

ŘÍMSKÉ A KANONICKÉ PRÁVO V DÍLE VŠEHRDOVĚ

Miroslav Boháček

I.

Zpracováním thematu „Římské a kanonické právo v díle Všehrdově“, jež mi bylo nabídnuto pořadatelstvem tohoto sborníku, naskytá se mi příležitost přistoupit novým způsobem k otázce, kterou jsem se z daleko užšího hlediska zabýval už r. 1920 v článku „Všehrdovo dílo v dějinách recepce římského práva“.¹ Ve shodě s tehdejšími názory středověké právní historie, která posuzovala význam římského práva pro vývoj práv domácích jen podle toho, zda a v jaké míře byla kde uznána nebo zavedena formální platnost římského práva a jeho zákonných sbírek, vyhrocoval se totiž problém „Všehrd a římské právo“ nutně do otázky, zda Všehrd považuje římské právo za právní řád v jeho době v Čechách platný, a jak se tedy jeho dílo jeví v dějinách postupného uznání platnosti („recepce“) římského práva v našich zemích. Odpovídaje na tuto otázku ukázal jsem tehdy především na nepatrný počet míst Všehrdova díla, kde se výslovně hovoří o římském právu, a zdůraznil jsem zejména, že Všehrd naprosto odmítá platnost římského práva (neboli v jeho mluvě „práv obecních“) v zemi české, a že naopak podle jeho svědectví bylo koncem 15. stol. pro zemský český soud platnou normou jen právo domácí.

Ačkoliv čtyřicet let, které uplynulo od napsání mé prvotiny, nic nezměnilo na správnosti uvedeného základního zjištění o Všehrdově postoji k římskému právu jako platné normě, dnes při zkoumání Všehrdova poměru k římskému právu nelze se jím spokojit. Problém recepce jako zákonného zavedení nebo zvykového uznání formální platnosti římského práva ustoupil totiž v právní medievistice posledních třiceti let zcela do pozadí před zájmem o všestranné studium jevů, na nichž se v historii domácích právních řádů zračí pronikání nové právní vzdělanosti šířené ze středověkých právních škol. Nejde tu tedy již o otázku, zda, kdy a jakou měrou se římské právo stávalo právem platným doplňujícím nebo vytlačujícím právo domácí, nýbrž o to, jakými cestami a s jakými výsledky pronikal

¹ List spolku čes. právníků Všehrd, roč. II, čís. 1—2, „Na paměť čtyřstého výročí úmrtí M. Viktora Kornela ze Všehrd“, str. 23—28.

do právního povědomí i do jednotlivých právních zřízení různých evropských národů vliv názorů a nauk „učených“, tj. tehdejšími universitami všude shodně pěstěných práv, tedy především práva římského a ovšem i kanonického. Na fakt takového pronikání nových právních názorů do zemského práva českého jsem sice už také ukazoval ve svém článku z r. 1920, ale ve shodě s tehdejší pojetím v literatuře jsem o něm nevhodně hovořil jako o „vnitřní recepci“, která znamenala „změnu smýšlení a názorů ve smyslu římskému (obecnému) právu příznivém“, a stopami těchto změn v díle Všehrdově jsem se nezabýval.

V nynějším příspěvku se proto chci pokusit především o doplnění svého starého článku v bodě právě naznačeném, jinými slovy chci především zjišťovat nejrůznější prvky římského a kanonickoprávního původu v látce zemského práva, kterou Všehrd zpracoval. V řadě otázek procesních poskytnou mi při tom cennou oporu pronikavé studie Jos. Markova k dějinám českého soudního řízení starší doby; jinde však předběžné práce chybějí a při objemu látky, o kterou jde, i při časovém rozsahu vývoje, k němuž při tomto zkoumání bude nutno přihlídnout (je to doba nejméně od počátku 13. do konce 15. stol.), je jasno, že budu nucen často se omezit spíše na ukázky, které by mohly být podnětem k podrobnějšímu studiu Knih devaterých v naznačeném směru.

Vedle toho je však nutno ve smyslu svrchu naznačené orientace se znovu pokusit i o zjištění římskoprávních a kanonistických vlivů — a to zejména naukových — ve vlastním Všehrdově zpracování dané látky: půjde tu tedy o vystopování pojmů, zásad, nauk i podrobných pravidel, kterých Všehrd ve svém díle užil, ať při výkladu některých nálezů, ať bez takové souvislosti, a to s přímým vztahem na české zemské právo své doby. Jak vyplyne z další souvislosti, v tomto bodě použití nových hledisek dnešního medievistického bádání romanistického ukáže Všehrda jako právníka mnohem více poplatného nové právní vzdělanosti římskoprávní a kanonistické, než by se dalo soudit podle výsledků mého dřívějšího článku o Všehrdově díle v dějinách recepce.

II.

Je nutno přiznat, že některé Všehrdovy výroky, dopadající na římské i kanonické právo, zní přímo nevraživě. Toho druhu jsou zejména všechny zmínky o doktorech, nebo vůbec o osobách v právech učených, tedy podle tehdejších poměrů o doktorech a bakalářích *legum* i *decretorum*. V Předmluvě, když s pýchou uvedl, že se v království Českém lidé na zemském soudě právy „vlastními a domácími, ne německými, majtpurskými nebo jinými cizími a přespólními súdie“, zdůrazňuje především, že se na soudě zemském soudí „kmety, totižto pány a vladykami k súdu volenými, ne doktory nebo jinými lidmi v práviech přespólních a cizích učenými“

[Předml. ř. 88—90]. O něco dále pak Všehrd píše v podobném tónu, že také strany nepotřebují v Čechách k soudům a zejména k soudu zemskému „ani doktora ani řečníka zvláštnieho“, a že každý může svou při vést a všechny soudní úkony provádět „sám za sebe beze všech doktorův, kteříž také, by pak k tomu dobytí byli, málo by zemským právům rozuměli“ (Předml. ř. 124—9). A jestliže by se v obou těchto případech mohlo zdát, že Všehrdovo přesvědčení o neužitečnosti učených právníků pro zemský soud plyne opravdu jen z jejich neznalosti domácího práva, jiné místo Knih devaterých (II, 19, 12) jasně prozrazuje kousavými slovy nepřátelské zaujetí, kterým se v jeho době odpor proti učeným juristům-doktorům vyznačoval všeobecně. Vykládaje zásadu „žádný, poručníkem pře jsa, jiného poručníka též pře učiniti nemůže“, vyslovenou v nálezu z 15. VI. 1492,² Všehrd dodává: „Ačkoli některým v práviech přespolních a cizích učeným to se jest nelíbilo, aby poručník poručníka dskami učiniti nemohl. A když jsú se o to pokúšeli, aby, poručníci jsúce, jiné poručníky učinili, jest jim toho — spravedlivě i slušně — odepřieno, že toho učiniti nemohú, a odesláni jsú, aby se právům českým po vlaských a německých práviech učili“. „Vlaskými právy“ jest nepochybně rozumět obecný proces římskoprávního původu, jak se mu učilo na italských školách právních a stejně ovšem i na soudobých universitách německých, a v němž si procesní zmocněnec vždy mohl ustanovit substituta. Všehrdův jízlivý výpad proti učeným právníkům jakožto původcům konkrétního pokusu uplatnit na zemském soudu zásadu tohoto procesu domácímu právu odporující, odhaluje tedy, že víc než neznalost domácího práva mu vadila u učených právníků jejich skutečná nebo očekávaná snaha uplatňovat na zemském soudě pravidla a zásady domácím právem nepřijaté.

Tato obava a z ní plynoucí neláska k učeným právníkům byla koncem 15. stol. obecným zjevem, který se neomezoval jen na naše země, a z mnohých příčin, kterými byla živena — u nás k nim patřila i snaha stavu udržet si zemský soud jako posici politickou — nemálo ji podporovala rozvleklost řízení obecného procesu, která působila stranám neúměrné procesní náklady. Proto je nutno zaznamenat jako nepochybný doklad Všehrdovy nevůle proti obecnému procesu i jeho výrok z Předmluvy, v němž uvádí jako znak dokonalosti práv země české, že „v jiných zemích a cizích súdech lidé dlúho k slyšení nepřicházejí, a v mnohých letech o své pře rozsúzení nebývají, a žádný o své věci brzo konce nebéře, a kto se o malú věc súde, prve ji na doktory a na řečníky utratí, než jí súde

² Albus cit. 131, PDZ (Pozůstatky desk zemských král. Čes., vyd. Emler) 1, 183—4. — V dalších poznámkách cituji Všehrdovy knihy devateré jen číslem knihy, kapitoly a paragrafu podle vyd. Jirečkova. Z ostatních pramenů je Kniha Rožmberská uváděna podle vyd. Brandlova, Ordo (Ordo iudicii terrae) i Řád práva zemského, dále Off. (Officium circa tab. terrae), Maj. Carolina a IRM (Ius regale montanorum) podle vyd. Jirečkových a Ondřej z Dubé podle vyd. Čádova.

dosáhne“ (Předml. ř. 101—6). Ovšem ani zde Všehrd neprojevoval jen mínění své, ale poukazoval na věc známou už od 14. stol. o procesu kano-nickém a uplatňovanou ve stol. 15. často i proti světskému procesu obec-ného práva.

Avšak i když je Všehrd ve svém zaujetí proti doktorům a proti římsko-kanonickému procesu³ především mluvčím své doby, po jedné stránce všechny uvedené projevy tohoto zaujetí mluví jasně i o jeho osobě: Všehrd sám učeným juristou nebyl. To arci není novinka: potvrzují to jednak zná-má data jeho života (studoval jen v Praze, kde v druhé polovině 15. stol. nebylo právnické fakulty), jednak to dosvědčuje sám Všehrd výrokem: „ne o práviech obecních, v kterýchž učený nejsem, než o českých toliko, kterýchž jakúž takúž znalost mám, píši“ (IV, 3, 3 ve znění 1. recense). Sku-tečně Všehrd také nikde nedává najevo ani po vnější stránce manýry uče-ných právníků své doby, kteří si libovali v ustavičných citacích pramenů a v dovolávání vhodných i nevhodných právních regulí. Výslovně o někte-rých institutech nebo pravidlech římského („obecného“) práva mluví pak jen v malé hrstce míst, mezi nimiž se jen jedinkrát objevuje překlad z Digest,⁴ kdežto jinak jde o zběžné narážky, v nichž někdy lze rozeznat vztah k určitým místům právních pramenů římských nebo k zásadám v nich častěji vysloveným, jindy však jen reminiscence z Cicerona. Všeho všudy se však tyto výslovné Všehrdovy rekursy k právu římskému najdou jen ve čtyřech úryvcích (III, 23, 2; V, 43, 4; V, 45, 7; IX, 1 ř. 152) z Knih devaterých a jde tedy při rozsahu tohoto díla o prvek, který už kvantita-tivně se jeví zcela bezvýznamným.⁵

Proto Všehrd sotva pomýšlel na tyto drobné a pro podstatný obsah jeho díla nic neznamenantní zmínky o římském právu, když v původním znění závěrečného doslovu tvrdil, že v Knihách devaterých „nic psáno není, což by dskaml, nálezy, obyčejem, rozumem neb *obecními právy* provedeno býti nemohlo, jakož jsem i napřed o tom oznámil“ (Zavřenie všech knih, rkp. křižovnický, Jireček str. 458). Význam tohoto výroku stoupá tím, že byl napsán po dokončení díla a Všehrd tu tedy mohl ve shodě se skuteč-ností jmenovat všechny prameny, o které se opíral; v jeho výpočtu nelze tedy spatřovat původní plán, který snad zůstal neproveden pokud se týče „práv obecních“. To je nutno konstatovat i proto, že se tu Všehrd zřejmě dovolává podobného výpočtu pramenů, jichž se sliboval držet v Předmluvě,

³ Proti římskokanonickému procesu je namířena i věta Předmluvy (ř. 91—2), že se v Čechách soudí „světlym a otevřeným súdem“, kam „jiti a poslouchati žádnému se ne-hájí“. V římskokanonickém procesu některá stadia probíhala jen písemně a u jiných byla zase vyloučena účast stran, tak zejm. při výslechu svědků. O tom, jak tyto zásady pro-nikly v 15. stol. i do zemského procesu českého, srov. dále str. 194.

⁴ Je položen do úvodního paragrafu kap. „O trhu“ (IV, 3, 1), kde Všehrd s drobnými doplňky a naopak s vynecháním a přemístěním některých vět použil textu Dig. 18, 1, 1, pr. o vzniku trhu ze směny („*fraymarku*“), před nějž v druhé recenzi ještě položil slova „Mezi lidmi všelikých řádův a obchodův“.

⁵ Srov. kt. můj článek z r. 1920, str. 26.

ale v nichž o „právech obecních“ není zmínky.⁶ Jinak však těch několik narážek, kde se Všehrd výslovně nějak zmiňuje o římském právu, nebylo by ho jistě nutilo ke změně tohoto výčtu, a z druhé strany by si byl musel uvědomit, jak nesmírně přehání, když na základě čtyř nebo pěti naukových floskulí z římského práva nebo spíš zmínek diktovaných zájmem o antikvity uvádí vedle desk, zemských nálezů a domácího zvykového práva jako rovnocenný pramen své práce též „práva obecní“. Všehrd totiž, přestože nebyl odborně vzdělán na právnické fakultě, musel nejen mít už jako vzdělanec své doby dobrou představu o pravé podstatě a rozsáhlé myšlenkové stavbě práva obecného, ale patrně je znal do dost značných podrobností. Jinak by totiž nebyl mohl učinit známý, ovšem nikdy nesplněný slib sepsat po Knihách devaterých „podle obecních práv o těchto týchž věcech jiné knihy a těchto užitečnější“. V přepracovaném závěrečném doslovu Knih devaterých tento slib už nenajdeme a s ním odpadla i věta, v níž Všehrd odůvodňoval, proč chce psát zvlášť o právu obecném: poněvadž prý v Knihách devaterých musil „viece“ psát, co se v zemi za jeho doby i dříve zachovávalo a za právo drží, „a dskami, nálezy nebo obyčeji móż provedeno býti, ne to, což by nad to k témuž slúžití mohlo, což se v práviech obecních vypisuje, ale zde přijato nenie“. Tato nepřliš jasná věta, která měla snad zdůrazňovat, že Všehrd nepíše o tom z obecných práv, co v domácím právu není přijato, se stala zbytečnou v nové úpravě závěrečného doslovu též proto, že tu Všehrd nově formuloval i výrok o použitých pramenech. V jeho Knihách devaterých — píše nyní — prý „nic psáno nenie, což by nemohlo dskami, nálezy, obyčejem, rozumem nebo obecním zachovániem nebo jinými dóvody provedeno býti“. Všehrd tedy nepochybně upustil od tvrzení, že se jeho práce opírá též o právo obecné, ale neomezil se na prostý škrt slov „neb obecními právy“, nýbrž je nahradil obratem „nebo obecním zachovániem nebo jinými dóvody“. Protože výraz „obecní zachování“ nemůž e dopadat na zemský obyčej — ten je totiž ve výpočtu uveden už před tím — nabízí se tu, tuším, jen jediný výklad: části Knih devaterých, které se podle původní Všehrdovy formulace tohoto místa doslovu odvozují z práva obecného, z jeho díla nezmizely, ale Všehrd považoval za vhodnější je presentovat čtenáři jako „obecní zachování a jiné dóvody“. Je-li tento výklad správný, muselo by Všehrdovo dílo přinášet přímo ve výkladech o podobě zemského práva v jeho době platného i doklady nauk, jež jsou sice materiálně původu obecnoprávního, ale které Všehrd neváhal do svého díla zařadit — patrně

⁶ Předmluva ř. 143—8: „Kdež já z sebe nic bez dóvodu světlého psátí nebudu, než všecko, což tuto o práviech v těchto knihách spíši, nebo dskami, nebo nálezy panskými, starými i novými, obecními i zvláštními, nebo obyčejem a zvyklostí, kteráž za právo jest, bude moci ukázáno a dovedeno býti“.

⁷ Závěření všech knih, křižov. rukp., Jireček str. 458 v bezprostředním pokračování výše cit. výroku o pramenech, o něž se Všehrdovo dílo opírá.

proto, že o nich neplatilo, že by šlo o něco, „což se v práviech obecných vypisuje, ale zde přijato není“. Zkoumání Všehrdova díla po této stránce je hlavním úkolem dalších kapitol této práce.

Všeobecný výklad o Všehrdově postoji k právu obecnému (římskému) je však nutno podle daného tematu na tomto místě ještě doplnit zmínkou o tom, jak se Všehrd staví zvlášť k právu kanonickému (církevnímu) a co o něm dovede povědět.

S názvem „kanonické právo“ nebo jeho ekvivalentem se u Všehrda vůbec nesetkáváme: mluví prostě o „právech kostelních“ (*ius ecclesiasticum*, právo církevní), a to jedinkrát, když v 1. rec. výkladu o zjišťování pohlavní dospělosti (V, 45, 7) hájí výhodu domácího způsobu, který se děje „netoliko viděním, ale i dotčením, ale ono kněžské v jich práviech kostelních všechno na slyšení samém záleží“. Je příznačné, že tento výrok je v knize Všehrdově jediný, který výslovně určuje nějaké právní pravidlo jako církevněprávní: protože v době Všehrdově církevní právo již zdaleka nemělo v Čechách onen význam ve veřejném i soukromém životě jako před válkami husitskými, povědomí o jeho specifické podobě se u lidí, kteří nebyli studovanými právníky, zřejmě ztrácelo.

O poklesu významu církevního práva v Čechách za Všehrdovy doby svědčí jeho výklad „O súdu duchovním“ (I, 4): tu se dočteme, že za paměti Všehrdovy takový soud „nešel“, ale že o jeho existenci v dřívějších dobách svědčí dsky a nálezy, z nichž Všehrd cituje nález ve IV. dskách Václavových C 16, kde prý stojí, že „o zemskou věc před súd zemský má býti pohonieno a o duchovní před arcibiskupa, jakož bylo od staradávna“. Porovnáme-li Všehrdovu zprávu s doslovným zněním nálezu (z 5. VI. 1411), dochovaným u Ondřeje z Dubé, čl. 113, i na jiných místech (uved. v pozn. PDZ 2, 80), poznáme, že se Všehrd omezil na registraci nejvšeobecnější zásady v tomto nálezu vyslovené, ale nezaznamenal, že v nálezu šlo především o stanovení sankcí na duchovní,⁸ kteří by o zemskou — tj. na zemský soud patřící — věc žalovali před soudy arcibiskupskými. Tato stránka věci nemá už pro Všehrda význam, ačkoli byla pro uhájení posice zemského soudu, o niž v nálezu především šlo (ne o posici soudu arcibiskupského), nejožehavější: jak ukazují další dva o něco mladší nálezy, na dodržení nařízených sankcí muselo být znovu naléháno, nejprve ve prospěch rytířů, panošů i zemanů (Ondřej z Dubé 114), po druhé všeobecně i v zájmu panského stavu s výtkou, že se sankce neaplikují jednomu jako druhému (ibid. 115). Ve Všehrdově době byly ovšem tyto nálezy dávno nepraktické a mohl je konečně právem pominout mlčením.

V jiném případě týkajícím se někdejší působnosti arcibiskupského soudu nedostatek historického pohledu však Všehrdovi vůbec zabraňuje

⁸ To prozrazuje věta nálezu, že se úředníci mají uvázat „v obroky“ přestupníkovy.

v správném postižení podstaty věci. Mám na mysli Všehrdovy výklady v kapitole „O dědicích“ (IV, 6, 5—6), kde Všehrd uvádí nálezy ve dvou podobných sporech o dědictví mezi bratry (po první mezi Hynkem a Janem z Wismburka, po druhé mezi Herešem a Albertem z Březové), při nichž žalovaný po každé namítal, že žalobce je nemanželský syn jejich společného otce a že proto nemůže dědit, resp. že mu žalovaný nemusí na soudě odpovídat. O obou sporech se mimo zprávu Všehrdovu zachovaly i původní formulace zápisů deskových, které ukazují, že první spor probíhal v r. 1398, druhý v letech 1402—4.⁹ Při prvním z nich na základě uvedené námitky žalovaného bylo nálezem uloženo oběma stranám vésti svědky (žalobci „super legitimitate“, žalovanému „super illegitimitate“, roz. žalobcově) a páni na soudě si vyhrazovali pak teprve určit, která ze stran bude připuštěna k přísaze. Naproti tomu v druhém sporu o čtyři léta později deskový zápis vedle uvedené námitky zaznamenává ještě replikaci žalobcovu, na jejímž základě mu pak soud uložil, „quod actor de huismodi obiecto (tj. z námitky nemanželského původu vznesené žalovaným) debet se expurgare in curia archiepiscopi Pragensis coram officialibus suis“, a do té doby nařídil klid řízení („presens causa usque huc debet stare in quiete“). Spor pak před zemským soudem pokračoval skutečně až r. 1404, a když žalobce „docuit per litteram officiatus curie archiepiscopalis Pragensis se esse legitimum“ a žalovaný nemohl nic jiného namítat, bylo žalobci dáno za právo. Rozdíl mezi oběma spory je tedy jen v otázce důkazu: kdežto v r. 1398 zemský soud si ještě žádal svědky od obou stran, tedy zejména i od žalovaného o tom, že žalobce není nemanželského původu, a na konec se chystal rozhodnout věc eventuálně přísahou (zřejmě ordálního charakteru), roku 1402 už ve shodě se zásadami římskokanonického procesu ukládá důkazní břemeno jen žalobci, který musí svůj nárok na dědictví po otci opřít důkazem všech skutečností tento nárok zakládajících, a tedy i důkazem o tom, že je jeho legitimním potomkem z manželského lože. Protože tento důkaz mohl být podán především ověřením nebo uznáním platnosti manželství, z něhož se žalobce narodil, byla r. 1402 tato otázka odkázána na soud arcibiskupský (arcibiskupského oficiála), jehož výlučná příslušnost pro otázky manželského práva byla v té době nesporná; koncem 15. stol., kdy tento soud již po léta nefungoval, Všehrd zmínku o důkazu před arcibiskupským soudem prostě přehlíží, a poněvadž tím ztrácí i vysvětlení smyslu panského nálezu z r. 1402, ukládajícího důkaz legitimacy žalobci, uvádí tento nálezy jako doklad zásady, že nejen nedědí „kdo jest neřádně na svět přišlý . . .“, ale i ten také, kdo jest nařčen tím, nemá slyšán býti ani k soudu připuštěn“. Tato formu-

⁹ Rubeus cit. 15 a 14; PDZ 1, -79—80. Datum 1402 v druhém případě se podává z toho, že je v nálezu předsedající král Zikmund označen jako „capitaneus regni Bohemie“; o době této Zikmundovy funkce srov. F. M. Bartoš, *Čechy v době Husově*, 1947, 191—2.

lace jest však nejen — jak bylo právě ukázáno — neopodstatněná, ale i bezcenná, protože žalobce byl z nemanželského původu nařčen námitkou žalovaného v obou sporech stejně a soud po každé musel tuto námitku nějak vyřešit.

Pokles praktického významu církevního soudnictví, takto patrný i z díla Všehrdova, jistě tedy měl za důsledek, že konkrétní vědomosti o podobě kanonickoprávních institutů a pravidel byly u nás koncem 15. stol. v širokých vrstvách menší, než ve stol. 14. a ještě v první čtvrtině stol. 15. Ale i když kanonické právo, církevní soudy a právníci z řad duchovenstva skončili svou historickou úlohu při šíření nových právních myšlenek do práva domácího v Čechách válkami husitskými, neznamená to nikterak, že s jejich působením vymizely i prvky kanonického a římského práva jejich vlivem proniklé do českého práva zemského, do praxe soudní, notářské, právní mluvy atp. Nalezne-li se tedy v díle Všehrdově ještě mnohem menší počet výslovných zmínek o právu kanonickém, než o právu římském, nelze z tohoto zjištění ještě vyvozovat, že Všehrdovo dílo — ať v látce, kterou zpracovávalo, ať ve vlastním přínosu spisovatelově — vlivu kanonického práva zůstalo vůbec prosto. I zde lze dojít ke správné představě jen rozborem jednotlivostí, jemuž jsou věnovány další kapitoly.

III.

Z obecnějších představ o právu dají se ve Všehrdově díle bezpečně určit jako prvek proniknuvší k nám z nauk právních škol středověkých jeho pojmy a nauky přirozenoprávní. Už Jireček, který v předmluvě své edice sestavil Všehrdovy výroky o jednotlivých druzích pramenů, o něž se jeho dílo opírá, ukazoval na to, že v těchto výpočtech uváděným „rozumem“ míní Všehrd „zákon přirozený“ neb „přirození“, ¹⁰ a i když ztotožnění pojmů „rozum“ a „přirozený zákon“ je už Jirečkovým výkladem, jehož výslovné potvrzení u Všehrda nikde nenalezneme, je materiál jím v této souvislosti shrnutý nicméně vyčerpávajícím přehledem míst Knih devaterých, z nichž lze poznat způsob a druh Všehrdových představ přirozenoprávních.

