřídil hrob.

Jediným známým podobným případem v římském právu je, jak uvádí A. Lintott,¹⁰⁴⁵ žaloba C. Rabiria¹⁰⁴⁶ obžalovaného r. 63 př. n. l. Caesarem a Labienem¹⁰⁴⁷ za účast na linčování plebejského Lucia Appuleia tribuna Saturnina v r. 100 př. n. l. (Rabiriovi bylo v tom roce čtrnáct let). V tomto případě byla *lex horrendi carminis* oživena plebiscitem s tím, že výjimečným bylo, že Rabirius nedostal příležitost ke své

¹⁰⁴² Dvojice soudců nechť soudí zločin proti královské svrchovanosti; jestliže se Horatius od dvojice soudců odvolá, nechť na základě odvolání se před sněmem odpovídá; jestliže žalobci na soudě zvítězí, budiž mu hlava zahalena, na neplodném stromě provazem budiž oběšen; budiž bičován buď mezi hradbami, nebo za hradbami.

¹⁰⁴³ Ozbrojená stráž úředníků s imperiem. Nosili pruty (*fasces*) a na veřejnosti kráčeli před úředníkem v řadě.

¹⁰⁴⁴ Neomezené právo otce rodiny potrestat osobu jemu podřízenou. Např. Gai. Inst. 1,55 (první část fragmentu): *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est (fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus) idque divi Hadriani edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significatur. /V naší pravomoci jsou dále naše děti, které jsme zplodili v řádném manželství. Je to právo vlastní občanům římským: neboť sotva se najdou lidé, kteří nad svými dětmi mají takovou pravomoc jako my. Prohlásil to také božský Hadrián v ediktu, který vydal pro ty, kdo se u něho pro sebe a své děti ucházeli i římské občanství./, podobně Dyonissios 2,26-7.*

¹⁰⁴⁵ Lintott, A.: The Constitution of the Roman Republic. Str. 152.

¹⁰⁴⁶ Kincl, J.: Deset slavných procesů Marca Tullia. Str. 135-145.

¹⁰⁴⁷ Titus Labienus byl plebejským tribunem a velký sympatizantem Caesara. V Galii byl jeho legátem a v době jeho nepřítomnosti byl i velitelem. V občanské válce však přeběhl na stranu Pompeia a r. 45 př.n.l. padl.

obraně, *duoviri*¹⁰⁴⁸; i totiž případ vyšetří a hned vynesou rozsudek (zajímavé je, že členy této poroty je Gaius Iulius Caesar a jeho bratranec Lucius Iulius¹⁰⁴⁹). Z trestného činu *perduellio* byl obžalován za to, že tribuna Saturnina údajně zabil a vztáhl tak svou ruku na tribuna lidu, na nedotknutelnou osobu, a tak prý ohrozil¹⁰⁵⁰ zájmy římské demokracie.

Rabirius se tedy odvolal k lidovému shromáždění a jeho odvolání se projednávalo před *comitia centuriata*¹⁰⁵¹ na Martově poli r. 63 př. n. l. Rabiriovými obhájci byli konsul Marcus Tullius Cicero a Quintus Hortensius.¹⁰⁵² Případ měl silnou politickou povahu, bojoval proti sobě de facto senát jako zastávce starých republikánských poměrů a progresivní populárové, přívrženci nových myšlenek, konce republiky.

S tím, že podstata sporu spočívala v tom, že bylo napadeno právo senátu vyhlášovat *senatusconsultum maximum* (*extremum, ultimum*), tedy vyhlášovat mimořádný stav. Senát jej přijímal v době, kdy byla republika ohrožena ať zvenku či zevnitř a jeho vyhlášení mělo již od konce druhého st. př. n. l. stálou formuli, která zněla: *videant consules ne quid detrimenti res publica capiat*¹⁰⁵³, jednalo se tak o zmocnění senátu pro nejvyšší úředníky, aby v republice zajistili pořádek, a to jakýmkoli způsobem. Konsulové tak mohli vykonat cokoli, zejména mohli stíhat a trestat občany bez řádného soudního řízení. Historicky jsou doloženy čtyři případy, ve kterých bylo dané *senatusconsultum maximum* vydáno, a to:

¹⁰⁴⁸ Celým jménem *duoviri perduellionis*. Setkali jsme se s nimi rovněž v Horatiově případu, kde byli jako soudní úředníci zvoleni ad hoc, obecně však v době královské vyhledávali a trestali zrádce římského národa. Za republiky měli velmi širokou kriminální jurisdikci a změna oproti královské době je ta, že za republiky byli považováni za pomocníky konsulů. Zmínky jsou o nich však dost strohé a postupně jejich pravomoci přebraly stále trestní poroty, *quaestiones*.

¹⁰⁴⁹ Lucius Iulius Caesar IV. Byl konsulem v r. 64 př. n. l. a zemřel před r. 43 př. n. l., v r. 52 př. n. l. byl vyslancem v Galii a byl nejvyšším veleknězem, při občanské válce stál na straně Caesara, po jeho smrti byl sice proskribován, ale vyhnul se smrti díky prosbám své sestry u Marca Antonia.

¹⁰⁵⁰ Kincl, J.: Deset slavných procesů Marca Tullia. Str. 137.

¹⁰⁵¹ Setninové shromáždění, ve kterém byli shromážděni všichni římscí občané. Ti byli rozděleni do 193 setnin (*centuriae*) a do šesti tříd (*classes*) na základě majetkového censu občanů. Scházelo se na Martově poli. Původně mělo zákonodárnou pravomoc, ale postupem času byla jeho pravomoc zúžena na volbu úředníků. Uvádí se, že bylo zřízeno za předposledního římského krále Servia Tullia při jeho pozemkové reformě, ale pravděpodobně vzniklo dříve.

¹⁰⁵² Quintus Hortensius Hortalus, byl společně s Quintem Caeciliem Metellem konsulem r. 69 př. n. l., byl významným řečníkem a advokátem.

¹⁰⁵³ Ať se konsulové postarají, aby stát nedoznal žádné újmy.

- a) r. 121 př. n. l. vzpoura mladšího z bratrů Gracchů;¹⁰⁵⁴
- b) r. 100 př. n. l. týkající se tribuna Saturnina (tento případ);
- c) r. 77 př. n. l. proti Markovi Aemiliovovi Lepidovi, který se snažil likvidovat Sullovy reformy¹⁰⁵⁵;
- d) r. 63 př. n. l. při spiknutí Catiliny¹⁰⁵⁶.

Takové *senatusconsultum* bylo historicky trnem v oku všech prodemokraticky orientovaných politiků a tedy odpůrců senátu. To, co jim nejvíce vadilo, bylo, že v Římě platilo velké množství zákonů upravujících rozličné aspekty veřejného i soukromého života a že tedy takové *senatusconsultum* řádný stav narušovalo. Navíc role senátu nebyla nijak zásadní, jeho funkce byla zejména poradní, a proto bylo i kritizováno jeho právo přisvojovat si tak klíčovou pravomoc. Z toho tedy jasně plyne, že žalobcům (a zejména Caesarovi) nešlo o konkrétní věc Rabiriovu, ale jejich hlavním cílem bylo, aby soud judikoval, že vydané *senatusconsultum* bylo neplatné. Důsledkem takového jednání by bylo zpochybnění dané klíčové kompetence senátu a pro Rabiria by znamenalo, že i kdyby byl vrahem tribuna Saturnina, musel by za to být odsouzen, pravděpodobně za *perduellio*.

Jelikož od druhého st. př. n. l. se již na lidových shromážděních nehlasovalo veřejně, ale pomocí destiček (*tessery*¹⁰⁵⁷) s písmeny A¹⁰⁵⁸, C¹⁰⁵⁹, NL¹⁰⁶⁰, hlasovalo se tak i v případě Rabiriově. Pro výpovědi jednotlivých stran i pro provedení důkazů byly stanoveny lhůty a zajímavé je, co píše J. Kincl¹⁰⁶¹, že projednávání a rozhodnutí muselo proběhnout během jednoho dne, protože tedy byly stanoveny lhůty pro jednotlivé úkony. Takové vyjádření je však trochu sporné.

¹⁰⁵⁴ Bratři Gracchové prosadili pozemkovou reformu, mladší Gaius prosadil přerozdělení pozemků, patřili na stranu populárů a pro své opatření byli zabiti.

¹⁰⁵⁵ Lucius Cornelius Sulla, římský politik, vojevůdce a na konci svého života po vyhrané občanské válce i diktátor (82-79 př. n. l.), byl představitelem optimátů (tedy přívrženců senátu), jako první vyhlásil proskripce, svými reformami se snažil posílit moc senátu a republikánských úřadů.

¹⁰⁵⁶ Lucius Sergius Catilina, r. 68 př. n. l. byl přetorem díky podpoře Sullových stoupenců, r. 64 př. n. l. prohrál volbu konsula, Ciceronem byl zažalován za spiknutí, zemřel r. 62 př. n. l. v bitvě v Etrurii.

¹⁰⁵⁷ Hlasovací destičky (*tabulae, tesserae*). Pokud se nejednalo o soudní řízení, bylo na nich napsáno V. R. (*uti rogas*) „jak navrhuješ“ či A, *antiquo* pro nesouhlas.

¹⁰⁵⁸ *Absolvo*. Osvobozuji.

¹⁰⁵⁹ *Condemno*. Odsuzuji.

¹⁰⁶⁰ *Non liquet*.

¹⁰⁶¹ Kincl, J.: Deset slavných procesů Marca Tullia. Str. 142.

Pokud uvážím, že na lidovém shromáždění se sešli občané, bylo by z hlediska principu procesní ekonomie jistě žádoucí, aby odvolací soudní řízení před lidovým shromážděním skončilo v jednom dni. Avšak na druhou stranu, zamyslím-li se nad tím, kolik dní mělo v římském právu povahu dní, ve kterých nemohlo být konáno soudní řízení (*dies nefas, dies intercesi*¹⁰⁶²), pak argumentovat právě principem procesní ekonomie nemusí být dvakrát úspěšné. A na druhou stranu uvážím-li znění *lex Irnitiana*¹⁰⁶³ a tedy relativně novodobý výklad a doplnění Zákoníku dvanácti desek¹⁰⁶⁴: *SI AMBO PRAESENTES, SOLIS OCCASUS SUPREMA TEMPESTAS ESTO*¹⁰⁶⁵ v tom směru, že to není tak, že soudní řízení muselo skončit do západu slunce, jinak se muselo opakovat, o čemž velice komplexně pojednává kniha E. Metzgera *A New Outline of the Roman Civil Trial Law*¹⁰⁶⁶ a mnoho dalších pramenů uvedených v literatuře). Je zde tedy otázka, na kterou neumím odpovědět, zdali opravdu platí ta premisa, že odvolací soudní řízení před lidovými shromážděními muselo skončit v rámci jednoho dne. Z toho, jak řízení dopadlo, by se dalo pravděpodobně dovodit, že ano, že řízení opravdu muselo být skončeno v rámci jednoho dne, a z toho důvodu, že Rabirius zůstal bez trestu, jelikož již nebyla znovu podána žaloba. A navíc zde podle mého názoru opět hrála roli procesní ekonomie, de facto v podobě *aequitas*.

Obhajobě se v případě Rabiria věnovat nebudu, jen bych chtěla vyzdvihnout, že Ciceronova argumentace zněla tak, že Rabirius (přes to, že Saturnina zabil jakýsi otrok) tak jako tak by jednal jako řádný a poctivý muž, když by uposlechl *senatusconsultum* senátu a jednal by tak plně v souladu se zásadou ekvity (jednal tak, jak mu nakázal sbor nejlepších a nejpoctivějších). Přes to, že Cicero i Quintus Hortensius přednesli svou obhajobu maximálně přesvědčivě, jako mohli, dav na svoji stranu díky době, nestrhli. Proto došlo k lstivému kroku ze strany podpůrců senátu, kdy prétor a zároveň augur

¹⁰⁶² Dny, ve kterých není povoleno soudní řízení či dny, které byly rozdělené a pouze v jejich částech bylo povoleno konat soudní řízení. Dělo se tak zejména z náboženských důvodů, důvodů veřejných her či sklizní.

¹⁰⁶³ *Lex Irnitiana* byla nalezena ve Španělsku v r. 1982, nalezeno však bylo pouze dochovaných šest knih z deseti, prostřednictvím doplnění *leges Salpensana* a *Malacitana* pomáhá doplňovat výklad římského práva.

¹⁰⁶⁴ I, 9.

¹⁰⁶⁵ Pokud jsou přítomni oba, ať je západ slunce krajní lhůtou.

¹⁰⁶⁶ Metzger, E.: *A New Outline of the Roman Civil Trial*. Oxford, Clarendon Press, 1997, 170 s. ISBN 0-19-826474-7.

Quintus Caecilius Metellius Celer¹⁰⁶⁷ dal ze stožáru z pohorku *Ianicula*¹⁰⁶⁸ stáhnout koroptev, která byla znamením božské přízně, a jednání tak pro nepřízeň bohů muselo být přerušeno. Žalobce Titus Labienus již znovu žalobu nepodal, proto Rabirius vyvázl bez trestu.

Výše uvedené bylo k počátkům a vysvětlení provokace. Provokaci proti úředníkům k lidovým shromážděním zavedly *Leges Valeriae*¹⁰⁶⁹, které byly vydány r. 509 př. n. l.¹⁰⁷⁰ konsulem Publiem Valeriem¹⁰⁷¹ (lidem nazvaným Publicolou¹⁰⁷²). Cicero dokonce v díle *De republica*¹⁰⁷³ uvádí, že tyto zákony byly první zákony přijaté na *comitia centuriata* a že jejich ustanovení byla: *ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret*¹⁰⁷⁴, proto zajišťovaly právo podat odvolání všem římským občanům, ať už se jednalo o patricije či plebeje. Ve Smithově slovníku je dokonce uvedeno to, že podle Niebuhra¹⁰⁷⁵ měli patricijové právo provokace i k jejich curii.¹⁰⁷⁶

Ve Smithově slovníku je dále uvedena další klíčová informace, že právo provokace bylo možné uplatňovat pouze v Římě či do jednoho milníku od něj (tedy

¹⁰⁶⁷ Římský konsul (r. 60 př. n. l.), prétor (r. 63 př. n. l.) a proprétor cisalpské Gallie (r. 62 př. n. l.), žil pravděpodobně v letech 103 – 59 př. n. l.).

¹⁰⁶⁸ Střední a jižní část hřbetu *montes Vaticanus*, který se nacházel na pravém břehu Tiberu, na *ager Vaticanus*.

¹⁰⁶⁹ Smith, W.: A Dictionary of Greek and Roman Antiquities. Str. 700 zákony vydal Publius Valerius, aby tak vyvrátil podezření, že si uzurpuje veřejnou moc a aby taky zvýšil svoji popularitu. Hlavním zákonem je zákonem, který poskytuje občanům *provocatio* proti magistrátům a další upravuje to, aby si nikdo neuzurpoval moc.

¹⁰⁷⁰ Rok po vyhnání poslední římského resp. etruského krále Tarquinia Superba potom, co znásilnil ženu Lucretii, ona se probodla a její blízcí jej za pomoci lidu vyhnali (Livius, kniha I., 59).

¹⁰⁷¹ Stal se konsulem, a to v letech 509, 507 a 504 př. n. l. zasloužil se o vyhnání králů z Říma a jako vojevůdce proti Etruskům a Vejským.

¹⁰⁷² Přítel lidu. Livius, kniha II, 8. Konsul dostal toto cognomen od lidu jako odměnu za své zásluhy při vydání *Leges Valeriae*.

¹⁰⁷³ Cic. de rep. II, 31.

¹⁰⁷⁴ Aby žádný římský občan nebyl zabit nebo poražen bez možnosti podat provokaci k římskému úředníkovi.

¹⁰⁷⁵ B. G. Niebuhr byl německý historik a politik, je nálezce Gaiovy učebnice práva. Žil v letech 1776-1831.

¹⁰⁷⁶ Původně se jednalo o skupiny rodin či rodů společně spjatých na základě území či kultu. Kurií bylo vždy třicet a organizovali se do nich všichni římské občané, jak patricijové, tak plebejové. Scházela se podle nich *comitia* a sloužily pro vojenské i daňové účely. Příslušnost byla dědičná.

v působnosti pozdějších *iudicia legitima*), zatím co *imperium*¹⁰⁷⁷ konsulů za těmito hranicemi bylo zcela neomezené, jak uvádí Livius¹⁰⁷⁸: *neque enim provocationem esse longius ab urbe mille passuum*¹⁰⁷⁹ v působnosti *iudicia quae Imperio continentur*. Na základě *leges Valeriae* bylo také ustanoveno, že liktoři jako pomocníci konsula a vykonavatelé trestu smrti nesměli ve městě (myšleno v Římě) a do jednoho milníku od něj nosit ve svazku prutů sekyry.

Od doby zákona Valeriova byly vydány další zákony zabývající se provokací. Roku 449 př. n. l. byla vydána *lex Valeria a Horatia* (viz výše – *lex consularia de provocatione*), která se také zabývala odvoláním, a tedy byl obnoven zákon o odvolání a navíc upravil, že žádný úředník nesměl být zvolen bez možnosti odvolání¹⁰⁸⁰: *Aliam deinde consularem legem de prouocatione, unicum praesidium libertatis, decemuirali potestate euersam, non restituunt modo, sed etiam in posterum muniunt sanciendo nouam legem, ne quis ullum magistratum sine prouocatione crearet*.¹⁰⁸¹ A ten, kdo by jej dal zvolit bez možnosti odvolání, ten ať je v souladu s právem lidským i božským zabít, s tím, že toto zabití není pokládáno za hrdelní zločin¹⁰⁸²: *qui creasset, eum ius fasque esset occidi, neue ea caedes capitalis noxae haberetur*.¹⁰⁸³

Zákonem Marka Valeria z r. 300 př. n. l., třemi zákony Porciovými, zákonem Gaia Graccha z r. 123 př. n. l. právo provokační bylo rozšířeno i proti rozsudkům *imperia* vojenského (diktatury). Pouze z rozsudků stálých soudních dvorů (*quaestiones perpetuae*) nebylo odvolání.

Od třetího st. př. n. l. byly jak podle Livia¹⁰⁸⁴: *de eo quoque nouum certamen ortum; nam cum bis pecunia anquisisset, tertio capitis se anquirere diceret, tribuni plebis appellati collegae negarunt se in mora esse quo minus, quod ei more maiorum*

¹⁰⁷⁷ Úřední moc konsulů.

¹⁰⁷⁸ Dějiny, III, 20.

¹⁰⁷⁹ Odvolání neplatí prý dále od města než na tisíc dvojkroků.

¹⁰⁸⁰ Livius, Dějiny, III, 55.

¹⁰⁸¹ Potom ještě jiný zákon konsulský, zvrácený mocí decemvirů, totiž zákon o odvolání, jedinečnou to zárukou svobody, nejenom obnovili, ale do budoucna i slavnostním ustanovením nového zákona upevnili: aby nikdo nedal zvolit žádného úředníka bez práva odvolání.

¹⁰⁸² Livius, Dějiny, III, 55.

¹⁰⁸³ Kdo by ho dal zvolit, o tom aby platilo právo božské i lidské, aby byl zabít a aby toto zabití nebylo pokládáno za hrdelní čin.

¹⁰⁸⁴ Livius, Dějiny, 26.3 a podobně Liv. 25.2, 37.57.7.

*permissum esset, seu legibus seu moribus mallet, anquireret quoad uel capitis uel pecuniae iudicasset priuato*¹⁰⁸⁵, tak podle práva Oscanského na desce Bantinské, trestné činy proti lidem, a to jak hrdelní, tak ostatní, soudně stíhány na lidových shromážděních tribuny, *aedily*¹⁰⁸⁶ a *quaestores*¹⁰⁸⁷ (hrdelní trestné činy zejména tribuny). Struktura takového odvolacího soudního řízení byla iniciována i zpracována magistráty. Magistrát tak oznámil žalovanému datum prvního slyšení (*diem dicere*) potom, co obdržel *auspicia*¹⁰⁸⁸ pro konání shromáždění od přetora. To samozřejmě zajišťovalo nejen to, že nebyl narušen náboženský pořádek kvůli konání soudního procesu, ale zároveň také to, že se na fóru nekonalo nic důležitého. Soudní proces začínal tak, že na začátku byly proneseny *contiones*¹⁰⁸⁹ věnované předmětu vyšetřování (*anquisitio*), které byly proneseny ve prospěch odsouzení (jedna) či osvobození (druhá). Dvě další *contiones* podobně následovaly, každá musela být však oddělena od předchozí minimálně jedním dnem. V rámci těchto *contiones* byla přednesena další svědectví a provedeny důkazy. Následně po uplynutí lhůty tří týdnů (*trinundinum*¹⁰⁹⁰) došlo k hlasování na lidovém shromáždění. Pokud ale došlo k jakémukoli přerušení lidového shromáždění či k nějaké chybě, bylo to považováno a vykládáno za jednání, které naznačovalo, že konané shromáždění není v souladu s vůlí bohů, a proto musí být opakováno od začátku.

A. Lintott¹⁰⁹¹ pak výklad o *provocatio* uzavírá teoretickou diskusí, zdali se vyskytovala i ve výše uvedeném členění římského procesu doby pozdější. A tak uvádí,

¹⁰⁸⁵ Z toho se vyvinul ještě další spor, neboť přetor navrhoval dvakrát pokutu peněžitou a potřeť dával návrh na ztrátu hrdla, obrátil se Fulvius s dotazem na tribuny lidu. Ti prohlásili, že nebudou bránit svému úřednímu druhovi podat žalobu, poněvadž mu to povoluje zvyk zděděný po předcích, může volit cestu stanovenou zákonem nebo starodávnou zvyklostí a může žalovat tak dlouho, dokud rozsudek nevyzní jednoznačně na ztrátu hrdla nebo peněžitou záruku.

¹⁰⁸⁶ Nižší magistratura bez imperia, která byla určena výhradně *domi* (v Římě). Vznikla v r. 366 př. n. l. a byla dvojčlenná. Jejich působnost byla administrativní.

¹⁰⁸⁷ Římští úředníci ustanovení konsuly k vyšetřování hrdelních činů. Původně byli dva, koncem pátého st. př. n. l. čtyři, za punských válek osm a za Sully jich bylo dvacet. Jejich rozdělení na jednotlivé obory působnosti určoval senát.

¹⁰⁸⁸ Věštby, znamení.

¹⁰⁸⁹ Řeči, shromáždění, řeči při shromáždění (*in contionem prodire* – předstupovat před shromáždění jako řečník), konání shromáždění (*contionem habere*), dovolit někomu řečnit před shromážděním (*contionem dare alci*).

¹⁰⁹⁰ *Nundinae* byla doba, po kterou bylo možné zaplatit dluh mezi dvěma trhy (počítala se na osm dní), a tudíž *trinundinum* znamenalo dvacet čtyři dní.

¹⁰⁹¹ Lintott, A.: *The Constitution of the Roman Republic*. Oxford, Clarendon Press, 1999, 312 s. ISBN 0-19-815068-7. Str. 153-154.

že T. Mommsen¹⁰⁹² věřil, že i tento proces pořád vychází ze soudního řízení popsaného v Horatiově případu (tedy, že proces byl rozdělen do části první, ve které soudce vynesl rozsudek a do části druhé, kdy se odsouzený provokoval k lidu¹⁰⁹³), na druhou stranu, že mnoho dalších (Heuss¹⁰⁹⁴, Bleicken¹⁰⁹⁵, Kunkel¹⁰⁹⁶)¹⁰⁹⁷ toto popřelo z toho důvodu, že nespátřují žádné známky provokace tak, jak je známá z raného období republiky. Na druhou stranu tvrzení některých z nich (Heuss, Bleicken, Kunkel), že princip provokace byl zcela nezákonný proti soudním rozhodnutí, popírá Cicero tvrzením z *Leges duodecim tabularum*, která dle něj dovoľovala provokaci proti každému rozsudku či pokutě¹⁰⁹⁸: *provocationem autem etiam a regibus fuisse declarant pontificii libri, significant nostri etiam augurales, itemque ab omni iudicio poenaque provocari licere indicant XII tabulae conpluribus legibus, et quod proditum memoriae est, X viros qui leges scripserint sine provocatione creatos, satis ostendit reliquos sine provocatione magistratus non fuisse, Lucique Valeri Potiti et M. Horati Barbati, hominum concordiae causa sapienter popularium, consularis lex sanxit ne qui magistratus sine provocatione crearetur, neque vero leges Porciae, quae tres sunt trium Porciorum ut scitis, quicquam praeter sanctionem attulerunt novi.*¹⁰⁹⁹) a také, že existují důkazy o dokumentech, které dovoľovaly provokaci proti rozsudkům *quaestiones perpetuae*.¹¹⁰⁰

¹⁰⁹² Christian Matthias Theodor Mommsen, německý právník, historik a profesor na několika univerzitách, žil v letech 1817 – 1903, v r. 1902 získal nobelovu cenu za literaturu, a to za své dílo *Römische Geschichte*.

¹⁰⁹³ Lintott. Str. 154. Poznámka č. 22.

¹⁰⁹⁴ Alfred Heuss, německý historik, který se zabýval antikou a žil v letech 1909 – 1995, jeho hlavním dílem bylo *Römische Geschichte*, Westermann, Braunschweig 1960.

¹⁰⁹⁵ Jochen Bleicken, německý profesor antické historie, žil v letech 1926 – 2005. Publikoval mnoho prací v oblasti římského práva např. *Lex publica: Gesetz und Recht in der römischen Republik*, *Geschichte der Römischen Republik*, *Verfassungs- und Sozialgeschichte der römischen Kaiserzeit* atd.

¹⁰⁹⁶ Wolfgang Kunkel, německý právník a právní historik, žil v letech 1902 – 1981 jeho hlavní díla v oblasti římského práva jsou *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung, Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik. Zweiter Abschnitt. Die Magistratur* (společně s R. Witmannem), *Römische Rechtsgeschichte* (společně s M. Schreimerem) atd.

¹⁰⁹⁷ Lintott, A.: *The Constitution of the Roman Republic*. Str. 154.

¹⁰⁹⁸ Cic. de re publica II, 54, prostřední část. Obdobně Cic.Phil. 1,21.

¹⁰⁹⁹ V knihách pontifiků byla také uvedena možnost provokace ke králům, což znamená pro nás také k augurům, a tedy jak píše zákoník dvanácti desek je možné se odvolat proti všem trestům, a podle tradice je řečeno, že deset mužů, kteří sepsali zákoník dvanácti desek, proti kterým nelze podat opravný prostředek, s tím, že není dost soudců, ke kterým by bylo možné se odvolat, *Luciique Valerius Potitus a M. Horatius Barbatus*, zákon konsulů trestal ty, kteří svou činností nepřipouštěli

Nakonec se ale zdá, že provokace společně s tribunským právem odvolání byla na takových soudech nezákonná, a to nikoli z důvodu obecného zákazu či mínění, ale z toho důvodu, že v konkrétních zákonech byly za nezákonné označeny. Také je ale třeba vzít v úvahu skutečnost, že provokace ani tribunské odvolání nebylo na lidových shromážděních používáno z ryze praktických důvodů jako třeba, že rozhodnutí bylo na lidových shromážděních vydáno na základě hlasování lidu, a tedy jeho vůle, a proto by nové odvolání bylo zbytečné a stejně tak by těžko tribuni, kteří se podíleli na rozhodnutí případu, podali odvolání proti takovému rozhodnutí. Zajímavé však je, že již po několikáté nacházím opět to, co by se dalo nazývat procesní ekonomie. Vždyť obě poslední uvedené situace jemu přímo odpovídají.

Závěrem k provokaci je třeba zmínit, že nebylo možné provokovat proti rozhodnutí diktátora a že trestu smrti se bylo možné vyhnout odchodem do vyhnanství.

Mluvíme-li o možnosti podat odvolání v právu soukromém, je třeba se zaměřit až na období pozdního římského práva, až na období procesního řízení *cognitio extra ordinem*. V předchozích obdobích, tedy jak v procesu legisakčním, tak i v řízení formulovém možnost podat odvolání nebyla připuštěna. S tím souvisí i zásada *ne bis in eadem re* a možnost požádat *restitutio in integrum*, kterým se věnuji na jiných místech své práce. Pouze bych ráda na tomto místě připomněla fragment z digest *rebus iudicatis standum est*, který jasně říká, že rozhodnutá věc platí jako trvalá norma, fragment uvádím a i více rozebírám na počátku kapitoly věnující se zásadě *ne bis in eadem re*.

Odvolání v kogničním řízení spočívalo v tom, že odsouzený se mohl proti vynesnému rozsudku odvolat k soudu vyššího stupně: *a minore iudicio in maius tribunal ascendere*.¹¹⁰¹ Odvolání se standardně podávalo proti rozsudku v listinné podobě, ale stačilo i jeho přednesení. Odvolat se však nebylo možné proti předběžnému soudnímu rozhodnutí či otázce, která byla pro daný případ vyřešena jako prejudiciální. A chtěla bych uvést zajímavý případ, který uvádí literatura, který spočívá v tom, že císař Valentinian II. velmi pravděpodobně řešil jak odpovědět na dotaz jistého Symmacha, zdali je možné uložit pokutu žalobci, který podal odvolání v situaci, kdy buď věc ještě nebyla finálně rozhodnuta, či se jednalo o otázku prejudiciální. Finálně

možnost podat odvolání, stejně tak jak zákony Porciovy ve kterých tři z nich jsou, jak víte tak kromě jakýchkoliv sankcí přinesly nové.

¹¹⁰⁰ Stálé porotní soudy pro určité druhy zločinů, zřizovány ve druhém až prvním st. př. n. l.

