



VYBRANÉ VĚDECKÉ ROZPRAVY

Hlavní redaktor *Dr. MILOŠ WEINGART*, profesor Karlovy university

RANDOVA KNIŽNICE PRÁVNICKÁ

REDAKTORI:

Dr. OTAKAR SOMMÉR, profesor Karlovy university v Praze

Dr. FRANT. ČÁDA, profesor Masarykovy university v Brně

Dr. BOHUŠ TOMSA, profesor Komenského university v Bratislavě

SVAZEK PRVNÍ

ŘÍMSKÝ PROCES CIVILNÍ

Napsal *Dr. JAN VÁŽNÝ*, profesor Masarykovy university v Brně

Dr. JAN VÁŽNÝ

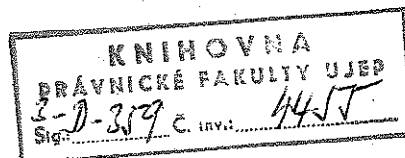
profesor Masarykovy university v Brně

ŘÍMSKÝ PROCES CIVILNÍ



VYDAL MELANTRICH A. S. V PRAZE

Copyright by Melantrich Co. Ltd. Prague ČSR
1935



OBSAH

Předmluva	1
Zkratky	2

Ú v o d.

§ 1. Literatura k civilnímu procesu římskému	3
§ 2. Základní pojmy a obraz vývoje.	5
1. Ústřední princip: oddělení jurisdikce od nalézání práva. — 2. Základní struktura: rozdělení na řízení in iure a řízení apud iudicem. — 3. Počátky procesu. — 4. Jurisdikce, zvláště actionem dare a iudicem dare. — 5. Ustavení sporu jako iniciativní činnost stran a magistrátské schválení. — 6. Římské pojetí součinnosti stran. — 7. Co následuje po ustavení sporu. — 8. Dnešní žaloba a římské actiones. — 9. Materiální a procesní význam actionis. — 10. Základní ráz klasického procesu. — 11. Proces poklasický a justiniánský.	

DÍL I.

Starý proces a proces klasický.

§ 3. Proces legisakční	14
1. Legisactiones. — 2. Iurisdictio. — 3. Soukromé oběslání podle zákona XII t. — 4. Obecné podmínky ustavení sporu. — 5. Překážky. Confessio. Indefense. — 6. Procesní legisakce. I. L. a. sacramento, a) in rem, b) in personam. Řízení apud iudicem. II. L. a. per iudicis postulationem. III. L. a. per conditionem. — 7. Exekuční legisakce. I. L. a. per manus iniunctionem. Manus iniectio iudicati, pro iudicato, pura. II. L. a. per pignoris capionem. 8. Doplněk legisakcí. Agere per sponsionem.	
§ 4. Procesní reforma	24
1. Ztrnulost a nepostačitelnost procesu legisakčního. — 2. Reformní procesní zákony. — 3. Celkový ráz nového řízení. — 4. Počátky formulového procesu v procesu peregrinském. — 5. Iudicia legitima. Iudicia imperio continentia.	
§ 5. Normální průběh formulového procesu až do litiskontestace	26
1. Praetorská úprava zákonné soukromé iniusvokace. — 2. Žalobcova editio a postulatio actionis. — 3. Zkoumání osobní způsobilosti stran. — 4. Postavení a projevy žalovaného. — 5. Jeho opozice proti formulí. — 6. Dekret, povolující formulí. — 7. Dosazení soudce. — 8. Procesní dohoda stran. Litis contestatio. Rozkaz iudikační. — 9. Zvlášť o případu exepce.	

§ 6. Struktura formule a různé druhy formulí	32
1. Mluvnické charakteristiky formule. Odvozenost formule, chápání jako norma, z vyšší normy. — 2. Intence. In ius concepta, in factum concepta. — 3. Intentio certa, incerta. — 4. Demonstratio. — 5. Kondemnatio. Zásada peněžní kondemnace. Condemnatio certa, incerta. — 6. Arbitrium de restituendo. — 7. Adiudicatio. — 8. Formula praeiudicialis. — 9. Praescriptio pro actore.	
§ 7. Typičnost a rozřazení formulí	37
1. Rozdíl mezi procesní formulí a dnešní žalobou. Typická vyhraněnost jednotlivých formulí. — 2. Formule I. in ius, in factum conceptae, II. certae, incertae, III. arbitrariae, IV. civiles, praetoriae, V. ficticiae, se záměnou subjektů, utiles. — 3. Hmotně-právní rozdělení žalob. Actiones I. in rem, in personam, II. bonae fidei, stricti iuris, conditiones, III. ex contractu, ex delicto, IV. reipersecutoriae, poenales, V. temporales, perpetuae, VI. simplices, duplices, VII. privatae, populares, VIII. praeiudiciales, IX. arbitrariae, X. noxales.	
§ 8. Exceptio a praescriptio pro reo	43
1. Excepce, jako doložka, činící kondemnaci podmíněnou, uplatňující jiné normy, než na kterých je založena intence. — 2. Dějinné východisko v kontrapozici práva civilního a praetorského. — 3. Excepce, provádějící normu legis imperfectae a senatusconsulta. — 4. Další funkce, odpomoci jednostrannosti intence, vyloučení z fakta, zakládajícího intenci, určité případy. — 5. Excepce, uplatňující procesní vady. — 6. Účinek excepce. — 7. Replikace. — 8. Exceptiones vulgares, utiles. — 9. Exceptiones peremptoriae, dilatoriae. — 9. Praescriptio pro reo. Vývojově jako přechodný útvar mezi denegací a excepci.	
§ 9. Denegatio	49
1. Význam dekretu praetorského, povolujícího žalobní formulí. Odepření magistrátského povolení. — 2. Z důvodů procesních. Nepříslušnost a jiné překážky. — 3. Denegace z důvodů práva hmotného. Poměr mezi denegací a excepci. — 4. Rozdíl mezi denegací a osvobozujícím rozsudkem.	
§ 10. Skutečnosti, pozměňující normální běh procesu	52
A. Confessio in iure. 1. Confessio in iure. — 2. Doznání povinnosti, uplatňované intencí dare certae pecuniae. — 3. Jiné případy doznání. — 4. Případy, kdy neúčinné doznání vede k odsouzení in duplum.	
B. Nesplnění defensní povinnosti. 5. Nesplnění defensní povinnosti. — 6. Proti žalobám in personam stanovena defensní povinnost. — 7. Omezené účinky nesplnění defense rei při žalobách věcných, defense poddaného při žalobách noxálních. — 8. Případy, kdy povinnost defense zahrnuje povinnost zřídit jistoty. — 9. Případy, že se dlužník nedostaví.	
C. Ius iurandum in iure. 10. Ius iurandum in iure. — 11. Případy a následky. — 12. Ius iurandum voluntarium. — 13. Ius iurandum calumniae.	
D. Interrogatio in iure. 14. Interrogatio in iure. — 15. Zvláště při žalobách, uplatňujících dědicovo ručení a při žalobách noxálních. Účinky response kladné a záporné, pravdivé a nepravdivé.	

§ 11. Účinky litiskontestace	57
1. Konsumpční účinek. — 2. Iudicia legitima. — 3. Iudicia, quae imperio cont. — 4. Žaloba in rem. — 5. Procesní obligace. Závislost rozsudku na litiskontestaci; význam zásady omnia iudicia sunt absolutoria. — 6. Plus petitio. Minus petitio. Plus nebo minus při kondemnaci. Opominutí excepce. — 7. Význam litiskontestace při žalobách časově omezených, při žalobách, nepřecházejících na dědice. — 8. Translatio iudicii. — 9. L. c. repetita die.	
§ 12. Procesní zastoupení	63
1. Smysl klasického alieno nomine agere. — 2. Zastoupení voluntární, zákonné. — 3. Typické figury procesních zástupců. Cognitor. Procurator. — 4. Otázka plné moci. — 5. Zástupcovy kaucy a spolu problém konsumpce při procesním zastoupení.	
§ 13. Řízení apud iudicem.	
Jeho cíl, průběh a ukončení rozsudkem 66	
1. Vázanost soudcoví formulí. — 2. Soudcovo officium. — 3. Zevní podoba přelčení. — 4. Důkazní prostředky, břemeno, volné oceňování důkazů. Klasické pojetí pozdějších právních domněnek. — 5. Rozsudek. Odsuzující. Osvobozovací. — 6. Rozsudek samosoudců, rozsudek vydaný sborem soudců. — 7. Přítomnost stran.	
§ 14. Právní moc rozsudku	71
1. Vylučující účinek rozsudku. — 2. Při actiones in rem. Při actiones in personam. Při sporech, kde je pasivní legitimace dána držbou věci. Neratiovo shrnutí nauky. — 3. Positivní funkce právní moci. — 4. Působení po stránce subjektivní.	
§ 15. Řízení exekuční	74
1. Zeslabení osobní exekuce. — 2. Universální exekuce majetková. — 3. Zahájení exekuce. — 4. Venditio. — 5. Cessio bonorum. — 6. Počátky singulární exekuce. Pignus in causa iudicati captum.	
§ 16. Řízení interdiktní	78
1. Vznik interdikt a pojem. — 2. Srovnání interdiktů s formulí. — 3. Obecný rozhled po interdiktním řízení. — 4. Rozdělení interdiktů. — 5. První fáze řízení interdiktního. — 6. Druhá fáze řízení: I. Řízení per sponsionem, navazující na interdictum simplex. II. Řízení per sponsionem, navazující na interdictum duplex. III. Řízení per formulam arbitriariam.	
§ 17. Restitutio in integrum	84
1. Pojem restituce. — 2. Důvody restituční. — 3. Řízení restituční. — 4. Příznivé rozhodnutí o restituci, zakládající přímo povinnost quasi ex causa iudicati. Rozhodnutí, umožňující restituci řádnou soudní cestu. Actio rescissoria.	
§ 18. Praetorské stipulace, missiones in possessionem, iudicium calumniae	87
1. Stipulationes praetoriae. — 2. Jejich cíl a rozdělení. — 3. Příklad. — 4. Missio in possessionem. — 5. Iudicium calumniae decimae partis, tertiae partis. — 6. Iudicium contrarium.	

§ 19. Extraordinaria cognitio	89
1. Jednotlivé klasické případy mimořádného řízení. — 2. Význam extraordinariae cognitionis v právu Justinianově. Officiální texty. Případy řízení, zvaného summamim cognoscere.	

DÍL II.

Poklasický a justiniánský proces.

§ 20. Zánik procesu formulového	92
1. Souvislost demokraticko-republikánského státního zřízení s organizací klasického procesu; zákonné zrušení formulí a hypotézy o ponenáhlem postát-nění klasického procesu. — 2. Celkový ráz nového řízení; nová říšská soudní organizace.	
§ 21. Zahájení procesu	94
1. Různé druhy evocationum. Denuntiatio. — 2. Reforma Constantinova. — 3. Libellus conventionis. — 4. Úřední vyřízení libellu. — 5. Editio actionis. — 6. Účinky doručení libellu. — 7. Povinnosti žalovaného.	
§ 22. Ústní jednání před soudem	97
1. Principium quaestionis. — 2. Začátek meritorního jednání. — 3. Problém litiskontestace. — 4. Účinky litiskontestace. — 5. Rekapitulace.	
§ 23. Exceptio a její funkce v novém procesu	101
1. Rozhled. — 2. Právní základ nové excepce. — 3. Nová úprava řízení. — 4. Rozdělení excepce.	
§ 24. Řízení důkazní	104
1. Nový duch norem důkazního práva. — 2. Důkaz svědecký. — 3. Důkaz listinami. — 4. Přísaha. — 5. Právní domněnky. — 6. Interrogationes.	
§ 25. Rozsudek	107
1. Konečný rozsudek. — 2. Částečný rozsudek, odsouzení in rem a jiné novoty. — 3. Vztah rozsudku k žalobnímu návrhu. — 4. Relatio ad maiorem potestatem. — 5. Publikace rozsudku. — 6. Kontumační rozsudek.	
§ 26. Odvolání	111
1. Odvolání, jeho přípustnost a podání. — 2. Řízení odvolací. — 3. Právo novel.	
§ 27. Řízení sumární a proces reskriptový	113
1. Summatim cognoscere. — 2. Interdicta. — 3. Proces reskriptový. Prosba k císaři o rozhodnutí. — 4. Řízení.	
§ 28. Exekuce a konkurs	115
1. Singulární exekuce. — 2. Konkurs. — 3. Exekuce osobní. — 4. Moratorium.	
§ 29. Promlčení	117
1. Zavedení promlčení. — 2. Původ myšlenky promlčení. — 3. Lhůta a další náležitosti. — 4. Začátek. — 5. Účinky.	
Rejstřík věcný	119

PŘEDMLUVA.

Předmětem této knihy je souvislé vyličení civilního procesu římského v jeho vývoji od nejstarších dob, pokud jsou bezpečné historické doklady, až po Justiniana.

Kniha má sloužiti právníckému studiu. Tento zřetel vedl autora k tomu, aby eliminoval nebo aspoň velmi obmezil vše to, co se netýká právní struktury římského procesu, co je pro tuto právní strukturu celkem bezvýznamné. Proto jsou jen nejstručněji uvedeny magistratury, zúčastněné na výkonu spravedlnosti, jen nejstručněji je pojednáno o soudcích, místu a čase soudním, neboť vše to náleží do jiných oblastí, do práva ústavního, do politických dějin, do římských reálií, ale při právním utváření procesu, procesních pojmů a při vývoji procesního právního myšlení se přímo neuplatnilo. Je pravda, že náleží dnes podrobná znalost soudní organizace k znalosti práva procesního. Ale zde nejde o to, aby bylo vypsáno, co vše pozitivního se dá o římském civilním procesu říci, nýbrž spíše o poznání toho, co vtisklo římskému procesu specifický charakter a současně dalo směr římskému právnímu myšlení, jak se vyvíjely základní instituce procesní a vytvářely základy procesu novodobého.

Pokud se týče údajů literárních, nemíní autor podávati úplnou procesní bibliografii. Tím by bylo nesmírně vzrostlo dílo, které mělo býti poměrně stručné, a není toho ani potřebí, poněvadž úplnou bibliografii obsahuje široce založené a do podrobností vypracované dílo Heyrovského, *Římský civilní proces* (Bratislava 1925). Autor uvádí tedy hlavně díla z doby nejnovější a ze starších některé studie zvláště typické nebo pro příslušnou látku zvláště významné. Ostatně nejedno starší pojednání i leckterá starší kontroversa pozbyly značně aktuálnosti.

V Brně dne 11. listopadu 1935.

Dr. Jan Vážný.

ZKRATKY

- Annali Palermo* = Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo.
Bulletino = Bulletino dell'Istituto di diritto romano.
Edictum perp. = Lenel, Das Edictum perpetuum, 3. vyd. 1927.
Bruns, Fontes = Bruns, Fontes iuris romani antiqui, 7. vyd. Gradenwitz, 1909.
Études de Gény = Recueil d'études sur les sources du droit en honneur de François Gény.
Mélanges Cornil = Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil, I, II, 1926.
Mélanges Girard = Mélanges P. F. Girard, Etudes de droit romain dédiées à M. P. F. Girard, I, II, 1912.
N. Revue hist. = Nouvelle revue historique de droit français et étranger.
Sborník = Sborník věd právních a státních.
Sommer, Texty = O. Sommer, Texty ke studiu soukromého práva římského, 1932.
Studi Bonfante = Studi in onore di Pietro Bonfante, I—IV, 1930.
Studi Riccobono = Studi in onore di Salvatore Riccobono, I—IV.
Z. Sav. St. = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung).

Prameny jsou citovány obvyklými zkratkami; texty z Justiniánovy kompilace jsou citovány způsobem filologickým.

ÚVOD.

§ 1. Literatura k civilnímu procesu římskému.

Naše dnešní znalosti civilního procesu římského, zvláště procesu klasického, který ovšem je v popředí našeho zájmu, jsou z velké části založeny na průkopnických pracích M. Wlassaka, P. Girarda a O. Lenela. Wlassakovy studie o soudním magistratu, o litiskontestaci jak v řízení civilním, tak v řízení trestním, o provinciálním procesu, o judikačním rozkazu, o procesní formulí, o doznání a odepření defense a četných jiných tematech, uveřejněné zvláště ve vídeňské a bavorské Akademii d. Wissenschaften a v časopise Z. der Savigny Stiftung, jsou vpravdě objevitelské. Základního významu jsou také práce P. Girarda, tak jeho dílo o soudní organizaci římské a jeho celkové vylíčení procesu v jeho proslulém díle Manuel élémentaire de droit romain, posl. vyd. 1924. A je tu konečně geniální Lenelova rekonstrukce praetorského ediktu (3. vyd. 1927), bez níž není studium procesu myslitelné.

Z těchto základů, k nimž nutno připojit další ohromnou literaturu novodobou o speciálních otázkách civilního procesu, zvláště starého a klasického, mnohem méně procesu pozdějšího, byly s velkým zdarem vybudovány moderní systematické učebnice procesu.

Na prvním místě by bylo uvést právě pro organické rozvinutí a dobudování těchto základů, zvláště prací Wlassakových, systematické dílo Wengerovo, Institutionen d. röm. Zivilprozessrechts, 1925, obsahující vývojové vylíčení římského procesu od nejstarších dob až po Justiniána; je to dílo velkorysé, ukazující stejně jemný smysl pro problematiku moderní vědy jako praktickou prozíravost rozeného procesualisty; dílo je vzácné i pro originální zpracování materiálu papyrologického.

V témže roce vyšel Heyrovského Římský proces civilní jako dílo neukončené, vydané z pozůstalosti. Toto dílo, vzácné myšlenkovou vyvážeností, právníkou přesností a železnou důsledností, ozdoba našeho písemnictví, je po jedné stránce jedinečné přímo na fóru světovém: není vůbec díla tak detailně propracovaného; každá kapitola je vlastně monografií, takže při četbě si ani neuvědomujeme, že dílo zůstalo nedokončeno. Prof. Sommer si získal nesmírnou zásluhu jeho pietním vydáním.

Péčlivostí podrobného zpracování se blíží dílu Heyrovského přístupně psané třísvazkové dílo Bertoliniho, Il processo civile, 1913—1915; obsahuje celý vývoj římského procesu. Stejně vypisuje i klasický i justiniánský proces

Costovo *Profilo storico del processo civile romano*: dílo sice malé rozsahem (200 stran malého formátu), ale myšlenkově nesmírně zhuštěné a skvělé i slovní formou. Další italské dílo, Bettiho *Corso di Istituzioni, Il processo* 1931, nyní součást jeho díla *Diritto romano*, 1935, st. 433—682 s bohatým aparát bibliografickým, vyniká mimořádně po stránce konstruktivní: Betti, nadaný stejně smyslem pro právní historii jako pro problémy moderní právní dogmatiky zdůrazňuje se vzácným porozuměním juristicky specifické znaky římského procesu a odděluje od nich elementy ryze antikvární. Ve svých abstrakcích jde však Betti někdy tuze daleko. Konstruktivně zajímavé jsou také procesní studie Biondiho.

Z učebnic procesu jest uvést dále zajímavé Giffardovy *Leçons de procédure civile romaine*, 1932 a uvedené již krásné vyličení Girardovo. Podrobné systematické zpracování nejstaršího procesu obsahují Jobbé-Duvalovy *Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, 1896.

Třebaže již staršího data, jsou stále poutavé i poučné přednášky V. Scialoji, *Esercizio e difesa di diritti, Procedura civ. romana*, 1894.

Krásná vyličení procesu obsahují i některé proslulé učebnice a systémy. Tak Bonfantova *Storia del diritto romano* (posl. vyd. francouzské z r. 1928), Rabelovy *Grundzüge* 1915, De Francisciho *Storia I*, 1926, Arangio Ruizovy *Istituzioni*, 1927, Buckland, *Text-book of roman law*, 1921, Czyhlarz-San Nicolò, *Lehrbuch d. Institutionen*, 1924, Mayr, *R. Rechtsgeschichte*, 1912—1913. Zásadního významu pro klasický proces je konečně Riccobonovo geniální vyličení praetorských prostředků procesních, jako zas vděčíme objevům téhož badatele za správné pochopení poklasické soudní praxe. Srovn. *Corso di diritto romano*, 1933—1934. La prassi nel periodo postclassico, 1934, *Atti d. Congresso internaz.*

Z české literatury srovn. vedle Heyrovského *Dějiny a systému* poutavé vyličení procesu ve Vančurově *Úvodu do studia s. p. řim.*, 1923, a přesné výklady Sommerovy, kriticky uplatňující výsledky nového badání (*Učebnice s. p. ř. I*, 1933).

K hlubšímu poznání římského procesu přispěla i badání papyrologická. Uvádím tu aspoň díla základní: Mitteisovy geniální *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, 1912, a instruktivní Meyerovy *Jur. Papyri*, 1920.

Na proces justiniánský se omezuje kniha Collinetova, *La procédure par libelle*, 1932. Znamení kritik textů i znalec práva byzantského, jímž je Collinet, vnesl mnoho světla do záhad tohoto procesu; neboť ku podivu právě proces justiniánský je pln záhad. Metodicky pevné, jednoduché dílo Collinetovo přináší ovšem vedle výsledků přesných a jistých nebo aspoň pravděpodobných i hypotézy, ne zcela přesvědčivé.

Ze starých, dnes ovšem namnoze zastaralých systémů římského procesu by bylo uvést aspoň dílo Bethmanna Hollwega *Der röm. Civilprocess*,

1864—1866, Kellerův *Der röm. Civilprocess und die Actionen*, 1871, Bekkerovy *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, 1871, a Baronovy *Abhandlungen aus dem römischen Civilprozess*, 1881. Důležitými pro poznání ř. procesu jsou z velké části i dnes spisy Eiseleho (na př. *Abhandlungen z. r. Z.-P.* 1889).

K názornému poznání republikánského procesu velmi poslouží Costovo dílo Cicerone *giureconsulto*, III. *Il processo civile*, 1917.

K hlubšímu vniknutí do procesu také nesmírně napomáhá studium Seckelova-Heymannova *Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts*, 1907, jehož jednotlivá hesla procesní (*iudicium*, *formula*, *exceptio* atd.) obsahují krásný a kriticky rozříděný aparát pramenů. A konečně zvláštní pozornosti při studiu procesu zasluhuje textový soubor Sommerův (*Texty ke studiu soukromého práva římského*, Praha 1932); ze studia této sbírky lze krásně seznati vztah mezi praetorským ediktem a procesem, ale nadto — poněvadž kniha není jen publikací ediktu, nýbrž i výběrem římské literatury k jednotlivým titulům ediktu — funkci jurisprudence, což je pro normativní chápání římského práva veledůležité.

§ 2. Základní pojmy a obraz vývoje.

1. Ústřední princip: oddělení jurisdikce od nalézání práva. — 2. Základní struktura: rozdělení na řízení *in iure* a řízení *apud iudicem*. — 3. Počátky procesu. — 4. Jurisdikce, zvláště *actionem dare a iudicem dare*. — 5. Ustavení sporu jako iniciativní činnost stran a magistrátské schválení. — 6. Římské pojetí součinnosti stran. — 7. Co následuje po ustavení sporu. — 8. Dnešní žaloba a římské *actiones*. — 9. Materiální a procesní význam *actionis*. — 10. Základní ráz klasického procesu. — 11. Proces poklasický a justiniánský.

1. Ústředním principem, z něhož pak vychází podrobná úprava klasického procesu římského, jest oddělení činnosti judikační od jurisdikce. Pouze jurisdikce spadá do oboru státní činnosti ve výkonu spravedlnosti, činnost judikační, nalézání práva v konkrétním sporném poměru náleží soukromému občanu jako porotci, *iudex privatus*. Státnímu orgánu jako nositeli jurisdikce nenáleží rozhodování sporů (*ius dicere* nemá tedy tento význam, který by ze slov konečně vyplýval), nýbrž jen organisování soudnictví, zabezpečení řádného soudu v konkrétním případě. Nositeli jurisdikce, tedy v době republiky především praetorovi, náleží řada činností, jejichž společným cílem je to, aby na žalobu jednoho proti druhému byl mezi spornými stranami právně ustaven sporný poměr a aby byl k jeho rozhodnutí — neboť žalobce tvrdí to a to, ale žalovaný popírá — dosazen spoluobčan důvěry stran jako *iudex privatus*, tedy stručně řečeno, *iudices litigantibus dare* (D 2, 1, 1). Rozhodnutí sporu je vyhrazeno dosazenému soudci.¹⁾

¹⁾ Uvedenému věcnému rozeznávání mezi magistrátským *ius dicere* a soudcovým nalézáním práva neodpovídá, aspoň v době starší, přesná, ostře proti sobě postavená

Je tedy ve výkonu spravedlnosti podle římského uspořádání velmi silně zastoupen laický, neúřednický živel občanský (arciť podle dobré římské tradice živel ve velké většině znalý práva i všeho, co vyžaduje odpovědné rozhodnutí sporu).

2. Pro strukturu procesu pak z toho vyplývá nejzákladnější znak: řízení se rozděluje na dvě období, řízení před praetorem nebo jiným nositelem jurisdikce (řízení *in iure*), směřující k právnímu ustavení sporu a k dosazení soukromého soudce, a řízení před soudcem (*apud iudicem*), směřující k vyšetření věci a k rozhodnutí. Na tomto základě je vybudován jak starý, tak klasický proces římský.

3. Uvedená základní idea římského procesu je zajímavá a významná i s hlediska vývoje římského procesu.¹⁾ Ukazuje přímo jeho počátky. Nejstarší, ještě hodně nedokonalý proces je samozřejmě reakcí státu proti pradávnému primitivnímu uplatňování práv, proti svépomoci. Tento smysl nejstaršího procesu se ozývá ještě v symbolech a formách legisakcí. Zajímavé je však, že stát reaguje proti svémocnému uplatňování práv, jehož nemůže trpěti v zájmu občanského míru, ne tak, že by dosadil namísto něho státní výkon spravedlnosti, nýbrž jen tak, že odkazuje sporné strany, aby se podrobily rozhodnutí spoluobčana jako rozhodčího. Zakazuje věřiteli svémocný výkon práva, ale zabezpečuje mu možnost rozhodnutí věci rozhodčím i přes odpor dlužníkův a ponechává mu pak výkon tohoto rozhodnutí, arci za šetření předepsaných forem a modalit.

Tím je dána historicky základní pozice státu ve výkonu justice. V dalším vývoji státní jurisdikce stále více roste. Vznikají případy, kdy praetor „*principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit*“. Stále rostoucí vliv praetorův na právní ustavení sporu, zvláště na formulaci žalobní formule, právního to vymezení sporu, závazného pro soudce, znamená mohutnění státní autority ve výkonu spravedlnosti. Vzpomeňme zde aspoň ještě toho, že stát cele organisuje výkon rozsudku porotcova univerzální exekucí majetkovou. Přes to vše oddělení jurisdikce (úkol státu) a judikace (úkol soukromého porotce) zůstává stěžejním pilířem římského procesu po celou dobu klasickou. Teprve v době poklasické se stává uvedené rozdělení procesu a rozlišování jurisdikce a judikace stále více

terminologie, a to proto, že slovo *iudicare*, *iudicatio* není omezeno na činnost soudcovskou, nýbrž někdy je ho užito i pro činnost jurisdikční. V klasické době je však užívání kontrastní terminologie *ius dicere*–*iudicare* mnohem důslednější. Srovn. Wlassak, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, 1921, st. 58, 182. K pojmům jurisdikce a judikace srovn. dále Mario Lauria, *Iurisdictio*, Studi Bonfante, II., 1930. Sommer, *Prameny s. práva římského*, 1932 a *Učebnice s. p. ř.*, I, 1933 (*iurisdictio*). O jurisdikci s hlediska ústavního a o jejím vztahu k pramenům práva lze jednat jen ve výkladech o řím. pramenech.

¹⁾ Viz Bonfante, *Histoire du droit romain*, I., 1928, st. 168 a n.

pouhou fikcí. Se zbyrokratisováním celé říše nebylo také více místa pro silnou účast živilu laického v soudnictví. Tvoří se úřednický proces, vedený soudcem úředníkem od začátku až do konce.

4. Vraťme se k základnímu rozdělení římského procesu. Bylo řečeno, že praetorova jurisdikce se týkala právního ustavení sporu a dosazení porotce. Z technického označení této jurisdikční činnosti, *actionem dare*, *iudicem dare*, by se zdálo vyplývat, že to byl sám praetor, který po přednesení věci stranami právně formuloval spor a dosazoval soudce. A skutečně také bylo dříve zastáváno mínění, že byla takto dominantní, iniciativní činnost římského praetora po zavedení klasického procesu formulového, kdy praetor po přednesení věci stranami vydával soudci instrukci, za jakých podmínek má žalovaného odsouditi, za jakých osvoboditi. Než novým bádáním, hlavně Wlassakovým, bylo zjištěno, že činnost praetorova, týkající se právního ustavení sporu, byla jen kooperací s činností stran, a to stejně v starém procesu legisakčním jako v procesu formulovém, že naopak iniciativa náležela stranám, opírajícím se po případě o autoritu některého pravoznalce, a praetorovo *dare actionem* bylo jen povolením k ustavení pře podle určitého právního modu, stranami navrženého.

5. V čem spočívalo právní ustavení sporu? Forma ustavení byla různá jednak ve starém procesu legisakčním, jednak v klasickém procesu formulovém. Zdůrazňujeme opět, že v obou procesech se ustavení dalo oboustrannými úkony žalobce i žalovaného podle právního modu, praetorem schváleného. Termínem technickým pro ustavení sporu je *litis contestatio* podle toho, že musili býti, aspoň s počátku, přítomni svědci. V starém procesu legisakčním se provádělo formální ustavení pře přesně stanovenými slovními formulami, odvozenými ze zákona, tedy *per legis actiones*, jež pronášely strany, a potvrzujícím projevem praetorovým, obsahujícím některé ze solemních slov, *do*, *dico*, *addico*; nato došlo k jmenování soudce, přijatého stranami. V procesu formulovém se dalo právní ustavení pře tím, že žalobce odevzdával žalobní formuli, kterou byl navrhl a kterou praetor (eventuálně po pozměnění nebo doplnění) schválil (*actionem*, *iudicium dare*) žalovanému, který ji přijal, souhlase tak s tím, aby procesní program v ní obsažený byl předmětem soudcova rozhodnutí; v čele formule bylo uvedeno jméno soudce, na němž se strany shodly a jež praetor schválil.

Je tedy ustavení pře převážně činností stran. Strany pronášejí legisakční formule a magistrat jen připojuje svá solemní slova. Ve formulovém procesu magistrat dokonce jen asistuje tomu, že žalobce žalovanému *formulam (iudicium) edit* a ten *formulam accipit*. Ale bez ingerence praetorovy by ani zde k ustavení sporu nedošlo. Neboť nezbytnou podmínkou toho, aby strany mohly takto formálně provést litiskontestaci, aby bylo jmeno-

vitě provedeno odevzdání a přijetí formule, bylo, aby praetor povolil litiskontestaci podle toho nebo onoho zákonného modu, podle té nebo oné formule (*actionem dare*). Byly-li právní překážky, mohl praetor povolení odepřít, *actionem denegare*.

Z uvedeného líčení vyplývá, že bylo právní ustavení sporu ve skutečnosti výsledkem spolupráce stran i praetora. Uvážíme-li, že faktor, který měl iniciativu, totiž strany, býval v složitějších nebo ještě dosti nevyzkoušených případech podpírán dobrozdáním věhlasných právníků, a že faktor, spor povolující, totiž praetor, jednak býval školeným právníkem, jednak si mohl často vyžádati dobré zdání poradního sboru právníckého, je jasné, že tato součinnost na právním fundování sporu jistě byla s hlediska právního života nesmírně plodná.

6. Zbývalo by jen vysvětliti ještě jednu podrobnost: jak to, že faktorem iniciativy pro formální ustavení římského procesu jsou strany, obě strany?

Rozumí se, že první iniciativa k procesu vychází právě jen od jedné strany, od žalobce. Ten *agit*, je *actor*. Vystupuje soudně proti určitému žalovanému; on sám *postulat actionem*, pokud nejde o výjimečná *iudicia dupplicia*. Než již mluvnický je zajímavý, že Římané k vyjádření vztahu mezi oběma procesními stranami, který je přece vztahem přirozené oposice, užívají ne předložky *contra*, nýbrž předložky *cum* (*agere cum aliquo, cum quo agitur*). Již to může býti vodítkem k pochopení zvláštní římské koncepce: žalovaný sice popírá tvrzení žalobcovy, v tom je onen poměr oposice, ale chce-li se opravdu řádně hájiti, musí přistoupiti k iniciativě žalobcově a s ním spolupůsobiti k ustavení soudu ve věci, o níž je právě mezi nimi spor. Nechce-li býti *indefensus*, musí žalovaný souhlasiti s ustavením soudu způsobem od žalobce navrženým a magistrátem předem povoleným. A právě vzájemné přednášení slov legisakčních (starý proces) resp. přijetí schválené žalobní formule, žalobcem mu odevzdané (proces formulový), je formální manifestací tohoto souhlasu. Jinými slovy: v litiskontestaci, jak je zvláště dobře viděti ve formulovém *iudicium edere* a *iudicium accipere*, je obsažen element dohody; litiskontestací činí procesní strany dohodu, že o té a té věci tak a tak právně formulované má býti vydáno soudcem rozhodnutí. Římané výslovně mluví o kontraktu procesním (*iudicio contra-here*, D 15, 1, 3, 11), jež právně-dogmaticky s oblibou srovnávají s kontraktem stipulačním.¹⁾

¹⁾ Dogmatická konstrukce litiskontestace jako kontraktu, napodobeného stipulaci, která s jiného hlediska vede také k pojmu *novatio necessaria* (srovn. Vážný, Římské právo obligační, II, 1927, str. 31), nezastírá s druhé strany nikdy římským právníkům výhled na praktickou procesní stránku věci. Dovedou se přenést přes tuto kontraktní teorii, kdykoliv by vedla k důsledkům prakticky povážlivým. Nemají ani nejmenší pochybnosti, že kdežto při novační stipulaci přechází do nového poměru jenom to, quod praesenti die debetur, přechází do procesní obligace etiam futurum, tedy na př. další úroky a pod. Srovn.

7. Ustavením sporu, zahrnujíc v to i jmenování a přijetí soudce, je projednání stran *in iure* skončeno: strany se podrobily neodvolatelně výroku přijatého soudce o svém právním poměru, jak byl litiskontestací přesně právnícky postaven. Než pro magistrata nebyla věc ještě vyřízena. On musil zpravit zvoleného soudce o občanské funkci na něho přenesené a naříditi mu, aby se soudcovské činnosti ujal přesně podle procesního programu, litiskontestací vytčeného (*iussum iudicandi*). Tím byl i soudce zavázán právní případ vyšetřiti a podle norem litiskontestací vytčených rozhodnouti. Nastal druhý oddíl procesu, řízení *apud iudicem*, jež se ukončilo rozsudkem (*sententia*).

Z uvedeného výkladu vyplývá, že římská úprava soudního uplatňování práv počítá:

1. s činností stran, především s iniciativou žalobcovou, se součinností žalovaného, který sice popírá, ale současně bez prejudice o otázce, kdo má pravdu, přistupuje k akci žalobcově,

2. se součinností praetorovou, který nehledíc k samozřejmému právu bdíti nad pořádkem projednání je povolán, aby potvrdil projednání stran jako případ procesní, odpovídající v každém ohledu, osobním i věcném, občanskému řádu, a zabezpečil jeho rozhodnutí,

3. s nalézací činností zvoleného soudce.

8. Poznavše v nejzákladnějších rysech postup římského procesu (mluvíme o *ordo iudiciorum privatorum*,¹⁾ kdežto výjimečné klasické případy ryze úřednického procesu jsou řízením *extra ordinem*), věnujme se nyní otázce, v jakém vztahu je proces k právu hmotnému.

Základní koncepce novodobého práva je ta: právní řád, a to ten jeho úsek, který upravuje soukromé vztahy občanů, tedy hmotné právo občanské, stanoví abstraktními normami vznik práv a povinností, jinak řečeno, ve způsobu abstraktního normativního úsudku navazuje na jednotlivé skut-

D 45, 1, 76, 1. Je jim jasné, že nezanikají litiskontestací privilegia causae. Viz D 46, 2, 29, fragment, který je i teoreticky zajímavě formulován právě s našeho hlediska: *aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti multa exempla ostendunt. perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur . . . quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriore causam nostram facimus actionem exercentes . . .* Právník Paulus srovnává novační stipulaci s litiskontestací, konstruovanou teoreticky jako kontrakt (*iudicium acceptum* je vyjádřeno s hlediska druhé strany, žalovaného, nemůže býti výrazněji vyjádřena kontraktní konstrukce litiskontestace). Stanoví ty a ty praktické rozdíly, k jejichž odůvodnění je nucen opustiti kontraktní teorii litiskontestace a motivovati praktickou funkci litiskontestace, připustiti, že prakticky dochází k ustavení sporu z iniciativy samého žalobce (*actionem exercentes deteriore causam nostram non facimus — actionem exercentes vyjadřuje jednostranné hledisko žalobcovy, jednostrannost iniciativy žalobní*). Podobný přechod od kontraktní teorie litiskontestace k praktické myšlence žalobcovy výlučné iniciativy nalézáme v D 12, 2, 8: srovn. *lis contestata* s hlediska dvoustrannosti aktu a *diligentior* s hlediska samého žalobce jako iniciátora řízení.

¹⁾ K terminologii srovn. na př. C 7, 45, 4; Gaius, 4, 161 a *contr.* Srovn. dále Wenger, Zivilprozess 27.

kové podstaty určité povinnosti. K soudnímu uplatnění těchto povinností, nebo chceme-li to vyjádřit podle pozitivního práva (§ 226 ns. c. ř. s.), těchto nároků poskytuje právní řád oprávněnému obecný právní prostředek, žalobu.

Základní pojetí práva římského je jiné. Kdežto novodobé právo operuje s obecným pojmem žaloby, sloužícím k uplatnění jakéhokoli soukromého nároku, operuje právo římské především s jednotlivými, typickými, ostře od sebe oddělenými *actiones*. Podle dnešního práva je žaloba stejně prostředkem k uplatnění nároku na zaplacení tržové ceny, jako nároku na vrácení zápůjčky, vydání deposita, odškodnění z deliktu atd. Proti tomu římská *actio venditi* na zaplacení tržní ceny je naprosto neupotřebitelná, jak ostatně již pojmenování ukazuje, k vydobytí zápůjčky (tu nutno vymáhati *actione certae creditae pecuniae*), k vrácení deposita (*actio depositi*) atd. Z toho vyplývá odlišný postoj jednotlivých právních činitelů k právu. Zkoumání určitého právního případu je dnes konec konců otázkou, zda lze vyvodit z daného případu subsumpci pod abstraktní zákonnou skutkovou podstatu nějakou povinnost. V právu římském, i když vylíčená operace je rovněž tam významná, se analýza jednotlivého případu vyhrocuje v další specifickou otázku: jaká *actio* může být uplatněna.

9. Tím jsme před otázkou, jaký má význam *actio*.

Právě bylo řečeno, že v právu římském analýza právního případu, a dodejme případu procesně ještě nedotčeného, má za své těžiště otázku, jaké žaloby by mohlo být použito a přísluší-li za udaného stavu. Tedy úsudek, že z určitého poměru plyne ta a ta povinnost, je rovnoběžný s úsudkem, že z něho plyne ta a ta *actio*. Tím je dáno, že *actio* je rovnoběžným pojmem s pojmem povinnosti nebo s druhé strany s pojmem nároku. A opravdu vyjadřují Římané představu, že v daném případě vzniká povinnost, závazek, slovy, že dotyčná osoba *actione tenetur*, *actionem patitur* atd., a též vztah vyjadřují vzhledem k druhé straně, aktivnímu subjektu, slovy *actionem habet*, *actio ei competit* atd. U t. zv. praetorských závazků je dokonce takovéto vyjadřování představy povinnosti konstantní; představu civilního závazku vyjadřují Římané někdy s hlediska procesního (*actio est* a podobné varianty), jindy s hlediska samého právního poměru, *obligatio*, *debitum oritur, est; obligatio contrahitur*.¹⁾ Tedy *actio* splývá

¹⁾ Z nesčíslných dokladů srovn. na př. Paulovu formulaci závazků ze smlouvy tržové: a neutra parte obligatio contrahitur . . . non obligabitur venditor . . . utrimque obligatio contrahitur (D 18, 1, 34, 3) ex empto est actio (D 19, 1, 2, pr.). Jak bylo výše řečeno, praetorské závazky vyjadřují Římané konstantně a důsledně jen s hlediska proponované *actio*. To souvisí také s tím, že zavazovací skutečnosti práva praetorského nejsou teoreticky pramenem obligace, nýbrž jen vzniku *actionis*. Ale ani to není bezvýjimečné. Tak se užívá termínu *obligatio* o praetorských závazcích na př. v D 14, 3, 1; fr. 7, § 2, fr. 5 § 11. D 15, 1, 3, 3. O praetorských závazcích se užívá též termínu *actione praetoria obligari*, *edicto teneri*. Pravidelná ovšem terminologie pro ideu praetorské povinnosti

s povinností, s nárokem samým, vyjadřuje jej. To je hmotně-právní význam slova *actio*, který prostupuje celý systém soukromého práva římského.

Nám však jde především o to, jaký je procesní význam pojmu *actio*. Zde je vodítkem slovo samo: *actio*, *agere*. *Actio* tu znamená procesní činnost (obou stran, jak vyplývá z *agere cum aliquo*), již se určitý právní poměr (*res, lis*) definitivně převádí v procesní poměr (*res in iudicium deducitur*),¹⁾ z něhož vyjde, prokáže-li se tvrzení žalobcovu, vyšší norma, *iudicatum*. Zdůraznění sluší, že *actio*, *agere* je teprve litiskontestační a tudíž neodvolatelná činnost stran. Předchozí procesní jednání stran, jmenovitě žalobcovu, od něhož přece vychází první iniciativa, není ještě *actio*, *agere*; prameny, pokud chtějí vyjádřit tuto jen přípravnou činnost žalobcovu, precisují to slovy, že žalobce *acturus est*. Přípravné projednání může žalobce odvolati bez jakékoliv újmy; shledá třeba, že uplatňuje nárok předčasně, tudíž může *differre actionem* (Gaius 4, 123), což neznamena vzít zpět žalobu, neboť *actio* se ještě neuskutečnila, nýbrž odložití zamýšlenou *actio* na pozdější dobu.

To, co bylo právě uvedeno, nám otvírá cestu k seznání, je-li římská *actio* obdobným pojmem jako naše žaloba.

Není pochyby, že je mezi oběma pojmy dosti podobnosti, zvláště s praktického hlediska. Jako nemůže dojít k procesu bez žaloby, stejně i procesní *actio* byla podmínkou procesu před soudcem. Ale naše žaloba je výlučně aktem iniciativy žalobcovy, římská *actio*, i když nelze prakticky iniciativní činnost žalobcovu popřít, je formálně výsledkem spolupráce obou stran. Není tedy zásadně možné zpětné vzetí žaloby. A organicky z toho plyne norma *bis de eadem re ne sit actio*.

Slovo *actio* však nemá jen uvedený procesní význam litiskontestační činnosti stran. Znamená dále i ten prostředek, jenž slouží k ustavení sporu, tedy zákonné ústní formule v starém procesu (*legis actiones*, *litigare per*

je *actione teneri*. A tu je otázka: lze vůbec onen předprocesní poměr, z něhož vzniká praetorský závazek, pojímati za poměr právní, lze vůbec mluvit o nějakém právu praetorském, jež by bylo logickým prius povolení *actionis*? Tuto otázku si klade nejnověji Biondi ve své duchaplné a velkolepě koncipované studii *Diritto e processo nella legislazione Giustiniana*, Conferenze per il XIV cent. d. Pandette, 1931. Autor vylučuje vůbec možnost předprocesní normy praetorské, ježto prý vše záleželo na tom, zda praetor v daném případě žalobu udělí. Při tom však Biondi přezírá, že římskými juristy byly poměry práva praetorského logicky a systematicky včleněny do celkového právního občanského řádu; že vyslovující normativní úsudek *actio est* danda, *actionem praetor dare debet* a pod. juristé jasně vyslovují, že jde o normu, ovšem proti zákonné civilní normě o normu této civilní logicky podřízenou. Ostatně nepovažují za možnou ani tu tesi (jež je základem jeho spisu), že klasická *actio* se vůbec nejeví jako prostředek ochrany práva (civilního), naopak že se sama jeví jako pramen práva; ono pojetí že vystupuje teprve u žaloby práva justiniánského. Spisy klasických právníků opětovně dokumentují, že *actio* je pojímána jako prostředek k uplatnění nároku; a že je kondemnace peněžní, nic pro to neznamena, neboť peněžní *litis aestimatio* činí *aequivalent* nesplněné prvotní povinnosti.

¹⁾ Za správné pochopení tohoto pojmu vděčíme Wlassakovi; srovn. již jeho spis z r. 1889 *Die Litiskontestation im Formularprozess*, st. 41 a n., st. 51 a n.

legisactiones), formule v klasickém procesu (*formula*, zvaná též *iudicium*).

A odtud je již jen krok k dalšímu významu slova *actio*. *Actio* znamená neuspokojený nárok. To je význam hmotně-právní, o němž jsme hned zpředu jednali. Jak již víme, vyskytuje se tento pojem *actionis* ve formulacích: *actio mihi competit, nascitur, amittitur* a pod. Přitom se nikdy nemíní: přísluší mi obecně žaloba, nýbrž, přísluší mi ta a ta určitá *actio*. Přesto nalézáme v pramenech také obecnější definici *actionis* v tomto smysle, zahrnující všechny *actiones in personam*: *actio nihil aliud est quam ius iudicio persequendi quod nobis debeat* (Celsus, D 44, 7, 51).¹⁾

10. Poznali jsme základní znaky civilního procesu římského: jeho rozdělení na dvě období, řízení *in iure* a řízení *apud iudicem*, s tím související silnou účast laického elementu občanského na soudnictví a převažující význam soukromé iniciativy na utváření procesu. Pro tyto znaky by bylo možno vyjádřit ráz římského procesu přirovnáním k řízení rozhodčímu. Neboť je-li podstatou rozhodčího, arbitrážního řízení to, že strany dohodou přenášejí svůj spor na zvoleného soudce, nalézáme tuto myšlenku vyjádřenu i v římském procesu. Ale přirovnání nesmíme pojímati doslovně, do všech důsledků. Jde spíše jen o obraz. Neboť římský proces obsahuje řadu dalších elementů, řekněme publicistických, jež jsou rozhodčímu řízení cizí. Je tu ingerence státního orgánu jurisdikce, jehož *dare actionem, dare iudicem, iudicari iubere* (abychom uvedli jen to nejhlavnější) je stejně rozhodující pro možnost sporu jako iniciativa stran. Tato dvojí tvářnost procesu, vzájemné působení elementů privatistických a publicistických, nejvíce vyjadřuje podstatu římského procesu.

11. Už bylo řečeno, že elementy publicistické ve vývoji římského procesu stále mohutněji ovšem na újmu významu soukromé iniciativy. Tento vývoj jde velmi rychle kupředu v době poklasické. Mizí (nejprve v provinciích, pak i v Římě) dosazování soudce stranami a tím jednak laický živel v soudnictví, jednak význam soukromé iniciativy na tak důležitou složku procesu; pomalu se dochází k principu, že pro rozhodování sporů je zákonem povolán „příslušný“ soud, příslušný soudce, rozumí se státní orgán. Mizí (za Konstantia) formule, římský typický způsob ustavení sporu podle určité formule, v ediktu proponované, a tím se i zbavuje své praegnantnosti římská *actio, litiscontestatio*, kteréž činnosti nyní odpovídá podání žalob-

¹⁾ O původnosti tohoto textu resp. jeho byzantské provenienci se vede ne zvlášť zdařilý spor, který v naší souvislosti nemůže být řešen. Srovn. na př. Betti, cit. d. 445 pozn. K interpretaci textu základní dílo Wlassak, *Actio* (Pauly-Wissowa Realenzyklop.). Není ovšem plodná metoda pokládati text za původní, pojetí tam obsažené však za odporující klasickému právu. Celsova definice zahrnuje *actiones in personam*, a to civilní i praetorské: arg. slovo *debetur*, neboť *debitum* zahrnuje jak civilní povinnosti (*dare, facere oportere*), tak praetorské.

ního spisu a doručení odpůrci, po případě začátek kontradiktorního jednání před soudcem. Publicistický ráz nového procesu se jeví od začátku (obeslání je nyní úřední proti starořímskému obeslání soukromému) až do konce (rozsudek není jen nálezem rozhodčího, nýbrž zákonným rozhodnutím příslušného soudce, jež může být přezkoumáno soudem vyšším). Tento poklasický a zvláště justiniánský proces je velmi blízký procesu novodobému, s nímž je v přímém vývojovém kontaktu.¹⁾

¹⁾ To velmi pěkně ukázal Biondi ve své studii *Intorno alla romanità del processo civile moderno*, *Bulletino* 42. Biondi však tuze přepíná vzdálenost procesu klasického od procesu moderního. Naopak soudím, že spousta procesních klasických zásad se dostala přes extraordinární kognici, ji částečně modifikována, do procesu novodobého. V některých podrobnostech pak je sám klasický proces bližší našim názorům než proces justiniánský; stačí proti sobě postavit zásadu volného oceňování důkazů u klasiků a zákonnou zásadu průvodní u Justiniána. Také bych nesoudil, že činnost římských juristů se nevztahovala na extraordinární kognici (jež právě obsahuje základy novodobého procesu); stačí ukázati na Ulpianovo zpracování otázky o příslušnosti soudů fideikomisárních.

DÍL I.

STARÝ PROCES A PROCES KLASICKÝ.

§ 3. Proces legisakční.

1. *Legis actiones*. — 2. *Iuris dictio*. — 3. Soukromé obeslání podle zákona XII t. — 4. Obecné podmínky ustavení sporu. — 5. Překážky. *Confessio*. *Indefense*. *Processus legisakce*. I. L. a. *sacramento*. a) *in rem*, b) *in personam*. Řízení apud iudicem. II. L. a. *per iudicis postulationem*. III. L. a. *per condictionem*. — 7. Exekuční legisakce. I. L. a. *per manus iniectionem*. *Manus iniectio iudicati*, *pro iudicato*, *pura*. II. L. a. *per pignoris capionem*. — 8. Doplněk legisakcí. *Agere per sponsionem*.

1. Civilní práva se zakládala v nejstarší době výlučně na zákoně a starém právním obyčeji. A tedy i způsob soudního jejich uplatňování byl založen výlučně na zákoně a starém obyčeji: jednalo se *per legis actiones*.

Ráz starých civilních norem se obrátil i v procesu. Jako byly staré normy formální, rigorosní, spojovaly účinky spíše s tím, *quod dictum est*, než se skutečnou vůlí stran, měly i legisakce přísně předepsaný formalismus slov i symbolů, jehož nedodržení, byť zdánlivě podřadné, vedlo k ztrátě procesu. Proslulý případ Gaiův: kdo chtěje žalovati pro pořezání révy žaloval *de vitibus succisis*, ztratil při, protože procesní formalismus vyžadoval dodržeti slova zákona a tedy žalovati *de arboribus succisis*.¹⁾ Tento formalismus, vyhovující době primitivní, se později rozvojem životního řádu jevil stále více neživotnou ztrnulostí, i byl proto kritisován, ironisován, jako Cicero-*nom* (v řeči *Pro Murena*).²⁾

Z legisakcí se vlastního procesu týkaly tři: *legis actio sacramento*, *per iudicis arbitrive postulationem*, *per condictionem*, první obecná, druhé dvě speciální. Civilní formalismus se vztahoval na ustavení sporu. Před praetorem měli žalobce svůj nárok, žalovaný svůj odpor formulovati nezměnitelnými zákonnými slovy, eventuálně vyjádřiti i symboly; i praetorovo spolupůsobení při ustavení sporu bylo vázáno nezměnitelnými formami. Takto byl spor ustaven před svědky (*litis contestatio*) a v rámci tohoto ustavení

¹⁾ *Actiones*, quas in usu veteres habuerunt, *legis actiones* appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vitis nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competere, generaliter de arboribus succisis loqueretur. Gaius 4, 11.

