

Římské právo.

Ebrard, Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarezeption. Lipská jurist. inaug. dissertace. Lipsko 1917.

Podruhé již řeší se z kruhu lipských žáků Mitteisových otázka římské hypoteky. Opět nejde tu v prvé řadě o vylíčení historie onoho případu zástavního práva, které povstává z *pouhé* smlouvy a které na rozdíl od zástavy ruční budeme nazývati zástavou smluvní. Těžiskem knihy je problém *terminologický*; kdy se stalo obvyklým v římských pramenech a v římské pravovědě označovati tuto smluvní zástavu řeckým slovem hypotheca. Prvním pokusem o řešení této otázky byla kniha Švéda *M. Fehra*, Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit, Upsala 1910, rovněž žáka Mitteissova. Na Fehrovy otázky a odpovědi navazuje nyní Ebrard, a je tedy nutno nejprve s nimi se seznámiti.

Fehrova otázka zní: je termín „hypotheca“ klasický? Řešení je takové: Slovo hypotheca nevyskytuje se ani v neprávnické literatuře římské od Augusta do Diokleciana, ani v pramenech klasického práva římského, *přímo* nás došlých. Zvláště nápadné je to v Paulových Sentencích, pocházejících z doby, kdy klasické právo zástavní bylo plně vyvinuto. Běžnými klasickými termíny jsou pignus a fiducia. V pramenech poklasických fiducia mizí a objevuje se hypotheca, jež již před Justiniánem se zdá býti u právníků recipována; pignus se tu omezuje na zástavu ruční, hypotheca značí zástavu smluvní. S tím souhlasí i justiniánské konstituce.

Obraz ten je zkalen Justiniánovou kompilací. V Institucích přichází hypotheca na 7 místech, z toho je pět míst dodatky justiniánskými. V *Digestech* vyskytá se hypotheca u každého klasického juristy, zastoupeného více než 15 fragmenty z oboru práva zástavního, a to poměrně nejčastěji u Papiniána, nejméně u Pomponia a Paula. Před Juliánem chybí vůbec, ale z těchto starších právníků je pro právo zástavní velmi málo excerptováno. Po Juliánovi vyskytá se však u klasických právníků stejnoměrně, a to — až na dvě výjimky (Gajovy a Marciánovy libri ad formulam hypothecariam) — v celku vzácně, ač bychom čekali, že u mladších juristů bude častější než u starších. V klasických konstitucích v Codexu zachovaných je dokonce v mladších vzácnější než ve starších. V zmíněných spisech Gajově a Marciánově přichází slovo hypotheca třikrát častěji, než jinak v celých Digestech — ač i tito dva juristé se drží v ostatních svých spisech ryze římské terminologie.

Historicky nelze tyto zjevy vysvětliti. Zaráží také titul spisu Gajova a Marciánova „ad formulam hypothecariam“, neboť s největší pravděpodobností ve formulí žaloby hypotekární slovo „hypotheca“ nepřicházelo, a formule ta tedy se nemohla nazývati „hypothecaria“. Mimo to nebylo ani pro novou terminologii důvodu, neboť dosavadní terminologie dostávala k rozlišení zástavy ruční a smluvní a nová terminologie nebyla zlepšením dosavadní. Po jistém kolísání ustálil se totiž v pozdější době klasické pro zástavu ruční termín pignori dare, pro zástavu smluvní pignori

obligare (pignori accipere nenabylo nikdy určitého smyslu). Naproti tomu právě Marcián, který dle svého spisu ad formulam hypothecariam by se spolu s Gajem mohl zdáti tvůrcem nové terminologie, praví (D. 20, 1, 5, 1): inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. Neposkytovala tedy hypotheca Marciánovi možnosti zvláštního termínu pro zástavu smluvní.

