

Univerzita Palackého v Olomouci
Právnická fakulta

Milan Vařeka

Actio Publiciana

Diplomová práce

Olomouc 2019

„Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma „Actio Publiciana“ vypracoval samostatně a citoval jsem všechny použité zdroje.“

V Olomouci dne 29. října 2019

Milan Vářka

Poděkování:

Děkuji JUDr. Kamile Bubelové, Ph.D., za vstřícnost a trpělivost nejen při vedení této diplomové práce. Děkuji také oddělení meziknihovní výpůjční služby Univerzitní knihovny Univerzity Palackého za pomoc při získávání zahraniční literatury. Velké díky patří моým rodičům za všestrannou podporu.

Obsah

Seznam zkratk	5
Úvod	6
1 Obecná východiska	8
1.1 Publiciánská žaloba v systému práva a žalob	8
1.2 Datace publiciánského ediktu.....	10
2 Rekonstrukce publiciánského ediktu	13
2.1 Traditur	16
2.2 Ex iusta causa [petet]	20
2.3 Non a domino.....	21
2.4 Et nondum usucaptum.....	23
2.5 Bona fides.....	24
3 Aktivní a pasivní legitimace a předmět dokazování – vybrané fragmenty z Digest ...	28
3.1 Traditur	28
3.2 Iusta causa	34
3.3 Nondum usucaptum, res habilis.....	38
3.4 Bona fides.....	41
3.5 Aktivní a pasivní legitimace	44
3.6 Předmět dokazování – shrnutí	50
4 Důvody zavedení a funkce publiciánské žaloby	55
4.1 Otto Lenel	55
4.2 Felix B. J. Wubbe.....	56
4.3 Fritz Sturm	60
4.4 György Diószdi	62
Závěr	64
Bibliografie	66
Shrnutí	71
Summary	71
Klíčová slova	72
Key words	72

Seznam zkratek

b. f.	<i>bona fide, bonae fidei</i>
C.	Codex Iustiniani
D.	Digesta Iustiniani
G.	Gaiovy Instituce
I.	Justiniánovy Instituce
l.a.s.i.r.	<i>legis actio sacramento in rem</i>
LDT	<i>Lex duodecim tabularum</i>

Úvod

Moderní společnost má podobné potřeby jako měla vyspělá společnost římská a potýká se s podobnými společenskými a právními problémy. Řešení těchto problémů často nalzáme právě v římském právu. Právě tak problém ochrany domnělého vlastníka či držitele v dobré víře je řešen mj. i prostředky, které mají původ v *actio Publiciana* (§ 1043 zák. č. 89/2012, Sb., ve znění pozdějších předpisů). Rozpoznání a analýza zdroje právní úpravy přispívá ke správnému pochopení a interpretaci právních předpisů a řádné aplikaci norem v nich obsažených. K tomuto chci přispět svou prací, neboť Digesta obsahují řadu problémů, které řeší i současné právo, byť často dospívá k jiným závěrům. Zaměření této práce je však historickoprávní. Cílem je poznat důvody zavedení publiciánské žaloby a její funkci v předklasickém, klasickém a justiniánském právu.

V české literatuře se o publiciánské žalobě píše zpravidla na okraj širšího tématu (vydržení, ochrana vlastnického práva) nebo se naopak zkoumají jen dílčí aspekty žaloby. Publiciánskou žalobou se ve své dizertační práci *Negatorní a vindikační žaloba v římském a současném právu* zabývala K. Bubelová.¹ Práce K. Bubelové obsahuje originární výzkum založený na studiu pramenů. Tato diplomová práce se s ní částečně překrývá (v kap. třetí), ale přidává i rozbor zahraniční literatury a komparaci přístupů zahraničních romanistů (Ch. Appleton, P. Bonfante, G. Diósdí, O. Lenel, F. Sturm, F. B. J. Wubbe) ke sporným otázkám týkajícím se rekonstrukce ediktu a důvodů zavedení publiciánské žaloby a její funkce v předklasickém právu.

Převažujícími metodami práce jsou analýza primárních pramenů, zejm. překlad a výklad fragmentů Digest a syntéza z nich zjištěných poznatků, prvky exegetické metody a analýza a komparace zahraniční, zejm. německojazyčné literatury.

Tato diplomová práce odpovídá na následující výzkumné otázky. Kdy byla publiciánská žaloba zavedena a jak lze rekonstruovat publiciánský edikt? Kdo je podle textů aktivně a pasivně legitimován a jaké skutečnosti jsou předmětem dokazování? Jak je rozvrženo důkazní břemeno? Jaké důvody vedly préтора k vydání tohoto ediktu a jaké funkce žaloba plnila v předklasickém právu a jak se tyto funkce později změnily?

V první kapitole je publiciánská žaloba nejprve zařazena do systému římského práva a žalob. Druhá část kapitoly je věnována dataci a autorství publiciánského ediktu, které zůstávají sporné.

Ve druhé kapitole se podává výklad o rekonstrukci ediktu. Vychází z rekonstrukce O. Lenela, která je konfrontována s kritikou Ch. Appletona, P. Bonfanteho a H. Ermana.

¹ BUBELOVÁ, Kamila. *Negatorní a vindikační žaloba v římském a současném právu*. Dizertační práce. Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2003. 159 s.

O. Lenelův názor na rekonstrukci prošel zajímavým vývojem, který dává příležitost k demonstraci základních argumentů pro rekonstrukci. Kapitola se člení na podkapitoly, z nichž každá je po vzoru Ulpianova komentáře věnována jednomu prvku skutkové podstaty z ediktu tak, jak jdou za sebou.

Ve třetí kapitole jsou přeložené a okomentované vybrané fragmenty z Digest (6.2). Některé překlady jsou převzaté z práce K. Bubelové,² z toho mnohé překlady jsou upravené tak, aby byl zdůrazněn daný aspekt textu, který je dále komentován, apod. Fragmenty jsou uspořádané podle prvků skutkové podstaty tak, aby na sebe pokud možno logicky navazovaly. V druhé části kapitoly je s pomocí syntézy rozebraných fragmentů a sekundární literatury shrnuta aktivní a pasivní legitimace, předmět dokazování a rozvržení důkazního břemene.

Čtvrtá kapitola se vrací k původu publiciánské žaloby, důvodům jejího zavedení a funkci, jakou plnila v předklasickém právu. Kapitola je zařazena až na konec práce, protože k úvahám o funkci žaloby je nejprve třeba poznat příslušné prameny. Jedná se o téma, na kterém nepadají mezi romanisty shoda.

Napříště by bylo vhodné věnovat se blíže otázce užití publiciánské žaloby v případě dvojího prodeje téže věci a recepci její právní úpravy do moderních kodifikací, kde se zachovala jen částečně a působí někdy jako cizí prvek v úpravě ochrany držby a vlastnického práva.

² BUBELOVÁ: *Negatorní...*, s. 107 – 122.

1 Obecná východiska

Pro charakteristiku publiciánské žaloby je nutné ji zařadit do římského právního systému a do systému žalob. Tento systém samozřejmě nebyl v čase stálý, nýbrž se neustále vyvíjel. Největší pozornost je tradičně věnována právu klasickému a justiniánskému. Tato dvě období představují dva vrcholy rozvoje římského práva a vzhledem k tomu, že z tohoto období se nám zachovalo nejvíce pramenů, stala se i základem pro pozdější recepci římského práva v Evropě.

1.1 Publiciánská žaloba v systému práva a žalob

Systém římských žalob odráží vícevrstevnatost římského soukromého práva, tj. rozdělení na právo civilní (*ius civile*), právo honorární (*ius honorarium*) či prétorské (*ius praetorium*) a tzv. právo národů (*ius gentium*), někdy se přidává ještě *ius naturale*. Jsou odrazem požadavku účelnosti práva a dynamiky společnosti. To je společné právním systémům i v moderní době. Vývoj společnosti je zpravidla rychlejší než vývoj práva ve smyslu jeho forem. Všeobecně se uznává, že právo má sekundární charakter. Je-li právo svázáno rigidními formami, hledají jeho uživatelé postupy, kterými uvést v soulad společenské a ekonomické potřeby v daném čase a místě s platným právem. Právo je dynamický systém, který není možné svázat rigidní formou, neboť tím právo v čase ztrácí na účelnosti a legitimitě.³

Římské právo začalo vznikat ve společenských podmínkách značně odlišných od těch, ve kterých dosáhlo svého největšího rozmachu. Tomu odpovídá i původ práva, resp. jeho prameny. Zpočátku bylo všechno právo nepsané (*ius nonscriptum*). Archaická římská společnost byla ovládána normami obyčejovými často náboženského původu (*consuetudo*). Významnými činiteli byli kněží (*pontifici*). Tato skutečnost není nijak překvapivá, neboť kněží představovali zpočátku jedinou vzdělanou společenskou vrstvu. Pontifikové si uchovali svůj vliv i v době po vydání prvního psaného pramene práva Zákona dvanácti desek, *Lex duodecim tabularum*, (dále také jen „LDT“) v 5. stol. př. n. l. Toto období se ostatně nazývá obdobím pontifikální interpretace (*interpretatio pontifici*). Vzhledem k tomu, že LDT není ani zdaleka ucelenou kodifikací v moderním smyslu, k zajištění fungování společnosti a práva by jako jediný pramen nedostačoval. Dále přežíval obyčej jako právo nepsané a samotný zákon byl vykládán, aplikován, doplňován a rozšiřován právě kněžími. Pomocí interpretací pontifikové reagovali na vývoj společnosti a nové ekonomické potřeby, které vyvstávaly po vydání LDT. Interpretace se v podstatě staly

³ BOBEK, Michal, KÜHN, Zdeněk. *Judikatura a právní argumentace*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2013, s. 68 – 69.

samostatným pramenem práva. Vedle toho vznikají i jednotlivé zákony jako psané prameny práva.⁴

Pontifikové se dlouhou dobu bránili připustit vliv laických právníků. Laický prvek do právní vědy proniká na počátku 3. stol. př. n. l. Velmi významný vliv na podobu práva získávají magistráti, mezi nimiž co do nalézání a tvorby práva vynikají prétoři (*praetores*).⁵ Dle tradice byl roku 367 př. n. l. Liciniovým zákonem zřízen městský prétor (*praetor urbanus*) a v roce 242 př. n. l. byl ustaven prétor cizinecký (*praetor peregrinus*). Právě díky těmto dvěma úřadům se začalo rozvíjet *ius praetorium* a *ius gentium*.⁶

Ačkoliv prétor neměl zákonodárnou pravomoc a právo pouze „nalézal“ (*ius dicere*), jeho výjimečné postavení v římském procesu a pravomoc vydávat edikty umožnily vznik mnoha důležitých institutů římského práva, z nichž publiciánská žaloba patří mezi nejvýznamnější.⁷

Publiciánská žaloba je honorární (*honoraria*), resp. prétorská (*praetoria*), s fikcí (*ficticia*) a věcná (*in rem*).⁸ Honorární jsou takové žaloby, které se zakládají na pravomoci magistrátů, v tomto případě prétora, a jsou vyhlášeny v jejich ediktech.⁹ Edikty (*edicta*) jsou veřejné vyhlášky, kterými se magistráti obraceli na občany. Prétorské edikty (*edicta praetoria*) se staly samostatným pramenem práva. Vydávaly se před nastoupením funkce a původně měly platnost nejpozději do konce jejich úředního roku (*edictum perpetuum*). Edikt vydaný až v průběhu úředního roku se nazýval *edictum repentinum*. Prétoři zpravidla přejímali edikty svých předchůdců (*edictum tralaticium*).¹⁰ Od *lex Cornelia* (67 př. n. l.) byli prétoři svými edikty vázáni.¹¹ Tyto dvě skutečnosti vedly k tomu, že se obsah ediktu v 1. stol. n. l. ustálil a roku 130 n. l. vypracoval právník Julián z rozkazu císaře Hadriána jeho konečné znění, tzv. *edictum perpetuum Hadrianiani*.¹²

Fiktivní žaloby patří mezi *actiones utiles*. To jsou takové žaloby, které vytvořil prétor na základě analogie již existující jiné žaloby.¹³ Publiciánská žaloba je obdobou vindikace.¹⁴ Finguje se u ní uplynutí vydržecí doby („*anno possedisset*“), přičemž na žalobce se hledí jako na vlastníka, pokud by uplynutím vydržecí doby vlastnické právo ke sporné věci (*vindiciae*) vydržel.¹⁵ To znamená, že ostatní požadavky vydržení musí být splněny skutečně.

⁴ KINCL, Jaromír, URFUS, Valentin, SKŘEJPEK, Michal. *Římské právo*. 2. dopl. a přeprac. vyd. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 16 – 18.

⁵ Tamtéž, s. 18 – 20.

⁶ BARTOŠEK, Milan. *Encyklopedie římského práva*. 1. vydání. Praha: Panorama, 1981, s. 262.

⁷ REBRO, Karol. *Římské právo*. Vydání 1. Bratislava: Obzor, 1980, s. 36 – 38.

⁸ BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 70 – 72, 78.

⁹ Tamtéž, s. 70.

¹⁰ Tamtéž, s. 141.

¹¹ Tamtéž, s. 202.

¹² Tamtéž, s. 141.

¹³ Tamtéž, s. 70, 72.

¹⁴ D. 6.2.7.6; D. 6.2.7.8; D. 44.7.35.

¹⁵ G. 4.36.

Věcné žaloby poskytují absolutní ochranu proti všem (*erga omnes*), kdo věc zadržují, a směřují na vydání věci, příp. na peněžitou náhradu.¹⁶ Pasivně legitimovaným byl zpočátku držitel, od konce klasické doby i detentor a tzv. *possessor fictus*, který držbu jen předstíral nebo se jí podvodně zbavil (viz níže). Žalovaný se sporu vyhne, pokud věc vydá žalobci (*translatio possessionis*). Žaloba směřuje na vydání věci *cum omnis causa*, tj. se všemi vedlejšími nároky, zejm. plody, přičemž je rozhodující okamžik litiskontestace (*litis contestatio*), tj. ustanovení sporu, kterým se končí fáze řízení *in iure* před prétozem.¹⁷

1.2 Datace publiciánského ediktu

Přesný rok zavedení publiciánské žaloby není znám. V české literatuře se nejčastěji uvádí přibližně rok 70 př. n. l.¹⁸ Z Gaiových¹⁹ a Justinianových Institucí víme, že se žaloba nazývala *actio Publiciana*, tzn. že poprvé byla zavedena ediktem prétoza Publicia.²⁰ Prétozů, kteří se jmenovali Publicius najdeme v seznamech magistrátů vícero.²¹ Vzhledem k tomu, že publiciánská žaloba je již založena na novém formulovém procesu, nemohla být zavedena před *lex Aebutia*. Samotná datace *Aebutiova* zákona je také nejistá. M. Bartošek uvádí, že byl přijat kolem roku 160 př. n. l.²² Proto nepřichází v úvahu prétoři M. Publicius Malleolus a L. Publicius Malleolus, kteří žili ve 3. stol. př. n. l.²³ Posledním prétozem, který přichází v úvahu je Ciceronem zmiňovaný Q. Publicius.²⁴ Ciceronův text je z roku 68 př. n. l., podle T. R. S. Broughtona byl Q. Publicius prétozem již v roce 67 př. n. l.²⁵

Problémem však je, že Cicero Q. Publicia uvádí v textu až na druhém místě: „*Nuper hominem tenuem, scribam aedilicium, D. matrinium, cum defendissem apud M. Iunium Q. Publicium praetores [...]*“²⁶ Na druhém místě je dle úzu uváděn méně významný úřad cizineckého prétoza (*praetor peregrinus*).²⁷ Ačkoliv někteří autoři z této skutečnosti vyvozují, že publiciánskou žalobu zavedl

¹⁶ BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 71, 278.

¹⁷ Tamtéž, s. 279.

¹⁸ Tamtéž, s. 78. *Iustiniani institutiones: Justinianův instituce*. Přeložil BLAHO, Peter, přeložil SKŘEJPEK, Michal. 1. vydání. Praha: Karolinum, 2010, s. 323 (pozn. č. 868).

¹⁹ G. 4.36.

²⁰ I. 4.6.4.

²¹ BROUGHTON, Thomas Robert Shannon. *The Magistrates of the Roman Republic. Vol. II, 99 B. C. – 31 B. C.* Lancaster: The American Philological Association, 1952, s. 143.

²² BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 198.

²³ APPLETON, Charles. De la Publicienne et de l'Utilis Vindicatio. *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1885, roč. 9, s. 486.

²⁴ Cicero: Pro A. Cluentio: cap. XLV/126. Cit. dle: CICERO, Marcus Tullius. *Oratio pro A. Cluentio Avito*. Paris: Ex typis Augusti Delalain, 1829, s. 67.

²⁵ BROUGHTON: *The Magistrates...*, s. 150.

²⁶ Cicero: Pro A. Cluentio: cap. XLV/126. Cit. dle: CICERO: *Oratio...*, s. 67.

²⁷ BROUGHTON: *The Magistrates...*, s. 150.

právě cizinecký prétor (např. T. Gimmerthal²⁸), F. Benedek se správně přiklání na stranu těch autorů, kteří to nepovažují za možné (G. P. E. Huschke, Ch. Appleton, E. Carusi).²⁹ T. Gimmerthal tvrdí, že bylo zejména potřeba chránit římského občana, který nabyl mancipační věc od cizince, proto žalobu musel zavést cizinecký prétor.³⁰ Publiciánská žaloba je však postavena na fikci vydržení, což je institut civilního práva. Cizinecký prétor neměl jurisdikci v oblasti civilního, kviritského práva, které se aplikovalo pouze na římské občany, *Quirites*. Pokud jde o případ, o kterém hovoří T. Gimmerthal, bude ochranu římskému občanovi, který nabyl od cizince, proti jinému občanovi poskytovat městský prétor. V případě, že by takový římský občan potřeboval ochranu proti cizinci, nezdá se, že by publiciánská žaloba byla potřebná, protože ve sporu s cizincem římský občan nemusí prokazovat kviritské vlastnictví a ani nemůže použít vindikaci, již je publiciánská žaloba obdobou. Pokud jde o spory mezi cizinci, nemůže pro jejich řešení cizinecký prétor fingovat vydržení, když cizinci vydržet nemohou.³¹ Jak bude popsáno níže, u publiciánské žaloby se finguje toliko *tempus*, rozhodně ne římské občanství. Také pokud měla žaloba sloužit pro ochranu bezformálního převodu vlastnického práva k mancipačním věcem (viz níže), nedává její použití na vztahy s cizinci, když u nich se logicky mancipace nebo *iuniurecesse* nevyžadovala, resp. jim nebyla vůbec přístupná, smysl. Není tedy možné, aby publiciánskou žalobu zaváděl prétor cizinecký, protože by takovou žalobu sám v konkrétním případě nemohl poskytnout.

Že by publiciánská žaloba byla zavedena až po roce 70 př. n. l. se nejeví jako pravděpodobné. Ch. Appleton tvrdí, že musela vzniknout dokonce mnohem dříve. Argumentuje tím, že vzhledem k tomu, že publiciánská žaloba, byť nikoli výhradně, chránila nabyvatele mancipačních věcí pouhou tradicí, muselo její zavedení souviset s ekonomickými změnami, které nastaly v důsledku přílivu bohatství z dobytých území. Formality spojené s mancipací byly podle něj čím dál tím více zanedbávány, jak se Řím stával bohatším, a tedy dřívější význam rozdělení věcí na *res mancipi* a *res mancipi* na základě jejich hodnoty (v agrární společnosti) se ztrácel. Otroci, kteří byli dříve natolik vzácní, že bylo možné je platně převádět pouze po jednom mancipací, což vyžadovalo přítomnost 5 římských občanů, ztratili na hodnotě kvůli přílivu otroků tvořených zajatci z poražených národů. Naproti tomu vzácné umělecké předměty a drahé kovy apod. mohly být i nadále nabývány pouhou tradicí. Poměr hodnot těchto dvou skupin věcí již neopodstatňoval obtíže spojené s mancipací, která byla mimo Řím a zvláště mimo Itálii velmi složitá. Podle

²⁸ GIMMERTHAL, Theodor. *Die Publizianische Klage und die Manzipation: eine römisch-rechtliche Abhandlung*. Bremen: Kühtmann, 1872, s. 62.

²⁹ BENEDEK, Ferenc. Ursprung und Funktion der actio Publiciana. *Acta Universitatis Szegediensis: acta juridica et politica*, 1985, roč. 33, č. 1 – 31, s. 72.

³⁰ GIMMERTHAL: *Die Publizianische Klage...*, s.62.

³¹ APPLETON: *De la Publicienne...*, s. 487. Shodně např. CARUSI, Evaristo. *L'Azione publiciana in diritto romano*. Roma: Fratelli Pallotta, 1889, s. 83 – 84.

Ch. Appletona muselo být bonitární vlastnictví velmi časté již v době punských válek a dobytí Řecka³². Bonitární vlastnictví muselo být právem chráněno, což nebylo možné jinak než publiciánskou žalobou. Předpokládá tedy, že publiciánská žaloba byla zavedena ve stejné době, tj. okolo poloviny 2. stol. př. n. l.³³

Ch. Appleton dále navazuje na systém vytvořený německým romanistou G. P. E. Huschkem.³⁴ Podle něj následuje zavedení publiciánské žaloby částečné zrušení legisakčního procesu v polovině 2. stol. př. n. l. přijatým *lex Aebutia*.³⁵ Domnívá se, že zatímco v legisakčním procesu přičkl prétor věc, která byla předmětem sporu zatímně do držby jedné ze stran, po zavedení formulového procesu nahradily tento postup interdiktivy *uti possidetis* a *utrubi*. Protože interdiktivy neumožňovaly skutečně zkoumat, která ze stran má lepší právo, musel podle Ch. Appletona prétor současně zavést i publiciánskou žalobu, aby tuto mezeru uzavřel.³⁶

G. Diósdí nezpochybňuje souvislost publiciánské žaloby s ekonomickým a mocenským rozmachem Říma, ale domnívá se, že nebyla zavedena dříve než v 1. stol. př. n. l. Jisté zpoždění, se kterým právo reaguje na společenské a ekonomické změny, je dle G. Diósdího předklasickému právu vlastní. Co se týče souvislosti s *lex Aebutia*, je podle něj nepravděpodobné, že by prétor zaváděl fiktivní žalobu hned po vytvoření vzorové petitorní formule. G. Diósdí zde také argumentuje Ciceronovou zmínkou o prétorovi Publiciovi, ale jak bylo uvedeno výše, je jeho autorství sporné.³⁷

³² Zničení Kartága a Korintu v roce 146 př. n. l.

³³ APPLETON: *De la Publicienne...*, s. 487 – 488.

³⁴ HUSCHKE, Philipp Eduard. *Das Recht de Publicianischen Klage in Beziehung auf das in Aussicht stehende allgemeine deutsche Zivilgesetzbuch*. Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1874, s. 117 – 118.

³⁵ APPLETON: *De la Publicienne...*, s. 489.

³⁶ Tamtéž, s. 491 – 493.

³⁷ DIÓSDI, György. *Ownership in ancient and preclassical Roman law*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1970, s. 155 – 156.

2 Rekonstrukce publiciánského ediktu

Autentické a přesné znění ediktu a formule se nám nedochovalo. Edikt známe ze dvou na sobě nezávislých zdrojů, a to jednak z Digest, kde začíná titul věnovaný publiciánské žalobě Ulpianovou citací ediktu, jednak z Gaiových Institucí, kde najdeme také příklad formule. Již před objevem Gaiových Institucí byl text Digest považován za sporný, ovlivněný jak interpolacemi kompilátorů, tak pozdějšími opisy. Oba texty se liší, což vede romanisty k zevrubnému porovnávání a vysvětlování rozdílů. Bylo vydáno mnoho pokusů o rekonstrukci ediktu. Tato práce nenabízí dostatečný prostor rozebírat všechny a nebylo by to ani účelné. Přehled starší literatury podává T. Gimmerthal³⁸ a P. Bonfante^{39,40}. Soudobí autoři nejčastěji pracují s P. Bonfanteho⁴¹ nebo O. Lenelovou rekonstrukcí,⁴² která bude východiskem i pro tuto práci.

6.2.1.pr. Ulpianus libro 16 ad edictum:

„Ait praetor: „Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.“

Překlad:^{43,44}

Prétor říká: „Pokud někdo něco převezme ze spravedlivého důvodu od nevlastníka a zatím nevydržel a žaluje, poskytnu žalobu.“

D. 6.2.7.11 tamtéž:

Praetor ait: „Qui bona fide emit.“ Non igitur omnis emptio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet: proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit.