²⁾ Pro Murena XII, 26. Popisuje posměšně průpovědi, pronášené při legisakci sacramento, Cicero praví: haec iam tum apud illos barbato ridicula, credo, videbantur.

vynesl soudce, na něhož byly nyní strany odkázány, rozsudek. Smysl primitivního procesu je ten: stát nechce, aby občané vyřizovali své spory svépomocí; zjistí-li nositel iurisdikce, praetor, že mezi stranami je spor o právo a povinnost, civilně uznané, odkazuje je před rozhodčího, jehož nálezu se musí podrobiti.¹⁾ Nesplnil-li výrok rozhodčího ten, proti němuž byl vydán, byl vítězný žalobce legitimován k svémocnému uplatnění rozsudku: mohl se zmocniti dlužníka. Musil arci postupovati předepsanou formou, *legis actio per manus iniectionem*, kteráž tedy upravuje řízení exekuční, třebaže by výjimečně mohla vésti i k novému sporu. Rovněž legisakce *per pignoris capionem* měla funkci exekuční.

2. Vznikl-li tedy mezi občany spor, musil býti nejprve formálně ustaven před nositelem státní moci iurisdikční. Jím byl v době královské zajisté král, po pádu království konsulové a od roku 367 př. Kr. praetor (*urbanus*), zastupovaný později ve význačnějších městech italských praefecty (*iuri dicundo*); nižší soudní kompetenci měli i obecní magistrátové. V provinciích příslušelo *ius dicere* — mezi občany asi ve formách legisakce — místodržícím. Obě strany se tedy musily dostaviti před úřadujícího soudního magistrata (v Římě na forum před praetora, zasedajícího na vyvýšeném křesle, *pro tribunali*), a to v čase pro úřední jednání určeném, t. j. o t. zv. *dies fasti*, po případě i o t. zv. *dies comitiales*, když totiž právě nezasedala comitia.²⁾

3. Do právní organizace soudnictví nespadá úřední obeslání žalovaného nebo vůbec jakákoli právní garancie jeho dostavení před magistrata. Obeslání žalovaného (*in ius vocatio*) je naprosto věcí žalobcovou. A poněvadž na zdaru této žalobcovy činnosti závisí vůbec možnost procesu, chápeme, že mu primitivní právo dovoluje překonati odpor žalovaného i násilným jeho předvedením před magistrata. Zákon XII tabulí stanoví povinnost dostaviti se před soud (*si in ius vocat, ito* — vůbec první ustanovení tohoto zákona) a dovoluje obeslajícimu, když byl před svědky zjistil protivníky

¹⁾ Viz Schönbauer, Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht, kde se kriticky rozebírá námět Düllův, že východiskem procesu je idea smíru, udobření. Z. Sav. St. 52, 1932.

²⁾ O dies nefasti se tedy nemohlo „lege agere“, praetor nemohl prosloviti žádného z legálních sollemních slov (*do, dico, addico*), nezbytných k provedení legisakce. Viz Festus VI, 30: contrarii horum vocantur dies nefasti, per quos dies „nefas fari“ praetorem: „do, dico, addico“. Itaque non potest agi: necesse est aliquo uti verbo, cum lege quid peragitur. K významu sollemních slov viz Wlassak, Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren, Z. Sav. St. 25, 1904 a 28, 1907. K republikánské organizaci soudní vůbec Girard, Histoire de l'organisation judiciaire des Romains, 1901. — Magistrat, mající iurisdikci, měl právo tuto iurisdikci přenést na jiného mandátem, *iurisdicatio mandata*. O tom Heyrovský, Studie k c. p. ř. I., Sborník v. práv. a st. 11, 1911. K rozeznávání mezi *iurisdicatio contentiosa* a *voluntaria* (D 1, 16, 2) viz kritickou studii Solazziho, Archivio giuridico, 1927.

odpor, vložiti naň ruku a násilně odvésti před praetora.¹⁾ Z tohoto zákonného principu byly stanoveny četné výjimky i omezení vzhledem k stavu osobnímu nebo místu obeslání podrobnými „prováděcími předpisy“ (srovn. prameny, zvl. D 2, 4). Jen jedním se mohl vocatus osvoboditi, postavil-li za sebe přiměřeného garanta (*vindex*).²⁾

4. Před soudním magistratem měly býti zjištěny zákonné předpoklady pře. Musilo býti předem jisté, že jde o spor svéprávných římských občanů.³⁾ Dále že se uplatňovaný nárok zakládá na civilním právu. Žalobce prohlásil, jaký nárok uplatňuje (*editio actionis*). Nebylo-li osobních nebo věcných předpokladů řádného sporu, odmítl magistrat své účastenství (*denegatio actionis*).⁴⁾ Žalovaný, zpravený o předmětu sporu, mohl žádati odložení soudního roku, aby se o věci lépe poučil; tu ale musil dáti *vadimonium*, t. j. postavit vhodného garanta, *vades*, na záruku, že se dostaví k opětnému projednání *in ius*.

Vlastní ustavení sporu se dalo jedním z *modi lege agendi*.

Tyto *modi* jako zákonné formy vlastního procesu byly tři: *legis actio sacramento*, *legis actio per iudicis postulationem*, *l. a. per conditionem*. Formy zákonného řízení, u jednotlivých způsobů různé, sloužily k tomu, aby způsobem jasným, zevně srozumitelným bylo konstatováno navzájem si odporující stanovisko stran k předmětu sporu a z toho plynoucí jejich souhlasné podrobení výroku porotce.

Tedy první podmínkou sporu je vzájemně protichůdné stanovisko stran k předmětu sporu. Proti žalobcovu „petere“ je žalovaného „infitiari“.⁵⁾ Žalobce tvrdí povinnost žalovaného, žalovaný povinnost popírá, anebo jde-li o žalobu vlastnickou, žalobce vindikuje věc jako svou, žalovaný popírá právo žalobcovo, vindikuje věc rovněž jako svou. Bez tohoto kontradiktorního

¹⁾ 1. Si in ius vocat, ito. Ni it, antestamino: igitur eum capito. 2. Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito. 3. Si morbus, aevitas vitium escit, qui in ius vocabit, iumentum dato (Lex XII tabularum, tab. I).

²⁾ L. XII tab., tab. I. 4. Adsiduo vindex adsiduus esto; proletario (iam civi) quis volet vindex esto. Viz Gaius, lib. I. ad l. XII tab. D 2, 4, 22, 1: qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis eius personam defendet, et si, dum in ius venit, de re transactum fuerit. K výrazům adsiduus, proletarius v zák. XII tab. viz Festus, De verborum significatu a Nonnius Marcellus, De compendiosa doctrina per lit. (Bruns, Fontes iuris Romani antiqui); obvykle se vykládá adsiduus jako locuples; proletarii dicti sunt plebei, qui nihil rei publicae exhibeant, sed tantum prolem sufficient. — K původní funkci starodávného vindika Düll, Vom vindex zum iudex, Z. Sav. St. 54, 1934 a 55, 1935.

³⁾ O peregrinech v legisakcích viz Heyrovský, Studie k c. procesu ř. II. Vyloučení peregrinů z legisakcí, Sborník věd práv. a st. 11, 1911.

⁴⁾ Zvláště mohl odepřít magistrát své účastenství na legisakci, vymáhal-li žalobce nárok proti normě zákona, který byl lex imperfecta, jako byl lex Plaetoria. Viz o tom Heyrovský, Studie k c. procesu ř., Denegatio actionis v ř. legisakčním, Sborník věd práv. a st. 13, 1913.

⁵⁾ Na př. Varro, L. lat. V, 35, 180: qui petebat et qui infitiebatur. Srovn. též D 10, 2, 44.

ního projevu obou stran nemůže dojít k dalšímu jednání. V jakých formách se ty projevy měly dít, uvidíme při jednotlivých legisakcích. Co však nastane, když žalovaný svůj projev odporu neučiní?

5. Bylo především možné, že místo odporu učinil žalovaný projev souhlasu s tvrzením žalobcovým. Takový disposiční projev žalovaného, uznání žalobního nároku, *confessio*, samozřejmě způsobil konec procesu. Při žalobách vlastnických, když žalobce věc vindikoval a žalovaný po praetorově otázce *an contravindicet* prohlásil svůj souhlas s vindikací žalobcovou, přikl praetor žalobci vlastnictví (*in iure cessio*). Při žalobách obligačních, založených na žalobcově tvrzení *aio te mihi sesterciorum tot milia dare oportere*, způsobuje doznání žalovaného *aio me tibi sesterciorum tot milia dare oportere* vznik exekučního nároku. Jestliže ovšem zněl primární nárok na jiné věci než na peníze, bylo třeba po doznání určití výši doznané povinnosti v penězích (sloužilo k tomu asi zvláštní řízení *arbitrium litis aestimandae*).

Bylo však možné, že žalovaný neučinil ani projev doznání, ani projev odporu, neučinil projev žádný. Ani tu logicky nemohlo dojít k dalšímu procesu, ale bylo nutno se vyrovnati s tím, že to byl žalovaný, který takto zmařil proces. Právní řád, který připouští pouze takový proces, na němž spolupůsobí obě strany, musí mítí zajisté prostředky, jimiž by se stala neškodnou svévolná nečinnost žalovaného, obstruující proces. Tyto prostředky byly různé podle toho, bylo-li žalováno věcnou žalobou, na př. reivindikací, nebo osobní žalobou *in personam*. Při vindikaci měla nečinnost žalovaného k praetorově otázce *an contravindicet* stejné účinky jako jeho výslovné doznání. Praetor přikl právo vindikujícímu žalobci. Přirozený následek toho, že žalobce věc vindikoval a žalovaný nevykonal vzájemnou vindikaci, ponechal věc jejímu osudu, opominul, jak praví Římané, *rem defendere*. Jinak tomu bylo při žalobách *in personam*. Žalobce tvrdí povinnost žalovaného a vyzývá jej k vzájemnému vyjádření; ten je nečinný. Tím by byl proces zmařen, a to ke škodě žalobce. Neboť zde nebylo místa pro něco obdobného, jako byla iniurecese u žalob *in rem*. Proto Římané stanovili povinnost žalovaného spolupůsobiti, se defendere, tedy buď doznati, nebo odporovati. Na žalovaného, který mařil proces, bylo možno na př. uvaliti vazbu.¹⁾

Když byl formálními projevy tvrzení a odporu konstatován opravdový spor, podrobovaly se strany dalšími projevy výroku soukromého porotce. Jakým způsobem se to dalo, poznáme při jednotlivých legisakcích. Zde nutno obecně předeslati toto. Původně (při legisakci *sacramento*, která je nejstarší) se strany nepodrobovaly výroku porotcovu přímo ve věci samé, nýbrž vznášely naň rozhodnutí věci jen nepřímou, jakousi oklikou. Strany, když pronesly svá kontrární tvrzení, se jaksi dovolaly božstva, skládajíc

¹⁾ Podrobněji bude jednáno o defenzní povinnosti v souvislosti s procesem formulovým.

peněžní sázku do chrámu a podrobující se tomu, že složený peníz ztratí, když sázku prohrají. Soudce měl rozhodnouti, kdo učinil sázku spravedlivou a kdo nespravedlivou, a tím ovšem jako praepjudiciální otázku musil rozhodnouti samu spornou věc; tedy přímo rozhodoval o sázce, o věci samé jen nepřímou. Proto pokrok znamenají další dvě legisakce. Tu již byl soudce povolán, aby přímo rozhodl spornou věc, aby žalovaného odsoudil nebo osvobodil. Odsouzení vedlo přímo k exekuci. Kdežto sentence soudcova v procesu *sacramento*, jsouc jen nálezem toho, jak dopadla sázka, nemohla býti přímo základem exekuce; k té se zde docházelo jen oklikou. Formálně pak jsou obě další legisakce úplně laickým procesem bez jakékoli spojitosti s náboženstvím. Jsou řízením lacinějším (nebylo zde třeba složití peníz sázky), nemají rizika další ztráty v případě prohry.

Třebaže není přímých dokladů, je pravděpodobné, že již v době legisakcí vydával praetor soudci judikační rozkaz, *iussum iudicandi*.¹⁾

6. Přistupme nyní k jednotlivým legisakcím, a to nejprve k procesním, pak k exekucním.²⁾

I. Legis actio sacramento.

Byla to obecná forma procesní, použitelná i jako žaloba věcná, jako vindikace věci, dědictví, otcovské moci i jako žaloba obligační, uplatňující civilní *dare oportere*. Strany, vyjádřivše *in iure* předepsanými zákonnými slovy a event. i symboly předmět sporu, tedy na př. vyjádřivše při vindikaci věci vzájemnou vindikaci slovy i symboly, vyzvaly se navzájem k t. zv. *sacramentum* určité peněžní sumy; soudce měl nalézt, kdo z nich peníz *sacramenta* ztrácí pro neoprávněné vedení sporu (*cuius sacramentum iniustum*), a tak rozhodl nepřímou i samu spornou věc. Původně snad bylo *sacramentum* přísahou. V historických dobách se jeví už jenom jako vsazení peněžité částky na oprávněnost žalobcova tvrzení a odpůrcova popírání; nejdříve se peníz hotově skládal, později jen zaručoval rukojmími (*praedes sacramenti*). Ten, kdo podle nálezu soudcova vsadil neprávem, ztrácel peníz *sacramenta* ve prospěch veřejný.³⁾ Peníz *sacramenta* činil ve sporech o hodnotě 1000 assů a více 500 assů, při nižší sporné částce a vedle toho vždy ve sporech o svobodu 50 assů (ve sporech o svobodu *favore libertatis, ne onerarentur adsertores*).

¹⁾ Wlassak, Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse, 1921.

²⁾ K literatuře vedle knih v předu uvedených viz Heyrovský, Proces §§ 18—22. Lévy-Bruhl, Le simulacre de combat dans le sacramentum in rem, Studi Bonfante, III. Viz Gai. IV. 13—30 a nově objevený fragment Gaiových Institucí o legisakci per iudicis postulationem a per conditionem (vydal a komentářem opatřil Arangio Ruiz, Pubblicazioni della Società italiana 1882), o němž je již značná literatura: Levy, Neue Bruchstücke aus d. Inst. d. Gaius, Z. Sav. St. 54, 1934, Collinet, Les nouveaux fragm. d. inst. de Gaius, N. Revue hist. 1934, Korošec, Novi odlomki G. inst., 1934, Arangio Ruiz, Il nuovo Gaius, Bulletino 42, 1934. K Ciceronovým zprávám o legisakcích viz Costa, Cicerone giureconsulto, III, 1917.

³⁾ K paralele mezi poena sacramenti a poena sponsionis viz Gai. 4, 13.

a) Actio in rem. Po předběžném projednání věci před praetorem byly provedeny za jeho ingerence tyto formální oboustranné úkony. Žalobce vložil hůl (*festuca*, původně *hasta*, symbol civilního vlastnictví) na věc, jejíž vlastnictví uplatňoval, a vindikoval ji známými slovy . . . *meum esse aio, sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui*. Totéž opakoval i žalovaný. Náznorný obraz pradávného uplatňování vlastnictví svépomocí, zápasem. Praetor rozkázal stranám, aby pustily věc (na př. při vindikaci otroka: *mittite ambo hominem*). Žalobce prohlásiv bezprávnost vindikace žalovaného, vyzval jej, aby vsadil částku *sacramenta* na své tvrzení. Stejně vyzval žalovaný žalobce. (*Quando tu iniuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco*). Šlo-li o pozemky, dalo se asi původně toto ustavení pře vindikace, kontravindikace a provokace na pozemku samém. Později se strany *in iure* vzájemně vyzývaly k cestě na pozemek (*ex iure in manum consortum vocare*), odkudž přinesly hroudu, aby pak na ní vykonaly před praetorem vzájemné vindikace. Později, jak líčí Cicero (pro Murena), dala se tato scéna: Když byly strany přinesly s sebou k soudu hroudu z pozemku a zatím ji položily stranou, vyzval žalobce druhou stranu k cestě k této hroudě, symbolisující pozemek, slovy: *inde ibi ego te ex iure manum consortum voco*, načež žalovaný odpověděl: . . . *inde ibi ego te revoco*. Praetor vydal rozkaz k cestě: *suis utrisque superstitibus praesentibus istam viam dico; ite viam*, a když strany došly k hroudě a vzaly ji, vyzval je k návratu: *redite viam*. A nyní byla *in iure* provedena popsáná již vindikace, kontravindikace a provokace, čímž byla *lis contestata*.

K uvedeným formálním aktům musilo ještě přistoupiti urovnání otázky, kdo má býti držitelem sporné věci. To rozhodl praetor, přikazuje držbu jedné ze sporných stran, která arci musila postavit rukojmí, zvané *praedes litis et vindiciarum*, na záruku toho, že vydá odpůrci věc i s plody, bude-li její *sacramentum* nalezeno *iniustum*.

b) Actio in personam. Žalobce prohlásil *in iure*, že žalovaný je mu civilně dlužen: *aio te mihi dare oportere*¹⁾, což žalovaný formálně popřel. Žalobce pak vyzval žalovaného pro neoprávněnost jeho popírání k sázce *sacramenta*, a stejně vyzval žalovaný žalobce.

Po vyličeném formálním přesném ustavení sporu před svědky, *litis contestatio*, byl dán magistratem stranám soudce, na němž se shodli. Původně ihned, později (po vyhlášení legis Pinariae) se měly strany dostaviti za 30 dní před praetora *ad iudicem capiendum*. Obdrževše soudce, zavazovaly se strany navzájem dostaviti se před něho třetího dne (*comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant*, Gaius 4, 15).

Tím došlo k druhé fázi procesu, řízení *apud iudicem*. Soudce, povoláný

¹⁾ Valerius Probus, Fragm. 4, 1. Fontes iuris rom. anteiustiniani, pars altera, Baviera, st. 368. Jiný příklad legisakční formule in personam: ope consilioque tuo furtum aio factum esse. Cicero, De natura deorum 3, 30, 74. Viz Wlassak, Römische Prozessgesetze, I, 73 ns.

dohodou stran a magistratským potvrzením k vyšetření věci a vyslovení nálezu (*sententia*) v mezích formálního ustavení sporu, nejedná již jako orgán státu; má jako nestranný občan vysloviti úsudek, *cuius sacramentum iustum, cuius iniustum*. K projednání věci před soudcem se musily dostavit obě strany; projednání bylo kontradiktorní (*cum peroranto, ambo praesentes*, z. XII t.). Strany měly stručně přednésti spornou věc. Následovalo provádění důkazů. Líčení začínalo dopoledne, a nedostavila-li se některá strana během dopoledne, byl vydán po poledni rozsudek podle tvrzení přítomné strany (*post meridiem praesenti litem addicito*, z. XII t. I).

II. Legisactio per iudicis postulationem.

O této legisakci se bylo možno vysloviti dříve jen hypoteticky, protože ve Veronském rukopise Gaiových Institucí, pokud jedná o této legisakci, je mezera. Nálezem nového fragmentu Gaiových Institucí (*Pubblicazioni della società italiana*, č. 1182, vydal V. Arrangio Ruiz) je tato mezera vyplněna, takže máme zprávy přesné, byť ve všech bodech ještě neinformující.

Jmenovaná legisakce byla jednou ze speciálních legisakcí, přípustnou jen pro nároky, jež podle zákona směly býti takto uplatňovány. Tak zákon XII tabulí připustil tento *modus agendi* pro žalobu ze stipulace a pro žalobu na rozdělení dědictví mezi spoludědice, zákon Liciniův pro žalobu na rozdělení společné věci mezi spoluvlastníky.

Rízení bylo jednoduché a nemělo rizika sakramentální pokuty. Po ustavení sporu formálním pojmenováním nároku a jeho popřením se hned přikročilo ke jmenování soudce, který potom rozhodl a žalovaného odsoudil nebo osvobodil. Ustavení sporu se dalo na př. při žalobě ze stipulace takto: Žalobce prohlásil: *ex sponsione te mihi X milia sesterciorum dare oportere aio: id postulo aies, an negas*. Žalovaný popřel svůj závazek. Vzhledem k tomuto popření si žalobce vyžádal dosazení soudce: *quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des*.

Kdežto v legisakci *sacramento* se činnost soudcova omezuje na zjištění, která ze sporných stran učinila sázku podle práva, která proti právu, rozhodoval zde soudce přímo o sporné věci a žalovaného buď rozsudkem odsoudil (*damnatio*) nebo osvobodil (*absolutio*).

Kdy byl soudcem *iudex*, kdy *arbiter*, nelze přesně zjistiti. Možná, že arbiter vystupoval tehdy, když šlo jen o ocenění věci jinak nesporné, dále když běželo o rozdělení věci nebo dědictví.

III. Legisactio per conditionem.

Tato druhá speciální legisakce byla zavedena zákonem Siliovým pro nároky, směřující k *dare oportere certae pecuniae*, zákonem Kalpurniovým pro nároky, směřující k *dare oportere aliae certae rei*. Příslušela na výběr vedle obecně příslušné legisakce *sacramenti*. Její výhodou bylo, že nebyla spojena s rizikem sakramentální pokuty. Forma byla tato: Žalobce vyslovil

svůj nárok (aniž musil jmenovati kausu závazku, tedy abstraktně) a vyzval odpůrce k prohlášení, zda jej uznává, či popírá (*aio te mihi sesterciorum decem milia dare oportere: id postulo: aies an negas*). A když odpůrce popřel nárok, vyzval jej žalobce, aby se s ním opět dostavil před praetora za třicet dní k dosazení soudce (*quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico*). Podle této výzvy (*condictio* — archaický výraz pro pozdější *denuntiatio*) byla pojmenována tato legisakce.

I zde rozhodoval *iudex* ve věci samé a rozsudkem vyslovoval nález odsouzení žalovaného nebo osvobození.¹⁾

7. Exekuce a proces o nároku exekučním.

I. Legis actio per manus iniunctionem.

Tato legisakce sloužila nucenému provedení práva proti dlužníku, který nesplnil povinnost, založenou na rozsudku jej odsuzujícím, nebo na jeho doznání nebo na určité privilegované pohledávce. Za státní kontroly si věřitel odvedl dlužníka, který ani nesplnil, ani nebyl jiným obhájen, do domácí poroby a nabyl pak nad ním neobmezené moci s právem prodati nebo dokonce usmrtiti. V takto dalekosáhlých exekučních prostředcích ležela jistě především myšlenka pokoření občana, který negoval právní řád, a stejně myšlenka shlazení osobní msty věřitelovy. Později s reformou řízení stále více dominuje myšlenka zadostiučnění pro nesplněný závazek, kdežto první dvě funkce mizejí.

Jako exekuční prostředek pro nesplnění rozsudku odsuzujícího — a tomu se rovnal případ dlužníkovy doznání *in iure* — byla tato legisakce upravena lapidárními ustanoveními zákona XII tabulí.²⁾ Žalovanému byla dána zákonná lhůta 30 dnů k splnění dluhu. Jestliže do té doby nesplnil, vyzval jej žalobce, aby se s ním dostavil před praetora (*in ius ducito*). Zde konstatoval žalobce svou pohledávku a její nesplnění, kladal symbolicky ruku na žalovaného: *quod tu mihi iudicatus es sestercium X milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestercium X milium iudicati manum inicio*. Žalovaný nemohl odporovati (*manum sibi depellere*) a domoci se soudního řízení o oprávněnosti žalobcovy postupu (*pro se lege agere*). Pouze třetí osoba, *vindex*, se mohla postavit na odpor proti manus injekci. Zakročením *vin-*

¹⁾ Vznik této legisakce byl záhadný již Gaiovi: *quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere, valde quaeritur*. Viz z české literatury Vančura, K historii římských kondícií, Sborník 12, 1912 a nyní uvedenou již literaturu o nově objeveném fragmentu Gaiových Institucí.

²⁾ Lex XII tab., T. III. Aeris confessi rebusque iudicatis XXX dies iusti sunt. 2. Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito. 3. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore, aut si volet maiore vincito. 4. Si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. 3. Tertiis nundinis partis secanto. Si pluris minusve secuerunt, se fraude esto.

dika byl dlužník osvobozen a přerušena *manus iniectio* přešla v ustavení zákonného sporu mezi vymáhajícím věřitelem a vindikem o pravoplatnost oně *manus iniectio*; prosoudil-li vindex, byl odsouzen k dvounásobné sumě. Nezakročil-li však vindex a pohledávka zůstala nezapravena, směl věřitel dlužníka odvésti, po případě spoutati a míti v domácí vazbě (*ni iudicatum facit aut quis endo eo vindicit, secum ducito vincito . . .*). Za této 60denní vazby měl věřitel dlužníka třikrát přivést před praetora na forum a oznámiti veřejně částku, za kterou je dlužník ve vazbě, zda by jej snad někdo z vazby nevykoupil. Nestalo-li se tak, propadl dlužník věřiteli, který jej mohl usmrtiti nebo *trans Tiberim* prodati do otroctví. Přímou neuvěřitelně, i když se počítá s primitivností doby zákona XII tabulí, zní norma zákona *partis secanto*, podle níž by spoluvěřitelé směli společného dlužníka rozsekati, takže by tu tělo dlužníkově bylo přímo náhražkou neuskutečněního splnění (ačli by se ovšem nedala uvedená slova zákona vyložit jinak, a to s hlediska exekuce majetkové). Zákon Poetiliův zmírnil tuto krutost exekuce: dlužník nesmí býti napříště spoután, nesmí býti prodán ani usmrcen; zato propadá věřiteli majetek (*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*); bylo také nyní možné, aby dlužník ve faktické (nikoliv již právní) nesvobodě svůj dluh odpracoval.

Takto se tedy prováděla exekuce z odsuzujícího rozsudku (jako *manus iniectio iudicati*) nebo z doznání (jako *manus iniectio pro iudicato*). Ale *pro iudicato* mohlo býti jednáno *per manus iniectio* i z určitých, zákonem vytčených pohledávek bez rozsudku nebo doznání. Tak podle zákona Publivia mohl sponsor, zaplativší za dlužníka a jím do 6 měsíců neuspokojený, dokročiti na něho *legis actione per manus iniectio pro iudicato*; řízení bylo jinak stejné a sám dlužník je nemohl převést svým odporem ve spor: to mohl učiniti i zde jen vindex. Stejně privilegium platilo podle zákona Furiova *de sponsu* pro pohledávku sponsorovu na vydání toho, co zaplatil jako spolurukojmí nad svou *pars virilis*. S některými pohledávkami byla spojena zvláštními zákony jako privilegium *manus iniectio pura*: věřitel mohl sice i zde již na základě pohledávky dokročiti na dlužníka *per manus iniectio*, ale dlužník, nepotřebuje vindika, mohl sám *manum sibi depellere*, tedy svým vlastním odporem převést *manus iniectio* ve spor o pravoplatnost privilegované pohledávky. Taková *manus iniectio* příslušela podle *lex Furia testamentaria* proti odkazovníku, který přijal jako odkaz větší hodnotu než 1000 assů, nebo podle *lex Marcia* proti věřitelům, kteří přijali úroky proti tomuto zákonu. V celé této právní látce zavedla reformu *lex Vallia*: napříště musil dlužník *vindicem dare* pouze při *manus iniectio iudicati* a při jediné m. i. *pro iudicato*, totiž sponsorově pro *depensum*; ve všech ostatních případech měla býti jen *manus iniectio pura*. K předchozímu výkladu srovn. Gaius, Inst. 4, 21—25.

II. Legis actio per pignoris capionem.

Spočívala v zabavení majetku osoby zavázané pro určité pohledávky, vybavené tímto účinkem buď starým právním obyčejem nebo zákonem. Proti obecné exekuci na dlužníkovu osobu, jakou byla *legis actio per manus iniectio*, náležel mezi první zákonné případy exekuce na majetek. Pohledávky, pro něž bylo možno provést toto zabavení, byly rázu veřejnoprávního (jako pohledávka vojínova na vyplacení žoldu, částky na zakoupení nebo vydržování koně atd. proti osobám k tomu povinným) nebo se dotýkaly poměrů náboženských (pohledávka na zaplacení tržní ceny za prodej obětího zvířete). Zabavení se musilo stát určitými slovy, a odtud se i zde mluví o *legis actio*, třebaže jiných náležitostí legisakci tu nebylo (nebylo třeba jednati *in iure* za přítomnosti druhé strany o *dies fasti* a pod.), pročez bylo i pochybováno, jde-li vůbec o legisakci.

8. Agere per sponsionem.

Doplňkem legisakci bylo řízení *per sponsionem*. Toto řízení, na př. vlastnický spor *per sponsionem*, náležel arci klasickému procesu (srovn. Gaius 4, 91 a n.). Ale je velmi pravděpodobné, že ho bylo užíváno již za legisakci. Šlo asi o nalezení schůdnější cesty pro vlastnický proces, než byla nadmíru složitá *legis actio sacramento*, spojená s risikem sacramenta. Celá struktura řízení *per sponsionem* ukazuje k tomu, že původní jeho účel nemohl býti jiný, než umožniti jednoduššími prostředky to, čeho se dalo dosáhnouti složitými a nevídanými prostředky legisakce *sacramento*. Podstata řízení byla tato:

Žalobce, vindikující věc,¹⁾ vyzval žalovaného, aby mu slíbil určitou sumu peněz pro případ, že jest on (žalobce) vlastníkem. Žalovaný učinil sponsi. Byla to sponsio *praeiudicialis*, ne *poenalis*, t. j. byla činěna jen proto, aby soudce při rozhodování, je-li tu pravoplatný závazek z ní, rozhodl jako praejudiciální otázku vlastní spornou věc, tedy zde otázku žalobcova vlastnictví (*propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur*); proto také nešlo o to, aby byla žalovaným zaplacená, bude-li rozhodnuto pro žalobce, nýbrž aby byl splněn vlastní sporný nárok, aby byla věc vydána vítěznému žalobci. I musil se žalovaný zavázati zvláštní satisfakcí (*pro praede litis et vindictiarum*), že vydá věc i s plody, bude-li ze sponse proti němu rozhodnuto. Důkaz vlastnického práva náležel zde žalobci, ne již také žalovanému, jako tomu bylo při legisakci *sacramento*, založené na oboustranné vindikaci.

Není též nemožné, že řízení *per sponsionem* se dalo též užiti, aby bylo nepřímo rozhodnuto o nároku, který neměl všech podmínek přísného práva civilního.

¹⁾ Z nejnovější literatury Bozza, *Actio in rem per sponsionem*, Studi. Bonfante, II., 1930.

§ 4. Procesní reforma.

1. Ztrnulost a nepostačitelost procesu legisakčního. — 2. Reformní procesní zákony. — 3. Celkový ráz nového řízení. — 4. Počátky formulového procesu v procesu peregrinském. — 5. Iudicia legitima. Iudicia imperio continentia.

1. Legisakční řízení, postačitelé v době jednoduchého hospodářského a právního života, poněkud zastaralo. Při překotném rozvoji římské republiky ve světové imperium se jeví stále více jako brzda pokroku. Kdežto právní řád šel pomalu, ale nezadržitelně k obchodní volnosti a světovosti, důslednému prosazování *aequity* a všeho, co žádá poctivý obchodní styk, na soudě se jednalo v zastaralých šablonách, do nichž bylo nové právní názory těžko, ne-li nemožno vpraviti. Je pravda, že nové republikánské zákony počítají s legisakcemi. Srovn. republikánské zákony rukojemské. Než zákonodárství bylo comitiemi jen velmi fragmentárně obstaráváno. Péče o celkové přizpůsobení norem novým názorům doby náležela orgánům jiným, praetoru a jurisprudence. Odkázání na legisakce, byli tyto orgány nesmírně brzděni. Mnohého se sice dalo dosáhnouti praetorskými stipulacemi, magistratem vynutitelnými, čímž byla otevřena cesta poměrně snadným legisakcím *in personam*, snad se dalo k novým nárokům užiti i řízení *per sponsionem*, další novoty se daly vymoci přímými administrativními praetorskými rozkazy a zákazy, interdikty. Názory nové doby o nevhodnosti příkrého, bezohledného vymáhání práva proti dobrým mravům mohl uskutečniti praetor také tím, že odmítl své spolupůsobení při legisakci (*denegatio actionis*). Všecky tyto prostředky z nouze byly nedostatečné, zvláště tam, kde šlo o poskytnutí řádné ochrany nárokům novým, založeným na novém právním přesvědčení. Mimoto přílišný formalismus legisakcí, chovající tolik nebezpečí nenahraditelných ztrát procesních pro pochybení i podřadnější, se časem stal nesnesitelným, legisakce upadly přímo v nenávist. A tak se stala nutnou reforma procesu.

2. Byla provedena dvěma zákony.¹⁾ V druhém století př. Kr. zákonem Aebutiovým, a v době Augustově zákonem *lex Iulia iudiciorum privatorum*. Nové řízení, zavádějící k ustavení sporu namísto starých zákonných nebo obyčejových průpovědí a symbolů písemnou formuli, k návrhu stran praetorem povolenou a určující, co má porotce vyšetřiti a jak v kladném, jak v záporném případě rozhodnouti, řízení *per formulas sive per concepta verba*, byla zavedeno zprvu, zákonem Aebutiovým, jen fakultativně vedle starého řízení legisakčního. Zvláštní smysl Římanů pro tradici, úcta k starodávným formám, byť přežilým, se jeví i v tomto případě. Zákon Iuliův však zavedl nové řízení obligatorně a zrušil řízení legisakční mimo několik výjimek.

¹⁾ Wlassak, Römische Prozessgesetze I, II 1891. Partsch, Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse, 1905.

3. I formulový proces zachovává typicky římské rozdělení procesu na řízení *in iure* a řízení *apud iudicem*. Cílem prvního jest určení právní stránky sporu, cílem druhého je skutkové vyšetření a rozhodnutí v mezích právního ustavení. Tedy jako v legisakcích. Novum je ve způsobu právního ustavení. Děje se stanovením určitého žalobního formuláře pro žalobcův nárok a event. i určitého formuláře excepce pro obranu žalovaného: tím jsou určeny podmínky, za kterých má soudce žalovaného odsouditi nebo osvoboditi.¹⁾ Určení právní stránky pře se děje součinností obou stran a praetora. Proti vůli žalovaného nedojde k ustavení sporu — arci neodůvodněnou neochotu žalovaného zlomil praetor nepřímými, ale velmi citelnými opatřeními. Jeví se tedy ustavení sporu — a to ještě silněji, než v legisakcích — jako smlouva mezi stranami, aby určitá právní otázka mezi nimi byla rozhodnuta po skutkovém vyšetření nestranným porotcem. Tato procesní dohoda je formálně provedena žalobcovým „*editio actionis*“ a souhlasným projevem žalovaného „*iudicium accipere*“ (viz § 1 a § 4). Předchází ji dekret praetorův (*datio actionis*), povolující žádanou formuli jako základ litiskontestace. Po ní pak vydává praetor rozkaz soudci, na němž se strany usnesly, aby soudil podle písemné formule (*iussum iudicandi*).

4. Vidíme, že přes částečnou shodu struktury má proces formulový proti procesu legisakčnímu mnoho typicky nového. V řízení legisakčním nenalézáme ani zárodek těchto nových elementů procesu formulového. Odtud se podává otázka: přešlo se přímo od procesu legisakčního k formulovému, či je tu nějaký článek mezi těmito vývojovými útvary? Takový článek se hypoteticky shledává v římské jurisdikci praetora (zvláště peregrinského) mezi peregriny, resp. mezi Římany a peregriny. Takové spory se na půdě římské nedaly od počátku řešiti jinak než tím, že se sporné strany podrobily nestrannému rozhodčímu (*compromissum*). Je nasnadě, že římský praetor podporoval tato compromissa, že svým imperiem uděloval stranám pro rozhodčího instrukci o podmínkách, za nichž je dáti za pravdu jedné straně, že tedy v těchto sporech je vznik té písemné formule, jež je typická pro klasický proces.

¹⁾ Nové řízení přineslo i novou terminologii. Na rozdíl od legisakčního procesu, *modus agendi*, *actio*, a legisakčních ústních formulářů, zvaných *actiones*, zovou se prostředky ustavení nového procesu, totiž formule, *iudicia*, a *iudicium* znamená dále celý proces, jak řízení před soudcem, tak řízení před praetorem, někdy se zvláštním zdůrazněním litiskontestace. Tento dvojitý význam slova *iudicium* vede Gaia (4, 109) ke slovní hříčce: *potest ex lege quidem esse iudicium (žalobní formule) sed legitimum non esse (iudicium jako proces)*. Viz Wlassak, cit. II 21, 26 ns. *Judikationsbefehl*, st. 285. Později užívá jurisprudence i výrazu *actio* vedle *iudicium* k označení žalobní formule, zvláště civilní, jak patrně z Gaiových Institucí a z Digest. O materiálním smyslu *actionis* viz § 2. K rozdělení *iudicia legitima*, *iudicia imperio continentia* a k interpretaci Gai IV, 105 viz Wlassak, *Judikationsbefehl*.

5. Peregrinský proces, který se hypoteticky pojímá jako *praecedens* a vzor občanského procesu formulového, se zakládal na *imperiu magistrata*; bylo by jej tedy možno pojmenovati s užitím pozdějšího klasického názvosloví *iudicium imperio continens*. Zákonem Aebutiovým — tak se hypoteticky soudí — byl tento proces uzákoněn jako řádná soudní forma občanská. A tak v Římě mezi občany už nešlo o *iudicium imperio continens*, nýbrž o *iudicium legitimum*. Ovšem aby nové řízení bylo *iudicium legitimum*, bylo nutno, aby vyhovovalo všem požadavkům, jež civilní právo římské vytvořilo pro občanské řízení již za trvání procesu legisakčního. Jako legisakční proces nezbytně vyžadoval účast občanů jako stran i jako soukromého porotce (*unus iudex*) a předpokládal, že se jedná v Římě nebo v nejbližším okolí (do prvního milníku), tak i jen takový proces formulový je *iudicium legitimum*, kde jsou strany občany římskými, jednají v Římě, a podrobují se nálezů soukromého samosoudce, římského občana; Gaius (4, 104): *legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice* (scil. *cive Romano*, Gaius 4, 105 a contr.) *accipiuntur*. Jaký nárok se uplatňoval formulovým procesem, to nemělo významu pro určení, zda *iudicium* je *legitimum*, či *imperio continens*; i když se žalovalo z kausy práva praetorského (*ex ea causa, ex qua nobis edicto praetoris datur actio*), bylo *iudicium legitimum*, byly-li splněny právě uvedené podmínky: to nutno velmi zdůrazniti proti režimu občanského řízení legisakčního, jímž se daly uplatňovati jen nároky, založené na zákonu nebo starém právním obyčeji. Naopak bylo řízení formulové, i když sloužilo k uplatnění ryze civilního nároku, třebaž ze zákona Aquiliova nebo Furiova, *iudicium imperio continens*, nebyly-li v něm splněny uvedené podmínky, jako římské státní občanství stran a samosoudce a pod. O legitimních iudiciích ustanovil soudní řád Juliův, že musí býti rozsouzeny do půldruhého roku, jinak že zanikají; *iudicia imperio continentia* měla býti rozsouzena ještě za úřadování toho praetora, na jehož *imperiu* byla založena (Gaius 4, 104 a 105). O rozdílném konsumpčním účinku jedné a druhých iudicií viz pojednání o účincích litiskontestace.

§ 5. Normální průběh formulového procesu až do litiskontestace.

1. Praetorská úprava zákonné soukromé iniusvokace. — 2. Žalobcová editio a postulatio actionis. — 3. Zkoumání osobní způsobilosti stran. — 4. Postavení a projevy žalovaného. — 5. Jeho opozice proti formulě. — 6. Dekret, povolující formulí. — 7. Dosazení soudce. — 8. Procesní dohoda stran. Litis contestatio. Rozkaz iudikační. — 9. Zvlášť o případu excepce.

1. In ius vocatio.

Jako v řízení legisakčním, i nadále zůstala zásada soukromého obeslání. Bylo i nyní žalobcovou věcí obeslati žalovaného k zahájení sporu před

praetora. Víme, že již zákon XII t. stanovil povinnost vyhověti in ius vokaci (*si in ius vocat, ito*). V praetorském ediktu se opakuje tato povinnost (*in ius vocati eant aut vindicem dent*) a připojuje se k ní pohrůžka trestní pokuty pro nevyhovění (*actio in factum*), a podobnou trestní sankcí se čelí tomu, aby se třetí osoba nepostavila násilně na odpor výkonu obeslání.¹⁾ Tyto trestní sankce na druhé straně ukazují, že svémocné, třebaž násilné předvedení žalovaného žalobcem se stalo až posledním prostředkem k překonání odporu proti procesu, že vyšlo z pravidelného užívání, což se při pokročilejších poměrech rozumí již samo sebou. Ostatně v četných případech si vyhrazoval praetor rozhodnutí o in ius vokaci, ulehčoval zřízení vindika, na druhé straně se staral, aby postavením vindika se žalovaný nemínil zbavit sporu (*bonorum venditio*). Již při vokaci in ius měl žalobce oznámiti druhé straně, pro jaký nárok hodlá žalovati (mluví se o mimo-soudní *editio actionis*). Ukázalo-li se tu, že věc je žalovanému ještě nejasná, mohly se strany dohodnouti, že odloží zahájení sporu *in iure* na pozdější den. Rozumí se, že žalobce popřál druhé straně tento odklad jen tenkrát, měl-li zabezpečeno, že se pak tato strana jistě dostaví, tedy zaručila-li se za to (*vadimonium* — mluví se obvykle o vadimoniu citačním). Že se užívalo dále vadimonia, když se ukázala nutnost odložit již zahájení jednání před praetorem, bylo již dříve řečeno [tu se mluví o vadimoniu dilačním — obojí je verbální slib, dostaviti se určitého dne *in ius*, někdy slib obvyčejný, jindy pojištěný rukojmími, přísahou atd., z něhož lze při nesplnění (*vadimonium desertum*) žalovati]; srovn. Gaius 4, 184 a násled.

2. Jednání in iure.

Před praetorem zahájil žalobce jednání opětným sdělením svého nároku a formule, již by chtěl užíti (soudní *editio actionis*). Toto sdělení, nevázané na nějaké formy, přechází v žádost, aby praetor udělil žalobu, přesněji, aby povolil ustavení sporu podle té a té formule, odpovídající některé z vyhlášených formulí, po případě nově sestrojené (*postulatio actionis*).²⁾

3. Praetor musil předem zjistiti, že mají jednající způsobilost býti stranou procesní, býti žalobcem, žalovaným. Tato způsobilost je jen jednou stránkou obecné způsobilosti býti subjektem práv a závazků, a neměli jí tedy nadobro na př. otroci. Dále musil zjistiti, že jednající mají schopnost samostatně procesně jednati (způsobilost procesní), což je zase stránkou obecné způsobilosti disposiční, k činům, tedy má podklad hmotně-právní. Konečně zjistil, že strany mají i způsobilost postulační, totiž činiti procesní

¹⁾ Gaius, 4, 46; 183; 187; Sommer, Texty, st. 5. Lenel, Edictum perp. V §§ 11, 12.

²⁾ Jak důležitou složkou při ustavení žalobního formuláře byla iniciativa strany, zhusta podepřená odbornou autoritou právníka, dokazuje Wlassak, Die klassische Prozessformel, 1924.

návrhy, a to zase pro sebe nebo pro jiného jako zástupci, což bylo podrobně upraveno soudními předpisy praetorskými.¹⁾ Jestliže strany neměly v těchto směrech způsobilosti, odepřel praetor svou součinnost (*denegatio*).

4. Vyslechnuv žádost žalobcovu, obrátil se praetor k druhé straně. Ta — mějme na mysli docela obyčejný případ procesu — popřela svou povinnost. Negace povinnosti (civilního *dare oportere* nebo praetorské povinnosti) není sama o sobě také popřením povinnosti účastniti se procesu. Naopak. Popření povinnosti, žalobcem tvrzené, nutně vede žalovaného, aby se hájil proti pozitivnímu tvrzení žalobcovu. Jinak bude *indefensus*. Tedy v negaci žalovaného je mlčky obsažena jeho ochota spolupůsobiti, aby se došlo k dosazení soudce, který by rozhodl, která strana je v právu, zda ta, která si osobuje právo, či ta, jež právo prvního popírá. Tedy, abychom užili římské terminologie, žalovaný sice *negat sibi dare oportere*, popírá nárok, pro nějž si žalobce žádá určitou formuli, ale sám *formulam accipit*. Mezi „negat“ a „formulam, iudicium accipit“ není odporu, přijetím formule nezadáva svému negativnímu stanovisku: vždyť ve formuli se praví: bude-li prokázána povinnost žalovaného, odsud žalovaného; nebude-li prokázána, žalovaného osvobod (*si parat, Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non parat, absolvet*). Není tedy překážek, aby praetor povolil žádanou formuli, na základě níž by potom strany uzavřely litiskontestaci.

5. Zvláštní situace však nastane, odporuje-li žalovaný i navržené formuli. Abychom pochopili podstatu tohoto odporu, musíme se vmysleti v římský pojem *actio, formula*. Jak bylo již dříve vyloženo, není římská žalobní formula obdobou naší obecné žaloby. Římské právo neoperuje s generální žalobní formulí, jíž by se uplatňovaly jednotlivé povinnosti, jednotlivé nároky, nýbrž s jednotlivými typickými *actiones* (viz § 1, § 6). K uplatnění určité povinnosti, určitého nároku náleží tedy nezbytně volba určitého žalobního typu žalobcovu. A bylo již řečeno, že t. zv. *editio actionis* byla nejen specifikací nároku, nýbrž také určením přesné žalobní formule. Lze-li tedy rozeznávat toto dvojí v procesním úkonu žalobcově, je pochopitelné, že i negativní stanovisko žalovaného mohlo být namířeno proti obojímu, proti uplatňované povinnosti i proti výběru určitého žalobního typu. Pak byl spor ve dvojím ohledu, v otázce existence povinnosti, nároku na to a to materiální plnění, a v otázce subsumpcce sporného poměru pod určitý žalobní typ a tím pod určitou normu. Rozhodnouti spor v tomto druhém případě náleželo praetorovi. Je to pochopitelné. Je-li cílem řízení

¹⁾ V praetorském ediktu se rozpadal titulus *De postulando* ve tři oddíly: *qui omnino ne postulant; qui pro aliis ne postulant; qui nisi pro certis personis ne postulant*. Srovn. Lenel, *Edictum perpetuum* st. 75; Sommer, *Texty* 6—7.

in iure právní ustavení pře, musí býti v tomto stadiu přesně stanovena právní norma, jíž má býti sporný případ subsumován, musí býti stanoven žalobní typ, dávající přesné právní ohraničení sporné věci. Tedy situace je ta: žalobce uplatňuje určitou povinnost, určitý nárok a vybírá jako žalobní prostředek tu a tu žalobní formuli; žalovaný popírá oprávněnost žalobcovy iniciativy v obojím ohledu, popírá svou povinnost k tomu a tomu materiálnímu plnění (to samo by jej nezbavovalo povinnosti účastniti se sporu), popírá dále právní správnost volby té a té žalobní formule, navrhuje eventuálně formuli jinou (tím je dána jeho neochota vésti spor podle formule žalobcem zvolené, jeho podrobení praetorovu rozhodnutí). Jak řečeno, spor o subsumpci sporné věci pod určitou formuli musil býti vyřešen v řízení *in iure*. Po diskusi stran, podepřených po případě dobrým zdáním právníků, vydal praetor rozhodnutí, jímž buď žádanou formuli žalobci povolil (*formulam dare*) nebo nepovolil, odmítl (*formulam denegare*).¹⁾

6. O odmítnutí žalobní formule budeme jednati zvlášť. Zde mějme na mysli normální případ povolení žalobní formule, a to ještě zjednodušený tím, že žalovaný nenamítal žádnou samostatnou obranu, excepci. Tedy praetor svým dekretem povolil, aby formule žalobcem navržená a proti níž žalovaný buď ničeho nenamítal, nebo činil námitky bezdůvodné, se stala základem procesní dohody stran, litiskontestace (*actionem, iudicium dare*).²⁾

Povolení formule znamená praetorské schválení zevrubného jejího textu. Formule byla sepsána podle určitého vzorce z ediktálního souboru (pokud výjimečně nešlo o povolení nové formule) a byla přizpůsobena konkrétnímu případu (vyplněna jmény žalobce a žalovaného na místech *Aulus Agerius* a *Numerius Negidius* a obsahovala údaj skutečného předmětu sporu). Aby na základě povolené formule mohlo dojít k formálnímu ustavení pře, k litiskontestaci, musilo v ní býti uvedeno i jméno soudce. Musily se tedy strany ihned po povolení formule shodnouti na soudci, jež pak jim praetor schválil.

¹⁾ Myslitelný by byl na př. takový případ, že žalobce navrhuje obyčejnou formuli *certae creditae pecuniae*, žalovaný pak proti ní protestuje a navrhuje, aby byla schválena formule *cum compensatione*, proponovaná ediktem pro žaloby mezi bankéřem a klientem (Gaius 4, 64). Arci případy, že žalovaný protestoval zvlášť proti výběru žalobní formule, nebyly asi časté, neboť bylo zájmem žalobcovým vybrati správnou formuli, pokud šlo o oblast práva civilního (záměna nesprávné civilní formule za jinou správnou civilní formuli by vedla k zamítnutí žaloby, soudce by konstatoval, že uplatňovaný nárok nelze subsumovati normě, žalobní intencí vytčené), pokud pak nesprávnost civilní formule byla dána reformním institutem praetorským, jako právě v uvedeném příkladě, chránil již praetor z úřední moci zájem žalovaného (*argentarius cogitur cum compensatione agere*). K vniknutí do mechanismu formulového procesu je ovšem nezbytné tyto případy, třebaže nebyly zvlášť časté, si dobře uvědomiti a promysleti. Velmi praktický byl protest žalovaného proti formuli v těch případech, kdy on nepožadoval jiný typ formule, ale žádal, aby formule byla doplněna nějakou výhradou, zvlášť excepčí. O tom se ještě zvlášť zmíníme.

²⁾ K právní povaze tohoto dekretu viz Wlassak, *Prozessform.* 249, Wenger, *Praetor und Formel*, 1926, st. 33 ns., 59 ns.