Terminologicky se u Všehrda častěji vyskytuje název „přirozený zákon“ (III, 23, 2; V, 39, 4; IX, 9, 1), než „přirozené právo“: tento druhý název se najde jen jedinkrát, a to ještě ve spojení „přirozené právo a zákon“ (VI, 11). Obsahově však Všehrd tímto různým označením nemíří na žádný kvalitativní rozdíl, jak lze poznat, všimneme-li si, v jakých souvislostech obojího užívá.

Název „přirozený zákon“ znamená především totéž, co „zásada“ nebo

¹⁰ J i r e č e k v úvodní kapitole „Mr. Viktorin ze Všehrd a dílo jeho“, str. XXI. Výklad dopadá na „rozum“ jmenovaný ve Všehrdově výpočtu použitých pramenů v obou recensích závěrečného doslovu, cit. v předch. kapitole

„pravidlo“, a Všehrd ho užívá ke zčeštění Ciceronova výrazu *lex nata*, když zařazuje do výkladu o dovolené obraně proti útoku na tělesnou integritu překlad úryvku z řeči *pro Milone*: „Ale jest ten ne psaný, než přirozený zákon, kterémuž jsme se nenaučili, nepřijali, nečtli, ale z přirození samého jej jsme zachvátili, v se vpili a na sobě jej vytlačili, k kterémuž nejsmy naučení, než učinění, ne zpravení, ale narození, aby ... každému slušalo zdravie své vysvoboditi“.¹¹ Jest tedy „přirozený zákon“, *lex nata*, lidskému rozumu bez učení vrozené pravidlo, v tomto případě o dovolenosti obrany, jindy pak kterékoli jiné, jež by se podobně dalo vyvodit z „přirození samého“ (*ex natura ipsa*), rozuměj každého člověka. Ve shodě s tímto názorem (jehož původ z antické filosofie je dostatečně prokázán pramenem, z něhož Všehrd překládal) a pod vlivem naivních představ o neporušenosti prvotní společnosti Všehrd pak věří, že existovala doba „přirozeného zákona“, tj. doba, kdy se lidé neřídili ve vzájemných vztazích jinými pravidly, než těmito všem lidem vrozenými, a kdy zejména i každý bez soudů plnil, čím byl druhému povinen, na prosté upomenutí oprávněného. Všehrd proto zrazuje od svévolného vedení pře toho, kdo ví, „že křiv zůstane, a zvláště, kdy by co pšovodovi zlého nebo škodného, nebo proti právu učinil: ... jsa napomenut, učíň sám od sebe dosti, jakož za starých a za přirozeného zákona bylo“ (IX, 9, 1). V této souvislosti tedy „přirozený zákon“ už zřejmě znamená totéž, co „přirozené právo“, které tu arci nabývá podoby ukazující spíš na ohlasy bájí o „zlatém věku“ z antické krásné literatury, než z filosofie.

Pro zjištění skutečně právnických nauk o přirozeném právu jsou proto důležitější ony výroky Všehrdovy, v nichž se dovolává přirozeného zákona nebo práva jako normy aktuální, ne již minulé společnosti. Tu jest uvést především Všehrdovu větu z výkladu o lidech, kteří se ucházejí o poručenství nad sirotky proto, že je k tomu vede „přirozená milost, kteráž jest Bóh všem lidem ve všech zákoniech uložil, v přirozeném, v psaném i v zákoně milostivém, kterýž se od přirozeného málo dělí“ (V, 39, 4). Přirozený zákon — zde opět jako soubor pravidel, tudíž ve smyslu „přirozené právo“ — je tedy vložen do myslí lidských Bohem. Tímto způsobem Všehrd rozuměl i dříve zmíněné Ciceronově *lex nata*, při čemž ostatně jen zaměňoval antickou *mens divina* s Bohem křesťanským.¹²

Tento přirozený zákon, vložený Bohem do myslí lidských, neukládá však lidem jen vzájemnou lásku („přirozenou milost“), nýbrž i povinnosti, kte-

¹¹ C i c., *Pro Milone* 4, 10: „... Est igitur, iudices, non scripta sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa adripuimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus, ut ... omnis honesta ratio esset expendiendae salutis“.

¹² C i c., *De legibus* 2, 4, 10: „... Erat enim ratio a rerum natura ..., quae non tum denique incipit lex esse, quum scripta est, sed tum, quum orta est: orta autem est simul cum mente divina. Quam ob rem lex vera atque princeps apta ad iubendum et ad vetandum ratio est recta summi Iovis“.

rých nelze zanedbat. Všehrd je uvádí příkladem nejšíře, když vykládá, že hospodaření na pozemkovém vlastnictví často nutně vyžaduje užití cizích — obecních nebo i soukromých — komunikací, vod atd.: „A by pak které i jednoho samého byly, chce-li cizieho k své zvůli, potřebě a užitku bez jich škody užívat, musí jim také svého takovým během bez své škody nebrániti. Neb to každý člověk má a povinen jest jinému každému z přirození činiti, chce-li za člověka a ne za hovado zůstati; jako u svého ohně dáti osvietiti, cestu blúdiciemu ukázati, střechy a domu svého každému pocestnému přieti, ztrátu nalezenú navrátiti, a též svěřenú věc zase dáti, netoliko křesťanu, ale židu, vlachu i pohanu i knězi i všelikému cizozemci najneznámějšímu“ (VII, 7, 4).

Ústřední myšlenkou této úvahy, která je i ve výpočtu přirozenoprávních („z přirození“ se podávajících) vzájemných povinností lidských zřejmě ovlivněna naukou kanonistickou,¹³ je zásada, že každý kdo chce užívat ve svůj prospěch cizího majetku, musí dovolit stejné užívání (bez vzájemných škod) i na svém. To je však jen konkrétnější aplikace obecné zásady, kterou Všehrd uplatňuje ještě na jiném místě Knih devaterých, když odůvodňuje, proč je nedílný syn povinen dělit se o svůj majetek s otcem a jinými jeho dětmi: „... poněvadž otec, nedielný syna svého, jest povinen rovný díel z statku svého každému synu svému dáti, kterak zase může syn se tomu obrániti, aby otec i jiným dětem jeho rovného díelu dáti nemusil z statku svého? A což k sobě kto sám chce přirozeným a najspravedlivějším právem a zákonem, nelze jest než též od sebe jiným učiniti“ (VI, 11). Jak patrně, jde tu jen o parafrázi Kristova výroku v evangeliu (Mat. 7, 12) „a protože všecko, jakž byste chtěli, aby vám lidé činili, tak i vy činite jim“, kterou Graciánovo Decretum hned v čele první distinkce cituje jako podstatu nebo základní princip přirozeného práva: „Ius naturae est, quod in lege et evangelio continetur, quo quisque iubetur alii facere, quod sibi vult fieri et prohibetur alii inferre, quod sibi nolit fieri. Unde Christus in evangelio: Omnia quaecumque vultis etc.“.

Uvádí-li tedy Všehrd dvě různé aplikace této zásady, a to jednou přímo ve spojitosti s přirozeným zákonem a právem, a po druhé ji označuje jako příkaz k jednání, které „každý člověk má a povinen jest jinému z přirození činiti“, je zřejmé, že chápe přirozené právo zcela ve smyslu středověké právní nauky, vyvozené kanonisty naznačeným způsobem ze zásad křesťanské morálky a v podrobnosti vybudované z antických prvků myšlení o právu přirozeném, zejména jak byly zachyceny v právních sbírkách justiniánských.

Kanonistickým základem Všehrdových přirozenoprávních názorů se vy-

¹³ Povinnost vrátit věc svěřenou je uváděna už v Dekretu Graciánově, a to v textu d. 1 c. 7, přejatém z Isidorových Etymolog. lib. (V, 4); srov. však také Dig. 16, 3, 31, pr., posl. věta.

světluje jeho už výše zaznamenaný výrok o božím zákoně „milostivém“ (tj. evangeliu), „který se od přirozeného málo dělí“, i to, že povinnost bránit „nejprve vdov a sirotkům . . . a potom všech jiných chudých a nevinných“ Všehrdovi vyplývá zároveň „z přirození i z viery pravé křesťanské“ (Předml. ř. 186—9). Z antických názorů čerpá pak Všehrd své přirozenoprávní výklady při odůvodnění obrany tělesné integrity proti nevyvolanému útoku za všech okolností, i obrany majetku v době, kdy „práva nejdu“. *Violentiae per vim repulsio* považovala se arci z přirozeného práva za dovolenou i podle nauky kanonistů (d. 1 c. 7),¹⁴ ale Všehrd chtěje v kapitole „O moci“ vyvrátit názor v Čechách v 15. stol. častěji slýchaný, že se nemá násilí odpírat, uvádí v podrobnější argumentaci větu, která je zřejmým ohlasem některých výroků římskoprávních pramenů: „všecka práva toho dopůstějí, aby braň byla zdvihána proti násilným, moc aby mocí byla zaháněna“ (III, 23, 2).¹⁵ Když pak doložil, jak těmto zásadám odpovídají i domácí nálezy, Všehrd zařazuje do dalšího výkladu doslovný, jen místy obsáhlejší parafrází nahrazený překlad několika vět z Ciceronovy řeči *pro Milone* (3, 9—4, 10), kde se široce odůvodňuje přirozené právo sebeobrany, jež při útoku na život, „když se mocí moc učiněná zaháně“, smí vést až k zabíjení útočníka. Ohlasy těchto pramenů (obou uved. míst Digest a Ciceronovy řeči *pro Milone*) ozývají se pak i v kapitole „O zpravě“: kupec, který byl z koupeného pozemku sehnán násilím, má se zásadně bránit násilníku pořadem práva (nárok ze správy tu odpadá: viz i římskoprávní pravidlo Cod. 4, 49, 17), avšak „pakli práva nejdu, tehdy rovnou mocí svého móż zase na každém dobývati, od kohož by mu koli bylo tak odjato, práv nečekaje; neb v válku, v hřmotu vojenském a mezi železem práva mlčie, aniž tomu chtě, aby jich čekáno bylo, než mocí jeden každý mocí odpie-raj, znae, že zbroj proti zbrojným bráti, všecka práva dopůstějí“ (IV, 11, 11). Všehrd se tu sice již neodvolává výslovně na právo přirozené, ale odkazuje na své výklady v kap. „O moci“, kde se v téže souvislosti o přirozeném právu hovořilo. Můžeme proto nepochybně i tento pasus počítat mezi doklady středověké nauky přirozenoprávní u Všehrda, stejně jako k nim patří i zmínka o dovolené obraně, kterou Všehrd vysvětluje, proč syn nebo bratr, který zabil nebo ochromil otce nebo bratra, nicméně — proti zásadě starého práva (srv. o ní i Ondřej z Dubé 90) — podrží právo na díl dědictví: „... jestliže by naň otec, bratr, strýc nebo kdo koli jiný počátek učinil, a on, toho bez své škody zniknutí nemoha, bránil by se, a koho by urazil . . . nezdá se, by tím co měl ztratiti“ (VI, 7, 6). Původ pravidla, o něž se tu Všehrd opírá, prozrazuje jak bezprostřední pokračování uvedeného citátu, opakující zásady, s nimiž jsme se už ve Všehrdově díle

¹⁴ Srov. též glo. *per vim* ad h. l. a glo. *propulsandam* ad C. 23 q. 1 c. 1.

¹⁵ Srov. kt. Dig. 9, 2, 45, 4: „*Vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt*“; Dig. 43, 16, 1, 27: „*Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur: apparet autem ex eo arma armis repellere licere*“.

setkali, tak zejména předpoklad, že napadený zabil nebo ochromil útočníka, protože jinak nemohl beze své škody útoku uniknout: to je totiž charakteristické omezení, které do vývoje myšlenky dovolené obrany proti cizímu „počátku“ přinesly římskoprávní prameny justiniánské.¹⁶

I když tedy Všehrd mohl při svém humanistickém vzdělání některé své výklady o právu přirozeném čerpat přímo z četby římských autorů (zejm. z Cicérona), jeho názory o původu a základním principu tohoto práva, jakož i příklady a způsoby jeho použití zůstávají zcela v okruhu toho, co o přirozeném právu učily středověké školy právní. Popularita, jaké se přirozené právo těšilo i u scholastických filosofů, podporovala jistě šíření základních představ o něm i v kruzích vzdělanců, kteří nebyli odborně školenými právníky. Protože ani nic z toho, co se v Knihách devaterých dá zjistit z přirozenoprávních nauk středověkých, nepřesahuje rámec obecné argumentace pohybující se na pomezí práva a morálky, bylo by možno všechny stopy těchto nauk u Všehrda zaregistrovat jako příklad obecných představ o právu, které koncem 15. stol. u nás i bez zvláštního studia právníckého byly samozřejmé u magistra artium.¹⁷

IV.

Římskoprávní a kanonistické prvky v díle Všehrdově se ovšem neomezuji jen na výklady obecné povahy, jako jsou v předchozí kapitole uvedené názory přirozenoprávní. Naopak, v mnohem větším počtu objevují se v souvislosti s konkrétními problémy domácího práva materiálního i procesního a svědčí tak o vlivu, kterým právní kultura obecného práva, šířená ze středověkých právnických škol, zasáhla buď přímo do vývoje zemského práva nebo zapůsobila na Všehrda a poskytla mu oporu pro zcela odborný výklad, zřejmě přesahující míru povšechných právnických znalostí, než jaké mohl získat obecným vzděláním při studiu filosofickém. A poněvadž Všehrd sám nikdy pochopitelně nekonstatuje zásah cizích vlivů do vývoje práva zemského, a pravidelně ani obsahovou závislost svého vlastního

¹⁶ Srov. zejména formulaci „si parcere ei sine periculo suo non potuit“ v Dig. 48, 8, 9 a kt. Boháček, *O dovolené obraně svěmocné v římském právu klasickém i justiniánském*; Sborník věd práv. a stát. 26, 1926, 14 pozn. 39.

¹⁷ Připomeneme-li, jak dovedl podrobnějších pravidel přirozeného práva, vyvozených z pramenů typickou metodou středověké právní nauky více než sto let před Všehrdem využít Kuneš z Třebové pro odůvodnění dědické posloupnosti sedláků, bylo by možno v textu uvedenou thési opřít i o to, čeho Všehrd ve svém díle z přirozeného práva opomněl využít. Příležitost se totiž nepochybně naskytala, když si Všehrd (III, 22, 15 první rec.) kladl otázku, „může-li člověk pána svého pohnati, když se jemu od něho křivda děje a zvláště znamenitá, jakož se to nyní lidem dosti a zhusta přihází“. Všehrd se však i v první recenzi vzdal projevu vlastního mínění v této věci, kde by byl musel ve smyslu nauk rozvedených z přirozeného práva už Kunešem odpovídat kladně, a zjišťoval pouze, že páni, kteří se bránili námitkou, že jde o jejich poddané, nicméně jim odpovídat musili, a v druhé recenzi, kde se už při expozici problému zmiňuje o křivdách učiněných poddaným jen v čase minulém, dokonce zastává horlivě stanovisko záporné: „než aby člověk, nebo pacholek nebo služebník měl svého pána poháněti, všem se neslušné i nepodobné zdá a naprosto nespravedlivé“.

přínosu na naukách obecnoprávních, lze soudit, že v naznačených souvislostech jde o prvky římského (obecného) a kanonického práva, které se staly nedílnou částí domácího právního přesvědčení nebo alespoň přesvědčení Všehrdova o jejich přímé použitelnosti pro výklad práva zemského. Podrobnější doklady o tom přinesou další výklady této a příští kapitoly, v nichž bude pojednáno zvlášť o vlivech římského práva soukromého (kap. IV) a zvlášť o vlivu obecnoprávního procesu římskokanonického původu (kap. V).

Zemské právo (tzv. materiální, nikoli proces) v době Všehrdově bylo ještě úsekem domácího právního řádu, do něhož prvky nové právní kultury pronikaly jen ojediněle a měrou nepatrnou. Nadto ještě Všehrd o něm vykládá jen v souvislosti s řízením u zemských desk, jako o právu, kteréž se tu „pokojně, bez hřmotu soudného“¹⁸ den ode dne vede a zachovává“.¹⁹ V deskové praxi se ovšem zdaleka nepodchycoval všechen právní styk mezi jednotlivci, kteří se řídili právem zemským: to ukazují z jedné strany vlastní Všehrdovy charakteristiky práva, které se při zemských deskách zachovává,²⁰ i jednání, o která při deskovém řízení jde,²¹ z druhé strany pak materiál nálezů a soukromoprávních listin, které se často týkají otázek, o nichž se Všehrd nikde nezmiňuje. Protože se však vlivy římského práva soukromého projevily dosti četně právě v těchto partiích do programu Všehrdova díla nezapadajících — k nimž patří zejména valné části práva závazkového a dědického — vede pátrání po prvcích římského práva soukromého v jeho díle k výsledku ještě zlomkovitějšímu, než odpovídá skutečnému množství těchto prvků v zemském právu konce 15. stol. Tato zlomkovitost se nutně projevuje i na způsobu podání látky v této kapitole.

1. „L é t a s p r a v e d l i v á“. Věk vyžadovaný jako podmínka způsobilosti k samostatnému vedení právních záležitostí osobních, rodinných i majetkoprávních, a ve většině případů i k vystupování na soudě (zejm. k půhonu po stránce aktivní a pasivní: III, 7, 17) Všehrd označuje názvem

¹⁸ Slova „bez hřmotu soudného“ jsou doslovný překlad technického výrazu římskokanonického procesu *sine strepitu iudicii*, který je odvozen z římskoprávních pramenů („strepitus iudiciorum“: Cod. 3, 28, 33, pr; stejně ještě v Dekretálech „absque iudiciorum strepitu“: X. 5, 1, 26) a označuje buď proces probíhající jinak, než ve formě řádného řízení (tedy zejména tzv. řízení sumární, srov. Clem. 5, 11, 2: „sine strepitu et figura iudicii“), nebo — zvl. v mluvě listin — vyřízení věci rozhodčím nebo vůbec bez sporu. Na „řízení nesporné“ ho vztahuje i Všehrd.

¹⁹ IV, 1 uprostřed; podobně v poslední větě téže kap.: „O těch i o jiných věcech, kteréž se při deskách ne jedním obyčejem ředie“. Srov. VIII, 1, druhá věta: „V čtvrtých, v pátých, v šestých a sedmých knihách o deskách zemských, o rozličných mezi lidmi jednáních... [1] o jiných mnohých běžích, kteříž při deskách zemských a právě zemském jdou, široce dosti jest mluveno“.

²⁰ IV, 1: (právo) „kterýmž lidé svá zboží a dědiny, ženy, děti, listy, kšafy, klénoty, nábytky, svrchky, i jiné potřeby všecky k tomu příslušející ředie a opatrují... Kterýmž také královská jasnost sirotky i zboží sirotčie od otcův, bratrův nebo strýcův jich neopatřené, jakožto nejvyšší všech sirotkův poručník, poručníky... opatrovatí... ráčí; i také let týmž sirotkům... přidává, a jiným lidem rozličné i mnohé milosti činí“.

²¹ VIII, 1: „...o rozličných mezi lidmi jednáních, o trzích, zástavách, zápisích mnohých, dětí, žen i statku jich opatrování i o rozličném práva vedení“.

„léta spravedlivá“ (V, 45—49 a jinde častěji). Tento výraz je překladem latinského termínu *anni legitimi*, který je častěji doložen už v pramenech starších²² a vznikl zkrácením širšího, rovněž běžného označení *anni aetatis legitimae*,²³ jehož základem je pojem *aetas legitima*, používaný v římsko-právních i kanonických pramenech k označení jak dospělosti, tak zletilosti;²⁴ české právo ještě za Všehrd spojovalo výše naznačenou způsobilost v plné míře již s dospělostí a starší právní mluva tu užívá výrazu „míti došlá léta“,²⁵ nebo prostě „míti léta“, „nemíti let“ (Ondřej z Dubé). Výraz „léta spravedlivá“, soustavně užívaný Všehrdem, ukazuje, že se tu tedy česká právní mluva časem více přiblížila k termínu latinskému, odvozenému z pramenů římskoprávních.

Název „léta spravedlivá“ kryje jednak „léta přirozená“, jednak „králem daná“ (V, 45, 1). Pojednáváje o letech přirozených Všehrd dává přednost tomu, aby byla zjišťována tělesným vyšetřením pohlavní dospělosti, než aby se přiznávala podle počtu let. Bylo mu zřejmě známo, že druhý způsob pronikal do domácího práva působením církve, a proto psal původně (V, 45, 7 první rec.), že „ono kněžské — roz. vyhledání let — v jich práviech kostelních všecko na slyšení samém záležie“;²⁶ v druhé recenzi narážku na kanonickoprávní původ tohoto způsobu vůbec vynechal a přestylisoval text § 7 ve smyslu, že i jinde se dospělost „vážila“, tj. zjišťovala tělesným ohledáním, dokud Justinián nezavedl věkovou hranici 14 let pro chlapce a 12 pro děvčata.²⁷ Všehrdova polemika proti uznání pevně (tj. určitými léty) stanoveného věku dospělosti prozrazuje, že se v jeho době i v zemském právu českém už prosazovala tendence podnícená vzorem římského práva, která chtěla odstranit mravům doby už nevyhovující tělesné ohledání, jako se to už dříve stalo v zemském právu moravském.²⁸ Už na moravském příkladě je však patrné, že do vývoje zasahovalo — rovněž pod vlivem římskoprávním — ještě jiné hledisko: plná způsobilost k právním jednáním spojuje se tu s vyšší věkovou hranicí (podle stavu i pohlaví 14 až 18 let),²⁹ než římské právo stanovilo pro dospělost. Domácí právo, které

²² Srov. např. Procopii M 24, ai 1381, PDZ 1, 470: „ex quo ipsa Margaretha maritum habet et annos legitimos“. Off. 126: „Actor non habens annos legitimos“.

²³ Např. I Mauriti, ai 1404—6, PDZ 2, 25: „habens annos aetatis legitime“. — Ustálený zkrácený výraz *anni legitimi* působil zpětně na původní podobu latinského termínu a proto se často najde i výraz *anni aetatis legitimi*: srov. např. Ordo 24: „Si quis, annos legitimos aetatis suae nondum habens“. I Math., ai 1415, PDZ 2, 110: „habens annos etatis legitimos“.

²⁴ Srov. Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen d. röm. Rechts*, 1907, 309 s. v. *legitimus*.

²⁵ Off. 126 český překlad: „Jistec došlých let nemaje“. — Jde tu o zřejmý vliv německého způsobu vyjadřování (*zu seinen Jahren kommen*), o němž srov. Kapras, *Poručenství nad sirotky v právu českém*, 1904, 14.

²⁶ Všehrd pokračuje: „Ale více jest svědek očitý jeden, nežli ušatých deset, jakož jest Plautus napsal“. Srov. kt. Plautus, *Truculentus* II, 6. 8.

²⁷ Narážka na Justiniánovu konstituci Cod. 5, 60, 3, o níž se zmiňují též Inst. 1, 22, pr.

²⁸ Kniha Tovačovská, *O sirotčích létech* (vyd. Brandlova kap. 200, str. 111).

²⁹ Srov. Kapras, *Poručenství* 16.

neznalo a ani později nepřijalo římskoprávní rozeznávání částečné a plné způsobilosti k právním jednáním podle dospělosti a zletilosti, a s „přirozenými léty“ spojovalo vždy způsobilost úplnou, posunuje tuto způsobilost zřejmě k věku, blížícímu se římskoprávní zletilosti. V zemském právu českém se to stalo předpisem vydaným až půl století po Všehrdovi (Zem. zřiz. 1549, F 12:20 let) a Všehrdova otázka, který způsob zjišťování dospělosti je dokonalejší, stala se tím bezpředmětnou.

„Léta králem daná“ (V, 46—49) získala se královským udělením, kterému Všehrd říká „přidání“ nebo prostě „dání let“. Všehrd zná už dvojí dání let: „jedno ustavičných a abych tak řekl věčných, druhé na čas a pro potřebu některů“ (V, 48, 1; srv. § 3 ibid.). V prvním z nich lze snadno rozeznat římskou *venia aetatis*: královské udělení působí definitivní nabytí způsobilosti, „aby [sirotek] hned svým statkem vládl bez přetržení“ (V, 48, 2), a má tedy stejné účinky, jako když římsští panovníci povolovali už za doby Severů nezletilým *rerum suarum administrationem* (Dig. 4, 4, 3, pr.). Tento způsob byl za Všehrda novinkou: znal z desk jen jediný případ toho druhu a v první recenzi proto zaznamenal i jméno osoby, které byla takto léta udělena (Adam z Cimburka) a neváhal zapochybovat o právním základě tohoto aktu, který pro něj byl „věc nová a první v zemi nebývalá“ (V, 48, 3). Zákonnou úpravu přineslo skutečně teprve zemské zřízení z r. 1549.³⁰ Všehrdovy výklady o letech králem daných se proto převážně týkají druhého způsobu, totiž dání let „pro potřebu pilných a příčinu hodných“ (V, 46, 1), který se podle svědectví právních knih i listinných dokladů vžil už ve stol. 14.,³¹ ale s římskou *venia aetatis* nemá nic společného. V podstatě tu jde o svolení panovníka jako nejvyššího poručníka sirotek (Ondřej z Dubé 99; Vš. IV, 1 a V, 38, 7), aby sirotek mohl provést právní úkon, k němuž nemá způsobilosti, ale který je nezbytný pro zamezení majetkových škod, „jako by se v letech přirozených a spravedlivých dalo“ (V, 46, 2). Při tom má jít jen o jednání ke prospěchu sirotka a panovník proto udílel tato léta jen *ex certa scientia* (tak už Reg. VII, 606; srv. též Vš. V, 46, 3). Udělení let tohoto staršího způsobu tedy zapadá cele do aktů vrchnoporučenské péče vykonávané panovníkem, která, jak o tom dále bude řeč, byla po mnohých stránkách ovlivněna zásadami římskoprávními: je proto nejvýš pravděpodobné, že římské právo, vyžadující úředního (nebo panovnického: Cod. 5, 72, 2) souhlasu ke zcizení nebo zavazení nemovitostí poručencových — udílel se jen z důvodů nezbytnosti³²

³⁰ Srov. K a p r a s, uv. m. 18.

