

DŮKAZ DOPADENÍM PŘI ČINU A POČÁTKY SVĚDECKÉHO DŮKAZU V PRÁVU SLOVANSKÝCH NÁRODŮ

Vladimír Procházka

§ 1: Objektivní pravda v důkazním řízení za feudalismu*

Mezi změnami, které prodělala důkazní soustava na evropském kontinentu v době do 15. století, je nejdůležitější nahrazení, resp. omezení důkazů založených na víře v zásah nadpřirozených mocností, důkazů iracionálních (přísaha, ordál, soudní souboj) důkazy objektivními, racionálními (svědci, listiny). Této otázky si odborná literatura ovšem zhusta všímá a zvláště souhrnné práce se s ní vyrovnávají. Na širším základě ji však dosud řešila jediné literatura německá, která má řadu srovnávacích pohledů alespoň na vývoj důkazů u germánských národů.¹ Proti tomu práce z oblasti práv slovanských jsou v tomto oboru nečetné a často místně omezené,² ačkoli právě

* Seznam zkratk je uveden na konci článku.

¹ K. Maurer, *Das Beweisverfahren nach deutschen Rechten*, Krit. Übersicht d. deutsch. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft V, München 1857; J. W. Planck, *Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter*, Braunschweig 1879; A. Kries, *Der Beweis im Strafprocess des Mittelalters*, Weimar 1878; R. Löning, *Der Reinigungseid bei Ungerichtsklagen im Deutschen Mittelalter*, Heidelberg 1880; H. Brunner, *Zeugen- und Inquisitionsbeweis der karolingischen Zeit*, Forsch. z. Gesch. d. deutsch. u. franz. Rechtes, Stuttgart 1894; F. Beyerle, *Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang*, Deutschrechtliche Beiträge X/2, Heidelberg 1915; E. Mayer, *Geschworenengericht und Inquisitionsprozess*, München—Leipzig 1916; H. Meyer, *Gerüft, Handhaftverfahren und Anefang*, Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. 50, germ. Abt. 37, Weimar 1916; E. Mayer—Homberg, *Beweis und Wahrscheinlichkeit nach älterem deutschen Recht*, Marburg 1921; R. Ruth, *Zeugen und Eideshelfer in den deutschen Rechtsquellen des Mittelalters*, Gierke's Untersuchungen 133, Breslau 1922.

² K. Kadlec, *Prvobitno slovensko pravo pre X veka*, Beograd 1924 (původní text z Encyklopedji Polskiej IV/2 (Kraków 1912) doplnil F. Taranovski); též, *Přisežní pomocníci v právu slovanském*, Sborník věd práv. a stát. XV, Praha 1915; Vl. Aleksijev—Miladinov, *Osnovi na istorija na slavjansko pravo*, Sofia 1946; Wl. Semkowicz, *Przysięga na słońce*, Kraków 1916. České thematice, avšak s širokými výhledy srovnávacími, jsou věnovány práce: V. Vaněček, *Počátky práva a státu v Československu*, Praha 1946; J. Markov, *Původ-sok a jeho místo v systému českého středověkého průvodního řízení*, Sborník věd práv. a stát. XXVIII, Praha 1928; též, *K dějinám českého zemského práva XIII. a XIV. století*, Iuridica slovaci I, Bratislava 1948. Stručně a jenom nepřehledně je založena studie: B. V. Marković, *O dokazima u krivičnom postupku*, Beograd 1. vyd. 1908, 2. vyd. 1921.

pro otázky vývoje procesního práva u Slovanů mají srovnávací pohledy při mnohde nedostatečném rozsahu pramenných zpráv význam mimořádný.³ To platí zejména o období raného feudalismu, kdy nepříliš hojné zprávy o institucích jednotlivých slovanských národů lze podati přímým srovnáním s institucemi druhých Slovanů, neboť vývoj společnosti je tu téměř zcela shodný. Od konce 14. století, kdy zejména z Čech a Polska začíná být pramenných údajů hojně, mají srovnávací pohledy proti tomu za úkol vytknout hlavní linie vývoje a hlavní rysy dotyčných institucí v celkovém přehledu, z něhož by pak vycházelo další detailní studium lokální.

Pro kvalifikaci změn v důkazní soustavě je rozhodující rozsah, v jakém se uplatňuje při zjišťování skutkového stavu *zásada materiální pravdy*. Při aplikaci této zásady se postupuje tak, že při zjišťování skutkového stavu se dospívá k poznání objektivní pravdy, shody poznatku se skutečností, zatím co při aplikaci *zásady formální pravdy* se za příčinu prohlašuje něco, co jí ve skutečnosti není, takže se vytváří *umělý, zdánlivý kausální nexus*.⁴ Zatím co však se dnes při uplatňování zásady formální pravdy v řízení chápe její aplikace jako nezbytně nutná jen tehdy, neexistují-li prostředky pro postup podle zásady materiální pravdy, *v rodové společnosti a zvláště v počátcích feudalismu se kausální nexus formálních důkazů pokládal za objektivní*, neboť podle tehdejších představ o poznání byl zjištěn postupem zcela »věcným«. Přes toto odchylné chápání je však *možno i v těchto dobách konstatovat aplikaci důkazu objektivního, založeného na materiální pravdě s hlediska naší gnoseologie*. Jeho uplatnění vedle formálního důkazu je problémem, který má řešit tato práce.

Podání obrazu uplatňování zásady materiální pravdy v procesním právu slovanských národů musí bedlivě vycházet ze skutečnosti, že dochované právní předpisy pocházejí z různých dob a mají různorodý obsah, většinou trojího původu: zbytky obyčejového práva ze závěrečných fází rodového zřízení, ustanovení vzniklá ve feudálních státech a konečně řadu předpisů recipovaných z práv cizích,⁵ jednak sousedních národů, jednak ze vzdálenějších soustav zvláště dokonalých, a proto vhodných (právo římské, kanonické). Zvláště důležité jsou tu zbytky ze společenských formací před-

³ Právě z období nejstarších slovanských dějin se nyní objevilo syntheticky psané dílo zásadního významu: H. L o w m i a ń s k i, Podstawy gospodarcze formowania się państw słowiańskich, Warszawa 1953. Úspěch srovnávací metody je zde, jak bylo konstatováno kritikou díla (V. V a n ě ě k in Byzantinoslavica XVI/2, Praha 1956, 342–3) nepochybný, i když v dalším bude potřeba se vyvarovat vadného používání pramenů z oblastí místně a časově příliš odlehklých a plně objasnění otázek spojených se vznikem státu a práva u Slovanů bude možné jedině kombinováním výsledků studia komparativního a lokálního.

⁴ K tomu srov. Fr. Š t a j g r, Materiální pravda v občanském soudním řízení, Praha 1954, 11–13, a t ý ž, Zásady civilního soudního řízení, Praha 1946, 79.

⁵ O těchto třech složkách obsahu právních knih píše nejnověji V. T. P a š u t o, Pomezanijska. »Pomezanskaja pravda« kak istoričeskij istočnik izmenenija obščestvennogo stroja Pomezaniji XIII–XIV vekov, Moskva 1955 – podle recenze, již napsal W. H e j n o s z, Czasopismo prawno-historyczne VIII/2, Warszawa 1956, 352.

feudálních. Jestliže byl přenesen »do feudálního státu kus rodového zřízení v podobě markových společenství« a jestliže přitom »orgány rodového zřízení byly částečně přetvořeny, částečně zatlačeny vsunutím nových orgánů a konečně zcela nahrazeny skutečnými státními úřady«,⁶ pak jedině při přihlédnutí k těmto faktorům lze podat přesvědčivý obraz skutečného rozvoje důkazních institucí.

Při studiu změn důkazní soustavy je třeba mít na zřeteli, že situace jednotlivých dílčích územních součástí jednotlivých větších celků probíhá často různým způsobem; jako na jedné straně mění se ekonomické poměry vedou ke změnám právních institucí, tak na druhé straně vytvářejí nové právní instituce předpoklady pro změny v organizaci zejména hospodářského života.⁷ Slovanské země prodělaly sice v době raného feudalismu vývoj celkem shodný, takže v řadě případů je možno přímo srovnávat mezi jejich jednotlivými institucemi, avšak v mnohém směru na př. změny v Čechách předcházejí změnám v jiných státech. Na balkánském poloostrově je zase třeba odlišovat sféru přímé recepce byzantského práva (Bulharsko) a v Charvátsku a Srbsku lišit mezi oblastí institucí domácích, v malých knížectvích značně archaických, a oblastí přímořských měst, které recipovaly značně pokročilé právo italské. Nelze tedy při líčení vývoje slovanského procesního práva postupovat zcela jednotně.

I. DŮKAZ DOPADENÍM PŘI ČINU

§ 2: Dopadení při činu v rodové společnosti a za raného feudalismu

Za raného feudalismu vycházelo řešení sporných otázek ze dvou základních situací: *flagrantního přistižení viníka* nebo jeho nepřistižení, jež vedlo k t. zv. *žalobě prosté*,⁸ (schlichte Klage). V prvním případě je napadený s právního hlediska pánem situace a může útočníka na místě ztrestat; v druhém se řízení účastní obě strany⁹ a celý důkazní systém raně feudálního práva je fakticky soustavou předpisů pro tuto situaci.

⁶ B. Engels, Původ rodiny, soukromého vlastnictví a státu, Praha 1950, 166 a 155.

⁷ Tak o Slezsku v rámci polského státu J. Baszkiewicz, Powstanie zjednoczonego państwa polskiego na przełomie XIII i XIV wieku, Warszawa 1954, 67 a d.; tamtéž 91 o vlivu vnějšího nebezpečí na vzrůst feudálního státu ve východní Evropě; tamtéž 144: »W procesie zjednoczenia Polski poważna rola przypadła momentom politycznym«; tamtéž 434 o vlivu sjednocení Polska na hospodářský rozvoj země. — O různorodosti procesních institucí v jednotlivých sousedních zemích germánských národů píše Maurer, Beweisverfahren, 233.

⁸ H. Lévy — Bruhl, Les témoins de la Loi Salique, Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis III, Haarlem 1922, 407.

⁹ O tom, že jde o jakýsi souboj stran, píše V. Sergejevič, Lekcijs i issledovanija po drevnej istoriji russkogo prava, Peterburg 1910, 585 a V. O. Ključevskij, Kurs ruskoj istoriji, Moskva 1906, I 284.

Instituce dopadení při činu má svůj počátek v rodovém zřízení společnosti a i v době raného feudalismu, z níž jsou teprve její doklady v právních pramenech, nese řadu rysů z prostředí svého vzniku. Z povahy rodové společnosti se podává, že instituce dopadení při činu je ve své podstatě exekučním řízením nejjednoduššího typu;¹⁰ patřila původně do *sféry mimosoudní* a je výrazem někdejší *svépomoci*.^{10a} Jednání, které se přičilo všeobecně přijatým zásadám, bylo možno potlačit odplatou bezprostředně se vážící na vykonaný čin. Postupem doby automaticky provedený odplatný čin stále více doznával regulace se strany společnosti; kolektiv zde vědomě zasahoval a schvaloval, »legalisoval« svépomocný zákrok napadeného jedince. Při dovoleném zákroku proti rušiteli obecně přijatého pořádku *myšlenka procesní legitimace, oprávnění k tomuto zákroku, dominuje nad otázkou skutečné existence předpokladů zásahu*, takže velmi snadno může dojít k toliko navenek odvetnému činu proti osobě, jež ve skutečnosti žádný čin porušující obecné zásady nespáchala.¹¹ Celé řízení se dotýkalo toliko *oblasti dnešních institucí trestněprávních*, neboť s výjimkou movitostí osobní povahy všeobecně platná zásada kolektivního vlastnictví znamenala naprosté nerozvinutí pozdějších institucí civilněprávních; nadto i vkročení do jejich jinak nekomplikované sféry bylo chápáno jako čin povahy trestní, stíhaný jako delikt.

Starší formou dopadení při činu je *slavnostní oznámení usmrcení přistiženého pachatele*.¹² Je to starobylá »Klage gegen den toten Mann«, z níž se později vyvinula speciálně právem upravovaná situace činu v nouzi, kdy z prostředku původně obranného (proti rodině zabitého útočníka) se stala samostatná žaloba útočné povahy.¹³ Jedině tímto způsobem bylo možno odvrátit mstu rodinných příslušníků usmrcené osoby. Přitom nelze pochybovat o tom, že toto oznámení slavnostního rázu, spojené často s přísahou, hluboce tkví i v některých kultovních představách soudobé společnosti,¹⁴ a že v tomto směru je *mezi dopadením při činu, jenž jako důkaz má základ nepochybně reálný, a iracionálním důkazem v případě, že není po ruce žádná opora pro objektivní posouzení situace, těsná myšlenková souvislost*.

V dalším vývoji, usměrňovaném nepochybně růstem feudálních prvků ve společnosti a nastolením justice, dochází při přistižení pachatele k důležitým procesním změnám. Pachatel není už na místě usmrcen¹⁵ a mladší

¹⁰ R. Schröder — E. Künssberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, I. d. Leipzig 1919, II. d. Berlin — Leipzig 1922 (6. vyd.), I 95.

^{10a} Löning, Reinigungseid 98.

¹¹ Na př. anglické právo počítá s touto možností a dovoluje dodatečnou žalobu na skutečného viníka (Mayer — Homberg, Beweis 88).

¹² E. Glasson, Étude historique sur la clameur de haro, Nouvelle revue historique de droit français et étranger VI, Paris 1882, 533—4.

¹³ Beyerle, Entwicklungsproblem 495.

¹⁴ Tamtéž 499—500; Meyer, Gerüft 422—3.

¹⁵ Beyerle, Entwicklungsproblem 473.

formou dopadení při činu se stává *legalisace svépomocného aktu nositelem soudní pravomoci*, jenž konstatuje formálně správný postup (čin v noci, spoutání delikventa) a poté pachatele vydává poškozenému k potrestání.¹⁶ Tento postup je výsledkem stadia, kdy se počíná uplatňovat intensivněji státní aparát; nemůže sice ještě zlomit moc starého obyčeje okamžitého trestání dopadeného pachatele, avšak chrání žalovaného aspoň do té míry, že vyžaduje dodržení určitých podmínek tohoto zásahu.¹⁷ Přitom důkaz byl zcela jednostranný, neboť vypovídal toliko sám napadený, kdežto útočník nebyl vůbec slyšen.¹⁸ Legalisaci dopadení při činu nemusí ovšem provádět vždy jen tento individuální nositel soudní pravomoci, feudál nebo jeho úředník. Pokud tato literatura všeobecně předpokládá,¹⁹ činí tak neprávem. Feudál nebo jeho úředník zde beze všech pochyb vstoupili do práv, která dříve patřila *shromáždění všech plnoprávných příslušníků starších organizačních útvarů*, typicky občinnému soudu. Právě slovanské právo přináší zde důkaz odjinud neznámý: srbský Dušanův zákoník v čl. 149 hovoří výslovně o odevzdání pachatele dopadeného při činu župnímu soudu.²⁰ V této době existovaly sice už župy i jako větší politické organismy, avšak jejich základem jsou někdejší předfeudální útvary.

Právní prameny zachycují toliko druhé vývojové stadium dopadení při činu, kdy tato instituce není už pouhou svépomocí, *nýbrž svépomocí právem upravenou a v tom směru založenou na určitých objektivních prvcích zjištění trestného činu, z nichž právě později vychází svědecký důkaz*. Základními případy dopadení je vlastní dopadení, chycení při útěku nebo nalezení nějakého předmětu u osoby, jež jeho držbu předtím popřela.²¹ Formálními náležitostmi předepsaného postupu jsou stržení pokřiku (jež není nutné při utrpění ran), okamžité podání žaloby (zákaz prodlení přes noc) a věcný příznak spáchaného činu, typicky při krádeži ukradený předmět.²² Dopravení pachatele před soud není vázáno formálními předpisy,²³ avšak většina práv zaznamenává skutečnost, že delikvent bývá spoután.²⁴ Na roveň doličného

¹⁶ V římském právu výrazem toho je sollení verbum »addico« (M. B o h á č e k, Arbitration and State-Organized Tribunal in the Ancient Procedure of the Greeks and Romans, Iura 3, Napoli 1952, 212, 214; t ý ž, Ius dicere nejstaršího římského procesu, Listy filologické 75, Praha 1951, 15).

¹⁷ B o h á č e k, Arbitration 194–5. — Největší omezení práva poškozené osoby, původně provádějící akt odplaty svépomocně, je v dánském a norskooislandském právu, kde od nejstarších zpráv byl pachatel vydáván úředníku a jím usmrcen (Mayer, Geschworenengericht 240, 248).

¹⁸ G l a s s o n, La clameur haro 529.

¹⁹ Tak činí převážně ruská literatura (PrRus II 217–8, 388–9).

²⁰ ZakStDuš 116: Šim-zi obrazom' da se gusar' i tat' obličnii; i tako-zi v' obličenie ako se što godě licem' uchvati u nych', ili ako ich' uchvate u gusi ili u kragie, ili ich' předađu župě, ili selom' ili gospodarem', ili vlastělinu kol ie nad' nym', kako iest vyše upisano, ty-zi gusarie i tati da se ne pomiluju; n' da se oslepe i oběse.

²¹ K r i e s, Beweis 52.

²² Tamtéž, 53–7.

²³ S c h r ö d e r – K ü n s s b e r g, Lehrbuch I 406.

²⁴ M a y e r – H o m b e r g, Beweis 282.

předmětu klade řada právních řádů akt rušící domovní mír (vpád do domu, dvora, chléva, sýpky), často provedený násilím (vloupání, prokopání), a čin v noci.²⁵ Není však zcela jisté, zdali tu jde skutečně o mladší stadium, kdy proti přímému usmrcení dochází ke spoutání a zadržení delikventa a jeho pak pozdější předvedení před soud, jak míní část nauky;²⁶ i když jistě legalisace svépomoci touto cestou je všeobecně pozdějším vývojovým stadiem, nelze přehlížet, že i v době platnosti staré zásady bezprostřední odplaty mohl poškozený pachatele neusmrtit ihned, nýbrž až dodatečně a formálně před příslušníky celého společenského útvaru a tak přímo použitím této slavnostní formy znemožnit odvetnou mstu pokrevenského svazku útočníka.

§ 3: Dopadení při činu a svědecký důkaz

Je zajímavé, že odborná literatura dosud nevěnovala zvláštní studii otázce vztahu důkazu dopadením při činu ke svědeckému důkazu,²⁷ ač jejich spojitost je nasnadě. I když je pravda, že v rodové společnosti hojně rozšířené iracionální důkazy hluboce tkvěly ve světě soudobých magických představ a neobjektivního chápání skutečnosti, přece však proti tomu právě zde byly zásadní předpoklady pro věcné oceňování situací. Ve společenských celcích, kde se všichni navzájem znali a trestný čin byl skutečnou událostí, bylo posouzení nařčeného pachatele podle jeho povahy a pověsti i podle chování v určité konkrétní situaci, na jejichž základě se teprve dál formální důkaz, do velmi značné míry zcela objektivně možné.²⁸ Jedině přihlédnutí k těmto sociálním poměrům a způsobu života, danému určitým způsobem technického vybavení společnosti v okruhu hospodářských možností, umožňuje i jasnou představu svědeckých prvků v instituci dopadení při činu.

Ve společnosti organisované v útvarech, ať ještě do jisté míry pokreven-

²⁵ B o h á č e k, *Ius dicere* 15–16.

²⁶ Tak R u t h, *Zeugen* 144–5.

²⁷ Na existenci tohoto vztahu je založena jediné citovaná práce K r i e s o v a, jenž se otázky dotýká na mnoha místech, typicky na př. na str. 98. O tom, že možnost svědectví je kryta dopadením při činu, hovoří B e y e r l e, *Entwicklungsproblem* 438, 454 a M a y e r – H o m b e r g, *Beweis* 283. H. B r u n n e r – C l. S c h w e r i n, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2. vyd. München–Leipzig 1928, II 537 konstatuje, že svědkové pokřiku jsou nejbližší svědkům, formálně že však zůstávají přísežníky. M a r k o v í č, *O dokazima* 31 hovoří o shodných rysech svědků a osob přítomných dopadení při činu. Do širšího rámce pozdějšího vývoje zasazuje celý problém L ö n i n g, *Reinigungseid* 82–94, podle něhož základem dopadení je »oculis deprehendere« (85); vizuální základ dopadení doplňuje přísaha, která situaci kvalifikuje už jako určitý trestný čin (88). Pokřik je výzvou k opatření svědků, formální charakter výpovědi svědků pokřiku neanuluje ještě reálný základ jejich vědomostí (94, 82). Spoutání pachatele a jeho dopravení před soud nestačí (to patrně však až v pozdějším vývoji) a musí být doplněno příznakem činu, doličným předmětem (91–2).

²⁸ U. S t u t z, *Die Beweisrolle im altdeutschen Rechtsgang*, *Zeitschr. d. Savigny—Stiftung f. Rechtsgesch.* 62, germ. Abt. 49, Weimar 1929, 18–19. H o m a y e r a P l a n c k zdůrazňují proti tomu při důkazním břemenu přednost obrany před útokem, H ä n e l obranu cti a svobody, B r u n n e r lepší vědomí určité situace, M a y e r – H o m b e r g pravděpodobnost; pravdě nejbližší je B e y e r l e (tamtéž, 20–23).

ské či spíše už převážně teritoriální povahy, bylo společenství života všech příslušníků těchto útvarů tak těsné, že každý čin se odehrával před očima ostatních lidí. Jestliže právní ochrana, »mír«, byla spojena právě se sídlištěm na rozdíl od oblasti mimo ně, byla tato skutečnost typicky výrazem oné životní pospolitosti, která mezi příslušníky jednotky vládla. Proto i každé porušení pravidel společného života se nutně odehrávalo za bezprostředního svědectví celé obce (odtud přežívání důležitého postavení sousedů i v pozdější době) a pokřik napadeného dovoloval v součinnosti s těmi, kdo v okamžiku přichvátali na pomoc ze sousedních domů, primitivně postavených, nehrazených a nezamykaných,²⁹ postižení pachatele na místě skutečnými svědky činu. Z toho důvodu také ze západoevropských pramenů existují jen dva doklady, že přistižení při činu je předstíráno falešně.³⁰ Teprve v pozdější době za existence nového typu sídlišť, kdy zemědělské hospodářství vedlo k exploataci prostorů od původního centra osídlení vzdálenějších a kompaktnost starších vsí byla porušena vznikem samostatně položených dvorců, byla znemožněna nebo aspoň ztížena automatická kontrola činu společností. Tehdy se také začíná objevovat kritický vztah k této instituci.³¹ *Původně však dopadením při činu se vyčerpávají možnosti svědeckého důkazu, pro nějž v primitivních poměrech jiná situace prostě nevzniká, takže nejstarší prameny jej zcela pomíjejí. Možnosti věcného objektivního důkazu jsou totiž vyčerpány jednak jednotlivými případy dopadení při činu, jednak všeobecnou známostí o činu,³² která vede v nejstarší době k automatickému zásahu veřejnosti proti pachateli a později pak je předpokladem pro řízení na základě notoričnosti činu, resp. špatné pověsti (homines nocivi, schädliche Leute). Nakolik by totiž vůbec možnost svědectví vznikala, je v nejstarším právu svědectví znemožněno povinností okamžitého zákroku proti pachateli, jeho likvidací, a tím neexistencí nutnosti podávání nějakého svědectví. Svědkové činu by bývali byli potrestáni, kdyby nezakročili; přitom ovšem je nutno lišit mezi součinností členů rodových svazků a pozdější feudální povinností zásahu.*

Těsnou souvislost dopadení při činu a svědeckého důkazu zřetelně ilustruje případ dopadení ženy při cizoložství, a to patrně i osobou jinou než manželem (»čistým svědectvím«), jak je to vyjádřeno v čl. 14 statutu grbalské župy z počátku 15. století.³⁴ Patrně i zde byl po způsobu přistižení pachatele

²⁹ O tom na př. u polabsko-pobaltských Slovanů velmi barvitě Herboldus, Dialogus de vita Ottonis episcopi Babenbergensis, Mon. Germ. hist.-Schrift. XII, solo Hannover 1868, II 41.

³⁰ Kries, Beweis 59.

³¹ Ruth, Zeugen, 152.

³² Mayer — Homberg, Beweis 283, 289.

³³ Tamtéž 279; Ruth, Zeugen 160; R. Bechert, Recht oder Pflicht zur Beweisführung? Zeitsch. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. 62, germ. Abt. 49, Weimar 1929, 52—3.

³⁴ ZakSrp 106: Koja bi žena po čistom svjedočanstvu ili očevidnu učinila preljubu, da je svoj muž otpusti ošišane glave, fersana nosa i bez jednoga ucha.

postiženým způsoben pokřik a zavedeno sumární řízení na místě. O tom, že v této době už prorážely obecně prvky skutečného svědeckého důkazu, je jasno z čl. 58 téhož statutu, jenž dovoluje započítí nového procesu o dluh, jestliže byly dodatečně nalezeny potřebné písemnosti nebo opatřeno »čisté svědectví«,³⁵ zřejmě skutečný svědecký důkaz. Uvedení svědectví týmž termínem ve dvou situacích, z nichž jedna je dopadením při činu, zřetelně ukazuje souvislost obou institucí.

§ 4: Důkaz dopadením při činu v právu slovanských národů

Původní význam důkazu dopadením při činu jako základního typu důkazu nejstarší důkazní soustavy slovanských národů prokazuje několik závažných výrazů nejstarší slovanské právní terminologie. Z nich nejrozšířenější jsou označení odvozená od slova »lice«. Protože při dopadení při činu byl pachateli většinou odňat odcizený předmět (*corpus delicti*), zvaný »lice« (jinak rovněž »jistina«), je charakteristicky význačná část slovanské terminologie procesního a trestního práva od tohoto termínu (přelíčení, licować, ličit, uličit, ulička, obličít, obličiti, priličiye).³⁶ Důležitost dopadení při činu prokazuje dále české »postihnouti«, jež zcela nepochybně bylo původně výrazem pro označení této instituce; nejstarší česká právní kniha, Kniha rožmberská, používá tohoto termínu zásadně v souvislosti s důkazním řízením³⁷ a tak ukazuje, že výraz pro nejstarší plný důkaz se později aplikoval pro důkaz všeobecně. Nejdůležitějším dokladem významu instituce dopadení při činu jest však církevněslovanské »pritěknuti«, jímž se na několika místech tlumočí výrazy řeckých předloh pro skutečný svědecký důkaz. Tímto slovesem jest přeložen řecký termín *παράστυσις* v dochovaném rukopisu z 12. století překladu biblické pasáže A 24, 13 Apoštola Christinopolského z 10. století,³⁸ tentýž autor má dále na místě A 25, 7 »pritěknuti« za řecké *ἀποδείξις*,³⁹ a konečně podle přepisu rumjancevského rukopisu Ustužské kormčí knihy z 13. století je tímto výrazem tlumočen text Apost. 68 *ἐμὴ συνταίνη*.⁴⁰ Ze všech těchto míst vyplývá, že řeckému důkazu racionálními důkazními pro-

³⁵ ZaSrp 108: a poslije našlo bi se pismo ili čista svjedodžba.

³⁶ Kadlec, *Prvobitno slov. pravo* 127; F. Taranovski, *Istorija srpkog prava u nemanjičkoj državi*, Beograd 1935, IV 192; ZakStDuš 201; Aleksijev – Miladinov, *Osnovi* 134–5.

³⁷ Čl. 115: král postihni svědky svými; čl. 129: nelze nevěry postihnúti lidmi; čl. 134: ludi vésti právo, jimižto postihnú; atd. (AČ I 466–8). K tomu Markov, *Původ-sok* 355 p. 26.

³⁸ A. Kałużniacki, *Actus epistolaeque apostolorum paleoslovenice*, Vindobonae 1896, 58: ni pritěknuti mi mogut', o nich'že na mę glagoljut'.

³⁹ Tamtéž 59: mnogy tež'ky viny prinosešte na Pavla, ich'že ne možachu pritěknuti.

⁴⁰ Podle edice tohoto rukopisu, kterou připravuje pro tisk univ. prof. Dr J. Vašica, jenž mi laskavě dovolil nahlédnout do svého materiálu, in f. 25b, v. 17–18: ašte ne pritěknut'.

středky, tedy především svědectvím, odpovídal u Slovanů původně důkaz dopadením při činu.

Z přímých dokladů dopadení při činu obsahuje nejtypičtější rysy této instituce v slovanském právu čl. 6 Olegovy smlouvy z r. 911 s Řeky,⁴¹ kde jako základní náležitost oprávnění k usmrcení pachatele se podtrhuje *násilné odnětí předmětu z držby a další násilné zabráňování jeho zpětnému nabytí*. Dobrovolné vydání předmětu zlodějem vede jen k zatčení pachatele, jenž pak je patrně předveden před soud k potrestání v rámci řádného řízení. Čl. 30 kratšího a čl. 40 širšího znění Ruské pravdy⁴² dovolují *okamžité potrestání nočního rušitele domovního míru*. Nedošlo-li k tomu okamžitě a vyčkalo-li se rozednění, je třeba útočníka předvésti před knížete, jenž zřejmě v první fázi dá formální svolení k dodatečnému potrestání, v další potom převezme výkon soudu sám; jestliže se najdou *svědci* — zde typicky se ukazuje souvislost dopadení při činu se svědeckým důkazem, kteří viděli mrtvolu útočníka spoutanu, takže pachatel jasně nebyl usmrcen in continuo činu, platí se knížeti pokuta za překročení právních předpisů. Srbský Dušanův zákoník klade v čl. 149 důraz na *doličný předmět*, potrestání samo kapitálním trestem však dává do rukou soudní vrchnosti, ať je jí občina či už individuální feudál;⁴³ privilegovanost situace dopadení při činu je neobyčejně výstižně naznačena následujícím čl. 150, podle něhož při nedopadení je předepsán zcela odchylný procesní postup, ordál žhavého železa.⁴⁴

Právní důsledky přistižení při činu se projevují ve značném rozsahu ještě v době poměrně velmi pozdní. Řada z nich není známa ze slovanských zemí.⁴⁵

⁴¹ PRP I 7–8: Ašče ukradet' Rusin čto ljubo u Chrestiana ili paki Chr'stjan u Rusina, i jat budet' v tom čase tat', jegda tatbu s'tvorit' ot pogubivšago čto ljubo, ašče pri-gotovit' sja tat'bu tvorjai, i ub'jen budet', da ne vziščet'sja smert' jego ni ot Chrest'-jan, ni ot Rusi, no pače ubo da vozmet' svoje, iže budet' pogubil. Ašče vďast' ruce svoji ukradyi, da jat budet' tem že, u negože budet' ukradeno, i svjazan budet', i otdast' to, ježe sme stvoriti, a sotvorit' triiči.

⁴² Čl. 38 kratší RP (PrRus II 216): Ašče ub'jut tat'ja na svojem dvore, ljubo u kleti, ili u chleba, to toj ubit'; ašče li do sveta deržat', to vesti jego na kňaz' dvor; a ože li ub'jut', a ljudi budut' videli svja-zan, to platiti v nem'.

Starší názory ruské literatury, že jde o instituci recipovanou z cizích práv — Ključevskij uvádí židovské a Sergejevič židovské a byzantské (PrRus II 388–9), jsou ovšem mylné, jak vyplývá už ze zběžného pohledu na práva ostatních evropských národů.

⁴³ Viz pozn. č. 20.

⁴⁴ ZakŠtDuš 117: I ako kto pošče sudom' gusara i tata, i ne budě obličenia, da im' iest' opravdanie železo što e položilo carstvo mī; da ga uzimaju u vratěch' cr'kevnych' ot' ogňa, i da postavī na svatoi trapeze. — K tomu Marković, O dokazima 71–2.

⁴⁵ Mezi ty, pro něž nejsou doklady ze slovanských zemí, patří předpis, že dopadení nelze nikdy odporovat výzvou na souboj ani v právech, kde jinak je souboj neobyčejně rozšířen (M. Pappenheim, recense E. Mayera, Göttingensche gelehrte Anzeigen, Berlin 1920, 142), řízení není také možno převést k vyšší instanci »zhaněním« (M. Stieber, Zhanění a odvolání, Sborník věd práv. a stát. XV, Praha 1915, 334), pachatel nemůže být vyručen z vězení (P. del Giudice — G. Salvioi, Storia del diritto italiano, Milano 1925–7, III/2 351) a ve Francii se na základě dopadení zavádí inkvi-

Z práv slovanských národů jako takový důsledek je doložena především změna soudní příslušnosti na základě dopadení. Tak v oblasti magdeburského arcibiskupství ve 13. století soudy nad obviněnými Slovany se konaly za předsednictví osoby slovanské národnosti, při flagrantním deliktu a pokřiku mohl však být předsedou Sas.⁴⁶ Podobně v Rusku se ještě o několik století později řízení při flagrantním činu konalo na místě a nikdy nemělo charakter procesu civilního;⁴⁷ přitom na základě dopadení při činu docházelo k mučení dopadeného nebo se koná úřední prohlídka jeho bydliště.⁴⁸ Vliv zvýšené trestnosti dopadení při činu se projevuje také např. v tom, že k svědectví činu spáchaného v noci stačí výpověď žen, jak to ustanovuje čl. 33 a 34 VI. knihy dubrovnického statutu z r. 1272.⁴⁹ Někdejší všeobecný kapitální trest⁵⁰ ve velmi archaické podobě náhradního trestu insolventního zloděje, za současné odpovědnosti jeho rodiny, pokud o věci věděla, obsahuje čl. 2 litevského suděbníku Kazimírova z r. 1492.⁵¹ Po třetí dopadeného zloděje přikazuje popravit čl. 5 základního dvinského zákona z r. 1397.⁵² Přísné důsledky někdejšího trestu na životě v poněkud mírnější formě se dlouho projevovaly zejména v Rusku. Čl. 33 smlouvy smolenského knížete Mstislava Davydoviče s Rigou a dalšími německými městy z r. 1229 dovoluje tomu, kdo přistihne zloděje, svobodně nakládat jeho osobou;⁵³ shodné předpisy mají základní zákony některých ruských zemí ještě do počátku 16. století.⁵⁴

Formou důkazu dopadení při činu byla přísaha osoby dopadnuvší pachatele před soudem, která tvořila plný důkaz, na jehož základě soud dal automatic-

siční proces (Mayer, Geschworenengericht 193), takže nakonec splynula aprise a enquête (A. Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France, Paris 1882, 79).

⁴⁶ J. Matuszewski, Artykuly słowiańskie Zwierciadła saskiego, Czasopismo prawno-historyczne I, Poznań 1948, 32, 37 a 39.

⁴⁷ I. D. Beljaev, Lekcii po istorii russkogo zakonodatel'stva, Moskva 1879, 243, 343.

⁴⁸ I. Malinovskij, Lekcii po istorii russkoga prava, Rostov na Donu 1918, 487.

⁴⁹ MHJSM IX 136–7.

⁵⁰ Likvidace pachatele bez soudu trvá v Anglii a Normandii do 14. století (E. Glanville, Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et juridiques de l'Angleterre, Paris 1882–83, II 461; W. Holdsworth, A History of English Law, London 1942, III 608).

⁵¹ ZbPrLit 37–8: Što s licom privedut tatia budet li moči čim zaplatiti, ino zaplatiti istinnu; pakli čaho v domu ne budet, budet žona toje vedola z detmi užo izroslymi, žonoju iz (!) detmi platit, a saho na šibenicju. A što budet malyi dieti niže semi hod, tyi v tom ne vinni.

⁵² PRP III 162–3: A taťa vpervyje prodati proti poličnogo; a vdrugije uličat, prodatut jeho ne žaluja; a uličat vtret'ije, — ino povesili; a taťa vsjakogo pjatniti.

⁵³ 1. redakce (PRP II 68):
Ašče Rusin ili Nemčič', imet' taťa u svo-
jego tovara, v tom' jeho volja (čto cho-
čet' učiniti).

2. redakce (tamtéž):

Kotoryi Rusin, ili Latin'skyi imet' taťa,
nad tem' jemu svoja volja, kamo jeho
chočet', tam dežet'.

⁵⁴ M. Jasinskij, Ustavnyje gramoty litovsko-russkogo gosudarstva, Kijev 1889, 177: Základní ústavní zákon vitebské země z r. 1503, 24. ustanovení: a čogo licom ne doiščutsja kotoroje taťby, ino istcu s tatinogo domu žonoju jeho i deťmi zaplatiti jeho gibel', a v tom, tati my vol'ny; a ne budet u taťa čim platiti taťby, ino jeho ist'cu vydati, i gde jeho vschočet tam jeho denet. — Shodné předpisy mají základní ústavní zákon vitebské země z r. 1509 v ust. 24, plocké země z r. 1511 v ust. 10 a žmuďské země z r. 1492 v ust. 25 (tamtéž 178).

ky svolení k potrestání. Výslovné uvedení přísahy je ze slovanského práva známo jen v nečetných případech,⁵⁵ avšak důvodem toho je patrně samozřejmost věci, takže zákonodárce nemusil o tom zvláště ustanovovat. Přísahu uvádějí lankošínská usnesení Mazovanů a Lenčičanů z dvacátých let 15. století⁵⁶ a kap. 186 statutu dalmatského města Budy z r. 1442.⁵⁷ Mladší dobu postupu s přísahou spojenou s oznámením činu úředníkům a možností protidůkazu přísežníky má pro případ znásilnění čl. 83 Majestatis Carolinae.⁵⁸ Nelze pochybovat rovněž o tom, že jasným dokladem přísahy svědků dopadení při činu je přísaha oněch osob, jež podle čl. 27 pskovské soudní gramoty z první poloviny 15. století vypovídají o rvačce na trhu nebo na ulici,⁵⁹ jak tomu nasvědčuje slovo »duša« v gramaticky jinak nadmíru zjednodušeném textu.

V několikerém směru nejzajímavější doklady pozdní aplikace zásad platných při dopadení při činu poskytuje praxe záhřebského soudu z první poloviny 15. století. Tam žalobce při formálním důkazu usvědčoval žalovaného *přísahou na hlavu* (na př. i když se předtím přiznal) a po vykonání této přísahy jej sám *vlastnoručně popravil*, obvykle oběšením.^{59a}

§ 5: Pokřik

Z přirozené povahy věci se podává, že pachatel nebyl vždy chycen přímo napadenou osobou, jež často musila volat o pomoc a mohla teprve za asistence přichvátavších lidí pachatele dostihnout.^{59b} *Volání o pomoc, pokřik, je tedy druhou základní formou flagrantního přistižení pachatele* vedle jeho

⁵⁵ O její vžitosti na západě na př. Planc k, Gerichtsverfahren II 128.

⁵⁶ SPPP I 294: čl. 13: praestito corporali juramento, quod equum vel bovem a fure defendit (v pozdějším polském překladu: odbíl). — Čl. 17: arrestator jurabit, quod in silva vel in gajo suo deprehendit arrestatum.