Tyto skutečnosti a úvahy vedly Fehra na cestu, která i jinde v podobných rozpacích ukazovala k cíli. Slovo „hypotheca“ je interpolací. Probíraje jednotlivé fragmenty s hypothekou *kriticky* došel Fehr výsledku, že v celé řadě míst v Digestech a v klasických konstitucích Kodexu přichází slovo hypotheca v dodatcích zřejmě justiniánských. Téměř všechna místa s hypothekou — mimo některá u Gaja a Marciána — jsou skoro určitě interpolována. O fragmentech Gajových a Marciánových nelze to veskrz říci — snad slovo hypotheca ojedinele již v době Marciánově vystupovalo, jistě však právě oba spisy Gajovy a Marciánovy ad formulam hypothecariam přepracovali kompilatoři s hlediska nové terminologie. I titul těchto spisů je interpolován.

V příčině stáří zástavy smluvní nesouhlasí Fehr s panujícím míněním, že by pocházela z doby před Ciceronem, neboť nelze tak vysvětliti kolísání terminologie, objevující se v pramenech v době po Juliánovi, tedy několik století po vzniku institutu toho. Fehr se kloní k pozdnímu vzniku smluvní zástavy, rozhodně by jí nekladl do doby před Juliánem. Zástava smluvní jeví se pak jen rozšířením pojmu pignus.

S Fehrovým míněním o justiniánském původu termínu hypotheca vyslovil rozhodný souhlas *Mitteis* v Sav. Z. 31, str. 489 (1910). Proti Fehrovi vystoupil však *Manigk*, a to již 1912 kritikou jeho spisu v Berl. Phil. Woch., zvláště pak důkladně 1914 v Pauly-Wissova Real-Encyklop. 17, 343 až 412. Zatím již 1912 také *Erman* ozval se proti Fehrovi článkem „Pignus hypothecare“ v Mélanges Girard 1, 419—455.

Manigk obrací se zejména proti tomu, že by u Justiniána byla patrna tendence interpolovati slovo „hypotheca“. Opak plyne již z toho, že hypotheca není Justiniánovi speciálním termínem pro zástavu smluvní, nýbrž termínem pro zástavní právo vůbec (cf. C. 8, 21, 2 z. r. 530: „duplum genus hypothecarum“, t. j. ze smlouvy a soudcovské). Kdyby tu byla taková tendence intorpoláční, nebylo by zůstalo v textech dokázaně interpolovaných slovo „pignus“ (cf. tit. D. 43, 32), nebyli by dokonce kompilatoři sami slovo to interpolovali (D. 13, 7, 18, 3; 21, 2, 65 a j.) a nebyli by také opomenuli v rubrikách ke C. 8, 13—8, 34 připojiti ke slovu pignus termín hypotheca. *Manigk* pokládá proto hypotheku za slovo klasické. Termín ten ustálil se dle něho pro římskou smluvní zástavu v obchodě východních provincií říše římské, jak tomu nasvědčují zvláště responsa Scaevolova, a odtud pronikl již do klasické literatury právní. Při tom lze pozorovati, že starší juristé užívají nového termínu logicky přísněji ve smyslu Ulpianovy definice (D. 13, 7, 9, 2: proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem), kdežto od konce doby klasické, zejména u Marciána (cf. D. 20, 1, 15, 1 výše cit.) a pak u Ju-

stiniána proniká zase původní římské pojetí materiální jednoty zástavy ruční a smluvní, na níž ničeho nemění různý způsob zřízení zástavy. Jednotlivé autory klasické dlužno posuzovati v otázce naší individuálně, není tu rovnoměrnosti v užívání termínu hypotheca, jak tvrdí Fehr. Dokonce pak nebyl interpolován titul Gajových a Marciánových libri ad formulam hypothecariam; Justinián neměl příčiny měniti tituly knih klasických, šlo mu jen o nová pravidla právní.

Podobně popírá jakoukoli tendenci interpolační u Justiniána *Erman*. Poukazuje zejména k tomu, že i u Marciána zůstalo často pignus, jež se tu srovnává s hypotekou; mimo to právě v 20. knize Digest („Antipapinián“) v místech Papiniánových je slovo hypotheca řídké, což by — kdyby tu byla tendence interpolační — při významu, jež Justinián v C. Omnem § 4 právě fragmentům z Papiniána přikládá, nebylo možné. Termín hypotheca vysvětluje pak *Erman* tak, že značí řeckou zástavu, jež se v responsech a ve spisech ad formulam hypothecariam posuzuje dle římského jus gentium. Libri singulares od formulam hypothecariam byly prý právě určeny řecké obci čtenářské.