³¹ Off. 126. Ondřej z Dubé 99. Reg. VII, 606, al 1360, str. 375. — Procopii 7. III. 1382, PDZ 1, 473.

³² Předluženost: Dig. 27, 9, 1, 2; fr. 5 § 9—11 ibid.; kt. srov. Vš. V, 46, 2: „Když otec některý umře a... sirotci dluhův zaplatiti nemohú“.

a po předchozím vyšetření věci³³ — zapůsobilo i na uvedená pravidla o udělení let „pro pilnou potřebu“. Nápadný rozdíl od římskoprávní úpravy, jevíci se v tom, že tam ve smyslu uděleného povolení provedl zcizovací nebo zavazovací jednání poručník, kdežto zemské právo dalo přednost osobní účasti sirotkově při deskovém jednání a fikci, jakoby se toto jednání dalo v letech přirozených (V, 46, 2; srv. IV, 4, 11), souvisí se základní a nej-
přísnějšími sankcemi pojištěnou zásadou, že nikdo nesmí ve dsky jinému klásti, „sám ve dskách nemaje“ (IV, 4, 2).³⁴

2. **Poručenství nad sirotky.** V kapitolách, které Všehrd věnoval výkladu o poručenství nad sirotky (roz. nedospělými), najdou se stopy římského práva a jeho nauk v různých souvislostech.

Připomene je především výklad o trojím poručenství (V, 38, 1—7), který se — jak v podstatě důvodů, o něž se opírá povolání k poručenství, tak v jejich pořadu, a konečně i v podmínkách, za nichž k povolání může dojít — obsahově shoduje s pravidly římskoprávními a někdy se i značně blíží jejich formulaci v Justiniánových Institucích. Zejména je třeba zdůraznit, že při poručenství „otcovském“ je důvodem povolání otcova dispozice *mortis causa* (srv. kt. V, 33, 13), tedy — nepřihlíží-li se k vedlejší otázce formy — druhově stejná dispozice jako při římskoprávní *tutela testamentaria*. Rovněž při povolávání poručníků „přirozených“ je důvodem povolání pokrevní příbuzenství, stejně jako v právu justiniánském (Nov. 118, cap. 5); to ovšem nezná názvu „poručenství příbuzné“, užívaného zde Všehrdem, a podržuje název *tutela legitima*, mířící na formální, tj. zákonný základ tohoto poručenství. Všehrd se tu arci dovolává domácí úpravy podmínek, za nichž k tomuto poručenství mělo docházet podle panského nálezu z 5. března 1456 (Wenc. Andree M 7, PDZ 2, 274), ale obsah pravidla domácího práva³⁵ rozvádí ve svém výkladu způsobem zřejmě ovlivněným textem Institucí (1, 15), jehož zásady si zemské právo osvojilo. Jeho užití Všehrdem (V, 38, 3—4) není potvrzeno jen myšlenkovými a částečně i textovými shodami, ale zejména tím, že se k němu téměř doslovným překladem — a málo informovaným antikvárním výkladem — vrací ještě

³³ Srov. místa Digest cit. v předch. pozn. a výslovně Cod. 5, 71, 12: „tantum causa cognita“. V našich pramenech tomu odpovídá konstatování, že jsou léta dána „ex certa scientia“: srov. výše str. 161 a pozn. 31.

³⁴ Nedílný bratr nebo strýc a mocný poručník, kteří mohou klásti v desky bez sirotka, jednají z vlastního práva: IV, 4, 8—9.

³⁵ PDZ 2, 274: „ižádný není bližší poručenství každého sirotka, kdež by sirotek neb sirotci osířeli, ježto by jich otec ižádnému neporučil vedle práva a řádu země této, aneb poručníky učině a ti poručníci dskami těch sirotkův zemřeli, nežli strýc nejblížejší toho sirotka“.

na jiném místě své knihy (V, 43, 4).³⁶ Zásadní shoda je konečně i mezi poručenstvím králem daným a římskou *tutela dativa*, a to jak v podmínkách, kdy k němu dochází,³⁷ tak v tom, že poručníka dosazuje orgán, v jehož rukou je vrchnoporučenský dozor.³⁸

Řadu obsahových shod s pravidly, ovládajícími římské poručenství nad nedospělci, lze však zjistit i v rozptýlených Všehrdových výkladech o povinnosti poručníků zřídit jistotu („uručit“) za vedení správy sirotkova majetku v jeho prospěch, o disposičním právu poručníků tímto majetkem a o jeho omezení, o poručníkově povinnosti skládat účty a o způsobu jeho odpovědnosti i konečně o zástavním právu příslušejícím sirotku ke jmění poručníkově pro pohledávky ze správy sirotčího majetku.

Povinnost „uručiti“ sirotkům má podle Všehrda poručník příbuzný (V, 38, 4; V, 43, 5) a králem daný (V, 38, 8; V, 39, 1—2; V, 43, 7). Všehrd se nikde nezmiňuje o takové povinnosti poručníka otcovského. Poněvadž i v právu římském měli jen *tutores legitimi* a *dativi* povinnost k zvláštnímu záručnímu slibu (Inst. 1, 24, pr. — § 1; Cod. 5, 42, 3, pr.) a s jejich slibem *rem pupilli salvam fore* se shoduje i podstatný juridický obsah toho, co byli poručníci povinni slibovat podle práva zemského,³⁹ lze tu s největší

³⁶ Inst. 1, 15, pr. Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege duodecim tabularum adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

Vš. V, 43, 4. Kdež poručník otec dskami nebo kšafem nezdělá dětem svým, těch z práva poručníci mají býti přátelé najbližší.

To jest bylo napsáno v Římě za pohanův na dvanácti dskách práv římských, neb jsú i Římané dsky měli.

Vš. V, 38, 3. Přirozené poručenství jest, když bratr nebo strýc, sestra nebo teta, ... když otec jiných poručníků vedlé práva nezdělá, v poručenství se uvazují.

Inst. 1, 15, 2. Quod autem lex ab intestato vocat ad tutelam adgnatos, non habet hanc significationem, si omnino non fecerit testamentum..., sed si quantum ad tutelam pertinet intestatus decesserit. Quod tunc quoque accidere intellegitur, cum is qui datus est tutor vivo testatore decesserit.

Vš. V, 38, 4. Ale to poručenství příbuzné nemá místa než tehdaž, když by otec dětí a statku svého poručníků žádných neustanově umřel,

anebo také, kdyby poručníci otcem učinění zemřeli.

³⁷ V, 38, 7: „Ale králem dané poručenství jest, když otec žádného poručníka neučině umře, a přátel žádných přirozených není“. Inst. 1, 20, pr.: „Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur“.

³⁸ V, 38, 7: „král, nejvyšší všech sirotkův poručník“. V Římě to byli zvláštní úředníci pověřeni k tomu zákonem nebo císařem (Dig. 26, 1, 6, 2); v obecném právu zůstává toto oprávnění nutně v rukou panovníka. Původ královské ochrany poručenců ve středověku nelze arci odvozovat jen z římských pramenů.

³⁹ Všehrd V, 38, 4 píše, že příbuzný poručník má uručiti sirotkům, „aby jim statku jich neumenšoval, než raději přivětčoval“. Stejná povinnost byla v 15. stol. ukládána i poručníkům králem daným: srov. formulář u Všehrda V, 39, 1. Povinnost „raději přivětčovati“ jmění nebyla ovšem žalovatelná a právní podstatou závazku je tedy povinnost zachovat jmění neztencené. Všehrd také na jiných místech (V, 43, 5; V, 38, 8) zůstává při povinnosti statku neumenšovati, a v tom smyslu píše i Ondřej z Dubé čl. 98.

pravděpodobností usuzovat na vliv práva římského. Sliby tohoto druhu byly už na přelomu stol. 14. a 15. ukládány poručníkům králem daným nebo oprávněným podle králem povoleného „spolku“;⁴⁰ protože nejstarší doklad o tom, že podobná povinnost byla uložena poručníkům z řad příbuzenstva, je až z r. 1456 (výše uved. nález z 5. března : srv. V, 38, 4), zdá se, že první romanizační podněty na tomto úseku poručenského práva vycházely z královské kanceláře v druhé polovině stol. 14. (srv. kt. str. 171).

Také omezení disposičního práva nad majetkem sirotek postihovalo jen poručníky králem dané a příbuzné (V, 46, 2, věta „Poručníci sirotčí“ atd.; V, 43, 7); ti neměli možnosti prodeje, zástavy ani jakékoli deskové dispozice se sirotčími nemovitostmi.⁴¹ To je ostatně známo i z ustanovení usneseného na obecném sněmu přešpurském 20. prosince 1499, které dovolilo přirozenému a králem danému poručníku zcizení sirotčího majetku jen s povolením krále nebo plného soudu, odvolávajíc se na zásadu vyslovenou už nálezem z r. 1486,⁴² tedy dříve, než Všehrd začal psát *Knihy devatery*. Zmíněný předpis vysvětluje toto disposiční omezení záručním slibem poručníka, ale protože starší prameny z poručnickovy záruky vyvozují bezvýjimečnou nemožnost zcizení (Ondřej z Dubé 98), kdežto nyní je zákaz formulován v tom smyslu, že se nesmí prodávat leč ze zvláštního povolení, došlo zřejmě i v této otázce k napodobení římského práva, kde ovšem zásadní zákaz zcizení poručencových věcí — z něhož mohly být povoleny výjimky jen panovníkem nebo poručenským úřadem — platil pro všechny druhy poručníků,⁴³ tedy i pro poručníka ustanoveného otcem. Na toho však citované nálezy zákaz zcizování nevztahují a naopak Všehrd uznává naprostou volnost jeho dispozice ve zmíněném už výkladu V, 41, 5 a dovolává se při tom nálezu I. Mikulášových B 2.⁴⁴ V tomto nálezu se o poručníku ustanoveném dskami skutečně praví „ex quo Sobiehrdo est pater commissarius et tutor orphani predicti tabulis terre . . . , potuit vendere et alienare hereditates predicti orphani cuicumque sibi placeret“, a jistě na tento nález míří i citát „Il Nicolai B 22 v při mezi Soběhrdem s jedné etc.“ u Všehrda IV, 4, 9; přiznává-li se tedy na tomto místě naprostá disposiční volnost prostě „poručníkům řádným“ a „otci poručnímu“, jde opět jen o poručníka ustanoveného dskami.⁴⁵ A ve shodě s oběma těmito pasá-

⁴⁰ Ondřej z Dubé 98. I Math., 14. XI. 1414, PDZ 2, 113.

⁴¹ Všehrd V, 41, 5 uvádí, že jen přirození a králem daní poručníci jsou povinni vyúčtováním (o tom bude dále pověděno více), nikoli poručníci otcem učinění, „poněvadž dědictví sirotčí mohu i prodati, i zastaviti, i zapsati“. Z toho plyne, že přirozený a králem daný poručník této možnosti neměl.

⁴² I Václ. Hyndráka, 20. XII. 1499, PDZ 2, 522: „Item nalezli za právo, že poručník králem JMti daný neb příbuzenstvím, ježto statek urukuje, sirotkuom nemá prodávati statku sirotčího bez zvláštního povolenie krále JMti neb pánov a vladyk z plného soudu, jakož nález o tom v Bielých pohnných léta etc. LXXXVI, kdež Laurín pohnal“.

⁴³ Srov. tituly Dig. 27, 9 a Cod. 5, 71 a mimo to Cod. 5, 37, 22.

⁴⁴ Z 9. března 1392, PDZ 1, 546.

⁴⁵ Srov. z dokladů této disposiční volnosti např. Přisnakoň L 18, ai 1359, PDZ 1, 428 (mocný poručník otcovský); Procopii M 29, ai 1382, PDZ 1, 471 ajv.

žemi a s dalším výslovným svědectvím V, 46, 2, věta „neb otcovští poručníci“ atd., psal konečně Všehrd (V, 35, 6 první recenze) o mocných poručnících ustanovených deskami nebo kšaftem: „Mají také moc statek sirotčí zapsati, prodati i odciziti, jakož na to mnoho jest nálezův, ale desk a zápisův i trhův rozličných více“; v druhé recenzi připojil pak sice na tomto místě za slovy „zapsati, prodati i odciziti“ bližší vymezení „pro lepší sirotčí“, ale to neznamena, že zcizovací akty otcem ustanoveného mocného poručníka, které by nebyly na prospěch sirotčího majetku, byly neplatné. Všehrd tu totiž jen nevhodně smísl otázku disposičního poručníkova práva s otázkou jeho odpovědnosti za řádné vedení poručenství, o němž hovoří v závěru téže kapitoly, jak o tom ještě bude řeč.

Podobné uspořádání jako při omezení disposičního práva poručníků s majetkem sirotčím najde se v úpravě jejich povinnosti skládat účty z poručenské správy. Všehrd jednou dokonce klade obě otázky do přímé souvislosti: povinnost klást počet mají jen poručníci přirození a králem daní, nikoli otcem učinění, protože ti mohou sirotčí majetek prodati, zastaviti a zapsati (V, 41, 5). Jinde zase zdůrazňuje, že každý poručník je povinen činit počet z užívání statku sirotkova kromě poručníka otcovského (V, 43, 10). Nešlo arci jen o počet z užívání, ale ze všech důchodů i z podstaty, jak to podrobně vypočítává o poručníkovi králem daném (V, 39, 9), a to vše se zase shoduje s pravidly římského práva (Dig 27, 3, 1, pr. a § 3; Cod. 5, 51, 9), kde však taková povinnost postihovala všechny poručníky bez rozdílu. V Čechách koncem 15. stol. poručník otcovský byl této povinnosti ještě prost, i když Všehrdovy narážky nasvědčují, že na sebe závazek k vyúčtování často bral dobrovolně (V, 41, 5 i. f.; V, 43, 11); protože také nezměněně trvala jeho neomezená moc zcizovací, je patrné, že poručenství otcovské ještě za Všehrda podléhalo méně vlivům římskoprávním, než poručenství příbuzných a osob králem za poručníky dosazených.

To ovšem neznamena, že poručenství otcovské v podobě vylíčené Všehrdem je vůbec bez vlivů římskoprávních; naopak, nejdůležitější římskoprávní formulace nauková se najde právě ve výkladu o tomto poručenství a týká se poručníkovy odpovědnosti za správu sirotčího majetku. Už dříve byla zmínka o výkladech týkajících se této správy vedené mocnými poručníky, které Všehrd položil na závěr kap. V, 35: tam se objevují ozvuky římského práva v detailních pravidlech, že poručník neumenšuje statku sirotčího, platí-li staré dluhy a závazky (V, 35, 8; srv. Dig. 26, 7, 9, 5 i. f.), nebo provede-li „uprodání potřebné“ (Vš. *ibid.* ke k.; srv. Dig. 26, 7, 7, 1), a naopak, že nemá moci, aby statek sirotčí prodal sám sobě (V, 35, 9; srv. Dig. 18, 1, 34, 7). Škody, které by poručník způsobil správou sirotčího majetku vedenou proti těmto a jiným pravidlům, může na něm sirotek vymáhat jako v římském právu při postoupení statků po skončení poručenství (V, 41, 1; V, 43, 3; srv. Dig. 27, 3, 4, pr.: „ *finita tutela*“). Základem

odpovědnosti za tyto škody je převzetí poručenství; to jasně vyplývá z Všehrdova výkladu o zásadě, že poručenství je svěření sirotčího statku „k opatrování a množení, ne k umenšení“ (V, 33, 10): jen odmítnutí poručenské funkce může zbavit potomních soudů (a tedy vymáhání způsobené škody) toho, komu „v mysli nenie, aby děti ... a statek *tak pilně, jako své vlastnie bez všie lsti opatroval*“. V těchto Všehrdových slovech je tedy vyjádřena míra péče, která bude na poručníkovi vyžadována, a jejíž nedostatek způsobí, že na základě jednou převzatého poručenství bude moci být poháněn ze škod pro nedbalou poručenskou správu; lze snadno rozeznat, že rozhodující obraty užitě Všehrdem jsou doslovným překladem naukové formulace římskoprávní, ukládající poručníkovi ve smyslu justiniánských pramenů tzv. *diligentia quam rebus suis praeberere debet* (Dig. 26, 7, 33, pr.; srv. Dig. 27, 3, 7, pr.) a jednání *sine dolo malo* (Dig. 26, 7, 3, pr.). A sotva je možno pochybovat, že to, co Všehrd takto vykládal v souvislosti jednající o poručníkovi otcovském (děti a statku), vztahoval stejně i na poručníky ostatní, u nichž se zvlášť o těchto otázkách nešířil.

Poručencovy pohledávky proti poručníkovi z nepořádného vedení majetkové správy byly v římském právu pojištěny generálním zástavním právem.⁴⁶ Po prokázání jiných souvislostí s prameny římskoprávními v oboru práva poručenského lze s největší pravděpodobností usuzovat, že pro zástavní právo stejného rozsahu vyhrazované sirotkům na majetku poručníků králem daných (V, 38, 10–11; V, 39) byla uvedená římskoprávní zásada vzorem přinejmenším v hlavní myšlence; nešlo ovšem o zástavní právo zákonné (proto mu nepodléhal majetek jiných poručníků) a královské udělení podrobovalo zástavnímu ručení i majetek poručnickových ručitelů.

Všehrdovy výklady o poručenství tedy opětovně vedou ke zjištění, že všechny druhy poručenství nebyly v jeho době prostoupeny římskoprávními prvky stejnou měrou: více než poručenství příbuzných podlehl jim poručenství králem dané, a zase poručenství otcovské jich vykazuje mnohem méně, než oba druhy předchozí. Na vnucující se otázku, čím byl způsoben tento rozdíl, a zejména, proč právě na poručenství otcem stanoveném, jehož počátky už starší bádání spojovalo s vlivem práva římského,⁴⁷ je postupující romanisace patrna nejméně, mohla by podat konečnou odpověď jen vyčerpávající kritická studie o vývoji poručenství v zemském právu; v rámci tohoto pojednání lze jen ukázat některé problémy tohoto vývoje a naznačit cestu k jejich řešení, zvláště pokud k tomu napomáhá také obsah díla Všehrdova.

Míru vlivu římského práva na vznik institutu otcem stanoveného poručenství pokusil se vymezit Kapras a jeho soud byl nepochybně správný

⁴⁶ Cod. 5, 37, 20. Cod. 5, 30, 5, 2. Nov. 118 c. 5 l. I.

⁴⁷ K a p r a s, *Poručenství* 115.

v tom, že se římský vzor projevil jen v utvoření základní myšlenky, aby o osobě poručníka rozhodla vůle určité osoby. Naproti tomu Kapras nedomyslí rozhodující předpoklad, z něhož vycházel: domníval se totiž, že ustanovení poručníka otcem mělo už v historických počátcích tohoto institutu v právu zemském vylučovat poručenství příbuzných, mezi nimiž nečinil rozdílu.⁴⁸ Počítal tedy především s tím, že poručenství příbuzných bylo vývojově starší a zejména, že tam, kde otec poručníka neustanovil, po právu byli poručníky i nedílní příbuzní. Avšak právě o tom lze nejdůvodněji pochybovat, neboť kde sirotci žili po smrti otcově se starším dospělým sourozencem, nebo i v nedíle širší rodiny („strýcovském“) s dospělými vzdálenějšími příbuznými, připadala těmto osobám (bratru nebo strýci, sestře nebo tetě) dispozice pozůstalým majetkem (i sirotky) na základě rodinných poměrů v nedíle a pro poručenství nebylo vůbec předpokladu: nedílný dospělý bratr, sestra, strýc nebo teta nebyli vůbec poručníky, a když byla uznána možnost ustanovit poručníka soukromou vůlí, nemohlo jít o to, aby tyto osoby byly ustanoveným poručníkem ze svého postavení v nedílném společenství vylučovány, nýbrž aby byly nahrazeny, když se jich vůbec nedostávalo. Dobře to viděl Vaněček, který napsal: „U sirotek šlechtických bylo zapotřebí zvláštní ochrany dětí a majetku jen tam, kde nebylo dospělých nedílných příbuzných“.⁴⁹ Skutečně jen v takové situaci byl dán důvod, a také jen tehdy se původně uznávala možnost, ustanovit osobu, která nejsouc členem nedílného společenství by převzala — v nejjednodušším případě — funkci otce v péči nad nedospělými sirotky a statky po zemřelém otci na ně připadajícími.

Uskutečňovalo se to dispozicí, jejíž nejstarší dochované doklady z deskových zápisů jsou latinské a vypovídají, že *A. commisit B. pueros suos cum omnibus bonis suis*.⁵⁰ Poněvadž se stejným způsobem vyjadřují o ustanovení poručníka už r. 1278 listy královny Kunhuty sestře Přemysla II. a jejímu synovi Otovi braniborskému,⁵¹ jde tu zřejmě o technický výraz středověké latiny, který měl základ v původním obratu pramenů *committere tutelam*,⁵² a v plné podobě zněl *committere (pueros cum bonis, hereditatibus, atp.) in tutelam*.⁵³ Český ekvivalent běžného (zkráceného) způsobu vyjadřování zachoval Všehrd (V, 34:: „dětí své se všemi zbožiemí a

⁴⁸ Kapras, m. uv. v předch. pozn.: „Ovšem vliv [římského práva] jevil se jen v utvoření základní myšlenky, aby totiž ne příbuzenství, ale vůle určité osoby o osobě poručníkově rozhodla“.

⁴⁹ V. Vaněček, *Malé dějiny státu a práva v Československu*, 1947, 89.

⁵⁰ Např. Vet. 148, ai 1327, PDZ 1, 42. Srv. Off. 144: „Si quis committit pueros suos“.

⁵¹ Reg. II, 1144 a 1145, str. 491 a 492: „vobis... nos et pueros nostros ac terras suas... specialiter recommisit“. V další souvislosti prvního listu se výslovně praví: „domino O... pueros nostros, nos, castra, terram... tamquam tutori... subesse volumus“.

⁵² Srov. např. Dig. 26, 5, 13, 1: „tutela sine vinculo cautionis non committitur“. Cic., de off. 1, 25, 86: „quibus [tutela] commissa est“.

⁵³ Např. III Zdislav („Sdenko de Konopiscze“), cca 1356–80, PDZ 1, 419. II Daczicz M 5, ai 1369, PDZ 1, 436.

dědinami svými . . . poručil mocně a poručie V-ovi z Ch.“) a jeho svědectví je podepřeno jinými deskovými zápisy z druhé poloviny 15. stol.⁵⁴

V této souvislosti nelze si nevšimnout obdobně utvořeného obratu *actor commisit-committit causam*, kterého se užívalo v deskách při ustanovení zmocněnce k vedení sporu,⁵⁵ nebo k vyřízení určitého procesního úkonu. Všehrd sice nezaznamenal český ekvivalent tohoto úsloví, ale jiná svědectví, počínajíc druhou polovinou 15. stol., dokládají i zde trvalé technické užívání slovesa poručiti,⁵⁶ při čemž eliptické vazby „poroučí k zisku a ztrátě, k hojemství vzetí, k oběma puohonuom“ apod.⁵⁷ jsou zřejmým zkrácením výrazu „poroučí při k [tomu neb onomu úkonu]“. V této frazeologii tkví ve skutečnosti jediný společný základ „dvojího poručenství“ v právu zemském, na něž zvlášť upozorňuje Všehrd (V, 40, pr-§ 2): jak osoba, které se svěřovaly děti a statek, tak zmocněnec procesní, se označovali v latině názvem *commissarius*⁵⁸ — při svěření dětí často s rozlišovacím dodatkem *pater commissarius*⁵⁹ — a funkce jim svěřená *commissio*,⁶⁰ v češtině poručník,⁶¹ otec poruční⁶² a poručenství. Termín *commissarius* i poručník vešly v obojím smyslu v užívání už ve stol. 13.;⁶³ ve 14. stol. byl

⁵⁴ II Andreae L 7, ai 1485, PDZ 2, 402. Victorini A 21, ai 1493, PDZ 2, 459. — Výraz „poručiti“ ve sm. „committere“ je ovšem starší než tyto doklady; srov. z materiálu Ústavu jaz. čes. ČSAV: Životy Otců (Smetánka) B 69b „poruč se Bohu — te committe“.

