

KONTRAKT JAKO OBLIGACE

Není bez zajímavosti, že samotné latinské označení pro smlouvu (ve formě substantiva) – *contractus* – se v republikových pramenech ještě vůbec nevyskytuje. Jedna z nejstarších nepřímých zmínek o smlouvách ve smyslu institucionálním pochází sice od republikového právníka Quinta Mucia Scaevoly Pontifika (140–82 pnl.), avšak ani zde se výslovně nevyskytuje pojem *contractus*. V Pomponiově komentáři k dílu Q. M. Scaevoly máme v Digestech zprostředkovan zlozek Scaevolova stanoviska, v němž se vyskytuje obrat *contractum est* nebo *contrahi potest*, tedy *contractus* ve formě slovesa (*contraho*).³ Tento obrat je ovšem třeba v dobovém kontextu překládat jako „je uzavřena“ nebo „může uzavřít“, vždy ve vztahu ke konkrétnímu typu smlouvy. Jde přitom o klíčový fragment, podle kterého jsou smlouvy uzavírány (*contractum est*) *verbis, re a consensu*, a jde tedy o doklad základní klasifikace nominálních typů kontraktů, která, alespoň podle uvedeného fragmentu, má svůj původ již v dílech republikové jurisdikce. Autenticita tohoto fragmentu je nicméně diskutabilní s ohledem na skutečnost, že Scaevolův výrok máme zprostředkovan skrze citaci podstatně mladšího autora Pompo-

3 Pomp. D. 46, 3, 80. FIORI, R. Contracts, Commerce and Roman Society. In duPlessis, P./Ando, C./Tuori, K. (eds.) The Oxford Handbook of Roman Law and Society, Oxford 2016, str. 587

nia (2. stol.), a to v částečně interpolovaných justiniánských Digestech s odstupem celkem šesti staletí.

Z mála dochovaných republikových pramenů se nicméně zatím ukazuje, že za republiky se používaly pro kontrakty jejich individuální názvy, tak jak spontánně vznikaly z praxe a obyčejů, a to nezávisle na právu. Romanisté se shodují, že ještě koncem republiky existovalo pojmové rozlišení mezi jednotlivými typy kontraktů převážně (možná i jen pouze) na ekonomické či společenské úrovni.⁴ O jasné ohraničených smluvních typech v právním významu můžeme hovořit prakticky až v klasické době.

Laici ani právníci tedy nevnímali jednotlivé smluvní typy jako typové varianty téhož institutu, tak jak to vnímáme dnes, resp. neměli potřebu se hlouběji zabývat jejich právní povahou a omezovali se výlučně na jejich praktické využití. Lze to ilustrovat i na Zákoně dvanácti desek, kde se ani jednou (alespoň v rekonstrukcích sestavených z dostupných pramenů) nevyskytuje slovo *contractus*, ani jiné společné označení pro smluvní instituty, avšak vyskytují se zde jednotlivé nominální typy (uvedené slovesy *vendere, emere, locare*), které vznikly pravděpodobně již dlouho před samotným zákoníkem.⁵ Lze se tedy domnívat, že substantivum *contractus* etymologicky vzniklo ze slovesa *contrahere* (uzavírat) ve smyslu „uzavřený, společně založený“, a to možná zásluhou právních znalců ve snaze utřídit a klasifikovat obligace pro účely výuky.

Samotné latinské sloveso *contraho/contrahere*, znamená doslova svázat, nebo stáhnout dohromady (spojením slov „*con*“ slučující slovesná předpona; „*traho*“ stahovat, táhnout k sobě, ale též nabývat), což v právním významu opisuje právní spojení, resp. právní vztah, více osob. Proto se v pramenech setkáváme nejen s obraty *contrahere negotium*, ale také *contrahere matrimonium, contrahere iudicium*, či dokonce *contrahere crimen*.⁶ Ovšem jako substantivum se

4 K tomu viz FIORI, *Contracts, Commerce and Roman Society*, str. 583.

5 LDT 7, 11; 12, 1. Viz SKŘEJPEK, M. *Lex et ius. Zákony a právo antického Říma*. Plzeň 2018, str. 31 a 41.

6 Ulp. D. 12, 5, 2, 2. K tomu viz např. VÁŽNÝ, J. *Římské právo obligační, část I*. Bratislava 1924 [dále jen: VÁŽNÝ, *Oblig. I*], str. 35–36.

pojem *contractus* vyskytuje v pramenech klasického práva již téměř výlučně jako obligace v kontrapozici vůči deliktu (*delictum* či *malaeficium*, ev. ale též *male contractus*),⁷ jak vyplývá z Gaiovy systematiky,⁸ a později též vůči kvazikontraktům a kvazideliktům.⁹ V klasické době se některé kontrakty označují také řeckým výrazem *synallagma* (συναλλαγμα), jak to činí např. Aristo v Ulpianově komentáři k ediktu.¹⁰

Přesto postupně dochází alespoň k rámcovému ustálení tohoto pojmu, když v justiniánské kodifikaci je do titulu D. 50, 16, pojednávajícím o obecných právních pojmech, zařazen Ulpianův výkladový fragment, podle kterého sloveso *contraxerunt* („uzavřeli“) se netýká institutů dědického práva, tzn. nemá se používat pro pořízení testamentu.¹¹

Mezi nejstarší kontrakty patřily formální verbální kontrakty, jejichž závaznost vyplývala ze slavnostního slibu (*sponsio*), jenž musel být pro vyvolání zamýšlených právních účinků recitován přesně stanovenými formulami, jejichž znění vycházelo z ústní tradice.¹² Typické bylo zejména jednání *per aes et libram* (mědí a váhami), které se používalo pro převod vlastnictví a založení závazku (typicky zejména pro *nexum* a *mancipatio*). Později se sponze stala součástí stipulace (*stipulatio*), jednoho z klíčových kontraktů civilního práva, jenž navzdory své formálnosti se v praxi udržel až justiniánské kodifikace.¹³

Již v Gaiově učebnici z poloviny 2. století se setkáváme se systematikou, podle níž smlouvy (kontrakty) vznikají

7 Tryph. D. 42, 1, 52. K tomu viz VÁŽNÝ, *Oblig. I*, str. 36.

8 Inst. Gai. 3, 88.

9 Gai. D. 44, 7, 5.

10 Ulp. D. 2, 14, 7, 2.

11 Ulp. D. 50, 16, 20: *Verba „contraxerunt“ „gesserunt“ non pertinent ad testandi ius.*

12 Ještě v době Zákona dvanácti desek však sponze neměla účinky právní, nýbrž a působila jen jako morální závazek. Závaznou se stala snad teprve se vznikem stipulace. Viz HEYROVSKÝ, L. *Dějiny a systém soukromého práva římského*, 4. vyd. Praha 1910 [dále jen HEYROVSKÝ], str. 549.

13 Zde se však stává již právním jednáním kauzální povahy, viz VÁŽNÝ, *Oblig. I*, str. 47.

kají (*contrahitur*) *verbis, literis, re a consensu*.¹⁴ Z této zmínky přinejmenším vyplývá, že v Gaiově době je nejen již etablován pojem *contractus*, ale také že právní znalci se již zabývali i jejich klasifikací. Mezi nejstarší kontrakty tak byly řazeny formální verbální kontrakty, jejichž závaznost vyplývala z přísahy, resp. ze slavnostního slibu (*sponsio*), jenž musel být pro vyvolání zamýšlených právních účinků recitován přesně stanovenými formullemi, jejichž znění vycházelo z ústní tradice. Přítomny musely být zásadně obě (resp. všechny) smluvní strany, které si vzájemně odpovídaly na stanovené otázky *dari spondes? – spondeo* (slibuješ dát? slibuji), *facies? faciam* (uděláš? udělám) apod.¹⁵ V nejstarších dobách římských dějin měly některé druhy slibů a přísah (*ius iurandum*) znatelně náboženský kontext. Slib poskytnout určité plnění nebyl dán pouze protistraně, ale zejména bohům, resp. božstvům, což vyplývalo jak z morálky starých Římanů doby archaické, tak i z prolnutí světského práva (*ius*) s náboženskou tradicí (*fas*), což bylo v archaické době typické.¹⁶ Ačkoli od 3. století pnl. nabývá proces oddělování světských a sakrálních norem postupně na intenzitě, ještě v 1. století pnl. Cicero píše:

„Přísaha (*ius iurandum*) je totiž bezpečné ujištění náboženské povahy. A co s jistotou slíbíš, dovolává se jaksí boha za svědka, to je třeba dodržet. Neboť tvůj slib nemá co dělat s hněvem bohů, ale se spravedlností (*iustitiam*) a věrností (*fidem*) v daném slově.“¹⁷

14 Inst. Gai. 3, 89: *re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*. Obdobně též Gaius v díle *Res cottidiana*, kde však chybí literární kontrakty, viz Gai. D. 44, 7, 1, 1: *Obligaciones ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu*. „Obligace z kontraktu vznikají na základě [odevzdání] věci, slovy nebo konsenzem.“

15 Inst. Gai. 3, 92. viz např. DOSTALÍK, P. *Conditiones římského práva a moderní kodifikace*. In Stloukalová, K. *Soudobé reflexe římského práva: římské právo v moderních kodifikacích*, Praha 2015, str. 163.