7. Všimněme si krátce způsobu dosazení soudce.

Jak bylo řečeno, musila formule, na níž byla založena litiskontestace, obsahovati, a to v čele, jméno soudce (*iudex esto*). Kdežto tedy v řízení legisakčním se přistupovalo k ustanovení soudce teprve potom, když strany určily svými slovními formulami a symboly za společnosti magistratovy spornou věc, a dosazení soudce tak tvořilo druhou část formálního ustavení sporu, ve formulovém procesu ustanovení soudce nutně předchází vlastní litiskontestaci. Strany se shodly na nějaké osobě ze seznamu soudců, praetorem vedeného: žalobce navrhl soudce, žalovaný jej přijal, mohl však, třeba několikrát navrženého odmítnouti, až se konečně na některém shodli;¹⁾ ve sporech, jež rozhodovalo kollegium soudců, t. zv. *recuperatores*,²⁾ navrhl sám magistrát stranám určitý počet soudců, z něhož mohly některé vyloučiti; když pak magistrát potvrdil zvoleného soudce nebo zvolené kollegium, byla podle toho stylisována žalobní formule.³⁾

8. Když tedy praetor povolil svým dekretem žádanou formuli a jmenoval zvoleného soudce (*datio iudicii, iudicis*), přistoupily strany k závěrečnému a nyní již i definitivně závaznému úkonu, litiskontestaci.⁴⁾ Vzájemnou litiskontestační činnost stran formulují prameny jako žalobcovo *iudicium edere* a žalovaného *iudicium accipere*. Podle toho spočívá tato činnost v tom, že žalobce odevzdává žalovanému schválenou formuli a ten ji přijímá. Z jiné též formulace pramenů, jež mluví o žalobcově *iudicium dictare* a pod., by vyplývalo, že zevně mohlo být provedeno litiskontestační jednání i žalobcovým přečtením formule žalovanému a pod. Na tomto zevním způsobu ostatně ani tak nezáleží.⁵⁾ Hlavní je ten moment, že strany (ať již tím či jiným způsobem) souhlasně projevují před praetorem, že se zavazují vésti svůj spor před porotcem podle formule praetorem schválené. Tedy moment procesní dohody je nejpřesvědčivějším znakem litiskontestace.

¹⁾ Mazeaud, La nomination du iudex unus, 1933. Wenger, Z. Sav. St. 55, st. 424.

²⁾ Recuperatores shledáváme nejprve jako soudce, rozhodující spory mezi občany a peregriny; později i jako soudce mezi občany samými nebo samými peregriny. V této funkci je shledáváme v řízení, následujícím po vydání interdiktů; Gaius: nec tam cum quid fieri iusserit aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve itur et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus edictum praetoris factum sit vel an factum non sit, quod is fieri iusserit (4, 141). Z citace vysvítá, že pravomoc rekuperátorů konkurovala s pravomocí soudcovou. Recuperatores soudili také věci urážkové (*actio iniuriarum*, *actio in factum patrona* z iniusvokace proti ediktu, *actio sepulchri violati*) a j. *iudicium recuperatorium* začínalo slovy: *recuperatores sunt* (Gaius 4, 46).

³⁾ Jiným, a to stálým kollegiem soudcovským byli centumviri, příslušní zvláště ve věcech dědických. V čele této soudcovské korporace byli decemviri, sami v starých dobách republikánských samostatně soudcovské kollegium, příslušné pro spory o svobodu.

⁴⁾ Základní dílo je Wlassak, Die Litiskontestation im Formularprozess, 1889. Viz zvláště Heyrovský, Proces str. 253. Z nejnovější literatury Beseler, Z. Sav. St. 46, 1926 a sv. 50, 1930. Lenel, Z. Sav. St. 47, 1927; Jolowicz, Procedure in iure and apud iudicem, Atti del Congresso internazionale di diritto romano, 1934.

⁵⁾ K problematice této zevní stránky litiskontestace Lenel, cit. st.

Z názvu *litis contestatio* by vyplývalo, že se toto jednání dalo před svědky, podobně jako za legisakcí. Nemají ovšem již tito svědci onoho významného postavení jako za legisakcí. Tam byli nezbytní k dosvědčení přesného znění legisakční formule, stranami pronesené, tvořící základ pojednání před soudcem. Zde je dokumentováno přesné znění formule písemnou listinou, jejíž přesné znění je předmětem formální dohody a kterou, jak se zdá, obdržel i soudce jako přílohu judikačního rozkazu. Ostatně není otázka, musili-li býti svědci přítomni, naprosto významná pro strukturu samé litiskontestace.

Po litiskontestaci zpravil magistrát zvoleného soudce o sporu naň vzneseném a dal mu judikační rozkaz (*iussum iudicandi*).¹⁾ Tím byla normální činnost praetorova vyčerpána. Nastalo řízení *apud iudicem*.

9. Až posud jsme pozorovali průběh sporu za jednoduché procesní situace, kdy proti tvrzení, že žalovaný je povinen, je opáčné jeho tvrzení, že není povinen. Žalobce uplatňuje na př. civilní povinnost ze stipulačního slibu, žalovaný tvrdí, že civilního závazku není. Může však být, že stanovisko žalovaného není prostě to, že popírá, co tvrdí žalobce, nýbrž že uvádí skutečnosti, které sice nevyvracejí tvrzení žalobce, ale činí, aspoň se stanoviska žalovaného, odsouzení nespravedlivým. Žalovaný na př. namítá, že mu větitel neformálně prominul, že mu nesplnil valutu, pro niž se žalovaný zavázal atp. Zde musí žalovaný žádati praetora o udělení zvláštní obrany pro ty skutečnosti. Proč? Normální žaloba: *si paret dare oportere, condemna; si non paret, absolve* zabezpečuje žalovanému, že bude soudcem respektován jen potud, pokud popírá povinnost žalobcem tvrzenou a může dokázati její neexistenci, na př. z důvodů neplatnosti kontraktu. Nemůže-li se takovým způsobem brániti a má pro sebe jen skutečnosti, které činí jeho odsouzení nespravedlivým, tu se dovolává něčeho, co vybočuje z právního rámce citované normální žaloby. Kdyby dal souhlas k litiskontestaci o citované žalobě, nemohlo by se dbáti jeho tvrzení toho druhu, jak byla příkladem uvedena. Musí tedy hájiti svůj zájem tím, že protestuje proti formulí námitkou obrany, *exceptionem obicit*, a žádá praetora, aby byla žalobní formule žalobcem žádaná doplněna tou výhradou, že za těch a těch okolností, budou-li prokázány, má být žalovaný osvobozen: žádá o udělení obrany, *exceptionem postulat*. Je-li žádost odůvodněna, udělí praetor obranu (*exceptionem dat*). To znamená: povoluje formulí, modifikovanou excepčí, jinými slovy, dekretem, povolujícím žalobu, se povoluje i obrana. Praetor by mohl ovšem také obranu zamítnouti (*exceptionem denegare*). S povolenou excepčí se musí žalobce smířiti, chce-li vůbec vésti spor. Je tu úplná obdoba s žalo-

¹⁾ Tento rozkaz může být odvolán: *iudicium solvitur vetante eo qui iusserat*, D 5, 1, 58. O tom, a vůbec o judikačním rozkazu viz základní dílo Wlassak, Der Judikationsbefehl der röm. Prozesse, 1921.

bou. Jako žalovaný musí souhlasiti s žalobní formulí žalobci udělenou, tak žalobce musí souhlasiti s excepčí udělenou žalovanému. Jinak by nedošlo ani v prvním ani v druhém případě k litiskontestaci a nesouhlas by znamenal, když by vycházel od žalovaného, že by byl žalovaný *indefensus*, a když by vycházel od žalobce, že by on musil zanechat sporu.

§ 6. Struktura formule a různé druhy formulí.

1. Mluvnické charakteristikum formule. Odvozenost formule, chápané jako norma, z vyšší normy. — 2. Intence. *In ius concepta, in factum concepta*. — 3. *Intentio certa, incerta*. — 4. *Demonstrace*. — 5. *Kondemnace*. Zásada peněžní *kondemnace*. *Condemnatio certa, incerta*. — 6. *Arbitrium de restituendo*. — 7. *Adiudikace*. — 8. *Formula praeiudicialis*. — 9. *Praescriptio pro actore*.

Poznali jsme, že řízení *in iure* vrcholí v povolení žalobní formule a v souhlasném projevu stran, aby o sporné věci tak, jak je právně vymezena ve formulí, bylo jednáno *apud iudicem*. Je na čase, abychom poznali především strukturu žalobní formule. Máme mnoho typických žalobních formulí. Byly proponovány v albu praetorském. Než při různých jednotlivých formulích můžeme konstatovati společné znaky, společnou strukturu všech formulí nebo některých jejich velkých skupin.

1. To, co nejvýrazněji charakterizuje každou formulí (vyjma t. zv. *praeiudicia*), je již samo mluvnické složení: *si paret, condemna, si non paret, absolve*. Stanoví se tedy kladná a záporná podmínka; první vyúsťuje v rozkaz *kondemnační* (soudče odsud), druhá v rozkaz *absoluční* (soudče osvobod). Tento závěr se nazývá *condemnatio*. To, co tvoří podmínku, je *intentio*. Sama sebou se podává obdoba se stylisací právní, na př. zákonné normy. Srovn. na př. *lex Aquilia: si quis iniuria occiderit . . . tantum aes domino dare damnas esto*, a proti tomu žalobní formulí *legis Aquiliae: si paret iniuria occidisse . . . tantam pecuniam condemna*.

2. Intence jako podmínka odsouzení je ta část formule, jež vyjadřuje právní tvrzení žalobcovy (*ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit*).¹⁾ Spočívá-li intence v tvrzení civilní povinnosti nebo civilního věcného nebo vůbec absolutního práva, zkrátka civilního právního poměru, je to *intentio in ius concepta*. Příklad: *si paret rem qua de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse; si paret Aulo Agerio ius esse eo fundo uti frui; si paret Numerium Negidium A. Agerio centum dare oportere*. Záleží-li intence v uvedení nějakého faktu jako podmínky odsouzení, je to *intentio in factum*

¹⁾ Gaius, 4, 41. Text pokračuje: *velut haec pars formulae: si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere; item haec: quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere; item haec: si paret hominem ex iure quiritium Auli Agerii esse*.

concepta. Příklad: *si paret N. Negidium A. Agerio sestertium decem milia constituisse se soluturum eove nomine se satisfacturum esse, neque fecisse quod constituit neque per A. Agerium stetisse quominus fieret quod constitutum est eamque pecuniam cum constitueretur debitam fuisse*. Výklad: *constitutum* není kontraktem, nevzniká z něho právní poměr, nýbrž praetor navazuje na to faktum, že dlužník slíbil splniti určitého dne svůj platný dluh nebo jej pojistiti a neučinil tak, aniž byl tím věřitel vinen, žalobu *actio constitutoria*, v níž za podmínky, že ono faktum bude prokázáno, má nastati odsouzení.¹⁾ (Domněnku, že by intence na faktech založená vůbec nebyla intencí, nýbrž jen demonstrací, vyvrací Gaiův text 4, 60).²⁾

3. *Intentio in ius concepta* žalob věcných a *intentio in factum concepta* nepotřebují dalšího výkladu. Zato zvláštní pozornosti vyžaduje *intentio in ius concepta* různých žalob obligačních.

Zde se vyskytují dva různé typy. Vyplynou již z těchto dvou příkladů. Známa intence *actionis certae creditae pecuniae*, již bylo žalováno na př. ze stipulace nebo zápůjčky: *si paret N. Negidium A. Agerio sestertium decem milia dare oportere*. A proti tomu intence žaloby prodávatelské ze smlouvy tržové: *quidquid ob eam rem* (scil. *quod A. Agerius N. Negidio rem vendidit*) *N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona*. V prvním případě uvádí intence přesný předmět, *certum*, t. j. *dare certae pecuniae* (*certum* by bylo také *dare certae rei*), v druhém případě intence předmět nevymezuje. I rozeznává se: *intentio certa*, již se uplatňuje přesná povinnost převést do vlastnictví určité množství peněz, jiných věcí zastupitelných nebo určité speciální věci (na př. *si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit*, Gaius 4, 55); *intentio incerta*, již se uplatňuje povinnost z nějaké civilní kausy, velmi často s odvoláním na *bona fides*, aniž se předmět vymezuje, ohraničuje, tedy s poukazem, aby porotce vymezil předmět povinnosti (*cum certa quantitas non petatur, sed quidquid paret adversarium dare facere oportere intendatur*, Gaius 4, 54). Ze všech obligačních poměrů, u nichž primární povinnost zní na *facere*, lze žalovati jen s užitím *intentionis incertae* (tedy i když *incertum* bylo slíbeno stipulací). S užitím *intentionis certae* nelze ovšem obráceně žalovati z každé civilní kausy, kde primární závazek zní na *dare certi*; prodávatel, vymáhající tržní cenu, tedy uplatňující kupitelovu povinnost *dare pretium*, nemůže žalovati s užitím *intentionis certae*, zakládá-li totiž žalobu přímo na kause tržové: on musí žalovati: *quidquid paret*

¹⁾ Lenel, *Edictum perpetuum*, tit. XVII, § 97. Sommer, *Texty* st. 66 ns.

Jiným příkladem je *iudicium recuperatorium* z nedovolené *iniusvokace*: *si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse* (Gaius, 4, 46). Jiný příklad je *actio depositi in factum*: *si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse* (Gaius 4, 47).

²⁾ Srovn. zvláště Lenel, *Z. Sav. St.* 48, 1928. Viz st. 38 p. 1. Viz dále Solazzi, *Spigolature gailane, Studia et documenta historiae et iuris*, II, 1935.

N. Negidium A. Agerio dare facere oportere ex fide bona.¹⁾ S užitím *intentionis certae* lze žalovati (ovšem za předpokladu, že předmět je *certum*) toliko z určitých striktních kaus, jako je *stipulace*, *expensilace*, *zápůjčka*, z nichž přísluší *actio certae creditae pecuniae* a *conditio certae rei*.

4. Bylo řečeno, že četné, vlastně velká většina civilních žalob obligačních obsahuje neurčitou intenci *quidquid paret ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportere* (s event. dodatkem *ex fide bona*). Již slova *ob eam rem* ukazují, že takto stylisovanou intenci musil předcházeti nějaký údaj o sporné věci. A tato předchozí, kausu označující část formule, na niž navazovala *intentio incerta*, slula *demonstratio*. Gaius 4, 40: *demonstratio est ea pars formulae, quae principio ideo inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur*. Příklad demonstrace, předcházející neurčitou intenci právě projednávané žaloby prodatelovy: *quod A. Agerius N. Negidio rem vendidit*.

5. Druhou základní součástí formule je *condemnatio*. To je ta část formule, již je soudce zmocněn, aby žalovaného odsoudil, shledá-li, že je podmínka intence skutečně, v opačném případě aby jej osvobodil (*ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur*, Gaius 4, 43).

Základní zásada římského procesu byla, že kondemnace může míti za předmět jen plnění peněžní (*condemnatio pecuniaria*). Gaius: *omnium formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*. Přitom zas sama kondemnace může býti *certa* nebo *incerta*. První, *condemnatio certae pecuniae*, znamená, že již v kondemnačním rozkazu je uvedena přesná suma, k níž jest odsouditi. To předpokládá ovšem, že již *intentio* jest *certa*, a to dokonce v tom ohledu, že předmětem je *dare certae pecuniae*. Příklad: *si paret N. Negidium A. Agerio sestercium decem milia dare oportere, iudex, N. Negidium A. Agerio sestercium decem milia condemna, si non paret, absolve*. Proti tomu již při intenci *certa* na *dare certae rei* sama *condemnatio* jest nutně *condemnatio incertae pecuniae*: soudce má odsouditi žalovaného k peněžní hodnotě uplatňované povinnosti. Příklad: *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*.²⁾ Tím spíše se ovšem vyskytuje *condemnatio incertae pecuniae* u všech formulí, jež mají neurčitou intenci, ať mají ještě doložku *ex fide bona*, anebo jí nemají; a stejně při formulích *in factum*. Soudce má odsouditi žalovaného k peněžní hodnotě nesplněné povinnosti civilní nebo praetorské, přihlížeje pravidelně k době rozsudku (*quanti ea res erit, tantam pecuniam N. Negidium A. Agerio condemna*), u striktních žalob k době litiskontestace (*quanti ea res est*). Musí tedy soudce dříve, než vynese

¹⁾ Lenel, Ed. perp., tit. XIX, 110. Srovn. Sommer, Učebnice II., 1 str. 24.

²⁾ Lenel, Ed. perp., tit. XVII, § 95. Sommer, Texty, XVII, 95, st. 51 ns.

rozsudek, peněžně oceniti hodnotu nesplněné povinnosti žalobcem prokázané (*litis aestimatio*), a to obvykle podle volného uvážení (takže *condemnatio incertae pecuniae* jest *infinita*). Ale někdy je v kondemnačním poukazu stanovena mez, nejvyšší částka, k níž možno odsouditi (na př. *iudex N. Negidium A. Agerio dumtaxat sestercium X milia condemna*), nebo jsou jinak stanoveny hranice (na př. nejvýš do výše *peculia*, *dumtaxat de peculio*, pokud bude žalovaný moci, *dumtaxat quod N. Negidius facere potest*, se zřením k vzájemné protipohledávce, *deductio*).¹⁾ Bližší údaje náleží do příslušných nauk soukromého práva římského. Rovněž lze v této souvislosti jen připomenouti, že někdy se provádí *litis aestimatio* podle oceňovací přísahy žalobcovy, někdy že se kondemnace vztahuje na několikátý násobek hodnoty (*in duplum* atd.), jako při žalobách poenálních nebo při *actiones quae infitiando crescunt in duplum*, někdy že má soudce při peněžním oceňování přihlížeti dokonce k hodnotě v době minulé (*actio legis Aquiliae*). Konečně nutno poznamenati, že při žalobách noxálních zněla kondemnace alternativně na dvě plnění; zaplacení hodnoty nebo k *noxae deditio*: *quanti ea res est, tantam pecuniam aut in noxam dedere, iudex, N. Negidium A. Agerio condemna*.²⁾

6. Jak došlo římské právo k zásadě peněžní kondemnace, nelze s určitostí zjistiti. Jisté však je, že Římané považují tuto zásadu formulového procesu za pevné, nezměnitelné dogma, pevně zakotvené v celkové struktuře procesu. Prakticky však bylo toto dogma v některých případech povážlivé. Nejvíce je to viděti při reinvindikaci. Žalobce, který dokázal své vlastnictví proti žalovanému držiteli, nedosáhl rozsudku na vydání věci s příslušenstvím, nýbrž odsouzení žalovaného k zaplacení peněžní hodnoty. Juristicky žalobce podle názoru římských právníků *suum consequitur*, skutečný jeho zájem se ovšem vztahuje na dosažení věci samé. Vymýtití tuto diskrepanci — k tomu nebylo za vlády dogmatu o peněžní kondemnaci cesty. Římské právo však dovedlo tuto praktickou povážlivost zásady aspoň zmírniti vytvořením t. zv. arbitrární doložky, *arbitrium de restituendo*. Mezi intenci žalobní (bude-li zjištěno vlastnictví žalobcovu) a kondemnaci (žalovaného odsud k peněžní hodnotě) byla vložena do formule ještě druhá podmínka kondemnace, totiž ta, že žalovaný nevydá věc dobrovolně tak, jak to bylo spravedlivým uvážením soudcovým nařízeno: *nisi ea res arbitrato tuo restituetur*. Abychom pochopili plný dosah této doložky, musíme si uvědomiti tu procesní situaci, za níž nabývala působnosti. To bylo těsně před vydáním

¹⁾ Srovn. Gaius 4, 50; 51.

²⁾ Biondi, Actiones noxales, Annali Palermo 1925. Lenel, Die Formeln d. a. n., Z. Sav. St. 47, 1927. Beseler, Rom. Studien, Z. S. S. 46, 1926. K významu *noxae dationis* pro hypotézy o vzniku obligace viz Luzzatto, Per un' ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane (1934) a novou literaturu, tam citovanou. Viz též Vischer, „Vindicta“ et „noxa“, Studi Bonfante, 1930.

odsuzujícího rozsudku, když byl již žalobce prokázal své právo i rozsah primární restituční povinnosti žalovaného. Nyní mohl soudce vydati s plnou odpovědností žalovanému výzvu, aby dobrovolně vydal věc s tím a tím příslušenstvím, s tou a tou náhradou za poškození a plody žalobci. Žalovaný, který vedl spor poctivě, zajisté vyhověl této výzvě, vydané poté, co žalobce právo prokázal, a tak se žalobci dostalo toho, o čem mu především šlo, totiž věci *in natura*, žalovaný pak byl osvobozen. Na žalovaného méně povinnosti dbalého mělo působiti to další ustanovení, že nevzdá-li věc dobrovolně, musí očekávati své odsouzení podle oceňovací přísahy žalobcovy (*iurandum in litem*). Ale když ani to nepůsobilo, pak z naturální restituce vůbec sešlo; proti zatvrzelému držiteli nebylo dalších prostředků k přímému vynucení věci. Nyní byl vydán rozsudek odsuzující, stanovící povinnost k stanovené peněžitě hodnotě. Že ocenění bylo v tomto případě pro žalovaného nepříznivé, bylo řečeno: s druhé strany neváhají Římané vysloviti, že zaplacením litis aestimace se stane žalovaný pánem věci jakoby ze smlouvy trhově.¹⁾

Arbitrační doložka, jejíž smysl byl právě ukázán na žalobě vlastnické, se vyskytovala při žalobách věcných vůbec a při některých žalobách obligačních, jako při *actio redhibitoria, ad exhibendum*, při některých soukromých žalobách trestních, jako *a. quod metus causa, dolii*. Mluvíme tu o *actiones arbitrarie*. Při uvedených soukromých žalobách trestních měla zvláštní funkci: byla dlužníku prostředkem, jak uniknouti trestu (quadrupla, infamie). O zvláštní *actio arbitraria*, totiž *actio de eo quod certo loco dari oportet*, viz právo obligační.

7. Vedle kondemnace se vyskytuje ještě jiný formulový poukaz soudci, totiž t. zv. *adiudicatio* při žalobách dílčích *actio communi dividundo, familiae erciscundae a finium regundorum*. Tato doložka zněla: *quantum adiudicari oportet, iudex adiudicato*. Soudce jí byl zmocněn, aby rozdělil společný majetek a provedl přiděly jednotlivým účastníkům řízení.²⁾

8. Uvedené složky formule, demonstrace, intence, kondemnace a adiudikace se nevyskytují všechny při každé formulí. Všecky tyto složky nalézáme v dílčích žalobách. Jindy se vyskytuje intence s demonstrací nebo bez ní a kondemnace. Máme konečně také takové formule, jež se omezují jen na intenci. Jsou to *praeiudicia, formulae praeiudiciales* (Gaius 4, 44). Kdežto

¹⁾ Z nejnovější literatury by bylo uvést Biondi, St. s. dottrina r. d. *actio arbitraria*, An. Palermo 1916, Carrelli, L'acquisto della proprietà per „litis aestimatio“ nel processo civile romano, 1934. Herdliczka, Zur Lehre vom Zwischenurteil (pronuntiatio) bei den sogenannten actiones arbitrarie, 1930. Kaser, Restituere als Prozessgegenstand, 1932. Segrè, La clausola restitutiva nelle azioni „de servitutibus“, Bulletino, 41, 1933.

²⁾ Srovn. Gaius 4, 42. Arrangio-Ruiz, St. formulari, In tema di *adiudicatio*, Bull. Ist. d. r. 32.

při ostatních formulích má soudce jednak zjistiti určitý tvrzený právní poměr nebo tvrzenou skutečnost, jednak podle výsledku zjištění odsouditi nebo osvoboditi žalovaného, zde, u *praeiudicií*, se ukládá soudci pouze zjištění sporného právního poměru, na př. právního postavení osoby (na př. *an A. Agerius ingenuus sit*), nebo nějaké sporné skutečnosti (na př. *praeiudicium, an ex lege Cicereia praedictum sit* — Gaius 3, 123). Rozsudek se tedy omezí na soudcovu zjištění (srovn. na př. v posledním příkladě: *iudicatum est praedictum esse, nebo praedictum non esse*). Poměr mezi *praeiudiciálními* formullemi a normálními formullemi s kondemnací by se dal vyjádřiti obdobným poměrem mezi dnešní žalobou na plnění a žalobou určovací.

9. Formula, jejíž složky jsme právě poznali, mohla býti modifikována různými doložkami. Z nich jsou významné zvláště výhrady, sloužící zájmu žalovaného, k nimž on je povolán dáti iniciativu. O nich pojednáme v samostatné souvislosti (*exceptio*). Zde se sluší zmíniti o t. zv. *praescriptio pro actore*. Byly to výhrady, uvedené před vlastní formulí, jimiž byl blíže precisován spor v zájmu žalobcově. Ten žaloval na př. (Gaius 4, 131) ze stipulace, znějící na opakující se plnění, pro nezaplacení těch částek, které už byly splatné; tedy před demonstrací a intencí, jimiž byl vznesen na soud nárok z oné stipulace, dal předdeslati doložku, že žaluje jen splatné dávky, nikoli dávky, které dospějí teprve v budoucnu (*ea res agatur, cuius rei dies fuit*, Gaius 4, 131). Bylo to v jeho zájmu, neboť jinak by byl konsumován litiskontestací celý nárok z oné stipulace, nebylo by možné svého času žalovati o částky později splatné.

§ 7. Typičnost a roztřídění formulí.

1. Rozdíl mezi procesní formulí a dnešní žalobou. Typická vyhraněnost jednotlivých formulí. — 2. Formule I. *in ius, in factum conceptae*, II. *certae, incertae*, III. *arbitrarie*, IV. *civiles, praetoriae*, V. *ficticiae*, se záměnou subjektů, *utiles*. — 3. Hmotně-právní rozdělení žalob. *Actiones* I. *in rem, in personam*, II. *bonae fidei, stricti iuris, condictiones*, III. *ex contractu, ex delicto*, IV. *reipersecutoriae, poenales, mixtae*, V. *temporales, perpetuae*, VI. *simplices, duplices*, VII. *privatae, populares*, VIII. *praeiudiciales*, IX. *arbitrarie*, X. *noxales*.

1. Procesní formula, technický prostředek soudního uplatnění práv a povinností, není takovou obecnou kategorií jako naše žaloba. Dnešní žaloba je obecným prostředkem k uplatnění povinností, uznaných zákonem. U Římanů je nerozlučná spojitost mezi určitou povinností a určitou formulí. Ta a ta povinnost se dá uplatniti jen tou a tou formulí. Systému soukromoprávních norem a jimi založených práv a povinností odpovídá rovnoběžný systém formulí, a k tomuto systému se upíná hlavní pozornost právních činitelů. Je to tím, že kdežto k právní kodifikaci se od dob starodávného

zákona XII tabulí nedošlo, měla doba klasická vyčerpávající kodifikaci formulí (a všeho ostatního, co náleželo k praetorovu officiu), formálně provedenu vydáním edicta perpetua. Tímto systémem formulí se zabývala právověda nepřetržitě. Řešení toho a toho právního poměru bylo řešení otázky, lze-li užití té nebo oné formule. Dejme tomu otázka, může-li býti donucen vlastník pozemku, obtíženého služebností *oneris ferendi*, k povinnosti udržovati zeď v dobrém stavu, je z velké části otázkou, lze-li tu povinnost podříditi intenci formule konfessorní; nebo otázka, může-li prodávatel, odstoupivší od smlouvy pro propadnutí *legis commissoriae*, žádati na kupiteli také smlouvenou náhradu za škodu, již utrpí nepříznivým dalším prodejem (diferenci ceny), je pro juristy otázkou, lze-li v této funkci užití intence formule venditi. Tvoří tedy každá formule určitý typ, a dojde ochrany jen ten právní poměr, který lze podříditi typu nějaké formule; typické jsou i samy právní poměry. Jak již řečeno, byly formule publikovány, vyhlášeny v praetorském ediktu (odtud *formulae propositae*); formule praetorem zavedené byly proponovány spolu s vyhláškou, formule civilní, vypracované přesně podle civilní normy, bez vyhlášky.

2. Třebaže tvoří každá formule jako species samostatný typ, lze rozeznávati podle různých znaků, společných různým skupinám, některé typické druhy formulí a podle toho i žalob (*actiones*).

Některé důležité druhy formulí byly vyloženy již v souvislosti s intencí; tak se rozeznávají:

I. *formulae in ius conceptae* a *formulae in factum conceptae*;¹⁾ dodati jest jen, že mezi formule *in ius conceptae* náležely nejen vlastní civilní formule, uvádějící v intenci pravý civilní právní poměr, civilní právo nebo závazek, nýbrž i civilní formule praetorem pozměněné jako *ficticiae* a formule se záměnou subjektů. Historickým vývojem dotyčných poměrů se pak hlásí ta skutečnost, že pro některé poměry byly v ediktu proponovány i *actio in factum concepta* (historicky starší) i *actio in ius concepta*, tak z deposita,²⁾ commodata, negotiorum gestio.

II. *formulae certae* a *incertae* podle toho, je-li jejich *intentio certa* či *incerta*.

III. *formulae (actiones) arbitrariae*, jež obsahují restituční doložku, a formule bez této doložky.

IV. *actiones civiles* a *actiones praetoriae*, což je rozdělení, které značně souvisí s rozdělením ad I.

Actiones civiles byly založeny na zákoně (*actiones quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur*), *actiones praetoriae*, *honorariae* na magistrátské jurisdikci praetorské nebo aedilské (*actiones quae ex propria iuris-*

¹⁾ K literatuře, uvedené v díle Heyrovského st. 153, dodej: De Francisci, Synallagma, 1916, st. 34 ns. Vischer, Les formules in factum, N. Revue Hist. 1925 (49). Lenel, Intentio in factum concepta? Z. Sav. St. 1928 (48).

²⁾ Srovn. Gaius 4, 47. Lenel, Ed. perp., st. 101 a n., 252 a n.

dictione pendent). Civilní žaloby obsahovaly pravou, nepozměněnou intenci *in ius conceptam*. Praetorské žaloby obsahovaly buď formuli *in factum conceptam* (a zde byl praetor v plném rozsahu tvůrcem nového právního poměru, ovšem praetorského) nebo formuli koncipovanou *in ius*, ale pozměněnou jako formula *ficticia* a formula se záměnou subjektů.

Formula ficticia byla taková formule, jež obsahovala poukaz, aby soudce považoval nějakou skutečnost, která tvoří jednu složku z celkové civilní skutkové podstaty a které v konkrétním případě není, za existující, a za takovéto fikce aby vydal rozhodnutí. Příklad *actio Publiciana*: soudce si má přimyslet, že žalobce držel po celou dobu vydržecí, a učiniti si úsudek, zda za tohoto předpokladu by byl vlastníkem, jestliže ano, má žalovaného odsouditi, jinak osvoboditi (*si quem hominem A. Agerius emit isque ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem q. d. a. eius ex iure Quiritium esse oporteret, si ea res arbitrato tuo A. A-o non restitueretur, quanti ea res erit, tantae pecuniae N. Negidium A. Agerio condemna*).¹⁾ Zavedením této žaloby provedl praetor, aspoň prakticky, důležitou reformu: tradice se stala obecným způsobem převodu vlastnictví. Podobně *bonorum possessor* musil žalovati s fikcí; jako sukcesor podle práva praetorského nemohl žalovati stran věci zůstavitelových s intencí „*ex iure Quiritium suum esse*“ nebo stran pohledávek zůstavitelových „*dari sibi oportere*“; bylo třeba přidati fikci, jako by byl dědicem civilním. Touto cestou vyrovnal praetor prakticky praetorské dědictví s civilním. Nebo jiný příklad *actionis ficticiae*: z civilního deliktu (*furtum*) mohl žalovati nebo býti žalován legitimní žalobou (*actio furti nec manifesti* ze zákona XII tab.) i peregrin, ale jen s fikcí římského občanství.²⁾

Formulí se záměnou subjektů byla ta formule, v níž některá ze stran, uvedených v intenci, byla zaměněna v kondemnaci osobou jinou. Příklad (Gaius 4, 86): *si paret N. Negidium P. Maevio sestercium decem milia dare oportere, iudex, N. Negidium L. Titio s. X. m. condemna*. Jinými slovy: subjekt právního poměru, vzneseného na soud a litiskontestací převedeného v obligaci procesní, je jiný než subjekt této obligace procesní; *dare oportere* předprocesní zní na jiný subjekt než procesní *condemnari oportere* (k rozeznávání předprocesního a procesního právního poměru viz Gaius 3, 180). Takováto formule sloužila zvláště k provedení procesního zastoupení. Kdo žaloval *alieno nomine*, obdržel formuli, v níž intence zněla na jméno zastoupeného jakožto subjektu předprocesního právního poměru, kondemnace na jméno zástupcovy. Touto formulí žaloval i cessionář jako zástupce (*cognitor, procurator*) *in rem suam*. Dále byla tato formule cestou k provedení ručení za jiného praetorem zavedeného při *actiones adiecticiae qualitatis*: podle práva civilního byl zavázán jen jednatel (civilně nebo naturálně);

¹⁾ Lenel, Ed. perp., tit. XV, § 60.

²⁾ Srovn. Gaius 4, 34—39. O dalekosáhlé funkci, kterou měly *formulae ficticiae*, o rušení těchto formulí v době poklasické a přímé reformě práva civilního viz Riccobono, Corso II., st. 211 a n.

praetor chce zavést vedlejší ručení zmocnitele resp. majitele moci, a prostředkem k tomu je formula, jejíž intence uvádí kontrakt jednatelův a jeho závazek z něho plynoucí, kondemnace obsahuje poukaz odsouditi z toho zmocnitele resp. majitele moci. Jiný příklad bude uveden v našich výkladech o exekuci.

Zvláštní druh praetorských formulí tvoří *formulae (actiones) utiles*. Znamenají užití nějaké proponované starší žaloby na nové případy, na rozšířenou nebo změněnou skutkovou podstatu. Tak praetor rozšířil působnost legitimní *actio legis Aquiliae*, v jejíž intenci se pravilo „*si paret, N. Negidium iniuria occidisse*“ i na takové případy, kde nebylo té bezprostřední příčinné souvislosti (*damnum corpore corpori datum*), ale o nepřímé souvislosti a zavinění nebylo pochyby, kde šlo, jak rozlišil Celsus, ne o *occidere*, nýbrž o *mortis causam praestare*,¹⁾ *actio utilis* zde byla *actio in factum concepta*. Podobně uděloval praetor tutéž žalobu i jiným než vlastníkově, a užil k tomu asi formule s fikcí (Lenel). Jiné *actiones utiles* jsou žaloba *rescissa capitis deminutione* proti adrogovanému (viz *adrogatio, capitis deminutio*) a žaloby poskytnuté universálnímu fideikomisáři a proti němu (viz universální fideikomis). Základem *actionis utilis* mohla být také praetorská *actio in factum*, již praetor mínil rozšířiti na nové případy. Takovou je *actio quasi Serviana* proti původní *actio Serviana*, nebo *actio quasi institoria* proti původní *actio institoria*, jejímž je analogickým rozšířením.

Nejkrajnějším praetorovým opatřením k žalobní ochraně práv, když se ze zásoby vyhlášených formulí žádné nedalo užiti, konkrétní poměr však vyžadoval poskytnutí žaloby z důvodů vyšší spravedlnosti, byla *actio in factum*. Byla to žaloba, udělená praetorem na žádost strany, opřené i o právní podporu juristy, pro určitý konkrétní případ dekretem (odtud *actio ex decreto, decretalis*). Tak prameny osvědčují, že jasnou zásadu neplatnosti smluv ve prospěch třetího mohl praetor prolomit za zcela výjimečných okolností udělením takové *actio ex decreto tertiovi* (srovn. na př. Fr. Vaticana 286).

3. Distinkce žalob, posud uvedené, vycházely především ze struktury formulí. Další rozeznávání, které nyní uvedeme, je založeno ne-li výlučně, tedy převážně na hmotně-právní funkci žalob. Sem patří tyto kategorie:

I. *actiones in rem* a *actiones in personam*: první směřují k uplatnění práva absolutního (věcného nebo rodinného), druhé k uplatnění obligační povinnosti.²⁾ S hlediska formulové techniky jest uvést, že *actiones in rem*, obsahující v intenci žalobcovy tvrzení existence absolutního práva, nejmenují v této části formule žalovaného, kdežto *actiones in personam*, právně zalo-

¹⁾ D 9, 2, 7, 6. Lenel, Ed. perp., st. 203.

²⁾ O rozsahu tohoto rozeznávání je dnes spor. Viz Albertario, In tema della classificazione delle azioni, Rivista di diritto proces. civ., 1928; Segrè, Sulla distinzione delle actiones in rem, Bulletino, 41, 1933.

žené na existenci obligačního poměru, nezbytně obsahují již v intenci i jméno žalovaného. S tím souvisí, že proti *actiones in rem* není povinen žalovaný k osobní defensi (*se defendere*) a je pouze v jeho zájmu *rem defendere*, kdežto proti žalobám *in personam* je povinen žalovaný k osobní defensi, jinak je *indefensus* (o tom později).

Toto rozdělení není vyčerpávající. Jsou i žaloby z osobního závazku, které nejsou nerozlučně spojeny s vlastním dlužníkem (jako právě *actiones in personam*), ale příslušejí proti každému držiteli. Jsou to *actiones in rem scriptae*, jako *actio quod metus causa* (D 4, 2, 9, 8).

II. *actiones bonae fidei* a *actiones stricti iuris*.¹⁾ První byly koncipovány tak, že obsahovaly po demonstraci vždy neurčitou intenci s dodatkem *ex fide bona*; z toho bylo vyvozeno, že soudce tu má velkou volnost v rozsouzení věci, maje zkoumati obsah kontraktu se všemi vedlejšími okolnostmi a úmluvami, přihlížeti k zvyklostem, ke kompensaci atd. Mezi tyto žaloby (klasici mluví o *iudicia b. f.*, nikoli *actiones*, hledíce k tomu, že zvláštnost žaloby se týká hlavně způsobu, jak se má soudce zhostiti svého officia) patří *iudicia ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae* (Gaius 4, 62); zdali ještě další, je sporné.

Actiones stricti iuris (přesněji *iudicii* nebo *iudicia stricta*) neobsahovala v intenci oné doložky, takže byl soudce vázán přesným obsahem ujednání, jež musilo přesně zapadat do typu kontraktu, aniž mohlo býti pozměněno vedlejšími úmluvami nebo zvyklostmi a konkrétními okolnostmi případu. Soudce byl přísně vázán hlediskem práva civilního, jež jedině se mohlo uplatniti v hodnocení věci: žalobce musil dokázati civilně platný vznik závazku, žalovaný se mohl brániti jen skutečnostmi znemožňujícími nebo zrušujícími závazek podle civilního práva.

Zvláštní skupinou striktních *iudicií* byly *condictiones*. Již jméno prozrazuje historickou souvislost s legisakcemi *per condictionem*. Legisakci *per condictionem* pro *certa pecunia* odpovídá *actio certae creditae pecuniae*, a legisakci pro *certa res* odpovídá *condictio certae rei*. Z formule obou žalob, dříve již citované, vyplývá: měla *intentionem certam* (srovn. výše) a neuváděla důvod závazku; soudce má prostě zjistiti (ovšem podle přísných hledisk práva civilního), je-li tu civilní povinnost žalovaného *dare oportere*. Tak bylo lze žalovati z *mutua, expensilace, stipulace* a z důvodů bezdůvodného obohacení.

Přísná soudcova vázanost při žalobách *stricti iudicii* mohla býti uvolněna vložním *excepce doli* (o ní níže).

III. *actiones ex contractu* a *actiones ex delicto*. Je to rozdělení podle pramene závazku. Viz právo obligační.

¹⁾ Biondi, *Iudicia bonae fidei*, Palermo, 1920. Biondi, *Actiones stricti iuris*, Bulletino, 32, 1922.

IV. *actiones reipersecutoriae, poenales, mixtae*. Je to obdobné třídění, přihlížející k předmětu a funkci prvotní, předprocesní povinnosti. *Reipersecutoriae* jsou žaloby, směřující k předání věci a k náhradě; *poenales* jsou žaloby, směřující k zaplacení peněžní pokuty za soukromý delikt; *mixtae* (termín justiniánský) směřují k oběmu. Viz právo obligační.

V. *actiones temporales a perpetuae*. Prvé jsou ty, jež mohou být vzneseny jen do určité doby, zvláště do jednoho roku (*actiones annales*), po případě ještě do kratší lhůty, jako žaloby aedilské. *Perpetuae* jsou ty *actiones*, které nejsou vázány lhůtou. Civilní žaloby byly většinou *perpetuae*, rovněž takové žaloby praetorské, jež byly jen napodobením práva civilního a ovšem jeho rozšířením (*quibus praetor imitatur ius legitimum, quales sunt eae, quas bonorum possessoribus ceterisque, qui heredis loco sunt, accomodat* (Gaius 4, 111); jinak byly honorární žaloby časově omezené, *temporales*.

VI. *actiones simplices a duplices*. Strany, které vedou spor, jsou obvykle proti sobě tak postaveny, že jedna je žalobce (*actor - qui desiderat*), druhá je žalovaný (*reus - a quo desideratur*), a tyto kontrétní úlohy stran jsou vyjádřeny i ve formulí, která je výrazem toho, že jeden žaluje (*litem intendit, in intentione desiderium suum concludit*), druhý jako popírající je žalován (*infitiatur* — k terminologii srovn. Gaius 4, 157, D 10, 2, 44, 4). Proti těmto pravidelným žalobám (*actiones simplices*) jsou některé nepravidelné žaloby, v nichž mají obě strany postavení žalobce i žalovaného (*duplex ius agentis et eius cum quo agitur*). To bylo v žalobách, v jejichž formulí bylo uvedeno *quidquid alterum alteri dare f. oportet, iudex alterum alteri condemnare*. Touto formulí bylo možno žalovati z některých obligačních poměrů *bonae fidei*, jako z mandáta a negotiorum gestio; hlavním případem však jsou žaloby dílčí (viz systém) a interdicta (doleji). Takovéto žaloby se nazývaly *actiones duplices* nebo také *mixtae*.

VII. *actiones privatae a populares*. Kdežto normálně je založena legitimace k žalobě soukromým právním zájmem, t. j. žaloba náleží tomu, *cuius interest*, a jde tudíž o *actio privata*, byla při některých žalobách ponechána žalobní legitimace každému (ovšem způsobilému činit návrhy procesní před soudem, tedy i podle uvážení praetorova spolehlivému). To byly *actiones populares*. Takovou byla *actio de effusis et deiectis* (pro usmrcení a poranění svobodné osoby) nebo *actio de posito et suspensio* (k obojím viz právo obligační) nebo *actio de albo corrupto* (proti tomu, kdo poškodil svévolně jurisdikční vyhlášku magistrátskou). Většinou byly populární žaloby trestní sankcí na ochranu veřejného zájmu, zakládaly se na *publica utilitas*, žalobce jednal *quasi unus ex populo*. Pokud se s veřejným zájmem mísil i soukromý zájem, nebo dokonce byl v převaze, byla žaloba pojímána jako populární až teprve tehdy, nepřihlásil-li se soukromý poškozený, nebo se dávala přednost příbuzným poškozeného. Srovn. na př. D 9, 3, 5, 5 a znění

ediktu *De sepulcro violato* D 47, 12, 3, pr. Peníz, vydobytý vznesením populární žaloby, připadal vítěznému žalobci. Byla-li žaloba trestní sankcí veřejného zájmu, připadal někdy peníz vydobyté pokuty státu, tak při *actio de termino moto* (srovn. D 47, 21, 3 pr.). Avšak také mohlo být, že z částky vydobyté pokuty připadl díl, na př. polovina žalobci jako premie za to, že se zasloužil o odkrytí trestného činu; tak bylo při populární žalobě proti tomu, kdo otevřel proti praetorskému zákazu testament; tu pak z pokuty 100 aureů *partem dimidiam ei, cuius opera convictus erit, praemii nomine se daturum praetor pollicetur, partem in publicum redacturum* (D 26, 5, 25, 2).

VIII. *actiones praeiudiciales*. Viz shora (§ 6, č. 8).

IX. *actiones arbitrariae* (přesněji *iudicia arbitraria*, poněvadž se zvláštnost týká toho, jak se má uplatnit soudcová činnost). Viz shora (§ 6, č. 6).

X. *actiones noxales* (viz § 6, č. 5).

§ 8. Exceptio a praescriptio pro reo.

1. Excepce jako doložka, činící kondemnaci podmíněnou, uplatňující jiné normy, než na kterých je založena intence. — 2. Dějinné východisko v kontraposici práva civilního a praetorského. — 3. Excepce, provádějící normu legis imperfectae a senatusconsulta. — 4. Další funkce odpomoci jednostrannosti intence, vyloučení z fakta, zakládajícího intenci, určité případy. — 5. Excepce, uplatňující procesní vady. — 6. Účinek excepce. — 7. Replikace. — 8. *Exceptiones vulgares, utiles. Exceptiones peremptoriae, dilatoriae*. — 9. *Praescriptio pro reo*. Vývojově jako přechodný útvar mezi denegací a excepci.

1. Již žalobní formula sama o sobě, třebaže dochází k jejímu vydání v konkrétním případě na iniciativu žalobcovu, chrání současně i zájem žalovaného: vždyť podle toho, co uvádí žalobce jako příčinu svého vystoupení a co žalovaný popírá, má dojít k odsouzení žalovaného jen za té podmínky, že právní tvrzení žalobcovo bude *apud iudicem* dokázáno. Apodiktické tvrzení žalobcovo se stává tím, že bylo pojato do žalobní formule, skutečností hypotetickou, a na soudci je, aby nejistotu, danou tvrzením žalobcovým a popíráním žalovaného, rozřešil svým spravedlivým výrokem.

Ale může být, že žalovaný se nechce bránit tím, že by popíral právní existenci žalobcova tvrzení, jak bylo v intenci formulováno (třebas ani nemůže, protože o jeho *dare oportere* s hlediska civilních norem nemůže být pochyby). On se ovšem brání žalobě, ale jinak, totiž skutečnostmi, jež leží mimo hranice, vyčtené intencí, a jež se opírají o jiné normy, než které jsou zahrnuty právním ohraničením intence a kterých musí užít soudce z úřední povinnosti, totiž o skutečnosti, jež podle jiných norem vyžadují, aby byl z žaloby osvobozen. On uvádí skutečnosti, které se nedotýkají intence, ale činí hypotetickou kondemnaci.¹⁾ Bez excepce by byla kondem-

¹⁾ Gaius 4, 119: *Omnis exceptio... ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem*.

nace podmíněna jen důsledkem podmíněnosti intence. Žalovaný ji činí podmíněnou uváděním dalších skutečností, jež popírá žalobce a o jejichž pravdivosti nebo neexistenci má soudce spravedlivě rozhodnouti.

Jsou tedy excepce skutečnostmi, jež zakládají se na jiných normách, než které jsou zahrnuty intencí, nedotýkají se právního základu intence, ale přesto vyžadují osvobození žalovaného. To by byla definice spíše hmotněprávní. S hlediska formálního budeme definovati exepci jako doložku, připojenou ke kondemnaci jako zápornou její podmínku (odsud, jestliže se nestala ta a ta skutečnost, *condemna, si non...* nebo *extraquam si...*)¹⁾.

K objasnění excepce vyjdeme z některého typického příkladu. Dejme tomu, že žalobce vymáhá vrácení zápůjčky; i žaluje o intenci *si paret N. Negidium A. Agerio sest. X milia dare oportere*. Žalovaný se v konkrétním případě nemíní brániti ani neplatností zápůjčky ani zaplacením nebo jiným zrušovacím důvodem, tedy žádnou skutečností, která znamená negaci právního tvrzení intence, ale popírá svou povinnost a brání se žalobě na př. proto, že mu věřitel neformálně dluh prominul. Poněvadž civilní právo neuznává neformální prominutí dluhu tak zvaným paktem *de non petendo* za zrušovací skutečnost, neznamená tato okolnost negaci intence, a tedy soudce, maje za povinnost zkoumati, zdali v konkrétním případě je či není civilní povinnost, nemohl by se touto okolností zabývat. Avšak praetor chce respektovati takové paktum. Nemůže, nejza zákonodárcem, je prohlásiti za skutečnost, zrušující civilní *dare oportere*, ale prakticky dojde k stejnému výsledku tím, že k žádosti žalovaného připustí jen formuli, modifikovanou exepcí *pacti*, t. j. učiní kondemnační rozkaz závislým na podmínce, že se nestalo *pactum de non petendo*. Taková, exepcí podmíněná kondemnace zněla v našem případě: *si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit, ne ea pecunia peteretur, iudex, N. Negidium A. Agerio condemna* (Gaius 4, 119).

A příklad excepce proti žalobě věcné, třeba reivindikaci. Ten, kdo je žalován o intenci *si paret rem q. d. a. esse A. Agerii ex iure Quiritium*, se nemíní brániti prostě negací intence, poněvadž o žalobcově vlastnictví nepochybuje, ale brání se proti žalobě, nechce vydati držbu (*rem defendit*), protože vynaložil na věc nezbytné náklady a žalobce mu je nechce nahraditi. Tak, jak zní žalobní intence, se nelze před soudcem brániti námitkou nákladů, ale bylo by nespravedlivé, aby byl žalovaný za této situace odsouzen. Proto k jeho žádosti vložil praetor do formule před kondemnací exepci *doli*; soudce se musil zabývat námitkou nákladů a došel-li k úsudku, že se žalovaný držitel právem domáhá náhrady výloh, že by nebylo poctivé žádati vydání věci a výlohy nenahraditi (to se rozumí vždy o výlohách

¹⁾ Vynikající česká studie Heyrovského Obhajovací prostředky v civ. procesu římském, 1915, Pouta Ottovi.

nezbytných, někdy i o výlohách užitečných, nikdy ovšem o výlohách přepychových), musil žalovaného osvoboditi, třebaže intence byla žalobcem prokázána.

2. Excepce tedy omezuje účinnost intence. Kdežto jinak by musila intence, byla-li prokázána, vésti nutně ke kondemnaci, exepcí se omezuje kondemnace (a tedy účinnost intence) na ten případ, že ta a ta skutečnost se neudála. Jako poukaz, daný soudci, znamená exepce rozšíření jeho officia: má se obírat také určitými dalšími skutečnostmi, které jsou za právním ohraničením sporu intencí. Toto je nutno blíže vysvětliti. Excepce totiž nebyly zjevem výjimečným, nýbrž zcela normálním. I podává se otázka: jak je možné, že bylo nutno stále a stále doplňovati znění formule další výhradou excepce? To by ukazovalo k formální nedokonalosti formulí. Avšak tento dojem by byl nesprávný. Neboť jen ve zcela výjimečných případech to byla nedokonalost, nebo lépe řečeno tuze široká formulace intence, která ukázala v některých aplikacích nutnost bližšího vymezení exepcí. Tak na př. reivindikace o intenci *si paret rem esse A. Agerii ex iure Quiritium* by vedla k tomu absurdnímu důsledku, že proti takové intenci by musil býti usufruktuář vždy odsouzen, i v době trvání usufruktu; tomu důsledku se musilo čeliti tím, že usufruktuář dostal proti vindikaci vlastnickové exepci: ačli žalovanému nenáleží právo usufruktu (a tím právo k držbě i proti vlastníkovu). Zde i intence i exepce se zakládají na téže právní řádě, na právu civilním. Ale takovéto případy jsou velmi řídké. Největší počet exepcí znamená kontraposici práva praetorského proti právu civilnímu, vyjádřenému v intenci. Intence byla dokonalým vyjádřením právního poměru s hlediska starého práva civilního. Poněvadž se však stalo obecným názorem nové doby, že měla býti účinnost starých civilních norem restringována za těch a těch okolností, jako následkem vyhrůžky, podvodu, nezletilosti atd., praetor jako uplatňovatel těchto nových názorů sliboval v ediktu, že takovou restrikcí bude prováděti poskytováním exepcí, a také skutečně podle toho jednal, poskytuje žalovanému, postiženému bezohlednou přísností starých norem a podle toho i různých civilních intencí tu nebo onu exepci. S hlediska právních pramenů byla exepce jedním z prostředků zdokonalování práva. Ne tedy nedokonalost formulové koncepce nám vysvětluje římskou praxi co se týče exepcí, nýbrž to, že exepce byla jedním z prostředků právního vývoje a že se ten právní vývoj nedál odklízováním starých útvarů, nýbrž jejich přizpůsobováním novému duchu, takže byly vedle sebe dva právní řády: civilní a praetorský. Zakládá se tedy největší počet exepcí na právu praetorském, korigujícím přesprilísný formalismus a rigorosnost starého civilního práva. Tuto funkci excepce je zvláště viděti, pokud stojí exepce proti žalobě *stricti iudicii*. Proti tomu struktura žalob *bonae fidei* umožňovala,

aby soudce z úřední moci přihlížel ke všem skutečnostem, významným pro posouzení, zda chování té nebo oné strany odpovídá zásadě slušnosti a poctivosti zde požadované: ty skutečnosti, jež směl hodnotiti při takové žalobě ze stipulace, zápůjčky, legátu nebo při reivindikaci jen na základě zvláštního poukazu, *excepce doli*, směl zde hodnotiti bez *excepce* podle řehole *doli exceptio bonae fidei iudiciis inest*.