⁵⁷ MHJSM III 41: Ordinemo, che alcuna persona fosse trovata doi volte in furto, sia creduto con sacramento, et il ladro sia tenuto sodisfarli di quanto giurasse.

⁵⁸ Viz pozn. č. 231.

⁵⁹ PRP II 289: A gde učinitsa boi u torgu ili na ulicy vo Pskove ili na prigorode, ili v sele na volosti v piru, a grabežu ne budet, a tot boi mnogy videli v torgu ili na ulicy, ili v piru, a stavši pered nami čeloveki 4 ili 5, a rkuči slovo: »togo bicha«, — ino kto bilsja, togo čeloveka ich duša vydati (v rubli) bitomu čeloveku, a kňazaja prodaža. Toi že bit učnet klepat' grabežom, — ino jemu chodit isca posluhom odnym čelovekom togo delja, zaneže i pole prisužati. — (O přísaze nemluví výklad PRP II 307, 345–6).

^{59a} Tak tomu bylo roku 1423 ve sporu proti Andreji Matijevičovi, zatčenému s ukradenou krávou (HPPR 321): idem fur, quem per juramentum per ipsum Nicolaum (žalobce) super caput eius terció se depositum, ut moris est, preventus, extraduci ligatis oculis et manibus a retris sub patibulo et suspendi debeat per Nicolaum supradictum. — Podobně je tomu r. 1434 při žalobě Němce Erasma Reynbergera proti Jiřímu, synovi Emericha, z krádeže sukna, když žalovaný se už byl přiznal »absque tormento« (HPPR 450): ideo ipse Erasmus terciusmet debet super eo, ut ipse Georgius est verus fur suus et predictas res ab eodem Erasmo subtraxisset et a servo suo predicto, et dum juraverit super eum, tunc suspendere debet eundem Georgium. — Obdobně i HPPR 321 (1438), 337 (1439).

^{59b} V právním životě uplatňovaný pokřik má však základ obecnější. Jak ukazuje L. Hammerich, Clamor, Kobenhavn 1941, 4–5, byl výzvou proti nepřítelům lidským i zvířecím, používalo se ho na honech i v případě živelných nehod (ohněň, povodeň).

dopadení (a případně i potrestání) na místě. Stržení pokřiku bylo *náhradní formou* přistižení,⁶⁰ jež však stejně jako přímé dopadení vedla k potrestání pachatele nejprísnějším trestem, původně přímo z ruky napadeného.⁶¹

Osvětlení této instituce v oblasti práv slovanských národů umožňuje výklad dvou nejstarších označení »svědků« v ruské, resp. i jihoslovanské terminologii, termínů »vidok« a »posluch«. V literatuře se všeobecně zvyklo prvního z nich pokládat za skutečného svědka, druhého za přísedníka.⁶² To však je stav z doby, kdy podle pramenů »posluch« převážně byl přísedníkem. Jinak v ruských pramenech a zejména v Ruské pravdě je rozdíl mezi nimi zcela setřen.⁶³ Přes to všechno však dělení »svědků« podle jejich názvů na dvě kategorie musí mít nějaký objektivní základ a tak snad nebude prostý výklad obou slov jejich obecným významem vzdálen pravdě.⁶⁴ Bedlivý rozbor může tu poukázat na některé důležitější souvislosti.

Termín »vidok«, který naznačuje vizuální vnímání a tedy předpoklad skutečného svědectví, kryje v Ruské pravdě několik typů osob vypovídajících před soudem. V čl. 37 širšího znění je vidok skutečným svědkem, jenž byl na trhu přítomen uzavření koupě a v případě, že koupený předmět byl ukraden a nový vlastník nezná svého předchůdce, potvrzuje přísahou fakt kupní smlouvy.⁶⁵ Proti tomu jsou vidokové čl. 10 kratšího znění⁶⁶ a čl. 31 širšího znění Ruské pravdy⁶⁷ formálně přísedníky, avšak situace, kterou oba články popisují, totiž spor o drobné násilí povahy urážky na cti, je velmi vhodný pro skutečný svědecký důkaz, takže iracionální forma tu může dobře krýt důkaz objektivní pravdy. Totéž platí o situacích čl. 2 kratšího znění⁶⁸ a čl. 29 širšího znění Ruské pravdy,⁶⁹ kde se pro případ, že napadená

⁶⁰ O tom má zajímavý předpis francouzská královská ordonnance z r. 1273: *Quod si arrestare vel capere non potuerint, levant clamorem ad quem omne qui illum audierint, currere teneantur* (G l a s s o n, *La clameur haro* 526).

⁶¹ E s m e i n, *Procédure criminelle* 112.

⁶² Tak naposled S. V. Ju š k o v, *Obščestvenno-političeskij stroj i pravo kijeviskogo gosudarstva*, Moskva 1949, 518–9.

⁶³ Posluch podává svědectví o tom, co slyšel, u vidoků je typické, že nikdy nejsou svědky dožádanými (N. D j u v e r n u a, *Istočniki prava i sud v drevnej Rossiji*, Moskva 1869, 121 a 191).

⁶⁴ K a d l e c, *Přísední pomocníci* 262.

⁶⁵ PrRus II 378: *Paki li budet' čto tatebno kupil v torgu, ili kon' ili port, ili skotinu, to vyvedet svobodna muža dva ili mytnika; aže načnet' ne znati u kogo kupil, to iti po nem' tem vidokom na rotu, a istcju svoje vzjati.*

⁶⁶ PrRus II 82: *Ašče li rinet' muž' muža ljubo ot sebe ljubo k sobe, 3 grivne; a vidoka vyvedet'; ili budet' varjag ili kolbjag, to na rotu.*

⁶⁷ PrRus II 356: *Ače pop'chnet' muž' muža ljubo ot sebe ljubo k sobe, ljubo po licju udarit', li žerďju udarit', i vidoka dva vyvedut', to 3 grivny prodaži; aže budet' varjag ili kolbjag, to polnaja vidoka vyvesti; i ideta na rotu.* — Při výkladu článku je třeba úsek »polnaja vidoka« tlumočit jako »stačí jediný svědek«, jak v literatuře uvádí toliko E w e r s (PrRus II 356). Duál poslední věty se vztahuje na článek celý.

⁶⁸ PrRus II 58: *Ili budet' krovav ili sin' nad'ražen, to ne iskatí jemu vidoka čeloveku tomu; ašče budet' na nem' znamenija nikotorago, to li priidet' vidok; ašče-li ne možet', to tomu konec'; ože li sebe ne možet' m'stiti, to vzjati jemu za obidu 3 grivne, a letcju m'zda.* — Mylně hovoří B e l j a j e v, *Lekcii* 228 a d. o recepci tohoto ustanovení z byzanckého práva.

osoba nebude zkrvavena, vyžaduje důkaz vidokem. Nadto se zde tento průvod vyskytuje navíc v těsném spojení s důkazem na základě příznaků činu (o tom blíže dále v § 13), jenž je právě mladší formou důkazu dopadením při činu, a v čl. 2 kratšího textu se docela hovoří o svépomoci, takže uvedení výrazu »vidok« v této souvislosti jen posiluje mínění o objektivním důkazu. *Termín »vidok« by tedy byl dobře mohl původně označovat člověka skutečně přítomného spáchání trestného činu.*

Při termínu »posluch«,⁷⁰ který se často překládá jako svědek v běžném smyslu slova,⁷¹ je potřebí si především ujasnit, že významově tu původně šlo skutečně o osobu, která vypovídala o něčem, co slyšela,⁷² a že zejména není možno toto slovo uvádět ve vztah se slovesem »słatsja« ve významu »odvolávati se na někoho«, »dovolávati se někoho«.⁷³ Mohl tedy tak být pojmenován někdo, kdo slyšel určitá slova nebo výkřiky, jež měly právní dosah. Že termínem »posluch« se skutečně označovali lidé, svolaní pokřikem napadeného a později tento fakt na soudě dosvědčující, se podává z dokladů psaných církevní slovanštinou. V § 4 bylo poukázáno na význam termínu »prit'knuti« jako slovesa vyjadřujícího dopadení při činu. Některé a zvláště pozdější prameny uvádějí toto sloveso stereotypně ve spojení s podstatným jménem »posluch«. Tak Varsonofijská kormčí kniha Čudovského kláštera ze 14. století má tímto termínem přeloženu příslušnou pasáž o svědeckém důkazu ze sbírky *Zakon sudnyj ljudem*,⁷⁴ a zcela obdobný je text velmi pozdního překladu *Eklogy* z 16. století.⁷⁵ Nejvzdálenější variant, totiž frázi již zcela bez slovesa »prit'knuti« jest v Jefremovské kormčí knize z 11. století.⁷⁶ Ve všech těchto případech se sice někdejší církevněslovanský výraz

⁶⁹ PrRus II 350: aže pridet' krovav muž' na dvor ili sin', to vidoka jemu ne iskatí, no platiti jemu prodažu 3 grivny, ašče li ne budet' na nem znamenija, to priversti jemu vidok slovo protivu slova; kto budet' počal, tomu platí (některé rukopisy: platiti) 60 kun; ače že i krovav pridet', ili budet' sam počal, a vylezut posluší, to to jemu na platež' ože i bllí. — O zranění mohou vypovídati přímí svědci, označení jako vidoci, proti tomu osoby vypovídající o původu sporu, nazvaní posluchy, mohou podle soudobého chápání vyjadřovat toliko své přesvědčení.

⁷⁰ Vedle toho i tvar »poslych« (I. I. Srezněvskij, *Materialy dlja slovarja drevne-russkogo jazyka po pis'mennym pamjatnikam*, Moskva 1902, II 1243.

⁷¹ Jistě nepřekvapí, jestliže tento výklad uvádí bez dalšího na př. B. M. Volin — D. N. Ušakov, *Tolkovyj slovar' russkogo jazyka*, Moskva 1939, III 630. Závažnější však je, když stejný údaj má i práce právněhistorická, nadto určená pro vysokoškolské studium, jako je tomu v díle: M. N. Tichomirov, *Posobiye dlja izučeniya Russkoj pravdy*, Moskva 1953, 162.

⁷² M. Vasmer, *Russisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1953, II 415: der gehört hat; Rječnik hrvatskoga ili srpskoga jazyka X (ed. T. Maretić), Zagreb 1931, 942: Ohrenzeuge; Srezněvskij, *Materialy* II 1239: sluch, molva; Vl. Dal', *Tolkovyj slovar' živogo velikorusskogo jazyka*, Peterburg—Moskva 1882, III 346: temnyje, nevernyje sluchi.

⁷³ Tak mnil M. F. Vladimírskij — Budanov, *Obzor istorii russkogo prava*, Kijev 1886, II 260.

⁷⁴ Srezněvskij, *Materialy* II 1481: f. 185: ašte ne prit'knete poslušech'.

⁷⁵ P. M. Strojev, *Sofijskij vremjannik*, Moskva 1830, I 130: ašte ne pritoknut' s' posluchy.

⁷⁶ V. N. Beneševič, *Syntagma XIV titulorum sine scholiis*, Peterburg 1906, 76: ašte ne ubo posluš'stvo budet.

pro označení instituce dopadení při činu spojuje s pozdějším názvem přísežníka (o tom dále v § 14), avšak mezitím nastal zřejmě již významový posun tohoto termínu, jenž se při přihlédnutí k širším vývojovým a významovým souvislostem tak samozřejmě kvalifikuje jako označení osoby přivolané na místo trestného činu pokřikem. Protože nejpodstatnější část textů právní povahy, psaných církevní slovanštinou, pochází z druhé poloviny 10. století a první rukopis s termínem »posluch« z 11. století,⁷⁷ lze mezidobí těchto dat pokládat za dobu, v níž došlo k počátkům tohoto posunu. Z dokladů psaných mladšími jazyky než církevní slovanštinou poukazuje na uváděný význam slova posluch jedině čl. 21 širšího znění Ruské pravdy,⁷⁸ jenž hovoří o důkazu ordálem při prosté žalobě (poklepna ja vira), t. j. tehdy, když nebyl pachatel přistižen při činu, a přitom mluví o nemožnosti nalezení posluchů, tedy svědků pokřiku flagrantního deliktu.

Termín »posluch« má, jak řečeno, složitý významový vývoj. Jeho druhým stupněm je užití tohoto výrazu pro *svědka dožádaného*. Od 13. století se totiž tak běžně označuje »testis rogatus« nějakého právního aktu,⁷⁹ stranami nebo stranou zvláště dožádaný k tomu, aby se účastnil dotyčného aktu a později v případě potřeby o něm vydal svědectví. Na rozdíl od západní Evropy, kde výhodné formy důkazu dopadením při činu se po jeho formalisaci použilo i pro žaloby civilní (o tom dále v § 10), v oblasti slovanských práv vývoj pokřiku nedospěl do tohoto extrému, avšak označení svědka pokřiku bylo vztaženo i na instituce jiné. Po vzniku feudální společnosti nastala totiž značně intensivnější hospodářská produkce a uvolnění rodových svazků rozšířilo ve srovnání s předchozí převahou vztahů trestněprávních sféru vztahů civilních. Uzavírání smluv se dělo pochopitelně za účasti svědků a pro ně v Rusku se použilo hotového termínu, jenž sice označoval svědky zcela jiné povahy, avšak stejně vypovídající o tom, co slyšeli (dříve pokřik, nyní smluvní jednání, při neznalosti písma ústní). Proto se nyní v závěru listin stává obvyklou věta »A na to poslusi«, jež uvádí řadu jmen těchto osob.⁸⁰ Tento stav zachytila už Ruská pravda, která v čl. 66 širšího znění připouští, není-li jinak možná, svědectví bojarského služebníka nebo ve sporu o věc malé hodnoty dokonce svědectví zakoupeného nevolníka.^{80a} Její čl. 47, 50, 52 a 66 mají pak posluchy jako svědky různých smluv.⁸¹ Doslov těchto ustanovení jasně ukazuje, že v těchto případech šlo skutečně o svědecký důkaz. Čl. 48 praví, že kupec nemusí peníze od jiného kupce přijímat před »posluchy«, čl. 52 výslovně hovoří o tom, že

⁷⁷ T. Saturník, Příspěvky k šíření byzanckého práva u Slovanů, Praha 1922, 31.

⁷⁸ PrRus II 335: Iskavše li poslucha, ne nalezut', a ist'ca načnet' golovoju klepati, to ti (část rukopisů: dati) jim pravdu železo.

⁷⁹ Sergejevič, Lekcij 597; B. D. Grekov, Kijevskaja Rus', Moskva 1949, 186–7.

⁸⁰ ChristRusPr I 119; AsvRus č. 6 (1392–1427), 8, 12–16 atd.

^{80a} PrRus II 542.

⁸¹ PrRus II 408, 417, 423 a 542.

si nevytvořil potřebnou oporu pro důkaz, kdo nejednal před svědky, a nejjasněji toto objektivní východisko důkazu vyplývá z čl. 51 a jeho slov »kako sja budet rjadil, tako ž jemu imati«, podle nichž tento důkaz byl veden konstatováním toho, co bylo skutečně před svědky dohodnuto. Podobné povahy je ustanovení čl. 37 smlouvy knížete Mstislava Davidoviče s Rigou a jinými německými městy z r. 1229 o ius naufragii, kde smlouva s pomocníky při zachraňování potopeného nákladu se děje před posluchy, jejichž výpověď je pak rozhodná pro posouzení nároků těchto pomocníků.⁸² Shodné terminologie používá čl. 9 smlouvy Smolenska s Rigou a »gotským břehem« z let 1230—1270, který s ohledem na mezinárodní poměry rusko-baltského pohraničí předepisuje při obchodních smlouvách mezi příslušníky obou národů, aby také posluchové byli jak Rusové, tak Němci.⁸³ *Nutnost dohody mezi stranou a posluchem* osvětluje čl. 19 novgorodské soudní gramoty z r. 1471, kde posluh je srovnáván s »otvětčikem«, mandátem.⁸⁴ »Pravidlo« ruského metropolity Kirilla z r. 1274 obsahuje zajímavý doklad těsné spojitosti dožádaných svědků-posluchů s důkazem listinným.⁸⁵

Pokřikem byli svoláváni všichni lidé, kteří byli nablízku napadené osoby; pokud k přepadení nebo loupeži či krádeži došlo v osadě, byli to tedy především sousedé. Proto je pochopitelné, že i později ve feudálním státě, *když už nešlo o přímou pomoc, nýbrž jen o oznámení činu, žádají právní předpisy často oznámení činu sousedům*. Ustanovení tohoto obsahu má vedle předpisů uvedených v dalším v §§ 11 a 12 v souvislosti s opovědí např. v čl. 102 Officium circa tabulas terrae z konce 14. století.⁸⁶

§ 6: Sled a svod

Na ryzí instituci dopadení při činu navazují některé další situace, jež stejně jako dopadení charakterisuje *privilegované důkazní postavení žalobce*, vyvěrající z nepochybného průkazu viny útočníka objektivním způsobem, tedy způsobem pozdějšího svědeckého důkazu. *Dopadení pachatele na útěku, sled podle stop a svod na základě držby odcizeného předmětu*, jimž pokřik zjednává povahu činů flagrantních, vnitřně souvisí s institucí přímého dopadení při činu.⁸⁷ Jsou to situace, v nichž se více nebo méně uměle *prodlu-*

⁸² PRP II 69 (text 2. redakce).

⁸³ PRP II 73.

⁸⁴ PRP II 214.

⁸⁵ S r e z n e v s k i j, Materialy II 1238: ni raba na svjaščenič'stvo priversti, ašče ne prežde gospodin iego upustit predo mnogymi posluchy s gromotoju.

⁸⁶ CIB II/2 270:

et debet docere vicinis obapolnými, quia a také má to ukázati susedy obapolnými, est vládyka že jest vládyka.

⁸⁷ M e y e r, Gerüft 390. O souvislosti jednotlivých zvláštních typů dopadení při činu s přímým dopadením tamtéž 424, 431—2, 482. O objektivním prvku při sledu a svodu M a r k o v, Iuridica slovaca I 32 a 36. — Ačkoliv jako instituce svod navazuje na dopadení, nemusí být historicky mladší, jak míní M e y e r, Gerüft 448. Jde tu o dvojí různé okolnosti,

žuje trvání náležitosti dopadení při činu, takže procesně se pak postupuje týmiž formami jako při vlastním dopadení: je potřebí volati na pomoc, na dopadený předmět se obdobně vztahuje formálně ruka k symbolickému označení vlastnictví a řízení fakticky probíhá mimo soud, jehož součinnost pak spočívá v pouhém již formálním prohlášení zákonnosti převedení od-cizeného předmětu na původního vlastníka a potrestání pachatele.⁸⁸ Z těchto situací se ryzímu dopadení zcela přibližuje chycení na útěku, a proto se s ním srovnává i co do potrestání pachatele. Při sledu a svodu nedochází však k jeho usmrcení, neboť při nich nejde o vlastní dopadení. Výhodné postavení žalobce však tkví v možnosti okamžitého zásahu, při sledu provedeného do tří dnů prostým odnětím předmětu bez možnosti odporu se strany držitele⁸⁹ (trestní stíhání pachatele je pak předmětem dalšího zvláštního postupu), při svodu většinou privilegiem odnětí věci třetímu držiteli, jenž se pak musí ze své ztráty hojit dalším pokračováním svodu z vlastního podnětu. Jako u dopadení při činu je základem i sledu a svodu *dosažení obecné známosti porušení míru*, právního pořádku, zásadní náležitostí pro privilegovaný způsob právního zákroku, *usvědčovací důkaz* (Überführungsbeweis).⁹⁰

Odbočovalo by příliš od tematu práce, kdyby se zde měla nyní věnovat pozornost instituci sledu a svodu ve slovanských právech v celém jejím rozsahu.⁹¹ Bude však na místě, poukáže-li se místo toho na některé zvláštní souvislosti jejích prvků, důležitých pro pozdější rozvinutí svědeckého důkazu v návazání na někdejší dopadení při činu.

Z nich nejvyvinutější jest předpis čl. 14 vrbanského statutu z r. 1388, podle kterého je speciální postup důkazu, mučení, dovolen při dokázání popřené držby ukradené věci třemi svědky.⁹² Z Italie recipovaná tortura byla tu napojena na privilegovanou pro žalobce situaci někdejšího svodu; to dokazuje i skutečnost, že v případě podezření je žalobci docela dovolen důkaz s přísedníky.⁹³

spojené s nalezením doličného předmětu, tedy o stav vlastní všem národům v určitém historickém stadiu. I římská vindikace byla původně svodem (Boháček, *Ius dicere* 20).

⁸⁸ Lévy – Brühl, *Les témoins*, 394; Schröder – Künssberg, *Lehrbuch* I 408, 411.

⁸⁹ Meyer, *Gerüft* 406.

⁹⁰ Tamtéž 398, 401, 415, 425.

⁹¹ O sledu v novějším obyčejovém právu bulharském, kde se plně uplatňují zásady starého sledu, S. S. Bobčev, *Istorija na starobalgarskoto pravo*, Sofia 1910, 402–3.

⁹² MHJSM IV 150: Ako bi zataěl, a gospodar bi mogal' provati trimi svedoki v gradě a dvěma vaně z grada, ko da něma ni edaň gost' těmi svedokmi provavši: ima se postaviti na muku; i ima se mučiti kako bude viděti sudcem'. Ako se nebi od'dal': ima bítí prost'.

⁹³ MHJSM IV 151: Ošte, po svedocěch' ali po inom računě, ako gospodar' ne bude mošti viděti svoju škodu, tere bi se sumnel' na nikoga tata: mozi ga rotiti samo 12. Ako bi ne svršil' rotu: ostani kako zgora e písano. Ako tat' bi se mogal' prvič' moliti: drugovič se nemozi.

Ze zvláštních případů privilegovaného dopadení pachatele je nejzajímavěji doloženo v čl. 77 širšího znění Ruské pravdy, jak názvem »posluchů«, rozebíraných výše v § 5, jsou při sledu nazváni přímí svědci pokřiku, svědci flagrantního činu, jimž starší právo připisuje tak mimořádný význam. V tomto ustanovení se totiž při vytyčení podmínek provedení sledu předpisuje »sled gnati s čjužimi ljudmi a s posluchi«.⁹⁴ Protože článek hovoří o tom, jak sled jde od vesnice k vesnici a při tom vždy obyvatelé každé z nich musí od sebe odvrátit podezření (otsočit, otbit), jsou pravděpodobně »cizími lidmi« této pasáže obyvatelé některých z těchto vesnic, zatím co »posluchové« jsou osobami původně svolanými pokřikem poškozeného, který jim jako prvním oznámil spáchání krádeže jako podklad pro provedení sledu. Čl. 16 kratšího znění Ruské pravdy o svodu ukradeného čeledína prokazoval by případně důležitost doličného předmětu (ukradeného »otroka«) pro sled, avšak není jisté jeho čtení.⁹⁵

Důležitá, avšak ne zcela jasná je problematika spojená s českým pokřikem »nastojte« — »nestojte«, jehož nejstarší doklad je v čl. 25 statutů Konráda Oty z první poloviny 13. století.⁹⁶ Lingvisté a zvláště etymologové většinou předpokládají, že tu jde o imperativ od slovesa »nastáti« ve významu »pomoci«.⁹⁷ Jestliže by však ve skutečnosti šlo o negativní imperativ od slovesa »státi«, jemuž odpovídá i polská forma »niestojcie«,⁹⁸ měli bychom zde zřejmě co činit s výzvou k pronásledování pachatele, v otázce povinnosti tohoto pronásledování ovšem ne zcela jasnou, která zřejmě navazuje na instituci sledu.⁹⁹

§ 7 : S o k

S dopadením při činu těsně souvisí instituce »soka«, vlastní všem slovanským právům. Je to *osoba vypovídající o pachateli, jenž nebyl dopaden*

⁹⁴ Překlady vesměs tlumočí termín »posluch« výrazem »svědek; Lange se domnívá, že tito svědci jsou oněmi cizími lidmi, přibranými k provádění sledu (PrRus II 569 a 572).

⁹⁵ PrRus II 110: vdať ty mne svoj čeljadin, a ty svojego skota išči pri vidoce. — M. D. Priselkov, Zadači i puti dal'nejšego izučeniya Russkoj pravdy, Ist. zapiski AN SSSR 16, Moskva 1946, 246 čte: pri lice.

⁹⁶ V. Vaněček, Glossy k t. zv. Statutům Konrádovým, Sborník věd práv. a stát. XLI, Praha 1941, 147: Item ad clamorem communem, qui nestoite vulgariter nominatur, nullus currere teneatur nisi de propria voluntate hoc facere voluerit.

⁹⁷ Tak míní J. Holub — Fr. Kopečný, Etymologický slovník jazyka českého, Praha 1952, 240. Podobně, jak mne laskavě informoval, je i prof. Dr. V. Machek, člen-korespondent ČSAV, názoru, že »nastáti« mělo význam »naléhatí, dotíratí, andringen, andesse«. Francouzské »haro« od slovesa »hierher« mělo rovněž význam »pomoci« (Glasson, La clameur haro 519).

⁹⁸ Tak Vaněček, Glossy 148—9; t ý ž, Záhady našeho právníckého názvosloví, Naše řeč 26, Praha 1942, 135. — Prof. Dr. Machek proti tomu vyslovuje názor, že »nestojte« statutů Konrádových je termínem, o jehož původu vědomí už osláblo, takže tu jde o imperativ ustrnulý, provenience daleko starší.

⁹⁹ Ve statutech Konrádových se případná souvislost pokřiku »nestojte« se sledem už necítila; tomu nasvědčuje skutečnost, že sledu je věnován zvláštní čl. 26 (jeho text: Vaněček, Glosy 149).

při činu; její činnost směřuje k odkrytí delikventa a nalezení doličného předmětu.¹⁰⁰ Spojení soka s dopadením při činu ukazuje pěkně privilegium Přemysla Otakara I. z r. 1228 pro klášter v Oslavanech.¹⁰¹ Téže povahy jsou zřejmě i ustanovení dalších dvou o málo starších privilegiích.¹⁰² Podle čl. 7 statutů Konráda Oty z první poloviny 13. století vypovídal sok za asistence sousedů,¹⁰³ kteří právě při dopadení při činu hrají tak významnou úlohu. Shodný je v tomto směru daleko pozdější, avšak svým obsahem velmi starobyklý údaj čl. 17 litevského suděbníka Kazimírova z r. 1492.¹⁰⁴ S těmito pramennými doklady se shoduje i původní význam slova sok jako »pronásledovatele«.¹⁰⁵ »Osočit«¹⁰⁶ ruských letopisů má charakteristický význam »zastat«, tedy »zatknouti, zastati, najíti«,¹⁰⁶ především ovšem prvé z nich. Ruské »sočit«, mající význam »hledati, pátrati«,¹⁰⁷ získalo postupem doby i význam »žalovat na soudu«,¹⁰⁸ když zřejmě forma žaloby se sokem se stala tak hojnou, že tento výraz nabyl povahy označení podání na soud vůbec. Bulharské »sakam«¹⁰⁹ znamená ještě obecněji »žádati, chtíti«. Zneužívání instituce soka, jež vedlo k pranýřovanému později všeobecně klevetnění,¹¹⁰ ovlivnilo význam ruského »sočba«¹¹¹ jako »udání«.

Z pramenů vysvítá, že sok vystupoval na soudě většinou jen v případě nezbytné nutnosti, až když pouhé tvrzení žalobce o tom, že může soka předvésti, nepřimělo žalovaného k přiznání.¹¹² Poškozený, který se musil

¹⁰⁰ J a s i n s k i j, Ustavnyje gramoty 190 p. 376.

¹⁰¹ CDB II 316, č. 320: hoc de fure statuentes: si... deprehensus fuerit in furto manifesto, vel de aliquo occulto accusetur, videlicet quod iudicium ferri candentis vel aquae vel vomeres calcandos vel duelli, et convinciatur in aliquo istorum... — K tomu W. W e i z s ä c k e r »Nárok«¹⁰¹ und »sok«¹⁰² im böhmisch-mährischen Landrecht, Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgesch. 66, germ. Abt. 53, Weimar 1933, 301.

¹⁰² CDB II 211, č. 227 (1222), Přemysl Otakar I. potvrzuje klášterům a kostelům pražské diecése privilegium Vratislavovo: homines... qui de furto vel alio maleficio incusantur, non nisi per vicinatus testimonium se expurgent et falsus accusator nobis in CCC^{tis} denaris condempnetur. — CDB II 231, č. 239 (1222), týž panovník potvrzuje jmění řádu německých rytířů v Čechách a na Moravě: Si vero homo accusatus per honestos vicinos suos, fide eorum requisita, fuerit absolutus, curie non respondat.

¹⁰³ V a n ě č e k, Glossy 123: Nullus zok aliquem accuset nisi certo sub testimonio vicinorum de dammo; et si fuerit zok convictus, testimonio fori communis lapidetur. — K tomu W e i z s ä c k e r, Nárok und sok 305.

¹⁰⁴ ZbPrLit 47-8: A koli tatia privedut a na koho sok usočit, a domučat sja tatby, a budet prvo toho kradyval i komu platil a okolica budet vedyvala i bez lica povesiti.

¹⁰⁵ Jak mne informoval prof. Dr M a c h e k.

¹⁰⁶ Tak K a r a m z i n a D u b e n s k i j dle PrRus II 571.

¹⁰⁷ S r e z n e v s k i j, Materialy III 471.

¹⁰⁸ Tamtéž: trebovat' po sudu, iskat', vesti tažbu. Čl. 18 pskovské soudní gramoty: tako že prisužajet, na kom sočat (PRP II 288). Čl. 114 širšího znění Ruské pravdy: Aže kto svojego cholopa sam dosočitsja (PrRus II 720). Čl. 77 tamtéž: a ne otsočat' ot sebe sleda.

¹⁰⁹ V a s m e r, Russ. etym. Wörterbuch II 688; verlange, fordern, will.

¹¹⁰) M a r k o v, Původ-sok 352; týž, Přípravné řízení procesní v českém právu zemském XIII.-XVII. stol., Bratislava 1930, 9; S. S. B o b č e v, Balgarsko običajno sudebno pravo, Sofia 1917, CVIII, CXII, 89-90.

¹¹¹ S r e z n e v s k i j, Materialy III 471.

¹¹² M a r k o v, Původ-sok 350; V. M. G. M e d a k o v i ć, Život i običaji Crnogoraca, Novi Sad 1860, 123.

pachatele dopídití, vypisoval odměnu pro soka, jenž by jej uvedl na stopu; sok se často přihlásil ne osobně, nýbrž prostřednictvím jiné osoby (v Srbsku »sokodržac«, »sokodržica«), která dostávala rovněž část odměny a poukazem na existenci soka-svědka nutila pachatele k přiznání; nepřihlásil-li se sok, vypsaná odměna se zvyšuje, často postupně třikrát.¹¹³

V této podobě získáváme z pramenů obraz instituce soka ve stadiu značně již pokročilého vývoje, zejména pak těsně spjatého s přísednickým důkazem (o tom více v § 14). Rekonstrukce původního stavu není snadná. Jisté je, že denunciační proces byl zvláštním typem řízení, např. ve francké říši v době karlovske,¹¹⁴ a že v nových formách ožívá po překonání feudální rozdrobenosti, typicky např. v Itálii, kde už je spojen s výsledkem na mučidlech;¹¹⁵ toto stadium zachycují ze slovanských pramenů zprávy z 15.—16. století z litevské Rusi.¹¹⁶ Avšak hlavní část informací o tomto řízení patří u Slovanů 13. století. Tehdy např. v Čechách mělo povahu řízení oficiálního;¹¹⁷ v polovině století však došlo k nové úpravě, jež žalobní iniciativu dala do rukou výhradně osobě poškozené.¹¹⁸ Zřejmě tu šlo o snahu zabránit zneužívání tohoto postupu k udavačským procesům, podobně jako už ve francké říši existoval zákaz »adducere testes per praemia«.¹¹⁹ V Čechách uvedený čl. 7 statutů Konráda Oty předepisuje po biblickém vzoru kamenování falešného udavače,¹²⁰ u jižních Slovanů se aplikuje poena talionis,¹²¹ čl. 119 statutu grbalské župy z r. 1427 trestá falešného soka pokutou v sedminásobné výši sporné věci.¹²² Přes všechny tyto údaje zůstává však nejistota v otázce, jak dalece zprávy podávají obraz této instituce v rámci vývoje inkvisičního procesu nebo jak dalece tu jde o starou instituci práva před vznikem procesu ovládaného úřední iniciativou. Z hlediska vývoje důkazní soustavy je při tom důležité, že i když sokova výpověď byla povahy smluvní,¹²³ šlo tu o *důkaz prováděný žalobcem*,¹²⁴ který je výrazem pronikání zásady materiální pravdy

¹¹³ O tom Mažuranić, HPPR 1345; A. S. Jovanović, Prinosci za istoriju starog srpskog prava, Beograd 1900, 29; Markov, Původ-sok 348.

¹¹⁴ Esmein, Procédure criminelle, 108.

¹¹⁵ Salvioi, Storia III/2 355—6.

¹¹⁶ Markov, Původ-sok 351.

¹¹⁷ J. Veselý, Slubní soud, Praha 1939, 39.

¹¹⁸ J. Markov, České žalobní formuláře a reformy Přemysla II. a Karla IV., Bratislava 1936, 21—22.

¹¹⁹ Brunner, Beweis 105.

¹²⁰ Viz pozn. č. 103.

¹²¹ Jovanović, Prinosci II 28.

¹²² ZakSrp 115: Koji bi seljanin uzev sodžbinu, a ne bi chtio sočiti pred sudom i lupežem, da plati samosedmo mjesto lupeža.

¹²³ Markov, Přípravné řízení 10.

¹²⁴ Čl. 45 Řádu práva zemského (CIB II/2 224—5):

Actor per se vel per alium, quem circa ipsam suam querimoniam ad hoc nominavit.

Má původ napřed přísahati, nebo jiný zaň, kohožby na žalobě jmenoval,

Čl. 63 tamtéž (CIB II/2 236):

Actor per se vel per suum substitutum ad hoc quem nominavit in querimonia, jurabit contra citatum.

původ sám nebo kohožby místo sebe v žalobě zdvihl.

do procesu. Pěkným dokladem toho je 17. ustanovení listiny základních práv kijevské země z r. 1507, jež předepisuje výpověď soka čelem proti čelu protistrany.¹²⁵

II. FORMALISACE DŮKAZU DOPADENÍM PŘI ČINU

§ 8: Důkaz dopadením při činu po vzniku feudálního státu a za feudální rozdrobeností

Zásadní změny ve společenské struktuře, jimiž se vyznačuje feudální stát, souvisí s řadou změn i v oblasti procesu a v jeho rámci se změnami důkazní soustavy. Dosavadní převaha řízení povahy smírčí¹²⁶ ustupuje *procesu před státními orgány*, především knížecímu soudu. Při provádění důkazu používá se tam *důkazních prostředků formálních* na rozdíl od v podstatě věcného postupu při *řízení smírčím*, v němž se fakticky více dbalo *zásady materiální pravdy*.¹²⁷ Jestliže však soud přispěl k rozšíření formálních důkazů, neznamená to, že by byly neexistovaly již před jeho vznikem;¹²⁸ ve společnosti organisované v kmenech máme řadu dokladů o existenci těchto důkazů.¹²⁹ Pokud se v literatuře podtrhávalo značné rozšíření iracionálních důkazních prostředků, jak se zračí ve většině význačných právních sbírek od 8. do 11. století,¹³⁰ zapomínalo se jednak na to, že tento stav je projevem feudální roz-

Čl. 52 Ondřeje z Dubé (OzDubé 142): jestli žaloba z účinka, tehda má původ sám nebo jeho původ napřed se zmatkem přisieci.

¹²⁵ J a s i n s k í j, Ustavnyje gramoty 190: Takž chto imet na kogo sočiti, ino togo soka s nim postaviti.

¹²⁶ G l a s s o n, Hist. de l'Angleterre I 274.

¹²⁷ Zvláště v nejnovější nauce římského práva (W e g n e r, L e v y, D i a m o n d, W o l f f), se poukazuje na zásadní odlišnost arbitráže od soudu (B o h á č e k, Ius dicere 9). V Řecku a Římě rozhodčí, fungující místo soudců pozdějšího státu, posuzovali, požádání stranami, faktický stav případu, nikoli právní povahu věci, a při rozhodování vycházeli ze své objektivní znalosti materie (B o h á č e k, Arbitration 209–10, 201, 195–7). Proti tomu soud, zasahující s tendencí omezit sféru svépomoci na žádost jedné strany nebo později i z vlastní iniciativy, používal průvodů formálních, jestliže k rozřešení případu nemohl dospět jinou cestou (Arbitration 200–1). Římská legisactio per sacramentum je dovoláním nadpřirozených sil, legisactio per iudicis postulationem výrokem osoby znalé faktického stavu (Ius dicere 12–13); odtud dvojdielnost římského procesu, vzniklá spojením obou typů řízení (Arbitration 213). I později přes racionální jednání před praetorem existoval sázkový proces, původní to sebeprokletí stran, a rozhodčí vyhlášoval, utrius sacramentum iustum sit (Ius dicere, 11–12). V přechodné době upevňování státu žily obě soustavy důkazů současně vedle sebe (Arbitration 201).

¹²⁸ Na to správně poukazuje W. S e a g l e, Weltgeschichte des Rechts (originál: The quest for law, 1941), München–Berlin 1951, 134. – O upevnění přísahy a ordálu v době upevnění státu J. D e c l a r e u i l, Les preuves judiciaires dans le droit franc du V^e au VIII^e s., Nouvelle revue hist. du droit français et étranger XXII, Paris 1898, 225.

¹²⁹ V l. P r o c h á z k a, Přísaha, ordál a svědectví u polabsko-pobaltských Slovanů sborník Vznik a počátky Slovanů II, v tisku, 2. a 3. kap.