Tato hypothesis *Ermanova* nedošla uznání, nelze z pramenů dokázati, že by kteříkoliv juristé klasičtí měli při hypothece na mysli ústav práva řeckého. Na závažné námitky *Manigkovy* a *Ermanovy* proti interpolační tendenci Justiniánově navazuje však *Ebrard* ve svém nahoře oznámeném spise a buduje na nich svůj nový výklad.

V úvodě (str. 1—27) poukazuje *Ebrard* k významu Gajova a Marciánova komentáře k actio hypothecaria pro vývoj římského práva zástavního, navrhuje názor *Ferriniho*, jakoby byl Marcián psal pro řecké obecnostvo, a zabývá se pak stručně otázkou stáří smluvní zástavy, již proti *Fehrovi* klade do doby daleko dřívější. Nejpozději během I. stol. před Kr. byla římská smluvní zástava prakticky dotvořena a následující rozkvět římské jurisprudence sjednotil pojmově zástavní právo v málo základních typů. Systém římského práva hypotekárního je tedy dílem *římského* ducha, a dle toho by se dalo očekávati, že i jeho terminologie má národní ráz římský, prostý všeho vlivu řeckého. Proto se termín hypotheca musil státi předmětem snah kritických. Dřívější nauka usuzovala ukvapeně z tohoto termínu a z některých jiných (antichresis, hyperocha) na řecký původ těchto institutů. *Fehr* postupoval kriticky a vyslovil se pro interpolaci. Důkaz jeho však ztroskotál hlavně na většině fragmentů z Gajovy a Marciánovy monografie, s nimiž se proto chce sp. obzvláště zabývati. K tomu cíli vychází z justiniánských pramenů zástavního práva (str. 28—43).

Hlavní snahou Justiniánovou při úpravě zástavního práva bylo korigovati generálními hypotékami vadu, plynoucí z nezřejmosti zastavení. Jinak však zůstal Justinián na půdě svých předchůdců, a na starších vzorech závisí také terminologie justiniánského práva zástavního. *Manigk* tvrdí sice, že Justiniánovi je bližší terminologie klasická než řecká, ba naopak, že Justinián se spíše slovu hypotheca vyhýbal a nahražoval ho

novotvary, takže patrně nemohl hypotéku interpolovat. Ebrard však proti tomu podtrhává zálibu Justiniánovu v řecké terminologii, jež se vyvinula dle něho v poklasické době v obchodních zvyklostech hellenistické poloviny říše, a připouští jen, že Justinián tam, kde se opírá o staré texty, užívá terminologie římské, z čehož soudí, že v těch klasických vzorech Justiniánových patrně řeckých termínů nebylo. Ale ovšem by byl Justinián v těchto případech terminologie římské nepoužil, kdyby byl tvůrcem terminologie nové. Justinián spíše tedy vyrovnával mezi obojím a vytvořil tak možnost užívati řeckých a římských termínů promiscue, s tou jedinou výjimkou, že *pignus* vedle označení všeobecného má i svůj zvláštní význam zástavy ruční, pro niž termínu *hypotheca* užití nelze. Vedle hypoteky, značící z pravidla buď zastavení vůbec, nebo zastavení generelní, byl tedy kompilátorům i termín *pignus* vítaným a není tu proto tendence interpolovati hypotéku. Tautologicky ve smyslu všeobecném užívá Justinián také spojení *pignus vel hypotheca*. Jsou však i místa, kde toto spojení značí zástavu ruční a smluvní, kde tedy *hypotheca* má svůj původní řecký význam. Tak výslovně I. 4, 6, 7, kde se vracejí obě výše citované osobě odporující definice Marciánova (D. 20, 1, 5, 1) a Ulpianova (D. 13, 7, 9, 2).