¹¹⁰¹ Nov. 23,4: od nižšího soudu k vyššímu tribunálu postupovat.

pak tuto věc rozřešil císař Konstantin, který r. 341 odvolání proti prejudiciím penalizoval pokutou až do třiceti liber stříbra. I císař Justinián se silně přiklonil k tomu, že není možné podat odvolání před vynesením rozsudku (*ante sententiam*).¹¹⁰²

Císař Konstantin zároveň stanovil, že nebylo možné podat apelaci proti rozsudkům ve věcech zabití člověka, cizoložství, čarodějnictví či travičství na základě vlastního přiznání, anebo pokud důkazy v těchto věcech byly zcela jednoznačné a nezpochybnitelné¹¹⁰³, s tím, že v r. 347 byla syny císaře Konstantina II. povolena možnost podat odvolání ve všech trestných činech. Tato možnost se pak obecně rozšířila s tím, že bylo vyloučeno pouze podat odvolání proti rozsudku v trestní věci v případě, kdy již císař vydával své stanovisko k prvnímu rozsudku. To popsal Ammianus¹¹⁰⁴ a podle něj se jednalo o velmi vzácné případy. S tím, že ale zde platí, že není možné podávat apelaci proti rozhodnutím císaře (zda vydal svůj názor), aby tak nebylo zpochybněno jeho rozhodnutí či názor, a tak nebyl zpochybněn jeho majestát. Právo podat odvolání proti rozsudkům k trestu smrti nebylo v praxi možné využít a odvolání tak nebylo možné podat.

Výše uvedené však nevyklučovalo situaci, kdy bylo možné podat apelaci před vynesením konečného rozsudku v prvním stupni, jestliže byly vzneseny *peremptorii praescriptiones*¹¹⁰⁵ anebo námitky, které by mohly ovlivnit konečné rozhodnutí.

O tom, že se odvolání v době, kdy bylo zavedeno, stalo zcela běžnou věcí, mluví již právník Ulpian, který hovoří o tom, že¹¹⁰⁶ *Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorigat*.¹¹⁰⁷ K. Rebro¹¹⁰⁸ již dokonce hovoří o tom, že odvolání bylo možné podat v rámci kogničního procesního řízení již od císaře Augusta a tuto

¹¹⁰² W. Litewski, Rzymski proces karny. Str. 104.

¹¹⁰³ C.Th.II,36,1 (314/5), doplněno Konstantinem II.1 v C.Th.II,36,7.

¹¹⁰⁴ Ammianus Marcellinus byl římský historik, který žil pravděpodobně v letech 330–395. Původem byl Řek a je obecně označován za posledního významného římského historika.

¹¹⁰⁵ Záporně formulované podmínky ve prospěch jedné ze stran vložené do formule před intenci.

¹¹⁰⁶ Ulp. D 49,1,1 pr.

¹¹⁰⁷ Jak každý ví, tak praxe užívání odvolání je obojí, jak běžná, tak nezbytná, navíc je správné opravovat neznalosti nezkušených soudců.

¹¹⁰⁸ Rebro, K.: Římske právo súkromné, 1. vydání. Bratislava, Obzor, 1980, 278 s. Str. 64.

myšlenku uvádí i W. Litewski¹¹⁰⁹ ve svém díle. Odvolání je tak v právu poklasickém i v právu justiniánském řádným opravným prostředkem proti soudnímu rozhodnutí vydanému v prvním stupni, s tím, že účelem podání odvolání je podle J. Vážného¹¹¹⁰ nové projednání věci a následně vydání nového rozsudku. Rozsudek, proti kterému je rozhodnutí podáno, tak nebude právně účinný a tedy ani vykonatelný, jak uvádí O. Sommer.¹¹¹¹

Co je však zcela zásadní, je fakt, že právo podat odvolání bylo generální a měli jej tak všichni římské občané, kterých v době kogničního řízení bylo opravdu velmi mnoho.¹¹¹² O právní důležitosti apelace i svědčí Codex Theodosiánův.¹¹¹³

Důvod pro podání odvolání je nazýván *causa appellandi* či *causa appellationis* a samotné odvolání buď směřuje proti výroku původního rozhodnutí (*errores in iudicando*), či proti procesnímu postupu (*errores in procedendo*). Z toho tedy vyplývá, že odvolat se bylo možné jak z důvodů materiálních (tzn. jako nesouhlas s tím, jak byla věc rozsouzena) či z důvodů procesních (tzn., jde o procesní chyby v průběhu soudního řízení). Avšak kontumačně odsouzenému není přiznáno právo podat apelaci (nevyužil své právo dostavit se k prvnímu řízení, je to tedy spravedlivé a zcela v souladu se zásadou procesní ekonomie). Ale jinak jak v závažných, tak i v menších věcech je dána možnost odvolání, pokud není vyloučena přímo ze své podstaty tak jako v několika případech zde přímo uvedených.

Podat odvolání však nejde proti rozsudku vadnému, u kterého je potřeba žádat o deklarování jeho neplatnosti (jako např. pokud rozhodne nedostatečný počet soudců, věc již byla dříve rozhodnutá či je soudce podplacený¹¹¹⁴) a žádat tak vydání rozhodnutí o jeho neplatnosti, jak uvádí Macer¹¹¹⁵: *Illud meminimus: si quaeratur, iudicatum sit nec ne, et huius quaestionis iudex non esse iudicatum pronuntiaverit: licet fuerit*

¹¹⁰⁹ Litewski, W.: Rzymski proces karny. Kraków, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2003, 149 s. ISBN 83-233-1607-4. Str. 104.

¹¹¹⁰ Vážný, J.: Římský proces civilní. Str. 112.

¹¹¹¹ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 154.

¹¹¹² Literatura uvádí, že kolem r. 100 n. l. v Římě žilo něco kolem 1 až 1,6 mil. obyvatel.

¹¹¹³ První oficiální sbírka římského práva složená z císařských konstitucí. Byla vydána r. 438, a to na příkaz východořímského císaře Theodosia II.

¹¹¹⁴ Jak např. uvádí C 7,64 *Quando provocare necesse non est*. Kdy není nezbytné se odvolávat.

¹¹¹⁵ Macer D 49,8,1 pr.

*iudicatum, rescinditur, si provocatum non fuerit.*¹¹¹⁶ Není povoleno podat odvolání v situaci, kdy se strany vzdaly možnosti využít opravný prostředek anebo pokud rozsudek vydal císař či osoba jím určená. Tím, že se odvolání podávalo k soudu vyššího stupně, neexistoval již žádný možný vyšší soudní orgán než císař, navíc by jistě nebylo představitelné, aby nějaká jiná soudní instance posuzovala rozhodnutí císaře. Stejně tak to bylo s osobou, která byla císařem určená, jelikož pokud by se na základě jí vydaného rozhodnutí bylo možné odvolat, zpochybňovala by se tím opět moc císaře a jeho majestátu. Podat odvolání nebylo možné ani proti rozsudku kontumačnímu¹¹¹⁷, jelikož pak by takové odporovalo jeho celkové podstatě.

Podat apelaci bylo potřeba buď tím, že byla ohlášena přímo po vynesení rozsudku, anebo jej bylo potřeba písemně (*libelli appellatorii*) podat ve stanovené lhůtě u soudu, který rozsudek vynesl. Lhůta byla zpočátku stanovena na dva až tři dny, v justiniánském právu byla prodloužena na deset dní. Jelikož měl soudce, který případ rozhodoval v prvním stupni, deset dní na písemné vydání svého rozsudku (*opinio*), měly strany ještě po tom, co rozsudek písemně vydal dalších pět dní na podání námitek.

Soud, ke kterému byla žádost o odvolání včetně odůvodnění podána, pak postupoval tím způsobem, že v dřívějších dobách na základě další žádosti osoby, které odvolání podala, později z úřední moci připravil celý spis týkající se daného soudního řízení (*litterae dimmissoriae, apostoli*). Lhůta pro přípravu tohoto spisu pro soudce a jeho aparát byla stanovena v dřívějších dobách na dvacet dní, což později bylo změněno a prodlouženo na třicet dní. Lhůta se však počítala od vydání původního rozsudku. Reskriptem císaře bylo stanoveno, že spis musel být připraven v takové podobě a tak kvalitně, aby nemusel být vrácen k dopracování či aby přes to, že by jej k dopracování soud vyšší instance vrátit nemohl, obsahoval nesprávné informace. Ve spisu však musely být pouze informace, které se vztahovaly pouze k původním soudnímu řízení a pokud strany zamýšlely uvést v odvolacím řízení nové skutečnosti či provést nové důkazy, musely toto přednést až v průběhu slyšení u odvolacího soudu.

Spis pak byl předán žalobci, který měl spis doručit k odvolacímu soudu a hlásit se tam ke konání odvolacího řízení. Aby však odvolatel tuto situaci nezneužil k tomu,

¹¹¹⁶ Musíme si uvědomit, že když je podán dotaz, zda byl případ rozhodnut nebo ne, a soudce této poroty prohlašuje, že nebylo rozhodnuto, i když to tak mohlo být, je zrušeno, a to i v případě, že žádné odvolání nebylo podáno.

¹¹¹⁷ Rozsudek pro zmeškání.

že by spis odvolacímu soudu nepředal a věc tak zůstala nerozhodnutá, byla mu stanovená zákonná lhůta pro předání spisu odvolacímu soudu. Tato lhůta byla nazvána jako *dies fatales*. Vzhledem k cestovním možnostem bylo připuštěno žádat, a to i klidně opakovaně, o prodloužení této lhůty. Žádost byla označována jako *reparatio a lapsu*.¹¹¹⁸

Během té doby, co běželo odvolací řízení, včetně přípravy spisu, nesměl být odsouzený z původního řízení uvězněn či jinak pokutován představiteli veřejné moci. Právo platicí v západořímské říši toto období příznačně nazývalo jako *appellatio moratoria*. Jak už jsem ale uvedla výše, pamatovalo právo na situaci, kdy by se původní odsouzený podáním odvolání chtěl vyhnout své odpovědnosti a využít tak případné mezery v právu. Dále bylo přísně pokutováno podle konstituce císařů Valentiniána a Valenta to, kdyby se některá strana pokusila odvolací soud přesvědčit o své věci snažnými osobními prosbami. Pokuta v takovém případě činila až polovinu hodnoty sporu. Později se však situace změnila i v této věci, a to zejména v souvislosti s tím, že bylo přistoupeno ke změnám, které více zdůrazňovaly soucitnější přístup k osobám, které se nacházely v závažných životních situacích kvůli pomalému a zpožďujícímu se systému odvolacího řízení. S touto změnou šla ruku v ruce i celospolečenská změna, kdy úředníci začali výrazně méně přívětivě přistupovat k odvolatelům, kteří nesli břemeno důkazu. Osobní prosby pak tedy byly dovoleny v situacích, kdy se odvolací soudní řízení neskončilo do roka, odvolatelé v takovém případě připravili vlastní spis s důkazy, který postoupili soudci.

Odvolací soud projednával opětovně všechny otázky s tím, že žalobci i žalovanému je dána možnost předkládat nové důkazy a uvádět nové okolnosti. Častou situací, které se s přihlédnutím k dopravním možnostem nelze divit, bylo to, že se druhá strana odlišná od osoby, které odvolání podala, k odvolacímu soudu nedostavila. To jí ale samozřejmě, tedy plně v souladu se zásadou ekvity, nemohlo jít ke škodě, a proto soudce přihlížel i k jejímu stanovisku. Na druhou stranu ale soud, a to jistě negativně přihlížel k tomu, když se k soudu nedostavil odvolatel potom, co na odvolacím soudu jednání zahájil. To opět svědčilo o nekalých úmyslech odvolatele mařit výkon soudního rozhodnutí. Bylo ale stanoveno, že v takové situaci odvolací soud po roce potvrdil původní rozsudek.

¹¹¹⁸ Navrácení času.

Odvolací soud mohl i v případě, kdy měl o případu resp. o jeho rozřešení pochybnosti a nechtěl za to nést odpovědnost, požádat císařský soud o radu, *consultationes*.

Rozsudek v odvolacím řízení mohl znít jakkoli, tedy klidně stejně jako rozsudek předchozí či mohl být zcela opačný. Rozhodnutí bylo plně v kompetencích odvolacího soudu. Pokud se tedy podařilo odvolateli dokázat a přesvědčit odvolací soud, že původní rozsudek nižšího soudu nebyl fakticky správný, mohl odvolací soud novým rozsudkem rovnou rozhodnout v dané věci. Apelace byla tedy odlišná od té dnešní, kdy v takovém případě naše soudy ruší pouze původní rozhodnutí a vrací věc k novému rozhodnutí soudu původnímu. Z hlediska vzdáleností a časových aspektů byl takový postup naplněním principu procesní ekonomie.

Zajímavé je však tvrzení O. Sommera, který uvádí, že „formálně právoplatný rozsudek tvoří základ pro posouzení materiálního poměru mezi stranami“¹¹¹⁹ a dále že je tedy možno proto v rámci odvolacího řízení uplatnit *exceptio rei iudicatae*. Mohlo by to totiž znamenat, že formálně právoplatným rozsudkem by byl myšlen rozsudek prvního soudu, tedy rozsudek, proti kterému bylo odvolání podáno. Pak by to znamenalo možnost domoci se pomocí námitky z věci rozsouzené, aby odvolací soud respektoval materiální poměry deklarované původním rozsudkem. Je pak třeba se ptát, zdali toto nějak může omezovat kompetenci a volnost odvolacího soudu věc rozhodnout podle svého nejlepšího uvážení? Přikláním se k názoru, že to ale omezení odvolacího soudu znamenat nemusí, jelikož pokud by tyto poměry nerespektoval, bylo by zřejmé, že by původní rozhodnutí bylo velmi pravděpodobně nespravedlivé, tzn. v rozporu se zásadou ekvity, což znamená, že podání je optimálním nástrojem v dané situaci a je zcela správné, aby soud vydal rozhodnutí nespravedlnost napravující. No a v případě, kdy je původní rozhodnutí shledáno zcela či skoro bezvadným, pak není důvod, aby toto neplatilo.

Pokud by však odvolací soud odvolatelovu argumentaci shledal jako nepřesvědčivou, potvrdil původní rozsudek nižšího soudu. Ba dokonce mohla nastat i taková situace, že odvolací soud shledal, a to ať byla protistrana přítomná či ne, že původní rozsudek byl vůči ní přísný či ne zcela spravedlivý, mohl vydat rozsudek pro druhou stranu podstatně příznivější, a to klidně z moci úřední či na její žádost. Tak

¹¹¹⁹ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 155.

odvolací soud mohl dokonce zhoršit postavení odvolavatele (*in peius*) a dokonce na základě toho mohl odvolateli i odvolací soud mohl v odvolacím rozsudku odvolateli přikázat zaplatit protistraně peněžitou sumu (souvislost se zásadou pekuniární kondemnice).

Pokud se někdo zcela zřejmě odvolal proti rozsudku správnému a spravedlivému, což bylo bez pochyb prokázáno v odvolacím řízení, mohl být odvolatel potrestán navíc ještě pokutami, a v právu poklasickém mohl být v závažných případech potrestán i dalšími možnými tresty odpovídající danému škodlivému důsledku jako třeba trestem odnětí svobody či relegací¹¹²⁰, tyto tresty však byly v justiniánském právu zrušeny a zůstal zachován pouze peněžitý trest. Pro potrestání v takových situacích jistě mluví zásada ekvity a princip *naeminem laedere*, nikomu neškodit. Vždyť odvolatel si jistě musel být vědom či téměř vědom toho, že původní rozhodnutí bylo spravedlivé a odvolání tak podával s úmyslem mařit výkon soudního rozhodnutí či poškodit protistranu. Preventivním úmyslem těchto trestů tak bylo odradit možné odvolatele, kteří by chtěli podat apelaci v rozporu s *bona fides*.

V právu justiniánském bylo závazně stanoveno, že odvolací řízení se muselo skončit ve lhůtě dvou let¹¹²¹ od lhůty k doručení procesního spisu na odvolací soud. Dále bylo možné podat proti odvolacímu rozsudku ještě jednu apelaci, ta už však byla poslední (to důrazně omezil Justinián) a celý tento systém se už jeví být dle mého názoru poměrně překombinovaný a komplikovaný.

Při připuštění odvolání bylo třeba také zvažovat, aby náklady spojené s transferem řízení k apelačnímu soudu nebyly vyšší, než je hodnota sporu. Pak by takové apelační řízení plně odporovalo principu procesní ekonomie a ztrácelo by tak smysl. Této problematice se věnuje hlava třetí dvacáté třetí novelae¹¹²²: *Orientelem autem tractum causas appellatione suspensas et usque ad decem librarum auri quantitatem limitatas ad virum spectabilem comitem Orientis mittere simili modo audientiam et finem eis impositurum.*¹¹²³

¹¹²⁰ Vypovězení.

¹¹²¹ Scialoja, V.: *Procedura civile romana*. Str. 307.

¹¹²² Nov. 23,3 in fine.

¹¹²³ Odvolání, která jsou z východu, a kde hodnota sporu nepřevyšuje deset liber, by měla být zaslána správci východní provincie, který by v těch případech měl vyslechnout strany a rozhodnout o odvolání.

V době, kdy bylo možné podat apelaci, fungovala třístupňová soustava soudů, mezi kterými se bylo možno odvolávat, a to nejnižše soudy místní, nad nimi pak působil soud správce provincie a nad ním už je jen císař (M. Skřejpek uvádí¹¹²⁴, že kolem r. 200 soudil v zastoupení císaře *vice sacra*¹¹²⁵ *praefectus praetorio*¹¹²⁶). Konkrétní případ fungování apelace mezi soudy pak uvádí literatura, a to, že ve čtvrtém st. pro rozhodování věcí běžně fungovaly soudy první instance, správce provincie – soudce, od kterých se odvolání podávala k soudu císařskému, jehož pravomoc měl prefekt pretorio, či prefekt města Říma či prefekt města Konstantinopole, kteří soudili jako *vice sacra iudicans*.

Dále je možné podat přímo odvolání k císaři, který buď může udělit milost, anebo může zmírnit vynesení rozsudek. Toto jeho právo se nazývá *indulgentia principis*.¹¹²⁷

Obecným cílem odvolacích řízení bylo, aby bylo zajištěno, že odvolání podávali pouze ti, kteří k tomu byli oprávněni, aby odvolací řízení probíhala řádně před odvolacím soudem a dále, že odvolací řízení se neprotahovala na nepřiměřeně dlouhou dobu. Dodržování těchto pravidel a dalších bylo, jak jsem již výše naznačila, zajištěno funkčním systémem pokut, které byly udělovány v případě porušení některého z pravidel a týkaly se všech zúčastněných (jak žalobce, žalovaného, dalších účastníků řízení tak i soudce).

Tak např. za porušení zákazu podávat odvolání proti prejudiciím byla zprvu stanovena pokuta ve výši třiceti měchů, a jak jsem již uvedla na začátku kapitoly, byla za císaře Konstantina zvýšena na třicet liber stříbra či na patnáct podle hodnoty sporu. Soudci ale neměli právo dle svého uvážení rozhodnout, jakou pokutu stanoví a museli se řídit přesně danými částkami.

Dalšími významnými pokutami byly pokuty, které byly ukládány soudcům a jejich dalším úředníkům za zpoždění způsobené v odvolacích soudních řízeních, ba dokonce i za jejich velmi závažný přestupek, který spočíval v odmítnutí přijmout žádost

¹¹²⁴ Skřejpek, M.: Římské soukromé právo: Systém a instituce. Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, 350 s. ISBN 978-80-7380-334-6. Str. 279.

¹¹²⁵ Na místo císaře.

¹¹²⁶ Velitel osobní vojenské stráže císaře.

¹¹²⁷ Shovívavost císaře.

o odvolání. A tak v r. 343 byla pokuta pro soudce za tyto přestupky stanovena ve výši deseti liber zlata, zatímco pro jeho úředníky ve výši patnácti. Nemůžu si však neklást otázku, proč pro řadové úředníky byla stanovena pokuta vyšší než pro soudce. Jistě lze hledat důvod ve váženosti soudce jako římského občana, na druhou stranu on by naopak měl být pravděpodobně bohatším, a tím pádem pokuta pro něj bude menším majetkovou újmu než pro jeho řadové úředníky. A tak si říkám, že podstata pokuty bude pravděpodobně spočívat v tom, že primárně tyto přestupky páchají právě nižší soudní úředníci, jelikož oni jsou ti, kdo nezajistí řádný (z hlediska délky) průběh soudního řízení i ti, kteří odmítnou přijmout žádost o odvolání a soudce tak na ně vlastně dohlíží, proto předpokládám, že pokuty byly takto nastaveny. V r. 356 byla změněna výše pokut i jejich poměr, a to tak, že pokuta byla zvýšena na třicet liber zlata, ale stejně tak pro soudce jako pro jeho soudní úředníky. Osobně se domnívám, že je tento přístup spravedlivější a proto více odpovídá římské ekvité. Následně však situaci změnil císař Valentinián I., který omezil pokutu pro soudce na dvacet liber zlata, a platilo tedy znovu to, že soudní úředníci byli vystaveni pokutě vyšší (předpokládám, že ze stejného důvodu jako jsem uvedla v předchozích větách).

Jak dále uvádí literatura, byla v devadesátých letech čtvrtého st. situace změněna tak, že pokuta pro soudce byla stanovena v rozmezí dvaceti až třiceti liber zlata, pro soudní úředníky však narostla až do výše padesáti liber zlata, a to s vysvětlením, že chybovali v radách a pomoci svému soudci (*obsecundantem officii gratiam*¹¹²⁸). Toto přesně potvrzuje skutečnost, již jsem výše uvedla, že soudce měl nižší odpovědnost, jelikož on nebyl přímo *in medias res*¹¹²⁹, však z hlediska našeho dnešního chápání odpovědnosti je toto velmi nepředstavitelné. Odpovědnost známe tak, že nejvyšší má ten, kdo odpovídá za celek. Dávám však k zamyšlení otázku, zdali lze opravdu říci, že jeden či druhý z těchto myšlenkových přístupů k odpovědnosti je správný, nesprávný či v souladu či nesouladu se zásadou ekvity. V dnešní době by zhodnocení bylo jasné, ale je otázkou, zdali Římané, kdyby znali náš přístup, neměli přesně opačné mínění a nepovažovali tak náš dnešní přístup k vnímání odpovědnosti jedince za celek za nespravedlivý.

¹¹²⁸ Pro podporu přízně úředníka.

¹¹²⁹ Ve středu věci. Známé říčení, které jako první použil římský básník Horacius ve svém díle *Ars poetica*.

Pokutování úředníků v souladu s císařskými nařízeními nekončilo koncem čtvrtého století. Ba naopak jejich pokutování bylo velmi tvrdé, když píše, že císař Konstantin tomu přizpůsobil i jazyk o úřednících, a tak o těch, jež chybovali, se vyjadřoval jako o „zavrženíhodných tichých“. Na ty, kteří chybovali a žádala-li si to situace, bylo možné položit ruku (*manibus iniectis*¹¹³⁰) a odvést je od soudu rovnou k výběřcímu daní a poplatků, aby mu uložil pokutu. Následně kolem r. 399 došlo k dílčí změně, která spočívala v tom, že císař Honorius přiměl císařské úředníky, aby se svému soudci tvrdohlavě postavili, ukázali mu chybu citováním ze soudního spisu a ukázali mu, co bylo stanoveno podle práva.¹¹³¹ Ukládání sankcí za provinění v odvolání bylo odůvodněno odkazem na motivaci soudců, kteří pravděpodobně cítili odvolání jako reflexi své pravomoci, a proto potlačovali nebo zpožďovali přípravu spisů pro odvolací soudy, jelikož se báli, aby se tak neprokázala jejich údajná chyba. Právo však nemohlo kontrolovat politiku při rozdělení viny. Stálí soudní úředníci, kteří sloužili dočasně přiděleným soudcům, tak mohli být také viníky, a to i přirozeně za nesprávný úřední postup, či se mohli stát obětními beránky, s tím, že právní odpovědnost tak nesli nejen za své nesprávné jednání, ale i za jednání svých nadřízených. Jedinou jejich obranou tak bylo ospravedlnit své jednání. Proti těmto úředníkům měl vždy jejich nadřízený soudce jako první právo vznést své stížnosti.

A tak literatura uvádí dále příklad a situaci prefekta Symmacha, který v r. 384 měl nelehký úkol. Musel provést audit (*censuales*¹¹³²), císařských úředníků i úředníka římského *vicaria*¹¹³³ a zprávu o jeho výsledku přednést císaři Valentinianovi II. Všichni tyto úředníci (u kterých byl prováděn audit) se domluvili na vyhoštění klíčového svědka do Afriky i přes to, že svědek podal odvolání před Symmachem a jeho předchůdci. Situace byla navíc ještě komplikovanější o to, že se do věci začal vměšovat senátor Fulgentius, který použil dva své špehy (*agentes in rebus*¹¹³⁴) a ti ve spolupráci s palácovým palatinem¹¹³⁵ unesli druhého svědka a zadržovali jej silou. Navíc takovému

¹¹³⁰ Dotknutím ruky.

¹¹³¹ C. Th. II, 30,58 nisi huic pertinaciter restiterit, atque actis ita contradixerit et, quid iure sit constitutum, ostenderit.

¹¹³² Zhodnocení poměrů občanů pro daňové účely.

¹¹³³ Zástupce úředníka.

¹¹³⁴ Zástupce znalé věci. Jinak se jednalo o římský kariérní služební řád a ve čtvrtém až sedmém st. o zástupce centrální vlády.

¹¹³⁵ Strážce paláce, císařův komorný.

poměry byly ještě zvláště komplikované v samotném Římě, kde byl výkon veřejné moci ovlivněn intrikami pramenícími z dvojí jurisdikce konkurujících si úředníků, a to prefekta a *vicaria*. To ale nebylo vše. Dále situaci v Římě ovlivňovaly i agendy jednotlivých senátorů a dalších císařských úředníků, kteří však nebyli nezastupitelní. A tak přes to, že jednotlivé úřady byly podle práva anonymní, samotní úředníci, kteří tyto úřady vykonávali, anonymní opravdu nebyli.

Odvolání za nevolníky mohli podat jejich patroni, za osoby odsouzené k smrti jiné osoby třetí, např. matka se mohla odvolat jako zástupce svého syna.

7 Zásada pekuniární kdemnace

pecunia, -ae, f.¹¹³⁶: jmění, majetek: *quoniam in alienam pecuniam tam plenam atque praeclaram nullo iure invaserit*¹¹³⁷, *pro habitu pecuniarum*¹¹³⁸ dle stavu jmění, dle majetkových poměrů; držení majetku *pecuniae obstarare*¹¹³⁹; peníze: *pecuniam facere*¹¹⁴⁰; *magna pecunia*¹¹⁴¹; *publica pecunia*¹¹⁴², *sua propria pecunia*¹¹⁴³, *praesens pecunia*¹¹⁴⁴. V plurálu se používá v kontextu, když se hovoří o jednotlivých sumách či o penězích jednotlivých lidí: *horum principibus pecunias pollicetur*¹¹⁴⁵, *lex de pecuniis repetundis*¹¹⁴⁶, *certae pecunia*¹¹⁴⁷, *pecunias accipere*¹¹⁴⁸, ...

condemno, -are, -avi, -atum: přisouditi (někomu), pokutovati, odsoudit, uznat či shledat vinným: *maluisse condemnare quam absolvere*¹¹⁴⁹, *alqm causa indicta condemnare*¹¹⁵⁰, *turpissimo iudicio condemno*¹¹⁵¹, *civem capitis condemno*¹¹⁵², *de alea condemnatus*¹¹⁵³, (o žalobci) způsobit či přivodit odsouzení obžalovaného: *hoc uno crimine illum*

¹¹³⁶ Pražák, Novotný, Sedláček. Str. 897

¹¹³⁷ Cicero PRO SEX. ROSCIO AMERINO ORATIO 6: v sepětí s cizími penězi tak právo stanovilo celé a předpovězené.

¹¹³⁸ Livius: v poměru k penězům (podle stavu peněz). Podle literatury tzn., že každý by měl platit v poměru ke svému výdělku, viz *The World of the Citizen in Republican Rome*, Claude Nicolet. Str. 157.

¹¹³⁹ Cicero, držení, užívání jmění.

¹¹⁴⁰ Cicero, Nepos: peníze získat, vydělat.

¹¹⁴¹ Velké peníze, mnoho peněz.

¹¹⁴² Nepos, obecní (státní) důchody, obecní (vojenská pokladna), nákladem obce, z obecních peněz.

¹¹⁴³ Tacitus: na vlastní útraty.

¹¹⁴⁴ Hotové peníze.

¹¹⁴⁵ Caesar: částky slíbené principovi.

¹¹⁴⁶ Zákon o vrácení neoprávněně získaných peněz.

¹¹⁴⁷ Caesar: určité dávky.

¹¹⁴⁸ Plinius ml.: přijímat úplatky.

¹¹⁴⁹ Cicero, špatně odsoudit než osvobodit.

¹¹⁵⁰ Cicero, potrestat v řečeném případě.

¹¹⁵¹ Cicero, viníka v soudním řízení odsud.

¹¹⁵² Cicero, hrdelní trest.

¹¹⁵³ Cicero, odsouzený proto, že hrál kostky.

*condemnem necesse est*¹¹⁵⁴, *venistis, ut condemnetis Sex. Roscium*¹¹⁵⁵, *per iudicem condemnare*¹¹⁵⁶, *si quem libertus furti condemnarit*¹¹⁵⁷ ...

damnum, -i, n.: náklad, poškozující jmění, ztráta, škoda, pohroma, zkáza: *duarum cohortium damno*¹¹⁵⁸, *damnum finium*¹¹⁵⁹, *capitis damnum*¹¹⁶⁰, pokuta či trest: *quis tanto damno senatorem coëgit?*¹¹⁶¹ ...

Zásadu pekuniární kondemnace považují za zcela klíčový prvek římského procesního práva, a to z důvodu, že její podstatou je zásada, na co zní rozsudek. Tedy jedná se o plnění, ke kterému je odsouzen obžalovaný. Žalovaný je zásadně odsouzen k finanční částce, jak o tom např., hovoří R. Sohm.¹¹⁶² Osobně jsem přesvědčená, že právě tato zásada zcela odpovídá praktickému charakteru římského procesního práva, tedy římským hospodářským a majetkovým poměrům. To bych chtěla podložit i tím, že většina deliktů v římském procesním právu měla soukromoprávní povahu na rozdíl od dnešního stavu, a tak např. typicky *furtum* je soukromoprávní obligací a i odsouzení zní zejména na danou částku. Podle mě je tedy zřejmé, že účelem římského procesního práva bylo narovnávat narušené společenské poměry (zejména ty hospodářské a majetkové), a proto měl celý proces převážně roli restituční, nikoli sankční. Sankční role se projevovala ve zvlášť závažných případech a i zásahy státu resp. veřejné moci v rámci veřejného práva byly podstatně užší. Římské právo totiž sloužilo římskému lidu, bylo *rerum publicum*, a proto bylo řešeno zejména soukromoprávně. Projevem tohoto jevu je právě v této kapitole popisovaná zásada pekuniární kondemnace.