¹³⁰ Na thesi o původní převaze racionálních důkazů založil svou práci A. S. D i a m o n d, Primitive law, London–New York–Toronto 1935, zejm. 351–2, 359, 378–9. Jinak o »slábnutí« svědeckého důkazu mluví D e c l a r e u i l, Les preuves, 487, o jeho upadnutí v zapomenutí pro četná křivá svědectví E. C h é n o n, Histoire générale du droit français public et privé, Paris 1926, I 253, o nahrazení svědectví přísaznických důkazem S a l v i o l i, Storia III/1 275.

drobenosti, jednak se nepřihlíželo k myšlení primitivního člověka, založenému na magických představách a víře v nadpřirozené bytosti, jednak se zjištěné rozdíly mezi racionálními a iracionálními průvody pro větší přehlednost vyhraňovaly v hlubší protiklady, než jak tomu doopravdy bylo. Ve skutečnosti je však *smírčí řízení jen jednou formou rozhodování sporů v rodové společnosti*, když totiž strany se dohodly na rozhodčích. Pokud tomu tak nebylo, musilo se používat *jiných průvodních prostředků* než v řízení před rozhodčími a těmi i tehdy byly prostředky *iracionální*. Kolektivní odpovědnost, jež nedovolovala vypovídat proti příslušníku vlastní jednotky, přímo vyvolávala jejich nutnost.¹³¹ Feudální stát, jenž spojil řadu nižších útvarů a v němž už vzhledem k jeho rozměrnosti nebylo dobře možno používat jednoduchých a věcných průvodních forem, výhodně zde použil hotových typů průvodů, prostředků formálních. V tomto směru je charakteristické, že pokud výkon soudní moci zůstal decentralisován nebo byl znovu decentralisován, jak tomu bylo u anglických okružních soudů, kdy soudce v pravidelných intervalech objížděl jednotlivé části provincie, byly v takovém řízení aplikovány důkazy racionální,¹³² neboť zde nadále trvaly poměry obdobné někdejšímu řízení v útvarech společnosti předfeudální. Stejně racionální byl i proces mezi členy uzavřených složek společnosti, na př. mezi členy družiny franckého krále.¹³³

*Upevnění formální průvodní soustavy je však výrazem především poměrů za feudální rozdrobenosti, kdy státní aparát nebyl dostatečně silný, aby zvládl separatistické tendence především šlechtických velmožů, kteří mocí prosazovali své zájmy.*¹³⁴ Za těchto okolností formální důkaz jednoduše rozřešil spor a rozhodnutí mělo garanci vyšší mocnosti, takže podlehnuvší strana nemohla činit soud zodpovědným za výsledek sporu; charakteristicky jsou rozsudky v této době rozsudky důkazními: soud jen určí formu průvodu, jenž se pak provede mimosoudně. Všichni tito činitelé se zvláště jasně ukazují při důkazu ordálem, jehož rozšíření se nejvíce kryje právě s dobou feudální rozdrobenosti¹³⁵

Feudální stát znamenal sice v zásadě stabilisaci poměrů a nastoloval větší právní jistotu odstraňováním svépomoci, nebyl však s to zajistit ji plně a výrazem toho je právě soustava formálních důkazů, již zavedl. V tomto směru lze rozšíření ordálů uvádět v těsnou souvislost s odstraněním svépomoci.¹³⁶ Nakolik feudalismus přes panující rozdrobenost postupně upev-

¹³¹ A. Esmein, Cours élémentaire d'histoire du droit français, Paris 1925, 92; H. Ducugis, Les étapes du droit des origines à nos jours, 2. vyd. Paris 1946, II 120.

¹³² F. Pollock — F. W. Maitland, The History of English Law, Cambridge 1895, II 634.

¹³³ Mayer, Geschworenengericht 37.

¹³⁴ Seagle, Weltgeschichte 137 a d.; Diamond, Primitive law 385.

¹³⁵ V. Vaněček, Krátké dějiny státu a práva v Československu, Praha 1955, 88.

¹³⁶ Vl. Aleksijev — Miladinov, Osnovi na istorija na balgarsko pravo, Sofia 1946, 98.

ňoval stát, natolik docházelo i k stabilisaci formálních průvodů;¹³⁷ v jižní Francii a severní Itálii šel tento formalismus tak daleko, že tam i listinný důkaz pouze zlepšoval postavení strany, dáváje jí přednostní postavení, avšak vlastní rozhodující důkaz se prováděl formálně.¹³⁸

Formalisace důkazů ve feudálním státě není zjevem ojedinělým a jevy jí odpovídající lze konstatovat i v jiných právních institucích. Tak např. když právě nejnovější polská odborná literatura věnovala zájem otázce rodových prvků ve feudálním státu, zjistil se místo očekávaného jejich ústupu naopak jejich rozvoj na přelomu 13. a 14. století;¹³⁹ důvodem toho je právě oslabení státu v době feudální rozdrobenosti, jež vedlo k programovému zesilování pokrevenských svazků jako opory pro politicko-hospodářskou expansi šlechty.¹⁴⁰ Tato skutečnost zcela koresponduje zjištěným závěrům o soudobém zesilování formálních důkazů, které je výrazem stejné společenské situace.

Na důkaz dopadení při činu měly tyto změny vliv ve dvojitěm směru. Především způsobily vznik *nových forem důkazu dopadením při činu*, nezaložených už na skutečném dopadení pachatele, nýbrž vycházejících toliko z původní situace dopadení při činu, která se nyní stala *formálním předpokladem pro uplatnění výhodného důkazu* (o tom přehledně dále v § 9 a v podrobnostech v §§ 10—13). Na druhé straně všeobecně se rozšířivší formální důkaz — zejména ve formě důkazu přísedníky — způsobil *napojení důkazu dopadením při činu na formu důkazu přísedníky*, v němž nakonec prvky objektivního dokazování, vlastní situaci dopadení při činu, ustoupily stranou a formalismus přísednického důkazu zcela převážil (o tom dále v § 14).

K formalisaci důkazu dopadením při činu přispěla však ještě řada faktorů dalších, majících původ ve změnách organizace života společnosti, k nimž po vzniku feudálního státu došlo. Když totiž s rozrostem sídlištních středisek (města, kamenné, uzavřené budovy, samostatné usedlosti) zanikl starý pospolitý život společnosti z dob rodové organizace, *zanikla zároveň možnost obecného povědomí o všech věcech, jež se děly uvnitř tohoto společenství a tím i kontroly případů, o něž vznikl spor*. Tento negativní předpoklad pro skutečně svědecký charakter dopadení při činu byl rozmnožen navíc i další formou kolektivní vázanosti, která vedla k jednotnému vystoupení příslušníků určitého celku na obranu svého člena i třeba proti zřejmé nepravdivosti určitého tvrzení: vedle pokrevenských svazků se počaly upevňovat svazky teritoriální, ve kterých s postupem sociální diferenciace se na

¹³⁷ Ruth, Zeugen 275.

¹³⁸ Mayer — Homberg, Beweis 213, 225—7.

¹³⁹ K. Kolańczyk, Studia nad relikty wspólnej własności ziemi w najdawniejszej Polsce, Poznań 1950, 284.

¹⁴⁰ J. Bardach, Uwagi o «rodowym» ustroju społeczeństwa i prawie bliskości w Polsce średniowiecznej, Czasopismo prawno-historyczne IV, Poznań 1952, 434.

pánu této jednotky stávala závislá další řada osob sociálně podrobených, jejichž výpověď, díky této závislosti, často nevedla k zjištění objektivní pravdy. Zesilující se moc jednotlivců — feudálních pánů a předních měšťanů zlepšuje jejich pozici v procesu, neboť snadno mohou násilím dopravit protistranu před soud a tak získat formálně bezvadný usvědčovací důkaz.¹⁴¹

K omezení objektivitý důkazu při dopadení při činu ve velmi značné míře také přispěla aplikace zásad řízení při dopadení při činu na další nové skutkové podstaty. Tak tomu bylo při odmítnutí dát zástavu na vykonání rozsudku,¹⁴² v řízení proti bannitům¹⁴³ a potom všeobecně v řízení proti notoricky známým škůdcům (homines nocivi).¹⁴⁴ Výhody snadnějšího důkazu byly ovšem lákavé a proto tendence rozšířit sféru jejich uplatnění je pochopitelná; ve svých důsledcích vedla však ke schematisaci řízení a oslabila reálný moment důkazu.

§ 9: Nové formy důkazu dopadením při činu

Jestliže v souvislosti s vytčením podstaty zvláštních případů dopadení při činu, jakými byly sled a svod, bylo možno, jak výstižně se praví v literatuře, mluvit o »umělém prodloužení flagrantního činu«¹⁴⁵ nebo o »právním zdání flagrantního činu«,¹⁴⁶ lze tuto tendenci v míře ještě daleko intenzivnější vypozaovat při dalším vývoji instituce dopadení při činu. Pokřik a příznaky činu vedou k zvýhodnění pozice žalobce proti žalovanému, jak to vyplývá ze starého chápání porušení míru.¹⁴⁷ Nejstarší právo nerozlišuje přitom mezi objektivními a subjektivními prvky násilného činu, nýbrž jen mezi tím, zda byl vykonán v rámci záští nebo zásahem do klidných forem soužití mimo toto záští. Druhý případ dává možnost okamžitě používat ostrých forem reakce, a proto není divu, že poškozený se chápe všech způsobů, které mu dovolují proti útočníku přímo zasáhnout.

Poškozený tedy dokazuje, že se útočník svým činem postavil mimo právo¹⁴⁸ a že jej proto mohl na místě ztrestat. Kdežto však v primitivních poměrech rodové společnosti, kdy formy vázaly lidi na sebe tak těsně, jak jen možno si myslet, a znemožňovaly prakticky, aby se něco dělo mimo obecné vědomí, bylo dopadení delikventa kolektivně žijícími sousedy de facto svědectvím, v dalším tato objektivní a věcná základna dopadení při činu mizí. Delikvent nemusí už být dopaden přímo při činu a předeepsané náležitosti, na př. pokřik,

¹⁴¹ Kries, Beweis 221.

¹⁴² Mayer — Homberg, Beweis 286.

¹⁴³ Schröder — Künssberg, Lehrbuch II 850.

¹⁴⁴ Mayer, Geschworenengericht 219.

¹⁴⁵ Lévy — Bruhl, Les témoins 394.

¹⁴⁶ Meyer, Gerüft 431.

¹⁴⁷ Cl. Schwerin, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, München — Leipzig 1934, 34.

¹⁴⁸ Meyer, Gerüft 427.

se stávají formalitami, jež nakonec jsou docela opakovány před soudem způsobem zcela divadelním (volání o pomoc při činu, cestou na soud a znovu před soudci).¹⁴⁹ Nejde tu už o důkaz skutečného stavu, nýbrž jen o *formální splnění podmínek privilegovaného způsobu podání žaloby*. Tím se v řízení dosahuje nikoli pravdy objektivní, nýbrž jen *pravdy formální*. Z původního prohlášení viny útočníka tím, kdo jej na místě ztrestal (Verklarungseid), se stává usvědčovací důkaz, provedený svědky formálními, přísedníky (Überführungseid).¹⁵⁰ K usvědčení těmito přísedníky stačí pouhé předvedení vinníka před soud nebo jen formální předložení ukradeného předmětu.¹⁵¹ Zejména toto corpus delicti (Binuffte, Schub) je zásadní podmínkou celého řízení.¹⁵² Nakonec se staví na roveň dopadení při činu i formální postavení mimo zákon, někde třeba jen na základě trojího nedostavení se na základě žaloby před soud.¹⁵³ Tímto způsobem se z původní instituce dopadení při činu vyvinula neobyčejně důležitá nová kategorie *důkazu na základě příznaků činu*, jež stojí v soustavě důkazů mezi dopadením a formální očišťovnou a jež zvláště v období feudální rozdrobenosti je důkazní kategorií mimořádně důležitou.

Přímým zformálněním důkazu dopadením při činu vznikly instituce formálního pokřiku, svědků pokřiku a důkazu příznaky činu (o nich dále v §§ 10, 11 a 13). Mezi těmito důkazy je přímá vývojová linie,¹⁵⁴ v níž důkaz příznaky činu vyrůstá z předchozího článku formálního pokřiku. Jeho základem je zdůraznění významu *doličného předmětu*. Vedle toho na formální pokřik navazuje jiná nová formální instituce, založená stejně jako pokřik sám na myšlence *notifikace*, totiž *opověď trestného činu úřadu* (o ní blíže v § 12). Tato nová forma původního důkazu dopadením při činu souvisí se vznikem státního aparátu. Řízení prováděné kdysi na provinciích okamžitě po spáchání činu za účasti všech osob, které k věci měly přímý vztah (obě strany a osoby svolané pokřikem), je přeneseno k ústřednímu úřadu a někdejší *okamžité ohlášení činu sousedům* je nahrazeno *formálním, časově opožděným ohlášením úřadu*. Typicky opověď v českém právu je dokladem, jak původní věcný postup bezprostředního oznámení trestného činu se stal formalitou, ovšem velmi důležitou, neboť žalobci zachovala výhody postupu při *flagrantním činu*.

¹⁴⁹ Kries, Beweis 172; Mayer, Gerüft 428–9.

¹⁵⁰ Beyerle, Entwicklungsproblem 504.

¹⁵¹ Kries, Beweis 211–2.

¹⁵² F. Schuler – Libloy, Abriss der europäischen Staats- und Rechtsgeschichte, Berlin 1874, 257; Mayer, Gerüft 455–6.

¹⁵³ Ruth, Zeugen 177–182; Kries, Beweis 25.

¹⁵⁴ Celý tento vývoj je s mimořádnou jasností patrný v anglickém právu, kde důkaz zvaný »secta« – »suite« byl výpovědí pronásledovatelů přivolaných pokřikem (»sectatores« – »suits«) ve prospěch poškozeného, jenž často nesl stopy trestného činu (přechod od důkazu příznaky činu); tito pronásledovatelé nevypovídali však ve 13. století už okamžitě, nýbrž přísahali až po slyšení žalovaného (Pollock – Maitland, History II 603–4).

Formalisaci důkazu dopadením při činu způsobily dvě základní příčiny, jež obě jsou rozvinutím toho, co v jádře existovalo už i v nejstarších formách důkazu dopadením při činu. I zde totiž byla vždy možnost, že dodržení formy, t. j. usmrcení útočníka nebo jeho spoutání a předvedení před soud, jenž pak svépomocný akt legalisoval, kryje ve skutečnosti protiprávní čin osoby jen domněle napadené. A stejně od počátku vývoje zvláštních procesních forem se uplatňovaly prvky ryze formální, příbuzné kultovnímu rituálu, jež mohly nabýti povahy samoúčelné. Nicméně však původní jednoduché poměry neposkytovaly živnou půdu oběma těmito tendencím.

§ 10 : Formalisace pokřiku

Výrazem formalisace důkazu dopadením při činu v procesní soustavě feudálního státu je především formalisace pokřiku. Přirozeně pochopitelné volání o pomoc nabylo zde zvláštního procesního významu, v Čechách např. ve 12.—13. století.¹⁵⁵ V tomto stadiu někdejší reálná povaha pokřiku ustoupila do pozadí a z činnosti původně svou povahou zřetelně funkční se stala *pouhá formalita, nezbytná jako předpoklad pro výhodný procesní postup*.^{155a} I tehdy sice podle dochovaných pramenů často lze v jednotlivých dokladech vystopovat složku skutečného volání o pomoc,¹⁵⁶ avšak především tu vždy jde o formální zajištění práva na provedení důkazu privilegovaným způsobem, jaký je vlastní důkazu dopadením při činu. Formálnost pokřiku se nejdříve uplatnila při trestném činu násilného smilstva.¹⁵⁷ Jinak je hojná i jeho pozdější aplikace; např. ještě v moravském olomouckém městském právu, řídícím se magdeburskou předlohou, je v letech 1514—34 uveden čtyřikrát.¹⁵⁸

¹⁵⁵ V. Vaněček, Počátky práva a státu v Československu, Praha 1946, 100, jenž však jinak právní význam pokřiku pro období starší pokládá za malý a zvláště odmítá Kadlcův názor o jeho souvislosti s někdejší kolektivní odpovědností (pozn. 148 na str. 158).

^{155a} Jak ukazuje Hammerich, dosáhl formalismus pokřiku vrcholu v Sasku. Zatím co na př. v Indii (Clamor 13), Římě (22—32; ale zde jsou jeho výklady nepřesvědčivé), u Keltů (38—9), ve Walesu (45), u Franků (53), v Anglii (57—60), ve Skandinávii (70), ve Frízsku (102) a v Německu v Deutschenspieglu (122), Schwabenspieglu (123) a Frankenspieglu (124) existuje pouhý »clamor«, poplašný pokřik, má saské právo »Gerüft«, pokřik formální. Protože tuto instituci nezná saské zákonodárství arcibiskupa Wichmanna (160—1), lze se domnívat, že jde o novinku, zavedenou až Sachsenspieglem (83) jako výsledek církevní reformy (77) ve snaze jednak odstranit ordály a souboj (152), jednak ovlivnit řízení při znásilnění (88: zákaz odvolat žalobu). Ze Saska se tento důkaz šíří do koloniálních území a na Rýn (150), avšak nikde se neobjevuje před zlomem 14. a 15. století (108, 149); u sedláků se zachovává ještě po vymizení z městského práva (93). — Tato koncepce nepochybně velmi silně podtrhává význam vlivu saského práva, možný i pro slovanské země. Avšak i když stupňování formalismu důkazů mohlo být ovlivněno, v podstatě samotné jistě jde o instituci vyvěrající z místních poměrů, daných podmínkami feudální rozdrobenosti.

¹⁵⁶ Mayer — H o m b e r g, Beweis 285.

¹⁵⁷ Ruth, Zeugen 169.

¹⁵⁸ V. Prasek, Organizace práv magdeburských na severní Moravě a v rakouském Slezsku, Olomouc 1900, 18.

Vývoj formálního pokřiku dospěl během doby za feudalismu tak daleko, že i pachatel, jež poškozený neviděl, byl obžalován s pokřikem, forma žaloby při dopadení při činu byla použitelná za jakýchkoli okolností do určité doby, jež uplynula od činu,¹⁵⁹ a nakonec např. v Německu se všechny trestní žaloby počínaly pokřikem.¹⁶⁰ V některých oblastech, kde důkaz žalovaného podporovalo sedm příslušníků soudu, docházelo k jejich výpovědi ve formě svědků pokřiku.¹⁶¹ Nejvyššího stupně dosáhl formalismus pokřiku v Normandii, kde se ho užívalo i v civilních přích, v nichž jeho použití zabezpečovalo žalobci do roka a dne výhodný procesní postup.¹⁶² V Normandii ostatně i pokřik při trestném činu se stal zvláštní formou výsostného panovnického procesu, jenž rušil i hranice šlechtických jurisdikcí.¹⁶³

Pramenné doklady ze slovanských zemí nevylišují v procesu formalisace pokřiku stejné její rysy, jaké jsou známy z práva v západní Evropě. Tam byl pokřik samostatným předpokladem výhodného procesního postupu na způsob důkazu dopadením při činu,¹⁶⁴ zatím co ve slovanských státech je ve většině případů spojen s ryze formálním postavením svědků pokřiku, kteří jsou již přísedníky, a důkazem na základě příznaků činu; o obou těchto institucích bude pojednáno podrobněji níže v §§ 11 a 13. Ryze formální význam pokřiku obecně naznačuje toliko čl. 2 právní knihy Ondřeje z Dubé^{164a} a zcela jasně se vyslovuje tentýž pramen v čl. 21 v případě znásilnění.^{164b}

Formální pokřik jako samostatný předpoklad určitých právních následků je ze slovanských zemí jinak znám od jižních Slovanů, u nichž archaické právní formy se udržely relativně nejdéle. Protože zároveň s intenzivním hospodářským rozvojem rostou v této oblasti i nové pokročilejší právní formy (např. mučení inkvisičního procesu), pokřik se zde jednak vyskytuje zvláště markantně ve ztrnulých formálních podobách, jednak je navazován

¹⁵⁹ Kries, Beweis 163–4.

¹⁶⁰ Schröder – Künssberg, Lehrbuch II 849.

¹⁶¹ Kries, Beweis 168.

¹⁶² Glasson, La clameur haro 410, 422. Používalo se ho při possessorních žalobách (Hammerich, Clamor 68–9). Vedle Normandie je znám pokřik při civilních žalobách z Holandska (tamtéž 111) a v dědickém právu z Kentu (tamtéž 58).

¹⁶³ Glasson, La clameur haro 403–9, 534. Řízení na základě pokřiku bylo inkvisiční povahy, aplikovalo se při trestném činu znásilnění a vysokou pokutu platil jak ten, kdo na pokřik nepřispěchal na pomoc, tak ten, kdo křičel bezdůvodně (Hammerich, Clamor 63–9). Na normanských ostrovech existovala tato forma pokřiku: haro, haro, haro, à l'aide, mon prince, on me fait tort (Glasson, La clameur haro 544).

¹⁶⁴ To zřetelně ukazuje požadavek trojího pokřiku: jednak při činu samotném, jednak cestou na soud, jednak před soudem (Meyer, Gerüft 429). Ve formalismu nejdéle zašlo městské právo freiburské, jež pokřik dovolovalo provést před soudem docela až po půl roce (Ruth, Zeugen 174). Někde byl pokřik formální podmínkou svodu (Kries, Beweis 63–4) a podobně na př. v hansovních městech podmínkou možnosti použít svědků nebo vyzvat protistranu na souboj (Ruth, Zeugen 133–4, Meyer, Gerüft 391).

^{164a} OzDubé 116: pro tvůj pokřik ať ihned konec bude pověděn k tvému, aby nejprve dosti měl. Takový pokřik ovšem v soudě zemském stavuj pilně...

^{164b} OzDubé 130: O podávení týž běh, jedno povyk dovésti a žaluje-li ona na svého násilníka, má jemu hlavu stieti.

bez vnitřní souvislosti na tyto nové procesní formy. Tak v čl. 7 a 8 vinodolského zákona z r. 1288 podle toho, zda byl pokřik vykonán či nikoli, se stanoví vyšší pokuta; druhým faktorem, jenž výši pokuty ovlivňuje, je skutečnost, zda k činu došlo v noci (vyšší taxa) či ve dne.¹⁶⁵ *Typické náležitosti dopadení při činu se zde staly pouhým schematem pro určení výše pokuty.* Dubrovnický statut z r. 1272, značně ovlivněný italskými vzory, podobně při vykonání pokřiku předepisuje v čl. 33 VI. knihy odevzdání pokuty poškozené straně, při nevykonání pak veřejné pokladně.¹⁶⁶ Tento předpis má reálné jádro v tom, že nedostatek pokřiku vede k řízení ex officio, a proto i výtěžek sporu jde k užítku úřadu, jenž k řízení zavdal podnět. Uvedený vinodolský statut z r. 1288, v němž už určitou roli hraje svědecký důkaz, předepisuje v čl. 9, že v případě nedostatku svědectví lze provést důkaz přísahou, byla-li splněna podmínka volání na pomoc.¹⁶⁷

Formální svázání žaloby s pokřikem je dosvědčeno z oblasti českého městského práva, kde podle dokladu z městské knihy velvarské z r. 1456 se obvinění pachatele nazývá »učiněním pokřiku«.¹⁶⁸ Zde ovšem tento název kryje už tehdy běžnou žalobu a jen termín sám vychází z někdejšího postupu.

Zvláštní případ formálního pokřiku znají některá západoevropská (německá) práva. Když totiž byl někdo napaden a musil se bránit, odhodil ihned po odražení útočníka zbraň a výkřikem »ambord«! dal najevo všem, kdo ho mohli slyšet, že zbraně použil jen v sebeobraně, nikoli v útoku; tak byl pak zproštěn případné žaloby se strany poraněného útočníka.^{169a}

§ 11: Svědkové pokřiku

Svědkové pokřiku byli původně *osobami, přivolanými napadeným na pomoc*. S omezením sféry svépomoci a upevněním státního aparátu bylo projednání každé takové situace přeneseno na soud a tu tyto osoby vystupují ve dvojí funkci: buď jako osoby, jež *dosvědčují, že zabitý útočník byl pa-*

¹⁶⁵ MHJSM IV 8: čl. 7: Io ššte, ki bi v gradu chram razbil v nošti, vola ako bi ukral u nem, ter ako bi kdo klical »pomagaite«: platit ima knezu libar 50. Vapiušť ubo »pomagaite« jesu verovani, ako reku s rotu, da jesu onoga zlotvorca poznali. Ništar mane ako nij onde klicano: nima platit nego soldini 40 ter škodu, kako i više izrečeno. I ako tu chudobu va dne učini: nii držan platit ne vešte soldini 40 ako se more pokazati po verovanu svedoku. — Čl. 8: Oššte, ako nigdo v nošti je ukral v osiku niki skot, vola na gumnu žito, vola va ulici, v mestu gdi se schranaju pčele, med: takoe platí knezu libar 50 ako est onde klič bil »pomagaite«; i va dne soldini 40 i takoe v nošti, ako nij onde bil vapai; a škodu duplu, kako i pisano; i klič e verovan.

¹⁶⁶ MHJSM IX 136: Si autem lamentacionem non fecerit, sed d. comes ex suo officio processerit, verberatus vel verberata nichil habeat, sed tota condempnacio deveniat ad comune.

¹⁶⁷ MHJSM IV 8: Ako bude pred dvorom ot sili pra, vola od tatbi sverchu ke budi reči, i parac nima svidočastva zverchu krivca i pustí se na rotu: od rubaně ima krivac prisešt samo 20 i 5 i ot tatbi imenovaní sverchu samo 12 ako su v toj tatbi škodni i ako onde je klican pomagai.

¹⁶⁸ Býv. Archiv země České, sign. PK Velvary 1, f. 112a: i bylo jich otázáno, komu z toho vinu dávali. A oni sú pokřik učinili na Ondřeje.

^{169a} Hammerich, Clamor 157.

chatelem trestného činu, nebo pokud útočník zabit nebyl, nýbrž pouze chycen a předveden před soud, jako *osoby podávající formou přísahy usvědčovací důkaz (Überführungsbeweis)*. Důkaz svědků pokřiku je důkaz zvláště výhodný pro žalobce;¹⁶⁹ jeho základem je skutečnost, že forma stržení pokřiku zjednává činu notorietu jako předpoklad tohoto výhodného vedení důkazu.¹⁷⁰

U svědků pokřiku je vždy pochybné, jak dalece jsou skutečnými svědky.¹⁷¹ i z pozdější doby, kdy se jinak značně v právu uplatnil formalismus, jsou známy případy, kdy nepochybně jde o skutečný svědecký důkaz.¹⁷² Jinak je jisto, že svědci pokřiku jednak alespoň slyšeli volání o pomoc, jednak viděli místo spáchání trestného činu. Věcnost jejich výpovědi není tedy úplná.¹⁷³ Reálnou povahu má jejich *svědectví o splnění formálních předpokladů privilegiované formy žaloby*; není to však svědecký důkaz o trestném činu samotném. Když pak docela zmizela i podmínka vykonání pokřiku, poklesli svědkové pokřiku na pouhé přísežníky;¹⁷⁴ tak se důkaz na základě dopadení při činu *navenek zcela ztotožnil s důkazem přísežníky, avšak je veden žalobcem* a nikoli žalovaným, jak je to jinak běžné při žalobě prosté (*schlichte Klage*).

Prameny ze slovanských zemí nezachycují většinou stav, kdy by svědectví pokřiku *bylo samostatnou náležitostí, vedoucí k odsouzení protistrany na místě*, nýbrž podávají zprávy až o dalším stadiu vývoje, na němž pro žalobu a výhodnější důkaz je nutná *opověď úřadu, jež vede obvykle k výsledku svědků pokřiku nebo ohledání škod úředníkem* (o tom blíže dále v § 12).

Zajištění privilegiovaného důkazu výpovědí svědků pokřiku a potomním případným oznámením úřadu je zvláště patrné u zločinu znásilnění. *Ordo iudicii terrae* stanoví sice v čl. 87 povinnost volati o pomoc, ale fakticky se spokojuje s ohlášením věci sousedům s obou stran domu, v němž k činu

¹⁶⁹ Planck, Gerichtsverfahren II 185. — Kde vystupují v roli svědků pokřiku soudcové (Kries, Beweis 168), souvisí to patrně s jejich povinností zasahovat okamžitě při volání o pomoc, jak je tomu typicky v německých fémách (Ruth, Zeugen 158, 161).

¹⁷⁰ Notoriety trestného činu, jíž se dosahovalo stržením pokřiku, bylo možno v některých německých městech dosíci také ohlášením spáchání činu zvony (Ruth, Zeugen 158).

¹⁷¹ Ruth, Zeugen 103 p. 1; Meyer, Gerüft 431. — Jestliže se svědci pokřiku pokládají materiálně za svědky a jen formálně za přísežníky (Brunner — Schwerin, Deutsche Rechtsgesch. II 537), pak toto mínění charakterisuje pozdější stadium, kdy svědecké pojetí proniká do instituce přísežníků; to je ovšem případ vývoje svědeckého důkazu z důkazu očišťovacího, nikoli z instituce dopadení při činu.

¹⁷² Mayer — Homberg, Beweis 281; Ruth, Zeugen 150. Zvláště Löning, Reinigungsseld 69, 82 a 95 je rozhodným zastáncem reálného základu instituce svědků pokřiku. Soudce podle něho nemusí zjišťovat jejich povahu a speciální opakování výpovědi přísežnou formou bylo by tedy případně zbytné (96, též pozn. 30). Nejzajímavějšími doklady, jež uvádí, jsou § 1 čl. 30 augšpurského městského práva z r. 1276 (179): *uber kumt man in danne mit drin mannen oder mit frowen, die ez wizzent oder hant gesaehen*; a dále blíže neurčený text basilejského zřízení ze 14. století (168): *darumb erfahren zum mynnesten an zweyn, die da by gewesen sient und die untzucht gehört und gesehen habent*.

¹⁷³ Kries, Beweis 12—13.

¹⁷⁴ Planck, Gerichtsverfahren II, 152; Meyer, Gerüft 453; Mayer — Homberg, Beweis 230, 237; Ruth, Zeugen 165.

došlo, nebo lidem vůbec, pokud byl spáchán mimo sídliště; stopy činu mají být ukázány úředníkům.¹⁷⁵ Podobně čl. 19 knihy Ondřeje z Dubé dokládá výslech úředníků o skutečném provedení pokřiku.¹⁷⁶ Čl. 28 téže právní památky ve formuláři žaloby o znásilnění jasně naznačuje dodatečné přivolání »svědků«,¹⁷⁷ kteří zřejmě jsou jen svědky pokřiku, nikoli činu. V Polsku čl. 126 II. oddílu statutů Kazimíra Velkého dovoluje ženě, jež vykonala dodatečně pokřik a na níž jsou patrné známky trestného činu, usvědčit protivníka prostou přísahou; nedostatek známek vede k možnosti očištění nařčeného, neboť žaloba se v tom případě pokládá za křivou.¹⁷⁸ Zajímavý doklad krakovského soudu z r. 1419 ukazuje, že žalobkyně přísahá o skutkové podstatě činu, »svědci« o tom, že pokřik byl řádně proveden.¹⁷⁹ Nepochybně stejné povahy jsou i »svědci« čl. 1 vrbanského statutu z r. 1388.¹⁸⁰

¹⁷⁵ CIB II/2 251:

Item si qua mulier aliquem citare voluerit, quia eam oppressit: tunc cum opprimetur, vel iam oppressa est, clamare debet super vicinos, et eorum testimonium super eo implorare. Deinde notificans beneficiariis, bedallum recipiet, qui peplum pollutum videbit, et inquirat ab eisdem vicinis, ubi et quando sit per eum oppressa, et si clamaverit tempore oppressionis; ostendetque eadem mulier peplum vel alium pannum distractum et pollutum tempore iudicii, in signum suae oppressionis.

Kdyžby která žena nebo panna chtěla koho z násilí pohoniti, tehdy ta jistá v ten čas, když se její bude násilí dieti, má úpěti na susedy. Pakliby se žádného dovolati nemohla: ale ihned ten den, nebo tu noc, když její kep zděře, má plačiec opovědieti dvěma susedoma obapolným okolo toho domu, kdež se její násilí dalo. Pakliby bylo v lesě nebo na poli, a žádného se dovolati nemohla: tehdy v najbližšie vsi neb městě ot toho lesu, má úp učiniti; a své násilí opovědieti úředníkóm, a žádati komorníka na uptanie od těch sused; a má jemu ukázati krvavú košilku neb zedraný šlojfk, nebo jiné šatky, kteréžto ten komorník má zachovati na znamenie jejieho násilí.

¹⁷⁶ OzDubé 129: o únos komorník má slyšeti susedy, kde panna neb vdova byla, byli úp, křik neb které dobývání z tvrze neb z chalupy neb na cestě svobodné.

¹⁷⁷ OzDubé 133–4: A tato jest žaloba o únos: Machna z Tuřie žaluje na Havla z Tyter, že potkav ji na mírné cestě porazil jí svým pyjem v jejie kep bezprávně. A toho má dobré svědky, neb jest přivolala lidi tu, kdež se jí hanba stala.

¹⁷⁸ SPPP I 139–40: Quicumque vero alicui virgini seu mulieri conjugatae aut viduae in via, campo, silva, domo vel villa opprimendo violentiam fecerit, et virgo aut mulier violatoris oppressionem evadens, ad villam viciniorem veniens, seu in villa existens, ad villanos clamaverit plorando seu lacrimando, narrando sibi violentiam fore illatam et signa oppressionis in ea apparuerint manifesta, et subsequenter juraverit, in nostra gratia amicorumque ejus idem oppressor existat, et hoc, si de ejus clamore dicti villani fuerint protestati. Si vero virgo vel mulier oppressionem aliquem accusaverit calumniose, et in ea signa oppressionis non apparuerint, ut est dictum, extunc is, quem accusaverit, cum sex suae conditionis hominibus se expurgabit, calumniatrix autem, poena debita, cujuscumque status vel conditionis existat, puniatur.

¹⁷⁹ SPPP II 242–3. Poškozená přísahá formulí: quia Laurencius... veniens ad cameram meam, fractis hostijs et disruptis, et intrans eandem, michi violentiam et dehonestacionem fecit, et me dehonestavit. Svědci pokřiku přísahají formulí: Scimus et testamur, quia Osana... clamavit et proclamavit super Laurencium... eadem nocte, qua violentia et dehonestacio facta est sibi per eundem.

¹⁸⁰ MHJSM IV 148: da skažušti ona, kade se bude tužiti ot sile, po 3 dobrich' svedočech', ako bi tai' on', ki bi siloval', ako bi ona skazala těm' 3 svedokmi, budi postavlen' na muku.

Jestliže pro dopadení při činu používalo se ve franckém právu výrazu »*probatio certa*«,¹⁸¹ má zajímavý doklad pro výraz »*testimonium certum*« ve významu výpovědi svědků pokřiku,¹⁸² tedy instituce přímo odvozené od instituce dopadení při činu, čl. 5 moravských statut Konráda Oty z počátku 13. století.¹⁸³ Výjimečné postavení mají v tomto směru jen cizinci a notifikace není nutná také při činu spáchaném mimo sídliště. Při násilném útoku ve dne i v noci má napadená osoba přivolat sousedy podle čl. 105 *Majestatis Carolinae*; pozdější český překlad stanoví i povinnost oznámení činu úřadu a ohledání škod.¹⁸⁴ Zvláště zajímavě ustanovuje *Ordo iudicii terrae* v čl. 51 a 52 o povinnosti při napadení v noci přivolat sousedy s obou stran domu napadené osoby, jichž se potom úředník, ohledávající škody, vyptává.¹⁸⁵ Podobný postup zná i čl. 7 německy psané elblangské knihy polského obyčejového práva.¹⁸⁶ Podle čl. 92 srbského zákoníka Dušanova měla notifikace činu

¹⁸¹ Viz pozn. č. 265.

¹⁸² Markov, Přípravné řízení 5; Vaněček, Glossy 121.

¹⁸³ Vaněček, Glossy 120: *Item quod dicitur narok, hoc debet esse nisi ubi constet sub certo testimonio sua bona amisisse, nisi acciderit in via, vel in silva, vel in aliquo secreto loco, vel alicui hospiti, et antequam admittatur, debet notificari curiae, quorum interest, scilicet iudici, castellano cum ceteris.*

¹⁸⁴ CIB II/2 182–3:

Debet enim dominus vel incola domus excussae, tempore quo domus excutitur, nocturno potissime vel diurno, si poterit alta voce clamare, quod vicini possint audire clamorem; et subsequenter statim, quam citius debite potuerit, vicinis ipsis significare violentiam factam et illatam.

Kdyžby kto výboj nebo běhání a útok učinil na dóm v noci nebo ve dne, chce-li na něm toho dojiti hospodář, má hlasem vysokým křičeti a obapolniem susedóm osvědčiti a ihned má okázati ten výboj a násilí komu se stane, má ve dvou nedělích přijeti před úřad a žádati komorníka, aby ohledal jeho škodu a výboj. A on přiveda nebo přivolaje susedy k tomu má ohledati dřví a k tomu rúcho nebo jiné věci, jestli co ztrháno neb poskvřněno, a má se tázati těch suseduov, slyšali-li jsú křik, a jestli jim to osvědčeno.

¹⁸⁵ CIB II/2 227–8:

Čl. 51:

Quia eo nocturno tempore excussionis debet clamare, ut vicini audiant violentiam, quae sibi infertur; deinde id ipsum eisdem vicinis notificare obmittat.

Když mu sě to (noční) násilí děje, má susedy obapolně přiúpěti, aneb je přivolat, a jim to osvědčiti.

Čl. 52:

Et eodem bedallo sic (= infra duas septimanas) recepto, ostendat domum suam excussam, ostiaque ejus et cistas et alias res confractas, et pennas de plumalibus dispersas, et alia, si quae ibi sunt perpetrata; convocatisque vicinis, eorum testimonium super praemissis imploret, ut haec recognoscant coram bedallo eodem.

Potom ve dvou nedělích má komorníka vzieti, aby sě toho ptal, a má jemu ukázati dóm vybitý, dvěře nebo truhly nebo jiné domovité věci, na kterýchž sě jest jemu škoda stala. I má přivesti ty susedy předeň, aby vyznali před ním, že jsú k tomu násilí v noci přivolání.

¹⁸⁶ SPPP II 18: *Ist daz eynir den andern anevertiget, zo daz her in wil slan, und ienir kumt zcu were, und wundet desin, und kumt vor synen richter, und claget mit geczuge, daz ienir an vertiget und in slan wolde; geczuget her daz zelv zebinde, jenir buszet VI marg, dor zcu daz her gewundt ist: slet her abir tot, her gildet daz houbt, und nyme, ab her geczuget, daz in ane vertigte habe, also hir vorgesprochen ist.*

spáchaného mimo ves, učiněná jako dodatečný formální pokřik ve vsi, za následek ručení této vsi ze škod, pokud zaviněním jejích obyvatel se udaný pachatel nedostavil před soud.¹⁸⁷

§ 12: Opověď trestného činu

S rozvojem raně feudálního státního aparátu, jenž zejména soudnictví přenesl od místních orgánů k novým centrálním institucím, počaly do procesu stále intenzivněji pronikat formální prvky a *pokřik, skutečné volání o pomoc, se změnil ve formální opověď trestného činu*. Tato formální opověď zajišťovala poškozenému privilegované postavení v důkazním řízení, podobně jako tomu bylo u ryzího flagrantního činu, i když stupeň výhod je nižší. Jako v četných jiných případech i tato instituce patří k těm, které soudobému zákonodárci byly tak samozřejmé, takže ustanovení o nich jsou velmi strohá a pro dnešní chápání, příliš vzdálené raně feudálnímu, nedostatečně informativní.

