

zaplatil předchozího věřitele.<sup>72)</sup> V Granadě vztahuje královský senát předpis o koupi zastavené věci na koupi důchodu, když danou kupní cenou provedena byla konverse vysokoúročného důchodu na důchod nízkouročný.<sup>73)</sup> Na šefním soudě lipském se rozhoduje, že toliko zaplacením dluhu, nikoli nabytím vlastnictví hypoteka pomíjí.<sup>74)</sup> Královský soud vismarský prikazuje zástavní právo věřitele předchozího věřiteli zadnímu, který zástavu na místě placení přijal a věřitel předchozího svými penězi uspokojil.<sup>75)</sup>

## § 2. Novější literatura a prakse.

V pozdějších spisech německých právníků stává se zavazení vlastní věci předmětem stálé zmínky. Snadno lze to odůvodniti z literatury předchozí, ale i nový výklad snaží se věc rozřešiti. *Westenberg* žádá, aby se věc znovu dala v zástavu.<sup>76)</sup> *Hofacker* přisuzuje novému kupci „*pignus et locum, quem prior dimisit*“.<sup>77)</sup> *Dabelow* všímá si pouze práva „*offerendi*“, které zadnímu věřiteli proti kupci zástavy přísluší.<sup>78)</sup> Cizí kupec zástavy nabývá podle *Thibauta* práva zaplaceného věřitele ku své jistotě.<sup>79)</sup> Podle *Westphala* i zadní zástavní věřitel.<sup>80)</sup>

<sup>72)</sup> Hieron. Magonius, *Decisionum caussarum tam rotae Florentinae, quam rotae Lucensis . . . centuriae tres*. In nob. Francofurti 1600, dec. 59 num. 3.

<sup>73)</sup> Dr. Joannes Bapt. Larrea, *Novarum decisionum sacri regii senatus granatensis regni Castellae pars prima*. Lugduni 1658, 184, disp. XX, decisio 18.

<sup>74)</sup> *Carpzov*, *Jurisprudentia forensis*. Lipsiae et Francofurti 1684, p. II const. 23, defin. 33 (r. 1634).

<sup>75)</sup> *Codex Mevianus hoc est summi tribunalis regii, quod est Wismariae super quaestionibus forensibus*. Augustae Vindel. Dilingae et Francofurti 1703, t. II, 662 lib. VIII, tit. 19 dec. VII (rozh. 13./10. 1658).

<sup>76)</sup> *Joannis Ortwini Westenbergii . . . principia iuris secundum ordinem digestorum seu pandectarum*. I Vindobonae 1777, 770. Aliique, quorum pecunia res empta est, si eadem iis specialiter pignori obligata sit.

<sup>77)</sup> B. Caroli Christophori Hofacker *principia iuris civilis romano-germanici* II. Tubingae 1801, 393.

<sup>78)</sup> *Dabelow*, *Pandecten des gem. römisch-deutschen u. forensischen Privatrechts*. I. Halle 1803, 334, § 839.

<sup>79)</sup> *Thibaut*, *System des Pandecten-Rechts*. II, Jena 1809, 92.

<sup>80)</sup> *Westphal*, *Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen römischen Gesetze vom Pfandrechte*. Leipzig 1800, 263, 264.

Nový kupec vstupuje v jeho právo dle *Glück*a.<sup>81)</sup> *Löhrovi* však zástavní právo zaniklo. Pouze, excepce dřívějšího zástavního věřitele vlastníkovi zbývá.<sup>82)</sup> Než literatura cesty již nastoupené neopouští. Přetřásá se již, zdá právo na vlastní věci může vzniknouti.<sup>83)</sup> V učebnicích pandekt již se ukazuje, že zástavní právo u nového kupce trvá, ač pohledávka zanikla.<sup>84)</sup> Zachovává se ať kupci cizímu, ať zástavnímu věřiteli zadnímu proti jiným zástavním věřitelům. Nemá žádného pozitivního účelu, aby se z věci uspokojení došlo, nýbrž jen negativní, aby se toto uspokojení jiným zamezilo.<sup>85)</sup> Konfusí zaniká sice právo zástavní. Na vlastní věci nedá se žádné zástavní právo mysliti. Než ve všech případech pramenů může kupcům právo zástavního věřitele proti zadním věřitelům býti vykonáno, bylo-li to při koupi věci vyjednáno. Jim přísluší však také proti němu „*ius offerendi*“.<sup>86)</sup> Na vlastních věcech nemůže právo zástavní býti nabyto. Ohledy slušnosti zavedly však anomálii, že se věřiteli přednost, které svým zástavním právem nabyt, i po nabytí práva vlastnického zachovává nebo že se naň při nabytí práva vlastnického také právo zástavní převádí anebo že stejnou skutečností i právo vlastnické i zástavní získá.<sup>87)</sup>

Zástava věci vlastní stává se brzy také zorným úhlem, s něhož se hledí na samo právo zástavní. Ač ne dosti výslovně, je také již studií *Büchla* o „Povaze práva zástavního“.<sup>88)</sup> Právo

<sup>81)</sup> *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten, Erlangen 1817. sv. 19, 374 a násl.

<sup>82)</sup> Die zprávy *Wening-Ingeheima* v „Archiv für die civilistische Praxis“, 6, 139.