¹¹⁵⁴ Cicero: tímto jediným obviněním způsobím nutně jeho odsouzení.

¹¹⁵⁵ Cicero: přijď, abys odsoudil Sexta Roscia.

¹¹⁵⁶ Cicero: odsoudit v soudním řízení.

¹¹⁵⁷ Cicero: jestliže byl svobodný odsouzen za krádež.

¹¹⁵⁸ Caesar: se ztrátou dvou kohort.

¹¹⁵⁹ Tacitus: ztráta, odnětí pozemků.

¹¹⁶⁰ Ovidius: zmrzačení hlavy.

¹¹⁶¹ Cicero: kdo pod takovým trestem volal senátora do senátu.

¹¹⁶² Rudolph Sohm, *The Institutes of Roman Law*, Gorgias Press Edition, 2002. Str. 189

Gai. Inst. 4,48: *Omniium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est.*¹¹⁶³

Přes to, že jak ze zásady pekuniární kondemnice, *expressis verbis* vyplývá, že může znít (ve formuli) pouze na peněžité plnění, tak samotná kondemnice zní na *certum* či *incertum*.

Pokud hovoříme o kondemnaci znějící na *certum*, tedy o *condemnatio certae pecuniae*, tak to znamená, že už v samotném kondemnačním příkazu je uvedena přesně určená suma, ke které má být žalovaný odsouzen. Avšak nezbytným předpokladem, aby mohla být kondemnice *certa*, je, aby i samotná intence byla *certa*, s tím, že předmět sporu musí znít na *dare certae pecuniae*.¹¹⁶⁴ J. Vážný¹¹⁶⁵ uvádí jako příklad kondemnice na *certum (pecuniae)* následující: *si paret N. Negidium A. Agerio sestercium decem milia dare oportere, iudex, N. Negidium A. Agerio sestercium decem milia condemna, si non paret, absolve.*¹¹⁶⁶

Naopak ale v případě, kdy se jedná o kondemnaci znějící na *incertum*, přestože předmět sporu v intenci zní na *dare certae rei*, pak samotná kondemnice musí znít jako *condemnatio incertae pecuniae*, soudce by na základě kondemnice měl odsoudit žalovaného k finanční, peněžité hodnotě žalované povinnosti. Příkladem kondemnice na *incertum (rei)* je následující formule, kterou uvádí J. Vážný¹¹⁶⁷: *si paret N. Negidium A. Agerio tritici Africi optimi modios centum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam N. Negidium A. Agerio condemna, si non paret, absolve.*¹¹⁶⁸

Ještě výrazněji zní kondemnice na *incertum* v případě, kdy intence je neurčitá, ať obsahuje doložku *ex fide bona* či se jedná o formuli, která zní *in factum*. Soudce v takovém případě odsoudil žalovaného na peněžní hodnotu civilní či prétorské nesplněné povinnosti, s tím, že soudce musel přihlídnout k době rozsudku (*quanti ea*

¹¹⁶³ Ve všech pak formulích, jež mají kondemnaci, je kondemnice koncipována (ve formě) peněžitého ocenění (žalobního nároku).

¹¹⁶⁴ Dát přesnou částku.

¹¹⁶⁵ Vážný, J.: Římský proces civilní. Str. 34 proces.

¹¹⁶⁶ Jestliže se ukáže, že se sluší, aby N. Negidius měl dát A. Ageriovi deset tisíc sesterciů, N. Negidia odsud' k tomu, aby A. Ageriovi dal deset tisíc sesterciů, jestliže ne, osvobod' ho.

¹¹⁶⁷ Vážný, J.: Římský proces civilní. Str. 51.

¹¹⁶⁸ Jestliže se ukáže, že se sluší, aby N. Negidius měl dát A. Ageriovi osm modíů nejlepší africké pšenice, N. Negidia odsud' k tomu, jestliže ne, osvobod' ho (O. Lenel XVII §95).

res erit, tantam pecuniam N. Negidium A. Agerio condemna)¹¹⁶⁹, u žalob přísného práva k okamžiku litiskontestace (*quanti ea res est*). Z toho vyplývá povinnost soudce, který musel před tím, než věc rozsoudil a vydal svůj rozsudek, ocenit hodnotu žalovaným nesplněné povinnosti prokázané žalobcem (*litis aestimatio*). Při oceňování povinnosti vycházel soudce ze svého vlastního uvážení (*condemnatio incertae pecuniae est infinita*). Občas se stane, že v kondemnačním příkazu je stanovena maximální částka, *condemnatio cum taxatione*¹¹⁷⁰ (příklad *iudex N. Negidium A. Agerio dumtaxat sestercium X milia condemna*¹¹⁷¹), ke které je možno odsoudit či jsou stanoveny jiné hranice (např. do výše *peculia, dumtaxat de peculio*, pokud bude žalovaný moc *dumtaxat quod N. Negidius facere potest* či s přihlédnutím k vzájemné pohledávce *deductio*.¹¹⁷²

Co se týče ocenění povinnosti žalovaného (*litis aestimatio*), uvedla jsem výše, že soudce ji provádí dle svého uvážení, které se ale mohlo odvíjet od různých záležitostí. Těmi byla například přísaha (*iusiurandum*) žalobce, ve které ocenil a odpřísáhnul hodnotu povinnosti, někdy se zase ocenění vztahuje k násobku hodnoty sporu (např. při *actiones poenales*¹¹⁷³ či při *actiones quae infitiando crescunt in duplum*¹¹⁷⁴), jindy zase měl soudce oceňovat povinnost podle hodnoty v minulosti (*actio legis Aquiliae*¹¹⁷⁵).

Přes to, že zásada pekuniární kondemnace byla velmi silnou zásadou římského práva, na které celé římské právo stálo, existují jako snad v každém lidském odvětví i zde výjimky. Jistou výjimkou ze zásady pekuniární kondemnace tak byly noxální žaloby, u kterých zněla kondemnace alternativně na dvě možná plnění, a to buď klasicky na zaplacení částky v penězích anebo k *noxae deditio*.¹¹⁷⁶ Příkladem takové formuje je následující: *quanti ea res erit, tantam pecuniam aut in noxam dedere, iudex, N. Negidium A. Agerio condemna*¹¹⁷⁷ jak uvádí J. Vážný.¹¹⁷⁸

¹¹⁶⁹ Kolik v tom sporu je, k tolika penězům N. Negidia vůči A. Ageriovi odsud'.

¹¹⁷⁰ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 42.

¹¹⁷¹ Soudce N. Negidia vůči A. Ageriovi odsud' nanejvýše k deseti tisícům sesterců.

¹¹⁷² Srážka na penězích, věnuje se jí Gai. Inst. 4,50-51.

¹¹⁷³ Žaloba znějící na pokutu.

¹¹⁷⁴ Žaloby, které rostou ve dvojnásobek (viz *aequitas*).

¹¹⁷⁵ Žaloba ze zákona postihující poškození cizí věci.

¹¹⁷⁶ Vydání pachatele poškozenému.

¹¹⁷⁷ Na kolik ta věc zněla, anebo za kolik peněz se vydává pachatel, N. Negidia vůči A. Ageriovi odsud'.

¹¹⁷⁸ Vážný, J.: Římský proces civilní. Str. 35.

Další, ale již výraznější výjimku, představovaly věcné žaloby. U věcných žalob měl žalobce primárně zájem na ne vydání své věci (reivindikace) či splnění určité povinnosti (např. zamezení opakování škodného stavu). Typickým příkladem pak tak je, že žalobce – vlastník může na základě žaloby proti držiteli vymoci pouze peněžitou částku. Je ale zřejmé, že právní zájem, který by měl být hlavně chráněn, je věcné právo k dané věci. Tudíž reálně škodný stav směřuje k vydání zadržované věci. Za formulového řízení toto změnit nešlo a uplatňovala se zásada pekuniární kondemnace, zmírnit tento stav šlo pak pouze tak, že do formule byla vložena arbitrární doložka, *arbitrium de restituendo*. Doložka tak mohla mírnit „vadu“ pekuniární kondemnace spočívající v tom, že primárně nebylo možné odsoudit žalovaného k navrácení věci. Pak ale nutnou součástí formule muselo být, že mezi intenci (bylo-li prokázáno vlastnické právo žalobce) a kondemnaci (odsouzení k peněžité hodnotě) byla vložena ještě další podmínka kondemnace, a to ta, že žalovaný věc nevydá dobrovolně přes to, že mu to soudce nařídil na základě svého volného uvážení (*nisi ea res arbitrato tuo restituetur*¹¹⁷⁹). Doložka v takové situaci nabyla účinnosti v okamžiku, který předcházel vydání odsuzujícího rozsudku. Situace tedy byla taková, že žalobce dokázal své právo i rozsah restituční povinnosti žalovaného. Soudce mohl v dané chvíli vyzvat žalovaného, aby věc vrátil včetně příslušenství, jejích plodů a i uhradil případné náklady na její opravu. Jestliže žalovaný výzvě vyhověl a věc vrátil, soudce jej ve svém rozsudku osvobodil.¹¹⁸⁰ Jak jsem již uvedla výše, vnímání Římanů vedlo k tomu, že roli procesního práva chápali zejména ve funkci restituční, nikoli ve funkci sankční, a proto bylo pro žalobce naprosto přirozené, že mu ke skončení celého procesu stačilo vydání věci včetně věcí s ní souvisejících. Pokud by si tak tedy žalovaný rovnou neuvědomil, že věc není jeho, vznášela se tak nad ním „sankce“ toho, že hodnota sporu bude oceněna podle přísahy žalobce, *ius iurandum in litem*, což by mohlo znamenat vyšší částku, než jakou měla věc reálně hodnotu. Pokud ani toto žalovaného nepřimělo věc vrátit, neexistovaly již žádné další legální prostředky, které by mohly přimět žalovaného věc vrátit. Pak byl tedy klasicky vydán rozsudek na peněžité plnění zcela v souladu se zásadou pekuniární kondemnace, jak uvádí O. Sommer.¹¹⁸¹

¹¹⁷⁹ Jestliže nebyla tato věc navrácena na základě řízení.

¹¹⁸⁰ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. Díl. 43, I.

¹¹⁸¹ Sommer, I. Str. 136: „Rozsudek kondemnační musí zníti na peníze.“

Objevují se pak názory, že pokud byl žalovaný odsouzen a zaplatil peněžité plnění (stanovené na základě *litis aestimatio*), pak že na něj přešlo vlastnické právo, jako by přešlo z *emptio venditio*.¹¹⁸² Osobně považuji takový názor za sporný, minimálně s přihlédnutím k principu ekvity, tedy vyšší spravedlnosti. Vždyť to, že žalovaný byl odsouzen k částce na základě rozsudku sloužící k náhradě škody žalobci, by nemělo přeci přinášet prospěch žalobci (což by získal, pokud by k věci získal vlastnické právo), navíc je třeba samozřejmě vycházet i z obecného postulátu, že není možné vydržet kradenou věc. Přikláním se tedy k tomu, že kviritské vlastnictví k věci mít nemohl.

Že tak odsouzený získává pouze prétorské vlastnictví, uvádí literatura,¹¹⁸³ dále pak píše, že žalobci je v takovém případě věc vyvlastněna a tak k ní ztrácí vlastnictví. A že je zde mnoho situací, kdy nastává takto nevýhodná situace. Celkem jako příznačné pro danou situaci se jeví, že tyto případy považuje za *unsatisfactory*¹¹⁸⁴, tedy za situace ne zrovna šťastné či dokonalé (právě proto, že žalobce nezíská nazpět svou věc, ale získá pouze finanční náhradu). To podle mě přesně odráží nedokonalou podstatu pekuniární kondemnice. Jako jejich příklady uvádí následující:

1. usufruktář, který prostřednictvím *actio confessoria* žádá navrácení předmětu usufruktu,
2. zástavní věřitel, který prostřednictvím *actio in rem hypothecaria* žádá navrácení zastavené věci,
3. pronajímatel, který prokázal své právo, po uplynutí stanovené lhůty pronájmu, žaloval *actio locati* navrácení své věci,
4. komodant¹¹⁸⁵ žádá prostřednictvím *actio commodati directa* navrácení své věci, kterou půjčil žalovanému,
5. deponent¹¹⁸⁶ žaluje prostřednictvím *actio depositi directa* navrácení své věci včetně jejich plodů, kterou svěřil do úschovy žalovanému,
6. zástavce, který prostřednictvím *actio pignoratitia directa* žaluje navrácení své zástavy, po tom, co zaplatil svůj dluh, k němuž byla zástava zřízena,

¹¹⁸² Smlouva ke koupi.

¹¹⁸³ Rudolf Sohm, *Institute*.

¹¹⁸⁴ Neuspokojivé, nedokonalé.

¹¹⁸⁵ Půjčitel měl nárok na vrácení věci po uplynutí stanovené doby.

¹¹⁸⁶ Uschovatel, který svěřil svou věc do úschovy.

7. osoba, která přišla o své vlastnictví na základě podvodu (*dolus*) či výhrůžky (*metus*) má právo žalovat prostřednictvím *actio doli* či *actio quod metus causa*, aby jí byl navrácen majetek, který takovým nekalostním jednáním ztratila,
8. dědic, který prostřednictvím žaloby *hereditat petitio* žaluje jiného podezřelého dědice, který přijal část pozůstalosti,
9. vlastník, který žaluje prostřednictvím *actio ad exhibendum*, aby mu žalovaný ukázal určitou věc k ověření její pravosti, jestli se nejedná o věc žalobce, kterou postrádá a je jejím vlastníkem.

Přes to, že žaloba ve všech uvedených případech (a to jejich výčet není vyčerpávající) zní na vrácení věci, až na bod č. 9, je situace dle zásady pekuniární kondemnace však taková, že spor je sice vynesemím rozsudku vyřešen, ale ten, kdo spor vyhraje (tedy pravý vlastník) není co do vydání své věci uspokojen a jediné na co má právní nárok, je peněžitá náhrada.

Dokonce stejná situace nastává v případě, kdy kupec žaluje prostřednictvím *actio redhibitoria*¹¹⁸⁷ slevu z kupní ceny na základě později objevených skrytých vad na věci, kterou koupil. Kondemnační suma však může znít pouze na částku představující škodu vzniklou s odstoupením od smlouvy, což znamená, že kupující je povinen vrátit koupenou věc a prodejce je povinen vrátit kupní cenu včetně všech výhod získaných za slevu věci. Ale i v případě, kdy je žalovaný odsouzen, má žalobce právo si ponechat u sebe zvíře, které postihla nějaké infekční choroba.

Tak, jak byla výše popsána arbitrární doložka na případu vlastnické žaloby, působí tato doložka i v případě všech dalších věcných žalob, i některých žalob z obligací (např. *actio redhibitoria*, *actio ad exhibendum*), ba dokonce i v případech soukromých žalob trestních jako u *actio quod ac metus causa*¹¹⁸⁸ a *actio doli*.¹¹⁸⁹ Všechny tyto žaloby v jejich souhrnu nazýváme z tohoto úhlu pohledu jako *actiones arbitrariae*. U soukromých žalob trestních měla vyšší význam, jelikož žalovaný tím, že věc vydal před vynesemím rozsudku a byl tak osvobozen, vyhnul se trestu odsouzení k několikanásobku hodnoty sporu jako pokuty či infamii.

¹¹⁸⁷ Žaloba na vrácení kupní ceny a navrácení věci.

¹¹⁸⁸ Žaloba na základě výhrůžky násilím.

¹¹⁸⁹ Žaloba proti zlému úmyslu.

Tak, jak přinesl časově nejnovější druh soudního řízení *cognitio extra ordinem* mnoho změn do systému fungování římského soudního řízení, prolomil výrazně i zásadu výlučné pekuniární kondemnace. Rozsudek sice může znít na peněžité plnění, ale nejedná se o jedinou obecnou možnost. Dále může rozsudek znít také na vrácení věci (tedy u obligačních žalob na *condemnatio in rem ipsam*)¹¹⁹⁰ či na převedení věci do vlastnického práva. Toto výslovně potvrzuje fragment z Justiniánských institucí¹¹⁹¹: *Curare autem debet iudex, ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiam si de incerta quantitate apud eum actum est.*¹¹⁹² To, že rozsudek bude vydán zásadně na peněžité plnění pouze v případech, ve kterých je odsouzení k předmětu plnění z podstaty věci zcela nelogické, například v situacích, kdy předmět sporu spočívá v určitém jednání (*facere*) anebo, pokud by uvedení do stavu, který existoval před tím, než došlo ke škodnému jednání, bylo také zcela nesmyslné. V případě, že bude základní plnění určité (v tomto typu řízení tedy znějící na vydání věci), pak nemůže rozsudek znít na více jak na jeho dvojnásobek (*dupli quantitatem*). Prolomení předchozího vnímání zásady pekuniární kondemnace bylo vnímáno jako zcela přirozené, pochopitelné a odpovídající soudobým poměrům, což dokazuje i konstituce císaře Justiniána¹¹⁹³: *Talem itaque altercationem resecantes miramur, quare iudex, qui praepositus est in praedicta causa, non omnimodo condemnationem in servum sed in aestimationem eius fecerat, cum ipsius vitium etiam huiusmodi altercationi praebuit occasionem.*¹¹⁹⁴ Na toto navazuje i interpolace z Digest¹¹⁹⁵ *si quidem habeat rem, manu militari officio iudiciis ab eo possessio transfertur.*¹¹⁹⁶ Navíc strana, která v soudním řízení prohraje, tedy rozsudek bude vydán v její neprospěch, má nově jako svou sankci povinnost nahradit protistraně náklady, které protistrana

¹¹⁹⁰ Odsouzení k samotné věci.

¹¹⁹¹ I 4,6,32.

¹¹⁹² Soudce musí dávat pozor, aby za všech okolností, pokud to je možné, odsoudil na určitou částku peněz, nebo na věc, i když bylo původně žalováno, rozhodl, jak má být odpovídajícím způsobem plněno.

¹¹⁹³ C 7,4,17, vydáno v Konstantinopoli 17. listopadu r. 530.

¹¹⁹⁴ C 7,4,17,1 (první část): při řešení tohoto sporu uvažujeme, zda soudce mohl místo odsouzení k částce odsoudit rovnou k vydání otroka (poškozenému), protože jeho vadné jednání (přes to, že není svobodný) bylo důvodem ke sporu.

¹¹⁹⁵ Ulp. D 6,1,68.

¹¹⁹⁶ Jestliže žalovaný nevydá při reivindikaci věc dobrovolně, bude mu odebrána rukou vojenskou.

vynaložila v souvislosti se soudním řízením, které odpřísahala, jak uvádí konstituce¹¹⁹⁷: *Sive autem alterutra parte absente sive utraque praesente lis fuerit decisa, omnes iudices, qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant in expensarum causa victum victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iuraverit, non ignorantes, quod, si hoc praetermiserint, ipsi de proprio huiusmodi poenae subiacebunt et reddere eam parti laesae coartabuntur.*¹¹⁹⁸

Co se týče rozmachu hospodářských a majetkovým poměrů v Římě, stály ony podle mě v základech slávy starého Říma. Souvisely oboustranně s územním rozvojem, rozvojem soudnictví, lékařství, filozofie, řečnictví, literatury a mnoha dalších oblastí, ve kterých Římané tak vynikali. Není proto ani přímo překvapujícím a de facto stojí za instituty procesního práva faktická stránka věcí týkající se hospodářských poměrů. To, že si malí sedláci byli zvyklí běžně půjčovat u velkostatkářů je věc doložená již z nejstarších dob. A právě proto Římané museli řešit dlužnictví, ručitelství, úroky, soudní obranu apod. Jen si vzpomeňme např. na personální exekuci a její zrušení. Stejně tak stát musel začít omezovat i výši úroků (existují názory, že to již bylo za období, kdy byli u moci *decemviri*, ale žádný konkrétní dokument o tom nesvědčí).

Na druhou stranu prameny hovoří o tom, že již v polovině čtvrtého st. př. n. l. byl vydán zákon, který omezoval výši úroku, *fenus unciarum*¹¹⁹⁹, a to pravděpodobně na 1/12 lhůty. Přes to o tomto zákonu mnoho nevíme a naopak jsou, jak uvádí V. Groh,¹²⁰⁰ doloženy i později případy nepřiměřené lichvy. Proti nepřiměřené lichvě se ale nebylo možné bránit u préтора pomocí soukromoprávní žaloby, proti vymáhání lichvářských úplatků mohl vystoupit pouze aedil¹²⁰¹ pomocí své *coërcitio*.¹²⁰² Teprve až později, pravděpodobně od prvního st. př. n. l. (v době postrgrachovské) bylo umožněno, aby byla lichva žalována v rámci civilního procesu před prétořem na základě zákona Lex

¹¹⁹⁷ C 3,1,13,6, císař Justinianus, vydána 27. března r. 530 v Konstantinopoli.

¹¹⁹⁸ A navíc, pokud je případ rozhodnut v nepřítomnosti jedné ze stran nebo v přítomnosti obou, musí vědět a činit tak všichni soudci v naší říši, že neúspěšná strana musí být odsouzena k zaplacení obvyklé ceny ve výši, kterou odpřísáhl vítěz, nesmíme zapomenout ani na to že pokud nevydají věc, musí nést tyto náklady sami a budou nuceni zaplatit druhé straně nárok.

¹¹⁹⁹ Úrok ve výši jedné dvanáctiny Sasu.

¹²⁰⁰ Groh, V.: Starý Řím. Str. 251.

¹²⁰¹ Pomocníci tribunů lidu s pravomocí v soudních věcech trhových. Zabezpečovali pořádek města, zásobování a konání her.

¹²⁰² Kázeňská pravomoc uložit pokutu, zabránit věci, zadržení a bičování.

Marcia.¹²⁰³ I diktátor Sulla podle V. Groha¹²⁰⁴ upravoval úrokovou míru a za jeho vlády se v Římě začal rozmáhat řecký zvyk platit úroky měsíčně. V období vlády císařů (za principátu i dominátu) byly úroky pravděpodobně upraveny dost odlišně podle místních zvyků a specifických případů. Uvádí se, že průměrný úrok byl ve výši 4–6 %, někdy byl i nižší (kolem 3 %), v určitých případech však ani úrok, který byl ve výši 15 %, nebyl považován za nepřiměřeně vysoký, tedy za lichvu. Úrok se dokonce určoval i podle společenského postavení, a tak třeba nebylo vhodné, aby senátoři žádali úrok vyšší jak 6 %, a dokonce církve jej úplně zakazovala. Za dominátu byly opět úroky císařskými konstitucemi upraveny, ale žádné tyto úpravy neměly delšího trvání. V šestém st. se situace ustálila tak, že v případě osobních soukromých půjček se úroková míra pohybovala na 5–6 %, u obchodních půjček na 8 % a u úvěrů poskytovaných pro mořský obchod ve výši 12,5 %.

Dalším projevem intenzivních hospodářských poměrů a obchodování bylo to, že v Římě vznikly nové profese bankéřů a směnárníků (v Římě se používala jak měna římská, tak i měna kampanská). Vzorem pro vznik těchto nových profesí bylo jako obvykle řecká inspirace, a to profese peněžní nazývaná *trapezita*¹²⁰⁵ (v Římě se rozvětvila právě do dvou profesí). Směnárnici byli nazýváni jako *nummularii*, bankéři pak jako *argentarii*. Bankéři mohli fungovat i jako směnárnici, ale kromě toho brali do úschovy hotovost, poskytovali půjčky, vedli běžné účty, prováděli převody peněz na účtech svých klientů a vydávali akreditivy na jiné domácí i cizí bankéře či směnárníky. Jak jsem již uvedla výše, tyto profese jako mnohé další vznikly díky inspiraci z Řecka. Proto by ani nemělo být zcela překvapivé, že tyto profese v Římě původně vykonávali sami Řekové, a ze začátku měli na výkon těchto profesí v Římě monopol, až později tyto profese začali vykonávat i Římané. Později se tyto profese dostaly do monopolu stavu jezdců. Stánky, *tabernae*¹²⁰⁶, bankéřů i směnárníků stály v období klasického práva na *foru* (což měli opět prakticky blízko k soudům) a později v dobách, kdy stály

¹²⁰³ Lex Marcia de usurae, vydána r. 104 př. n. l., garantovala dlužníkům, kteří zaplatili vyšší úrok, než byl povolen, navrácení rozdílu.

¹²⁰⁴ Starý Řím. Str. 252

¹²⁰⁵ Bankéři, v Řecku jedna profese, ze začátku se v Římě používal výhradně tento řecký název.

¹²⁰⁶ Malé samostatné obchody, do nichž se vcházelo přímo z ulice.

baziliky, přestěhovali se směnárníci a bankéři do nich (zejména do basiliky Aemilioví¹²⁰⁷).

Bankéři v Římě velmi prosperovali, samotní bankéři byli odborníky přes finance a někteří vybudovali velké a úspěšné podniky, a v rámci nich byli schopní obchodovat s celým tehdejším obchodním světem. Záznamy a listiny bankéřů se staly zcela věrohodnými důkazy v soudních řízeních. Bankéři vedli tři druhy obchodních knih, a to:

1. *adversaria*: jednalo se o pokladní deníky, kam se postupně zapisovaly a zaznamenávaly všechny obchodní položky, tak jak plynuly jedna po druhé;
2. *liber rationum*: hlavní kniha
3. *codex accepti et expensi*: kniha bilanční.

Mezi další činnosti bankéřů patřilo také pořádání dražeb. Buď na dražbách fungovali pouze jako prostředníci, anebo sami skoupili předmět držby a sami jej pak prodali či postupně prodávali.

Bankéřství však bylo požadováno za zcela soukromý podnik a stát neměl právo do tohoto odvětví jakkoli zasahovat, a dokonce Římané zrušili státní či veřejné bankovní spolky, které do té doby působily v Řecku či v Egyptě. V otázkách, které si veřejná moc vyhradila ke svému zájmu, co se týče obchodování, v těch se samozřejmě zúčastnila i obchodování, přes to, že se jednalo o dost málo případů. Takovým případem bylo, když se za republiky občanům z *aeraria* poskytovaly ve výjimečných případech půjčky anebo když si státní pokladna půjčovala od nich. K tomu ale vždy byli voleni speciální úředníci *tresviri*¹²⁰⁸ či *quinqueviri mensarii*.¹²⁰⁹ V období císařství pak stát také půjčoval na hypotéky, ale s podmínkou, že úrok půjde do alimentálních fondů.

V rámci jisté finanční náhrady bych ráda uvedla další situaci, která se domnívám, že patří na toto místo, a to je otázka náhrady škody za špatné soudní rozhodnutí. Podle fragmentů i podle literatury¹²¹⁰ bylo možné, aby strana požadovala náhradu škody po soudci, který učinil rozhodnutí v její věci. A to právě z důvodu, že svou nedbalostí při rozhodování soudce způsobil jedné ze stran škodu (*qui litem suam*

¹²⁰⁷ Druhá nejstarší bazilika v Římě, byla postavena někdy po r. 184, stál na severní straně fora. Byla mnohokrát přestavována, a to vždy na náklady rodiny Aemiliů.

¹²⁰⁸ *Treviri aere argento auro flando feriundo (monetales)*, pečovali o lití a ražení mincí, hovoří se o nich až na konci republiky.

¹²⁰⁹ Pětičlenný sbor úředníků, kteří se starali o bezpečnost v Římě po západu slunce.

¹²¹⁰ Sommer I. Str. 137

fecerit). Podle M. Skřejpka¹²¹¹ se v takové situaci postupuje postupem *civiliter vel criminaliter agere*, tedy se jedná o situaci, kdy bylo možné se domáhat pravdy jak prostředky práva civilního, tak i prostředky práva trestního. Pro případ zásady peněžní kondemnice je význačný fragment¹²¹² z Gaiových institucí, který říká, že: *Debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit; item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit. minoris autem damnare ei permissum est. at si etiam [. . . vv. 1 1/2 . . .] qui formulam accipit, intendere debet, nec amplius [.] certa condemnatione constringi [. . . vv. 2 . . .] usque uelit.*¹²¹³

Stejně závažná pak je situace, pokud soudce špatně soudí z důvodu neznalosti věci či z důvodu, že je na sporu osobně zainteresován. Pokud se tedy objeví jakákoli překážka na straně soudce, nesmí být soudní řízení konáno, jak uvádí Zákoník dvanácti desek¹²¹⁴: *...Morbus santicus...aut status dies cum hoste...quid horum fuit (vitium) iudicium arbitrove reove, eo dies diffisus esto.*¹²¹⁵ To, co je v takovém případě předmětem žaloby, je způsobená škoda. Tato škoda však podle výše uvedeného článku nemusí spočívat pouze v neznalosti (avšak pořád je třeba myslet na to, že *ignorantia iuris non excusat*¹²¹⁶), nedbalosti, ale může spočívat i v extrémním nezájmu, jak uvádí Macrobius v Saturnáliích¹²¹⁷: *Ludunt alea studiose, delibuti unguentis, scortis stipati. Ubi horae decem sunt, iubent puerum vocari, ut comitium eat percontatum, quid in foro gestum sit, qui suaserint, qui dissuaserint, quot tribus iusserint, quot vetuerint. Inde ad comitium vadunt, ne litem suam faciant. Dum eunt, nulla est in angiporto amfora quam non inpleant, quippe qui vesicam plenam vini habeant. Veniunt in comitium: tristes*

¹²¹¹ Kolektiv autorů: Právněhistorické studie 36. Praha, Univerzita Karlova v Praze, nakladatelství Karolinum, 2003 s. 9-17. ISSN 0079-4929. Str. 9.

¹²¹² Gai. Inst. 4,52.

¹²¹³ Soudce však musí dbát na to, aby v případě, že je v kondemnaci ustanovena pevná peněžitá částka, neodsoudil ani k částce vyšší, ani nižší, než je ustanoveno; jinak změní spor ve spor vlastní. Také je-li ustaveno ocenění do určité výše, aby neodsoudil k částce vyšší, než je stanoveno, jinak totiž také promění spor ve svůj vlastní. Odsoudit k částce nižší je mu však dovoleno.

¹²¹⁴ Tabula II,2.

¹²¹⁵ ...těžká nemoc...nebo den určený s cizincem...kterákoli překážka nastane soudci, rozhodčímu nebo žalovanému, ať se řízení nekoná.

¹²¹⁶ Neznalost práva neomlouvá.