Na místo toto navazuje spisovatel úvahu kritickou o novém ukazateli interpolací poklasických (předjustiniánských, k pojmu srv. Sborník, 14, 381). Z C. Tanta § II usuzuje sp., že při pořizování Institucí nebyla vzata za základ *Digesta*, nýbrž čerpáno vždy z původních rukopisů excerpovaných spisů. Tomu nasvědčují i četné odchylky míst, v Institucích a Digestech paralelních, jež, nejsouce věcně důležité, přece jen *formálně* jsou tak významné, že je nelze vysvětliti jako rukopisné divergence (sc. justiniánské). Z toho lze dokonce souditi, že skladatelé Institucí měli zcela jiné rukopisy než skladatelé Digest. Jsou-li pak taková paralelní místa téměř do slova *shodná*, zavírá sp., že je Tribonián převzal beze změny ze starší předlohy a vylučuje závěr, že by byla Triboniánem přepracována. Důsledně soudí sp., že obě výše zmíněné definice hypoteky nepocházejí od Justiniána, nýbrž stály již v rukopisech klasiků, jež Tribonián měl v rukou. Tím však není řečeno, že by byly klasické, neboť zbývá ještě třetí možnost, že se dostaly do spisů klasických během čtvrtého a pátého století. Takový postup pokládá sp. za poměrně spolehlivý prostředek k vy pátrání předjustiniánských interpolací. Závěr ten je však poněkud ukvapený. I kdybychom přiznali správnost thesi, z níž sp. vychází, opíraje se o C. Tanta, nelze přeci jen paralelám spisovatelem míněným přikládati takového významu, jako bychom tu měli před sebou originály, které měli kompilátoři v rukou (tedy eventuelně originály 4. nebo 5. století). Podezíráme-li některý fragment v Digestech z interpolace, mluví domněnka vždy pro změnu *kompilátorskou*, a je-li tu paralela v Institucích, nic nám nezaručuje, že instituce nebyly přeci jen teprve kompilátory formulovány dle Digest. Vždyť měly přece tvořiti s Digesty jednotný celek! A není možno, že takové školské výklady, jako I. 4, 6, 7, napsal kompilátor z hlavy? Tím nemá býti řečeno, že by výsledek spisovatelovy úvahy byl nesprávný,

jen metoda tu není dosti bezpečná. V otázce předjustiniánských interpolací o spolehlivá kritéria bude asi i na dále nouze.

Sp. tu tedy spíše jen naznačuje myšlenku, kterou jest veden. Za jisté lze s ním nyní pokládati, že tu není u Justiniána energické tendence interpolovati hypoteku jako nový termín. Vnucuje se tedy otázka, je-li to snad termín klasický. I obrací se sp. v dalším odstavci (str. 44—74) k pramenům doby klasické, a to nejprve s vyloučením fragmentů ad formulam hypothecarium.

Tyto klasické texty s řeckou terminologií patří téměř výlučně k literatuře responsově, anebo to jsou reskripty. Omylem by však bylo domnívati se, že tu řecká terminologie jde na účet konsulentů, neboť klasikové posuzují právní poměry výlučně s hlediska římského a neběrou zřetele na terminologii stran (cf. D. 17, 1, 60, 4; 20, 1, 34, 1). Nicméně plyne již z všeobecné úvahy, že tu je řecká terminologie původu neklasického. V responsech i reskriptech jde totiž vždy o konkrétní případy a tedy buď o zástavu ruční nebo o zástavu smluvní, ne však o obojí. Termín hypotheca by se tu byl hodil jen, kdyby jím bylo lze odlišiti smluvní zástavu od ruční. Ale v největším počtu míst není věcného rozdílu mezi pignus a hypotheca, nýbrž užívá se obou výrazů synonymně. Naopak v případě potřeby dovedli klasikové jiným způsobem přesně rozlišovati zástavu smluvní a ruční. Tuto úvahu doplňuje pak rozbor jednotlivých míst, jenž potvrzuje Fehrovo mínění o tom, že řecká terminologie není původu klasického. Na to obrací se sp. k libri singulares ad formulam hypothecarium (str. 75—122).