<sup>83)</sup> Archiv für die civilistische Praxis, VI (1823), 134 a násl. Dr. v. *Wening-Ingenheim*, Das Pfandrecht an eigener Sache, viz téhož Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, (1837), I, 457.

<sup>84)</sup> *Valett*, Ausführliches Lehrbuch des praktischen Pandecten-Rechtes. Leipzig 1828, I, 300.

<sup>85)</sup> *Schweppe*, Das röm. Privatrecht in seiner heutigen Anwendung. Göttingen 1828, 2, 339, 340, § 367a.

<sup>86)</sup> *Mackeldey*, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, II. Giesen 1831, 148, pozn. c. a § 303 pozn. b.

<sup>87)</sup> *Mühlenbruch*, Lehrbuch des Pandecten-Rechts, I, Halle 1839, 193, 194. Viz též jeho *Doctrina pandectarum*, vol. II, Halis Saxonum 1831, 178. Týž, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, Greifswald 1836, 486.

<sup>88)</sup> *Büchel*, Über die Natur des Pfandrechtes, Marburg 1833, 85 a násl.

zástavní je „obligatio rei“ a jako při obligacích mohou i při zástavním vyskytnouti se případy, kde vlastník naproti své vlastní věci je věřitelem zástavním. Koupí-li věc zadní věřitel a zaplatí předního, trvá zástavní právo, i vlastnictví. Zástavní právo je tu silnější než samo vlastnictví.<sup>89)</sup> Zápověď splnutí zástavního práva s vlastnictvím<sup>90)</sup> obchází hravě. Zápověď vztahuje se pouze na „pignus“. To jest pouze zástava ruční. Ruční zástavní právo konfusi pomíjí. Při hypotece trvá.<sup>91)</sup> Kde prameny (l. 30 § 1 D. 44, 2) dávají actionem pigneratitiam, tam je také právo zástavní. Jeť tato žaloba jen jeho vlastním obsahem.<sup>92)</sup> Podle H a i m b e r g r a přechází na vlastníka zastavené věci právo zástavního věřitele. Tak chrání se proti jiným zástavním věřitelům. Vyskytá se to zejména tehdy, je-li zřejmo, že by se vlastník svého zástavního práva nebyl zřekl, kdyby byl předvídal, že mu z toho škoda vzejde.<sup>93)</sup>

Zastavení vlastní věci je problém, který stále romanisty zaměstnává. S i n t e n i s ve své monografii o zástavním právu jedná o zastavení vlastní věci ve zvláštním šu.<sup>94)</sup> Kupec zástavy, nevěda o zástavě, nabývá i práva zástavního.<sup>95)</sup> Cizí kupec může se excecí nebo replikou na pořad práva odvolávati, byla-li pohledávka jeho penězi zaplácena.<sup>96)</sup> Totéž právo má zástavní věřitel, který nabyl zástavy, nevěda o pozdějším zástavním právu. Ví-li o něm, pomíjí jeho zástavní právo.<sup>97)</sup> R o s s h i r t o v i právo zástavní konfusi nezaniká. V ostatních případech vede si vlastník tak, jako by jeho právo zástavní ještě existovalo.<sup>98)</sup> Právo zástavní předpokládá pohledávku, praví G ö s c h e n. V některých případech má se však za to, že trvá, ač pohledávka zanikla. Tak

<sup>89)</sup> L. c. 88, 89.

<sup>90)</sup> Viz pozn. 5.

<sup>91)</sup> B ü c h e l, l. c. 91 a násl.

<sup>92)</sup> L. c. 96 a násl.

<sup>93)</sup> Anton H a i m b e r g e r, Reines römisches Privatrecht, Wien 1835, II., 117.

<sup>94)</sup> S i n t e n i s, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, Halle 1886, 96-113.

<sup>95)</sup> L. c. 100, 113.

<sup>96)</sup> L. c. 113.

<sup>97)</sup> L. c. 113.

<sup>98)</sup> R o s s h i r t, Gemeines deutsches Civilrecht, II. Heidelberg 1840, § 320.

přenáší se na jinou pohledávku, ač existuje bez pohledávky.<sup>99)</sup> Zadní zástavní věřitel a nový kupec zástavy, zaplativše kupní cenou prvního zástavního věřitele, sukcedují v právo zaplaceného.<sup>100)</sup> První zástavní věřitel, koupiv tuto zástavu, stává se vlastníkem pro svou větší jistotu. Třeba by se stal vlastníkem, podržuje si své právo zástavní.<sup>101)</sup> Burchardi má za to, že se vzhledem k ostatním zástavním věřitelům další trvání zástavního práva finguje. Lze je proti nim prováděti nejen excepce, nýbrž i „actione hypothecaria“.<sup>102)</sup> Dle Vangerova má se za to, že zástavní právo ještě trvá, pokud vlastníkově ještě prostředky přísluší, kterými se může proti zadním věřitelům chrániti. Je to možno zněním formule hypotekární.<sup>103)</sup> Koupí-li první věřitel, je to jen tehdy možno, nebylo-li mu známo další zavazení.<sup>104)</sup> Bachofen vidí v zástavním právu zástavní žalobu. Formule zástavní žaloby rozhoduje o jeho podstatě. Tuto lze prováděti stejně dobře jak před nabytím práva vlastnického, tak po jeho nabytí. Zastavení věci vlastní je tedy možné. „Pignus“ Paulova místa vztahuje se na zástavní držbu. Zástavní držba se s vlastnictvím sloučiti nedá.<sup>105)</sup> První věřitel, koupiv věc od dlužníka, chrání se proti pozdějšímu zástavnímu věřiteli exceptione doli. Jeho dřívější zástavní právo zaplacením zaniklo. Odporovalo by slušnosti, kdyby postavení jeho po koupi bylo horší než před koupí. Oblace zástavního věřitele bude se vztahovati netoliko na kupní cenu, nýbrž i na zástavní sumu, původně pojištěnou. Pro tento obnos vstupuje oferent „in locum dimissi“.<sup>106)</sup>