¹²¹⁷ Kolektiv autorů: Právněhistorické studie 36. M. Skřejpek, článek, Str. 10, Sat. III, 16,15.

*iubent dimere: quorum negotium est narrant: iudex testes poscit: ipse ita minctum: ubi redit, ait se omnia audivisse: tabulas poscit, litteras inspicit: vix prae vino sustinet pelpebras. Eunt in konsilium: ibi haec oratio: Quod mihi negotii est cum istis nugatoribus potius quam potrus mulsum mixtum vino Graeco, mimus turdum pinguem bonumque piscem, lupum germanum qui inter duos pontes captus fuit.*¹²¹⁸ A tak proti soudci, který způsobil škodu, bylo možné podat *actio in factum* u prétora na pokutu, výše této pokuty stanovil prétor dle svého uvážení.

Závažnějším případem je však situace, kdy bylo prokázáno, že soudce rozhodl nesprávně úmyslně. Ulpian se k tomu vyjadřuje tak, že¹²¹⁹: *cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit...ut veram aestimationem litis praestare cogatur.*¹²²⁰

V prvním z výše uvedených případů je zřejmé, že prétor určil dle svého uvážení pokutu co do výše prohřešku, v případě druhém ale byl soudce žalován na částku, která bylo shodná s předmětem sporu, tedy na částku, na kterou zněl rozsudek v souladu se zásadou pekuniární kondemnace. Prétor měl také šanci v některých případech použít *restitutio in integrum* či za dominátu bylo možné použít prostředku odvolání. Dalším zajímavým aspektem, který uvádí M. Skřejpek ve svém článku,¹²²¹ je to, že žaloba se jako nikdy nestala žalovanou typizovanou na rozdíl od mnoha dalších, a tudíž se jednalo o typický prétorický delikt. Ba dokonce je v článku uvedena velmi praktická myšlenka, proč tomu tak bylo. A to, že soudci byli soudci soukromými, které do alba iudicia nechávali zapisovat prétoři, proto i oni za ně museli nést jistou odpovědnost. Mezi klasické prétorické delikty však tyto žaloby nepatřily, proto jsou v literatuře označovány za kvasidelikty. To potvrzuje i Gaius, který o této žalobě výslovně hovoří ve fragmentu

¹²¹⁸ Vášnivě hrají v kostky, navonění a obklopení nevěstkami. Úderem desáté hodiny dávají zavolat otroka, aby došel na komicium a zjistil, co se stalo na foru, kdo souhlasil a kdo ne, kolik tribunů zákon podporovalo a kolik odmítalo. Pak jdou sami na komicium, aby nebyli žalováni za porušení svých povinností. Cestou úzkými uličkami nezůstane prázdná ani jedna amfora, jak mají močové měchýře plné vína. Přichází na shromaždiště lidu a v neveselém rozpoložení zahajují soudní řízení. Strany líčí svůj soudní případ, soudce povolává svědky a jde se vymocit. Po návratu oznámí, že již vše slyšel, vyžádá si soudní zápis, prohlédne jej a kvůli vínu sotva mžourá. Pak se odcházejí poradit a přitom rozmlouvají. Proč se mám zabývat těmi šašky? Proč raději nepijeme medovinu, nepochutnáme si na vypaseném drozdu a chutné šstice, chycené mezi dvěma mosty? Překlad M. Skřejpek, článek *Litem suam facere* str. 11, PHS

¹²¹⁹ Ulp. D 15,1,5,1.

¹²²⁰ Jestliže je vyneseno rozhodnutí v rozporu se zákonem úmyslně...ať je spor oceněn na skutečnou výši škody.

¹²²¹ Kolektiv autorů: *Právněhistorické studie* 36.

1 c. jako o *quasi ex maleficio* či v Digestech¹²²²: *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, ed quia neque ex contractu obligatus est.*¹²²³

Jak se vlastně soudce mohl škodního jednání dopustit? Prvním případem, který jsem už výše uvedla, je jeho neznalost (*imprudencia, ignorantia*), další je pak jednání ve zlém úmyslu, proti zákonu¹²²⁴ (*dolo malo*), a naposledy se jedná o konání *in fraudem legis*, které je charakteristické tím, že soudce vynesl rozsudek, aniž by přihlédl k prétorově formulí a rozsudek je tak s ní v rozporu, zákon je tedy v takovém případě obcházen, což uvádí Ulpianus¹²²⁵: *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat hryton apo dianoiias, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.*¹²²⁶

Různé důvody toho, proč tako soudce jedná, pak rozebírá Ulpian¹²²⁷: *Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.*¹²²⁸ A to náklonnost k žalobci či žalovanému (*gratia*), nepřátelství k jedné ze stran (*inimicitia*), či situace, kdy je soudce podplacen (*sordes*). Žalobce v případě, kdy vyhraje, pak má nárok na náhradu škody dle spravedlivého uvážení, a zde se opět uplatňuje dobře známý princip ekvity.

Odpovědnost soudce byla známa a řešena nejen v řízení formulovém, ale i v řízení kogničním extraordnáním. Důsledkem odsouzení soudce kromě finanční částky byla také *infamia*. Osobně se domnívám, že toto je plně v souladu s principem ekvity. Není přeci možné, aby soudce, který záměrně soudil protiprávně, mohl vystupovat jako soudce v dalších případech.

¹²²² Gaius D 44,7,5,4.

¹²²³ Jestliže soudce soudil svou vlastní věc, nezdá se být vlastně zavázaný z deliktu, a proto není ani zavázaný ze smlouvy.

¹²²⁴ Podle Paula se děje to, co zákon zakazuje. Paul. D. 1,3,29.

¹²²⁵ Ulp. D 1,3,30.

¹²²⁶ Podvod je spáchán proti zákonu, když se děje něco, co si zákon nepřál, ale výslovně nezakázal, a rozdíl mezi podvodem a porušením práva je stejný jako rozdíl mezi řečí a názorem.

¹²²⁷ Ulp. D 5,1,15,1.

¹²²⁸ Rozumí se, že soudce učiní případ svým, když svévolně vydá rozhodnutí v rozporu se zákonem. Jedná tak ve zlém úmyslu, kde je jasně prokázáno, že buď prospěch, nepřátelství, nebo dokonce korupce, jej ovlivnila, a za těchto okolností, může být nucen platit skutečnou částku sporu.

Nyní je třeba vrátit se i k trestněprávní stránce věci.¹²²⁹ Skutečné trestní řízení římské právo poznává až ve druhém st. př. n. l. Tehdy bylo přijetí úplatku soudcem označováno z hlediska trestného činu jako *crimen repetundae* a bylo tento čin zaveden zákonem *lex Calpurnia de repetundis*¹²³⁰, o dalších sedmdesát let později je pod skutkovou podstatu tohoto trestného činu subsumována ještě uplácení na soudech včetně např. situace, kdy advokát přijal vyšší odměnu, než bylo povoleno. To upravovala¹²³¹ pravděpodobně jako první *lex Cornelia de repetundis*¹²³², s tím, že ve stejném roce (81 př. n. l.) byla vydána i *lex Cornelia testamentaria*¹²³³, ta byla však v době svého vydání zaměřena pouze na stíhání falešných svědectví, ale v období principátu byla její působnost rozšířena kompletně na odpovědnost soudců za skoro každé nesprávné rozhodnutí. Pod tento zákon byly nadále podřazovány další skutkové podstaty, a to nejen na základě usnesení senátu, ovšem také mnoha konstitucemi i pomocí jurisprudence.

Dalším zákonem, který byl vydán v řadě a zaměřoval se na postih soudců za přijetí úplatků, byla Caesarem navrhnutá *lex Cornelia de pecuniis repetundis*.¹²³⁴ Ta se stejně jako předchozí nezaměřovala pouze na přijetí úplatků soudci, ale zároveň se zabývala postihy za jakékoli nesprávně vydané rozhodnutí, a to bez rozdílu, zdali jej soudce vydal úmyslně, neúmyslně, obohatil se jím či ne. Zákon směřoval jak proti soudcům, kteří soudili soukromoprávní záležitosti i záležitosti trestní, tak proti odhadcům hodnoty předmětů sporu. Tím se postih na základě tohoto zákona velmi podobal klasickému soukromoprávnímu postihu.

Na závěr soudního řízení příslušná trestněprávní porota rozhodovala pouze o vině či nevině obžalovaného, ale o konkrétním trestu nerozhodovala. Tresty samotné totiž byly *expressis verbis* uvedeny v zákonech.

¹²²⁹ Kolektiv autorů: Právněhistorické studie 36. Str. 13–16.

¹²³⁰ Trestný čin spočíval ve zpronevěře majetku správcem provincie na úkor obyvatel dané provincie. Zákon byl přijat r. 149 př. n. l. zároveň zaváděl stálou trestní porotu tzv. *quaestiones perpetuae*.

¹²³¹ *Lex, legis, f.*: zákon - proto v případě, kdy mluvím o zákoně a používám tvar v latině, mluvím o zákoně v ženském rodu.

¹²³² Byla vydána r. 81 př. n. l. diktátorem Sullou, platila až do doby sepsání Digest.

¹²³³ Zákon o lžích a falešných svědectvích, byl vydán diktátorem Sullou, platil až do doby sepsání Digest.

¹²³⁴ Vydána r. 59 př. n. l. Byla platná ještě v době Justinianově a zaměřovala se zejména na postih vyděračství.

Jako nejzávažnější z hlediska míry postihu a zásahu do práv odsouzeného lze jistě považovat trestné činy, za které byli obžalovaní podle římských zákonů odsouzeni k hrdelnímu trestu. První nejstarší známou normou tohoto druhu je *lex pecunia accepta ob rem iudicandam*.¹²³⁵ Není ale jasné, zda se jednalo opravdu o zákon či zda nešlo o pouhé plebiscitum, které navrhl tribun Cn. Servilius Capió na základě usnesení senátu.¹²³⁶ Další normou, jež je již s jistotou za zákon označována, je *lex Sempronia ne quis iudicio circumveniat*¹²³⁷, u které představuje jistou komplikaci¹²³⁸ její spojování s další normou, a to s *lex Sempronia de sicariis et veneficis*, a to z toho důvodu, že za jejího autora je označován autor známé pozemkové reformy Gaius Sempronius Gracchus, v jehož podání měl zákon sloužit k postihování korupce nejen v trestním soudních řízeních, ale zároveň i k postihování úplatkářství u senátorů, s tím, že viníkem byl nejen ten, kdo úplatek přijal a nechal se tedy podplatit, ale i ta osoba, která úplatek poskytla. Trestem pro oba byla pokuta (*multum*), která se počítala z výše úplatku a *infamia*.

Dalším zákonem, který přinesl novou úpravu, byla *lex Livia iudiciaria*¹²³⁹, která zavedla odpovědnost soudců, jež pocházeli z jezdeckého stavu¹²⁴⁰ za to, že se nechali podplatit při výkonu své funkce. O této změně se lze dozvědět z pramenů od Cicerona v jeho obhajobě Rabiria Postuma.¹²⁴¹ O přijetí tohoto zákona se zasloužil M. Livius Drusus, tribun lidu, podle jehož *nomen gentile*¹²⁴² je také zákon pojmenován. Zákon však neplatil po příliš dlouhou dobu.

Jako poslední případ zákona obsahujícího trestný čin, za který se ukládal hrdelní trest v souvislosti s úplatkářstvím, je *lex Cornelia de sicariis et veneficis*¹²⁴³, kterou

¹²³⁵ Vydána r. 141 př. n. l. k ní Cic. de fin. II 16,54, Cic. nat. deor. III 30,74.

¹²³⁶ V tomto případě šlo o postih L. Hostilia Tubulla, který jako prétor a předseda trestní poroty (*quaestio inter sicarios*) ve věci vraždy přijal úplatek, před vynesením rozsudku ale sám ještě uprchl do vyhnanství a spáchal sebevraždu.

¹²³⁷ Vydána r. 123 př. n. l., hovoří se v ní obhajobě Cluentia.

¹²³⁸ Kolektiv autorů: Právněhistorické studie 36. Str. 14.

¹²³⁹ Soudní zákon Liviův, zákon byl vydán r. 91 př. n. l. k tomu App. Bell. civ. I,35; Vell. Pat. II 13,2, Cic. pro Cluent. 56,153.

¹²⁴⁰ Jezdci byli majetnou třídou v Římě, za Romula jich bylo tři sta (po stu z každého kmene), za Servia Tullia rozděleni do 18 setnin (12 z nich tvořili bohatí muži). Původně byli základem římské armády.

¹²⁴¹ Kincl, J.: Deset slavných procesů Marca Tullia. Cic. pro Rabirio Postumo 7,16.

¹²⁴² Rodové jméno.

¹²⁴³ Sullův zákon, který upravoval vraždy a travičství. Byl vydán r. 81 př. n. l. a platil ještě za Justiniána.

navrhl diktátor Sulla, a obsahem byl postih nejzávažnějších činů korupčního jednání soudců. Tvrdost a závažnost jasně dokazuje to, že v něm bylo obsaženo ustanovení, že v případě, kdy senátor jako soudce odsoudí či svou činností pomůže (přispěje) k odsouzení nevinného člověka, pak bude samotný souzen před *quaestio de sicariis*.¹²⁴⁴ *De facto* tím bylo takové jeho konání označeno za vraždu (*parricidium*)¹²⁴⁵, původně tak mohli být stíháni a popoháněni k odpovědnosti pouze senátoři, jelikož pouze a jen oni mohli být členy trestních soudních porot, a to nezávisle na tom, zdali v porotě vystupovali jako její předsedové či pouze jako její členové.

Postupem času byla odpovědnost za odsouzení nevinného člověka podle *lex Cornelia de sicariis et veneficis* rozšířena i na svědky i žalobce. Což pokud si uvědomím, že na takové jednání se hledělo jako na vraždu, tak se jedná o tak závažný trestný čin, že bylo nutné zcela v souladu s ekvitou, aby byl souzen, kdo na takovém činu měl přímý podíl či kdo byl jeho původcem. Trestný čin v uvedené podobě mohl být spáchán nejen na základě kausy přijetí úplatku (tedy korupce), a to jak pasivně tak i aktivně, ale zároveň i na základě jakékoli jiné kausy, která zapříčinila odsouzení nevinné osoby v hrdelním soudním řízení.¹²⁴⁶ Proto pod tento typ škodlivého jednání spadaly nejrozmanitější intriky, podvody a komploty. Je tedy naprosto trefné vyjádření, že „*lex Cornelia* byla zaměřena na potírání soudního mafianství ve všech jeho podobách“.¹²⁴⁷ Odsouzení byl odsouzen buď k trestu smrti, či v pozdějších dobách vyhnanství *trans Tiberim*, které mělo za následek *capitis deminutio maxima*.

V období císařství byla zachována republikánská zákonná úprava nespravedlivých soudců. Používaly se však zejména normy přijaté lidovými shromážděními na sklonku republiky. S tím, že odpovědnost soudců byla rozšiřována a byla konkrétněji upravena, a to za pomoci zvláštních usnesení senátu. Na žaoované před trestní porotou, se však starší úprava nově vydaná v *lex Iulia ordo iudicorum publicorum*¹²⁴⁸, pokud byl ale soudce obžalován před senátem či v rámci kogničního řízení, uplatňoval se diskreční přístup, což znamenalo, že senát či magistrát rozhodly na základě svého volného uvážení.

¹²⁴⁴ Stálá porota soudící vraždy.

¹²⁴⁵ Závažná vražda, otcovražda.

¹²⁴⁶ Kolektiv autorů: Právněhistorické studie 36. Str. 15.

¹²⁴⁷ Kolektiv autorů: Právněhistorické studie 36. Str. 15.

¹²⁴⁸ Iuliův zákon o řádu věcech trestních, vydán Augustem asi 18 př. n. l.

Ještě je třeba doplnit, že *lex Cornelia de sicariis et veneficis* se již vztahovala nejen na soudce senátory, ale na všechny typy soudců a také byla rozšířena v tom směru, že k tomu, aby byl podle ní soudce veden k odpovědnosti, již nemuselo dojít k vynesení hrdelního rozsudku. Dokonce mohl být soudce veden podle ní k odpovědnosti v otázkách nehrdelního soudnictví v situacích, kdy se soudce nechal podplatit. Trestem v takovém případě bylo *deportatio in insulam*¹²⁴⁹ a následně konfiskace majetku.

Dále byla rozšířena působnost *lex Iulia de pecuniis repetundis* na soudce soudící civilní i trestní otázky, a to i v situacích, kdy soudce rozhodl nespravedlivě v hrdelním procesu, aniž by byl podplacen. Je zřejmé, že zde převažuje princip ekvity u tak zásadního možného škodlivého důsledku. Trestem za císařství zůstaly různé druhy vyhnanství, ale vyhánění na ostrov se používalo pouze v případech hrdelních věcí. V případech, kdy byl žalovaným *iudex pedaneus*¹²⁵⁰ byl odsouzením vyloučen ze senátorského stavu a byl rovněž poslán do vyhnanství.

Postih soudců, kteří vydali rozsudky v rozporu s císařskými konstitucemi, upravovala stále *Lex Cornelia testamentaria*, upravovala rovněž i postih rozsudků vydaných zcela v rozporu s právem. Podle ní byly tresty rozčleněny a stupňovány podle společenského postavení soudce, s tím, že *humiliores*¹²⁵¹ byli trestem odsouzeni k smrti, naopak *honestiores*¹²⁵² byli postiženi *capitis deminutio maxima*. Hranice mezi jednotlivými normami tak nebyly přesně vymezeny.

Zásadní je tedy vidět, jak princip pekuniární kondemnace hrál roli při odsouzení viníka, ale zároveň i to, že na finanční bázi je založena odpovědnost soudce za nespravedlivé vydání rozsudku. Tato odpovědnost vytvářela zejména na základě další „finanční situace“ resp. transakce, tedy a základě úplatkářství, přijetí úplatku či jeho poskytnutí.

¹²⁴⁹ Vyhánění na ostrov.

¹²⁵⁰ Pomocný soudce, který byl obvykle určen pro vyšetření jednotlivé dílčí záležitosti patřící do většího soudního řízení.

¹²⁵¹ Nižšího postavení.

¹²⁵² Váženějšího postavení.

8 Zásada volného hodnocení důkazů

*probatio, -onis*¹²⁵³: schvalování, vyšetření, dokazování, odůvodnění, dokazování, důkaz, řeči žalobců a obhájců: *in tertium diem probationes exierunt*.¹²⁵⁴

Jedná se o zásadu, která je pro soudní procesní řízení jedním ze základů, na druhou stranu je třeba věnovat se jak zásadě volného hodnocení důkazů, která platila po většinu doby uplatňování římského práva, ale je třeba se v této kapitole zmínit také o postupném přechodu k průvodní teorii důkazní, jež byla uplatňována v kanonickém právu.

Úplně na počátku aplikace římského práva převládalo přísné hodnocení důkazů (např. u koho se našla kradená věc, byl považován za zloděje)¹²⁵⁵ přes to, že jak víme, být jím nemusel a taková osoba mohla být držitelem v dobré víře, a pak by taková osoba mohla být žalována pouze žalobou reivindikační. Toto se ale velmi rychle proměnilo a v souvislosti s rozvojem římského práva došlo k přechodu k zásadě volného hodnocení důkazů a těžiště hodnocení důkazů tak bylo přesunuto na samotného soudce. Proto se nadále budu věnovat této zásadě v její klasické či poklasické podobě.

Hodnocení resp. provádění důkazů bylo prováděno zejména v řízení *apud iudicem*. V řízení *apud iudicem* byly hodnoceny i sporné právní otázky, ale největší role spočívala ve zjišťování sporných skutečností. Na počátku řízení *apud iudicem* je tak soudce stručně seznámen s vylíčením konkrétního sporu (*causae coniectio*), ve formulovém řízení se tak děje přednesem formule uzavřené v litiskontestaci, nejprve však soudce obdrží rozkaz, aby rozhodl podle formule (*iussum iudicandi*). Na základě formule musí mít soudce jasno v tom, co je předmětem sporu, co musí vyšetřit a jaký závěr má udělat na základě zjištěných a provedených důkazů. Pokud tedy výsledek z jeho zjištění bude pozitivní, má odsoudit žalovaného k trestu stanovenému ve formuli, pokud však bude výsledek negativní, pak má osvobodit žalovaného.

Potom každá ze stran ústně přednese svůj pohled na věc (*peroratio*), popř. svůj protipohled v rámci diskuse (*altercatio*) a soudce přejde k vykonání a hodnocení

¹²⁵³ Rouček, Novotný, Sedláček. Str. 993 – 994.

¹²⁵⁴ Plinius mladší: ve třetí den řeči budou předneseny.

¹²⁵⁵ Bartošek, ŘP ve třech fázích. Str. 82.

důkazů, tedy k řízení průvodnímu. Zásadní je právo druhé strany vyjádřit se k žalobě, což je vyjádřeno slavnou větou: *Audiat et altera pars*, tedy budiž vyslyšena i druhá strana. Co je třeba dokazovat, vyplývá z předmětu sporu, která ze stran má tu či danou věc dokazovat pak vyplyne z projednání věci, a to většinou přirozeně, tedy bez toho aniž by to z většiny soudce nějak více mezi strany rozdělával. Přirozeně a navíc plně v souladu se zásadou ekvity žalobce musel dokazovat své právo, na základě kterého vnesl žalobu, žalovaný pak musel prokázat námitky (*reus in exceptione actor est*¹²⁵⁶) a další obrany, kterými odporuje tvrzením a nárokům uvedeným v žalobcem podané žalobě. Avšak pouze to, že jedna ze stran odmítne uznat nějakou ze skutečností, ani žalobce ani žalovaného automaticky nezavazuje k jejímu prokázání a obecnou zásadou, kterou vyjádřil právník Paulus v Digestech je, že důkazní břemeno nese žalobce¹²⁵⁷:

*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*¹²⁵⁸

Pokud nastanou pochybnosti a nejasnosti o tom, kdo by měl dokázat určitou skutečnost resp. provést konkrétní důkaz, určí k tomu žalobce či žalovaného soudce.

Dokazovat není potřeba věci obecně známé tak, jak to platí i v dnešním právu a takové skutečnosti dnes se označují jako notoriety, stejně tak jsou na tom věci, které žalobce i žalovaný společným prohlášením (*confessio in iudicio*¹²⁵⁹) uznají za nesporné. Stejně tak to platí pro přiznání žalovaného v klasickém právu, jak dokazují následující věty: doznání je královna důkazů, přiznání před soudem učiněné nelze vzít zpět, přiznání škodí jen tomu, kdo se přiznává, kdo uzná žalobní nárok, považuje se za odsouzeného, protože se jaksi vlastním výrokem odsuzuje, kdo se přiznal, pokládá se za odsouzeného. Mnoho věcí není potřeba dokazovat, jelikož vyplývají přirozeně z jiných již dokázaných či obecně známých skutečností. A pokud jsou tedy tyto dokázány, odvozují se od nich i skutečnosti na ně navázané, pokud není jejich souvislost nějak narušena. Jedná se tedy o dnes známé právní domněnky (*praesumptiones*), které platí, dokud není prokázán opak.

¹²⁵⁶ Ulp. D 44,1,1: žalovaný je v roli žalobce, co se týče námitek.

¹²⁵⁷ Paul. D 22,3,2.

¹²⁵⁸ Kdo říká (žalobce), ne ten kdo odporuje (žalovaný).

¹²⁵⁹ Přiznání v řízení.

Právní domněnky však můžeme rozdělit na právní domněnky vyvratitelné a nevyvratitelné. Vyvratitelné domněnky (*praesumptiones iuris tantum*) lze zpochybnit a tedy vyvrátit provedením jejich protidůkazu jako např. u domněnky otcovství či u domněnky tvrdící, že veškerý majetek, který manžel daroval své ženě, byl proto jeho majetkem - *praesumptio Muciana*.¹²⁶⁰ Nevyvratitelné domněnky (*praesumptiones iuris et de iure*) byly v římském právu téměř raritou. Římské právo znalo i fikce. Jejich podstata spočívala v tom, že si soudce na základě nich přimyslel či odmyslel určitou skutečnost a stejně jako i dnes v platném právu, jsou samozřejmě nevyvratitelné, příkladem fikce je tak např. *fictio legis Corneliae*¹²⁶¹ či *fictio suitas*.¹²⁶²

O možnosti a pořadí předvedení jednotlivých důkazů však rozhoduje sám soudce. Typickými důkazními prostředky pak jsou zejména:

- *testes*: svědci vyslyšání pod přísahou. Už *Lex duodecim tabularum*¹²⁶³ hovořil o tom, že osoba, která vystupovala jako svědek při *gestum per aes et libram*¹²⁶⁴, byla ohrožena možnou sankcí infamie a intestability, pokud by odmítla svědčit:

*Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobis intestabilisque esto*¹²⁶⁵

či by svědčila křivě. Svědectví bylo požadováno zejména pro pozdější dokazování existence právního úkonu, formálnost úkonu byla až dalším aspektem. Účastníci právního úkonu si proto vybírali důvěryhodné osoby, a i to, jak píše K. Bubelová,¹²⁶⁶ svědčilo o tom, že mancipace se stala spolehlivým prostředkem

¹²⁶⁰ Jejím autorem je právník Quintus Mucius Scaevola.

¹²⁶¹ Byla zavedena prostřednictvím *Lex Cornelia de captivis*, která byla přijata mezi lety 82 až 79 př. n. l. její podstatou bylo to, že pokud zůstavitel sepsal závět před tím, než upadl do zajetí a v zajetí zemřel, bylo jednáno, jako by zemřel svobodný, což je právě daná fikce.

¹²⁶² Fikce agnace.

¹²⁶³ VIII, 22.

¹²⁶⁴ Jde tedy o to, že právní úkony byly zakládány veřejně nunkupační formou, která spočívala v tom, že nejznámější mancipace měla za podmínku platnosti, že se jí muselo zúčastnit pět svědků, *cives romani*, kteří nebyli *intestabilis*.

¹²⁶⁵ Kdo se nechá vzít za svědka anebo byl vážným a nevydal o tom svědectví, budiž bezectný a svědecky nezpůsobilý.

¹²⁶⁶ Mach, P., Pekarík, M.: Súdne reči a veľké súdne procesy podľa justiniánskych Digest a iných prameňov rímskeho práva: Zborník príspevkov z 11. konferencie právnych romanistov SR a ČR, 1.

změny práv a povinností. V pozdějších známých normách ale břemeno svědčit již nikde stanoveno nebylo. Specifickou možností je vykonání *testimonia per tabulas*¹²⁶⁷, které spočívalo v tom, že byla přečtena svědecká výpověď, a to mimo soud a výpověď byla úředně zapsána.

Římská jurisprudence kladla hlavní důraz na tento druh důkazu, což jasně dokazuje Cicero ve své řeči pro Archia¹²⁶⁸:

*Est ridiculum ad ea quae habemus nihil dicere, quaerere quae habere non possumus; et de hominum memoria tacere, litterarum memoriam flagitare; et, cum habeas amplissimi viri religionem, integerrimi municipi ius iurandum fidemque, ea quae depravari nullo modo possunt repudiare, tabulas, quas idem dicis solere corrumpi, desiderat.*¹²⁶⁹

Povinnost svědčit ale není nijak konkrétně upravena, jak již jsem výše uvedla. Zároveň je ale třeba říci, že ústní svědectví jsou nejstarší formou svědectví a postupem času se teprve začaly používat i důkazy další.

Při procesním řízení se používalo přísahy jako hlavního důkazu zejména v situacích, ve kterých nebylo možné použít jiné důkazy, a sporná věc stále nebyla vyjasněna. Přísaha resp. svědectví tak měla moc spor zásadně ovlivnit: *solent enim saepe iudices in dubiis causis facto iureiurando secundum eum iudicare qui iuraverit.*¹²⁷⁰ Vzhledem ale právě k zásadě volného hodnocení důkazů mohl soudce její váhu výrazně snížit.

Zde uvedená přísaha jako důkazní prostředek tedy slouží k provedení důkazu, tedy dosvědčení určité skutečnosti. Naproti tomu nám však stojí přísaha, kterou může prétor nařídit žalobci či žalovanému v rámci řízení *in iure* za účelem

vydání. Tmava, TYPI UNIVERSITATIS TYRNAVIENSIS, 2010, 136 s. ISBN 978-80-8082-334-4. Str. 29.

¹²⁶⁷ Písemné svědectví.

¹²⁶⁸ Cicero pro Archia, 8.

¹²⁶⁹ Je směšné neříct nic k těmto věcem, které máme, hledat věci, které nemůžeme mít a mlčet o vzpomínkách lidí, žádat důkazy pomocí písemných záznamů, i když máte zástavy od nejvýznamnějších mužů, pevnou víru a důvěru nejrespektovanějšího města, odmítnout věci, které nemohou být odmítnuty, přát si veřejné záznamy, které samostatně stejná osoba říká, aby nedošlo ke škodě.

¹²⁷⁰ D 12,2,31: uvedena v kapitole *aequitas*.

vyjasnění právních okolností a k urychlení samotného řízení, jde tedy o *iusiurandum in iure delatum*.¹²⁷¹

- *instrumenta*: listiny – právní, obchodní i další běžná korespondence Žalobce má povinnost tyto listiny editovat¹²⁷²:

*Edenda sunt omnia, quae quis apud iudicem editurus est: non tamen ut et instrumenta, quibus quis usurus non est, compellatur edere.*¹²⁷³

Specificky tak např. *argentarii*, kteří jsou povinni předložit klientovi jeho účet na vyžádání. Písemné důkazy se průběžně používaly více a více, až v justiniánském soudním řízení převážily a staly se naprosto zásadními pro dokazování přes to, že stále ještě platila zásada volného hodnocení důkazů, pod kterou se pomalu rozvíjela průvodní řízení důkazní.

- *inspectio*: místní ohledání, *agrimensores*: znalci.
- slyšení stran, které mohlo proběhnout i pod přísahou. Jedna ze stran může soudci svoji přísahu navrhnout, může po soudci žádat, aby protistrana něco odpřisáhala (*iusiurandum deferre*¹²⁷⁴) a ta zase mohla nabídnout, aby po její přísaze přisáhala opačná straně anebo mohla odmítnout učinit přísahu. O všech přísahách však rozhodoval soudce.

Specifickým případem přísahy je *iusiurandum in litem*, kterou povolil soudce žalobci, aby ten zjistil hodnotu náhrady škody, která vznikla tím, že žalovaný úmyslně nesplnil nárok žalobce.