3. Bylo řečeno, že největší počet *excepce* se zakládá na právu praetorském. Přitom je to velmi často praetor, který byl také skutečným původcem *excepce* (*exceptio doli, metus, pacti, rei venditae et traditae* a j.). Jindy praetor, zaváděje *excepce*, prováděl jen normu, vyslovenou již zákonem, který byl jen *lex imperfecta* (*exceptio legis Cinciae*). Nebo poskytoval *excepce* na základě generálního poukazu, daného mu právním pramenem, majícím *legis vicem*: tak podle *senatusconsulta* Velleianského poskytoval *excepce* v případě, když žena převzala cizí dluh; *senatusconsultum* zakázalo takovou *intercesi*, ale neprohlásilo ji neplatnou, nýbrž nařídilo praetorovi, aby ženě, žalované z *intercese*, poskytoval *excepce* proti žalobě.

4. Je-li hlavní smysl *excepce* v dualismu práva civilního a praetorského, vyplývá z toho, že již méně významné jsou *excepce* tam, kde té protivy mezi uvedenými právními řády není. Byl již uveden ten případ, že bylo nutno užiti proti civilní žalobě obrany, zakládající se na témže právu civilním (obrana *ususfructu* proti reivindikaci). Stejně byl možný případ, že proti praetorské *actio in factum* bylo nutno vyhraditi žalovanému nějakou obranu, založenou na témže právu praetorském: to tehdy, když formula takové praetorské žaloby, na faktech založená, nezabezpečovala v některém složitějším případě spravedlivý zájem druhé strany. To objasní příklad. Bylo zřízeno v různých dobách dvěma osobám zástavní právo k téže věci. Zástavní právo patří oběma, ovšem přednější, silnější tomu, komu bylo zřízeno dříve. Z toho plyne: i žaloba zástavní proti třetí osobě náleží každému z nich, kdežto v poměru mezi nimi samými může žalovati přednější zást. věřitel pozdějšího, nikoli naopak pozdější přednějšího. Ale jak provést tuto myšlenku, když intence žaloby zástavní zněla: bude-li prokázáno, že věc, o kterou jde, byla zastavena žalobci vlastníkem pro platný, dosud nezapravený dluh. Podle znění této intence, když by zažaloval pozdější hypotekář přednějšího, musil by vyhrát. Tomuto absurdnímu důsledku se předešlo tím, že praetor poskytl žalovanému obranu: ačli žalovanému nebylo zástavní právo k téže věci dříve zřízeno (*si non A. Agerio ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata*).¹⁾

¹⁾ Jiný zajímavý a názorný příklad máme v D 14, 3, 17, 3. Jde o to, že majitel živnosti, který si zřídil plnomocníka k jejímu vedení, ohlásil, že se mu nemají poskytovat zápůjčky; zápůjčka se stala. Proculus rozhoduje, že má býti poskytnuta žalovanému majiteli živnosti obrana: *si ille illi non denuntiaverit, ne illi*

5. *Excepce* se mohlo též užiti k vytýkání nějaké procesní vady. To ovšem nebyl pravý cíl *excepce*, ale mohla se vyskytnouti i v této funkci. Žalovaný vytýká na př. žalobci, který žaluje jako zástupce, nějaký nedostatek v plné moci. Pochybnost tím vzniklou ovšem obyčejně odklidil sám praetor, odmítaje žalobu zástupci, jehož plná moc byla pochybná. Ale byla-li věc spornější, nemusil praetor záležitost sám vyšetřiti a rozhodnouti, nýbrž pověřil soudce, aby odsoudil žalovaného jen tehdy, zjistí-li, že je žalobce pravým prokuratorem (*exceptio procuratoria*).

6. *Excepce* nevyvracela intenci, ale odnímalá jí účinnost: žalovaný má býti osvobozen. Máme však *excepce*, jež působí jen zeslabení účinků intence: žalovaný má býti odsouzen, jen nakolik může splniti, *quatenus facere potest* (nebo *dumtaxat quod facere potest*). Je to obrana, již uplatňuje žalovaný *beneficium competentiae*.¹⁾

7. Dosud se nám jevila *excepce* jako obrana žalovaného, poskytnutá praetorem na jeho iniciativu. Mohlo však býti, že skutečnosti, jež v konkrétním případě založily *excepce*, byly jinými dodatečnými skutečnostmi zbaveny účinků. Třebas, abychom zůstali u typického příkladu shora uvedeného, *pactum*, jímž věřitel neformálně prominul dluh, bylo paralysováno pozdějším paktem, jímž se strany dohodly, že dluh bude splněn, že smí býti vymáhán. Když si tedy dlužník vyžádal proti věřitelově žalobě *excepce* *si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit, ne ea pecunia peteretur*, vyžádal si žalobce *excepce* navzájem: *aut si postea convenit, ut A. Agerio eam pecuniam petere liceret* (Gaius 4, 126). Žalobce především uvádí civilní povinnost žalovaného; žalovaný proti tomu uvádí skutečnosti, jež vyžadují jeho osvobození podle jiných norem, než které zakládají jeho civilní povinnost v intenci formulovanou (*exceptio*); proti tomu žalobce uvádí další skutečnosti, jež podle těchže (mimointenčních) norem odnímají

servo crederet. Příčina, že musí býti udělena obrana, je ta, že *actio institoria* je založena na faktu zřízení institora, vyloučení zápůjčky pak neruší toto faktum, musil by tedy býti žalovaný odsouzen. Má-li býti osvobozen, může se to státi jen tím, že k jeho iniciativě povolí praetor vložení citované *excepce* do formule; a Proculus také, vyslovuje normu, že v uvedeném případě majitel za tu zápůjčku neručí, vyslovuje ji přímo ve formě úsudku. Že mu má býti poskytnuta *excepce*.

A všimněme si ještě našeho případu s jiného hlediska. Dnes bychom formulovali ten úsudek výlučně s hlediska povinností, ručení, asi tak: majitel živnosti ručí za kontraktní závazky zřízeného institora, zakázal-li však určité jednání, pak za takové jednání institorovo neručí. Římská formulace promítá ručení do procesu: majitel živnosti, který si zřídil institora, v případě jeho kontraktních závazků *actione tenetur*, zakázal-li pak určité jednání, tu pro ten případ jemu *exceptio* danda est. A nejde jen o to, že Římané s oblibou vyjadřují ideu závazku hlediskem procesním, i když jde o civilní závazky. Zde šlo totiž o praetorský závazek, a tu je procesní vyjadřování povinnosti výrazem *actione teneri* a opaku výrazem *exceptionem dare* konstantní a důsledné, neboť se tím má vyjádřiti logická podřízenost práva praetorského právu civilnímu.

¹⁾ Viz nyní Solazzi, *Sull' Exceptio in diminuzione della condanna*, *Bulletino*, 42, 1934.

skutečností excecpe účinky (*replicatio*). Jiný příklad, Gaiem (4, 126a) uvedený: *argentarius, který vydražil věci, požaduje na kupci tržní cenu, ale ten namítá, že mu nebylo zboží odevzdáno: si ea pecunia non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est* (D 19, 1, 25); žalobce se brání tím, že bylo stanoveno, že je dříve zaplatiti cenu, i dodává se replikace: *aut si praedictum est, ne aliter emptori res traderetur, quam si pretium emptor solverit*. Proti replikaci je možná *duplicatio* proti té zas *triplicatio*.

8. Jako byly v ediktech vyhlášeny vzorce formulí, stejně byly vyhlášeny i vzorce excecpií. Odtud termín: *exceptiones propositae, vulgares*. Bylo-li třeba rozšířiti nebo pozměniti znění excecpe v konkrétním případě, byla poskytnuta podle analogie vyhlášené excecpe *exceptio utilis* nebo *in factum*.

Rozeznávají se dva druhy excecpií: *peremptoriae* a *dilatoriae*.¹⁾ První jsou ty, jež *perpetuo valent nec evitari possunt*, přísluší žalovanému bez časového omezení a nemůže se jim tudíž žalobce vyhnouti odložením žaloby. Tak třeba *exceptio pacti conventi* (ne *omnino pecunia peteretur*), *exceptio rei iudicatae, doli* atd.; skutečnost, že věřitel prominul dluh, činí, že věřitel již nemůže žalovat nikdy o prominutý dluh, i kdyby jakkoli modifikoval žalobu. *Exceptiones dilatoriae* jsou ty, jež *ad tempus valent, integra re evitari possunt*, přísluší žalovanému jen po určitou dobu, znamenají poshovění, odloženi žaloby; žalobce se může vyhnouti působení excecpe tím, že vyčká s litiskontestací po dobu působnosti excecpe. Takovou je *exceptio pacti conventi, ne intra tempus peteretur*, obrana úmluvy, že nebude žalováno do určité doby; působí jen do stanovené doby. Vyčká-li tuto dobu, může pak žalobce žalovati bez obavy z excecpe. Kdyby však nevyčkal a provedl litiskontestaci předčasně přesto, že si vyžádal žalovaný excecpi paktu, pak vedla excecpe, byla-li prokázána, k osvobození žalovaného; neboť i tato excecpe měla normální formulaci: odsud, nebude-li prokázáno, že učinili *pactum intra tempus*. Druhem dilatorních excecpií byly i námitky procesních nedostatků v osobě žalobcově, na př. *exceptio cognitoria*, t. j. námitka, že žalobce, zastoupený kognitorem, není oprávněn proces vésti kognitorem, nebo že je zastupován nezpůsobilým kognitorem; žádal-li žalovaný, aby pro tuto jeho výtku byla vložena excecpe do formule, a stalo-li se tak, byl žalovaný osvobozen, a to definitivně, shledal-li soudce výtku oprávněnou; tomuto nebezpečí ztráty procesu jen pro procesní nedostatek se mohl vyhnouti žalobce tím, že vadu napravil (vedl proces osobně, nebo si zvolil způsobilého kognitora, takže z excecpe sešlo). Tedy i taková excecpe procesní vady *evitari potest*, ovšem ne vyčkáním, jako u pravé dilatorní námitky, nýbrž nápravou vady.

¹⁾ Srovn. Gaius 4, 120 ns.

9. Praescriptio pro reo.

Byla to historicky starší forma obrany žalovaného. Co do formálního vzhledu byla výhradou, uvedenou v čele formule, uvedenou (jako *praescriptio pro actore*) slovy *ea res agatur*. Takto upozorňoval magistrat soudce na určitou okolnost a ukládal mu, aby se napřed přesvědčil, že ona skutečnost tu není, a pak teprve aby se pustil do vlastního rozhodnutí sporu. Zjistí-li soudce, že namítaná a jako praescripce formulovaná skutečnost existuje, nepustí se do projednání sporu. Nastane tu tedy podobná situace, jako kdyby pro onu namítanou skutečnost magistrat neudělil žalobu: on sice udělil žalobu a rozkázal její projednání, ale pod podmínkou, že ta a ta namítaná skutečnost tu není. A tedy jako denegace žaloby nepůsobí konsumpci nároku, stejně ani soudcovo rozhodnutí o existenci skutečnosti, pro kteréžto rozhodnutí z dalšího projednání sejde; je pravda, že litiskontestace se již stala, ale jen pod podmínkou, a soudce nalezl, že podmínka litiskontestace není uskutečněna.

Praeskripce *pro reo* byly starším útvarem procesním. Gaius dosvědčuje, že v jeho době není již takových praeskripcí, že přešly v novější úvar excecpe. Je tedy pravděpodobná hypotéza, že praeskripce *pro reo* byla přechodným útvarem mezi režimem denegace jako jediné formy obrany (doba nejstarší) a rozvětveným režimem klasických excecpií.

Gaius nám referuje aspoň o jedné praeskripci (přešlé arci za jeho doby již v excecpi); tato praescriptio zněla: *ea res agatur, si in ea re praeiudicium hereditati non fiat*. Byl-li totiž žalován *possessor pro herede* věci dědičských některou speciální žalobou namíste žaloby dědičné, mohl namítati, že spor praejudikuje sporu dědičnému (vyhrazenému centumvirálnímu soudu). Praetor tedy udělil žalobci žalobu, ale dal v čelo formule citovaná slova praeskripce, a soudce se měl pustiti do projednání věci jen tehdy, zjistil-li, že se sporem ve skutečnosti dědičné žalobě neprejudikuje.

§ 9. Denegatio.

1. Význam dekretu praetorského, povolujícího žalobní formulí. Odepření magistrátského povolení. — 2. Z důvodů procesních. Nepříslušnost a jiné překážky. — 3. Denegace z důvodů práva hmotného. Poměr mezi denegací a excecpií. — 4. Rozdíl mezi denegací a osvobozujícím rozsudkem.

1. Viděli jsme, že ustavení sporu předpokládalo součinnost stran i magistrata. Nestačí iniciativa strany a souhlas odpůrce, procesní součinnost stran musí býti autorisována praetorem a teprve jeho povolení žalobní formule (*datio actionis*) otevírá cestu k litiskontestaci. Schválení žaloby nebylo formalitou, jež by snad musila přistoupiti k procesní činnosti stran, nýbrž úředním úkonem, vyjadřujícím, že jsou v konkrétním případě

dány podmínky řádného procesu. Bylo-li zřejmé, že tu není těchto podmínek, mohl praetor udělení žaloby odepřít, *actionem denegare, non dare*.¹⁾

2. Jisté je především, že osoby, vedoucí spor, musily mít způsobilost býti subjektem procesu a způsobilost, samostatně jej vésti, mimoto způsobilost postulační. S nezpůsobilými praetor nezahájil jednání, a to z úřední povinnosti, t. j. i kdyby snad způsobilá druhá strana procesní nic neměla proti činnosti strany, k postulaci nezpůsobilé (*etiamsi adversarius eum patiatur postulare*, D 3, 1, 7).

Dále musil magistrát, na něhož se strany obrátily, uvažovati, je-li příslušný, a to věcně a místně. Věcně byla ohraničena na př. příslušnost aedilů (spory z obchodů, uzavřených na římském tržišti) nebo magistrátů municipálních (omezení co do ceny sporné věci). Praefektové, zastupující praetora v italských krajích vzdálenějších od Říma, mohli úřadovati jen ve svém úředním obvodu. Místní příslušnost, t. j. otázka, který z magistrátů věcně příslušných je kompetentní pro konkrétní věc, byla určena s hlediska žalovaného, *actor forum rei sequitur*, a to hlavně jeho obecní příslušností nebo bydlištěm (mluví se o *forum originis, domicilii*). Podrobně byly vypracovány zásady soudní příslušnosti teprve ponenáhlym vývojem, mnohé z principů byly výslovně formulovány až v procese úřednickém. Tedy magistrát musí zkoumati, zase z úřední povinnosti, zda je příslušný: *praetoris est aestimare, an sua iurisdictio sit*.

Zjistil-li magistrát některé z uvedených procesních překážek, nejednal se stranami, odepřel udělení žaloby. Dala-li se procesní vada napravit (podáním žaloby na příslušném soudě, odklizením postulační závady), nebyla denegací věc materiálně ztracena.

3. Magistrát však mohl odepřít svou součinnost, denegovati žalobu také z jiných důvodů než formálních překážek procesních. To tehdy, když již z prvního projednání věci jasně vyplývala věcná nedůvodnost žaloby. To ovšem byly jen výjimečné případy. Důležitější bylo, že mohl magistrát denegovati žalobu tehdy, když se její nedůvodnost jevila jako bezohledné vymáhání překonaného práva civilního za takových okolností, jež vyžadovaly zřejmě osvobození žalovaného. Jinými slovy: ten důvod, který jinak vedl magistráta k vložení excepce do žalobní formule, mohl vésti hned k denegaci žaloby samé *in iure*; to tehdy, byl-li skutkový základ obrany již před praetorem jasně prokázán, takže s hlediska procesní ekonomie se doporučovala rychlá cesta denegace. Takto byly tedy denegace žaloby a excepce dvě různá procesní zařízení, směřující k témuž cíli: k ochraně

¹⁾ H. Lévy-Bruhl, La denegatio actionis sous la procédure formulaire, Travaux et mémoires de l'Université de Lille, 1924. Srovn. A. Guarneri Citati, Archivio giuridico, recension, 1925.

žalovaného proti nespravedlivému, zavržitelnému uplatňování překonaného práva. Denegace se dalo užít, byl-li základ obrany žalovaného již v řízení *in iure* notorický; excepce se užilo, byl-li faktický základ tvrzení žalovaného sporný, bylo-li třeba důkazů k jeho prokázání. S hlediska římského právního vývoje pak nutno poznamenati, že z těchto prostředků se vyvinul až jeden po druhém. Nejdřív se vyvinula na ochranu žalovaného denegace: jinými slovy, bylo na magistrátovi samém, aby vyšetřil okolnosti, jež uváděl žalovaný na svou obranu. Teprve později se vyvinuly excepce, a tak se došlo k dualismu prostředků obrany žalovaného a k různění právě uvedenému. A jako z excepce některé byly vytvořeny magistrátem, kdežto k jiným byl dán impuls senatuskonsulem, nařizujícím poskytnutí excepce, tak to byla i senatuskonsulta, která vybízela magistráta k žalobní denegaci za skutkových okolností senatuskonsulem řešených.

4. Denegací se likviduje žalobní útok, žalovaný se zbavuje procesu. A je-li základ denegace v samém právu hmotném, nastane následkem denegace podobná situace, jako by byl žalovaný rozsudkem osvobozen. Ovšem situace podobná, ne juristicky táž. Neboť kdežto s každým rozsudkem je spojen jednak zrušovací účinek, znemožňující novou žalobu o rozhodnutém právním poměru, jednak pozitivní účinek právotvorný, zabráňující podati novou žalobu, již by se odporovalo obsahu vydaného rozsudku, zde, u denegace, není ani vylučujícího ani pozitivního, právotvorného účinku. Neboť ani nedošlo k litiskontestaci, ani nebyl vydán rozsudek. Mohl tedy žalobce, jemuž magistrát žalobu denegoval, znovu žalovati, pokud arci mohl nějak ospravedlniti, že se odvažuje znovu žalovati o věci již jednou magistrátským imperiem odmítnuté, a nemusil se obávat námitky procesní konsumpce; praetor pak (týž nebo jeho nástupce) mohl změnití staré rozhodnutí a žalobu nyní povolit *contrario imperio* (D 41, 2, 14).

Někdy mohl magistrát rozhodnouti, že odmítá povolení žaloby jen prozatím, *denegatio interim*, podle toho, jak se rozhodne nějaká okolnost pro spor významná, a tím již předem schváliti nové podání žaloby, splní-li se zatím nejistá podmínka procesu (D 14, 6, 1, 1).

Magistrátská denegace se mohla projevit i proti excepci. Žalovaný žádal o udělení excepce. Přesvědčil-li se magistrát o nedůvodnosti excepce, zvláště proto, že žalobce osvědčil jiné skutečnosti excepce vyvracející, mohl buď excepci odmítnouti (*non dare, denegare exceptionem*) nebo udělit žalobci replikaci. Odmítnutí excepce způsobí, že bude, jak se vyjadřuje Cicero, *iudicium purum* (podle Gaia by bylo říci: *condemnatio pura*).¹⁾

¹⁾ Žalovaný žádá o excepci, žalobce tomu oponuje; to je vyjádřeno u Cicerona (De inv. 2, 59) takto: *postulat is, quicum agitur, a praetore exceptionem. Hic is, qui agit, iudicium purum postulat*.

§ 10. Skutečnosti, pozměňující normální běh procesu.

A. Confessio in iure.

1. *Confessio in iure*. — 2. Doznání povinnosti, uplatňované intencí *dare certae pecuniae*. — 3. Jiné případy doznání. — 4. Případy, kdy neučinění doznání vede k odsouzení *in duplum*. — 5. Nesplnění defensní povinnosti. — 6. Proti žalobám *in personam* stanovena defensní povinnost. — 7. Omezené účinky nesplnění *defense rei* při žalobách věcných, *defense* poddávajícího při žalobách noxálních. — 8. Případy, kdy povinnost osobní nebo věcné *defense* zahrnuje povinnost zříditi procesní jistoty. — 9. Případy, že se dlužník vůbec nedostaví. — 10. *Ius iurandum in iure*. — 11. Případy a následky. — 12. *Ius iurandum voluntarium*. — 13. *Iuramentum calumniae*. — 14. *Interrogatio in iure*. — 15. Zvlášť při žalobách, uplatňujících dědicovo ručení a při žalobách noxálních. Účinky response kladné a záporné, pravdivé a nepravdivé.

1. Je pravda, že může dojít k ustavení sporu jen souhlasem stran, aby o předmětu sporu bylo rozhodnuto porotcem. Avšak v tomto souhlase stran je právě dáno, že vzájemná stanoviska stran k předmětu sporu jsou protichůdná. Žalobce tvrdí povinnost žalovaného, žalovaný povinnost popírá. Jen tak může dojít k ustavení sporu.

Uzná-li tedy žalovaný svou povinnost, žalobcem tvrzenou, je to *confessio in iure*, a proces je vyřízen. *Confessus pro iudicato est, quia quodammodo sua sententia damnatur* (Paulus, D 42, 2, 1): ten, kdo uznal žalobní nárok, se jaksi sám odsoudil, tedy je v postavení odsouzeného. Nesplní-li tedy doznání nárok, může vésti věřitel exekuci.¹⁾

2. Zde ovšem nutno učiniti výhradu: rozsudek odsuzující může znít v procesu formulován jen na peníze, tedy s takovým rozsudkem je možno srovnati jen doznání, jehož předmět je peněžně určitý, tedy doznání povinnosti, jež se má uplatniti intencí na *dare certae pecuniae* (*actio certae creditae pecuniae, actio certi ex testamento*).

3. Naproti tomu doznání povinnosti *dare certae rei*, dále vůbec každé doznání povinnosti, jež se uplatňuje žalobou o intenci neurčité, ať je předmět primární povinnosti peněžité nebo nepeněžité, nemůže býti samo o sobě základem exekuce, neboť tu schází tento element určitý sumy peněžní, který v takových žalobách může býti dán teprve rozsudkem. Te tedy nutno přece jen dojít až k rozsudku. Není sice sporné, že je žalovaný dlužen, řekněme ze smlouvy tržové nebo society anebo z deliktu bezprávného poškození věci, ale zůstává sporná peněžní výše uznané povinnosti, a tak se vede spor o ni, dojde se k litiskontestaci, dosazení porotce, řízení *apud iudicem* a k rozsudku. Totéž platilo o žalobách *in factum* a o žalobách *in rem*.

¹⁾ Z nejnovější literatury Wlassak, *Confessio in iure und Defensionsweigerung nach der Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, Bayer. Akad. W. 1934.

4. Viděli jsme, že doznání ruší spor nebo jej aspoň podstatně ztenčuje, činíc zbytečným jednání o důvodu povinnosti, omezujíc jednání jen na její peněžní rozsah. Samo doznání nepřináší žalovanému nějakých úlev. Bude exekučně povinen k stejné sumě, jako kdyby bez doznání byl odsouzen. Obráceně byly však případy, kdy neučinění doznání bylo trestáno odsouzením k další sumě, takže žalovaný byl odsouzen dvojnásobně, jednak k zjištěné hodnotě nesplnění povinnosti (*res*), jednak ještě jednou k téže sumě za trest, že popíral (*poena*). Mezi tyto případy, t. zv. *actiones, quae infitiando crescunt in duplum* (jimiž tedy *rem et poenam persequimur* — Gaius 4, 9), náleží *actio legis Aquiliae, actio certi ex testamento* a zvlášť *actio iudicati*. U této poslední žaloby je toto zařízení zvlášť jasně srozumitelné. Odsouzený dlužník se staví v cestu exekuci, zahájené *actione iudicati*, popíraje platnost rozsudku, čímž se převádí exekuční řízení zpět do nalézacího stadia. Poněvadž *infitiatio* proti *actio iudicati* má býti jen mimořádným prostředkem, chápeme, že bylo-li nalezeno popírání exekuce bezdůvodným, byl dlužník odsouzen za trest dvojnásob.

B. Nesplnění defensní povinnosti.

5. Jako vyřizuje proces *confessio* (ovšem s určitými výhradami), tak činí normální proces logicky nemožným i opomenutí *defense* žalovaným. Spadají sem případy takové nečinnosti žalovaného, kdy jen za jeho součinnosti může dojít k rozvinutí procesu. Především to, že na otázku, uzná-li tvrzený žalobcův nárok, vůbec neodpoví. Dále to, že nechce přimouti žalobní formulí (*iudicium accipere*) a tak spolupůsobiti k ustavení sporu litiskontestací. Konečně to, že při odmítání soudce, žalobcem navrhaného z alba soudců, si počíná tak, že ustanovení soudce vůbec znemožňuje (odmítá třeba všechny). O všech těchto případech platí, že žalovaný *se uti oportet, non defendit*, že je *indefensus*. Avšak *indefensus* je žalovaný, i když je nečinný k tomu, co sice není logicky nezbytnou podmínkou vývoje sporu, co však je připuštěno k uhájení důležitého zájmu žalobcova, jako když nesplní spravedlivě požadované procesní kaucí, nevykoná spravedlivě požadovanou přísahu a pod.

Jaké mělo následky takové nesplnění defensní povinnosti?¹⁾

6. Především nutno znova uvést, že žalovaný byl povinen k osobní *defensi* jen proti žalobám *in personam*. A nesplnil-li této povinnosti, mohl si žalobce vyžádati od praetora povolení uvázati se v držbu jeho jmění (*missio in possessionem bonorum*) a po přístupu ostatních věřitelů bylo možno toto jmění veřejnou dražbou prodati k uspokojení pohledávek (*bonorum venditio*), nerozhodl-li se žalovaný přec jen dodatečně k řádné *defensi*,

¹⁾ Viz Heyrovský, *Studie k c. p. ř.*, *Indefensus*, Sborník 16, 1916.

zabezpečené nyní arci kaucí *iudicatum solvi*. A dokonce, žaloval-li věřitel *actione certae creditae pecuniae*, mohla být potrestána dlužníkovou neochota k řádné osobní defensi jeho vazbou (*ductio*).¹⁾

7. Proti žalobám *in rem* nebyl žalovaný povinen k osobní defensi (*se defendere*).²⁾ Ale bylo dáno jeho rozhodnutí, chce-li *rem defendere*. Když odepřel, další proces se ovšem vésti nemohl, ale projev nečinnosti žalovaného, neochoty hájit věc žalobcem vindikovanou, dědictví žalobcem vindikované, vedl samozřejmě k přenesení faktické moci na žalobce bez praejudice vzhledem k právní stránce sporu. Nejlépe je to vidět na reivindikaci. Nehájil-li žalovaný věci, žalobcem vindikované (k defensi věci již nebylo zapotřebí kontravindikace jako v dobách reivindikace *sacramento*, nýbrž prostě popření restituční povinnosti a ochota spolupůsobiti k ustavení procesu), byla praetorem provedena *translatio possessionis* (tedy ne *dominii*, jako při legisakci *sacramento in rem*): žalobce si odnesl věc s povolením praetorovým nebo byl legitimován, zvláště pokud šlo o pozemky, aby se uvázal v držbu, maje k tomu *interdictum adipiscendae possessionis* (na př. *interdictum quem fundum*).

Podobně se utvářela otázka defense u žalob noxálních.³⁾ Žalovaný nebyl povinen svého poddaného, který se provinil deliktem, *defendere*, t. j. vésti jeho jménem žalobu a nésti risiko odsouzení k stanovené pokutě. Ale rozhodl-li se neobhajovati vinníka, musil jej vydati žalobci (*noxae dedere*), převést jej řádným způsobem v moc žalobcovu, ačli se žalobce nespokojil s tím, že si vinníka na soudě přítomného se svolením praetorovým odvedl. Stejně byla upravena defensní povinnost proti *actio de pauperie* a *actio de pastu*. Žalovaný nemusí *se defendere*, ale v tom případě musí vydati zvíře, jež způsobilo tu škodu.

8. Zvláštní pozornosti s hlediska defense vyžaduje ten případ, že žalovaný nebyl ochoten složit kauci, požadovanou od něho k zabezpečení úspěchu procesu.

V rozepřích *in rem*, zvláště při žalobě vlastnické, byla požadována na žalovaném jakožto držiteli kauce, že splní rozsudek. Prováděl-li se vlastnický spor starším řízením *per sponsionem*, prováděla se kauce, jak již víme, stipulací *pro praede litis et vindictiarum* (stipulací, nahrazující starodávné záruční postavení garantů, zvaných *praedes*). Vedl-li se spor *per formulam petitoriam* (známou formulí, přenášející na porotce přímo zjištění, zda věc náleží do vlastnictví žalobcovu), prováděla se kauce stipulací *iudicatum solvi*. Obě stipulace přes rozdílnost formální struktury směřovaly k témuž cíli,

¹⁾ Lex Rubria, c. 21, 22.

²⁾ Invitus nemo rem cogitur defendere, D 50, 17, 156, pr.

³⁾ Noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo, quem non defendit. D 9, 4, 33.

t. j. k zabezpečení, že bude rozsudek splněn: žalovaný sliboval, že proces bude řádně obhajován, kondemnační suma že bude splněna, a dokládalo se *dolum malum abesse afuturumque esse*. Nezavázal-li se žalovaný touto praetorskou stipulací, bylo tím dáno, že *rem non defendit*, a nastala známá již nám *translatio possessionis* na žalobce (dal-li ovšem sám jistotu stran eventuálního vrácení, jinak přece jen zůstal žalovaný v držbě).

V rozepřích *in personam* byl povinen žalovaný zříditi žalobci kauci *iudicatum solvi* jen výjimečně, na př. při *actio iudicati* (srovn. hoření úvahy o *actiones quae infitiando crescunt in duplum*: z téhož důvodu se žádá i kauce) nebo z důvodů osobního rázu (na př. byl-li žalovaný již úpadcem). Nesložil-li takovou výjimečně požadovanou kauci, porušil tím povinnost osobní defense.

Zvláštního řešení potřebovala otázka, jak zakročiti proti dlužníku, který maří proces tím, že se vůbec nedostaví *in ius*, který se skrývá, aby znemožnil proces, nebo který svou nepřítomností nebo z jiných překážek činí proces nemožným. Pro tyto případy byla věřiteli zabezpečena *missio in possessionem*, spojená někdy i s právem prodeje majetku, tak na př. v případě, že se žalovaný zlomyslně skrýval. K podobným opatřením mohlo také dojít, když na př. dlužník zemřel a nikdo se neuvázal v dědictví, takže tím byl proces zmařen. Než to již nenáleží do naší souvislosti.

C. Ius iurandum in iure.

9. Mezi edici a povolení žalobní formule mohl být vložen procesní akt, který činil zbytečnou litiskontestaci, stejně ukončoval řízení *in iure* i všechno další řízení. To byla nucená, žalobcem uložená přísaha, institut upravený praetorským ediktem.

10. Při některých žalobách s přesným žalobním předmětem, jako *actio certae creditae pecuniae*, *condictio certae rei*, *actio de pecunia constituta*, *iudicium operarum*, a při některých ještě speciálních žalobách mohl k urychlení řízení žalobce uložit žalovanému, aby přísahal, že není, jak tvrdí, opravdu dlužen.

Žalovaný byl povinen přísahat, jinak byl *indefensus* (mohl si ovšem po případě vyžádat žalobcovu přísahu, že nečiní tento návrh jen *calumniae causa*).¹⁾ Mohl se přísaze vyhnouti jen tím, že přísahu (opačného obsahu) přenesl na žalobce (*iusiurandum referre*).

Vykonali-li žalovaný uloženou přísahu, byl tím spor vyřízen. Praetor odepřel žalobci udělení žaloby. Totéž se stalo, jestliže žalobce nesložil přísahu, již mu žalovaný vrátil.

Když však žalovaný nevykonal uložené přísahy (aniž ji vrátil žalobci),

¹⁾ O této přísaze viz dále.

nebo když žalovaný uloženou přísahu vrátil žalobci a ten přísahal, že mu nárok přísluší, musil žalovaný bezpodmínečně splniti. A nesplnil-li, nastaly nám již známé následky indefense, tedy zvláště prodej jeho majetku.

11. Od této nucené přísahy (*iusiurandum necessarium*) nutno rozlišovati přísahu dobrovolnou (*iusiurandum voluntarium*). První je praetorský institut procesní, druhá je institut spíše hmotně-právní, rovněž praetorský. Tato dobrovolná přísaha jako prostředek spor zrušující se může uskutečniti již před započatím procesu (právě tak, jako na př. smír). Během procesu pak může tento prostředek vésti zajisté i k ukončení procesu, liší se však od přísahy nucené těmito znaky: Především se zakládá na dohodě stran (*pactum de iureiurando*), tedy nemůže býti jednou stranou druhé prostě vnucena. Vázanost vykonati přísahu vyplývá právě jen z paktu dobrovolně uzavřeného. Může se vyskytovat při kterékoli žalobě. Účinek složené přísahy (tomu se rovná případ, že přísaha byla druhou stranou prominuta), a to žalovaným, působí denegaci žaloby nebo (je-li věc spornější, což při *iuramentum necessarium* myslitelné není) vznik excepce *iurisiurandi*. Byla-li přísaha složena žalobcem (nebo přísaha, již měl vykonati i byl ochoten tak učiniti, mu druhou stranou prominuta), vznikla mu z ní samostatná *actio in factum*, kde se odsouzení žalovaného činí závislým jen na faktu řádně složené přísahy.

12. Zvláštním případem nucené přísahy bylo *iusiurandum calumniae*. Žalobce mohl navrhnouti, aby praetor uložil žalovanému přísahu, že nepopírá žalobní nárok vědomě bezprávně (*iusiurandum calumniae*).

Víme již, že římský právní řád se snažil zameziti nespravedlivé popírání žalobního nároku tím, že stanovil trest za popírání, jež se odsuzujícím rozsudkem ukázalo neoprávněným: to u *actiones quae infitiando crescunt in duplum*. Při žalobách *certae creditae pecuniae* a z konstituta debiti se mělo dosáhnouti podobného efektu tím, že se žalovaný musil zavázati žalobci sponsi, že zaplatí třetinu, resp. polovinu (při konstitutu) za žalované hodnoty, bude-li odsouzen (zavazuje se ovšem sám žalovanému *restipulatione* pro případ, že by prosoudil). Ale oba tyto trestní prostředky proti svévoli žalovaného platí jen pro určité žaloby. Jinak mimo tyto žaloby si může žalobce vyžádati od žalovaného *iusiurandum calumniae*. Nevykonal-li žalovaný tuto přísahu, byl *indefensus*.

Obráceně mohl žádati žalovaný, aby praetor uložil žalobci obdobné *iusiurandum calumniae*, přísahu, že nevede spor s vědomím bezprávnosti (*non calumniae causa agere*). Nevykonal-li žalobce tuto přísahu, nastala denegace žaloby. Podobnou přísahu mohl žádati žalovaný na žalobci u příležitosti jeho speciálních návrhů (na př. při jeho žádosti o *iusiurandum in iure delatum* nebo o různé kauce). Odepření přísahy mělo za následek zmaření dotyčného procesního žalobcova návrhu.

D. Interrogatio in iure.

13. Žalobce může dáti *in iure* odpůrci závaznou otázku o různých okolnostech pro spor rozhodných.¹⁾ Žaluje na př. dědice svého původního dlužníka. Poněvadž pro otázku ručení žalovaného je bezpodmínečně nutno vědět, zda je opravdu dědicem a z jakého dílu (vždyť mezi spoludědici se *ipso iure* dluhy dělily podle dědických quot), jest i pro žalobce naprostou nutností nabýti vědomosti o těchto otázkách. Je jasné, že svévolné nezodpovědění otázky by nebylo nic jiného než maření procesu, tedy opominutí řádné osobní defense, čímž je již zodpověděno, že žalovaný na takovou otázku o faktu pro spor rozhodujícím musil odpovědět pod sankcí nám již známou.

14. Odpověděl-li žalovaný na položenou mu otázku o právním nástupnictví kladně, ve smyslu své zodpovědnosti, je svou odpovědí vázán, i kdyby ve skutečnosti jeho nástupnictví bylo obmezenější nebo vůbec ho nebylo: v tomto případě bylo jeho ručení vyvozeno přímo z odpovědi, podléhal žalobě *actio ex responsione* (myšlenka podobná jako při ručení toho, *qui liti se obtulit*).

Odpověděl-li žalovaný záporně, a to pravdivě, bylo vše v pořádku. Odpověděl-li však záporně proti pravdě, nevyzval se tím z ručení. Podle praetorského ediktu mohl býti žalován na plnou částku (*in solidum*).

Jiná typická otázka, položená *interrogatione in iure*, byla, zda žalovaný (žalobou noxální) má delinquentu ve své moci. Prohlásil-li, že ano, byl odpovědí vázán, i kdyby se nezakládala na pravdě (v tomto případě byla příslušná *actio ex responsione*). Prohlásil-li, že ne, a to podle pravdy, byla tím věc vyřízena; neodpovídala-li však záporná odpověď pravdě, byl žalován *in solidum sine noxae deditione*.

§ 11. Účinky litiskontestace.

1. Konsumpční účinek. — 2. *Iudicia legitima*. — 3. *Iudicia, quae imperio cont.* — 4. Žaloba *in rem*. — 5. Procesní obligace; závislost rozsudku na litiskontestaci; význam zásady *omnia iudicia sunt absolutoria*. — 6. *Plus petitio. Minus petitio. Plus* nebo *minus* při *condemnaci*. Opominutí excepce. — 7. Význam litiskontestace při žalobách časově omezených, při žalobách nepřecházejících na dědice. — 8. *Translatio iudicii*. — 9. *L. c. repetita die*.

1. Celá právní úprava řízení *in iure* směřuje k jednomu: aby se dospělo k dohodě stran o tom, že rozepře, jak byla právně formulována v žalobní formulaci a všech jejích doložkách, má býti rozhodnuta porotcem. V této dohodě, litiskontestaci, je nejen časové, ale i logické vyvrcholení celého řízení *in iure*. Vše, co předcházelo, byly jen přípravné kroky, od nichž bylo

¹⁾ Lautner, Z. *Interrogatio in iure* nach klas. R., Festschrift Hanausek, 1925.

možno ustoupiti a obnoviti tak původní předprocesní právní poměr. To již není možné po litiskontestaci. Ta převedla předprocesní právní poměr do poměru procesního, vyjádřeného žalobní formulí. Jako se novační stipulací převádí nějaká stará povinnost do nového poměru, tak i litiskontestací. V obou případech stará právní povinnost, převedená do nového právního poměru, zaniká. Mluvíme o zrušovacím účinku novace, o konsumpčním účinku litiskontestace.¹⁾ Právě se: *bis de eadem re ne sit actio*.

Tento konsumpční účinek je logickým důsledkem smluvní povahy římské litiskontestace. Jinými slovy: není to účinek, který by logicky vyplýval ze samého zahájení sporu. To nám ukáže srovnání s moderním procesem. Tu zahájení sporu, připínající se k doručení žaloby žalovanému, nevede ke konsumpci, nýbrž jen k litispendenci, t. j. k vyloučení opětného sporu o téže věci, dokud se zahájené řízení vede; kdyby se řízení přestalo vésti, aniž došlo k meritornímu vyřízení, na př. rozsudku, tedy na př. zpětným vzetím žaloby, odpadla by litispendence, i mohla by se žaloba znovu vznést. Přes zahájení sporu může žalobce samovolně vzít zpět žalobu (až do 1. roku, později se svolením odpůrce). Předprocesní právní poměr není tedy nijak dotčen zahájením sporu. Zcela jinak v právu římském. Tam je vyloučena po zahájení sporu (litiskontestací) nová žaloba o téže věci proto, že právní poměr, z něhož byla již jednou žaloba podána a spor zahájen, je zničen.

Strany ovšem, uzavírající procesní dohodu již uvedenou, jež je podstatou litiskontestace, chtějí dosadití namísto původního právního poměru mezi nimi sporného právní poměr z rozsudku, žalobce z rozsudku odsuzujícího, žalovaný z rozsudku osvobozujícího. Žalobce tedy chce dosadití za původní, jím tvrzenou právní povinnost žalovaného až obligaci z rozsudku, *actionem iudicati*. Rozumí se, že po odsuzujícím rozsudku má žalobce jediné tuto *actio iudicati*, neboť ta úplně nahrazuje původní předprocesní právní poměr. Není však samozřejmé, že a proč již sama litiskontestace ruší původní poměr. Vůlí stran to není vyjádřeno. Také to Římané nikdy nevyvozovali z vůle stran. Vysvětlení nám podává obdoba s novací. Jako novační stipulace ruší původní obligaci bez ohledu na vůli stran, tak i litiskontestace ruší původní právní poměr bez ohledu na vůli stran. Jde tu o působení objektivní právní konstrukce institutů novace a litiskontestace. Strany chtějí dosadití namísto původního právního poměru právní poměr z rozsudku; aby se k tomu mohlo dojít, musí strany uzavřít před praetorem úmluvu, že jejich rozepře, tak a tak právně formulovaná, má být rozhodnuta

¹⁾ Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht I, 1918, st. 48 a n. Beseler, Mors litis, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, IV, 1920. Guarneri Citati, Ancora sugli effetti della litis contestatio nel procedimento formulare, Bulletino 34, 1925. Meylan, L'effet extinctif de la litis contestatio, Mél. Cornil, II., 1926. Cornil, Une conjecture sur l'origine de la maxime bis de eadem re ne sit actio, Studi Bonfante, III 1930.

porotcem, a tato úmluva působí konsumpci původního poměru. A co nastupuje na jeho místo? Norma, že má být žalovaný odsouzen, bude-li prokázána intence (pokud se týče, nebude-li prokázána ta a ta excepcí). Nastupuje tedy za původní právní poměr obligace procesní, svou povahou nezbytně obligace výjimečná¹⁾ (budiž odsouzen, bude-li prokázáno to a to). Že tato procesní obligace je jen prozatímní výplní, jež má přejít v definitivní právní poměr z rozsudku, o němž právě stranám jde, bylo již nastíněno.

2. Z toho, co bylo řečeno, nutno učiniti několik výhrad. Zrušující účinek se pojí *ipso iure* k litiskontestaci jen tehdy, jestliže zahájené řízení jest *iudicium legitimum* (viz shora § 4 č. 5), jestliže intence, převzatá stranami jako právní formulace sporu, jest *in ius concepta*, a konečně jde-li o žalobu *in personam*. V takovýchto případech opravdu předprocesní *dare oportere* žalovaného se litiskontestací ruší, přecházející v *condemnari oportere*, provisorní stav, přecházející v *iudicatum facere oportere* z odsuzujícího rozsudku (viz Gaius 3, 180).

3. Naproti tomu, je-li zahájené řízení *iudicium quod imperio continetur*, dochází ke konsumpci jen prakticky, nikoli *ipso iure*, ale jen *ope exceptionis*. Povinnost, převedená do takového iudicia, trvá *ipso iure* dále, tedy je možná nová žaloba *ipso iure*, ale k zamítnutí žalobce má být dána žalovanému obrana zahájeného sporu, nebo došlo-li k rozsudku, obrana rozhodnutého sporu (*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*). Důvodem toho je, že *iudicium quod imperio continetur* se zakládá na magistrátském imperiu, ne na občanském zákoně; a jako neruší závazkový poměr praetorského práva civilní povinnosti, tak ji neruší ani procesní poměr práva praetorského. Ovšem prakticky je téhož dosaženo excepcí. Totéž platí, je-li intence, stranami převzatá jako právní formulace sporu, *intentio in factum concepta*.

4. K pravé konsumpci *ipso iure* nedochází také při *actiones in rem*. Byla-li procesní dohodou vznesena na porotce otázka, je-li povinen žalovaný vydati věc žalobci, uplatňujícímu své vlastnictví, bylo tím ovšem vyloučeno opětné vznesení téže žaloby z téže kausy na téhož žalovaného, avšak nebylo možno zde tvrditi, že předprocesní poměr zanikl (procesní poměr zde nevyvozuje z absolutního práva absolutní povinnost všech, ale relativní povinnost individuálního žalovaného). Proto opětné vznesení téže žaloby z téže kausy na téhož žalovaného má být znemožněno excepcí *rei in iudicium deductae*.

5. Přihlédněme nyní blíže k obsahu nového procesního poměru, který se litiskontestací zakládá.

¹⁾ Je tedy tato procesní obligace významná i pro problém výjimečné novace, totiž problém, který v nejnovější době byl předmětem značné pozornosti romanistů. Viz Vážný, Ř. právo obligací, II., 25. Naturalis obligatio, Studi Bonfante, IV, 174.

Jím je povšechně vyjádřeno, že má býti žalovaný odsouzen, je-li intence uskutečněna, a to pokud jde o dobu, uskutečněna nyní, v době litiskontestace. Podmínkou úspěchu žaloby tedy je, že žalobci náleželo právo již v době litiskontestace, že již v době litiskontestace existovala povinnost žalovaného. Pozdější vznik již žalobu nezachrání. Obráceně je logické, že stačí existence práva a povinnosti v době litiskontestace, že zánik teprve později nastalý nezpůsobí již neúspěch žaloby. Ovšem přes tyto logické konstrukce se musilo přejít v tom případě, že žalovaný po litiskontestaci žalobce uspokojil. Sabiniané zastávali, že při všech iudiciích nutno v tomto případě vydati rozsudek osvobozující (to je smysl věty: *omnia iudicia sunt absolutoria*), kdežto Prokuliani, zastávající totéž u většiny žalob, zvláště u iudicií *bonae fidei* a u iudicií s klausulí arbitrární, nepřipouštěli to u striktních žalob, u nichž právní rigor, upravující soudcovu pravomoc, nedovoľoval jim přenést se přes to, že takový žalovaný byl *iudiciū accipiendi tempore in ea causa, ut damnari debeat* (Gaius 4, 114).

Soudce má přihlížeti k době litiskontestace nejen potud, pokud jde o existenci práva a povinnosti, jež je podmínkou kondemnace, nýbrž i pokud jde o rozsah povinnosti žalovaného. Ten má povinnost splnit tolik, kolik by odpovídalo řádnému splnění v době litiskontestace. Toto časové kritérium určuje rozsah restituce, nařízené soudcovým *arbitrium de restituendo* při iudiciích arbitrárních. Podrobné normy vypracovali Římané zvláště u reivindikace a *hereditatis petitio* (viz tam).

6. Nový, z litiskontestace vzešlý procesní poměr určuje, že má býti žalovaný odsouzen, je-li uskutečněna intence úplně a přesně. Což když je intence uskutečněna jen zčásti, jinými slovy, když žalobce pojal do intence více, než mu přísluší? Procesní právo římské to formuluje tak, že žalobce v takovém případě *plus petit* (*plus petitio*), a spojuje s tím nejen osvobození žalovaného od přebytku, nýbrž úplné osvobození žalovaného. To odvodili Římané logicky ze znění žalobní formule: *si paret, condemna, si non paret, absolve*. Pojal-li žalobce do intence víc, než mu přísluší (žaloval třeba *si paret N. N. A. A. sest. decem milia dare oportere*, ačkoliv zápůjčka zněla jen na pět tisíc), logicky vynesl soudce rozsudek osvobozující, a poněvadž již litiskontestací je původní předprocesní právní poměr ze zápůjčky konsumován, ztratil žalobce žalobu definitivně. Římané tu mluví o *plus petitio re*. K ní nemůže ovšem dojít tehdy, když žalobce žaluje o neurčitě intenci: *quidquid N. N. A. A. dare facere oportet*. K *plus petitio* by mohlo také dojít, když by žalobce žaloval předčasně (*plus petitio tempore*) nebo na jiném místě než na určeném splništi (*plus petitio loco*), nebo když by jinak překročil modalitu primární povinnosti (*plus petitio causa*, na př. žaloval o splnění alternativní povinnosti, aniž dbal dlužníkovy práva volby). Lépe byl na tom žalobce, který žaloval *aliud pro alio*, tedy o jiný předmět: samozřejmě

byl žalovaný osvobozen, ale žalobce, poněvadž intencí předmětně mylnou nemohl uvést *in iudiciū* předprocesní povinnost, mohl žalovati znova. Totéž nastalo, když žalobce vadně koncipoval demonstraci (vedl v ní *plus* nebo *aliud*).¹⁾

Procesní poměr z litiskontestace vzcházející určuje také, k čemu má býti žalovaný odsouzen (*condemnatio*). Iudex musí k této částce odsoudit, i kdyby to činilo více nebo méně proti obnosu primární povinnosti, tedy i kdyby z toho vzniklo neodůvodněné zkrácení žalobce (v případě, že *in condemnatione minus positum est*) nebo žalovaného (když *in condemnatione plus positum est*): vždyť obě strany učinily procesní dohodu, že bude-li prokázána intence, má býti odsouzen žalovaný k té a té částce. Nespravedlivost odsouzení mohla býti zamezena jen dodatečným opravením kondemnační částky restitucí *in integrum*, jež se povolovala zvláště, když by byl poškozen žalovaný rozsáhlejší odsouzením, než odpovídalo primární jeho povinnosti.²⁾

Že mohl žalobce zvláštní praeskripcí omezit žalobu jen na splatnou část celkové pohledávky a tím si vyhradit budoucí eventuální vymáhání další části, bylo již řečeno. Zde to nutno doplnit v tomto ohledu: jestliže žalobce třebaš omylem vložil do intence jen část pohledávky, *minus*, nebylo překážek úspěchu žaloby: mohl pak zvláštní žalobou vymáhati zbytek, ovšem až za příští magistratury.³⁾ Podobně zastával Labeo, že když obsahuje demonstrace *minus*, může býti vyhověno žalobě v tomto menším rozsahu, načež že je možno žalovati o zbytek, kdežto podle Gaia se tento případ pojímá jako každý případ vadnosti demonstrace (viz shora).⁴⁾

Dohoda stran, jež tvoří podstatu římské litiskontestace, určuje procesní program pro rozhodujícího porotce, stanovený s hlediska obou stran. Všeobecné hledisko žalovaného je vyjádřeno stereotypním *si non paret, absolve*. Zvláštní hledisko žalovaného může býti vyjádřeno v nějaké výhradě v jeho prospěch učiněné, zvláště v excepci. Že může porotce přihlížeti k takové skutečnosti, jež vyžaduje osvobození žalovaného podle jiných norem, než které jsou zahrnuty v intenci, jen tehdy, když si žalovaný vyžádal od praetora excepci, takže jí byla formula doplněna, bylo již dříve zdůrazněno. To souvisí nejenom s tím, že formula definitivně vypravená tvoří procesní program pro rozhodujícího soudce, nýbrž i s tím, že na základě tohoto procesního programu činí strany procesní dohodu, pro ně závaznou. Opominul-li si žalovaný vyžádati excepci, mohl by dosíci dodatečného jejího vložení do formule jen na základě restituce *in integrum*.