Formální opověď trestného činu má však *jádro reálné*. Je jím *opověď sousedům*, založená na místní totožnosti a časové bezprostřednosti trestného činu a reakci poškozeného na něj. Rozvoj hospodářského života v městech za nástupu feudálního státu se později stal předpokladem pro vznik jejího zvláštního typu, *ohlášení činu na trhu*. Jako přechodný stupeň od pokřiku k formální opovědi je nejlépe patrné z čl. 32 a 34 širšího znění Ruské pravdy, kde se na ně váže uplatňování nároku proti uprchlému čeledínu nebo ze ztráty koně, zbraně a odění; výkon tohoto ohlášení se nazývá »zaklič«¹⁸⁸ a termín sám zřetelně ukazuje na původní povahu tohoto ohlášení jakožto pokřiku. V českém právu pak typicky Rožmberská kniha v řadě ustanovení vznesení žaloby všeobecně podmiňuje u osoby bez nemovitého majetku a neženatého tímto vyhlášením na trhu.¹⁸⁹ Bez souvislosti s trhem zná termín »zaklič« při vznesení nároku z pracovního poměru ve svém čl. 39 ještě pskovská soudní gramota ze zlomu 14. a 15. století.¹⁹⁰

Mimořádný význam měla opověď v českém právu, kde se stala základní součástí přípravného řízení jako podmínka přípustnosti žaloby vůbec na rozdíl od práva německého, v němž byla toliko předpokladem výhodnější

¹⁸⁷ ZakŠtDuš 72: Ako kto pozna lice pod' človekom', a budě on gorě u pustoši; da ga pověde u prěprvnje selo, i zaručii selu i pozově, da ga dađě prěd' sudiamii; ako li ne da selo prěd' sudiamii; što pokaže sud', da platii selo to-zii.

¹⁸⁸ Čl. 32 (PrRus II 360): A čeljadin skryjet'sja, a zakličjut' i na torgu, a za 3 dni ne vyvedut' jeho, a poznajet' i tretii deň, to svojii čeljadin poňati, a onomu platiti 3 grivny prodaži. — Čl. 34 (PrRus II 365): A kto koň pogubit', ili oružje, ili port, a zapovest' na torgu, a posle poznajet' v svojem' gorode, svoje jemu licem vzjati, a za obidu platiti jemu 3 grivny.

¹⁸⁹ Zvláště v III. oddílu (AČ I 457 a d.).

¹⁹⁰ PRP II 291: A ktoroi master plotnik ili naimit otsročit svoj urok i plotnik ili naimit (poidet proč' ot gosudarja) svoje delo otđelajet (ino jemu naimu vzjati) na gosudarech i vzaklič' sočit svojego naima.

formy důkazu; to, co v polském a francouzském právu je jen naznačeno, platí v českém právu v celé šíři.¹⁹¹ V době, z níž jsou dochovány pramenné zprávy, *ztratila opověď sousedům význam žaloby; opověď úřadu ji nenahrazuje, nýbrž doplňuje jako předpoklad žaloby.*¹⁹² Opověď sousedům byla někdejším skutečným pokřikem, opověď úřadu vznikla navázáním staré povinnosti ohlášení trestného činu v rámci organizace útvarů rodové společnosti na novou právní organizaci státní.

Kořeny opovědi českého práva ukazuje čl. 5 statutů Konráda Oty z první poloviny 14. století, kdy jako podmínka »nárokového« řízení je stanoveno ohlášení věci sousedům.¹⁹³ Později všeobecně u většiny trestných činů vyžadují české prameny provedení opovědi do 14 dnů;¹⁹⁴ lhůta sama ukazuje, jak tímto značným prodlením od momentu činu se nyní opověď již zcela odpoutala od někdejšího pokřiku. Lhůta byla patrně podle uvážení úřadů prodlužitelná — nepochybně za úplatu, jak o tom svědčí čl. 216 Rožmberské knihy.¹⁹⁵ Podle čl. 224 téže knihy se opovědění plenu a výboje mohlo dítí zastupcem, kdežto pro znásilnění vyžaduje čl. 225 opověď osobní.¹⁹⁶ Opovídal se způsobem škod na majetku, poranění, únos a znásilnění.¹⁹⁷ Při změně úředníka mezi přípravným řízením a vlastním přelíčením se podle čl. 220 Rožmberské knihy musilo opovídat znovu.¹⁹⁸ *Provedení starší opovědi se provádělo svědeckým příslušných osob, jak to ustanovuje čl. 218 Rožmberské knihy.*¹⁹⁹ O opovědi úřadu svědčili příslušní úředníci, ve 14. století místokomorník a místosudí, kteří za to vybírali »opovědné«.²⁰⁰ Jejich výpověď byla *skutečným svědeckým o vykonání opovědi, nikoli ovšem o činu samotném.* Na instituci svědčení opovědi potom historicky zcela obdobně navazuje »svědčení púhonu«.²⁰¹

Vývojem počala opověď přijímatí *písemnou formu*; jedině písemný zápis se stal patrně plnohodnotným předpokladem pro uplatnění výhodnějšího procesního postupu. Kdežto dříve k němu postačovalo ústní oznámení trestného činu, nyní se vyžaduje písemné. Toho dokladem je na př. poznamenání do knih loupežného přepadení r. 1405 na Moravě²⁰² nebo v Srbsku r. 1457

¹⁹¹ Markov, Přípravné řízení 6–7.

¹⁹² Tamtéž 4–5.

¹⁹³ Viz pozn. č. 183.

¹⁹⁴ Markov, Přípravné řízení 15.

¹⁹⁵ AČ I 476: Pakli čas minul a neodpověděl, a potom opovíedá: tehda opovědčíe, jakž móż milost na nich naléztí, ježto opověď jmajú, že na duši berú opověď.

¹⁹⁶ AČ I 477.

¹⁹⁷ Markov, Přípravné řízení 11.

¹⁹⁸ AČ I 476.

¹⁹⁹ AČ I 476: Tehda právo ot úřada opovědčíého tázati staré právo; ale již opovědčíe právo, jmiéti za žalobu na roce místo úřada dva člověky, ježto vysvědčíta, kak jima známo, nebo kak jest to opověděl.

²⁰⁰ Markov, Přípravné řízení 19.

²⁰¹ J. Markov, Svědčení púhonu a kontumační rozsudek, Miscellanea historico-juridica (Kaprásův sborník), Praha 1940, 167 a d.

²⁰² LC I 130, č. 122 (1405): Já Mikeš z Otoslavie pohoním Jana z Svatobořic Moravského z toho ze všeho, což má, ze sta hřiven groší, že mi pobral peníze a odění, ješto

spáchání krádeže.²⁰³ V požadavku písemného záznamu opovědi se zračí vývoj přesnějšího vedení sporů, jež je výrazem postupu bližšího zásadě materiální pravdy; ovšem jen navenek, protože v podstatě jde tu stejně o písemné poznamenání okolnosti, jež s hlediska věcnosti postupu má povahu zcela formální.

Proti tomu *k zjišťování skutečně objektivní pravdy se opověď blíží, když se napojuje na instituci ohledání stop trestného činu úřadem*. Tento postup je na jedné straně dalším stupněm vývoje opovědi, na druhé těsně souvisí s důkazem příznaky činu (o něm dále v § 13), neboť úředník ohledává tyto příznaky. Původní prosté »uptání«²⁰⁴ úředníků doplňuje v českém právu § 2 čl. 107 Majestatis Carolinae požadavkem písemného záznamu ohledání,²⁰⁵ jež stejně uvádí i čl. 8 Řádu práva zemského.²⁰⁶ Že tento postup měl funkci bezpečnějšího zajištění žaloby — a tím výhodnějšího procesního postavení připuštěním k důkazu, výslovně podává čl. 1 Řádu práva zemského.²⁰⁷

Úpadek opovědi podobně jako i ohledání nastal v souvislosti s úpadkem formální důkazní soustavy a s nástupem věcných důkazů, na Moravě rychleji než v Čechách.²⁰⁸ Jestliže v Čechách zůstal nadále v platnosti požadavek opovědi sousedům,²⁰⁹ je to právě výrazem tendence většího uplatňování zásady materiální pravdy, neboť *odpadnutí opovědi úřadu znamená odstranění formality bez vztahu k objektivním prokům činu, kdežto opověď sousedům*

bylo mého společníka Sešelovo a toho se táhnu na dsky, že jsem k tomu spravedlivěji než on; zná-li mi se v tom, zná mi se pravé pravdě, pakli mi se nezná, ale chci jeho právo přijíti. — (Důkaz zde zřejmě případně provádí žalovaný).

²⁰³ SpomSrp 218, č. 131.

²⁰⁴ M a r k o v, Přípravné řízení 15.

²⁰⁵ CIB II/2 185—6:

partes eadem causa dicta nuntiis coram iudice dicto comparent, relaturis bedellis ipsis, quae gesta in eorum praesentia fuerint circa causam in hereditate jam dicta; his omnibus prius in terrae tabulis debite ut decet consignatis.

²⁰⁶ CIB II/2 205.

²⁰⁷ CIB II/2 199—200:

Quo bedallo recepto ostendet ei illum occisum, et vulnera ejus, vestemque ejus cruentatam; et eandem vestem totam, in qua ipse occisus est, idem bedallus pro se recipere debet et habere, et eandem cruentatam vestem reservare debet, ipsam tempore iudicii quando requisitus fuerit, ostensurus. Glossa: Sed si cautus esse vult actor, ipsum bedallum ad praesentiam beneficiariorum ipsorum ducat, ut coram ipsis ea, quae vidit, recognoscat, ac vestem cruentatam ostendat, et hoc in terrae tabulis consignari procuraret, diem et annum, quo haec facta sunt, ponendo.

²⁰⁸ M a r k o v, Přípravné řízení 24 a 28.

²⁰⁹ Tamtéž 26.

a to ohledaje komorník má na sudieho rok jemu uložený vznést a vynést a to, což jest viděl, ve dsky popsati.

Tu pojma komorníka, jmá jemu ukázati toho zabitého, a rány jeho a rúcho zakrvavené jeho, v kterémž jest zabit; a to všechno rúcho jmá sobě ten komorník vzieti a zachovati, aby je mohl v súde ukázati. Glossa: Ale chce-li ten, ježto pohoní, bezpečen býti: přiveď toho komorníka před úředníky, ať vyzná před nimi, což ohledal jest a rúcho krvavé ať pokáže; a to ve dsky zemské kaž popsati, den a léto, kdy se to stalo, a jméno toho komorníka, kterýž jest vyznal, znamenati kaž.

je nepochybnou součástí věcného posouzení případu, a tedy krokem k proniknutí ryzího svědectví do důkazní soustavy.

Problém opovědi vyvolává ještě nutnost rozřešení otázky jejího vztahu k předběžné přísaze žalobce o pravosti jeho nároku (*iusiurandum calumniae*, *Voreid*). Převážně přijímaná Beyerlova theorie o její proměně z přísahy dodatečné v předběžnou²¹⁰ nedošla všeobecného uznání zejména v souvislosti s tím, že v některých případech má funkci usvědčovacího důkazu.²¹¹ Neobyčejně zajímavá je skutečnost, že v českém právu, kde opověď hrála roli významnější než v jiných právních soustavách, předběžná přísaha žalobce o jeho nároku prakticky neexistuje a opověď je dostatečnou kautelou proti podávání křivých žalob.²¹² Tyto otázky však bude možno odpovědně řešit až po objasnění všech základních problémů důkazu přísahou v slovanském právu vůbec.

§ 13: Důkaz příznaky činu

Důkaz na základě pouhých příznaků činu (*auf blickendem Schein*), kdy přinesení dokladu trestného činu vede k automatickému výroku proti žalovanému, aniž je slyšen,²¹³ je nejvyšším stupněm formalismu, jenž stále intenzivněji ovládá původně značně věcný důkaz při dopadení při činu. Tento důkaz nevedl ovšem nikdy k oprávnění napadeného k přímému zásahu proti pachateli, jak tomu bylo při přistižení při činu, nýbrž toliko k snadnému důkazu.²¹⁴ Žaloba na základě přímých následků činu, především zranění, jest za předpokladu okamžitého ohlášení činu na západě většinou provázena usvědčovací přísahou sedmi přísežníků; zvláště existence *krvavých příznaků* má povahu plného důkazu a vylučuje očištění žalovaného.²¹⁵ Později se základem žaloby stávají *symbols trestného činu*, často *nástroje*, jimiž byl spáchán, a v tomto stadiu vystupuje do popředí řízení místo výpovědi osob činu přítomných *předmět doličný* (*lice, Gesicht, Blick, důkaz mít dem Schub, mit der Binuffte*).²¹⁶ Příznaky činu byly předloženy úřadu a na základě toho za-

²¹⁰ Beyerle, *Entwicklungsproblem* 449 a d.

²¹¹ Ruth, *Zeugen* 214 p. 1, 282.

²¹² Markov, *Přípravné řízení* 8–9.

²¹³ Schuler – Libloy, *Abriss* 257. Planck, *Gerichtsverfahren* II 9 píše o tom, že termín »bewissen« označuje původně instituci důkazu příznaky činu.

²¹⁴ Mayer, *Geschworenengericht* 3–4, 10, 29 a j.; Ruth, *Zeugen* 136; Malinowski, *Lekcijs* 480.

²¹⁵ Ruth, *Zeugen* 41, 80; Mayer – Homberg, *Beweis* 132. Některá skandinávská práva požadují trvání krvavých stop po určitou dobu (Mayer, *Geschworenengericht* 96). O krvi, vylučující očištění, mají zvláště typické ustanovení *Li livres de justice et plet*, XIX 15 § 3: *l'en peut apeler home de sanc, sanz garanz; car li sans est geranz a celui, a cui l'en le fet* (Mayer, *Geschworenengericht* 52 p. 12).

²¹⁶ Kries, *Beweis* 36; Mayer, *Gerüft* 486. — O doličném předmětu zejm. Schuler – Libloy, *Abriss* 257; Planck, *Gerichtsverfahren* II 156; Kries, *Beweis* 173; Schröder – Künssberg, *Lehrbuch* II 847. Mayer – Homberg, *Beweis* 231 mluví o řízení, v němž byly shledány znaky znásilnění; v tom se typicky projevuje po-

lobce provedl důkaz. Mezi tímto předložením ran, zkrvavených šatů a pod. soudu a mezi svědeckým důkazem soudců a soudních osob (o tom blíže dále v § 15) je spojitost dána faktem, že soudce nebo úředník přímo vidí věci pro posouzení případu důležité.²¹⁷ S rozšiřováním zásady materiální pravdy, pronikající ovšem velmi zvolna, nebyly příznaky činu už samy o sobě předpokladem privilegovaného důkazu přísedníky žalobce, avšak vedly k možnosti důkazu výhodnějším menším počtem svědků místo většího počtu normálních přísedníků.²¹⁸

Ve slovanském právu *důkaz na základě příznaků činu, potvrzený přísahou poškozeného, znamenal usvědčení pachatele*. Přísaha není v pramenech někdy zmiňována.

Nejhojnější doklady důkazu na základě příznaků činu se týkají důkazu zranění, »ran«, a *usmrcení*, které zřejmě a zcela pochopitelně byly případem beze sporu nejaktuálnějším. Lapidárně zachycuje postup v této situaci v českém právu čl. 73 a 171 Rožmberské knihy²¹⁹ a čl. 88 *Officii circa tabulas terrae*,²²⁰ jakož i čl. 19 právní knihy Ondřeje z Dubé.^{220a} Z ostatních slovanských práv bylo podobně podmínkou plného důkazu osvědčení ran v polském právu, jak to ukazují na př. zápisy v knihách krakovského soudu z třicátých let 15. století.²²¹ V těchto knihách jest také zachycen přísný formalismus, jímž se tento důkaz spravoval: neshoda skutečného stavu ran s výpovědí vedla ke ztrátě pře.²²² V souvislosti s tím je potřebí poukázat na neobyčejně

čátek převahy těchto příznaků nad předchozím voláním o pomoc. Nebylo-li *corpus delicti* soudu předloženo, bylo možno se bránit ordálem (Ruth, Zeugen 151).

²¹⁷ Planck, Gerichtsverfahren II 157; Kries, Beweis 25.

²¹⁸ Kries, Beweis 230, 256; Ruth, Zeugen 279.

²¹⁹ Čl. 73 (AČ I 461): Ježto vypřisíleci z ran z modrých právo popřisíleci samému svů ruků zjevě co jej ran bolelo, nebo dáno; z otvořivých ran a z siných takéž. — Čl. 171 (AČ I 471): Z ran modrých, z mála nebo ze mnoha, jeden pónon; jako z plena právo sehnati o tu při; právo póvodu přisíleci, co jmá ran ot neho, jenž bít, více práva není.

²²⁰ CIB II/ 268:

Si quis citat pro vulneribus, et actor iurat
et procedit: datur sibi pro jure obtento.

Ač kto koho pohoní pro rány, a jistec přisáhá a pruojde: bude jemu za obdržené právo.

^{220a} OzDubé 130: O hlavu a o mord též jedno krvavé rúcho ukázati před pány aneb svědectvie komornície.

²²¹ SPPP I 239, č. 143 (1388): Coth et Sobco officiales recognoverunt quod XII wlnera viderunt aput Pe (!) officialem de Pelcznicza, quem wlneravit Wlodarius et procurator de Lasschow. — SPPP II 269, č. 1862 (1422): Item Wenceslaus ministerialis recognovit violenciam per ipsos (Albertum et Jacussium kmethones) et wlnera facta ipsis Martino et Andree ministerialibus. — SPPP II 393, č. 2528 (1434): Petrus de Woywanowicze jure adquisiuit tria wlnera cruentata, pro quolibet wlnere decem marcas per iuramentum proprium super Johannem ibidem de Woywanowicze. — SPPP II 419, č. 2653 (1436): Petrus de Sadowye pro duobus cruentatis wlneribus, pro quolibet per decem marcas, et pro uno liuido unam marcam sibi violentem illatis, per iuramentum proprium super Wirzbatham de Wilkow jure et iusticialiter imperpetuum adquisiuit, et penam XV ratione dictorum wlnorum sibi Petro incurrit et Iudicio XV.

²²² SPPP I 345, č. 2309 (1430): Mirosz de Desno pro tribus wlneribus, ut dicebatur, cruentatis, Johanni de Nowa wesz per ipsum Mirosz illatis, predictum Johannem jure imperpetuum euasit per wstecz ad ministerialem: et ministerialis recognovit, quod ipsa wlnera non vidit esse cruentata, sed przepelsle.

zajímavý čl. 62 statutů Kazimíra Velkého z r. 1346, podle něhož svědectví o stavu ran mohli i proti výpovědi úředníka podat neúřední svědkové;²²³ i ti ovšem vypovídali jako svědkové stop zranění, nikoli spáchání zranění samotného. Pozoruhodné doklady důkazu na základě ran mají generální konstituce lenčické země z let 1418—19. Uvádějí odděleně — v souvislosti s taxací pokut — zranění šlechticů, v němž navíc liší mezi jednotlivými typy ran (čl. 9 a 10), a zranění sedláků (čl. 12).²²⁴ Postup při přísaze sedláka, jemuž byl useknut prst (čl. 13), patří k nejlepším zachycením důkazu příznaky činu.²²⁵ Čl. 8 se zmiňuje o důkazu v případě usmrcení šlechtice, avšak neudává žádná bližší data o účasti úředníků a důkazu mrtvolou v tomto případě.²²⁶ Také ruské právo má neobyčejně jasná ustanovení o stopách činu jako podmínce usvědčení pachatele bez dalšího. Podle čl. 2 a 30 kratšího znění Ruské pravdy nemůže bez těchto stop vůbec ke při dojít;²²⁷ proti tomu čl. 29 širší redakce má předpis o náhradním důkazu svědky nebo přísežníky.²²⁸ V jihoslovanském právu byl ze zranění pachatel usvědčen přísahou poškozeného podle čl. 28 III. knihy lesinského statutu z r. 1331.²²⁹

Pokud se týče shody věcných náležitostí privilegované žaloby na základě příznaků činu, je v dokladech z práva slovanských národů téměř až obdivuhodná při druhém nejvýznamnějším případě tohoto důkazu, *znásilnění*. Vedle povinného pokřiku se tu vesměs požaduje pláč postižené, rozpletení jejích vlasů a potrhání či zkrvavení šatstva. Typicky jsou takto tyto nále-

²²³ StKazW 415: quod vulnus licet per ministerialem conspectum et visum fuisse obtulisset se probaturum, tamen idem ministerialis, interrogatus per iudicem, negavit se predictum vulnus vidisse et conspexisse. Et quia post negationem ipsius ministerialis idem Johannes mox predictum vulnus, matri sue illatum, per alios idoneos testes, qui dictum vulnus viderunt et conspexerunt, offerebat se probaturum, nos in tali vel simili casu decrevimus eundem Johannem ad producendum testes fore admittendum.

²²⁴ JusPol 195: čl. 9: Quando nobilis vulneratur, pro vulnere sanguineo quinque marcae solvi debent... et hoc vulnus si vidit ministerialis. — Čl. 10: Quando nobilis vulneratur livido vulnere, et docebit hoc ministeriali, qui hoc vidit, jurans proprio juramento, hujusmodi pro vulnere duae sexagenae solvi debent. — Čl. 12: Quando nobilis vulnerat kmethonem, et si kmetho per ministerialem probabit, qui vulnus vidit, et super vulnus suum jurabit, pro cruento vulnere ferto, pro livido sex grossi solvi debent, domino vero, cujus kmetho fuit, una sexagena.

²²⁵ JusPol 195: Quando kmethoni digitus absciditur, tunc debet solvi sibi una marca in duabus hebdomadibus, et hoc, si jurabit: quod ab eo habet talem mutilationem.

²²⁶ JusPol 194: Quando nobilis interficitur, a quocunque sexaginta marcae... solvi debent... et actor praesens deponet juramentum, tecto etiam sacramento: quod a tali habet mortem, et a suis manibus.

²²⁷ Text čl. 2 viz v pozn. č. 68. — Čl. 30 (PrRus II 191): Ašče že pridet' krovav muž' ljubo sin', to ne iskat' jemu poslucha.

²²⁸ Viz pozn. č. 69.

²²⁹ MHJSM III 197: Si quis percussus fuerit, unde evidens plaga facta fuerit, quod plaga ostendatur domino comiti et eius iudicibus, qui reperirentur, et viso dicto vulnere per dominum comitem, recipiatur sacramentum a percusso de illo, qui ipsum percusserit; et dicto sacramento adhibeatur plena fides, si non obiret de dicta percussione, et nihilominus, si dictus percussus de repercussione obiret.

žitosti vyjmenovány v čl. 228 Rožmberské knihy,²³⁰ čl. 83 Majestatis Carolinae²³¹ nebo v čl. 1 vrbanského statutu z r. 1388;²³² poslední dva případy jsou už ovšem z doby, kdy proti důkazu žalobce na základě příznaků činu se připouštěl protidůkaz žalovaného, přísahou v dokladu českém a výsledkem na mučidlech v dokladu jihoslovanském. Další příklady byly uvedeny v § 11. Při tomto důkazu příznaky činu je formalismus zvláště dobře patrný tam, kde v citovaných ustanoveních se žádá takováto *dodatečná úprava zevnějšku žalované až jako formální úkon při přístupu před úřad*.

Zemědělské hospodářství, charakteristické pro dobu rozšíření důkazu příznaky činu, způsobuje, že zákonodárství zavádí privilegovanou ochranu tímto důkazem v řadě materií těsně spjatých se zemědělstvím. Na pokřik a znamení činu dosvědčené potom před soudem váže ochranu strážce vinohradu čl. 23 vinodolského zákona z r. 1288.²³³ Statuty Kazimíra Velkého při spasení úrody dobyt看em předepisují v čl. 32 jeho zajetí a okamžité předehánání před soudní dvůr, v případě značné vzdálenosti až druhý den;²³⁴ v II. oddílu vyžadují v čl. 131 označení stromu, u něhož se zajetí stalo, vrubem, a potom provedení přísahy.²³⁵ České právo je v tomto směru vývoje nejdále:

²³⁰ AČ I 477: Když opovíedá která z podávenie, právo jie opovédietí jmajíc krvavý šlojír nebo rúchu na svej hlavě, a úplet jeden rozpletši i rozmetavši prameny i řeci: »opovíedaju, že jsem podávenaa.

²³¹ CIB II/2 167–8:

Si quis deferatur furoris ardore commotus virginem violenter stuprasse, vel aliam honeste viventem feminam violenter oppressisse, confestim talis virgo vel femina debet in loco commissi delicti, si habitabilis est, alioquin habitabili propinquiore, publice comparere, lacerare peplum, et alta voce conqueri et clamare contra hujusmodi oppressorem, coram probis hominibus dicti loci; deinde querimoniam regis officialibus facere speciale. . . . consuevit in regia curia iudicium diffinire: videlicet exigere a muliere hujusmodi iuramentum, quod taliter stuprata vel oppressa fuerit. Quo praestito, delatus idem, si contra obiecta se defendere voluerit, pro defensione sua iurabit et secum sex testes habeat famae bonae et opinionis.

²³² MHJSM IV 148:lošt', to zloživši k' tomu, da kďekolě ta devica ili žena budušt', kaga kolě računa, da ima priti pred dvorove razpletena kličušť »pomaganju«, prěe nere pride domov', i opomenuti mesto, gdě bude sila činena. A tada sudci imeite jeti ovae-noga, tare zaminati ga. . . . Na mucě ako ne bude pravil': prost' e.

²³³ MHJSM IV 10: Oššte, pudarija, to jest straža nad vinogradom i od zema i od guman i od iních reči, zverchu kich pudari, položena verovano. Nevešte kada bude nika škoda pred nim činiti se, vapli tada »pomagaite«; godi ako ne vazme nikoga znameně od škodnika onoga, i tada i ako pokaže verovaním svedokom, vola pred dvor ne odnese onoga znameně, pria ner se bude ta krivac tužil pred dvorom, vola ako ne poide s tim istim krivcem tadae pred dvor.

²³⁴ StKazW 341–2.

²³⁵ SPPP I 143–4.

ačby kto pannu nebo ženu poctivú násilně podávil a ona to ihned s pláčem a lomeniem rukama, s roztrženým šlojířem s křikem ohlásila, a potom na králově dvoře, nebo kdež jest toho obyčej, jinde obžalovala: ten má jat býti a ona sama má příséci, že se jie od něho podáveniem násilí stalo; a on sám sedmý má příséci, že jest tiem nevinn.

jeho čl. 106 Majestatis Carolinae²³⁶ i čl. 54 Řádu práva zemského²³⁷ žádají opověď a ohledání škody komorníkem, o němž bude vzápětí. Důkaz symbolem odcizení věci, totiž uříznutého ucha dobytčete, zná ve svém čl. 88 rovněž Řád práva zemského.²³⁸

Předpisy o důkazu na základě příznaků ukazují vývoj této instituce *od původního automatického rozhodnutí na základě příznaků k formálnímu řízení před úředníky*. Tento proces²³⁹ je zvláště patrný z dokladů českého (jak už bylo řečeno) a polského práva při deliktech tělesného poškození a usmrcení.²⁴⁰ Do jisté míry tu jde o zdůraznění formální stránky tohoto důkazu (formální opověď úředníkům); zároveň však se tu rýsují předpoklady věcného posouzení situace obdobně jako tomu bylo na západě při inkvisičním řízení. Vedle dokladů, uvedených v § 12 a zde v bezprostředně předcházejícím textu o materii hospodářského podnikání, ukazuje velmi pěkně ověření věcných příznaků trestného činu úředníky čl. 19 knihy Ondřeje z Dubé, jenž v tomto směru uvádí paralelně shodná ustanovení pro oba základní typy důkazu dopadením při činu, usmrcení, resp. zranění a znásilnění.²⁴¹ Proměna tohoto důkazu v nové formy však nejlépe vyplývá z ustanovení polského něšavského zákona z r. 1454. Jeho variant pro Velkopolsko předeepisuje v čl. 19 způsob ohledání ran úředníkem; proti tomu odpovídající variant pro Malopolsko spojuje v čl. 20 tento postup s důkazem přisežníky,²⁴² který byl dalším typem formalisace důkazní soustavy (o tom v § 14).

²³⁶ CIB II/2 184:

Siquis jus suum prosequi adversus alium quem dicere velit blada sua cum animalibus conculcasse vel aliter devastasse: illatum sibi damnum debet primo beneficiarius terrae facere notum, a quibus recipiat bedellum, qui conculcationem vel devastationem illam diligenter inspiciat, et damnum inde proventum consideret, ut suo loco et tempore beneficiarius supradictis de praemissis relationem possit facere condecens.

²³⁷ CIB II/2 229–30.

²³⁸ CIB II/2 251–2.

²³⁹ Účast soudních posílů při zjišťování okolností je ovšem známa i ze západní Evropy (Planck, Gerichtsverfahren II 151; Mayer, Geschworenengericht 87–8; Kries, Beweis 128, 130). Skandinávská a anglická porota počínají objektivně posuzovat případy, kdy žalobce má použít privilegované formy důkazu (Mayer, Geschworenengericht 97 a d.; Pappenheim, recense Mayera 132; Pollock – Maitland, History II 618 a d.)

²⁴⁰ »Uptání« a »opatření« v českém právu (Markov, Přípravné řízení 21).

²⁴¹ OzDubé 129: když se mord stane, jest potřeba, aby ihned utekl se k úřadu a ku purkrabí pražskému obžalovati toho skutku a od úřada komorníka prositi na ohledání toho mordu, kdy se stal a kterými ranami a může-li rúcho krvavé jmieti, to okázati. A též o únos komorník má slyšeti súsedy, kde panna neb vdova byla, by-li úp, křik neb které dobývání z tvrze neb z chalupy nebo na cestě svobodné.

²⁴² M. Bobrzyński, O ustawodawstwie nieszawskiem Kazimierza Jagiellończyka, Kraków 1873, 63 a 94:

Ačby kto dobyt看em svým obilé komu potlačil nebo spásil, to má úředníkom osvědčiti a komorníka ot nich vezma, jemu to potlačenie aneb spas okázati a časem svým úředníkom opovědieti má.

Uvedené doklady úředního přezkoumávání příznaků činu ilustrují novou etapu ve vývoji důkazu příznaky činu a počátek nového období vývoje důkazní soustavy vůbec. Rozšíření účasti úřadu při důkazu je výrazem procesu překonávání feudální rozdrobenosti, který je charakteristický pro zavádění inkvisičního řízení v celé Evropě na rozdíl od jeho jen částečné a dočasné aplikace v raně feudální monarchii. V Čechách tato nová cesta je naznačena už v čl. 20 Rožmberské knihy.²⁴³ Tímto směrem se důkaz dopadením při činu, původně povahy reálně objektivní a teprve feudálním státem zformalisovaný, opět počal vracet na základnu objektivní pravdy, z níž kdysi vyšel.

§ 14: Dopadení při činu a důkaz přísedníky

Okolností, jež nejvíce přispěla k tomu, že důkaz dopadením při činu byl nahrazen novými důkazy s menším zřetelem k objektivní situaci určitého případu, *byl všeobecný růst formálnosti procesu*, charakteristický pro období feudální rozdrobenosti. Procesní mechanismus zasahuje tehdy do všech stadií procesu a i když v oblasti důkazního řízení nejvíce postihuje případy prosté žaloby (schlichte Klage), projevuje se značně i v řízení při dopadení při činu, jež odtrhuje od skutečnosti a poznamenává pečeti neživotných forem a presumpcí. Jestliže v původním dopadení při činu se prokázání viny pachatele dělo způsobem, jež v jednoduchých poměrech rodové společnosti možno považovati za plnou náhražku svědeckého důkazu, v této době se svědectví týká nanejvýš, jak bylo řečeno v §§ 11—13, jen prokázání oněch formálních skutečností, jež jsou presumptivním předpokladem pro aplikaci výhodného způsobu řízení.

Vlastní důkaz je však veden zcela formálně. Paralelně s rozšířením přísednického důkazu žalované strany dochází i k *napojení institucí vzniklých z původního dopadení při činu na instituci přísedníků*. Děje se tak jednak tím, že svědci pokřiku se stávají normálními přísedníky²⁴⁴ (srov. § 12), jednak tím, že v důkaz přísedníky žalobce přechází i důkaz na základě příznaků činu; zvýšení formalit tu zlepšuje postavení žalované strany, i když o skutečně

Čl. 19 velkopolského statutu:
quod dum quis evocabit ad iudicium aliquem pro vulneribus, ministerialis ad instantiam vulnerati vulnera conspiciat, aut sint notabilia aut fixa, beneque quod experiantur huiusmodi per lotionem aque, et si ipse ministerialis coram iudicio aliter deduxerit, quam in citatione vulnerati expressum est, luat vulneratus marcam pothwarną et causam eo ipso perdet.

Čl. 20 malopolského statutu:
quod si aliquis ab aliquo vulneratus fuerit, et illa vulnera vulneratus in percutiente experte voluerit, talia vulnera ostendere debet duobus sibi similibus et ministeriali et mettertius iurare debet. Eo modo pro capite seu interfecto.

²⁴³ AČ I 453: úřad právo jmá poslati k richtářovi a ke dvěma konšeloma, jůž sě komorník dokládá, aby po svém listě pověděli na jich vieru i na jich dušu, co jim známo.

²⁴⁴ Schröder — Künssberg, Lehrbuch I 95; Ruth, Zeugen 154—5.

objektivní důkaz tu naprosto nejde.²⁴⁵ Teprve v pozdější přeměně přísednického důkazu ve svědecký proniká i do těchto případů svědeckého důkazu pojetí věcně empirické. Než však zejména v době po překonání feudální rozdrobenosti k této změně dojde, je za někdejší situace dopadení při činu prováděn normální formální přísednický důkaz, v tomto případě ovšem *přisežníky žalobce*, nikoli žalovaného. Proti usvědčení pachatele na základě pouhých příznaků činu je zde sice určité zlepšení, neboť žalobci se důkaz v této nové formě nemusí povést, avšak toto nevykonání, resp. vadné vykonání důkazu je důsledkem nedodržení formy přísahy a ne zvážením objektivní situace případu. Jádrem tohoto použití důkazu ve formě usvědčení pachatele přímými svědky činu nebo osobami svolanými pokřikem je sice už v instituci dopadení při činu od pradávna, jak to dosvědčuje přísaha příbuzných poškozené strany, jež dopadla škůdce,²⁴⁶ avšak nyní se formální rysy stávají základem celého důkazu.

Toto stadium vývoje je velmi dobře patrné z čl. 127 v II. oddílu statut Kazimíra Velkého, kde se povoluje očištění obžalovanému z krádeže a ne-usvědčenému určitým počtem »svědků«,²⁴⁷ v jejichž přísaze leží hlavní váha důkazu.

Formalisace někdejšího důkazu dopadením při činu a její napojení na důkaz přísedníky se však nejlépe jeví v proměnách, jež nastaly se »sokem« (srov. § 7), nyní v českém právu už nazývaném »původ«. Tento důkaz začíná být vázán na *formality při podání žaloby, provádí se přisežníky a protistraně se proti němu povoluje ordál*.²⁴⁸ To dokazuje např. čl. 72 Knihy Rožmberské²⁴⁹ nebo čl. 99 *Officii circa tabulas terrae*.²⁵⁰ Také srbské prameny z třicátých let 15. století ukazují toto zformálnění instituce soka; podle jedné dochované zprávy měly výpověď jakéhosi muže o krádeži podpořit ve prospěch žalobce přísahou čtyři další osoby, jež však přísahat odmítly, a tak žalobce neuspěl.²⁵¹ Nejpozoruhodnějším dokladem změn v užívání důkazu sokem je ještě daleko starší čl. 85 širšího znění Ruské pravdy, jenž v řadě jejích ustanovení zahajuje oddíl, který odráží novější vývoj feudální společnosti.²⁵² Tento článek v zásadě nedoporučuje důkaz nevolníkem, avšak v případě nezbytí jej

²⁴⁵ K r i e s, Beweis 174.

²⁴⁶ P l a n c k, Gerichtsverfahren II 128.

²⁴⁷ SPPP I 140: quod si accusato de furto et non convicto adhibito certo numero testium fuerit indicata purgatio.

²⁴⁸ M a r k o v, Původ-sok 384, 387.

²⁴⁹ Čtení J. M a r k o v a podle konečné úpravy, již uvádí V e s e l ý, Slubní soud 29: Pakliby žaloval z toho z pówody (nebo: pówod) a odpovídáť jemu nebránil na odpovědi pówodów (nebo: pówody) vésti, právo za vođu dva pomocníky odpřisezta, že nevinen.

²⁵⁰ CIB II/2 270:

Quando pówod actoris iurando non pro-

A když pówod jistcuov přísahaje neprojde, jistec ztratí při.

²⁵¹ K. J i r e č e k, Das Gesetzbuch des serbischen Caren Stephan Dušan, Archiv f. slavische Philologie XXVII, Berlin 1900, 194.

²⁵² PRP I 176.

připouští, prohlásí-li žalobce, že se sice opírá o nevolníkovu výpověď, avšak žaluje svým vlastním jménem; tak donutí protistranu, aby se podrobila ordálu.²⁵³ Nevolník nesměl přísahat, a proto nemohl spor rozhodnout; za použití náhradních formalit však mohla být jeho výpověď, beze všech pochyb svědecké povahy, základem vlastního důkazu.

Tomuto vývoji odpovídá i skutečnost, že rovněž pokřik a opověď činu nestačily v době po překonání feudální rozdrobenosti k plnému důkazu, jemuž bylo možno čelit přísednickým protidůkazem žalované strany přes předchozí přísahu žalující strany poškozené. Dokladem tohoto pojetí je v českém právu čl. 83 Majestatis Carolinae.²⁵⁴

Splynutí někdejšího důkazu dopadením při činu s důkazem přísedníky výstižně ukazuje další vývoj ruského »poslucha« (o něm v § 5). Skutečným svědkem v běžném slova smyslu byl posluh jen v některých pramenech přímo recipovaných v Bulharsku z byzantského práva, kde tímto názvem byl označován svědek byzantských procesních předpisů.²⁵⁵ Proti tomu v ruských pramenech je posluh vedle jeho chápání ve významu »testis rogatus« již v nejstarších dochovaných pramenech především *přísedníkem*.²⁵⁶ Tak je tomu na př. v čl. 18 širší redakce Ruské pravdy.^{256a} Pskovská soudní gramota z první poloviny 15. století pak popisuje v čl. 22 klasické formální rysy této instituce, propadnost pro nedostavení nebo při porušení doslovu žaloby.²⁵⁷ Shodně s tím čl. 22 novgorodské soudní gramoty z r. 1471 vyžaduje jako formální předpoklad příslušnost »svědka« k městu a stejnou společenskou úroveň poslucha a osoby, v jejíž prospěch vypovídá.²⁵⁸

²⁵³ PrRus II 594: Ty ťaže vse sudať posluhi svobodnymi; budet' li posluh cholop, to cholopu na pravdu ne vylaziti; no ože choščet' istec', ili imet' i, a reka tako: po sego reči jemlju ťa, no jaz jemlju ťa, a ne cholop, i jemeti i na železo; aže obiníti i, to jemlet na nem svoje; ne obimit' li jeho, platiti jemu grivna za muku, zane po cholop' - ji reči jal i.

²⁵⁴ Viz pozn. č. 231.

²⁵⁵ Bobčev, Sudebno pravo CIX-CX; T. Saturník, Příspěvky k šíření byzantského práva u Slovanů, Praha 1922, 112 a d.