Dle Seufferta přenáší se na vlastníka právo uspokojeného zástavního věřitele.<sup>107)</sup> Jsou to výjimky z konfuse.<sup>108)</sup> Pověstný

<sup>99)</sup> Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, II, 2. vyd. Göttingen 1843, 318 (§ 329).

<sup>100)</sup> L. c. 363 (§ 341).

<sup>101)</sup> L. c. 417 (§ 364).

<sup>102)</sup> Dr. Georg Christian Burchardi, Das System und die neuere Geschichte des röm. Privatrechts. II. Stuttgart 1844, 579.

<sup>103)</sup> Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. I, Marburg 1851, 1027.

<sup>104)</sup> L. c. 1028.

<sup>105)</sup> Bachofen, Das römische Pfandrecht, I, Basel 1847, 86 a násl.

<sup>106)</sup> L. c. 540.

<sup>107)</sup> Johann Adam Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, Würzburg 1852, 286.

<sup>108)</sup> L. c. 318.

je výrok Puchta v o zástavním právu na vlastní věci. Je to pojmové monstrum. Jen slušnost a účel, který se právním jednáním zamýšlí, brání při konfusi zániku práva zástavního. Má se za to, že se vlastnictví vůbec nenabylo, a právní jednání vykládá se tak, aby zástavní právo mohlo se zachovati.<sup>109)</sup> Puchta chce věc tedy vysvětliti jako glossa. Také Esmarchovi zástavní právo konfusi bez výjimky pomíjí. V některých případech (l. 30. § D. 44, 2; l. 17. D. 20. 4) má však za to, že kupec se chrání, jakoby zástavní právo ještě existovalo.<sup>110)</sup> Keller zařazuje koupi zastavené věci novým kupcem, prvním nebo druhým věřitelem v kapitolu o successi v zástavní právo. Nový kupec, praví zde, vstupuje v zástavní právo věřitele, jež kupní cenou zaplatil. První věřitel, koupiv věc, podrží pořad svůj, druhý, zaplativ jej, vstupuje v prioritu jeho.<sup>111)</sup> Slova tato svědčila by pro zástavní právo. Než při konfusi uvádí Keller něco zcela jiného. Na své věci nelze míti právo zástavní. Štřetne-li se zástavní věřitel s vlastníkem v jedné osobě, pomíjí zástavní právo. Ze slušnosti skytá se však přece jistá procesuální ochrana, tak jakoby právo zástavní v osobě vlastníkově nadále skutečně trvalo.<sup>112)</sup> Schmid vidí v koupi zadního věřitele a cizího kupce jen fingovanou cessi. Proti nárokům zadního věřitele chrání se však vlastník exceptione hypothecaria. Jemu přísluší na výplatu zadního věřitele „utilis hypothecaria actio“. K tomu však opravňuje i jeho vlastnictví. Hlavní pohledávky hypotekární, kterou by mohl žalovati, však nemá. Takové právo přejde i na zadního věřitele, který jej vyplátí.<sup>113)</sup> Fikcí pomáhá si také Wächter. S excepceci jedná se tu tak, jako by měl vlastník právo na vlastní věci, ač nemá pohledávky proti nějakému dlužníkovi. Jeho zástavní právo je jenom fikce, která má svůj dobrý důvod. Kupec zajišťuje se proti zadním věřitelům, kteří by mu věc na základě svého zástavního práva mohli odejmouti.<sup>114)</sup>

Jiné teorie trvají na zástavním právu, přidávajíc k důvo-

<sup>109)</sup> Puchta, Pandekten, 7. vyd., Leipzig 1853, 304, 305, pozn. 1). Cursus der Institutionen, II, 10. vyd., 266, 267.

<sup>110)</sup> Esmarck, Grundsätze des Pandektenrechte, Wien 1860, 147.

<sup>111)</sup> Keller, Pandekten, Leipzig 1861, 456.

<sup>112)</sup> L. c., 418, Leipzig 1866, 456.

<sup>113)</sup> Dr. Albert Schmid, Die Grundlehren der Cession, I, Brunnschweig, 1863, 290 a násl.