¹⁾ K předchozímu srovn. Gaius 4, 53 a n.

²⁾ Gaius 4, 57. Praetor měl vůbec hájiti spíše zájmy žalovaného než žalobce; o tom Wlassak, Die klas. Prozessformel, st. 105.

³⁾ Neboť dřívějšímu uplatňování zbytku pohledávky by bránila exceptio litis dividuae. Gaius 4, 56.

⁴⁾ Gaius 4, 58 a n.

7. Kontraktní ráz litiskontestace (*iudicio contrahere*) vede dále k těmto důsledkům. Okamžikem litiskontestace mizí rozdíl mezi *actio temporalis* a *perpetua*: procesní obligace nepodléhá tomu časovému omezení, jemuž podléhal předprocesní poměr; stačí, že o *actio temporalis* byl včas zahájen proces litiskontestací. Rovněž mizí momentem litiskontestace rozdíl mezi žalobami přecházejícími a nepřecházejícími na dědice. Procesní obligace má za vzor normální kontraktní obligaci, nezaniká smrtí jedné strany; stačí tedy u takové obligace poenální z deliktu, že byla *lis contestata* se samým pachatelem; procesní obligace z litiskontestace vzcházející přechází i na dědice. *Sciendum est ex omnibus causis lites contestatas in heredem transire* (Callistratus, D 44, 7, 59).

Smluvní ráz litiskontestace přináší konečně některé důsledky rázu osobního. Tak v konstrukci procesního zastoupení, kde se zástupce stává litiskontestací *dominus litis* (viz procesní zastoupení). Dále v připoutání obou stran k procesu a z toho plynoucí normě, že nemá býti věc sporu (*res litigiosa*) zcizena. Tak bylo Augustem stanoveno, že je neplatné a trestné zcizení litigiosního pozemku žalobcem věc nedržícím; držitel, žalovaný novým nabyvatelem, mohl odraziti žalobu obranou *exceptio litigiosi*. Praetorské edictum *De alienatione iudicii mutandi causa facta* obsahovalo řadu vyhlášek proti zcizení sporné věci, učiněnému k stížení postavení druhé strany, ať se stalo za procesu nebo ještě před procesem. Residuem této římské úpravy je ustanovení moderního procesu (na př. našeho soudního řádu) o neúčinnosti zcizení sporné věci, o níž byl již proces zahájen, v poměru k procesnímu odpůrci.

8. Rozhodující význam litiskontestace pro celé další řízení se jeví velmi markantně v těch případech, kdy po litiskontestaci musí dojít k nějaké osobní změně. Dejme tomu, že žalobce nebo žalovaný zemřel a na jeho místo nastupuje jeho dědic. Třebaže byla dědická sukcese v zahájený spor naprosto nesporným dogmatem, nemohl dědic prostě vstoupiti do procesního jednání, závislého na formulí, znějící na jméno zůstavitelovo. Bylo třeba změny žalobní formule, jejího přepsání na jméno dědicovo, což ovšem znamenalo návrat jednání do stadia *in iure*. Tento návrat byl možný pro nastalou již konsumpci jen tím, že praetor povolil restituci *in integrum*, na základě níž byla provedena nová litiskontestace s formulí příslušně změněnou. To je t. zv. *translatio iudicii*.¹⁾ Této prostředku bylo užíváno i v jiných případech. Tak když byla provedena litiskontestace se zástupcem některé strany, avšak zastoupený chtěl ze závažného důvodu zástupce odvolati a nahraditi jiným nebo jednati osobně. Nebo obráceně, když některá strana se chtěla až po litiskontestaci dáti zastoupiti zástupcem. Stejně trans-

¹⁾ Koschaker, *Translatio iudicii*, 1905. Duquesne, *La translatio iudicii dans la procédure civile romaine*, 1910.

lace bylo asi třeba, když zemřel soudce. Podobně se postupovalo, když jménem poddaného bylo zahájeno *iudicium noxale*, ale poté se nesvobodný stal manumissí svobodným. Jak řečeno, bylo třeba ve všech těchto případech nové litiskontestace na základě změněné formule. Duchaplným způsobem bylo dosaženo, aby toto nové provedení litiskontestace neznamenal škodu pro tu nebo onu stranu: litiskontestace byla antedatována podle data původní litiskontestace.

9. Této antedatované litiskontestace (*l. c. repetita die*) užívali římscí právníci i mimo okruh translace iudicii, na př. v těch případech, kde chtěli vyloučiti účinky uplynutí času v konkrétním případě nespravedlivě působící. Dejme tomu, že vlastník chce vindikovati věc, je však nucen dříve žalovati držitele o předložení věci *actione ad exhibendum*; tak ztratí čas, během něhož držitel vydrží ještě před rozsudkem v uvedené žalobě: on nyní věc předloží; to mu stačí k osvobození jen tehdy, projeví-li ochotu vzít na sebe vlastnický proces s antedatovanou litiskontestací, t. j. s litiskontestací, datovanou dnem před uplynutím vydržení, k němuž došlo jen průtahem, tedy pro vindikanta nespravedlivě (D 10, 4, 9, 6). Nebo když někdo vykonával již delší dobu služebnost *iter actus*, avšak v posledním roce ji již nemohl vykonávat pro povodeň, čímž by byl vlastně vyloučen z interdiktů *de itinere actuque privato*, žádajícího průkaz aspoň třicetideního výkonu služebnosti v posledním roce, mohl dosáhnouti vydání interdiktů *repetita die* (D 43, 19, 1, 9).

§ 12. Procesní zastoupení.

1. Smysl klasického *alieno nomine agere*. — 2. Zastoupení voluntární, zákonné. — 3. Typické figury procesních zástupců. *Cognitor*. *Procurator*. — 4. Otázka plné moci. — 5. Zástupcovy kauce a spolu problém konsumpce při procesním zastoupení.

1. Kdežto starý proces legisakční nepřipouštěl procesního zastoupení leč výjimečně, jako *pro tutela*, *pro libertate*, umožňuje klasický proces formulový v plném rozsahu procesní zastoupení jak za žalovaného, tak i za žalobce. I zde, v právní úpravě zastoupení, se obráží typický ráz litiskontestace.

Procesním zastoupením¹⁾ míníme vedení procesu za jiného, jménem jiného, *alieno nomine*, takže subjektem procesního poměru, vyústujícího v právní poměr z rozsudku, je někdo jiný, než je subjekt předprocesního právního poměru. Jen to je obsaženo v římském institutu procesního zastoupení, ne však i ta další myšlenka, že by všechny procesní zástupcovy úkony bezprostředně působily v osobě zastoupeného, že by jmenovitě rozsudek, tím

¹⁾ Heyrovský, O zastoupení v civilním procesu římském, Sborník 14, 1914. Donatuti, *Studi sul procurator*, Archivio giuridico 1923.

spíše pak exekuce zněly na jméno zastoupeného. Neboť ani zde klasické římské právo neuznává, aspoň ne zásadně a do všech důsledků, přímého zastoupení. Kdo žaluje jménem jiného jako kognitor, prokurátor, tutor, uvádí *in iudicium* právní poměr, jehož subjektem je zastoupený, a převádí jej litiskontestací v procesní poměr, jehož subjektem je on, zástupce. Formule, již žaluje zástupce, je se záměnou subjektů: intence zní na jméno zastoupeného, kondemnace na jméno zástupcovy. Je tedy logické, že rozsudek a *actio iudicati* z něho vzházející zní na jméno zástupcovy. Stejně je tomu, je-li žalován zástupce původního povinného; on bere na sebe risiko odsouzení a s toho hlediska býval nazýván defensorem. Zájmu zúčastněných stran a definitivního vyrovnání mohlo být dosaženo jen nepřímými prostředky, na př. různými jistotami. Vývoj klasického práva směřuje ovšem k ponenáhlejšímu uznání přímého zastoupení. Je stále důraznější snaha, oddělit aspoň exekuci od osoby zástupcovy a přenést ji přímo na zastoupeného, pro něho a proti němu.

2. Jako zastoupení vůbec, i procesní zastoupení se může zakládati buď na vůli zastoupeného nebo na zákoně. Vůli zastoupeného je povolán vésti spor *cognitor* a *procurator*; podkladem zastoupení může být i domnělá, praesumovaná vůle pána záležitosti: to když někdo vede proces za jiného bez jeho mandátu jako *negotiorum gestor*. Zákonem je povolán vésti spory *tutor* za pupilla, zástupce právnické osoby (*actor*, *syndicus*) za tuto osobu. Postavení těchto zákonných zástupců se podobá postavení kognitora (pokud jde o zástupce právnických osob) nebo postavení prokurátora (pokud jde o tutora).¹⁾ Proto je nutno se blíže zabývat jen těmito dvěma typy.

3. *Cognitor* byl zástupce, dosazený přesnou slovní formou za přítomnosti obou procesních stran. Žalobce, zřizující kognitora, pronesl k žalovanému: ve sporu, který proti tobě vedu (resp. hodlám vésti), ustanovuji za svého kognitora toho a toho (*quod ego tecum ago (agere volo) in eam rem tibi P. Maevium cognitorem do*). Obdobně se vyjádřil žalovaný, zřizující kognitora: *quia tu mecum agis (agere vis) in eam rem cognitorem do*.

Procurator byl dosazován bez této formy, pouhým mandátem. Původně byl *procurator* generálním jednatelem jiného, majícím plnou, neomezenou moc disposiční a tedy i právo vésti spory. Později se vyskytuje i *procurator*, pověřený zvláštním mandátem k ojedinelému vedení sporu. Za *procurator* byl pokládán, aspoň některými juristy, i ten, kdo se ujal *bona fide* vedení sporu za jiného bez jeho mandátu.

4. Jak se utvářel spor, vedený zástupcem, kognitorem nebo prokurátorem? Otázka přípustnosti zastoupení jako otázka legitimace jednajících

¹⁾ Costa, *Profilo storico del processo civile romano*, 127 a n.

vůbec náležela především do kompetence jurisdikčního magistráta. *Praetor* mohl odmítnouti zástupce, ucházejícího se o aktivní nebo pasivní legitimaci ve sporu, bylo-li naprosto jasné, že jeho zastupování se nezakládá na vůli pána záležitosti. V případě, že byla plná moc zástupcovy sporná, mohl praeskripční nebo excepční pověřiti porotce, aby rozhodl tuto spornou otázku. Na každý způsob odmítl *praetor* takového kognitora a prokurátora, který z osobních důvodů nemohl být podle ustanovení ediktu procesním zástupcem, rovněž odmítl procesního zástupce, dosazeného osobou, jež nemohla být sama procesní stranou nebo podle ediktu neměla způsobilosti vésti spor zástupcem. Jinak však *praetor* podrobně plnou moc v každém případě nezkontroloval. Neboť k této otázce se nepojil tak eminentně významný zájem účastníků, jako třeba v procesu dnešním. Přímé zastoupení nebylo tak jako tak uznáno. Bylo třeba jen zabezpečiti, pokud šlo o zástupce žalovaného, že on splní odsuzující rozsudek: toho se dosáhlo zástupcovou kaucí. A pokud šlo o zástupce žalobcovy, bylo třeba, a to ani ne vždy, zabezpečiti, že pán záležitosti nebude znova žalovati, čehož se dosáhlo rovněž zástupcovou kaucí. O těchto kaucích je tedy nutno podrobněji pojednat a s tím v souvislosti o otázce, do jaké míry způsobovala procesní konsumpci litiskontestace, provedená se zástupcem některé strany.

5. a) Zástupce žalovaného. Základem je tu zásada, že kdo žaluje zástupce žalovaného, uvádí *in iudicium* povinnost žalovaného, takže jej již žalovati nemůže podle zásady *bis de eadem re ne sit actio: adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit* (Ulpianus D 44, 2, 11, 7). Proto musila být dána žalobci jistota za splnění rozsudku (sloužila jí obvykle *stipulatio iudicatum solvi*). Tuto jistotu skládal žalovaný, který byl zastoupen kognitorem, sám, jinak ji skládal zástupce, tedy *procurator* nebo *tutor*.

b) Zástupce žalobcův. Byl-li to kognitor, mělo se za to, jako by sám pán jednal (*cum certis et quasi sollemnibus verbis substituitur cognitor, merito domini loco habetur*, Gaius 4, 97); tedy po žalobě kognitorově byla pánova žaloba vyloučena, nastávala procesní konsumpce. Nemusil tedy kognitor žalobcem dosazený skládati jistotu. Proti tomu bezformální způsob dosazení prokurátora, nevyžadující ani přítomnosti druhé strany, nemohl založiti konstrukci, že se jednání zástupcovy pokládá za jednání pánovo, jako tomu bylo u kognitury. Byl-li dlužník žalován prokurátorem věřitelovým, byl tedy vystaven nebezpečí, že ho věřitel bude znova žalovati, neboť procesní konsumpce nenastala. Proto musil žalobcův prokurátor složit žalovanému kaucí *ratam rem dominum habiturum*, že pán jeho jednání schválí, takže v opačném případě by se mohl žalovaný domáhati náhrady škody. Podobně *tutor* a *curator*. Avšak již za dob Gaiových se jim někdy kauce promijela. Ulpian pak prohlašuje za obecně uznanou zásadu *ne tutor caveat ratam rem pupillum habiturum, quia rem in iudicium deducit* (D 26, 7, 23),

a totéž platilo ve stejné době o kuratoru choromyslného. A dokonce i samému prokuratoru byla prominuta kauce, byl-li jeho pán přítomen v místě procesu a zvláště byl-li prokurator ustanoven u soudního protokolu, *apud acta constitutus*. A tak tímto poněkud vývojem se došlo nakonec k tomu, že „*litem in iudicium deducit*“, tedy nemusí skládati kauci *rem ratam dominum habiturum* nejen kognitor a *actor municipum*, nýbrž ani *tutor*, *curator furiosi* a každý *procurator*, *cui mandatum est* (Ulpianus, D 44, 2, 11, 7). Jinými slovy: zásady, platící pro kognitora, byly rozšířeny na prokuratora a jemu podobné zákonné zástupce. To, co platilo původně o prokuratorovi jako zástupci žalobcově vůbec (že *litem in iudicium non deducit*, že musí skládati kauci *de rato*), platilo nyní jen o takovém prokuratoru, actoru a tutoru, jejichž plná moc byla pochybná (*si de mandatu dubitetur, si de decreto dubitetur, si dubitetur, an tutor sit*, D 4, 4, 26, pr.; D 3, 4, 6, 3; D 26, 7, 23). A ovšem i o nepravém prokuratoru, který jednal vůbec bez mandátu; v takovémto případě způsobí pánovo dodatečné schválení, že právní poměr, zažalovaný nezmocněným *procuratorem*, bude se zpětným účinkem procesně konsumován (*videtur retro res in iudicium recte deducta* D 5, 1, 56; *facit, ut res in iudicium deducta videatur, et stipulationem consumi*, D 3, 3, 66).

§ 13. Řízení *apud iudicem*.

Jeho cíl, průběh a ukončení rozsudkem.

1. Vázanost soudcovy formulí. — 2. Soudcovo officium. — 3. Zevní podoba přelíčení. — 4. Důkazní prostředky, břemeno, volné oceňování důkazů. Klasické pojetí pozdějších právních domněnek. — 5. Rozsudek. Odsuzující, osvobozovací. — 6. Rozsudek *samosoudcův*, rozsudek vydaný sborem soudců. — 7. Přítomnost stran.

1. Provedeným řízením *in iure* dostala rozepře přesnou právní formulaci. Je zjištěno, oč se jedná, tedy třeba o povinnost kupitelovu nebo prodávatelu z tržní smlouvy, o povinnost ze zápůjčky, o vlastnictví žalobcovu a z toho plynoucí restituční povinnost žalovaného atd. Tím je dán program činnosti soudcovy, který po případě může být ještě rozšířen pojetím různých doložek, jako excepcí, replikací, duplikací. Tento program, jak jej vyslovuje definitivně vypravená žalobní formule, je, jak víme, závazný a nezměnitelný, a to jak pro strany, tak pro soudce. Pro strany proto, že je předmětem jejich procesní dohody, praetorem k tomu ještě autorisované; pro soudce jednak z téhož důvodu, jednak ještě proto, že praetor dává zvolenému a dosazenému soudci ještě zvláštní rozkaz, aby se ujal rozhodnutí podle formule (*iussum iudicandi*). Pro tuto naprosto evidentní

nezměnitelnost procesního programu, určeného žalobní formulí, se vůbec klasikům ani nepodává otázka, smí-li žalobce snad změnit a za jakých kautel žalobní důvod, otázka, kterou řeší dnešní procesní řády (podle našeho práva nesmí žalobce po zahájení sporu změnit žalobní důvod nebo zvýšit žalobní prosbu bez svolení žalovaného — residuum ještě dalekosáhlejšího působení římské litiskontestace).

2. Procesní program žalobní formule určuje soudci nejen, co má vyšetřiti, tu a tu tvrzenou povinnost, to a to právo, tu a tu skutkovou podstatu, nýbrž i jaký závěr z toho zjištění má učiniti; bude-li mít zjištění výsledek pozitivní, odsouditi k tomu a tomu (s bližším nebo vzdálenějším určením, počítajícím tu více, tu méně s volným uvážením rozhodujícího); bude-li mít zjištění výsledek negativní, osvoboditi žalovaného.

Na první pohled je určitá obdoba mezi činností soudcovou a činností magistratovou. Oba vyslyšají sporné strany, vyslechnou tvrzení žalobcovu i odpor žalovaného a nakonec vydají rozhodnutí buď vyhovující přání žalobce (magistrát povolí formulí žalobní, soudce odsoudí žalovaného) anebo jemu nevyhovující (magistrát deneguje žalobu, soudce osvobodí žalovaného). Jenomže cíl obou řízení je různý a proto také v řízení *apud iudicem* se neopakuje nic z řízení předešlého. Praetor zjišťuje výslechem stran, o jakou právní záležitost jde, aniž zkoumá, zda odpovídá pravdě, co tvrdí žalobce jako skutkový podklad svého práva, co uvádí žalovaný jako skutkový podklad své tvrzené obrany. Povoláním žádané žaloby je zjištěno, že v konkrétním sporu je vhodný podklad pro proces. Sporný konkrétní právní poměr dostane subsumpci pod abstraktní zákonný právní poměr. Soudce má vyšetřovati, je-li pravda to, co uvádí žalobce, je-li pravda to, co uvádí žalovaný proti uplatňované povinnosti; jakou normu má na toto zjištění navázati, to mu určuje již žalobní formule. Tedy hlavním oborem soudcovy činnosti je hodnocení pravdivosti tvrzení stran pro proces významných, tedy přesné uspořádání skutkového základu žaloby a obrany, vedení a hodnocení důkazů, vedených o sporných, pro proces rozhodných faktech. Nabude-li tak soudce na základě důkazů, jež volně oceňuje, a na základě logických argumentů přesvědčení, že je intence uskutečněna, aniž brání nějaká obrana, vydá rozsudek odsuzující; nabude-li tímž hodnocením přesvědčení, že není intence uskutečněna, nebo že obrana je uskutečněna, aniž byla vyvrácena případnou replikou, vydá rozsudek osvobozující. Z toho, co bylo právě uvedeno, nevyplývá ovšem snad a contrario, že by soudci bylo uzavřeno všechno ryze právnické argumentování, že by byl omezen jen na skutková zjišťování. Je sice pravda, že odpadá vyhledávání, pod jaký abstraktní zákonný poměr je podřaditi konkrétní poměr. Subsumpci dává již žalobní formule. Ale soudce musí hodnotiti, jsou-li uskutečněny všechny podmínky vzniku dotyčného po-

měru, nejsou-li tu důvody neplatnosti nebo dodatečného zániku. A to je právní hodnocení.¹⁾ Přitom se musí soudce řídit normami práva civilního. T. zv. normy práva praetorského jakožto základ actionis in factum, excepce, nebo replikace a duplikace jsou závazné pro soudce jen nepřímou: soudci se tu ukládá, aby zjistil určité faktum a vyvodil z kladného zjištění ty a ty důsledky. Tedy soudce smí přihlížeti k normám práva praetorského jen na zvláštní poukaz, daný mu ve formulí, přičemž je ten poukaz stylisován tak, že soudce má vyšetřiti, je-li pravdivá ta a ta skutečnost, a ze zjištění toho má vyvoditi důsledky ve formulí stanovené.

3. Hlavní obsah řízení *in iudicio* tvořila oboustranná přednesení sporné věci oběma stranami a po případě i jejich advokáty (*perorationes*, t. j. souvislé přednesení žalobního nebo obranného děje, *altercationes* t. j. rychle se vyměňující diskuse, vády). Po zjištění skutkového děje a shledání sporných fakt se přistoupilo k řízení důkaznímu. Účelem jeho je, aby soudce nabyl přesvědčení, je-li pravdivé odpůrcem popřené tvrzení strany.

4. Prostředky, sloužícími k vyloučení spornosti fakta, důkazními prostředky byly hlavně výslech svědků, seznání listin, místní ohledání a přísaha strany. Římská praxe, jak ji dosvědčuje zvláště Cicero (pro Arch. 4, 8), klade hlavní váhu na důkaz svědecký (*est ridiculum, cum habeas amplissimi viri religionem, tabulas desiderare*);²⁾ není ovšem řádně upravena povinnost svědčiti, a trest za odepření svědectví se týká jen sollemních svědků mancipačního jednání (z. XII tabulí: *qui se sieri testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, improbus intestabilisque esto*). Přísahy jako důkazního prostředku se užívalo zvláště tehdy, když nebylo jiných důkazů a věc zůstala spornou: tu fakticky přísaha spor rozhodla (srovn. Gaius D 12, 2, 31: *solent enim saepe iudices in dubiis causis exacto iureiurando secundum eum iudicare qui iuraverit*). Ovšem jako ostatní důkazy, i přísahu oceňoval soudce volně a mohl přes vykonanou přísahu rozhodnouti jinak, nalezly-li se dostatečně nějaké nové důkazy, přesvědčující o opaku. Proto nutno tuto přísahu, mající funkci důkazní, lišiti od nucené, rozhodovací přísahy (*iusiurandum in iure delatum*).

Důkazy oceňoval soudce volně a nebyl přitom omezen žádnými zákonnými pravidly. Zákonná omezení soudcovy oceňovací volnosti začínají teprve od Constantina (jemu na př. náleží norma *unius omnino testis responsio non audiatur* — C 4, 20, 9). Klasický soudce má bedlivým, neukvapeným pozorováním jednání *ex sententia animi sui aestimare, quid aut credat aut parum probatum sibi opinatur* (podle reskriptu Hadrianova D 22, 5, 3, 2).

¹⁾ Různé problémy sem spadající řeší nejnověji Collinet, *Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique*, Etudes Génys.

²⁾ Viz Costa, Cicerone *giureconsulto*, III, 35.

Zákonná zásada průvodní, podle níž určuje zákon dopodrobna, kdy soudce smí a kdy nesmí považovati ten a ten důkaz za provedený, se odmítá: *quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficient, nullo certo modo satis definiri potest* (z cit. Hadrianova reskriptu). Proto také provedený důkaz, na př. složená svědecká výpověď nediktuje soudci určité stanovisko, určité přesvědčení, když jej vede logické uvažování k jinému názoru: více znamenají argumenta než testes (Cicero).¹⁾

O důkazním břemenu, o otázce, kdo je povinen vésti důkaz, žalobce či žalovaný, máme vedle řady speciálních rozhodnutí tuto obecnou zásadu: *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* (D 22, 3, 21). Tedy žalobce má dokázati celý skutkový děj, z něhož vyvozuje uplatňovanou povinnost žalovaného. Uplatňuje-li žalovaný nějakou skutečnost, která se sice nedotýká intence, ale z jiných důvodů vylučuje jeho odsouzení, musí tuto skutečnost dokázati: *agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est* (D 44, 1, 1).

Důkazu nepotřebují takové skutečnosti, které jsou nesporné, zvláště notorické nebo druhou stranou doznané. U různých skutečností ulehčuje právo důkaz tím, že ty skutečnosti pojímá jako normálně, rozumně vyplývající z jiných skutečností; důkazem těchto skutečností je dokázaná existence i oněch prvních, pokud v daném případě nebyla tato normální vzájemná souvislost výjimečně přerušena. V pozdějším právu se mluví o t. zv. právních domněnkách, praesumpcích, a praví se pak, že skutečnosti, pro něž je právní domněnka, nepotřebují důkazu, pokud druhá strana neprokázala opak.²⁾

5. Po skončení projednání a dokazování vynesl soudce rozsudek (*sententia*).³⁾ Rozsudek odsuzující *sententia condemnatoria*, došel-li k přesvědčení, že intence je uskutečněna, aniž brání excepce, nebo že je tato excepce vyvrácena replikací; rozsudek osvobozovací, *sententia absolutoria*, došel-li k názoru, že není intence uskutečněna, nebo že byla prokázána excepce, po případě replikace vyvrácena duplikací. Vyšlo-li najevo, že žalobce žaluje o jiný předmět, než na který se vztahovala skutečná povinnost, nebo že uvádí v demonstraci nepravý právní důvod, došlo k zamítnutí žaloby s možností žalovati znovu správnou žalobou. Žaloval-li žalobce o více, ztrácel v t. zv. případech pluspetice (viz shora § 11 č. 6) žalobu a to definitivně. Žaloval-li o méně, dosáhl odsouzení pro zažalovanou částku, a mohl (za příští magistratury) žalovati o zbytek. Částka pojatá v kondemnaci byla rozhodná pro soudce, i když neodpovídala quantu skutečné povin-

¹⁾ De re publica I, 38, 59. Srovn. Costa, cit. d. 36.

²⁾ Srovn. z nové literatury Donatuti, *Le praesumptiones iuris in diritto romano*, 1930.

³⁾ Srovn. nyní Biondi, *Appunti intorno alla sentenza*, Studi Bonfante, IV., 1930. Vassalli, *La sentenza condizionale*, 1918.

nosti. Soudce ji nemůže ani obmezit, leč by žalovaný dosáhl restituce, ani překročit, a v tomto druhém případě nebyla žalobci restituce povolována, leč z důvodu nezletilosti (Gaius 4, 57, srovn. shora § 11 č. 6).

6. Bylo zvyklostí, že *unus iudex* dříve, než vynesl rozsudek, poradil se s poradním sborem svých přísedících, nejsou ovšem vázán ani touto zvyklostí, tím méně názorem poradního sboru. Zůstala-li soudci věc zcela nejasná, mohl se zbavit povinnosti rozhodnout přísahou *sibi non liquere*.¹⁾ Byl dosazen jiný soudce.

Místo samosoudce soudilo někdy kollegium soudců. Byli to především *recuperatores*, sbor porotců ve sporech cizineckých, přešli též do občanského procesu římského v některých věcech, jako sporech z iniurie, rapiny, ve sporech possessorních. O tom, jak byl vybrán spor rekuperátorů z celkového jejich seznamu pro konkrétní spor, bylo již jednáno. Byla i stálá soudcovská kollegia, jako *decemviri litibus iudicandis* pro spory o svobodu a *centumviri* pro spory dědické.²⁾ Tam, kde soudil sbor soudců, předcházela vynesení rozsudku porada a usnesení. Platný rozsudek mohl být vydán i většinou hlasů (ať již menšina byla pro jiné rozhodnutí, pro odsouzení k větší nebo menší částce, anebo vykonala přísahu *sibi non liquere*). Byl-li stejný počet hlasů pro i proti, zvítězilo mínění ve prospěch žalovaného a ve prospěch svobody; byla-li v témže poměru hlasů nesrovnalost co do částky odsouzení, platilo odsouzení pro hotovost nižší.³⁾

7. Rozsudek musil být ústně vyhlášen před stranami: *iudicatum tantum inter praesentes tenet* (D 42, 1, 47 pr.). Musil být srozumitelný, jasně likvidující sporný stav mezi stranami, a jak již řečeno, odsuzující nebo osvobozující. Vyhlášení se mohlo omezit na částku povinnosti, ba stačilo vyhlášení, že má žalovaný plnit podle žaloby. Nebylo tedy třeba ani vyhlášení důvodů rozhodovacích.

Z toho, co bylo uvedeno, vyplývá, že se vyžadovala přítomnost obou stran v celém řízení *apud iudicem*, i při rozsudku. Nedostavila-li se některá strana k tomuto řízení, nastávala pro obmeškání ztráta procesu pro zmeškání. Následek, který nastupoval, jak už víme, již v době legisakčního procesu podle zákona XII tabulí.

¹⁾ Srovn. Gellius, Noctes Atticae 14, 2, 25: iuravi mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum. O případě, že nedovedl rozhodnouti jeden z kollegia soudcovského, viz D 42, 1, 36; dotýká se zbavování povinnosti rozhodnouti přísahou *sibi non liquere* a na ostatních zůstalo, aby vynesli rozsudek, který pak ovšem platí za rozsudek většinou hlasů.

²⁾ Jak bylo již dříve poznamenáno, ztratili později decemvirové samostatnou soudcovskou kompetenci a stali se vedoucím soudcovským kollegiem soudu centumvirálního.

³⁾ Srovn. D 42, 1, 38 (Paulus ad ed.): Inter pares numero iudices si dissonae sententiae proferantur, in liberalibus quidem causis, secundum quod a divo Pio constitutum est, pro libertate statutum optinet, in aliis autem causis pro reo... Si diversis summis condemnent iudices, minimam spectandam esse Iulianus scribit.

§ 14. Právní moc rozsudku.

1. Vylučující účinek rozsudku. — 2. Při *actiones in rem*. Při *actiones in personam*. Při sporech, kde je pasivní legitimace dána držbou věci. Neratiovo shrnutí nauky. — 3. Positivní funkce právní moci. — 4. Působení po stránce subjektivní.

1. Rozsudkem se končí proces. Strany již nemohou způsobit ani jeho pokračování ani opakování. Je vyloučena apelace, je vyloučeno i opětovné vedení sporu o téže věci již rozsouzené. Porotcovo rozhodnutí je konečnou normou, již nutno bezpodmínečně uznati. *Rebus iudicatis standum est*.¹⁾

Rozsudek porotcův nemůže být předmětem přezkoumání v odvolacím řízení. Strany se dohodly za autorisace praetorovy, že má být ta a ta záležitost mezi nimi rozhodnuta soudcem jejich důvěry. Rozhodl-li tedy porotce, je řízení definitivně skončeno, apelace není možná. Apelace byla přípustná ovšem v úřednickém procesu extraordinárním (viz níže) a podle toho i v procesu poklasickém a justiniánském. Z výroku porotcova však, jak řečeno, apelace nepřisloužela. Pouze neplatnost rozsudku mohla být uplatněna, a to zvláště odporem žalovaného proti exekuci, proti *actio iudicati* (viz řízení exekuční), vedle toho i samostatnou žalobou, *revocatio in duplum*, jejíž bližší a určitější povaha je neznáma. Nehledíc k tomu, rozsudek určuje nevývratným způsobem právní otázku, vznesenou na soud. Toto určení je nezměnitelné a musí být provedeno, i kdyby byl rozsudek založen na právním omylu. *Res iudicata pro veritate accipitur* (D 1, 5, 25).

Není-li přípustná apelace, tím méně je přípustné opětovné vznesení sporu již rozhodnutého na soud. Obnovení sporu již rozhodnutého brání *exceptio rei iudicatae*.

Nepochybně bylo jasné římským právním činitelům, že vyloučení nového procesu ve věci právoplatně rozsouzené je postulátem obecného zájmu, že je to jedním z požadavků obecné právní bezpečnosti. Srovn. Decretum proconsulis Sard.: *cum pro utilitate publica rebus iudicatis stare conveniat*, Bruns, Fontes. Toto hledisko určuje rozhodujícím způsobem právní moc rozsudku v procesu justiniánském a dnešním. Avšak v klasickém procesu římském je právní moc rozsudku, pokud se jeví ve vyloučení nového procesu o věci rozsouzené, založena juristicky jinak. Je založena již konsumpčním účinkem litiskontestace. Věc rozsouzená nemůže být znovu vznesena na soud, protože již prvním vznesením na soud byla žaloba konsumována. Odtud také přesný název obrany, zamezující nový proces o věci rozsouzené: *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*²⁾ (zda šlo o jedinou excepci ve dvou funkcích či o dvě excepce, není celkem pro naši otázku rozhodné).

¹⁾ To je Římanům samozřejmé. Vyslovují toto pravidlo zvláště ve spojitosti s rozsudkem nespravedlivým, právně omylným. D 38, 2, 12, 3.

²⁾ Srovn. Lenel, Ed. perp., tit. XLIV, § 275. Sommer, Texty, st. 226 a n.

Rozumí se, že jako litiskontestace, tak i rozsudek vylučuje nový spor někdy *ipso iure*, jindy *ope exceptionis* (viz účinky litiskontestace § 11 č. 2—4). Pro zjednodušení budeme mluvit prostě o *excepci rei iudicatae*.

Jeví se tedy vylučovací účinek rozsudku především jako reflex vylučovacího účinku litiskontestace jej předcházející. Otázka, je-li možný nějaký proces bez obavy *excepcí rei iudicatae*, je římským právníkům především otázkou, zda již byla vznesena na soud a tím i soudně rozhodována táž právní otázka. Jak zněl rozsudek, to je prozatím nerozhodné; rozhoduje s hlediska rozsudku, že vůbec byla táž právní otázka rozhodována. *Iulianus respondit exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur* (D 44, 2, 3).

2. Z toho plynou tyto podrobnější důsledky:¹⁾

a) Pro *actiones in rem*. Vindikoval-li někdo bez úspěchu proti druhému určitou věc, nemůže vindikovati znovu, a to ani tehdy ne, když by chtěl vindikaci původně neúspěšně založenou nyní dodatečně založiti na jiném důvodě. Neboť bylo již jeho tvrzení, že mu věc náleží podle práva *quiritského*, vzneseno na soud a tudíž podrobena soudcovu rozhodování. Jen tehdy, jestliže byla původní intence omezena na nabytí z určitého důvodu, mohl by po zamítnutí žaloby znovu vindikovati na podkladě jiné kausy. Rovněž tehdy, když původně obecně vindikoval, ale po rozsudku nabyl věci znovu na podkladě *nového* titulu, by mohl vindikovati na podkladě nového nabytí: neboť to ještě nikdy nebylo vzneseno na soud. Žaloval-li někdo reivindikaci, nemůže tutéž věc znovu vindikovati *hereditatis petitione* a naopak; neboť v obou případech je vznesena na soud tatáž otázka, přísluší-li mu dotyčná věc (jinak arci tomu bude, když by v každé žalobě žaloval výslovně na základě určité kausy, tedy nejprve vindikoval věc výslovně z titulu darování, po druhé vindikoval výslovně z titulu dědictví). Vindikoval-li někdo marně část, nemůže potom vindikovati celek, a obráceně, vindikoval-li marně celek, nemůže vindikovati část. Ale vindikoval-li někdo marně celý *ususfructus*, může později vindikovati část *ususfructu*, již dodatečně nabyl *akkrescencí quia ususfructus non portioni, sed homini adcrevit* (D 44, 2, 14, 1, D 7, 1, 33, 1). Žaloval-li někdo držebním interdiktem, může pak žalovati stran téže věci reivindikaci.

b) Pro *actiones in personam*. Domáhal-li se někdo nějakého plnění z určité kausy, nemůže se opět domáhati proti původnímu odpůrci téhož plnění z téže kausy, ale ovšem mohl by ho žalovati o totéž z jiné kausy. V tom je tedy zásadní rozdíl proti žalobám *in rem*: *neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest* (D 44, 2, 14, 2). Tedy zde, v oboru práv obligacích, záleží vždy na kause, kausa specifikuje také proces s hlediska konsumpce. Ovšem nároku z určité

¹⁾ Viz D 44, 2.

kausy může odpovídati po případě více žalob, pak vznesení a rozsouzení jedné vylučuje druhou. Jestliže tedy někdo marně uplatňoval pro určitou vadu věci *actionem redhibitoriam*, nemůže potom uplatňovati pro tutéž vadu *actionem quanti minoris*.

c) Pro spory, u nichž je pasivní legitimace dána držbou věci. Domáhal-li se někdo marně předložení věci *actione ad exhibendum*, a to proto marně, že odpůrce neměl držby, může téhož odpůrce znovu žalovati, nabude-li on držby, bez obavy z *excepcí rei iudicatae, quia alia res est* (D 44, 2, 18). Totéž platí pro reivindikaci; žaloval-li někdo druhého reivindikaci, a to marně, protože žalovaný prokázal, že držbu bez viny ztratil, může ho znovu žalovati reivindikaci, nabude-li on držby (D 44, 2, 17).

Můžeme to shrnouti Neratiovou syntesou problému: *cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo quaeritur, causa proxima actionis* (D 44, 2, 27).¹⁾

3. Avšak římským právníkům bylo jasné, že právní moc rozsudku, založená jenom na reflexním působení litiskontestace, by působila trochu mechanicky, že by mohla jíti někdy tuze daleko, jindy zas že by nevystačovala. Proto se snaží v jednotlivých případech o odpomoc z tuze dalekosáhlého nebo jindy zase z nedostačujícího působení *negativní* funkce rozsudku. Jinými slovy, snaží se otázku, do jaké míry je možná nová žaloba po rozsudku, řešiti s hlediska *obsahu* vydaného rozsudku. Zde již můžeme mluvit o uplatňování *pozitivní* funkce právní moci rozsudku.

Tak jen s tohoto hlediska se dala řešiti otázka, může-li ten, kdo byl vindikaci (*rei* nebo *hereditatis*) žalován, po rozsudku vystoupiti s vindikací jako žalobce. Odpověď na tuto otázku je už závislá na *obsahu* rozsudku. Byl-li totiž první žalobce zamítnut, zůstala otázka práva žalovaného otevřena. Ten by tudíž mohl vystoupiti s žalobou proti prvnímu žalobci. Zvítězil-li však první žalobce, tu právním uznáním jeho práva vlastnického nebo dědického je nezbytně dáno, že žalovanému právo nepřisluší, i nemohl by znovu žalovati proti obsahu onoho rozsudku.

Jindy vedlo přihlížení k obsahu rozsudku k restrikci jeho negativní funkce. Ten, jemuž bylo rozsudkem přirčeno právo zástavní, bude musiti po případě znovu žalovati vlastníka k uplatnění svého zástavního práva žalobou hypotekární, a namítne-li se mu *exceptio rei iudicatae*, bude se odvolávati na replikaci *rei secundum se iudicatae*. Tohoto opatření užívá zhusta římská jurisprudence všude tam, kde by se procesní strana, proti níž byl první rozsudek vydán, bezdůvodně vzpírala nové žalobě, která je sice třebaš identická, ale v plné shodě s *obsahem* vydaného rozsudku.

¹⁾ K významu elementu vůle pro pojem *eadem res* a k příslušným interpolacím viz Guarneri Citati, Di un criterio postclassico per la determinazione della *res iudicata*, *Bulletino* 33, 1923.

Významná je v tomto ohledu široká formulace Juliánova: *evidenter iniquissimum est proficere rei iudicatae exceptionem ei, contra quem iudicatum est* (D 44, 2, 16).

Zajímavé je, že římské právo řeší v myšlenkovém okruhu vylučovací funkce rozsudku i tu otázku, která je v novém procesním právu vyřizena tak zvanou žalobou o obnovu. Civilní řád dnešní připouští možnost obnovy sporu právoplatně rozhodnutého, vyskytnou-li se nové listiny a pod. důkazy, jež by přivodily jiné rozhodnutí (*noviter reperta*). Římský právník Neratius prohlašuje především, že je-li tu identita osob, věci a kausy, nelze znovu žalovati prostě proto, že strana *posteaquam contra eum pronuntiatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset*. Ale Ulpianus v obdobném konkrétním případě dochází k závěru, že takové straně se musí dostati mimořádné odpomoci a tím možnosti žaloby: *ex causa succurrendum erit*. Srovn. D 44, 2, 27, D 44, 2, 11, pr.

4. Po stránce subjektivní¹⁾ působí rozsudek zásadně jen mezi procesními stranami: *saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*, Macer D 42, 1, 63. Ovšem působí rozsudek i na sukcesora procesní strany: *exceptio rei iudicatae nocebit ei, qui in dominium successit eius, qui iudicio expertus est*, Papinianus D 44, 2, 28; *Iulianus scribit exceptionem rei iudicatae a persona auctoris ad emptorem transire solere*, fr. 9, 2. Rozsudek působí i na ty, již odvozují své právo od toho, o jehož právu bylo rozhodnuto. Tak na př. ponechal-li zástavní věřitel dlužníkovi, aby obhajoval své vlastnické právo: *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*, Macer D 42, 1, 63. Rozsudek o platnosti testamentu, jímž bylo přiznáno intestátní dědictví žalobci, působí proti všem testamentárním dědicům a odkazovníkům (D 20, 1, 3, pr.; to platí, byl-li veden spor poutivě, bez trestné kolluse. D 49, 1, 14, pr.).

§ 15. Řízení exekuční.

1. Zeslabení exekuce osobní. — 2. Universální exekuce majetková. — 3. Zahájení exekuce. — 4. Venditio. — 5. Cessio bonorum. — 6. Počátky singulární exekuce. *Pignus in causa iudicati captum*.

1. K osobní exekuci, jak byla upravena a zmírněna zákonem Poetiliovým, přistoupila v posledním století republiky exekuce majetková, zavedená praetorským ediktem, asi praetorem Publiem Rutiliem. Původně asi pro

¹⁾ K tomu srovn. rozsáhlé koncipované dílo Bettioho, D 42, 1, 63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano, 1922. Beseler, Jur. Miniaturen (Mat. Rechtskraft), 1929.

takové případy, kdy exekuce osobní byla těžko proveditelná, později jako pravidelná forma exekuční. Měl tedy věřitel na výběr dva způsoby exekuce, a to podle své volby. Avšak podle zákona Juliova — asi normy, tvořící součást Augustových zákonů procesních — bylo dáno dlužníku dobrodiní ujití osobní exekuci tím, že postoupil věřitelům své jmění: tím tedy byla vlastně dána volba co do exekučních prostředků dlužníkovi, neboť ani normální exekuce majetková není nic jiného, než zbavení dlužníka, ovšem vynucené zbavení celého majetku. Mimoto byla dána mnohým osobám jako osobní nebo stavovské privilegium ta výhoda, že měly býti odsouzeny jen na tolik, co mohou splniti (*in id quod facere possunt*, t. zv. *beneficium competentiae*), čímž měly uniknouti osobní exekuci: toto privilegium pak bylo spojeno i s určitými pohledávkami bez ohledu na osobní postavení dlužníkovy. Tedy vývoj zeslabující význam osobní exekuce, která ovšem s druhé strany v různých funkcích trvá dále.

2. Nejmarkantnější rys majetkové exekuce, jak byla zavedena praetorem, je v tom, že je to universální majetková exekuce, že její předmět je celé jmění dlužníkovy, které se dlužníku odnímá a přenáší na nový subjekt, zaručující uspokojení věřitelů, jehož se jim od dlužníka nedostalo. Celé jmění dlužníkovy se přenáší na toho, kdo se zavázal zaplatiti věřitelům poměrně největší procento jejich pohledávek, odtud i název této exekuce: *bonorum venditio*. Již nyní jsou patrné hluboké rozdíly této universální majetkové exekuce od pravé exekuce v dnešním (a ostatně již poklasickém) smyslu. Kdežto exekuci má býti odňata dlužníku jen tak velká hodnota, jaké vyžaduje pohledávka vymáhajícího věřitele, zde se odnímá dlužníku celé jmění. Důsledně se vede řízení, i když bylo způsobeno jen jediným věřitelem, nezbytně pro všechny věřitele (kteří se přihlásili), nastává *concursus creditorum*, konkurs. Typické je, že se majetek nezpeněžuje, nýbrž celý en bloc se převádí na toho, kdo se zaváže zaplatiti poměrně největší procento pohledávek, při čemž nabyvatel majetku je přímo sukcesorem dlužníkovým (podle práva praetorského).

3. Zahájení exekuce. Nesplnil-li dlužník svou povinnost, založenou na odsuzujícím rozsudku nebo doznání, a uplynulo odtud 30 dní, mohl věřitel vésti exekuci (osobní nebo majetkovou). Avšak nemohl prostě požádati o její povolení. Musil tak jednati, jako by zahajoval spor o tuto povinnost. Dostavil se tedy i s žalovaným, o jehož obeslání se musil sám postarati, před praetora, a sdělil ve způsobu žalobní edice, že hodlá uplatňovati pro tu a tu neuspokojenou povinnost *actionem iudicati*.¹⁾ Jako vždy, je tázán

¹⁾ Eisele, Über actio iudicati und Nichtigkeitsbeschwerde. Abhandlungen, 1889. Wenger, Zur Lehre von der actio iudicati, 1901. Wenger, Praetor und Formel (IV. Agere iudicati), 1926.

odpůrce, uznává-li uplatňovanou povinnost. Uzná-li nebo se prostě nebrání, povolí magistrat žádanou exekuci svolením k *missio in bona*; z procesu o *actio iudicati* schází. To je nejčastější případ. Ale mohlo býti, že dlužník popřel svou povinnost pro neplatnost rozsudku nebo doznání, pro dodatečné splnění a pod. Tu došlo místo exekuce k procesu. Žalobce si vyžádal *actionem iudicati* a odevzdal formulí o ní, vypravenou a eventuálně doplněnou nějakou excepčí, žalovanému, který ji přijal, a tak došlo k litiskontestaci a k dalšímu řízení *apud iudicem*; soudce pak rozsudkem rozhodl; buď žalovaného osvobodil, takže k exekuci nemohlo již definitivně dojíti, nebo žalovaného odsoudil, neboť seznal právoplatnost rozsudku resp. doznání, a nyní znělo odsouzení na dvojnásobné, neboť *actio iudicati* náležela mezi *actiones quae infitiando crescunt in duplum*.

Mějme tedy na mysli normální případ, že edice *actionis iudicati* již vůbec nepovede k litiskontestaci, ale magistrat dekretem legitimuje věřitele k *missio in bona rei servandae gratia*.¹⁾ Tím nabývá věřitel práva ujmouti se detence majetku dlužníkovy s právem dohledu a opatrování. Věřitel je povinen veřejně učiniti oznámení o této *missio in bona* (*proscriptio bonorum*), aby mohli přistoupiti ostatní věřitelé, již pak nabývali spoludetence (neboť *non tam personae solius petentis, quam creditoribus et in rem permissum videtur*, srovn. D 42, 5, 12, pr.). Tak tedy došlo ke konkursu. Věřitelé mohli v této době dosáhnouti navrácení různých hodnot, odporující jednání *in fraudem creditorum*.²⁾ K tomu i k jiným opatřením o majetku byli zastoupeni zvláštním kurátorem.

4. *Venditio*. Po uplynutí 30 dní od vyhlášky o proskripci (nebo 15 dní, když běželo o konkurs na jmění zemřelého, po němž se nikdo nestal dědicem) se mělo přikročiti k prodeji majetku. Dlužník, který měl předtím možnost odvrátiti konkurs a všechny jeho následky prostým zaplacením, se nyní stal *infamis* a byl považován s různých hledisk za *persona suspecta*. K provedení prodeje si ustanovili věřitelé některého z nich samých za vykonavatele prodeje (*magister bonorum vendendorum*). Tento magister připravil podmínky prodeje a po uplynutí dalších 10 dnů (resp. 5 dnů při předlužení pozůstalosti) provedl prodej. Majetek byl vydražen a přiřčen tomu, kdo nabídl zaplatiti poměrně největší procento pohledávek. Tento nabyvatel majetku (*bonorum emptor*) se stal universálním sukcesorem dlužníkovým podle praetorského práva (vždyť celá *bonorum venditio* byla organizována praetorem). Nabýval tím tedy všech věcí, práv, zvláště pohledávek

¹⁾ Lenel, Ed. perp., tit. XXXVIII, § 202 a n. Sommer, Texty, st. 189 a n. 192 a n. Kniep, Zum römischen Konkursverfahren, Mél. Girard, 1912, I., 623. Kniep, Gai. Inst. Com. tertius, I., 155. Triandafil, Histoire de voies d'exécution en dr. r., 1914.

²⁾ O nich viz Vážný, Římské právo obligační, I., 30, kdež je citována i další literatura, zvláště spisy Solazziho. Sommer, Učebnice s. p. ř. I., str. 143. Solazzi, La revoca d. atti fraudolenti, 1934.

úpadcových, byl zavázán za dluhy, jen ovšem do procenta, jež převzal; poněvadž tu nešlo o nabytí *ipso iure*, musil žalovati a musil býti žalován *actionibus utilibus*: intence svědčila úpadci, kondemnace bonorum emptorovi, t. zv. *formula Rutiliana* (při nabytí předlužené pozůstalosti musil nabyvatel žalovati resp. býti žalován formulí o fikci *si bonorum possessor heres esset*, t. zv. *formula Serviana*).

Žaloval-li *bonorum emptor* nějakého úpadcova dlužníka, který byl spolu úpadcovým věřitelem, mohl jej žalovati jen pro přebytek, musil *agere cum deductione* (co se týče bližších údajů, viz právo obligační, kompensace). — Z toho, že *bonorum emptor* je vázán úpadcovým věřitelem jen do procenta, jež převzal, je výjimka: pohledávky, s nimiž bylo spojeno *privilegium exigendi*, musily býti plně uhrazeny.

Nabyl-li úpadce nového majetku, mohl býti znovu žalován konkursními věřiteli ze závazků před konkursem vzniklých (*ex ante gesto*), ježto se jim nedostalo plného uspokojení: ale žalovaný měl proti takovým žalobám *beneficium competentiae* do jednoho roku po konkursu.

5. Jak již bylo řečeno, zavedl Juliův zákon institut *cessio bonorum*.¹⁾ Dlužník, aby unikl zneuctivajícímu prodeji majetku i osobní exekuci, mohl dobrovolně postoupiti věřitelům svůj majetek (*ex lege Iulia bonis cedere*). I zde došlo k prodeji tohoto majetku ve prospěch věřitelů, jenže pro dlužníka nevzcházela z toho infamia; nadto získával nejen na rok, jako úpadce, nýbrž natrvalo *beneficia competentiae* proti žalobám věřitelů. Zdá se ovšem, že podmínkou povolení *cessio* majetku bylo, že dlužník upadl bez viny do předluženosti, a zajisté dále že měl přiměřený majetek.

6. *Počátky singulární exekuce*. Jako mnoho jiných institutů, vyvinula se i singulární exekuce, tedy exekuce v pravém smyslu tak, že s počátku byla zavedena jen jako zařízení výjimečné, poskytnuté ve prospěch určité třídy osob, pak i osob zvlášť právem chráněných.

Tak podle jednoho senatuskonsulta se ustoupilo od exekuce prodejem celého majetku u osob stavu senátorského. Měla-li býti vedena exekuce na jejich jmění, byl zřízen kurátor, který měl z majetku zpeněžit jednotlivé kusy k uspokojení věřitelů. Mluví se tu o *distractio bonorum*.²⁾

Později bylo podobné *privilegium* rozšířeno na osoby požívající zvláštní ochrany práva, totiž nedospělce a choromyslné. Zde sice byla exekuce zahájena normální *missio in bona* a proskripcí, ale dále se nepřikročovalo k pro-

¹⁾ Guenon. La cessio bonorum, 1920. Woess, Personalexekution und cessio bonorum, Z. Sav. St. 43, 1922.