³⁸ GIMMERTHAL: *Die Publizianische Klage...*, s. 1 – 3.

³⁹ BONFANTE, Pietro. *Scritti giuridici varii II: Proprietà e servitù.* Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1918, s. 393 – 399.

⁴⁰ DIÓSDI: *Ownership...*, s. 154.

⁴¹ BONFANTE: *Scritti...*, s. 399, 406.

⁴² LENEL, Otto. *Das Edictum perpetuum: Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung.* 3. vydání. Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1927, s. 169 – 173. (Citují-li zkráceně „Das Edictum“, myslí se tím toto 3. vydání.) Podrobněji LENEL, Otto. *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts.* Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1878, s. 1 – 54. A LENEL, Otto. *Nachträge zum Edictum Perpetuum. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1899, roč. 20, č. 1, s. 11 – 31.

⁴³ Tento paragraf byl samozřejmě přeložen již mnohokrát, ale pro účely této kapitoly jsem považoval za vhodné přeložit jej víceméně doslova a zachovat slovosled.

⁴⁴ Není-li napříště uvedeno jinak, jde o diplomantovy vlastní překlady.

Překlad K. Bubelová:⁴⁵

„Prétor říká (doslova): <kdo koupil v dobré víře>; protože ne každá koupě, ale pouze koupě v dobré víře může kupci prospívat. Dostačí, že byl kupec v dobré víře, ačkoli nekoupil od vlastníka, pokud onen prodal s úmyslnou lstí; úmysl prodávajícího mi totiž nebude škodit.“

G. 4. 36:

Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur. Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex iure quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A. AGERIUS EMIT ET IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM DE QUO AGITUR EX IURE QUIRITIUM EIUS OPORTERET et reliqua.

Překlad J. Kincl:⁴⁶

„V té žalobě, která se nazývá publiciánská (*actio Publiciana*) se zase finguje vydržení. Tato žaloba se pak dává tomu, kdo ztrativ držbu vymáhá navrácení té věci, jež mu byla z řádného důvodu předána a k níž zatím [vy]držením nenabyl vlastnického práva. Protože totiž nemůže vznést nárok[,] ŽE MU VĚC PATŘÍ PODLE KVIRITSKÉHO PRÁVA, finguje se, že ji nabyl vydržením[,] a tak vznáší nárok, jakoby se (již) kviritským vlastníkem stal, například tímto způsobem: BUDIŽ SOUDCEM! KDYBY AULUS AGERIUS TOHO OTROKA, KTERÉHO KOUPIA A KTERÝ MU BYL PŘEDÁN, DRŽEL PO JEDEN ROK, TU KDYBY MU TEN OTROK, O KTERÉHO SE JEDNÁ, PATŘIL PODLE KVIRITSKÉHO PRÁVA a tak dále.“

Podle toho, který text si daný autor vzal za podklad, rozlišoval P. Bonfante tři skupiny rekonstrukcí. První skupina autorů si bere za základ zejména D. 6.2.7.11, druhá kombinuje oba fragmenty a třetí staví výlučně na D. 6.2.1.pr.⁴⁷ Někteří však dávají přednost Gaiově textu, např. F. B. J. Wubbe⁴⁸. P. Bonfante vypracoval několik rekonstrukcí založených jak na Ulpiánově komentáři, tak na Gaiově textu.⁴⁹ Přesná rekonstrukce ediktu však vzhledem k tomu, že si tyto texty navzájem odporují, a k nedostatku dalších pramenů není možná.

⁴⁵ BUBELOVÁ: *Negatorní...*, s. 112.

⁴⁶ KINCL, Jaromír. *Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2007, s. 259 – 261.

⁴⁷ BONFANTE: *Scritti...*, s. 393 – 395.

⁴⁸ WUBBE, Felix Bernard Jozef. Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1961, roč. 8, s. 427.

⁴⁹ BONFANTE: *Scritti...*, s. 395, 399.

Ve své dřívější práci *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts* a v prvním vydání *Das Edictum perpetuum*⁵⁰ vyslovil O. Lenel hypotézu, že původně existovaly dva edikty a dvě formule.⁵¹ Jedna k ochraně nabyvatele, který nabyl mancipační věc od vlastníka pouhou tradicí (bonitární vlastník) založená na D. 6.2.1.pr., a druhá k ochraně dobrověrného nabyvatele od nevlastníka (*b. f. possessor*)⁵² na základě D. 6.2.7.11. Pod vlivem kritiky O. Lenel tento názor přehodnotil⁵³ a v dalších vydáních *Das Edictum perpetuum* zastává dnes již tradiční pojetí, že se jednalo o jeden edikt a jednu formuli, kterým prétor sliboval chránit nabytí mancipační věci *ex iusta causa* pouhou tradicí, a to už před uběhnutím vydržecí doby.⁵⁴

Rekonstrukce:

O. Lenel (D. 6.2.1.pr.):⁵⁵

Edikt: „*Si quis id quod mancipio datur traditum ex iusta causa et nondum usucaptum petet, iudicium dabo*“.

Formule: „*Si quem hominem As As bona fide emit et is ei traditus est, annno possesisset, tum si eum hominem q. d. a. eis ex iure Quiritium esse oporteret, a. d. r. a., si ea res ... Ao Ao non restituatur, q. e. r. e. t. p. rel.*

F. B. J. Wubbe (G. 4.36):⁵⁶

„*Si quis ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucaptam petet, iudicium dabo.*“

⁵⁰ LENEL, Otto. *Das Edictum perpetuum: Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*. 1. vydání. Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1883, s. 130.

⁵¹ O. Lenel však nebyl prvním, kdo s touto hypotézou přišel. P. E. Huschke sice oba edikty spojil do jedné věty, ale domníval se, že formule byly dvě. HUSCHKE: *Das Recht...*, s. 7 – 8. Dva edikty a dvě formule rekonstruoval ještě dříve např. RUDORFF, Adolf Friedrich August. *Edicti perpetui quae reliqua sunt: de iuris dictione edictum*. Lipsiae: Hirzel, 1869, s. 75.

⁵² Používám zde „nabytí od nevlastníka“ (v německé literatuře se v tomto kontextu hovoří o „*Erwerb vom Nichtigentümer*“), nejde ale o nabytí vlastnického práva jako takové (to nebylo v římském právu možné), ale o nabytí držby, příp. o domnělé nabytí věci.

⁵³ LENEL, Otto. *Palingenesia iuris civilis: iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraeque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*. Lipsiae: Bernhard Tauchnitz, 1889, s. 512, 1264. LENEL: *Nachträge...*, s. 12, 25. Velkými kritiky tohoto Lenelova pojetí byli např.: APPLETON, Charles. *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*. Svazek 1. Paris: Ernest Thorin, 1889, s. 60 – 83. ERMAN, Heinrich. *Beiträge zur Publiciana. Zeitschrift Der Savigny-Stiftung Für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1890, roč. 11, č. 1, s. 239 – 241. Důvody pro odmítnutí dvou ediktů vyplynou z O. Lenelovy pozdější rekonstrukce popsané níže.

⁵⁴ LENEL: *Das Edictum...*, s. 170.

⁵⁵ Tamtéž.

⁵⁶ WUBBE: *Quelques...*, s. 436.

2.1 Traditur

Zjevnou námitkou proti autenticitě „*traditur*“ je nevyhovující čas tohoto slovesa. Od toho se také odvíjí rekonstrukce. „*Traditur*“ je indikativu přítomného pasiva. „*Id quod traditur*“ tedy znamená buď „něco, co je (bylo) předáno“, nebo „něco, co je způsobitelné tradicí“. Ani jeden z těchto významů však podle většinového názoru nepřichází v úvahu. Vzhledem ke znění jiných ediktů by zde mělo být perfektní futura „*traditum erit*“.⁵⁷ V momentě podání žaloby už totiž tradice proběhla.⁵⁸

Lze vysledovat tři hlavní přístupy k rekonstrukci této části ediktu: jedná se o chybu v psaní, znění je původní (příp. s drobnou chybou v koncovce „-r“), nebo jde o interpolaci.

H. Erman vychází z toho, že v původním textu, se kterým pracovali kompilátoři, stála zkratka „*tradit.er.*“, tj. „*traditum erit*“. Při opisu této pasáže měla být nesprávně přepsána jako „*traditur*“.⁵⁹ Tuto teorii odmítá jak O. Lenel⁶⁰, tak P. Bonfante.⁶¹ P. Bonfante přiznává této hypotéze, že elegantně vysvětluje slovní tvar „*traditur*“, ale namítá, že takto rekonstruovaný edikt není syntakticky správně a bylo by zapotřebí dále měnit strukturu věty.⁶² O. Lenel tvrdí, že zkratka „*er.*“ s významem „*erit*“ není obvyklá a trvá na tom, že pravděpodobnější než chyba v psaní je interpolace.⁶³

Jiným přístupem je zachování dochovaného znění „*id quod traditur*“, případně s drobnou, ale nejčastěji uváděnou změnou jako „*id quod traditum*“, a to s dvojnásobným odůvodněním. Většinou autoři chápou toto spojení ve stejném významu jako „*traditum erit*“, tj. podstatná je pro ně skutečnost, že žalobce věc, která je předmětem sporu, nabyt (pouhou) tradicí.⁶⁴ Tento význam je také v souladu s Gaiovým textem 4.36 (viz výše). Při argumentaci se zaměřují na to, zda tento tvar byl ve své době gramaticky možný. Podle P. E. Huschkeho musel prétor použít minulý čas „*traditum ... est*“⁶⁵, protože v době podání žaloby již k tradici došlo.⁶⁶ Ch. A. Pellat oponuje tím, že je možné zachovat „*traditur*“, neboť ve starých formulích se často používá přítomný čas.⁶⁷ D. Pugsley k tomu přidává tři argumenty. „*Qui bona fide emit*“, které je některými autory

⁵⁷ LENEL: *Beiträge...*, s. 2 – 5.

⁵⁸ HUSCHKE: *Das Recht...*, s. 5 – 6.

⁵⁹ ERMAN: *Beiträge...*, s. 232, 249.

⁶⁰ LENEL: *Nachträge...*, s. 15.

⁶¹ BONFANTE: *Scritti...*, s. 403.

⁶² Tamtéž.

⁶³ LENEL: *Nachträge...*, s. 15.

⁶⁴ Např. APPLETON: *De la Publicienne...*, s. 505. HUSCHKE: *Das Recht...*, s. 7. PELLAT, Charles Auguste. *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements et particulièrement sur l'usufruit*. 2. vydání. Paris: Librairie de Plon frères, 1853, s. 449.

⁶⁵ „*Est*“ bere Huschke ze spojení „*et nondum usucaptum*“, přičemž se domnívá, že „*est*“ je chybně napsané „*est*“.

HUSCHKE: *Das Recht...*, s. 7. Viz také APPLETON: *De la Publicienne...*, s. 505.

⁶⁶ HUSCHKE: *Das Recht...*, s. 5 – 6.

⁶⁷ PELLAT: *Exposé...*, s. 449.

považováno za součást druhého ediktu, je také v přítomném čase. *Lex Attinia*, poslední známý zákon před publiciánským ediktem, obsahovat perfektum futura „*subruptum erit*“, čímž způsobil pochybnosti o tom, zda je zákon retroaktivní. Prétor se proto mohl rozhodnout použít archaičtější tvar v přítomnosti. Zatřetí je známo, že LDT také používal „*nancitor*“ namísto „*nactus erit*“.⁶⁸ Tyto úvahy odmítá P. Bonfante jako neslučitelné s pravidly latinské gramatiky a nedostatečně odůvodněné prameny.⁶⁹ Ch. Appleton pregnatně napsal, že tato diskuze je zbytečná, neboť se obě strany shodují na významu těchto slov.⁷⁰

Druhým způsobem jak odůvodnit „*id quod traditur*“ je přistoupit na jeden z doslovných významů „*id quod traditur*“, čili „něco, co je způsobilé tradice“. Tento málo častý výklad naráží na velkou překážku v podobě nemožnosti spojení tradice s dalším znakem, tj. „*ex iusta causa*“.⁷¹ „*Ex iusta causa*“ se potom musí pojit s „*petit*“, což je velmi kontroverzní tvrzení (viz níže).

O. Lenel i P. Bonfante pokládají „*id quod traditur*“ za interpolaci. Každý však z jiných důvodů. O. Lenel staví svou hypotézu na tom, že publiciánská žaloba měla původně sloužit jen k ochraně bonitárního vlastnictví, resp. převodu mancipačních věcí pouhou tradicí. Proto edikt musel nějakým způsobem zmiňovat mancipaci. Protože však běžné „*res mancipi*“ nezapadá do struktury ediktu, domnívá se O. Lenel, že prétor toto vyjádřil slovy „*id quod mancipio datur*“ nebo „*id quod mancipatur*“. Znak tradice byl podle něj vyjádřen spojením „*traditum ex iusta causa*“.⁷² Protože byla však mancipace zrušena a publiciánská žaloba nadále chránila jen nabytí od nevlastníka, kompilátoři namísto „*mancipatur*“ napsali „*traditur*“. Protože by v ediktu potom bylo „*traditio*“ dvakrát „*id quod traditur traditum ex iusta causa*“, rozhodli se „*traditum*“ vynechat při zachování významu.⁷³ „*Id quod traditur*“ tedy podle O. Lenela nemělo označovat věci, které se převádějí tradicí (*id quod traditionem recepit*), ale skutečnost, že věc, která je předmětem sporu, žalobce nabyt tradicí (*id quod traditum erit*).

O. Lenelova hypotéza má dvě mezery. Zaprvé jím navrhované znění nevylučuje poskytnutí ochrany nabyvateli mancipační věci *non a domino*. V dřívějších pracích se domníval, že edikt (první ze dvou, D. 6.2.1.pr.) obsahoval slova „*a domino*“.⁷⁴ I později, když od tohoto názoru ustoupil, setrval na tom, že prétor měl v úmyslu chránit pouze nabytí od vlastníka.⁷⁵ Prétor měl podle něj na mysli toliko odstranění problému nedostatku formy a to, že by edikt mohl být použit

⁶⁸ PUGSLEY, David. On the style of Paul's and Ulpian's Commentaries on the Edict. *Acta Juridica* 1973, 1973, s. 191.

⁶⁹ Velmi podrobně BONFANTE: *Scritti...*, s. 422 – 438.

⁷⁰ APPLETON: *De la Publicienne...*, s. 505.

⁷¹ LENEL: *Beiträge...*, s. 3.

⁷² LENEL: *Das Edictum...*, s. 170. Blíže viz LENEL: *Beiträge...*, s. 31 – 34.

⁷³ LENEL: *Beiträge...*, s. 34.

⁷⁴ Tamtéž, s. 30 – 31.

⁷⁵ LENEL: *Das Edictum...*, s. 170. Blíže viz LENEL: *Nachträge...*, s. 28 – 29.

i pro ochranu nabytí *non a domino* si podle O. Lenela ani neuvědomil, nýbrž předpokládal, že ostatní náležitosti budou splněny stejně jako u vindikace.⁷⁶

Druhým problémem je, že v O. Lenelově rekonstrukci vzniká na první pohled neodůvodněný rozdíl mezi nabytím mancipační věci *non a domino*, kterému je (byť podle O. Lenela neúmyslně) poskytnuta ochrana, a nabytím nemancipační věci *non a domino*, které ochranu nemá.⁷⁷ Mimoto z pramenů známe případy, kdy byla publiciánská žaloba použita i u věcí nemancipačních.⁷⁸ Také je otázkou, jestli žalobu mohl použít i ten, kdo získal věc řádně mancipací od vlastníka. Zaprvé podle O. Lenela, když si prétor neuvědomoval, že edikt může sloužit i ochraně nabytí *non a domino*, neměl důvod zahrnout do aplikačního rámce žaloby i nemancipační věci. Zadruhé nabyvatel nemancipační věci *non a domino* tuto zvláštní ochranu ani nepotřeboval, protože mohl použít vindikaci v podobě *legis actio sacramenta in rem* (dále také „*l.a.s.i.r.*“). Tvrdí, že je nemyslitelné, že by se v *l.a.s.i.r.* vyžadoval absolutní důkaz o vlastnictví. Byl dostatečný důkaz o tom, že došlo k tradici (příp. mancipaci apod.). Oprávnění převodce musel dokazovat teprve tehdy, pokud i žalobce prokázal obdobný způsob nabytí. Tradice mancipační věci ochranu potřebovala, protože žalobce v takovém případě nemohl prokázat formální převod, takže nemohl použít ani *l.a.s.i.r.*, ani petitorní formulí. Původně žalovaný musel prokázat, že má stejné nebo lepší právo než protistrana. Nově ale žalovanému stačilo, pokud žalobce neunesl své důkazní břemeno a neprokázal své vlastnické právo. Jakmile se formulový proces rozšířil i na nemancipační věci, potřeboval jejich nabyvatel stejnou ochranu. O. Lenel tvrdí, že k rozšíření aplikačního rozsahu publiciánské žaloby v tomto směru došlo až později na základě argumentu *a fortiori* a je dílem jurisprudence.⁷⁹

P. Bonfante nesouhlasí s O. Lenelovým odůvodněním „*id quod traditur*“.⁸⁰ Zaprvé, je gramaticky nemožné, aby označovalo akt tradice.⁸⁰ Odmítá také, že by prétor mohl mancipační věci označit spojením „*id quod mancipatur*“.⁸⁰ Gaius píše v 4.36: „*res*“.⁸⁰ Není důvod, aby prétor nenapsal obvyklé „*res mancipi*“.⁸⁰ Kromě toho P. Bonfante nesouhlasí vůbec s tím předpokladem, že žaloba měla chránit toliko neformální nabytí mancipační věci, ale zakládá svou teorii na tom, že chránila „*in bonis*“⁸¹ obecně (vychází právě z Gaiova „*res*“).⁸¹

P. Bonfante nabízí alternativní, byť značně komplikovanější, vysvětlení tohoto problému. Vychází z porovnání D.6.2.1.pr. a G. 2.36. Jeho rekonstrukce na základě G. 4.36 zní: „*Si quis rem ex iusta causa traditam sibi et nondum usucaptam petet, i. d.*“⁸¹ P. Bonfante se ptá, proč by kompilátoři

⁷⁶ LENEL: *Nachträge...*, s. 28 – 29. Tímto se blíže zabývám v podkapitole věnované znaku „*non a domino*“.

⁷⁷ Tamtéž, s. 28 – 30.

⁷⁸ D. 6.2.12.2 – 3.

⁷⁹ LENEL: *Nachträge...*, s. 29 – 31.

⁸⁰ BONFANTE: *Scritti...*, s. 403.

⁸¹ Tamtéž, s. 404. K tomu blíže viz kapitolu věnovanou funkci publiciánské žaloby.

nahradili prosté „*res*“ podivnou konstrukcí „*id quod traditur*“, kvůli které museli vynechat důležité „*traditam sibi*“. Z Digest jsou známy případy aplikace publiciánské žaloby na ochranu práv, např. *ususfructu*, služebností.⁸² Pokud by se žaloba měla vztahovat na práva již od počátku, nemohl by edikt obsahovat „*id quod mancipatur*“, protože práva se převáděla tradicí nebo *iniurecessi*. Vzhledem k tomu, že ne všechna tato práva bylo v klasickém právu možné vydržet nebo převést tradicí⁸³, domnívá se, že rozšíření publiciánské žaloby na práva je stejně jako rozšíření *usucapia*, tradice a držby až dílem justiniánského práva⁸⁴ a odpovídající fragmenty Digest jsou interpolovány.⁸⁵ Protože kompilátoři rozšířili publiciánskou žalobu i na některá práva, museli vymyslet nový termín, a sice „*id quod traditur*“, který podle něj skutečně znamená „to, co lze převádět tradicí“.⁸⁶ Souhlasí s O. Lenel, že „*traditam sibi*“ kompilátoři potlačili, aby se neopakovali. Tím sice vzniká gramatický nedostatek, protože se výrazem „*id quod traditur*“ měla kromě předmětu nadále vyjadřovat i tradice samotná, ale úspornost vyjadřování tento nedostatek vyvážila.⁸⁷ Tento gramatický tvar také odůvodňuje vlivem řečtiny, kde by podobná fráze byla gramaticky správně.⁸⁸

O. Lenelova rekonstrukce neodpovídá Gaiově textu, který mancipaci rovněž nezmiňuje.⁸⁹ V Gaiově době se mancipace ještě používala⁹⁰, takže Gaius neměl podobný důvod jako kompilátoři mancipaci z textu vypustit. Jsou dvě možná řešení tohoto rozporu. Buď Gaius neuvádí kompletní původní znění ediktu, ale znění, které odpovídá až pozdějšímu právnímu vývoji, tj. rozšíření i na nemancipační věci, nebo tato slova v ediktu nebyla a O. Lenel se mylí. Vzhledem k tomu, že o mancipaci shodně mlčí Ulpián i Gaius a že je nám známo z pramenů, že se žaloba používala i v případě nemancipačních věcí, přikláním se k názoru, že edikt mancipaci vůbec nezmiňoval. Zdá se, že O. Lenel vytvořil svou rekonstrukci poněkud uměle tak, aby odpovídala jeho představě, že žaloba měla chránit pouze bonitární vlastnictví. Ukazuje se však, že to nebylo potřeba, protože jiní autoři dospívají ke stejnému závěru, aniž by do ediktu vkládali mancipaci.⁹¹

⁸² D. 6.2.11.1; D. 6.2.12.2; D. 6.2.12.3.

⁸³ P. Bonfante zde cituje G. 2.28 – 30.

⁸⁴ I. 2.1.40.

⁸⁵ BONFANTE: *Scritti...*, s. 405 – 408.

⁸⁶ Toto správně kritizuje F. Sturm. I v justiniánském právu spadaly věci nehmotné do termínu „*res*“. Neměli důvod to měnit. F. Sturm se tak přiklání k O. Lenelově odůvodnění. STURM, Fritz. Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1962, roč. 9, s. 412 – 413.

⁸⁷ BONFANTE: *Scritti...*, s. 410.

⁸⁸ Tamtéž, s. 412.

⁸⁹ O. Lenel zde nevidí rozpor, protože vidí paralelu v jím rekonstruovaném ediktu a formulí, kterou uvádí Gaius: „*id quod mancipatur*“, tj. mancipační věci, v Gaiově formulí představuje „*homo*“, otrok. LENEL: *Nachträge...*, s. 28.

⁹⁰ G. 2.25.

⁹¹ Viz níže kapitolu věnovanou funkci publiciánské žaloby.

Jako pravděpodobnější než O. Lenelova rekonstrukce se mi zdá buď P. Bonfanteho a F. B. J. Wubbeho rekonstrukce založená na Gaiově textu: „*rem ... traditam sibi*,“⁹² příp. rekonstrukce, která zachovává „*id quod traditu-r/-m*“. Obě varianty však nesou stejný význam, označují skutečnost, že žalobce nabyt věc tradicí. Námitka gramatické nesprávnosti vazby „*id quod traditum*“ se zdá ve srovnání s argumenty, které shrnul D. Pugsley, jako poměrně slabá. I P. Bonfanteho odůvodnění interpolace v sobě nese gramatické nedostatky. Navíc není zřejmé, proč by kompilátoři v ediktu nemohli nechat „*res*“, které v sobě zahrnuje jak věci hmotné, tak i věci nehmotné.

2.2 Ex iusta causa [petet]

Není zřejmé, k čemu se slova „*ex iusta causa*“ ve znění dochovaném v D. 6.2.1.pr. váží. Gramaticky by se měla vázat na sloveso, které se nachází ve větě dále, tj. „*petet*“.⁹³ Vazba „*ex iusta causa petet*“ se nachází také v D. 6.2.3.1., které sice zní: „*Ait praetor: ex iusta causa petet. [...]*,“ avšak Ulpianův komentář v tomto ustanovení se zjevně týká tradice *ex iusta causa*: „*Qui igitur iustam causam traditionis habet, [...]*“ Spojení „*ex iusta causa petet*“ nenachází v římském právu uspokojivé odůvodnění. Jeho význam by spočíval v diskrečním oprávnění pretora žalobu neposkytnout, nebude-li žalobce mít „spravedlivý“ důvod.⁹⁴ Ačkoliv nelze s jistotou vyvrátit existenci této vazby v původním předklasickém znění ediktu,⁹⁵ je vzhledem ke znění Ulpianova komentáře a Gaiova textu nezpochybnitelné, že v klasickém právu se již „*iusta causa*“ musela obdobně jako u vydržení vztahovat k tradici.