<sup>114)</sup> Wächter, Pandekten, II, Leipzig 1881, 527.

dům starým i své důvody nové. Tak podle S i m o n a kupec zastavené věci, který kupní cenou předního zástavního věřitele vyrovnal, vylučuje zadní věřitele na základě svého vlastního práva anebo na základě práva zástavního, kterého s koupenou věcí nabyt. V mnohých případech pak zástavní právo trvá, aniž by tu byla nějaká pohledávka. Jinými slovy: je tu zástavní místo k ochraně proti zadním věřitelům, ale žádné zástavní právo k pojištění nějaké ještě existující pohledávky. Jeť přednostní věřitel i dlužník vyrovnán. Protože však kupec zaujal zástavu svým místem v obsahu zaplaceného věřitele, tedy jen částí zastavené věci, může proti němu „ius offerendi“ od zadních věřitelů býti vykonáno.<sup>115)</sup> Ve W e i s k o v ě právním slovníku též se tvrdí, že první věřitel a zadní věřitel, který kupní cenou prvního zaplatí, mají z důvodu slušnosti vůči zadním věřitelům ve formě excepcie právo zástavní.<sup>116)</sup>

W i n d s c h e i d vidí v pramenech, že uznávají zástavní právo na vlastní věci. Přecházi-li zástavní právo na vlastníka, stává se zástavním právem vázaným. Brání druhým zástavním věřitelům, aby si část hodnoty věci přivlastnili. Význam jeho jest tedy pouze negativní, ne pozitivní.<sup>117)</sup> K Windscheidovi připojuje se také B a r.<sup>118)</sup> A r n d t s pokládá za přiměřené, aby se zachovaly vlastníkovi proti zadním věřitelům tyto výhody, které mu skytá jeho právo zástavní, nikoli jeho vlastnictví. Slušnosti odporuje, aby vlastník, nabýváje vlastnictví, pozbýval své přednosti proti věřitelům zadním. Arndts odmítá náhled těch, kdož ochranu vlastníka vážou na jeho nevědomost o právech zástavních v době, kdy vlastnictví nabývá. Takového obmezení prameny neznají. Proti Puchtovi uvádí, že monstrosní pojem práva zástavního na vlastní věci je méně odsouzení hodný, než aby se jen proto neuznávalo pravidlo přiměřené, pojmu práva odporující

<sup>115)</sup> Archiv für die civilistische Praxis, 41. sv. (1858), Gustav Simon, Über die Selbständigkeit des Pfandrechts und der Pfandrechtsstelle, als solcher, in Bezug auf nachstehende, an demselben Objekte haftende Pfandrechte, 56 a násl.

<sup>116)</sup> Weiske, Rechtslexikon, 8., Leipzig 1854, str. 15.

<sup>117)</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, Düsseldorf 1862, 655-657.

<sup>118)</sup> Archiv für die civil. Praxis, 53, (1870) 376, v. Bar, Über den s. g. selbständigen Charakter der Hypothek (Realobligation) im neueren Hypothekenrechte.

a vskutku důsledné, že musí se lpěti na logické konstrukci.<sup>119)</sup> Brinz vidí v prvních případech (l. 30. § 1. D. 44, 2; l. 1 C. 8. 19) konkurenci hypotekární sukcese se zástavním právem na vlastní věci.<sup>120)</sup> Baronovi jsou všechny případy pramenů výjimkami z pravidla, že zástavní právo konfusí zaniká. Právo zástavní nezjednáva tu žádné jistoty, ale brání vzestupu zadního věřitele. Tomuto zbývá právo na hyperochu a „ius offerendi“. Výjimky ty odůvodňuje slušnost.<sup>121)</sup>

Při ochraně vlastníka proti zadním věřitelům kladou časem někteří spisovatelé důraz na jeho vlastnictví. Tak i Dernburg. Podle něho získává vlastnické právo cizího kupce nebo zadního věřitele stejného postavení jako zaniklé právo zástavní. Je-li vlastník v držbě, má proti zadním věřitelům ku své ochraně obranu. Není-li v držbě, zjednáva si ji proti zadním věřitelům vindikací a na obranu zástavního práva replikuje, že uspokojil předního hypotekáře.<sup>122)</sup> Koupi-li první věřitel věc od dlužníka, zaniká právo zástavní. Ze slušnosti není však tento zánik na prospěch zadním věřitelům. Primus má se proti nim, jakoby jeho právo ještě existovalo. Než i tito mají postavení, jako by nabytého vlastnického práva ani nebylo.<sup>123)</sup> Dle Paulova místa zástavní právo zaniklo. Vlastníkovi dáva se však ještě „actio hypothecaria“, ježto jsou tu posavad její formální podmínky. Nestalo se „satisfactio“.<sup>124)</sup> Podle Dernburga je fundamentálním základem práva římského, že zástavní právo na vlastní věci není možné. Moderní právo je sice vytvořilo, ale právě jako pitvoru práva římského, nikoli jako jeho postupný výtvar.<sup>125)</sup>

Ještě více akcentuje právo vlastnické Bremer. Vlastník má neobmezené právo vlastnické, aby věci užil nebo ji zpeněžil. Obojí právo může obmeziti. Své právo na užitek věci služebností, své právo na zpeněžení věci právem zástavním. Dvojí může býti

<sup>119)</sup> Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 14. vyd. Stuttgart, 1889, § 389, text a pozn. 2.

<sup>120)</sup> Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. vyd. Erlangen 1882, 865.

<sup>121)</sup> Baron, Pandekten, 8. vyd. Leipzig 1863, 353, § 207.

<sup>122)</sup> Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. 1864 2, sv. 515.

<sup>123)</sup> L. c. 526.

<sup>124)</sup> L. c. 573. Viz též Paulus Jaekel, De successione hypothecaria. Dissert. inaug. iuridica. Wratislaviae 1868, 19 a násl.