⁵⁵ Srov. kt. Markov, *Řečník a poručník*, 1937, 10 s nejstaršími doklady v pozn. 34 ibid. I tento způsob vyjadřování, převzatý z praxe římskokanoničského procesu, má základ v pramenech římskoprávních; srov. Dig. 4, 8, 31: „aliquem ex his, quibus causam suam commiserat“.

⁵⁶ Flaveus cit. 40, ai 1463, PDZ 1, 123.

⁵⁷ Četné doklady ve Žlutých púhonných, PDZ 1, 253 dd.

⁵⁸ Při poručenství nad sirotky např. I Mathiae F 16, ai 1415, PDZ 2, 109. *Formae litter. apud tabulas* č. 6 a 7 (CIB II, 2, 286; 15. stol.). — Albus cit. 8, ai 1455, PDZ 1, 108. — Při poručenství v procesu Ordo 23 a 55; Off. 35 a 134; PDZ passim.

⁵⁹ III Zdislaw („Sdenko de Konopiscze“), cca 1356–60, PDZ 1, 419 (zde též *mater commissaria*). II Daczicz M 5, ai 1369, PDZ 1, 436. II Nicolai, ai 1398, PDZ 1, 576 a mnj.

⁶⁰ Procopii C 12, ai 1380, PDZ 1, 464: „in causa . . . ratione commissionis orphanorum“ (zde i termín *pater commissionis*). Doklad pro *commissio*-poručenství v procesu mi není znám: v deskových zápisech protokolárního stylu se nemohl objevit, a právní knihy mluví o poručnících, nikoli o poručenství.

⁶¹ Pro poručníka nad sirotky nejstarší doklad (z r. 1368) je z pramenů moravských: „tutores . . . qui porucznykones dicuntur“; *Tabulae terrae Moraviae, Cudae Olomucz lib. I*, 1045 (Chlumecský-Chytil, *Landtafel d. Markgraft. Mähren*, 1856, 51). Ondřej z Dubé zná už různé druhy poručníků — Poručník jako procesní zmocněnec běžně už v knize Rožmb.

⁶² Vš. V, 34 a doklady výše v pozn. 54. Srov. však i Off. 179. V deskách (při poručenství králem daném) se vyskytuje též název „otec poručník“: Nicolai P 11, ai 1395, PDZ 1, 556.

⁶³ Institut poručníka pře, jemuž Všehrd věnuje samostatnou kapit. v druhé knize (II, 19), ale opětovně se o něm zmiňuje i na jiných místech, ujal se v českém procesu velmi brzy — dříve než např. v právu německém — a to přímým vlivem vzoru římskokanoničského procesu. Tak soudil už Markov, *Řečník a poručník* 10 a pozn. 35 ibid., a nasvědčuje tomu, tuším, i pravidlo uvedené Všehrdem (II, 6, 5; II, 19, 2–3), že poručníka pře lze ustanovit teprve po vysvědčení půhonu: tu jde o přizpůsobení zásady, kterou zdůrazňují nejstarší příručky římskokanoničského procesu (např. *Ordo iudiciarius* vyd. Kunstmannem: *Über den ältesten Ordo iudiciarius*; *Kritische Ueberschau d. deut. Gesetzgeb. u. Rechtswiss.* 2, 1854, 18–19) vylučující procesního zmocněnce ještě při litiskontestaci. O tom, že poručenství pře u nás zdomácnělo už ve stol. 13., svědčí pravidlo, že poručník pře u zemského soudu mohl být zřízen jen dskami a nikoli listem (II, 19, 6); jeho vznik je totiž nutno klást do časové souvislosti se zavedením knih žalobních a půhonných. Ze

pojem poručník (nad sirotky) do té míry vžitý, že se jím vykládá latinský termín *tutor* (viz výše pozn. 61), jehož se naopak zase užívá k tomu, aby byl objasněn nebo blíže určen pojem *pater commissarius*.⁶⁴ V českých formulářích pak vzniká nutnost odlišit latinské termíny (*pater*) *commissarius* a *tutor*, a protože pro první z nich ode dávna existoval výraz poručník (otec poruční), tlumočí se *tutor* slovem obránce.⁶⁵

Původ názvu poručník — (*pater*) *commissarius*, který podle toho, co bylo vyloženo, je nutno odvozovat od slov, jimiž se dalo ustanovení k této funkci, je tedy významnou oporou výše naznačené these, že historicky nejstarším druhem poručenství nebylo poručenství příbuzných, nýbrž poručenství „otcovské“: vhodnější názvy pro toto poručenství jsou ovšem „poručenství dskami“ (podle formy) nebo „poručenství dětí a statku“ (podle obsahu). Všehrd, který nejčastěji (a zvl. v kap. V, 33—36) užívá druhého z těchto názvů, zvlášť totiž zdůrazňuje, že poručníka může ustanovit i nedílný strýc dětem svého dříve zemřelého bratra, nebo bratr svým nedílným mladším sourozencům (V, 33, 6—7). Z důvodů, které byly už dříve vyloženy, je nutno při takovém ustanovení předpokládat, že po smrti osoby, která poručníka ustanovila, nebylo v nedílu dospělých příbuzných, a jako otcem ustanovený poručník byl zbaven poručenství, jakmile jeden ze sirotek — ať syn či dcera — „došel spravedlivých let“ (V, 37, 2 a 6),⁶⁶ tak patrně i poručenství ustanovené strýcem (hlavou strýcovského nedílu) pozbývalo účinnosti, jakmile dospěl kterýkoli z „mladších strýců“ (tj. ze synovců) a stal se hlavou nedílu strýcovského. Ale i když tyto závěry mají při nedostatku pramenných zpráv jen hodnotu domněnek, i samy skutečnosti Všehrdem bezpečně dosvědčené přesvědčivě ukazují, že se v pojetí nejstaršího poručenství zemského práva projevil vliv práva římského vskutku jen převzetím základní myšlenky (tj. že poručníka určuje

tu jde o zásadu vytvořenou v době, kdy se ještě neuznával samostatný právní význam listiny do desk nevtělené, potvrzuje Všehrdem zaznamenané pravidlo o zřízení poručníka pře na soudu komorním, které je mladšího původu a dovoluje ustanovení listem nebo registry (I, 2, 11). Ale i sám název poručník pře-*commissarius*, jehož vznik byl vysvětlen výše v textu, ukazuje do stol. 13., poněvadž v pozdější době je v latinských textech nahrazován technickým výrazem *procurator*; srov. např. Off. 83: „*citatus nominat procuratorem, i. e. commissarium*“.

⁶⁴ Srov. zejména spojení (1) *commissarius seu tutor* nebo (2) *commissarius et tutor*. Ad (1): II. Nicolai B 19, ai 1397, PDZ 1, 570, ibid. ai 1398, PDZ 1, 576. Ad (2): II. Mauriti O 16, ai 1408, PDZ 2, 47. I Mathiae Q 8, ai 1415, PDZ 2, 121 ajv. V pramenech se vyskytují i jiné způsoby tohoto vysvětlení rekurující k pojům *tutor*, *tutela*, *tutoria potestas*: srov. např. Reg. II, 1144 cit. výše v pozn. 51, nebo opětovně už cit. nálezy III Zdislai („Sdenko de Konopiscze“) PDZ 1, 419: „*committit in tutelam... ita quod sit pater commissarius, eum verum tutorem faciendo*“; II Daczicz, PDZ 1, 436: „*commisit in tutelam... et constituit eos veros commissarios patres, dans et concedens omnimodam tutoriam potestatem*“.

⁶⁵ *Tueri* — brániti. — Srov. Nicolai P 11, ai 1395, PDZ 1, 558. Vš. V, 34 a další doklady uved. výše v pozn. 54. V uvedeném smyslu užívá slova obránce též autor Tkadlečka (vyd. Hrubý-Šimek, ř. 544 na str. 64): „obrance a vódcle a zpravitel jiných lidí“. — V materiálu Ústavu jaz. českého ČSAV doložen též výraz obránitel: Evangeliař Olom. 98a (vyd. F. Černý) „pod obraniteli a činiteli — sub tutoribus“.

⁶⁶ K vývoji postavení dcery v této otázce srov. K a p r a s, *Poručenství* 83 a pozn. 2.

vůle osoby, která byla až dosud hlavou určitého rodinného nedílu nebo rodinného svazku), kdežto při vybudování právního postavení tohoto poručníka byly rozhodující organizační principy institutu domácího, nedílu. Tím se především vysvětluje zmíněné pravidlo, že dosáhnutím dospělosti nejstaršího sirotka byl poručník zbaven poručenství nade všemi sirotky; pravidlo to se vžilo tak, že bylo přeneseno i na jiné druhy poručenství a na sirotky-sourozence, kteří v nedílu nežili (V, 37, 1 druhé rec.).⁶⁷ Vysvětlují se tím však i výše konstatované rozdíly mezi poručníkem „otcovským“ (*recte*: poručníkem dětí a statku) a jinými poručníky, a zejména zásadní volnost poručníka dětí a statku disponovati statky sirotčími, která byla i za Všehrdy jen fakticky omezena tím, že sirotek mohl po odevzdání majetku i mocného poručníka žalovat pro škody způsobené nedostatkem péče (viz výše str. 165d).

V tomto omezení lze nepochybně spatřovat další vliv římského práva na tento nejstarší druh poručenství, který snad už souvisí s novou vlnou římskoprávních impulsů zapůsobivších časem především na poručenství příbuzných a poručenství králem dané. Ve vývoji ukočeném nejpozději v druhé polovině stol. 14. byl název poručník přenesen na pokrevní oddělené příbuzné, kteří byli ochotni — když v nedíle nebylo dospělých příbuzných a nedošlo k ustanovení poručníka — ujmout se péče o sirotka a jeho statky i právní záležitosti na soudě. Svědectví pramenů o jmenovaných intervencích těchto osob bylo uváděno na doklad, že poručenství příbuzných je starší, než poručenství dskami; jistě však není náhodou, že tyto doklady nikdy neoznačují tyto příbuzné názvem poručník a mluví prostě o „příiteli“,⁶⁸ a z druhé strany nelze přehlížet, že ještě konkrétní

⁶⁷ Je poučné všimnout si v této souvislosti obou recensí Všehrdova výkladu v kap. V, 37, 1—2. V první větě Všehrd původně psal prostě: „Děle poručenství netrývá, než do let sirotka ne najmladšího, než nejstaršího“, kdežto v druhé rec. začátek věty rozšířil: „Žádné poručenství, otcovské, přirozené ani králem dané, děle netrývá“ atd. Protože v předchozích výkladech o poručenství (V, 33—36) není vůbec zmínky o trojím poručenství (o něm jedná až kap. V, 38), je tato změna už sama o sobě nápadná a v souvislosti s § 2 vzbuzuje dokonce dojem, že Všehrd tu původně psal (snad po vzoru nějakého staršího sepsání?) výklad týkající se jen poručenství dětí a statku (o němž soustavně mluví v kap. 33—38). Původní § 2 zněl totiž: „Kterýž (roz. nejstarší sirotek), když let spravedlivých dojde, poručníky své poručenství zbaví, a sám bratřiemí nebo strýci svými mladšími z práva vládnouti má. To v zemi české od počátku desk za právo se jest vždycky držalo a zachovávalo“. Je zřejmo, že už tento výklad mohl dopadat jen na poručenství dětí a statku, protože počítá s tím, že sirotek došlý let bude „vládnout bratřiemí nebo strýci“: nastupoval tedy i na místo poručníka, kterému byla svěřena péče nad širším svazkem než bratrským nedílem, k čemuž nebyl povolán ani poručník z příbuzných oddělených ani poručník králem jmenovaný (o poručníku „otcovském“ ve vlastním slova smyslu se to rozumí už ze samého pojmu: srov. V, 38, 2 „otec dětem svým“). Tento smysl § 2 se však stal ještě zřejmější tím, že Všehrd v druhé recenzi sem vsunul větu, která výslovně hovoří o poručenství a statku („neb každý sirotek takový... jest bližší poručenství, nežli onen dskami od otce jeho nebo od jiného učiněný“). Všehrd si patrně neuvědomil, že § 2 zůstal i po této úpravě v rozporu s novým zněním § 1.

⁶⁸ Jsou to zvl. Řád pr. zem. 24 (Ordo ibid.: „amicus“) a 31; Ondřej z Dubé 20 („přítel po meči“). Tato svědectví se týkají žaloby z hlavy a „přítelem“ se tu proto nerozumí příbuzný nedílný, který by byl mohl (a podle tehdejších názorů musil) pohánět vlastním jménem z hlavy bratra nebo strýce.

nález zemského soudu z r. 1380 přiznávající právo k poručenství strýci ze strany otcovy považuje za nutné k výroku „est et esse debet de jure directus et legitimus tutor“ připojit slova „et pater commissionis“.⁶⁹ Tento vývoj terminologie se zdá jasně naznačovat, že postavení oddělených příbuzných pečujících o sirotky — jejichž povolání podrobněji ve smyslu římskoprávních předpisů upravil po prvé (?) nález z 5. března 1456⁷⁰ — bylo teprve až někdy od druhé poloviny 14. stol. chápáno podle obdoby poručníka v původním slova smyslu, tj. poručníka ustanoveného dskami, při čemž však byli tito poručníci podrobováni různým omezením a povinnostem podle vzoru poručenství římskoprávního, který tu působil nepřímo analogickou aplikací zásad uplatňovaných královskou kanceláří na poručenství králem dané. Naznačený vývoj poručenství příbuzných byl však ještě komplikován tím, že se začalo názvu poručník užívat i pro osoby, kterým péče o sirotky a jejich majetek připadla na základě jejich postavení v nedílu, a které původně „poručníky“ nebyly (výše str. 167). Poručníky už je nazývá Ondřej z Dubé a ovšem zcela běžně Všehrd: ten však tak činí bez dalšího rozeznávání, kdežto Ondřej zcela zřejmě od ostatních (nedílných) poručníků odlišuje bratra (Ondřej z Dubé 91 a 148): toto zvláštní postavení bratrovo, které se už dříve ukázalo v jiné otázce, se udrželo i po Ondřejovi jako zbytek starého postavení hlavy nedílu, již sirotci připadali do péče v první řadě, a je nejlepším důkazem, že tyto osoby původně „poručníky“ nebyly.

Ondřej z Dubé však také zaznamenal vzácné svědectví o postupném omezování původní disposiční volnosti nedílných poručníků. Za jeho doby byl sice ještě hájen názor, že bratr může „ztratiti“ mladšímu bratru, ale prosazovalo se už mínění jiné, že „poručník a ovšem i bratr nedílný sirotkuom do konce ztratiti nemůže, leč by dluhové a závady otcem jich zašly“ (Ondřej z Dubé 148). Za Všehrda — jak vyloženo na str. 164 — nikdo z příbuzných poručníků nemá zcizovacího práva bez zvláštního povolení krále nebo soudu; u Ondřeje starší z uvedených názorů neomezuje vůbec zcizovací právo bratrovo, a mladší názor pak ani u (ostatních) poručníků, ani u bratra nevylučuje právní platnost zcizení, ale zůstává vyloučení jejich odpovědnosti za majetkový úbytek, pokud se zcizení stalo ke krytí starých dluhů a závad. Jde tu tudíž o stejné pravidlo, které u Všehrda omezuje zásadní disposiční volnost poručníka „otcovského“ (dětí a statku), a bylo už pověděno, že jeho vzor jest hledati v právu římském (výše str. 165).

⁶⁹ Procopii C 12, al 1380, PDZ 1, 464. Patrně staršího data je žaloba na vydání sirotka dosvědčená Knihou Rožmb. 188: „z sirotka přivuzného, chtě ho chovati, trój pónon, právo svědky“. Stojí za povšimnutí, že ve zmíněném nálezu z r. 1380 je spor o přirozené poručenství latinsky označován už „causa...ratione commissionis orphanorum“ (nikoli tedy už „z sirotka“, nýbrž „z poručenství sirotek, nad sirotky“).

⁷⁰ Srov. výše str. 162.

Tento vzor, jak už řečeno, zprostředkovalo v naznačeném mladším období vývoje poručenství (od druhé pol. 14. stol.) poručenství králem dané. Do jaké míry též na sám vznik tohoto institutu zapůsobilo právo římské, nelze tu řešit: zájem panovníka a tím i jeho legitimace k péči o sirotky byly totiž spoluurčovány ještě jinými hledisky, jejichž objasnění nepatří do této souvislosti. Mimo to významnou vývojovou možnost poskytoval tu institut spolku a jeho schvalování králem:⁷¹ tu je ovšem příznačné, že v starším typu královských povolení spolků se sirotky se vůbec nemluví o poručenství⁷² a teprve v mladších listinách se někdy klausule „ita quod factus est cum eo verus unitor seu hromadník (společník)“ nahrazuje slovy „ita quod facit rex W. eos veros patres commissarios et tutores“.⁷³ Objevuje se tu tedy zase terminologie vytvořená pro poručenství dskami a té také od počátku užívají listiny o jmenování poručníka králem.⁷⁴ Jak při tomto způsobu, tak při povolení spolku byli pak společník i poručník nuceni zříditi rukojemstvím pojištěnou záruku pro nároky sirotkům proti nim vzniklé, ukládáno jim majetku sirotčího neumenšovati a byli omezeni jen na správu tohoto majetku. To vše bylo už běžné za Ondřeje z Dubé⁷⁵ a potvrzuje se ze znění královských dekretů,⁷⁶ kterými tu pronikala do zemského práva omezení vesměs napodobená právu římskému, jak bylo už vyloženo výše (str. 163d).

Naznačeným vývojem, jehož počátky spadají nejpozději do poloviny 14. stol., zasáhla tedy do poručenství zemského práva nová vlna římskoprávních vlivů. Ty však postihovaly především jen nové druhy poručenství (příbuzných a poručenství králem daného), při čemž nebyly ani tolik rozhodující pro jejich vznik, jako pro nové pojetí právního postavení poručníků, zvláště pokud šlo o zásadní omezení jejich práva disponovati sirotčím majetkem, o povinnost vésti správu tohoto majetku k prospěchu sirotků, o odpovědnost za škody atd. Tato pravidla nebyla zprvu vůbec přenášena na starší poručenství dětí a statku, zřizované dskami nebo nověji už také kšaftem (na mocný list královský), které sice vzniklo obdobou podle poručenství římskoprávního, ale vyrostlo ve svérázný insti-

⁷¹ Obecný nález z 15. května 1383. Procopli S 19, PDZ 1, 479.

⁷² Srov. např. I Nicolai, ai 1395 („Sezema ostendit“), PDZ 1, 556. I Nicolai R 8, ai 1395, PDZ 1, 560 ajv. až do doby krále Jiříka: srov. Vš. VI, 15, 4. — Protože spolek zakládal uměle nedíl (Vš. VI, 14, 2), potvrzuje se tu znovu, že uvnitř nedílu poručenství původně nemělo místa.

⁷³ I Mathiae, 14. XI. 1414, PDZ 2, 113.

⁷⁴ I Nicolai P 11, ai 1395, PDZ 1, 556: „Václav, římský a český král ... všecky děti aneb sirotky někdy Jana z Ch. se všemi dědinami jich ... mocně poručil jest a poroučí Bozděchovi z B., takže jest [jej] učinil pravého a nejvyššího [!] otce poručníka a obranci všech věcí svrchu psaných“.

⁷⁵ Čl. 98. Vyloučení disposičního zcizovacího oprávnění podává se jasně z poslední věty „Neb král nemohl dáti jiného, než své právo a jeho právo jiné není, než nápad spravedlivý“: toto prosté čekatelství vylučovalo dispoici; srov. už výše str. 164.

⁷⁶ Např. IV. Wenceslai L 19, ai 1412. PDZ 2, 91—2. I Mathiae, 14. XI. 1414, PDZ 2, 113 atd. a u Všehrda vzorec z doby Jiříkovy (V, 39, 1).

tut zcela přizpůsobený poměrům ve starších nedřevných společenstvích. Tak se vytvořila mezi postavením poručníka dětí a statku a poručníka nastupujícího na základě příbuzenství nebo královského jmenování řada nápadných rozdílů, které většinou trvaly ještě za doby Všehrdovy. Nicméně výklad ryze římskoprávního ražení, který Všehrd podává o odpovědnosti poručníků za škody způsobené nedbalou správou poručenského majetku, nebo jeho zmínky o dobrovolném kladení počtu poručníky ustanovenými otcem, jasně nasvědčují, že alespoň nejdůležitější římskoprávní zásady byly v 15. stol. postupně rozšiřovány i na poručenství dětí a statku. Tato tendence je patrná i na poručenství stol. 16., kdy bylo poručníku otcovskému nařízeno zřizovat inventář,⁷⁷ ale vždy tu ještě — zvláště u mocných poručníků otcem ustanovených — zůstává jejich zásadně neomezená moc disponovat po právu sirotčím majetkem, jasně dosvědčující, že jde o nejstarší typ poručenství, který u nás zdomácněl, a udržel si proto nejvíc původních rysů domácí úpravy.

3. Z á v a z k y z e s m l u v. Ve Všehrdových výkladech o majetkoprávních jednáních ukazují se stopy římského — nebo přesněji obecného — práva nejzřetelněji⁷⁸ v různých otázkách týkajících se závazků ze smluv.

⁷⁷ Srov. Kapras, *Poručenství* 46.

⁷⁸ Obsah Všehrdova díla poskytuje mimo to v oboru majetkového práva řadu příležitostí ke zkoumání římskoprávního vlivu v problémech, jež se stávají plně patrnými a řešitelnými jen z pramenného materiálu starších dob a ze souvislostí u Všehrda nepostižitelných. K těm nelze přihlížet v rámci této studie, nemá-li být neúměrně překročen rozsah jí vyměřený a opouštěno základní thema řešením pobočných spleťtých otázek. Na objasnění stačí jediný příklad: V reprodukci deskového vkladu trhu (uvádějícího znění trhově smlouvy) se čte u Všehrda IV, 3, 7, že prodávající „prodal dědictví své žádného práva, zvláštnosti ani panství sobě tu dále k tomu dědictví nepozůstává“. Slova vytištěná proloženě (z nichž Všehrd vynesl v I. rec. právě nejpozoruhodnější výraz „zvláštnosti“) jsou v této podobě známa z některých deskových vkladů druhé pol. 15. stol. (např. II Joh. Planae F 6, ai 1460, PDZ 2, 295; III Joh. Planae I 20, ai 1462, PDZ 2, 319), kdežto jiné, o něco starší zápisy užívají klausule „žádného práva, vlastnosti i ni panstva sobě nezachovává“ (IV Wenc. G 29, ai 1412, PDZ 2, 87; srov. ibid. P 28, ai 1413, PDZ 2, 100), při čemž v obou případech jde o doslovný překlad latinské kautelární výhrady notářské „nichil juris, proprietatis et dominii sibi reservando“ (srov. např. ještě II Joh. Planae E 22, ai 1459, PDZ 2, 294 a mnj. starších dokladů). Kolísající výrazy „vlastnost“ a „zvláštnost“ pro latinský termín *proprietas* jsou tu především — a to i pro dobu Všehrdovu — dokladem, že v domácím právním nazírání dosud nezdomečnalo abstraktní chápání vztahu k předmětu práva, jaké je patrné na římském pojmu *proprietas*: skutečně i ze Všehrdových výkladů se často ukazuje nezměněné trvání konkrétního chápání trvalých právních vztahů k věcem, v němž ústřední pojem „dědictví“ vyjadřuje sám hmotný předmět těchto vztahů a teprve bližší vymezení (dědictví dědičné, manské, zástavní, věnné atd.) určuje druh a míru oprávnění i právních závislostí v jednotlivých případech. Lze proto jistě přijímat, že uvedené klausule (stejně jako pozitivní formulace vyhrazující majiteli „ius dominii ac proprietatis“) v 13. stol., kdy k nám začaly pronikat vlivem notářské praxe, a snad ještě dlouho ve stol. 14. byly ve svém původním znění jen „latinskou maskou nevhodně nasazenou představám práva domácího“ (Vaněček, *Základy práv. postavení klášterů* 1, 1933, 38, pozn. 100); uváží-li se však, že se tyto klausule udržely i v dalším vývoji v nezměněné podobě až do Všehrda — a tedy i v době, kdy valnou část smluv už koncipovaly strany samy — dále že došlo k jejich vyjádření v češtině, a že dokonce nechybí doklad o zpětném překladu českého termínu „zvláštnost“ do latiny (tak si vykládám nezvyklý výraz „nichil inibi juris seu specialitatis pro me reservando“ v listině z r. 1361, Reg. VII, 788, str. 474; cfr. ibid. č. 810, str. 485), zdá se nepochybným, že pojmy *proprietas* a *dominium* —

Nejobecněji se mluví o těchto závazcích v kap. „O smlouvách“, připojené teprve v druhé recensi Knih devaterých (VII, 27); tu se najdou výklady o obecné závaznosti (dvoustranně závazných) smluv (§ 1) a zejména o následcích jich nedodržení (§§ 2—4), které se zcela přimykají k nauce obecnoprávní. Strana, která ve smlouvě stojí, má postupně možnost: 1. vymáhat pokutu smluvenou pro případ, že druhá strana neplnila vůbec nebo tak, jak plnit měla („pro nezdrzenie nebo dosti nečinenie“), 2. nebyla-li pokuta umluvena, žalovat (roz. pro škody) z jednoho či druhého uvedeného důvodu, a konečně 3., nechce-li žalovat, odstoupit od smlouvy. Tuto třetí možnost (odstoupit od smlouvy do té doby pro druhou stranu závazné) dobře vyjadřují Všehrdova slova „jestliže se chce súdov zbaviti, móž také smlúvy v ničemž druhé straně nedržeti“ (§ 4); praví-li tedy Všehrd bezprostředně před tím, že „dosti nečiněním smlúvě každá se smlúva ruší a zdvihá“, jde o zřejmou nedomyšlenost, vysvětlitelnou snad jen tím, že do ryze teoretického textu §§ 2—4, kde mu byl vzorem nějaký výklad obecnoprávní, Všehrd chtěl zapojit konkrétní domácí nález, v němž se prý skutečně pravilo, že „smlúva skrze nedrženie a jí dosti nečinenie a pro nezachovanie vedle nie zmíne a zrušena bude“ (§ 4 posl. věta, nález III Planových L 21). Nález ten se, bohužel, jinou cestou nedochoval, a není proto možno zjistit, zda i uvedený výrok počítal s předchozím odstoupením druhé strany od smlouvy; v každém případě však způsob jeho použití v dané souvislosti Knih devaterých je důkazem, že Všehrd sám nepronikl do právnícké jemnosti nauky, kterou zde — pod vlivem obecného práva — formuloval.