²⁵⁶ Malinovskij, Lekcijsi 481.

^{256a} PrRus II 325: Ašče budet' na kogo poklepnaja vira, to že budet' posluhov 7, to ti vyvedut' viru; pakí li varjag ili kto in togda (= ili in kto, to dva). — Obdobný je patrně případ čl. 29 širšího textu Ruské pravdy (PrRus II 350): Aže pridet' krovav muž' na dvor ili sin', to vidoka jemu ne iskatí, no platiti jemu prodažju 3 grivny, ašče li ne budet' na nem' znamenija, to priversti jemu vidok slovo protivu slova; kto budet' počal, tomu platí 60 kun; ače že i krovav pridet, ili budet' sam počal, i vylezut' posluš, to to jemu za platež', ože i bíli. Z faktického stavu věci se zde podává, že osoby, které vypovídaly v době sporu o tom, že postižený byl při střetu s žalovaným zraněn (»vidoci«), vypovídají o tom, co skutečně zrakem postihly, a jsou tedy skutečně svědky. Proti tomu o původci sporu mohou se vypovídající osoby (»poslusi«) sice vyslovit také jako svědci, avšak vedle toho mohou vyjadřovat i pouhé subjektivní přesvědčení, že osoba, v jejíž prospěch mluví, se těší takové pověsti, že nemůže být původcem sporu — v tomto případě jsou tyto osoby přísedníky.

²⁵⁷ PRP II 289 : A na kotorogo poslucha istec posletsja, i posluh ne stanet, ili stav ha sude ne dogovorit v ty ž reči, ili peregovorit, ino tot posluh ne v posluh, a tot ne doiskalsja.

²⁵⁸ PRP II 214: A posluhu na poslucha ne byť. A p'skovitinu se posluchať, ni oder-novatomu cholopu. A cholop na cholopa posluh.

III. POČÁTKY SVĚDECKÉHO DŮKAZU

§ 15: Zvláštní případy svědeckého důkazu

Důkazní řízení v právu raně feudálního státu neznalo svědecký důkaz jako smyslové vnímání pro určitou právní relaci důležitých okolností náhodně přítomnou osobou.²⁵⁹ Literatura sice často běžně přijímá existenci svědectví v této podobě i za raného feudalismu,²⁶⁰ avšak toto chápání je založeno na zásadním nepochopení jednak pramenům, jednak prostředí, v němž toto důkazní řízení vzniklo a uplatňovalo se. Zvláště v oblasti francké se starší literatura téměř jednohlasně vyslovovala pro existenci svědků.²⁶¹ Avšak jak se nověji ukázalo, skutečných svědků nezná žádné z germánských národních práv.²⁶² Svědecké prvky u Alamanů a Burgundů byly většinou formální recepcí ze sousedních práv,²⁶³ podobně jako výskyt svědků všeobecně je na západě i východě dílem vlivu římského;²⁶⁴ proslulá »probatio certa« sálského zákoníka kryje dopadení při činu a situace z něho vzniklé.²⁶⁵

Neexistence vlastních svědků v právu raně feudálního státu však neznamená, že by se v řízení před jeho soudy neuplatňovala i hlediska objektivní pravdy. Je sice nepochybné, že zejména vliv feudální rozdrobenosti, o němž více bude vzápětí v následujícím paragrafu, se v tomto směru projevoval negativně, avšak na druhé straně se v důkazu hledisko objektivní pravdy projevilo, ovšem v jiných formách, než jakou je běžný svědecký důkaz. V zásadě se zde objektivní pravda uplatnila v důkazech dvojího druhu. Jedním z nich

²⁵⁹ O náhodných svědcích hovoří J. R a f a c z, *Świadkowie w procesie polskim XV wieku*, Sprawozd. z czynności i posiedzeń Pols. Akad. Umiejętności XXIX Nr. 7, Kraków 1924, 7 a t ý ž, *Dawne prawo sądowe polskie w zarysie*, Warszawa 1936, 121. Proti tomu tuto kategorii ve shodě s ostatní literaturou výslovně vylučuje R u t h, *Zeugen* 3. Se srovnávacího hlediska ethnografického shodně píše R. T h u r n w a l d, *Werden, Wandel und Gestaltung des Rechtes im Lichte der Völkerforschung*, Berlin–Leipzig 1934, 151.

²⁶⁰ Z autorů píšících o slovanském právu praví K a d l e c, *Prvobitno slovensko pravo* 172 paušálně, že všude, kde není svědectví, se používá jako důkazního prostředku přísahy. N. P. B l a g o j e v, *Istorija na balgarskoto pravo*, *Godišnik na sofijs. univ., jurid. fak.* XXV, Sofia 1929–30, 171 jednoduše míní, že užívání svědectví bylo tak obvyklé, že prameny o něm ani nemluví. Proti tomu M a r k o v i ć, *O dokazima* 73 opatrněji poukazuje na fakt, že Dušanův zákoník výslovně ustanovení o svědeckém důkazu nemá a že je doložen jen ze sporů s Dubrovničany, kde už se projevují vlivy italského práva.

²⁶¹ M a u r e r, *Beweisverfahren* 248; M. A. B e t h m a n n – H o l l w e g, *Der Civilprocess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, IV. díl, Bonn 1868, 503–5; L ö n i n g, *Reinigungseid* 99; B r u n n e r – S c h w e r i n, *Deut. Rechtsgesch.* II 502; D e c l a r e u i l, *Les preuves* 464–80; E. G l a s s o n, *Histoire du droit et des institutions de la France*, Paris od 1887, III 483, 488; C h é n o n, *Histoire* I 252.

²⁶² R u t h, *Zeugen* 14–25, 37–8.

²⁶³ B e y e r l e, *Entwicklungsproblem* 396, 398; R u t h, *Zeugen* 20.

²⁶⁴ Tak v Itálii pod vlivem římským existovali vždy (S a l v i o l i, *Storia* III/1 268) a stejně tomu bylo na východě v Bulharsku pod byzantským vlivem (B o b č e v, *Istorija* 397–9).

²⁶⁵ B e y e r l e, *Entwicklungsproblem* 380, 383; L é v y – B r u h l, *Les témoins* 397–404. O tom, že »probatio certa« kryje důkaz příznaky činu, má M a y e r *Geschworenen-gericht* 89. Proti tomu B r u n n e r – S c h w e r i n, *Deut. Rechtsgesch.* II 53 mluví tu o svědectví v běžném smyslu, avšak podotýká, že jde o recepci z římského práva. M a y e r – H o m b e r g, *Beweis* 47 p. 220 píše o tom, že »adprobatum« značí ordál.

jsou *situace souvisící s dopadením při činu*,²⁶⁶ jimž byly věnovány naše výklady dosavadní, druhými jsou *zvláštní případy svědeckého důkazu*, v nichž nejde o svědectví jakékoli nahodilé osoby, nýbrž *osob zvláště kvalifikovaných*. Základem všech těchto zvláštních situací je známost věci *většímu počtu lidí* (na př. oznámením na sněmu) nebo určitému menšímu počtu lidí, avšak *po delší dobu*, tedy prostě *všeobecná známost, notorieta věci*.²⁶⁷ Vedle svědectví úředních osob, jež se může týkat čehokoli, jsou to svědectví *v materiích civilních*.²⁶⁸

Všem jednotlivým případům speciální kvalifikace svědeckého důkazu za raného feudalismu by bylo možno věnovat zvláštní studie. Pro proces všeobecného rozšiřování nekvalifikovaného svědectví důkazu však tyto kategorie jsou pouhým rámcem, a proto na tomto místě je třeba se o nich zmíniti toliko v přehledu.

První skupinou případů, v nichž odjakživa platilo věcné dokazování podle zásad materiální pravdy, bylo *svědectví o věcech osobního stavu*, na př. narození dítěte, uzavření manželství, vstoupení do kláštera a podobně.²⁶⁹ Podobně jako v ostatních evropských právech existuje i ze slovanské oblasti v tomto směru velká hojnost dokladů, zejména pak pokud se týče prokazování příslušnosti ke šlechtickému stavu.²⁷⁰

Druhou kategorií bylo *svědectví v mezních sporech*, kde vypovídaly osoby, jimž odedávna byl znám skutečný stav nemovitostní držby. Byla to t. zv. »výpověď obce« (Gemeindezeugniss),²⁷¹ sousedů, kteří povinně vypovídali²⁷² o tom, co znali především ze zpráv svých otců a dědů.²⁷³ V mezních sporech se relativně nejvíce uplatňuje prvek objektivní pravdy, neboť svědci zde vypovídají o skutečném stavu sporných otázek; přitom ovšem i toto svědectví se provádí formálně slavnostní přísahou, jejíž ceremoniel je mnohdy

²⁶⁶ Declareuil, Les preuves 241; Schuler — Libloy, Abriss 243; Bechert, Recht oder Pflicht 52.

²⁶⁷ Maurer, Beweisverfahren 191—3.

²⁶⁸ Kadlec, Přísežní pomocníci 255 p. 3.

²⁶⁹ Planck, Gerichtsverfahren II 67—8; Glasson, Hist. de l'Angleterre II 519; E. M. Meyers, Trial by jury on the Veluwe, Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis VII, Haarlem 1927, 369. Planck l. c. 68 počítá sem i lenní spory, v nichž jde o důkaz jednostranný; ze sporů mezních, kde dokazují obě strany, činí kategorií zvláštní. Patrně zde bude třeba lišit podle toho, zda jde o osobní lenní vztah nebo hranice pozemkové držby, jež může být zároveň lenní povahy.

²⁷⁰ Ze slovanských práv věnoval této tematice pozornost zatím jen pro Polsko Wl. Semkowicz, Nagana i oczyszczenie szlachectwa w Polsce XIV i XV w., Lwów 1899. Jinak z náhodných poukazů srov. např. Markov, Původ-sok 375. U jižních Slovanů je typická výjimka pro důkaz příbuznými o osobních věcech, jak to ustanovuje kap. 113 statutu města Budy z r. 1442 (MHJSM III 27).

²⁷¹ Maurer, Beweisverfahren, 188; Planck, Gerichtsverfahren II 65; Brunner — Schwerin, Deut. Rechtsgesch. II 529; Ruth, Zeugen 2; Bechert, Recht oder Pflicht, 51; Glasson, Hist. de la France III, 482.

²⁷² O. Balzer, Przewód sądowy polski w zarysie, Lwów 1935, 171.

²⁷³ Rafacz, Prawo sądowe 121. Marković, O dokazima 64—5; starinici, starci župani, starci dobri človeci, starinici od župe.

značně barvitější než v řadě sporů jiných.²⁷⁴ Svědkové mají zde zároveň povahu *znalců*. Agrární hospodářství slovanských národů způsobilo, že zvláště z Ruska a z Balkánu máme nesčetné doklady svědectví v mezních sporech, hojného ovšem ostatně i u všech dalších slovanských národů.²⁷⁵

Jednou z nejdůležitějších skupin starých svědků byli *svědkové dožádání* (*testes rogati*),²⁷⁶ t. j. zvláště vyzvaní k účasti na určitém právním aktu, aby pak v případě potřeby mohli o něm vydat svědectví. Jsou to svědkové uvádění v závěru listin.²⁷⁷ U nich se nejjasněji projevuje zásada raně feudálního práva, že ke svědectví není nikdo povinen a vypovídat že může jen dobrovolně; pokud ovšem taková osoba ke své účasti při určitém právním aktu svolila, zavazovala se tím k případnému budoucímu svědectví. Funkci tohoto svědeckého důkazu převzal později důkaz listinný²⁷⁸ a v tomto směru lze teprve značně pozdě — většinou až v 16. století — konstatovat, že písemný důkaz svým významem a přednostním postavením vytlačil důkaz svědecký.²⁷⁹ Dožádání svědkové vystupují při darováních, prodejkách, směnách, propuštění na svobodu, poddanských smlouvách, smlouvách svatebních, rozlučovacích, poručenských, při dělení dědictví a jinde. Často jsou jimi litkupníci,²⁸⁰ rozhodčí nebo rukojmí.²⁸¹ Zprávy o dožádaných svědcích z pramenů slovanského práva jsou neobyčejně četné;²⁸² v ruském právu se pro označení těchto osob užívá výrazu »posluch«, jehož původ byl osvětlen výše v § 5, samozřejmě vedle termínů dalších, na př. »dobří lidé«²⁸³ nebo jiných opisných frází,²⁸⁴ v Bulharsku podepisující se svědek listinný, jehož původ je v byzantském

²⁷⁴ Taranovskij, Istorija IV 202–3; J. Kapras, Mezní přísaha v českém právu, Sborník věd práv. a stát. XV, Praha 1915, 286 a d.

²⁷⁵ Příkladem lze tu uvést z Ruska z pskovské soudní gramoty čl. 9, 10, 13, 106, AsvRus č. 257, 326, 340, 422, 428 atd., od jižních Slovanů MHJSM III 182, VI/1 38–9, 42–3, 60–1, 75, VIII 10, ZakStDuš čl. 80, ZakSrp 397, 437, 646–7, SpomSrp č. 84 atd., Bobčev, Sudebno pravo CXVII, 94, z Čech a Moravy AČ IV 314, VII 549, Rtt I 47, LC I 186 č. 376, 332 č. 812, 339 č. 939 atd., z Polska SPPP I 314–5, II 124, R. Taubenschlag, Proces polski XIII i XIV wieku do Statutów Kazimierza Wielkiego, Lwów 1927, 55–6, 82, 96.

²⁷⁶ Schuler–Libloy, Abriss 243; Brunner–Schwerin, Deut. Rechtsgesch. II 530; Ruth, Zeugen 2; Glasson, Hist. de la France III 482; Salvioli, Storia III/2 436.

²⁷⁷ Chénon, Histoire I 252; Lévy–Bruhl, Les témoins 392.

²⁷⁸ Balzer, Przewód sądowy 175.

²⁷⁹ Jde tu o aplikaci zásady »Témoins passent lettres«. O tom Planck, Gerichtsverfahren II 67–8; Glasson, Hist. de la France III 499–500; týž, Hist. de l'Angleterre III 513; Chénon, Histoire I 670; Mayers, Trial 369; Decugis, Les étapes II 125. V Bulharsku tomu tak bylo ještě v minulém století (Bobčev, Sudebno pravo CXI).

²⁸⁰ Mayer–Homberg, Beweis 301.

²⁸¹ Rafacz, Świadkowie 7; Kutrzeba, Dawne polskie prawo sądowe, Warszawa 1921, 80.

²⁸² V Čechách na př. Majestas Carolina v čl. 108, Rtt I 135 č. 93, LC I 27 č. 136, 181 č. 346, 342 č. 457, v Polsku StKazW 58, SPPP I 236 č. 103, 251 č. 295, u Jihoslovanů MHJSM III 186, VI/1 300–2, IX 70.

²⁸³ AsvRus č. 2 (1380–1417) a v dalších listinách.

²⁸⁴ AsvRus č. 9 (1392–1427): a na otvode byli.

právu, se nazýval »martur« na rozdíl od svědka očitého, zvaného »šachat« nebo »šachatin«.²⁸⁵

Poslední a mimořádně důležitou skupinou zvláštních svědků jsou *svědkové úřední*, jimž svědčí *fides publica*.²⁸⁶ V širším smyslu jde tu o svědectví *úředních osob vůbec*,²⁸⁷ k nimž patří na př. i osoby duchovní,²⁸⁸ v užším smyslu je to *svědectví osob soudních*,²⁸⁹ zvláště významné v době, kdy ještě neexistovaly soudní knihy.²⁹⁰ Původně ovšem svědectví o jednání před úřadem a na soudu podávala strana sama za účasti svědků z osob, které byly jednání přítomny,²⁹¹ a teprve s rozvojem státního aparátu byla tato funkce přenesena na úřední osoby. Jejich výpovědi, učiněné podle zásady materiální pravdy, se nejdříve týkaly otázek toliko formálních a teprve v období překonání feudální rozdrobenosti jdou na meritum věcí.²⁹² Důkaz úředníky a soudci má u Slovanů široké uplatnění;²⁹³ nejhojnější a obsahem nejzajímavější jsou v tomto směru doklady z českého království, kde chod justice se vyznačuje nejosobitějšími a nejkomplikovanějšími formami.

§ 16: Počátky svědeckého důkazu v době po překonání feudální rozdrobenosti

Jak bylo řečeno výše v § 8, je upevnění formálních průvodních prostředků dílem především feudální rozdrobenosti. Proti tomu *počátky běžného svědeckého důkazu jsou těsně spojeny s překonáním feudální rozdrobenosti*. Na jedné straně se tu skoncovává se zbytky rodového zřízení, pokud se v procesu uplatnily formou důkazu přísedníky. Takto nastalá krise soustavy formálních důkazních prostředků (o tom více dále v § 20) je na druhé straně posilována rozporem forem politického zřízení a zájmů ekonomického vývoje, které přinášejí nutnost rozhodného boje proti feudální anarchii,²⁹⁴ a s ním také dochází k postupnému nahrazení formálních důkazů svědeckým důkazem, resp. k omezení formálních důkazů ve velmi značné míře. I ve slovanských zemích děje se tak za *vlivu římského a kanonického práva*,²⁹⁵ které

²⁸⁵ Bobčev, Sudebno pravo CXIII, CXIV.

²⁸⁶ Taranovski, Istorija IV 203.

²⁸⁷ Brunner – Schwerin, Deut. Rechtsgesch. II 531; Mayer – Homberg, Beweis 299.

²⁸⁸ Balzer, Przewód sądowy 172.

²⁸⁹ Schuler – Libloy, Abriss 243; Planck, Gerichtsverfahren II 65; Mayer – Homberg, Beweis 302; Balzer, Przewód sądowy 173.

²⁹⁰ Balzer, Przewód sądowy 175; Rafacz, Prawo sądowe 120.

²⁹¹ Kries, Beweis 131–2.

²⁹² Markov, Původ-sok 367–9.

²⁹³ V Čechách na př. Kniha Rožmberská 115, 150–2, Ordo iudicii terrae 33, 81, Majestas Carolina 51–2, Ondřej z Dubé 41, Officium circa tabulas terrae 91, Rtt I 89, LC I 74 č. 425, 240 č. 578, 289 č. 683 atd., v Polsku SPPP I 231 č. 25, II 69 č. 278, 89 č. 456 atd., na Litvě Lit. metrika I 69, 139, v Rusku pskovská soudní gramota 57, u jižních Slovanů MHJSM IV 18, 202, ZakStDuš čl. 91, ZakSrp 61, 171.

²⁹⁴ Baszkiewicz, Powstanie 136, 424.

²⁹⁵ Markov, Původ-sok 357–8; týž, Přípravné řízení 33.

přinášejí vhodné formy pro novou koncepci důkazu; jádro změn ovšem tkví v domácích poměrech vnitřních, které arcí jsou značně obdobné poměrům v západní Evropě v tomto stadiu vývoje společnosti.

*Pro aplikaci svědeckého důkazu v oblasti trestněprávní má zásadní význam zavedení inkvisičního procesu.*²⁹⁶ Jeho počátky jsou sice už v době před feudální rozdrobeností,²⁹⁷ ještě za vzniku feudálního státu, jenž tehdy roztržštěné kmenové útvary sjednocoval a upevňoval; tyto základy však zcela rozrušila potomní feudální rozdrobenost a tak inkvisiční proces v celém rozsahu se začíná uplatňovat až po jejím překonání. Původně se zásad nového řízení používalo v oblasti užší kompetence králova výlučného soudu, t. j. ve věcech jeho družiny, fisku a svazků zvláštní ochrany (církve, vdovy, sirotci, chudí)²⁹⁸ na základě privilegovaného vynětí z běžného soudnictví, jehož formou ve francké říši byl »indiculus«.²⁹⁹ Na rozdíl od předchozího procesu má v tomto řízení soudce roli aktivní: jednání před soudem zahajuje z úřední iniciativy a důkazy se vedou racionálně a individuálně dle soudcova uvážení.³⁰⁰ Inkvisiční důkaz není však tak vzdálen dřívějšímu chápání, jak by se snad zdálo: nadále se často provádí formou přísahy³⁰¹ a výpověď na mučení, již inkvisiční proces přinesl, se chápe jako výsledek nadpřirozeného působení.³⁰² Nadto důkaz sám vychází ze svědectví o pověsti vyšetřované osoby, založené na výpovědi obce (Gemeindezeugniss)³⁰³ nebo denunciaci kohokoli z veřejnosti;³⁰⁴ toto zjištění je posuzováno jako plný důkaz, provedený dopadením při činu.³⁰⁵ V Čechách bylo např. přihlížení k obecné pověsti stanoveno jako předpoklad bannice nálezem zemského soudu z r. 1356.³⁰⁶ Rozvoj racionální složky svědeckého důkazu souvisí především s rozvojem *soudních činností úředníků*;³⁰⁷ další předpisy tohoto druhu přinášejí ustanovení *zemských mírů* pro obor trestního práva.³⁰⁸ Upevňování zásad inkvisičního procesu v právu slovanských národů není zatím dostatečně osvětleno. Zatím lze jen konstatovat, že zde vývoj nebyl tak vyhraněný jako na západě. Přesto v době po překonání feudální rozdrobenosti se nepopíratelně *zvětšuje účast úředníků při soudním řízení* (o tom blíže v § 18).

²⁹⁶ Schwerin, Grundzüge 228; Mayer, Geschworenengericht 211; Ruth, Zeugen 28, 75; G. Dahm, Zur Rezeption des römisch-kanonischen Rechts, Hist. Zeitschrift 1943, 250; Taubenschlag, Proces 101.

²⁹⁷ Schwerin, Grundzüge 104.

²⁹⁸ Glasson, Hist. de la France III 494; Mayer, Geschworenengericht 37.

²⁹⁹ Brunner, Beweis 147, 134 a d.

³⁰⁰ Esmein, Procédure criminelle 81; Brunner, Beweis 93; Beyerle, Entwicklungsproblem 439–40; Ruth, Zeugen 58.

³⁰¹ Na př. Salvioli, Storia III/1 303 p. 2.

³⁰² Fr. Storch, Řízení trestní rakouské, Praha 1887, I 58 p. 3.

³⁰³ Mayer, Geschworenengericht 213.

³⁰⁴ Salvioli, Storia III/2 361, 456–60.

³⁰⁵ Ruth, Zeugen 31.

³⁰⁶ CIB II/2 25: si excessus sunt notorii vel manifesti.

³⁰⁷ Schuler – Libloy, Abriss 258; Pollock – Maitland, History II 637.

³⁰⁸ Ruth, Zeugen 206.

Dalším faktorem, který přispěl k upevnění svědeckého důkazu, byl *rozvoj měst a jejich trhů*.³⁰⁹ I zde šlo sice ve značné míře o aplikaci svědeckého důkazu v oblasti trestněprávní,³¹⁰ avšak jejich význam pro rozšíření nové podoby důkazu tkví v jeho užívání *především v oblasti civilněprávní*.³¹¹ Vývoj měst byl důležitým prvkem komplikovaného procesu mohutného zbožního hospodářství a společenské dělby práce,³¹² a proto se nemohl neprojevit při tak závažných změnách v důkazní soustavě jako byl nástup svědeckého důkazu.

Rozšíření svědeckého důkazu³¹³ napomáhá i řada dalších změn, jež nastaly v procesním právu po překonání feudální rozdrobenosti. Vedle aktivnějšího zasahování soudce do řízení³¹⁴ byla to zejména možnost motivovaného popření žaloby, zatím co dříve bylo lze žalobu buď v celku uznat nebo v celku zamítnout,³¹⁵ možnost protidůkazu³¹⁶ proti předchozímu důkazu jednostrannému, důkaz nepřítomnosti v době spáchání činu (alibi)³¹⁷ a přihlížení k nedostatku úmyslu a činu spáchanému v nutné obraně,³¹⁸ z pominutí smyslů nebo osobou nedospělou.³¹⁹ Všechny tyto prvky se uplatnily typicky v anglickém důkazu porotou;³²⁰ tomu odpovídá i skutečnost, že právě v anglickém common law byl zakázán důkaz svědka, jenž o věci pouze slyšel.³²¹ V některých skutkových podstatách se svědectví počalo uplatňovat bez dalších podmínek (zrada, pirátství, veřejná bezpečnost v městě, zejména usmrcení).³²²

Tak tedy prorazil nakonec v celé šíři svědecký důkaz.³²³ Proti dřívější

³⁰⁹ Maurer, Beweisverfahren 243; Kries, Beweis 92–3; Ruth, Zeugen 132; Seagle, Weltgeschichte 138.

³¹⁰ Ruth, Zeugen 106 ad., 283.

³¹¹ Planck, Gerichtsverfahren II 71; Schwerin, Grundzüge 228.

³¹² Baszkiewicz, Powstanie 107.

³¹³ Objektivní posuzování situací nebylo ovšem nikdy zcela eliminováno; tomu nasvědčuje existence určité stupnice podezření a podle ní formované soustavy průvodů, jakož i občasný zřetel k subjektivnímu vědomí stavu věci (Beyerle, Entwicklungsproblem 548 ad., 567; rovněž už i Planck, Gerichtsverfahren II 46).

³¹⁴ Beyerle, Entwicklungsproblem 436.

³¹⁵ Planck, Gerichtsverfahren II 117–20; Beyerle, Entwicklungsproblem 436.

³¹⁶ Maurer, Beweisverfahren 359; Planck, Gerichtsverfahren II 124; Brunner, Beweis 117; Mayer – Homberg, Beweis 273; Ruth, Zeugen 50, 266, 269. U nás zajímavě o tom píše T. Štítný, Knížky šestery o obecných věcech křesťanských, Praha 1852, 148: A také zlý jest to súd, ješto súdce, uslyšiec žalobu, i nechtie slyšeti odpovědi jinak, než řkú: »Rci, vinen nebo nevinen?« vše na pospěch chtiec odbyti. Veľim by to upřimnějšíe bylo, aby tento odpověděl onoho řečí; a súdce přeslyšiec oboje, i nalezli mezi nima.

³¹⁷ Kries, Beweis 136–7; Mayer – Homberg, Beweis 291.

³¹⁸ Kries, Beweis 97, 99; Beyerle, Entwicklungsproblem 491 a d.; Ruth, Zeugen 242–3, 250.

³¹⁹ Kries, Beweis, 58; Beyerle, Entwicklungsproblem 482 a d.

³²⁰ Holdworth, History III 612; Maurer, Beweisverfahren 385, 387; Mayer, Geschworenengericht na četných místech.

³²¹ Seagle, Weltgeschichte 258.

³²² Ruth, Zeugen 121–4, 138, 140.

³²³ Svědci, kteří »sehn und horen« (Ruth, Zeugen 131). Statut S. Omer 1168, čl. 38: prius iurare, quia verum dicent secundum quod viderint et audierint (Mayer, Geschworenengericht 51–2, p. 9). Summa de legibus Normanniae LXI 1: in hac verba testantur: hoc vidi et audivi (Chénon, Histoire I 670).

očistě se kladl stále větší důraz na důkaz žalobce,³²⁴ strany tvrdící. Byla zavedena všeobecná svědecká povinnost,³²⁵ a vývoj vyústil ve *volné ukládání a oceňování důkazu soudcem*.³²⁶

Pro tyto změny není v zákonodárství slovanských států do sklonku 15. století dokladů tak výrazných jako pro některé západoevropské země a zvláště městské obvody. Spíše konkrétní materiál soudních zápisů dává tu nahlédnout do procesu, v němž někdejší důkaz irracionální a zejména důkaz přísedníky byl nahrazen svědeckým důkazem. Tento proces započal — aniž lze přesněji stanovit jeho výchozí hranici — někdy ve 14. století a ve většině slovanských zemí se zcela ukončil v polovině 16. století.³²⁷ V jeho průběhu se uplatnily tři základní složky: *vliv někdejšího důkazu dopadením při činu* (o tom podrobněji v § 17), *šířící se aktivní zasahování soudu z úřední iniciativy* (§ 18) a především *přeměna původních přísedníků při důkazu ve svědky* (§ 23). K výslednému stadiu se dospělo *překonáváním formalismu*, jímž dlouho a do značné míry je svědecký důkaz poznamenán (§§ 19—22). Na konci 15. století je však prakticky taková situace, že na př. v Čechách klasické dílo Všehrdovo jmenuje svědectví jako základ důkazní soustavy.³²⁸

Pro tento vývoj je zvláště charakteristickým dokladem další a konečná změna významu vícekrát už zmíněného termínu »posluch«, jenž původně označoval svědka pokřiku, potom svědka dožádaného (o tom v § 5) a posléze přísedníka (o tom v § 14). Nyní po překonání feudální rozdrobenosti v období suděbníků se tímto termínem počal označovat skutečný svědek.³²⁹ Reálný základ instituce poslucha byl tu ovšem už i v době, kdy tento název kryl instituci přísedníků; ukazuje to jak používání tohoto termínu v souvislosti s formálními svědky znásilnění, typické skutkové podstaty důkazu dopadením při činu, jak o tom ustanovuje čl. 12. druhé redakce smlouvy smolenského knížete Mstislava Davidoviče s Rigou z r. 1229,³³⁰ tak možnost věcného posouzení případu a přiřčení důkazu straně vedoucí hodnověrnějšího poslucha podle čl. 23 pskovské soudní gramoty.³³¹ Ostatně už v překladu bible z 12. století se výrazu »posluch« použilo pro označení svědka řecké

³²⁴ Meyer, Gerüft 470—1; Mayer — Homberg, Beweis 83, 269—70.

³²⁵ Mayer — Homberg, Beweis 267.

³²⁶ Maurer, Beweisverfahren 359; Kries, Beweis 280; Ruth, Zeugen 216.

³²⁷ Kadlec, Přísední pomoci 276—7; Markov, Původ-sok 372—3.

³²⁸ Všehrd, O právích země české knihy devatery, Praha 1874, IX 2, str. 415: Neb při každém súdu toto čtvero z potřeby musí býti: Žalobník, otporník, svědek nebo průvod, a súdece... svědek, kterýmž žalobník žalobu svú provodí nebo se otporníky vyvodí (pod kterýmž se všichni jiní průvodové zavierají).

³²⁹ Sudebník carskij 99: A poslucham ne vídev ne poslušestvovati (Malinovskij, Lekcii 486).

³³⁰ PRP II 62.

³³¹ PRP II 289: Ili kotoryi istec pošletsja v boju na poslucha, a na ktorom sočat ne počnet slafsja na nego, a rkuči: toto mene sam bil s tym svojím posluchom, a noneča na nevo ž šletsja, — ino tot posluch v posluch, ktorogo na sude naimjanujut.

předlohy.³³² V pozdější době se používalo termínů »poslušestvovat« ve smyslu svědčiti a termínu »poslušstvo« ve smyslu svědectví, jež ojedinele má docela i samo slovo »posluch«.³³³ V Srbsku podle pramenů z konce 13. století byl názvem »posluch« označován jednak výslech svědka,³³⁴ jednak plat za tento výslech, tedy za přijetí podaného svědectví.³³⁵

§ 17: Vliv dopadení při činu na svědecký důkaz

Svědecký důkaz vyrůstá přímo z důkazu dopadením při činu. Osoby svolané na pomoc, svědkové pokřiku, se stávají svědky v běžném smyslu slova,³³⁶ vypovídajícími o svém vlastním smyslovém vjemu. Není už potřebí odebrat se k soudci ihned, nýbrž stačí žalobu podat druhý den.³³⁷ Tam, kde bylo původně vyžadováno dopadení poškozeným a konšely, mohou nyní místo konšelů vystupovat kterékoli jiné osoby.³³⁸ Místo obvyklého požadavku šesti přísežníků stává se všeobecnou výpověď dvou skutečných svědků.³³⁹ V Anglii postup podle zásady materiální pravdy je jednak spojen s porotou, která přímo navazuje na pozdější »sectu«, sbor osob pronásledujících pachatele, jednak v městech samostatně jsou slyšení svědci místo přísežníků — z r. 1234 existuje první doklad takového jednání.³⁴⁰ Ve Francii se úřední dotaz zavádí tehdy, je-li hodně svědků spáchaného činu.³⁴¹

Vliv důkazu dopadením při činu na důkaz svědky se projevuje v několika směrech a z nich především v zásadní změně důkazní soustavy: jeho působením se přenáší důkaz s žalovaného na žalobce. V situacích dopadení při činu, pokřiku a jim připodobněných, ať tu jde o starší instituce sledu, svodu a soka (o tom v §§ 6 a 7) nebo mladší instituce, vzniklé formalisací důkazu dopadením při činu (§§ 9—13), zásadně dokazuje žalobce. Důkazní břemeno je na jeho straně všude tam, kde původně byl oprávněn k svépomoci.³⁴² Rozšíření iracionálních důkazů v době feudální rozdrobenosti sice znamenalo značné omezení někdejšího širšího uplatnění racionálního důkazu, neboť jednak byl zformalisován samotný důkaz dopadením při činu, jednak se rozvinul

³³² S r e z n e v s k i j, Materialy II 1238: Mt 18, 16 dle jurjevského evangelia (po 1119): v ustěch dvojů posluchu ili trii. Proti tomu ostromirovské evangelium (1056—7) má už: v ustěch dvojů ili trii svěděteli. Podobně v pasáži Lk 18, 20.

³³³ S r e z n e v s k i j, Materialy II 1242, 1241—2, 1239.

³³⁴ T a r a n o v s k i, Istorija IV 205.

³³⁵ ZakSrp 388: list Štěpána Dragutina Chilendarskému klášteru (1276—8): posluch da lest' dva dinara. Další příklady má M a r e t i ć, Rječnik X 942. K tomu M a r k o v i ć, O dokazima 73; T a r a n o v s k i, Istorija IV 205.

³³⁶ M e y e r, Gerüft 468; R u t h, Zeugen 171—2.

³³⁷ R u t h, Zeugen 87.

³³⁸ K r i e s, Beweis 260.

³³⁹ P l a n c k, Gerichtsverfahren II 142; R u t h, Zeugen 278.

³⁴⁰ P o l l o c k — M a i t l a n d, History II 614, 635.

³⁴¹ E s m e i n, Procédure criminelle 84.

³⁴² B e y e r l e, Entwicklungsproblem na více m.; M e y e r, Gerüft 421, 423.

a upevnil formální důkaz žalobce, avšak možnost důkazu stranou tvrdící existovala tu pod povrchem dál a po překonání feudální rozdrobenosti se projevila novou silou. *Svědecký důkaz proráží především v někdejších situacích dopadení při činu a odtud se šíří i na případy ostatní.*

Je pochopitelné, že v době feudální rozdrobenosti a těsně po ní se i důkaz v situacích dopadení při činu vyznačuje řadou formálních prvků. Postupná přeměna přísedících ve svědky³⁴³ je mnohde provázena formálními prvky instituce dopadení při činu, pokřikem a předložením doličného předmětu,³⁴⁴ typicky na př. při zabití v nutné obraně.³⁴⁵ Mnohde prvky obou typů důkazu značně splývají. To platí zejména o situacích, kdy racionální důkaz je napojen na jiný důkaz iracionální. Tak předběžná přísaha při dopadení za soumraku³⁴⁶ (snížená viditelnost) nebo očištění ordálem proti obvinění na základě příznaků činu³⁴⁷ jsou sice prvky formální soustavy, avšak vedou k myšlence přezkoumávání situací ne zcela průkazných — tak tomu bylo i u dopadení při činu v kanonickém právu,³⁴⁸ a tak připravují cestu pozdějšímu hledání objektivní pravdy, jehož výrazem je právě svědecký důkaz. K jeho zavedení došlo po postupném odstranění formalit, jakými byl na př. nevěcný, formální pokřik; tak čl. 31 Knihy Tovačovské na Moravě ruší charakteristicky tuto vnější podmínku při postupu proti pachatelům loupeží.³⁴⁹

Slovanské právo má několik velmi pěkných dokladů o *přeměně zformalizovaného důkazu dopadením při činu v ryzí svědecký důkaz*. Tak především čl. 7 vinodolského zákona z r. 1288, jenž ustanovuje o nočním vyloupení chrámu, stanoví sice ještě jako podmínku důkazu pokřik »pomagajte«, avšak svědci mají přísahati jedině tehdy, jestliže pachatele skutečně poznali.³⁵⁰ Pokud se týče přechodu od důkazu příznaky činu k důkazu svědeckému, je v Polsku velmi jasným dokumentem tohoto postupu čl. 7 opatovického statutu Kazimíra IV. z r. 1474, jenž v případě neexistence svědků zranění advokáta strany dovoluje po starém formálním způsobu důkaz na základě příznaků činu, avšak přednost dává svědeckému osvědčení zranění.³⁵¹ Ve vztahu

³⁴³ Ruth, Zeugen 162—3.

³⁴⁴ Kries, Beweis 176, 179, 184.

³⁴⁵ Tamtéž 99—102; Ruth, Zeugen 248—50; Bechert, Recht oder Pflicht 53.

³⁴⁶ Mayer — Homberg, Beweis 89.

³⁴⁷ Planck, Gerichtsverfahren II 147.

³⁴⁸ Marković, O dokazima 29.

³⁴⁹ KnTov 27: lúpil-li by kto a bral komu lúpežem na cestě neb jinde kdežkolvěk zde v zemi a pokřik na něm byl neboli nebyl.

³⁵⁰ MHJSM IV 8: Vaplušt ubo »pomagaite« jesu verovani, ako reku s rotu, da jesu onoga zlotvorca poznali.

³⁵¹ JusPol 314: Item si prolocutor, sive advocatus alicujus cui causa haereditaria in iudicio commissa fuerit, per ipsum adversarium causae vulneratus fuerit, si hoc possit probare, tunc amittit causam, pro qua citatus fuerit, vel etiam citaverat, si autem non potuerit, tunc ille vulneratus per iuramentum proprium vulnus obtinebit, actor vero, quo jure causam obtinere voluit, eodem jure amittit eandem.

k tomuto ustanovení lze za obsahově stejný předpis pokládat i čl. 11 generálních konstitucí lenčické země z let 1418—19, jenž obdobně, avšak bez výslovné zmínky o vizuálním nazření deliktu, hovoří o udeření šlechtice.³⁵² Nejzajímavější je však ustanovení čl. 20 uvedeného opatovického statutu, které při žalobě sedláka šlechticem z ran dovoluje sedlákoví protidůkaz o tom, že byl napaden; jinak ovšem připouští důkaz šlechtice na základě ran přísahou.³⁵³ Zcela obdobné těmto polským předpisům svědeckého důkazu, jenž se vyvinul z někdejšího důkazu na základě příznaků činu, má rovněž vinodolský statut ve svém čl. 64, kde přísaha na základě ran je už toliko subsidiárním důkazem pro případ neexistence svědků.³⁵⁴

Jihoslovanské právo má také několik dokladů o *náhradním důkazu přísežníků v případě, že není svědků v situaci někdejšího dopadení při činu*. Podle čl. 56 vinodolského zákona z r. 1288 se důkaz znásilnění vede svědky, jimž čin byl oznámen, a není-li jich, tedy dvaceti pěti přísežníky.³⁵⁵ Zcela shodné ustanovení, avšak s náhradním důkazem pouze dvanácti přísežníků, má čl. 1 vrbanského statutu z r. 1388.³⁵⁶ Podle čl. 1 vinodolského zákona³⁵⁷ a podle čl. 14 vrbanského statutu³⁵⁸ se obdobně postupuje v případě zatajení ukradeného předmětu pachatelem. V případě tělesného ublížení předpisuje čl. 20 téhož zákona za svědectví náhradní trest třemi přísežníky.³⁵⁹ Při drobných deliktech, jako je podle čl. 27 vinodolského zákona stržení pokrývky s hlavy, byl možný jedině svědecký důkaz.³⁶⁰ Obdobné povahy jako tato ustanovení z jihoslovanského práva jsou patrně i čl. 67 a 68 širšího textu Ruské

³⁵² JusPol 195: quando nobili datur plaga ad faciem cum pugno, pro tali vulnere dari debent quinque marcae, dummodo actor probabit, alioquin reus se proprio juramento expurgabit.