<sup>125)</sup> Dernburg, Pandekten, I, Berlin 1902, 700, 701.

postavení práv k jeho obmezenému právu. Buď mu mohou následovati nebo jemu předcházeti. Následují-li za ním, může ten, kdo má služebnost, vykonávati ji, neruše předchozího vlastníka. Kdo má zástavní právo, nemůže překážeti vlastníku, aby před ním na hodnotu věci nárok činil. Právo vlastnicko není žádné formální právo disposiční, je to vlastnické právo samo. Vsáhá-li vykonavatel služebnosti do jeho předchozího práva na užití věci, vystupuje proti němu žalobou negatorní. Vsáhá-li do jeho práva na hodnotu věci zadní věřitel, musí i jemu jakási obdobná žaloba negatorní příslušeti. Totéž právo, které má zadní věřitel proti prvnímu, má i proti vlastníku. Vykoná-li „ius offerendi“, je mu pak věc svou plnou hodnotou zastavena.<sup>126)</sup>

Právní styk a slušnost žádají, aby se kupec zástavy chránil proti pozdějším věřitelům. Podružný význam má, jak řeší věc Hofmann, zda se právo vlastnicko zove právem zástavním. Toto zástavní právo má jen význam negativní. Má se jím jen jiný vyloučiti, aby si hodnotu věci nepřivlastnil. Lhostejno je, zda se zove podle Dernburga právem vlastnickým, jež má postavení zaniklého práva zástavního, nebo podle Bremra předním právem vlastnickým.<sup>127)</sup>

V Paulově místě vidí i Ihering skutečné právo zástavní. Zástavní právo a vlastnictví nekryje se zde plně. Jsouť zde vedle zástavního věřitele, vlastníka, ještě jiní zástavní věřitelé. Mohou proti němu vykonati „ius offerendi“. Což on proti nim nikoli? Což prodá-li věc s výhradou práva zástavního, má míti i jeho nástupce, nikoli právo zástavní, nýbrž zase jen žalobu zástavní? Takový nešťastný náhled nemohl jistě ani Paulus míti. Jinak připouští však Ihering i jisté právní poměry bez subjektu. Každé právo slouží subjektu ku jistému jeho účelu. Není-li přechodně tohoto subjektu, může právní určení věci prozatím potrvati. Je to podle Iheringovy teorie t. zv. pasivní účinek práv.<sup>128)</sup>

Duchaplným způsobem vysvětluje Paulovo místo Buchka. Vlastník nemůže držbu věci uchovati proti zástavním věřitelům. Musí jim věc vydati. Právo jejich je tedy silnější než jeho právo.

<sup>126)</sup> Bremer, Hypothek u. Grundschuld, Göttingen 1869, 50-53.

<sup>127)</sup> Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. u. deutschen Privatrechts, X (1869), 377 Hofmann, Zur Theorie des Pfandrechts.

<sup>128)</sup> Iherings Jahrbücher, X (1871), 452 a násl. Ihering, Passive Wirkungen der Rechte.

Právo toto není ve vlastnictví obsaženo. Splyne-li proto vlastnictví s právem zástavním, nezaniká předchozímu zástavnímu věřiteli moc, aby držbu zástavy zadním věřitelům odňal. Vlastníku zůstává tedy „ius possidendi“ na základě jeho zástavního práva.<sup>129)</sup> Právo zástavní jest jednotné právo, od něhož se někdy jednotlivé účinky mohou odpojit a samostatnými právy státi. Mohou-li se ještě některá práva „iure pignoris“ vykonávati, nezašlo zástavní právo vůbec. Plnému výkonu vadí snad konfuse, ale jakmile tato cessí pomine, má cessionář všechny své zástavní výhody.<sup>130)</sup> Pro prvního věřitele jako kupce vymýšlí nemožnou konstrukci „Datione in solutum“ dostala prý se „pignora“ na srážku pohledávky jiné než zástavní.<sup>131)</sup> I na zástavní pohledávku lze je počítati, když „datio in solutum“ evikcí zadního věřitele se zvrhne a dřívější zástavní pohledávka zase se uplatňovati může.<sup>132)</sup> Koupí-li zástavní věřitel a započítá-li kupní cenu na zástavní pohledávku, zanikne jeho právo zástavní. I musí věřitelům zadním ustoupiti.<sup>133)</sup> Koupí-li druhý věřitel anebo cizí osoba a zaplatí-li z kupní ceny věřitele prvního, nepřevádí se žádné zástavní právo, nýbrž jen protinárok za náklad na věc (zaplacení předního věřitele). Stojí-li v l. 3. C. 8, 18 „in ius eorum successisti“, třeba to brátí jen v praktickém smyslu.<sup>134)</sup>

Algebraickou formulkou chce M u t h e r v kritice Buchkova spisu vystihnouti význam konfuse. Označí-li se zástavní právo jako „a“, lze si mysliti zastavenou věc jako „r—a“. Získá-li věřitel vlastnictví, má „a + r — a“, což má za následek zánik „a“. Je-li na věci ještě další právo zástavní, nedá se to naznačiti

<sup>129)</sup> B u c h k a, Die Hypothek des Eigenthümers, Wismar, Rostock u. Ludviglust, 1875, 16 a násl. Viz k tomu; Jenaer Literaturzeitung 1875 č. 47 (recense od Th. Muthra), Krit. Vierteljahrschrift für Gesetzgeb. u. Rechtswiss. 18., 104 a násl. (recense od Regelsbergra).