O. Lenel vychází z rekonstrukce znaku „*traditur*“. Podle něj v důsledku vypuštění slov „*mancipio datur*“ a následné změně „*traditum*“ na „*traditur*“ ztratilo spojení „*ex iusta causa*“ svou původní vazbu na „*traditum*“, tj. „*traditum ex iusta causa*“: „*Traditum*“ kompilátoři podle něj v zájmu jednotnosti vyškrtli také v D. 6.2.3.1.⁹⁶ Toto řešení bylo bez ohledu na rekonstrukci znaku „*traditur*“ všeobecně přijato, protože odpovídá jak významu Ulpianova komentáře, tak Gaiovu textu.⁹⁷

⁹² Shodně WUBBE: *Quelques...*, s. 436.

⁹³ BONFANTE: *Scritti...*, s. 447. APPLETON: *Histoire...*, s. 67 – 68.

⁹⁴ To odmítá např. APPLETON: *Histoire...*, s. 67 – 68.

⁹⁵ Viz argumenty pro autentičnost tohoto znění PUGSLEY: *On the Style...*, s. 190 – 192.

⁹⁶ LENEL: *Beiträge...*, s. 9. LENEL: *Nachträge...*, s. 15.

⁹⁷ Souhlasí s tím i APPLETON: *Histoire...*, s. 67.

2.3 Non a domino

Mezi autory panuje shoda na tom, že se slova „*non a domino*“ původně v ediktu ani formulaci nenacházela.⁹⁸ Zaprvé tato slova nenajdeme v Gaiově textu a zadruhé Ulpian je nekomentuje. O. Lenelův názor prošel zajímavým vývojem, na kterém lze dobře ukázat argumenty pro rekonstrukci.

Co se týče gramatické pozice slov „*non a domino*“ v ediktu, setkáváme se se stejným problémem jako v případě „*ex iusta causa*“. Gramaticky se může vázat pouze na „*petet*“. „*Id quod traditur non a domino*“ nedává smysl. Pokud však přistoupíme na O. Lenelovu rekonstrukci rozebranou výše, vázalo by se „*non a domino*“ na akt tradice, ať už je slovně vyjádřen jakkoli, např. „*traditum non a domino*“. Starší názor, že se „*non a domino*“ pojilo s „*petet*“, byl spokojivě vyvrácen ještě před O. Lenelem, takže zde jen stručně uvedu dva stěžejní argumenty. Zaprvé spojení „*non a domino peteré*“ by bylo velmi neobvyklé a stejně jako „*traditum non a domino*“ se neobjevuje v pramenech, a to na rozdíl od „*non a domino emissé*“. Zadruhé toto spojení nedává dobrý smysl. Pokud by prétor skutečně poskytl žalobu jen proti takovému žalovanému, který není vlastníkem věci, proč by pro žalovaný musel vznášet *exceptio iusti domini*?⁹⁹ O. Lenel na podporu tohoto argumentu cituje následující fragment:

Neratius D. 6.2.17

„*Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio „si ea res possessoris non sit“: sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.*“

Překlad:

Publiciánská žaloba nebyla zavedena proto, aby byla věc odebrána vlastníkovvi, jehož věci svědčí zaprvé ekvita a zadruhé námitka „pokud ta věc nepatří držiteli“, nýbrž proto, aby ten, kdo koupí v dobré víře a z toho důvodu získá držbu věci, měl lepší právo na věc.

Je zřejmé, že se Neratius při obraně kviritského vlastníka proti publiciánské žalobě spoléhá na *aequitas* a *exceptio*. Pokud by prétor žalobu proti kviritskému vlastníkovvi ani neposkytl, byla by tato zmínka zbytečná, neboť *aequitas* a *exceptio* mají své uplatnění až v řízení *apud iudicem*.¹⁰⁰

Původně se O. Lenel domníval, že „*non*“ je interpolace a že „*a domino*“ je původní. Považoval tato slova za nutná, protože se domníval, že edikt citovaný Ulpianem v D. 6.2.1.pr.

⁹⁸ APPLETON: *De la Publicienne...*, s. 496. BONFANTE: *Scritti...*, s. 402, 414. DIÓSDI: *Ownership...*, s. 158. LENEL: *Das Edictum...*, s. 171.

⁹⁹ LENEL: *Beiträge...*, s. 5 – 7.

¹⁰⁰ Tamtéž, s. 6.

měl chránit pouze nabytí mancipační věci tradicí od vlastníka (bonitární vlastnictví v užším smyslu). Prétor slovy „*a domino*“ měl chtít vyloučit ochranu nabyvatele od nevlastníka, prostého držitele v dobré víře (*b. f. possessor*), který by jinak s ohledem na fikci vydržení byl chráněn.¹⁰¹

Pokud by v ediktu bylo „*non a domino*“, žaloba by bonitární vlastnictví nechránila vůbec. Mimoto F. Benedek správně připomíná, že by edikt obsahoval dva protichůdné požadavky. Žalobce by jednak musel tvrdit, že je v pozici pro vydržení, což předpokládá dobrou víru, ale zároveň i že věc získal od nevlastníka. Tento problém však mizí, pokud přistoupíme na výklad Pomponiova fragmentu, že pro účely publiciánské žaloby se zkoumá dobrá víra toliko k době převodu věci, nikoli ke stavu před nebo po něm, čili že *mala fides superveniens non nocet*.¹⁰²

V případě, že by v ediktu bylo „*a domino*“, vzniká další problém, a sice že může dojít k postupnému několikerému převodu mancipační věci tradicí. Pokud nabyvatel věc dále prodá, je toto nabytí již z hlediska civilního práva *non a domino*.¹⁰³

Později se O. Lenel přiklonil k tomu, že interpolací je celé spojení „*non a domino*“. Protože však nadále zastával názor, že původní funkcí byla jen ochrana bonitárního vlastnictví musel hledat jiné konstrukce. Prétor podle něj chtěl „zrovnoprávnit“ tradici s mancipací. Právním převodce se nezabýval, protože to bylo stejné u mancipačních i nemancipačních věcí a mělo se posuzovat jako u petitorní formule. Prétorova hypotéza tedy byla, že pokud je věc, která jinak musí být převedena mancipací, pouze tradována, poskytne ochranu, jaká by mu jinak náležela z vindikace.¹⁰⁴ Nelze však přehlédnout fakt, že prétor konstruoval edikt na základě vydržení, přičemž i nabyvatel od nevlastníka může věc vydržet, takže by podle takto rekonstruovaného znění ediktu měl být chráněn.¹⁰⁵ O. Lenel to vysvětluje tak, že prétor tento fakt přehlédl a zpočátku takovým žalobcům žalobu neposkytoval. Rozšíření na nabyvatele od nevlastníka je podle něj až dílem jurisprudence.¹⁰⁶ Ch. De Visscher, který obhajoval O. Lenelovu teorii o původní funkci publiciánské žaloby, si tento rozpor vysvětloval tak, že v předklasickém právu nebylo vydržení věci od nevlastníka vůbec možné, proto s tím nepočítal ani prétor Publicius.¹⁰⁷

O. Lenel dospěl tedy k názoru, že slova „*non a domino*“ byla přidána kompilátory, aby zdůraznili, že se edikt napříště týká jen držitelů v dobré víře (nabytí od nevlastníka), nikoli už bonitárního vlastnictví (bezformální převod mancipačních věcí od vlastníka).¹⁰⁸ D. Pugsley proti

¹⁰¹ Tamtéž, s. 30.

¹⁰² D. 6.2.7.14. BENEDEK: *Ursprung...*, s. 75.

¹⁰³ Srv. D. 21.3.3.

¹⁰⁴ LENEL: *Nachträge...*, s. 18 – 19. Srv. D. 6.2.7.8.

¹⁰⁵ G. 2.43.

¹⁰⁶ LENEL: *Nachträge...*, s. 29. Blíže viz podkapitulu o „*traditur*“ výše.

¹⁰⁷ DE VISSCHER, Charles M. J. D. „Auctoritas“ et „mancipium“. *Studia et documenta historiae et iuris*, 1956, roč. 22, s. 98 – 99. DE VISSCHER, Charles M. J. D. De la défense d'usucaper les choses volées. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1958, roč. 5, s. 471 – 473. Blíže viz kapitulu o funkci publiciánské žaloby níže.

¹⁰⁸ LENEL: *Das Edictum...*, s. 171.

tomu namítá, že kompilátoři neměli důvod tato slova do ediktu vkládat, protože dualita vlastnického práva byla císařem Justiniánem zrušena, a tak problém bezformálních převodů mancipačních věcí zanikl. Vložení těchto slov tedy nemělo žádný právní význam, ale toliko vysvětlující. Proto vyslovuje názor, že by se mohlo jednat o glosu.¹⁰⁹

Pokud slova „*non a domino*“ v původním ediktu nebyla, není potřeba vytvářet rekonstrukce dvou ediktů se dvěma formulemi, protože postačí jedno znění, které pokryje jak ochranu bonitárního vlastnictví, tak držby v dobré víře (nabytí od nevlastníka).¹¹⁰ V řízení *in iure* nebylo ani možné rozlišit, zda žalobce nebyl věc od vlastníka či nikoli, to vyšlo najevo až v řízení *apud iudicem*.¹¹¹ Soudce, i pokud zjistil, že žalobce nabyl věc od nevlastníka, nemohl rozhodnout jinak, než v jeho prospěch, jestliže byly splněny ostatní náležitosti vydržení. To nicméně musel být vzhledem k široké definici krádeže, jakožto negativní podmínky vydržení, vzácný případ.¹¹² Než že by si toto prétor neuvědomil, jeví se mi jako pravděpodobnější, že se rozhodl toto vzhledem k nízké četnosti a dostatečné ochraně vlastníka, kterou poskytovala úprava krádeže, zanedbat. Potom i kdyby, jak tvrdí O. Lenel, nebyla ochrana nabytí *non a domino* přímým cílem prétora, byl s ní alespoň srozuměn.

2.4 Et nondum usucaptum

Tato pasáž nepůsobí větší obtíže. Její význam je jasný jak z následujících fragmentů Digest, tak z Gaiových Institucí¹¹³, tj. „zatím nevydržel“. Co se týče znění ediktu (D. 6.2.1.pr.), je zpochybňována autentičnost „*et*“. V latině má „*et*“ téměř výhradně význam „a“, příp. „i“. Potom ale není jasné, k jaké pasáži je „*nonsum usucaptum*“ ve slučovacím poměru. Podle O. Lenela to nemůže být „*id quod traditum*“, což je prokázaná interpolace, ani „*id quod traditum erit*“, když „*erit*“ by muselo ze syntaktických důvodů stát až za „*usucaptum*“. Jedná podle něj buď o chybu v psaní, interpolaci nebo před „*et*“ stálo původně ještě jiné slovo, ke kterému by se tato pasáž mohla vztahovat. Tím slovem má být „*traditum*“, které je zároveň nezbytné pro vazbu s „*ex iusta causa*“ (viz výše).¹¹⁴

Za chybu v psaní (opisu) „*et*“ považují např. P. E. Huschke nebo H. Erman. Podle P. E. Huschkeho zde původně stálo „*est*“, které se rovněž pojilo s „*traditum*“: „*Si quis id quod*

¹⁰⁹ PUGSLEY: *On the style...*, s. 191.

¹¹⁰ APPLETON: *De la Publicienne...*, s. 501 – 502. Tak to také odpovídá Gaiovi. O. Lenel autenticitu Gaiova textu zpochybňuje. Podle něj Gaius z pedagogických důvodů zapracoval do textu pozdější vývoj jurisprudence: LENEL: *Nachträge...*, s. 16.

¹¹¹ BENEDEK: *Ursprung...*, s. 84

¹¹² G. 2.50.

¹¹³ G. 4.36.

¹¹⁴ LENEL: *Nachträge...*, s. 14 – 15.

*traditum ex iusta causa non a domino est, nondum usucaptum petet.*¹¹⁵ Podle H. Ermana došlo k chybnému rozepsání zkratky „*tradit. er.*“, když namísto „*traditum erit*“ bylo napsáno „*traditur ... et*“.¹¹⁶

2.5 Bona fides

Dobrá víra není vyjádřena v *principiu*, které uvádí titul věnovaný publiciánské žalobě, Ulpián je v této pasáži nekomentuje a neuvádí je ani Gaius. Najdeme je však dále v Ulpiánově komentáři v D. 6.2.7.11: „*Ait praetor: ei qui bona fide emit*“ a v následujících fragmentech.

Formulace „*Ait praetor*“ a „*ei qui*“ vedly dříve autory k tomu, že slova „*bona fide*“ byla součástí ediktu, takže se tato slova v různých tvarech snažili zakomponovat do ediktu v D. 6.2.1.pr., což však vedlo k podstatným změnám ve znění celého ediktu, nebo dovozovali existenci dvou samostatných ediktů a dvou formulí.¹¹⁷ Nejen že slova „*ei qui bona fide*“ v tomto tvaru do ediktu nezapadala¹¹⁸, ale zároveň nedokázali uspokojivě vysvětlit, proč je Ulpián nekomentuje obvyklým způsobem a proč je necituje Gaius, který jinak uvádí všechny důležité znaky žaloby. Ch. Appleton namítá, že pokud tato slova původně byla v ediktu, nebyl důvod, aby je kompilátoři v *principiu* vynechali, jenom aby je zopakovali o několik fragmentů dál.¹¹⁹ Prosadil se názor, že existoval jen jeden edikt a jedna formule (viz výše). Zbývá ale vyřešit, jak se tato formulace do Digest dostala.

Podle některých autorů se dobrá víra v době zavedení publiciánské žaloby ještě nevyžadovala.¹²⁰ Podle W. Dajczaka a kol. „se vydělila ze široce chápaného požadavku spravedlivého titulu (*iusta causa*) teprve na počátku principátu.“¹²¹ Pokud by to tak bylo, nemohla by být ani v ediktu, ani ve formulí, ani „někde mezi“ (viz níže). Zdá se, že však převládá tradiční mínění, že se dobrá víra formulovala již v pozdní republice.¹²²

Jsem přesvědčen, že Ulpiánův komentář se původně zabýval dobrou vírou v okamžiku koupě. Kdyby tyto fragmenty měly být interpolovány, obsahovaly by zřejmě jako rozhodující moment pro posouzení dobré víry tradici. Má se za to, že Justinian za rozhodný okamžik

¹¹⁵ HUSCHKE: *Das Recht...*, s. 6 – 7.

¹¹⁶ ERMAN: *Beiträge...*, s. 232, 249.

¹¹⁷ Např. již zmíněná starší O. Lenelova rekonstrukce. LENEL: *Beiträge...*, s. 54.

¹¹⁸ Není jasné, k čemu by se dobrá víra vztahovala. Ulpiánův komentář se týká převážně koupě v dobré víře, nikoli tradice v dobré víře. Pokud „*emit*“ bylo v ediktu, mělo by spíš být ve tvaru „*emerit*“ nebo „*emisse dicitur*“: LENEL: *Nachträge...*, s. 21.

¹¹⁹ APPLETON: *De la Publicienne...*, s. 502.

¹²⁰ Např. LOMBARDI, Luigi. *Dalla „fides“ alla „bona fides“*. Milano: A. Giuffrè, 1961, s. 238. Cit. dle DIÓSDI: *Omnership...*, s. 146. Sám G. Diósdí považuje tento názor za neakceptovatelný.

¹²¹ DAJCZAK, Wojciech, GIARO, Tomasz, LONGSCHAMPS DE BÉRIER, Franciszek. *Právo římské: Základy soukromého práva*. České vydání: DOSTALÍK, Petr. 1. vydání. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2013, s. 206.

¹²² BONFANTE: *Scritti...*, s. 503. KASER, Max. Altrömisches Eigentum und „usucapio“. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1988, roč. 105, č. 1, s. 156.

moment uchopení se držby, tedy v tomto případě tradici, nikoli okamžik koupě.¹²³ Ulpian tento problém nepochybně při psaní svého komentáře řešil. Z jiných částí Digest víme, že právě Ulpian se přikláněl v tomto sporu na stranu prokulianské školy, která posuzovala dobrou víru k okamžiku uzavření kupní smlouvy, zatímco sabiniáni považovali za rozhodující tradici.¹²⁴, ¹²⁵ Paulus potom vyžadoval dobrou víru v obou okamžicích (zásadní spíš je, který okamžik nastane později).¹²⁶ To ovšem ještě neznamená, že byla ve formuli původně výslovně vyjádřena. Kompilátoři mohli mít důvod slova „*bona fide*“ do tohoto fragmentu vložit právě proto, že velká část Ulpianova komentáře se týkala tohoto požadavku, a tak mohli kompilátoři výslovným zmíněním tohoto znaku sledovat lepší srozumitelnost fragmentu.

Jiní autoři namítají, že nebyl důvod, aby dobrá víra byla uvedena výslovně, neboť je implicitně obsažena v požadavku způsobilosti držby žalobce k vydržení (*possessio ad usucapionem*).¹²⁷ Většina autorů, mezi nimi O. Lenel i P. Bonfante, se nicméně domnívají, že jsou tato slova autentická.¹²⁸ Podle O. Lenelovy rekonstrukce založené na kombinaci G. 4.36 a D. 6.2.7.11 příslušná pasáž formule zněla: „*quem hominem As As bona fide emit.*“ Kompilátoři tedy nahradili tehdy již obsolentní slova „*quem As As*“ prostým „*ei qui*“. Zůstává problém, proč je neuvádí Gaius. Podle O. Lenela existují jen dvě možná řešení. Buď byly formule dvě, nebo Gaius formuli citoval neúplně. Vzhledem k výše uvedenému je zřejmé, že se O. Lenel přiklonil k druhému řešení. Za důvěryhodnější autoritu než Gaia považuje Theofila, který o „*bona fide*“ hovoří.¹²⁹

Pro správnost tohoto názoru hovoří i systematické argumenty. Je zřejmé, že komentář k ediktu končí v D. 6.2.7.9:

„*Haec actio et heredi et honorariis successoribus competit.*“

Překlad:

Tato žaloba svědčí i dědici i nástupcům podle honorárního práva.

Touto formulací Ulpian zpravidla zakončuje své komentáře k ediktu. Zdá se tedy, že od D. 6.2.7.10 začíná formule.¹³⁰

¹²³ BĚLOVSKÝ, Petr. Vydržení v římském právu a komparativním pohledu. *Ad Notam*, 2007, roč. 13, č. 4, s. 116.

¹²⁴ Jedná se o fragment ze stejného komentáře jako fragmenty týkající se publiciánské žaloby: *Ulpianus libro 16 ad edictum*.

¹²⁵ D. 41.3.10.pr. Cit. dle BĚLOVSKÝ: *Vydržení...*, s. 116.

¹²⁶ D. 41.4.2.pr. Cit. dle KASER, Max, KNÜTEL, Rolf. *Römisches Privatrecht*. 17. vydání. München: C. H. Beck, 2003, s. 157. Viz také BĚLOVSKÝ: *Vydržení...*, s. 116.

¹²⁷ APPLETON: *De la Publicienne...*, s. 503.

¹²⁸ Viz přehled rekonstrukcí v BONFANTE: *Scritti...*, s. 393 – 399.

¹²⁹ LENEL: *Nachträge...*, s. 24.

¹³⁰ BONFANTE: *Scritti...*, s. 412 – 413, 420.

O. Lenel přiznává, že požadavek může být ve formulí vyjádřen i mlčky. Proč tedy prétor uvádí „*bona fide*“ výslovně? Mohlo to mít takový význam, že formule označuje dobu koupě jako rozhodující pro posouzení dobré víry.¹³¹ Pokud prétor skutečně uvedl tento požadavek výslovně za tímto účelem, zdá se, že nebyl úspěšný, a to vzhledem k výše zmíněnému sporu prokuliánů a sabiniánů. Je však možné, že Publicius ji zmiňuje výslovně, protože v Publiciově době ještě dobrá víra nebyla jako požadavek vydržení ustálena. Pokud se měla dobrá víra vyvinout z řádného titulu na konci republiky nebo na začátku principátu, potom by publiciánská žaloba mohla být jedním z vůbec prvních případů požadavku dobré víry.

O. Lenel se dále ptá, zda je možné, že formule postavená na *bonae fidei emptio* sloužila i bonitárnímu vlastníkovi. Pokud edikt nerozlišoval mezi nabytím *a domino* a *non a domino*, ale spokojil se s obecným požadavkem *traditio ex iusta causa*, je přirozené, že se to nerozlišovalo ani ve formulí, ale že formule stanovila jenom nutné minimum toho, co musel žalobce prokázat, tj. *b. f. emptio* (argument *a fortiori*). Bonitární vlastník neměl zájem dovolávat se nabytí od vlastníka, nemělo to význam. Je třeba také poznamenat, že pokud O. Lenel edikt rekonstruoval správně, prétor Publicius si ani neuvědomoval, že edikt mohl být použit ve dvou různých případech.¹³² Ohledně této otázky P. Bonfante s O. Lenelem plně souhlasí.¹³³

S jiným řešením přišel T. Schirmer,¹³⁴ ke kterému se přiklonil i Ch. Appleton. Podle Ch. Appletona by výslovná zmínka o dobré víře byla zbytečná, protože je obsažena již ve fikci vydržení.¹³⁵ Dále argumentuje zněním D. 6.2.7.17, ve kterém Julián říká: „[P]ři tradici koupené věci je nutná dobrá víra; stejně tak pokud někdo úmyslně uchopil cizí držbu, nemůže zkoušet Publiciánu, protože nemůže vydržet. [...]“¹³⁶ Z formulace tohoto fragmentu se opravdu zdá, že požadavek dobré víry nebyl na první pohled zřejmý, nýbrž „až Julián“ nás s tímto faktem seznámil, když uvedl, že dobrá víra je nezbytná, protože jinak by žalobce nemohl vydržet.

Podle T. Shirmera a Ch. Appletona tedy slova „*bona fide*“ nebyla ani v ediktu samotném a ani ve formulí. Dospívají k originálnímu řešení, že se nacházela „*entre les deux*“, tj. mezi pasáží, ve které prétor specifikoval podmínky žaloby, a modelovou formulí. Mělo se jednat o jakousi vysvětlující přechodovou pasáž. Po tom, co prétor slíbil poskytnout žalobu tomu, kdo nabyl věc tradicí *ex iusta causa*, uvedl formulí odkazem na případ, který byl nejčastější: „*Ei qui bona fide emit*

¹³¹ LENEL: *Nachträge...*, s. 23.

¹³² Tamtéž, s. 29.

¹³³ BONFANTE: *Scritti...* s. 421.

¹³⁴ SCHIRMER, Theodor. Der Besitzerwerb als Voraussetzung der Publiciana. *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1876, roč. 18, s. 349 – 350.

¹³⁵ APPLETON: *De la Publicienne...*, s. 502 – 503.

¹³⁶ Překlad BUBELOVÁ: *Negatorní...*, s. 115.

formulam in hunc modum condeptam dabo [zde následuje formule citovaná Gaiem].¹³⁷ O. Lenel i P. Bonfante tuto teorii odmítají zejm. proto, že by takový postup préтора byl velmi neobvyklý.¹³⁸

¹³⁷ APPLETON: *De la Publicienne...*, s. 502 – 503.

¹³⁸ BONFANTE: *Scritti...*, s. 420. LENEL: *Nachträge*, s. 24.

3 Aktivní a pasivní legitimace a předmět dokazování – vybrané fragmenty z Digest

V této kapitole se zabývám právní podstatou publiciánské žaloby, aktivní a pasivní legitimací a předmětem dokazování. V první části kapitoly s pomocí fragmentů z titulu věnovaného publiciánské žalobě (D. 6.2) rozebírám skutečnosti, které byly podle ediktu rozhodující. Fragmenty jsem uspořádal, nikoli jak jdou za sebou v Digestech, ale tak, aby na sebe lépe logicky navazovaly, i když to nebylo vždy možné, a přiřadil jsem je k jednotlivým prvkům skutkové podstaty z ediktu. V druhé části kapitoly je s pomocí těchto fragmentů shrnuta aktivní a pasivní legitimace a předmět dokazování.

3.1 Traditur

Ulpián D. 6.2.7.16:

Ut igitur publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empti eo nomine sit tradita: ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri publiciana non poterit.

Překlad:¹³⁹

Aby bylo možné použít publiciánu, musí být splněny obě podmínky, jak dobrá víra kupujícího, tak že mu koupená věc byla skutečně předána. Ostatně před tradicí, jakkoliv je kupující v dobré víře, nemůže zkoušet publiciánu.