²⁾ Srovn. Gaiův text D 27, 10, 5: curator ex senatusconsulto constituitur, cum clara persona, veluti senatoris vel uxoris eius, in ea causa sit, ut eius bona venire debeant: nam ut honestius ex bonis eius quantum potest creditoribus solveretur, curator constituitur distrahendorum bonorum gratia vel a praetore vel in provinciis a praeside.

deji, nýbrž magistrát jmenoval kurátora, který zpeněžil jednotlivé kusy majetku, pokud bylo třeba k uspokojení věřitelovu. Majetek zbývající po uspokojení věřitelů byl dlužníkovi vrácen (D 36, 1, 81 [79] a D 42, 4, 7, 11); zajisté byl dlužník i ušetřen infamie.¹⁾

Konečně za císaře Antonia Pia, tedy ještě v plné době klasického procesu, byl zaveden nový způsob exekuce, *pignus in causa iudicati captum*. Věřitel požádal o tuto exekuci a magistrát zmocnil výkonný orgán, aby zabavil pro věřitele jednotlivé kusy dlužníkovy majetku. Tím nabýval věřitel soudcovského práva zástavního (jako v dnešní exekuci na movitosti po zabavení a sepsání zájemního protokolu). Neuspokojil-li pak dlužník věřitele do dvou měsíců, byly zabavené svršky prodány a věřitel uspokojen z tržní ceny. Je ovšem pochybné, užívalo-li se této formy exekuce v řádném řízení, či jen v nově zaváděné *extraordinaria cognitio*.

§ 16. Řízení interdiktů.

1. Vznik interdikt a pojem. — 2. Srovnání interdiktů s formulí. — 3. Obecný rozhled po interdiktálním řízení. — 4. Rozdělení interdiktů. — 5. První fáze řízení interdiktálního. — 6. Druhá fáze řízení: I. Řízení per sponsionem, navazující na interdiktum simplex. II. Řízení per sponsionem, navazující na interdiktum duplex. III. Řízení per formulam arbitriam.

1. *Interdicta*, rozkazy nebo zákazy, vydané magistrátem k žádosti jedné strany proti druhé straně k odklizení sporu mezi nimi, byla z hlavních případů, kdy *praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit* (Gaius 4, 139).²⁾ Zde se magistrát neomezoval na to, aby dohlížel, jak strany o své sporné věci uzavírají procesní dohodu podle jeho povolujícího dekretu, nýbrž navázal na sporné přednesení jedné strany přímo svůj rozkaz (*decretum*) nebo zákaz (*interdictum* v užš. sm.), vydaný straně druhé. Takto důrazný akt praetorův, založený asi na jeho imperiu, i formálně stylisovaný opravdu jako norma, adresovaná odpůrci navrhovatele, byl původně, jak se zdá, bezpodmínečný. Soudí se, že v původních dobách vydával praetor interdiktum po úplném skutkovém vyšetření sporné věci. Avšak tak, jak interdikt a řízení interdiktální máme popsáno římskými autory, částečně již Ciceronem a zevrubně Gaiem, jest interdikt již jen podmíněným rozkazem a zákazem. Je pochopitelné, že praetor nemohl při vzrůstu interdiktů skutkově vyšetřovati každý případ. I omezil se na to, že k žádosti a skutkovému přednesení jedné strany vydal bez skutkového vyšetření druhé straně rozkaz, závislý svou účinností na tom, že jsou opravdu uskutečněny jeho právní podmínky, že je pravda tvrzení

¹⁾ Viz Solazzi, Un caso di „distractio bonorum“ nel diritto romano classico, *Bulletino* 16, 1904. Wenger, *Institutionen*, st. 230.

²⁾ Jobbé-Duval, *Les decreta des magistrats*, St. Bonfante, III., 1930.

žadatelovo, že není pravda případná obrana jeho odpůrce. Vydal tedy praetor na př. interdiktum: *unde in hoc anno tu illum vi deieicisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum... restituas*.¹⁾ Restituční rozkaz je tu závislý na skutečnostech, že žadatel byl držitelem a byl z držby násilně vypuzen (jeho tvrzení), že jeho držba nebyla proti druhé straně vitiosní a že neuplynul od vypuzení rok (obrány žalovaného, které zde již byly stálou součástí interdiktální formule).

2. Z toho, co bylo uvedeno, vyplývá značná obdoba mezi interdiktem a žalobní formulí. V obou případech se činí právní následek, pro odpůrce vyvolatele řízení nepříznivý, závislý na tom, že jsou uskutečněny ty a ty okolnosti právního útoku, že nejsou uskutečněny ty a ty okolnosti právní obrany. Zde norma již vydaná, tam norma, již má vydati soudce. Zde se tedy daleko více než v řádném formulovém sporu počítá s takovým utvářením situace, že odpůrce, jemuž byl vydán rozkaz nebo zákaz, uposlechne, čímž další řízení odpadne, takže pak interdikt se jeví opravdu řízením jak důrazným, tak rychlým, jakým právě toto řízení chce být. Kdežto tedy praetorovo *restituas, exhibeas, vim fieri veto* a jak ta různá interdiktální znění, je vypočteno především na ten efekt, že odpůrce poslechne a další řízení odpadne, je v řádném formulovém procesu vydání formule jakožto normy, že má být za těch a těch předpokladů žalovaný soudcem odsouzen, vypočteno právě na takovou pravidelnou situaci, že žalovaný se bude nadále brániti; případ, že by žalovaný po litiskontestaci uspokojil dobrovolně žalobce, je již v pramenech líčen přímo jako anomalie. Tedy již s tohoto více praktického hlediska je viděti při vši jinaké době hluboký rozdíl mezi *interdictum redditum a lis contestata*. Norma, vydaná praetorem jakožto *interdictum*, se podobá vrchnostenskému správnímu aktu; norma, vyslovená formulí jako podkladem litiskontestace, je vyslovena vlastně procesní dohodou stran, praetorem předem schválenou, vedle níž pak vydává praetor soudci rozkaz judikovati podle formule. To je zásadní rozdíl, i když se uvaží, jak velký má podíl praetor a jeho imperium na procesní dohodě stran.

3. Bylo již řečeno, že *interdictum* je rozkaz nebo zákaz podmíněný; podmíněný tím, že jsou v daném případě uskutečněny jeho skutkové předpoklady. Z toho vychází, a to je také v pramenech vysloveno, že ten, jemuž byl adresován interdiktální rozkaz nebo zákaz, směl interdikt nedbati, porušiti normu zdě stanovenou, jestliže nebyly uskutečněny v daném případě skutkové předpoklady. A jako po vydání interdiktálního byl běžný případ, že ten, jemuž bylo *interdictum* vydáno, poslechne, tak v opačném případě, nebyly-li předpoklady dány, rozumně nedošlo k dalšímu jednání, žadatel

¹⁾ Lenel, *Ed. perp.* XLIII, § 245.

uznal neoprávněnost svého postupu. Ale byl-li on přesvědčen, že jsou tu podmínky interdiktta, že odpůrce neprávem odporuje, mohl se zasadit o to, aby věc byla soudně rozhodnuta.

Problém byl nyní v tom, jak připoutat k procesu druhou stranu, jež se necítila interdikttem vázána. Bylo tu užito řízení *per sponsionem*. Iniciátor interdikttního řízení vyzval odpůrce, aby se mu zavázal trestní sponsi pro případ, že jednal proti interdikt. Obráceně mu vzájemně sliboval tutéž sumu pro případ opačný. Tím byla otevřena brána k procesu. Šlo v něm sice přímo o otázku, je-li odpůrce zavázán ze sponse, ale tím bylo nepřímo rozhodnuto, jsou-li zde podmínky interdiktta. Druhá cesta byla, a to je již režim pozdější a ne u všech interdiktů možný, že si ten, jemuž byl adresován interdikt, vyžádal dosazení arbitra k rozhodnutí přípustnosti interdiktta, o čemž tento arbiter přímo rozhodl.

4. *Rozdělení interdiktů.* Interdikty se dělí především na *interdicta* v užš. sm., zákazy, jimiž praetor *prohibet fieri*, tedy *interdicta prohibitoria*, a *decreta*, rozkazy, jimiž praetor *feri aliquid iubet*, a ta jsou buď *interdicta exhibitoria*, jimiž se ukládá předložení, nebo *interdicta restitutoria*, jimiž se ukládá vydání. Prohibitorní je na př. *interdictum uti possidetis*, zakazující násilné rušení držby (*ne sine vitio possidenti vis fiat*). Exhibitorní je na př. *interdictum de tabulis exhibendis*, ukládající předložení testamentní listiny. Restitutorní je na př. *interdictum unde vi*, shora citované. Jiné procesně významné rozdělení je na *interdicta simplicia* a *duplicitia*. V prvních jsou ostře proti sobě postaveny úlohy stran, jeden je žalobcem, druhý je žalován: sem patří všechny interdikty exhibitorní a restitutorní. V druhých každá z obou stran, jak iniciátor řízení, tak jeho odpůrce, má postavení žalobce i žalovaného. To je zřejmé ze znění interdiktta. *Interdictum simplex* je adresováno odpůrci: *tabulas testamenti exhibeas; quod precario ab illo habes, id illi restituas*. *Interdictum duplex* je adresováno současně oběma stranám: *uti nunc possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto*. Jiná rozdělení se týkají obsahu interdikt a cíle, k němuž směřují, jde tedy přitom o otázky hmotného práva; tedy na př. o otázky, které poměry jsou chráněny interdikty (dejme tomu poměry držební) a k čemu taková interdiktta směřují (držební interdiktta se dělí podle svého cíle na *interdicta retinendae possessionis*, *interdicta recuperandae possessionis* a *interdicta adipiscendae possessionis*). Význam tohoto rozdělení náleží do příslušných materiálů systému hmotného práva.

5. *Řízení interdikttní.* Můžeme je rozdělit na řízení o vydání interdiktta a řízení o právní platnosti interdiktta. První končí vydáním interdiktta, druhé znamená ustavení sporu o právoplatnosti interdiktta a soudcovo rozhodnutí o tom.

První fáze řízení je celkem jednoduchá. Obě strany, navrhovatel i odpůrce, se dostaví před praetora (nebo místodržitele provincie), a to třeba i o *dies nefasti*. Na žádost jedné strany (*interdictum postulare*) praetor udělí interdiktum, eventuálně po nějakém vyšetření (*causae cognitio*), doplniv je po případě nějakou obranou, takto za spoluúčasti stran přesně stylisované interdiktum ústně prohlásí (*interdictum reddere*). Místo udělení mohl praetor interdiktum zamítnouti, denegovati z obdobných důvodů, jež vedly k denegaci *actionis*. Podobně mohl praetor denegovati žádanou obranu; ovšem některé obrany byly stálou součástí formulářů interdiktů. Jako pro žalobní formule, tak i pro interdiktta byly vyhlášeny v praetorském ediktu formuláře: z dodatků k praetorskému ediktu (interdicta, excepce, praetorské stipulace) první obsahoval formuláře interdiktů.¹⁾ Tedy podle těchto formulářů vydal praetor v konkrétním případě interdikt, někdy shodný (ovšem přizpůsobený podle skutečných jmen stran a podobných údajů), někdy poněkud rozšířený nebo změněný, jakožto *interdictum utile*.

6. Mnohem složitější byla druhá fáze řízení, vedená o tom, zda jsou skutečně podmínky interdiktta, zda odpůrce, který neuposlechl interdiktta, jednal proti normě praetorem hypoteticky stanovené, *an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri iusserit*. Jediným prostředkem k takovému procesu vedoucím bylo původně řízení *per sponsionem*. Později také řízení *per formulam arbitriam*.

I. Především si všimněme řízení *per sponsionem*, navazujícího na *interdictum simplex*. Praetor vydal takové jednostranné interdiktum, vyúsťující v „*restituas*“ „*exhibeas*“. Odpůrce neuposlechl. Žalobce jej vyzval k trestní sponsi nějaké sumy pro případ, že porušil normu interdiktta, že věci nepředložil, nevydal *contra edictum praetoris*. Odpůrce, který by nebyl ochoten k této sponsi, nezbytně k umožnění procesu o právních podmínkách interdiktta, by byl *indefensus*. Sám pak restipuloval od žalobce stejnou částku pro případ opačný, že právem neposlechl interdiktta, že byl neprávem vyzván (provokován) ke sponsi. Nyní dojde k dvojí litiskontestaci, jednak o žalobcově *actio certae creditae pecuniae* ze sponse žalovaného, jednak o téže žalobě z vzájemné sponse žalobcovy. Avšak ještě k třetí litiskontestaci: žalobce má současně zahájit spor o vydání nebo předložení, obdrží již nyní, ač ještě spor z oboustranných sponsí není rozhodnut, *iudicium arbitrium de re restituenda vel exhibenda* pro případ, že ze sponse zvítězí. Tím je zjednána podklad pro rozhodnutí. Vyšetří-li porotce, že žalovaný měl poslechnouti interdiktta, že mu neprávem odporoval, odsoudí jej k pokutě z jeho sponse a odsoudí i *de re restituenda vel exhibenda* (ačli žalovaný ještě před rozsudkem v tomto druhém procesu dobrovolně nevydá nebo nepředloží věci). Přesvědčí-li se soudce, že žalobce je v nepravu, že žalovaný

¹⁾ Srovn. Sommer, Texty, st. 197 a n.

právem odporoval interdikt, ježto tu nebyly jeho podmínky, odsoudil žalobce z jeho sponse.

II. Mnohem složitější bylo řízení o právních podmínkách dvoustranného interdikta (*int. duplex*). Gaius nám popisuje takové řízení o interdikt *Uti possidetis*, které bylo opravdu komplikované. Především si všimněme, čeho bylo potřeba, aby se připravila možnost soudcova rozhodnutí. Šlo tu o tyto kroky: 1. *vis ex conventu*, 2. *fructus licitatio*, 3. *fructuaria stipulatio*, 4. oboustranné sponse a restipulace, 5. několikrát litiskontestace.

Ad 1. Víme, že *interdictum Uti possidetis* vyúsťuje v zákaz násilného rušení držby, adresovaný oběma stranám. Poněvadž byla každá strana i žalobcem i žalovaným, bylo třeba, aby se každá formálně projevila jako rušitel interdikta, tedy jako rušitel držby, pročež musila každá strana vykonati, třebas jen na oko, rušící čin, a to je *vis ex conventu*. Tak bylo projevono neuposlechnutí interdikta a byla možnost procesu. Co nastalo, nebyla-li jedna strana ochotna zastávat tuto úlohu, řekneme později: totéž, co nastalo při neochotě ke kterémukoli z dalších přípravných úkonů.

Ad 2. a 3. Bylo třeba rozhodnouti, kdo bude až do rozhodnutí držitelem a bude zatím moci těžiti plody. Samo sebou se rozumí, že o tom mohlo být vydáno jen rozhodnutí prozatímní, které bylo *ex post* zbaveno účinnosti, bylo-li rozhodnuto v neprospěch toho, kdo prozatímní držbu dostal. K tomuto prozatímnímu rozhodnutí byla mezi oběma stranami uspořádána dražba; kdo podal více, ten dostal prozatímní držbu. Ale musil se k žádosti odpůrce zavázati stipulací (*fructuaria stipulatio*), že mu zaplatí částku svého podání, bude-li pro něho o držbě nepříznivě rozhodnuto.

Ad 4. Nato se vyzvaly strany navzájem k trestním sponším. Důsledně domyšlený formalismus oboustrannosti interdikta tu vyžadoval čtvero sponší. Nestačilo, že iniciátor interdiktního řízení vyzval odpůrce k závazku pokuty pro případ, že provedl rušící čin neprávem, a že tento si zase dal restipulací slíbiti touž pokutu od onoho pro opačný případ. Vždyť podle znění interdiktu je iniciátor řízení spolu žalovaným jako zase jeho odpůrce spolu žalobcem. Tedy i odpůrce vyzval iniciátora řízení k sponši pokuty pro případ, že *adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit* a k jeho restipulaci mu slíbil navzájem.

Ad 5. Na základě těchto čtyř sponší pak došlo ke čtveré litiskontestaci o *actio certae creditae pecuniae*. Každá strana je dvakrát žalobkyní, dvakrát žalovanou. Dále došlo již nyní k litiskontestaci z fruktuární stipulace pro případ odsouzení ze sponse toho, kdo dostal zatímni držbu. Konečně k litiskontestaci o arbitrárním iudiciu Cascellianu pro tyž případ.

Ad 1.—5. Mohlo nastati zjednodušení ve dvou ohledech. Ten, kdo podlehl v dražbě, konané k určení prozatímní držby, se mohl vzdáti fruktuární stipulace. Místo dvojí sponse a dvojí restipulace se mohly strany omeziti na jedinou sponši a jedinou restipulaci.

Všimněme si nyní, jak působilo soudcovo rozhodnutí o žalobách ze sponse.

Je jasné, že pro toto rozhodnutí byla předurčující otázka, kdo byl držitelem v době vydání interdikta, a to držícím *nec vi nec clam nec precario ab adversario*.

Shledal-li porotce, že takovým držitelem byl ten, kdo zvítězil v předchozí *fructus licitatio* a měl tedy již přikázanu prozatímní držbu a možnost těžiti plody, odsoudil jeho odpůrce z jeho dvou sponší, osvobodil vítěze z jeho dvou sponší a věc byla vyřízena.

Shledal-li porotce, že pravým držitelem byl odpůrce toho, komu byla přičena prozatímní držba, odsoudil prozatímního držitele především z jeho dvou sponší, jako osvobodil současně vítěze z jeho dvou sponší, avšak odsoudil dále prozatímního držitele z fruktuární stipulace a odsoudil jej dále z arbitrárního iudicia Cascelliana, jestliže nyní nevydal dobrovolně držbu věci a plodů k náhradě škody; zaplacení částky sponse a restipulace i t. zv. *fructus licitatio* představovalo trest, tedy nebyla tím odčiněna restituční povinnost tomu, kdo byl uznán pravým držitelem; této restituci slouží právě *iudicium Cascellianum sive secutorium*.

Poznámka. Bylo řečeno, že *fructuaria stipulatio* byla jen fakultativní. Nepostarala-li se strana o ni, mohla se po svém vítězství ze sponse domáhati náhrady škody zvláštním *iudicium fructuarium sive secutorium*, jehož pravý dosah a pravá funkce je sporná.

Zvláštní byla odpomoc pro ten případ, že jedna ze stran se zdráhala vykonati některý z přípravných úkonů k ustavení procesů o právních podmínkách tohoto interdikta. Jestliže některá strana zmařila takový úkon, jako oboustrannou *vis ex conventu*, oboustrannou sponši a restipulaci, fruktuární stipulaci a pod., vydal praetor proti ní *interdictum secundarium*: jím se té straně ukládalo, aby vydala držbu procesnímu odpůrci, nebo neměla-li sama držby, aby jeho držbu nemařila. Toto *interdictum* snad bylo dokonce nepodmíněné, na každý způsob vedlo k cíli aspoň tak rychle, jako *interdictum simplex*.

III. Poznali jsme řízení *per sponsionem*, dosti složité u jednostranných, velmi složité u dvoustranných interdikt.

Nepoměrně jednodušší bylo přímočaré řízení *per formulam arbitriariam*, řízení později vzniklé a nadto nepřístupné snad jako všeobecná forma řízení interdiktního, nýbrž omezené na *interdicta restitutoria* a *exhibitoria*.

Iniciativa tu byla dána, případ opravdu vzácný, žalovanému. Ten si mohl poté, co praetor vydal ústní interdikt exhibitorní nebo restitutorní, vyžádati od praetora tak zvanou *formulam arbitriariam*. Arbitr na základě této formule dosazený vyzval žalovaného, shledal-li skutečně podmínky interdikta, k dobrovolné restituci nebo předložení věci a odsoudil jej v případě neuposlechnutí k náhradě škody; v případě, že tu podmínky nebyly nebo že

žalovaný vyhověl rozkazu, jej osvobodil. Je jasné, že tu žalovaný v případě své prohry neplatil žádných pokut (stejně v opačném případě žalobce), což bylo velkou výhodou tohoto pokročilého řízení, nehledíc k jeho rychlosti a přímočarosti. Jinými slovy, v tomto řízení *sine periculo res ad exitum perducitur*. Srovn. ke všem předchozím citátům Gaius 4, 161—170.

§ 17. Restitutio in integrum.

1. Pojem restituce. — 2. Důvody restituční. — 3. Řízení restituční. — 4. Příznivé rozhodnutí o restituci, zakládající přímo povinnost *quasi ex causa iudicati*. Rozhodnutí, umožňující restituci řádnou soudní cestou. *Actio rescissoria*.

1. Právní norma má vésti k spravedlivému uspořádání lidských poměrů, v oboru soukromoprávním zvláště majetkových poměrů. Počítá ovšem s normálními okolnostmi případu. Může se státi, že zcela zvláštní poměry konkrétního případu ukáží působení právní normy jinak, že právní norma způsobí v daném zvláštním případě bezpráví. Proslulá římská věta praví *summum ius summa saepe iniuria*. A tu římské právo vytvořilo institut, kterým se mají korigovati škodlivé účinky právní normy tak, že konkrétní skutková podstata, odpovídající abstraktní skutkové podstatě, na kterou právo navazuje účinek, zde škodlivý, se považuje za neuskutečnou. Toť *in integrum restitutio*, navrácení k dřívějšímu stavu. Prováděním restituce byl pověřen praetor.¹⁾ Je to výron jeho imperia. Podmínky restituce pohnutím se ustalující byly stanoveny praetorským ediktem.

Restituce předpokládá, že působením právní normy byla způsobena v konkrétním poměru někomu škoda, již on nemůže žádným právním prostředkem čeliti, a že je tu zvláštní důvod, t. zv. *iusta causa in integrum restitutionis*, která ospravedlňuje toto mimořádné opatření.

2. Důvodem restituce byla především nezletilost. Edikt praetorský stanoví: *quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam*. Vykonal-li tedy nezletilec kontrakt, dědickou adici, procesní úkon nebo opominul nutný právní výkon, takže mu neuvážením věci vznikla škoda, byl tu důvod restituční. Byl-li ovšem nezletilec podveden, byla odpomoc v excepci nebo v *actio doli*, eventuálně přímo v neplatnosti jednání, i nepříslušela restituce. Zato příslušela restituce, náležející nezletilcům, i jejich třebas zletilým právním nástupcům.²⁾

Dalším důvodem byla *capitis deminutio (minima)*. Ait praetor: *qui quaeve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminuate*

¹⁾ Srovn. Lenel, Ed perp., tit. X, § 39. Sommer, Texty st. 15 a n. Heyrovský, Procesná restituce, Sborník 17, 1917. Duquesne, L'in integrum restitutio, Mém. Fournier, 1929.

²⁾ Viz bohatou kazuistiku pramenů, zvláště D 4, 4.

esse dicentur, in eos easque perinde, quasi id factum non sit, iudicium dabo. Zde byla restituce přímo prostředkem opravy starého práva civilního, podle něhož *capitis deminutio* ruší dluhy; praetor připustil žaloby *rescissa capitis deminutione*. Restituce zde byla pouhou formalitou. Byla udělována za všech okolností, bez vyšetřování, bez časového omezení.¹⁾

Dalším důvodem restituce byla nepřítomnost, dočasné zbavení svobody a podobné překážky, zabránivší provedení právního nebo faktického úkonu, nutného k zachování práva, žaloby a pod., takže byl majetek zmenšen. Nepřítomnost byla důvodem restitučním, když se dotyčný vzdálil ze svého bydliště buď z vážné obavy nebo pro činnost v záležitosti státní (*cum is metus aut sine dolo malo rei publicae causa abesset*). Za zbavení svobody se počítalo uvěznění jako státní opatření zabezpečovací nebo trestní (*publica custodia*), faktické uvěznění lupiči, vůbec neoprávněnými soukromníky, upadnutí ve faktické otroctví, válečné zajetí, čili jak se pravilo v ediktu, *cum is in vinculis servitute hostiumque potestate esset*. Doplňovací doložka ediktu: *item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituiam* umožňovala restituci „maiorum“ také z jiných závažných příčin nepřítomnosti, jako pro obstarávání záležitosti obecní, studijní cestu, výkon svědecké výpovědi atd., zkrátka, *quotiens quis ex necessitate, non ex voluntate auit*, jak formuloval Ulpianus (D 4, 6, 26, 9).

Dále se poskytovala restituce pro *alienatio iudicii mutandi causa facta*, t. j. v případě, že někdo zcizil věc, aby ztížil postavení druhého ve sporu. Zlomyslnému zcizení se čelilo i žalobou *in factum*.

Jiným důvodem restituce bylo *alienatio in fraudem creditorum*, t. j. zcizení za tím účelem, aby tím byli poškozeni věřitelé zcizitelovi. O tom viz právo obligační. I zde byly k dispozici i jiné řádné právní prostředky, jako *actio Pauliana*, *interdictum fraudatorium*.

Dalšími restitučními důvody byly donucení (*vis ac metus*) a podvod (*dolus*). O nich viz právo obligační a obecné nauky o působení donucení a podvodu na platnost právního jednání. Restituce tu příslušela vedle řádných praetorských právních prostředků, žaloby a obrany. Je spor o to, který z těchto prostředků je historicky starší, zda *in integrum restitutio* či *actio a exceptio*.

I omyl byl důvodem restitučním. Ovšem jen ve speciálních případech, jež možno jen příklady ukázati. Přitom se obyčejně vyžadovalo, aby byl omyl, který právě způsobil škodu jinak neodčinitelnou, založen na *iustissima causa*. Sem náleží případy omylné koncepce žalobní formule a tím způsobené (při bezohledné platnosti zásady *bis de eadem re ne sit actio*) ztráty nároku. Srovn. vyličené již případy *plus petitionis* a *plus* nebo *minus condemnationis*. Srovn. dále proslulý případ v Pandektech, D 15, 1, 32 pr.²⁾

¹⁾ Hoc iudicium perpetuum est et in heredes et heredibus datur. D 4, 5, 2, 5.

²⁾ Viz Sommer, Prameny s. práva římského, 2. vyd., 1932, st. 148.

Nelze však říci, že případy sem náležící mají vesměs povahu procesnou.¹⁾ Tak je hmotně právní povahy případ, že mohou věřitelé zůstaviteli, vyžádavši si *separationem bonorum*, žádati o restituci, *si temere separationem petierunt*, ovšem *iustissima ignorantiae causa allegata* (D 42, 6, 1, 17, interpolace?). O jiném případě referuje Gaius, ovšem jako o nesmírně vzácném případě restituce dědické adice, byl-li dědic překvapen velkými dluhy, o nichž nevěděl: *scio quidem divum Hadrianum etiam maiori XXV annorum veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, apparuisset* (2, 163).

3. Řízení restituční bylo zahájeno žádostí praetorovi nebo prokonsulovi, který řízení zahájil i sám rozhodl. Magistrat ovšem musil věc samostatně vyšetřiti a vydal na základě *causae cognitionis* rozhodnutí (*decretum, sententia, promuntiatio, cognitio* a jiné termíny). Před rozhodnutím vyslechl magistrat obě strany a provedl nutné důkazy o důvodu restitučním: *causa enim cognita et praesentibus adversariis vel si per contumaciam desint in integrum restitutiones perpendendae sunt* (D 4, 4, 13, pr.). Význam a povahu konkrétní překážky, uplatňované jako důvod restituční, ocenil magistrat svým volným spravedlivým uvážením (*totumque istud arbitrio praetoris temperabitur*, D 4, 6, 16). Rozhodnutí o restituci se musilo státi do roka ode dne, kdy restituční důvod pominul (tak v ediktu *ex quibus causis maiores v. q. a. restituuntur* se praví: *earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit . . . in integrum restituam*, D 4, 6, 1); i musila býti podle toho včas podána žádost restituční.

4. Rozhodnutí o restituci bylo buď příznivé nebo zamítavé. V případě prvním — a jenom ten nás bude nadále zajímati — mohlo býti současně s rozhodnutím vyřčeno odčinění škody. Tu vzcházely ze sentence magistrátovy přímo povinnosti, jež se mohly procesně uplatňovati *quasi ex causa iudicati*; tak prameny dokumentují takovou sentenci, již magistrat zrušil nezletilcův prodej se stanovením oboustranných povinností stran vrátiti věc i tržní cenu (D 4, 4, 41); prodaný předmět je po restituci přímo *praetoria cognitione ablatu*s (D 21, 2, 39, pr.). Ale obyčejně, zvláště pokud nejde o nezletilce, magistrát, dekretující uvedení do dřívějšího stavu, nedává dalších rozkazů o povinnostech z restituce plynoucích, nejudikuje o těchto povinnostech, nýbrž jen umožňuje restitutuvi řádnou soudní cestu, jež mu byla před restitucí již zavřena. Když tedy na př. někdo ztratil žalobu projitím času pro svou nepřítomnost, nebo ztratil vlastnické právo tím, že pro svou nepřítomnost včas nežaloval a zatím druhý vydržel, nebo když někdo pozbyl služebnosti nebo usufuktu nevykonáváním pro stejnou překážku, praetor, povolující restituci, nejudikoval o obligační povinnosti, na niž se

¹⁾ Tak Heyrovský, Ř. civ. proces, st. 223.

žaloba vztahovala, nejudikoval o vlastnictví nebo služebnosti, nýbrž umožnil mu žalovati tak, aby nebyl vydán újmě, vzešlé z nepřítomnosti a jiné překážky a z nich plynoucí nečinnosti. Poskytl tedy restituovanému žalobu, v níž ukládal porotci, aby nepřihlížel k té a té uplynulé době, aby nepřihlížel k vydržení atd. Žaloba takto podle restituce vypravená, *actio rescissoria, iudicium rescissorium*, byla velmi často, jak z uvedeného příkladu vidno, *actio ficticia*. Nebo jiný příklad. Magistrát zrušil z restitučního důvodu smlouvu trhovou. I poskytl převodci vlastnictví reivindikaci proti nabyvateli (*iudicium in rem rescissa alienatione datum*). Stejně postupoval praetor, jevila-li se škoda, pro kterou se s úspěchem žádalo o restituci, jako ztráta obrany. Dejme tomu, že žalovaný opomněl z omluvitelného omylu vložiti včas svou peremptorní excepci do žalobní formule; restituce pro omyl povolená znamenala, že se mu dodatečně vložila jeho excepcce do formule. Obnovil-li praetor restitucí žalobu, byl myslitelný také ten modus, že praetor prostě povolil normálně znějící žalobní formuli, a žádal-li žalovaný o obranu pro okolnosti, jichž se právě pro povolenou restituci nemá dbáti, magistrát tu obranu buď zamítl nebo poskytl restituovanému replikaci.

Některé *actiones rescissoriae* byly přímo proponovány v praetorském ediktu: tak t. zv. *Publiciana actio rescissoria*, reivindikace s fikcí, že žalovaný nedržel tu a tu dobu (nepřítomnosti žalobcovy).

Prameny rozeznávají restituci *in rem* a *in personam* podle toho, zda působí jen mezi stranami či i proti třetím.

Byla-li restituce zamítnuta, jest nemožná *nová quaestio* o téže restituci.

§ 18. Praetorské stipulace, *missiones in possessionem, iudicium calumniae*.

1. *Stipulationes praetoriae*. — 2. Jejich cíl a rozdělení. — 3. Příklad. — 4. *Missio in possessionem*. — 5. *Iudicium calumniae decimae partis, tertiae partis*. — 6. *Iudicium contrarium*.

1. Zvláštní, typicky římskou formou ochrany poměrů ohledu zasluhujících bylo praetorské donucení strany k záruce stipulační. Vzorce těchto stipulací (*stipulationes praetoriae*) byly uvedeny v ediktu, a to ve třetím z dodatků. Naproti obecným stipulacím smluveným (*stipulationes conventionales*) náleží mezi vynucené stipulace: praetor stíhal neochotu k stipulační záruce různými nepřímými sankcemi, jako byly *missio in possessionem*, pokuta, odepření žaloby a pod.

2. Takové stipulace¹⁾ sloužily především k úspěšnému provedení řízení *in iure*. Sem patří tyto jistoty: *vadimonium se certo die sisti stipulatio pro praede litis et vindictiarum, stipulatio iudicatum solvi* (o nich již bylo jednáno). Jsou *iudiciales* v tom smyslu, že *propter iudicium interponuntur* (Ulpian ale první z nich nazývá *stipulatio communis*). Podle Pomponiovy terminologie byly by to *praetoriae stipulationes* v užš. sm., ježto je praetor ukládá; Pomponius nazývá *stipulationes iudiciales* jen takové jistoty, jež ukládal přímo iudex, *quae a mero iudicis officio proficiscuntur veluti de dolo cautio*. Srovn. Ulpianus D 46, 5, 1; Pomponius D 45, 1, 5. Mnohé praetorské stipulace však mají přímo ten smysl, že se teprve jimi zakládá žaloba pro určitý poměr, jež praetor míní zabezpečiti. Takové stipulace „*instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt*“ (cit. text Ulpianův). Sem patří *cautio damni infecti, cautio usufructuaria, cautio legatorum servandorum causa, cautio rem pupilli salvam fore*. Ulpianus nazývá tyto stipulace *cautionales*.

Většina praetorských stipulací vyžadovala nejen stipulační slib toho, který měl dáti záruku (*nudam promissionem*), ale i pojištění tohoto slibu rukojmími (*satisfactio*).

3. K znázornění praetorských stipulací, jejich působení i sankce, je vhodné uvést příklad. Takovým je citace ediktu *de damno infecto*, pokud se vztahuje na kauci.

Praetor ait: damni infecti suo nomine promitti, alieno satisfacere iubebo ei, qui iuraverit non calumniae causa id se postulare . . . in eam diem, quam causa cognita statuero, si controversia erit, dominus sit nec ne qui cavebit, sub exceptione satisfacere iubebo . . . eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo . . . (D 39, 2, 7 pr.).

4. *Missio in possessionem* bylo praetorské povolení uvázat se v držbu cizí věci nebo cizího majetku (*missio in possessionem rei, bonorum*). Právě jsme viděli, že *missio in possessionem rei* sloužila k zabezpečení povinnosti dáti *cautionem damni infecti*. Zde vedla tato *missio* (*ex secundo decreto*) přímo k nabytí praetorského vlastnictví. Hlavní případy *missionis in bona* byly: *M. in p. rei servandae causa*, již se zahajoval exekuční prodej majetku nebo prodej na základě *cessio bonorum*, nebo již se zahajovalo řízení proti indefensu (srovn. shora § 10 B); *missio in possessionem legatorum servandorum causa*; *m. in p. ventris nomine* (viz právo dědické). Právní postavení toho, kdo byl *missus in possessionem*, bylo různé podle případu: někdy měl jen detenci,

¹⁾ Wöss, Die praetorischen Stipulationen, Z. Sav. St. 53, 1934. Heyrovský, Studie k c. p. ř. Sborník 19, 1919 (Stipulationes p., Missiones in p., Proc. jistoty, Pojištění proti zneužití p. prostředků).

resp. spoludetenci a právo dozoru, jindy měl správu, v uvedeném případě *damni infecti* přímo praetorské vlastnictví. Také různé byly další prostředky k zabezpečení *missionis*. Obecně nutno jen to říci, že měl *missus* náhradní *actio in factum* proti tomu, kdo zabránil dolosně ve výkonu *missionis* (D 43, 4, 1 pr.).

5. *Iudicium calumniae*.¹⁾ Bylo již dříve uvedeno, že mělo římské právo různé prostředky proti svévolnému vedení pře nebo svévolnému popírání. Bylo již dříve vysvětleno *iusiurandum calumniae, sponsio a restipulatio tertiae* (*dimidia*) *partis* (viz *ius iurandum in iure*) a zvláštní odsouzení *in duplum* (viz *condemnatio*). Vedle toho měl žalovaný, který byl osvobozen, zvláštní žalobu proti žalobci, který žaloval u vědomí neodůvodněnosti žaloby, jen aby znepokojil, trýznil žalovaného: *iudicium calumniae* na jednu desetinu zažalované částky (*decimae partis, adversus adsertorem tertiae partis*).

6. Ale místo toho mohl osvobozený žalovaný při některých žalobách, jako *a. iniuriarum*, již prostě na podkladě svého osvobození žalovati žalobce o desetinu hodnoty *contrario iudicio*; sem patřila také žaloba pro dolosní překažení *missionis in possessionem* a j.; zde *contrarium iudicium* směřovalo k jedné pětině hodnoty. V obou případech, i stran obecného *iudicia calumniae* i stran zvláštního *iudicium contrarium*, musil býti tento přívěsný spor ustaven spolu s hlavním sporem.

§ 19. Extraordinaria cognitio.

1. Jednotlivé klasické případy mimořádného řízení. — 2. Význam *extraordinariae cognitionis* v právu Justinianově. Oficiální texty. Případy řízení, zvaného *summatim cognoscere*.

1. K případům, kdy byla magistrátská autorita rozhodujícím faktorem v odčinění sporného poměru, náležela i *extraordinaria cognitio*.²⁾ Kdežto při interdikttech šlo o umožnění rychlého odklizení sporu správním aktem magistrátovým, při restituci šlo o mimořádnou odpomoc proti škodlivým účinkům práva jinak spravedlivého ve zvláštním konkrétním případě, byla *extraordinaria cognitio* magistrátským vyšetřením a rozhodnutím sporného poměru sociálního, ne právního, ležícího mimo okruh pozitivního práva (civilního i praetorského), jemuž však právní citění nové doby, principátu, přiznávalo závaznost. Sem náležela singulární pořizení ve prospěch jednotlivců, ponechaná spravedlivému rozhodnutí a poctivosti dědicově, *fidei-*

¹⁾ Gaius 4, 174 a n.

²⁾ Riccobono, La cognitio extra ordinem, Corso II., 1933—1934. Heyrovský, Extraordinaria cognitio v Římě za principátu. Studie k c. procesu ř. Sborník 11, 1911.

commissa, jichž ochranu principát svěřuje zvláštní magistratuře (konsulům, praetoru fideikomisárnímu). Sem náležely otázky honoráře, umluveného za výkony intelektuální, *operae liberales*, jež se nepokládaly za možný předmět námezdní smlouvy, takže bylo původně splnění takového honoráře věcí cti objednatele. Takového rázu byly i záležitosti alimentární. A průběhem doby přibývalo i jiných takových poměrů. Řešení sporů z těchto záležitostí se mohlo dít jen *extra ordinem*. Celé řízení vedl magistrát, který také vydal konečné rozhodnutí. Jím byl praetor, konsul nebo některý úředník císařský, podle případu. Základ nového řízení jest ovšem v jurisdikci císařově. A také normy, upravující toto řízení, byly ponejvíce císařské konstituce.

2. Těmto singulárním způsobům řízení, opravdu mimořádným, tedy *extraordinaria cognitio*, bylo dáno ve vývoji římského práva, že se staly vůdčím principem pro utváření nového poklasického a justiniánského procesu. Formulový proces byl opuštěn a ryze úřednický proces se stal výhradní formou uplatňování práv. To konstatují interpolované texty Justiniánovy kompilace. Tak v Institucích se konstatuje, že všechna *iudicia* jsou *extraordinaria*: *quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia* (Inst. 4, 15, 8). A zrušení formulí v souvislosti s řízením extraordinárním konstatuje interpolované místo textu Paulova: *in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur* (D 3, 5, 46, 1). A podobně dokumentární vývojovou cenu má i jiné místo Justiniánových Institucí: *bonorum emptio... tunc locum habebat, quando iudicia ordinaria in usu fuerunt: sed cum extraordinariis iudiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt* (Inst. 3, 12 pr.).

Proto bude jednáno o podrobných zásadách *extraordinariae cognitionis* v soustavném vyličení poklasického a justiniánského procesu.

3. Některé záležitosti, vyhrazené extraordinární kognici, se vyznačovaly tím, že měl magistrát vydati co nejrychlejší rozhodnutí, nezdržuje se normálními formalitami, lhůtami, složitými důkazy: měl vydati co nejrychleji rozhodnutí, vyplývající se vší pravděpodobností na prvý pohled ze skutkového stavu, aniž řešil konečným způsobem všechny otázky praejudiciální, měl, jak se technicky říkalo, *summatim cognoscere*. Sem náležely na př. věci alimentární. Alimentární spor mezi otcem a synem měl býti rychle rozhodnut, aniž se alimentárním rozkazem praejudikovalo otázce, zda skutečně je dotčný synem druhé strany: ta otázka byla rozhodnuta jen provisorně. Podobně měl praetor *summatim cognoscere* při rozhodování žádosti o udělení t. zv. *bonorum possessio Carboniana*. Podobně má soudce postupovati při reivindikaci, když žalovaný jako detentor ohlásil svého auctora a ten se po učiněném ediktálním obeslání nedostavil: tu má soudce, *summa-*

tim negotium discutiens, uvést žalobce v držbu vindikované nemovitosti, a to zase bez praejudice o otázce vlastnictví; *omni adlegatione absentis de principali quaestione servata*. Tento případ, zavedený Konstantinem (C 3, 19, 2), náleží již době poklasické. Ale jest velmi pochybné, zda a pokud náleží klasickému právu i ostatní (příkladmo uvedené) případy t. zv. *summatim cognoscere*; texty, na ně se vztahující, jsou většinou interpolovány.¹⁾

¹⁾ Interpolace se týkají především otázek kompetenčních. Na místě klasického praetor, consul nacházíme interpolováno *iudex, competens iudex* a pod. Ale interpolace se týkají také merita věci. Tak praetorovo *causae cognitio* (na př. při rozhodování o *bonorum possessio Carboniana*) nahrazují kompilátoři povinností *summatim cognoscere*. Podobně postupují kompilátoři v případech, kde měl praetor čeliti kalumnii toho, kdo navrhoval různá opatření proti svému odpůrci, zvláště praetorské stipulace, uložením přísahy *iusiurandum calumniae*. Zásadně pak nutno zastávat, že s klasickým procesem formulovým se těžko snáší procesní předpisy, ukládající „sumární“ řízení at praetorovi, at soudci. Viz Biondi, *Summatim cognoscere*, *Bulletino* 30, 1921. Hugo Krüger, *Das summatim cognoscere und das klassische Recht*, *Z. Sav. St.* 45, 1925.

DÍL II.

POKLASICKÝ A JUSTINIÁNSKÝ PROCES.

§ 20. Zánik procesu formulového.

1. Souvislost demokraticko-republikánského státního zřízení s organizací klasického procesu; zákonné zrušení formulí a hypotézy o poněkud postátnění klasického procesu. — 2. Celkový ráz nového řízení; nová říšská soudní organizace.

1. Viděli jsme, že se uplatňovala státní autorita jako rozhodující činitel výkonu spravedlnosti jen v určitých případech, jako při magistrátské kognici restituční, *extra ordinem* a pod. V řádném *ordo iudiciorum* má autorita státního nositele jurisdikce jen zabezpečiti, aby se došlo k iniciativě žalobcově k procesní dohodě mezi spornými stranami, již se obě podrobují rozhodnutí soudce své důvěry; magistrát jen autorisuje tyto úkony stran a dává soudci judikační rozkaz; zabezpečuje pak ovšem řádný výkon exekuce. Tato základní myšlenka, že občan má být souzen zas jen soukromým občanem, ne státní autoritou, jež jen organisuje přesné ustavení pře, dosazení soudce a výkon jeho rozhodnutí, souvisí jistě s římským demokraticko-republikánským zřízením. Změnu v těchto principech soudnictví musil přinést přechod k opačnému pólu státního zřízení, k státní formě monarchické, zvláště pak k formě absolutně monarchické. Tu ovšem nezavedl zakladatel římského principátu, který ještě udržuje republikánské magistratury, senát, ba i komitie. Teprve další století přináší přechod od republiky k monarchii a rozhodující obrat přináší teprve rázná správní opatření císařů Diokletiana a Konstantina. A právě tato doba znamená i zánik formulového procesu. Císařové Konstans a Konstantius zrušují formule: *iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur* (C 2, 57 (58), 1). Nezdá se však, že by byl až do této doby trval v neporušené své podstatě proces klasický. Je velmi pravděpodobná hypotéza,¹⁾ že již předtím žily formy klasického procesu jen jakousi setrvačností, postrádající však některých výsad demokraticko-republikánského režimu, jako zvláště dosazování soudce stranami samými. Rozhodující vliv na úpa-

¹⁾ Wenger, R. Zivilprozess 252 a literatura tam citovaná, zvláště Wlassak, Zum römischen Provinzialprozess, 1919. Confr. Boyé, La denuntiatio introductive d'instance sous le principat, 1922.

dek řádného *ordo iudiciorum* v Římě měl pak podle nových badání i proces v provinciích, kde došlo k „postátnění“ římského formulového procesu mnohem dříve než v Římě. Na každý způsob je jisté, že i když vývojový přechod nelze přesně znamenati, zavedení úřednického procesu, vedeného od počátku až do konce státním orgánem jurisdikce, jest u Římanů jedním z důsledků nového monarchického režimu císařského.

2. Nový proces úřednický¹⁾ nemá již onoho římsky typického rozdělení na dvě stadia, *in iure* a *in iudicio*, organicky oddělená litiskontestací. Celé řízení se vede před státním orgánem výkonu spravedlnosti. Bylo ovšem možné, že tento orgán přenesl zahájení sporu na podřízený úřední orgán, na svého delegovaného soudce (*iudex pedaneus, datus*),²⁾ jemuž dal po případě i instrukce. Litiskontestace je nyní prostě zahájením sporu, započítím oboustranného projednání sporu; zůstala sice podle jména zachována, avšak nemá již své původní smluvní povahy a byla zbavena pozitivními ustanoveními, zvláště Justinianovými, zrušovacího účinku. Je pravda, že přemnoho ustanovení klasického procesu přešlo i do nového procesu. Ale duch jeho je zcela jiný. Samostatnost, iniciativnost stran velmi ustupuje před soudcovým řízením sporu, vše ovládajícím; soudce vystupuje také jako pomocník stran: snaží se vystihnouti svými otázkami pravou podstatu sporu, kterou strana nedokonale uvedla. Je pochopitelné, že musil vymizeti typický římský způsob soukromého obeslání stran, ponechaný žalobci: obecně bylo zavedeno úřední obeslání. Neposlušnost, vzdor žalovaného má nyní za následek rozsudek kontumační. S tím, že nyní vede celý proces státní orgán spravedlnosti, který i vydává rozsudek, souvisí i bohatě zabezpečená možnost přezkoumání rozsudku nadřízeným orgánem. Tím spíše, že Diokletianova a Konstantinova reorganizace říše zavedla rozvětvený aparát úřední, a tedy i soudní hierarchii.³⁾ Nehledíc k císaři, tehdy nejvyššímu činiteli státní moci a hlavě soudnictví, byli v čele říšského soudnictví v celém území jednotlivých říšských prefektur *praefecti praetorio*; jim podléhali v diecích, patřících k té nebo oné prefektuře, *vicarii*; a v samostatných obvodech, na něž se dělily říšské diecése, v provinciích (nyní značně zmenšených územních obvodech, vyjma několik významných provincií) vykonávali soudnictví a tedy tvořily pravidelnou první instanci jejich přednostové, *rectores*; v menších věcech vystupovali v první instanci také již místní magistrátové. V Římě a Byzantiu, vyňatých z pravidelné organizace, byl hlavou justice v zastoupení císařově *praefectus urbi*, a jemu byli podřízeni

¹⁾ K základnímu pojetí justiniánského procesu ve světle moderní romanistiky viz Biondi, Il processo civile giustiniano, Atti del Congresso internazionale di diritto romano, 1935. V příkré opozici tohoto procesu proti procesu formulovému však autor leckde přehání; tuze omezuje složku státní činnosti pro římskou tvorbu práva a soudnictví.

²⁾ Viz Heyrovský, *Iudex datus* civilního procesu římského, Pocta Randova, 1904.

³⁾ Sommer, *Prameny s. práva římského*, 1932, st. 114.

nižší soudcové, *vicarii*. Světskou organizaci soudnictví začíná také ponehlu prostupovati element církevní: tvoří se zvláštní soud biskupův pro věci duchovní i jako rozhodčí soud osob světských, *episcopalis audientia*.¹⁾

§ 21. Zahájení procesu.

1. Různé druhy *evocationum*. *Denuntiatio*. — 2. *Reforma Constantinova*. — 3. *Libellus conventionis*. — 4. Úřední vyřízení libellu. — 5. *Editio actionis*. — 6. Účinky doručení libellu. — 7. Povinnosti žalovaného.

1. Nový ráz procesu se jeví již v obeslání.²⁾ Kdežto v řádném *ordo iudiciorum* jest obeslání žalovaného na soud soukromou věcí žalobcovou, musil přinést úřední ráz nového procesu i úřední obeslání žalovaného. Úřední obeslání občanů k úřadu není ostatně Římanům neznámé. Již odedávna se vyskytovalo úřední obeslání občanů ve vlastním úředním okruhu činnosti římských magistrátů. Zde se vyskytovaly různé *vocationes*, *evocationes*. Samozřejmě tedy byl spojen i úřednický proces, *extraordinaria cognitio*, hned od počátku s úředním obesláním strany. Podle zvláštních konkrétních poměrů, za nichž mělo dojít k obeslání, se dalo toto obeslání buď *litteris* nebo *edicto* nebo *denuntiatione*. Obeslání ediktálního (vydáním obsilacího ediktu a jeho vyvěšením) bylo třeba, byl-li dlužník nepřítomen, neznámého pobytu. Obeslání *litteris* se hodilo zase pro ten případ, že obesílaný nebydlil v bezprostředním obvodu soudního úřadu, takže tento úřad vydával úřadu v místě bydliště obesílaného výzvu, aby obeslání provedl. Mimo tyto případy stačilo obeslání písemným opověděním sporu od samého žalobce, autorisovaného k tomuto aktu soudem, *denuntiatio*. Jak vidno, nelze ve všech případech mluvit o čistě úředním obeslání. Při obeslání je zvláštním a podle okolností různým způsobem smíšen živel úřední se spolupříčinností soukromníka. Úřední živel dominuje při obeslání ediktálním. Již při obeslání *litteris* se počítá se značnou spolupříčinností soukromého žalobce, neboť on je to, který doručuje místnímu obesilajícímu úřadu výzvu soudu, aby bylo obeslání provedeno; poučný příklad takového obeslání *litteris* v řízení stran *potioris nominatio* poskytují *Fr. Vaticana* 162 a n. Soukromá spoluúčast dosahuje pak veliké intensity při obeslání *denuntiatione*, kde úřední živel tvoří vlastně jen autorisace soudu k soukromému ohlášení

¹⁾ De Francisci, *Per la storia dell'episcopalis audientia*, 1915; Bušek, *Církevní soudnictví ve věcech civilních v říši římské v I.—V. století po Kr.*, 1925. K počátkům tohoto soudnictví viz CTh 1, 27, 1; 2.

²⁾ Kipp, *Die Litisdenuntiation als Prozesseinleitungsform im r. Z. Prozess*, 1887. Mitteis, *Z. Lehre von den Libelli und der Prozesseinleitung nach den Papyri der früheren Kaiserzeit*, 1910. Boyé, *La denuntiatio introductive d'instance s. le principat*, 1922.

sporu. Zda bylo pak každé takové obeslání tak zvanou *denuntiatio ex auctoritate*, je sporné. Na každý způsob je však provedení této denunciace rázu soukromého a dosvědčuje se soukromou listinou (*privata testatio*).

2. V tom ohledu byly asi různé zlořády a podvodné machinace, proč se viděl císař Konstantin nucen více zúředniti i tuto závěrečnou, prováděcí fázi litis denunciace. Aby znemožnil „malam fidem rebus non gestis“, nařídil, aby byla denunciace činěna u úřadu *apud provinciarum rectores vel apud eos, quibus actorum conficiendorum ius est*.¹⁾ Tím se stupňoval úřední ráz denunciace. Tyž Konstantin stanovil pro denunciační proces čtyřměsíční lhůtu (CTh 2, 6, 1). Bližší význam této lhůty není zcela jasný; nejspíše musil býti soudní rok započat nejdéle v této lhůtě; jinak ztrácel nečinný žalobce spor (ačli nedosáhl obnovy, *reparatio temporum*),²⁾ žalovaný pak, nedostavivši se do lhůty k soudu, se vydával řízení kontumačnímu. Uvedená lhůta však neplatila pro četné žaloby, žádající rychlé vyřízení, jako pro násilné odnětí držby, o zrušení inoficiosního testamentu, o splnění fideikomisu, o splnění dluhu, prokázaného listinou (CTh 2, 4, 6). Denunciační proces byl od 4. st. pravidelnou formou řádného procesu.