<sup>130)</sup> L. c. 26.

<sup>131)</sup> L. c. 32. — Náhled tento je očividně nesprávný. L. 1. C. si antiquered. 8, 19, vztahuje se na pohledávku zástavní (pignora in solutum). — Příklad se rovná prodeji osobě druhé (quam si aliis easdem res debitor vendidisset). Nelze také porozuměti, jakého prospěchu by došel přední zástavní věřitel, kdyby zadluženou zástavu převzal datione in solutum na nějakou jinou pohledávku. Jak by se provedlo sčítání? — Viz též H a r t m a n n, Rechte an eigenér Sache, 47.

<sup>132)</sup> Viz l. c. 34 pozn. 5, kde dovolává se l. 46 pr. D. de solut. 46. 3.

<sup>133)</sup> L. c. 35.

<sup>134)</sup> L. 44 a násl.

formulkou „ $r - a - b$ “ nebo „ $r - (a + b)$ “, poněvadž „ $b$ “ nebylo vedle nebo společně s „ $a$ “, nýbrž teprv po „ $a$ “ vlastnictví „ $r$ “ obmezuje. Nabude-li tedy věřitel „ $a$ “ to „ $r$ “, nemá „ $a + r - a - b$ “, nýbrž „ $a + r - (a, \text{ za nímž následuje } b)$ “.<sup>135)</sup>

Zástavní právo na vlastní věci připouští *Bekker*,<sup>136)</sup> *Schott*,<sup>137)</sup> a *Goldschmidt*.<sup>138)</sup> Hypoteka vlastnickova, jak tento vykládá, jest pouze část vlastnictví, která se ze zabavení vylučuje.<sup>139)</sup> *Hartmann* vidí v Paulově místě skutečné zástavní právo. Paulus nešel do jádra věci. Zůstal z pohodlí při zevní formule hypotekární žaloby.<sup>140)</sup> Koupí-li první věřitel, pomíjí osobní závazek dlužníka. Proti zadním věřitelům je ještě zástavní mocí sankcionováno staré debitum. Jeví se i v successi zadního věřitele v toto debitum, vykoná-li proti vlastníkovi „*ius offerendi*“.<sup>141)</sup> Stejně rozhoduje pochybnosti, koupí-li osoba třetí.<sup>142)</sup> Též *Roth* přidává se k těm, kdož vidí u vlastníka skutečné zástavní právo. Z práv, které mu prameny skytají, dá se souditi, že zástavní právo pro jeho osobu nadále trvá.<sup>143)</sup> *Kuhlmann*, konstruuje právo zástavní jako věcné právo k prodeji (*dingliches Verkaufsrecht*). Spojí-li se vlastnictví se zástavním právem na věci, kteráž ještě pozdějšími zástavními právy jest zatížena, nabývá vlastník jen obmezeného práva k prodeji. Nemůže volně zcizovati jako vlastník. Není tedy žádného důvodu ke konfusi. Z toho tedy všeobecně již plyne, že se vlastnictví se zástavním právem docela dobře snáší.<sup>144)</sup> V Paulově místě stejně s *Büchlem* a *Bachofnem* vztahuje „*pignus*“ pouze na ruční zástavu. Ruční

<sup>135)</sup> Jenaer Literaturzeitung 1875 č. 47, 819.

<sup>136)</sup> Ernst Immanuel Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts, Berlin 1873, II, 370, 371.

<sup>137)</sup> Iherings Jahrbücher, 15 (1877), 31, H. Schott, Über die accessorige Natur des Pfandrechtes.

<sup>138)</sup> Richard Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts und der Hypothek des Eigenthümers, Berlin, 1877, 5.

<sup>139)</sup> L. 37.

<sup>140)</sup> Dr. Gustav Hartmann, Rechte an eigener Sache. Freiburg 1877, (Universitätsschrift), 43 a násl.

<sup>141)</sup> L. c. 50.

<sup>142)</sup> L. c. 52.

<sup>143)</sup> Archiv f. d. civil. Praxis, 62, 119. Roth, Die hypot. Succession und die Eigenthümer-Hypothek.

<sup>144)</sup> Hugo Kuhlmann, Die Hypothek des Eigenthümers nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts. Leipzig 1881, 33.

zástava zjednává však takové panství jako vlastnictví. Bylo by nesmyslné, aby se činil tozdl mezi držbou „ad pignoris“ a „ad dominii causam“. Ruční zástava na vlastní věci není tedy možna.<sup>145)</sup> Prvnímu věřiteli jako kupci přisuzuje Kuhlmann právo zástavní na vlastní věci. Význam jeho leží v právu zadních věřitelů, jichž právo na prodej nepomíjí. Vlastníkovi se však zachovává právo zástavní, aby mohl prodej znemožniti.<sup>146)</sup> Koupí-li druhý věřitel nebo osoba třetí, nabývá práva zástavního na věci vlastní.<sup>147)</sup> Ukazuje to již Hartmann, pravě, že obmezená práva věcná nedají se definovati jako práva na věci cizí a také S o h m, že akcesoritita k podstatě práva zástavního nenáleží.<sup>148)</sup>