Podle tohoto fragmentu nestačí uzavření kupní smlouvy, ale kupujícímu musí být věc i předána tak, aby se dostala do jeho držby. Kupní smlouva sama o sobě nemá translační účinky, k převodu vlastnického práva se vyžaduje další úkon, a to buď mancipace či *iniurecesse* u mancipačních věcí, nebo tradice u nemancipačních věcí.¹⁴⁰ Aby kupující získal držbu, musí být v zásadě kumulativně splněny obě složky, a to jak *animus possidendi*, tj. úmysl mít věc jako vlastní, tak *corpus possessionis*, tj. faktické panství nad věcí.¹⁴¹ Faktické panství nad věcí se v tomto případě iniciuje právě tradicí. Držba je nezbytným předpokladem vydržení. Pokud žalobce věc nezískal do držby, nemůže se v jeho prospěch uplatnit fikce, že věc držel po celou vydržecí dobu, když ji nedoručil vůbec. Finguje se toliko uplynutí doby, nikoli držba samotná.

¹³⁹ Upravil jsem překlad K. Bubelové v BUBELOVÁ: *Negatorní...*, s. 114, který hovoří o převedení držby na jméno kupujícího, abych zdůraznil samotnou tradici.

¹⁴⁰ G. 2.19 – 20; G. 2.22.

¹⁴¹ BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 258.

Paulus D. 6.2.12.7:

Sed etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experiretur.

Překlad:

Ale také ten, kdo držel jen okamžik, může oprávněně zkusit tuto žalobu.

Aby byl žalobce úspěšný, nevyžaduje se, aby držel po nějakou určenou dobu. Naopak se uplatní fikce, že věc držel po celou vydržecí dobu (srv. G. 4, 36: „... *anno possedisset...*“). Stačí tedy, aby došlo k aktu tradice, příp. k získání držby jiným způsobem (viz níže).

Ulpian D. 6.2.9.pr.:

Sive autem emptori res tradita est sive heredi emptoris, publiciana competit actio.

Překlad:

Publiciána náleží, ať už je věc předána samotnému kupujícímu, nebo dědici kupujícího.

Tento fragment je vyjádřením univerzální sukcese, kdy dědic vstupuje plně na místo zůstavitele.¹⁴² Není rozhodující, jestli se oba požadavky, titul a tradice, sešly u zůstavitele, nebo jestli stranou kupní smlouvy byl zůstavitel a věc byla předána až po smrti zůstavitele dědici.

Ulpian D. 6.2.9.1:

Si quis rem apud se depositam vel sibi commodatam emerit vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit.

Překlad:

Pokud někdo koupil věc, kterou měl v úschově, vypůjčenou nebo v zástavě, považuje se za předanou, pokud po koupi u něj zůstala.

Zde se jedná o případ tzv. *traditio brevi manu* (předání na krátkou ruku).¹⁴³ Fakticky nedochází k samotnému aktu tradice, ale kupující má věc již ve své faktické moci, v detenci, která se na základě kupní smlouvy mění na držbu. Čili k faktické moci (*corpus*) přistupuje i vůle mít věc jako vlastní (*animus*). Podstatné je, že se tak děje z vůle vlastníka.¹⁴⁴ Jen taková držba je *possessio ad usucapionem*,¹⁴⁵ tj. způsobilá k vydržení. Pokud by detentor pojal *animus possidendi* bez souhlasu vlastníka, sice by se stal držitelem, ale nikoli řádným, nýbrž by spáchal krádež. Zloděj nemůže

¹⁴² DOSTALÍK, Petr. Dědická instituce jako základní obsahová náležitost testamentu. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2012, roč. 20, č. 3, s. 275 – 276.

¹⁴³ BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 310 – 311.

¹⁴⁴ Srv. I. 2.1.44.

¹⁴⁵ BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 258.

publiciánskou žalobu použít, protože nemá titul ani dobrou víru a věc není způsobilá k vydržení (*res habilis*).¹⁴⁶

Opačným případem je *constitutum possessorium*, kdy vlastník prodá věc, kterou má ve své detenci a zároveň si ji od kupujícího např. pronajme. Ani zde nedochází k aktu tradice, ale držba prodávajícího se mění na pouhou detenci a držitelem se stává kupující, ačkoli fakticky věc zůstává u prodávajícího.¹⁴⁷ Jsou i další případy, kdy nedochází k tradici jako takové, ale držba přesto přechází, např. *traditio longa manu*, kdy se na převáděný pozemek pouze ukáže z dálky.¹⁴⁸

Ulpian D. 6.2.9.2:

Sed et si praecessit traditio emptionem, idem erit dicendum.

Překlad:

Ale pokud tradice předcházela koupi, lze říci (platí) to stejné.

I zde má kupující věc fakticky u sebe již před uzavřením kupní smlouvy, ale s tím rozdílem, že ji u sebe nemá na základě nějakého jiného právního titulu.

Gaius D. 6.2.13.1:

Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit publicianum iudicium: namque pignoratitiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium, illa scilicet ratione, quia neque creditor neque is qui precario rogavit eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.

Překlad:

Někdy ovšem z řádné držby nepřísluší publiciána, neboť držba na základě zástavy nebo výprosy je řádná, ale z nich nebývá povolena taková žaloba, samozřejmě z toho důvodu, že ani věřitel, ani výprosník nezískal držbu s takovým úmyslem, aby se považoval za vlastníka.

Stejně jako schovatel, vypůjčitel (viz výše) jsou zástavní věřitel a výprosník toliko detentory (v tomto fragmentu nazývaná jako „*possessio*“ [*naturalis/corporalis*]). Mají věc ve své fyzické moci, ale nemají úmysl mít věc jako vlastní.¹⁴⁹ Pokud tento úmysl pojmou, vznikne držba neřádná či protiprávní (*possessio iniusta*), která není *possessio ad usucapionem*.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Tamtéž, s. 317.

¹⁴⁷ Tamtéž, s. 118.

¹⁴⁸ Tamtéž, s. 311.

¹⁴⁹ Tamtéž, s. 133.

¹⁵⁰ Tamtéž, s. 258.

Ulpian D. 6.2.7.10:

Si ego non emero, sed servus meus, habebo publicianam. Idem est et si procurator meus vel tutor vel curator vel quis alius negotium meum gerens emerit.

Překlad:¹⁵¹

Pokud nekoupím já, ale můj otrok, mám publiciánu. Stejně tak pokud koupí můj správce, poručník nebo opatrovník nebo někdo jiný, kdo obstarává mou záležitost.

Tento fragment, ačkoliv se sám netýká tradice, je podstatný pro pochopení následujícího fragmentu. Otroci a jiné osoby *alieni iuris* neměli sami způsobilost nabývat práva, nýbrž jimi nabyté věci se stávaly majetkem jejich pána. Nepřechází jen vlastnictví, ale i držba (pán drží skrze svého otroka). Účelem tohoto pravidla bylo sledování zájmu pána. Proto i když věc koupil otrok, náleží věc do majetku pána (nikoli však do kviritského vlastnictví, takže se zde hovoří o mancipační věci) a může tedy použít i publiciánskou žalobu.¹⁵² Podobné to je i v případě jiných zástupců kupujícího (správce, opatrovníka, poručníka).¹⁵³

Ulpian D. 6.2.9.6:

Si servus hereditarius ante aditam hereditatem aliquam rem emerit et traditam sibi possessionem amiserit, recte heres publiciana utitur, quasi ipse possedisset. Municipipes quoque, quorum servo res tradita est, in eadem erunt condicione.

Překlad:¹⁵⁴

Pokud otrok náležející k pozůstalosti před nastoupením dědictví koupil nějakou věc a po předání ztratil držbu, oprávněně může dědic publiciánu použít, jako by sám držel. Také občané (města), jejichž otrokovi je předána věc, jsou ve stejném postavení.

Tento fragment kombinuje dva problémy rozebrané výše (D. 6.2.9.pr. a D. 6.2.7.10). Šlo o případ, kdy otrok koupil, převzal a ztratil držbu věci v době mezi smrtí zůstavitele, svého pána, a nastoupením dědictví. Posuzuje se stejně jako v případě, že by k tomu došlo ještě za života zůstavitele, příp. až po nastoupení dědice. Nastoupí-li dědic, má se za to, že pozůstalost nabyt (zpětně) k okamžiku zůstavitelovy smrti. V mezidobí jde o ležící pozůstalost (*hereditas*

¹⁵¹ Jde o zjednodušený překlad K. Bubelové v BUBELOVÁ: *Negatorní...*, s. 111.

¹⁵² G. 2.86 – 89; G. 3.163.

¹⁵³ I. 2.1.42 – 43.

¹⁵⁴ Již dříve odlišně BUBELOVÁ: *Negatorní...*, s. 117.

iacens), která se však může zvětšovat i zmenšovat.¹⁵⁵ Dědic tak byl pánem otroka i v tomto mezidobí a držel věc jeho prostřednictvím.¹⁵⁶

Ulpián D. 6.2.11 pr.:

Si ego emi et mea voluntate alii res sit tradita, imperator severus rescripsit publicianam illi dandam.

Překlad K. Bubelová:¹⁵⁷

„Císař Severus odpovídá [(vydal reskript)], že jestliže já koupím věc a z mé vůle je [předána] jinému, patří Publiciana jemu.“

Císař Severus odpovídá na otázku, kdo je aktivně legitimován, když věc nebyla předána kupujícímu, ale z jeho vůle třetí osobě. Dochází tak k rozdělení titulu a držby mezi dvě osoby. Podle císaře Severa je rozhodující řádná držba této třetí osoby. Nemohlo se jednat o případ, kdy by kupující věc toliko pronajal třetí osobě, protože tato by byla jen detentorem a nemohla by tak použít publiciánskou žalobu. Muselo tak jít buď o svého druhu smlouvu s plněním ve prospěch třetího nebo o zde byl ještě druhý právní důvod mezi kupujícím a třetí osobou, přičemž namísto dvojí tradice došlo pouze k tradici jedné.

Paulus D. 6.2.12.1:

Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest publiciana.

Překlad K. Bubelová:¹⁵⁸

„Ten, komu byla podle *senatusconsulta Trebelliana* vydána pozůstalost, i když dosud neobdržel (nezískal) držbu, může použít publiciánu.“

Jedná se o výjimku z pravidla, že publiciánská žaloba přísluší tomu, kdo věc držel aspoň na krátký okamžik (viz výše D. 6.2.12.7). Podle *sc. Trebelliana* (56 n. 1.) přecházejí žaloby z fiduciáře na fideikomisáře vydáním pozůstalosti.¹⁵⁹ Fideikomisář podává žaloby nikoli jako ten, kdo získal věc tradicí, ale jako nástupce takové osoby, proto se nabytí držby jako takové nevyžaduje. Jde o rozšíření pravidla vyjádřeného výše v D. 6.2.9.pr.¹⁶⁰

¹⁵⁵ BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 164.

¹⁵⁶ G. 2.89.

¹⁵⁷ BUBELOVÁ: *Negatorní...*, s. 117. Překlad je upraven, abych zdůraznil předání („*res tradita*“) namísto „převedení“.

¹⁵⁸ Tamtéž, s. 119.

¹⁵⁹ BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 290.

¹⁶⁰ Srov. níže D. 6.2.7.9. Viz také D. 41.2.23.pr.

Pomponius D. 6.2.15:

Si servus meus, cum in fuga sit, rem a non domino emat, publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditae per eum nactus non sim.

Překlad:

Pokud můj otrok, zatímco je na útěku, koupí věc od nevlastníka, náleží publiciána v můj prospěch, i když jsem držbu věci jemu předané nezískal.

Jádrem tohoto fragmentu není, jak by se mohlo zdát, že otrok získal věc od nevlastníka, ale skutečnost, že se jednalo o otroka uprchlého. Sám uprchlý otrok zůstává v držbě svého pána, i když ve skutečnosti nad ním pán nemá kontrolu (nemá *corpus*).¹⁶¹ Protože pán nemohl vědět, kde se jeho uprchlý otrok nachází, nemohl mít ani povědomí o věcech, které otrok získal, a rozhodně je nemohl mít ve své faktické moci, nemohl tedy, nebýt této výjimky, mít jejich držbu. Jedná se opět o výjimku, která chrání zájmy pána uprchlého otroka. V zásadě otrok může pro svého pána nabývat držbu, ne však pokud jedná protiprávně bez souhlasu svého pána.¹⁶² Vzhledem k tomu, že Pomponius říká, že žaloba náleží, nelze mít za to, že otrok věc získal protiprávně, tzn. nemohlo jít o krádež. Kradená věc by nejenže byla nezpůsobilá vydržení, a tak ani publiciánské ochrany, ale pán uprchlého otroka by se ani nestal držitelem. Pokud jde o věci nabývané otroky, převažuje zájem otrokova práva na rozšiřování jeho majetku, proto byla i v takovém případě pánovi povolena publiciánská žaloba.

¹⁶¹ D. 41.2.13.pr.

¹⁶² G. 2.89; D. 41.2.14.

3.2 Iusta causa

Gaius D. 6.2.13.pr:

Quaecumque sunt iustae causae adquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio.

Překlad:

Mnohé jsou právní (řádné) důvody nabytí věci; pokud z těchto důvodů nabyté věci ztratíme, bude nám za účelem vydání našich věcí dána tato žaloba.

Ulpian D. 6.2.3.1:

Ait praetor: „Ex iusta causa petet.“ Qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur publiciana: et non solum emptori bonae fidei competit publiciana, sed et aliis, ut puta ei cui dotis nomine tradita res est necdum usucapta: est enim iustissima causa, sive aestimata res in dotem data sit sive non. Item si res ex causa iudicati sit tradita.

Paulus D. 6.2.4:

Vel solvendi causa.

Ulpian D. 6.2.5:

Vel ex causa noxae deditiois, sive vera causa sit sive falsa.

Paulus D. 6.2.6:

Item si servum ex causa noxali, quia non defendebatur, iussu praetoris duxero et amisero possessionem, competit mihi publiciana.

Překlad K. Bubelová¹⁶³:

„Kdo má držbu ze spravedlivého důvodu, ten oprávněně žaluje, když použije Publiciánu. Publiciána přísluší ne pouze kupci v dobré víře, ale i jiným, jako například tomu, komu byla vydána věc jako věno a ještě ji nevydržel; je totiž spravedlivější dát do věna spíše oceněnou věc, než nedat. Dále, pokud byla věc přisouzena, nebo přijata z důvodu plnění (placení) nebo z důvodu náhrady škody, může být důvod pravý, nebo falešný. Také mi Publiciána přísluší, pokud otroka z důvodu noxality na rozkaz přetora získám a ztratím držbu.“

Ulpian D. 6.2.7.5:

Sed et si permutatio facta sit, eadem actio competit.

Překlad:

Ale i když došlo ke směně, přísluší stejná žaloba.

¹⁶³ BUBELOVÁ: *Negatorní...*, s. 109.

Z těchto fragmentů je zřetelné, že prétor jako podmínku publiciánské žaloby uznával různorodé právní tituly, přestože na počátku podle mnohých rekonstrukcí ediktu sloužila toliko kupujícímu. Jde o kontrakty onerózní i lukrativní, vč. solučního jednání, o delikty, věno, soudní rozhodnutí atd. Jedná se o důvody, pro které lze věc vydržet.¹⁶⁴

Právní důvod může být i putativní. Přípustnost putativního titulu byla však v klasickém právu sporná.¹⁶⁵ Celsus v Ulpianově fragmentu D. 41.3.27 říká: „[M]ýlí [se] ti, kteří si myslí, že pokud se někdo ujme držby věci na základě dobré víry, nic mu nebrání vydržení, přičemž nezáleží na tom, zda jí koupil či nikoli, zda jí obdržel darem či nikoli, to za předpokladu, že je přesvědčen o tom, že jí koupil nebo že mu byla darována.“¹⁶⁶ Protože vydržení nemůže nastat ani na základě odkazu, ani darování, ani věna, pokud jsou darování, věno nebo odkaz neplatné.¹⁶⁷

Ulpian D. 6.2.7.3:

Sed et si quis ex lucratis causis rem accepit, habet publicianam, quae etiam adversus donatorem competit: est enim iustus possessor et petitor, qui liberalitatem accepit.

Překlad:¹⁶⁸

Ale i když někdo získá věc z lukrativního důvodu, má publiciánu, která přísluší také proti dárci, neboť je řádným držitelem a žalobcem, kdo přijme dar.

Bezúplatné tituly jsou postaveny naroveň úplatným. Podle P. Bonfanteho se jedná až o postklasický fenomén. V klasickém právu podle něj publiciánská žaloba proti dárci nenáležela.¹⁶⁹

Ulpian D. 6.2.7.2:¹⁷⁰

Marcellus libro septimo decimo digestorum scribit eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere: ergo et publicianam habebit.

Překlad K. Bubelová:¹⁷¹

„Marcellus v 17. knize svých Digest napsal, že ten, kdo kupuje od šílence (duševně nemocného), nevěda, že je duševně nemocen, může vydržet; [tudíž má i] Publiciánu.“

¹⁶⁴ D. 41.2.3.21.

¹⁶⁵ BĚLOVSKÝ: *Vydržení...*, s. 112.

¹⁶⁶ D. 41.4.11.

¹⁶⁷ Překlad BĚLOVSKÝ: *Vydržení...*, s. 112.

¹⁶⁸ Již dříve mírně odlišně BUBELOVÁ: *Negatorní...*, s. 110.

¹⁶⁹ BONFANTE: *Scripti...*, s. 416 – 417.

¹⁷⁰ K tomuto fragmentu blíže viz ŽIDLICKÁ, Michaela. Marcellus scribit. In BUBELOVÁ, Kamila (ed.). *Res – věci v římském právu: sborník příspěvků z 10. konference právních romanistů ČR a SR konané ve dnech 14.-16.3. 2008 v Olomouci*. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2008, s. 7 – 12.

¹⁷¹ Upravený překlad od BUBELOVÁ: *Negatorní...*, s. 110. Úprava je podstatná pro účely následující podkapitoly.

Zde jde právě o případ putativního titulu. Smlouva, jejíž stranou je šílenec je neplatná.¹⁷² Marcellus však upřednostňuje ochranu dobré víry kupujícího před ochranou šílence. Domnívám se, že žaloba by v tomto případě nenáležela proti prodávajícímu šílenci, ale toliko proti třetím osobám (kupující by neuspěl s *exceptio rei venditae ac traditae*). Před uplynutím vydržecí doby by šílenec, resp. jeho opatrovník, mohl vyžalovat věc zpět.

Ulpian D. 6.2.7.4:

Si a minore quis emerit ignorans eum minorem esse, habet publicianam.

Překlad:

Pokud někdo koupí od nezletilého nevěda o jeho nezletilosti, má publiciánu.

Jedná se o obdobný případ koupi od šílence. I zde je titul neplatný.¹⁷³

Gaius D. 6.2.13.2:

Qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore lege non prohibente se emisse. Sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur.

Překlad:

Kdo koupí od poručenice (nedospělce), musí dokázat, že koupil se souhlasem poručníka nikoli v rozporu se zákonem. Ale když koupil jsa podveden se souhlasem falešného poručníka, považuje se za kupce v dobré víře.

V tomto fragmentu jde o případ, kdy kupující věděl, že kupuje od nedospělce. Pokud věděl, že kupuje od nedospělce a byl v dobré víře, že osoba, která dala nedospělci souhlas k právnímu jednání, byla jeho poručníkem, má publiciánskou žalobu. Pokud však věděl, že není dospělý, a koupil, aniž by měl jakýkoli souhlas nebo nebyl v dobré víře, žalobu nemá.

Gaius D. 6.2.8:

De pretio vero soluto nihil exprimitur: unde potest coniectura capi, quasi nec sententia praetoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium.

Překlad:

O zaplacení kupní ceny se nic neříká; takže se můžeme domnívat, že prétor si nemyslí, že by se mělo zkoumat, jestli byla kupní cena zaplácena.

¹⁷² G. 3.106.

¹⁷³ G. 3.107, 109.

Vznikl problém, zda je žalobce povinen dokázat kromě uzavření smlouvy také zaplacení kupní ceny. Podle Gaia tak činit nemusí, protože prétor o tom mlčí. Tím se publiciánská žaloba liší od vindikace. Císaři Diocletian a Maximian stanovili (299 n. l.), že vindikant musí prokázat koupi, nabytí držby a zaplacení kupní ceny.¹⁷⁴

Ulpian D. 6.2.11.1:

Si de usu fructu agatur tradito, publiciana datur: itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam (forte si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci): item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

Překlad:

Pokud žaluje z usufructu, který byl předán, náleží publiciána. Také domovní pozemkové služebnosti vytvořené tradicí nebo strpěním (např. když pokud někdo dovolí přes svůj dům vést vodu). Totéž se týká polních (služebností), protože je ustaveno, že i tradice a strpění těchto jsou chráněny.

Publiciánská žaloba je určena i ochraně práv.¹⁷⁵ O. Lenel v tomto případě po vzoru *actio confessoria* hovoří o *Publiciana confessoria*.¹⁷⁶ Podle P. Bonfanteho je tak až od justiniánského práva, a tak považuje tento fragment za interpolovaný.¹⁷⁷

Paulus D. 6.2.12.4:

Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu publiciana non competit, quia his casibus neminem praetor tuetur, ne contra leges faciat.

Překlad:

Pokud jde o takovou věc, kterou zákon nebo konstituce zakazují zcizit, publiciána nepřisluší, protože v těchto případech prétor neposkytuje nikomu ochranu proto, aby nejednal nezákonně.

Ačkoliv někteří právníci uznávají jako dostatečný putativní titul (viz výše), není možné použít publiciánskou žalobu, pokud je titul neplatný z důvodu zákazu zcizení věci (*res extra commercium*).¹⁷⁸ Úkolem prétora totiž není tímto způsobem umožňovat porušování práva.

¹⁷⁴ C. 4.19.12.

¹⁷⁵ Viz také D. 6.2.12.2 – 3.

¹⁷⁶ LENEL: *Beiträge...*, s. 23.

¹⁷⁷ BONFANTE: *Scritti...*, s. 405 – 408.

¹⁷⁸ Viz BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 278.

3.3 Nondum usucaptum, res habilis

Ulpián D. 6.2.1.1 – 2:

1. *Merito praetor ait „nondum usucaptum“: nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam.*

2. *Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur? Ut puta legatum.*

Překlad:

1. Prétor správně říká: „zatím nevydrženo“. Protože pokud je vydrženo, má civilní žalobu a nepotřebuje honorární.

2. Ale proč zmiňuje pouze tradici a vydržení, když je mnoho právních způsobů, jakými se nabývá vlastnické právo? Jako např. odkaz.

Bez ohledu na to, jaký zaujmeme názor na důvody zavedení publiciánské žaloby a její funkci, je zřejmé, že ten, kdo věc již vydržel, ji nepotřebuje. Vydržitel může dosáhnout stejného výsledku za použití civilní žaloby (vindikace). Kromě toho samotná publiciánská žaloba je založena na fikci vydržení, resp. uplynutí vydržecí doby. Fiktivní žalobu prétor neposkytuje ve prospěch těch, kteří takovou fikci nepotřebují, když už příslušný požadavek skutečně splnili.¹⁷⁹

Ulpián se ptá, proč prétor hovoří jen o tradici a vydržení a nezmiňuje se i o jiných způsobech nabytí vlastnického práva. Podle O. Lenela tyto paragrafy potvrzují jeho hypotézu, že publiciánská žaloba měla původně chránit jen bonitárního vlastníka. Kdyby měla chránit i *b. f. possessoria*, nezmiňoval by Ulpián jen způsoby nabytí vlastnického práva, ale i oprávnění převodce. Pro nabyvatele od nevlastníka není vůbec rozhodující, jakým způsobem věc získal, zda tradicí či mancipací, protože vlastnictví na něj v žádném případě přejít nemohlo.¹⁸⁰

Text lze však vyložit i jiným způsobem. D. 6.2.1.1 lze chápat, že podstatné, zda má žalobce k dispozici civilní žalobu, tj. zda je kviritským vlastníkem. Druhý paragraf tak, že Ulpián potvrzuje, že pokud nabyl kviritské vlastnictví jiným způsobem, nemá zapotřebí publiciánskou žalobu. O. Lenel by se mohl ptát, proč prétor napsal „*traditur*“, když kupující mohl věc od nevlastníka získat i mancipací a mělo by to stejné důsledky. Na to lze odpovědět, že tradice byla do hypotézy dána, aby byl obecně vyjádřen požadavek držby.

¹⁷⁹ DIÓSDI: *Ownership*..., s. 160.

¹⁸⁰ LENEL: *Nachträge*..., s. 17 – 18.

Ulpian D. 6.2.7.2:

Text a překlad viz výše.

Výše jsem komentoval první část tohoto fragmentu tkající se titulu. Druhá část ukazuje, jak Marcellus chápal publiciánskou žalobu. Říká, že daná osoba může vydržet, a tudíž má žalobu. Z tohoto důrazu na „tudíž“ lze dovozovat, že publiciánská žaloba v Marcellově době (2. stol. n. l.)¹⁸¹ příslušela prostě těm, kteří měli *possessio ad usucapionem*.