Soudce sám zhodnotí předložené důkazy na základě svého volného uvážení, soudce není zavázán žádnými specifickými důkazními pravidly. Potom, co strany předloží své důkazy, přednese ještě každá z nich svou závěrečnou řeč před vynesemím rozsudku. Soudce začal být v rámci svého volného uvážení omezován teprve až v době počínající od vlády císaře Constantina. Soudce má tedy jednat pozorným a

¹²⁷¹ Jestliže se žalovaný bránil tím, že přísahu učinil, došlo k *denegatio actionis* a pokud ji neučinil, stával se *indefensus*.

¹²⁷² Ulp. D 2,13,1,3.

¹²⁷³ Všechny záležitosti, které někdo zamýšlí přednést na soud, musí být stanoveny, ale je straně zakázáno vytvořit nástroje, které neočekává, že použije.

¹²⁷⁴ Vykonat přísahu.

neukvapeným pozorováním, *ex sententia animi sui aestimare, quid aut credat aut parum probatum sibi opinatur*¹²⁷⁵, na druhou stranu je ale ze zákona *expressis verbis* odmítnuto to, že by zákon stanovil, jak má hodnotit soudce jaký důkaz (odmítá se zákonná teorie průvodní), jak tedy uvádí císař Hadrián ve svém reskriptu¹²⁷⁶:

*Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficient, nullo certo modo satis definiri potest.*¹²⁷⁷

A dále pak Hadrián ještě pokračuje v tom, že přesně nelze stanovit, kdy a jak mají být provedeny jaké důkazy, popř. jaký typ důkazu je třeba provést, jaké z nich mají větší sílu, popř. v jakém množství¹²⁷⁸: *sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur, alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consetiens fama confirmat rei de qua queritur fidem.*¹²⁷⁹ Více však pravděpodobně znamenaly argumenty, než svědci, což dokládá Cicero v díle *De republica*.

Nebylo však pravděpodobně možné spoléhat na použití pouze jednoho důkazu s tím, že zbytek rozhodne soudce podle svého vlastní uvážení, jak uvádí K. Bubelová¹²⁸⁰ a dokládá koncem Hadriánova reskriptu:

*Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare portare, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris.*¹²⁸¹

¹²⁷⁵ Z pozorování, na základě nichž učinil své rozhodnutí, protože buď tomu věřil anebo to bylo dokázáno jemu.

¹²⁷⁶ Callistratus, D 22,5,3,2.

¹²⁷⁷ Nemůže být stanoveno s přesností, jaká forma důkazů bude dostatečná pro prokázání určité věci, tak jako není vždycky nutné dokázat přítomnost jakékoli skutečnosti formou veřejné listiny.

¹²⁷⁸ Modestinus D 22,5,2.

¹²⁷⁹ Hodnocení, společenské postoje, zvyky i váženost svědků musí být vzaty do úvahy, a proto ti, kteří činí odporující si tvrzení anebo kteří si stěžují zatím, co provádějí své důkazy, by neměli být slyšeni.

¹²⁸⁰ Mach, P., Pekarík, M.: Súdne reči a veľké súdne procesy podľa justiniánskych Digest a iných prameňov rímskeho práva. Str. 28

¹²⁸¹ Ačkoli toto je často dáno. Jinak by počet svědků, stejně tak jako jejich hodnocení a důvěryhodnost a jejich všeobecná pověst, mohly by mít sklon dokázat předmět vyšetřování. „Můžu Ti však jen obecně říct, že soudní vyšetřování by nemělo být ukončeno pouze jedním důkazem, ale je nezbytné,

Soudce při hodnocení důkazů však podle svého volného uvážení musel dodržovat právní pořádek (zákony, konstituce, usnesení, obyčej,…) a nemohl tak rozhodnout v rozporu s ním, jak uvádí Institute:¹²⁸²

*Superest ut de officio iudicis dispiciamus. et quidem in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.*¹²⁸³

Dovolila bych si vyjádřit se k tvrzením K. Bubelové uvedeným v jejím článku Hodnocení důkazů v justiniánském procesním právu¹²⁸⁴, kde uvádí, že „Hadrián zakotvil zásadu dnes nazývanou zásadou volného hodnocení důkazů“. Považuji za důležité vyjasnit si její smysl. Osobně si myslím, že po prvním přečtení této věty téměř každého napadne, jestli tedy zásada volného hodnocení důkazů platila až od druhého st., kdy Hadrián vydal svůj reskript. Takové tvrzení by bylo mírně zavádějící, jelikož soudní řízení probíhala před tím již mnoho staletí a je zřejmé, že soudy v těchto řízeních hodnotily důkazy právě na základě zásady volného hodnocení důkazů. Tím, že je ve větě použito slovo „zakotvil“, přikláním se k tomu, že je možné i toto považovat za to, že zásada volného hodnocení důkazů tak byla výslovně uznána či zmíněna právem, přes to, že se jednalo o institut zcela běžný a používaný ve druhém st.

Co se týče důkazního břemena a povinnosti dokazovat tvrzené skutečnosti, mělo pro řádný postup římské právo svoji vlastní zásadu, která zní¹²⁸⁵: *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*¹²⁸⁶ a spočívá v tom, že žalobce nese důkazní břemeno co do prokázání všech skutečností, které odůvodňují jím žalované právo, žalobce musí tedy nesporně prokázat celou skutkovou podstatu. A nepodá-li žalobce důkazy, žalovaný se osvobozuje¹²⁸⁷:

aby si vedl svou řeč podle toho, co věříš, že bylo dokázáno anebo podle toho, co si myslíš, že nebylo dostatečně dokázáno, skrze výkon tvého vlastního rozsudku.“

¹²⁸² I 4,17 pr.

¹²⁸³ Zbývá nám ještě blíže vysvětlit úřad soudce. Soudce samozřejmě musí především dbát na to, aby nerozhodl jinak, než prikazují zákony anebo konstituce anebo obyčej.

¹²⁸⁴ Mach, P., Pekarík, M.: Súdne reči a veľké súdne procesy podľa justiniánskych Digest a iných prameňov rímskeho práva. Str. 27.

¹²⁸⁵ Marcianus D 22,3,21.

¹²⁸⁶ Nezbytnost dokázání tvrzení leží vždy na žalobci.

¹²⁸⁷ C 4,19,23, císař Dioklecián a Maximus, vydána 25. prosince r. 294.

*Actor quod adseverat probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.*¹²⁸⁸

A dále žalobce musí na soud přijít lépe připravený než žalovaný, jak uvádí další konstituce¹²⁸⁹:

*Actor venire debet instructor quam reus.*¹²⁹⁰

Na druhou stranu existovalo mnoho dalších pravidel, které řešily specifické situace. Pokud žalovaný tvrdí skutečnost, která by zabránila jeho odsouzení, přes to, že se netýká intence, musí ji on dokázat *agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.*¹²⁹¹

Obecně tedy platí povinnost žalovaného dokazovat skutečnosti tvrzené v jím podané žalobě. Role se však v některých situacích mohou prohodit, tak jak to vyžadují praktické podmínky a náležitosti procesní řízení. Typickým příkladem situace, kdy povinnost důkazního břemena je na žalovaném u právních domněnek (viz níže), obdobná situace platí i pro námitky, *exceptiones*, kdy žalovaný tím, že podá námitku proti žalobě žalobce, musí být schopen unést i důkazní břemeno, aby tím bylo zabráněno zneužívání práva a zbytečnému protahování soudního řízení, jak tvrdí Ulpianus¹²⁹²:

¹²⁸⁸ Tím, že žalobce uznává, že nemůže dokázat svá tvrzení, tím ale nezakládá povinnost žalovanému dokázat opak, pokud z přirozené povahy věci nevyplývá, že opak musí dokázat osoba, která odmítá skutečnost.

¹²⁸⁹ C 3,11,2, císař Konstantin, vydáno 6. března r. 314.

¹²⁹⁰ Žalobce musí vystupovat jako učitel žalovaného.

¹²⁹¹ Ulp. D 44,1,1: Zdá se, že koná také ten, kdo podal námitku: neboť žalovaný se stává v případě podání námitky žalobcem.

¹²⁹² Ulp. D 22,3,19 pr.

*In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse.*¹²⁹³

Dalším specifickým případem je, že nikoli žalobce, který tvrdí, že osoba nepatří do určité rodiny, ale naopak tato osoba musí prokázat, že do dané rodiny patří, jak dokládá Papinianus¹²⁹⁴:

*Quotiens quaeretur, genus vel gentem quis haberet nec ne, eum probare oportet.*¹²⁹⁵

Stejně tak pokud věřitel jako žalobce zažaluje svého dlužníka a on tvrdí, že již dluh zaplatil, je povinnost prokázat to na dlužníkovi (...*nam si creditum petam, ...cogendus est....*¹²⁹⁶), pokud je sporné, zdali dědic může postupovat podle *lege Falcidia*¹²⁹⁷, musí to on dokázat, což dokládá Celsus¹²⁹⁸:

*Cum de lege falcidia quaeritur, heredis probatio est locum habere legem falcidiam: quod dum probare non potest, merito condemnabitur,*¹²⁹⁹

pokud je žalován někdo za únos, musí se bránit únosce, což je plně v souladu s ekvitou, jelikož se jedná o závažný čin. Osoba, která popírá platnost a tvrdí, že zůstavitel změnil svou vůli před smrtí, musí toto dokázat, jak uvádí Ulpianus¹³⁰⁰:

*Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere,*¹³⁰¹

¹²⁹³ Je třeba říci, vzhledem k námitkám, že je vyžadováno, aby žalovaný převzal roli žalobce, a on osobně tak dokázal svoji námitku, žalobce pouze prokazuje svůj nárok, tak že například tam, kde podává námitku na základě smlouvy, kterou uzavřel, musí prokazatelně dokázat, že smlouva byla uzavřena.

¹²⁹⁴ Papinianus D 22,3,1.

¹²⁹⁵ Kdykoli je vznesena otázka k původu či rodině jakékoli osoby, ona musí dokázat, že do ní patří.

¹²⁹⁶ Celsus D 22,3,12 in fine. Neboť jestliže je věřitelem žádáno, je povinen dokázat (dlužník).

¹²⁹⁷ Zajišťovala, že v případě odkazů musela dědicům zůstat alespoň čtvrtina pozůstalosti.

¹²⁹⁸ Celsus D 22,3,17.

¹²⁹⁹ Jestliže je vznesena otázka ve vztahu k Lex Falcidia, dědic musí dokázat, že zákon lze použít pro jeho případ, protože jestli se mu to nepodaří, soudní rozhodnutí bude vydáno proti němu.

¹³⁰⁰ Ulp. D 22,3,22.

¹³⁰¹ Ten, kdo říká, že změnil svoji vůli, musí to dokázat.

pokud žalovaný tvrdí, že žalobci nenáleží zákonné právo, musí to prokázat, což uvádí Paulus¹³⁰²:

*Ab ea parte, quae dicit adversarium suum ab aliquo iure prohibitum esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere,*¹³⁰³

stejně tak jako osoba, která namítá platnost emancipace, musí své tvrzení prokázat, jak pokračuje Paulus v předchozím fragmentu¹³⁰⁴:

*Idem respondit, si quis negat emancipationem recte factam, probationem ipsum praestare debere.*¹³⁰⁵

A jako poslední případ platí ten, kdy osoba, která má omezenou právní způsobilost či se od ní nedá očekávat dokonalá znalost práva (ženy, děti, vojáci, sedláci) tvrdí, že po ní někdo vyžádal neoprávněné plnění a bezdůvodně se tak obohatil, pak příjemce plnění musí dokázat, že plnění přijal oprávněně a jinak jej musí vrátit, což dokládá Paulus¹³⁰⁶:

*Sin autem is qui indebitum queritur vel pupillus vel minor sit vel mulier vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agri cultor et forensium rerum expers vel alias simplicitate gaudens et desidia deditus: tunc eum qui accepit pecunias ostendere bene eas accepisse et debitas ei fuisse soltuas et, si non ostenderit, eas redhibere.*¹³⁰⁷

¹³⁰² Paulus D 22,3,5 pr.

¹³⁰³ Pokud někdo tvrdí, že jeho protistrana postrádá nějaké určité právo určené dílčím zákonem či konstitucí, musí to dokázat.

¹³⁰⁴ Paulus D 22,3,5,1.

¹³⁰⁵ Paulus zároveň stojí za tím, že kdokoli namítá, že emancipace nebyla řádně podle práva dokončena, musí přinést důkaz, který dokáže jeho tvrzení.

¹³⁰⁶ Paulus D 22,3,25,1.

¹³⁰⁷ Pokud si někdo stěžuje na platbu penězi, která nebyla odsouhlasena jeho poručníkem, nezletilec, žena nebo zletilý voják nebo správce půdy či osoba nezkušená ve veřejných záležitostech či osoba žijící jednodušším životem či šílenec, potom ten, kdo obdržel peníze, musí dokázat, že je dostal, že byly splatné a určené správně pro něj, pokud tak neprokáže, musí peníze vrátit.

Všem výše uvedeným situacím je společné to, že žalovaný se svým proti tvrzením snaží získat prospěch a navíc, pokud by tak mohl i záměrně zdržovat proces. Je tedy posunutí důkazního břemena na žalovaného plně v souladu se zásadou ekvity.

Volné hodnocení důkazů je tak díky tomu, že soudce hodnotí důkazy podle svého vlastního uvážení, tedy podle toho, co soudce považuje za slušné a spravedlivé dle svého rozumu i na základě své zkušenosti je přímým naplněním a projevem zásady ekvity. To plně potvrzuje i právník Celsus, který říká mj., že *bonus iudex varie ex personis causisque constituet*.¹³⁰⁸ Dokonce když to porovná s ostatními zásadami a dalšími instituty, o kterých hovořím ve své práci, troufla bych si říci, že zásada volného hodnocení důkazů je společně s *restitutio in integrum* skoro nejčistším projevem ekvity a jejího uplatňování v římském právu.

Zásada volného hodnocení důkazů soudcem v této své podobě fungovala nejvíce v období klasického práva, byla upravena poměrně obecně, což logicky by snad ani jinak nešlo, pokud závisela na volné úvaze soudce, ale postupem času zejména v období poklasického práva začalo být vydáváno více a více norem, které upravovaly hodnocení konkrétních důkazů v konkrétních případech. Volná úvaha soudce tím byla postupně omezována (např. vzrůstal počet a váha listinných důkazů jak jsem již výše uvedla) či bylo soudům normami určováno, jak mají jednotlivé důkazy vykonávat. V období práva poklasického i justiniánského však pořád tou hlavní zásadou při hodnocení důkazů bylo hodnocení důkazů „volně“ soudcem přes to, že byl omezen mnoha regulacemi. Teprve v období práva kanonického a následně práva středověkého převážila nad zásadou volného hodnocení důkazů zásada zákonné průvodní teorie důkazní.¹³⁰⁹ V období práva justiniánského však již zákonná teorie průvodní působila jako podmnožina praxe teorie volného hodnocení důkazů. Ale to, že stále můžeme za hlavní proud označovat zásadu volného hodnocení důkazů, dokazují i Digesta a v nich uvedený nezměněný fragment Hadriánova reskriptu D 22,5,2 (viz výše).

Poklasické právo je tedy díky tomu, že hodnocení a provádění důkazů bylo mnohem více regulováno, výrazně bohatší na informace o jednotlivých důkazech, jejichž výčet nebyl nijak omezen. S tím, že vcelku je ze všech kroků vidět jasný posun od volné úvahy soudce k jejímu omezení a nahrazení formalizovanějšími postupy. Tím

¹³⁰⁸ Celsus D 6,1,38: dobrý soudce soudí podle různých osob a případů.

¹³⁰⁹ Vyžaduje, aby určitá věc byla dokázána právě a jen určeným druhem důkazu.

však je bohužel podle mě velmi výrazně omezován republikánský ideál slušnosti a spravedlnosti, tedy zásada ekvity a v této fázi vývoje římského práva již volné hodnocení důkazů není jejím čistým naplněním, jako jsem psala výše.

Tak, jak už jsem naznačila výše, je výrazně zpochybňováno svědectví. Dokonce se o tomto prostředku hovoří jako o důkazním prostředku, který je velmi nebezpečným (*magna improbitas hominum*¹³¹⁰) a používá se pouze a jen proto, že v hodně soudních sporech je jediným možným důkazním prostředkem (Justinián 90. novela *De testibus*¹³¹¹), dále jde dokonce císař Constantín, který svědectví jednoho svědka považuje za zcela nepřijatelné, a to i kdyby se jednalo o svědectví vysoce postaveného úředníka (a to bylo svědectví úředníka považováno za vysoce důvěryhodné - *Curent magistratus cuiusque loci testari volentibus et se ipsos et alios testes vel signatores praeberere, quo facilius negotia explicentur et probatio rerum salva sit*¹³¹² - často se i účastnili soukromých úkonů jako svědkové), tedy osoby obecně uznávané a vážené, ale přes to pouze jejich svědectví nestačilo, jak uvádí konstituce¹³¹³:

*Unus omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclare curiae honore praefulgeat,*¹³¹⁴

jde tedy o zkráceně o obecně známou zásadu *Unus testis, nullus testis*.¹³¹⁵ Taková špatná pozice svědectví se dá vysvětlit úpadkem římské *fides*, důvěry a víry mezi občany, která naopak stála u počátku podávání svědectví u mancipací v dobách, kdy svědectví bylo téměř výhradně jedinou formou důkazů a hlavně, kdy bylo zvykem, že právní úkony byly uzavírány ústně a veřejně, přes to platily. Doby, kdy *fides* a *aequitas* byly všude přítomné v myšlení Římanů a jejich jednání.

¹³¹⁰ Velká škodlivost osobě.

¹³¹¹ O svědectvích.

¹³¹² Venonius D 22,5,22: Místní úředníci by měli být opatrní v povolování možností všem těm, kdo si přejí sepsat závěť, přičemž zde mají vystupovat sami jako svědci a potvrdit závěť spolu s ostatními, a to v jednoduchých záležitostech a kde důkazy a skutečnosti musí být jednoznačné.

¹³¹³ C 4,20,9 (in fine) císař Constantínus, vydáno 25. srpna r. 334.

¹³¹⁴ Svědectví pouze jedné osoby není považováno za určující pro celý případ, i když je prohlášeno osobou váženého senátorského stavu.

¹³¹⁵ Jeden svědek, žádný svědek.

Ve stejné konstituci je pak uveden ještě další požadavek, a to povinnost svědků složit přísahu před tím, než podají svědectví. To stejné pak i uvádí Justinián, který výslovně říká, že povinnost svědků složit přísahu před podáním výpovědi se týká jak řízení civilního tak i řízení trestního: *non solum in criminalibus causis, sed etiam in pecuniariis*.¹³¹⁶

Další novinkou je to, že svědci jsou rozřazováni do odlišných kategorií na základě svého původu, ať jde o jejich sociální či hospodářské postavení, úřední hodnost, společenské postavení či obecnou známost. A dokonce se v krajních případech proti svědkům s pochybnou minulostí podezřelých z nepravdivé výpovědi může použít i tortura.

Novinkou tohoto období je také to, že svědek je povinen v případě, kdy je k tomu vyzván, podat svědectví, přičemž ale ta ze stran, která si jeho svědeckou výpověď vyžádala, je povinna mu zaplatit svědecké výlohy. Výjimku z povinnosti podat svědectví měli pouze ti, kteří svědectví podávat nesměli. To byli ti, jejichž důvěryhodnost byla zpochybněna či kteří měnili svá svědectví. Např. nebylo možné uznat výpověď svědka, který nejdříve svědčil ve prospěch jedné strany, později ale své svědectví změnil a svědčil ve prospěch protistrany, jak uvádí Venonius¹³¹⁷:

Produci testis is non potest, qui ante in eum reum testimonium dixit.¹³¹⁸

Svědeckou povinností tak zásadně nejsou vázáni následující: starci (*seniores*), nemocní, vojáci, osoby na služebních cestách ve veřejném zájmu a osoby, které neměly povoleno dostavit se k soudu, což potvrzuje Scaevola¹³¹⁹:

Inviti testimonium dicere non coguntur senes valetudinarii vel milites vel qui cum magistratu rei publicae causa absunt vel quibus venire non licet.¹³²⁰

¹³¹⁶ Arcadius D 22,5,1,1: ne pouze v trestních sporech, ale také ve sporech peněžních (myšleno tím tedy v civilních – viz zásada pekuniární kondemnace).

¹³¹⁷ Venonius, D 22,5,23.

¹³¹⁸ Proti žalovanému nemůže svědčit ten, kdo před tím svědčil v jeho prospěch.

¹³¹⁹ Scaevola D 22,5,8.

¹³²⁰ Starci, choří, vojáci a úředníci, kteří jsou nepřítomní z důvodu vyřizování státních záležitostí a stejně tak osoby, které nemají povoleno dostavit se k soudu, nemůžou být nuceni k přednesení svědectví, pokud si tak nepřejí.

Další osoby, které nesměli podávat svědectví, určil soudce, a to na základě pečlivého posouzení jejich důstojnosti, mravnosti, bezúhonnosti a zásluh, jak uvádí Modestinus¹³²¹:

*In testimoniis autem dignitas fides morem gravitas examinanda est: et ideo testes, qui adversus fidem suae testationis vacillant, audiendi non sunt.*¹³²²

Právnický Calistratus za takové osoby považoval zejména ty vysoce společensky postavené, členy obecních rad a boháče. Stejně tak soudce posuzoval, zda osoba navržená jako svědek nemohla mít zájem na tom křivě svědčit, ať již mohla být podplacená, mohla chovat vůči jedné ze stran náklonnost či vděčnost anebo naopak nenávisť a nevděčnost. Ani příslušník jedné ze stran nemohl podat svědeckou výpověď.

Zákaz výpovědi pak byl dále stanoven v různých konkrétních příkladech. Jednou z norem toto upravujících byla *lex Iulia de vi publica*¹³²³, která stanovila, že proti žalovanému nemůže být připuštěn jako svědek jeho propuštěnec či propuštěnec jeho předka, dále proti nemůže svědčit osoba, která byla odsouzená v jiném případě (např. pro *crimen repetundarum* či hanlivou píseň¹³²⁴), ale zase ne ve všech případech, jelikož např. jak píše K. Bubelová¹³²⁵, tak osobě, která byla odsouzena za *calumnii*,¹³²⁶ bylo možno přiznat způsobilost a mohla tak podat svědectví s tím, že soudce musí v každém konkrétním případě zvážit její důvěryhodnost.¹³²⁷

Také neměli povoleno svědčit na soudě ti, kdo vykonávali nečestné povolání (např. *herenarius*¹³²⁸ či prostitutky). Výpověď zápasníků či jiných nízkých osob bylo možné vykonat pouze ve výjimečných případech, a to pouze pod hrozbou tortury. Je

¹³²¹ Modestinus D 22,5,2.

¹³²² Ve svědectvích je posuzována důstojnost, víra, zvyky či čestnost, a ti svědci, kteří toto nesplňují, nemohou být slyšeni.

¹³²³ Jůliův zákon o veřejném násilí, autorem byl Augustus.

¹³²⁴ Arcadius D 22,5,21 pr.: *Ob carmen famosum damnatus intestabilis fit. /Odsouzený za hanlivou píseň nemůže svědčit/.*

¹³²⁵ Mach, P., Pekarík, M.: *Súdne reči a veľké súdne procesy podľa justiniánskych Digest a iných prameňov rímskeho práva.* Str. 30.

¹³²⁶ Vědomá neoprávněná žaloba.

¹³²⁷ Papinián však dovozuje, že v zákonech byl zákaz výpovědi osobě odsouzené za *calumnii* opominut – viz D 22,5,13.

¹³²⁸ Zápasník s divokými šelmami.

otázka, zdali se pak tortura vztahovala ke svědkovi, že by mohlo být jakkoli jinak, a pak ale musím dojít k názoru, že tento stav je mírně v rozporu se zásadou ekvity. Jelikož pokud je taková osoba povolána soudcem, nemůže odmítnout svědčit, ale z objektivních okolností (jako je např. její psychický stav) může svědčit neúmyslně křivě a trest tortury se pak zdá v takovém případě jako nepřiměřeně tvrdý, a tedy i nespravedlivý.

Úplný zákaz svědčit se vztahoval na osoby kvůli povinné úctě k jiným (typicky tak děti vůči rodičům či otrok vůči svému pánovi¹³²⁹), špatné pověsti (*turpitude*) anebo neslušnému životu či pochybnostem o jeho rozvaze či moudrosti. Kvůli předpokladu nedostatečné moudrosti nemohli svědčit mladší dvaceti let, což dokládá Venonius¹³³⁰:

*In testimonium accusator citare non debet eum, qui iudicio publico reus erit aut qui minor viginti annis erit.*¹³³¹

Ženy mohly svědčit, pokud nepracovaly jako prostitutky či nebyly odsouzené pro cizoložství, přes to byly považovány za méně důvěryhodné než muži. Na rozdíl od možnosti přednášet svědectví u soudu však ženy nemohly vystupovat jako svědci formálních právních úkonů.

Relativní zákaz podat svědectví platil pouze ve vztahu ke konkrétním osobám, a to např. podle *lex Iulia de vi publica* nesměl proti své vůli podávat svědectví proti obviněnému jeho příbuzný (a to jak příbuzní v přímé i pobočné linii i v *affinitas*), stejně tak propuštěnec (včetně své rodiny) nesměl proti své vůli vypovídat proti svému patronovi a stejně tak patron proti propuštěnci. Pokud by se však tyto osoby rozhodly dobrovolně vypovídat, měly to povoleno. Uvedený postup se vztahuje i na budoucí osoby blízké jako je např. budoucí švagr, zeť či tchán.

Osobám, které byly nevhodné pro podání svědectví (otroci, osoby v moci majitele moci – děti), bylo však možné uložit povinnost svědčit v konkrétním případě. Dělo se tak většinou v případech, kdy nebylo možné získat žádný jiný důkaz a svědectví nebyla považována za moc důvěryhodná. Identická byla situace v případě svědectví

¹³²⁹ Otrok však mohl svědčit ve svém případě, viz Modestinus D 22,3,7.

¹³³⁰ Venonius D 22,5,20 a podobně Ulp. D 22,5,19,1.

¹³³¹ Žalobce nemůže povolávat k podání svědectví osobu, která spáchala trestný čin či je mladší dvaceti let.

obhájce či soudního vykonavatele v případech, kde tito vystupovali právě v těchto rolích.

Z výše uvedených fragmentů (Justinián 90. novela *De testibus*, C 4, 20,9) lze dovést ještě jedno pravidlo týkající se svědecké výpovědi, a to sice to, že pokud už je vykonáván důkaz prostřednictvím svědecké výpovědi, musí se nutně jednat o svědeckou výpověď založenou na výpovědi několika svědků. Tomu odpovídají požadavky justiniánského zákonodárství, kdy se v některých konkrétních případech vyžaduje, aby pro provedení důkazu svědecké výpovědi, byly k dispozici svědecké výpovědi alespoň tři svědků, jindy dokonce i pěti. Tyto vyšší počty svědků jsou vyžadovány zejména v situacích, kdy se primárně očekává, že bude proveden důkaz předložením písemné listiny. Obecně ale právník Ulpian uvádí, že pokud není přesně v konkrétním typovém případě, kolik svědků je třeba, pak postačí dva z důvodu toho, že to již naplňuje požadavek, aby byla podána výpověď více jak jednoho svědka¹³³²: *Ubi numerus testium non adicitur, etiam duo sufficient: pluralis enim elocutio duorum numero contenta est.*¹³³³

Kromě zákazu svědčit u některých osob, jak obecně, tak pouze v konkrétních případech a situacích, je třeba dále odlišovat zákaz předvolání, který spočíval v tom, že nebylo vhodné svědka předvolat k soudu svědčit, protože vykonával něco důležitějšího. Typickým případem jsou vojáci. Dalším případem jsou osoby, které by se musely k soudu dopravovat na velkou vzdálenost. V případě, že svědectví těchto osob bylo pro rozsouzení případu nezbytné, mohl proběhnout jejich výslech v místě jejich pobytu. Přes to však mohli výpověď odmítnout vojáci, publikáni¹³³⁴, nájemci státních dodávek a osoby, které jsou nepřítomné, protože vyřizují státní záležitosti.

Soudce pak v rámci zásady volného hodnocení důkazů u svědectví posuzoval zejména, zda svědek své svědectví přednášel otevřeně a upřímně, zda jeho svědectví znělo věrohodně a svědek si tak např. neodporoval či zda na otázky odpovídal okamžitě a bez rozmyšlení anebo zda jeho řeč působila dojmem, že ji má naučenou nazpaměť (recitace), na druhou stranu samozřejmě bylo přihlíženo k okolnostem každého konkrétního příkladu, a tedy pak např. to, že svědek na nějakou otázku reagoval rychle

¹³³² Ulp. D 22,5,12.

¹³³³ Kde není právem určen potřebný počet svědectví, dvě stačí, slovo několik obsahuje i dvě.

¹³³⁴ Nájemci daní a podnikatelé státních dodávek v Římské říši, převážně patřili do jezdeckého stavu.

či pomalu záviselo na tom, o jak složitou otázku se jednalo, tudíž se taková věc samozřejmě jednoznačně typově posoudit nemohla. Pokud by však někdo záměrně podal křivé svědectví či si odporoval, mohl jej soudce náležitě (*competenter*) potrestat - pro připomenutí, že osoby nedůvěryhodné mohly být potrestány i torturou.