16 SKŘEJPEK, M. *Ius et religio. Právo a náboženství ve starověkém Římě*. Pelhřimov 1999, str. 129.

17 Cicero, *De officiis* 3, 29: *Est enim ius iurandum affirmatio religiosa ...* (překl. J. Ludvíkovský in Marcus Tullius Cicero, *O povinnostech*, Praha 1970, str. 166).

Cicero zde vysvětluje, že přísaha či slib mají do značné míry náboženský charakter, avšak ten, kdo je zavázán, by neměl plnit ze strachu z božího trestu, ale z úcty ke spravedlnosti a věrnosti, které rovněž byly ztělesňovány jako bohyně. Uvedené tvrzení nicméně nemůžeme chápat ve smyslu právním, ale spíše jako určitý mravní apel, který nicméně odráží ducha své doby.¹⁸

Navzdory určitým náboženským aspektům chápání závaznosti přísah a slibů hrály již v nejstarším římském právu nepochybně hlavní roli etické, resp. sociálně-ekonomické důvody. Opět Cicero tak uvádí: „Naši předkové neznali totiž žádné pevnější pouto k utvrzení slibu nad přísahu. To dosvědčují zákony dvanácti desek i posvátné zákony, to dokazují smlouvy, jež nás i s nepřitelem spojují svazkem vzájemné důvěry, i důtky a tresty censorů, kteří nic nesoudívali bedlivěji než porušení přísahy.“¹⁹

Vedle stipulace patřily mezi nejstarší typy smluv dále např. *fiducia, dotis dictio* (slib věna) a také *sponsio a fidepromissio* (smlouva o rukojemství), která jakožto závazek pro zřízení ručitele k závazku třetí osoby je pravděpodobně dokonce starší než vymahatelnost samotného zajištěného dluhu.²⁰

Formální kontrakty byly z hlediska právních nároků na jejich uzavírání sice náročnější na obě smluvní strany, nicméně, jak vyplývá z pramenů, ještě za principátu se běžně používaly pro určité druhy obchodních ujednání souběžně neformální i formální (zejm. verbální) kontrakty. Lze to ilustrovat na prodeji genericky určených věcí, zejména vína, oleje a obilí, které se ještě v klasické době praktikovalo jak neformálním způsobem (*emptio venditio*), tak i tradiční stipulací.²¹ V tomto případě byla příčinou zacho-

18 V jiném spise naopak Cicero poznamenává: „jakou záruku poskytují náboženské ohledy smlouvám“ *De legibus* 2, 7 (16).

19 Tamtéž 3, 31 (str. 169).

20 Viz VÁŽNÝ, *Oblig. I*, str. 51–52. *Fidepromissio* spadala pod širší pojem pro instituty zajišťující obligace třetí osoby, *adpromissio*. Různé formy zajištění závazku patří v pramenech k velmi frekventovaným institutům.

21 *Srov. Ulp. D. 45, 1, 75, 2; Iul. D. 18, 1, 39; Ulp. D. 18, 6, 1 pr.; Ulp. D. 18, 6, 4; Paul. D. 18, 6, 8 pr.* Blíže k tomu viz BĚLOVSKÝ, P. *In vino ve-*

vání paralelních institutů pro prodej zboží skutečnost, že římské klasické právo neuznávalo neformální prodej čistě genericky určených věcí s ohledem na neurčitost objektu.²² Pro stipulaci to však nepředstavovalo překážku, protože zde se vymahatelnost kontraktu opírala o dodržení formy.

Vinculum iuris: kontrakt jako právní pouto

Jak bylo ukázáno výše, již v římském právu se pojem kontrakt vyvíjel ruku v ruce s pojmem obligace, tedy právním titulem pro petitorní vymahatelnost určitého plnění.²³ Známa definice obligace justiniánských Institucí praví, že:

*Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuis solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*²⁴

„Závazek je právní pouto, na jehož základě se činíme povinni něco splnit podle práva naší obce.“

Tato klasická definice je zajímavá především tím, že obligaci označuje za jakési právní pouto (*iuris vinculum*). To etymologicky patrně odkazuje k historickým kořenům kontraktů, kdy dlužník (*debitor*) mohl být skutečně spoután a zbaven svobody, pakliže nesplnil dobrovolně svojí obligační povinnost, k níž se sám zavázal. V Justiniánově době jde však jistě už jen o pouto obrazné, které bylo ze strany dlužníka vnímáno spíše jako právní břemeno, které jej nutí ke splnění (*solvere*) toho, k čemu se zavázal, nebo v opačném případě ke splnění toho, co určí soud na základě dlužníkovi odpovědnosti.

ritas: víno v římském právu. In Bělovský, P. / Stloukalová, K. (eds.) *Caro amico: 60 kapitol pro Michala Skřejpka aneb římské právo na přích staletí*, Praha 2017, str. 46 a násl.

22 Závazek vznikl až teprve odměřením či odvážením zboží, anebo jeho vyčleněním z celku. Do té doby nebyla neformální dohoda o koupi žalovatelná.

23 K obligačním aspektům kontraktů viz mj. FIORI, R. *The Roman Conception of Contract*. In McGinn, T. A. J. *Obligations in Roman Law. Past, Present, and Future*, Ann Arbor 2017, str. 40 a násl.

24 *Inst. Iust.* 3, 13 pr.

Podstatu tohoto břemene chápali později glosátoři tak, že jde o výsledek racionální úvahy dlužníka, jenž má možnost se svobodně rozhodnout, zda se jiné osobě zaváže, či nikoli.²⁵ Pokud se k tomu dobrovolně rozhodne, dává věřiteli právo, aby splnění vymáhal právní cestou.

Slovo *iuris vinculum* ovšem nelze chápat jako právní vztah ve smyslu soudobém, jelikož pojem právního vztahu nebyl v římském klasickém právu znám, stejně jako konstrukce subjektivní povinnosti pramenící ze samotného závazku. V pramenech se sice u kontraktů poměrně často setkáváme s vyjádřením určitého práva (*ius*), které vyjadřuje nárok na vymáhání povinnosti protistrany, avšak v klasickém římském právu byla otázka obligačního nároku vždy na prvním místě založena na otázce *qualis actio*? Odpověď na tuto otázku dávali nejen příslušní magistráti, kteří právo aplikovali, ale také znalci práva, kteří působili jako právní experti, ať už v úřadech, nebo soukromě, přičemž stanoviska některých autorit měla mimořádnou váhu a působila *via facti* zejména na soudce. To se změnilo částečně až vydáním Theodosiova kodexu v roce 438, ale zejména pak s vydáním justiniánské kodifikace, která ze stanovisek klasické jurisprudence, stejně jako z prétorského ediktu, učinila právní normu. V klasické době tedy nemůžeme obligaci chápat přímo jako právní vztah *sui generis*, jenž zakládá určitou subjektivní právní povinnost. Šlo o vyjádření pouta coby povinnosti k určitému konání, určitého břemene, které nese dlužník a jehož se může zbavit jedině tím, že jej splní.

Ačkoli v argumentaci klasické jurisprudence se může setkat s názny vnímání jakýchsi individuálních práv či nároků (dnes bychom řekli subjektivních práv) nezávisle na žalobě, přesto k odpoutání nároku od žaloby v římském obligačním právu nikdy zcela nedošlo, jak je patrné ještě na titulu 44, 7 *Digest* s názvem *De obligationibus et actioni-*

25 Ačkoli v průběhu dějin se pojem *vinculum* stal předmětem různých interpretací, k tomu blíže viz DAJČZAK, W./GIARO, T./LONGCHAMPS DE BÉRIER, F./DOSTALÍK, P. *Právo římské. Základy soukromého práva*. (překl. P. Dostalík) Olomouc 2013 [dále jen: DAJČZAK/GIARO/LONGCHAMPS DE BÉRIER/DOSTALÍK], str. 253.

bus a titulu 4, 10 justiniánského Kodexu téhož názvu.

Vymahatelnost obligační povinnosti tedy nevyplývala z právního vztahu, ale žalobního nároku opředeného o právem uznáný důvod, právní titul. To ilustruje také známý Paulův výrok:

„Podstata obligací nespočívá v tom, aby se nějaká věc nebo služebnost učinila naší, ale abychom nám jiného zavázali, aby něco dal, učinil, nebo aby za něco odpovídal.“²⁶

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitute nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

Z toho bylo právní naukou později mimo jiné dovozeno, že obsah obligací (ve všech jejich podobách) spočívá v plnění způsobem *dare facere praestare*,²⁷ dát, konat a odpovídat (za škodu). Ve skutečnosti však uvedené vymezení obsahu obligace nemělo normativní, nýbrž pouze deskriptivní význam. Nešlo o taxativní definování obsahu právního vztahu, nýbrž pouze obecné vymezení povinností, k jejichž splnění nutí v určitých případech civilní právo nebo prétorský edikt skrze zakotvené typy žalob.