Aby měl žalobce úspěch ve věci, musí splňovat všechny podmínky vydržení. Tradičně se uvádí pětice požadavků: *res habilis, titulus, fides, possessio a tempus*.¹⁸² Z toho *tempus* se u publiciánské žaloby řinguje („*anno possedisset*“). Autoři se rozcházejí v tom, které skutečnosti musí žalobce prokázat a které se presumují. Podle F. B. J. Wubbeho aj. se presumuje *res habilis a bona fides*.¹⁸³

Ulpian D. 6.2.11.2:

Partus ancillae furtivae, qui apud bonae fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo qui emit possessus non est. Sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est.

Překlad:¹⁸⁴

Touto žalobu lze žalovat na vydání dítěte kradené otrokyně, které bylo počato, zatímco byla (matka) u kupce v dobré víře, přestože dítě nebylo v držbě toho, kdo koupil. Ale dědic zloděje takovou žalobu nemá, protože je nástupcem zemřelého nepravého držitele.

Z první věty by se mohlo zdát, že jde o případ, kdy vlastník kradené otrokyně žaluje kupce v dobré víře na vydání dítěte otrokyně, i když se dítě nenachází v držbě kupujícího. Z druhé věty však vyplývá, že tím, kdo má žalobu, se zde myslí kupující v dobré víře. Je otázkou, zda otrokyně byla kradená ještě před tím, než ji kupující koupil, nebo byla ukradena jemu. Pokud však vezmeme v úvahu následující paragraf, je zřejmé, že matka byla kradená, už když ji kupec koupil. Dítě v zásadě sleduje právní stav matky. Je-li matka kradená, považuje se za kradené i dítě a vlastník matky může žalovat na vydání matky i dítěte.¹⁸⁵ To znamená, že striktně vzato takové dítě není *res habilis*, a tudíž ani kupec v dobré víře je nemůže vydržet. Pokud platí, co bylo řečeno výše, nemůže v takovém případě kupec použít publiciánskou žalobu. Tento fragment však obsahuje výjimku z tohoto pravidla.

¹⁸¹ BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 337.

¹⁸² DAJCZAK, GIARO, LONGCHAMPS DE BÉRIER: *Právo římské...*, s. 205.

¹⁸³ WUBBE: *Quelques...*, s. 421.

¹⁸⁴ Již dříve odlišně BUBELOVÁ: *Negatorní...*, s. 118.

¹⁸⁵ BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 246.

Tento paragraf obsahuje ale ještě jednu výjimku, a sice z pravidla, které bylo popsáno v podkapitole věnované tradici, a to že se vyžaduje, aby žalobce držel žalovanou věc aspoň po krátkou dobu. V tomto případě žalobce dítě nadržel, zřejmě se narodilo až po tom, co ztratil držbu matky. Je zde jistá podobnost s držbou uprchlého otroka (viz výše D. 6.2.15).

Ulpian D. 6.2.11.3:

Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu publiciana, ut Iulianus ait, si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem.

Překlad:

Někdy však, přestože kradená matka nebyla prodána, ale darována, aniž bych věděl, že je kradená, a zatímco byla u mě, počala a porodila, náleží mi na dítě publiciána, jak říká Julián, pokud právě v době, kdy podávám žalobu, nevím o tom, že matka je kradená.

Výše uvedená výjimka není omezena jen na úplatné nabytí. Na rozdíl od koupě v předchozím paragrafu, kde Julián hovoří toliko o koupi v dobré víře (dobrá víra v okamžiku koupě), zde se vyžaduje dobrá víra k okamžiku podání žaloby. Nestačí tedy, aby byl obdarovaný v dobré víře jen k okamžiku darování či předání věci.

Ulpian D. 6.2.11.4:

Idem Iulianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam: ex omnibus igitur causis publicianam habeo.

Překlad:¹⁸⁶

Julián také obecně říká, že z těch (právních) důvodů, z jakých jsem mohl vydržet matku, nebyla-li kradená, můžu vydržet i dítě, pokud jsem nevěděl o tom, že je matka kradená. Ze všech důvodů tedy mám publiciánu.

Zatímco předcházející dva paragrafy rozšiřovaly aplikační rozsah publiciánské žaloby, tento se týká vydržení samotného. Je zde zobecněna výjimka z požadavku *res habilis*. Lze vydržet i dítě kradené otrokyně, jestliže je držitel v dobré víře, čili neví, že matka je kradená. Matku však vydržet nelze. Na závěr Julián opět dodává, že vzhledem k tomu, že držitel může dítě vydržet, může také použít publiciánskou žalobu.

¹⁸⁶ Již dříve odlišně BUBELOVÁ: *Negatorní...*, s. 119.

Paulus D. 6.2.12.5:

Publiciana actionem etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus.

Překlad:

Publiciánskou žalobu můžeme použít také pokud jde o dítě otroka mladší jednoho roku.

Toto je odpověď na otázku, zda je možné fingovat uplynutí roční vydržecí doby také v případě, že dítě je mladší než jeden rok. Vzhledem k tomu, že jde o fikci, není podstatné, jestli k tomu reálně mohlo dojít, podstatná je *possessio ad usucapionem*.

3.4 Bona fides

Ulpian D. 6.2.7.15:

Bonam autem fidem solius emptoris continet.

U této žaloby se zkoumá pouze dobrá víra samotného kupujícího.

Dobrá víra je nezbytným předpokladem pro úspěch žalobce. O významu tohoto předpokladu část autorů pochybuje, vzhledem k tomu, že nabyvatel *mala fide* byl zároveň zlodějem, a tak žalovaná věc nebyla *res habilis*.¹⁸⁷ Dokazování této objektivní skutečnosti, tj. krádeže, je navíc snazší než prokazovat dobrou víru v době převodu.

Z hlediska aktivní legitimace je rozhodující dobrá víra kupujícího, dobrá víra prodávajícího se nezkoumá.¹⁸⁸

Ulpian D. 6.2.7.12:

In hac actione non oberit mihi, si successor sum et dolo feci, cum is, in cuius locum successi, bona fide emisset: nec proderit, si dolo careo, cum emptor, cui successi, dolo fecisset.

Překlad K. Bubelová:¹⁸⁹

„U této žaloby mi nebude škodit, jestliže [jsem nástupcem a jednám zlovolně, ale ten, na jehož místo jsem nastoupil], koupil v dobré víře. Ale také mi neprospěje, jestliže nemám žádný zlý úmysl (jsem prost podvodného úmyslu), ale kupec, na jehož místo jsem nastoupil, by byl konal dolózně (zlovolně, podvodně).“

¹⁸⁷ PUGSLEY: *On the Style...*, s. 187 – 188.

¹⁸⁸ Viz také výše D. 6.2.7.11.

¹⁸⁹ BUBELOVÁ: *Negatorní...*, s. 112. Překlad jsem upravil, aby bylo zřejmé, že dolózně jednal žalobce – nástupce.

Tento paragraf se týká jen mimosmluvního nástupnictví (zejm. dědění), nikoli smluvních převodů. V případě převodu věci má nabyvatel vlastní právní titul a zkoumá se jen jeho dobrá víra.

Publiciánská žaloba je aktivně i pasivně zděditelná žaloba.¹⁹⁰ Pro nástupnictví platí, že nástupce vstupuje do právního postavení svého předchůdce.¹⁹¹ Nástupce odvozuje své právo od právního titulu svého předchůdce.¹⁹² Posuzuje se dobrá víra kupujícího v době uzavření kupní smlouvy, přičemž *mala fides superveniens non nocet* (viz níže). Jinými slovy dobrá víra nástupce je irelevantní.

Ulpian D. 6.2.7.13:

Sed enim si servus meus emit, dolus eius erit spectandus, non meus, vel contra.

Překlad K. Bubelová:¹⁹³

„Ale jestliže (věc) koupí můj otrok, bude se zkoumat jeho úmysl, nikoliv můj; nebo naopak.“

Pokud koupí věc otrok namísto svého pána, zkoumá se dobrá víra otroka, nikoli pána. To však platí jen v případě, že otrok věc kupuje ve prospěch svého *peculia*. Pokud nemá *peculium*, je rozhodující dobrá víra pána. Stejně tak v obou případech pán nemůže věc vydržet, pokud sám nebyl v dobré víře, bez ohledu na dobrou víru otroka.¹⁹⁴

Ulpian D. 6.2.7.14:

Publiciana tempus emptionis continet, et ideo neque quod ante emptionem neque quod postea dolo malo factum est in hac actione deduci pomponio videtur.

Překlad K. Bubelová:¹⁹⁵

„Zdá se, že Pomponius vyvozuje, že u Publiciány se bere ohled na čas koupě; [a není třeba zkoumat zlý úmysl před uskutečněním koupě, ani poté].“

Jedná se o vyjádření zásady *mala fides superveniens non nocet*, tj. následná zlá víra neškodí. Zkoumá se tedy dobrá víra jen k okamžiku (podle Pomponia) uzavření kupní smlouvy. Pokud následně kupující zjistí, že prodávající nebyl vlastníkem věci, příp. jiný nedostatek v oprávnění věc

¹⁹⁰ D. 6.2.7.9.

¹⁹¹ DOSTALÍK: *Dědická instituce...*, s. 275 – 276.

¹⁹² Srv. D. 50.17.143. Cit. dle BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 431.

¹⁹³ BUBELOVÁ: *Negaotní...*, s. 113.

¹⁹⁴ D. 41.4.2.10 – 15; D. 41.3.43.1. Cit. dle APPLETON: *Histoire...*, s. 162.

¹⁹⁵ BUBELOVÁ: *Negaotní...*, s. 113. Překlad jsem podstatně upravil, podle původního překladu se má zkoumat dobrá víra i před koupí.

převést, nemá to za následek, že by nemohl vydržet a použít publiciánskou žalobu. Negativním následkům takové úpravy brání široký koncept krádeže, *res habilis* a požadavek řádnosti titulu.

Ulpian D. 6.2.7.17:

Iulianus libro septimo Digestorum scripsit, [...]. Nec quisquam putet hoc nos existimare sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit publiciana experiri, sed oportere et tunc bona fide emptorem esse.

Překlad K. Bubelová:¹⁹⁶

„Julián v 7. knize svých Digest napsal, [...]. My jsme také toho mínění, že stačí nevědomost o cizosti věci [v okamžiku tradice] – takový člověk může zkusit Publiciánu, ale i tak je třeba, aby byl kupcem v dobré víře.“

Na rozdíl od Pomponia se Julián domnívá, že se zkoumá dobrá víra k okamžiku tradice, tj. nabytí držby (*initium possessionis*).¹⁹⁷ V klasickém právu nebyla na tomto problému shoda (viz výše naznačený spor prokuliánů a sabinianů).¹⁹⁸ V justiniánském právu se ustálila úprava tak, že relevantní byl okamžik tradice.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Tamtéž, s. 115. Překlad jsem upravil tak, abych zdůraznil okamžik tradice namísto „převodu“.

¹⁹⁷ BĚLOVSKÝ: *Vydržení...*, s. 116.

¹⁹⁸ D. 41.3.10.pr.

¹⁹⁹ C. 7.31.1.3. Cit. dle BĚLOVSKÝ: *Vydržení...*, s. 116.

3.5 Aktivní a pasivní legitimace

Aktivní a pasivní legitimací a předmětem dokazování se v poslední době zabývali např. M. Petrak²⁰⁰ nebo J. E. Rodríguez Diez.²⁰¹ Z dřívějších prací je potřeba uvést články již citovaných romanistů F. B. J. Wubbeho²⁰² a F. Sturma,²⁰³ ze starší literatury např. Ch. Appletona.²⁰⁴

Aktivně legitimovaným byl v zásadě držitel, který s výjimkou uplynutí vydržecí doby splňoval náležitosti vydržení (*possessor ad usucapionem*, *Ersitzungsbesitzer*). Takovému držiteli totiž svědčí fikce, že je kviritským vlastníkem. V klasickém a podle řady autorů i předklasickém právu (viz níže) bylo vydržení dvojího druhu. Jednak se jím nabývalo kviritské vlastnické právo k mancipační věci převedené pouhou tradicí, nikoli tedy civilním právem vyžadovaným formálním, slavnostním způsobem, tj. mancipací nebo *iniurecessi*.²⁰⁵ Takový držitel má věc tzv. *in bonis*, ve svém majetku, ale kviritské vlastnictví zůstává u převodce jako tzv. *nudum ius Quiritium*.²⁰⁶ Tento druhý druh vlastnictví nazval později Theophilus²⁰⁷ bonitárním vlastnictvím.²⁰⁸ Ten, kdo má pouhé *nudum ius Quiritium* má méně práv než bonitární vlastník.²⁰⁹ Předně nemá držbu věci a pokud se jí zmocní násilím, dopustí se krádeže věci vlastní (*furtum rei suae*)²¹⁰, nemůže věc užívat ani požívat atd. Tato oprávnění náleží bonitárnímu vlastníkov. Bonitárnímu vlastníkov však nepřisluší civilní ochrana, protože civilní právo jeho „vlastnictví“ neuznávalo. Ochranu mu poskytl prétor, a to nejdříve v podobě obrany proti žalobě kviritského vlastníka jako *exceptio rei venditae ac traditae*.²¹¹ Aktivní obranu bonitárnímu vlastníkov poskytla právě publiciánská žaloba.²¹²

Druhým případem, kdy nabyvatel získává vlastnictví až vydržením, je nabytí věci od nevlastníka, resp. neoprávněného. Mezi autory není shoda na tom, zda vydržení takové věci bylo v době zavedení publiciánské žaloby možné, čili zda se na ně vztahovala publiciánská žaloba

²⁰⁰ PETRAK, Marko. Actio Publiciana u klasičnom rimskom pravu. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2012, roč. 62, č. 5 – 6, s. 1513 – 1535.

²⁰¹ RODRÍGUEZ DIEZ, Javier E. *Potestas alienandi: Transfer of ownership by a non-owner from Roman law to the DCFR*. Oisterwijk: Wof Legal Publishers, 2016. 491 s.

²⁰² WUBBE: *Quelques...*, s. 417 – 440.

²⁰³ STURM: *Zur urpsprünglichen...*, s. 357 – 416.

²⁰⁴ APPLETON: *De la publicienne...*, s. 481 – 526.

²⁰⁵ G. 2.41.

²⁰⁶ G. 1.54.

²⁰⁷ Theophilus, Paraphrasis Ins. 1.5.4.: „[...] [N]aturale autem dicitur in bonis, et dominus bonitarius; [...]“. Cit. dle latinského překladu z řečtiny: FERRINI, Contardo. *Institutionum Graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa ad fidem librorum manu scriptorum recensuit prolegomenis notis criticis verisone latina. Pars prior*. Berlin: S. Calvary eiusque socios, 1884, s. 25.

²⁰⁸ PETRAK: *Actio Publiciana...*, s. 1520. Jsou i jiné případy bonitárního vlastnictví než to vzniklé na základě bezformálního převodu mancipační věci.

²⁰⁹ G. 3.166.

²¹⁰ G. 3.200. K aktivní legitimaci držitele viz také G. 203.

²¹¹ D. 21.3.

²¹² I. 4.6.4.

či nikoli. Nicméně nejpozději v klasickém právu, jak uvádí Gaius, toto možné bylo.²¹³ Na rozdíl od bonitárního vlastnictví se v případě nabytí od nevlastníka vyžadují další náležitosti, které legitimizují ochranu, která se mu poskytuje. Zejména jde o požadavek dobré víry, tj. přesvědčení v oprávněnost převodce věc převést, resp. omluvitelná nevědomost o tom, že převodce není vlastníkem. Dostačující je podle mého názoru dobrá víra v to, že převodce je bonitárním vlastníkem, jinak by nebyly možné vícenásobné převody bonitárního vlastnictví. Problematická je skutečnost, že tento držitel v dobré víře (*b. f. possessor*) zpravidla neví, že je toliko držitelem v dobré víře, nýbrž se domnívá, že se vlastníkem stal (nejde-li o nabytí od bonitárního vlastníka, kde nemá smysl uvažovat o dobré víře)²¹⁴. Vzniká tak otázka, proč by držitel v dobré víře, neztratil-li po převodu věci dobrou víru nebo nejde-li o případ nabytí od bonitárního vlastníka, použil publiciánskou žalobu a ne civilní vindikaci. Tento problém bude předmětem následující kapitoly.

Tímto tradičním rozdělením se však plně nevyčerpává aplikační rozsah publiciánské žaloby. Jsou i další důvody nabytí bonitárního vlastnictví nebo držby, které prétor chrání publiciánskou žalobou. Ty systematizuje Ch. Appleton. Jde např. o případy *abductio noxalis*, *missio in possessionem* nebo *bonorum possessio*.²¹⁵

Pro pasivní legitimaci platí v první řadě pravidlo, že na publiciánskou žalobu se obdobně aplikují pravidla o vindikaci.²¹⁶ Pasivně legitimovaným z vindikace a tedy i publiciánské žaloby byl ještě v raném principátu pouze držitel věci, nikoli detentor.²¹⁷ Gaius v D. 6.1.36.pr. říká: „Kdo pozvedá věcnou žalobu, ten se musí, aby nežaloval marně, starat (zjišťovat) o to, zda ten, koho chce žalovat, je držitel, nebo přestal být držitelem z úmyslného zavinění.“²¹⁸ Rozhodujícími okamžiky jsou litiskontestace a vydání rozsudku. V zásadě platilo, že žalovaný musel být držitel jak v době litiskontestace, tak v době vydání rozsudku. Toto bylo rozšířeno nejprve tak, že postačovalo, pokud držel v době vydání rozsudku, a později i na tzv. fiktivní držitele (*fictus possessor*).²¹⁹ Fiktivním držitelem je osoba, která se ze zlého úmyslu zbavila držby po litiskontestaci nebo od počátku držitelem nebyla, ale držbu předstírala, aby uvedla žalobce v omyl.²²⁰

Ulpian v D. 6.1.9 říká, že všichni, kdo věc ovládají a mají možnost ji vydat, mohou být žalováni. Ulpian tedy přiznává pasivní legitimaci i detentorům (a některým držitelům, které uvedl

²¹³ G. 2.43.

²¹⁴ WUBBE, Felix Bernard Jozef. Der gutgläubige Besitzer, Mensch oder Begriff?. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1963, roč. 80, č. 1, s. 176.

²¹⁵ APPLETON: *Histoire...*, s. 4 – 7.

²¹⁶ D. 6.2.7.8.

²¹⁷ DAJCZAK, GIARO, LONGCHAMPS DE BÉRIER: *Právo římské...*, s. 215.

²¹⁸ Překlad BUBELOVÁ: *Negatorní...*, s. 87.

²¹⁹ Viz D. 6.1.27.1.

²²⁰ DAJCZAK, GIARO, LONGCHAMPS DE BÉRIER: *Právo římské...*, s. 215.

v držbu prétor), kteří dříve legitimováni nebyli. Podstatné je, že žalovaný má věc u sebe a může ji vydat nebo že se jí podvodně zbavil (viz výše).

U publiciánské žaloby nastávají oproti vindikaci dvě podstatné výjimky v závislosti na tom, zda je žalobce bonitárním vlastníkem, nebo jen držitelem v dobré víře. Mezi těmito dvěma skupinami aktivně legitimovaných osob je podstatný rozdíl v tom, že bonitárnímu vlastníku náleží absolutní ochrana proti všem, vč. kviritského vlastníka, kdežto držitel v dobré víře publiciánskou žalobu proti kviritskému vlastníku nemůže použít, resp. žalobu prohraje.

Kviritský vlastník se proti publiciánské může bránit „námitkou zákonně nabytého vlastnictví“²²¹ (*exceptio iusti domini*).²²² Bonitární vlastník tuto námitku může odrazit protinámitkou věci prodané a předané (*replicatio rei venditae ac traditae*). Nabyvatel věci od nevlastníka s touto protinámitkou proti vlastníku, který se neúčastnil prodeje věci, neuspěje.²²³

Ulpian D. 21.3.1.2 – 3:

Si quis rem meam mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocebit haec exceptio, nisi probetur me mandasse, ne traderetur, antequam pretium solvatur.

Celsus ait: si quis rem meam vendidit minoris quam ei mandavi, non videtur alienata et, si petam eam, non obstabit mihi haec exceptio: quod verum est.

Překlad:

Pokud někdo z mého příkazu prodá mou věc, mojí vindikaci prodané věci bude bránit tato námitka, ledaže se prokáže, že jsem přikázal, aby se věc nepředávala, dokud nebude zaplacená kupní cena.

Celsus říká: „Pokud někdo prodal mou věc za méně, než jsem mu přikázal, nepovažuje se za převedenou, a pokud jej žaluji, nepřekáží mi tato námitka,“ což je správné.

V první řadě je třeba vycházet z toho, že převodem nedošlo k nabytí kviritského vlastnictví. Z druhého paragrafu se dozvídáme, že pokud došlo k prodeji věci z vůle vlastníka, byť použil příkazníka, nejedná se krádež a žalovaný může odrazit vindikaci vlastníka námitkou věci prodané a předané. Pokud se však prokáže, že příkazce vázal předání věci na zaplacení kupní ceny, a tedy příkazník překročil svoje oprávnění, žalovaný pro tento nedostatek vůle vlastníka s námitkou věci prodané a předané neuspěje. Stejně tak pokud příkazník prodá věc za nižší cenu, má převod vadu v nedostatku vůle vlastníka k převodu věci. Pomocí argumentu *a minori ad maius*

²²¹ Tamtéž, s. 148.

²²² D. 6.2.16.

²²³ DAJCZAK, GIARO, LONGCHAMPS DE BÉRIER: *Právo římské...*, s. 220.

dospějeme k tomu, že chybí-li vůle kviritského vlastníka vůbec, není proti němu námitka věci prodané a předané účinná.

Ulpian D. 6.1.72:

Si a titio fundum emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit, aequius est, ut tu potior sis. Nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summoveres. Sed et si ipse possideret et tu peteres, adversus exceptionem domini replicatione uteris.

Překlad:

Pokud jsi od Titia koupil Semproniovu pozemek a zaplativ kupní cenu ti byl předán a potom co se Titius stal dědicem Sempronia, ten stejný jinému prodal a předal, je spravedlivé, abys měl silnější právo. Neboť i kdyby tě o tu věc žalovat sám prodávající, mohl bys ho odrazit námitkou (věci prodané a předané). Ale pokud drží on sám a ty žaluješ, můžeš proti námitce (zákonně nabytého) vlastnictví protistrany použít protinámitku (věci prodané a předané).

V tomto fragmentu jsou řešeny tři problémy. Základem je, že převodem pozemku nedošlo k převodu kviritského vlastnictví, protože prodávající sám vlastníkem nebyl. Případně mohlo jít o případ, kdy pozemek byl prodán Titiem z vůle Sempronia, ale bezformálně (*traditio voluntate domini*), které se posuzuje stejně, jako by věc byla předána samotným vlastníkem, takže by nabyvateli vzniklo bonitární vlastnictví.²²⁴ Zaprvé kupující má proti Titiovi jako prodávajícímu námitku věci prodané a předané a také námitku podvodu (*exceptio doli*). Proti Semproniovi by námitka příslušela jen tehdy, pokud Titus jednal z jeho vůle (viz výše). Titius se nemůže dovolávat toho, že po prodeji věci nastoupil do právního postavení Sempronia jako jeho dědic, protože ačkoliv Sempronius mohl věc úspěšně vindikovat zpět, Titia zavazuje jeho dřívější jednání (na rozdíl od Sempronia má jen *nudum ius Quiritium*, viz výše).

Zadruhé se řeší, který z nabyvatelů v případě dvojího prodeje téže věci má lepší právo. Platí, že lepší právo má kupující, kterému byla věc předána dříve (*prior tempore, potior iure*), protože po prodeji a předání věci už samotný převodce nemůže věc požadovat zpět a nemůže s ní tedy ani dál nakládat (*nemo plus iuris*). Tato otázka je ještě modifikována tím, že v případě prvního převodu nebyl převodce kviritským vlastníkem, kdežto později kviritské vlastnictví k předmětnému pozemku zdědil. Pokud byl první převod nabytím od nevlastníka a druhý nabytím od vlastníka, měl by zde lepší postavení prostý držitel v dobré víře než bonitární vlastník.

²²⁴ RODRÍGUEZ DIAZ: *Potestas alienandi...*, s. 63 a násl. Viz tam citované fragmenty D. 6.1.41.1; D. 41.1.9.4 a D. 50.17.165.

To si lze vysvětlit tím, že nedostatek oprávnění převodce při prvním převodu konvaliduje následným nabytím kviritského vlastnictví převodcem.