V zachovaných fragmentech ad formulam hypothecarium přichází řecká terminologie nejčastěji, a právem klade sem sp. těžiště své práce. Z fragmentů, užívajících současně řecké i římské terminologie, vybírá sp. nejprve řadu míst, v nichž výroky o hypotéce jsou podepřeny podstatně stejně znějícími pravidly o pignus. Jsou to ryze formalistické pokusy vyrovnávací, vedoucí k vyslovení identity obou výrazů (D. 20, 1, 5, 1) a ke geminaci pignus vel hypotheca, jež pak značí zástavní právo vůbec. V téměř významu však vedle toho stojí prostě jen „pignus“. Stejně způsoblosti k označení zástavního práva nabývá i prostý termín „hypotheca“. Nelze však konstatovati věcný rozdíl mezi hypotheca a pignus ve smyslu domnělé definice Ulpiánovy v D. 13, 7, 9, 2, již sp. přisuzuje pozdější době byzantské. Spíše je tu v terminologii rozháranost než jednota. To dokládá sp. rozbořem jednotlivých fragmentů, při čemž namnoze dospívá k závěru, nejen že řecká terminologie je nepravá, nýbrž i že celá jednotlivá místa jeví povahu interpolací, resp. byzantinských parafrází. K takovým skrz naskrz nepravým fragmentům přirozeně si nemohli kompilátoři vymysleti inskripce. Peters, Oströmische Digestenkommentare, str. 95 (srv. Sborník 14, 381, pozn. 3) ukázal, že v takových případech jde o interpolace předjustiniánské a s tím ve shodě lze přijímati i předjustiniánský původ názvu „ad formulam hypothecarium“. Jsme-li pak přesvědčeni o neklasickém původu slova hypotheca a jeho odvozenin, můžeme spatřovati v Schol. Sinai. § 11 historický důkaz předjustiniánského původu výrazu

„hypothecarius“. Probírá-li pak sp. i ty fragmenty Gajova a Marciánova komentáře, v nichž se řecká terminologie nevyskytá, jde mu jen o důkaz, že i tato místa jsou znetvořena parafrazami byzantinskými.

Jako výsledek kritického rozboru fragmentů ad formulam hypothecarium zjišťuje pak sp. dvojí: jednak průkaz, že řecká terminologie je veskrz nepravá, jednak že se těmito fragmentům naproti nedostává jednotné terminologie. Tím je definitivně odbyta myšlenka, že by byly monografie Gajova a Marciánova bývaly cílevědomě přepracovány ve smyslu řecké terminologie.

Tyto skutečnosti tvoří pak podklad interesantní hypotézy autorovy, již v posledním odstavci své knihy (str. 122—152: Frühbyzantinische Quellen) vysvětluje původ řecké terminologie a charakter fragmentů ad formulam hypothecarium. K „pozitivnímu důkazu“ myšlenky autorovy mají tu posloužiti nejstarší prameny byzantské, čímž jsou míněny prameny z období, počínajícího rokem 324.

V zákonech IV. století termín hypotheca ještě nepřichází, a také četné texty V. stol. jsou prosty řecké terminologie. Ale již v zákonu Theodosia II. z první čtvrti V. stol. (C. Th. 4, 14, 1 = C. Just. 7, 39, 3 pr.) přichází obrat „pignus vel hypotheca“, častěji pak od r. 472. Pouze hypotheca přichází nejprve u Zenona koncem 5. stol. Justinián pak první označuje zástavní žalobu jako „actio hypothecaria“. Materiál příslušný je však do té míry skrovný, že lze přijímati, že řecká terminologie vnikla do spisů právnických dříve, než by se dle zachovaných konstitucí zdálo. Ostatně i ten skrovný materiál stačí, aby nám potvrdil, co vyplynulo z logiky jazyka: termín hypothecaria je důsledkem recepce termínu hypotheca a termín ten sám zase vyskytá se nejprve ve spojení a v stejném významu s pignus.