³⁵³ JusPol 315: Item cum miles conqueritur de kmethone, dicens: quod tu me vulnerasti; et kmetho respondit: quod tu te solusmet incidisti, et id paratus sum probare per milites probos, qui hoc viderunt; visum fuit nobis et baronibus nostris: ipsum probare; alias actor per juramentum suum vulnus obtinebit.

³⁵⁴ MHJSM IV 21: Aššte, ako ki pokaže kerv, ka mu je učinena za zlu volu: ona kerv mu e verovana. Ništar mane ima s rotu potverditi, ako nisu onde svedoci

³⁵⁵ MHJSM IV 19: Vola ako od rečene sili nima svedoki: verovana e; niššte mane ima prisešti položivši ruku zverchu knig tičušt samo 25 od rečene sile zvrchu onoga, od kogo se bude tužiti.

³⁵⁶ MHJSM IV 148: kada se bude tužiti po sile, po 3 dobrich svedocech, ako bi tai on, ki bi siloval', ako bi ona skazala tem' 3 svedokmi, budi postavljen' na muku. Ioššte, ako nebi imela svedoki: da ona ima prisešti samo 12 od kich' jei se ima naložiti polovica.

³⁵⁷ MHJSM IV 9: Ako svedoci onde nisu, ima prisešti ki tai samo 12 a to ako se učini tako v nošti tako va dne.

³⁵⁸ Viz pozn. č. 93.

³⁵⁹ MHJSM IV 153: Ošt' ako bi neki nekoga pestu udaril ali skubal' on', ki bude skuben', bude se tužiti, tere provati edněm dobrēm človikom': da plati 2 cezleza. Ako bi nemogal' provati ki bi b'en': budi verovan' samotret' priseg', ot kich' mu se ima 1 naložiti.

³⁶⁰ MHJSM IV 11: Ako ubo onde nisu svedoci dobri: prisezi, ki tai, da nij to učinil, i budi prost.

pravdy.³⁶¹ Nelze tu však s plnou jistotou rozhodnout otázku, jak dalece osoby tam zmíněné vypovídaly o věci seznané vlastními smysly a zda tedy zejména byly případně svědky činu samotného či pouze trvání stop spáchaného násilí po určitou další dobu; přitom není možno také vyloučit, že přísežní svědkové žaloby byli sousedy svolanými pokřikem.

O vzniku svědeckého důkazu z důkazu dopadením při činu nám podávají zprávu i doklady z Ruské pravdy uvedené v § 5 v souvislosti s výkladem pojmu »vidok«.

Nejvýznamnější cestou, kterou do důkazní soustavy proniklo svědectví, byla *institute soka*, o jejíchž počátcích v právu slovanských národů se hovořilo v § 7. Sok se od přísežníka lišil v základních rysech: vystupoval proti žalovanému se *samostatným tvrzením* a svou přísahou nepotvrzoval výpověď žalobce, nýbrž *vlastní zkušenost*;³⁶² byl tedy fakticky svědkem. Tento proces se odehrál ve 14. století; tehdejšími označeními soka, totiž slovem »původ«, se počíná označovat svědecký důkaz vůbec.³⁶³ U jižních Slovanů se svědek počal označovat všeobecně termínem »sok«.³⁶⁴

§ 18: Aktivní vyšetřování soudu a svědecký důkaz

Formální důkaz byl typicky výsledkem řízení, které vedlo k rozsudku »důkaznímu«: soud pasívně vyslechl strany a určil průvod, jímž se spor rozhodl. *Se vzrůstem státní moci zvláště od doby překonání feudální rozdrobenosti roste na řízení i podíl soudu, jenž do jeho průběhu aktivně zasahuje.* Je pochopitelné, že tato aktivita se týká především nejpodstatnější části sporu, *zjištění a posouzení sporných tvrzení*. K tomu dochází postupem podle zásad, jež obvykle jsou nazývány *inkvisičním řízením*. V právu slovanských států nevystupuje toto řízení ve formách tak vyhraněných jako na západě, kde zejména díky vlivu kanonického práva bylo propracováno do nejmenších detailů, avšak jeho rysy jsou i zde patrné.

Základ vzestupu úřední účasti tkví v tom, že soud počal posuzovat, zda důkaz byl přesně proveden tak, jak stanovil důkazní rozsudek; odtud se vyvinulo volné soudcovské uvážení.³⁶⁵ Na západě se přesně liší mezi různými

³⁶¹ Čl. 67 (PrRus II 544): A kto porvet' borodu, a v'n'met' znamenije, a vylezut' ljudi, to 12 griven prodaže; aže bez ljudi, a v poklepe, to netu prodaže. — Čl. 68 (PrRus II 457): Aže vyb'jut zub, a krov' vidat' u nego vo rte, a ljudi vylezut', to 12 griven prodaže, a za zub grivna. — Vladimírskij — Budanov pokládá za správné čtení rozlučovací a důkaz svědky podle něho má povahu náhradního prostředku, nezůstaly-li stopy (ChristRusPr 109 p. 110), Goetz je mínění ostře protichůdného (PrRus II 545).

³⁶² Markov, Původ-sok 375–6.

³⁶³ Tamtéž 388, 390.

³⁶⁴ Tamtéž 354; Bobčev, Istorija 404; Jovanović, Prinoci II 28; G. Popović, Recht und Gericht in Montenegro, Agram 1877, 87.

³⁶⁵ Storch, Řízení trestní rakouské I 74.

kategoriemi posuzovaných indicií;³⁶⁶ u Slovanů můžeme toliko konstatovat prostý fakt, že předpisy hovoří o uvážení soudu. Typicky na Moravě Tovačovská kniha na sklonku 15. století uvádí v čl. 39 a 41 formulí, jíž strana dává určení důkazu do rukou soudu³⁶⁷ a v čl. 43 mluví o možnosti výběru soudem mezi několika důkazy.³⁶⁸ Soud ovšem nezvolil vždy nakonec důkaz racionální,³⁶⁹ který převažuje až v závěru vývojového procesu důkazní soustavy.

Rozvoj soudního vyšetřování vychází přímo ze dvou základních zformalističtých způsobů dopadení při činu, opovědi a důkazu příznaky činu, o nichž bylo pojednáno v §§ 12 a 13. Vedle příkladů tam uvedených je možno se zmínit i o čl. 77 Řádu práva zemského, podle něhož se úředníci aktivně podíleli na pátrání při zjištění »škody na mezích«,³⁷⁰ i když zde tento postup je ještě spojován se starobyrou institucí vdání. Podobná je praxe v polském právu,³⁷¹ kde zvýšený rozsah úřední aktivity při řízení na základě ukázání ran soudu zaznamenává čl. 21 confirmovaných něšavských statutů Jana Alberta z r. 1496,^{371a} zvláště dobře ukazující souvislou linii vývoje této instituce. Dopadení při činu stalo se základem formálního důkazu při včasném podání opovědi nebo při předložení znaků činu; postupem doby se však pů-

³⁶⁶ V Itálii se rozlišují praesumptiones 1. necessariae: cui statur etiamsi contra quis probetur, 2. violentae: cui statur donec contra probatur, 3. probabiles: cui non statur aliquo modo nisi adminicula habeat (Salvioli, Storia III/2 460). Praesumptiones sub. 1. jsou praesumptiones iuris ac de iure, sub 2. praesumptiones iuris, sub 3. jsou pouhými domněnkami v rámci řízení trestního, nikoli civilního, později pokládány za dostatečné pro aplikaci tortury.

³⁶⁷ KnTov 32: kap. 39: Zná-li se JMt, zná se v pravdě, pak-li při, ačbych toho svědomí míti (mohl), chci na tom dosti míti, což mi páni za právo najdú. — Kap. 41: Zná-li se, zná se v pravdě, pak-li při, chci dskami prokázati a na panském nálezu dosti míti.

³⁶⁸ KnTov 33: muož také v pónu položiti dvoje nebo troje pruvody: chci listem, chci dobrým svědomím etc. prokázati; když přičiní »a na panském nálezu dosti míti«, tu páni v moci mají, vedle potřebnosti vážiti ty všechny pruvody, aby se ničemuž neukrátilo.

³⁶⁹ Na př. AČ I 73–4, č. 105 (1391).

³⁷⁰ CIB II/2 244:

Deinde alium recipiet bedallum, et expectabit ac temptabit, si commitentur praedicta; tunc idem actor illos homines, vel animalia damna inferentia, vel fustes, qui pali dicuntur, si ibi fuerint, aut sepes in damnum, unumquodque illorum in trecentis denariis, beneficiariis Pragensibus tradet.

Potom má vzieti jiného komorníka, aby střehl, zdaby koho zastihl, an přes to zavítie na těch mezích škodu činí, sám sobú, nebo poslem, nebo svým dobyt看em. A kdyžby na koho ten komorník vyznal, má to ve dsky vložití, a má jej trojím pónem pohnati, a vésti naň vzdáváníe.

³⁷¹ Na př. SPPP II 127, č. 831 (1402): Nicolaus de Kuncice testibus docuit, quod Otto ibidem duas in villa Kuncice et ultra, gades, ut Boguta Officialis fuit in visione, peraravit.

^{371a} JusPol 336: quod si quis citabit, seu evocabit aliquem ad iudicium pro vulneribus, ministerialis ad instantiam vulnerati vulnera conspiciat debite, qui supra 6 ministerialis recognitionem vulnerum suorum coram iudicio debet edocere testibus totalibus super vulnera sua; qui si docere non poterit, extunc idem vulneratus luet iudicio regalem poenam, dictam septuaginta, alias siedmnadziesta, et parti adversae poenam, dictam quinquaginta, alias piętnadziesta.

vodní pouhé kostatování věci úředníky změnilo ve věcné vyšetření případu, jež otevřelo cestu svědeckým výpovědím.

Rozšiřování sféry soudního vyšetřování běží ovšem i mimo oblast důkazů vycházejících z důkazu dopadením při činu. Zvláště v městském právu se svědecký důkaz uplatnil brzo. V Čechách nás *Officium circa tabulas terrae* zpravuje v čl. 85 o tom, že při žalobě na měšťana dosvědčovali dva konšelé, že ve věci, z níž je žalován, »trpí s městem« a tak zakládali příslušnost městského soudu.³⁷² Podle Všehrda odedávna nepodávali měšťané svědecké výpovědi před zemským soudem, nýbrž svědčili před městskou radou a ta o věci podala písemnou zprávu.³⁷³ Avšak i v šlechtickém právu se naznačuje podobný vývoj. Už čl. 19 Řádu práva zemského suspenduje starý obyčej popravu toho, kdo zmátl přísahu v kapitálních věcech a podle rozporného znění textu předepisuje jednak doživotní žalář, jednak vězení až do doby, kdy král a páni zjistí skutečný stav případu.³⁷⁴ Ve při r. 1410 král změnil původní rozhodnutí podle dodatečné informace,³⁷⁵ při níž nepochybně zjišťoval věcné okolnosti sporu Kateřiny z Přitočna s Maruškou z Pnětluk. V případě Havla ze Vsejan z r. 1392 si dvorský sudí Burchard z Janovic, jenž odmítl řešit věc přísahou, opatřil lepší informaci od svědků.³⁷⁶ Z jednání před komorním soudem ve sporu mezi Litvínem z Klinštejna a Hertvíkem Encovanským r. 1475 se dotazem zjišťuje otázka sporných robot.³⁷⁷ Případů tohoto druhu by byla celá další řada.

Neobyčejně výstižným dokladem toho, jak soudní vyšetřování šlo cestou aplikace zásady materiální pravdy, jest čl. 20 pskovské soudní gramoty z přelomu 14. a 15. století, jenž předepisuje dotazy na místo jídla, nocování, spolustolovníky, spolunocležníky a průběh zranění nebo oloupení.³⁷⁸ Podobný

³⁷² CIB II/2 267–8.

³⁷³ Všehrd IX 10, rkp. křižovnický, str. 432.

³⁷⁴ CIB II/2 210–11:

tunc servabitur in carceribus, ubi domino regi et baronibus videbitur expedire tam diu, donec ipsi regi et baronibus de ejus innocentia constiterit, aut ipse actor et amici ejus supplicaverint, ut dimitteretur. Si autem rex et barones cognoverint eum esse innocentem, tunc, dimitti debet; aut si ipse actor et ejus amici pro eo supplicaverint regi et baronibus, ut dimitteretur, et tunc talis dimitti debet.

jmá dán býti do jiné vazby, kdež by se královi a pánům zemským zdálo, a tu jmá chován býti, jakož na vězně sluší, dokudžby král a páni zemští jeho viny neoptali úplně, anebo dokudžby ten původ a jeho přátelé jemu té viny neotпусти, a zaň krále a pánův neprosí, aby byl propuštěn.

³⁷⁵ Rtt II 67–8: a potom týž král vzav dobré rozmyšlení, a poradiv se, a jsa lépe zpraven navrátí ji k právu jejímu.

³⁷⁶ AČ XXXI 76, č. 110: informatus a fide dignis hominibus.

³⁷⁷ AČ IV 303, č. 67: a upřáli se JMt, komu ta robota spravedlivě přísluší, že JMt tomu ty peníze rozkázati ráčí dáti; a pakli by se JMt nemohl toho konečně vyptati, ale aby ty peníze těm lidem zase navráceni byli.

³⁷⁸ PRP II 288: A kto na kogo imet sačit boju ili grabežu po pozovniči, i kňaz' i posadníkom i sotekim obyskati kak posluh, gde budet obedal ili gde načaval; i posluh izvedetsja inočajem jeho, ili gde obedal, takože i bitogo oprosit', gde jest' bili i gra-

účel patrně sleduje ne zcela jasná pasáž čl. 14 vrbanského statutu z r. 1388, jenž předepisuje, aby svědci »byli vedeni soudci«. ³⁷⁹ Podle téhož článku se na základě svědecké výpovědi přistupovalo k mučení obviněného. ³⁸⁰

§ 19: Formální prvky svědeckého důkazu

Termín »svědectví«, resp. staročeské »svědomí« a jemu obdobné výrazy ostatních slovanských jazyků se významově vyvozují ze stejného základu jako sloveso »viděti« ³⁸¹ a označují tedy základní rys svědectví, chápaného jako smysly nabytého vědomí o nějaké právně důležité věci. Českého termínu »svědomí« se používá jak pro označení svědectví ústně vykonaného, ³⁸² tak pro svědectví podané písemnou formou, ³⁸³ jemuž odpovídá v Polsku »littera testimonialis«. ³⁸⁴ Jak však učí všeobecná zkušenost z právních pramenů západoevropských ³⁸⁵ i slovanských, termín »svědek« (testis) sám o sobě je naprosto nespolehlivý pro určení povahy osoby, o níž v konkrétním případě jde, neboť kryje jednou svědka, jednou přísežníka. Stejně je tomu i s výrazy jinými, na př. jihoslovanskými »duševníky« a »stariniky« ³⁸⁶ nebo ruskými »posluchy«, zmíněnými v § 14.

Nespolehlivost označení svědka jako by ve zkratce charakterisovala onu tak namnoze problematickou povahu celé této instituce, jež v sobě spojuje *prvky jak důkazu již racionálního, tak důkazu ještě iracionálního*. Na jedné straně tu svědecký důkaz, jak bude vyloženo v tomto paragrafu, ovlivňuje *formalismus soudobého procesu vůbec*. Na druhé straně je tu rozsáhlý vliv ještě plně panující *soustavy formálních důkazů*, kterou svědecký důkaz musí přemoci (§ 20). I doznání bývá navenek dotvrzeno formou přísežného usvědčení. ³⁸⁷ Nejvíce však rozšíření svědectví zabraňuje způsob vypovídání svědků; musí být v plné shodě s tvrzením strany, které toliko zesiluje. ³⁸⁸ *Svědecký důkaz je totiž ve svých počátcích do velmi značné míry pozna-*

billi, javil li komu, i na tech jemu slatsja; a na kogo sošljutsja, a tot stav skažet, kak pravo pred Bogom, što bitij javljaj boji svoji, i grabež', a posluh na sude stav i posluhujet v tyje že reči, — ino tot sud sudit na togo volju, na kom sočat, chočet s posluhom na pole lezet, ili posluhu u kresta položit, čego iskal.

³⁷⁹ MHJSM IV 151: I v'zda svedoci iměite biti ot dobra glasa; i da svedoci ne iměite bítí povedení na svedočastvě, iměite bítí povedení ot sudac'.

³⁸⁰ Tamtéž: na koga pos'vedokuje 1 svedok: budi postavlen' na muku.

³⁸¹ Jak mne laskavě informoval prof. Dr. V. Machek.

³⁸² Na př. Rtt 213 č. 235, 214 č. 236, AČ XXXVII 944 (1456): svědomí živé.

³⁸³ LC I 387 č. 389 (1412); AČ IV 302 č. 65 (1475): listem s pečeti na svědomie; Rtt 165 č. 75, 171 č. 110, 210 č. 218.

³⁸⁴ Na př. SPPP II 271 č. 1867 (1422).

³⁸⁵ Maurer, Beweisverfahren 364–5; Ruth, Zeugen 5–11; Lévy – Bruhl, Les témoins 399.

³⁸⁶ Bobčev, Istorija 402; Taranovskij, Istorija IV 200; Jovanović, Pri-nosci II 24–6.

³⁸⁷ Štorch, Řízení trestní rakouské I 56, p. 17.

³⁸⁸ Planck, Gerichtsverfahren II 80.

menán rysy důkazu přísežníky. Oba mají navenek stejnou podobu: jsou výpovědi, ať ta už je nebo není založena na vědomí objektivní pravdy. Protože při každé takové výpovědi je rozhodující otázka její formy, přísahy s ní spojené³⁸⁹ (§ 22), kdežto otázka věcnosti výpovědi je sekundární, probíhá pochopitelně proces nahrazení přísežnického důkazu důkazem svědeckým tak, že jej není možno přesně zachytit (§ 23). Rozdíl obou způsobuje *vnitřní přesvědčení*,³⁹⁰ navenek nezjistitelné. Často část vypovídajících osob je přísežníky, část svědky.³⁹¹ Pro různé situace tohoto přechodu si řada práv vytvořila zvláštní typy důkazu.³⁹² Vliv důkazu přísežníky na důkaz svědky se nejjasněji ukazuje v řadě formálních předpokladů, jimiž byla omezena způsobnost k svědectví (§ 21).

Z rysů, které vytvářejí formální charakter svědectví, je na předním místě skutečnost, že svědectví bylo *nepovinné*. Svědek riskoval vyzvání na souboj stranou, proti níž pronesl své svědectví, a proto bylo zcela soukromou věcí toho, kdo něco tvrdil, zda si opatřil k svému přednesu oporu svědecké výpovědi či nikoli.³⁹³ Soud zde nezasahoval; jedině v územně malých celcích, odpovídajících rozsahem vyšším útvarům rozložené staré rodové společnosti, existovala — např. ve Švédsku — svědecká povinnost.³⁹⁴ Jinak jedině *svědectví na základě smlouvy se svědkem* bylo základní formou této instituce i ve slovanských zemích.³⁹⁵ V Polsku si někdy svědci vymíňovali náhradu případně způsobených škod stranou, v jejíž prospěch svědčili.³⁹⁶ Toliko v oboru kanonického práva panoval ve 14. století důkaz v běžném smyslu a svědectví bylo povinné; to jako plus na rozdíl od poměrů ve světském právu zdůrazňuje v Čechách Tomáš Štítný.³⁹⁷

I na svědeckém důkazu dlouho lpělo staré pojetí důkazu stranou straně, nikoli soudu.³⁹⁸ Důkaz byl *jednostranný*, neexistoval protidůkaz³⁹⁹ a svědci

³⁸⁹ Tamtéž 63.

³⁹⁰ Markov, Původ-sok 263.

³⁹¹ Kries, Beweis 127; Mayer, Geschworenengericht 81.

³⁹² V Normandii je »desrene« přísahou zesílenou důkazem přísežnickým, »preuve« přísežnickým důkazem, »record« svědectvím soudců; později »enquête« inkvisičním výslechem, »loy apparissant« soudním soubojem, »loy prouvable« svědeckým důkazem (Schuler — Libloy, Abriss 243). V Nizozemsku je »open waarheid« ročním všeobecným vyšetřováním, »stille waarheid« výslechem se zřetelem k zvláštnímu případu, »kenning« podobným šetřením, ale za účasti laických přísedících, »zeventinge« porotou o sedmi členech (Meyers, Trial 365).

³⁹³ Planck, Gerichtsverfahren II 217—8; Kries, Beweis 19; Glasson, Hist. de la France III 486; Chénou, Histoire I 671.

³⁹⁴ Mayer, Geschworenengericht 85, 105, 107.

³⁹⁵ Markov, Přípravné řízení 9.

³⁹⁶ Rafacz, Prawo sądowe 124.

³⁹⁷ Štítný, Knížky šestery 148: Lépe jest to v duchovním právě, ješto každého svědka přinutí, aby svědčil, což vie o té při, a pod přísahú pověděl pravdu, což mu jest známo a kak to vie, jakož jeho potom tieží; a pak sůdce podle toho svědectvie sůdí.

³⁹⁸ Markov, Původ-sok, 370—1.

³⁹⁹ Brunner — Schwerin, Deut. Rechtsgesch. II 536, 579.

nemohli vypovídat jinak než ve prospěch strany, kterou byli vedeni.⁴⁰⁰ Volné nakládání svědeckým důkazem dosvědčuje skutečnost, že bylo možno s přivolením strany, v jejíž neprospěch se tak dalo, měnit přísné jinak podmínky svědeckého důkazu.⁴⁰¹ *Dispositivní povahu svědeckého důkazu* neobyčejně zřetelně vyjadřuje kap. 111 reformovaného korčulského statutu z r. 1426.⁴⁰² *Svědka bylo možno vyzvat na souboj;*⁴⁰³ v polském právu to jasně ukazuje v 2. odst. čl. 5 již Kniha elblangská.⁴⁰⁴ *Svědecká výpověď neměla také často plnou průkaznost;* na jedné straně jí bylo možno odporovat ordálem,⁴⁰⁵ na druhé vedla k mučení obžalovaného.⁴⁰⁶

Formalismus svědectví byl vyjádřen tím, že nedostavení se svědka a původně i jeho úmrtí vedly přímo k prohře sporu.⁴⁰⁷ Totéž platí o vadné výpovědi jediného ze svědků, jak praví na př. čl. 48 v I. knize trogirského statutu z r. 1322.⁴⁰⁸ Jeden zápis z krakovské soudní knihy z r. 1434 ukazuje přísné dodržování formalit trojí doslovně stejnou nabídkou svědectví.⁴⁰⁹ Doslovná výpověď svědků, ať podle znění žaloby nebo už méně formálně prostě shodné opakování dalšími svědky výpovědi prvního svědka,⁴¹⁰ je důsledkem někdejšího jednohlasného provádění výpovědi přísežníků;⁴¹¹ u svědků je tato jednohlasná výpověď známa na př. už z čl. 29 širšího znění Ruské pravdy.⁴¹² Nejvyšším stupněm formalismu je ovšem *propadná forma svědectví*,

⁴⁰⁰ Schuler — Libloy, Abriss 244. O Slovanech Markov, Původ-sok 359.

⁴⁰¹ Balzer, Przewód sądowy 167; Rafacz, Prawo sądowe 123.

⁴⁰² MHJSM I 96: quod nullus acceptetur testis, nisi fuerit vocatus, saltem per vnam partem pro teste et testificatur, quod fuerit vocatus.

⁴⁰³ Brunner — Schwerin, Deut. Rechtsgesch. II 532, 578—9; Schwerin, Grundzüge 104; Schuler — Libloy, Abriss 244; Declareuil, Les preuves 469; Glasson, Hist. de la France III 490; týž, Hist. de l'Angleterre I 302; Salvioli, Storia III/1 270, 290; Beljajev, Lekcijs 348, 527.

⁴⁰⁴ SPPP II 17: Wer abir, daz der cleger von irste, zo man geczuge benennet, ze gelibte, und dornoch irvrische, daz ze gemitet weren, alle adir ir heynir, zo mochte her sprechen: »dy geczug sint gemitet; ich en wil ir nicht, und wil vechten«: so must ienir mit im vechten, den her irste beclaget hatte.

⁴⁰⁵ Sergejevič, Lekcijs 595—6.

⁴⁰⁶ Markov, Původ-sok 350.

⁴⁰⁷ Rafacz, Świadkowie 9; týž, Prawo sądowe 123; Vladimírskij — Budanov, Obzor II 262.

⁴⁰⁸ MHJSM X 25: quod si aliqui testes super aliquo articulo fuerint introducti vel in aliqua questione et omnes testes excepto uno teste abertarent, quod ille, qui dictos testes introduxerit, perdat questionem et succubat in causa occasione unius testis non abertantis cum aliis testibus.

⁴⁰⁹ SPPP II 402, č. 2569: Petens se dictus Stanislaus admitti ad probandum. — Chamecz vero interrogando respondit: quo jure ista yemalia et hec quadringenta capecia hebere velit? — Respondit Wroniczsky: »Paratus sum testibus probare«. — Iterum interrogavit Chamecz: »Quo jure ista yemalia et hec quadringenta capecia tritici vis habere?« — Iterum respondit Wroniczsky: »Paratus sum testibus probare.« Tercia vice interrogavit Chamecz: Quo jure vis ista yemalia et hec quadringenta capecia tritici habere«. — Respondit Wroniczsky: »Paratus sum probare testibus«.

⁴¹⁰ Na př. AsvRus 398, č. 522 (1485—90). O Francii Glasson, Hist. de la France III 463.

⁴¹¹ Brunner — Schwerin, Deut. Rechtsgesch. II 577.

⁴¹² PrRus 350: privesti jemu vidok slovo protivu slova.

při níž nedodržení přísěžné formule vede bez dalšího k ztrátě pře.⁴¹³ Se svědectvím byly také spojovány sázky na prospěch vítěze sporu, rozhodnutého na základě tohoto svědectví.⁴¹⁴

Vedle formálních znaků se ovšem svědectví už za doby svého nejstaršího uplatnění projevovalo řadou rysů, které byly předpokladem zjištění objektivní pravdy. K nim patří na př. skutečnost, že námitky proti svědkům se vyřizovaly ve vztahu k jejich osobě, zatím co námitky proti přísěžníkům postihovaly přímo stranu ve sporu,⁴¹⁵ dále rozprava se svědky a nikoli pasivní přijímání jejich tvrzení⁴¹⁶ a pod. Ze slovanských zemí máme doklady zákazu hrozit svědkům a dorozumívat se s nimi,⁴¹⁷ hostit je, jak to ustanovuje na př. kap. 94 statutu města Budy z r. 1442,⁴¹⁸ anebo konečně vypo- vídat ve vlastní věci, jak o tom má čl. 12 v V. knize dubrovnického statutu z r. 1272.⁴¹⁹

§ 20: Konkurence formálních důkazů důkazu svědeckému

Mimořádně důležitým činitelem při rozšíření svědeckého důkazu byl i *rozklad soustavy formálních důkazů*, jenž nastal všeobecně ve 13. a 14. století.⁴²⁰ Tehdy se v podstatě dokončil proces rozkladu někdejších pevných svazků pokrevních a svazků menších územních celků (marka, obec, opolí)⁴²¹ původní rodové společnosti. Kdežto přísěžnický důkaz typicky vyvěrá z těchto svazků, svědecký důkaz k nim nepřihlíží a osoby, které jej provádějí, nejsou vázány povinnostmi oněch starých pokrevenských i územních svazků.⁴²² Zároveň přestávala skutečně působit garance náboženské odplaty při falešném formálním důkazu, jehož se v souvislosti s úpadkem staré přísné morálky počalo v široké míře zneužívat.⁴²³ Tak došlo nejdříve k zrušení ordálů,⁴²⁴ na přísěžníky se počaly klást požadavky jisté objektivní

⁴¹³ Na př. Rtt I 402, B 16 (1322): Kdyžby komu svědkové svědčili, že Jan a Petr jsou praví hromaždníci anebo společníci, mají ti svědkové spraviti to se zmatkem.

⁴¹⁴ Markov, *Iuridica Slovaca* I 12–13.

⁴¹⁵ Brunner – Schwerin, *Deut. Rechtsgesch.* II. 535.

⁴¹⁶ Schuler – Libloy, *Abriss* 244; Brunner – Schwerin, *Deut. Rechtsgesch.* II 579; Salvioli, *Storia* III/2 427.

⁴¹⁷ Rafacz, *Świadkowie* 9–10.

⁴¹⁸ MHJSM III 24.

⁴¹⁹ MHJSM IX 113: *Venditor alicujus rei stabilis pro emptore cui ipse vendiderit, vel contra eum super re ipsa testis esse non potest.*

⁴²⁰ Kries, *Beweis* 231–2; Mayer – Homberg, *Beweis* 84.

⁴²¹ Vl. Procházka, *Organisace kultu a kmenové zřízení polabsko-pobaltských Slovanů*, sborník *Vznik a počátky Slovanů II* (Praha), 1. kap., (v tisku).

⁴²² Lévy – Bruhl, *Les témoins* 391.

⁴²³ Mayer – Homberg, *Beweis* 82; Stutz, *Beweisrolle* 17–18. Brunner, *Beweis* 109–10 prohlašuje, že tu nešlo o záměrné posilování svědeckého důkazu, nýbrž že se tak dalo z obavy před falešnou přísahou; z téhož důvodu se místo přísahy používalo raději souboje v českém právu v 15. století (Markov, *Původ-sok* 360–1).

⁴²⁴ Kries, *Beweis* 80 a d.; Ruth, *Zeugen* 283; Glasson, *Hist. d l'Angleterre* III 475.

znalostí věci,⁴²⁵ a vůbec přísežnický důkaz počal upadat, jsa v řadě případů menšího významu nahrazen prostou přísahou.⁴²⁶

Nahrazení starého formálního důkazu důkazem svědeckým není však dílem okamžiku, nýbrž složitého procesu, který často trvá i po dvě století. Vznikající svědecký důkaz se patrně začasťe uplatňoval jen v nových materiích, zatím co stará problematika, v níž se používalo důkazu iracionálního, byla nadále projednávána formou procesu staršího. Přitom všeobecně není svědecký důkaz na počátku důkazem plným, nýbrž toliko předpokladem pro ztížení iracionálních průvodů očištění žalovaného.⁴²⁷ *Získání ztíženého iracionálního průvodu na základě předložení svědeckví* není však z pramenů slovanského práva doloženo tak jako v právu západní Evropy. Ze západního práva jsme také dobře zpraveni, že i když sice odedávna existují pochybnosti o správnosti používání iracionálního důkazu,⁴²⁸ všeobecně jest svědecký důkaz nadále napadatelný iracionálními průvody, jež jej mohou zvrátit.⁴²⁹ Také tam, kde svědecký důkaz už proráží, je za určitých okolností návrat k iracionálnímu důkazu velmi lehce možný.⁴³⁰

Neobyčejně zajímavé doklady aplikace formálního důkazu místo racionálního důkazu svědeckého podávají moravské prameny z prvního desetiletí 15. století. Tam při sporech trestních i civilních žalobce *sice dokládá žalobu svědky, dobrovolně však chce přijmout očišťovací důkaz žalovaného*.⁴³¹ Tento postup z ohledu na nebezpečí, které přináší důkaz přísahou svědků, doporučuje jako vhodnější čl. 46 Knihy Tovačovské.⁴³² Zápisy rozhodnutí moravského zemského soudu však nás nadto zpravují o tom, že v řadě případů

⁴²⁵ Markov, Původ-sok 374.

⁴²⁶ Maurer, Beweisverfahren 240; Mayer, Geschworenengericht 32; Mayer-Homberg, Beweis 82.

⁴²⁷ Maurer, Beweisverfahren 340-1, 353, 354; Kries, Beweis 218; Mayer, Geschworenengericht 39-40, 47, 53-4, 57, 60, 73, 79, 256, 372; Pappenheim, re-cense Mayera 142; Ruth, Zeugen 37, 103; Salvioli, Storia III/1 271.

⁴²⁸ Edictum Rothari 118: quia incerti sumus de iudicio Dei et multos audivimus per pugnam sine iustitia causam suam perdere (K tomu Stutz, Beweisrolle 15).

⁴²⁹ Brunner-Schwerin, Deut. Rechtsgesch. II 532; Schwerin, Grundzüge 104.

⁴³⁰ Mayer, Geschworenengericht 102, 253-6.

⁴³¹ »Pobráni«: LC I 166, č. 261 (1406): ale ač bych měl na ň (edice přepisuje všude vadně: na ní) dosti dobrých lidí, však chci od něho právo přijíti, co mi páni najdú. LC I 243-4, č. 595 (1407): Si recognoscunt, recognoscunt veritatem, si autem negant, quamvis haberem sufficiens testimonium, de jure ipsorum volo stare contentus. — Dluh potvrzený listem: LC I 158, č. 209 (1406): ale ač bych měl na ň dosti dobrých lidí, však chci od něho právo přijíti, co mi páni najdú. — Další příklady: pobráni: LC I 135 č. 146, 160 č. 218, 182-3 č. 354; šacování: 171 č. 287; škoda způsobená útekem šafáře: 193 č. 432; náklad stavby: 132 č. 127; zadržené úroky: 182 č. 351; depositum: 132 č. 130; slib: 132 č. 131; výsluha: 156 č. 203; díl statku: 335 č. 913; věno: 433 č. 137; odkaz: 135 č. 149 atd.

⁴³² KnTov 34: Ale pónon ten k přísaze na mnohých místech při obojím právě za starých pánuov býval jest, že mnohý upřimo, neveda ani svědkuov ani které vědomosti pokládaje ku právu, druhého pónnal jest, aby jemu to, z čehož jej viní, spravoval přísahú takovú, jakož se o ní dole oznámí, kteráž jest těžká provéstí a z těžka bez klésky

šel výrok soudu na formální průvod, ač žalobce nabízel důkaz svědecký; i v tomto případě je tomu tak v materiích jak trestních, tak civilních. Žalobcův návrh na důkaz svědky vede v těchto případech k rozhodnutí soudu na očištění žalovaného se spolupřísežníky.⁴³³ Tomuto postupu odpovídá skutečnost, že před tímto forem nebyl často proveden i důkaz listinou, nýbrž na jeho základě vypovídali rovněž přísežníci a o jejich výpověď teprve soud opřel své rozhodnutí.⁴³⁴ Také z jihoslovanského práva je známo, že tam nabídka svědectví vedla k uložení přísahy žalobci.⁴³⁵ Tento doklad však také zřetelně ilustruje odchylnost moravského pojetí přechodu od racionálního důkazu k iracionálnímu. Zatím co na západě nabídka svědectví vede k ztíženému iracionálnímu důkazu žalovaného nebo podle uvedeného příkladu jihoslovanského k přísaze žalobce, na Moravě soud ukládá formální důkaz neztižený žalovanému, takže žalobce tvrzením svědků nezískává žádnou výhodu; je to tedy typický případ zpětného návratu k formální soustavě v její staré podobě důkazu očišťovacího.

Uplatňování formálních důkazů proti svědeckému důkazu po dlouhou dobu ještě tehdy, když v řadě materií svědecký důkaz už proráží ve velmi značné míře, souvisí těsně se společenskou skladbou feudalismu. *Formální důkaz s přísahou je totiž privilegovaným stavovským důkazem šlechty* a proto je opouštěn jen velmi zvolna. Namátkou volený příklad z krakovských soudních knih z r. 1429 nám dobře ukazuje, jak proti svědecké výpovědi poddanské osoby stojí přísežná výpověď šlechtičny.⁴³⁶ Jiný příklad

bývá. Ale ten pohon za krále Jiřího s vůlí všech pánuov a vši země zdvižen jest a již za potvorný položen; než proměněn v pohon takový, aby se počal jako jiní pohonové na počátku, že jej viní z toho a toho, zná-li mi se, zná mi se v pravdě, pak-li při, ač bych toho svědomí měl, chci na tom míti dosti, co mi páni za právo najdú.

⁴³³ Žaloba s »dobrým svědomím« z vraždy poddaného šafáře LC I 186–7, č. 379 (1407), nález LC I 211, č. 166 (1407): ponvadž se nezná Václav, tehda má jemu právo činiti a lidi jmenovati, dokud páni na právu sedí. — Žaloba opřená o »dostí dobrých lidí« z pobrání LC I 167–8, č. 268 (1406), nález LC I 199, č. 58 (1407): Johannes debet producere testes, quam diu iudicium durat. — Žaloba LC I 148, č. 154 (1406): že mě odkúpil základu a já jemu pověděl z víry, tu se mnú o to na dobré lidi přišel, řekl mi to učiniti, což by dobří kázali; tu mi toho neučinil a toho jsem já škoden padesát hř. g. a z toho jej pohoním... a toho mám dobré svědomí a škody opovídám. Nález LC I 200, č. 64 (1407): Wenceslaus debet eum euadere jure suo interstante iudicio uel in posudek. — Další příklady: pobrání: LC I 157 žaloba č. 204, 202 nález č. 86; 157 žaloba č. 589, 202 nález č. 240; 242 žaloba č. 590, 262 nález č. 242; 302 žaloba č. 819, 311 nález č. 309; rukojemství a slib: 254 žaloba č. 659, 259 nález č. 205; 378 žaloba č. 1185, 383 nález č. 352 atd.

⁴³⁴ LC I 204, č. 102 (1407): kdož ty listy má, že by měl ty škody ukázati sedmi vládýkami dobrými, usedlými a dobře zachovalými, a ti mají řéci, že jim to svědomo, že jest podlé listův ty škody vzal. — Dále LC I 244–5 žaloba č. 599, 261 nález č. 221 (1407); 281 žaloba č. 686, 314 nález č. 326 (1408) atd.

⁴³⁵ Na př. MHJSM VI/1 194, č. 193 (1451).