Je otázkou, zda se poslední věta tohoto fragmentu týká případu, kdy drží Titius, nebo druhý kupující. V případě, že se týká držby Titia, jde o jednoduchý případ publiciánské žaloby kupujícího proti prodávajícímu, který jsa kviritským vlastníkem, uplatní námitku zákonně nabytého vlastnictví (jakožto Semproniiův dědic), kterou kupující odrazí protinámitkou věci prodané a předané. Pokud by držel druhý kupující v řadě, věc mu ostatně byla Titiem předána, nabízí se otázka, na jakém základě vznáší námitku vlastnictví. Vzhledem k formulaci „*vendiderit et tradiderit*“ se zdá, že ani při druhém prodeji nedošlo k řádnému převodu kviritského vlastnictví. V takovém případě by však tento žalovaný nemohl použít námitku zákonně nabytého vlastnictví, nýbrž publiciánskou námitku (*exceptio Publiciana*),²²⁵ přičemž v duchu tohoto fragmentu by spor vyhrál první kupující, neboť má silnější právo. Je však možné, že formulace „*vendiderit et tradiderit*“ není původní a byla kompilátory přidána jako náhrada za mancipaci nebo *iniurecessi*. V takovém případě by získala nový význam skutečnost, že se Titius stal dědicem Sempronia, neboť by na druhého kupujícího mohl převést kviritské vlastnictví. Šlo by potom o zvláštní případ uplatnění námitky věci prodané a předané proti singulárnímu sukcesorovi prodávajícího (viz níže). Příkláním se však k prvnímu řešení, tedy že se poslední věta týká případu, kdy drží Titius, a Ulpian ji používá pouze jako argument ke zdůraznění toho, že první kupující má lepší právo.

Hermogenianus D. 21.3.3:

pr. Exceptio rei venditae et traditae non tantum ei cui res tradita est, sed successoribus etiam eius et emptori secundo, etsi res ei non fuerit tradita, proderit: interest enim emptoris primi secundo rem non evinci.

1. Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius sive in eam dumtaxat rem successerint.

Překlad:

Pr. Námitka věci prodané a předané svědčí nikoli pouze tomu, komu je věc předána, ale také jeho nástupcům a druhému kupujícímu (v řadě), přestože jemu předána nebyla. Je totiž i v zájmu prvního kupujícího, aby druhý nebyl věci zbaven.

1. Ze stejného důvodu také nástupcům prodávajícího škodí, ať už nastoupili do všech práv nebo jen jeho (předmětné) věci.

²²⁵ BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 149.

Exceptio a replicatio rei venditae ac traditae přecházely v pozdním klasickém právu na univerzální i singulární sukcesory obou stran.²²⁶ Je logické, že námitka věci prodané a předané je aktivně i pasivně zděditelná, když dědic nastupuje do právního postavení svého předchůdce. Skutečnost, že námitku může uplatnit i osoba, která věc koupí od osoby, které námitka přísluší, je nezbytná pro zachování právního obchodu s věcmi, což je koneckonců hlavní účel ochrany bonitárního vlastnictví. Pokud by to tak nebylo, musel by spoléhat na pomoc svého předchůdce. V případě vydání věci by své nároky mohl uplatnit právě u něj. Z těchto dvou důvodů Ulpian říká, že je i v zájmu prvního kupujícího, aby námitku mohl vznést sám druhý kupující.

Dalším rozdílem oproti vindikaci je, že publiciánská žaloba nabyvatele od nevlastníka náleží jen proti žalovanému, který nemá právní titul nebo má právní titul slabší než žalobce. Hovoří se o relativní ochraně držitele v dobré víře.²²⁷ Jak již bylo řečeno výše, držitel v dobré víře neuspěje s publiciánskou žalobou proti kviritskému vlastníkovi, který se nepodílel na převodu věci. To stejné platí o bonitárním vlastníkovi, který má silnější právo než prostý držitel v dobré víře (možnou výjimku viz výše). Na druhou stranu publiciánská žaloba náleží vždy proti detentorovi nebo držiteli, který není v dobré víře nebo nemá právní titul (*iusta causa*). Problém nastává, pokud na obou stranách stojí nabyvatelé *bonae fidei* a *ex iusta causa*. Žalovaný, který by jinak byl také aktivně legitimován k publiciánské žalobě měl k dispozici publiciánskou námitku (*exceptio Publiciana*), která měla za následek, že se zkoumalo, která ze stran má lepší právo.²²⁸ Ulpian se přiklání k názoru Juliána, že v takovém případě se rozlišuje, zda nabyli věc od stejného nevlastníka nebo nikoli. Již výše bylo řečeno, že pokud nabyli oba od stejné osoby, má lepší právo ten, kterému byla věc dříve předána.²²⁹ Pokud nabyli od různých nevlastníků, má silnější důvod držitel (*beati possidentes*).²³⁰ Opačný názor zastával Neratius, podle kterého nebylo rozhodující, zda nabyli od stejného nevlastníka či nikoli, nýbrž v obou případech měl přednost ten nabyvatel, kterému věc byla předána dříve.²³¹

²²⁶ Tamtéž. DAJCZAK, GIARO, LONGCHAMPS DE BÉRIER: *Právo římské...*, s. 220.

²²⁷ PETRAK: *Actio Publiciana...*, s. 1524, 1528.

²²⁸ BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 149. APPLETON: *Histoire...*, s. 11 a násl. S existencí samostatné publiciánské námitky nesouhlasí APATHY, Peter. Die actio publiciana beim Doppelkauf von Nichteigentümer. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1982, roč. 99, č. 1, s. 162.

²²⁹ D. 6.1.72.

²³⁰ D. 6.2.9.4. Viz také D. 50.17.128.

²³¹ D. 19.1.31.2. Tímto problémem se podrobně zabýval APATHY: *Die Actio Publiciana...*, s. 158 – 187.

3.6 Předmět dokazování – shrnutí

Publiciánská žaloba je založena na vydržení. Aby žalobce mohl se svým nárokem uspět, musel prokázat skutečnosti odůvodňující závěr, že by věc vydržel, pokud by ji držel po vydržecí dobu. Kromě toho bylo v případě nabytí od nevlastníka třeba dokazovat, zda žalovaný má věc u sebe bez právního titulu nebo na základě slabšího právního titulu, než o jaký se opírá žalobce. Stejně jako u vindikace bylo třeba prokázat totožnost sporné věci.²³² Co se týče důkazního břemene, platilo, že důkazní břemeno (*onus probandi*) spočívalo v zásadě na žalobci.²³³ Pokud žalobce neunesse důkazní břemeno, právo žalovaného se nezkoumá a věc si může ponechat.²³⁴ Důkazní břemeno ohledně skutečností, které jsou rozhodující z hlediska námítky žalovaného, tíží žalovaného.²³⁵ Zároveň je však třeba připomenout, že římské právo nemělo formální pravidla dokazování²³⁶. Soudce se řídil svým uvážením, bylo třeba jej přesvědčit.²³⁷

Vydeme-li z tradičního pohledu na vydržení, pro vydržení musely být splněny následující předpoklady: *res habilis, titulus, fides, possessio a tempus*.²³⁸ Z toho víme, že *tempus* se ve prospěch žalobce fingoval („*si anno possedisset*“)²³⁹. Zkoumání ostatních náležitostí se neliší od případu, kdy vindikant staví svůj nárok na vydržení. Část autorů zastává tradiční názor, že žalobce nese důkazní břemeno ohledně všech těchto ostatních předpokladů.²⁴⁰ Část tvrdí, že *res habilis* a *fides* se ve prospěch žalobce nebo vydržitele presumovaly.²⁴¹ Vycházejí z negativní povahy těchto předpokladů. Pokud by žalovaný tvrdil, že je věc kradená nebo vyloučena z právního obchodu nebo že žalobce nebyl v dobré víře, tížilo důkazní břemeno jeho. Žalobce tedy musel prokázat pouze držbu, resp. tradici, a existenci právního titulu.²⁴²

Ačkoliv edikt vychází z předpokladu tradice, podstatná je toliko samotná držba. Držbu mohl žalobce získat i jiným prétozem uznaným způsobem, jde např. o *missio in possessionem* nebo *bonorum possessio*.²⁴³ Nevyžaduje se jen skutečné odevzdání věci (*traditio corporalis*), možné jsou i různé úlevy – *traditio brevi manu, traditio longa manu, traditio ficta* nebo *constitutum possessorium*.²⁴⁴

²³² PETRAK: *Actio Publiciana*..., s. 1525.

²³³ D .22.3.2.

²³⁴ C. 4.19.2.

²³⁵ D. 44.1.1.

²³⁶ DIÓSDI: *Ownership*..., s. 162 – 163. KASER, Max. Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1954, roč. 71, č. 1, s. 222.

²³⁷ SOMMER, Otakar. *Učebnice soukromého práva římského: díl I: obecné nauky*. Praha: vlastním nákladem, 1933, s. 135.

²³⁸ DAJCZAK, GIARO, LONGCHAMPS DE BÉRIER: *Právo římské*..., s. 205.

²³⁹ G. 4.36.

²⁴⁰ STURM: *Zur ursprünglichen*..., s. 413.

²⁴¹ DIÓSDI: *Ownership*..., s. 164. KASER, Max. *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*. 2. vydání. Köln: Böhlau, 1956, s. 297. WUBBÉ: *Quelques*..., s. 421.

²⁴² PETRAK: *Actio Publiciana*..., s. 1526.

²⁴³ APPLETON: *Histoire*..., s. 4 – 7.

²⁴⁴ BARTOŠEK: *Encyklopedie*..., s. 310 – 311.

Stačilo, pokud žalobce držel alespoň po krátký okamžik,²⁴⁵ byť i jen zprostředkovaně skrze svého otroka, správce, poručníka, opatrovníka apod.²⁴⁶ Právní jednání (zejm. koupě) a tradice se mohly také odehrát u dvou odlišných osob, např. když věc koupil zůstavitel, ale k tradici došlo až po jeho smrti ve prospěch dědice.²⁴⁷ Titul věnovaný publiciánské žalobě obsahuje dvě výjimky, kdy žalobce ve skutečnosti nebyl vůbec držitelem, a to ani na krátký okamžik. Jde o nabytí fideikomisu podle *sc. Trebelliana*²⁴⁸ a případ, kdy věc koupil otrok na útěku.²⁴⁹

Druhým předpokladem, který musel žalobce prokázat je právní titul (*iusta causa*). Ačkoliv Gaiova formule obsahuje jen koupi, je zřejmé, že jde pouze o příklad („*velut hoc modo*“).²⁵⁰ Z Digest se dovídáme, že prétor uznával celou řadu různorodých titulů.²⁵¹ Jde o důvody, pro které lze věc vydržet – kromě koupě (*pro emptore*) i darování (*pro donato*), vindikační odkaz (*pro legato*), věno (*pro dote*), dědictví (*pro herede*), vydání pachatele poškozenému (*pro noxae dedito*), plnění dluhu (*pro soluto*), příp. *pro suo* jako sběrná kategorie.²⁵² Zvláště je u publiciánské žaloby uvedena i směna (*permutatio*).²⁵³ Publiciánská žaloba však v pozdější době sloužila i k ochraně práv, aktivně legitimovaný je i oprávněný z *vectigali*²⁵⁴ nebo *superficiarii*,²⁵⁵ kteří jinak své právo nemohou vydržet, i oprávněný z pozemkové služebnosti (*actio confessoria utilis*).²⁵⁶ V tom je tedy publiciána širší než vydržení.

V klasickém právu bylo sporné, jestli pro vydržení dostačoval i putativní titul. Putativní titul je takový titul, který není (příp. je neplatný), ale jehož existenci nabyvatel chybně předpokládá.²⁵⁷ Ulpian se domníval, že i putativní titul postačoval pro uplatnění publiciánské žaloby.²⁵⁸ Stejně tak Julián.²⁵⁹ Prosadil se však názor Celsův,²⁶⁰ podle kterého se vyžadoval titul skutečný či pravdivý (*titulus verus*). Toto rozhodnutí císaře Diokleciána převzal i Justinián.²⁶¹ Jiná situace byla v případě tradice, kde putativní titul dostačoval.²⁶² Domnívám se, že v případě tradice bylo podstatné, že věc předal její vlastník. Přítomnost vůle vlastníka převést věc byla dostatečná

²⁴⁵ D. 6.2.12.7.

²⁴⁶ D. 6.2.7.10.

²⁴⁷ D. 6.2.9.pr.

²⁴⁸ D. 6.2.12.1.

²⁴⁹ D. 6.2.15.

²⁵⁰ G. 4.36.

²⁵¹ D. 6.2.3.1. – 6; D. 6.2.7.5; D. 6.2.13.pr.

²⁵² D. 41.4.11. HEYROVSKÝ, Leopold. *Dějiny a systém soukromého práva římského*. 4. vydání. Praha: Nakladatelství J. Otto, 1910, s. 359 – 361.

²⁵³ D. 6.2.7.5.

²⁵⁴ D. 6.2.12.2.

²⁵⁵ D. 6.2.12.3.

²⁵⁶ D. 6.2.11.1.

²⁵⁷ DAJCZAK, GIARO, LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Právo římské...*, s. 205.

²⁵⁸ D. 6.2.5.

²⁵⁹ D. 41.4.11.

²⁶⁰ D. 41.3.27. Citováno dle překladu obsaženého v BĚLOVSKÝ: *Vydržení...*, s. 112.

²⁶¹ I. 2.6.11. DAJCZAK, GIARO, LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Právo římské...*, s. 205.

²⁶² BĚLOVSKÝ: *Vydržení...*, s. 113.

pro ospravedlnění ochrany nabyvatele, zde bonitárního vlastníka. I pro nabyvatele od nevlastníka byly povoleny výjimky v případě koupě věci.²⁶³ Zvláště u publiciánské žaloby se jedná o případy koupě od nezletilce (*minor*) nebo šílence (*furiosus*). Pokud kupující nevěděl, že kupuje od šílence²⁶⁴ nebo nezletilého,²⁶⁵ mohl použít publiciánskou žalobu. Podobně pokud věděl, že kupuje od nezletilce, musel prokázat, že koupil se souhlasem jeho poručníka. Pokud však nevědomky koupil od falešného poručníka, opět měl publiciánskou žalobu.²⁶⁶ I když v daném případě byl jinak dostatečný putativní titul, prétor neposkytoval ochranu nabyvateli věci, kterou zákon nebo konstituce zakazovaly zcizit.²⁶⁷ Pro koupi je ještě podstatné, že na rozdíl od vindikace se nevyžadovalo zaplacení kupní ceny.²⁶⁸

Nabyvateli věci, kterou nelze vydržet, nelze v zásadě ani poskytnout publiciánskou žalobu.²⁶⁹ Způsobilost věci (*res habilis*) se presumovala (viz výše). Jde o negativní předpoklad vydržení. Pokud žalovaný tvrdil, že věc není způsobilá, nesl o tomto důkazní břemeno.²⁷⁰ Zejména nelze vydržet věci kradené (*res furtivae*) a věci vyloučené z právního obchodu (*res extra commercium*).²⁷¹ Zákaz vydržet kradené věci obsahoval mimo jiné zákazy už LDT.²⁷² Tento zákaz později potvrdil a rozšířil *lex Atinia* (149 př. n. l.).²⁷³ Dále byly vyloučeny věci získané násilím (*res vi possessae*) zákony *Iulia et Plautia* (asi 1. stol. př. n. l.)²⁷⁴ a věci získané podvodem (*res repetundae*).²⁷⁵ Věci vyloučené z právního obchodu jsou zejm. věci posvátné (*res sacrae*), svaté nebo zasvěcené (*res religiosae*). Vydržet nelze také svobodného člověka, protože není věcí, a uprchlého otroka (*servus fugitivus*) z důvodu ochrany práv jeho pána.²⁷⁶

Vzhledem k objektivní povaze požadavku způsobilosti věci má zákaz vydržet kradené věci velký význam. Nejen že nemůže věc vydržet zloděj, ten ostatně nemá ani dobrou víru,²⁷⁷ ale nemůže vydržet ani osoba, která věc od něj nabude v dobré víře v jeho oprávnění věc převést.²⁷⁸ Kradenou věc bylo možné vydržet znovu až tehdy, pokud se vrátila do moci vlastníka.²⁷⁹ Krádež se posuzovala velmi široce. Zahrnovala každé svévolné nakládání s cizí věcí. Proto se uznává, že

²⁶³ Tamtéž. Viz také HEYROVSKÝ: *Dějiny...*, s. 361.

²⁶⁴ D. 6.2.7.2.

²⁶⁵ D. 6.2.7.4.

²⁶⁶ D. 6.2.13.2.

²⁶⁷ D. 6.2.12.4.

²⁶⁸ D. 6.2.8. Srv. I. 2.1.41.

²⁶⁹ D. 6.2.9.5.

²⁷⁰ Např. WUBBE: *Quelques...*, s. 421.

²⁷¹ I. 2.6.1. – 2.

²⁷² LDT VIII.17. Cit. dle SKŘEJPEK, Michal. *Texty ke studiu římského práva*. Praha: Nakladatelství Orac, 2001, s. 42.

²⁷³ BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 199.

²⁷⁴ Tamtéž, s. 209.

²⁷⁵ BONFANTE, Pietro. *Instituce římského práva*. 9. vydání. Brno: ČS. A. S. Právnick, 1932, s. 310.

²⁷⁶ G. 2.48., I. 2.6.1. K uprchlému otrokovi srv. D. 41.2.13.pr.

²⁷⁷ Totéž platí i pro zlodějova dědice (viz výše).

²⁷⁸ G. 2.45, 49; D. 41.2.3.22; D. 41.3.4.6; I. 2.6.3.

²⁷⁹ I. 2.6.8.

vydržení movité věci nabyté od nevlastníka bylo výjimečné.²⁸⁰ To ostatně vede autory k tomu, aby vůbec odmítali aplikovatelnost publiciánské žaloby v předklasickém a klasickém právu na nabytí od nevlastníka (viz níže). Na druhé straně složitá důkazní situace, do které by se žalobce dostával, kdyby musel prokazovat, že věc není kradená, vedla autory k závěru, že se způsobilost věci v zásadě presumovala.²⁸¹ Nelze-li totiž kradenou věc vydržet, nelze se při dokazování vlastnického práva v souladu s teorií *probatio diabolica* (viz níže) na ně odvolávat, ale je potřeba prokázat řetězec vlastníků až k originárnímu nabytí.

Titul věnovaný publiciánské žalobě obsahuje jistou výjimku ze zákazu vydržení kradených věcí v tom smyslu, že kupec v dobré víře mohl žalovat z publiciánské žaloby na vydání dítěte kradené otrokyně, pokud v době podání žaloby nevěděl o tom, že matka byla kradená (zároveň jde i o výjimku ze zásady *mala fides superveniens non nocet*, viz níže).²⁸²

Druhým (negativním) předpokladem je dobrá víra (*bona fides*), resp. absence zlé víry (úmyslu), kupujícího. Dobrou vírou se zde rozumí především nedostatek vědomosti kupujícího o skutečnosti, že kupuje věc od neoprávněného,²⁸³ resp. mylné přesvědčení o tom, že kupuje od vlastníka.²⁸⁴ Za nabyvatele v dobré víře se považuje i ten, kdo se mylně domnívá, že koupil od osoby oprávněné převést cizí věc (viz výše případ koupě od poručníka atd.).²⁸⁵ Obecně se dobrá víra chápe jako přesvědčení držitele o tom, že nepůsobí jinému svou držbou újmu.²⁸⁶ Na rozdíl od *res habilis* je to tedy předpoklad subjektivní.

Důležitost dobré víry bývá zpochybňována. Zaprvé v případě neformálního převodu mancipační věci nemá smysl ji zkoumat. Pokud nabyl od kviritského vlastníka, stal se vlastníkem bonitárním. Pokud nabyl vědomě od bonitárního vlastníka, tato vědomost mu nijak neškodí, protože i bonitární vlastník může věc prodat.²⁸⁷ V takovém případě náleží i druhému kupujícímu proti kviritskému vlastníkovi námitka věci prodané a předané (viz výše). V jiných případech držitel od počátku ví, že drží (podle civilního práva) cizí věc, ale na základě oprávnění uděleného prétozem (*missio in possessionem* apod.). A pokud jde o nabytí od nevlastníka, není ve většině případů věc jako věc kradená způsobilá vydržení.²⁸⁸

V příslušné části titulu věnovaného publiciánské žalobě se řeší především to, u koho a k jakému okamžiku se dobrá víra zkoumá. V první řadě se dobrá víra zkoumá u kupujícího,

²⁸⁰ G. 2.50. DAJCAK, GIARO, LONGCHAMPS DE BÉRIER: *Právo římské...*, s. 205.

²⁸¹ DIÓSDI: *Ownership...*, s. 164. WUBBE: *Quelques...*, s. 421.

²⁸² D. 6.2.11.2 – 4.

²⁸³ D. 6.2.7.17.

²⁸⁴ G. 2.43.

²⁸⁵ D. 50.16.109.

²⁸⁶ BUBELOVÁ, Kamila. Držitel – detentor nebo possessor? *Acta Universitatis Palackianae Olomucensis*, 2000, roč. 2, č. 1, s. 30.

²⁸⁷ WUBBE: *Der gutgläubige Besitzer...*, s. 176.

²⁸⁸ PUGSLEY: *On the Style...*, s. 187 – 188.

nikoli u prodávajícího.²⁸⁹ Dobrá víra prodávajícího je ale rozhodují pro zjištění, zda jde o věc kradenou, protože kdo vědomě prodá cizí věc, dopouští se krádeže.²⁹⁰ Pokud koupí věc otrok namísto svého pána, zkoumá se dobrá víra otroka, nikoli pána.²⁹¹ To však platí jen v případě, že otrok věc kupuje ve prospěch svého *peculia*. Pokud nemá *peculium*, je rozhodující dobrá víra otrokova pána. Stejně tak v obou případech pán nemůže věc vydržet, pokud sám nebyl v dobré víře, bez ohledu na dobrou víru otroka.²⁹² Pokud kupuje poručník, platí to stejné jako o otrokovi s *peculium*. Opačně tomu je u příkazníka, jehož dobrá víra je irelevantní, nýbrž se zkoumá dobrá víra příkazce.²⁹³

Pokud mezi koupí a žalobou došlo k sukcesi, bude se i tak zkoumat dobrá víra kupujícího, tzn. zůstavitele, k okamžiku koupě, příp. tradice (viz níže). Dobrá víra dědice je irelevantní, vstupuje do postavení svého předchůdce.²⁹⁴ Jedná se o prodloužení zásady, že později nabytá zlá víra neškodí (*mala fides superveniens non nocet*), kterou obecně formuloval Pomponius. Podle Pomponia se bere ohled jen na dobu koupě a nezkoumá se zlý úmysl před uskutečněním koupě, ani poté.²⁹⁵

Odpověď na otázku, k jakému okamžiku se dobrá víra zkoumá, není tak jednoznačná. Až do doby císaře Justiniána nebyl tento okamžik chápán jednotně.²⁹⁶ Titul o publiciánské žalobě sám obsahuje rozporné fragmenty. Julián v Ulpianově fragmentu s odkazem na fakt, že publiciánská žaloba je založena na fikci vydržení, říká, že kupující musí mít dobrou víru v okamžiku tradice.²⁹⁷ Ulpian však zároveň cituje prétora: „*qui bona fide emit*“.²⁹⁸ Jak bylo popsáno výše, O. Lenel považuje tato slova za součást formule, přestože Gaius se o dobré víře nezmiňuje vůbec. Na jiném místě Digest Ulpian shrnuje tento spor tak, že se prosadil názor sabiniánů a cassiánů, podle kterého se přihlíží k okamžiku tradice.²⁹⁹,³⁰⁰ Paulus potom vyžadoval dobrou víru v obou okamžicích (zásadní spíš je, který okamžik nastane později).³⁰¹ V justiniánském právu byl rozhodující okamžik tradice.³⁰²

²⁸⁹ D. 6.2.17.7; D. 6.2.7.15.

²⁹⁰ G. 2.50.

²⁹¹ D. 6.2.7.13.

²⁹² D. 41.4.2.10 – 15; D. 41.3.43.1. Cit. dle APPLETON: *Histoire...*, s. 162.

²⁹³ D. 41.3.47. Cit. dle APPLETON: *Histoire...*, s. 162 – 163.

²⁹⁴ D. 6.2.7.12. DOSTALÍK: *Dědická instituce...*, s. 275 – 276.

²⁹⁵ D. 6.2.7.14.

²⁹⁶ BĚLOVSKÝ: *Vydržení...*, s. 116.