Lépe již dovedl Všehrd využít obecnoprávní nauky o vadnosti vynuceného závazku, kterou zejména úspěšně aplikoval při výkladu smyslu a dosahu nálezu zemského soudu z 13. června 1495 (Albus cit. 99, PDZ 1, 171). Tento nález prohlásil neplatným závazek z ústního slibu („rčení“) provdané ženy, poněvadž jej učinila „za živnosti manžela svého, jsúci vězeň manžela svého“, a jak sama uváděla v námitce proti žalobě, „k vuoli manžela svého“. Ačkoli nedlouho před tím obecný nález z 29. května 1486 vyslovil, že nikdo není povinen držet slib, k němuž byl násilnou mocí (loupežníků a jiných zločinců) přinucen,⁷⁹ přesto se pání na soudě

„zvláštnost“ a „panství“ — nabývaly časem vyhraněného smyslu, který patrně měl krýt relativně nejširší míru oprávnění k předmětu (trhu apod.), a blížil se tedy jasně římsko-právnímu pojetí vlastnického práva. Tento postupný vývoj romanisace právního nazírání v naznačeném směru by bylo ovšem nutno podrobněji prokázat nejen z konkrétních případů použití uvedených a jim podobných klausulí, ale i z pronikání pojmu *plenum dominium* a v souvislosti s jinými otázkami (nejm. s rozšířením nauky o děleném vlastnictví), a poněvadž by při tom nebylo možno vyhnout se řešení otázky, do jaké míry bylo pronikání všech těchto pojmů ovlivněno nespornou praxí konsistoře, je jasno, jak komplexní problém postupu romanisace vyrůstá jen z několika slov Všehrdova textu. Uvedený příklad není při tom nikterak ojedinělý.

⁷⁹ III Andreae C 17, PDZ 2, 414. Nález ten se pozoruhodným způsobem dovolává rozsudku více než dvě stě let starého, který byl vynesena Rudolffem Habsburským ve sporu

při posuzování slibu provdané ženy, učiněného „k vuoli manžela“, raději opřeli o zásadu „žena jest vězněm muže svého“, která se udržela jako zbytek někdejšího právního podrobení ženy muži na základě manželství.⁸⁰ V dlouhém výkladu, který Všehrd k tomuto nálezu podává (V, 24, 4—7), je sice několikrát argumentováno také větou „žena jest vězeň muže svého“, ale od počátku a mnohem častěji Všehrd zdůrazňuje, že nejen ženino „rčení“, ale i jakékoli přiznání nebo vklad do desk nemají být ženě ke škodě, činí-li je z přinucení, nebo jak jednou praví, „z moci a přinucení“ (V, 24, 5). Tento zdánlivě pleonastický způsob vyjadřování je zřejmou parafrází římskoprávního technického výrazu (*uxor*) *vi ac metu compulsa*, který by zde skutečně bylo možno bez porušení smyslu dosadit. Všehrd tedy přehodnocuje domácí právní pravidlo „žena vězeň muže svého“ ve smyslu římskoprávní nauky o donucení: důvodem, proč není „mocné“ (V, 24, 5) zavazovací nebo i zcizovací deskové jednání, které vdaná žena učinila za života manželova k jeho vůli, není její právní odvislost působená svazkem manželským („*ratione conjugii*“: výše pozn. 80), nýbrž nedostatek svobodné vůle, způsobený donucením. Nejjasněji to vyjádřil Všehrd v § 6 cit. výkladu, když původní znění první recense „žádná žena muže mající nemůže sobě se škodů ve dsky klásti“ rozšířil v druhé recensi do podoby „žádná žena muže mající a z jeho přinucenie ve dsky kladúcie nemůže sobě se škodů ve dsky klásti“. Tato formulace, kterou byl dosah zásady „žena jest vězněm muže svého“ zslaben (především přenesením důkazního břemene na ženu: srv. kt. Všehrd V, 24, 7) nezvnikla náhodně: Všehrd ji totiž v druhé recensi pojal i do nově připojeného výkladu o příhodách, kdy „se dsky zastavují a kladenie ve dsky: ... jako když by žena muže mající z přinucenie prodala“ (IV, 5, 6; srv. i dodaný zkomolený text IV, 3, 6). Lze proto s velkou pravděpodobností přičíst vlivu obecnoprávní doktríny i to, že Všehrd přiznal ženě donucené manželem k právnímu jednání možnost vynucený závazek „nařiekati“ (V, 24, 5), a „přebyla-li by muže svého“, dobývat zpět to, čeho takovým jednáním (zvláště deskovým vkladem) pozbyla (V, 24, 7). Známý text nálezu, který tu byl Všehrdovi východiskem, o těchto možnostech nemluví, a protože jde o nález vydaný v konkrétním sporu o závazek ze „rčení“, nelze ani předpokládat, že se soud o nich vyjadřoval v původní podobě nálezu, kterou snad znal Všehrd, a která se nedochovala. Možnost dodatečně napadati následky vynuceného aktu však nepochybně odpovídá

vzneseném Václavem II. proti Otovi braniborskému; žaloba se dcmáhala výroku o neplatnosti závazků, které by někdo na sebe vzal „*vi vel metu inductus, expers proprie libertatis*“ — tedy zcela ve smyslu středověké nauky římskoprávního původu, a v tomto smyslu také král Rudolf žalobě vyhověl (srov. Reg. II, 1297).

⁸⁰ Srov. Tab. terrae Moraviae, Cudae Olom. lib. 2, 73 (Chlumecký-Chytil, *Landtafel* str. 72—3): „*ratione conjugii in captivitate quasi mariti existens*“. Kt. srov. např. Flaveus cit. 106, ai 1455, PDZ I, 139: „ona byla muže svého poddaná, a protož jest ten trh moci neměl“.

obecnému právu římskému a Všehrd patrně nepochyboval o správnosti analogického postupu i pro právo domácí.⁸¹

Ve výkladech o jednotlivých majetkoprávních jednáních nejčastěji se najdou u Všehrda obecnoprávní prvky a ohlasy v souvislosti s trhem. Doslovný překlad úryvku Digest s výkladem o vzniku trhu ze směny (Dig. 18, 1, 1, pr.), položený v čelo kap. „O trhu“ (IV, 3, 1),⁸² má arcí jen cenu literární; významnější je již bezprostředně následující definice trhu (§ 2), který je tu jasně vymezen jako dobrovolné svolení k přijetí „jednoho za druhé“ (tj. peněz za zboží; zboží-*merx*, tj. předmět trhu, Všehrd nazývá „kúpě“), tedy jako trh konsensuální. Tato definice je sice podána ve výkladu, který Všehrd sám (§ 3) výslovně vztahuje na „práva obecní“, ale Všehrd ji nepochybně přijímá i pro právo domácí; potvrzuje to v další souvislosti Všehrdovo učení v § 5, že provedení deskového jednání převodního je pro prodávajícího povinností vyplývající ze smlouvy trhové. Ve zmíněné definici trhu Všehrd mimo to ještě připomíná, že se trh děje „vedlé rovnosti peněz a kúpě“: tu jde patrně o ohlas kanonickoprávního stanoviska, jež zesilovalo římskoprávní předpis o tzv. *laesio ultra dimidium* v požadavek úměrnosti ceny a předmětu trhu a mělo v tom smyslu vliv i na právo obecné.⁸³

Jiný prvek obecnoprávního myšlení, vzniklý původně v nauce kanonické, lze snad spatřovat ve Všehrdově poučce „ktož co prodává..., nemá-li toho a nedrží skutečně, ale nejméně právo k tomu, což prodává, má mieti“ (IV, 3, 4): jde tu patrně o použití pojmu *ius ad rem*, kterým se v obecném právu 15. stol. už běžně označovaly různé případy čekanectví i ve vztazích soukromoprávních.⁸⁴ Poněvadž podobná čekanectví neboli

⁸¹ Názor, že každé právní jednání vyžaduje svobodné vůle jednajících, a že taková vůle není tam, kde byla strana k jednání donucena, pronikal do právního styku v našich zemích už od 13. stol. vlivem kautelárních doložek latinských listin, konstatujících, že se jednající zavázal nebo provedl zcizení *non vi aut metu coactus*, nebo *non coactus nec compulsus* apod. Srov. o těchto klausulích a jejich výskytu ve formulářích polských i českých R. Taubenschlag, *Formularze czynności prawno-prywatnych w Polsce XII i XIII wieku*, 1930, 12–13. T ý ž, *Il diritto romano nei documenti polacchi medioevali*; Acta Congr. iurid. internat. Romae 1934, vol. II, 1935, 363. Stálé zdůrazňování těchto negativních podmínek bezvadného účinku smluvního aktu vedlo patrně už ve stol. 14., kdy jsou v soukromoprávních listinách už častým zjevem (uvádím jen do souvislosti výkladu v textu zapadající doklad CDM VI, 110 z r. 1318, který zaznamenal už Ott, *Beiträge z. Rec.-Gesch.* 158), k přesvědčení o neplatnosti slibů, vynucených zvlášť kvalifikovaným násilím, jemuž dala výraz i Maj. Carolina čl. 29 (o tom viz J. Hobzek, *Majestas Carolina a římské právo*, 1931, 11–13). Protože i výše vzpomenutý obecný nález z r. 1486 podobně se omezil na proklamování neplatnosti slibů vynucených loupežníky, zdá se, že k dalšímu vývoji v posuzování účinků vynuceného právního jednání nedošlo; nelze však přehlížet, že nález z r. 1486 mířil na sliby vynucené loupežným jednáním, a nedalo se předpokládat, že by v podobné situaci došlo k deskovým jednáním, nebo vůbec ke zcizení, jež by bylo nutno právní cestou odčistovat. Proto není vyloučeno, že Všehrd řešením, upraveným analogicky podle práva obecného, vyjadřoval názor v jeho době už obecně přijatý.

⁸² Srov. o něm už výše pozn. 4.

⁸³ Srov. E. Bussi, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto commune*, 1937, 220 a Rosshirt, *Dogmengeschichte d. Civilrechts*, 1853, 282.

⁸⁴ Srov. Bussi, m. uv., 8–12.

„nápady“ i podle domácího práva mohly být předmětem smlouvy tržové a kladeny ve dsky, byl pojem práva k věci, jehož Všehrd v uvedené souvislosti použil, zcela na místě. Naproti tomu v právních stycích podléhajících právu zemskému nebyly praktické tržové smlouvy dodací a spekulací: proto spíše této faktické okolnosti, než vlivu práva kanonického bych připsal Všehrdovu formulaci v posledních slovech téhož § 4 „žádný prodávati nemož, čehož nemá, jako ani dávati“.

Do souvislosti s trhem patří též institut správy; Všehrd totiž zastává, „že se ne každý zápis, ne každý dluh zpravuje, než sám trh“ (IV, 11, 12). Miloslav Stieber,⁸⁵ který dokazoval, že povinnost k správě vznikala ze všech převodů, tedy bezplatných stejně jako úplatných, rozpoznal ve zmíněném Všehrdově stanovisku vliv římského práva, a soudil, že se jím Všehrd dostal do rozporu s jiným obsahem vlastního spisu, v němž se skutečně mluví též o správě věna, — tj. věnného dědictví po zaplacení věna: IV, 11, 12 a V, 32, 2 a 12 — a o správě při zástavě trhem, kde jednak tato povinnost postihuje zástavce po převodu zástavy zástavnímu věřiteli, jednak zástavního věřitele po zpětném převodu věci, když byl dluh splacen (V, 1, 1; V, 2, 1; V, 4, 3; V, 5, 10). Ve Všehrdových výkladech však tvrzení rozporu není: Všehrd totiž zřejmě chápal uvedené situace při věnu a zástavě jako trh, nebo spíše se s takovým pojetím setkával už v deskové praxi. To ostatně připustil Stieber při zástavě trhem a v příkladu splacení věna jasně se to podává z Všehrdova výkladu, že ženina povinnost spravovati vzniká tím, že „své peníze vezme a trhem své věno ve dsky klade“ (V, 32, 12; srv. i § 2 *ibid.*). Tím se ovšem jen zesiluje význam Stiebrova závěru, že se povinnost ke správě u Všehrda omezuje na smlouvu tržovou (které samozřejmě klade po této stránce na roveň směnu: IV, 11, 7); otázkou však zůstává, jde-li tu o názor přijatý teprve Všehrdem, a zejména — co je pro tuto studii důležitější — zda se vliv římského práva projevil na institutu správy jen v jejím omezení na smlouvu tržovou.

Už od počátku 13. stol. byly do smluv o úplatném postoupení nemovitostí (o směně nebo prodeji) pojímány po jiho- a západoevropských vzorech klausule, jimiž se prodatel (při trhu) nebo obě strany navzájem (při směně) zavazovaly odstranit právní závady, které by se dodatečně objevily na postoupeném objektu. Jeden z nejstarších dokladů to vyjadřuje při směně slovy „ut pars parti, alter alteri emendet, quidquid umquam alterutrum questionis emergerit“,⁸⁶ a s výrazem *emendare* snad souvisí český termín „spravit“ i když se běžněji v latinských dokladech mluví technicky o *disbrigare* nebo pleonasticky o *defendere, auctorizare ac disbrigare*.⁸⁷

⁸⁵ K *vývoji správy*, 1901, 14.

⁸⁶ CDB II, 75 sub II, str. 67, ř. 37—8, ai 1207.

⁸⁷ Tak např. CDM IV, 280, str. 357, ai 1289. Srov. i doklady z formulářů polských a českých a z jejich vzorů, které uvádí R. Taubenschlag, *Formularze* 22—23. T ý ž, *Il diritto romano nei documenti pol. medioevali*; *Acta Cong. internat.* II, 371.

Výraz *disbrigare*, řidčeji též *exbrigare*,⁸⁸ naznačuje svou etymologií už přesněji původní obsah povinnosti správy: *dis-* nebo *ex-* a *briga*⁸⁹ — tedy zbavití sporu.⁹⁰ Listiny to leckdy i šíře opisují, velmi výrazně např. při prodeji domu slovy „ut omnes inquietacionis insultus et strepitus, si quis per amicos suos aut alios super libera possessione . . . fleret . . . deberent dissolvere“.⁹¹ K této povinnosti zavazovala se prodávající strana pravidelně vždy s rukojmími, při čemž všichni účastníci slibovali zaplatit pro případ, že by své povinnosti nedostáli, částku pravidelně (ve 14. stol. už běžně) o třetinu vyšší, než byla cena trhov. Povinnost ke správě byla tedy pojištěna umluvenou pokutou (třetina výše!) a ještě prameny z rozhraní 14. a 15. stol. se zdají nasvědčovat, že jestliže kupec včas oznámil (*monitio* — „úmluva“) správci nastalé překážky v užívání nebo spor, který naň byl vznesen, a správce ani smírnou cestou překážky neodstranil, ani do sporu nevstoupil, nastává možnost exekučního vymáhání pokuty *propter indisbrigationem* — tedy striktně podle umluveného závazku. To se podává z pramenů dostatečně jasně tam, kde se právní vady projevily jako faktická *impedimenta* a správce jich neodstranil.⁹² Šlo-li o spor, víme pouze, že kupec — který byl pohnán a po vysvědčení půhonu dal svému správci úmluvu, při prvním líčení pak odepřel odpověď na žalobu odvoláváje se na správce⁹³ a žádal soudní rok, aby ho mohl za sebe postavit — ztrácel při, jestliže se správce bez omluvy ke stanovenému roku nedostavil (Off. 74 a 81). Mohl tedy kupující — za předpokladu, že se sám jak k svědčení půhonu, tak ke všem rokům dostavil — vymáhat na správci slíbenou pokutu právě už proto, že se správce nedostavil ke stanovenému roku a sporu ho nezprostil, neboli i v tomto případě doslova *propter indisbrigationem*.

V právu doby Všehrdovy však byla situace podstatně jiná, protože se uznávalo, že pohnaný kupec neztrácí při tím, že se jmenovaný správce ke sporu nedostavil, a bylo proto kupcovou povinností, aby vedl spor i dále sám.⁹⁴ Pro Všehrdu o tom není pochybnosti: „Pakli po dání úmluvy tvój zpravce tebe nezastúpí, již se můžeš o to sám súditi“ (III, 13, 24; srv. VII, 37, 6: „musíš se sám súditi“). Maje tuto možnost mohl se ovšem svých zájmů dbalý kupec ve sporu proti uplatňování domnělých vad ubránit sám,

⁸⁸ Srov. např. Reg. IV, 1210, str. 483, ai 1343: „promittimus bona fide sine dolo exbrigare“.

⁸⁹ Briga: iurgium, rixa, pugna (Du Cange shv.).

⁹⁰ Srov. Du Cange s. hh. vv.: exbrigare — lite et iurgio liberare; disbrigare — molestia et lite liberare.

⁹¹ Reg. II, 1399, str. 601—2, ai 1287.

⁹² Na tuto situaci se vztahuje „Forma monitionis propter indisbrigationem“ a zvl. „Inductio pro eodem“ ve vzorcích ČIB II, 2, 311, čís. 77 a 78; z deskových dokladů srov. Procopii O 16, ai 1382—9, PDZ 1, 474 (opětovně: „propter impedimenta“).

⁹³ O tomto postupu viz Ondř. z Dubé 18 na k. a kt. Stieber, *K vývoji správy* 18—19.

⁹⁴ Podle Vlad. zřiz. 206 (AČ V, 118) bylo tak nalezeno už r. 1455 rozsudkem zapsaným v Bílých deskách půhonných.

takže tím, že správce jej v procesu nezastoupil, nemusel být majetkově poškozen, a proto se i nastupování na liknavého správce („pro nezpravu“) odkládalo do doby až po výsledku sporu. Všehrd o tom píše: „obráníš-li se, dobře můžeš škod svých na tom, proti komuž práv ostaneš, postihnúti; pakli se neobráníš, než prosúdíš, nic sobě neztratíš než svému zpravci, a po tom odsúzení zpravú na svého zpravci... sahneš“ (III, 13, 24: ř. 227 až 230 Jir. vyd.). Myšlenkový postup Všehrdův tu však nápadně připomíná poučení, které ve stejné situaci dává const. 9 titulu de evictionibus Justinianova Kodexu⁹⁵ a tuto shodu nelze považovat za nahodilou: v jeho díle se totiž také najde podobná parafráze bezprostředně předcházející const. 8 téhož titulu Kodexu, a to ve výkladu o nutnosti „úmluvy“ při správě. I tam (IV, 11, 17) Všehrd zdůrazňuje: „Též také i ten, ktož zpravce má a z toho dědictví je pohnán, za kteréž zpravce má, bez nich se súdí, a jim úmluvy vedlé práva nedáda, když prosúdí, zpravu svú potracuje“.⁹⁶ Konstatování těchto shod nemá vést k závěru, že Všehrd čerpal své výklady přímo z uvedených pramenů; jisté je však, že jeho výklad podává pod jejich vlivem formulovanou nauku, podle níž uplatnění nároku ze správy už nenastávalo doslova *propter indisbrigationem* (tj. proto, že správce nepřevzal spor, jak byl povinen), nýbrž proto, že kupec prosoudil a věc mu byla odňata meritorním rozsudkem,⁹⁷ neboli (*ludicio*) *evicta*, evinkována.

Institut správy přiblížil se tedy v právu doby Všehrdovy římskému právu především tím, že se přeměnil v ručení za evikci. Ani tím se však nevyčerpávají římskoprávní vlivy, kterými bylo modifikováno původní ručení správců. Zřejmé doklady podávají o tom zejména Všehrdovy zmínky o ručení spolusprávců nebo přesněji rukojmí, kteří se zavazovali *disbrigare* společně s prodátelem a ve smyslu domácích zásad o rukojemství původně ručili ve stejné řadě s prodátelem, ne-li před ním.⁹⁸ Všehrd jasně přiznává jejich ručení už povahu pouze subsidiární (IV, 11, 13) a uvádí pro to hned několik nálezů, z nichž nejstarší je z konce stol. 14.⁹⁹ Zvlášť jasná je však formulace nálezu uváděného Všehrdem na místě prvním (I Mauritiu B 5, ai 1404, PDZ 2, 6), který výslovně připomíná jmenovaný nález starší a

⁹⁵ Cod. 8, 44, 9. „Si controversia tibi possessionis, quam bona fide te emissem adlegas, ab aliquo movetur, auctori hereditate eius denuntia. Et si quidem obtinueris, habebis, quod emisisti. Sin autem evictum erit, a venditrice successoreve eius consequeris, quanti tua interest“.

⁹⁶ Kt. srov. Cod. 8, 44, 8: „Emptor fundi, nisi auctori aut heredi eius denuntiaverit, evicto praedio neque ex stipulatu neque ex dupla neque ex empto actionem contra venditorem vel fideiussore eius habet“.

⁹⁷ Nikoli kontumačním rozsudkem pro nestání; srov. VŠ. IV, 11, 16: „Ktož zpravu má a pohnán jsa nestojí, a právo na sobě ustátí dá, ten žádný pro nezpravu na svého zpravci sáhnúti nemóž“, a kt. Cod. 8, 44, 8 (v pokrač. textu uved. v předch. pozn.): „Sed et si ludicio emptor non adfuit..., regressum adversus eum [i. e. venditorem] non habet“.

⁹⁸ Srov. kt. R a u s c h e r, *K rukojemství v českém právu zemském*, 1923, 13.

⁹⁹ II Nicolai D 22, ai 1397, PDZ 1, 574.

ukládá vésti právo nejprve na hlavního dlužníka: „propter indisbrigationem hereditatum... debet ducere ius super hereditates principalis..., quia hoc est de iure, quod super principali semper prius debet duci, et si in principali quid deficeret, tunc super disbrigatores et eorum hereditates“. Odůvodnění nálezu se tedy opírá přímo o jakýsi právní předpis stanovící subsidiaritu rukojemského závazku („quia hoc est de iure, quod“ etc.); tím však může být myšlena jen Justiniánova Novella 4, která ustanovila, že v první řadě ručí *principalis* (roz. *debitor*) a pak teprve rukojní, a tuto zásadu, stanovenou pro všechny případy rukojemství, ještě výslovně vztáhla i na rukojní zaručující prodatelův závazek pro evikci.¹⁰⁰

Kontrolní důkaz o tom, že zemský soud v uvedeném nálezu — a vůbec při rozhodování o ručení spolusprávce — měl skutečně vzorem předpisy citované justiniánské Novelly, podává pak postup nařizovaný v situaci, „kdež jest několik zpravců a o jistcových dědinách se neví, a kupující se na dědictví zpravec vede, a ti tomu vedení práva otpierají, ... že vědie dědiny jistcovy“ (IV, 11, 20). I zde se Všehrd opírá o několik zemských nálezů a mezi nimi opět především o nejstarší nález v této otázce z r. 1397 (viz pozn. 99) a v souhlasu s nimi vykládá, že správci mají dědiny jistcovy „kupujícímu z práva okázati“ (v cit. nálezu: „debent ostendere principales hereditates liberas et sufficientes“). „A okáží-li, tehdy jich dědin má necháno býti a na jistcovy se dědiny má vésti; pakli dědin jistcových neokáží, ta zprava na dědinách jich i práva vedenie zůstává“. Tento postup je u Všehrda (§ 20 a 21) a ovšem i v nálezech jím citovaných cele přizpůsoben ručení nemovitým majetkem a pravidlům o exekuci zemského práva; odmyslí-li se však tyto podrobnosti, dá se opět nalézt v ustanoveních Justiniánovy Nov. 4. V justiniánském a obecném právu, kde exekuce postihovala vždy všechnen majetek (i movitý) a zásadně — třeba ne vždy prakticky — i osobu dlužníkovu, základní překážkou vedení práva mohla být nepřítomnost dlužníkovu a Nov. 4. proto ustanovovala v cap. 1, že při nepřítomnosti hlavního dlužníka, která působí, že se věřitel přímo obrací na rukojní, má býti rukojním „volentibus principalem deducere“ poskytnuta lhůta k postavení hlavního dlužníka na soud a postih na ně povolen teprve kdyby tak včas neučinili. Analogie těchto pravidel s postupem ukládaným v nálezu z r. 1397 a skutečnost, že tento nález je výslovně zmíněn v rozhodnutí z r. 1404, které se dovolává předpisu stanovícího subsidiaritu rukojemského závazku, ukazují tak shodně na svůj původ a jsou bezpečným dokladem vlivu obecného práva na judikaturu zemského soudu na rozhraní stol. 14. a 15.