Proto podstatou obligace v pojetí římského práva není primárně samotná povinnost založená způsobem uznaným právem, nýbrž určitý druh žalob, konkrétně *actiones in personam* (osobní žaloby), které Gaius přímo spojuje s obligacemi a obsahem kontraktu:

„Osobní žaloba je ta, kterou žalujeme někoho, kdo je nám obligačně zavázán buď ze smlouvy, nebo z deliktu, (tedy žaloba,) kterou požadujeme, aby (někdo) byl nucen dát, vykonat nebo odpovídat.“

In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto

26 Paul. D. 44, 7, 3 pr.

27 Inst. Gai. 4, 2; Inst. Iust. 4, 6, 1; Inst. Gai. 4, 47; Paul. D. 44, 7, 3 pr.

*obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.*²⁸

V čele osobních žalob stály, přinejmenším ještě v Gaiově době, *condictiones*,²⁹ osobní žaloby určené k vymáhání určitého plnění (*certum*), které se postupem času staly do určité míry synonymem pro osobní žaloby.³⁰ Ty byly postupem vývoje doplněny žalobami, které umožňovaly žalovat také na *incertum*,³¹ které dávaly soudci prostor pro uvážení a odsoudit žalovaného buďto na tolik, kolik se zavázal plnit, anebo kolik dlužil žalobci na základě dobré víry (*oportere ex fide bona*).

Pojmovým znakem osobních žalob bylo uvedení jména žalovaného v žalobní formulaci, čímž jej žalobce zavázal k povinnosti dostavit se k soudu a obhajovat se. Tím se tyto žaloby lišily od věcných žalob (*actiones in rem*), které jméno žalovaného obsahovat nemusely, jelikož nárok žalobce směřoval k věci samotné, čímž působily *erga omnes*, proti všem.³²

Římské právo tedy z hlediska klasifikace nerozlišovalo věcná práva a obligace, nýbrž pouze *actiones in rem* (v pramenech označované též pod souhrnným názvem *vindicatio*) a *actiones in personam* (též souhrnně označované jako *condictiones*).³³ Jakkoli moderní právní teorie na pramenech římského práva postavila bipartici absolutních věcných práv a relativních závazkových práv, ve skutečnosti římské klasické majetkové právo (*ius quod ad res pertinet*),³⁴ alespoň tak jak jej známe v podání Gaia či justiniánských Institucí, tímto způsobem nerozlišovalo. Zcela nepochybně znalo pojem obligace (*obligatio*), avšak neznalo pojem věcných práv, která byla právně formulována teprve od středověku na základě věcných žalob a institutů zachycených v práv-

28 Inst. Gai. 4, 2.

29 Blíže k tomu viz např. DOSTALÍK, P. *Condictiones*. Ke kořenům bezdůvodného obohacení. Praha 2018.

30 Viz Inst. Iust. 4, 6, 15.

31 FIORI, *Contracts, Commerce and Roman society*, str. 585.

32 Viz Inst. Gai. 4, 3.

33 Ulp. D. 44, 7, 25 pr.; Inst. Iust. 4, 6, 1.

34 Inst. Gai. 1, 8.

ních pramenech. Gaius tak ve svém výkladu dělá jasný tematický předěl po výkladu o dědickém právu, když uvádí „nyní přejdeme k obligacím“,³⁵ zatímco pokud jde o vlastnictví a další věcná práva, pohlíží na ně pouze z hlediska věci (*videamus de rebus*),³⁶ tzn. klasifikuje je, a dále pak už pojednává jen o jednotlivých způsobech nabývání věcí (*quemadmodum singulae res nobis adquirantur*),³⁷ přičemž tento přístup vidíme ještě v justiniánských Institucích. Gaius tedy již právní oblast věnovanou závazkům odlišuje i pojmenovává, avšak z dalšího pojednání vyplývá, že výklad o obligacích je *de facto* výkladem o osobních žalobách.

Nelze si rovněž nepovšimnout, že Gaius ve své učebnici (a po jeho vzoru také justiniánské Instituce) věnuje obligacím poměrně málo prostoru, zejména pokud to srovnáme s výkladem o dědickém právu, či o právu osob. Jakkoli můžeme o důvodu toho polemizovat, lze se domnívat, že obligace, zejména pak kontrakty, se v praxi řídily především obyčejovým právem (resp. smluvní strany se jím řídily) a tudíž potřeba jejich podrobné úpravy nebyla tak velká, jako např. v právu dědickém.

K definitivnímu pojmovému ustálení systematiky majetkových práv na bázi římského práva dochází z historické perspektivy teprve v moderní době. Ještě v ABGB se můžeme setkat se specifickou pandektní systematikou, která člení majetková práva, jež nazývá „práva k věcem“ (viz nadpis 1. oddílu), na „věcná práva k věcem“ či „zvěcnělá“ věcná práva (*dingliche Sachenrechte*, čemuž odpovídá tehdy ustálený termín *ius in re* či *ius ad rem*, vycházející z komentářské školy) a „osobní práva k věcem“ (*personliche Sachenrechte*).³⁸ Toto pojetí systematiky se projevilo i v české verzi, tedy v podobě Všeobecného občanského zákoníku, jenž pro *dingliche Sachenrechte* používá v § 308 obrat „věcná práva k věci“, zatímco v nadpise prvního oddílu už jen „věcná práva“.³⁹

35 Inst. Gai. 3, 88: *Nunc transaemus ad obligationes*. Po jeho vzoru také Inst. Iust 3, 13 pr.

36 Inst. Gai. 2, 1.

37 Inst. Gai. 2, 97.

38 Viz § 14, 307, 308 ABGB

39 ELIÁŠ, K. Systematika občanských zákoníků. In Dvořák, J. / Malý, K.

Na uvedenou systematiku navázala i dobová právní romanistika, jako například v učebnici římského práva od Johanna Kaufmanna z roku 1814.⁴⁰ I z toho je patrné, že pojem obligačních či závazkových práv a jejich místo v systematice majetkových práv, se tak definitivně ustaluje teprve v průběhu 19. století.⁴¹ Nakonec ještě Miroslav Boháček ve své učebnici římského práva z roku 1946 píše o obligacích: „Starší systematika (obecnoprávní) nazývala je proto (nevhodně) ‚právy osobními k věci‘ (*iura personalia ad rem*), novější nauka užívá tu názvu práva obligačního.“⁴²

Obdobně také francouzský Code civil nemá ve struktuře majetkových práv zřetelně ohraničené obligační právo ve smyslu Gaiovy systematiky, když obligace upravuje v rámci širší části věnované nabývání majetku *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, kam spadá například také manželská smlouva (*contrat de mariage*).

Prameny obligačního práva

Římské právo, a odtud také jeho obligační právo, bylo především právem procesním. To znamená, že všechny instituty římského práva sice vznikly z určité praktické, hmotně motivované potřeby, avšak právně byla jejich existence založena výlučně na žalobách, případně na jiných procesních, ev. magistrátských prostředcích (např. interdikty, *missio in possessionem* apod.). Pramenem žalob a dalších procesních prostředků byly za republiky zpočátku převážně jen právní obyčeje a legislativa (včetně Zákona dvanácti desek), později pak především přetorský edikt, jenž se stal základem nové dynamiky vývoje římského

a kol. 200 let Všeobecného občanského zákoníku, Praha 2011, str. 59.

40 KAUFMANN J. Anfangsgründe des Römischen Privat-Rechts, Wien 1814. Viz Urfus V. Právní dějiny na pražské právnické fakultě. In Memorabilia iuridica sv. 3, Právnická fakulta: Praha 2000.

41 Viz např. SAVIGNY, F. C. Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts. Berlin 1853; ARNDTS, L. Učební kniha Pandekt, kniha 3. O závazcích. Praha 1886.

42 BOHÁČEK, M. Nástin přednášek o soukromém právu římském, díl II. Praha 1946, str 4.

práva, která podnítila také činnost klasické jurisprudence. Hovoříme-li tedy v dalším výkladu o smlouvách, či dalších institutech římského práva obligačního, máme tím ve skutečnosti na mysli soubor typizovaných žalob a dalších procesních prostředků, které se postupně etablovaly tradicí či legislativou, nebo se staly součástí římského práva skrze prétorský edikt či edikt kurulského edila.

S nástupem císařství a legislativní činnosti císaře v podobě císařských konstitucí, která se za dominátu stala již výlučným pramenem práva, se rozšiřuje také četnost petitorních nároků opřených o legislativu, resp. o konstitucionální legislativu. Právnick Modestinus proto kolem poloviny 2. století shrnuje způsoby vzniku závazků:

„Zavazujeme se buďto předáním věci, slovy, oběma současně, pouhým souhlasem, ze zákona, z práva honorárního, z nutnosti nebo ze škody.“

*Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato.*⁴³

V tomto fragmentu jsou uvedeny tedy nejen různé způsoby vzniku obligace z kontraktu a z deliktu, ale také náznak kvazikontraktu (*necessitate*).⁴⁴ Jde o poněkud nesourodý výčet, jelikož mezi způsoby vzniku obligací Modestinus zmiňuje také prameny v podobě *ius honorarium* a *ius civile (lege)*. S přihlédnutím k době je třeba pod pojmem *lex* chápat nejen komiciální, ale také konstitucionální císařskou legislativu, která se nám dochovala především prostřednictvím kodexů císařů Justiniana a Theodosia II. Pouze v císařské době můžeme hovořit o obligačním a smluvním právu na úrovni hmotného práva, které vycházelo z císařských konstitucí (zachycených mj. v justiniánském Kodexu). Ty však představují v celém souboru právní materie související s kontrakty spíše marginální pramen.