3. Vedle denunciačního procesu se vytvořil asi v 5. století a stal se později, zvláště za Justiniana, výhradní formou procesní proces libellový, zvaný tak podle typického způsobu zahájení sporu libellem.³⁾ Libellus je žalobcová žádost o soudní obeslání žalovaného, obsahující hlavní údaje žalobního podkladu, zvláště předmět žaloby a žalobní důvod (sporné, zda také přesné označení žalobního typu). Toto podání žalobce nazýváme přesněji *libellus conventionis* (na rozdíl od odpovědi žalovaného, *libellus contradictionis*). Proti klasické žalobní formulí, v níž byl spor přesně vymezen procesní dohodou, je *libellus* jednostranným určením sporné věci. Je spíše jen přibližným popsáním uplatňovaného práva, než přesným formulováním práva a povinnosti z něho vyvozené. Proto pochopíme, že mohly vznikat spory v poklasické teorii a praxi (*apud veteres*, praví Justinian) o účincích libellu, po právní stránce ne dosti ostře vymezeného; Justinian (C 7, 40, 3) odklízí spory stanovením přetržení promlčení v rozsahu co nejširším. Z téže konstituce vyplývá, že po případě mohl libellus vypisovati jen tu a tu obligační povinnost bez vytýčení kausy. Podle pozdějšího práva musil býti libellus podepsán žalobcem (nov. 112, c. 2 proem.).

4. V čem spočívalo úřední vyřízení denunciace, o tom nemáme zcela přesných zpráv, třebaže je dosti materiálu o provinciální denunciaci, paran-

¹⁾ CTh 2, 4, 2.

²⁾ Pap. Lips. 33, Mitteis, *Chrestomathie* 55, Meyer, *Jur. Pap.* 299. Steinwenter, *Studien zum römischen Versäumnisverfahren*, 1914.

³⁾ Collinet, *La procedure par libelle*, 1932, a literatura tam uvedená.

geli. Přesněji jsme informováni o normách, upravujících úřední vyřízení libellu *conventionis*.

Libellus musil být podán u příslušného soudního úřadu, *apud officium*, kdež složil žalobce jistotu, že povede spor řádně až do konce (Nov. 112). Soudce vyřídil žalobu zvláštním usnesením, *interlocutio*, takto:

Nebylo-li překážek, nařídil podřízenému orgánu, exekutorovi, aby doručil žalovanému obeslání k soudu a dodal mu libellus s vyrozuměním, aby buď žalobce uspokojil, nebo se řádně bránil proti žalobě.

Že se vyřízení soudcovo skládalo opravdu z těchto článků, toho dokladem je na př. Justinianova konstituce (C 7, 40, 3), rozeznávající dva různé články kladného vyřízení: *qui obnoxium suum in iudicium clamaverit et libellum conventionis ei transtulerit*; že tu šlo ještě o další vyrozumění žalovaného, vyplývá z materiálu papyrologického (Collinet).¹⁾

5. Sporná je otázka, jak se pojila k těmto aktům stará *editio actionis*. Sporné je totiž, zdali bylo obsaženo již v samém libellu konkrétní označení té nebo oné žalobní species, či přistupovalo označení speciálního žalobního typu k uvedeným aktům obeslání a doručení libellu. Jisté je ovšem (a prokázáno předjustiniánským byzantským dílem *De actionibus*), že rozlišování klasických žalobních typů nevymizelo se zánikem formulí, třebaže byly klasické speciální typy žalobní doplněny obecnými, jako generální *actio in factum* a pod., že tedy *editio actionis* nevymizela. Stanovit uvedený byzantský seznam žalob, nahrazující jaksi klasické album praetorské, ve svém uvozovacím ustanovení: *cum mittitur libellus oportet actionem intendere* (v latinském překladě, Collinet).

6. Hlavní účinek obeslání a doručení libellu byl v přetržení žalobního promlčení (Justinianus, C 7, 40, 3). Dále ve vyloučení praescripce *fori*, změnily-li se později podmínky příslušnosti, jež byly při doručení. A ve vyloučení opětného obeslání (Justinianus, C 7, 40, 3). Aby měl žalovaný lhůtu na rozmyšlenou, chce-li odporovati, či uspokojiti žalobce, pokusiti se o smír, odmítnouti soudce a pod., byla mu dána desetidenní, později dvacetidenní lhůta od doručení libellu. Do té doby nesmělo dojiti k litiskontestaci (Nov. 53, 3).

7. *Povinnosti žalovaného*. Žalovaný, který přijal žalobní libel — a musil jej přijmouti, nemohl přijetí odepřít a tím zmařit proces — měl tyto povinnosti: musil potvrditi přijetí libellu, resp. podle práva novel (Nov. 53) musil na své žalobní odpovědi uvést datum přijetí libellu *conventionis*;

¹⁾ La procédure par libelle, 59 ns. Srovn. Steinwenter, Neue Urkunden zum byzantinischen Libellprozeß, Abhandlungen zur antiken Rechtsgeschichte, Festschrift Hanau-sek, 1925.

musil zaplatiti hned výkonnému orgánu (*exsecutor*) soudní poplatky (*sportulae*), vyměřené podle hodnoty, uplatňované libellem *conventionis* (Paraphr. Instit. 4, 6, 24 a různé novelly); musil se zaručiti, že se řádně účastní sporu až do konce (*cautio iudicio sisti*), někdy přísne, někdy pouhým slibem, a dáti po případě, na př. neměl-li nemovitého majetku, za svůj slib i rukojmí (*fideiussor iudicii sistendi causa datus*¹⁾) — D 2, 6, 1, Inst. 4, 12, 2, C 3, 2, 4; nedal-li záruky nebo rukojmí, vydával se vazbě (C 9, 4, 6, 3, Nov. 53, 3 proem.), v níž ovšem nesměl býti držen déle než 30 dní, takže bylo-li třeba k ukončení sporu delší doby, musila pak stačiti přísne záruka; konečně musil žalovaný podati odpověď na žalobu zvláštním spisem, *libellus contradictionis* (*antibiblion*).

Bylo již řečeno, že v žalobní odpovědi musilo býti uvedeno, kterého dne obdržel žalovaný žalobní libel. Bylo tu dále vysloveno stanovisko žalovaného k žalobě, jeho odpor a důvod odporu. Přesněji se však po té stránce nelze vysloviti. Rovněž není známo, jak se dostal k vědomosti žalobcově spis žalovaného. Asi doručením exekutorovým.

§ 22. Ústní jednání před soudem.

1. *Principium quaestionis*. — 2. *Začátek meritorního jednání*. — 3. *Problém litiskontestace*. — 4. *Účinky litiskontestace*. — 5. *Rekapitulace*.

1. Před meritorním projednáním věci se musil soudce přesvědčiti, že jsou tu formální podmínky procesního projednání. Musilo tedy býti zjištěno hned na začátku jednání (*in principio quaestionis*, C Th 2, 12, 3), že mají strany způsobilost postulační, že má zástupce plnou moc, že soud je příslušný. Proto náleží také do této předběžné části jednání různé obrany žalovaného procesně formálního významu: tak námitka, že soud je nepřislušný (*praescriptio fori* C Th 11, 30, 65).

2. Meritorní jednání ve věci samé je zahájeno ústním projevem strany, jež způsobila řízení, žalobcovým přednesením sporu (*narratio negotii*). Následuje ústní odpověď žalovaného, obsahující ovšem popření povinnosti (*contradictio*). Nato skládají obě strany přísahu (*ius iurandum propter calumniam*), že vedou spor v poctivém přesvědčení. Potom nastoupili advokáti stran, aby projednali spor podrobněji a odborněji; musili předem složit

¹⁾ Tento „fideiussor iudicii sistendi causa datus“ nahrazuje klasického „vindex“. V tom směru byly interpolovány klasické texty, na př. D 2, 6, 1 edicto cavetur, ut „fideiussor iudicii sistendi causa datus“ pro rei qualitate locuples detur exceptis necessariis personis. Viz Lenel, Das Edictum perpetuum, 3 v. st. 65. Také římské vadimonium v kompilaci již není a splývá se zárukami iudicii sistendi causa. Viz Steinwenter, Versäumnisverfahren 162 ns.

přísahu, že budou vésti věc svých klientů řádně a poctivě. To ovšem potud, pokud strany nevedly spor samy.

Rozumí se, že projednání sporu se týkalo skutkové i právní stránky sporu. Soudí se nejnověji, že zahajovací *narratio negotii* a *contradictio*, pronesené stranami, se týkaly jen skutkového vylíčení sporu, kdežto právní rozebrání věci bylo předmětem teprve dalšího oddílu jednání, prováděného obyčejně advokáty stran a jemuž náleží označení *postulatio simplex* a *contradictio* advokátova (Collinet). Problém je v tom, jak se má k sobě *narratio negotii* a *postulatio*. Zůstalo-li ještě v právu byzantském zachováno rozlišování jednotlivých žalobních typů, lze tu mluvit také o něčem obdobném, jako bylo kdysi *postulatio actionis* (*formulae*) a *postulatio exceptionis*? Texty by nasvědčovaly kladné odpovědi. Jsou to ovšem zčásti texty klasické, avšak jejich reprodukování v Justiniánových Digestech nebo Codexu má asi také praktický smysl pro sám proces justiniánský, tím spíše, že ty texty jsou dosti obecně formulovány. Tak tento text Ulpianův (D 3, 1, 1, 2): *postulare autem est desiderium suum vel amici sui apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere vel alterius desiderio contradicere*. A jako „desiderium“ ve známé Gaiově definici intence vyjadřuje přesnou právní formulaci sporu, tak pravděpodobně jest *postulatio* i v právu Justiniánově právní formulací sporu, přesným právním vyřčením kausy a předmětu povinnosti žalovaného; a podobně by bylo vzájemnou postulací popření právní povinnosti se strany žalovaného. Je ovšem málo pravděpodobné, že by uvedené rozlišování skutkové a právní stránky sporu se také projevovalo v tom, že jednomu a druhému byl vyhrazen samostatný, uzavřený díl procesu, že *narratio* byla formálně oddělena od *postulatio*, a stejně *contradictio* od vzájemné *postulatio*.

3. Je tu však dále těžký problém litiskontestace. Kdy se uskutečňuje litiskontestace v procesu poklasickém a zvláště justiniánském, a jaké jsou nyní účinky litiskontestace?¹⁾

Již pro poklasický proces, zahájený denunciací *litis*, je několik dokladů o tom, že litiskontestace je nyní dána začátkem kontradiktorního projednání (Steinwenter): *habito inter partes de negotio principali conflictu* (C Th 4, 14, 1, 1). Přesnější doklady máme pro právo justiniánské. Je to především závěr konstituce císařů Severa a Karakally (C 3, 9, 1), připojený, jak prokázal jmenovitě Wlassak a jak je všeobecně uznáno, kompilátory: *lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit*. A k tomu se pojí dvě konstituce Justiniánovy, v nichž se umísťuje litiskontestace do momentu *post narrationem propositam et contradictionem obiectam* (C 3, 1, 14, 4), nebo v jiné slovní variaci, *post narrationem et responsionem* (C 2, 58, 2, pr.). I když je na první pohled jistá nesrovnalost mezi

¹⁾ Steinwenter, Die Litiskontestation im Libellprozeß, Z. Sav. St. 50. Viz i Z. Sav. St. 54, 373.

těmito texty, ježto první uvádí jen přednesení žalobcovy, nelze asi z toho vyvozovati ten důsledek, že litiskontestace v libellovém procesu je dána již žalobcovým zahájením přednesení věci (Collinet). Jestliže již poklasická litiskontestace předpokládala oboustranný „conflictus“, nelze si mysliti, že by byl Justinián mínil citovaným interpolovaným textem měniti litiskontestaci na jednostranný projev žalobcův. Justiniánovy změny se týkají zcela jiných věcí, než podstaty litiskontestace: tak toho, že nemůže dojiti k litiskontestaci, neobdržel-li žalovaný žalobní libel, jen na základě citace, že musí uplynouti nikoli jen desetidenní, jako dříve, nýbrž dvacetidenní lhůta poklidná od dodání žalobního libellu, že musí býti žalobce dotázán před provedením litiskontestace, uplynula-li ona lhůta. Jestliže různá místa Justiniánova *Corporis iuris* mluví o obligaci žalovaného z litiskontestace (srovn. na př. Nov. 53, 3), nelze si mysliti, že by tou litiskontestací byl již jednostranný projev žalobcův, jak by nasvědčoval doslovný výklad slov *narratio negotii*. Je tedy litiskontestace v přednesení žaloby žalobcem a přednesení žalobního odporu žalovaným, a je tím zajisté míněno přednesení nejen po stránce skutkové, ale i přednesení po stránce právní.

4. Účinky litiskontestace. Nejmarkantnějším znakem nové litiskontestace je negace klasického účinku konsumpčního. Litiskontestace již není zrušením primární povinnosti. Místo z Gaiových Institucí, pojednávající o zániku obligace litiskontestací, nebylo již pojato do Justiniánových Institucí. Neexistuje více *exceptio rei in iudicium deductae*. Ostře vyhraněný pojem *res in iudicium deducta*, spojený s klasickou litiskontestací, se nyní stává neurčitým, hybridním. Spojuje sice Justinián s fenoménem *res in iudicium deducta* neplatnost zcizení sporné věci (C 8, 36, 5) a přetržení žalobního promlčení (7, 40, 3), ale tyto účinky, a tedy sám fenomén *res in iudicium deducta*, nastávají již obesláním, *per iudiciariam conventionem* (Nov. 112, 1; C 7, 40, 3). Zrušující účinek klasického *deductio rei in iudicium*, jak řečeno, přestal. Zrušen byl také „přísný“ režim klasické pluspetice (viz rozsudek). Pojem *res in iudicium deducta* se nyní rovná pojmu *lis pendens* (náporně to vyplývá z Justiniánovy konstituce C 8, 36, 5). Namísto zrušovacího účinku, konsumpce, nastoupila nemožnost nové žaloby za trvání řízení o prvé žalobě, *lite pendente*. Tedy místo procesní konsumpce *litispendence*, nastupující ovšem již s dodáním žaloby. Také ten účinek zahájeného sporu, že soudce přihlíží v rozsudku zpět k době zahájeného sporu, pokud jde o otázku, zda je žalovaný povinen a kolik, se pojí nyní již k obeslání žalovaného, jinými slovy: *post controversiam motam in praeteritum aestimatur*, C 7, 33, 10 srovn. C 3, 32, 26. Vůbec byla v četných aplikacích dosazena *controversia mota* namísto klasické *lis contestata*.¹⁾

¹⁾ Albertario, Lis contestata e controversia mota, Rendiconti Ist. Lomb. 1914. Totéž téma v Z. Sav. St. 35, 1914.

Nelze-li tedy pojití s novou litiskontestací účinky *rei in iudicium deductae*, pokud ještě trvají v právu justiniánském, lze označiti jako pravé účinky nové litiskontestace tyto: žalovaný nemůže již odmítnouti soudce (C 3, 1, 16. Nov. 23, 3), jak mohl předtím během zákonné lhůty poklidné; a všeobecně řečeno, nemůže již uplatniti žádné námitky, jež měly býti vyřízeny již *in principio quaestionis* (viz shora), jako *praescriptionem fori*, neboť se již pustil v meritorní projednání věci; od litiskontestace běží tříletá lhůta, do níž musí býti spor vyřízen „*ne lites fiant paene immortales et vitae hominum modum excedant*“ (Iustinianus, C 3, 1, 13). Snad by bylo také možno označiti jako účinek nebo aspoň jako důsledek justiniánské litiskontestace, že musí obě strany hned po vzájemných *narratio* a *responsio*, a to ještě před nastoupením a přísahou advokátů, přísahati, že vedou spor u vědomí svého práva (žalobce: *non calumniandi animo litem movisse, sed existimando bonam causam habere*, žalovaný: *quod putans se bona instantia uti ad reluctandum pervenerit*, Iustinianus, C 2, 58, 2, pr.). Jinak žalobce ztrácí spor (*non liceat ei penitus ad litem pervenire, sed cadat ab instituta actione quasi improbus litigator*, § 6), žalovaný vstupuje do takového postavení, jako by doznal přednesené články žalobní (*in his capitulis, quae narratione comprehensa sunt, pro confesso habeatur*, § 7).

V poměru k litiskontestaci zasluhují zvláštní pozornosti také *exceptiones*. Jak známo, v klasickém právu tvořily také *exceptiones* element procesní dohody, kterou byla založena litiskontestace: po litiskontestaci již nemohly býti obrany namítnuty. V jakém vztahu jsou excepce k nové, zvláště justiniánské litiskontestaci? Tuto otázku bude nutno ponechat souvislému pojednání o justiniánské excepci.

5. Tedy rekapitulujeme. Když byly vyřízeny *in principio quaestionis* předběžné formální procesní otázky, nesouvisící ještě s meritem věci, když žalobce přednesl svou žalobu, žalovaný svůj odpor (a v tom eventuálně ohlásil své obrany), když byla tak provedena litiskontestace, když vzápětí nato byly vykonány předepsané přísahy, a to jak stranami, tak jejich advokáty, přešlo se v podrobné projednání věci, žalobních článků, pak článků obranných, v podrobné řízení projednací i důkazní.

Celé jednání se různě utváří podle toho, jak se postaví žalovaný proti tvrzení žalobnímu. Může se omeziti na popření žaloby. Pak se jednání omezí na projednání žaloby, již musí žalobce po stránce skutkové dokázati. Nebo žalovaný připojí k popření žaloby i svou zvláštní obranu, jež vylučuje jeho odsouzení, i kdyby bylo tvrzení žalobní pravdivé. Tu se po projednání žaloby a důkazu její skutkové podstaty přikročilo k projednání obrany, již dokázati bylo nyní na žalovaném. Nebo bylo i to možné, že žalovaný se omezil právě jen na tvrzení své obrany: tu se pak řízení omezilo na obranu a její důkaz žalovaným. Podrobněji budou tyto otázky vyličený v pojednáních o excepcích.

Po skončení řízení vydal soudce konečný rozsudek (*sententia terminalis*). A jako celé řízení je v křesťanském státě byzantském pod aigidou náboženskou, neboť obě strany přísahají o poctivosti své procesní akce, oba advokáti přísahají o poctivosti svého zastupování a soudce vyšetřuje spor a vynáší konečný rozsudek pod aigidou Písma svatého (*propositis sanctis scripturis*), tak v samém rozsouzení sporu je podle tehdejšího pojetí něco nadlidského: *quid aliud, nisi pro hominibus deum in omnibus causis iudicem esse credendum est?* (Iustinianus, C 2, 58, 2, 8).

§ 23. Exceptio a její funkce v novém procesu.

1. Rozhled. — 2. Právní základ nové excepce. — 3. Nová úprava řízení. — 4. Rozdělení excepceí.

1. Žalovaný se může brániti žalobnímu útoku především popřením fakt, na nichž je žaloba založena a z nichž se vyvozuje právní povinnost žalovaného. Může také popříti, že by z toho a toho skutkového stavu vyplývala jeho právní povinnost. Popírá prostě žalobu (*intentionem* C 8, 35, 9, ovšem intenci v širším smyslu, ne v technickém smyslu procesu formulového, *persecutionem*, Iust. Inst. 4, 13, pr.).

2. Ale může býti, že se žalovaný brání novými skutečnostmi, jež vylučují jeho odsouzení na základě jiných norem, než které jsou uvedeny v žalobní intenci, jinými slovy, namítá proti žalobě excepce. Tak jsme definovali excepce procesu klasického. Konflikt dvou normových souborů, z nichž je čerpána jednak žaloba, jednak excepce proti ní, se tu prakticky jevil velmi typicky (ovšem ne vždy) jako konflikt práva civilního s právem praetorským. Tento pramen excepceí v poklasickém právu poněkud vysychá s vývojovým procesem poněkudé assimilace práva civilního a praetorského, a v právu justiniánském prakticky vlastně již neexistuje.¹⁾ Charakteristické je, že tam, kde Gaius osvětluje excepcei takto: *saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari*, přetvořují kompilátoři Justiniánových Institucí tuto myšlenku Gaiovu takto: *saepe enim accidit, ut licet ipsa persecutio qua actor experitur iusta sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur* (Gaius 4, 116, Iust. Inst. 4, 13, pr.). Tedy konflikt mezi právem civilním a praetorským, který s sebou přinášel, že ten, kdo se odvolával na právo praetorské, stanovící v určitém případě neúčinnost civilního poměru, se musil proti civilní žalobě do-

¹⁾ Srovn. Biondi, cit. d. Bulletino 42, st. 384 ns. Pojetí Biondiho je však příliš jednostranné. Zdrojem klasické excepce není pouze antitěsa mezi právem civilním a právem praetorským. Stačí jen vzpomenouti velmi četných excepceí proti různým praetorským žalobám *in factum*. Viz dále k assimilaci práva civilního a praetorského Riccobono, Corso di diritto romano, II., st. 489 ns.

žadovati *in iure excepce*, tento konflikt nemůže již býti v právu justiniánském praktickým důvodem excepce. Neboť buď vůbec vymizel recepce práva praetorského právem civilním, nebo zůstal jen nominálně, teoreticky: a v takovémto případě se nyní formuluje jako konflikt mezi překonanou právní subtilitou a opravdovou spravedlností. Uvážíme-li toto, pochopíme, že excepce justiniánská pozbyla té formální i materiální výraznosti, již se vyznačovala klasická excepce. Je to nyní pravidelně týž soubor norem, z něhož se čerpá i *actio* i *exceptio*. Příklad nám podává obrana kompensace. Proti klasické striktní žalobě se jeví v excepci *doli*, sloužící právě kompensaci, konflikt práva civilního a praetorského. Ale po známé reformě Justiniánově vyvěrá obrana kompensace i proti striktní žalobě již ze samého práva civilního. Druhý důvod, pro který nyní pozbyla excepce své původní výraznosti, je v zániku formulí. Za formulového procesu se jeví excepce jako výjimka z kondemnačního rozkazu, jež má vésti k osvobození žalovaného, ačkoli okolnosti v intenci uvedené jsou třeba pravdivé. Jestliže vymizely formule, jestliže v novém právu již neuzavírá žalobce svůj nárok v přesně vymezenou intenci formulovou, tážeme se vůbec, je-li v tomto prostředí ještě místa pro excepce jakožto uvádění skutečnosti v žalobě neuvedené jež žádá osvobození, třebaže by žaloba byla sama o sobě odůvodněna? Odpověď je ovšem kladná. A to proto, že je sice pravda, že formule vymizely, ale nevymizely jednotlivé uzavřené žalobní typy. V poklasické praxi a v justiniánském právu se s nimi nadále operuje. Jestliže tedy proti klasické reivindikaci žádala námitka nákladů nebo práva k držbě, třebaže práva poživacího, nezbytně vložení excepce, je i proti reivindikaci procesu poklasického a justiniánského potřebí excepce k uplatnění uvedených námitok žalovaného. Ovšem to, že formule vymizely, přece jen musilo umenšovat tu klasickou ostrou antitesi mezi žalobou a obranou, mezi obranou v technickém smyslu a obranou v nejširším smyslu.

Excepce je tedy uvádění skutečnosti, jež má vésti k osvobození žalovaného, třebaže žalobní nárok je sám o sobě důvodný, tvrzení žalobní odpovídá skutečnosti. Tento pojem je výsledkem historického vývoje. Původ excepce je v opozici práva praetorského proti právu civilnímu, nebo, v menšině případů, v snaze zbavit jednostrannosti tu nebo onu formuli. Poněvadž sloučení praetorského práva s civilním přece jen nebylo zcela důsledně provedeno, hlavně nebylo provedeno teoreticky, poněvadž rozlišení jednotlivých žalobních typů, tak jak bylo vypracováno za vlády procesu formulového, bylo převzato i po zrušení formulí, mělo nadále smysl podržeti pojem excepce.

3. Nová úprava řízení musila ovšem přinést i novou úpravu řízení s excepce.

Zrušení klasického rozdělení procesu na řízení *in iure* a řízení *apud*

iudicem musilo vésti k opuštění klasické zásady, že excepce musí býti uplatněny již před praetorem, s jeho svolením vloženy do žalobní formule. Poněvadž se nyní vede řízení celé před jediným úředním soudcem, plyne z toho logicky, že se mohou excepce uplatňovati během celého řízení až do rozsudku. Excepce má sice býti již předem ohlášena, ale opominutí ohlášení nemá za následek praeklusi, možno dodatečně namítnouti excepce až do rozsudku: *praescriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit, vel ommissam, priusquam sententia feratur, obicere quandoque licet*, Diocletianus et Maximianus, C 8, 35, 8. Ba možno ohlásiti excepce ještě dodatečně v řízení odvolacím (Iustinianus, C 7, 63, 4, pr). Toliko dilatorní excepce musí býti ohlášeny hned na počátku meritorního projednávání: *exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstraverit, quod adseverat, oportet*, Diocletianus et Max., C 4, 19, 19. Jinak jsou ztraceny.

4. Rozdělení excepce na *perpetuae* čili *peremptoriae* a *temporales* čili *dilatoriae* trvá nadále, ano nyní je ještě výraznější, než v právu klasickém. Přísně logický mechanismus excepce vedl v právu klasickém k tomu nevítanému důsledku, že každá excepce, byla-li prokázána, nezbytně vedla k zamítnutí žaloby: vždyť excepce je formulována jako výjimka z rozkazu kondemnačního: odsud, není-li pravdivá ta a ta tvrzená skutečnost; je-li tedy dotyčná skutečnost dána, musí býti žalovaný osvobozen, i kdyby šlo o excepce dilatorní. Smysl dilatorní excepce byl právě jen v tom, že ji žalovaný mohl uplatnit jen do určité doby; žaloval-li žalobce předčasně a nedal se od žaloby odvrátiti žádostí žalovaného o dilatorní excepce a přesto, že byla žalovanému udělena, s ním uzavřel formální litiskontestaci, tu způsobila dilatorní excepce, byla-li prokázána, osvobození žalovaného, a to při konsumpčním účinku litiskontestace osvobození definitivní, definitivní ztrátu žaloby. V této věci nastala podstatná a prospěšná změna. Podle Zenonovy konstituce (Iust. Instit. 4, 13, 10, C 3, 10, 1), přejaté právem Justiniánovým, nepůsobí dilatorní excepce definitivní osvobození žalovaného, nýbrž jen zamítnutí žaloby pro tentokrát, avšak žalobce nesmí za trest žalovati dříve, než po uplynutí dvojnásobné doby, kterou měl vyčkati, a musí žalovanému nahraditi veškerou škodu tím procesem mu způsobenou. Toto ustanovení platí vůbec, kdykoli někdo žaloval druhého předčasně, v každém případě t. zv. *plus petitio tempore* (dilatorní excepce je právě jen případem takové pluspetice).

Vymýcení klasického formalismu excepce vede nyní také k tomu, že není logické překážky, aby excepce vedla po případě jen k částečnému osvobození žalovaného, jen k částečnému odsouzení. Tak při obraně kompensace.

Proti excepce může příslušet žalobci replikace, proti této replikaci žalovanému po případě duplikace podle zásad již dříve vyličených.

§ 24. Řízení důkazní.

1. Nový duch norem důkazního práva. — 2. Důkaz svědecký. — 3. Důkaz listinami. — 4. Přísaha. — 5. Právní domněnky. — 6. Interrogationes.

1. Bohaté, detailně zpracované právo důkazní doby poklasické a justiniánské neznamena proti klasické době jen rozhojnění norem, ale je nové i svým duchem. Počtem skrovné klasické důkazní předpisy ponechávaly soudci, jeho spravedlivému, na životní znalosti založenému pozorování a rozumovému úsudku co největší volné pole. Tyto předpisy, v kompilaci reprodukovány mnohdy zkresleně, byly doplněny stále vzrůstající řadou zákonných pokynů pro provádění důkazů, stále více omezujících původní volnost důkazního hodnocení. Volnost v oceňování důkazů se nahrazuje poněkud zákonitou teorií průvodní, jak byla potom v právu kanonickém důsledně vypracována.¹⁾

A nejde jen o to. Nelze říci, že by všechny tyto předpisy byly jen normalizováním toho, co platilo již v předchozí době aspoň jako postulát rozumový. Jistě mnohé předpisy se dají tak chápati, ale přemnohé nové normy jsou produktem změněné mentality. Tak většina nových norem o důkazu svědky ukazuje neustálou, silnou náladu proti svědkům. Stačí si přečísti *praefaci* k Justiniánově 90. novelle *De testibus*: jen proto nezrušuje Justinián tento důkaz, že je v přechytných případech jediným prostředkem poznání skutkového stavu, ale pokládá jej za nebezpečný poukazuje k „*magna improbitas hominum*“. Již Konstantin volá: *unius omnino testis responsio non audiat, etiamsi praeclarae curiae honore praeferat* (C 4, 20, 9), tedy prohlašuje důkaz jediného svědka, byť vysokého úředního postavení, za nepostačitelý. Tedy svědecký důkaz se musí opírat o výpověď více svědků. Justinián vyžaduje tři svědky, jindy dokonce pět svědků (na př. tam, kde by se očekával spíše důkaz písemný, takže je proti svědkům a priori nedůvěra, srovn. C 4, 20, 15, 6, Nov. 90, cap. 2). Někdy se přímo vylučuje důkaz svědecký, tak ve sporech o ingenuitu; C 4, 20, 2, interp. (Riccobono). Zato se stále více zdůrazňuje význam důkazu listinného. Nepřipouští se protidůkaz proti důkazu listinnému (C 4, 20, 1, Bas. 21, 1, 25). Již v západogotském zpracování Paulových Sentencí, v němž se odrážejí východní provinciální vlivy poklasické doby,²⁾ čteme: *testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt*; listina, proti jejíž pravosti a neporušenosti není námitek, podává tedy sama o sobě plný důkaz, který nemá být kontrolován dalším výslechem svědků.

2. Všimněme si některých pozitivních ustanovení o jednotlivých důkazních prostředcích.

¹⁾ Viz též Biondi, cit. d. Bulletino 42, 393.

²⁾ Srovn. Sommer, Prameny, 140. Riccobono, Z. Sav. St. 34 (1913), st. 245.

Důkazu svědeckého se týká především konstituce Konstantinova (C 4, 20, 9), podle níž musí svědkové složit přísahu před svou výpovědí. To opakuje i Justinián, vztahuje to výslovně jak na trestní, tak na civilní řízení (*non solum in criminalibus causis, sed etiam in pecuniariis*). Je zavedena obecná povinnost svědčiti. Strana, žádající o svědecký výslech, musí svědku nahradit výlohy. O předepsaném počtu svědků již bylo mluveno. Rozeznávají se co do důkazní váhy různé kategorie svědků podle sociálního a hospodářského postavení, úřední hodnosti, společenské pověsti a známosti atd. Proti svědkům záhadné minulosti, podezřelým z nepravdivé výpovědi, se nyní připouští i tortura (srovn. C 4, 20 a Nov. 90).

3. Listiny se rozeznávají co do důkazní síly takto: listiny veřejné, zřízené soudem nebo úřadem v náležité formě. Taková veřejná listina (*publicum instrumentum, hypomnema demosion*) je plným důkazem. Plnou moc důkazní měly také listiny, vyhotovené před notářem (*tabellio*). Soukromá listina, vydaná jen osobou soukromou, musila být potvrzena výpovědí tří svědků. Srovn. C 4, 20, 15, 6. Proti listině je možno namítati, že byla podvržena nebo zfalšována, a pak se z toho po případě vyvine řízení trestní. Srovn. C 9, 19, 22 a 23. O pravosti listiny lze vésti důkaz také srovnáním písma, *comparatio litterarum*, jež je podrobně upraveno zvláště Justiniánem. Srovn. na př. C 4, 21, 20; Nov. 73.

4. Důkazním prostředkem je také přísaha jedné nebo druhé strany. I tento prostředek byl nově upraven, zvláště Justiniánem (C 4, 1, 12), a podle toho byly interpolovány klasické texty o přísaze v Digestech. Typické, přesně vymezené (jak co do případů použití, tak co do účinků) *iusiurandum in iure delatum* vymizelo. Není již zvláštního řízení *in iure* a *jurisdikční*, od soudcovské činnosti odlišené kompetence praetorovy. Nyní může nejen žalobce, ale i žalovaný ukládati odpůrci přísahu; může se tak státi nejen v určitých žalobách, nýbrž v každém procesu; následky nevykonání přísahy jsou nově upraveny; také soud sám může uložit straně přísahu, ano zde je nyní vlastně těžiště, neboť i když přísahu uložila strana, soud to uložení potvrzuje. Strana, již byla přísaha uložena, ji musí vykonati nebo odpůrci vrátiti. Neučiní-li ani jedno ani druhé, nýbrž odporuje-li uložení přísahy, vydá soud, který uložení schválil, rozsudek, odpovídající negativnímu výsledku tohoto důkazu, věc však bude znovu zkoumána odvolacím soudem k apelaci postiženého. Této apelace nemá druhá strana, jestliže jí byla přísaha, již sama uložila, vrácena, a ona přísahu nevykonala, projevila odpor. Vedle této nucené přísahy, *iusiurandum necessarium*, je ještě smluvná přísaha, *iusiurandum voluntarium*, založená na pactu.

5. Důkazního práva se dotýká také materie právních domněnek, *praesumpci*. V přechytných případech, kde klasikové z určité skutkové podstaty vyvozují jako výsledek rozumné interpretace ještě další skutečnost, ať zevní, ať vnitřní, týkající se vůle, přinášejí kompilátoři to nové pojetí, že v těchto případech je tu právní domněnka, t. j. považuje se tu za prokázanou ta a ta další skutečnost, že však může druhá strana dokázat, že v daném konkrétním případě právní domněnka neodpovídá skutečnosti, tedy dokázati opak. To jsou t. zv. právní domněnky, *praesumptiones iuris*. Tak v jednom klasickém textě, kde právník vyvozoval z určité skutkové podstaty ještě další okolnost, dodávají kompilátoři: *quod praesumptum esse debet, nisi contrarium approbetur* (D 32, 33, 2) a podobné formulace. Ba kompilátoři vnášejí konstrukci právní domněnky i do takového případu, kde právník odkazoval na soudcovo vyšetření (D 34, 3, 28, 3 — Donatuti).¹⁾ Jak je běžný v době poklasické a justiniánské pojem právní domněnky, o tom svědčí proslulá konstituce Justiniána, C 4, 5, 11, týkající se případu placení nedluhu v pochybnosti o jeho existenci. Z ní vyplývá, že poklasická praxe se klonila k vyloučení *condictionis indebiti* s tím odůvodněním, že v takovém placení je právní domněnka smřu. Justinián rozhoduje naopak: *repetitionem non denegari et praesumptionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur*. Praesumpce se tedy staly důležitým elementem důkazního práva. Norma, stanovící nějakou praesumpci, je modifikací obecné zásady o důkazním břemenu. Podle obecné zásady náleží důkazní břemeno tomu, *qui dicit*, ne tomu, *qui negat* (D 22, 3, 2); norma o právní domněnce přesunuje důkazní břemeno na toho, kdo popírá.

Od právních domněnek jako norem upravujících nepravdivým způsobem důkazní břemeno se rozlišují zákonné fikce, zvané středověkým termínem *praesumptiones iuris et de iure*. Jimi se nestanoví pravidlo pro vedení důkazu, nýbrž určitá, obvykle těžko dokazatelná skutečnost se prohlašuje za existující a důkaz opaku se vylučuje. Tak Justinián z té skutečnosti, že byla zřízena stipulační listina a v ní byly uvedeny strany jako přítomné vyvozuje to, že opravdu byla uzavřena mezi přítomnými stipulace, a vylučuje důkaz opaku, byly-li strany přítomny téhož dne aspoň v téže obci. Dále operuje Justinián s fikcí stipulace při své dotální *actio ex stipulatu*.²⁾

6. Do důkazního práva náleží nyní také *interrogationes*. Praetorské *interrogationes in iure* a *actiones interrogatoriae (ex responsione)* vymizely. Stala se tu podobná změna, jako jsme viděli u klasického *iusiurandum in iure*. Otázku může dáti nyní nejen žalobce žalovanému, nýbrž i žalovaný žalobci. Ale otázky může, ba má klásti jedné i druhé straně i soudce. Povinnost

¹⁾ Le *praesumptiones iuris in diritto romano*, 1930, st. 70 a n.

²⁾ Vážný, Ř. právo obligační, I., 1924, st. 44. Sommer, Učebnice s. práva řím. II., I., 1935, st. 48 a 178. Viz C 8, 38, 14; C 5, 13, 1.

dotázané strany odpověděti odpůrci ještě před zahájením projednání odpadla: *nemo cogitur ante iudicium de suo iure aliquid respondere* (z interpolovaného fr. 1 § 1 D 11, 1). Dochází tedy k otázkám a jejich zodpovězení až za meritorního projednání. Hodnocení odpovědi nebo odmítnutí odpovědi náleží nyní do hodnocení důkazního.

§ 25. Rozsudek.

1. Konečný rozsudek. — 2. Částečný rozsudek, odsouzení *in rem* a jiné novoty. — 3. Vztah rozsudku k žalobnímu návrhu. — 4. *Relatio ad maiorem potestatem*. — 5. Publikace rozsudku. — 6. Kontumační rozsudek.

1. Po úplném projednání sporu, v němž soudce nemá, opakujeme, jen úlohu orgánu, pozorujícího a řídícího projednání stran, nýbrž strany přímo vede a svými náměty a otázkami se snaží zjednatí pravý obraz sporu,¹⁾ je ukončen proces vynesemím konečného rozsudku (*definitivae sententiae recitatio*). A jako všechny důležité úkony, tak zvláště tento závěrečný úkon má soudce vykonati, přihlížeje k posvátnému symbolu Písma svatého, aby se upamatoval na svou odpovědnost před věčností, věda, že *non magis iudicat quam ipse iudicatur* (Justinianus C 3, 1, 14, 2).

Konečný rozsudek²⁾ je buď odsuzující nebo osvobozující. Zjistí-li soudce, že se žalobní děj shoduje se skutečností a že z něho vyplývá právní povinnost žalovaného podle principů práva a spravedlnosti, odsoudí žalovaného. V opačném případě jej osvobodí. Právoplatné odsouzení nebo osvobození (nebyla-li totiž podána apelace) je definitivní, v prvním případě nevratným stanovením povinnosti, v druhém případě definitivní ztrátou sporu. Z toho je výjimka, byl-li žalovaný osvobozen jen na ten čas. Tu může žalobce později znovu žalovati; netřeba podotýkati, že tato eventualita byla v klasickém procesu nemyslitelná. Byl-li žalovaný odsouzen, poskytuje se mu dvouměsíční, podle Justiniana čtyřměsíční lhůta poklidná; po jejím uplynutí musí platiti úroky (*usurae centesimae*) z kapitálu (C 7, 54, 3).

2. V justiniánském procesu se připouští také rozsudek částečný: to v případě, že se proces skládá z přemnoha sporných článků, které nejsou ve vzájemné předurčující souvislosti, takže je možné různé meritorní rozhodnutí o jednotlivých z nich (*si litis multa capita sint*, lat. překl. řecké konstituce Just. C 7, 45, 15); soudce není nucen vydati rozsudek až po vyčerpání celé procesní látky, nýbrž může vydati o člancích (to mohou být také jednotlivé nároky), které dozrály k řešení, rozsudek částečný a pak se zabý-

¹⁾ C 3, 1, 9.

²⁾ Biondi, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, Studi Bonfante, IV., 1930. Collinet, cit. dílo.

vati dalšími články. Tento justiniánský institut byl převzat i novodobým procesem.

Podobně bylo převzato další zařízení procesu extraordinárního. Totiž možnost vydati rozsudek, jímž se některé straně ukládá složití přísahy a stanoví se přesně právní následky složení i nesložení přísahy. Diocletianus, C 7, 45, 11.¹⁾

Nový proces již nezná starou zásadu výlučné peněžní kondemnace. U obligačních žalob na převedení věci je nyní možná *condemnatio in rem ipsam*. Justinian to již předpokládá jako princip daný samou přirozenou povahou poměrů, nedovede si představit uvědomělého soudce, jemuž by to nebylo jasné: *miramur, quare iudex, qui praepositus est in praedicta causa, non omnimodo condemnationem in servum (tedy in rem ipsam), sed in aestimationem eius fecerat ... nullum iudicem ita esse stultum putamus, ut huiusmodi proferat condemnationem*, C 7, 4, 17). A proto kompilátoři interpolovali v Digestech (D 6, 1, 68), že nevydává-li žalovaný při reivindikaci věc dobrovolně, *si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur* (Lenel).

Strana ve sporu podlehlá musí nahraditi straně vítězné náklady sporu, určené její přísahou (C 3, 1, 13, 6).

3. Je nyní otázka, v jakém poměru je rozsudek k žalobnímu návrhu. Jde o to, je-li nadále mezi rozsudkem a žalobou ten těsný vztah, který byl mezi rozsudkem a intencí klasické formule. Samo zrušení formulí by totiž v této otázce přímo nerozhodovalo, ježto klasické žalobní typy zůstaly zachovány; a ostatně i v Justiniánově právu se mluví nejednou o intenci (*intentio, intendere*) v přeneseném smyslu. Je tedy otázka, zda nesprávné formulování žaloby, jmenovitě ten případ, když si žalobce osobuje víc, než mu přísluší, způsobuje logicky ztrátu sporu. Zde sluší uvážiti, že přec jen již není v tom ohledu té logické nezbytnosti, jaká se v klasickém procesu podávala z rozkazu kondemnačního. Ten totiž zněl: bude-li prokázáno, že žalovaný je právně povinen k té a té částce, žalovaného odsoud. Soudce měl tedy přesný mandát, dohodou stran mu bylo uloženo, aby odsoudil jen, když žalobce prokáže přesně žalobní intenci. Osoboval-li si tedy žalobce v intenci více, než mu náleželo, musil soudce logicky žalovaného osvoboditi (jen když pojal žalobce do intence méně, mohl soudce žalovaného odsouditi k žádanému *minus*, neboť v *plus* je obsaženo i *minus*). Takové vázanosti v novém procese není. Strany již nečiní dohodu, že má býti soudcovým výrokem zjištěno, zda je žalovaný to a to povinen, nepřenáší tento přesný úkol na soudce své důvěry. Žalobce tvrdí tu a tu povinnost žalovaného. Zjistí-li soudce, že skutečná povinnost je menší, není již v té nezbytné situaci: poněvadž intence není uskutečněna, nemůže dojít ke kondemnaci. On je záko-

¹⁾ Viz Vassalli, Le sentenza condizionale, 1918.

nem povolán, aby na podkladě žaloby vyšetřoval, je-li tu povinnost z té a té kauzy a jaký je rozsah povinnosti. Zjistí-li, že je tu povinnost, ale menší, vyřkne to v rozsudku, neosvobodí žalovaného, nýbrž odsoudí jej k plnění v míře, jež byla prokázána; a ta okolnost, že žalobce přehnal žalobní žádání, vyjádřeno s hlediska nového procesu, *maiolem verae aestimationis quantitate in libello conventionis inseruit*, má nyní ten následek, že musí za trest nahraditi žalovanému v trojnásobné výši škodu, již mu způsobil; žalovanému byla totiž způsobena škoda tím, že musil platiti pro žalobcovu přecenění žalobní sumy větší poplatky exekutorům. Srovn. Inst. 4, 6, 24 a 33e, C 3, 10, 2. Tak je tedy nyní upravena *plus petitio re*. Podobně je nyní upravena i *plus petitio loco* a *plus petitio causa*. Při *minus petitio* by logika procesu vlastně měla vésti i nyní pouze k odsouzení k žádanému *minus* (s možností nového procesu o další částku); avšak podle pozitivního ustanovení Zenonova má i v tomto případě soudce odsouditi žalovaného v plném rozsahu zjištěné povinnosti, nejsa vázán nevyčerpávajícím oceněním žalobcovým (C 3, 10, 1, 3). Jinak je upravena *plus petitio tempore*. Žaloval-li někdo předčasně, musí soudce žalobu zamítnouti; potud je to tak, jako v klasickém procesu; rozdíl je ovšem v tom, že žalobce nyní může žalovati znovu, neboť litiskontestace již nemá vylučovacího účinku; a zajisté tato možnost nové žaloby je především logickým důsledkem nové struktury procesu a litiskontestace a ne pouze legislativním „zmírněním“ starého „přísného“ režimu, jak by se zdálo z Justiniánových interpolovaných slov: *hodie autem non ita stricte haec procedere volumus* (Inst. 4, 13, 10). Žalobce tedy může znovu žalovati, avšak za trest ne hned při nastoupení splatnosti, nýbrž až za dvojnásobnou dobu, již měl původně vyčkati, a nesmí žalovati dříve, dokud nezaplatil žalovanému všechny výlohy předčasněho procesu; nemůže také požadovati dalších úroků. Srovn. Inst. 4, 13, 10, C 3, 10, 1 pr.

Rozsudek, který nebyl napaden opravným prostředkem vůbec anebo jím byl napaden marně, nabývá právní moci a určuje pro strany nevýratným způsobem právní základ poměru, vzneseného na soud. Namísto sporné povinnosti nastupuje buď osvobození nebo definitivní stanovení přesné povinnosti, která pohlcuje jakoby novací¹⁾ povinnost předprocesní. O této povinnosti není již možno vznést novou žalobu; jí by překážela *exceptio rei iudicatae*. Netřeba zdůrazňovat, že je to teprve rozsudek, který pohlcuje předprocesní poměr mezi stranami, že litiskontestace je nyní tohoto konsumpčního účinku zbavena. Jinak srovnej dřívější výklady o právní moci rozsudku.

4. Je-li soudce na pochybách, jak rozhodnouti, může nyní v procesu poklasickém a justiniánském předložit věc *ad maiorem potestatem* nebo přímo císaři k rozhodnutí. Tu musí podati podrobnou zprávu o procesu

¹⁾ Wenger, cit. dílo st. 300.

(*relatio, consultatio*), sděliti ji přímo se stranami, aby měly možnost ji po případě doplniti svými *libelli refutatorii*, a nato předložiti věc vyššímu úřednímu místu. Byla-li věc předložena císaři, rozhodl pak reskriptem. Srovn. C Th 11, 29; C Iust. 7, 61.

5. Nový proces má také podrobná pravidla o publikaci rozsudku. Rozsudek musí býti zhotoven písemně a musí býti stranám slavnostně *in officio* prohlášen. (C 7, 44, 2, pr.: ... *ut iudices ... non subitas, sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante formarent et emendatas statim in libellum secuta fidelitate conferrent scriptasque ex libello partibus legerent, ne sit eis posthac copia corrigendi vel mutandi*).¹⁾

6. Kontumační rozsudek.²⁾ Ve starém a klasickém procesu nemohlo dojíti k ustavení procesu jinak, než za spolupůsobení obou stran. Kontumační náleze pro nepřítomnost jedné strany *in iure* byl nemyslitelný. A když se nedostavila některá strana k projednání *apud iudicem*, měl porotce podle zákona XII tabulí vydati rozsudek ve prospěch strany přítomné.

Již klasické řízení extraordinární, dále poklasický proces denunciační a konečně proces libellový přinášejí nové předpoklady pro t. zv. contumaci, t. j. vzdor obesaného proti úřednímu rozkazu dostaviti se.³⁾ Ke kontumaci může dojíti hned při zahájení procesu. Nedostavil-li se žalovaný přes trojí obeslání nebo přes vydání ediktu peremptorního (*trinis litteris, trina denuntiatione, edicto peremptorio conventus*, Pauli Sent. 5, 5a, 7, C 7, 43, 9)⁴⁾, bude vydán proti němu rozsudek pro zmeškání (*quasi in contumacem dicta sententia*). K vydání rozsudku tu dochází ovšem za okolností pro nepřítomného nepříznivých, neboť nemá příležitosti se hájiti, soudce vyslechne jen stranu přítomnou. Ale přesto nemusí rozsudek býti nezbytně proti nepřítomnému (jako podle normy zákona XII tabulí), soudce má vynésti takový rozsudek, jaký po právu vyplývá z přednesení přítomné strany (*quod iuris ratio exegerit iudicare*, C 7, 43, 8). V procesu denunciačním souvisela kontumace s uvedenou již (§ 21, č. 1) čtyřměsíční lhůtou, běžící od denunciačního obeslání. Nedostavil-li se žalovaný v této lhůtě k soudu, vydával se následkům obmeškání; zdá se, že k vydání kontumačního rozsudku bylo zapotřebí ještě

¹⁾ Originální koncept rozsudku, *periculum*, nebo snad správněji *pariculum*, zůstane při soudních spisech; strany obdrží úřední opis, *exemplum*. Kübler, *Pariculum, exemplum*, St. Riccobono, 1932.

²⁾ Steinwenter, *Studien z. röm. Versäumnisverfahren*, 1914. K tomu Heyrovský, *Sborník* 16, 1916. Collinet, cit. d.

³⁾ Eum, qui sciens iudicio adesse neglexerit, ut contumacem iudex poena mulctabit. CTh 2, 18, 2. Confr. Hermogenianus, D 42, 1, 53, 3.

⁴⁾ Ulpian uvádí, že bylo zapotřebí obojího, i trojího ediktálního obeslání vždy v desetidenních intervalech, i čtvrtého ediktu, peremptoria (D 5, 1, 68—70). Označení čtvrtého ediktu jako peremptoria vysvětluje tak: quod peremeret disceptationem, hoc est ultra non pateretur adversarium tergiversari. V praxi se však řízení zjednodušilo způsobem shora uvedeným, jak soudí Steinwenter, cit. d. 49.

nového obeslání, s upozorněním na následky. Nedostavil-li se k soudu žalobce ve zmíněné lhůtě, ztrácel při. Podobná ustanovení platila v procesu libellovém, ovšem s některými odchylkami.

Jestliže již byl žalovaný obeslán a potom se nedostavil k soudu, může žalobce žalovati rukojmího, který se zaručil v tom ohledu za žalovaného (*fideiussor iudicii sistendi causa*). Tento fideiussor se mohl zbaviti povinované pokuty, jestliže do zákonné lhůty (C 8, 40, 26) postavil na soud dlužníka nebo převzal za něho spor. Mimo tento případ je možný kontumační rozsudek proti obmeškalému.

Všimněme si ještě některých ustanovení Justinianových. Náleží sem zvláště novella 112, upravující následky nečinnosti žalobcovy, a konstituce Properandum.

Jestliže se žalobce po obeslání žalovaného nestaral o proces, může žalovaný sám obeslati žalobce k řádnému vedení sporu. A když se žalobce nedostaví po trojím úředním obeslání, bude vyneseno po uplynutí jednoho roku kontumační rozsudek, arci na podkladě objektivního zkoumání sporu. Jestliže by se však žalobce sice přihlásil, ale jen k přetržení jednoroční lhůty, a dále nepokračoval, bude po opětném uplynutí roční lhůty nyní žaloba zamítnuta. To jsou pozitivní ustanovení Justinianovy novelly 112, c. 3.