¹⁰⁰ Nov. 4 cap. 2. „Et non solum hoc in creditoribus dicimus, sed et si quis emerit aliquid ab aliquo, deinde acceperit eum, quem vocant confirmatorem, et moveatur in aliquo venditionis conventio contra venditorem facta, non adversus confirmatorem mox emptor accedat..., sed ad venditorem prius“.

Tento pozoruhodný doklad nelze arci vykládat v tom smyslu, že zemský soud uznával římské právo za právní řád, jímž by byl povinen se řídit při svých nálezech. Jde tu prostě o zjev známý z praxe středověkých soudů, které byly při nalézání práva do té míry svobodné, že mohly užít zásady nebo předpisu jakéhokoliv původu, jestliže se jim pro nově řešenou a ve vlastních nálezech dosud nerozhodnutou otázku zdál správný.¹⁰¹

K nalézání práva touto cestou, která je u nás častěji doložena v památkách činnosti soudů městských, mohlo docházet zvláště od doby, kdy byla opuštěna zásada formálních průvodů a soud byl v každé při postaven před úkol nalézt materiální rozhodnutí sporné otázky. Je pochopitelné, že pro volbu vhodného řešení měla význam i přesvědčivost přednesených názorů stran, které si soud mohl osvojit. Při nově se naskytujících otázkách pronikaly tak do nálezů zemského soudu prvky římského soukromého práva i bez zřejmé aplikace jeho zákonných předpisů,¹⁰² např. tím, že bylo uznáno právo vymáhat některé nároky dosud nevynutitelné (stačí tu jmenovat uznání nároku na náhradu škody i mimo případy činů trestných), že byly nově nebo podrobněji formulovány podmínky k platnosti různých právních jednání, ke vzniku právních poměrů atp. Stopy vlivů římského práva proniklých touto cestou až do doby Všehrdovy do zemského práva jsou patrné i na různých místech výkladů Knih devaterých (např. v různých otázkách náhrady škody; v pravidlech o „svěření“ — mandátu: IV, 9 §§ 6, 9, 12; v některých pravidlech o úrocích: I, 5, 8 ajv.), ale potřebné důkazy o míře a způsobu římskoprávního vlivu, který se tu projevil, byly by už příliš náročné na rozsah tohoto pojednání.

V.

Mezi myšlenkami, šířenými od 12. stol. ze středověkých právních škol do práv různých národů evropských, přínosem největšího kulturního významu byly nauky procesní. Šlo tu o zásady a pravidla, vytěžená z pramenů římskoprávních, která byla přizpůsobena změněným poměrům a názorům nejprve pro potřebu soudů církevních (vlastní proces „římskokanonický“) a pak i soudů světských (zvl. městských obcí italských, kde se některé prvky římského procesu, někdy v barbarisované podobě, udržely přes raný středověk); této látce zmocňovali se legisté i kanonisté ital-

¹⁰¹ Pro možnost dalšího použití takové zásady cizí provenience byl ovšem už rozhodující jen fakt, že byla jednou pojata do zemského nálezu; její cizí původ se tedy hned stíral.

¹⁰² Případy toho druhu, jako je svrchu prokázané použití Justinianovy Nov. 4, byly asi řídké. Od čtyřicátých let 15. stol. objevují se však ojedinělé římskoprávní normy v českém rouše v nálezech obecných (srov. např. IV Mathiae A 27, al 1437, PDZ 2, 159) nebo je tam na ně reagováno (např. II Andreae N 11, al 1485, PDZ 2, 404—5); příznačně však výše vzpomenutý nález z r. 1486 o slibech vynucených loupežným násilím rekuruje raději k říšskému nálezu Rudolfa Habsburského, než aby se přímo dovolával obecnoprávních pravidel v něm uplatněných.

ských právních škol ve zvláštních spisech nazývaných legisty *ordines iudicii* nebo *iudiciorum*, kanonisty *ordines iudiciali*, a rozvíjeli ji v podrobnou procesní nauku fundovanou římskoprávními i kanonickými prameny. Tato italská procesní doktrína dospěla vrcholu před polovinou 13. stol. a její největší význam lze spatřovat v tom, že objevila a svou prací do podrobností vybudovala dokonalý postup racionálního rozhodování právních rozepří neustranným soudem, povinným šetřit zájmů obou stran. Zároveň byly tu už položeny základy pro zvláštní proces trestní (kriminální), k jehož propracování — zvláště v rozdílech odlišujících řízení před soudy církevními a světskými — přikročily teprve pozdější generace italských procesualistů i kriminalistů. Četné z těchto nauk zapůsobily i na vývoj soudního řízení v zemích českých a jsou různým způsobem patrný i v obsahu díla Všehrdova.

Podoba zemského procesu doby Všehrdovy je výsledkem dlouhého vývoje, který je v pramenech historicky bezpečně doložen — ač ne ve všech jednotlivostech — od počátku 13. stol. Najdou-li se tedy v díle Všehrdově ojediněle procesní prvky římského původu v pravidlech, bezpečně v našich pramenech doložených už v prvních desetiletích 13. stol., je to důkazem, že jde o zásady a pravidla, která k nám pronikala už ve stol. 12., a někdy snad i dříve, mimo vliv italských právních škol. Příkladem lze uvést pronikání zásady, že nepřítomnost při některých aktech na soudě může být omluvena a z ní plynoucí nepříznivé následky pro strany¹⁰³ zamezeny nebo odstraněny typickými omluvnými důvody. Všehrd píše o těchto důvodech v několika kapitolách svého díla (II, 5 až II, 8; II, 14, 14—16; III, 13, 17—18; III, 18, 16—17), ale teprve v druhé recensi položil na začátek prvního z těchto míst (II, 5, 1) celkový výpočet omluvných důvodů nepřítomnosti při svědčení pŕuhonů. Všehrd učí, že se lze omlouvat trojím způsobem: „potřebů“ (tj. nepřítomností v zemi, zvl. pro královskou nebo zemskou potřebu), „příhodů“ (tj. nemocí, úrazem apod.) a konečně „nůzí“: pod tento způsob však Všehrd počítá jednak povodeň, jednak vězení nebo zajetí, takže se i u něho ve skutečnosti objevují čtyři skupiny omluvných důvodů nepřítomnosti, totožné s těmi, kterými podle italské

¹⁰³ Původně jen pro pohnaného, jehož nestání působilo, že se dávalo žalobci za právo s možností přistoupit hned k exekuci (tak i Vě. III, 18, 1 dd.; původně to byla exekuce svépomocná, historicky doložený postup je patrně kombinací domácích prvků s vývojově složitým řízením kontumačním, o jehož vzniku srov. G. W. Wetzell, *System d. ordentl. Civilprocess*, 1878, 617 a lit. uv. v pozn. 46); mimo to mu byla v 13. stol. — nevíme, zda ve všech sporech — ukládána soudní pokuta (o tom srov. Markov, *Venditto debitoris. K otázce výkladu Statut Konráda Oty*; Bratislava VIII, 1934, 466—7 a pozn. 29 ibid.). Všehrd ovšem zná i nepříznivé účinky, které nestáním vznikají žalobci: ztrácí pŕuhon, takže musí pro tutéž věc pohánět znovu a pohnaný ho může žalovat pro procesní náklady (II, 3, 7 a 10; II, 5, 12): tu jde o pravidla novějšího data, která pronikla do zemského práva z procesu římskokanonického (VI, 2, 6, 1; ale už také Auth. *Quod flet* zařazená jako dictum Grat. p. c. 4 § 6 C. 3 q. 3; Nov. 69 c. 3, pr.; v zemském právu odpadla kauce vyžadovaná v římskokanonickém procesu na žalobci při nové žalobě).

procesní nauky, odvozené z římských pramenů, mohla strana opřít žádost o navrácení v předešlý stav, i když proti ní byl vydán kontumační rozsudek.¹⁰⁴ Zřejmá ekvita myšlenky, že procesní újma stanovená pro nepřítomnost (a jí projevenou nevážnost k soudu) nemá postihovat pohnaného, který svou nepřítomnost nezavinil, prorazila si velmi brzy cestu do národních práv v západní i ve střední Evropě.^{104a} V jejich soudním řízení nebyl znám institut procesní restituce, ale z důvodů, jež pro tuto restituci stanovily římské právní sbírky (ve středověku obecně zvané prostě *leges*), uznávala se možnost omluvit nepřítomnost žalovaného (stalo-li se tak včas, tj. event. i dodatečně do nepřiliš dlouhé lhůty).¹⁰⁵ S touto možností v našich zemích se výslovně počítá v brněnské a znojemské redakci Statut Konráda Oty z let 1229 a 1237, podle nichž pohnaný, který se nedostavil na soud, měl být pokutován, „nisi legitimum probare possit impedimentum“.¹⁰⁶ Ve stejném smyslu však mluvily o *echte* nebo *ehafte not* i Saské a Švábské zrcadlo,¹⁰⁷ v nichž se najdou už typické, třebaš v podrobnostech nepatrně se lišící výpočty „zákonných“ překážek (*ē* — zákon, *ehaft* tedy totéž, co *legitimus*),¹⁰⁸ které pak prokazatelně u nás zapůsobily na městské právo brněnské.¹⁰⁹ Zdá se, že zejména formulace Švábského zrcadla měla vliv (při pozdějším ustalování typických omluvných důvodů v praxi) i na zemské právo v Čechách: alespoň Všehrdem uváděný omluvný důvod „potřeby královské“ (v řím. pramenech je to nepřítomnost *rei publicae causa*) se v latinských pramenech z konce 14. stol. označuje termínem

¹⁰⁴ V této podobě formulovalo u nás věc IRM 4, 18, 15, které přidává jako pátý omluvný důvod předvolání k vyššímu soudu („ad majus tribunal evocatus“).

^{104a} Srov. už franckou „*sunnis*“ jako omluvu nepřítomnosti na soudě: o ní E. Chénou, *Hist. gén. du droit français public et privé* I, 1926, 250 a zvl. Art Schmidt, *Echte Not*, 1888, 5 dd. s četnými doklady. Jmenování autoři neřeší otázku římskoprávního vlivu na tento institut.

¹⁰⁵ Dojde-li k uznání omluvného důvodu později, musí být vyslovený nepříznivý následek nepřítomnosti zrušen; proto Všehrd III, 18, 16–17 mluví o tom, že se stané právo „zdvihá“. To už ukazuje na skutečnou restituci. Dovolané nálezy jsou ovšem až z druhé poloviny 15. stol.: Albus cit. 111, ai 1486; ibid. 237, ai 1491, PDZ 1, 175 a 214.

¹⁰⁶ CDB II, 325, str. 331, ř. 26–28. CIB I, 36 § 33, str. 71. Výklad těchto článků a jim odpovídajícího předpisu první redakce Statut z r. 1222 (který se nezmiňuje o možnosti omluvy: srov. CDB II, 234, str. 224, ř. 31) podal Markov v práci cit. výše v pozn. 103.

¹⁰⁷ *Sachsensp.*, Landrecht II, 7 (vyd. Eckhardt čl. 54). *Schwabensp.* čl. 30 (vyd. Lassberg). I když snad německé právní knihy věcně navazují na „*sunnis*“ práva franckého, dávají výrazem *echte not* počátek zcela nové terminologii (o tom Schmidt, uv. m. 12 d.), ukazující jasně na *leges* jakožto základ omluvných důvodů.

¹⁰⁸ Srov. v glosách Eckhardtova vydání s. v. *ē* (2) a *echt* (1).

¹⁰⁹ To plyne ze srovnání uved. míst německých právních knih se starším brněnským nálezem u Roesslera, *Die Stadtrechte v. Brünn*, 1852, 392 č. 191, který však už také (v pořadí důvodů) podlehl vlivu IRM 4, 18, 15. Písař Jan převzal do právní knihy v latinském překladu jednak první větu uved. staršího nálezu (sent. 114: „*Causae absentiae legitimaе sunt quatuor*“), jednak (sent. 115) podrobnější ustanovení konečných odstavců čl. 113 Šváb. zrcadla o způsobu a lhůtách omluvy. Spojitost brněnského nálezu se Šváb. zrcadlem přehlédla Gertr. Schubart-Flkentscher ZSS GA, 1947, 158, a uváděje některá místa římskoprávních pramenů, která jsou vlastním základem nauky o omluvných důvodech, neprávem také tvrdí, že římské právo k nim nepočítá povodeň: nevšimla si totiž, že nauka (srov. glo. *potuerunt* ad Dig. 4, 6, 25, 9) opřela tento důvod o Dig. 43, 19, 1, 9.

„servitium regis“ (Off. 39—41), což připomíná způsob vyjadřování Švábského zrcadla („ob ein man in riches dienste ist“). Tu však šlo patrně už jen o podrobnosti: institut sám u nás byl zdomácněn více než půl století před vznikem Švábského zrcadla a pronikal k nám patrně vývojem souběžně probíhajícím ve všech zemích středoevropských. Naznačený způsob pronikání ojedinělých prvků římskokanonického procesu do českého práva zemského byl však u nás v druhé polovině 13. stol. vystřídán mocněji zapůsobivším celkovým vlivem tehdy už plně rozvitých procesních nauk italských, a podobný nápor se pak až do doby Všehrdovy ještě dvakrát opakoval: jednou na rozhraní stol. 14. a 15., podruhé — a to už v menším měřítku — v druhé polovině stol. 15. Ať tu šlo (ve stol. 13.) o přímý a panovnickými reformními snahami nesený vliv italské doktríny a praxe (zvl. notářské) v souvislosti se vznikem zemských desk, ať šlo (ke konci stol. 14.) především o vliv praxe domácích soudů církevních podporovaný vzrůstem obecné vzdělanosti a s ním souvislou proměnou názorů na právo a zvláště proces, nebo konečně (po polovině stol. 15.) o působení vzoru už značně romanisovaného procesu před městskými soudy, jehož výhody při změně svých hospodářských zájmů začala oceňovat i šlechta: všechny tyto tři vlny náporu tzv. římskokanonických vlivů do zemského procesu vznikaly ze zvláštních domácích podnětů a způsobily, že hlavní postup romanisace tu procházel značně samostatným, na okolních zemích nezávislým způsobem. Prvky procesních nauk středověkých právních škol, proniklé do zemského práva až do doby Všehrdovy, jsou v převážné většině organickým výsledkem tohoto vývoje a pro posouzení jejich významu je proto důležitější o nich promluvit souhrnně v seřazení daném zjednodušeným postupem řízení, než podle časového pořadí, kdy který z nich zdomácněl v českém právu.

Zahajovací akt tohoto řízení, který připravoval soudní projednání sporu, byl půhon, pro nějž se běžně už v 13. stol. užívalo latinských termínů *citare*, *citacio*. Jde tu zřejmě o *usus* staršího data, který však nevystihuje původní ryze svépomocnou povahu půhonu, a je snad možno ho spojovat se zavedením účasti úředního orgánu při půhonu, požadované u nás — nejasno pod jakým vlivem — už ve stol. 12.¹¹⁰ Všehrd o půhonu praví, že „jest první počátek a cesta k súdu“ (III, 1, 1). Tato slova připomínají výrok Glosy k Dekretálům Řehoře IX. „*citacio est principium sive fundamentum ordinis iudiciarii*“, často se vracející v procesní literatuře, zvláště kanonistické:¹¹¹ *citacio* i půhon skutečně otvíraly cestu k dalšímu řízení, ale

¹¹⁰ O původní povaze půhonu a o změnách způsobených zavedením účasti úředního zřízení při něm srov. Markov, *Přípravné řízení procesní v čes. právu zemském XIII.—XVII. stol.*, 1930, 39—43. — Původ terminologie *citare*, *citacio* z kanonického procesu dovozuje pro Polsko A. Vetulani, *Pozew sądowy*, 1925, 6 zvl. ot.

¹¹¹ Srov. kt. podrobněji Boháček, *Processus iudiciarius secundum stilum Pragensem*; Akademiku V. Vojtíškově k 75. narozeninám, 1958, 27.

nebyly ještě vlastním zahájením sporu. Nicméně už s oběma jsou spjaty některé důležité právní následky. Poněvadž se citací římskokanonického procesu zejména přetrhovalo promlčení žalob, a věc, o niž byl spor, se stávala *res litigiosa* s tím účinkem, že ji žalovaný nemohl platně zcizit,¹¹² je pravděpodobné, že podobné právní následky půhonu, které zaznamenává i Všehrd,¹¹³ a které jsou bezpečně doloženy v pramenech stol. 14.,¹¹⁴ měly alespoň ve svém základu vzor v uvedených zásadách římskokanonického procesu.

Rovněž nelze určitě říci, po kterém vzoru bylo přijato pravidlo o trojím opakování půhonu u některých žalob, které znamenalo, že pohnaného postihovaly účinky nestání teprve když se nedostavil k soudu ani na třetí půhon. Při jeho zavedení šlo tedy o to, aby byla ulehčena situace pohnaného, který v nejstarší době byl při neuposlechnutí půhonu ponechán svépomocnému donucení pohánějícího, a nelze tu proto vyloučit vliv církve nebo přesněji vliv římskoprávního předpisu, který církev v této otázce ve svých sbírkách už dávno před Graciánem soustavně prosazovala.¹¹⁵ U některých žalob trojí půhon nikdy zaveden nebyl (např. ze zločinstva, z loupeže, z různých ran atp.), ale Statuta Konráda Oty dosvědčují, že byl vžitým pravidlem už počátkem 13. stol. při žalobě „pro debito“,¹¹⁶ a stejně tomu patrně bylo u všech ostatních žalob, kde byl vyžadován ještě ve stol. 14. (Rožmb. kn. 177 dd., Off. 1 dd.). Vývoj, který lze sledovat odtud až do Všehrda, totiž ukazuje, že se počet žalob s předepsaným trojím půhonem neustále zmenšoval,¹¹⁷ takže pro Všehrda je pravidlem půhon jediný a trojí půhon výjimkou (III, 22, 11). V tomto vývoji však už je zároveň patrný vliv římskoprávního pravidla (Dig. 5, 1, 72) přijatého italskou právní naukou,¹¹⁸ že i při zásadě trojí citace je ponecháno soudci, aby podle okolností (k nimž patří i *condicio causae*) prohlásil už prvé pozvání na soud peremptorním: v českém právu zemském se tyto případy praxí pevně rozlišily (znáti je bylo za Všehrda věcí komorníčního

¹¹² O těchto následcích citace srov. Nic. M ü n c h e n, *Das kanonische Gerichtsverfahren u. Strafrecht* I, 1865 (dále cituji: M ü n c h e n) 257—8; Gius. S a l v i o l i, *Storia della procedura civile e criminale* (Del Giudice, *Storia del diritto ital.* III, 2) 1927, 263. Základní pramennou oporu poskytovalo pro přetržení promlčení dictum Grat. post. c. 15 C. 16 q. 3 § 5 (ex Cod. 7, 40, 2) a pro dobu, kdy se stává *res litigiosa*, definice Auth. *Litigiosa* ad Cod. 8, 36 [37] 1 (ex Nov. 112 c. 1, pr.), zvláště když i počátek litispendence byl Clem. 2, 5, 2 výslovně spojen s citací.

¹¹³ Srov. o přetržení promlčení půhonem IV, 11, 23; o vázanosti statku zastiženého půhonem: III, 7, 7 a 20; IV, 13, 12.

¹¹⁴ Srov. o nich M a r k o v, *Přípravné řízení* 199 dd.

¹¹⁵ Srov. kt. E. J a c o b i, *Der Prozess im Decretum Gratiani*; ZSS KA 3, 1913, 266, text a pozn. 6 o cap. Hinkmara Remešského, převzatém do C. 24 q 3 c. 6 § 1.

¹¹⁶ Srov. místa cit. výše pozn. 106.

¹¹⁷ Srov. o této tendenci vývoje M a r k o v, *Venditio debitoris* str. 466 text a pozn. 26.

¹¹⁸ Srov. např. Pillius, *Ordo iud.* 2, 19 (vyd. B e r g m a n n, Pilli, *Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine*, 1842, 42). Tancredi *Ordo iud.* 2, 3, 1 (Bergmann 131—3).

starosty: III, 16, 1) a vlastnost peremptornosti¹¹⁹ se proto přenášela na rok, k němuž se musel pohnaný dostavit („rok zavitý“).¹²⁰

Jinou vlastností půhonu, která souvisela s jeho původním charakterem soukromého aktu, a v prostředí, kde znalost písma byla výjimkou, se musela dlouho udržet, byla jeho ústní forma¹²¹ (srov. ještě Vš. III, 13, 10: „Máf také pověděti komorník...“). Podle svědectví našich pramenů ze 14. stol. komorník musel ústně oznámit pohnanému, od koho jej pohání, ke kterému soudu a na který den.¹²² Obsahově tedy vykazovalo toto oznámení minimální údaje, které podle procesní italské nauky 13. stol. měly být oznámeny žalovanému při citaci římskokanonického procesu; část této nauky však žádala, aby při citaci byla uvedena i *res, quae petitur a causa petendi*,¹²³ takže hned s pozváním na soud byl žalovaný zpraven i o podstatném obsahu žaloby.¹²⁴ K témuž cíli směřoval však i obecný nález z r. 1454, zaznamenaný Všehrdem (III, 5, 1: II Dúpovcovy P 29, PDZ 2, 256), podle něhož „každý, ktož útok zapisuje, ... hned má jmenovati, z čeho chce pohnati“; tento údaj nalezneme u Všehrda (III, 13, 10) i ve výpočtu obsahových náležitostí ústního oznámení, činěného komorníkem pohnanému, které se tu tedy vyrovnávalo s uvedeným požadavkem procesní doktriny středověkých právních škol.

V době Všehrdově dostával však pohnaný prakticky do rukou i opis půhonu na ceduli (III, 13, 9), který měl komorníčí starosta dát každému komorníku napsaný tak, jak stál v jeho rejstřících (III, 15, 5).¹²⁵ Zápisy v těchto rejstřících byly sice zásadně teprve „útoky“ (III, 3, 1; III, 7, 1), ale protože se podle líčení Všehrdova útok stával technicky půhonem prostě tím, že jej komorník provedl (III, 3, 2) a žalobce měl žádat o zápis útoku „slova půhonu hotova maje“ (III, 7, 3), nebylo patrně obsahového rozdílu mezi zněním půhonu, zapsaným do rejstříků komorníčího starosty a jeho textem, vkládaným do půhonných desk. Provedení půhonu se proto za Všehrda alespoň prakticky rovnalo doručení opisu žaloby,¹²⁶ neboť

¹¹⁹ V čem tato vlastnost záleží, vysvětluje římskoprávní pramen Dig. 5, 1, 70: (edictum) „peremptorium..., quod inde hoc nomen sumpsit, quod peremeret disceptationem, hoc est ultra non pateretur adversarium tergiversari“.

¹²⁰ Srov. Brandl, *Glossarium* s. v. rok 10. — Výrazu „zavitý pónon“ užívá překlad horních práv Václava II. (4, 2, 5).

¹²¹ Ani v procesu římskokanonickém nebyla vůči laikům písemná citace obvyklá; „quia cum laici nesciant legere, non eis consueverunt litterae destinari“: Gratia Aret., *Summa de ordine iud.* 1, 4, 2 (Bergmann 331).

¹²² Markov, *Přípravné řízení* 166 text a pozn. 3.

¹²³ Markov, *uv. m.* 166 text a pozn. 4.

¹²⁴ Tomuto požadavku se přizpůsobila ve 14. stol. i praxe církevních soudů pražských, jak je vidět na příkladu citace v Puchníkově spisku *Processus iudiciarius sec. stilum Pragensem*, fol. 185b rukopisu olom. kapituly C. O. 309. Citace k delegovaným soudcům papežským inserovaly do svého textu papežský mandát s plným zněním žaloby: srov. *Ordo iudiciarius Antequam dicatur* (známý u nás už ve 13. stol.), vyd. Riedner, 14–15.