Hovoříme-li o pramenech obligačního práva, nelze ne-

zmínit stanoviska klasické jurisprudence, která se obligační a smluvní kazuistikou detailně zabývala. V tomto směru je ovšem nutné upozornit na skutečnost, že *responsa* klasické jurisprudence, která jsou hlavním zdrojem našeho poznání římského obligačního práva, neměla v klasické době (tj. přibližně do poloviny 3. století) normativní povahu (viz kap. Role jurisprudence a doktrinální spory). Tu získala částečně v důsledku tzv. citačních zákonů, které za určitých okolností zavazovaly soudce k rozhodnutí v meritu věci podle doktrinálního stanoviska. Definitivně získala stanoviska jurisprudence normativní povahu v justiniánské kodifikaci v 6. století tím, že byla inkorporována do zákoníku, jehož právní závaznost se opírala o císařské konstituce. Stanoviska klasické právní vědy tedy nebyla nic jiného než publikovaným literárním zachycením právnícké činnosti renomovaných znalců práva, v nichž lze nicméně pozorovat určité vzorce myšlení a hodnot, podle kterých právníci řešili konkrétní kauzy. Tyto vzorce, nepochybně ovlivněné širší erudicí právníků, zejména pak též ve filozofii a rétorice, byly produktem odborného diskurzu probíhajícího jak na osobní, tak na literární úrovni. Metodika vedení tohoto diskurzu navazovala na tradiční antickou dialektiku zejména v oblasti filosofie, která spočívaly na přísně racionálních argumentech a pravidlech logiky.

Kontrakty v kontextu žalob

S rozvojem římské společnosti, ekonomiky a zejména pak obchodu, začínají vznikat nové typy obchodních a společenských vztahů. Nejprve v praxi, nezávisle na platném, resp. civilním právu. Šlo o smlouvy zakládající prostým vzájemným souhlasem, tedy bez ohledu na formu, přítomnost svědků nebo jiné tradiční náležitosti, na nichž po staletí lpělo civilní právo. Gaius s odstupem času hovoří o tom, že existují kontrakty, které jsou vymahatelné na základě pouhého konsenzu a nevyžadují tedy ani verbál-

⁴³ Modest. D. 44, 7, 52 pr.

⁴⁴ Tato kategorie obligací však získala své pojmenování až mnohem později.

ní, ani písemnou formu.⁴⁵ Není jisté, kdy přesně tyto konsenzuální kontrakty vznikly, ale klíčovým faktorem bylo zavedení formulového procesu zákonem Aebutiovým (*lex Aebutia*, někdy v polovině 2. století pnl.),⁴⁶ který postupně vytlačil dosud výlučné, formalistické a zastaralé legisakce (*legis actiones*), čímž se otevřely dveře pro vznik nového typu žalob označovaných jako *actiones*, nebo také *formulae*. Na tomto procesním základě později vznikla *actio empti*, *actio locati*, *actio depositi* a další podobné žaloby, které refletovaly na aktuální společenský vývoj, a z nichž byly následně odvozeny také hmotněprávní instituty a nové typy kontraktů. Tím, že se tyto žaloby opíraly o *lex Aebutia*, staly se postupně také součástí *ius civile*, což je patrné i na Gaiově systematice.

Z hlediska vývoje římského práva představovalo uznání neformálních kontraktů zásadní průlom. Neformální kontrakty nejenže urychlovaly právní jednání, ale umožňovaly například zakládat smlouvy na dálku, případně v zastoupení, což u formálních (verbálních) kontraktů bylo nepřipustné.⁴⁷ *De iure* však průlom v přístupu ke kontraktům nenastává na poli hmotného, nýbrž procesního práva. Již za republiky začal prétor v rámci své jurisdikce poskytovat tzv. faktické žaloby (*actiones in factum conceptae*), které sice neměly oporu v tradičním a statickém *ius civile*, ale vycházely ze společensko-hospodářské reality, tedy ze skutečnosti, z praxe. Zejména pak začal svými žalobami chránit ty vztahy, které se opíraly o vzájemnou důvěru

(*fides*) a poctivost smluvních stran,⁴⁸ tedy o přesvědčení, že protistrana dostojí svému závazku a že nemá v úmyslu druhého poškodit. Z historického hlediska byl tento krok zásadní zejména tím, že byl první vlaštvkou v trendu akcentujícího materiální spravedlnost (*aequitas*), a to na úkor dosavadního právního formalismu, na němž bylo vybudováno archaické *ius civile*.

Prétor, jenž byl klíčovou postavou civilního procesu, když rozhodoval o tom, zda udělí žalobu, anebo nárok odmítne (*denegat*), začal svými žalobami chránit ty vztahy, které se opíraly o přesvědčení, že protistrana dostojí svému závazku a že nemá v úmyslu druhého poškodit. Významným zdrojem pro konkrétní smluvní typy bylo přitom *ius gentium*,⁴⁹ tedy obyčeje a zvyklosti cizinců působících v Římě, které ovlivnily obecnou praxi, na níž se podíleli i Římané. Skrze obchod se zahraničím a velkým množstvím cizinců usazených v Římě (zejména Řeky) začaly být v praxi zaváděny nové modely obchodních a společenských vztahů, což byl proces, jenž se dříve nebo později musel odrazit v agendě prétora. Jak víme od Gaia, vznikly žaloby, které v sobě obsahovaly formulku *quod ex fide bona oportet*, „jak je povinen podle zásady dobré víry“, jejichž prostřednictvím byla prétorským právem (později přímo také civilním právem) uznána vymahatelnost kontraktů, které smluvní strany nezakládaly tradiční obřadní formou, obvykle z praktických důvodů, ale zcela neformálně, pouze na základě vzájemného souhlasu, jímž vyjadřovali vzájemnou vůli a důvěru. Tyto žaloby se začaly označovat jako tzv. *actiones bonae fidei*, žaloby z dobré víry, které poskytovaly soudci podstatně volnější prostor pro projednání žalobního nároku u soudu než u jiných právních jednání, a žalovanému slibovaly spravedlivější proces. Dovolovaly totiž, aby se soudce nemusel omezovat pouze na dokazování platnosti pouze samotného právního titulu,

45 Inst. Gai. 3, 136: *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse.* „Že obligace se v těchto případech kontrahují (pouhým) souhlasem, říkáme proto, že se nevyžaduje žádná další náležitost, ani slovní, ani písemná, ale postačí, když se dohodli ti, kdo právní jednání vedou.“ (překl. KINCL, J. Gaius. Učebnice práva ve čtyřech knihách. Plzeň 2007 [dále jen KINCL, Gaius], str. 215.) Obdobně ohledně závaznosti neformálních kontraktů viz Pomp. D. 46, 3, 80 (ad. Q. Mucium).

46 K tomuto milníku ve vývoji římského práva nalézáme zmínku zejm. u Aula Gellia, *Noctes Atticae* 16, 10.

47 Inst. Gai. 3, 136; Paul. D. 18, 1, 1, 2.

48 Ulp. D. 13, 5, 1 pr.: *Hoc edicto praetor favet naturali aequitati: qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere.*

49 Ulp. D. 2, 14, 7 pr.-1. Rovněž Gaius konstatuje, že kromě stipulace všechny ostatní obligace pochází z práva národů (*ceterae vero iuris gentium sunt*), Inst. Gai. 3, 93.

o něž žalobce opírá svůj nárok, ale s ohledem na požadavek poctivého jednání (*ex fide bona*), aby zohlednil i další relevantní okolnosti, které žalobcův nárok snižovaly, anebo paralyzovaly.

Proto také se na soudce kladly u těchto žalob mimořádné nároky, které souvisely se schopností posoudit všechny skutkově a právně relevantní nároky. Cicero proto píše, že v těchto případech je třeba „znamenitého soudce“, jenž musí být natolik prozíravý, aby uměl volit mezi dobrem a zlem, jelikož se na něj kladou požadavky z obou stran.⁵⁰

Mezi tento typ žalob proto počítáme zejména žaloby z nejfrekventovanějších typů neformálních kontraktů, tj. *actio empti* a *actio venditi*, z nichž se vyvinula neformální kupní smlouva (*emptio venditio*), *actio locati* a *actio conducti*, jež se staly základem pro *locatio conductio* (nájem), rovněž tak *actio depositi directa* a *actio depositi contraria*, jakožto žaloby z úschovy a další žaloby, na jejichž základě vznikly neformální kontrakty.⁵¹ Tyto žaloby byly postupem času, avšak ještě za republiky, inkorporovány do *ius civile* a v přetorském ediktu byly uvedeny v kapitole *De bonae fidei iudiciis*. Gaius nám uvádí příklad formule (žaloby) koncipované na základě dobré víry:

IVDEX ESTO. QVOD AVLVS AGERIVS APVD NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEM DEPOSVIT, QVA DE RE AGITVR, QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIVS, IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO.⁵²

„Budiž soudcem. Protože Aulus Agerius dal Numeriovi Negidiovi do úschovy směnářenský stolec, odsud' soudce Numeria Negidia, aby v případě, že nevrátí tu věc, o kterou se jedná, nahradil Aulovi Ageriovi všechno to, co podle zásady dobré víry má

50 Cicero, *De officiis* 3, 17.

51 Viz LENEL, O. *Edictum perpetuum*, Leipzig 1927, str. 231–301.

52 Gai. *Inst.* 4, 47.

kvůli té věci Numerius Negidius povinnost Aulovi Ageriovi dát (či) vykonat. Nevyjde-li (to) najevo, osvobod' (žalovaného).“⁵³

Uvedená formulace žaloby z úschovy (*actio depositi*) ilustruje procesní funkci dobré víry, tedy začlenění klauzule *quidquid ex fide bona oportet*, „cokoli je povinen na základě dobré víry“ (hovoříme o ní zkráceně jako o klauzuli *ex fide bona*) do znění žalobní formule. Ta umožňovala soudci odmítnout nárok, který by se přičil dobré víře. Z tohoto důvodu např. bylo možné, aby u kupní smlouvy (*emptio venditio*), jejíž žaloby obsahovaly doložku *ex fide bona*, se kupující bránil proti podvodu prodávajícího, jenž mu slíbil, že věc má určité vlastnosti, které ve skutečnosti neměla. Tuto obranu však neměl, pakliže kupující koupil věc na základě formální stipulace, jejíž žaloba byla koncipována striktně podle formálního práva (*stricti iuris*). Pro takové případy byla procesní obrana zavedena až v polovině 1. století p.n.l., a to zvláštní námitkou proti podvodu (*exceptio doli*).