Vnitřní předpoklady interpolace hypotéky vytvořil dle sp. Konstantin Vel. zákazem klausule o propadnutí zástavy (lex commissoria). Tím teprve římská zástava distrakční uvedena do východních provincií, a tak vyrovnáno římské pignus s řeckou hypotékou. Nadále již nic nepřekáží tomu, aby termín hypotheca nevnikal prostředkem exegetických výkladů dosavadního práva do právnických textů původních a do oficiálního zákonného jazyka císařské kanceláře. Nyní lze říci, „inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt“, kdežto před tím recepce termínu hypotheca nebo dokonce jeho identifikování s pignus bylo vyloučeno.

Ve shodě s tím nalézáme paralelní útvary ve stylu ranných byzantinských listin papyrových (obrat „ἐνεχούρου λόγῳ καὶ ὑποθήκης δικαίῳ“). Listiny ty jsou patrně úmyslně tak stylisovány, aby jim byla zajištěna účinnost i dle práva římského. Ve stylu těchto listin má geminace zmíněná svůj původ.

K tomu musila pak zaujmouti stanovisko i byzantská věda právní. Starší byzantští právníci byli toho dalecí, aby úmyslně falšovali klasické texty. Oni především sbírají, překládají a vykládají ius a leges a umožňují tak justiniánskou kompilaci. Interpretací a glossami originálů nabývají díla tato rázu parafrazí. Ukázkami činnosti této jsou na př. interpretace

klasických spisů, zachované v Lex Romana Visigotorum, zlomky Autunské, scholia sinait., právní knihy IV. a V. stol. a j. Parafraze takovou udržovaly se římské prameny na živu a v nich se také uplatňovaly pokroky vývoje právního, takže tu je obsaženo skutečně platné právo. Je pak na snadě, že při opisování nových exemplářů děl klasických jednotlivá scholia dostala se do textu originálního. To bylo bez dalšího možno na př. při našem *pignus vel hypotheca*. Tak vznikaly předjustiniánské interpolace.

Autor pokládá pak fragmenty ad formulam hypothecariam, hlavní to sídlo interpolace *pignus vel hypotheca*, veskrz za ranně byzantskou parafraze ztracených originálů Marciánova, Gajova (a Paulova, cf. Index Flor. 25, 42) a poukazuje k srovnání na výsledky novějších prací kritických, dle nichž na př. Paulovy Sententiae, Gajovy Instituce, Fragmenta Vaticana jsou zuešvařena četnými scholiemi (literat. na str. 135, pozn. 28), a jako příklad parafraze, jež zcela pohltila text původní, uvádí interpretaci Gajových Institucí v Lex Rom. Visig., jež se rovněž vydává za originál. Důkazem mu pak je podoba fragmentů ad formulam hypothecariam. Materiálních novot tu mnoho není, za to tím nápadnější je forma jejich, prozrazující nedostatkem vlastností spisů klasických pozdní původ. Z naprosté homogenity této parafraze lze pak uzavíratí, že tu jde o součástky souvislého scholiového aparátu, původně o kompilaci výroků Marciánových, Gajových a Paulových o právu zástavním, shrnutých v jedno s byzantského hlediska „ad formulam hypothecariam“, jež postupem času vlivem vždy nových doplňků byly konečně zcela zatlačeny parafraze. Toho důkazem je spisovatel, že řecká terminologie je zde zcela zdomácnělou a že se jí užívá zcela stejnoměrně, ať jde o místo z Gaja nebo Marciána. Dále snaží se sp. vyložití D. 20, 4, 11, 4 (Gajus) a 12 pr. § 1 (Marcián), jakoby se fragment Marciánův vztahoval na fragment Gajův, takže oba již před Justiniánem tvořily součástky souvislé parafraze. Podobně interpretuje sp. Justiniánovy výroky o 20. knize Digest ve smyslu své hypotézy, zejména C. Omnem § 4: *Tertii insuper anni doctrina talem ordinem sortiatur, ut, sive libros de iudiciis sive de rebus secundum vices legere eis sors tulerit, concurrat eis tripartita legum singularium dispositio: et in primis liber singularis ad hypothecariam formulam, quem opportuno loco, in quo de hypothecis loquimur, posuimus*, rel. Zde prý slovy „*liber singularis ad hypothecariam formulam*“ není míněna 20. kniha Digest, jež je tu označena slovy „*loco, in quo de hypothecis loquimur*“, nýbrž jiná, adresátům konstituce dobře známá kniha ad formulam hypothecariam. Konečně poukazuje sp. na rozdíl mezi rubrikami titulů 20. knihy Digest, obsahujícími geminaci „*pignus vel hypotheca*“ a mezi rubrikami 8. knihy Kodexu, obsahujícími jen „*pignus*“. Rubriky Digest jsou dle toho původními tituly předjustiniánské „*Hypothecaria*“.