¹²⁵ O tom blíže Markov, *Přípravné řízení* 168.

¹²⁶ Srov. Markov, *Přípravné řízení* 169.

podstatnou částí textu půhonu, tak jak byl vkládán do půhonných desk, a jak se s ním v opise z rejstříků starostových seznamoval pohnaný, byla písemná formulace žaloby (II, 11, 1; II, 13, 13), a to už od druhé poloviny 13. stol.

Tato úprava půhonů, která v době, kdy k ní došlo, byla podle Markova jedinečnou procesní reformou ve střední Evropě, souvisela se vznikem a diferenciací soudních knih zemského soudu (zemských desk), ale neznamenala, že se žaloba zemského procesu stala písemnou: písemný byl jen její deskový vklad (*impositio querelae*: cfr. Off. 68; 69), prováděný úřadem do soudních knih k žádosti pohnávajícího.¹²⁷ Šlo tedy v podstatě o ústní podání žaloby do soudních knih (úředního protokolu) a vzorem pro ně byla s největší pravděpodobností *depositio querelae apud acta*,¹²⁸ jež byla uznanou formou podání žaloby už v předpisu římskoprávním, převzatém do Dekretu Graciánova (Cod. 9, 2, 8 — dict. Grat. p. c. 2 C. 4 q. 4 § 4), a kterou procesní nauka středověkých právních škol připouštěla na místě podání žalobního spisu (*libellus*) zejména v případě, když žalobce nedovedl psát.¹²⁹ Protokolárně podávaná žaloba obecnoprávního procesu nesměla se ovšem v obsahu nijak lišit od žaloby podané písemně: výslovně např. bylo ustanoveno v nejstarší středoevropské kodifikaci tohoto procesu, kterou přineslo *Ius regale montanorum* Václava II., že žalobce má soudci vyložit skutkový základ věci „et ex eo sapienter elicere id, quod petit, specificando dilucide rem, quam petit; causamque, quare ipsam petit, tenetur actor similiter assignare, in omnibus formam petitionum debitam observando“ (IRM 4, 6, 1). K zaprotokolování žaloby (tj. k jejímu zanesení do soudních knih) docházelo podle horního zákona¹³⁰ až na soudním roce a za přítomnosti pohnaného, a proto autor zákona nepovažoval za nutné vypočíst na uv. místě všechny obsahové náležitosti žaloby, která podle italské procesní nauky ustálené ve 13. stol. měla udávat „personam iudicis et nomen rei et nomen actoris, et rem, que petitur, et causam petendi“.¹³¹ Jinak tomu bylo v půhonných knihách zemského soudu: tu se stával zbytečný údaj soudu, ale žaloby musely uvádět jména stran, předmět sporu i skutečnosti, na nichž žalobce svůj nárok opíral. Zjištění, že české žalobní formuláře, dochované v pramenech 14.

¹²⁷ Na tom se nic nezměnilo ani za Všehrdu, kdy už strany přinášely k vkladu koncept žaloby. Srov. o tom II, 11, 2.

¹²⁸ Srov. Markov, *Přípravné řízení* 50.

¹²⁹ Srov. zejména glo. *Libellus* i. f. k výše cit. const. Just. Kodexu. Z kanonistů, jak se zdá, uznával všeobecně možnost protokolárního podání žaloby Tancredus: srov. citát uv. u Markova, *Přípr. řízení* 50 a pozn. 3 ibid.

¹³⁰ Péče o vložení žaloby do protokolu byla tu věcí soudce: IRM 1, 7, 7.

¹³¹ Na tyto základní body zjednodušuje výpočet náležitostí žaloby Ordo iud. Antequam (ed. Riedner 21). Jeho formulace se opírá o Tankreda, který ovšem zachází do větších podrobností. Srov. výklad o italské nauce u Markova, *České žalobní formuláře a reformy Přemysla II. a Karla IV.*, 1936, 9 d.

stol., tyto prvky skutečně vykazují, je zásluhou Markovovou, který položil jejich vznik do souvislosti se soudními reformami Přemysla II. a správně usoudil, že tyto formuláře vznikly jako jednotné dílo školeného právníka pod vlivem italské procesní doktríny.¹³²

Ve shodě se stavem této doktríny v 13. stol. bylo i to, že v českých žalobách se původně neuváděly důkazní prostředky.¹³³ Všehrd naproti tomu důtklivě připomíná žalobci, aby v žalobě uvedl, čím ji chce „provoditi; má-li dsky, listy, svědomie komornície nebo jiných lidí“ — krátce, aby uvedl v žalobě důkazy, protože by se jich jinak nemohl při přelíčení dovolávat (II, 11, 11). Z Všehrdova výkladu se nedovídáme, kdy došlo k všeobecnému uznání tohoto pravidla v zemském procesu; víme však, že se v žalobách ze škod prosazovalo v souvislosti se změnou povahy průvodních prostředků na přelomu stol. 14. a 15.,¹³⁴ a lze bezpečně soudit, že se tak stalo pod vlivem praxe domácích soudů církevních, kde v této době už platilo všeobecně.¹³⁵

Znění žaloby vložené do půhonných knih mohl žalobce doplňovat, opravovat i měnit až do prožalování žaloby (II, 11, 8; srv. II, 13, 16).¹³⁶ Toto pravidlo se sice zdá být nutným důsledkem zásadně nezměněné ústní povahy žaloby českého zemského procesu (viz str. 187), ale uváží-li se, že předpis o vkladu (a tedy o písemné formulaci) žaloby do půhonných desk měl účelem žalobu přesně určit a tak ji individualisovat jako základ veškerého dalšího řízení,¹³⁷ ukazuje se jedině správným vysvětlovat pravidlo o možnosti změny vložené žaloby vlivem teorie i praxe římsko-kanonického procesu, které zásadně připouštěly možnost změny žaloby až do litiskontestace,¹³⁸ přesněji až do ústního přednesu žalobcova při litiskontestaci, jemuž v zemském procesu odpovídá „prožalování“ žaloby na soudě.

¹³² Markov, *České žal. formuláře* passim a zvl. str. 8—13, 18 a 25.

¹³³ Markov, *uv. m.* 13.

¹³⁴ Srov. kt. Markov, *uv. m.*, 35 d. a pozn. 94. Podrobněji viz dále str. 192 d.

¹³⁵ *Processus iudiciarius* sec. stilum Pragensem Mikoláše Puchníka uvádí ve výkladu o náležitostech žaloby mj. výslovně: „Item ponat necessaria, que intentionem actoris probare videntur“ (rukopis Leipzig, Univ. Bibl. MS 922, fol. 147a; olomoucký rkp. fol. 186b nahrazuje slovo „probare“ výrazem „fundare“).

¹³⁶ Pokud na ni nebyla dříve žalovaným vložena „viza“: tato eventualita je pro náš výklad bez významu.

¹³⁷ Rozpoznání významu písemné formulace žaloby pro individualisaci a thematickou jednotu procesu je dějinnou zásluhou glosátorů: srov. Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess d. gem. Rechts in geschichtl. Entwicklung* VI, 3, 1. Abt., 27. O tom, že předpis o vkládání půhonu obsahujícího písemnou formulaci žaloby měl v českém procesu stejný účel, svědčí nejlépe ještě Všehrdem zdůrazňovaná nutnost, aby se žaloba přednesená na soudě shodovala s její podobou v deskách půhonných i žalobních (II, 11, 3 a 5). O pevné určení předmětu sporu usiloval i výše (str. 186) vzpomenutý nález z r. 1454 nařizující žalobci, aby ihned v útok uveď, z čeho chce pohnati (Vš. III, 5, 1).

¹³⁸ Srov. Markov, *Přípravné řízení* 52 text a pozn. 1, 54—55. Dosah této zásady byl v římskokanonickém procesu omezován četnými výjimkami: srov. vedle lit. uvedené u Markova, *glo. emendare ad Cod.* 2, 1, 3 a z procesních spisů pro praxi *Summa minorum cap.* XII (vyd. W a h r m u n d, *Quellen zur Gesch. d. röm.-kanon. Processes im MA I.* 2, 16.). *Ordo iudic. Scientiam cap.* V (vyd. W a h r m u n d, *Quellen II*, 1, 15).

Litiskontestace římskokanonického procesu jako rozhodující mezník pro definitivní ustálení procesního poměru se totiž uskutečňuje základními přednesy obou stran, neboli, jak praví Tancredus, upravuje si jen v podrobnosti podobný výrok Justinianova Kodexu, „*litiscontestatio fit per narrationem et responsionem partium in iudicio factam*“.¹³⁹ S těmito projevy stran lze se ovšem setkat v každém způsobu sporného řízení, pokud vůbec připouští možnost odpovědi žalovaného, a proto zřejmě použití uvedené latinské terminologie v úslovích deskových zápisů o procesech na zemském soudě ve znění „*barones auditis narrationibus et responsione (invenerunt)*“ apod.¹⁴⁰ mohlo být původně jen stylistickou výpůjčkou a nemuselo by znamenat, že *narratio*, tj. přednes neboli „prožalování“ žaloby, a *responsio*, odpověď žalovaného, byly v českém procesu chápány jako souvztažné projevy, jimiž vzniká jednotný akt litiskontestace, formované po způsobu procesu římskokanonického. Je proto důležité zaznamenat Všehrdem užitý obrat „když se strany seprú“, který vyjadřuje procesní situaci vzniklou „po žalobě pívoda a po odpovědi pohnaného“ (II. 20, 1),¹⁴¹ protože ke společnému označení obou těchto projevů Všehrd užívá ve slovesném tvaru výrazu, jímž se nejpozději od konce 14. stol. tlumočil římskoprávní pojem *litiscontestatio* — pře sepření,¹⁴² a jehož pronikání, zejména v prosté podobě sepření nebo sepření stran i do terminologie domácího práva, lze sledovat asi od téže doby.¹⁴³ Důležitější

¹³⁹ Tancred., *Ordo iud.* 3, 1, 2 (Bergmann 196). Srov. Cod. 3, 1, 14, 4: „*cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam*“. Formulaci Just. Kodexu téměř doslova převzal *Ordo Antequam* (ed. Riedner 23): „*per narrationem actoris propositam et per contradictionem rei oppositam*“. O tomto pojetí litiskontestace u starších legistů a kanonistů a po jejich vzoru v právu polském srov. R. Taubenschlag, *Proces polski XIII i XIV wieku do Statutów Kazimierza Wielkiego*, 1927, 31–33.

¹⁴⁰ I Mauric. P. 13, al 1406, PDZ 2, 23. Srov. Nigier cit. 2, al 1410 (?), PDZ 1, 94: „*auditis querela actricis et responsione citati*“. Flaveus cit. 86, al 1457, PDZ 1, 133: „*auditis querela actoris et responsione citati. et eorum ex utraque parte narratione et replicatione*“, ajv. Kt. srov. českou formulaci např. Albus cit. 163, al 1463, PDZ 1, 194: „*šlyševše žalobu puovoda a odpověď žalovaného a jich z obů stran pře líčení a odpory*“.

¹⁴¹ Text tohoto místa v první rec. zněl. prostě: „Když se strany seprú a žalobník své prívody všecky okáže a pohnaný obranu svou a odpory své též, tak že již obojí řečí jednotajnú a první mluvenú vždy obnovují a opakují“ atd. Tento výklad druhá recenze rozšiřuje tím, že mu předesílá několik časových určení: „Po žalobě pívoda, po odpovědi pohnaného a po okázání všech spravedlností jich a po pře líčení jich obů dokonání, když se již strany seprú a pívod své prívody“ (atd. jako v rec. první). Protože „okázání spravedlností“ žalobce a pohnaného, o nichž se v přidaném textu hovoří, je nepochybně totožné s uváděním průvodů žalobníkových a obran pohnaného, měl přidaný text patrně jen vysvětlit, co se míní výrazem „když se strany seprú“. Tato procesní situace tedy vzniká „po žalobě pívoda a po odpovědi pohnaného“, a odpovídá tudíž přesně litiskontestaci římskoprávního procesu, jak je popisována zákonnými texty i procesními traktáty (srov. výše v textu a pozn. 139).

¹⁴² Tak už v překladu Bellala (k datování — kol r. 1400 — srov. J. Jireček, ČČM 58, 1884, 321. Herm. Jireček, *Právnícký život v Čechách a na Moravě*, 1903 204. Jakubec, *Dějiny lit. české* 1², 300 a 303–4): „připud jeho, ať sepření učiní“ (Erben, *Výbor lit. čes.* 2, 516 ř. 10–11). V českém překladu horních práv Václava II. (4, 8) se užívá vedle výrazu „pře sepření“ též termínů „pře svědčení“ i „pře přisvědčení“.

¹⁴³ Materiál — podle dokladů Ústavu jaz. českého ČSAV — poskytují především zápisy v dvorských deskách, např. AČ 31, 188 (1392); AČ 35, 333 (1398), 22 (1400), 243 (1404), 215 (1408) ajv. Srov. též listář Oldř. z Rožmb. (vyd. Bl. Rynešová) 2, 198 (1442).

ještě, než toto přenesení zčeštěného názvu litiskontestace do zemského procesu, je skutečnost, že se v době Všehrdově s projevy žalobce a žalovaného při litiskontestaci spojuje i konečné ustálení procesu, a to nejen na straně žalobcově (jak o tom svědčí probraná už otázka možnosti změny žaloby), ale i na straně žalovaného, který odpovědí na žalobu definitivně vstupuje do sporu na základě podmínek uvedených v žalobě a nemůže se už bez nepříznivých následků pro sebe vzpírat jeho projednání.

Nebylo ovšem odpovědí na žalobu, jestliže žalovaný po přednesu žaloby odmítal o ní jednat pro formální vady půhonu nebo žaloby (srv. zvl. II, 17, 4—6) nebo uváděje námitky žalobu vylučující (II, 17, 16—18): tu docházelo k řešení otázky, je-li žalovaný vůbec povinen na žalobu odpovídat. V procesu římskokanonickém bývala tato otázka soudem probírána ještě před odevzdáním žalobního spisu žalovanému a její vyřešení ve prospěch žalovaného pochopitelně zamezilo litiskontestaci. Neměl-li ovšem žalovaný námitky žalobu vylučujících, musil na žalobní spis, doprovazený ústním přednesem, tak či onak odpovědět, a zbývala mu jen možnost oddálit svou odpověď (a tím i litiskontestaci) tím, že si vyžádal lhůtu na rozmyšlenou „an velit cedere, an contendere“¹⁴⁴ (tzv. *induciae deliberandi, dilatio deliberatoria*): pro tento účel bylo dobrodiní deliberační lhůty přiznáno jen žalovanému a nikdy žalobci, který „debuit... bene secum deliberare, antequam alium in causam traheret“.¹⁴⁵ Takovou lhůtu, zvanou „hojemství“, zná i zemský proces v době Všehrdově (II, 14); protože se hojemství povoluje jen žalovanému (§ 7), po prožalování žaloby, dříve než na ni odpoví (§ 5), a to s tím účinkem, že tak svou odpověď a tím i „přistoupení k soudu“ (tj. uskutečnění litiskontestace) oddaluje (§ 5; 6; 13),¹⁴⁶ jsou tu shody s naznačenou římskoprávní úpravou tak jasné, že nechybíme, budeme-li hojemství přes některé zvláštnosti domácí úpravy (zvl. ve lhůtách) počítat k prvkům, které pronikly do domácího práva z procesu římskokanonického.¹⁴⁷ Proti oprávněnosti tohoto

¹⁴⁴ *Ordo iud. Antequam* (vyd. Riedner 30), který v cit. slovech parafrazuje Just. Novellu 53 c. 3 ve znění autentiky *Offeratur* (z tit. de litiscōtestatione Cod. 3, 9), zařazené do Dekretu Gracianova, dict. Grat. p. c. 4 C. 3 q. 3 § 5.

¹⁴⁵ *Excursus ad Tancr. Ordo iud.* 1, 2 i. f. (Bergmann 316).

¹⁴⁶ S tímto opakovaně konstatovaným účinkem kontrastuje Všehrdova věta (II, 14, 10): „Item kdož jest hojemství bral, již jest tím bráním k soudu přistoupil“. Tu však jde jen o chybnou reprodukci nálezu, o který se Všehrd opírá (Albus cit. 89, al 1492, PDZ 1, 168) a který shledal v daném případě přistoupení k soudu proto, že žalovaný bral hojemství v témže sporu už dvakrát; třetí hojemství bylo vyloučeno: viz II, 14, 3.

¹⁴⁷ Stalo se tak patrně až na přechodu stol. 14. a 15. jak nasvědčují doklady termínu „hojemství“ u Jungmanna, Gebauera i v materiálu Ústavu jaz. českého ČSAV (nejstarší z r. 1404: AČ 2, 363), i to, že Ondřej z Dubé se o podobném institutu nezmiňuje. V nedaťovaném sporu z konce 14. stol. (Rub. cit. 10, PDZ 1, 76 z doby vlády markr. Prokopa, který předsedal soudu, ale ještě za účasti Jindřicha z Hradce, který zemřel r. 1398: srov. kt. též F. M. Bartoš, *Čechy v době Husově*, 159 pozn. 1.) se uvažovalo mj., má-li žalobkyně „statim proponere querelas vel habere hojení“: to šlo o povolení lhůty k opravě žaloby (už prožalované), tedy o možnost, kterou pozdější právo, přiklánějící se k římskoprávní úpravě, zásadně vylučuje.

závěru nelze uvádět mínění Všehrdovo, že hojemství je zřízení domácího původu (§ 1), zvláště když v téže souvislosti sám odůvodňuje vhodnost hojemství úvahou, v níž se najdou ozvuky Graciánova Dekretu.¹⁴⁸

Po litiskontestaci a před vlastním kontradiktorním líčením docházelo v římskokanoničském procesu k přísahám stran o tom, že povedou spor poctivě, tedy především, že jedna i druhá strana je přesvědčena o spravedlnosti své žaloby nebo obrany (*iuramentum calumniae*).¹⁴⁹ V našich zemích byla tato přísaha normována velmi brzy v právu brněnském, podrobněji pak v horním zákoně Václava II.,¹⁵⁰ a *versus memoriales* o jejím obsahu, zapsané na vnitřní straně vrchní desky treboňského rukopisu formulářové sbírky „Cancellaria regis Wenceslai“, mohou snad nasvědčovat jejímu zdomácnění i v oblasti zemského práva už v první polovině stol. 15.¹⁵¹ Nepochybně však obecný náleze ze 4. června 1454, upravující řadu procesních otázek, nařídil zásadně tuto přísahu ve sporech o velké sumy ze škod: „aby to každý věděl, že pŕvodec má napřed přísieci, že sú to spravedlivé škody, a pohnaný, v čemž se sezná, to daj, a v čemž by se mu zdálo, že by tak mnoho vinen nebyl, aneb tiem vším, z čehož jej pohoní, to také sprav“ (II Joh. Dúpovec P 29, PDZ 2, 256). Žalobci tedy bylo výslovně uloženo napřed (tj. před vlastním líčením pře) odpřísáhnout spravedlnost tvrzeného nároku (ne jeho výši) a obdobně žalovanému („to také sprav“) spravedlnost popírání, které se ovšem mohlo týkat jen částí zažalované sumy. Jde proto zcela nepochybně o přísahu s funkcí tzv. *iuramentum calumniae*, což je jasno i z toho, že tu je přísaha žalobci nařízena obligatorně, kdežto ve funkci důkazního prostředku je přísaha stran podle slov Všehrdových „konečný a poslední prŕvodec“ (II, 23 passim), k němuž žalobce nikdy není nucen, pokud provedl potřebné důkazy (II, 26, 7; srv. II, 30, 8). Přes tyto správné postřehy týkající se přísahy jakožto prostředku důkazního Všehrdovi zvláštní charakter přísahy uložené nálezeem z r. 1454 však zcela unikl; příslušný odstavec obecného nálezu z II. Dúpovcových P 29 rozpadl se mu na banální a pro přílišné generalisování nepřesné pravidlo, „že pŕvodec najprvé má přísahati“ (II, 26, 14), a na výklad o tom, že žalovaný může přísahat jen do výše sumy, kterou popírá (II, 26, 6).

¹⁴⁸ II. 14, 1: „aby se mohl raditi s přátely, na svého žalobníka pŕtky mysliti, k nim se dostatečně připravě a opatře, odpoviedati“, srov. C. 3 q. 3 c. 2: „ad repellenda machinamenta impetitorum, et preparandas responsiones et...consilia amicorum querenda“. Argumentace Dekretu se ovšem týkala tzv. *inductae praeparatoriae*; srov. Tancr. Ordo iud. 2, 17, 5 (Bergmann 181).

¹⁴⁹ Pramenný základ: Cod. 2, 58 (59), 2; Nov. 49 c. 3; Nov. 124 c. 1 a dekretály titulů de iuram. calumniae (X. 2, 7; VI. 2, 4). Srov. též Tancredi Ordo iud. 3, 2 (Bergmann 201 d.). Ordo Antequam IX (Riedner 25). Puchník, olom. rukp. fol. 188b.

¹⁵⁰ Brněnské privil. majus (CIB I, 37 A) 14–15, a ibid. 2. Srov. Markov, Připrav. řízení 8, pozn. 2. — IRM 4, 9.

¹⁵¹ Srov. Hadač, *Summa cancellariae regis Bohemiae*; Čs. archiv. školy 4, 1926–7, 14 a pozn. 1.

Vlastní kontradiktorní řízení, které se dále rozvíjelo v římskokanonic-kém procesu, když bylo vykonáno *iuramentum calumniae*, muselo projít — zejména v řádném řízení před soudy církevními — několika soudními termíny, přesně vyhrazenými určitým úkonům stran, v nichž se vymezovala podstata sporné otázky (*terminus ad ponendum* nebo původně *ad interrogandum* a *terminus ad respondendum positionibus*) a předkládaly důkazy racionálně opodstatňující protichůdná stanoviska stran (*terminus ad articulandum* a *terminus ad probandum*), po jejichž konečném shrnutí a vzájemném objasnění teprve docházelo k rozsudku (*terminus ad concludendum* a *terminus ad sentenciam audiendam*). Zemský proces doby Všehrdovy nezná pevně stanovený postup tohoto způsobu, takže stadia přelíčení vyhrazená jednotlivým termínům procesu kanonického se tu mohla do jisté míry prostupovat. I zde ovšem docházelo ke vzájemným otázkám a odpovědím stran, které měly stejný účel, jako *positiones* a *responsiones* procesu římskokanonického, tj. přinutit protivníka k závazným prohlášením o rozhodujících otázkách pře (srv. II, 17, 14),¹⁵² a také „ukazování průvodů“ žalobcových a „spravedlností“ žalovaného (II, 1, 14) směřovalo k podepření jich stanovisek racionálními důkazy, které pod vlivem římskokanonického procesu ovládly v průvodním řízení před zemským soudem už na přelomu stol. 14. a 15.¹⁵³ Římskoprávní a kanonistické prvky projevují se proto ve Všehrdových výkladech týkajících se vlastního přelíčení spíše v zásadách a pravidlech je ovládajících, než v podobě procesních úkonů a institutů.

Základní je tu zásada rovného slyšení stran. Všehrd je si vědom, že slyšení žalovaného není ještě zaručeno jeho přítomností na soudě, a zdůrazňuje proto především, že se na zemském soudě, „když jest kto póhonom najprvé k tomu připraven, ani vedlé vědění ani vedlé zdání svého . . . , ani vedlé osob přiezne nebo nepřiezne nesúdí, než vedlé slyšení a pře jednoho každého líčení a spravedlivých průvodů“. V další větě téhož odstavce (II, 31, 5) vysvětluje pak tento postup slovy „neb bez slyšení žádný odsúzen býti nemá“, zčešťujícími téměř slovně známou zásadu římských pramenů „neque enim inaudita causa quemque damnari aequitatis ratio patitur“ (Dig. 48, 17, 1, pr.), která k nám stejně jako do všech kulturních zemí evropských byla šířena především prameny kanonickými.¹⁵⁴

Římskoprávního původu jsou i základní pravidla o rozdělení důkazního břemene ve sporu, která Všehrd shrnuje v kapitole „Póvod má všechno pohotově mieti“ (II, 13, 9). Začáteční slova tohoto výkladu jsou proto

¹⁵² Už v druhé pol. 15. stol. sloužily tomuto účelu též tzv. řezané cedule (srov. Ott, *Beiträge z. Rezeptionsgesch.* 268. Markov, *Příprav. řízení* 30 d.), o nichž však není u Všehrdy zmínka.

¹⁵³ Markov, *České žalobní formuláře* 35 d. a pozn. 94 ibid.