Podle Gaia patřila mezi *bonae fidei iudicia*: koupě (*emptio venditio*) a nájem (*locatio conductio*), nepřikázané jednatelství (*negotiorum gestio*), příkaz (*mandatum*), úschova (*depositum*), *fiducia*, společenská smlouva (*societas*), poručnictví (*tutela*), z věna (*actio rei uxoriae*), výpůjčka (*commodatum*), ruční zástava (*pignus*) a dvě žaloby na rozdělení spoluvlastnictví, *actio familiae erciscundae* (z dědického titulu) a *actio communi dividundo* (*inter vivos*).⁵⁴

Není ovšem bez zajímavosti, že podle Cicerona patřily mezi *bonae fidei iudicia* některé z těchto žalob již za působení právníka a pontifika Quinta Mucia Scaevoly (140–88 p.n.l.), konkrétně žaloba z poručnictví, společenské smlouvy, úschovy, příkazu, koupě a nájmu, tedy ze vztahů, jak uvádí Cicero „na nichž spočívá společenský život“.⁵⁵ Tento

53 Jméno Aulus Agerius se v žalobních formulích používalo jako fiktivní, modelové jméno pro jakéhokoli žalobce. Numerius Negidius bylo modelové jméno žalovaného.

54 *Inst. Gai.* 4, 62.

55 Cicero, *De officiis* 3, 17.

procesní status uvedených žalob potvrdily nakonec i justiniánské Instituce.⁵⁶

Symetrie a reciprocita kontraktů

Klíčovým aspektem pro zkoumání římských kontraktů je jejich obsah, tedy souhrn povinností, jejichž vymáhání zajišťují typizované žaloby civilního práva. Již výše bylo uvedeno, že klasická jurisprudence zredukovala obsah obligací do známé tripartice *dare facere praestare*,⁵⁷ z níž vyšla také justiniánská kodifikace. Ve skutečnosti tato redukce neměla žádný normativní význam a ani její interpretace není zcela jednoznačná (např. význam *praestare*).

Rozsah a určení povinností u jednotlivých typů kontraktů však nebylo vždy rozloženo rovnoměrně mezi obě smluvní strany, právě naopak. Většinu kontraktů římského práva řadí právní romanistika mezi tzv. jednostranné kontrakty, kdy je obligačně zavázána výlučně jedna smluvní strana, anebo mezi tzv. dvoustranné nerovné kontrakty, kdy je zavázána obligační povinností primárně pouze jedna smluvní strana (obvykle vydat věc) a protistraně může vzniknout obligační povinnost pouze sekundárně, resp. eventuálně. To lze dobře ilustrovat na úschově (*depositum*), při níž deponitář byl standardně pouze povinen vrátit uschovanou věc. Pakliže mu ovšem deponovaná věc způsobila škodu, vznikl mu také žalobní nárok.

Pro srovnání, při zápůjčce (*mutuum*), která je jednostranným kontraktem, má *creditor* proti dlužníkovi žalobu, samotnému mu ale z tohoto kontraktu *de iure* nemůže vzniknout vůči dlužníkovi žádná povinnost. Ze samotného kontraktu věřitel není dokonce ani formálně povinen poskytnout dlužníkovi součinnost při vrácení věci, tj. převzít od něj předmět obligačního plnění. Pakliže odmítl od dlužníka převzít zpátky půjčenou věc, nemohl jej dlužník donutit. Věřitel se nanejvýše dostal do prodlení (*mora credi-*

toris), což pro dlužníka znamenalo především okolnost vylučující jeho vlastní prodlení. *Mutuum* představuje jediný neformální jednostranný kontrakt.

Podobné je tomu u ostatních reálných kontraktů, tedy u výpůjčky (*commodatum*), úschovy (*depositum*) a ruční zástavy (*pignus*), a dále u konsenzuální příkazní smlouvy (*mandatum*), které jsou dvoustranné nerovné. Tam primárně rovněž vzniká povinnost pouze jedné straně, a to té, která převzala cizí věc. Věřitel zde měl nárok nejen na vrácení samotné věci, ale žalovat mohl například také na vymáhání škody. Oproti zápůjčce šlo však o dvoustranný kontrakt, protože *ex occasione* mohl dlužníkovi přeci jen vzniknout nárok také proti věřiteli (*actio contraria*), například pokud mu věc (vypůjčená, uschovaná, zastavená) způsobila škodu, nebo pakliže musel vynaložit jiné než nutné náklady. Vznik tohoto nároku byl však *de iure* závislý na právní skutečnosti, tzn. vznikl pouze pokud došlo k reálné škodě, nebo byl vynaloženy náklady.

Asymetrie kontraktů s žalobou (*actio directa*) a protižalobou (*actio contraria*) spočívala v tom, že ačkoli obě smluvní strany měly proti sobě žaloby, nešlo o vzájemné nároky jako u synalagmat, kde plnění obou stran byla vzájemně hospodářsky i právně provázána (nikoli však podmíněna).

K jednostranným kontraktům patřily zejména historicky nejstarší, formální kontrakty, zejména stipulace, kde se dlužník slavnostním slibem jednostranně zavazoval věřiteli.

Přesto se v pramenech setkáváme s obecnou definicí kontraktu, podle níž:

Contractus est ultro citroque obligatio,

„Smlouva je závazek z té i oné strany.“⁵⁸

Tuto Labeonovu definici (zprostředkovanou Ulpianem) však nelze chápat jako obecnou definici všech kontraktů, nýbrž, jak je dále zdůrazněno, pouze určitého typu kontraktů, jenž byl vymodelován podle řeckého vzo-

⁵⁶ Inst. Iust. 4, 6, 28.

⁵⁷ Inst. Gai. 4, 2; Inst. Iust. 4, 6, 1; Inst. Gai. 4, 47; Paul. D. 44, 7, 3 pr.

⁵⁸ Ulp./Lab. D. 50, 16, 19.

ru kontraktu. Řekové chápali kontrakt, řecky *synallagma* (συνάλλαγμα), jako dohodu o vzájemném plnění. Reciprocita a symetrické rozložení obligačních povinností, byla typickým atributem řeckého pojetí kontraktu. Římské právo převzalo skrze *ius gentium* tento model smlouvy, nepochybně pod vlivem frekventovaných obchodních kontaktů s Řeky, pro tři typy neformálních kontraktů: kupní smlouvu (*emptio venditio*), nájemní smlouvu (*locatio conductio*) a společenskou smlouvu (*societas*).⁵⁹ To se projevilo mimo jiné také v Gaiově Učebnici, jenž výslovně uvádí, že u konsenzuálních kontraktů se jeden zavazuje druhému (*in his contractibus alter alteri obligatur*).⁶⁰ Pojem *synallagma* tedy římské právo recipovalo ve smyslu dvoustranného rovného kontraktu.

Srovnáme-li dvoustranné rovné a nerovné kontrakty, pak určujícím znakem je symetrie synalagmat a asymetrie nerovných kontraktů. Rozdíl mezi nimi přitom nespočívá pouze v tom, že u nerovných kontraktů vznikne dlužníkoví nárok pouze *ex occasione*, ale především v tom, že u synalagmat obě strany plní ze stejné kauzy (úplatné odevzdání věci), zatímco u nerovných kontraktů jde o kauzy rozličné.

Zatímco reálné kontrakty tedy římské právo pojímá jako nerovné kontrakty (s výjimkou zápůjčky), většina konsenzuálních kontraktů (s výjimkou příkazu) má povahu synalagmat, tedy kontraktů rovných. To je zajímavé především u kupní smlouvy, která historicky měla v římském právu povahu jednostranného reálného kontraktu, jakkoli šlo v archaické době o formální kontrakt – *mancipatio*. Praxe si však vynutila, jistě pod vlivem narůstající frekvence obchodování, aby koupě byla nejen neformálním, ale také symetrickým recipročním kontraktem, tedy synalagmatem.