Dle W e n d t a mluví se o zástavním právu na vlastní věci v těch případech, kde věc je vícekrát zastavena. Zanikne-li lepší právo zástavní konfusí s vlastnictvím, nemá se tím právo zástavní zadních věřitelů polepšiti, aby, vykonávajíce své právo zástavní, poškodili vlastnictví. Ani „actio hypothecaria“, ani exceptio rei pignoratiliae nemá jim býti povolena. Ale vlastník chrání se proti takovým nárokům excepčí a replikou. Tento nárok má ze slušnosti, třeba by jeho lepší právo zástavní již neexistovalo, zaniknuvši konfusí.<sup>149)</sup> Pro zástavu na vlastní věci jest N a b e r. Vedlo by to k nespravedlivosti, kdyby se sloučení vlastnictví a zástavního práva v jedné osobě nepřipouštělo. V Paulově místě za definicí „pignus perseverare (non posse) domino constituto creditore“ následuje: „actio tamen pignoratilia competit“. Ze slov těch je zřejmo, že nemínila se věc definicí rozhodnouti.<sup>150)</sup> Probíraje všechna místa pramenů, hájí z nich zástavní právo na vlastní věci také W i e s s n e r.<sup>151)</sup> G r u n d m a n n vidí ve všech případech pramenů skutečné právo zástavní. Prameny připouštějí je ze slušnosti a účelnosti. Odporovalo to sice základním zásadám práva věcného, totalitě vlastnictví a akcesoritě práva zástavního. V lidovém právním vědomí zakořeněno

<sup>145)</sup> L. c. 43—51.

<sup>146)</sup> L. c. 51—52.

<sup>147)</sup> L. c. 64 a násl.

<sup>148)</sup> L. c. 82.

<sup>149)</sup> Dr. Otto W e n d t, Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888, 429.

<sup>150)</sup> Mnemosyna. Nova series, 18 [1890], 396. J. C. Naber, Observatiunculae de iure romano.

<sup>151)</sup> Dr. jur. Alfred W i e s z n e r, Das Pfandrecht an der eigenen Sache nach römischem Rechte. Breslau 1893, 3 a násl.

bylo pravidlo „*pignus rei suae consistere no potest*“. Než ač Římané mnoho viseli na svých právních příslovích, musili z nich přece výjimky připustiti.<sup>152)</sup>

Z francouzských právníků Girard drží se Dernburga. Aspoň považuje za lepší system, který připouští *successi* v pořad, než system se *successi* v hypotéku.<sup>153)</sup> Z polských právníků Zoll připojuje se k výkladu Dernburgovu o postavení zadního věřitele a posiluje jej ještě interpretací Paulova místa. Zadní věřitel nemá právo na prodej pokud první není spokojen. Vlastník tomuto jeho právu až do svého úplného zaplacení odporuje. Tak řečené právo na vlastní věci je tedy obmezení zadního věřitele, aby nevykonal právo věřitele prvního.<sup>154)</sup> Z českých právníků Heyrovský má za to, že zástavní právo konfusí pomíjí. Obživne však zase, vykoná-li jeden ze zadních věřitelů proti vlastníku „*ius offerendi*“. Vlastník sám má proti zadnímu věřiteli postavení věřitele předního. Nevzdal se práva zástavního, když se s vlastnictvím střetlo.<sup>155)</sup>

I některá rozhodnutí z poslední doby platnosti práva římského lze uvést. Tak rozhodla nejvyšší apelační rada v Darmštadě (3./9. 1830) podle Paulova místa pro zástavní právo.<sup>156)</sup> Proti němu při koupi prvního věřitele vyslovil se apelační soud v Celle (30./6. 1873).<sup>157)</sup>

<sup>152)</sup> Otto Grundmann, Das Pfandrecht an der eigenen Sache nach gemeinem und bürgerlichem Recht. Inaugural-Dissertation. Borna-Leipzig 1904, 17, 33, 34.

<sup>153)</sup> Paul Frédéric Girard, Manuel élémentaire du droit romain. Paris 1911, 785.

<sup>154)</sup> Rozprawy i sprawozdania z posiedzeń wydziału historyczno-filozoficznego Akademii umiejętności w Krakowie, XIII [1881], 351, Dr. Fryderyk Zoll, O prawie na rzeczy własnej (*ius in re proprie*) ze stanowiska prawa rzymskiego.

<sup>155)</sup> Dr. Leopold Heyrovský, Dějiny a systém soukromého práva římského. V Praze 1910, 510.

<sup>156)</sup> J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, 13 č. 310. Otec prodal synovi dům s tím, že zaplatí hypotekární dluhy. Smlouva o koupi domu se zrušila a jmění prodavače přišlo do konkursu. Nejvyšší soud přisuzuje synovi zaplacené dluhy v pořadí vyrovnaných věřitelů.