¹⁵⁴ C. 3 q. 9 c. 21. — X. 2, 12, 1. — X. 2, 25, 5. — Srov. též Všehrd IX, 1 ř. 152 d.

zaměřena za žalobce („ktož na koho žaluje a viní koho z čehokoli, že ten má to nejprvé provádět, a ne ten, kdož pohnán jest, se vyvodit“), ale z jiných výroků Všehrdových (zvl. II, 17, 11; §§ 20—21) je zřejmo, že po vzoru římskoprávního pravidla „ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat“ (Dig. 22, 3, 2) muselo být dokazováno každé pozitivní tvrzení, ať žalobce či žalovaného. Naproti tomu není povinnosti k důkazu, popírali se prosté skutkové tvrzení druhé strany, takže zejména není žalovaný povinen dokazovat opak tvrzení, jehož důkaz se žalobci nezdařil (II, 13, 9 slova „neb pohnaný“ atd., nepochybně podle Just. Cod. 4, 19, 23). Základní zásada, že důkaz je povinností strany, která něco tvrdí, se u zemského soudu nutně prosazovala už od 13. stol. všude tam, kde se přecházelo k prostředkům racionálního dokazování (dskami, svědky, privilegiemi atd.); k uznání nemožnosti důkazu o skutečnostech negativních došlo se patrně až na přelomu stol. 14. a 15.¹⁵⁵ v souvislosti se zmíněnou už základní změnou průvodního řízení, jak ji prokázal Markov.¹⁵⁶

Z Všehrdových výkladů o důkazech je prvky italské procesní nauky dotčena především povšechná kapitola „O průvodlech“ (III, 12), připojená až v druhé recenzi Knih devaterých, kde rozlišování průvodů „bez umění“ a „z umění“ odpovídá obvyklému naukovému dělení na vlastní (přímé) důkazy a na domněnky (*probationes — praesumptiones*).¹⁵⁷ Pro způsob, kterým Všehrd užívá těchto pojmů, je příznačné, že mezi příklady průvodů druhé skupiny (III, 12, 3: „znamení, důvodové rozumní, příkladové“ s dalším podrobnějším rozvedením) Všehrd zahrnuje s presumcemi zřejmě i skutečnosti, z nichž se presumce vyvozují („krev, utliekanie, bledost, strach“: indicie), a dokonce i zkušenostní nebo hodnotící úsudky, které nemají s průvody nic společného.

Mnohem zřejmější a také početnější jsou stopy vlivu římskokanonického procesu v podrobnějších pravidlech o důkazu svědeckém. Všehrd připomíná, že k tomuto důkazu může někdy dojít i osobním výsledkem svědka při zahájeném soudě, ale pravidelně se za doby Všehrdovy konal výslech svědků mimo hlavní přelíčení; jejich výpověď byla zapsána do knih (desk) k tomu určených (VIII, 6, 10; VIII, 6, 2—8; VIII, 19, 7—10; srv. též VIII, 6, 9) a na soudě pak předčítána (VIII, 6, 9; VIII, 19, 11). Protože předpokladem takto organizovaného svědeckého výslechu nutně bylo, že strany musely předem svědky navrhnout a soud jejich výslech nařídít, lze zřejmě i v řízení před zemským soudem rozeznat trojí stadium, kterým důkaz svědky probíhal zcela po způsobu procesu římskokanonického, totiž tzv. *productio, depositio a publicatio testium*. Po témže způsobu byly

¹⁵⁵ Srov. např. doklad uvedený výše v kap. II. str. 153.

¹⁵⁶ Srov. výše str. 188 a 192.

¹⁵⁷ Srov. např. München 187 d. a zejm. Wetzell, *System*³, 192 text a pozn. 5., který pro presumce (*indicia, argumenta*) uvádí též Quintiliánův výraz „*probatio artificialis*“.

však upraveny i podrobnosti týkající se přísahy svědecké,¹⁵⁸ tajnosti svědeckého výsledku postihující i stranu, která svědka navrhla, a hlavních pravidel o tom, jak má být výslech prováděn.¹⁵⁹ Vesměs tu jde o pravidla, jež mají základ už v pramenech justiniánských a podrobněji byla rozvedena ve sbírkách církevněprávních a jejich Glossách;¹⁶⁰ jimi pronikla do této části řízení před zemským soudem Všehrdem v předmluvě jeho díla kaceřovaná zásada tajnosti a písemnosti.¹⁶¹

V římskoprávních a kanonických pramenech mají mimo to původ Všehrdem uváděná pravidla o počtu svědků a o hodnocení svědecké výpovědi podle věrohodnosti,¹⁶² dále podle osobních vztahů svědků ke straně¹⁶³ nebo podle obsahu jejich svědectví (zvláště jsou-li nesrovnalá).¹⁶⁴ Rovněž z těchto pramenů jsou konečně vyvozeny Všehrdem uváděné důvody svědecké nezpůsobilosti (dětí a nedospělých,¹⁶⁵ provdaných žen¹⁶⁶ nebo osob patřících k domu žalobcovu,¹⁶⁷ procesních zástupců¹⁶⁸ a příbuzných),¹⁶⁹ a také dvojí různý názor na význam svědectví *ex auditu*, s kterým se u Všehrda setkáváme, byl vytěžen z římských pramenů

¹⁵⁸ Její znění, uvedené u Všehrda II, 24, 9, je zjednodušený překlad latinské přísežné formule svědecké, obvyklé v praxi církevních soudů: srov. např. *Ordo Antequam XII* (vyd. Riedner 35—36).

¹⁵⁹ Všehrd jedná o těchto otázkách v cit. už kap. titulů VIII, 6 a VIII, 19. Nikde se při tom nezmiňuje o tzv. artikulovaném výsledku, který patrně v jeho době prováděn nebyl.

¹⁶⁰ Srov. kt. např. *München* 147—9, 275 a texty pramenů i Gloss v poznámkách *ibid.* — Tancr. *Ordo iud.* 3, 9, 1—2 (Bergmann 236—7).

¹⁶¹ Srov. výše str. 150.

¹⁶² VIII, 6, 13, věta „Item dva svědky dobrá dosti jsou; neb při svědomí ne množství svědkův, ale víra nenakažená v svědectví a pravda se váží“. Srov. Dig. 22, 5, 12: „ubi numerus testium non adicitur, etiam duo sufficient“. Fr. 21 § 3 eod. in f.: „non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit“.

¹⁶³ VIII, 6, 12 slova „A nejprve dobrovolně-li svědčí... proti komu svědčí“ a „Může i o zachování toho ktož svědčí, mluveno býti, neb druhý svědek z přezně...“ (až do konce). Srov. kt. Dig. 22, 5, 6: „testes quibus imperari potest“. Fr. 3 pr. eod.: „an inimicus et sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat“; *ibid.*: „neque lucri neque gratiae neque inimicitiae causa“. Cod. 4, 20, 5: „qui omni gratiae et potentatui fidem religioni iudiciariae debitam possint praeponere“.

¹⁶⁴ VIII, 6, 12 věta „Svědčí-li jeden jinak než druhý...“. Srov. kt. X, 2, 19, 9: „testes inducti...reprobantur, quia sibi invicem evidentissime contradicunt“; Dig. 22, 5, 2: „testes, qui adversus fidem suae testationis vacillant“. Viz též *München* 151 a 153 a další výroky pramenů tam uvedené.

¹⁶⁵ VIII, 6, 13: „dětí a kteříž spravedlivých let nemají“. Stejně římské i kanonické prameny s Glossami; srov. *München* 125 s doklady v pozn. 3.

¹⁶⁶ Všehrd uv. m. „žena muže mající“. Kanonickoprávní původ: C. 33 q. 5 c. 17 (Ambrosius libro quaestionum Veteris testamenti).

¹⁶⁷ Všehrd uv. m. „svědci z domu aneb z čeledi žalobníka“. Srov. Cod. 4, 20, 3: „Etiam iure civili domestici testimonii fides improbatur“ a kt. glossa definující tyto svědky: „qui in eadem domo nobiscum habitant et quibus imperare possumus“.

¹⁶⁸ Všehrd uv. m. „pře poručníci a kteříž mluví od koho v té při“. Stejně Dig. 22, 5, 25: „ne patroni in causa, cui patrocinium praestiterunt, testimonium dicant“. Glossy kanonických sbírek výslovně aplikují zákaz na advokáty a prokurátory; jejich znění uvádí *München* 129 pozn. 16.

¹⁶⁹ Všehrd uv. m. „přirození přátelé toho, komu svědčí, a jakýchkoli příbuzností přirozenou spojení“. Různé skupiny těchto osob uvádějí už Dig. 22, 5, fr. 9 a fr. 4—5. Cod. 4, 20, 6. Podrobné výpočty má *München* 127—8 text a pozn. 1—7.

procesní doktrínou, která se ve výkladu rozhodujícího místa Digest rozcházel.¹⁷⁰

Stojí za povšimnutí, že Všehrdovy výklady o důkazu svědky, které — jak bylo ukázáno — někdy přímo parafrázuji znění římských pramenů nebo zřejmě navazují na formulace procesní doktríny středověkých právních škol, patří k těm odstavcům jeho díla, v nichž nenajdeme odkazy k nálezům zemského soudu, jež by se touto materií zabývaly. Protože se však důkaz svědeckým výslechem skutečně stal po rozkladu starého průvodního řízení na sklonku stol. 14. prakticky nejdůležitějším způsobem dokazování,¹⁷¹ zdá se, že se praxe zemského soudu při jeho provádění neváhala řídit zásadami a pravidly, jež formulovala pro tento důkaz nauka římskokanonického procesu, a která byla při něm důsledně aplikována soudy církevními. Všehrdovi ovšem o významu příkladů církevních soudů¹⁷² pro příklon zemského práva k uvedeným pravidlům na konci 14. stol. nic známo být nemohlo; uvědomoval-li si proto původ těchto pravidel — o čemž lze sotva pochybovat — nalézal je patrně v obecnoprávním procesu římskokanonického původu, jak v jeho době už značně nabyly půdy v soudnictví městském. Když tedy podával výklad o svědeckém výslechu, o jeho významu a o svědecké způsobilosti, a prokazatelně při tom užíval nejen italských procesních nauk, ale i slovních formulací obecnoprávních pramenů, činil tak v souhlase s poznáním, že šlo o pravidla původem sice cizí, ale v zemském právu platná — nikoli tedy o to, „co se v obecních právech vypisuje, ale zde přijato není“.¹⁷³

Přechod k novému průvodnímu systému v řízení před zemským soudem, který je od konce 14. stol. mj. též patrný na častějším užívání důkazu svědeckého, přivodil z druhé strany naopak pokles významu přísahy stran ve funkci průvodního prostředku. I zde zapůsobil příklad římskokanonického procesu, a to zejména zásadou, že přísahu nelze ukládat straně, která své tvrzení prokázala normálními důkazy racionálními (X. 2, 19, 2). V souhlase s tím je přísaha pro Všehrda „konečný a poslední

¹⁷⁰ Všehrd uv. m. „Item svědek, kterýž slyšenú řeč svědčí, ten ne za svědka má přijat býti, než za toho, kterýž řeč těch, ješto jsú nepřisahali, po zprávě mluví“. V tom smyslu pokládala i část italské doktríny výpověď svědka *ex auditu* za důkaz alespoň v některých případech, opírajíc se zejména o text Dig. 39, 3, 2, 8: srov. Tancr. Ordo iud. 3, 9, 2 (Bergmann 239). Jiní procesualisté však vztahovali zmíněný fragment nikoli na „testimonium ex auditu, sed de facti visu“ a proto svědectví *ex auditu* vůbec odmítali: srov. kt. např. Summa Scientiam cap. XXIX (vyd. W a h r m u n d, Quellen II, 1, 51). Tak si počínala i praxe církevních soudů pražských (srov. Puchník, rukp. olom. fol. 193a: „ex auditu... testimonium nullius extitit firmitatis“) a tento druhý názor se najde u Všehrda uv. m., poslední věta VIII, 6, 13.

¹⁷¹ Srov. M a r k o v, České žalobní formuláře pozn. 94 na str. 37. — Důkaz dskami, který teoreticky byl nejsilnější, nebyl použitelný v řadě sporů.

¹⁷² Určující vliv církevního soudnictví při mohutné vlně pronikání vlivů římskokanonického procesu do domácího práva na přelomu stol. 14. a 15. lze dobře rozeznat i v praxi soudu dvorského.

¹⁷³ Srov. kt. výše str. 151.

průvod“ a prostředek k řešení jen takové pře, „kteráž na hmotných, dostatečných a světlých průvodech scházle, ne té, kteráž průvody světlými a zřetelnými se dovodí“ (II, 23, 1; § 5 *ibid.*; srv. II, 12, 2). Byla tu tedy aplikována zásada formulovaná pro tzv. soudem uloženou přísahu římskoprávního původu,¹⁷⁴ důkazní funkci této přísahy¹⁷⁵ se však v zemském procesu blížila jen přísaha beze zmatku (zvl. když byla uložena jen jedné straně: II, 23, 2), kdežto přísaha se zmatkem, ukládaná vždy oběma stranám, byla přísahou o právu, tedy přísahou rozhodovací (II, 23, 4), která zakládala exekuční titul (II, 29, 2) a nebyla proto už prostředkem důkazním.

Takovým prostředkem nebyla ovšem ani rozhodovací přísaha dohodnutá stranami (tzv. *iusiurandum voluntarium* římského původu). Všehrd se zmiňuje i o této přísaze, a to v jedné větě, která je téměř doslovným překladem z Digest,¹⁷⁶ ale o podrobnostech jejího použití (zejména ani o možnosti tzv. vrácení této přísahy) není v jeho díle stop. Tato otázka, stejně jako vyjasnění různých podrobností týkajících se rozhodovací přísahy uložené soudem, si zasluhují podrobnějšího pojednání, které už před lety přislíbil Markov.¹⁷⁷

Rozmanité prvky obecnoprávního procesu, které vylíčeným způsobem až do doby Všehrdovy tak či onak zapůsobily na podobu řízení před zemským soudem, nevedly ovšem k úplnému vystřídání domácího procesu procesem římskokanonickým, nebo procesem jemu po vnější stránce napodobeným. Způsobily však, že zemský proces byl — někdy záměrnou reformou, někdy působením praxe — postupně přizpůsoben v poměrně dokonalý postup, jímž bylo možno řešit spory racionálním hodnocením skutečností rozhodujících pro právní posouzení přesně formulovaných nároků (stanovisek) stran. Takového přizpůsobení žádaly si především postupně proměny poměrů hospodářských, které se sice ve sporech, vedených před forem tak stavovsky výlučným, jako byl soud zemský, zdaleka neprojevovaly tak bezprostředně jako na soudech městských, ale protože časem nutně zasahovaly svými důsledky i do hospodářských vztahů agrární šlechty, působily — třeba i s jistým zpožděním —

¹⁷⁴ Srov. München 178 text a pozn. 2.

¹⁷⁵ Byl jí doplňován nedostávající se (zejména neúplný) důkaz, aby byl zjednáán dostatečný základ pro soudcovo rozhodnutí; tak už Dig. 12, 2, 31 a pak zejm. papežské dekretály. Srov. Tancr. Ordo 3. 5, 6 (Bergmann 221): „iuramentum cedit loco probationis“.

¹⁷⁶ Vš. II, 28, 6. [Přísaha] jest největší pomoc k srovnání svárův při a lidských róznic; kterážto nebo z podvolenie těch kto se vadie, nebo z moci sůdce róznice konány bývají. (konati — končiti, srov. Gebauer s. h. v.).

Dig. 12, 2, 1. Maximum remedium expediendarum litium in usum venit iurisiurandi religio, qua vel ex pactioe ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate iudicis deciduntur controversiae.

¹⁷⁷ České žalobní formuláře 37 pozn. 94 na konci.

i na vývoj práva zemského.¹⁷⁸ Působily tu ovšem také — jak již bylo ukázáno — např. i vliv institutu zemských desk, neodbytně se vtírající vzor řízení před soudy církevními, dále římskokanonickému procesu stále rychleji se přizpůsobující proces městský, a konečně postupující diferenciace při soukromoprávních a trestních (*causae civiles* a *causae criminales*), jak o tom svědčí i dílo Všehrdovo dokladem, jehož rozbor kladu na závěr této kapitoly.

Tento doklad poskytuje Všehrdova kapitola „O žalobníku“ (III, 8), která byla Všehrdem napsána dodatečně: nikoli však jako jedna ze změn provedených při tzv. druhé recenzi jeho díla, ale jako dodatek připojený ještě k recenzi první, a to dosti mechanickým vsunutím této látky za kapitolu „Co pódovodi“ (roz. přísluší).¹⁷⁹ Takto vzniklý sled kapitol „Co pódovodi“ a „O žalobníku“ mohl by působit dojem, že Všehrd chtěl v přidané kapitole jen opakovat nebo doplnit látku vyloženou šíře v kapitole předchozí; názvy „pódovod“ a „žalobník“ označují totiž u Všehrda pravidelně též pojem (tak i v kap. „O žalobníku“ § 3; srv. též zejm. II, 14, 1; II, 17, pr — § 4, § 8—9, § 11 ajv.). Nicméně již první věta kapitoly „O žalobníku“ („Ačkoliv dosti široce psáno jest, co pódovu příslušie, však potřebné se zdá, ještě krátce povědieti i o žalobníku“) svou zvláštní formulací nasvědčuje, že Všehrd v přidané kapitole nechtěl pojmy „pódovod“ a „žalobník“ plně ztotožňovat. Tento soud se pak plně potvrzuje v další souvislosti téže kapitoly, která je už po zevní stránce nápadná tím, že sestává od počátku až do konce jen z abstraktně formulovaných a dosti náhodně seřazených pravidel a liší se tak od obvyklého popisného charakteru Všehrdových výkladů, v nichž se právní pravidla jen napojují na líčené právní situace a zhusta mají podobu rad, stylisovaných někdy i v přímé řeči. Vysvětlení této odlišnosti jest hledati v původu pravidel zde podávaných, který lze nejen podle obsahu, ale namnoze i textově bezpečně určit, a který je také rozhodující pro vysvětlení smyslu této kapitoly.

¹⁷⁸ Příkladem lze tu uvést vývoj žaloby ze škod, který vyličil Markov, *České žal. formuláře*, zvl. str. 37—43. Přizpůsobení zemského práva a procesu novým právním tendencím se tu začíná projevovat až v druhé pol. stol. 14., ačkoliv jde o důsledky hospodářských proměn mnohem starších. Jiné příklady poskytuje vývoj zemského práva a procesu v druhé pol. 15. stol.

¹⁷⁹ Tomu nasvědčuje fakt, že celá kapitola „O žalobníku“ chybí v rukopise PUK XVII—C—31, který kdysi patřil Pešinovi z Čechorodu a byl napsán v Lanškrouně v letech 1514—17. Jde tedy o jeden z nejdůležitějších rukopisů první recenze — podle došavadního stavu patrně vůbec o nejstarší její opis — který sice vznikl v době, kdy už několik let byla dokončena druhá recenze Devaterých knih, ale z předlohy podle druhé recenze ještě neopravené, a tedy značně blízké vzniku díla v původní podobě.

§ 1. Žalovati žádný člověk na pána svého nemá, aniž k žalobě má připuštěn býti, by pak i člověkem jeho býti přestal... Item žalobníci nařčení nebo zločinci, item nedávno nepřátelé,¹⁸⁰ item kteříž se snadně a z lehkých příčin vadie a súde.

§ 3. Ani žaloba ani žalobník nemá slyšána býti bez přítomnosti pohnaného. Z té příčiny, když pohnaný k súdu nestojí, pohnán jsa, a moha i maje státi, nežaluje se naň, než beze všle žaloby dává se proti němu pódvodovi za právo.

§ 5. Item žalobník, kterýž toho, což jest prožaloval, neprovodí, pomstu, kteráž jest chtěl na pohnaného uvést, tu sám trpěti má, jímž týmž.

§ 8. Item žalobníkem, svědkem, súdcí žádný pojednú a spolu nemóže a nemá býti.

§ 9. Psaním samým bez přítomnosti své anebo poručníka svého žalovati žalobník nemóže.

§ 12. Item žalovati na žalobníka v ten čas pohnaný žádný nemóže, než v jiný, když by konec s ním žalobník jeho vzal.

C. 3 q. 5 c. 11. Nullus servus, nullus libertus, nullus infidus,

nullus criminibus irretitus, nullus calumpniator, nullus qui inimicis studet,¹⁸⁰ nullus frequenter litigans, et ad accusandum vel detrahendum facilis... permittantur episcopos accusare.

C. 3 q. 9 c. 11. Absente adversario non audiat accusator... (cfr. c. 13 ibid. : Absens nemo iudicetur...) dictum Grat. post c. 13: Nisi fuerit absens ex contumacia. Pro presenti namque contumacia eum haberi facit.

C. 2 q. 3 c. 3. Qui non probaverit, quod obiecerit, penam, quam ipse intulerit, patiatur. (Shodně Palea post c. 6 ibid. a C. 3 q. 6 c. 1).

C. 4 q. 4 c. 1. Nullus umquam presumat accusator simul esse et iudex vel testis.¹⁸¹

C. 3 q. 9 c. 3.... per scripturam nullus accusari potest, sed propria voce et presente eo, quem accusare voluerit, suam quisque agat accusationem.

C. 3 q. 11 c. 1. Neganda est accusatis licentia criminandi, priusquam se crimine quo premuntur, exuerint (ex Cod. Theod. 9, 1, 12; cfr. Dig. 48, 1, 5); c. 4 eod.: Prius est, ut tu respondeas criminibus... et tunc

¹⁸⁰ „item nedávno nepřátelé“: korespondující text cap. 11 je tu nahrazen formulací cap. 2 téže quaestio „qui ante hesternum diem... inimici fuerunt“.

¹⁸¹ Cap. 1 pokračuje: „quoniam in omni iudicio quatuor personas semper esse necesse est, id est iudices electos, et idoneos accusatores, defensores congruos atque legitimos testes“. Srov. s tím formulací u Vš. IX, 2, 2.: „Neb při každém súdu toto čtvero z potřeby má býti: žalobník, otporník, svědek nebo provod a súde“.

ex eventu causae iudex estimabit, an tibi permittendum sit eundem accusare. (Cod. Just. 9, 1, 1).

C. 2 q. 8 c. 2. Sciant cuncti accusatores eam rem se deferre debere . . . , quae munita sit testibus idoneis vel instructa apertissimis documentis vel indicis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita (Cod. Just. 4, 19, 25).

§ 13. Na konec, všechny žaloby všech žalobníků mají jistými prvky provozovány býti.

Porovnání uvedených textů ukazuje, že Všehrd pojal obsahově a často i doslovně do kapitoly „O žalobníku“ řadu procesních předpisů, které se (někdy v nezměněné podobě známé z pramenů římskoprávních) najdou v Dekretu Graciánově a týkají se žalobce (*accusator*) v procesu kriminálním. Můžeme proto přijímat, že se i Všehrdovy výklady „O žalobníku“ týkají při trestních,¹⁸² a nelze vyloučit, že i ty z nich, které jsou stylisací méně závislé na pramenech kanonických nebo římskoprávních, ale přesto obsahově rovněž odpovídají zásadám obecnoprávního procesu trestního, byly jen Všehrdem dokonaleji upraveny podle stavu domácího práva,¹⁸³ když připojil do svého díla tuto kapitolu, pro kterou patrně čerpal z nějaké příručky obecnoprávního procesu a jistě nikoli přímo z Dekretu Graciánova. To arci neznamená, že tu Všehrd zaváděl do domácího procesu nové, cizí prvky. Skutečnost, že některá pravidla prokazatelně přeložená nebo parafrázovaná z Všehrdem užitého pramene, jsou přizpůsobena domácím poměrům (§ 1), nebo doplněna ve smyslu původních zásad domácího procesu způsobem, který ukazuje, že přes přijetí některých zásad italského trestního procesu na zemském soudě ještě k plnému odlišení procesu civilního a trestního dosud nedošlo (v § 2 zmínka o odporu, v §§ 8 a 9 možnost zastoupení stran poručníky v trestním řízení římskoprávního původu zásadně vyloučená), zdají se mi nejbezpečněji prokazovat, že Všehrd i zde se svědomitě snažil zachytit podobu práva skutečně v jeho době platného. Jako v jiných případech, jsou tak i kapitola „O žalobníku“ i předpisy nebo zásady v ní seřazené jen dokladem, jak dalece byl koncem 15. stol. proces na zemském soudě přizpůsoben i naukám trestního procesu italského (římskoprávního původu), které se už dříve, zejména působením soudnictví církevního, stávaly součástí obecného právního povědomí po celé Evropě.

¹⁸² To se ostatně potvrzuje různým způsobem i z obsahu těchto výkladů, který nepotřebuje vysvětlení. Připomínám jen k § 12, že při sporech majetkoprávních Všehrd zná už možnost žaloby navzájem (III, 6, 3), která byla v 15. stol. uznána v zemském procesu alespoň v omezeném rozsahu (srov. k tomu Markov, *Přípravné řízení* 113–14); působil tu nepochybně vzor římskokanonické *reconventio*.

¹⁸³ Toho druhu se zdají být zejména §§ 2, 10 a 14, o písemnosti žaloby, o jejím odpadnutí při nepřítomnosti žalobcově a o zákazu soudit na podkladě pouhého „slyšení“.