Mezi hlavní atributy synalagmatických kontraktů tedy v římském právu patřilo: (a) reciprocita plnění, (b) symetrie obsahu kontraktu, tedy obligačních povinností a ža-

59 Tamtéž: *quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem.*

60 Inst. Gai. 3, 137.

lob, (c) neformálnost. Symetrie a reciprocita synalagmat jsou patrné již na samotných názvech kontraktů, kdy jsou to jediné *emptio venditio* (koupě prodej) a *locatio conductio* (pronájem nájem), které v názvu vyjadřují plnění obou smluvních stran. Asynalagmatické, a tedy asymetrické, kontrakty mají vždy jednoduchý název (*mandatum, commodatum, depositum, stipulatio, nexum* apod.). Societa, která je z hlediska systematiky pramenů rovněž synalagmatem, je do značné míry specifická tím, že všichni společníci mají vzájemné žaloby na stejné plnění, což je dáno tím, že mají společný zájem. Jejich vzájemné nároky jsou tedy založeny na stejné kauze a mají stejný obsah.

Perfekcí smlouvy vznikaly smluvním stranám vzájemné povinnosti, např. prodávající byl povinen odevzdat předmět a kupující byl povinen odevzdat peníze. Obě smluvní strany měly proto vlastní žaloby pro vymáhání těchto plnění. V případě kupní smlouvy to bylo *actio empti* a *actio venditi*, žaloba kupujícího a žaloba prodávajícího.

Specifikum synalagmat je patrná i v kontextu výše uvedené Labenovy definice recipročního kontraktu. Labeo zdůrazňuje, že širší a obecnější pojem *actum* (jednání)⁶¹ se používá pro jednostranné kontrakty (konkrétně stipulaci a zápůjčku peněz), případně pro reálné kontrakty, zatímco pojem *contractus* se vztahuje na konsenzuální neformální kontrakty se vzájemným plněním, tedy synalagma podle řeckého vzoru.⁶²

Reciproční povaha synalagmatických kontraktů, jakými byly zejména smlouva kupní a nájemní, se tedy projevovala zejména vzájemnou provázaností obligačních plnění smluvních stran. Proto vznikla otázka, zda je možné, aby jedna smluvní strana vymáhala plnění, pakliže sama protistraně dosud neplnila. Ulpianus i Labeo v tomto směru

61 Nejde zde tedy o právní jednání v obecném smyslu, tedy *actus legitimus*, jehož teoretický základ vychází z fragmentu Pap. D. 50, 17, 77.

62 Ulp. D. 50, 16, 19: *Labeo libro primo praetoris urbanei definit, quod quaedam „agantur“, quaedam „gerantur“, quaedam „contrahantur“: et actum quidem generale verbum esse.* „Labeo v první knize K ediktu městského praetora stanoví, že v některých záležitostech je ‚jednání‘, jindy ‚konání‘ a další jsou ‚uzavírány‘. A slovo ‚jednání‘ je obecné.“

odpovídají záporně, tedy že nemůže žalovat smluvní strana, která dosud vlastní plnění neposkytla a ilustrují to na kupní smlouvě.⁶³ Procesně měl tento přístup opodstatnění ve skutečnosti, že žaloby z kupní i nájemní smlouvy byly *actiones bonae fidei*, které umožňovaly, aby se žalovaný bránil nároku odkazem na nedostatek dobré víry. Středověké recepční školy na základě toho vytvořily zvláštní typ procesní námitky, kterou pojmenovali *exceptio non adimpleti contractus*. Tu tedy mohla vznést žalovaná smluvní strana proti žalobci, který se domáhal jejího plnění ze smlouvy, ačkoli sám před tím neplnil, ledaže byl alespoň připraven plnění poskytnout.⁶⁴ Šlo tak o námitku nesplněné smlouvy, kdy se smluvní strana, která prodlévala se svým plněním mohla dovolat skutečnosti, že ani žalující smluvní strana ještě svojí smluvní povinností dosud nesplnila. Tato obrana nepřislušela pouze v případě, že bylo výslovně nebo mlčky ujednáno, že jedna smluvní strana má plnit jako první. Již tedy v klasickém právu se vyvinulo pravidlo, že nároky z *actio empti*, *actio venditi*, *actio locati* a *actio conducti* lze uplatnit výlučně tehdy, pokud smluvní strana již sama buďto již plnila, anebo pokud je alespoň připravena plnit. Myšlenka vzájemné provázanosti nároku a plnění ze smlouvy se stala základem širší právní doktríny, podle níž smluvní strana synalagmatické smlouvy má právní nárok na protiplnění pouze pokud již sama plnění ze smlouvy poskytla.⁶⁵ Tento princip bývá označován jako princip *fidem frangenti fides frangitur*.

Starší obdobou uvedené procesní námitky byla *exceptio mercis non traditae*, námitka neodevzdaného zboží. Tu mohl uplatnit kupující v dražbě proti bankéři (*argentarius*), jenž věc v dražbě prodal a žádal na kupujícím uhrazení ceny, ačkoli věc mu dosud nevydal.⁶⁶

63 Viz zejména Ulp. D. 19, 1, 13, 8 a Lab. D. 19, 1, 50. K tomu viz ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford 1996 [dále jen ZIMMERMANN], str. 801.

64 Viz např. HEYROVSKÝ, str. 556.

65 K tomu viz např. MERZBACHER, F. *Die Regel ‚Fidem frangenti fides frangitur‘ und ihre Anwendung*, ZSS (KA) č. 99/1982, str. 339.

66 Inst. Gai. 4, 126; Iul. D. 19, 1, 25.

Obdobně toto pravidlo však platilo také u asymetrických, tedy dvoustranných nerovných kontraktů (*commodatum*, *depositum*, *mandatum*). Pokud žalobce vznesl *actio directa* (na vydání věci) aniž by splnil vlastní povinnost, pokud tato vznikla (např. při náhradě škody, nebo nákladů).⁶⁷ Detentor věci měl tedy retenční právo na zadržování věci až do uhrazení škody či nákladů. V případě asymetrických dvoustranných kontraktů však nemůžeme hovořit o reciprocitě, a to z důvodu kauzy, jelikož *actio directa* a *actio contraria* měly vlastní kauzu – jedna mířila na vrácení věci, druhá na náhradu škody. Naproti tomu u synalagmat byla kauza stejná, jak je patrné nejlépe na koupi a nájmu, kde obě smluvní strany plnily ze stejného právního důvodu, kterým byl převod peněz za odevzdání věci.

Dichotomie obligace z kontraktu a deliktu

Pojem kontraktu je velmi úzce spojen s pojmem deliktu skrze jeho obligační charakter, tedy žalovatelnost skrze žaloby *in personam*. Obligace z deliktu dokonce historicky předcházela samotným kontraktům a stala se určitým modelem pro vymahatelnost také smluvních plnění. Navzdory zřetelné pojmové dichotomii neexistuje jasná a ostrá hranice mezi kontraktem a deliktem, ostatně podobně jako ani v soudobém soukromém právu.⁶⁸

Historicky již Gaius výslovně zmiňuje pojmovou odlišnost dvou kategorií obligací – kontraktů a deliktů:

„každá obligace vzniká buďto ze smlouvy nebo z protiprávního jednání“.⁶⁹

67 Viz např. Pomp. D. 13, 7, 8 pr.-1; Paul. D. 47, 2, 15, 2.

68 Také platný český občanský zákoník z roku 2012 mimo jiné rozlišuje mezi smluvní a mimosmluvní odpovědností za škodu, a tedy také mezi odpovědností založenou na právním jednání (z kontraktu) a odpovědností založenou na samotném protiprávním jednání (z deliktu). Jako příklad lze uvést také institut *culpa in contrahendo*, kdy některé soudy při aplikaci práva oscilují při kvalifikaci tohoto specifického druhu odpovědnosti mezi smluvní a deliktní odpovědností. Viz ZIMMERMANN, str. 11–12.

69 Inst. Gai. 3, 88.

omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto,

Tím máme jednoznačně potvrzené, že přinejmenším v polovině 2. století n.l. byly kontrakty (a) pojmenovaným speciálním typem právního jednání, (b) smlouvy byly pojmově i obsahově již jasně odlišené od deliktů, (c) z hlediska systematiky byly chápány jako instituty něčeho, co Gaius označuje za obligace, které sice blíže nespecifikuje, ale je jisté, že je vnímá jako specifickou kategorii majetkového práva, když výklad obligací zahajuje slovy *nunc transeamus ad obligationes*, „nyní přejdeme k obligacím“.⁷⁰

Je všeobecně známé, že Gaius zmiňuje také další, jakousi zbytkovou kategorii obligací, kam mají spadat typy nezařaditelné do základních dvou skupin obligací, a kterou nazývá *obligationes ex variis causarum figuris*, tedy obligace vznikající z jiných rozličných důvodů.

„Obligace pocházejí z kontraktu, deliktu nebo z jiného důvodu uznaného právem.“

*Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*⁷¹

Tato třetí, vlastně nepojmenovaná (protože jde spíše než o popis stavu, než název) kategorie obligací, je zmíněna v jiném Gaiově díle *Res cottidianae* též zvaném *Aurea*, jejíž fragmenty dnes známe jen z Digest. Mezi romanisty nepanuje shoda na tom, proč Gaius tuto třetí kategorii nezmiňuje ve své proslulé Učebnici (*Institutiones*), ale převládá názor, že *Res cottidianae* nejsou jeho autentickým dílem, že jde ve skutečnosti o postklasický text, inspirovaný Institucemi, pouze vydaný pod Gaiovým jménem, přičemž neznámý autor tohoto spisu původní text doplnil podle aktuálního stavu právní vědy.⁷²

70 Tamtéž.

71 Gai. D. 44, 7, 1 pr. V této verzi Gaius namísto pojmu *delictum* používá slovo *maleficium*.

72 Spor o autenticitu kategorie obligací *ex variis causarum figuris* dobře shrnuje J. Kincl v předmluvě svého překladu Gaiovy Učebnice. Viz KINCL, J. Gaius. Učebnice práva ve čtyřech knihách, Brno 1989, str.