Zbývá ještě otázka, proč si fragmenty ad formulam hypothecariam nezachovaly původní své inskripce dle spisu, z něhož byly vzaty, tak na př. Gaius libro nono ad edictum provinciale nebo Marcianus libro tertio institutionum. Otázku tu hledí sp. vysvětliti srovnáním s jinou podobnou kompilací předjustiniánskou, již tuší za titulem „*de excusationibus*“ Dig.

27, 1. Jádrem tohoto titulu tvoří spis domněle Modestinův *παράτησις ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορίας*. V díle tom vidí sp. (vyhražuje si důkaz na jiném místě) sbírku, podobnou předjustiniánskému *Liber singularis ad formulam hypothecariam*. Za tohoto předpokladu všímá si pak sp. zvláště latinských textů, vložených do řeckého textu. Jsou to jednak místa, podávající se jako intergrující součástky řeckého textu a uvádějící jen jméno autorovo, bez přesného označení pramene (tak D. 27, 1, 6, 5, a j.), jednak místa s úplnými latinskými inskripcemi, ať již se nacházejí uprostřed řeckého kontextu anebo mají obvyklý vzhled fragmentů z Digest. Tu vzniká otázka, zda tyto úplné inskripce získal teprve Tribonian „codicum collatione“, anebo zda pocházejí již od předjustiniánských adnotátorů. Sp. přidává se k této druhé eventualitě, ježto tu Tribonián pravděpodobně neměl v rukou příslušných originálů, nýbrž vzal tyto fragmenty z nepřímého pramene — z řeckého textu *de excusationibus*. Citátu z tohoto díla dal pak vzhled fragmentu z Digest, neboť jinak by byl nemohl místa toho v kompilaci použít. Podobně si představuje sp. původní podobu fragmentů *ad formulam hypothecariam*, jenže tu citáty z Gaja byly uvedeny pouze jménem, nikoliv i dílem excerpovaným, takže Tribonián, tvoře pro Digesta samostatné fragmenty, vzal inskripce prostě z Marciánova textu *ad formulam hypothecariam*, jenž tu tvořil jádro celku podobně, jako tam Modestinovy fragmenty *de excusationibus*.

Konečně zmiňuje se sp. stručně o místě a době předpokládané jím kompilace předjustiniánské. Jako *terminus ante quem* zjistil již dříve r. 326. Vznik *chrestomathie* klade do východní polovice říše, což již také bylo výše naznačeno. Přihlížeje pak k tomu, že základní charakter díla ukazuje svým způsobem myšlení k době, od Triboniána dosti vzdálené, že tu je použit původní užší okruh pramenů (nikoliv na př. *Codex Theodosianus*), že se tu jeví jistá naivita ve srovnání s myšlením z rozhraní stol. V. a VI. a že r. 424 *geminace* „*pignus vel hypotheca*“ je již zákonně uznána — klade sp. vznik díla na rozhraní stol. IV. a V.

Spisovatelovo řešení terminologické záhady naší je potud šťastné, pokud skutečnosti v knize neobyčejně bystře a kriticky zjištěné ukazují k poklaskému sice, avšak předjustiniánskému původu řecké zástavní terminologie. Nezdá se, že by bylo jiného východiska z rozporu mezi Fehrem a Manigkem. Sp. tu velmi opatrně buduje na výsledcích svých předchůdců. Třebas byl v otázce pravosti jednotlivých textů klasických místy příliš radikální, přec opírá Fehrovu thesei nepravosti řecké terminologie namnoze dobrými novými argumenty, jako zase na druhé straně případně ukazuje rozborem pramenů justiniánských nemožnost příliš pozdního původu termínu *hypotheca*. S názorem jeho o předjustiniánském původu tohoto termínu lze se však shodnouti, aniž bychom bezpodmínečně přisvědčili jeho pojetí Marciánova a Gajova *Liber singularis*.