<sup>157)</sup> Seuffert's Archiv, 28 č. 110. Věřitel převzal *datiōne in solutum* na srážku hypotekárních dluhů dům, na němž v 1. pořadí byla jeho pohledávka. Dům tento prodal zase se stejným závazkem 3. osobě. Když tato upadla

Všechny tyto náhledy přinesly každý svou hřivnu, aby se podstata věci poznala. Ti snad přiblížili se jí nejvíce, kdo konfusi nedávali zástavnímu právu zaniknouti, byla-li věc stížena ještě jinými zástavními právy. Třeba k tomu dodati ještě několik slov. Týkají se samého pojmu zástavního práva. Romanisticky skýtá věřiteli právo, aby svou pohledávku z kupní ceny věci uhradil. V jiné části naší studie bude o tomto pojmu pověděno více. Právo zástavní vybírá tu z vlastnictví jednu jeho moc: disposici prodejem. Při vlastnictví jde tato moc na celou kupní cenu, při zástavním právu jen na část, která zástavní pohledávce odpovídá. Tato pohledávka může ji však také vyčerpávati anebo dokonce převyšovati. Je-li zde jen jediný zástavní věřitel a splyne-li právo jeho s právem vlastnickým, zanikne. Postoupí-li však věřitel před tím část své pohledávky někomu jinému, takže jsou zde dva věřitelé, nemůže již konfuse míti těchto účinků. Právo na prodej mají pak věřitelé dva. Jsou v příčině něho podílníci. Splyne-li právo jednoho podílníka s vlastnictvím, nepovstalo žádné vyrovnání, žádné odečtení. Právo obou dvou podílníků bylo by se skrylo plně s vlastnictvím. Splynutí pouze jednoho práva s vlastnictvím nechává právo druhého podílníka při plné jeho síle, ba skýtlo by mu i právo silnější, kdyby splynutí přednějšího zástavního práva s vlastnictvím způsobilo zánik tohoto přednějšího práva. Prameny jsou si toho při podílnictví ve vlastnictví plně vědomy. Splyne-li služebnost se spoluvlastnictvím, trvá služebnost dále (L. 8, § 1. D. 8, 1.; L. 30, § 1. D. 8. 2).<sup>158)</sup> Obrátme to nyní a mysleme si, že někdo společně s jinými má ususfructus. Jeden z těchto podílníků ususfructu stane se vlastníkem. Ususfructus nezaniká. Trvá dále pro ostatní podílníky, ale také pro vlastníka-podílníka. Byl-li výkon ususfructu někomu úplatně postoupen, bere podílník, který se stal vlastníkem, svůj podíl z úplaty jako usufruktuář, nikoli však jako vlastník. Prá-  
vem bylo proto na to ukázáno, že při konfusi třeba hleděti ku jejímu významu materiálnímu, ne formálnímu.<sup>159)</sup> Toho dotčeno v konkurs, přisuzuje při likvidaci nejv. soud zadnímu věřiteli jeho pohledávku před pohledávkou v 1. pořadí. Tato prý zanikla.

<sup>158)</sup> Felix Friedmann, Die Wirkungen der confusio nach römischem Recht, 6. Heyrovský, Dějiny a system soukromého práva římského, 1903, 491.

<sup>159)</sup> Dr. Paul Kretschmar, Die Theorie der Confusio, Leipzig 1899, 53.

bylo i v Basilikách.<sup>160)</sup> Vlastnictví musí absorbovati právo, s nímž splynulo. Toho není při podílnictví v usufruktu a také nikoli při několikerém zastavení jedné a téže věci. Je-li stížena věc více zástavními právy a vlastnictví splyne s jedním z nich, nemůže býti řeči o žádné absorpci. Všichni zástavní věřitelé tvoří tu jednotu. Vykoná-li se zástavní právo jedním, vykoná se pro všechny. Stanou-li se všichni zástavní věřitelé vlastníky, tu logicky přirozeně zanikne jejich právo, poněvadž nemohou jako vlastníci míti je proti sobě.<sup>161)</sup>

Některé z předpisů římského práva přešly i do moderních zákonů, tak do code Napoleon<sup>162)</sup> a do občanského zákoníka italského z r. 1865.<sup>163)</sup> Ohlas nauky glossatorů o odvolatelném vlastnictví zaznívá nám ještě z pruského Landrechtu.<sup>164)</sup>

## II.

### Vlastnickova hypoteka německá.

#### § 3. Vznik na různých místech.

Římská hypoteka vlastnickova zdála se býti anomalií a právnícký důvtip po staletí snažil se ji vyrovnati. Někteří viděli v ní nedůslednost, již slušností chtěli odůvodniti. Při německé vlastnickově hypotece nemohou takové pochyby vůbec vzejíti. Zjev její jest důsledný projev principu, z něhož moderní právo hypoteční vyšlo. Základem jeho jest zápis v pozemkové knize, jemuž odpovídá úřední příkaz kvoty nejvyššího podání podle zápiso-

<sup>160)</sup> Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae edidit Zacharias a Lingental, p. 113. (Steph. index l. 5, l. § 1 non etiam dominus, quia, dum proprietatis penes eum est, non potest separatim usufructum habere, potissimum quidem quia obtegatur amplitudine dominii.) Kretschmar, 53.

<sup>161)</sup> O absorpci lze mluviti, vyskytne-li se konfuse v osobě hlavního dlužníka a věřitele, nikoli však v osobě rukojmího a věřitele. Viz k tomu Archivio giuridico, 48, str. 147, Brunetti, La legge 21 § 5 Dig. de fidejussoribus et mandatoribus, XLVI, 1.

<sup>162)</sup> Art. 1251: La subrogation a lieu de plein droit . . . 2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué.

<sup>163)</sup> Art. 1253 stejného znění jako art. 1251 code civile.

<sup>164)</sup> P. L. R. I, 16 § 482: Auch Rechte auf die Sache erlöschen, wenn der Verpflichtete das Eigenthum der berechtigten Sache, oder der Berichtigte das Eigenthum der verpflichteten Sache aus einem unwiderrufflichen Rechtsgrunde überkommt.