V literatuře se setkáme s poměrně častým názorem, že bipartice kontraktů a deliktů byla ovlivněna filozofickým učením, zejména pak dílem Aristotelovým, jenž pojmově od sebe odlišuje jednání učiněná dobrovolně a nedobrovolně.⁷³ To nelze vyloučit, avšak stejně tak nelze nezhlednit skutečnost, že Gaius byl také učitelem práva a jeho *Institutiones* byly učebnicí pro studenty práv. Jím zmíněná klasifikace musela mít, když nic jiného, přinejmenším propedeutický význam usilující srozumitelně utřídit právní materii, spíše než vytvořit ideový koncept, od něhož by se měla odvíjet argumentace o spravedlnosti. Již nejstarší republiková právní věda byla pěstována ruku v ruce s výukou práva a usilovala tudíž o přehledné utřídění právní materie.⁷⁴

Nelze každopádně pochybovat o tom, že bipartice kontraktů a deliktů se stala nejpozději v klasické době axiomem, který byl všeobecně doktrinálně akceptován. Je také pravděpodobné, že Gaiova kategorie obligací *ex variis causarum figuris* se stala, bez ohledu na autenticitu pramenů, inspirací pro známou pozdější kvadripartici obligací, která se objevuje v *Corpus iuris civilis*.⁷⁵

Zůstaňme však u dichotomie kontraktů a deliktů. Ještě justiniánské Instituce uvádějí:

„Velice mnoho totiž záleží na tom, zda je někdo dlužníkem z protiprávního činu, anebo ze smlouvy.“⁷⁶

24. Dále viz také zejména WOŁODKIEWICZ, W. Le fonti delle obbligazioni nelle istituzioni di Gaio e nelle res cottidianae, Rivista italiana per le scienze giuridiche, č. 24/1970, str. 138 a násl.

73 Např. ZIMMERMANN, str. 10; Podrobně k tomu viz např. ERRERA, A. The Role of Logic in the Legal Science of the Glossators and Commentators. In Padovani, A/Stein, P. (eds.) The Jurist's Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century, Heidelberg 2007, str. 79 a násl.

74 Pomp. D. 1, 2, 2, 38 a dále.

75 Inst. Iust. 3, 13, 2: *Sequens divisio in quattuor species deducitur*. Není bez zajímavosti, že pokud jde o delikty, drží se justiniánský text Gaiovy předlohy a používá název *maleficium*, zatímco úvodní kapitola 4, 1 deliktů se již nazývá *De obligationibus quae ex delicto nascuntur*.

76 Inst. Iust. 4, 16, 2: *Plurimum enim interest utrum ex delicto aliquis an ex contractus debitor sit*.

Toto zřetelné pojmové odlišení navozuje dojem, že římské právo vedlo jasnou hranici mezi oběma druhy obligací, avšak opak je pravdou. Na jednu stranu klasická jurisprudence zřetelně rozděluje odpovědnost smluvní a mimosmluvní, avšak na druhou stranu lze nalézt množství fragmentů a kauz, které ukazují, že delikty měly nezřídka přesah do kontraktů. Ukázkou za všechny může být porušení smluvní povinnosti při nedovoleném užití cizí věci v rámci úschovy či výpůjčky, které prameny kvalifikují jako *furtum usus* (kvalifikovaný typ krádeže), tedy delikt. Na druhou stranu svévolné odnětí vlastní věci deponentem, nebo pronajímatelem, vyvolává pouze odpovědnost smluvní, tedy opřenou o žalobu z kontaktu. Avšak v případě ruční zástavy (*pignus*) bylo svévolné odnětí vlastní zastavené věci zástavci zástavním věřitelem kvalifikováno jako *furtum possessionis*, tedy opět jako delikt.

Fides: věrnost jako povinnost

Klíčovým faktorem pro fungování jakéhokoli mezilidského vztahu je vzájemná důvěra. To platí nejen v rovině společenské, rodinné, či obchodní, ale také právní, zejména pak u kontraktů. Zatímco právní normy dávají smlouvám právní rámec, reálná funkčnost těchto vztahů v praxi je založena na faktickém trvání vzájemné důvěry, která je rozhodující jak pro vznik smlouvy, tak pro její průběh a naplnění, stejně jako pro případně ukončení smluvního vztahu. Důvěra je na jedné straně subjektivním faktorem vycházejícím z osobních etických principů a hodnot, z intuice, emocí a zkušenosti, na jejichž základě se smluvní strana spoléhá na poctivost protistrany a její vůli dostát svému závazku. Současně je však tento subjektivní prvek u každého jednotlivce výrazně ovlivněn objektivními faktory, sociálním prostředím, životními podmínkami, vzděláním apod. Obě tyto stránky důvěry, jakožto integračního společenského faktoru, se sekundárně promítají do legislativy a obsahu dalších právních norem, které důvěru zohledňují, nebo přímo na ní staví. V důsledku toho ve společnosti,

kde klesá vzájemná důvěra, resp. tato důvěra je nízká, jí právo nahrazuje právní regulací.

Dodnes je slovo „důvěra“ součástí terminologie závazkového práva, když oprávněný k určitému plnění z obligace je označován jako „věřitel“ (tedy ten, kdo věří, že dlužník splní a „důvěřuje“ mu), od latinského *creditor*, což je odvozeno od slovesa *credo/credere*, (věřit, důvěřovat), které má etymologicky velmi blízko ke slovu *fides*.⁷⁷ Ještě Hugo Grotius ve svém díle zřetelně hovoří o *fides* (důvěře, poctivosti)⁷⁸ jakožto o hlavním stavebním článku práva obecně.

Také v antické společnosti hrála vzájemná důvěra – *fides* – mimořádně důležitou roli,⁷⁹ a to přesto, že svými základy šlo o společnost organizovanou na autoritativním a mocenském principu (uvnitř rodiny *patria potestas* a *manus*, ve veřejném životě pak osobní *potestas* a *imperium* magistrátů) a silně hierarchicky uspořádanou. Na druhou stranu, anebo snad právě z důvodu vysoké úrovně autonomie u osob *sui iuris*, zde existovaly společenské vztahy založené prakticky výlučně na důvěře, jako byla *clientela* nebo patronátní vztah mezi propuštěným otrokem a jeho bývalým pánem. *Fides* byla chápána v úzké spojitosti s nejvyššími hodnotami ve společnosti, jako byla zejména *amicitia* (přátelství) či *pietas* (ústa, oddanost), a byla také předobrazem pro ideál řádného člověka a občana (*bonus vir*).⁸⁰ Z hlediska obsahu, jenž se dynamicky měnil s antickou společností, měla *fides*

77 MEILLET, A. Latin credo et fides. In Mémoires de la Société Linguistique, roč. XXII, 1920, str. 215 a násl.; DOJA, A. Honneur, Foi et Croyance: approche linguistique anthropologique des valeurs morales et religieuses. Anthropos: International Review of Anthropology and Linguistics, č. 106 (1)/2011, str. 161-172; DUMÉZIL, G. Credo e fides. In Idee romane. Genova 1987, str. 47 a násl. K etymologii viz zejm.

78 Grotius, De jure belli ac pacis 2, 9, 1.

79 Cicero, In Verrem 2, 3, 3: *Fidem sanctissimam in vita (...)* „Věrnost, nejposvátnější věc v životě (...).“

80 V právních pramenech se často objevuje jako požadavek na soudce, viz např. Pomp. D. 17, 2, 6; Ulp. D. 18, 1, 7. K tomuto tématu viz též můj příspěvek in BĚLOVSKÝ, P. Fides, bona fides a fiducia: Důvěra a dobrá víra jako základ soukromého práva. In: Horák, Z. – Skřejpková, P. (eds.) Pacta Jirímu Rajmundu Treterovi. Praha: Leges, 2020, str. 41-48.

řadu sémantických odstínů, z nichž byly nevýznamnější tři: lojalita, slib a ochrana.⁸¹ Význam slova *fides* v římské společnosti podtrhuje mimo jiné skutečnost, že byla personifikována jako bohyně, která dohlížela nad dodržováním slibů a přísah. Bohyně *Fides* měla chrám na samotném Kapitolu nazývaný *Fides Publica*, kde se občas konala i jednání senátu.⁸² Cicero tak varuje: „Kdo poruší přísahu, ten urazí bohyni Věrnosti, která sídlí z vůle našich předků na Capitolinu, kde je, jak praví Cato v jedné své řeči ‚sousedkou Jova nejlepšího a Největšího‘“.⁸³

Ve své původní podobě měla *fides* zřetelnou náboženskou konotaci opírající se o právo odvozené od náboženských norem (*fas*), která však v právním kontextu postupem vývoje římského práva ustupovala do pozadí.⁸⁴ Následně byly standardy *fides* odvozovány z morálky (*mores*), přesněji řečeno *fides* se stala přímým zprostředkovatelem morálky, jakožto normativního systému utvářeného na základě společenských hodnot a konvencí, pro smluvní právo. Svůj vliv měla patrně již zmíněná *clientela*, vztah mezi klientem a patronem, velmi typický vztah pro období republiky, a dále pak různé formy přísahy (*ius iurandum*), které představovaly základní stavební prvek republikového smluvního práva.⁸⁵ To potvrzuje zejména Cicero, když

81 FREYBURGER, G. *Fides - Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris 1986, str. 49-74. K společensko-právním aspektům fidei viz např. VALSAN, R. *Fides, bona fides, and bonus vir. Relations of Trust and Confidence in Roman Antiquity*. *Journal of Law, Religion and State* roč. 5, č. 1 (2017).