⁴³⁶ SPPP II 339, č. 2275: Domina Beata relicta Clementis Castellani Radomiensis statuet fidelissorem Johannem thabernatorem de Dzewanczole Alberti kmethonis de Marchocicze contra eundem Albertum, ab hesterna die ad quatuor septimanas; qui Johannes tabernator debet recognoscere, in quo et qualiter duos equos et duas vaccas ipsius Alberti eodem domine dedit. Item eadem domina jurabit eodem die, quod eundem Albretum, tunc temporis, dum ponebat wigaliter gossczyne, non mandavit ponere in carcerem, nec est ligatus seu vinculatus tempore antedicto.

z českého práva z r. 1473 dokládá sice ve sporu o krádež dobytka před zemským soudem svědeckou výpověď Boreše z Komárova a stejně po něm Mikuláše z Loskovic, podle níž drábové žalovaného šlechtice Častolora byli dostiženi žalobcem Mikulášem Běščinským a vypověděli mu o skutečném průběhu krádeže, avšak základem pozdější žaloby je přísěžné ujištění Častolora, že přijímá jako základ sporu tuto výpověď svých lidí, nikoli jejich tvrzení samotné.⁴³⁷ Svědecký důkaz zde přímo roste z momentů formálních, šlechtické cti, jejímž výrazem je právě přísaha. Proto také r. 1479 ve sporu Hynka z Poděbrad s Janem Ilburkem z Vřesovic odmítá Ilburk přijmout zcela reálně věcnou výpověď Hynkových úředníků o svém jednání s Hynkem a soud judikuje na přísěžnou očistu žalovaného.⁴³⁸ *Důkaz části petitu způsobem racionálním a části způsobem iracionálním* ukazuje rozhodnutí českého zemského soudu z devadesátých let 15. století;⁴³⁹ ve věci předmětů svědecky neprokázaných soud zřejmě opřel rozhodnutí o čestné přísěžné prohlášení žalobce.

Míšení prvků reálného a formálního důkazu je zvláště patrné z práva jihoslovanského, kde v poměrně nerozvinuté společnosti se zachovala v právu řada archaismů. Jak *věcné zjištění stavu bylo případně možno suspendovat formálními zárukami ve prospěch obviněného*, ukazuje čl. 79 statutu ligy ninského которu z r. 1306, resp. v obnoveném vydání z r. 1474.⁴⁴⁰ Tento jediný casus celého statutu líčí situaci vzniklou krádeží krávy sedláku Matěji Ranjevićovi. Podle původního rozhodnutí ligy měl každý její člen přispěti na ukradený kus dobytka dvěma librami. Avšak syn Michala Plastinoviće Juko během vybírání peněz prohlásil, že minulého dne viděl cizího muže v bílém odění na dvoře Marka Prtenjaće, jednoho z výběrčích. Na základě této výpovědi dovolilo představenstvo ligy, aby Prtenjać, jenž nemohl najít ani svědky ani ručitele, byl uvězněn; při odvedení do vězení se pak tento podezřelý přiznal, že čin provedl spolu s Jakubem Jučarevićem z Gorice.

⁴³⁷ AČ IV 276–7; 277: Boreš vypovídá: A otázal se Mikuláš Častolora a řekl jest k němu, ukazav na dráby: všichni-li jsú tito tvoji? a on Častolor odpověděl a pravil, žeby všichni jeho byli; i řekl jest k němu Mikuláš: poněvadž se k nim znáš, ujist se jimi, kterémužt z čeho vinu dávám, aby mi z toho právi byli před JKMTí. A hned po té se řeči rozjeli, a to vzal k své cti a vieře, že se ty věci tak daly.

⁴³⁸ AČ IV 326–8; 328: i takto právo ukazuje: že ten, ktož se viní a naříká ze cti, bližší jest ku očistě své cti, nežli ten, ktož jej viní.

⁴³⁹ Rtt I 194, č. 162: poněvadž jest on Jan otec Matoušův byl v tu chvíli služebník Janů Malovců, že jest to mohl Jan Malovec slušně udělati a jej vzíti a trestati jako služebníka svého; než jakož svědomí jich obojích i Malovcovo i Matúšovo svědčí, že by něco statku jeho při něm vzato bylo, tu což Malovcovo svědomí vyznává, to aby on Bohuslav pohnaný podle znění jemu Matúšovi zaplatil nebo navrátil od dnešního dne ve dvě nedělích zběhlých, a což nad to více jmíti chtíti bude, to aby provedl před úředníky Pražskými menšími v středu po průvodní neděli, a to na jich schválení. A což by nad to více míti chtěl, to aby spravil v kaple u Věch svatých na hradě Pražském v pátek po suchých dnech letničních.

⁴⁴⁰ P. Karlić, Statut Lige kotara ninskoga, Vjesnik hrvatskoga arheološkoga društva, nova serija XII, Zagreb 1912, 297.

Spojení prvků materiální pravdy s formalitami procesu, v němž však věcně jsou zjišťovány právě jen otázky dodržení nebo nedodržení těchto formalit, nikoli meritum věci, neobyčejně plasticky zachycuje pře Radoslava Ivanovika z Trebina z r. 1447 před dubrovnickým knížetem Petříkem Buníkem.⁴⁴¹ Žalobce požaduje na Ivaniči Bogojevikovi, Ratkovi Ilikovi a Milkovi Ostojikovi zaplacení odkladu za zabití jeho bratra Radiče; čtvrtý z pachatelů, Jakša Radetik, již čtvrtinu na něho připadající zaplatil. Žalovaní namítají, že nárok propadl tím, že žalobce se nedostavil na smluvený čtvrtý propadný rok, na němž dvanáct porotců dubrovnických a dvanáct srbských mělo za vedení dubrovnického pristava Ilji Radoslalika a srbského Tomka Bogosalika o při rozhodnout. Žalovaní, kteří žalobce na roku očekávali marně, vyslali posla do jeho domu, avšak když přesto nepřišel, vyčkali večera a poté okamžitě věc ohlásili dubrovnickému knížeti. Kníže se soudcem nyní přezkoumal všechny předchozí zápisy o případu a odmítl námitku žalobce, že na řečený čtvrtý rok se nedostavil pro nepřítomnost knížete Pavla, protože nebyl členem poroty, a s uvážením všech zápisů a výpovědí žalobu odmítl. Rozhodnutí se opíralo tedy typicky o prvky racionálních zjištění (přítomnost a jednání poroty) i o formální náležitosti procesního postupu (dohoda o způsobu zjištění viny, propadný rok — i když zde ku podivu se nekonstatovala pouhá nepřítomnost, nýbrž učinil se pokus o přivolání nepřítomné protistrany).⁴⁴²

Používání formálních důkazů trvalo v Chorvatsku velmi dlouho. V deformovaném stavu, jenž ukazuje neústrojné kombinování jednotlivých typů navzájem, jakož i jeho spojování s mučením, »korunou důkazu« v inkvisičním procesu, existuje ještě v 16. a 17. století, i když snad už jen v »čarodějnických« procesech. Tento stav ilustruje na př. případ pře z r. 1585 před soudem ve Varaždínských Toplicích.⁴⁴³ Jakýsi Škof obvinil tam nějakou stařenu Kovnićovou a dvě další ženy, že čarováním mu způsobily škodu na zdraví. Kovnićová se přiznala a původní výrok soudu zněl na upálení po usvědčovací přísaze místního župana s dvěma dalšími osobami. Druhé dvě se měly očistit samy padesáté a neuspěly-li by, měly být podobnou přísahou župana a dalších dvou osob odsouzeny k smrti. Župan vznesl námitku proti tomu, aby přísahal, a tak soud odsoudil Kovnićovou přímo na základě doznání. Pokud se dvou druhých týče, měla být nyní přísaha župana nahrazena přísahou žalobce Škofa a dvou dalších osob. V obdobném případě z týchž Toplic docela ještě r. 1699 se při líčení proti třem ženám obviněným z čarodějnictví postupovalo tak, že nejdříve měly být dvě z nich mučeny a jedna podstoupit ordál vodou, posléze pak, pokud by mučení a ordál nevedly k doznání jejich

⁴⁴¹ SpomSrp 210–12, č. 125.

⁴⁴² Nevyřešenou zůstává otázka, proč došlo k trojímu odkladu líčení a zda formální způsob rozhodnutí sporu dostavením se nebo nedostavením byl či nebyl výsledkem nemožnosti rozhodnout jiným věcným způsobem.

⁴⁴³ HPPR 1024, č. 19.

viny, se měly samy třinácté očistit přísahou a tak být zbaveny dalšího řízení.⁴⁴⁴

§ 21: Vlivy důkazu přísežníky na důkaz svědky

Ovlivnění svědeckého důkazu důkazem přísežníky se nejlépe jeví v dlouhé řadě *důvodů omezení svědecké způsobilosti*, která je celá recipována z důkazu přísežníky. V slovanských zemích jsou tyto důvody v podstatě zcela stejné⁴⁴⁵ jako na západě.⁴⁴⁶ Dokladů je značné množství, takže zde bude namístě jen zmínka o nejzajímavějších z nich.

Pro svědecký důkaz se předepisoval všeobecně určitý *věk* a *zdraví fyzické a duševní*. Různým způsobem bylo omezováno svědectví *žen*; podle čl. 22 v I. knize reformovaného statutu trogirského z r. 1332 nesměly svědčit v civilních věcech,⁴⁴⁷ čl. 59 statutu grbalské župy z třicátých let 15. století vážil svědectví tří žen jako jednoho muže.⁴⁴⁸ Ojedinelý doklad čl. 25 lestavského statutu z r. 1310 omezoval svědectví *neženatých mužů*.⁴⁴⁹ Svědčit nesměly dále osoby *nemanželského původu* a *židé*, podle statutů italských měst na dalmatském pobřeží Slované.⁴⁵⁰ Svědkové musili být *stejného stavu* s osobou, proti níž podávali svědectví. Že tato podmínka bránila proniknutí svědeckého důkazu do důkazního řízení ještě v polovině 15. století, toho dokladem je soudní praxe česká⁴⁵¹ i polská.⁴⁵² Odtud je také v šlechtických sporech hojný požadavek *osedlosti* svědka.⁴⁵³ Tyto podmínky souvisí těsně s předpisy o cti svědků. Církevním vlivem byl podtržen význam cti zvláště s hlediska náboženského a za nepřijatelné svědky byli prohlášeni křivopřísežníci, osoby v klatbě, vyloučení kněží a heretici. V tomto směru

⁴⁴⁴ HPPR 1025, č. 24.

⁴⁴⁵ R a f a c z, Świadkowie 8; B a l z e r, Przewód sądowy 164; K u t r z e b a, Prawo sądowe 81; M a r k o v í č, O dokazima 31.

⁴⁴⁶ Na př. P l a n c k, Gerichtsverfahren II 48, 53–6, 61–2; K r i e s, Beweis 16; M a y e r, Geschworenengericht 69, 370; C h é n o n, Histoire I 253, 670; G l a s s o n, Hist. de la France III 483–5; t ý ž, Hist. de l'Angleterre I 299, III 511–3; S a l v i o l i, Storia III/2 382, 427–9.

⁴⁴⁷ MHJSM X 154: Quod mulier aliqua non recipiatur in testem in aliqua causa civili, nec earum testificatio credatur aliquo modo.

⁴⁴⁸ ZakSrp 110.

⁴⁴⁹ MHJSM VIII 10.

⁴⁵⁰ Kap. 8 III. knihy splitského statutu z r. 1312 (MHJSM II 69), čl. 36 skadarského statutu ze 14. stol. (MHJSM III 129).

⁴⁵¹ Rtt I 137, č. 99 (1454): jakož citatus pravil ješt, že by jim těmi škodami vinen nebyl, a také dokládaje se i svědkuo (!) lidí selských, kterýchžto páni nepřijímají v takovém běhu, ex quo ipse citatus položil se k nevině.

⁴⁵² SPPP II 509, č. 3087 (1422): Et hoc voluit probare idem Makowecz nobili viro, coram quo recognouit, et testibus inferioris condicionis. Et ille dixit: Quia volo euadere, nichil juris obmittendo. Ideo jurabunt testes, si non concordabunt. (Jde o přísežníky žalovaného, neboť pro tento případ je v předchozím textu řečeno: Nicolaus debet nominare testes).

⁴⁵³ Na př. v Čechách Officium circa tabulas terrae v čl. 63 a 64 (CIB II/2 264) a právní kniha Ondřeje z Dubé v čl. 34 (OzDubé 138).

na stranu objektivní pravdy se staví čl. 66 statutů Kazimíra Velkého, jenž požaduje na kněžích, aby postiženému pro vykonání svědectví udělili *beneficium absolutionis*, a neučiní-li tak, dovoluje svědčit i bez tohoto promínutí.⁴⁵⁴ V Srbsku čl. 161 Dušanova zákoníku vylučuje svědectví osoby, která se ještě neočistila ve vlastním, současně probíhajícím sporu.⁴⁵⁵ Zvláštní důvod vyloučení svědka existoval na Mazovsku; tam nesměla být jedna osoba svědkem zároveň ve více než třech sporech.⁴⁵⁶ V různé míře se nedovolovalo svědectví *osob trestaných*.

Nejzajímavější v tom směru jsou v mnohém protikladná ustanovení o svědecké účasti osob *příbuzných* anebo *spoluobyvatel města*. V nich se nejlépe zračí současné působení tradičních pokrevenských a politicko-organizačních svazků, které zdůrazňují momenty formální, a růst objektivního svědeckého důkazu, jenž ostře vystupuje právě proti těmto tradičním rysům. V Polsku byli příbuzní jako svědci vyloučeni při sporech o čest,⁴⁵⁷ vůbec je vylučuje na př. čl. 24 lastavského statutu z r. 1310,⁴⁵⁸ čl. 44 trogirského statutu z r. 1322⁴⁵⁹ nebo čl. 59 statutu grbalské župy z třicátých let 15. století.⁴⁶⁰ Čl. 20 vinodolského statutu z r. 1288 vylučuje svědectví mezi manžely,⁴⁶¹ čl. 15 v I. knize potvrzeného a rozmnoženého statutu korčulského z r. 1265 dovoluje toliko svědectví v neprospěch příbuzného.⁴⁶² Statuty Kazimíra Velkého připustily v čl. 67 svědectví příbuzných při koupi nemovitostí s poukazem, že přibrání těchto osob k takovým smlouvám je obvyklé.⁴⁶³ Podle čl. 67 uvedeného vinodolského zákona mohli si navzájem svědčit oddělení příbuzní.⁴⁶⁴ Povinnost svědčit ve prospěch spoluobčana má kap. 76 korčulského

⁴⁵⁴ StKazW 422: Per experienciam didicimus, quod sententia excommunicationis in testibus inducendis maliciose plerumque consuevit opponi, ex qua oppositione pullulabat oppressio veritatis... Quod si excommunicator, premissis modo petitus, pro testimonio perhibendo denegaverit beneficium absolutionis, cum huiusmodi postulantes veniam et absolucionem, quantum ad Deum, censeantur absoluti, volumus et decrevimus extunc abque aliqua cause vulneracione testimonia eorundem testium per iudicem recipiantur, et habeant ipsorum testimonia firmitatem.

⁴⁵⁵ ZakStDuš 127: Na sudě koí p'rci sudě i pre za svoju pričju; i on-zi ot' p'rčija glagolati potvorně na onoga-zii p'rčiju, ni za nevěru, ni za ino dělo; razvě da mu otpira; a k'd' s'vr'ši sud'; ako što ima po tom' da glagolie s' nim' před' sudiami carstva mi; i da mu se ne věruje ni u čem' što glagolie dogda mu se ne ispravii.

⁴⁵⁶ R a f a c z, Świadkowie 8.

⁴⁵⁷ R a f a c z, Prawo sądowe 123.

⁴⁵⁸ MHJSM VIII 10.

⁴⁵⁹ MHJSM X 24.

⁴⁶⁰ ZakSrp 110: kumovi, pobratimi, so-i-ljebnici.

⁴⁶¹ MHJSM IV 10.

⁴⁶² MHJSM I 15: quod nullus, qui pertinet in tercio gradu et super, uel cognatus fuerit, non possit perhibere testimonium pro ipso, sed contra ipsum sic.

⁴⁶³ StKazW 426: considerantes, quod amiables compositores seu mediatores consanguinei esse consueverunt, declaramus in tali casu testimonium predicti Jacobi patru pro Cunrado valere.

⁴⁶⁴ MHJSM IV 22.

statutu z r. 1214⁴⁶⁵ a docela ještě i z r. 1442 kap. 164 statutu města Budy;⁴⁶⁶ tato ustanovení jsou projevem krajního důkazního formalismu.

Typickým znakem vlivu přísednického důkazu na důkaz svědky je *předpis určitého počtu svědků*.⁴⁶⁷ Jeho upevnění je zřejmě dílem vlivu kano- nického práva (legální průvodní theorie), jež tu via facti navázalo na starou praxi důkazního řízení domácího. Doklady toho jsou patrné na př. v českém právu ještě na sklonku 15. století.⁴⁶⁸ Proti tomu lze spatřovat tendenci k zvýšení objektivity důkazu, jestliže jako na př. v moravském právu v prv- ním desetiletí 15. století se požaduje sedm přísah—svědectví místo ně- kdejších šesti⁴⁶⁹ anebo zejména jestliže k důkazu stačí pět výpovědí místo jinak žádaných šesti, jak to dosvědčuje jeden zápis z r. 1401 v krakovské soudní knize.⁴⁷⁰

S důkazem přísednický souvisí i instituce *volby, resp. schvalování svědků* (laudatio testium).⁴⁷¹ Toto ovšem už je moment, kdy i v přísednickém dů- kazu se počal uplatňovat prvek racionální, neboť volba či odmítnutí se ři- dily pochopitelně určitými věcnými hledisky (zaujatost, neznalost věci a pod.). Jmenování a schvalování svědků věnovala pozornost zvláště polská odborná literatura,⁴⁷² která konstatuje zachovávání tohoto obyčeje ještě v první třetině 16. století,⁴⁷³ podobně jako tomu bylo v téže době na Litvě.⁴⁷⁴ V Čechách, kde podle čl. 74 Řádu práva zemského bylo při nuptiálních vě- cech z devíti nabídnutých vybíráno sedm skutečně pak svědčících osob,⁴⁷⁵

⁴⁶⁵ MHJSM I 46: statuimus, quod quicumque perhibebit testimonium contra commune Curçule, in fauorem alicuius specialis persone, perdat irremissionabiliter omnia bona sua, et sit exul a Curçula et eius districtu, qui, si deinde peruenerit ad manus regiminis, perdat caput. Intelligendo, quod propter eius testificationem uellet tradere iura com- munis alicui persone.

⁴⁶⁶ MHJSM III 72—3: Statuimo, che se alcun forestier dimandasse alcun nostro cit- tadino avanti la signoria, per il qual cittadino fosse posta porotta di nostri cittadini, li quali nostri cittadini siano tenuti di giurar per il nostro cittadino in tal modo, che il nostro cittadino sia libero della questione, che fosse dimandato per il forestier. Et se alcun nostro cittadino non volesse giurar per il nostro cittadino per deliberarlo, che sia tenuto pagarli tutto il danno et le spese, che havesse fatto il nostro cittadino per causa del forestier, eccetto però se fosse di mala fama, per il qual non sia tenuto giurar più.

⁴⁶⁷ Na př. v jihoslovanském právu MHJSM I 79, II 70, III 183.

⁴⁶⁸ Rtt I 153, č. 31 (okolo 1490): také jeden svědek totiž Oremus přesvědčiti jích nemohl. — Rtt I 235, č. 33 (1497): jestli žeby měl jednoho svědka hodného zachova- lého: tehdy ten, ktož by svěření otpíral, má za to spraviti vedle práva, že jest nesvěřil.

⁴⁶⁹ LC I 105—6.

⁴⁷⁰ SPPP II 119, č. 747: Bodzanta de Modlnycza testibus V docuit contra Helenam de Czulice, quia pecunie in hereditate Czyanouice Imrami junioris ibidem de Czulice, sunt posite; et adhuc testem sextum non produxit.

⁴⁷¹ Schuler — Libloy, Abriss 244; Mayer, Geschworenengericht 8—9, 13—14, 137, 249 atd.; Chénon, Histoire I 670.

⁴⁷² Rafacz, Świadkowie 9; Taubenschlag, Proces polski 49.

⁴⁷³ Balzer, Przewód sądowy 165.

⁴⁷⁴ Markov, Iuridica slovaca I 11 p. 8.

⁴⁷⁵ CIB II/2 242.

bylo možno podle čl. 65 *Officii circa tabulas terrae* i do desk zapsané svědky měnit, pokud protistrana neučinila volbu.⁴⁷⁶

§ 22: Svědecká přísaha

»Svědkové« všech pramenů zásadně svou výpověď doprovázejí přísahou: »testes dicunt iurati«.⁴⁷⁷ Její provedení nemusí být jednotné; někde předchází výpovědi, jinde je následná, v řadě míst výpověď většího počtu svědků přísežně potvrzoval toliko jeden z nich.⁴⁷⁸ Jestliže se však v mnohých případech o nich hovoří, že svou výpověď »firment per sacramentum«,⁴⁷⁹ je tento obrat pramenů výrazem pozdějšího chápání svědecké instituce v římském pojetí,⁴⁸⁰ zatím co v řízení za feudalismu měla povahu jinou. Tehdy totiž *rozhodující složkou důkazu bylo provedení přísahy, jež pro křivopřísežníka znamenalo nevyhnutelný trest nadpřirozenými mocnostmi*, kdežto otázka objektivity výpovědi, vedoucí k zjištění pravdy, uvažována nebyla. *Formální přísaha mohla krýti faktické svědectví, ale nemusila; pro soud bylo rozhodné vykonání přísahy, nikoli obsah výpovědi*. Svědectví samo o sobě nebylo by bývalo ničím, kdyby nebylo podáno v potřebné formě.⁴⁸¹ Protože v celém důkazním řízení až do 15. století dominuje přísaha, používá se jí ve spojení i s jinými důkazy.⁴⁸² Svědci procesně vystupují jako přísežníci.⁴⁸³

V tomto smyslu znají »svědeckou« přísahu všechna práva slovanských národů. V Čechách je doložena od čl. 150 Rožmberské knihy⁴⁸⁴ až do doby Všehrdovy, kdy však už převažovalo nad ústním svědectvím ve šraňcích nadiktování výpovědi do protokolu po předchozím vykonání přísahy.⁴⁸⁵

⁴⁷⁶ CIB II/2 264:

Nominans testes et non imponens ad tabulas, perdit ius; ponens testes potest alios nominare antequam inducantur et eligantur.

Jmenuje svědky a ve dsky nevloží, ztratí právo; polože svědky, mŏž jmenovati (jiné), dřív než je provede a dřív než vybrání budů.

⁴⁷⁷ Brunner, Beweis 96.

⁴⁷⁸ Kries, Beweis 11; Brunner, Beweis 97, 117; Brunner – Schwerin, Deut. Rechtsgesch. II 536; Aleksijev – Miladinov, Osnovi 133.

⁴⁷⁹ Salvioli, Storia III/1 269; o Rusku Malinovskij, Lekciji 485.

⁴⁸⁰ Původní legisactio per iudicis arbitrive postulationem měla povahu stejnou jako svědecká přísaha ve středověku (Boháček, Arbitration 213).

⁴⁸¹ Maurer, Beweisverfahren 241; Brunner, 94–5. Kries, Beweis 98 o přeměně důkazu dopadením při činu v důkaz svědky při zachování přísežné formy.

⁴⁸² Vladimírskij – Budanov, Obzor II 263–4.

⁴⁸³ Beyerle, Entwicklungsproblem 379–80 p. 25; Pappenheim, recense Mayera 137; Salvioli, Storia III/1 270–1.

⁴⁸⁴ AČ I 470: a to berú na svú duši a na vieru.

⁴⁸⁵ Všehrd VIII 6. – AČ VII 471, č. 161 (1474): A jakož Václav Šatný táhl se jest na některé svědomie, tu jest jemu povědieno: to svědomie, kteréž má, aby to zjednal listovně těch dobrých lidí pod jích každého pečeti. – Čl. 49 Zůstání přešpurského z r. 1499 (Rtt II 517): Item aby žádné svědomie v soudu žádné straně nedával ústně, než tak, jak za právo jest od starodávna, aby dskami bylo zapsáno, lečby se strany svolily.

v Polsku jsou hojně doklady z listinného materiálu už od 12. století,⁴⁸⁶ stejnou povahu má i svědecká přísaha v Rusku⁴⁸⁷ a četné jsou doklady svědecké přísahy ze statutů dalmatských měst.⁴⁸⁸ Podle 1. kap. statutu města a ostrova Korčuly z r. 1265 byly pro nevykonání přísahy předepsány přísné tresty, případně i na těle,⁴⁸⁹ neboť její odepření bylo zřejmým důkazem nepravdivosti výpovědi. V listině srbského krále Štěpána Tomáše z r. 1444 Dubrovniku se přísežníci a svědci ztotožňují.⁴⁹⁰ Velmi hojně a často se složitým doprovodem slavnostních ceremonií je přísaha svědků doložena z mezních sporů jižních Slovanů;⁴⁹¹ odpovídá to zcela poměrům ruským, známým např. z čl. 9 pskovské soudní gramoty.⁴⁹² Přísaha svědků, v tomto pojetí vlastní všem slovanským národům, se dochovala v obyčejovém právu v Bulharsku až do minulého století.⁴⁹³

Formalismus přísahy se ovšem postupně oslabil tam, kde základem výpovědi byla skutečnost opravdu smysly seznaná, takže nakonec zmizela i následná přísaha;⁴⁹⁴ oporou tomuto vývoji bylo zejména to, že v řízení přestala přísahat sama strana⁴⁹⁵ a pravda se začala zjišťovat odděleným slyšením svědků.⁴⁹⁶ V tomto směru bylo např. v Čechách nalezeno r. 1495, že pečeti potvrzené písemné svědectví osob zemřelých platí, i když formální přísahu už vykonat nemohly.⁴⁹⁷

Ve svědeckém důkazu prováděném formou přísahy je tedy tato *přísaha formou, která kryje obsah různého stupně objektivity*. I když tato forma má zřetelně s hlediska důkazu zásadní význam, lze ve způsobu jejího provedení vidět určité rozdíly právě podle rozsahu její objektivní složky. Tak např. r. 1439 se před zemským krakovským soudem projednával spor o vypuzení

⁴⁸⁶ Taubenschlag, Proces polski 49–50.

⁴⁸⁷ Beljajev, Lekcijsi 349.

⁴⁸⁸ Čl. 34 III. knihy dubrovnického statutu z r. 1272 (MHJSM IX 68), čl. 37 skadarského statutu ze 14. stol. (MHJSM III 129), kap. 116 statutu Budy z r. 1442 (MHJSM III 28).

⁴⁸⁹ MHJSM I 5: Et si illi qui uocati fuerint per commune super hoc (i. e. homicidium) in testes, uenire recusauerint, uel uenti non dicerent ueritatem per iuramentum, soluant communi yperpera quinquaginta, et si non habuerint unde soluere, manus sua dextera incidatur, et si fugerit dum non persoluerit centum yperpera, sit in banno perpetuali et forbannitus.

⁴⁹⁰ ZakSrp 239: a vsemu ovomui rot'nici i svidoci naši dobri vel'može.

⁴⁹¹ Wł. Namysłowski, Serbskie prawo sądowe w wiekach średnich, Pamiętnik historyczno-prawny II/4, Lwów 1926, 28. K tomu srov. na př. obvyklou frázi v mezních sporech: »ročení rekoše«.

⁴⁹² PRP II 287.

⁴⁹³ Bobčev, Sudebno pravo 88.

⁴⁹⁴ Planck, Gerichtsverfahren II 98, 226.

⁴⁹⁵ Glasson, Hist. de la France III 481.

⁴⁹⁶ Schuler – Libloy, Abriss 244.

⁴⁹⁷ Rtt I 230, č. 312: Nalezli vuobec za právo, ktož by listem svědomie dal pod pečeti nebo pod pečeti, a ta pře žeby k soudu přišla, a ti svědkové žeby své zemřeli, tehdy má to svědomie přijato býti, jakoby přísahu učinili.

z držby mezi doktorem dekretů Jakubem ze Skalky a knězem kostela krakovského hradu Janem Rejem, v němž dvě z přísahajících osob byly mimo-soudnímu projednávání sporné věci přítomny, čtyři se ho nezúčastnily; formule přísahy oněch dvou zní: »quia vidimus et circa hoc presentes fuimus«, oněch čtyř: »quia scimus et testamur«.⁴⁹⁸ Podobně těsně předtím r. 1428 ve při o bezprávné odnětí glejtu vypovídá přímo postižený služebník žalobců-solních županů v první osobě singularis totéž, co ostatních pět svědků v první osobě pluralis.⁴⁹⁹ V žalobě z r. 1421 o zničení privilegia olsenických sedláků zvěřinčenským převorem pět svědků přísahá o zničení privilegia, šestý »sicut scit et testatur«.⁵⁰⁰

Vedle těchto případů lze jmenovat takové, kde mimo veškerou pochybnost jde o svědectví, takže formule přísahy obsahuje prvky zjištěného objektivního stavu, ovšem rozhodující je její formální provedení. Tak je tomu na př. r. 1440 v důkazu krakovského zlatníka Hanuše o řádné koupi prstenu⁵⁰¹ anebo ještě lépe v žalobě Martala Guleriće v zastoupení Bohdana, syna Braji ze Zupana, proti Kalendovi, synovi Pankráce Geraviće, projednávaná r. 1255 před dubrovnickým soudem.⁵⁰² Žaloba obviňuje žalovaného z odcizení služebného děvčete Pervaněhy a jeho dalšího prodeje. Odcizení dosvědčují svědci Staněk Zavlegić a Matichna a prodej Vít Theofilić, jenž děvče od Ka-

⁴⁹⁸ SPPP II 449, č. 2775: Stanislaum de Janouicze prope Wyeliczka, Petrum de Wylezkowicze, qui fuerunt presentes; Petrum de Cossoczicze, Petrum de Wyathouicze, Johannem de Gay, Nicolaum de Janouicze, tamquam absentes sed testificantes. Primi jurabunt sic: »Ita nos deus adiuuet et sancta crux, quia vidimus et circa hoc presentes fuimus, quod Petrus Zagorsky, quem dominus Johannes Rey evicit, mettercius cum ita bonis sicut ipse solus est, Magistrum Jacobum Plebanum de Skalka violenter expulit et depercussit wybil de possessione ipsius in villa Bossuthow.« — Absentes sic: »Ita nos deus adiuuet et sancta crux, quia scimus et testamur, quod idem Petrus Zagorsky etc.«.

⁴⁹⁹ SPPP II 329, č. 2210: Andreas Zaloga solus sic jurabit: »Ita me deus adiuuet et sancta crux, quia Nicolaus Sestrzenecz recepit apud me litteras domini Regis salui conductus, quas habui ex parte predictorum dominorum Zuppariorum circa currus ipsorum sale oneratos, in propinquo ab Osswanczin versus Slesiam transeuntes.« — Alij autem testes sic jurabunt: »Ita nos deus adiuuet et sancta crux, quia scimus et testamur, quod Nicolaus Sestrzenecz recepit apud Zalogam litteras domini Regis salui conductus in propinquo ab Oswanczin, quas habuit ex parte Zuppariorum circa currus ipsorum sale oneratos versus Slesiam transeuntes.«.

⁵⁰⁰ SPPP II 263, č. 1818: quia scimus et testamur, quod Rex Kazimirus privilegium kmethonibus de Olsenicze dederat, sine consensu Prepositi Swerzincensis et conuentus dicti; quod privilegium idem Prepositus cum suo conuentu jure fregit coram Capitaneo Cracouiensi, vel Iudice ipsius; et dicti kmethones laborauerunt istos labores quos Prepositus ab eis postulat, ab eo tempore, sicut idem Prepositus dictum privilegium ipsorum kmethonum fregit. — Primi quinque super certa destructione dicti privilegii jurabunt; et ultimus sextus sicut scit et testatur.

⁵⁰¹ SPPP II 464, č. 2841: »Carissimi domini, nescio quis michi vendidit sed habeo duos testes, quia ipsum cingulum emi.« Et produxit duos testes, dominum Johannem Vicarium castrí Cracouiensis et Johannem pellificem de Cracouia. Ideo idem Hanusch aurifaber iuravit in hunc modum: »Quod ipsum non sum furatus, sed emi.« Et testes similiter testificati sunt, quod fuerunt penes hoc, quando eundem cingulum emit; et iurauerunt similiter in hunc modum: »Sic nos deus adiuuat et sancta crux, quia fuimus et vidimus, quum emit eundem cingulum idem Hanus aurifaber«.

⁵⁰² SpomSrp 49–50, č. 31.

lendy koupil za sedm a půl perperů. Soud opře rozhodčí výrok o výpověď těchto svědků, avšak ukládá nadto Bohdanovi, aby přísahal sám třetí o pravdivosti svědeckých tvrzení. Samozřejmost přísežného potvrzení svědectví a zároveň procesní nebezpečí s tím spojené zná ještě velmi dobře ve svém čl. 45 na Moravě Kniha Tovačovská.⁵⁰³ Stejně tomu bylo např. v ruském právu, jak to dokumentuje čl. 31 širšího znění Ruské pravdy, podle něhož Kolbjag nebo Varjag měli vésti důkaz udeření jedním svědkem a s ním spolupřisahat.⁵⁰⁴ Podle čl. 37 téhož zákona potvrzuje svou výpověď přísahou svědek kupní smlouvy a tržní úředník.⁵⁰⁵

Přes nedostatky, které zdůraznění formální složky svědecké výpovědi mělo, nelze nekonstatovat jeho kladný přínos v jednom směru. Hrozba nadpřirozeným trestem byla totiž, dokud nenastal ještě rozklad staré morálky, účinnou zárukou pravdivé výpovědi. Prameny nám poskytují doklady, že svědek raději nepřísahal, než aby přísahal křivě.⁵⁰⁶ Tato záruka neposkytovala ovšem jistoty plné.

§ 23: Vznik svědeckého důkazu přeměnou přísežníků ve svědky

Opanování důkazní soustavy svědeckým důkazem v celém rozsahu nastalo v podstatě přeměnou přísežníků ve svědky. V procesu obdobném vývoji v ostatních částech Evropy⁵⁰⁷ vystupují nyní místo osob, které jen na základě svého subjektivního přesvědčení podporují tvrzení strany, skuteční testes qui sciunt, testes qui circa hoc fuerunt, testes de visu;⁵⁰⁸ typicky v Polsku se místo formule »jako wiemy, jako świadczy my« objevuje formule »jakośmy przy tem byli«⁵⁰⁹ anebo jinak se popisuje přímé smyslové nazírání.⁵¹⁰ Podobný proces je dosvědčen z bulharského obyčejového práva v posledních stoletích.⁵¹¹

⁵⁰³ KnTov 34: V starých registřích nalézá se, že jsou někdy pohonili: »chci svědky prokázati«. Ale na ten pohnon jsou staří nálezové panští, že jest velmi těžký. Protož pohnal-li by kto tím obyčejem: »zná-li mi se, zná mi se v pravdě, pak-li při, chci svědomím provésti«, — v tom se již pilně opatř, aby ty svědky vedl, ještoby ku právu byli dostateční; nebo tři přísahatí a čtyři věrovatí mají, lidé dobří, rytířští, nepodezření.

⁵⁰⁴ Viz pozn. č. 67.

⁵⁰⁵ Viz pozn. č. 65.

⁵⁰⁶ Na př. SPPP II 331, č. 2222 (1428): Ipse vero Abraham Juddeus (žalovaný) jurare voluit; sed idem Jordan eciam Judeus in presencía domini capitanei dixit, quod nollet jurare. — SpomSrp 181, č. 91 (1396): Et quod ipsi juratores porotnici, conoscentes ipsos Boghedanum et generem eius fuisse culpabiles in predictis, et jurare pro ipsis noluerunt. Primo dixerunt eosdem fore culpabiles in predictis. — HPPR 1018 (1477): Šimun Banić reče: ja ne ću prisezati, jer nisam bio na razpravi.

⁵⁰⁷ Na př. o Italii Salvio li, Storia III/1 264.

⁵⁰⁸ Balzer, Przewód sądowy 169.

⁵⁰⁹ Kadlec, Přísežní pomocníci 270.

⁵¹⁰ Jovanović, Prinosci 24: pita je gospodo svedočbu, koje je tu bila i očima gledala, kad je naš otac poginuo.

⁵¹¹ Bobčev, Sudebno pravo 87.

Přeměna přísedníků ve svědky se uskutečnila vývojem trvajícím okolo dvou set let. O tom máme hojně zpráv zejména z práva českého a polského, kde jsou zaznamenány tyto postupné přeměny zvláště v soudních zápisech. Není ovšem možno vyčerpat na tomto místě materií celou. Avšak výběr hlavních typů změn podá jistě obraz dosti přesvědčivý.

V řadě případů jde nepochybně o *ryzí důkaz přísedníků*. Tomu je tak všude tam, kde *spolupřísedníci žalované strany tvrdí, že se něčeho nedopustila*, tedy na př., že žalovaný něco neukradl, někoho neoloupil, nepřijal dlužné peníze, nezpůsobil škody.⁵¹² O tom, že se něco nestalo, nemohl být přirozeně podán důkaz svědecký. Formalismus důkazu se také zřetelně projevuje, jestliže strana dodatečně modifikuje svůj nárok a od svědectví se upustí.⁵¹³ Z polského práva máme doklad, že výše škod se určovala přísednou výpovědí znaleckých svědků, jejichž počet byl stanoven relativně podle výše petitu.⁵¹⁴ Podle závěrečného nečíslovaného textu vinodolského zákona z r. 1288 bylo možno svědectví osob, které mezitím zemřely, nahradit oznámením dalším »svědkům« a přísedným potvrzením strany samotné;⁵¹⁵ formální notorieta získaná tímto okamžitým oznámením věci dalším lidem tu zřejmě plně postačovala.

Velmi často není možno určit, zda v konkrétním případě jde o přísedníky nebo svědky. Tak je tomu na př. při očišťování ze psanectví podle čl. 77 Majestatis Carolinae⁵¹⁶ nebo ve věcech manželského práva majetkového podle čl. 122 Rožmberské knihy,⁵¹⁷ čl. 93 a 104 Officii circa tabulas terrae⁵¹⁸ a čl. 33 a 34 právní knihy Ondřeje z Dubé.⁵¹⁹ Starý moravský zápis z r. 1387 o rušení vrchnostenské držby mluví jednak o lidech, kteří o věci vědí, jednak

⁵¹² SPPP II 241, č. 1659 (1419): Scimus et testamur, quia Gregorius Pylawa procurator de Jasdowice Paulo ciui de Slomniky non recepit in via libera regali res ipsius, alias schindu. — SPPP II 466, č. 2849 (1440): Ita nos deus adiuuat et sancta crux, jze wyemy iswyadczyli jze Stanislaw wlowarz tych syrow nyepokratl any gich vsitek myal. — SPPP II 486, č. 2963 (1441): Ita nos Deus adiuuat et Sta Crux, sicut scimus et testamur, jze Vichna zona Andrzeyowa Szczodrouicze nyepodsadzla, iakos byla obwinona o pozoga; ne wisla samotrzecya sdomu sgego, jnyessgla Maczkoui Szczodrcowsky, jako sto grzywyen, i o tele skodl. — Dále tamtéž č. 1480, 1512, 1900, 2870, 2927, 2946, 2970, 3069, 3077, 3114 atd.