²⁹⁷ D. 6.2.7.17. Viz také APPLETON: *Histoire...*, s. 163.

²⁹⁸ D. 6.2.7.11. Koupí v dobré víře se věnují i následující paragrafy 12 až 15.

²⁹⁹ D. 41.3.10.pr. Cit. dle překladu v BĚLOVSKÝ: *Vydržení...*, s. 116.

³⁰⁰ Podle Ch. Appletona nezněl opoziční názor prokuliánů tak, že se zkoumá dobrá víra k okamžiku uzavření kupní smlouvy, nýbrž k okamžiku, o kterém se dobrověrný nabyvatel domníval, že v něm nabyt vlastnické právo, totiž k mancipaci. Fragmenty, které hovoří o koupí, jsou podle něj interpolovány. APPLETON: *Histoire...*, s. 201 – 204.

³⁰¹ D. 41.4.2.pr. Cit. dle KASER, KNÜTEL: *Römisches Privatrecht*, s. 157. Viz také BĚLOVSKÝ: *Vydržení...*, s. 116.

³⁰² BĚLOVSKÝ: *Vydržení...*, s. 116.

4 Důvody zavedení a funkce publiciánské žaloby

Zatímco starší autoři se zabývali zejména rekonstrukcí ediktu a žalobní formule, pováleční romanisté zkoumali především důvody, pro které prétor edikt vydal, a funkce, které žaloba plnila v předklasickém právu.³⁰³

Předmětem sporu mezi romanisty od počátku byla otázka, zda publiciánská žaloba od počátku příslušela i nabyvateli od nevlastníka (*b. f. possessoria*), nebo pouze nabyvateli mancipační věci pouhou tradicí, ale od vlastníka (bonitárního vlastníka). V tomto směru se odvíjely i rekonstrukce ediktu, jak bylo rozebráno výše, ale samotná rekonstrukce nutně neimplikovala postoj daného autora k tomuto problému. O důvodu pro zavedení publiciánské žaloby se vyvinuly dvě hlavní teorie. Podle první měla publiciánská žaloba sloužit ochraně bonitárního vlastníka (O. Lenel³⁰⁴, F. Sturm³⁰⁵). Podle druhé skupiny autorů měla odstranit potíže, které měl žalobce vindikace při dokazování svého vlastnictví, tzv. *probatio diabolica*, spojené s přechodem z legisakčního procesu na proces formulový (M. Kaser³⁰⁶, F. B. J. Wubbe³⁰⁷). Vzhledem k tomu, že v takovém případě nebylo třeba prokázat kviritské vlastnictví, sloužila publiciánská žaloba nutně i *b. f. possessorovi*. Další autoři kombinují oba přístupy (P. Apathy³⁰⁸, G. Diósdí³⁰⁹). S tím souvisí i další otázka, zda publiciánskou žalobu mohl použít i žalobce, který věc nabyt mancipací nebo *iniurecessi*, příp. který už věc vydržel.

4.1 Otto Lenel

Na tomto místě je vhodné shrnout O. Lenelovu hypotézu o původu a funkci žaloby, která vylpynula již z kapitoly věnované rekonstrukci ediktu.

O. Lenel původně rekonstruoval dva edikty, jeden k ochraně bonitárního vlastníka podle D.6.2.1.pr. a druhý k ochraně *b. f. possessoria* podle D. 6.2.7.11. Proti existenci druhého ediktu svědčí několik argumentů. Zaprvé Gaius předpokládá pouze jeden edikt a v části věnované ediktu se o dobré víře nezmiňuje. Dále je nepochybné, že celé spojení *non a domino* je interpolované. Pokud se v prvním ediktu ale nenacházelo ani *a domino*, není druhý edikt potřebný, protože by i první edikt poskytoval ochranu *b. f. possessorovi* (pokud by to ovšem prétor býval zamýšlel). Proti druhému ediktu hovoří i systematický argument. V D. 6.2.7.9. Ulpián zřetelně končí komentář

³⁰³ DIÓSDI: *Ownership*..., s. 154.

³⁰⁴ LENEL: *Das Edictum*... s. 172.

³⁰⁵ STURM: *Zur ursprünglichen*... s. 357 – 416.

³⁰⁶ KASER: *Altrömisches*..., s. 122 – 164. KASER, Max. Über relatives Eigentum im altrömischen Recht. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1985, roč. 102, č. 1, s. 1 – 39.

³⁰⁷ WUBBE: *Quelques*..., s. 417 – 440. WUBBE: *Der gutgläubige*..., s. 175 – 205.

³⁰⁸ APATHY: *Die actio publiciana*..., s. 158 – 187.

³⁰⁹ DIÓSDI: *Ownership*..., s. 154 – 165.

k ediktu svou běžnou formulací o zděditelnosti žaloby. Následující paragrafy a fragmenty se tedy týkají formule, nikoli ediktu, což je i v souladu se systematickou Gaiova paragrafu.

Když O. Lenel připustil, že existoval jen první edikt, opustil myšlenku, že publiciánská žaloba od počátku plnila dvě funkce. Prétor měl podle něj na mysli toliko odstranění problému nedostatku formy při převodu mancipační věci prostou tradicí a to, že by edikt mohl být použit i pro ochranu nabytí „*non a domino*“ si ani neuvědomil, nýbrž předpokládal, že ostatní náležitosti budou splněny stejně jako u vindikace.³¹⁰ Ch. De Visscher tento rozpor vysvětloval tak, že v předklasickém právu nebylo vydržení věci od nevlastníka vůbec možné.³¹¹

Vzhledem k rekonstrukci ediktu „*mancipio datur*“ se neměla žaloba vztahovat ani na nemancipační věci. To ostatně ani nebylo nutné, protože k převodu nemancipační věci postačovala tradice a ani převody mancipačních věcí od nevlastníka neměly být chráněny. Dále nabyvatel nemancipační věci od nevlastníka mohl použít vindikaci v podobě *l.a.s.i.r.*, kde v zásadě nemusel prokazovat oprávnění převodce.³¹²

Protože byla publiciánská žaloba konstruována na základě vydržení, byla v důsledku poskytnuta i ochrana nabytí mancipační věci od nevlastníka, protože v řízení *in iure* nebylo zpravidla ani možné rozlišit, zda žalobce nebyl věc od vlastníka či nikoli, to vyšlo najevo až v řízení *apud iudicem*.³¹³ Soudce, i pokud zjistil, že žalobce nabyl věc od nevlastníka, nemohl rozhodnout jinak než v jeho prospěch, jestliže byly splněny ostatní náležitosti vydržení.

S rozšířením formulového procesu i na nemancipační věci, rozšířila se vlivem jurisprudence publiciánská žaloba i na ně na základě argumentu *a fortiori*.³¹⁴

4.2 Felix B. J. Wubbe

Proti názoru O. Lenela se postavil F. B. J. Wubbe, který se částečně vrací k teorii, kterou zastával např. Ch. Appleton, že publiciánská žaloba měla od počátku chránit jak bonitárního vlastníka, tak *b. f. possessor*. Debatu otevřel svým článkem *Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne*, ve kterém zejména s pomocí rozboru Gaiových Institucí dospěl k názoru, že žaloba sloužila všem držitelům v dobré víře s titulem, vč. kviritského vlastníka. V reakci na odmítavý postoj F. Sturma aj. svou teorii v článku *Der gutgläubige Besitzer, Mensch oder Begriff?* rozvedl v ochranu domnělého vlastnického práva.

³¹⁰ LENEL: *Nachträge...*, s. 28 – 29.

³¹¹ DE VISSCHER: „*Auctoritas*“..., s. 98 – 99. DE VISSCHER: *De la défense...*, s. 471 – 473.

³¹² Tamtéž, s. 29 – 31.

³¹³ BENEDEK: *Ursprung...*, s. 84

³¹⁴ LENEL: *Nachträge...*, s. 29 – 31.

O. Lenelovu hypotézu odmítá mj. proto, že pokud by prétor skutečně chtěl chránit toliko bezformální převody mancipačních věcí, nevydal by formulí s fikcí „*si anno possedisset*“, nýbrž by se fingovala mancipace nebo *iniurecesse*: „*si mancipio accepisset*“, resp. „*si (res) in iure cessa ei fuisset*“.³¹⁵ Nesouhlasí také s tím, že jak O. Lenelova, tak P. Bonfanteho teorie je založená na tom, že prétor jaksi omylem vydal edikt širší, než jak jej zamýšlel. V O. Lenelově případě i na bezformální nabytí mancipační věci od nevlastníka, které zároveň vytvořilo nedůvodný rozdíl oproti formálně bezvadnému převodu mancipační věci od nevlastníka, a v P. Bonfantově případě dokonce i na nemancipační věci.³¹⁶

Potřeba chránit nabyvatele věci od nevlastníka vyvstala podle F. B. J. Wubbeho dříve než potřeba chránit bezformální převody mancipačních věcí. Domnívá se, že v době LDT muselo k bezformálním převodům na rozdíl od převodů *non a domino* docházet jen velmi zřídka. Vydržení mancipační věci převedené pouhou tradicí je podle něj jen zvláštním případem obecného vydržení, ve kterém není vlastnické právo převodce rozhodující.³¹⁷

Funkce vydržení je nám známa z Digest. D. 41.3.1, kde Gaius říká, že *usucapio* bylo zavedeno ve veřejném zájmu, aby vlastnictví nebylo po dlouho dobu nejisté, přičemž vlastníkovi byla dána dostatečná lhůta, aby po svých věcech pátral.³¹⁸

Bonitární vlastník věděl, že není kviritským vlastníkem. Avšak i pokud byla věc mancipována, byl nabyvatel v nejistotě, zda se stal vlastníkem, protože si nemohl být jistý, že jím byl převodce. Zejména tuto nejistotu mělo podle F. B. J. Wubbeho zahladit vydržení.³¹⁹ Kromě toho se F. B. J. Wubbe ptá, pokud by vydržení mělo původně toliko zahladit nedostatek formy, zda nabyvatel, i když už vydržel, musel dokazovat oprávnění svého předchůdce. Poukazuje na to, že ačkoli zastánci³²⁰ této teorie tvrdí, že vydržení nebylo určeno nabytí od nevlastníka, odpovídají na tuto otázku záporně.³²¹ Na druhou stranu pokud má vydržení zbavit nabyvatele povinnosti dokazovat oprávnění předchůdce, zbavuje jej i povinnosti prokázat, že věc nabyl formálně bezvadně.³²² Rozšíření publiciánské žaloby na nabytí od nevlastníka není tedy podle F. B. J. Wubbeho až pozdějším dílem jurisprudence, ale bylo tomu tak již od jejího zavedení, neboť abstrakce od práva předchůdce byla inherentní institutu vydržení.

Svou hypotézu o aplikovatelnosti publiciánské žaloby zakládá stejně jako autoři před ním na znění G. 4.36. Gaius zde nerozlišuje mancipační a nemancipační věci, ani nabytí od vlastníka

³¹⁵ WUBBE: *Quelques...*, s. 430.

³¹⁶ Tamtéž, s. 431.

³¹⁷ Tak interpretuje G. 2.43.

³¹⁸ Srv. G. 2.44.

³¹⁹ WUBBE: *Quelques...*, s. 433 – 434.

³²⁰ Zejm. DE VISSCHER: „*Auctoritas*“..., s. 98 – 99.

³²¹ WUBBE: *Quelques...*, s. 432.

³²² Tamtéž, s. 435.

a nevlastníka, proto se F. B. J. Wubbe ptá, proč se publiciánská žaloba dle znění Gaiova textu vztahuje i na nemancipační věci nebo na mancipační věci řádně převedené, když v takovém případě se nabyvatel stává kviritským vlastníkem.³²³ F. B. J. Wubbe se domnívá, že takový nabyvatel sice mohl použít vindikaci, ale pouze za podmínky, že prokáže vlastnické právo převodce. Nabyvatel-žalobce by tak musel prokázat, že buď on nebo některý z jeho právních předchůdců nabyl věc originárním způsobem, což se stává velmi obtížným úkolem v případě několikanásobného derivativního převodu věci (*probatio diabolica*). Funkcí žaloby podle něj tedy je, aby „domnělý vlastník“ mohl žalovat nezávisle na právu svého předchůdce, jinými slovy odstranit *probatio diabolica*.³²⁴ Podle F. B. J. Wubbeho musel publiciánský žalobce prokázat toliko *iusta causa a traditio. Bona fides a res habilis* se presumují a důkazní břemeno o nich tíží žalovaného.³²⁵

Z výše uvedeného plyne, že obě žaloby si vzájemně konkurují a je tedy na žalobci, kterou z nich zvolí. Momentem, který rozděluje aplikovatelnost těchto dvou žalob je uplynutí vydržecí doby (viz „*si anno possedisset*“ v žalobní formulí), nikoli samotný fakt nabytí vlastnického práva, ať už vydržením nebo mancipací (pokud nabyl věc mancipací, nemohl ji potom znovu nabyt vydržením, přesto je mu uplynutí vydržecí doby prospěšné). Po uplynutí vydržecí doby, bez ohledu na to, zda nabyl vlastnické právo dříve, již publiciánskou žalobu nepotřebuje, protože povinností prokazovat oprávnění převodce jej zbavuje vydržení. V tomto smyslu si F. B. J. Wubbe vykládá ediktální „*nondum usucepit*“ jako „*si non anno possedisset*“.³²⁶ To ale neznamená, že by se domníval, že žaloba svědčí i těm, kteří nemohou vydržet. Takový žalobce by neuspěl, protože by nenaplnil podmínku „*tum si rem Ai Ai esse oporteret*“.³²⁷

F. B. J. Wubbe se v tom tak odchyluje od všeobecně uznávané skutečnosti, že v klasickém právu (o původní funkci v předklasickém právu shoda není) publiciánskou žalobu mohl použít jenom ten, kdo se pro nabytí vlastnického práva musel spoléhat na vydržení, tj. bonitární vlastník a *b. f. possessor*, nikoli však kviritský vlastník. Žaloba je totiž postavena na tom, že žalobce není kviritským vlastníkem; G. 4.36: „*quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse*“ a „*ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit*“.³²⁸

F. B. J. Wubbe argumentuje tím, že nabyvatel věci od nevlastníka právě proto, že je v dobré víře, neví, že není kviritským vlastníkem.³²⁹ Takový nabyvatel by tedy podle většinového názoru musel použít vindikační žalobu, ve které by ale neuspěl, protože až v řízení *apud iudicem* by

³²³ Logický argument je, že na tyto případy se nevztahuje, protože takový nabyvatel nepotřebuje fikci. To rozvádí později tak, že ani takový nabyvatel si často nemůže být jistý, jestli se vlastníkem skutečně stal. Viz níže.

³²⁴ WUBBE: *Quelques...*, s. 422.

³²⁵ Tamtéž, s. 421.

³²⁶ Tamtéž, s. 423, 426.

³²⁷ Tamtéž, s. 427.

³²⁸ Překlad viz výše.

³²⁹ WUBBE: *Quelques...*, s. 425.

vyšlo najevo, že kviritským vlastníkem není. Na druhé straně pokud by nabyvatel ještě před podáním žaloby zjistil, že vlastníkem není, žaloval by z publiciánské žaloby a uspěl by (*mala fides superveniens non nocet*). V době podání žaloby nedobrověrný nabyvatel by tak měl lepší postavení než dobrověrný.³³⁰ Je navíc nepravděpodobné, že by prétor zavedl takovou žalobu jen k ochraně držitelů, kteří po převzetí věci dobrou víru ztratili.³³¹

Aby i dobrověrný žalobce mohl vůbec přijít na nápad podat publiciánskou žalobu, musela být publiciánská žaloba přístupná i kviritským vlastníkům. Nikdo si ve skutečnosti nemůže být jistý, že je skutečným vlastníkem věci, i když je jinak v dobré víře. Hovoříme-li o tom, že žalobce nabyt od vlastníka či nevládníka nebo že věc je *habilis* nebo *inhabilis*, činíme tak pouze v rovině abstraktní, resp. v rovině hmotného práva. Jaká je skutečnost podle hmotného práva však na začátku řízení není známo a často ani rozsudek této abstraktní skutečnosti neodpovídá. V praxi (z procesního pohledu) je třeba za držitele v dobré víře považovat zejména ty, kteří se domnívají, že jsou vlastníky. Zda je žalobce vlastníkem nebo jen držitelem v dobré nebo zlé víře zjistí až soudce.³³²

Podle F. B. J. Wubbeho tedy prétor poskytl ochranu všem nabyvatelům v dobré víře, kterým ještě neuplynula vydržecí doba, tj. domnělým vlastníkům. Pokud vydržecí doba uplynula, nabyvatel již publiciánskou ochranu nepotřebuje, protože jeho postavení je stejné jako publiciánského žalobce, tj. oprávnění převodce se nezkoumá. Nemá však vlastnictví jisté kvůli požadavku *res habilis*.³³³

Co se týče důvodů, které vedly prétora k vydání ediktu, souhlasí F. B. J. Wubbe s M. Kaserovou hypotézou, podle které byl důvodem přechod z legisakčního procesu na proces formulový.³³⁴

Stejně jako F. B. J. Wubbe se M. Kaser domnívá, že potřeba chránit držitele v dobré víře musela existovat dávno před zavedením publiciánské žaloby. Protože však není znám žádný její předchůdce, dochází k závěru, že její funkci musela plnit *l.a.s.i.r.*³³⁵ Vychází ze své koncepce relativního vlastnictví, podle které bylo úkolem vlastnické žaloby rozhodnout, která ze stran má k věci lepší právo, nikoli jestli je žalobce jejím skutečným vlastníkem. Na rozdíl od petitorní formule se zkoumalo právo obou stran, a i když soudce zjistil, že skutečným vlastníkem je někdo

³³⁰ To je nejzřetelnější v případě, že ani jedna ze stran není vlastníkem věci. Pokud je jedna z nich v dobré víře a věc vindikuje, prohraje. Pokud druhá již není v dobré víře a použije publiciánskou žalobu, spor vyhraje.

³³¹ WUBBE: *Der gutgläubiger Besitzer...*, s. 178, 182 – 185.

³³² Tamtéž.

³³³ Tamtéž, s. 189.

³³⁴ WUBBE: *Quelques...*, s. 438 – 440.

³³⁵ KASER, Max. The Concept of Roman Ownership. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 1964, roč. 27, č. 1, s. 8 – 9. KASER: *Über relatives...*, s. 28.

třetí, musel rozhodnout ve prospěch jedné strany sporu.³³⁶ M. Kaser nazývá každého, kdo může s takovou žalobou uspět (relativním) vlastníkem. Pokud jde o publiciánskou žalobu, jeho koncepce se v praxi příliš neliší od koncepce domnělého vlastníka F. B. J. Wubbeho.³³⁷

V posledních dvou stoletích př. n. l. měla nastat zásadní koncepční změna v pojmání vlastnictví a jeho ochrany. Vytvořil se koncept absolutního vlastnictví. Za vlastníka byl napříště považován jen ten, kdo věc nabyt originárním způsobem, příp. řádný nabyvatel, který prokázal řadu svých předchůdců až k originárnímu nabytí nebo vydržení (*probatio diabolica*). Jen absolutnímu vlastníku příslušela petitorní formule.³³⁸ Protože „relativní“ vlastníci by zůstali bez ochrany, vytvořil prétor publiciánskou žalobu, která měla chránit jak bonitární vlastníky³³⁹, tak držitele v dobré víře, a tak nahradit *l.a.s.i.r.* jako žalobu z lepšího práva.³⁴⁰

4.3 Fritz Sturm

V odpověď na F. B. J. Wubbeho článek *Quelques remarques...* vydal F. Sturm vlastní *Zur ursprünglichen Funktion der Actio Publiciana*, ve kterém odmítl F. B. J. Wubbeho široké pojetí publiciánské žaloby jako ochrany domnělého vlastnického práva i celý koncept *probatio diabolica*. F. Sturm se stejně jako O. Lenel domnívá, že důvodem pro zavedení žaloby byla ochrana bonitárního vlastnictví a že na nabytí od nevlastníka se rozšířila až později.

Na rozdíl od F. B. J. Wubbeho se nedomnívá, že potřeba chránit nabyvatele od nevlastníka vyvstala dříve než potřeba chránit bezformální nabytí mancipační věci. K tradicím mancipačních věcí muselo podle F. Sturma docházet již v době vydání LDT. Zaprvé Gaius o tom nechává zmínku v G. 2.47, podle kterého LDT zabezpečoval, že mancipační *res mulieris* nemohly být vydrženy, pokud nebyly tradovány samotnou ženou se souhlasem poručníka.³⁴¹ Zadruhé cizinci nemohli převádět věci mancipací ani *iniurecessi* s výjimkou Latinů a jiných cizinců, kteří měli *commercium*.³⁴² Římané od nich tedy nemohli mancipační věc nabyt jinak než tradicí a následným vydržením.³⁴³ Podobný problém musel nastávat u dalších skupin převodců, kteří sice měli oprávnění věc převést, ale nemohli ji mancipovat, např. *filius familias*, *uxor in manu* nebo otrok s *peculium*.³⁴⁴ Z těchto příkladů je však dobře vidět, že ve starém právu často splýval formální

³³⁶ KASER: *Über relatives...*, s. 23.

³³⁷ KASER: *The Concept...*, s. 8 – 9.

³³⁸ Tamtéž, s. 10.

³³⁹ Bonitární vlastník požívá absolutní ochrany, protože má nejen v publiciánském sporu lepší právo než kviritický vlastník.

³⁴⁰ KASER: *The Concept...*, s. 13.

³⁴¹ STURM: *Zur ursprünglichen...*, s. 398 – 399.

³⁴² G. 2.65.

³⁴³ STURM: *Zur ursprünglichen...*, s. 400.

³⁴⁴ Tamtéž, s. 401.

nedostatek převodu s tím, že převodce nebyl kviritským vlastníkem v pravém slova smyslu, tj. římským občanem (mužem).

Dále argumentuje tím, že i v Gaiově době bylo vydržení věci nabyté od nevlastníka výjimkou. Co se týče movitých věcí, Gaius sám říká, že vydržení movitých věcí *b. f. possessorem* bylo možné jen zřídka, protože kdo prodal a předal cizí věc, spáchal krádež.³⁴⁵ Kradená věc potom nebyla způsobilá vydržení, dokud se nevrátila zpět do držby kviritského vlastníka, a to i když zlodějův nástupce byl v dobré víře.³⁴⁶ Gaius uvádí i případy, kdy je vydržení věci od nevlastníka možné, ale F. Sturm správně poukazuje na to, že jsou to případy kazuistické, které nemohly být příliš časté. Někdy se hovoří o tom, že bylo snazší vydržet nemovité věci. V Gaiově době nebyly nemovité věci předmětem krádeže.³⁴⁷ F. Sturm se však domnívá, že v době zavedení publiciánské žaloby toto omezení neplatilo. Argumentuje tím, že na otázku, zda lze ukrást nemovitou věc odpovídá ještě Ulpián,³⁴⁸ takže to nemohlo být v jeho době zcela evidentní, a i Sabinus měl o této otázce ještě pochybnosti.³⁴⁹ F. Sturm upozaduje fakt, že F. B. J. Wubbe sleduje zejména ochranu domnělého vlastníka, nikoli *a priori* nabyvatele od nevlastníka. Ochrana nabytí od nevlastníka je u F. B. J. Wubbeho vlastně vedlejším produktem nejistoty o tom, zda se nabyvatel vlastníkem stal či nikoli.

Příklání se tedy k teorii Ch. De Visschera³⁵⁰, podle které vydržení původně napravovalo jen formální nedostatky převodu a na nabytí od nevlastníka se rozšířilo teprve až díky jurisprudenci, a to až po zavedení publiciánské žaloby, pravděpodobně až za císařství, neboť „duchu starého římského práva byla cizí myšlenka, že by vlastník mohl o kviritské vlastnictví bez svého přičinění přijít skrze vydržení“.³⁵¹

Původní funkcí publiciánské žaloby, stejně jako vydržení, tedy byla ochrana bonitárního vlastnictví. Podle F. Sturma musel žalobce mj. prokázat, že věc, která je předmětem sporu, je *res habilis*. Domnívá se, že v té době byla *res habilis* jen věc nabytá od vlastníka, neboť ostatní případy se kvalifikovaly jako *furtum*. Žaloba se rozšířila i na nabytí od nevlastníka teprve v okamžiku, kdy se krádež „subjektivizovala“, tj. vyžadoval se úmysl, čímž se rozšířila aplikovatelnost vydržení.³⁵² K tomu podle něj nemohlo dojít před koncem republiky.³⁵³

³⁴⁵ G. 2.50.

³⁴⁶ G. 2.49.