Svědecká výpověď přednesená na soudě ústně měla vyšší váhu než výpověď sepsaná a na soudě pouze přečtená, jelikož k ní nebylo možné se dotazovat. Dokonce císař Hadrián přečtení výpovědi v trestním řízení nedovoloval, v civilním řízení to uznal za možnost, ale taková výpověď byla podstatně méně důvěryhodná. Výpovědi, které byly předneseny svědky stejné povahy i pověsti, musely být hodnoceny stejně důvěryhodně. V tom lze jasně spatřovat mírnou regulaci zásady volného hodnocení důkazů. Pokud si však různá svědectví odporovala, bylo na soudci jejich vyhodnocení a soudce tak plně dle svého uvážení, tedy dle toho, co bylo podle jeho uvážení nejprůměrnější a nejpravděpodobnější.¹³³⁵

Co se týče listinných důkazů, tak jak vyplývá z výše uvedeného, mají listiny přednost a využívají se nejvíce, jelikož jejich důvěryhodnost je legálně nejvyšší. To potvrzuje i maxima, která říká, že pro dobrého soudce platí důkazy více než svědkové. Z toho vyplývá i pravidlo, že není právním řádem povoleno, aby bylo možné proti písemnému důkazu předložit protidůkaz svědectvím.¹³³⁶ Klíčovou roli v provádění listinných důkazů tak dokládá fragment z Paulových Sentenci¹³³⁷:

*Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt.*¹³³⁸

Bylo požadováno, aby listiny byly originální, jejich opisy či výpisy z nich nebyly považovány za důvěryhodné, a tak nebyly jako důkazy předkládány. Stejně tak za nedůvěryhodné byly považovány listiny, které někoho osočovaly (*scriptura calumniosa*) a listiny, který měly podvržený obsah (*Acta simulata veritatis substantiam*

¹³³⁵ Viz výše D 22,5,22 in fine.

¹³³⁶ C 4,20,1, řecký text: ústní svědectví nebude povoleno přednést k popření písemného.

¹³³⁷ C 5,15,4.

¹³³⁸ Listina, proti jejíž platnosti a neporušenosti nejsou vzneseny žádné námitky, považuje se za samotný důkaz, proti kterému již nemají být vznášeny žádné svědectví.

*mutare non possunt*¹³³⁹), i kdyby s falešným obsahem obě strany souhlasily (např. antidatovaná listina).

Poklasické právo rozděluje oficiálně důkazní listiny na listiny veřejné, které jsou zřízené soudem či na jiném úřadě v předepsané formě. Důkaz veřejnou listinou je nazván jako *publicum instrumentum* či *hypomnema demosion*.¹³⁴⁰ Dalším druhem důkazní listiny je listina, která byla sepsána za přítomnosti notáře (*tabellio*). Pokud se jednalo o další druh listiny, tedy o listinu soukromou, musela být doložena výpovědí minimálně tří svědků, aby ji bylo možné považovat za důkaz s tím, že např. osobní dopisy mohly posloužit jako důkaz v případě, kdy se rozhodovalo o otcovství. Soukromá listina však byla považována za dokument méně důvěryhodný v porovnání s listinou veřejnou. Důkaz opaku však bylo možno použít i u listin veřejných jako např. u výše uvedeného příkladu určení otcovství.

Mezi další písemné důkazy však římské právo řadilo různá osvědčení, *professiones* (např. osvědčení věku), která si však rovněž mohla vzájemně odporovat, pak opět soudce v rámci zásady volného hodnocení důkazů a tedy v rámci svého volného uvážení uznal osvědčení, které bylo věrohodnější.

Podle literatury je pravděpodobné, že listina nebyla vždy jako důkaz potřeba. Existovaly totiž situace, kdy souhlas stran, a tak i obsah právního úkonu, bylo bez větších obtíží možno nahradit jinak. Typickým příkladem je zřízení hypotéky či uzavření manželství.

V případě zjištění, že listinný důkaz byl podvržen či záměrně upraven ve prospěch jedné ze stran, mohlo být na základě toho zahájeno i soudní řízení stejně jako u svědectví. Také bylo možné dokazovat pravost listiny porovnáním písma *comparatio litterarum*.

Další novinkou poklasického práva v působnosti zásady volného hodnocení důkazů je skutečnost, že se odlišovala svědecká výpověď od přísahy a oba pojmy se již nadále jako v právu klasickém nepřekrývaly. Přísaha jedné či druhé strany byla jako samostatný důkazní prostředek upravena zejména Justiniánem a podle této úpravy byly upraveny i klasické texty v Digestech. Klasické *iusiurandum in iure delatum* bylo zcela zrušené. Tím, že již soudní řízení není rozdělené do dvou fází litiskontestací, může

¹³³⁹ C 4,22,2: Podvržené spisy (na oko zhotovené spisy) nemohou změnit podstatu pravdy.

¹³⁴⁰ Řecký výraz.

žalobce i žalovaný žádat protistranu o přísahu, a to nově v jakémkoli soudním řízení. Nově je upravena i situace, kdy ten, kdo má vykonat přísahu, ji nevykoná. Pokud ji totiž nevykoná, má pak za povinnost vrátit žalovanou věc a pokud neučiní ani tak a tak tedy odporuje účelu přísahy, soudce vydá rozsudek znějící na opak tohoto důkazu, což ale samozřejmě bude moci být znovu prošetřeno a přezkoumáno při odvolání odsouzeného. Možnost podat odvolání však nemá ten, kdo, ač sám uložil jinému vykonání přísahy, a on mu to vrátil, odmítl přísahu učinit. Zde alespoň vidíme zbytky ekvity.

Soudce může uložit vykonání přísahy sám, přísaha se pak nazývá *iusiurandum iudiciale*. Sám soudce i potvrzuje pokyn k přísaze jedné ze stran. Vedle výše popsané přísahy, která je nucená *iusiurandum necessarium* a vztahovala se tak díky potvrzení či uložení soudcem (*ex auctoritate iudicis cuiusque parti illatum*¹³⁴¹) na téměř všechny případy, mohla být uplatňována a vykonávána také přísaha dobrovolná, *iusiurandum voluntarium*, která byla založena na neformální dohodě, *pactu*, tedy taková přísaha mohla být vykonána pouze mimosoudně. I přiznání (*confessio in iure*) již stejně jako přísaha nesloužily jako prostředek k rozhodnutí sporu, ale pouze jako jeden z důkazních prostředků.

Stejně tak jako i v právu klasickém existovala právní kategorie domněnek či fikcí, není tomu jinak ani v právu poklasickém a justiniánském. Naopak kategorie právních domněnek nabyla na velkém významu. Osobně se domnívám, že to souvisí s celkovým posunem zásady volného hodnocení důkazů a jejího pojetí v právu poklasickém a justiniánském. Připomeňme, že obecně platí, že důkazní břemeno nese žalobce, ale díky právním domněnkám je situace otočená a důkazní břemeno tak nese žalovaný. A tedy díky tomu, že byla podstatně více regulována činnost soudce z hlediska jeho volného uvážení, bylo omezeno volné hodnocení důkazů, používaly se i podstatně více právní domněnky založené na větším množství právních dokumentů (které právě zásadu volného hodnocení důkazů regulovaly).

Převážná většina z domněnek nadále zůstává vyvratitelná. Druhá strana je tedy může vyvrátit prokázáním opaku, a to i jiného druhu jako to uvádí např. Modestinus v Digestech¹³⁴²:

¹³⁴¹ Z pověření soudce pro onu stranu.

¹³⁴² Modestinus D 22,3,24.

*si chirographum cancellatum fuerit, licet praesumptione debitor libertatus esse videtur, in eam tamen quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc debere ostendit, recte debitor convenitur.*¹³⁴³

Tyto domněnky jsou tak nově nazvány jako domněnky právní, *praesumptiones iuris*.

Domněnky jsou rozšířeny i na úkor dalších možností, skutečností vyplývajících z daného případu, a tak mnoho skutečností, které byly v období klasického práva dále prošetřovány, jsou v období justiniánském přímo označeny za domněnky (posiluje se tak zásada procesní ekonomie): *quod praemptum esse debet, nisi contrarium approbetur.*¹³⁴⁴ Dokonce se v Digestech hovoří o tom, že se použije právní domněnka i v případě, ve kterém by dříve bylo uloženo soudní prošetření dané skutečnosti¹³⁴⁵:

*respondit eum, cuius notio est, aestimaturum. praesumptio enim propter naturalem affectum facit omnia patri videri concessa, nisi aliud sensisse testatorem ab heredibus eius approbetur.*¹³⁴⁶

Jako typický příklad užití právní domněnky v období justiniánském uvádí J. Vážný¹³⁴⁷ situaci bezdůvodného obohacení z důvodu zaplacení neexistujícího dluhu (*condictio causa indebiti*). Poklasická praxe tak vylučuje žalobu z bezdůvodného obohacení na základě domněnky, že došlo ke smíru. Následně však Justinián rozhoduje přesný opak¹³⁴⁸:

¹³⁴³ V případě, že směnka byla zrušena, i když domněnka je taková, že dlužník byl zproštěn, tak ještě může být zákonně žalován pro částku, kterou věřitel může dokázat tím, že prokáže, že mu ji ještě dluží.

¹³⁴⁴ To, že je dopředu něco považováno za domněnku, neznamená to, že to nemůže být vyvráceno důkazem opaku.

¹³⁴⁵ Scaevola D 34,3,28,3 in fine.

¹³⁴⁶ Odpověď zněla, že tato věc musí být určena soudem, který je ve věci příslušný, z důvodu právní domněnky spočívající v tom, že existuje přirozený vztah otce k synovi, otec by tak měl být zproštěn veškeré odpovědnosti, pokud může být prokázáno dědici zůstavitele, že to bylo záměrem zůstavitele.

¹³⁴⁷ Str. 106, jeho proces

¹³⁴⁸ C 4,5,11, císař Justinianus, vydána v Konstantinopoli 1. října r. 530.

*Repetitionem non denegari ei praesumptionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur.*¹³⁴⁹

Právní domněnky mohou být hmotně právního charakteru (např. domněnka otcovství, domněnka smrti dětí před rodiči, domněnka smrti propuštěnců před patrony atd.) a domněnky procesního charakteru. Příkladem nevyvratitelné domněnky, což je velmi vzácný případ, procesního charakteru je známá věta, že rozsudek má přednost před pravdou (viz zásada *ne bis in eadem re*), a tak např. kdo byl rozsudkem označen za *ingenua*¹³⁵⁰ jím zůstal, i kdyby se objevily skutečnosti prokazující opak a dalším příkladem je situace domněnky konkludentního jednání (žena vyžadovala po dědicích bratra vydání fideicommissu, ti ale tím, že jej nikdy za života po něm nechtěla a naopak mu půjčovala, využili právní domněnku, že se smazáním dluhu souhlasila), což je podle mě přesně ten případ, který dokazuje postupné oslabování ekvity v systému zásady volného hodnocení důkazů.

Nadále jsou rozeznávány fikce jako těžko prokazatelné skutečnosti, které se považují za pravdu v rámci soudního řízení a není možné je vyloučit důkazem opaku. Nesouvisí ale, na rozdíl od domněnek, přímo s konkrétními důkazy a jejich doložení. Příkladem z justiniánského zákonodárství je tak fikce, kterou uvádí J. Vážný¹³⁵¹ v případě, kdy byla sepsána stipulační listina, ve které byly strany uvedeny jako přítomné, pak platí fikce, že mezi stranami byla uzavřena stipulace. S tím, že aby byla tato fikce vyvrácena, bylo by tak maximálně možné dokázat, že jedna ze stran nebyla ten den fyzicky přítomná v obci, což se dá předpokládat, že bylo prakticky nemožné dokázat s přihlédnutím k infrastruktuře Říma. Fikci stipulace také Justinián připouští v případě dotální *actio ex stipulatu*.

Další novinkou v systému zásady volného hodnocení důkazů v období poklasického a justiniánského práva byly otázky, *interrogationes*. Klasické prétorické otázky již samozřejmě neexistovaly a postup u těchto otázek byl velmi obdobný postupu u přísahy. Otázku může položit kterákoli ze stran straně druhé, stejně tak jako u

¹³⁴⁹ Nesmí být odepřeno právo na vymáhání pohledávek, a žádná domněnka smíru tak nemůže být použita mezi nimi, pokud to však není konkrétně dokázáno další stranou.

¹³⁵⁰ Svobodná osoba narozená na svobodě.

¹³⁵¹ Vážný, J.: Římský proces civilní. Str. 106.

přísahy může otázku kterékoli ze stran dát i soudce. Odpůrce už však nemá povinnost odpovédět na otázku před zahájením jednání o věci, jak uvádí Callistratus¹³⁵²:

*Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, quia **nemo cogitur ante iudicium de suo iure aliquid respondere**, ideoque minus frequentantur et in desuetudinem abierunt. sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, quae ab adversa parte expressa fuerint apud iudices vel in hereditatibus vel in aliis rebus, quae in causis vertuntur.*¹³⁵³

Otázky a odpovědi jsou tedy přednášeny až v řízení o samotné věci, a díky tomu se tak stávají i předmětem hodnocení důkazů, i když typickým důkazem nejsou.

¹³⁵² Callistratus D 11,1,1,1.

¹³⁵³ Nechceme však použít dotazující se žaloby v současné době, protože nikdo nemůže být nucen, aby odpověděl cokoli ohledně svého práva před tím, než je soudní řízení zahájeno, a proto jsou žaloby méně používané a padly do zapomnění. Pouze záležitosti, které uvedla protistrana u soudu, mohou být použity jako důkazy žalobci, ať už se vztahují k majetku nebo jiným věcem souvisejícím se soudním řízením (jedná se o interpolaci).

9 Ostatní principy a zásady

Svoji poslední kapitolu jsem se rozhodla věnovat stručnému zmínění dalších zásad, které jsem si na začátku prací nadefinovala, a postupem času mi výsledky mé práce ukázaly, že tyto jednotlivé zásady se obecně dost mísí a potkávají se zásadami velkými a obecnějšími, kterým jsem se věnovala na předchozích stranách své práce. Je však jedna zásada, která byt' nebyla v začátku práce nadefinována, se stále více a častěji začala objevovat, a to zásada procesní ekonomie. Více se jí věnuji v závěru své práce.

Na základě toho, co jsem uvedla v předchozím odstavci, se těmto dalším zásadám věnuji již stručněji a uvádím spíše odkazy k obecnějším zásadám, do kterých zapadají.

Dispoziční zásada

Dispoziční zásada je zásadou dosti důležitou. Její podstata leží ve specifiku římského procesního práva, kdy samotná podstata procesního řízení je soukromoprávní. Myšleno tak, že ten, kdo má hlavní slovo v soudním řízení jsou procesní strany. A magistrát či soudce zde vystupuje v podstatně méně důležité roli, než jak známe jeho roli dnes. O čisté dispoziční zásadě v tomto smyslu můžeme hovořit jak v procesním řízení legisakčním tak v řízení formulovém. Její oslabení však nastává v řízení extraordinárním. A lze tedy de facto říci, že tak, jak vzrůstala moc státního aparátu, byla oslabována dispoziční zásada. Extrémní jsou situace z nejstarších dob římského „práva“, kdy byly sporné situace řešeny pomocí svépomoci a každý měl tedy plnou volnost jednat, jak chtěl, z čehož se právě vyvinula dispoziční zásada. Opačným extrémem naopak je situace z konce vývoje římského práva (resp. jeho přechodu do práva kanonického), kdy stát či církve hrály hlavní roli ve výkonu práva a možnosti volného jednání stran byly velmi výrazně omezeny (převažoval tak princip oficiality).

Projevem dispoziční zásady tak byla stranám daná možnost vzít spor kdykoli zpět. Strany měly kontrolu nad svými právy, a aby toto bylo dodržováno, měl magistrát kontrolu nad právy stran. Dalším projevem je také to, že nikdo nemusí obviňovat sám sebe. Vždyť přeci litiskontestace byla smlouvou mezi stranami. Strany aktivně působily k tomu, co bylo předmětem sporu ve fázi *in iure*, magistrát „pouze“ stvrdil mezi nimi dohodnutou smlouvu. Lze tedy jasně říci, že v právním institutu litiskontestace je

možné naprosto jasně pozorovat dispoziční zásadu římského procesního práva. A stejně tak v řízení *apud iudicem* rozhodčí soudce nemůže udělat nic, co je mimo rámec dohody o rozhodčím (tedy mimo rámec smlouvy – litiskontestace učiněné stranami a schválené magistrátem).

Mírně lze pozorovat dispoziční zásadu i v institutu rukojemství, tedy ve zřízení stipulačního slibu zástupcem žalovaného, že se dostaví k jednání soudu, a pokud by se tak nedostavil, že jej k soudu nechá předvést. Rukojmím (*vades*) je ale v takovou chvíli opět fyzická osoba, která stipulační slib dává dobrovolně.

Že důkaz musí podat žalobce (jak se tomu obsáhle věnuji v kapitole věnované zásadě volného hodnocení důkazů) je také typickým projevem dispoziční zásady. Aby byla zajištěna rovnost stran při jednání, platí, že zamítá se žalobci, co není dovoleno žalovanému. Stejně tak platí, že kdo může žalovat, může tím spíše podávat procesní námítky. Dále mají strany možnost vzájemně se vyzývat k vykonání přísah.

Projevem dispoziční zásady, ale dle mého mínění v silné interakci s principem ekvity, je i známá prastará římská maxima *audiatur et altera pars*.¹³⁵⁴ V souladu s dispoziční zásadou v kombinaci s principem ekvity je i to, že se má se za to, že od sporu odstoupil ten, kdo se ho úplně zřekl, ne však ten, kdo jej odložil. Z toho vyplývá, že byl potřeba výslovný úkon odstupujícího, aby nebyla ani jedna ze stran omezena na svých právech.

Z uvedeného textu k dispoziční zásadě je myslím vidět celkem zřetelně, jak klíčová byla tato zásada pro římské právo, jak jej ovlivňovala a pravděpodobně sesbírat všechny projevy dispoziční zásady v římském právu by snad ani nebylo možné. Vždyť celé římské obligační právo je na ní postaveno. Také si myslím, že klíčové je říci si, kde leží limity dispoziční zásady. O osobně se domnívám, že tyto limity tvoří princip ekvity, který je dispoziční zásadě, jakož i zásadám ostatním, nadřazen. Zároveň ale není v žádném případě možné říci, že by se navzájem tyto dvě klíčové zásady vylučovaly, ba dokonce, že tam, kde končí římská ekvita, začíná dispoziční zásada a naopak.

¹³⁵⁴ Budiž vyslyšena i druhá strana.

Naeminem laedere

Dalším principem odvozeným od ekvity je princip *naeminem laedere*, nikomu neškodit. Je obecným principem práva a jeho hlavní definice je shrnuta v maximě: *Neminem laedit, qui suo iure utitur*.¹³⁵⁵

S principem nikomu neškodit i velmi úzce souvisí Ulpianův výměr spravedlnosti, který složku principu *neminem laedit* obsahuje jako jednu třetinu: *Honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*¹³⁵⁶, kterému se blíže věnuji v první kapitole o *aequitas*, se kterou velmi úzce souvisí.

Princip bezprostřednosti a princip jednoho dne

S ostatními principy logicky souvisí i právní zájem na řádném průběhu procesu bez průtahů. Proto hovoříme o principech bezprostřednosti a de facto falešném principu jednoho dne. Avšak princip bezprostřednosti a jednoho dne rozeznáváme pouze v legisakčním řízení. Princip bezprostřednosti tak slouží k tomu, aby byly všechny argumenty i důkazy vztahující se k danému soudnímu řízení, shromážděny a provedeny co nejdříve, aby byla zajištěna kompletnost a přesvědčivost daného řízení.

Princip bezprostřednosti se však výhradně vztahuje k osobě rozhodčího soudce, který poslouchá argumenty stran a hodnotí provedené důkazy, nikoli však k jeho různým zástupcům určeným pro jednotlivé úkony. A tak E. Metzger¹³⁵⁷ uvádí, že jakékoli zdržení mezi účastí na soudu a vynesením rozsudku je opakem principu bezprostřednosti. S tím, že princip bezprostřednosti je díky své povaze velmi úzce spojen s principem ústnosti (argumentace, řeči jednotlivých stran a zásada volného hodnocení důkazů spočívající ve starších dobách zejména na svědectvích). A dále také platí to, že pokud žalobce řádně neomluví své zmeškání po uplynutí rozumné lhůty, nemá být slyšen. Zásadu bezprostřednosti tak jasně naplňuje požadavek na rekuperátory, kteří museli soudní řízení vykonat během deseti dní, jak píše E. Metzger.¹³⁵⁸

¹³⁵⁵ Nikomu neškodí ten, kdo vykonává svoje právo.

¹³⁵⁶ Ulp. D 1,10,1: pociťvě žít, nikomu neškodit, každému dávat, co mu patří.

¹³⁵⁷ Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure. Str. 9,

¹³⁵⁸ Metzger, E.: A New Outline of the Roman Civil Trial. Str. 75.

A tak například M. Kaser¹³⁵⁹ uvádí, že soudní řízení stojí v období republiky na principu bezprostřednosti a ústnosti.

E. Metzger dále uvádí, že v době republiky bylo běžné, že platilo pravidlo ze zákoníku dvanácti desek, že soudní řízení musí být skončeno před západem slunce *si ambo praesentes, sol ocassus suprema tempestas esto*¹³⁶⁰, tedy princip jednoho dne. A jestli tedy soudní řízení nemůže být skončeno před západem slunce, je třeba, aby se další den začalo od začátku. Výklad tohoto ustanovení byl ale velmi sporný, jelikož pouze na základě tohoto jednoho fragmentu byl tento princip odvozen.

Vyřešení tohoto problému přinesl až nálezní *lex Irnitiana* ve Španělsku v r. 1981, ze které známe šest kapitol z deseti a upravovala zejména výkon soudní moci v provinciích. Každopádně tento nálezní popřel princip jednoho dne, pravidla pro provincie v něm jsou obdobná jako pravidla v samotném Římě a mj. platí, že soudce musí buď rozhodnout, anebo určit datum odročení, jinak je odpovědný za ztrátu procesu, stejně tak nedostaví-li se v určený den¹³⁶¹ (netýká se *iudicia quo imperia continetur*). Trestem pro soudce, pokud tak neučiní, je pokuta. Pokud by soudce den nerozdělil ani nevydal rozhodnutí, je potrestán tím, že přebírá spor jako svůj vlastní.

Pokud je soudní řízení odročeno, použije se fikce jednoho rozděleného soudního dne.¹³⁶² Pokud v době odročení skončí ve funkci úředník, který má řízení na starosti, ničemu to nevádí. Důvodem pro odročení soudního řízení je nemoc, jak udává Ulpianus s odkazem na *Leges duodecim tabularum*¹³⁶³:

*Si quis iudicio se sisti promiserit et valetudine vel tempestate vel vi fluminis prohibitus se sistere non possit, exceptione adiuvatur, nec immerito. cum enim in tali promissione praesentia opus sit, quemadmodum potuit se sistere qui adversa valetudine impeditus est? et ideo etiam lex duodecim tabularum, si iudex vel alteruter ex litigatoribus morbo sontico impediatur, iubet diem iudicii esse diffisum.*¹³⁶⁴

¹³⁵⁹ Réalé, *Zivilprozessrecht*. Str. 8-11 o princepech.

¹³⁶⁰ XII tab. I, 9: jestliže jsou obě strany přítomny, je západ slunce nejpozdějším okamžikem.

¹³⁶¹ *Lex Irnitiana* kapitola 91.

¹³⁶² Str. 102, Metzger, *New Outline*

¹³⁶³ Ulp. D 2,11,2,3.

¹³⁶⁴ Pokud někdo slíbil, že se dostaví k soudu a není schopen tak učinit poté, co mu v tom zabránila nemoc, bouře, nebo silný proud řeky, on za to nemůže, a proto je mu povoleno podat námitku, a přesto že slíbil, že se dostaví, tak jak může tento slib splnit, když je nemocný. A proto Zákoník

E. Metzger¹³⁶⁵ přidává 6 dalších důvodů: smrt, *vadimonium*, *iudicium*, *sacrificium*, *funus familiare*, *ferie denicales*, *magistratus potestas populi Romani*.¹³⁶⁶ Proces je tak rozdělen a fikce trvání jednoho dne je vyjádřena formulí *diem diffindere*.

Princip ústnosti

Jak již jsem uvedla výše, hrál princip ústnosti společně s principem bezprostřednosti velmi důležitou roli v období procesního řízení v období římské republiky. Skoro bych se zde nebála zopakovat svoji myšlenku, kterou jsem uvedla na začátku této kapitoly u dispoziční zásady, a to o nepřímé úměře tohoto principu s vývojem římského práva. V dobách republiky byla ústnost na soudech naprosto samozřejmá, na druhou stranu postupem doby a zejména za období dominátu převážil princip písemného řízení nad principem ústnosti.

Výjimkou v období republiky, kdy byla vyžadována písemná forma, je pak za legisakčního řízení domluvená formule, která byla odsouhlasena v rámci litiskontestace, která pak byla přílohou judikačního rozkazu, což má celkem jasný důvod. A to, že v legislačním řízení nebyly stanovené typové formule, ale rozhodnutí řízení záviselo na přesně vyřčených skutečnostech, a proto pokud by byla prokázána věc, která byla zamýšlena, ale nebyla přednesena či byla přednesena špatně v rámci litiskontestace, nemohla ona mít důležitost pro vydání rozsudku.

Zásada veřejnosti a její omezení za kogničního procesu

S předchozími zásadami (bezprostřednost, ústnost) zřetelně souvisí i zásada veřejnosti. Spočívá v možnosti lidu účastnit se soudního řízení. Za republiky toto bylo bezproblémově zajištěno tím, že klasická soukromoprávní řízení se odehrávala na fóru a složité trestní případy soudila lidová shromáždění, která vykonávala vůli lidu římského. Žalobu před lidovým soudem (veřejné soudnictví) přednášel úředník.

Zásada veřejnosti byla omezena za kogničního procesu, kdy se konání soudních řízení přeneslo před císařské úředníky do jejich kanceláří či později také do basilik.

dvanácti desek přímo říká: „Pokud je soudci, nebo jedné ze stran bráněno dostavit se k soudu z důvodu těžké nemoci, den soudu bude odložen“.

¹³⁶⁵ D 42.1.60. Str. 97.

¹³⁶⁶ Metzger 119-122.

Svrchovanost lidu

To, co jsem již několikrát zmínila jako specifikum římského práva, tedy jeho „soukromoprávní“ charakter spočívající v důrazu na vůli stran, tedy na regulaci soukromoprávní spíše než veřejnoprávní (na tu jen ve velmi závažných případech) po většinu existence římské říše, vychází z *condicio sine qua non*, kterou je římský lid. Vždyť pokud uvážím motto římské republiky, které je i dnes v Římě všudypřítomné SPQR, je zřejmé, že hlavním nositelem moci je lid. To jasně dosvědčuje vyhnání králů v r. 510 př. n. l. a vznik existence republiky, méně už však formální existence některých úřadů a institutů v době principátu a dominátu, kdy byla moc soustředěna primárně do rukou princeps, tedy prvního mezi vyvolenými.

Svrchovanost lidu se projevovala v mnoha ohledech, a proto je zde pouze uvádím bez bližšího výkladu, jelikož o každém z nich by se dalo jistě napsat mnoho a množství z aspektů již je v textu zmíněno. Platilo, a to zejména z počátku republiky, že bylo lidu dovoleno zabít tyrana; projevem svrchovanosti lidu je samozřejmě také princip provokace a z něj rodící se apelace, soudci byli vybíráni z alb stranami sporu, přičemž obě se musely na osobě soudce shodnout, a tak byla uplatněna svrchovanost lidu. Projevem svrchovanosti lidu bylo i to, že nepřítomnost toho, kdo se nedostavil k soudu z důvodu státního zájmu, nesmí být na škodu ani nepřítomnému, ani straně druhé a že nikdo nemusí obviňovat sám sebe. Dále platí, že se trestají činy, výroky, písemnosti či rady a že trestní případ nijak předem nerozhoduje o případu civilním. Přes to ale platí, že strany přednesou jen skutkový základ, soud je povinen nalézt právní řešení

Vim vi repellere licet

Se zásadou svrchovanosti římského lidu souvisí i známá maxima, že násilí se děje jen těm, kteří chtějí. Jak uvádí Paulus je¹³⁶⁷: *vim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt*¹³⁶⁸ a další maxima *vim vi repellere omnia iura clamant*.¹³⁶⁹

¹³⁶⁷ Paulus D 9,2,45,4.

¹³⁶⁸ Všechny zákony a všechna práva dovolují, aby se násilí zahánělo násilím.

¹³⁶⁹ Každé právo prohlašuje, že násilí lze zahánět násilím.

Temporalita, promlčení, časové aspekty

Myšlenka časového omezení spočívala na dvou hlavních aspektech, a to za prvé, že je v zájmu státu, aby soudní spory končily a za druhé bylo třeba šetřit práva osob, a proto bylo nutné stanovit určité lhůty. První časové omezení soudního řízení lze spatřovat v dělení na *iudicium legitimum* a *iudicium quod imperio continentur*, dále je třeba také vzít v potaz dělení žalob, které spočívaly v časovém aspektu, a žaloby se tak dělily na *actiones peremptoriae* a *actiones tempovalis*. Zde jde tedy zejména o omezení doby pro konání soudního řízení a žalovatelnosti.

Dalším logickým krokem v čase byl vznik institutu promlčení, jehož předchůdcem byl provinční institut *longi temporis praescriptio*.¹³⁷⁰ Samotný institut promlčení tak byl zaveden r. 424 n. l. konstitucí císařů Honoria a Theodosia II.

Otázkou času jsou principy, že *lex posteriori derogat lex priori*¹³⁷¹ a kdo dává dříve, dává více. Tomu, kdo není schopen žalovat, neběží promlčecí lhůta. Dále platilo, že poenální žaloby z deliktů nelze použít proti dědicům, což uvádí Instituce¹³⁷²:

*est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem non competere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae.*¹³⁷³

a po uplynutí rozumné lhůty žalobce nemá být slyšen, pokud neomluví řádně své zmeškání.

Zásada bezplatnosti civilního procesu

V nejstarších dobách platila přísně zásada bezplatnosti procesního řízení. Postupem doby, jak se řízení profesionalizovalo, se toto měnilo, ale velmi pomalu. Zpoplatnění např. pomoci advokátů či patronů bylo zaváděno až v císařství. Zásadu bezplatnosti civilního procesu však nepopírají pokuty uložené na základě soudního rozhodnutí (více v kapitole o pekuniární kondemnaci). V dobách, kdy bylo řízení

¹³⁷⁰ Možnost dlouholetého držitele bránit se vlastníkově reivindikací obranou. To však znamenalo původně jen zánik žaloby bývalého vlastníka. Později ale, a to již dávno před Justiniánem, bylo spojeno s dlouholetou, vlastníkem nepřetrženou držbou přímo nabytí vlastnictví.

¹³⁷¹ Zákon novější ruší zákon starší.

¹³⁷² I 4,12,1, druhá věta fragmentu.