⁵¹³ AČ XXXI 55, č. 59 (1386): Ibidem testes ad iuramentum non sunt admissi, quia voluimus in Sowinkach satis habere.

⁵¹⁴ SPPP II 502, č. 3053 (1442): Isti sic jurabunt: si voluerit jurare super dampna XXX marcarum tunc solus, si ultra triginta ad centum, tunc mettercius; si ultra centum, tunc metseptimus. Et sic jurabunt ad duas septimanas: »Ita nos deus adiuuat et sancta crux, quia scimus et testamur, jze Maczek Sithska ma skody tele, nacz smye przisancz, a Przibcone de Szrzenyawa Ssarnowa.«

⁵¹⁵ MHJSM IV 24: Ako li nima živych svedoki na to, ter pokaže mrtvými svedoki, govorešt onim živuštím, da je to bilo pred onými svedoki, to je učiněno; oni svedoki jesu verovani. Da nižšte mane ima prisešti po zakonu grada pred onými svedoki, da to je bilo, kako je zgora řečeno.

⁵¹⁶ CIB II/2 163.

⁵¹⁷ AČ I 467.

⁵¹⁸ CIB II/2 269, 271.

⁵¹⁹ OzDubé 135–6.

uvádí »svědky« pro přísahu;⁵²⁰ první mohli by zde býti skutečnými svědky, druzí přísežníky. Podobných příkladů z práva různých slovanských národů by bylo možno předložit velké množství.⁵²¹

V určitých případech lze podle okolností soudit na existenci svědeckého důkazu. Není to zcela jisté tehdy, když svědectví podávají konšelé;⁵²² ti se sice mohli účastnit původního vyšetřování věci, avšak rovněž mohou být jen kvalifikovanými »svědky« formálními. Skutečné svědectví je proti tomu nepochybné, jestliže jako svědci vypovídají osoby, které při původním mimosoudním řešení sporu hrály úlohu arbitrá.⁵²³ Svědecky lze také určit dobu délky držby sporného předmětu⁵²⁴ a rovněž i ocenění výše sporného nároku.⁵²⁵ Z konkrétních skutkových podstat se zdají být nejreálnějšími výpovědi o věcech poddanských, v nichž jsou často uváděny údaje zcela detailní;⁵²⁶ nadto věci nešlechtické, jak už řečeno, odedávna tendují více k důkazu svědeckému. Jinými skutkovými podstatami, o nichž výpověď se děje jistě svědectvím, je podávání zprávy o uvěznění,⁵²⁷ o shoření listin,⁵²⁸ nařčení z křivého svědectví podle čl. 51 vinodolského zákona⁵²⁹ a pod. Ná-

⁵²⁰ LC I 65, č. 365: Sip Iantrichus citat Kwietonem de bonis Nossalouicz pro X marci minus lotone, quia tenet sibi aratra, pullos, oua et sua mobilia. Habet homines, habet secum plus loqui. Testes Swatobor de Pokolowicz, Toma de Erharticz, Jacub ibidem.

⁵²¹ O soukromých válkách, »pobráních« a »škodách« LC I 68–9 č. 390 (1386), 108 č. 5 (1405), 123 č. 88 (1405), 215 č. 174 (1407), SPPP II 250 č. 1730 (1420); cizoložství: čl. 65 statutu ligy ninského koteru z r. 1306 (Karlič, Statut 295); restituce listin: SPPP II 214 č. 1478 (1416); koupě: SPPP II 87 č. 441 (1399); dluh: SPPP II 104 č. 615 (1400); držba: LC I 216 č. 177 (1407), SPPP II 494 č. 3018 (1441); služebnost: SPPP II 233 č. 1613 (1419); oddělenost: LC I 208 č. 135 (1407); dědictví: LC I 63 č. 354 (1382) atd.

⁵²² AČ XXXI 72, č. 100 (1391): De hoc offert se probaturum per bonum et sufficiens testimonium civitatis Bielnensis; et si in eo testimonio quidquid probacionis deficeret, vult probare secundum ius et ordinem iuris tabularum regalium. — LC I 310–11, č. 302 (1408): Jíra stál na roce s svými svědky se dvěma konšeloma z Letovic s Petrem a s Michalem a ti jsou na svou víru vzali, že jest jemu mocí pobráno to, což jemu Mikuláš dal schovati i jeho vlastní.

⁵²³ LC I 244, č. 596 (1407): a toho jsme přišli na pana Petra z Plumlova a slíbilichva učiniti, co pán dí pod padesáti hř. gr... ale mám naň pana Petra i mnoho jiných, což mi bude k mému právu třeba. — LC I 332, č. 895 (1409): ale mám naň dosti dobrých lidí, ješto nás smlúvali a jim to dobře svědomo.

⁵²⁴ SPPP I 241, č. 171 (1388); II 246, č. 1691 (1420).

⁵²⁵ Viz pozn. č. 514 in fine. — AČ VII 511, č. 276 (1477): i bude-li mocí ona Šindelová svědomím provéstí, že jest (Bohuslavová) více pobrala, než se jest znala, ta se jle cesta nezavírá, by jle z toho vinití měla.

⁵²⁶ SPPP II 235, č. 1623 (1419): Nicolaus Morawecz de Ossowice contra Sdzichnam kmethonissam de Cunascowe testibus probavit, quia eadem ab ipso sine tempore recessit, et quod sibi peccora et pecudes ipse Nicolaus non recepit. — SPPP II 239, č. 1651 (1419): Scimus et testamur, quod Petrus kmetho oszadl dobrowolye nye w yasthwy badacz sub Nicolo Pyenyaschkowe. — SPPP II 469, č. 2874 (1440): sicut scimus et testamur, jze Marczis dzesanczini conuentskey nyewosil do Gluchowa, gedno swą robotą. — SPPP II 487, č. 2973 (1441): quia scimus et testamur, jze takye gednanye bylo myendz Micolagem a myedzy Elsbyeytą Wolską o zastawą w Woly, ize myal louicz ribi wstawye, anyemal przepuszczacz, any przecopacz, any przedawacz, ale sobye kstolu.

⁵²⁷ Rtt I 200, č. 184 (1487).

⁵²⁸ SPPP II 262–3, č. 1817 (1421).

⁵²⁹ MHJSM IV 17: Niššte mane tribi ga je ukazati kriva s trimi podobnimi svedoki.

znakem svědeckého důkazu může být i mimořádná situace při přísěžném tvrzení, že k něčemu nedošlo, jestliže osoby tuto výpověď podávající jsou k tomu zvláště kvalifikovány, na př. jestliže o tom, že jistý šlechtic nebyl v klášteře zadržován násilím, vypovídají mniši.⁵³⁰ Také *podrobný popis průběhu násilného činu*, při němž obvykle se používá jinak očistné přísahy žalovaného, budí dojem, že jde o svědectví, právě detailním vytčením jednotlivých složek trestné činnosti;⁵³¹ tomu odpovídá skutečnost, že tu jde o důkaz *spolupřisežníky žalobce* a tedy situaci obdobnou dopadení při činu, ne-li s ní zcela totožnou.

Na dvou místech hovoří Všehrd o tom, že stranám se poskytuje určitá doba, aby se mohly »opatřit přáteli a potřebami«⁵³² a podobně jeden nález komorního soudu z r. 1478 referuje o poradách svědků ve věci sporu.⁵³³ Ve všech těchto případech mohlo jít jak o přisežníky, tak o svědky; postupem času ovšem bedlivé prozkoumávání okolností případu vedlo k podtržení zjišťování objektivní pravdy.

Důležitým krokem k utužení svědeckého důkazu je *důkaz dvoustranný*, slyšení svědků obou stran. Jeho základem je důkaz přisežníky obou stran, z nichž jedni často neprovedli předepsaným způsobem přísahu.⁵³⁴ Dvoustranného důkazu se odedávna používalo v Čechách při sporech o čest.⁵³⁵ Jinak ve 14. století není většinou možno rozhodnout, zda jde o důkaz svědky nebo přisežníky,⁵³⁶ později je svědecká povaha těchto osob nepochybná, ať

⁵³⁰ SPPP II 263–4, č. 1823 (1421).

⁵³¹ SPPP II 264, č. 1825 (1421): quia scimus et testamur, quod Nicolaus Morauecz veniens violenter super hereditatem Xans domini Johannis de Melstin, inflixit quatuor wlnera cruentata domino Mathie Capellano, et iste Capellanus prius eidem non inflixit nullum wlnus cruentatum. — SPPP II 283, č. 1951 (1423): Nicolaus de Illicowicze per juramentum sex testium exitum commune alias nawssa in Janicouice jure acquisivit: quia exitum alias nawsse predictum per Jacussium de Janikowicze erat duobus ortis occupatum violenter et sepitum, wlgaliter zagrodzono. — SPPP II 468, č. 2863 (1440): sicut scimus et testamur, quod Pribeo Przibislawsky przisedl gwaltem na gego dom na sedlysko naiurkow zadal gemu rany. — SPPP II 491, č. 3003 (1441): jzte tso zalowal kmecz orany nasotissa (!), thy szą stali rany zakmeczowem poczatkiem. — SPPP II 507, č. 3082 (1442): jze pan Thomek Busseowsky jal se trzemi pomoczniky, tako dobromi jako sam, et trzeymi podleyschemi wdom pana Nicolaya kuchmistrza v Stampoczicz, y rozbyl trzwi gwaltem; i wszal cztırze konye y sanky se drwy j wczinil scodi dwadzescya grziwen.

⁵³² Všehrd VIII 21 (str. 378), IX 10, rkp. křiž. (str. 435).

⁵³³ AČ IV 320, č. 95 (1478): Vintieř k své při vedl jest svědky, a Seletický táhl se jest na některé svědky také, kteříž sú přítom při panu Zdeňkovi byli, ale ti někteří svědkové sú svědčiti nechťeli, lečby prvé všickní spolu jsouce ze spolka se pamatovali.

⁵³⁴ CIB II/2 388: D. barones... invenerunt pro iure: Quod utraque pars debet ducere suos testes, ut est juris, vid. actor super legitimitate et citatus de illegitimitate, ad feriam IV. quatuor temporum Quadragesimae coram d. baronibus. Et si tunc domini invenient et mandabunt, tunc jurabunt, vel sicut domini ibi inveniant.

⁵³⁵ R. R a u s c h e r, Urážka na cti podle českého práva zemského, sborník Naše právo a stát, Praha 1928, 52–3.

⁵³⁶ Na př. Rtt I 23, č. 73 (1316).

jde o líčení před kterýmkoli z nejvyšších soudů.⁵³⁷ Podle čl. 46 vinodolského zákona z r. 1388 mělo být při rozporu svědků vzato za základ rozhodnutí tvrzení kladné, nikoli záporné,⁵³⁸ podle čl. 53 téhož zákona bylo možno vésti svědky proti svědkům.⁵³⁹ Dvoustranný svědecký důkaz jistě také upevňovala žaloba navzájem.⁵⁴⁰ Jestliže v žalobách obsahem spojených tatáž osoba vystupuje jednou jako strana, podruhé jako svědek, je to jistě rovněž výrazem aplikace dvoustranného svědeckého důkazu.⁵⁴¹

Příbuznou dvoustrannému důkazu je instituce *společného jmenování téhož svědka oběma stranami*, známá zejména z ruského práva pod názvem »obščaja ssylka«.⁵⁴² O ní ustanovuje na př. čl. 23 novgorodské soudní gramoty, jenž přesně předepisuje způsob náhrady výloh spojených s převedením a vyslechnutím takového svědka.⁵⁴³ O vedení jednoho svědka oběma stranami má ustanovení i čl. 29 v III. knize dubrovníckého statutu z r. 1272.⁵⁴⁴ Ojedinělý doklad existuje i z práva moravského.⁵⁴⁵

§ 24: R y z í s v ě d e c k ý d ů k a z

Pro situace, které podle výkladů právě v předchozím § 23 v řadě případů indikovaly existenci svědeckého důkazu, navenek zakrytého formální přísežnou výpovědí, existují ovšem i doklady, jež jasně a přímo vytyčují svědeckou povahu osob tam vystupujících. Tak je tomu na př. při zjišťování faktu sho-

⁵³⁷ Rtt II 153, A 10 (1437): Jestliže by ona vyvedla lepší svědomie nežli Jan, aby jle to opravil podle desk jejiech a podle úředničieho rozkázanie; pakliby on vyvedl lepší svědomie nežli ona o ty nábytky, že jich jest nevzal, tehda má toho prázden býti. — AČ 314, č. 88 (1476): obojí k svým potřebám vedli sú svědomie sobě odporná. — AČ VII 462, č. 136 (1473): Páni radda vyslyševše je obojie i jich svědky a porozuměvše, že Heřman tiem vinen nenie, čímž jest byl viněn, i povědieno jest a rozkázáno týmiž pány: aby jeho Heřmana na pokoji nechali. — AČ VII 551, č. 347 (1480): I seznali jsú tíž svědkové tak a v táž slova, jakož jsú v rejstra zapsána. A Václavovi Bechyňkovi (žalovanému) jest nalezeno, aby se proti tomu očistil. Tu jest on před pány toliko svú řeč toho odpieral a svědomie listovnie toliko od Přieška z Čestic okázal. I proti takovým dobrým a znamenitým svědkóm ta jeho řeč a svědomie nic nenie; než což sú jmenovaní svědkové svědčili, jest jim toho hodně věřiti, že sú pravdu svědčili, a Václav Bechyňka proti nim mluvě křivdu jim na tom učinil.

⁵³⁸ MHJSM IV 16: Ioššte, ako bi ki pred dvorom pokazal vola postavil svedoke tako govorešti: »ta i takov vi, da tako je«; a strana suprotivna reče: »a ta i takov vi, da tako nij«: svedoki od toga jesu pripuššenn (!); a oni ki »nij« ispujeni jesu.

⁵³⁹ MHJSM IV 18: ako e niki svedok pomaknen za niku reč pred dvorom, a nika od stran chotela bi pojti suprot svomu svedočastvu: more učiniti, ako ima svedoke.

⁵⁴⁰ Na př. LC I 157—8, č. 207—8 (1406).

⁵⁴¹ LC I 85, č. 511—2 (1397) o Janu Kopistovi ze Senic.

⁵⁴² Vladimírskij — Budanov, Obzor II 276; Malinovskij, Lekcijl 486.

⁵⁴³ ChristRusPr I 191.

⁵⁴⁴ MHJSM IX 67: quod testimonium alicujus non valeat nec teneat, nisi fuerit assignatus in testem per ambas partes, vel saltim per unam. Excepto super possessione rerum stabillium, ubi testes eciam non assignati possint testificari et valeat dictum eorum.

⁵⁴⁵ LC I 207, č. 129 (1407): táhnú sě obapolně na Stěpánka (!) z Chudobína svědomí a toho mají postaviti na posudku.

ření listiny,⁵⁴⁶ při stanovení délky doby držby⁵⁴⁷ a zejména v procesech o věcech poddanských.⁵⁴⁸

Z ostatních věcí, dosvědčovaných svědeckým způsobem, jsou mimořádně závažné důkazy alibi.⁵⁴⁹ Svědecký důkaz byl také podáván v otázkách placení daní a cel;⁵⁵⁰ to je materie, která typicky na západě se nejdříve stala předmětem inkvisičního řízení s věcným svědeckým důkazem. Svědectví o tržní smlouvě zřetelně dokládá čl. 56 psovské soudní gramoty,⁵⁵¹ která zcela obdobně ustanovuje v čl. 51 a 87 o sporech z nájmu⁵⁵² a v čl. 55 o dědictví.⁵⁵³ Velmi zřetelně ukazuje způsob svědčení při sporu o trhovou smlouvu zápis brišského soudu z r. 1487,⁵⁵⁴ podobně jako stejně reálně tyto výpovědi popisují v případě urážek na cti další jihoslovanské soudní zápisy.⁵⁵⁵ Klasickým dokladem ryzího svědectví je výpověď osob, které odcizily předmět sporu, jak to líčí zápis moravského zemského soudu z r. 1408, mezi Janem z Šenvaldu a jeho nevěstou Annou.⁵⁵⁶

⁵⁴⁶ Rtt I 197, č. 174 (1491).

⁵⁴⁷ LC 195, č. 94 (1407); 204, č. 96 (1407).

⁵⁴⁸ AČ VII 472–3, č. 167 (1474): aby stáli na den svatého Jiří nejprve příštího u desk, a na ten den ti lidé také z těch vsí aby tu byli, a že JMt ráčil poručiti panu Čeňkovi prokurátorovi, aby ta věc ve dckách ohledána byla, k komu by ti lidé dále hleděti měli. — Rtt I 184, č. 133 (1493): a na to okázal svědky čtyři, kteříž vyznávají, že jest ji týž Jetřich (úředník žalobce) sehnal se dvora, a ona že jest po vsi chodila, a že jí žádný přijíti nechtěl, a že on se Duchek nad ní jest slitoval.

⁵⁴⁹ AČ VII 526, č. 312 (1479): že jeho doma nebylo; a poněvadž jest ukázal svědomie hospodářovo a jiných dobrých lidí pod jejich pečeti. — AČ VII 531, č. 321 (1480): A on zase Dietě tomu jesti odpieral a okazoval svědomie pod pečeti dobrých urozených lidí, že ten den, když se jest Mladotovi ta škoda stala, byl jest na Fulnece prve před, tiem i potom.

⁵⁵⁰ LC I 232 č. 518 (1407), AČ 272 č. 16 (1413), MHJSM VI/1 315 (1486).

⁵⁵¹ PRP II 293: A takože, kto kupil na torgu, a u kogo kupil, ne znajet jego, a ljudem budet dobrym vedomo, a u nego imajutsja čelovek 4 ili 5, skazut, kako pravo pered Bogom: »pred nami v torgu kupila« — ino toi prav, u kogo imajutsja, i celovan'a jemu net; a ne budet u kójego svideteli, ino jemu pravda dati, a tot ne doiskalsja.

⁵⁵² Čl. 51 (PRP II 293): A koli izornik imet zapiratsja u gosudarja pokruty, a molvit tak: »u tebe jesmi na sele žival, a tebe jesmi ne vinovat«, — ino na to gosudarju tomu postavit ljudi storonnije čeloveki 4 ili 5; a tym ljudem skazati, kak prjamo pred Bogom, kak čisto na sele sedel, — ino gosudarju, pravda davši, vzjať svoje, ili izorniku verit, to volja gosudareva. A tol'ko gosudar' ne postavit ljudi na to, čto izornik na sele sedel, ino tot čelovek pokruty svojeja ne doiskalsja. — Čl. 87 (PRP II 297): A izornik poima-jetsja za žyvot u gosudarja, i gosudar' izvedetsja tem, za čto izornik poimalsja za svoj žyvot u gosudarja, a storonnym ljudem vedomo budet i okolnym susedom, što gosudarevo, — ino izornik ne doiskalsja, a gosudar' prav.

⁵⁵³ PRP II 293: text zcela obdobný jako v citovaných čl. 51 a 56.

⁵⁵⁴ MHJSM VI/1 323–4: Ivan' Rera reče, da e glul', da e Črnota kupil', da ne vim od koga, a za pravi ne vim', reče Blaž' Doklišišt', da e čul' od' svoga otca da e Črnotišť' kupil' ida e mirno udržal' dosle, a za pravi čul sam, da e e imil, da ne vim' kako su. Reče Ivan takoe Butkovišt' da Paval Pričišt' reče takoe: Matli Vidovišt', da e to kup Črnotišť' i ta plemenština u Prchočev' i za pravi da e e imil, da ne vim' kamo su... Maršan reče, da e čul' da e Prchočev' prvi kupil vse kako i ini, a za pravi čul sam', da su zgible i da se e oslobodil' nimi knezu Duinu pred' knezem Štefanom.

⁵⁵⁵ SpomSrp 209; druhý ze čtyř svědků vypovídá: namijerich' se pried' kućom Rad'ninom po avenarii i čuch', gdje psovaše Rad'na Jurě i Jurai Rad'ny, ne znam ko koga sramotnie; třetí svědek vypovídá: biech' pried' kućom Rad'ninom' po avenarii, i psovaše Rad'na Jur'ě i reče mu: sramotan i tko te e sud'om učinio.

⁵⁵⁶ LC I 308–9, č. 750: tu jest paní vyvedla těmi, ješto jsú to pobrali a protež jest Jana prázdna panským nálezem.

Před 15. stoletím existuje ryzí svědecký důkaz u slovnských národů jedině v dalmatských městech, kam byl recipován z italského městského práva. V dalmatských statutech ovšem vedle něho existují i ustanovení domácího původu, zmíněná na řadě míst celé této práce. Jinak i zde se také ryzí svědecký důkaz provádí formou přísahy, jak dosvědčuje ještě kap. 114 statutu města Budy z r. 1442.⁵⁵⁷ Celkově však všeobecně je svědectví povinné a nevykonání svědecké povinnosti se trestá.⁵⁵⁸ Dalmatské statuty ustanovují o nákladu spojeném se svědectvím; kap. 9 v III. knize starého splitského statutu z r. 1312 však charakteristicky praví, že v trestních věcech, kde se uplatňuje zájem obce, je svědectví povinné bez náhrady.⁵⁵⁹ Jak ustanovuje kap. 8 tamtéž, je třeba obsah svědectví notifikovat protistraně.⁵⁶⁰ Na řadě míst se přesně popisuje způsob svědeckého výslechu a vytýká nutnost zjistit místo, čas, zda věc byla viděna či slyšena a pod.⁵⁶¹ Podle čl. 36 III. knihy dubrovnického statutu z r. 1272⁵⁶² a podle čl. 15 V. knihy lesinského statutu z r. 1331⁵⁶³ je dáno svědectví soudu k volnému uvážení. Podle kap. 103 statutu města Budy lze proti svědectví podávat dodatečně námitky.⁵⁶⁴ Hojná jsou ustanovení o postupu proti svědkům falešným.⁵⁶⁵ Pod vlivem kanonického práva bývá předepisována výpověď alespoň dvou svědků; ojediněle jsou však doklady i na svědectví svědka jediného, na př. podle čl. 51 potvrzovaného statutu korčulského z r. 1256 na rouhání.⁵⁶⁶ Důsledným domýšlením předpisu o potřebě dvou svědků jsou předpisy o polovičním trestu v případě, že existuje toliko jediný svědek činu, jak se o tom praví v starém splitském statutu v čl. 9 IV. knihy.⁵⁶⁷

⁵⁵⁷ MHJSM III 60.

⁵⁵⁸ Kap. 1 potvrzení a rozmnožení statutů Korčuly z r. 1256 (MHJSM I 5), kap. 8 III. knihy splitského statutu z r. 1312 (MHJSM II 69), čl. 46 II. knihy statutu lesinského z r. 1331 (MHJSM III 191).

⁵⁵⁹ MHJSM II 71: *in causa uero criminali testes in iudicio compareant ad testimonium proferendum sine aliquibus expensis propter fauorem rei publicę communis Spalati.*

⁵⁶⁰ MHJSM II 69: *iuramenta et dicta ipsorum testium debeant aperiri et publicari tam in causa ciuili quam in criminali et partes debeant citari ad uidendum aperturam et publicationem ipsorum testium, et quęlibet pars possit scire clare et aperfe, si aliquid est probatum contra ipsas partes.*

⁵⁶¹ Čl. 34 III. knihy dubrovnického statutu z r. 1272 (MHJSM IX 68), kap. 114 statutu města Budy z r. 1442 (MHJSM III 27).

⁵⁶² MHJSM IX 69: *Quia iudex melius scire potest utrum fides debeat adhiberi testibus, volumus quod in providencia d. comitis et sue curie sit si testes producti sint ydonei vel non, et utrum dictis eorum fides debeat dari vel non.*

⁵⁶³ MHJSM III 214: *quod amodo antea in omnibus factis maris et marinariorum, unde scriptura non apparet, et legitime possit probari per bonos testes, quod omnibus testibus fides adhibeatur, prout domino comiti et suis iudicibus videbitur convenire, non obstante aliquo statuto in contrarium loquente.*

⁵⁶⁴ MHJSM III 25.

⁵⁶⁵ Kap. 15 reformovaného a rozmnoženého statutu Korčuly z r. 1356 (MHJSM I 10), čl. 28 III. knihy dubrovnického statutu z r. 1272 (MHJSM IX 67), kap. 54 IV. knihy splitského statutu z r. 1312 (MHJSM II 160).

⁵⁶⁶ MHJSM I 20.

⁵⁶⁷ MHJSM II 138.

ZKRATKY

- AČ — Archiv Český, zal. Fr. Palacký, Praha od 1840
- AsvRus — Akty socialno-ekonomičeskoj istoriji severo-vostočnoj Rusi konca XIV — načala XVI v., ed. S. B. Veselovskij, I. A. Golubev, A. A. Zimin a L. V. Čerepnin, Moskva 1952
- CDB — Codex diplomaticus et epistolaris regni Bohemiae, ed. G. Friedrich, Praha od 1904
- CIB — Codex iuris Bohemici, ed. H. Jireček, Praha od 1867
- HPPR — Vl. Mažuranić, Prinosi za hrvatski pravno-povjesni rječnik, Zagreb 1908—22
- ChristRusPr — Christomatija po istoriji ruskogo prava, ed. M. F. Vladimírskij-Budanov, 4. vyd., Peterburg—Kijev 1889
- JusPol — Jus polonicum, ed. J. V. Bandtkie, Varsaviae 1831
- KnTov — Kniha Tovačovská, ed. V. Brandl, Brno 1868
- LC — Libri citationum et sententiarum, ed. V. Brandl, Brno od 1872
- MHJSM — Monumenta historico-juridica Slavorum meridionalium, zal. J. J. Hanel, Zagreb od 1877
- OzDubé — Ondřeje z Dubé Práva zemská česká, ed. Fr. Čáda, Praha 1930
- PRP — Pamjatniki ruskogo prava, ed. A. A. Zimin a L. V. Čerepnin, Moskva od 1952
- PrRus — Pravda Russkaja, red. B. D. Grekov, Moskva—Leningrad 1940—7
- Rtt — Reliquiae tabularum terrae, ed. J. Emler, Praha 1870—72
- SpomSrp — Odabrani spomenici srpskog prava (od XII do kraja XV veka), ed. A. V. Solovjev, Beograd 1926
- SPPP — Starodawne prawa polskiego pomniki, ed. A. Z. Helcel, Kraków od 1857
- StKazW — Statuty Kazimierza Wielkiego, ed. O. Balzer, Poznań 1947
- ZakSrp — Zakonski spomenici srpskih država srednjega veka, ed. St. Novaković, Beograd 1912
- ZakStDuš — Zakonik Stefana Dušana cara srpskog 1349 i 1354, ed. St. Novaković, Beograd 1898
- ZbPrLit — Zbiór praw litewskich od roku 1389 do roku 1529, ed. F. A. Kozłowski, Poznań 1841

BEWEIS DURCH HANDHAFTE TAT UND ANFÄNGE DES ZEUGENBEWEISES IM RECHT DER SLAWISCHEN VÖLKER

Vladimír Procházka

Der auf dem Grundsatz der materiellen Wahrheit gegründete Zeugenbeweis kommt im Recht der slawischen Völker erst vom 15. Jahrhundert an in vollem Maße zur Geltung. Bis dahin konkurriert er, ähnlich wie im Rechte anderer Völker, mit dem formalen Beweis, welcher vorwiegt. In der Sippen-gesellschaft und in den Anfängen des Feudalismus wurde der Kausalnexus der formalen Beweise als objektiv angesehen und daher verwirklicht sich sein Ersetzen durch rationale Beweismittel erst als das Ergebnis einer sehr langen Entwicklung des Prozeßrechtes.

Die älteste Form des auf dem Grundsatz der materiellen Wahrheit gegründeten Beweises ist der Beweis durch handhafte Tat. Seine ältere Form ist die feierliche Verkündung der Tötung des ertappten Täters; die feierliche Form und der Eid verbinden ihn äußerlich eng mit dem irrationalen Beweis. Die jüngere Form ist die Legalisierung des Selbsthilfeaktes durch den Träger der Gerichtsgewalt, welchen zum Beispiel nach Artikel 149 des serbischen Gesetzbuches des Zaren Stephan Duschan noch die Versammlung aller vollberechtigten Angehörigen des Gaues darstellt. In einfachen Ansiedlungen und in primitiven Verhältnissen erschöpft die handhafte Tat faktisch die Möglichkeiten des Zeugenbeweises; außerdem läßt die allgemeine Pflicht zum Einschreiten gegen den Täter nur flagrante Situationen aufkommen. Die ursprüngliche Bedeutung des Beweises durch handhafte Tat beweist die Bedeutung des Ausdruckes »lice« (corpus delicti) in der slawischen juristischen Terminologie (přeličení, licować, ličit, uličit, obličít usw.), das tschechische »postihnouti« (= ergreifen) in Verbindung auch mit anderen Beweisen und vor allem die Tatsache, daß das kirchenslawische »pritěknouti« (= auch »ergreifen«) in parallelen griechischen Texten durch Ausdrücke für den reinen Zeugenbeweis übersetzt wird.

Eine Form des Beweises durch handhafte Tat war der Eid der Person, welche den Täter ertappt hat; auf seiner Grundlage gab das Gericht automatisch seine Zustimmung zur Bestrafung.

Ein zweiter Typus der handhaften Tat war das Rufen um Hilfe, das Geschrei, im Falle, daß der Überfallene nicht mehr imstande war oder keine Kraft mehr hatte, den Täter selbst sicher zu stellen. Die »Russische Wahrheit« gebraucht zwar die Ausdrücke »vidok« (= jemand, der gesehen hat) und »posluch« (= jemand, der gehört hat) ganz willkürlich, aber aus den einzelnen Situationen, welche sie beschreibt, läßt sich der wahrscheinlich ältere Stand rekonstruieren, wo »vidok« wahrscheinlich die Person war, welche direkt der Tat zugegen war, »posluch« eine Person, welche durch das Geschrei zu Hilfe gerufen worden war. Bei diesem zweiten Terminus kam es dann später zu einer Bedeutungsverschiebung; in der zweiten Phase wurde damit der aufgeforderte Zeuge (testis rogatus), in der dritten der Eideshelfer bezeichnet. Von der Institution des Geschreies geht die spätere Vorschrift über die Notwendigkeit der sofortigen Anzeige der Straftat als Bedingung für die Klage aus; die typischste Form dieser Institution ist die »opověď« (= Erklärung) im böhmischen Recht.

Der vorteilhafte Beweis durch handhafte Tat führte zu dem Bestreben um seine Erweiterung auf verwandte Situationen. Es sind dies »sled« (= Spurfolge), das Suchen des Täters nach Spuren, und »svod« (Annefang), Abwälzung des Verdachtes auf eine andere Person durch hinweis darauf, daß der erste Beschuldigte den gestohlenen Gegenstand von ihr auf Grund eines ordentlichen Rechtstitels erworben habe. Von außerordentlicher Wichtigkeit ist im slawischen Recht der »sok«, d. i. die Person, welche über den Täter einer Straftat Bericht gibt. Gestützt auf die Aussage dieser Person liefert der Kläger den Beweis, nicht aber der Angeklagte, der sonst im mittelalterlichen Prozeßrecht privilegiert ist. »Sok« ist die älteste Form des Zeugen.

Die Festigung des Systems der formalen Beweismittel ist den Verhältnissen während der feudalen Zersplittertheit eigen. Ein weiterer Grund war auch der Untergang des gemeinschaftlichen Lebens in einfachen Siedlungen, denn so verschwand die Möglichkeit des allgemeinen Wissens um Dinge, welche innerhalb dieser Gemeinschaft vor sich gingen. Auch die soziale Differenzierung machte es einer Reihe von sozial abhängigen Personen unmöglich, vor Gericht aufzutreten und nach dem Grundsatz der materiellen Wahrheit auszusagen. In dieser Situation kommt es zur Formalisierung des Beweises durch handhafte Tat. Zur Durchführung des vorteilhaften Beweises genügt die Erfüllung gewisser formaler Bedingungen.

Das zeigte sich zum Beispiel beim Geschrei. Aus dem einstigen Rufen um Hilfe wurde eine bloße Voraussetzung für die Beweisführung, wozu die bloße Tatsache des Erhebens von Geschrei ohne irgend etwas weiteres die Berechtigung gab. Im südslawischen Vinodoler Gesetz wurde das Geschrei sogar zum Schema für die Bestimmung der Höhe der Buße. Auch die Zeugen des Geschreis waren ursprünglich zu Hilfe gerufene Personen. Jetzt aber bezeugten sie nur formal, daß es zum Geschrei gekommen sei, und ohne jedwede weitere Beweise führten sie mit dem Ankläger den Überführungsbeweis durch. Dieser Beweis ist äußerlich mit dem Beweis durch Eideshelfer gänzlich identisch, es führt ihn aber nicht der Angeklagte, sondern der Ankläger durch. Im einstigen Geschrei hat auch die erwähnte »opověď« (= Erklärung) der Straftat ihren Ursprung. Ihr realer Kern zeigt sich auch später in der Forderung, die Tat müßte den Nachbarn (also den nächsten Personen) angezeigt werden. Mit der Entwicklung des Wirtschaftslebens hängt auch die Vornahme der »Erklärung« auf dem Markte zusammen, was besonders aus dem russischen Recht bekannt ist. Gegen die formale Erklärung nähert sich die Feststellung der tatsächlichen Wahrheit der späteren Untersuchung der Spuren der Tat durch Beamte, welche für die Zeit der Entstehung des Inquisitionsprozesses charakteristisch ist. Der allerformalisteste, auf der ursprünglichen handhaften Tat gegründete Beweis, ist der Beweis durch Indizien (Beweis mit dem Schub, mit der Binnuffte); die Vorlegung von Beweisstücken (blutiges Kleid) oder von Symbolen und Tatwerkzeugen berechtigt zu dem Überführungsbeweis, der durch den Eid der geschädigten Person vorgenommen wird. Hievon machte man besonders bei Tötung, Verletzung, Vergewaltigung und bei Zufügung von wirtschaftlichen Schäden Gebrauch. Daß es sich dabei um einen reinen Formalismus handelte, geht aus der Forderung z. B. des Artikels 228 des böhmischen Rosenberger Gesetzbuches, eine vergewaltigte Frau müßte beim Vortreten vor das Amt ihr Haar lösen. Aber auch hier kommt es nach und nach zur Erneuerung der rationalen Beweiselemente: die Beamten konstatieren nicht mehr bloß die Indizien, sondern überprüfen sie; am allerehesten und ungemein intensiv kam es zu dieser Entwicklung in Böhmen.

In der Periode des Überwiegens der formalen Beweise während der feudalen Zersplittertheit stellt sich der formalisierte Beweis durch handhafte Tat gänzlich auf dem Eideshelferbeweis ein. Auch der Beweis mit dem »sok« ist formalisiert und verschmilzt mit dem Eideshelferbeweis.

Von den ältesten Zeiten an traten die wirklichen Zeugen neben den Beweisen durch handhafte Tat nur in der Form von Zeugenaussagen bestimmter besonders qualifizierter Personen auf. So war es dies bei Zeugenaussagen in Angelegenheiten des persönlichen Standes (z. B. Geburt), in Grenzstreitigkeiten, im Falle der angeforderten Zeugen bei Verträgen und schließlich bei amtlichen Zeugen (Beamte, Richter). Nach der Überwindung der feudalen Zersplittertheit beginnt der Zeugenbeweis auch in anderen Materien aufzuscheinen. Der Einfluß des römischen und des kanonischen Rechtes spielt hier eine Rolle. Die größte Bedeutung aber hat die Einführung des Inquisitionsprozesses und dann die Entfaltung des Handels.

Der Zeugenbeweis entsteht vor allem in den Situationen des Ertappens bei der Tat. Aus allen slawischen Rechten gibt es zahlreiche Belege dafür, wie mit dem formalen Beweis der rationale Beweis zu konkurrieren beginnt, dessen Möglichkeit die Anwendung des irrationalen formalen Beweises ausschließt. Der Beweis durch Eideshelfer wird nur zum Ersatzbeweis. Der Terminus »sok« wird durch die Termini für den Zeugen ersetzt. Eine weitere Quelle des Entstehens des Zeugenbeweises ist die Überprüfung der Be-

hauptungen der Parteien durch das Gericht, was die frühere formale Erklärung und den Indizienbeweis ersetzte.

Lange freilich bleibt der Zeugenbeweis durch den Formalismus gekennzeichnet, vor allem durch den des Eideshelferbeweises. Ihren Unterschied bildet nur die innere Überzeugung der aussagenden Person, was nach außen hin aber nicht feststellbar ist. Auf die Zeugen beziehen sich die Vorschriften über Beeidete, soweit es sich um persönliche Eigenschaften, Zahl, Annahme oder Ablehnung von Zeugen durch die Gegenpartei handelt. Einen engen Zusammenhang zeigt auch der Zeugeneid, der das Haupterfordernis der Zeugenaussage ist und der den Inhalt der Objektivität verschiedenen Grades deckt. Die Zeugenaussage ist nicht Pflicht, den Zeugen kann man zum Zweikampf herausfordern, die Nichteinhaltung der Form (des Eides) führt zum Prozeßverlust. Stark ist noch zur Zeit des Durchdringens des rationalen Beweises die Konkurrenz der formalen Beweise, die in einer Reihe von Fällen vorgezogen werden (typische Belege gibt es aus Mähren); dies ist besonders darauf zurückzuführen, daß der formale Beweis mit dem Eid ein privilegierter Standesbeweis des Adels ist.

Die vollständige Bemächtigung des Beweissystems durch den Zeugenbeweis ist das Ergebnis des Ersetzens des Eideshelferbeweises durch den Zeugenbeweis. In einer Reihe von Fällen kann man aber nicht bestimmen, ob es sich tatsächlich um diesen oder jenen Beweis handelt; in einem anderen Falle kann die Materie selbst durch ihre Geeignetheit für die Durchführung des objektiven Beweises bei einer solchen Bestimmung behilflich sein. Am besten kann man die Entwicklung zur vollen Geltung des wissenschaftlichen Beweises im böhmischen und polnischen Recht verfolgen, von denen die meisten Belege erhalten sind. Ein wichtiger Schritt zur Festigung des Zeugenbeweises ist der zweiseitige Beweis, also die Möglichkeit des Gegenbeweises, welche dem älteren Rechte unbekannt war, und die Bestimmung des gleichen Zeugen durch beide Parteien (in Rußland wurde für die Bezeichnung dieser Institution eine besondere Benennung geschaffen: »obschtschaja ssylka«). So kommt es nach und nach zu einem vollständigen Sieg des reinen Zeugenbeweises, der vor dem 15. Jahrhundert bei den Slawen nur aus den dalmatinischen Städten bekannt war, wohin er aber aus dem italienischen Stadtrecht rezipiert worden war.