³⁴⁷ G. 2.51.

³⁴⁸ D. 47.2.25 pr.

³⁴⁹ STURM: *Zur ursprünglichen...*, s. 406 – 407.

³⁵⁰ DE VISSCHER: „*Auctoritas*“..., s. 98 – 99. DE VISSCHER: *De la défense...*, s. 471 – 473.

³⁵¹ STURM: *Zur ursprünglichen...*, s. 409 – 411.

³⁵² Tamtéž, s. 413.

³⁵³ Tamtéž, s. 415.

F. Sturm důrazně odmítá teorii *probatio diabolica*.³⁵⁴ Svě, dlužno přiznat přesvědčivé, odůvodnění podává poměrně detailně, takže v této práci není prostor se mu plně věnovat. Uvedu tedy jeho hlavní námitky. Zaprvé celý problém je stejně jako samotný název „*probatio diabolica*“ dílem středověkých právníků. Přebírá starší argument Thibautsův³⁵⁵, že nikde v Gaiových Institucích ani v *Corpus iuris civilis* není žádná zmínka o tom, že by vindikant musel při derivativním nabytí prokazovat oprávnění svých předchůdců, a ani o tom, že by účelem publiciánské žaloby bylo odstranění tohoto břemene. Dále uvádí řadu glos a jiných textů středověkých právníků, které zaznamenávají zrod této teorie. Zadruhé klasické právo nemělo rigidní pravidla dokazování. Soudce bylo potřeba přesvědčit, k tomu sloužili orátoři, nikoli právníci. Zatřetí proti těžkostem s dokazováním vlastnického práva hovoří široká ochrana kupujícího před evikcí. Kdyby bylo tak těžké dokázat vlastnické právo, stačilo by kupujícímu nečinně přihlížet, jak žalobce při dokazování svého vlastnického práva selže. Začtvrté vlastnictví bylo základem i dalších žalob, u kterých rovněž nejsou náznaky důkazních obtíží (*actio legis Aquiliae, condictio furtiva* atd.).³⁵⁶ F. Sturm tvrdí, že mezi vindikací a publiciánskou žalobou není co se týče obtížnosti důkazního břemene žalobce rozdíl. Nejen že nesouhlasí s obtížností v případě vindikace, popírá i otočení důkazního břemene u publiciánské žaloby.³⁵⁷

4.4 György Diósdí

G. Diósdí zastává do jisté míry kompromisní postoj. Souhlasí s F. B. J. Wubbem, že publiciánská žaloba plnila od počátku dvojí funkci. Kompilátoři interpolací „*non a domino*“ nerozšířili žalobu na nabyvatele od nevlastníka, ale vzhledem k zániku duality vlastnického práva zdůraznili její zúžení. Proti názoru F. Sturm, že vydržení věci nabyté od nevlastníka nebylo v klasickém právu možné namítá, že F. Sturm opomíjí případ nabytí od bonitárního vlastníka, který je striktně vzato také nabytím *non a domino* v civilním smyslu.³⁵⁸ Proti tomu lze ovšem namítnout, že nabyvatel od bonitárního vlastníka může uplatnit námitku věci prodané a předané, která na něj přechází (viz výše), příp. uplatnit svá práva u převodce (i když s ohledem na chybějící mancipaci nemá k dispozici *actio auctoritatis*³⁵⁹).

Ačkoliv G. Diósdí souhlasí s tím, že vydržení věci od nevlastníka muselo být vzácné, odmítá, že by bylo v klasickém právu úplně nemožné. Naopak tvrdí, že vydržení, na jehož fikci je

³⁵⁴ Navazuje na dřívější práci PFLÜGER, Heinrich Hackfeld. Über die probatio diabolica. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1891, roč. 77, č. 1, s 16 – 27.

³⁵⁵ THIBAUTS, Anton Friedrich Justus. Über den Beweis der Eigentumsklage. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1823, roč. 6, s. 311 – 314.

³⁵⁶ STURM: *Zur ursprünglichen...*, s. 363 – 386.

³⁵⁷ Tamtéž, s. 383.

³⁵⁸ DIÓSDI: *Ownership...*, s. 158 – 159.

³⁵⁹ BARTOŠEK: *Encyklopedie...*, s. 73, 223.

žaloba založena, vylučovalo zkoumání oprávnění převodce, nešlo-li o případ vícenásobného převodu týmž zcizitelem.³⁶⁰ Na rozdíl od F. B. J. Wubbeho se však nedomnívá, že publiciánská žaloba příslušela všem držitelům v dobré víře (v širším smyslu), tj. i všem kviritským vlastníkům. Publiciánská žaloba byla podle něj přístupná jen těm, kteří nemohli použít vindikaci. Stěžejním argumentem proti F. B. J. Wubbeho hypotéze je fakt, že publiciánská žaloba je založena na skutečnosti, že se žalobce dosud vlastníkem nestal (G. 4.36), a na fikci vydržení. V případě, že nabyvatel již vlastnické právo vydržel, fikci nepotřebuje, tudíž prétor nevystaví publiciánskou formulí, neboť by obsahovala nepravdu. Stejně tak pokud věc nabyt *iniurecessi* nebo mancipací, poskytne prétor vindikaci, ledaže žalobce tvrdí, že nabyt mancipací od nevlastníka (*mala fides superveniens non nocet*).³⁶¹ Nelze ovšem vyloučit, že se žalobci, kterým ještě neuplynula vydržecí doba, v řízení *in iure* odvolávali toliko na *traditio ex iusta causa*, příp. předstírali pochybnosti o oprávnění převodce, aby na publiciánskou žalobu dosáhli. V případě, že by *apud iudicem* v řízení o vindikaci vyšly najevo nedostatky v převodu, žalobce by spor prohrál, ačkoliv za stejného skutkového stavu by uspěl s publiciánskou žalobou. Na začátku řízení totiž z podstaty věci nelze výsledek sporu určit. Po uplynutí vydržecí doby se tento benefit ztrácí.

Pokud jde o důvody zavedení žaloby, přiklání se na stranu F. Sturma, jehož odmítnutí teorie *probatio diabolica* obhajuje. Na základě Diocletianovy konstituce C. 4.19.12. se domnívá, že žalobce musel prokázat jen oprávnění svého bezprostředního předchůdce, nikoli celou řadu až k originárnímu nabytí nebo vydržení.³⁶² Publiciánská žaloba měla být zavedena jako důsledek rozvoje obchodu a chránit především bonitární vlastnictví. Od počátku však chránila také *b. f. possessora*, protože vyloučení zkoumání oprávnění převodce bylo inherentní vydržení již v předklasickém právu. Publiciánská žaloba nebyla zjednodušenou verzí vindikační žaloby, když důkazní postavení žalobce bylo v zásadě stejné a z pramenů plyne spíše závěr, že sloužila jen nevlastníkům.³⁶³

³⁶⁰ DIÓSDI: *Ownership...*, s. 159.

³⁶¹ Tamtéž, s. 159 – 160.

³⁶² Tamtéž, s. 160 – 164. Z textu této konstituce však podle mě nelze dospět k takovému jednoznačnému závěru. Hovoří se zde o tom, že syn musí prokázat, že otec uzavřel kupní smlouvu na předmětnou věc. Nejde tedy o prokázání vlastnictví otce, ale existence titulu.

³⁶³ Tamtéž, s. 164 – 165. Viz tam cit. G. 4.36; G. 4.91; D. 20.1.18.

Závěr

V první kapitole jsem stručně zařadil publiciánskou žalobu do systému římského práva a žalob. Jedná se o žalobu honorární, fiktivní a věcnou. Na výzkumnou otázku, kdy byla žaloba zavedena, nelze jednoznačně odpovědět. Téměř jistě se tak stalo v první pol. 1. stol. př. n. l., jako pravděpodobný se jeví rok 67 př. n. l.

Druhá kapitola je věnovaná rekonstrukci publiciánského ediktu. Podle textu, který autoři berou za podklad pro rekonstrukci můžeme rozlišit čtyři přístupy k rekonstrukci – rekonstrukce založená D. 6.2.1.pr. (zejm. ochrana bonitárního vlastnictví), na D. 6.2.7.11. (*b. f. emptio*), kombinaci obou fragmentů a konečně na Gaiově textu 4.36. Jako podklad je použita rekonstrukce O. Lenela. Na tom, jak se pod vlivem kritiky měnila jeho rekonstrukce, jsou ukázány jednotlivé argumenty pro rekonstrukci. Jako pravděpodobná se mi jeví buď rekonstrukce F. B. J. Wubbeho založená na G. 4.36: „*Si quis ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucaptam petet, iudicium dabo,*“³⁶⁴ příp. na D. 6.2.1.pr. (bez zmínky o mancipaci).

Třetí kapitola je stěžejní z hlediska právní podstaty žaloby. S pomocí rozboru pramenů a literatury dospívám k názoru, že aktivně legitimovaným je v zásadě bonitární vlastník nebo *b. f. possessor*, kteří zatím vlastnické právo ke sporné věci nevydrželi (*possessor ad usucapionem, Ersitzungsbesitzer*). Takovému držiteli totiž svědčí fikce, že je kviritským vlastníkem. Bonitárnímu vlastníkovi je poskytnuta absolutní ochrana, a to i proti kviritskému vlastníkovi. *Exceptio iustii domini* odrazí žalobce s pomocí *replicatio rei venditae ac traditae*, která je aktivně i pasivně zděditelná a přechází i na další nabyvatele věci. Pasivní legitimace se odvíjí od úpravy vindikace. Legitimován byl až do klasického práva pouze držitel. Rozhodující byl v zásadě okamžik vydání rozsudku. Legitimován byl později i *fictus possessor*, který držbu jen předstíral, aby vyprovokoval žalobu, nebo se jí podvodně zbavil po litiskontestaci. Pokud jde o předmět dokazování, neliší se od dokazování v případě vindikační žaloby vydržitele. Je jisté, že žalobce musel prokázat tradici, resp. držbu, a titul. O přípuštění putativního titulu se v klasickém právu vedl spor, přičemž v poklasickém a justiniánském právu se prosadil požadavek pravého titulu (*titulus verus*). Uplynutí vydržecí doby se u publiciánské žaloby finguje. Mezi romanisty není shoda na tom, které prvky se presumovaly. Podle části autorů se presumuje *res habilis* i dobrá víra. Je to dáno negativní povahou těchto požadavků. Pokud se jejich nedostatku žalovaný dovolává, nese o nich důkazní břemeno. Žalovaný nese také důkazní břemeno o skutečnostech, které jsou rozhodující z hlediska jím uplatněné námitky. Zajímavým problémem je vícenásobný převod věci, který byl rovněž předmětem sporu mezi římskými právníky. Na obou stranách v takovém případě stojí aktivně legitimované

³⁶⁴ WUBBE: *Quelques...*, s. 436.

osoby. V takovém případě žalovanému přísluší *exceptio Publiciana*. Pokud nabyli věc od stejného zcizitele, má přednost ten, kterému byla předána dříve, jinak držitel.

Čtvrtá kapitola představuje názory vybraných romanistů na důvody zavedení publiciánské žaloby a její funkci. Debata, která probíhala od 60. do 80. let minulého století nebyla dosud uspokojivě ukončena. Po shrnutí názoru O. Lenela jsem vybral po jednom ze zástupců tří přístupů k této problematice. Zatímco část autorů vidí původ žaloby v hmotném právu (F. Sturm), jiní si jej vysvětlují procesními důvody (F. B. J. Wubbe). Třetí skupina kombinuje oba přístupy (G. Diósdí). F. Sturm zdárně vyvrací teorii *probatio diabolica*,³⁶⁵ nicméně naprosté vyloučení *b. f. possessora* (nabyvatele od nevlastníka) z vydržení se jako přesvědčivé nezdá. Lze souhlasit s tím, že hlavním důvodem zavedení žaloby byla ochrana bonitárního vlastnictví, nelze ale přehlížet, že, jak připomíná G. Diósdí, vydržení, na kterém je žaloba založena, vylučuje zkoumání oprávnění převodce.³⁶⁶ F. B. J. Wubbeho koncepce ochrany domnělého vlastnického práva je zajímavá z praktického hlediska. Žalobce skutečně mohl chtít použít raději publiciánskou žalobu, i když věc získal řádnou formou od vlastníka, neboť v průběhu řízení mohl vyjít najevo opak. Nedomnívám se však, že by prétor poskytoval publiciánskou žalobu bez ohledu na to, že řádně proběhla mancipace nebo *iniurecesse* nebo dokonce že již uplynula vydržecí doba. Lze si ale představit případy, že se žalobci snažili formulovat svá skutková tvrzení tak, aby jim místo vindikace byla poskytnuta publiciánská žaloba. Aktivně legitimovaný z vindikace totiž zpravidla uspěje i v řízení o publiciánské žalobě, naopak to však neplatí.

Publiciánská žaloba je stále předmětem vášnivých diskuzí. Je tomu tak proto, že se dotýká samotné podstaty stěžejních institutů římského práva, vlastnictví a vydržení. Názor na funkci publiciánské žaloby je předurčen tím, jaký má daný autor názor na vývoj těchto institutů. Vzhledem k neúplnému obrazu, který vykreslují nám dostupné prameny, nelze očekávat plné potvrzení žádné hypotézy o původu a funkci publiciánské žaloby.

³⁶⁵ STURM: *Zur ursprünglichen...*, s. 363 – 386.

³⁶⁶ DIÓSDI: *Ownership...*, s. 164 – 165.

Bibliografie

Primární prameny

Codex:

KRUEGER, Paulus. *Codex Iustinianus*. Berolini: Weidmannos, 1877. 1102 s. Dostupné také online na <<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/codjust.htm>>.

Digesta:

MOMMSEN, Theodorus, KRUEGER, Paulus. *Corpus Iuris Civilis. Vol. I*. Berolini: Weidmannos, 1872. 873 s. Dostupné také online na <<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>>.

Gaiovy Instituce:

KINCL, Jaromír. *Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2007. 326 s.

Justiniánovy Instituce:

Iustiniani institutiones: Justiniánské instituce. Přeložil Peter BLAHO, přeložil Michal SKŘEJPEK. Praha: Karolinum, 2010, 411 s. Fontes iuris Romani.

LDT:

SKŘEJPEK, Michal. *Texty ke studiu římského práva*. Praha: Nakladatelství Orac, 2001. 279 s.

Teofilova Parafáze Institucí:

FERRINI, Contardo. *Institutionum Graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa ad fidem librorum manu scriptorum recensuit prolegomenis notis ctiticis verisone latina. Pars prior*. Berlin: S. Calvary eiusque socios, 1884.

Právní předpis

Zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Antický literární pramen

CICERO, Marcus Tullius. *Oratio pro A. Cluentio Avito*. Paris: Ex typis Augusti Delalain, 1829. 107 s.

Monografie

1. APPLETON, Charles. *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*. Svazek 1. Paris: Ernest Thorin, 1889. 382 s.
2. BARTOŠEK, Milan. *Encyklopedie římského práva*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství Panorama, 1981. 512 s.
3. BOBEK, Michal, KÜHN, Zdeněk. *Judikatura a právní argumentace*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2013. 494 s.
4. BONFANTE, Pietro. *Institute římského práva*. 9. vydání. Brno: ČS. A. S. Právník, 1932. 745 s.
5. BONFANTE, Pietro. *Scritti giuridici varii II: Proprietà e servitù*. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1918. 987 s.
6. BROUGHTON, Thomas Robert Shannon. *The Magistrates of the Roman Republic. Vol. II, 99 B. C. – 31 B. C.* Lancaster: The American Philological Association, 1952. 647 s.
7. BUBELOVÁ, Kamila. *Negatorní a vindikační žaloba v římském a současném právu*. Dizertační práce. Brno: PF Masarykovy univerzity, 2003. 159 s.
8. CARUSI, Evaristo. *L'Azione publiciana in diritto romano*. Roma: Fratelli Pallotta, 1889. 219 s.
9. DAJCZAK, Wojciech, GIARO, Tomasz, LONGSCHAMPS DE BÉRIER, Franciszek. *Právo římské: Základy soukromého práva*. České vydání: DOSTALÍK, Petr. 1. vydání. Olomouc: Iuridicum Olomoucense, 2013. 423 s.
10. DIÓSDI, György. *Ownership in ancient and preclassical Roman law*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1970. 193 s.
11. GIMMERTHAL, Theodor. *Die Publicianische Klage und die Manzipation: eine römisch-rechtliche Abhandlung*. Bremen: Kühtmann, 1872. 137 s.
12. HEYROVSKÝ, Leopold. *Dějiny a systém soukromého práva římského*. 4. vyd. Praha: Nakladatelství J. Otto, 1910. 1243 s.
13. HUSCHKE, Philipp Eduard. *Das recht de Publicianischen Klage in Beziehung auf das in Aussicht stehende allgemeine deutsche Civilgesetzbuch*. Stuttgart: Verlag von Ferdinand Ente, 1874. 125 s.
14. KASER, Max, KNÜTEL, Rolf. *Römisches Privatrecht*. 17. vydání. München: C. H. Beck, 2003. 530 s.
15. KASER, Max. *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*. 2. vydání. Köln: Böhlau, 1956. 397 s.
16. KINCL, Jaromír, URFUS, Valentin, SKŘEJPEK, Michal. *Římské právo*. 2. dopl. a přeprac. vyd. Praha: C. H. Beck, 1995. 386 s.

17. LENEL, Otto. *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts*. Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1878. 110 s.
18. LENEL, Otto. *Das Edictum perpetuum: Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*. 1. vydání. Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1883. 455 s.
19. LENEL, Otto. *Das Edictum perpetuum: Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*. 3. vydání. Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1927. 579 s.
20. LENEL, Otto. *Palingenesia iuris civilis: iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*. Lipsiae: Bernhard Tauchnitz, 1889. 1264 s.
21. LOMBARDI, Luigi. *Dalla „fides“ alla „bona fides“*. Milano: A. Giuffrè, 1961. 261 s.
22. PELLAT, Charles Auguste. *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements et particulièrement sur l'usufruit*. 2. vydání. Paris: Librairie de Plon frères, 1853. 642 s.
23. REBRO, Karol. *Rímske právo*. 1. vydání. Bratislava: Obzor, 1980. 278 s.
24. RODRÍGUEZ DIEZ, Javier E. *Potestas alienandi: Transfer of ownership by a non-owner from Roman law to the DCFR*. Oisterwijk: Wof Legal Publishers, 2016. 491 s.
25. RUDORFF, Adolf Friedrich August. *Edicti perpetui quae reliqua sunt: de iuris dictione edictum*. Lipsiae: Hirzel, 1869. 292 s.
26. SOMMER, Otakar. *Učebnice soukromého práva římského: díl I: obecné nauky*. Praha: vlastním nákladem, 1933. 220 s.

Sborník

ŽIDLICKÁ, Michaela. Marcellus scribit. In BUBELOVÁ, Kamila (ed.). *Res – věci v římském právu: sborník příspěvků z 10. konference právních romanistů ČR a SR konané ve dnech 14.-16.3. 2008 v Olomouci*. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2008, s. 7 – 12.

Odborné články

1. APATHY, Peter. Die actio publiciana beim Doppelkauf von Nichteigentümer. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1982, roč. 99, č. 1, s. 158 – 187.
2. APPLETON, Charles. De la Publicienne et de l'Utilis Vindicatio. *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1885, roč. 9, s. 481 - 526.
3. BĚLOVSKÝ, Petr. Vydržení v římském právu a komparativním pohledu. *Ad Notam*, 2007, roč. 13, č. 4, s. 110 – 118.
4. BENEDEK, Ferenc. Ursprung und Funktion der actio Publiciana. *Acta Universitatis Szegediensis: acta juridica et politica*, 1985, roč. 33, č. 1-31, s. 71 – 91.
5. BUBELOVÁ, Kamila. Držitel – detentor nebo possessor? *Acta Universitatis Palackianae Olomucensis*, 2000, roč. 2, č. 1, s. 29–34.
6. DE VISSCHER, Charles M. J. D. „Auctoritas“ et „mancipium“. *Studia et documenta historiae et iuris*. 1956, roč. 22, s. 87 – 112.
7. DE VISSCHER, Charles M. J. D. De la défense d'usucaper les choses volées. *Revue internationale des droits de l'antiquité*. 1958, roč. 5, s. 469 – 492.
8. DOSTALÍK, Petr. Dědická instituce jako základní obsahová náležitost testamentu. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2012, roč. 20, č. 3, s. 275 – 282.
9. ERMAN, Heinrich. Beiträge zur Publiciana. *Zeitschrift Der Savigny-Stiftung Für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1890, roč. 11, č. 1, s. 212 - 277.
10. KASER, Max. Altrömisches Eigentum und „usucapio“. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1988, roč. 105, č. 1, s. 122 – 164.
11. KASER, Max. Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1954, roč. 71, č. 1, s. 221 – 241.
12. KASER, Max. The Concept of Roman Ownership. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 1964, roč. 27, č. 1, s. 5 – 19.
13. KASER, Max. Über relatives Eigentum im altrömisches Recht. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1985, roč. 102, č. 1, s. 1 – 39.
14. LENEL, Otto. Nachträge zum Edictum Perpetuum. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1899, roč. 20, č. 1, s. 1 – 32.
15. PETRAK, Marko. Actio Publiciana u klasičnom rimskom pravu. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2012, roč. 62, č. 5 – 6, s. 1513 – 1535.
16. PFLÜGER, Heinrich Hackfeld. Über die probatio diabolica. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1891, roč. 77, č. 1, s. 16 – 27.

17. PUGSLEY, David. On the style of Paul's and Ulpian's Commentaries on the Edict. *Acta Juridica* 1973, 1973, s. 185 – 200.
18. SCHIRMER, Theodor. Der Besitzerwerb als Voraussetzung der Publiciana. *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1876, roč. 18, s. 347 – 362.
19. STURM, Fritz. Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana. *Revue internationale des droits de l'antiquité*. 1962, roč. 9, s. 357 – 416.
20. THIBAUTS, Anton Friedrich Justus. Über den Beweis der Eigentumsklage. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1823, roč. 6, s. 311 – 327.
21. WUBBE, Felix Bernard Jozef. Der gutgläubige Besitzer, Mensch oder Begriff?. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1963, roč. 80, č. 1, s. 175 – 205.
22. WUBBE, Felix Bernard Jozef. Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1961, roč. 8, s. 417 – 440.

Shrnutí

Cílem této diplomové práce a názvem „Actio Publiciana“ je poznat důvody zavedení publiciánské žaloby a její funkci v předklasickém, klasickém a justiniánském právu. Tato diplomová práce odpovídá na následující výzkumné otázky. Kdy byla publiciánská žaloba zavedena a jak lze rekonstruovat publiciánský edikt? Kdo je podle textů aktivně a pasivně legitimován a jaké skutečnosti jsou předmětem dokazování? Jak je rozvrženo důkazní břemeno? Jaké důvody vedly přetora k vydání tohoto ediktu a jaké funkce žaloba plnila v předklasickém právu a jak se tyto funkce později změnily?

V první kapitole je publiciánská žaloba zařazena do systému římského práva a žalob. Druhá část kapitoly je věnována dataci a autorství publiciánského ediktu, které zůstávají sporné. Druhá kapitola se týká rekonstrukce ediktu. Ve třetí kapitole je s pomocí rozboru pramenů popsána aktivní a pasivní legitimace a předmět dokazování. Čtvrtá kapitola je věnována důvodům zavedení žaloby a její funkci.

Summary

The goal of this master's thesis is to discover the reasons for the introduction of the Publician action and its function in preclassical, classical and Justinian Roman law. The thesis answers following questions. When was the Publician action introduced and how can the edict be reconstructed? Who is entitled to use this action (locus standi) and who can be sued and what facts are to be established in the proceedings? Who bears the burden of proof? What reasons had led the praetor to introduce the action and what function did the action have?

In the first chapter, I describe the place of the Publician action in the system of Roman law and in the system of actions. The second part of this chapter is dedicated to the dating and authorship of the action. The second chapter deals with the reconstruction of the edict. In the third chapter, I analyse the texts and describe the locus standi and the scope of facts that are to be established in the proceedings. The last chapter deals with the reasons for the introduction of the action and its function.

Klíčová slova

Bonae fidei possessor, bonitární vlastnictví, dobrá víra, dokazování, držba, *edictum perpetuum*, mancipační věci, nabytí od neoprávněného, prétorské právo, publiciána, publiciánská žaloba, římské právo, tradice, vlastnické právo, vydržení.

Key words

Acquisition from a non-owner, *bonae fidei possessor*, bonitary ownership, delivery, *edictum perpetuum*, good faith, law of evidence, ownership, possession, praetorian law, prescription, publician actio, publiciana, *res mancipi*, Roman law.