¹³⁷³ Existuje totiž celkem nesporné právní pravidlo, že poenální žaloby z deliktů nelze použít proti dědicům, jako například žalobu z krádeže, z loupeže, z urážky, nebo z protiprávního poškození věci.

zpoplatňováno, existovali i obhájci chudých. Zásadu bezplatnosti také nenarušuje podstata legisakčního řízení *per sacramentum*, tedy kde *sacramentum* představovalo „vsazenou“ částku, o kterou se vedl spor jako o hodnotu sporu.

Císařem Caligulou byl zaveden poplatek za vedení soudních sporů ve výši 2,5%, ale praxe byla nejednotná a proměnlivá. Proto teprve až za dominátu byly zavedeny pravidelné soudní poplatky.

Zásada projednací

Zásada projednací se velmi blíží zásadám dispozičním a ostatním zásadám uvedeným v mé práci, přesto si myslím, že je vhodné ji i zde uvést. Zásada projednací spočívala v oddělení jurisdikce, litiskontestace i judikace. Věci byly projednávány na základě aktivního jednání stran, což se změnilo za řízení kogničního, kdy byla zavedena předvolací zásada.

Soukromý proces mohl vyvolat pouze poškozený, prvnímu jednání před prétozem musel být osobně přítomen i obžalovaný dle zákoníku dvanácti desek, k čemuž sloužil institut *in ius vocatio*.¹³⁷⁴ K soudu nemohli být v žádném případě předvoláni *infantes*, proti své vůli nemohli být předvoláni ani magistráti s imperiem a plibuni trebis.

V jednom procesu má být projednána pouze jedna otázka (tím byla vyloučena v legisakčním režimu excepcie) a platil zákaz otroků vystupovat na soudech. Průtah, nutně spojený s vedením procesu, nesmí být žalobci na škodu, jak uvádí O. Sommer.¹³⁷⁵ A platí zásada, že procesní jednání je zůstaveno stranám, magistrát jej pouze autorizuje.¹³⁷⁶ Platí princip slyšení obou stran a soudní řízení je smlouvou (litiskontestace), tedy je konáno a ukončeno z vůle lidu (svrchovanost lidu). S tím, že všechny tyto zásady naplňuje fakt, že spory mezi občany mají být zásadně rozhodovány spoluobčanem, a to až do kogničního řízení. Říkáme, že žaloval ten, kdo nařkl ze zločinu a dokázal, že případ byl projednán až do vynesení rozsudku a nepodá-li žalobce

¹³⁷⁴ Předvolání na soud.

¹³⁷⁵ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 55.

¹³⁷⁶ Sommer. Str. 69.

důkazy, žalovaný se osvobozuje¹³⁷⁷ a dále, že žalobce musí na soud přijít lépe připravený než žalovaný. To proto, že on nese povinnost důkazního břemene.

Do zásady projednací lze shrnout i otázky přítomnosti či obrany. Povinnost osobní defense totiž platila pouze v případech osobních žalob, nikoli žalob věcných. Za nepřítomného musíme považovat toho, kdo není na tom místě, kde je žalován ("*absentem*" *accipere debemus eum, qui non est eo loci, in quo loco petitur*¹³⁷⁸) a nepřítomnost toho, kdo se nedostavil z důvodu státního zájmu, nesmí být na škodu ani nepřítomnému, ani tomu druhému (*Absentia eius, qui rei publicae causa abest, neque ei neque alii damnosa esse debet*¹³⁷⁹). Dále platí, že nadměrná záruka není na škodu a že opakovaný trestný čin je těžší.

V rámci zásady projednací lze spatřovat i princip kontradiktornosti, který spočívá v tom, že každá ze stran je vyslyšena, přednáší své argumenty a provádí důkazy prokazující její pravdu. Se zásadou projednací je i velmi úzce propojen princip žalovatelnosti.

Zásada projednací tvoří otevřenost římského procesního práva, kdy strany měly právo vznést téměř jakékoli argumenty i důkazy, soud je musel hodnotit a soud musel vyřešit právní stránku sporu. Pod zásadu projednací lze tedy zařadit mnohé z toho, co již bylo uvedeno v předchozích zásadách či kapitolách, a vyplývá tak z výše uvedeného textu.

Noxalita

O hlavních principech noxality jsem se taky již zmínila v předchozích kapitolách. Podstatou noxálního vztahu je ručení pána, patrona za činy osoby či věci jemu podřízené. Osoba cizího práva (*persona alieni iuris*), tedy osoba podřízená – syn či otrok, svým jednáním zavazovala majitele peculia (adjektické žaloby). Adjektické žaloby byly podle L. Obrovské¹³⁸⁰ zavedeny do římského práva ve druhém st. př. n. l., a to činností prétora a jejich hlavní podstatou bylo, že se jedná o žaloby proti majiteli rodinné moci či majiteli živnosti, kteří ručí věřitelům jako spoludlužníci za závazky jim

¹³⁷⁷ K tomu se vztahuje konstituce C 4,19,23, která je uvedena výše v kapitole věnující se zásadě volného hodnocení důkazů.

¹³⁷⁸ Ulp. D 50,16,199.

¹³⁷⁹ Ulp. D 50,17,140.

¹³⁸⁰ Str. 48 *Actiones adiectae qualitatis ...* in Sborník *Actiones, conditiones, exceptiones*

podřízených osob. Podstatné je to, že majitel moci je vnímán jako vedlejší dlužník, nikoli jako osoba přímo zavázaná. Úkolem soudce tedy bylo zjistit v takovém případě, kolik dluží hlavní dlužník (otrok či syn), a pak přisoudit k uhrazení tuto částku majiteli moci. Podle článku L. Obrovské¹³⁸¹ rozeznáváme čtyři druhy těchto adjektických žalob:

- a) *actio de peculio*: pán ručí za závazky otroka do výše jemu poskytnutého peculia, již poskytnutí peculia je považováno za souhlas pána se závazky otroka v rámci peculia;
- b) *actio de in rem verso*¹³⁸²: žaloba je podobná žalobě předchozí (o tom svědčí, že Gaius o nich mluví ve stejném fragmentu¹³⁸³ a stejně tak v Institucích¹³⁸⁴ jsou uvedeny na stejném místě), ale pán je vázán pouze do výše hodnoty majetku, kterou získal jako prospěch z peculia;
- c) *actio institoria*¹³⁸⁵ a *actio exercitoria*¹³⁸⁶: speciální žaloby, proti jakékoli osobě, která byla určena za zástupce popř. kapitána lodi, nezáleželo na tom, zda osoba byla svobodná, byl to muž či žena, či osoba byla otrokem;
- d) *actio tributoria*¹³⁸⁷: díky této žalobě má pán jako věřitel právo přednostně si započíst pohledávku vůči dlužníkovi, držiteli jeho *peculia*, tedy de facto vůči svému majetku.

Dále však platilo, že klient a pán nemohli svědčit proti sobě. Postavení patrona a jeho osoby podřízené bylo takové, že ta by měla obdržet ochranu i právní radu od svého patrona. Ale na druhou stranu zločin či potrestání otce nemůže poskvřnit syna, a tedy zločiny rodičů nejsou na škodu dětem. Platí také to, že poenální žaloby z deliktů se proti dědicům pachatelů neposkytují. Výjimkou byla možnost otroka podat na pána žalobu v případě znásilnění či incestu, jak uvádí J. Kincl.¹³⁸⁸

¹³⁸¹ Str. 49,50,51,55 *Actiones adiectae qualitatis ...* in Sborník *Actiones, conditiones, exceptiones*

¹³⁸² Pokud na majitele moci byl převeden prospěch, který získala osoba jemu podřízená, může být kvůli němu žalován on touto žalobou.

¹³⁸³ Gai. Inst. 4,74a.

¹³⁸⁴ I 4,7,4 a 4 a.

¹³⁸⁵ Žaloba ze závazků majitele živnosti.

¹³⁸⁶ Žaloba proti rejdaři.

¹³⁸⁷ Žaloba z rozdělení.

¹³⁸⁸ Velké soud. proc. Str. 66

Dle Digest platí vázanost konáním otroka či syna otce rodiny i přes výslovný zákaz, jak uvádí Iulianus¹³⁸⁹:

*Servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit, nihilo minus obligat domino promissorem.*¹³⁹⁰

Dle O. Sommera jde o „surrogat“ tedy podřízení přímému zastoupení. Vzhledem k společenskému postavení římských občanů a otroků platilo, že otrok může situaci svého pána pouze zlepšit, jak uvádí Gaius¹³⁹¹: *Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest*,¹³⁹² ale výjimky z této zásady již platily za republiky. Neexistuje žaloba, pokud otrok spáchá delikt vůči svému pánovi a otrok nemůže zásadně svědčit proti svému pánovi, jelikož při deliktu otroka vůči pánovi nevzniká žádný závazek, což dokladují Instituce¹³⁹³:

*Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur: namque inter dominum et eum qui in eius potestate est nulla obligatio nasci potest. ideoque et si in alienam potestatem servus pervenerit aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo cuius nunc in potestate sit, agi potest.*¹³⁹⁴

Soudce, soudní příslušnost, rozsudek

Existuje mnoho zásad a principů, které se vztahují k osobě soudce, k soudní příslušnosti či k samotnému rozsudku, a proto, že mnohé z nich mají mnoho dalších souvislostí a již byly několikrát uvedeny, uvádím zde pouze jejich příkladný výčet.

¹³⁸⁹ Iulianus D 45,1,62.

¹³⁹⁰ Jestliže otrok, i přesto že mu to zakázal jeho pán, slíbí, že zaplatí určitou částku jinému, bude stále odpovědný svému pánovi.

¹³⁹¹ Gaius D 50,17,133.

¹³⁹² Naše podmínky mohou být našimi otroky zlepšeny, ale nemohou jimi být zhoršeny.

¹³⁹³ I 4,8,6, první část fragmentu.

¹³⁹⁴ Žaloba není, když otrok spáchá delikt namířený proti pánovi, mezi pánem a tím, kdo je jeho moci podřízen, totiž nemůže vzniknout žádný závazek. Proto, pokud se později otrok dostane pod moc jiného, nebo bude propuštěn na svobodu, nelze žalovat jeho samotného ani toho, komu je podřízen.

Zásadní zásadou bylo, že nikdo nemůže být soudcem ve své věci, což jednoznačně dokládá konstituce¹³⁹⁵:

*Generalis lege decernimus nemines sibi esse iudicem vel ius sibi dimere debere.*¹³⁹⁶

Avšak otcovská moc nevalila, a tedy otec mohl soudit svého syna, jak uvádí Africanus¹³⁹⁷:

*In privatis negotiis pater filium vel filius patrem iudicem habere potest.*¹³⁹⁸

Pokud žalobce a žalovaný žádali souhlasně způsobilou osobu za soudce, byla jim zásadně povolena a magistrát se nemůže sám jmenovat za porotce.

Přes to, že soudní řízení bylo odvozováno ze svrchovanosti lidu, platilo, že soudce není stranou v procesu a byl by tedy pokutován žalobce, pokud by vynesl rozsudek ve vlastním sporu a tak jak jsem uvedla výše u zásad bezprostřednosti soudce, který se nedostaví k vynesení rozsudku, přesunuje na sebe ztrátu procesu, která postihne žalobce a soudce má po poledni rozhodnout ve prospěch strany, která se dostaví.

V kombinaci s dispoziční zásadou platí i to, že soudce musí žalovaného z úřední povinnosti osvobodit, pokud uspokojí žalobce před vynesením rozsudku a soudce, který způsobil škodu, je povinen ji spravedlivě nahradit. Dále platí, že nemůže být soudcem ten, kdo byl odsouzen pro veřejný trestný čin a další osoby, které nemohou být soudcem jako např. osoby v bankrotu, osoby, které postihla *infamia*, gladiátoři, prostitutí, kuplíři a degradovaní pro vojenské přestupky (platí to jak pro místní senáty, ale pro římský pořádek obdobně), v pramenech byla připuštěna a zmíněna i možnost odnětí funkce soudce senátora za přestupky.

Platilo také to, že brzy bude litovat, kdo rychle soudí a o odpovědnosti za úmyslně špatně vyneseny rozsudek (*litem suam facere*) již bylo pojednáno výše (*Iudex*

¹³⁹⁵ C 3,5,1, císaři Valenc, Gratian a Valentinianus, vydáno 1. prosince r. 376 a obdobně další fragmenty: D 5,1,17, D 4,8,51, D 1,14,4, D 1,18,5, D 26,5,4.

¹³⁹⁶ Tímto obecným zákonem nařizujeme, že nikdo nesmí být sám sobě soudcem nebo sobě stanovit právo.

¹³⁹⁷ Africanus D 5,1,77.

¹³⁹⁸ V soukromých záležitostech otec může vystupovat jako soudce, i když má jeho syn zájem na daném případě atd.

*tunc suam litem facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam diorit*¹³⁹⁹). V souvislosti s osobou soudce je také vhodné připomenout zásadu, že pro dobrého soudce platí důkazy více než svědkové.

Rozhodčím soudcem mezi spornými stranami je ten, kdo mezi nimi přebírá úlohu soudce. A i kdyby se rozhodčí soudce při vynesení rozsudku zmýlil, nemůže jej napravit, jak uvádí Proculus¹⁴⁰⁰:

*Sive aequum, sive inaequum, parere debemus*¹⁴⁰¹,

nápravu lze zřídit žádostí o *restitutio in integrum* či apelací. Rozhodčí nemůže udělat nic, co je mimo rámec dohody o rozhodčím, což zřejmě vyplývá z podstaty litiskontestace jako soukromoprávní smlouvy potvrzené magistrátem.

A jak jsem popsala v kapitole věnující se zásadě volného hodnocení důkazů, platí, že rozsudek rozhodčího je rozhodnutí poctivého muže podle zásad spravedlnosti a dobra (*Iudex aequitatem prae oculis semper habere debet*).¹⁴⁰² Dobrý soudce má tedy rozšiřovat spravedlnost a vést spory ke konci, aby se z konce jednoho soudního řízení nerodilo další. Dobrý soudce posoudí podle zásad spravedlnosti a dobroty a spravedlnosti dává přednost před přísným právem (viz *iudicia bonae fidei*), dobrý soudce však podle různých osob a různých případů rozhoduje různě.¹⁴⁰³ Stejně tak má soudce dbát na to, aby nerozhodl moc přísně ani moc mírně, jak uvádí Marcianus¹⁴⁰⁴:

*Perspiciendum est iudicanti, ne quid aut durius aut remissius constitutatur, quam causa deposcit.*¹⁴⁰⁵

Kdo může odsoudit, má také pravomoc osvobodit. Soudce má tak právo vynést rozsudek odsuzující či osvobozující.

¹³⁹⁹ Ulp. D. 5,1,15,1: viz zásada pekuniární kondemnice.

¹⁴⁰⁰ Proc. D 17,2,76.

¹⁴⁰¹ Musíme poslechnout /výroku rozhodčího/, ať je spravedlivé či nespravedlivé.

¹⁴⁰² Soudce musí mít vždy před očima spravedlnost.

¹⁴⁰³ K tomu Cel. D 6,1,38: viz zásada volného hodnocení důkazů.

¹⁴⁰⁴ Marc. D 48,19,11 pr., začátek.

¹⁴⁰⁵ Soudce má dbát na to, aby nerozhodl ani přísněji ani mírněji, než vyžaduje daný případ.

Se zásadou místní příslušnosti soudů působí to, že soudce, který působí mimo svůj obvod, netřeba poslouchat.

Zásady, které se týkají rozsudku

Tak jak jsem uvedla název podkapitoly kolem rozsudku, je tím myšleno mnoho dílčích zásad či maxim, které se pohybují kolem soudního rozhodnutí a většina z nich je zmíněna i na dalších místech. Proto opět uvádím příkladný výčet těchto.

Již na mnoha místech jsem uvedla zásadu, že rozhodnutá věc se přijímá za pravdivou. Rozsudek mezi stranami nesmí třetím škodit ani být ku prospěchu, týká se totiž pouze žalobce a žalovaného a je rozhodnutím jejich sporu. Vůči třetím stranám působí velmi výjimečně, a to pouze když to je potřeba z hlediska přímé souvislosti s předmětem sporu.

Jestliže se někdo přizná, považuje se rovnou za odsouzeného (*confessio pro iudicato habetur*) a není třeba dále v řízení pokračovat. Jelikož ten, kdo uzná žalobní nárok, se považuje za odsouzeného z toho důvodu, že se jaksí vlastním výrokem odsuzuje.

Rozsudek zní na odsouzení či osvobození. Jestliže již žalovaný uspokojí žalobce před okamžikem litiskontestace, bude žalovaný osvobozen. To je smyslem zásady *omnia iudicia sunt absolutoria* jak uvádí O. Sommer¹⁴⁰⁶ s tím tedy, že při *actiones arbitrariae* osvobození nastává přímo z formule, u ostatních žalob byl tento princip prosazen Sabiniány¹⁴⁰⁷, jak uvádí Gaius ve čtvrté knize, sto čtrnáctém fragmentu.¹⁴⁰⁸

O. Sommer¹⁴⁰⁹ ještě poukazuje na zajímavý zákaz vydaný ediktem císaře Augusta *de rebus litigiosis*, podle kterého byl povinen zaplatit fisku pokutu ten, kdo vědomě koupil od člověka, který neprávem držel cizí věc, která byla předmětem zahájeného soudního řízení (*res litigiosa*). Právoplatný rozsudek tvoří nezměnitelný základ právního poměru mezi stranami. Vedlejší pachatel sleduje osud pachatele hlavního.

¹⁴⁰⁶ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl Str. 55.

¹⁴⁰⁷ Právní škola Sabiniánů vznikla za císaře Augusta kolem stoupenců konzervativnějšího přístupu k právu na rozdíl od progresivnějších Prokuliánů. Založil ji Ateius Capito a postupem času myšlenky obou škol splynuly.

¹⁴⁰⁸ Fragment uveden a přeložen v kapitole bona fides.

¹⁴⁰⁹ Sommer, O.: Učebnice soukromého práva římského. I. díl. Str. 56.

Proti věci rozsouzené se nepřijímá žádné podání, výjimkou je výklad o provokaci a odvolání. Prétor nerozsuzuje záležitosti svědomí (nejsou způsobilým předmětem sporu) a platí, že stejné případy je třeba rozsuzovat stejně, což je zcela jasným naplněním římské ekvity. Stejně tak platí, že právo těch, kdo jsou nepřítomni v dobré víře, se neruší.

Soudní příslušnost

V rámci soudní příslušnosti je možné spatřovat také procesněprávní zásady či principy. Zde se je pouze pokusím naznačit. Platí, že žalobce následuje žalovaného na jeho soud a slavná latinská maxima *Roma communis nostra patria est*.¹⁴¹⁰ Soudní pravomoc byla místně dělena mezi pravomoc soudu hlavního města, pravomoc soudů od prvního milníku od města Říma a na soudy provinční. Příslušnost soudu se obvykle určovala podle bydliště žalovaného a existovala zásada, že stranám příslušelo právo, zda si vyberou samostatného soudce či *recuperatores* (půjde zejména o proces mimo Řím).

Prétor mohl působit jak doma, tak mimo (úřadování *domi vs. militae*) a podle Digest platilo, že prétor mohl vynést svůj rozsudek kdekoli. Tato věta je ale sporná, jelikož na jiných místech v literatuře lze najít, že pokud je prétor zcela mimo místo své jurisdikce, jsou jeho rozhodnutí neplatná. To potvrzuje i věta, že soudce, který působí mimo svůj obvod, netřeba poslouchat. Což bylo stále více a více aktuálnější v souvislosti s územním rozmachem Říma.

V rámci trestního procesu soudili duumviri (viz případy uvedené v kapitole k provokaci), tribuni, aedilové, quaestorové či lidová shromáždění, následně byly zřízeny zvláštní poroty *quaestiones*. Každý musí podléhat tomu právu, kde se provinil. Římský občan nesmí být na římském teritoriu trvale zotročen, trvalá ztráta svobody se objevila jako trest až za císařství.

Strany a jejich zastupování, legitimace procesních zástupců

Ohledně procesních stran a jejich zastupování lze nalézt také mnoho principů. Zásadním principem je, že kde není žalobce, není soudce. Tak jak jsem již mnohokrát

¹⁴¹⁰ Římská obec je naší vlastí.

uvedla žalobce a žalovaný musí být rozdílnou stranou a ve sporu mohou být pouze dvě strany. To potvrzuje Gaius¹⁴¹¹:

*diuersae scholae auctores, quamdiu in mea potestate sit, quiescere actionem putant, quia ipse mecum agere non possum.*¹⁴¹²

Sdružení na jedné ze stran se nazývá *litis consortes*.

Vrchní magistrátové v době, kdy měli *imperium*, nesměli žalovat za sebe ani své poručenče, a proto, aby magistrát nevymýšlel nová účelová nevýhodná či nerozmyšlená pravidla platila zásada, že pokud magistrát vznesl nové pravidlo, má být při obdobném řízení použito i proti němu a úplně stejné platilo i pro stranu, která by si takové nové pravidlo vymohla.

Prostřednictvím cizích osob nebylo možné nabývat věci (*per extraneam personam non adquiritur*) a bylo zakázáno zákonem, aby se mohlo žalovat cizím jménem (*nemo alieno nomine legere potest*)¹⁴¹³. Stejná osoba nemohla být stranou i předmětem sporu zároveň, výjimky z toho však tvořily *agere pro libertate*¹⁴¹⁴ a *pro tutela*¹⁴¹⁵, *pro populo*¹⁴¹⁶ a *ex lege Hostilia*.¹⁴¹⁷ a jak praví L. Heyrovský¹⁴¹⁸, tak k člověku, o jehož svobodu se vedl právní spor a *lis* byla *ordinata*, mělo se až do konce hledět jako k svobodnému.

Procesního zastoupení se týká zásada, že nikdo není považován za schopného žalobce v cizí věci, aniž by poskytl záruku (*Procurator vero si in rem agebat, satisdare*

¹⁴¹¹ Gai. Inst. 4,78. Dílčí část věty ke konci fragmentu. Obdobně Pomponius D 17,2,6.

¹⁴¹² Stoupenci druhé školy se domnívají, že dokud je v mé pravomoci, je žaloba nepoužitelná, protože sám sebe žalovat nemohu.

¹⁴¹³ Nikdo za nikoho jiného žalovat nemůže, k tomu Gai. Inst. 2,95, Gai. Inst. 3,103, D 50,17,123 pr., a I 4,10.

¹⁴¹⁴ Žalovat na svobodu.

¹⁴¹⁵ Žalovat z titulu poručnictví.

¹⁴¹⁶ Žalovat ve jménu lidu.

¹⁴¹⁷ Žalovat podle Hostiliova zákona z krádeže za osoby, které byly v zajetí, nepřítomny z důvodu státních záležitostí či byly v poručenství žalované osoby.

¹⁴¹⁸ Heyrovský, L.: Římský civilní proces. Str. 263.

*iubeatur ratam rem dominum habiturum*¹⁴¹⁹) a že omyl advokátů není a nemůže být na škodu těm, kdo vedou spor, zároveň platí, že ten, kdo je povolán ke sporu druhého, je povinen přijít.

¹⁴¹⁹ I 4,11 pr. (uprostřed): Pokud žaluje věcnou žalobou zástupce, bude vyzván k poskytnutí záruky, že vlastník schválí vedení sporu.

10 Závěr

V úvodu své práce jsem si vytyčila předložit přehled zásad a principů římského práva v ucelené formě, a to takovým způsobem, při kterém budou výrazně akcentovány právě paralely mezi jednotlivými principy a zásadami.

První kapitola sice předkládá objemný soubor informací, ale jedná se o základ, který obsahuje to nejzásadnější. Nejzásadnější zásada či chcete-li princip, je *aequitas*. Ve výsledku se tato zásada prolíná celou prací. V každé další kapitole, v každé další zásadě či principu lze spatřit snahu o tuto „spravedlnost“. Až v pozdních obdobích Říma lze z literárních pramenů rozpoznat náznak odklonu od této „směrnice“, což v důsledku může být částečně přičteno i mnohdy zmiňovanému úpadku tehdejší společnosti. *Aequitas* je ale dobře zavedený pojem a tato spojnice nikoho nepřekvapí. Stejně tak nemá smysl více upozorňovat na další známé paralely mezi zásadami, které již byly popsány jinde a kterých si čtenáři nepochybně všimli (dobrá víra, defensní povinnost, pekuniární kondemnace, atd.). Je zde však jedna spojnice, na kterou bych ještě jednou ráda upozornila.

Jedná se o princip / zásadu / nebo spíše ustálené spojení „*procesní ekonomie*“. Tato spojnice je obvykle zmiňována v souvislosti s naším dnešním právem, ale jen velmi zřídka kdy je uváděna v souvislosti s římským právním systémem. Dokonce lze tvrdit, že v relevantních literárních pramenech prakticky tato zásada zmiňována není.

Přesto je možné tuto zásadu / princip spatřit ve většině uvedených principů a zásad. Proto považuji za důležité toto spojení skutečně ustálit. Jako shrnutí a doklad tohoto tvrzení bych ráda uvedla následující příklady:

- V kapitole o *aequitas* se pozastavuji u toho, že rozhodnutí vydané ve prospěch svobody ve sporu o svobodu nemůže být zrušeno bez odvolání ani dokonce z důvodu obrany nezletilce, a tedy pokud by se někdo stal svobodným římským občanem a byla by mu znovu svoboda odebrána na základě nového soudního řízení, byl by tím narušen nejen morální princip, ale i majetkové a společenské vztahy.
- A dále na mnoha místech v mé práci lze vidět, že v případě, kdy se někdo nedostaví k soudnímu řízení ať už jako svědek či žalovaný, protože vyřizuje státní záležitosti, nemůže mu to jít k tíži. Pokud by tedy byl vydán rozsudek pro

zmeškání proti němu, muži veškerého věku mají právo žádat nový proces z důvodu zmeškání, jestliže prokáží, že meškali z dobrého důvodu. Jelikož vydaný rozsudek obvykle zásadně ovlivňoval majetkové poměry odsouzeného, lze i v tomto spatřovat princip procesní ekonomie.

- V rámci kapitoly věnující se zásadě volného hodnocení důkazů jsem psala o tom, že za justiniánského práva bylo podstatně více věcí než dříve označeno za domněnky. Dříve tak bylo mnoho z těchto domněnek prošetřováno. Jelikož ale domněnky mohly být vyvráceny důkazem opaku, a tak existovala možnost opravit chyby, byl nepochybně tento postup rychlejší i praktičtější. Zde se jedná o celkem jasný projev principu procesní ekonomie.
- Velký důraz je rovněž kladen na aspekt, že rozsudek tvoří nezměnitelné rozhodnutí právního vztahu stran, čemuž zcela nepochybně předchází princip procesní ekonomie, tedy zafixování majetkových poměrů.
- Dále jsem v kapitole věnující se nezměnitelnosti soudního rozhodnutí (*ne be in eadem re*) upozorňovala i na projev principu procesní ekonomie, který spočíval v tom, že v případě sporu o určitou věc mohl ten, kdo vyhrál spor o dílčí část dané věci, odrazit pozdější žalobu námitkou, (viz Gaius D 44,2,15).
- A jako poslední projev procesní ekonomie, který bych chtěla na tomto místě uvést, je situace provokace, kdy pokud uvážím, že na lidovém shromáždění se sešli občané, bylo by z hlediska principu procesní ekonomie jistě žádoucí, aby odvolací soudní řízení před lidovým shromážděním skončilo v jednom dni.

Výše uvedené příklady považuji za natolik zřejmé, že považuji za důležité tento nosný princip jednoznačně a trvale definovat i pro obor římského práva.

Sice by mohla zaznít námitka, že tato zásada „procesní ekonomie je pouze součástí některého (či některých) obecných principů či zásad. Skutečnou otázkou by ale v takovém případě bylo „kterých principů je součástí?“

K zodpovězení této otázky je třeba se vrátit k výše uvedeným situacím, které na existenci procesní ekonomie jako zásady poukazují. Ze spektra uvedených případů je zřejmé, že myšlenka „procesní ekonomie“ se prolíná napříč hlavními zásadami a principy. Proto si zde dovoluji tvrdit, že se nejedná o součást jiné zásady / principu, ale

o další paralelní zásadu či princip, která se může svou významností rovnat těm nejhlavnějším.

Vzhledem k tomu, že (jak vyplývá z textu) je celý systém římského práva značně prakticky orientován, byl tento princip (praktické povahy) natolik přirozeným a celospolečensky vnímaným principem, že nebylo třeba jej nějak zdůrazňovat. A to dokonce ani v pozdních obdobích, kdy bylo mnoho zásad rozpracováno a písemně podchyceno. Zmiňované období, někdy popisované jako období úpadku, bylo hnáno opět ekonomickou silou (byť uznávám, zcela jiným směrem, než v prvních počátcích Říma). Přesto společnost ekonomický faktor chápala jako cosi přirozeného.

A myslím, že z uvedených příkladů je zřejmé, že „něco“ jako **princip procesní ekonomie** existoval. Jelikož se ale v celé své práci snažím ukázat, že základní principy a zásady římského procesu nebyly Římany jasně definovány a vychází zejména z kazuistické povahy římského práva, není zde ani potřeba princip procesní ekonomie kamkoli přiřazovat.

V závěru své práce, na podkladu přehledu principů a zásad, předkládám derivovaný další princip. Na jeho příkladu je velmi dobře vidět, že okruh zásad a principů římského práva není striktně omezen. Posoudit vhodnost stabilního zavedení pojmu „procesní ekonomie“ do oblasti římského práva přísluší jiným. Já však pevně věřím, že má práce mírně napomůže otevřít další ze směrů, ve kterém je možno se v oboru římského práva „pohybovat“.