Byla-li již zahájena pře a potom se nedostavila některá strana, projedná soudce spor se stranou přítomnou a vydá pak rozsudek, který zas může býti meritorně buď pro přítomného nebo pro nepřítomného. Justinian upravil nově tuto materii v souvislosti se svým ustanovením, že proces musí býti skončen do tří let od litiskontestace. Tato lhůta znamená také to, že před touto lhůtou nemůže spor předčasně skončiti kontumačním rozsudkem: kontumační řízení může býti zahájeno teprve šest měsíců před vypršením té tříleté lhůty; nepřítomný musí býti nyní třikrát vyzván, aby se dostavil k projednání, a teprve po marném uplynutí příslušných lhůt může dojíti k vynesení kontumačního rozsudku na základě projednání sporu se stranou přítomnou. Rozsudek ovšem nemusí býti nepříznivý straně nepřítomné. Ta však musí platiti soudní náklady. Srovn. k tomu dosti temná ustanovení Justinianovy konstituce Properandum, C 3, 1, 13.

Proti rozsudku kontumačnímu, vydanému po řádném obeslání nedostavivší se strany, není přípustné odvolání (již v klasickém procesu extraordinárním, stejně v právu justiniánském).

§ 26. Odvolání.

1. Odvolání, jeho přípustnost a podání. — 2. Řízení odvolací. — 3. Právo novel.

1. Již klasická *extraordinaria cognitio* připustila možnost přezkoumati rozsudek nižšího soudu vyšším soudem k odvolání (*provocatio, appellatio*) strany rozsudkem nespokojené. Již Ulpianus dosvědčuje, jak je v jeho době

appellandi usus frequens, necessarius. Klasická úprava odvolání byla pak jeho základem i v procesu poklasickém a justiniánském.

Odvolání je nyní řádným právním prostředkem proti rozsudku (ne tedy proti prozatímnímu usnesení, *sententia interlocutoria*), jímž se domáhá procesní strana nového projednání sporné věci a vynesení nového rozsudku. Není možno odvolání před definitivním rozsudkem, není možno opačně až za exekuce. Odvolání není opravným prostředkem proti neplatnému rozsudku (rozhodoval-li na př. jediný soudce namíste dosazeného kollegia soudců, byl-li vydán rozsudek ve věci již dříve rozhodnuté rozsudkem, vydal-li rozsudek soudce podplacený atd., srovn. C 7, 64); tu může žalovaný kdykoliv uplatňovati neplatnost rozsudku, vyvolati soudní rozhodnutí, že rozsudek neexistuje (srovn. D 49, 8, 1, pr.). Odvolání nepřisluší, vzdala-li se některá strana nebo obě strany opravného prostředku, nebo byl-li dosazen soudce císařem s tím, že je odvolání nepřípustné, nebo byl-li rozsudek vynesěn císařem.

2. Odvolání musí býti předem hlášeno: buď ústně po vynesení rozsudku, nebo do krátké (2—3denní, u Justiniána 10denní) lhůty písemným podáním (*libelli appellatorii*), obsahujícím jména stran a označení rozsudku.

Jak je zřejmé, podává se odvolání, ať ústně nebo písemně, u toho soudu, který vydal rozsudek. Tento soud pak měl (původně na další žádost odvolatelovu, později z úřední moci¹⁾) odevzdati celý materiál, týkající se procesu, tak zvané *litterae dimissoriae* nebo *apostoli*, odvolateli, který pak během zákonné lhůty, dosti dlouhé, t. zv. *dies fatales*, měl předložit tyto spisy u odvolacího soudu a hlásiti se zde k zahájení řízení. Je pochopitelné, že při tehdejších nedokonalých dopravních prostředcích provedení úkonu právě vyličeného si vyžádalo dlouhého času, ať již se vypravil k soudu odvolacím, po případě velmi vzdálenému, sám odvolatel, nebo si ustanovil v městě odvolacího soudu svého zástupce; je zřejmé, že byly na denním pořádku žádosti o prodloužení lhůty, a zákon připouštěl několikrát prodloužení těchto „fatálních dnů“ (*reparatio a lapsu*).

U odvolacího soudu se znovu zahajuje a projednává celé řízení. Je tu možno oběma stranám uváděti také nové okolnosti. Ovšem bylo zde dosti pravidelným zjevem, že odvolatelův odpůrce se nedostavil, dokonce nemohl dostaviti. Ale jeho nepřítomnost mu nemohla škoditi: neboť soudce musil spravedlivě přihlížeti i k jeho stanovisku. Jinak se ovšem posuzovala neodůvodněná nepřítomnost samého odvolatele, který zahájiv jednání u soudu odvolacího byl dále nečinný. Tu musil soudce po uplynutí jednoho roku potvrditi rozsudek, z něhož bylo podáno odvolání. Nehledíc k tomuto případu byl odvolací rozsudek různý podle výsledku odvolacího projednání a ovšem podle názoru soudu odvolacího (Ulpianus skepticky poznamenává,

¹⁾ I tato podrobnost ukazuje stálý rozvoj k upevnění úředního rázu procesu.

že může býti i případ, že byl rozsudek nižšího soudu lepší než rozsudek odvolací). Prokázal-li odvolatel nesprávnost rozsudku, byl rozsudek zrušen a nahrazen novým ve prospěch odvolatelův. Nepřesvědčil-li se odvolací soud, že bylo odvolateli rozsudkem ublíženo, potvrdil prvotní rozsudek. Mohlo se však dokonce státi, že odvolací soud shledal nejen, že odvolání nebylo odůvodněno, nýbrž dokonce že by měl býti rozsudek změněn ve prospěch druhé strany, jež se ani neodvolala: tu mohl k jejímu návrhu, byla-li přítomna, nebo z moci úřední rozsudek změnit v její prospěch, tedy nejen odvolání zamítnouti, nýbrž dokonce vydati rozsudek odvolateli ještě nepříznivější.

Svévolné podání odvolání proti rozsudku spravedlivému (jak ukázalo odvolací řízení potvrzením prvního rozsudku) bylo trestáno pokutami, ba v právu poklasickém i dalšími různými tresty, jako trestem na svobodě, relegací, tedy tresty rozhodně neúměrnými, jež však byly zrušeny Justiniánem. Odvolání mělo býti skončeno podle práva Justiniánových novel nejdéle ve dvou letech, od t. zv. fatálních dnů. Z rozsudku odvolacího je možná další *appellace*, ta již však je poslední.

3. K dalším speciálním ustanovením pozitivním srovn. C 7, 62—70 a různé novelly, zvláště Nov. 23, 49, 50, 126. Uvádím jen některé obecné zásady v nich uvedené: zásadu, že nemají býti zatěžováni cestou apelační *super minimis causis maximi iudices* (Nov. 23, 3), že je organizační zásadou apelace *a minore iudicio in maius tribunal ascendere* (tamže cap. 4), že se má při pozitivní úpravě odvolacího práva hleděti i k tomu, aby nakonec nebyly samy soudní náklady, vzrostlé právě nákladným apelačním řízením, vyšší než sám předmět sporu (tamže cap. 3).

§ 27. Řízení sumární a proces reskriptový.

1. *Summatim cognoscere*. — 2. *Interdicta*. — 3. *Proces reskriptový*. Prosba stran k císaři o rozhodnutí. — 4. *Řízení*.

1. Posud jsme sledovali řízení normální. Zevně je charakterisováno různými formálnostmi (písemné obeslání, písemná podání stran), četnými lhůtami, zdržujícími rychlý spád procesu, přecetnými omezovacími předpisy co do soudcovské oceňovací volnosti a pod. Ve speciálních případech mělo býti řízení urychleno a tedy zbaveno formálností, lhůt a omezovacích předpisů, řízení zpomalujících. Mluvíme o řízení sumárním. Termín je vzat z římského *summatim cognoscere*,¹⁾ jak se označuje v pramenech rychlé a

¹⁾ Biondi, *Summatim cognoscere*, *Bulletino d. Ist. d. diritto romano*, 31, 1920. Hugo Krüger, *Summatim cognoscere und das klas. Recht*, *Z. Sav. St.* 45, 1925. Podle cit. autorů jde o interpolace.

mnohdy provisorní rozhodování sporů. Několik snad již klasických případů rozhodování *summatim* přešlo do procesu klasického a justiniánského a bylo rozhojnéno dalšími četnými případy. Srovn. to, co bylo uvedeno při klasické *extraordinaria cognitio*.

2. Nejdůležitějším případem sumárního procesu v justiniánském právu jsou *interdicta*. Typické a složité řízení interdiktů, začínající vydáním praetorova administrativního aktu, interdiktů, a přecházející v řízení *per sponsionem*, řešící nepřímo otázku, zda bylo interdictum porušeno čili nic, nepřešlo do práva Justiniánova. Autor Justiniánových Institucí mluví o interdiktů jako o instituci vymřelé: „*erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus praetor aut iubebat aliquid fieri aut fieri prohibebat*. Stará procedura interdiktů vymizela: *de ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia, non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset* (Inst. 4, 15, 8). Tedy ty skutkové podstaty, které byly původně podkladem pro vydání ústního interdiktů a z něho eventuálně vzešlého řízení *per sponsionem*, jsou nyní podkladem pro zahájení urychleného řízení, vedeného ovšem zcela úředním soudcem, aniž předchází předchozí magistrátský rozkaz nebo zákaz. Materiální podmínky, za nichž zvítězí jedna nebo druhá strana, se většinou shodují s podmínkami, za nichž dosáhla vítězství ta nebo ona strana v řízení *per sponsionem* (nebo *per formulam arbitriam*); důležitou výjimkou je na př. to, že ve sporu o držbu movité věci zvítězí nyní ne již ten, kdo držel v posledním roce déle (klasické *interdictum Utrubi*), nýbrž ten, kdo byl držitelem v době litiskontestace (srovn. Inst. 4, 15, 4). Mnohdy se ani klasická terminologie nezachovává. Tak klasické *interdictum unde vi* se nyní často označuje jako *momentariae possessionis interdictum* (srovn. na př. C 8, 4, 8). Interdicta mají být projednána co nejrychleji, s opominutím různých formálností, a rozhodnutí vydanému v takovém řízení, se často přiznává jen účinek provisorní. Stačí citovati na př. normu o interdiktů *Quorum bonorum: ... omnibus frustrationibus amputatis per interdictum quorum bonorum in petitem corpore transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusi* (C 8, 2, 3).

3. Proces reskriptový: Císařská rozhodovací autorita se uplatňovala nejen v nejvyšší instanci, nýbrž i v nižším stadiu procesu, třeba v období první instance, nedovedl-li první soudce věc rozhodnouti (o tom již bylo jednáno), nebo obrátily-li se strany přímo na císařskou kancelář s prosbou o rozhodnutí. To byl proces reskriptový.

Je pochopitelné, že by došlo k velikým zmatkům, kdyby toto císařské rozhodování mělo rušit řízení řádně zahájené nebo již právoplatně skončené.

I byly zakázány prosby o císařský reskript *lite pendente, post provocationem aut definitivam sententiam* (C 1, 21). Také bylo čeleno různým podvodným machinacím.

4. Strana, žádající o reskript, podala žádost císařské kanceláři v Konstantinopoli (*preces*), obsahující skutkové údaje záležitosti s prosbou, aby císař rozhodl reskriptem. Císařský reskript mohl být konečným rozhodnutím záležitosti. Ale obvykle obsahoval jen rozhodnutí právní otázky s tím, aby proces projednal a rozhodl soudce (řádný nebo mimořádný). Žadatel, jemuž byl reskript doručen, předložil jej soudu k insinuci a žádal o obslání žalovaného exekutorem. V zahájeném procesu příslušela žalovanému jmenovitě *praescriptio mendaciorum*, obrana, že skutkové okolnosti, jež žalobce uvedl v žádosti o reskript, neodpovídají pravdě. Byloť rescriptum vydáno za předpokladu *si preces veritate nituntur*.¹⁾

Proces reskriptový byl císařům vítaným prostředkem k udržení jejich ústřední říšské moci proti odstředivému působení velmožů.

§ 28. Exekuce a konkurs.

1. Singulární exekuce. — 2. Konkurs. — 3. Exekuce osobní. — 4. Moratorium.

1. Vede-li v klasickém procesu nucené provedení rozsudku normálně k prodeji majetku, tedy ke konkursu, vedle něhož je exekucí zabavení a zpeněžení jednotlivých kusů majetku, tedy právě exekuce, jen zjevem práva singulárního, připojujícím se právě hlavně k *extraordinaria cognitio*, je v po-klasickém a justiniánském procesu, generalisujícím singulární *extraordinaria cognitio* na řízení normální, proveden právě opak: rozsudek vede normálně k singulární exekuci, kdežto k universální exekuci, ke konkursu dochází jen tehdy, je-li více věřitelů, jimž dlužník není s to platit.²⁾

Formou singulární exekuce je *pignus in causa iudicati captum*, vznikající zabavením jednotlivých kusů majetku soudním orgánem a vedoucí, nevypoupl-li dlužník zabavených věcí do dvou měsíců, k prodeji pro věřitelovo uspokojení. K hodnotám, jež takto mohou být zabaveny a prodány, náleží nyní i pohledávky dlužníkovy.

Je-li žalováno na vydání věci, jsoucí v držbě žalovaného, zní rozsudek,

¹⁾ K významu reskriptů s hlediska právních pramenů srovn. Sommer, Prameny, 117 a n. K ilustraci reskriptového procesu srovn. Meyer, Jur. Papyri, čís. 52. Srovn. C 1, 22. K systematickému vylíčení procesu reskriptového v dějinném vývoji viz Andt, La procedure par rescrit, 1920.

²⁾ K zahájení exekuce v právu justiniánském viz Liebmann, L'actio iudicati nel processo giustiniano, Studi Bonfante, III, 1930.

jak již bylo uvedeno, na vydání věci. Tu se pak exekuce děje násilným odnětím věci z držby dlužníkovy (*manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur*, jak zní interpolované místo D 6, 1, 68).

2. Je-li dlužník insolventní a věřitelů je více, mohou věřitelé žádati o povolení uvázati se v držbu úpadcovu majetku za účelem pozdějšího prodeje k svému uspokojení, *missio in possessionem*. Musí ovšem prokázati vykonatelnost pohledávky právoplatným rozsudkem nebo doznáním dlužníkovým. K nim se mohou připojiti (do dvou let, bydlí-li v téže provincii, do čtyř let, bydlí-li v jiné provincii) ostatní věřitelé, mající vykonatelné pohledávky. Pak se přistoupí k prodeji majetku, avšak nikoli již k prodeji úhrnnému, zakládajícímu universální sukcesi, vždyť, jak praví Justinián, *cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt*,¹⁾ nýbrž k prodeji jednotlivých částí majetku veřejnou dražbou; tento prodej provádí nyní *curator*, jmenovaný soudem k návrhu věřitelů, ne již klasický *magister*. Z výtěžku prodeje jsou uspokojeni účastníci se věřitelé poměrně; především je nutno uhraditi pohledávky privilegované, jako náklady pohřební. Ovšem, z jednotlivých věcí se může uspokojiti předem ten, komu k nim náleží právo zástavní.

K universální exekuci dochází také na dobrovolnou dlužníkovu *cessio bonorum*.

Několik slov o exekuci osobní. Tato exekuce byla právně uznána v novém procesu jen sporadicky, a to jako opatření více trestní povahy proti úpadci; nebo jako zabezpečovací vazba proti žalovanému při zahájení sporu (srovn. výše; nejde o vlastní exekuci). Charakteristické však je, že od konce 4. stol. lze konstatovati stále opakované zákazy osobní vazby proti dlužníkům; ještě Justinián se vidí nucen zakázat obnoviti a přistříti pohrůžkou vzájemné trestní vazby stejného trvání a ztráty nároku. V praxi asi bylo vystupováno velmi brutálně proti dlužníkům a na velmože asi za rozháranosti říše říšské zákony mnoho neplatily. Srovn. C Th 9, 11, 1, C Iust. 9, 5, 1 a const. 2 tamže.²⁾

4. Po vzoru provinciální praxe, doložené materiálem papyrologickým, zavádí právo císařské, hlavně justiniánské, dobrodiní poshovění v placení dluhu, *moratorium*. Konstitucí Gratianovou, Valentinianovou a Theodosiovou z konce 4. st. (C Th 1, 2, 8) byly sice všechny úlevy, poskytnuté dlužníkům císařským reskriptem, zrušeny, ale Justinián, pozměniv tuto konstituci, připustil zase možnost úlevy za podmínky, že dlužník poskytne záruku, že budoucně zaplatí (C Iust. 1, 19, 4). Zdá se, že lhůta *moratoria* byla pětiletá, a soudí se (tak Taubenschlag), že i v tom působila praxe provinciální.³⁾

Od *moratoria*, založeného císařskou normou, je rozlišiti poshovění, dané

¹⁾ Inst. 3, 12, pr.

²⁾ Viz Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 1891 (st. 450 a n.).

³⁾ Taubenschlag, *Zum gerichtlichen Moratorium im r. Provinzialrecht*, Z. Sav. St. 51 (Misc.).

dlužníkovi usnesením věřitelů. Nebylo-li shody mezi věřiteli, zda mají poskytnouti dlužníku pětileté poshovění, či od něho žádati vydání celého majetku, má platiti to, pro co je většina, počítaná především ne počtem věřitelů, nýbrž výší pohledávky, v pochybnosti pak „*humanior sententia*“, t. j. poshovění. C 7, 71, 8, Iustinianus.

§ 29. Promlčení.

1. Zavedení promlčení. — 2. Původ myšlenky promlčení. — 3. Lhůta a další náležitosti. — 4. Začátek. — 5. Účinky.

1. Konstitucí císařů Honoria a Theodosia II. bylo zavedeno obecné třicetileté promlčení¹⁾ všech žalob: *sicut in rem speciales, ita de universitate et personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur . . . quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem*. (C Th 4, 14, 1, C Just. 7, 39, 3).

Tím současně nabylo nového významu klasické rozdělení na *actiones perpetuae*, jež nebyly vůbec časově vázány, a *actiones temporales*, jež musily býti uplatněny do určité doby. Nyní jsou všechny posavadní *actiones perpetuae* podrobeny 30letému promlčení: bývalé *actiones temporales* zanikají nadále v posavadní kratší lhůtě (na př. v jednom roce).

2. Původ této myšlenky, všeobecného promlčení žalob, je v provinciálním institutu *longi temporis praescriptio*:²⁾ dlouholetý držitel se mohl brániti vlastníkovi reivindikaci obranou: nuže tato obrana se nyní generalisuje. Každý, kdo je žalován až po dlouhé době poté, kdy mohla býti žaloba vznesena, se může brániti obranou. Obrana znamená zánik žaloby (*actiones annis triginta continuis exstinguantur*, praví Theodosius v cit. konst.; a Anastasius C 7, 39, 4, 1 dokonce pojímá samo právo jako zaniklé žalobním promlčením: *nullumque ius privatum vel publicum in quacunque causa in quacunque persona, quod praedictorum quadraginta annorum exstinctum est iugi silentio, moveatur*). *Longi temporis praescriptio* znamená původně také jen zánik žaloby bývalého vlastníka, ale později, a to již dávno před Justiniánem, bylo spojeno s dlouholetou, vlastníkem nepřetrženou držbou přímo nabytí vlastnictví (C 7, 39, 8, pr.). Tím se *longi temporis praescriptio* odpoutala od promlčení. Charakteristické je však, že Justinián klade vedle sebe jako zjevy pojmově příbuzné i promlčení i vydržení: *hoc sufficere (totiž protest) ad omnem temporalem interruptionem sive triennii sive longi temporis sive triginta vel quadraginta annorum sit* (C 7, 40, 2). Vývojově tu ovšem bylo dosti příbuznosti. A jako *praecedens* obecného promlčení žalob je v provinciálním

¹⁾ Klingmüller, *Über Klagenvérjährung und deren Wirkung*, 1905.

²⁾ K tomuto institutu Partsch, *Die longi-temporis praescriptio*, 1906.

promlčení vlastnické žaloby (tuto úzkou funkci měla totiž původně *longi temporis praescriptio*), tak zase obecně zavedené promlčení žalob působilo na justiniánské rozšíření vydržení institutem *longissimi temporis praescriptio* (C 7, 39, 8, 1).

3. Obecná lhůta promlčecí byla stanovena na třicet let. V některých případech se uskutečňuje promlčení ve čtyřiceti letech, na př. proti církevním ústavům a nadacím (zákonodárství kolísalo,¹⁾ srovn. naposled Nov. 131, 6), dále při *actio pigneraticia* nebo *hypothecaria* proti dlužníku a jeho dědicům a proti zadnějším hypotekářům, držícím za života dlužníkovu (C 7, 38, 7). Vůbec se nepromlčují jen výjimečné případy, jako žaloba na rozdělení společné věci. V kratších lhůtách, jako roční, šestiměsíční, dvouměsíční, zani- kají staré *actiones temporales*, původně praetorské a aedilské.

Promlčení předpokládá, že „*non interruptum erit silentium, ut lege cautum est, id est etiam per solam conventionem, aut si aetas impubes excipienda mon- stretur*“ (C 7, 39, 7, confr. c. 3 § 1), uskutečňuje se tedy jen nepřetržitým mlčením (*iugi silentio, non interrupto silentio*). Promlčení se přetrhuje dodá- ním žaloby žalovanému; není-li to možné pro nepřítomnost dlužníkovu, úřední protestací, není-li ani to možné, aspoň veřejným ohrazením; dále každým uznáním dluhu i mlčky učiněným, na př. vydáním nového dluho- pisu, placením úroků. Přetržení působí úplný zánik posavadního proml- čení; začíná pak zcela nové. Nedospělost oprávněného působí, že nemůže proti němu vůbec započítí promlčení, dokud je nedospělý; nastoupila-li taková překážka, když již předtím promlčení započalo (na př. promlčení započalo proti zůstaviteli, dědic je nedospělý), staví se promlčení na dobu překážky, pak pokračuje.

4. Promlčení se začíná od toho dne, kdy je *actio nata*, kdy vznikla právní možnost podati žalobu. Jde-li o *actio in personam*, rozhodují hlediska obligačního práva o splatnosti obligace; uložení výjimky nebo lhůty odklá- dací ovšem působí, že promlčení nemůže nastati, dokud se výjimka nespl- nila, nebo nenastal den. Z věcného práva lze žalovati teprve tehdy, když určitá osoba porušila právo. Tím vzniká promlčení žaloby proti této osobě.

5. Promlčení působí zánik žaloby. Žalovanému přísluší proti promlčené žalobě *exceptio (praescriptio) triginta vel quadraginta annorum*. Otázka, zbý- vá-li po promlčení obligační žaloby ještě právo, je čistě teoretická. Proml- čení žaloby věcné ovšem neznamená zánik věcného práva (ačli tu nejsou spolu podmínky vydržení).

¹⁾ Podle Justinianovy konstituce C 1, 2, 33 a Novelly 9 měly se promlčeti žaloby kostelů až po 100 letech. Viz k tomu Gradenwitz, Hypothese über C 1, 2, 23, Verjährung der Klagen der ecclesiae, *Bulletino*, 41, 1933.

REJSTŘÍK VĚCNÝ

A

Absolutio 20, 48, 50, 67

Actio 10 ns., 25 p. 1, 28

— hmotněprávní význam 10 ns., 25 p. 1

— procesní význam 11 ns.

— jako legisactio 25 p. 1

— amittitur 12

— competit 10, 12

— est 10 (est nata 118)

— nascitur 12

— ad exhibendum 36, 63, 73

— arbitraria 36

— certae

— creditae pecuniae 10, 29, 33, 34, 41,

44, 52, 54, 55, 56, 60, 81, 82

— certi ex testamento 33, 52, 53

— commodati 38

— communi dividundo 36

— conducti 41

— confessoria 38

— constitutoria (de pecunia constituta)

33, 55, 56

— de albo corrupto 42

— de arboribus succisis 14 p. 1

— de effusis et deiectis 42

— de eo quod certo loco dari oportet

(arbitraria) 36

— de pastu 54

— de pauperie 54

— de posito et suspenso 42

— de sepulcro violato 42

— de termino moto 42

— decretalis 40

— depositi 10, 33, 38, 41

— doli 36, 84

— empti 41

— ex responsione 57

— ex stipulatu 106

— familiae erciscundae 36

— fiduciae 41

— furti 39

— in factum 40, 56, 96

— iniuriarum 89

— institutoria 46 p. 1

— interrogatoria viz actio ex responsione.

— iudicati 53, 58, 64, 71, 75, 76

— legis Aquiliae 35, 40, 53

— locati 41

— mandati 41

— negotiorum gestorum 38, 41

— Pauliana 85

— pigneraticia 46, 118

— privata 42

— pro socio 41

— Publiciana 39 (rescissoria) 87

— quanti minoris 73

— quasi Serviana 40

— quod metus causa 36, 41

— redhibitoria 36, 41

— rei uxoriae 41

— rescissa capitis deminutione 40

— rescissoria 87

— Serviana 40

— tutelae 41

— venditi 10, 33, 38, 41

Actione obligari 10 p. 1

— teneri 10, 46 p. 1

Actionem dare 7, 8, 12, 25, 29

— denegare 8, 16, 49, 50

— differre 11

— edere 16, 25, 27

— habere 10

— pati 10

— postulare 8, 27, 98

Actiones adiecticiae qualitatis 39

— annales 42

— arbitrarie 36, 38, 42, 60

— bonae fidei 41, 46

— civiles 38, 39

— duplices 42

— ex contractu 41

— ex delicto 41

— ficticiae 39, 87

— in factum conceptae 38, 39, 40, 46,

52, 85; in ius conceptae 38

— in personam 12, 19, 40 ns. 53, 55, 59,

72, 118

— in rem 12, 19 ns., 40 ns., 52, 54, 59,

72; in rem scriptae 41

— mixtae 42

— noxales 35, 42, 54, 57, 62

— perpetuae 42, 62, 117

— poenales 42, 62

— populares 42

— praediciales 42

— praetoriae 38, 39

— privatae 42

- quae infitendo crescunt in duplum 35, 53, 55, 56, 76
- reipersecutoriae 42
- simplices 42
- stricti iuris 41, 45
- temporales 42, 62, 117, 118
- utiles 40, 77
- Actor** 8, 42, 50; (zástupce právnické osoby) 64
- Adice dědická** (restituční při ní) 86
- Adiudicatio** 36
- Aedilové** 50
- Agere** 8, 11; cum aliquo 8, 11
- Agere per sacramentum** 18 ns.
- per sponsionem 23, 24, 54, 80, 81 ns., 114
- per formulam petitoriam 54
- Album soudců** 30, 53
- Alia res** 60
- Alienatio in fraudem creditorum** 85
- Alienatio iudicii mutandi causa facta** 85
- Alieno nomine agere** 63
- Alimentační spory** 89, 90
- Aliud pro alio** 60
- Altercationes** 68
- Alternativní povinnost** 60
- Antibiblion** 96
- Antitesa práva civilního a praetorského** 45 ns., 101
- Apostoli** 112
- Appellatio** 71, 105, 107, 111 ns.
- Arbiter** 20, 80, 83
- Arbitrium de restituendo** 35, 60
- litis aestimandae 17
- Argumenta** 69

B

- Beneficium competentiae** 47, 75, 77
- Bis de eadem re** 58
- Bona fides** 33, 34, 41, 46
- Bonorum emptio** 90
- emptor 76
- possessio Carboniana 90, 91 p. 1
- possessor 39
- venditio 53, 75, 76

C

- Calumnia** 56, 89, 91 p. 1
- Capitis deminutio** 84
- Causa actionis** 73. Viz Právní důvod
- Causae cognitio** 81, 86, 91 p. 1
- Cautio** 53, 54, 65 ns.
- damni infecti 88
- de dolo 88
- iudicatum solvi 54
- iudicio sisti 97

- legatorum servandorum causa 88
- ratam rem dominum habiturum 65, 66
- rem pupilli salvam fore 88
- usufructuaria 88
- Centumviri** 30, p. 3, 70, 70, p. 1
- Certa pecunia** 20, 33, 41
- Certa res** 20, 33, 41
- Cesse** 39
- Cessio bonorum** 75, 77, 88, 116
- Cognitio** 86
- Cognitor** 48, 64 ns.
- in rem suam 39
- Comparatio litterarum** 105
- Comperendinum** 19
- Competens iudex** 90
- Compromissum** 25
- Conceptio formularum** 90
- Concursus creditorum** 75
- Condemnari oportere** 39, 59
- Condemnatio** 32, 34 ns., 39, 40, 43, 44, 45, 51, 61, 64, 69, 102, 103, 108
- certa 34
- certae pecuniae 34
- incertae pecuniae 34, 35
- in rem ipsam 108
- pecuniaria 35, 108
- Condictio** 21, 41
- certae rei 34, 41, 55
- indebiti 106
- Confessio** (in iure) 17, 52, 75, 100
- Conflictus** 98, 99
- Consultatio** 109
- Contradictio** 97, 98, 100
- Contravindicare** 17
- Controversia mota** 99
- Contumax** 110
- Curator** 65, 66, 76, 77, 78, 116
- Curator furiosi** 66

D

- Damnatio** 35, 77
- Damnum corpore corpori datum** 40
- Dare actionem viz Actionem**
- certae pecuniae 33, 34, 52
- certae rei 33, 34, 52
- oportere 18, 39, 41, 43, 44, 47, 59
- Datio actionis** 25, 49
- Datio iudicis** 30
- Decemviri** 30, p. 3, 70, 70 p. 1
- Decretum** 78, 86
- Defensio** 17, 41, 44, 53 ns. 57
- Defensor** 64, 65
- Definitivae sententiae recitatio** 107
- Demonstratio** 34, 61, 69
- Denegare actionem viz Actionem denegare**
- Denegatio** 49 ns., 55, 81, 87

- actionis 16, 24, 28, 49, 55, 56
- interim 51
- Denuntiatio** 94, 95
- ex auctoritate 95
- Diecese** 93
- Dies comitiales** 15
- fasti 15, 23
- fatales 112, 113
- Distractio bonorum** 77
- Do, dico, addico** 7
- Dolus** 85
- Doznání viz Confessio.**
- Dualismus práva civilního a praetorského** 45, 101
- Ductio** 54
- Duplicatio** 48, 66, 69, 103
- Důkaz listinami** 68, 105
- místním ohledáním 68
- přísahou stran 68
- svědecký 68, 104 ns.
- Důvody rozhodovací** 70

E

- Eadem quaestio** 72, 73
- res 58 ns., 73
- Edere actionem viz Actionem edere**
- Edicto teneri** 10 p. 1
- Edictum** (perpetuum) 32, 38, 81, 84, 85, 87, 88
- de alienatione iudicii mutandi c. f. 62
- peremptorium 110
- Editio actionis** 16, 27, 28, 55, 75, 96
- Episcopalis audientia** 94
- Evocatio** 94
- denuntiatione 94
- edicto 94
- litteris 94
- Exceptio** 31 ns., 43 ns., 50, 51, 59, 61, 65, 66, 67, 69, 81, 85, 99, 101 ns.
- cognitoria 48
- doli 41, 44, 46, 48, 84
- iurisiurandi 56
- litigiosi 62
- litis dividuae 61, 69
- mercis non traditae 48
- metus 46
- pacti 44, 46, 48
- procuratoria 47
- rei iudicate 48, 71 ns., 109
- rei iudicate vel in iudicium deductae 59, 71 ns., 99
- rei venditae et traditae 46
- senatusconsulti Velleiani 46
- Exceptionem dare** 31, 46 p. 1
- denegare 31, 51, 87
- obicere 31
- postulare 31, 98

- Exceptiones dilatoriae** (temporales) 48, 103
- in factum 48
- peremptoriae (perpetuae) 48, 87, 103
- propositae 48
- utiles 48
- vulgares 48
- Exekuce** 21 ns., 53, 64, 74 ns., 91, 112, 115 ns.
- majetková univerzální 75 ns., 115, singulární 77, 115
- osobní 21 ns., 75, 116
- Exekutor** 96, 97
- Exemplum** 110
- Extraordinaria cognitio** 13 p. 1, 78, 89 ns., 110, 111

F

- Facere** 33
- Festuca** 19
- Fideicommissum** 89
- Fideiussor iudicii sistendi causa datus** 97, 97 p. 1, 111
- Fikce** 39, 77, 87
- Formula** 7, 11, 24 ns., 28, 32 ns., 38 ns., 44, 58, 60, 61, 62, 66, 67, 68, 79, 81, 85, 87, 91, 95; viz též **Judicium**
- arbitraria 83
- Rutiliana 77
- Serviana 77
- Formulae certae** 38
- ficticiae 39, 40, 77
- in factum conceptae 38
- in ius conceptae 38
- incertae 38
- praeciudiciales 36 ns.
- propositae 38
- utiles 40
- Formulam accipere** 7, 28, 30
- dare 29, 30
- denegare 29
- edere 7, 30
- Formule civilní** 38, 39
- praetorské 38, 39
- se záménou subjektů 39, 64, 77
- Forum** 15, 50
- domicilii 50
- originis 50
- rei 50
- Fructuaria stipulatio** 82
- Fructus licitatio** 82

H

- Hasta** 19
- Hereditatis petitio** 60, 72, 74; viz **Žaloba dědická**
- Honorář** 89
- Hypomnema demosion** 105

I

Imperium 59, 78, 84
Incertum 33, 34, 35
Indefensus 8, 28, 32, 41, 53 ns., 55, 56, 81
Infamia 76, 77, 78
Infitiari 16, 42, 53, 76
In iudicium deducere 11
In ius vocatio 15 ns., 27, 93
Iniciativa ke sporu 8, 9, 12, 83
Institor 46 p. 1
Intence viz Intentio
Intentio 32 ns., 34, 36, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 59, 60, 61, 64, 67, 69, 72, 77, 101, 102, 108
— certa 33, 34, 38
— incerta 33, 34, 38, 69
— in factum concepta 32 ns., 59
— in ius concepta 32, 33, 59
Intercesse 46
Interdicta 24, 30, 42, 72, 78 ns., 89, 114
— adipiscendae possessionis 54
— duplicia 80
— exhibitoria 80, 83
— prohibitoria 80
— recuperandae possessionis 80
— restitutoria 80, 83
— retinendae possessionis 80
— simplicia 80, 83
— utilia 81
Interdictum de itinere actuque privato 63
— de tabulis exhibendi 83
— fraudatorium 85
— postulare 81
— quem fundum 54
— quorum bonorum 113
— reddere 79, 81
— secundarium 83
— unde vi 79, 80, 114
— uti possidetis 80, 82
— Utrubi 114
Interlocutio 96
Interrogatio in iure 57, 106 ns.
Iudex 20, 30, 66 ns., 91 p. 1
— sive arbiter 20
— datus 62, 93
— pedaneus 93
— privatus 5, 19, 20, 30, 62, 66 ns., 88, 92
Iudicari iubere 12
Iudicatio 5 p. 1
Iudicatum 11, 70; viz **Rozsudek, Sententia**
Iudicatum facere oportere 59
Iudices (-em) dare 5, 7, 30

Iudicia 25 p. 1
— bonae fidei 41, 60
— duplicia 8, 42
— extraordinaria 90
— legitima 25 p. 1, 26, 59
— quae imperio continentur 25 p. 1, 26, 59
— stricta 41, 60
Iudicio contrahere 8, 62
Iudicium (jako formule) 8, 12, 25 p. 1
— (jako proces) 25 p. 1, 26
— accipere 7, 25, 28, 30, 53
— arbitrium de re restituenda 81
— calumniae 89
— Cascellianum 82, 83
— contrarium 89
— dare 7, 29, 30; viz **Actionem dare**
— dictare 30
— edere 7, 25, 30
— fructuarium sive secutorium 83
— in rem rescissa alienatione datum 87
— operarum 55
— purum 51
— recuperatorium z nedovoleného obe-
slání 33 p. 1
— rescissorium 87
Iuge silentium 117
Iurare sibi non liquere 70, 70 p. 1
Iurisdictio 5, 6, 16, 74, 78, 84, 87, 93
Ius dicere 5, 5, p. 1, 15, 67
Iusiurandum calumniae 55, 56, 97, 100
— (důkazní) 68, 105
— in iure 55, 56, 105
— in litem 36
— necessarium 56, 105
— referre 55
— voluntarium 56, 105
Iussum iudicandi 9, 12, 17, 25, 31, 66, 79, 92
**Iusta causa in integrum restituti-
onis** 84 ns.
Iustissima causa erroris 85
Iustissima causa ignorantiae 86

J

Jednání in fraudem creditorum 76

K

Kausa viz Právní důvod
Kauce procesní viz Cautio stipulatio
Konkurs 75, 76, 115, 116
Konsul 15, 89, 91 p. 1
Konsumce viz Procesní konsumce
Kontrakt procesní 8
**Kontumační řízení viz Řízení, Roz-
sudek**

L

Legis actiones 7, 12, 14 ns., 23, 24, 25 p. 1
Legis actio per conditionem 14, 15, 20 ns., 41
— per iudicis arbitrive postulationem 14, 15, 20
— per manus iniectionem 15, 21 ns.
— actio per pignoris capionem 15, 23
— sacramento 14, 14 p. 2, 15, 17, 18 ns., 23
Lex Aebutia 24
— Calpurnia 20
— Cicerea 37
— Cincia 46
— duodecim tabularum 14 p. 1, 15, 16 p. 1, p. 2, 21 p. 2
— Furia de sponsu 22
— Furia testamentaria 22
— Iulia iudiciorum privatorum 24, 75
— Marcia 22
— Pinaria 19
— Poetilia 22, 74
— Pubilia 22
— Silia 20
— Vallia 22
Libelli appellatorii 112
— refutatorii 109
Libellus 95, 96, 97, 99
— contradictionis 95, 97
— conventionis 95, 96, 97, 99
Lis 11
— pendens 58, 99
Litis aestimatio 35, 36
— contestatio (litiskontestace) 7, 8, 8 p. 1, 12, 14, 19, 20, 29, 30 ns., 32, 48, 49, 54, 55, 57 ns., 63, 64, 67, 76, 81, 82, 93, 96, 98 ns., 109, 111
— — repetita die 63
Litterae dimissoriae 112
Longi temporis praescriptio 117, 118
Longissimi temporis praescriptio 118

M

Magister bonorum vendendorum 76, 116
Magistrát soudní 5, 15, 89, 93; viz **Praetor**
Maiores potestas 109 ns.
Maiores (restituere) 85
Manus iniectionis iudicati 21 ns.
— pro iudicato 22
— pura 22
Minores (restituere) 84
Minus in condemnatione positum 61, 85
— in intentione positum 61, 85, 108, 109

Missio in possessionem bonorum 53, 55, 87, 88
— i. p. b. rei servandae gratia 76, 77, 88, 115
— in p. legatorum servandorum causa 88
— in p. rei ex primo decreto 88
— i. p. rei ex secundo decreto 88
— i. p. ventris nomine 88
Mistodržíci 15, 81
Modus agendi 16, 25 p. 1
Moratorium 116
Mortis causam praestare 40

N

Narratio negotii 97, 98, 100
Náklady sporu 108, 109, 113
Námitka nákladů na věc 44
Negotiorum gestor 64
Neplatnost rozsudku 71
Nepřítomnost dlužníka 55
— (restituere) 85
Nezletilost (restituere) 84 ns.
Novatio 58, 108; necessaria 8 p. 1, 58
Noxae deditio 35, 54
Nuda promissio 88

O

Obecní magistrátové 15
Obeslání 13, 15 ns., 27, 93, 94, 96, 99, 110
— edicto 94
— denuntiatione 94, 95
— kontumační 110, 111
— litteris 94
Obligace procesní viz Procesní ob.
Obligatio 10 p. 1
— contrahitur 10
— est 10
— oritur 10
Obrana 31 ns., 43 ns., 49, 67, 79, 81, 87, 97, 100, 117
— kompensace 102, 103
Odmítání soudce 30, 53, 100
Odpor proti formulí 28 ns., 29 p. 1
Odvolání 110 ns. Viz **Appellatio**
Officium (úřad) 96
Officium soudcovo 41, 45, 60, 66, 67, 88, 109
Omyl (restituere) 85, 87
Operae liberales 89
Ordo iudiciorum privatorum 9, 92, 93, 94

P

Pactum de iureiurando 56
— de non petendo 44, 47, 48

Parangelia 93
Pariculum (periculum) 110
Peculium 35
Peněžní kondemnacce 35
Perorationes 68
Persecutio 101
Petere 16
Pignus in causa iudicati captum 78, 115
Plná moc 47
Plus in condemnatione positum 61, 85
 — petitio 60, 69, 85, 98, 108, 109
 — — causa 60, 109
 — — loco 60, 109
 — — re 60, 109
 — — tempore 60, 102, 109
Počátky procesu 6, 15
Poena 53
 — sacramenti 18
 — sponsonis 18, 80, 84
Pokuty pro neoprávněné odvolání 113
Porada o rozsudku 70
Porotce viz Unus iudex
Poshovění 115
Postátnění procesu 93
Postulační způsobilost viz Způsobilost
Postulare viz Actionem, Interdictum
Postulatio actionis 27, 98
 — simplex 98
Povinnost svědčeti 68
 — defensní viz **Defensio, Indefensus**
Praedes litis et vindiciarum 19, 54
 — sacramenti 18
Praefecti iuridicundo 15, 50
 — praetorio 93
 — urbi 94
Praefectura 92
Praeiudicium 32, 36 ns.
Praescriptio fori 96, 97, 100
 — mendaciorum 115
 — peremptoria 103
 — pro actore 37, 49, 61; pro reo 49, 65
 — triginta vel quadraginta annorum 118
Praesumptio (viz Právní domněnka)
 iuris 106, iuris et de iure 106
Praetor 5, 6, 15, 49, 50, 61, 65, 66, 67, 75, 78, 81, 84, 86, 90, 91
 — fideicommissarius 90
 — peregrinus 25
 — urbanus 15
Praetoria cognitio 86
Praetorské stipulace 87 ns., 91 p. 1
Právní domněnka 69, 106
 — moc rozsudku 71; negativní funkce 73, pozitivní funkce 73
Právo civilní 38, 45, 46, 68, 85, 90, 101, 102
 — císařské 89, 91

— praetorské 10 p. 1, 38 ns., 45, 46, 46 p. 1, 68, 85, 90, 101, 102
Preces 115
Principium quaestionis 97, 100
Privata testatio 95
Privilegia cause 8 p. 1
Privilegované pohledávky 116
Privilegium exigendi 77
Pro tribunali 15
Proces (podstata jeho) 12
 — denunciační 95, 98, 110, 111
 — formulový 7, 24 ns., 26 ns.
 — libellový 95 ns., 98, 110, 111
 — legisakční 7, 14 ns., 63
 — poklassický a iustinianský 12 ns., 92 ns., 112
 — rescriptový 114 ns.
Procesní dohoda 8, 25, 30, 57, 58, 61, 62, 66, 71, 77, 79, 92, 95, 100, 108
 — kauce viz **Cautio stipulatio**
 — konsumce 49, 50, 58, 60, 62, 65, 99
 — obligace 8 p. 1, 39, 59, 59 p. 1, 63
 — program 61, 66, 67
 — reforma 24 ns., 92 ns.
 — vady 47, 48, 50
 — zastoupení 39, 47, 62, 63 ns.
Proconsul 78, 86
Procurator 47, 64 ns.
 — in rem suam 39
Projítí času (restituce) 86, 112
Promlčení 94, 117 ns.
 — lhůta 118
 — přetržení 95, 96, 99, 118
 — stavení 118
Pronuntiatio 86
Proscriptio bonorum 76, 77
Protestace 118
Provinciální proces 93
 — denuntiatio 96
Provincie 15, 93
Provocatio viz Appellatio
Předprocesní poměr 10 p. 1, 39, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 99
Předlužení 116
Příslušnost (místní, věcná) 50
Příslušný soud, soudce 12
Přísaha viz Iusiurandum
Publica custodia 85
 — utilitas 42
Publicum instrumentum 105
Publikace rozsudku 110

R

Rectores 94, 95
Recuperatores 30, 30 p. 2, 70
Reivindikace 44, 45, 54, 60, 63, 72, 74, 87, 91, 102

Relatio 110
Reparatio a lapsu 112
 — temporum 95
Rem defendere 17, 41, 44, 54
Replicatio 47, 48, 61, 66, 67, 69, 87, 103; rei secundum se iudicatae 73
Res 11, 53
 — in iudicium deducta 57 ns., 71 ns., 98 ns.
 — iudicata 71 ns.
 — litigiosa 62
Reskript 110, 115
Responsio 57, 97
Restipulatio 56, 82, 83
Restituční povinnost 36, 83
Restitutio in integrum 61, 62, 69, 84 ns., 89
 — in personam 87; in rem 87
Reus 42
Revocatio in duplum 71
Rozdělení řízení 6, 12, 25, 93
Rozsudek 9, 50, 58, 63, 69 ns., 71 ns., 76, 107 ns., 111, 112, 113
 — částečný 107 ns.
 — konečný 107
 — odsuzující 58, 67, 69, 70, 75, 107
 — osvobozující 50, 67, 69, 70, 107
 — ukládající přísahu 108

R

Řízení apud iudicem 6, 9, 25, 66 ns., 92, 102, 110
 — důkazní 68 ns., 104 ns.
 — extra ordinem 9, 71, 89 ns., 110
 — in iure 6, 9, 25, 55, 57, 87, 92, 102, 105, 110
 — interdiktní 78, 80 ns.
 — kontumační 93, 95, 110 ns.
 — odvolací 112
 — per formulam arbitriariam 81, 83, 114
 — per formulas sive per concepta verba 24 ns.
 — per legis actiones 14 ns.
 — per sponsonem 23, 24, 54, 80, 81 ns., 114
 — restituční 86
 — summární 90, 91 p. 1, 113 ns.

S

Sacramentum 17, 18, 19, 20
Samosoudce viz Unus iudex
Sanctae scripturae 101, 107
Satisfactio 88
Se defendere 17, 41
Secundaria actio 114
Senatus consultum Velleianum 46

Sententia 9, 20, 69 ns., 86
 — absolutoria 69, 107
 — condemnatoria 69, 107
 — definitiva 107, 115
 — interlocutoria 112
 — terminalis 101
Separatio bonorum (restituce) 86
Servitus oneris ferendi 38
Smír 56
Soudce 5, 9, 12, 18, 19, 20, 25, 26, 36, 62, 83, 98, 103, 106, 115
Soudcovské právo zástavní 78
Sponsio 23, 56, 81, 82, 83; viz také **Agere, Řízení per sponsonem**
Sponsio dimidia, tertiae partis 56, 89
 — poenalis 23
 — praeiudicialis 23
Sportulae 97
Spory o držbu 70, 114
Stipulatio 106
 — pro praede litis et vindiciarum 54, 88
 — iudicium solvi 54, 55, 65, 88
Stipulationes cautionales 88
 — communes 88
 — conventionales 87
 — iudiciales 88
 — praetoriae 87
Successor procesní strany 74
Summatim cognoscere 91
Svědék viz Důkaz svědecký
Syndicus 64

T

Tabellio 105
Testes 68, 69
Tortura 105
Translatio iudicii 62 ns.
 — possessionis 54, 55
Trina edicta 110
Trinae denuntiationes 110
 — litterae 110
Triplacatio 58, 66
Tutor 64, 65, 66

U

Unus iudex 26, 62, 70, 71
Ustavení sporu viz Litis contestatio
Usurae centesimae 107
Uznání 17, 52
Úřednický proces 7, 12 ns., 70, 91

V

Vades 16
Vadimonium 16, 27, 87, 97 p. 1
 — desertum 27

Vazba 97, 116
 Venditio bonorum 55
 — trans Tiberim 22
 Vicarii 93, 94
 Vindex 16, 21, 22, 97 p. 1
 Vis ac metus 85
 Vis ex conventu 82, 83
 Volné uvážení praetorovo 86
 Volnost oceňování důkazů 13 p. 1, 68, 104
 Vyhlášení rozsudku 70
 Vzdání se odvolání 112

Z

Zahájení sporu 58
 Zastoupení viz Procesní zastoupení
 Zákon viz Lex
 — XII t. 15, 19, 20, 21, 39
 Zákonná zásada průvodní 69, 104
 Závazky civilní 10, 10 p. 1
 — praetorské 10, 10 p. 1
 Zcizení sporné věci 62, 99

Zmeškání 20, 70, 95, 110
 Změna žaloby 67
 Zpětné vzetí žaloby 11, 58
 Způsobnost býti stranou 27, 50
 — postulační 27, 50, 65, 97
 — procesní 27, 50

Z

Žaloba 10, 28, 37 ns.
 — dědická 49, 54, 70
 — o obnovu 74
 — vlastnická 35, 36, 44, 54
 — zástavní 46
 Žalobní typy 10, 28, 37, 96, 98, 102
 Žaloby aedilské 42, 118
 — civilní 38 ns., 42
 — dílčí 36, 42
 — držební 70, 72
 — nepřecházející na dědice 62
 — praetorské 38 ns., 42, 118
 — přecházející na dědice 62
 — věcné viz Actiones in rem

ADDITAMENTA

Právě vyšlá sbírka prací romanistických Atti del congresso internazionale di diritto romano, Roma, d. II, 1935, obsahuje též řadu významných studií k římskému procesu, zvláště justiniánskému.

Ku změnám klasické *actio ex decreto* v komplikaci justiniánské v *actio quae competit* srovn. Giffard, L'actio civilis incerti et la donation avec charges dans le droit classique. Dodej k § 7 č. 2 na konci.

Další, konstruktivně vynikající studie Bettiho, Struttura e funzione processuale dei libelli conventionis e contradictionis, má za úkol vytříbiti strukturu a funkci obou, jak je Betti charakterisuje, přípravných podání, libellu conventionis a libellu contradictionis. Betti považuje za nutné rozeznávat jaksi dvě fáse libellu žalobního: první fási, kdy libellus, adresovaný soudu, jeví se v podstatě jako žádost o autorizaci k obeslání žalovaného, nemusí ještě obsahovati jména žalobního typu; to by byla *postulatio simplex*; a druhou fási, kdy libellus, adresovaný nyní odpůrci, musí již obsahovati i jméno žaloby a přechází v *editio actionis, conventio*, s níž jsou spojeny četné účinky klasické litiskontestace. Dodej k § 21 č. 5 na konci.

Další studie, Biondi, Il processo civile giustiniano, citovaná již shora podle separátu, kriticky odděluje ryze historické elementy kompilace justiniánské od živých, praktických elementů (interpolace a pozdní císařské konstituce) a podle toho kreslí syntetický obraz justiniánského procesu.

Krásná studie Wengerova, Einige Bemerkungen zur historischen Behandlung des röm. u. just. Zivilprozeßrechts, charakterisuje dnešní stav badání o římském procesu a sleduje vývoj magistrátské cognitio, jejímž rozvojem je dána vývojová linie římského procesu. Dodej k st. 13 p. 1.

Ve studii Der obrigkeitliche und der prozeßuale Zwang im röm. Recht sleduje Frese rozdílnou povahu přímého donucení vrchnostenského a nepřímého procesního donucení soudcovy. To jej vede k otázce, má-li donucovací ráz *actio*, což popírá, rozeznáváje v tom směru od *actio*, výlučně to pojmu materiálněprávního, procesní pojem *iudicium, condictio, formula*. Pak by byla v pramenech klasických všechna místa, kde se mluví o *actione teneri*, interpolována, což je velmi pochybné. Dodej k § 2 č. 9.

Konečně nutno aspoň jménem uvést, poněvadž rozsáhlost práce více nedovoluje, systematické vyličení ponenáhlého vývoje od římského formulového k úřednímu procesu kogničnímu: Balogh, Beiträge zur Zivilprozeßordnung Justiniani, I, Zur Entwicklung des amtlichen Kognitionsverfahrens bis zu Justinian.