Spisovatel sám je si toho dobře vědom, že toto jeho pojetí je rázu hypotetického a že není přímého dokladu, o který by je bylo lze opřít (cf. str. 142 pozn. 40). Všechny jeho nepřímé doklady lze snadno vyvrátiti. I kdybychom souhlasili, že je tu vztah mezi D. 20, 4, 11, 4 a 12 pr. § 1.

nemůžeme vyloučiti, že vztah ten vznikl teprve zasáhnutím kompilátorů, Spisovatelův výklad Justiniánova výroku o 20. knize Digest v C. Omnem příliš akcentuje jednotlivou větu oné konstituce a přehlíží celkovou souvislost onoho místa, jež mluví v úvodu o tripertita legum singularium dispositio a dále: post eundem librum singulare (sc. ad hypothecariam formulam) alius liber similiter eis aperiat, quem ad edictum aedilium . . . composuimus, kdež patrně „liber singularis“ značí 20. knihu Digest. Nelze tedy z obratu spisovatelem vyzvednutého vyvozovati přísných důsledků. Odchylné rubriky v 20. knize Digest lze bez dalšího přičísti na vrub kompilátorů, vždyť Justinián v C. Omnem § 4 výslovně praví, že se tu jedná de hypothecis resp. o hypothecaria actio. A konečně výkladem o inskripcích fragmentů ad formulam hypothecariam dokonce již vkročil sp. na půdu velmi nejistou. Analogie s Modestinovými Libri excusationum nezajišťuje, že by i při libri ad formulam hypothecariam neměl Tribonián po ruce originálních textů klasických. Víme naopak z C. Tanta § 17, že mnoho neznámých originálů dostala kompilační komise právě z knihovny Triboniánovy, a při významnosti zástavního práva, již sp. sám častěji zdůrazňuje, není pravděpodobno, že by příslušné spisy klasických právníků se byly ztratily. Jednu nespornou výhodu ovšem má hypotéza autorova: vysvětluje nejlépe poklasický původ titulu „ad formulam hypothecariam“ Snad by bylo zdůvodnění hypofézy té posloužilo, kdyby byl sp. srovnal s fragmenty ad formulam hypothecariam ostatní z Marciána nás došlé zbytky jeho spisů.

Není pochyby, že na konstruktivní část spisu měl značný vliv *Peters* svým dílem *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, o němž tu bylo referováno v roč. 14 str. 377. Kniha *Ebrardova* je dalším krokem k vyjasnění poklasického vývoje právního a v tom je její nesporná zásluha.

O. Sommer.

Německé právo.

Rehme Paul, Stadtbuchstudien. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. German. Ab. XXXVII Výmar 1916.

Známý badatel o městských knihách středověkých *Rehme*, o jehož studii o vratislavských městských knihách bylo svého času referováno (*Sborník v. pr. a st. XI. 153—4*), uveřejnil v posledním ročníku časopisu nadání Savignyho novou studii o městských knihách, vlastně pod společným titulem pět drobných studií o městských knihách měst: *Zhořelce, Poznaně, Freibergu v Sasku, Olomouce a Brunšvíku*. Studie jsou opřeny pouze o literaturu a nikoliv o knihy samy, čímž cena jejich sice klesá, nicméně i tak obsahují mnoho zajímavého v dedukcích autorových. Nás ovšem zajímají především *Zhořelec a Olomouc*, obě města z našeho magdeburského pásu městského.

Studie o městských knihách zhořeleckých je v podstatě zbudována na pracích *Jehtových*, z nichž snaží se vyvoditi všeobecné závěry. Shrneme-li tyto výsledky autorovy o zhořeleckých knihách, počínajících