Seznam použité literatury

Monografie

- [1] ABDY, J. T., WALKER, B.: *The commentaries of Gaius*. Cambridge, University Press, 1870, 372 s.
- [2] ADAM, A.: *A compendious dictionary of the Latin tongue: for the use of public: for the use of public seminaries, and of private students*. Edinburgh, C. Stewart, 1805, 911 s.
- [3] ARISTOTELES (přeložil A. Kříž): *Metafysika*. Praha, Jan Laichter, 1946, 498 s.
- [4] ARNDTS, C. L.: *Učební kniha Pandekt, I. díl*. Praha, Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, 361 s. ISBN 978-80-7357-517-5.
- [5] ARNDTS, C. L.: *Učební kniha Pandekt, II. díl*. Praha, Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, 370 s. ISBN 978-80-7357-517-5.
- [6] ARNDTS, C. L.: *Učební kniha Pandekt, III. díl*. Praha, Wolters Kluwer ČR, a.s., 2010, 353 s. ISBN 978-80-7357-517-5.
- [7] BARREIRO, A. F.: *Annaeus: Anales de la tradición romanística*. Madrid, Annaeus, 2007. ISSN 1699-7301.
- [8] BARTOŠEK, M.: *Dějiny římského práva ve třech fázích jeho vývoje*. Praha, Akademia, 1988, 302 s.
- [9] BARTOŠEK, M.: *Verrinae, význam Ciceronových řečí proti Verrovi pro základní problémy státu a práva*. Praha, Univerzita Karlova Praha, 1977, 234 s.
- [10] BERGER, A.: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia, The American Philosophical Society, 1991 (reprinted), 808 s. ISBN 0-87169-435-2.
- [11] BLAHO, P., SKŘEJPEK, M.: *Justiniánské instituce*. Praha, Univerzita Karlova v Praze, nakladatelství Karolinum, 2010, 411 s. ISBN 978-80-246-1749-7.
- [12] BLAHO, P., VAŇKOVÁ, J.: *Corpus Iuris Civilis, Digesta, Tomus I*. Žilina, Eurokodex, 2008, 528 s. ISBN 978-80-89363-07-0.
- [13] BOHÁČEK, M.: *Nástin přednášek o soukromém právu římském, III. část všeobecná, Sešit první*. Praha, Jiří Jelen na Mělníce, 1947, 80 s.
- [14] BRUNA, F. J.: *Lex Rubria: Caesars Regelung für die richterlichen Kompetenzen der Munizipalmagistrate i Gallia Cisalpina*. Leiden, Brill, 1972, 381 s.

- [15] BUCKLAND, W. W.: *A Text Book of Roman Law: From Augustus to Justinian*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 765 s. ISBN 978-0-521-04360-1.
- [16] BUCKLAND, W. W.: *Elementary Principles of the Roman Private Law*. Cambridge, University Press, 1912, 419 s.
- [17] BUCKLAND, W. W.: *Equity in Roman Law*. London, Hodder & Stoughton, 1911, 136 s.
- [18] BUŠEK, V.: *Církevní soudnictví ve věcech civilních v říši římské v I. – V. století po kr.* Bratislava, nákladem Právnické fakulty University Komenského v Bratislavě, 1925, 85 s.
- [19] CICERO, M. T. (přeložil W. Duncan): *Cicero's select orations*. 670 s.
- [20] CICERO, M. T. (přeložil H. Rackham): *De natura deorum Academica*. London, Harvard University Press, 1967, 664 s.
- [21] CICERO, M. T.: *De officiis ad Marcum filium*. Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1885, 245 s.
- [22] CICERO, M. T.: *De oratore*. Lipsiae, Editio Stereotypa, in aedibus B. G. Taubneri, 1896, 223 s.
- [23] CICERO, M. T. (přeložil E. W. Sutton): *De oratore, in two volumes*. London, William Heinemann Ltd. a Harvard University Press, 1967, 479 s.
- [24] CICERO, M. T.: *De Philosophia*. 1541, 253 s.
- [25] CICERO, M. T.: *De Republica, Nouvelle Édition*. Paris, Typographie Lahure, 1874, 242 s.
- [26] CICERO, M. T. (editoval J. E. G. Zetzel): *On the Commonwealth and On the Laws*. Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 258 s. ISBN 978-0-521-45959-4.
- [27] CICERO, M. T. (přeložil J. Ludvikovský): *O povinnostech*. Praha, nakladatelství Melantrich v Praze, 1940, 205 s.
- [28] CICERO, M. T. (přeložil J. Ludvikovský): *O povinnostech*. Praha, Svoboda, 1970, 193 s.
- [29] CICERO, M. T. (přeložil V. Prach): *O řečniku*. Praha, vydal Hendrich, 1940, 125 s.
- [30] CICERO, M. T. (přeložil S. M. Cerutti): *Pro Archia Poeta Oratio: A Structural Analysis of the Speech and Companion to the Commentary*. Bolchazy-Carducci Publishers, Inc., 2007, 119 s. ISBN 978-0-86516-439-0.

- [31] CICERO, M. T. (přeložil A. R. Dyck): *Pro Sexto Roscio, první vydání*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 242 s. ISBN 978-0-521-88224-8.
- [32] CICERO, M. T. (přeložil N. Rudd): *The Republic and The Laws*. Oxford, Oxford University Press, 1998, 288 s. ISBN 0-19-283236—0.
- [33] COLISH, L. M.: *The Stoic Tradition from Antiquity to the Early Middle Ages*. Leiden, E. J. Brill, 1985, 451 s. ISBN 90-04-07267-5.
- [34] CVETLER, J.: *Rukojeť k přednáškám o soukromém právu římském: Actio – právní jednání*. 1. vydání. Praha, Československý kompas v Praze, 1946, 51 s.
- [35] DAJCZAK, W.: *Zwrot bona fides w rozstrzygnięciach dotyczących kontraktów u prawników rzymskich okresu klasycznego*. Toruń, Wydawnictwo uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 1998, 184 s. ISBN 83-231-1002-6.
- [36] DODDRIDGE, J.: *An historical account of the state ancient and modern state of the principality of Wales, dutchy of Cornwell, and earldom of Chester*. Printed for J. Roberts, 147 s.
- [37] DWORKIN, R. M.: *Když se práva berou vážně*. 1. vyd. Praha: OIKOYMENH, 2001, 455 s. ISBN 80-7298-022-x.
- [38] GIRARD, P. F.: *Text de droit romain, publiés et annotés, troisième édition*. Paris, Arthur Roussau, 1903, 857 s.
- [39] GLEEN, H. P.: *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. third edition. Oxford, Oxford University Press, 2007, 395 s. ISBN 978-0-19-920541-7.
- [40] GREENIDGE, A. H. J.: *The Legal Procedure of Cicero's Time*. Oxford, Clarendon Press, 1901, 599 s.
- [41] GROH, V.: *Starý Řím*. Praha, Jednota českých filologů, 1931, 502 s.
- [42] GRUEN, E. S.: *The Last Generation of the Roman Republic*. London, University of California Press with new introduction, 1994, 597 s. ISBN 0-520-20153-1.
- [43] HACKL, K., KASER, M.: *Das Römische Zivilprozessrecht*. München, C. H. Beck, 1996, 721 s. ISBN 3-406-40490-1.
- [44] HARDY, E. G.: *Roman Laws and Charters*. New Jersey, The Lawbook Exchange, LTD., 2007, 159 s. ISBN 978-1-58477-517-1.
- [45] HARRIES, J.: *Law and Empire in Late Antiquity*. Cambridge, Press Syndicate of the University of Cambridge, 1998, 237 s. ISBN 0-521-41087-8.

- [46] HART, H.: *Pojem práva*. Vyd. 1. Praha: Prostor, 2004, 312 s. ISBN 80-7260-103-2.
- [47] HEYROVSKÝ, L.: *Iudex datus civilního procesu římského*. Otisk z Pocty Randovi: Sborník věd právních a státních, V, 1904.
- [48] HEYROVSKÝ, L.: *Studie k civilnímu procesu římskému: Denegatio Actiones v řízení legisakčním*. 1913.
- [49] HEYROVSKÝ, L.: *Obhajovací prostředky v civilním procesu římském*. Praha, Sborník věd právních a státních, XV, 1915, 2 – 4. sešit.
- [50] HEYROVSKÝ, L.: *Dějiny a systém soukromého práva římského*. 4. vydání. Praha, Unie, 1243 s.
- [51] HEYROVSKÝ, L.: *Římský civilní proces*. Bratislava, Knihovna právnické fakulty Univerzity Komenského v Bratislavě, Svazek 8, 1925, 400 s.
- [52] HLAVÁČEK, J.: *Macrobius: Saturnálie*. Praha, Hermann & synové, 2002, 403 s.
- [53] HOADLY, G.: *A lecture upon Roman Law Procedure*. Cincinnati, Robert Clarke & Co, 1877, 40 s.
- [54] HUNTER, W. A.: *A systematic and historical exposition of Roman law in the order of a code*. W. Gaunt, 1885, 1127 s. ISBN 1-561-69073-2.
- [55] HUSCHKE, E.: *Domitii Ulpiani quae vulgo vocantur Fragmenta, sive, ex Ulpiani libro singulari regularum excerpta*. Lipsiae, B. G. Teubneri, 1861, 61 s.
- [56] HYAMSON, R. M.: *Mosaicarum et romanorum legum collatio*. Oxford University Press, 1913, 300 s.
- [57] IGLESIAS, J.: *Derecho romano: instituciones de derecho privado*. 5. ed. Barcelona: Ariel, 1965, XXII, 718 s.
- [58] KINCL, J.: *Deset slavných procesů Marca Tullia*. 1. vydání. Praha, C. H. Beck, 1997, 267 s. ISBN 80-7179-178-4.
- [59] KINCL, J.: *Dicta et regulae aneb právnické mudrosloví latinské*. Praha, Univerzita Karlova, vydavatelství Karolinum, 1990, 296 s.
- [60] KINCL, J.: *Gaius – Učebnice práva ve čtyřech knihách*. Praha, Univerzita Karlova, 1981, 274 s.
- [61] KOLEKTIV AUTORŮ: *Encyklopedie antiky*. 1. vydání. Praha, Academia, 1973, 741 s.

- [62] KROLL, G., SCHOELL, R.: *Corpus Iuris Civilis: Novellae*, Vol. III. Berolini, apud Weidmannos, 1895.
- [63] KRUEGER, P., MOMMSEN, T.: *Corpus Iuris Civilis: Digesta Iustiniani Augusti et Institutiones*, Vol. I et Vol. II. Berolini, apud Weidmannos, 1870.
- [64] KUNKEL, W., SCHERMAIER, M.: *Römische Rechtsgeschichte*. 14. Auflage. Köln, Böhlau, 2005, 341 s. ISBN 978-3-412-28305-6.
- [65] LABBAEUS, C.: *Imp. Novellae Constitutiones graeco-latinae*. Harvard Collection, T. O. Weigel, 1857, 148 s.
- [66] LEMPRIÈRE, J.: *A Classical Dictionary, Containing Copious Account of All the Proper Names*. New York, T. Cadell and W. Davies, 1820, 847 s.
- [67] LENEL, O.: *Das Edictum Perpetuum*. Lipsko, Bernhard Tauchnitz. 1883, 455 s.
- [68] LENEL, O.: *Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im klassischen römischen Recht*. Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1903, 23 s.
- [69] LINTOTT, A.: *Judicial Reform and Land Reform in the Roman Republic, new edition with translation and commentary of the laws from Urbino*. Cambridge, University Press, 1992, 303 s. ISBN 0-521-40373-1.
- [70] LINTOTT, A.: *The Constitution of the Roman Republic*. Oxford, Clarendon Press, 1999, 312 s. ISBN 0-19-815068-7.
- [71] LITEWSKI, W.: *Rzymski proces karny*. Kraków, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2003, 149 s. ISBN 83-233-1607-4.
- [72] LIVIUS: (přeložili a poznámkami opatřili P. Kucharský a Č. Vránek): *Dějiny I*. Praha, Svoboda, 1971, 500 s.
- [73] LIVIUS (přeložila M. Husová): *Dějiny IV*. Praha, Svoboda, 1973, 536 s.
- [74] LIVIUS (přeložila M. Husová): *Dějiny VII*. Praha, Svoboda, 1979, 503 s.
- [75] LONGCHAMPS DE BERIER, F.: *Nadužycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego*. 2. a upravené vydání. Wrocław, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2007, 332 s. ISBN 978-83-229-2869-1.
- [76] MELVILLE, R. D.: *A Manual of the Principles of Roman Law relating to persons, property and obligations with a historical introduction*. Edinburgh, W. Green & son, 1915, 456s.
- [77] METZGER, E.: *A New Outline of the Roman Civil Trial*. Oxford, Clarendon Press, 1997, 170 s. ISBN 0-19-826474-7.

- [78] METZGER, E.: *Litigation in Roman Law*. New York, Oxford University Press, 2005, 226 s. ISBN 0-19-829855-2.
- [79] MILLAR, R. W.: *Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective*. New Jersey, The Lawbook Exchange, LTD, 2005, 534 s.
- [80] MONRO, Ch. H.: *The Digest of Justinia*. Vol. 1. Cambridge, University Press, 1904, 399 s.
- [81] MOUSOURAKIS, G.: *A Legal History of Rome*. New York, Routledge, 2007, 282 s. ISBN 0-415-40893-8.
- [82] MUIRHEAD, J.: *Historical Introduction to the Private Law of Rome*. New Jersey, The Lawbook Exchange edition, 2009, 443 s. ISBN 1-58477-964-0.
- [83] NICOLET, C.: *The World of the Citizen in Republican Rome*. Berkely and Los Angeles, University of California Press, 1988, 435 s. ISBN 0-52-006342-2.
- [84] PHAR, C.: *The Theodosian Code and the Novels and the Sirmondian Constitutions*. tenth printing. New Jersey, The Lawbook Exchange, LTD, 2008, 645 s. ISBN 978-1-58477-146-3.
- [85] PRAŽÁK, J., NOVOTNÝ, F., SEDLÁČEK, J.: *Latinsko – český slovník k potřebě gymnasií a reálných gymnasií*. Třetí, opravené a doplněné vydání. Praha, Česká grafická unie, 1925, 1335 s.
- [86] PROBUS, M. V.: *De notis Romanorum interpretandis Libellus*. Leyden, A. Clouquius, 1599, 207 s.
- [87] REBRO, K.: *Rímske právo súkromné*, 1. vydání. Bratislava, Obzor, 1980, 278 s.
- [88] ROBY, H. J.: *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines*, Vol. I, 3. vydání. New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2008, 561 s. ISBN 1-58477-074-0.
- [89] SANDARS, T. C.: *The Institutes of Justinian with english introduction, translation and notes*, Eight Edition. London, Longmans, Green and Co., 1888, 608 s.
- [90] SCHILLER, A. A.: *Roman Law: Mechanism of Development*. Mouton Publishers, 1978, 609 s. ISBN 90-279-7744-5.
- [91] SCHULZ, F.: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. H. Böhlau Nachfolger, 1961, 462 s.
- [92] SCIALOJA, V.: *Procedura civile romana*. Řím, anonymní vydavatel, 1936, 370 s.

- [93] SHERK, R. K.: *Rome and the Greek East to the death of Augustus (translated documents of Greece and Rome)*. Cambridge, Press Syndicate of the University of Cambridge, 1993 (reprinted), 183 s. ISBN 0-521-27123-1.
- [94] SKŘEJPEK, M.: *Ius et religio: Právo a náboženství ve starověkém Římě*, první vydání. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, 317 s. ISBN 80-901064-8-x.
- [95] SKŘEJPEK, M.: *Latinsko-český slovníček římského práva (vybrané pojmy a termíny)* 4. vydání. Praha: LexisNexis CZ, 2006, 59 s.
- [96] SKŘEJPEK, M.: *Prameny římského práva – Fontes iuris romani*. 2. vydání. Praha, LexisNexis, 2004, 375 s. ISBN 80-86199-89-4.
- [97] SKŘEJPEK, M.: *Římské soukromé právo: Systém a instituce*. Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, 350 s. ISBN 978-80-7380-334-6.
- [98] SKŘEJPEK, M., BĚLOVSKÝ, P., FALADA, D.: *Případy z římského práva*. Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2010, 159 s. ISBN 978-80-7380-274-5.
- [99] SKŘEJPEK, M., FALADA, D., KUKLÍK, J.: *Exegézis – výklad právních textů*. Druhé, rozšířené vydání. Plzeň, Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, 85 s. ISBN 978-80-7380-088-8.
- [100] SOHM, R. (translated by James C. Lidlie): *The Institutes of Roman Law*, First Georgias Press Edition. Georgias Press LLC., 2002, 523 s. ISBN 1-59333-006-5.
- [101] SMITH, W.: *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. London, John Murray, 1875.
- [102] SOMMER, O.: *Prameny soukromého práva římského*, druhé přepracované vydání. Praha, nákladem vlastním, 1932, 189 s.
- [103] SOMMER, O.: *Texty ke studiu soukromého práva římského*. Praha, nákladem vlastním, 1932, 262 s.
- [104] SOMMER, O.: *Učebnice soukromého práva římského, I. díl Obecné nauky*. Praha, Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, 220 s.
- [105] SOMMER, O.: *Učebnice soukromého práva římského, II. díl Právo majetkové*. II. nezměněné vydání. Praha, Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, 356 s.
- [106] STEPHENSONS, A.: *A History of Roman Law: With a Commentary on the Institutes of Gaius and Justinian*. Boston, Little Brown, 1912, 521 s. ISBN 0-8377-2640-9.

- [107] STRACHAN-DAVIDSON, J. L.: *Problems of the Roman Criminal Law*. Vol. II. Oxford, Clarendon Press, 1912, 287 s.
- [108] SUETONIUS (přeložil B. Ryba): *Životopisy dvanácti císařů*. Praha, SNKL, 1966, 368 s.
- [109] TELLEGEN-COUPERUS, O. E.: *Quintilian and the Law: The Art of Persuasion in Law and Politics*. Leuven, Leuven University Press, 2003, 339 s. ISBN 90-5867-301-4.
- [110] ÜROGDI, G.: *Tak žil starý Řím*. Praha, Orbis, 1968, 258 s.
- [111] VÁŽNÝ, J.: *Římský proces civilní*. Praha, Melantrich, 1935, 125s.
- [112] VEČEŘA, M.: *Spravedlnost v právu*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997, 182 s. ISBN 80-210-1644-2.
- [113] VINOGRADOFF, P.: *Oxford Studies in Social and Legal History*. Vol. I. Oxford, Clarendon Press, 1909, 78 s.
- [114] WATSON, A.: *Studies in Roman Private Law*. London, The Hambledon Press, 1991, 399 s. ISBN 1-85285-047-7.
- [115] WATSON, A.: *The Digest Justinian, Vol. 1*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1985, 940 s. ISBN 0-8122-1636-9.
- [116] WATSON, A.: *The Digest Justinian, Vol. 2*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1985, 960 s. ISBN 0-8122-1636-9.
- [117] ZAMAROVSKÝ, V.: *Dějiny psané Římem*. Praha, Mladá fronta, nakladatelství ČSM, 1967, 383 s.

Časopisy a články

- [118] BUBELOVÁ, K.: *Aequitas jako prvek tvorby římského práva*. Dny práva. Brno, 2009, 10 s., ISBN 978-80-210-4990-1.
- [119] JOVANOVIĆ, M.: *Aequitas and bona fides in the legal practice of ancient Rome and the prohibition of the abuse of rights*. FACTA UNIVERSITATIS Series: Law and Politics Vol. 1, No 7, 2003, s. 763 – 789.
- [120] KOLEKTIV AUTORŮ: *Právněhistorické studie 36*. Praha, Univerzita Karlova v Praze, nakladatelství Karolinum, 2003 s. 9-17. ISSN 0079-4929.
- [121] KOLEKTIV AUTORŮ: *Právněhistorické studie 39*. Praha, Univerzita Karlova v Praze, nakladatelství Karolinum, 2007 s. 13-19. ISSN 0079-4929.

- [122] KOLEKTIV AUTORŮ: *Revue církevního práva* 45, 1/10. Praha, Společnost pro církevní právo, 2010, 104 s. ISSN 1211-1635.
- [123] METZGER, E.: *Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure*. Law and History Review 22.2, 2004, 39 pars.
- [124] TORRENT, A.: *Lex Irnitiana: Cognitio de los magistrados locales en interdictos, y limitación a su competencia por cuantía*. AFDUDC, 12, 2008, s. 987-1006.
- [125] TORRENT, A.: *De Lege Irnitiana: Modelo unico en las leyes municipales Flavias?* Revista internacional de derecho romano, abril 2010, s. 89-158. ISSN 1989-1970.

Sborníky

- [126] BĚLOVSKÝ, P., SKŘEJPEK, M.: *Bona fides: sborník z II. konference českých a slovenských romanistů*. Praha, 5. - 6. listopadu 1999. Praha, Univerzita Karlova, 2000, 51 s. ISBN 80-85889-33-1.
- [127] BĚLOVSKÝ, P., SKŘEJPEK, M.: *The Roman Law Tradition in Societies in Transition*. Praha, Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2003, 142 s.
- [128] DVOŘÁK, J., KINDL, M.: *Pocta Martě Knappové k 80. Narozeninám*. 1. vydání. Praha, ASPI Publishing, 2005, 472 s. ISBN 80-7357-133-1.
- [129] HORÁK, Z., SKŘEJPEK, M.: *Římské právo a kodifikace: sborník příspěvků z vědecké konference konané na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze ve dnech 16. - 17. dubna 2010*. Vyd. 1. Praha, Havlíček Brain Team, 2010, 96 s. ISBN 978-80-87109-23-6.
- [130] MACH, P., NEMEC, M., PEKARIK, M.: *Ius Romanum schola sapientiae, Pocta Petru Blahovi k 70. narozeninám*. Trnava, Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, 2009. ISBN 978-80-8082-335-1.
- [131] MACH, P., PEKARIK, M.: *Súdne reči a veľké súdne procesy podľa justiniánskych Digest a iných prameňov rímskeho práva: Zborník príspevkov z II. konferencie právnych romanistov SR a ČR*. 1. vydání. Trnava, TYPI UNIVERSITATIS TYRNAVIENSIS, 2010, 136 s. ISBN 978-80-8082-334-4.
- [132] SALÁK, P., ŽIDLICKÁ, M.: *Actiones, condictiones, exceptiones: 13. setkání právních romanistů České a Slovenské republiky*. MU Brno, 13. – 14. 5.2011. Brno, Masarykova univerzita, 2011. ISBN 978-80-210-5680-0.
- [133] SOUKUP, L.: *Pocta prof. JUDr. Karlu Malému, DrSc. k 65. narozeninám*. 1. vydání. Praha, Karolinum, 1995, 343 s. ISBN 80-7184-092-0.

Jiné odkazy (fragmenty + weby)

- [134] *Roma Locuta Est – Causa Finita Est.* [online]
URL:http://www.americancatholictruthsociety.com/articles/romalocuta_article.htm [cit: 2012-9-10]
- [135] *C. Suetonius Tranquillus, Divus Julius Maximilian Ihm, Ed.* [online]
URL:<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0061&redirect=true> [cit: 2012-9-11]
- [136] *Nerva* [online]
URL: <http://www.libraryindex.com/encyclopedia/pages/cpxlezzr098/nerva-pliny-domitian-emperor.html> [cit: 2012-9-10]
- [137] *Jurists of the Empire (27 BC - 284 AD).* [online]
URL:<http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199574889/resources/biographies/02empire/?view=za> [cit: 2012-9-10]
- [138] *Scribd Libros.* [online]
URL:<http://es.scribd.com/doc/30313853/Derecho-Romano-Francisco-Samper-Polo-Parte-II> [cit: 2012-9-8]
- [139] *Perseus Collection, Greek and Roman Materials.* [online]
URL:<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/collection?collection=Perseus:collection:Greco-Roman> [cit: 2012-9-17]
- [140] *Marcus Tullius Cicero. In Defence of Sextus Roscius of Ameria.* [online]
URL:<http://www.egs.edu/library/marcus-tullius-cicero/articles/in-defence-of-sextus-roscius-of-ameria/> [cit: 2012-9-7]
- [141] *Oration for Sextus Roscius of Ameria by M. Tullius Cicero.* [online]
URL: <http://www.uah.edu/society/texts/latin/classical/cicero/proamerino1e.html> [cit: 2012-9-7]
- [142] *Latin texts and Traslations: Cic. Flac. 45.* [online]
URL: <http://perseus.uchicago.edu/perseus/cgi/citequery3.pl?dbname=PerseusLatinTexts&query=Cic.%20Flac.%2049&getid=1> [cit: 2012-9-2]
- [143] *IMPERATORIS IUSTINIANI NOVELLAE (AD 535 - 582).* [online]
URL:<http://faculty.cua.edu/Pennington/Law508/Roman%20Law/NovellaeJustiniani.htm> [cit: 2012-8-23]
- [144] *Epitome Gai - Liber secundus.* [online]
URL: http://www.hs-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lspost02/Gaius/gai_epi2.html [cit: 2012-7-31]

- [145] *AEQUITAS AND BONA FIDES IN THE LEGAL PRACTICE OF ANCIENT ROME AND THE PROHIBITION OF THE ABUSE OF RIGHTS*. [online]
URL: <http://facta.junis.ni.ac.rs/lap/lap2003/lap2003-03.pdf> [cit: 2012-7-15]
- [146] *Julius Paulus, Sententiarum receptarum libri quinque*. [online]
URL: <http://www.intratext.com/X/LAT0621.HTM> [cit: 2012-7-31]
- [147] *Fragmentos Vaticanos*. [online]
URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1075/4.pdf> [cit: 2012-8-16]
- [148] *FRAGMENTS OF THE RULES OF DOMITIUS ULPIANUS*. [online]
URL: http://www.constitution.org/sps/sps01_3.htm [cit: 2012-8-20]
- [149] *Medieval Legal History*. [online]
URL: <http://www.fordham.edu/halsall/sbook-law.asp> [cit: 2012-8-23]
- [150] *THE DIGEST OR PANDECTS. BOOK IV. TITLE I. CONCERNING COMPLETE RESTITUTION*. [online]
URL: http://www.constitution.org/sps/sps03_j2-04.htm [cit: 2012-8-26]
- [151] *LEGES DUODECIM TABULARUM*. [online]
URL: <http://ancientrome.ru/ius/library/twelve/twelve.html> [cit: 2012-9-7]
- [152] *Tryphoninus, Claudius*. [online]
URL: <http://thesaurus.cerl.org/record/cnp00286057> [cit: 2012-9-7]
- [153] *What Happened in 1st Century B.C. Rome*. [online]
URL: <http://ancienthistory.about.com/> [cit: 2012-9-14]
- [154] *Annotated Justinian Code (By Fred H Blume)*. [online]
URL: <http://uwacadweb.uwyo.edu/blume&justinian/default.asp> [cit: 2012-9-14]
- [155] *IULII PAULI SENTENTIAE*. [online]
URL: <http://ancientrome.ru/ius/library/paul/> [cit: 2012-9-16]
- [156] *Internet archive*. [online]
URL: <http://archive.org/index.php> [cit: 2012-9-17]
- [157] *Project Gutenberg*. [online]
URL: <http://www.gutenberg.org/> [cit: 2012-9-17]
- [158] *The Roman Law Library*. By Y. Lassard and A. Koptev. [online]
URL: <http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/> [cit: 2012-9-17]
- [159] *THE LATIN LIBRARY*. [online]
URL: <http://www.thelatinlibrary.com/> [cit: 2012-9-17]
- [160] *LacusCurtius: Into the Roman World*. [online]
URL: <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/home.html> [cit: 2012-9-17]

- [161] *Právní informační server*. [online]
URL: www.ipravnik.cz [cit: 2012-9-17]
- [162] *J-STOR*. [online]
URL: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/300575?uid=3737856&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21100695153681> [cit: 2012-7-15]
- [163] BUBELOVÁ, K.: *Dobré mravy v judikatuře Ústavního soudu ČR*. 14 s. [online]
<http://ktp2.upol.cz/uploads/Files/Dobre%20mravy%20v%20judikature%20US%20CR.pdf> [cit: 2012-9-16]

Abstrakt

Moje doktorská disertační práce se zaměřuje na základní principy a zásady římského procesního práva. Během psaní práce jsem zjistila, že oba výrazy jsou si velmi podobné.

Jeden z hlavních bodů mé práce se věnuje římskému republikánskému ústavnímu systému a jeho normám, včetně normy nejdůležitější, kterou je Zákoník dvanácti desek. Dále se zaměřuji na justiniánskou kodifikaci římského práva. Velmi důležitými prameny jsou antická literatura, spisy významných právníků a různé typy administrativních dokumentů. Velkou inspiraci je také možné najít v mnoha evropských muzeích. Konkrétně se zaměřuji na zásadu ekvity, dobré víry, nutné obrany, věci rozhodnuté, odvolání, finanční částku v rozsudku a zásadu volného hodnocení důkazů. Poslední kapitola se přehledně věnuje dalším principům.

Důležité je však také zmínit, že různé typy procesního řízení mají své odlišnosti. A proto jsem se také věnovala popisu jejich odlišností ve vztahu k jednotlivým principům.

Moje práce pojednává o sedmi základních principech s tím, že nejdůležitějším z nich je princip ekvity. Práce zřetelně dokazuje, že tento princip je společný všem oblastem římského práva.

Snažila jsem se vysvětlit základní principy římského procesního práva vysvětlit je na konkrétních příkladech. Jak se přímo vztahují k právu současnému tak, jak jej známe dnes. Mnoho principů a zásad práva, jež dnes považujeme za zcela přirozené či běžné, je totožných s právem římským. Doufám, že závěry mé práce toto zřetelně prokazují.

Klíčová slova: římské právo, procesní právo, principy procesního práva, ekvita, dobrá víra, odvolání.

Abstract

My doctoral thesis is focused on the main principles and elements of Roman procedural law. However, during my research I realised the terms are very similar.

One of the main points of my thesis is dedicated to the constitutional system of Roman republic and its norms, including the very important law codex, the Twelve Tables Law. Moreover, I take the Justinian Codification of Roman law into focus. A very important source is also antique literature, texts of prominent lawyers and various types of administrative acts. A vast inspiration can be found in many European museums.

The main principles and elements are applicable to actions, defendants and plaintiffs, to judicial hearing and to the days when judicial hearings could be held. I focus on principle of equity, good faith, and necessity of defense, res judicata, principle of appellation, pecuniary condemnation, and principle of assessment of evidence. The last chapter reviews other principles.

It is also important to mention that different types of procedural cases are specific in their own way. I focused on describing the differences as well.

My thesis analyzes seven most important principles. The first and the most important one is equity. My research shows that this principle is common to all areas of roman procedural law.

I tried to explain the main principles of Roman procedural law on the examples of concrete cases, and how it strictly relates to modern law as we know it today. Many of the principles and elements of the law as we know it today, the things we know to be natural and common, are actually very similar to Roman law. And I hope that the conclusion of my thesis clearly shows it.

Key words: Roman law, procedural law, principles of roman procedural law, equity, good faith, appeal.