82 Stejný název měly slavnosti zavedené dle legendy římským králem Numou Pompiliem, při nichž vždy 1. října tři kněží (*flamines maiores*) byli k chrámu odvezeni na zakrytém voze taženém dvěma koňmi. Poté podle starého zvyku byly prováděny na počest bohyně oběti, při nichž kněží měly zakryté hlavy a pravé ruce zcela zahalené do bílé roušky na znamení oddanosti a důvěry. Viz SKŘEJPEK, M. *Bona fides - mores maiorum - fas*. In Skřejpek, M / Bělovský, P. (eds.) *Bona fides: sborník z II. konference českých a slovenských romanistů*, Praha 2000, str. 7 a násl.

83 Cicero, *De officiis* 3, 29: *Qui ius igitur iurandum violat, is fidem violat.*

84 Cicero tak koncem republiky také realisticky poznamenává: „jakou záruku poskytují náboženské ohledy smlouvám“ *De legibus* 2, 7 (16).

85 FIORI, R. *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*. In Fiori, R. (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del*

uvádí: „Naši předkové neznali totiž žádné pevnější pouto k utvrzení slibu nad přísahu. To osvědčují Zákony dvanácti desek i posvátné zákony, to dokazují smlouvy, jež nás i s nepřitelem spojují svazkem vzájemné důvěry, i důtky a tresty censorů, kteří nic nesoudívali bedlivěji než porušení přísahy.“⁸⁶

Silný sociální a etický aspekt *fidei* se přirozeně promítl také do oblasti práva. Sám Cicero, jenž právo vnímal více z perspektivy soudního řečníka a filozofa než znalce práva, zdůrazňuje:

*Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas.*⁸⁷

„Základem spravedlnosti je věrnost, to je stálost a pravdivost ve slibech a úmluvách.“

Cicero sám se k etickým, právním a filosofickým aspektům důvěry a věrnosti často vrací, zejména pak ve spise *De officiis*, O povinnostech.⁸⁸ Již ze samotného názvu tohoto díla je patrné, že Cicero chápal *fides* jako druh společenské povinnosti, která je tmelem společenské integrity. Mimo jiné v něm vznáší otázku *pacta et promissa semperne servanda sint*, „Měly by být dohody a sliby za všech okolností dodržovány?“⁸⁹ Cicero poukazuje zejména na odlišnosti právního a etického (též filosofického) pojetí závazku a z ní vyplývající povinnosti. Ilustruje to na příkladu, kdy si někdo uschová meč a následně jej postihne duševní nemoc, v tomto stavu pak žádá svoji zbraň zpět.⁹⁰ Dospívá zde k závěru, že právní a etický rozměr obligace nemusí být totožný a v důsledku toho za určitých situací může být splnění smluvní povinnosti dokonce v rozporu s morál-

diritto privato, sv. 3, Napoli 2008, str. 239.

86 Cicero, *De officiis* 3, 31: *Nullum ... vinculum ad adstringendam fidem iureiurando maiores artius esse voluerunt id indicant leges in XII tabulis* (...) (překl. Ludvíkovský, J. O Povinnostech, Praha 1970).

87 Cicero, *De officiis* 1, 7 (23).

88 Ale také *De legibus*, *De republica*, *Cato maior de senectute*. Často používá *fides* pro svojí řečnickou argumentaci.

89 Cicero, *De officiis* 3, 24-25.

90 Cicero, *De officiis* 3, 25.

kou. Cicero se tím snaží ukázat, že i povinnost daná dohodou má své hranice, které jsou determinovány především eticky. V souvislosti s tím si klade otázku, zda etická pravidla, která určují rozsah mimo jiné smluvních povinností, by se měla odvíjet od toho, co je čestné (*honestum*), nebo co je prospěšné (*utilis*). Cicero dochází k závěru, že chovat se čestně, je vždy prospěšné, zatímco naopak řídit se pouze užitkem, může často vést k nečestnému chování. Svoji polemiku Cicero uzavírá známým konstatováním, že „jinak potírají lstivost zákony, jinak filosofové“.⁹¹ Tato poznámka nachází později odraz i v myšlení klasické jurisprudence, která otevřeně deklaruje, že právo a morálka, představují dva odlišné normativní systémy, jakkoli jsou úzce vzájemně provázány. To je patrné například na známém právním výroku *non omnes quod licet honestum est*, „ne vše co je dovoleno je také čestné.“⁹²

Tento způsob uvažování o roli *fidei* v rámci právního pojetí smluvní obligace se přirozeně promítl i do myšlení klasické jurisprudence, jak je patrné například na Ulpianově výroku, jímž hovoří o prétorském ediktu:

„Tento edikt je založen na přirozené spravedlnosti. Co může být příznačnější pro lidskou věrnost (*fidei humanae*), než dodržování toho, co bylo ujednáno.“

*Huius edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?*⁹³

Ulpianus dává v kontextu prétorského ediktu (resp. procesních prostředků v něm uvedených) *fides* do spojitosti s pojmem přirozené spravedlnosti (*aequitas naturalis*).⁹⁴ Taktéž činí i na jiném místě, když uvádí: „V tomto ediktu prétor dává přednost přirozené spravedlnosti a na základě skutečnosti proto chrání to, co bylo založeno dohodou

91 Tamtéž 3, 17: *Sed aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias.*

92 Paul. D. 50, 17, 144 pr.

93 Ulp. D. 2, 14, 1 pr.

94 Ulp. D. 2, 14, 1 pr.

(*consensu*), jelikož zradit důvěru (*fidem*) je velmi vážným prohřeškem.“⁹⁵ Ulpianus v tomto fragmentu⁹⁶ ilustruje nejen to, že *fides* byla klasickou jurisprudencí vnímána jako součást normativního systému, který přesahoval *ius civile*, ale také naznačuje to, že byla jedním z motivů pro rozšiřování spektra chráněných typů dohod v prétorském právu. Byla tedy mimo jiné prostředkem pro překonávání formalismu civilního práva. S požadavkem zachování důvěry (*fidem*), se však setkáváme na mnoha dalších místech v pramenech. Často jde o formulace typu *fidem praestare debet*, „je povinen zachovat důvěru“ nebo *qui fidem non praestat*, „kdo nezachová důvěru“, které ukazují, že *fides* nebyla v klasické době už pouze etickým normativem, ale byla vnímána (alespoň právními znalci) jako součást obsahu kontraktu, a tedy jako obligační povinnost, jejíž porušení mohlo mít majetkoprávní důsledky.⁹⁷

Přímo v civilním právu se tak *fides* stala významným faktorem, na jehož základě vznikla řada právních institutů, z nichž některé mají *fidem* přímo ve svém názvu, jako například *fiducia*, *fideicommissum*, *fidepromissio*, *fideiussio*. Nejvýraznějším způsobem se *fides* promítl ale právě do vývoje kontraktů (už z důvodu jejich relativní povahy), kde se stala základem nejprve formálních kontraktů (*sponsio*, *stipulatio*) a následně, skrze žaloby *bonae fidei* recepce z *ius gentium*, zásadně přispěla ke vzniku také neformálních kontraktů, jako *fiducia*, *societas*, nebo *mandatum* (dále také např. *tutela*, poručnictví). Její vliv je patrný typicky u společenské smlouvy, kdy ztráta důvěry projevená žalobou mezi společníky měla za následek zánik celé society.⁹⁸ Ob-

95 Ulp. D. 13, 5, 1 pr.: *Hoc edicto praetor favet naturali aequitati: qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere.*

96 Obdobně třeba Herm. D. 2, 15, 16: *Qui fidem (...) rupit (...).* „Kdo poruší důvěru (...).“

97 Ulp. D. 2, 14, 52, 1; Ulp. D. 3, 2, 6, 5; Ulp. 4, 4, 13 a další. Také např. Také Celsus se v souvislosti se závazky odvolává na vzájemnou důvěru: *salva fide*, „v zájmu důvěry“: Cels. D. 16, 3, 32: *nec enim salva fide minore is quam suis rebus diligentiam praestabit*, „v zájmu důvěry nebude odpovídat za menší péči než za své vlastní věci.“

98 Paul. D. 17, 2, 65 pr.

dobně u mandata,⁹⁹ kde ztráta důvěry v mandátáře vedla v případě odsouzení k jeho bezectnosti (*infamia*), která byla typickým důsledkem ztráty důvěry.

Z hlediska právního vývoje má *fides* úzkou vazbu na pojem *bona fides*,¹⁰⁰ jenž se v klasické době objevuje v pramenech ve dvou hlavních významech, jako obecný požadavek pro právní jednání a jako technický termín pro kvalifikaci vůle v souvislosti s některými instituty.

V širším, objektivním významu, tedy právně-etickém, jí zřetelně zmiňuje například Tryphoninus, a to právě v souvislosti s kontrakty: *Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat*. „Dobrá víra, která se požaduje u smluv, vyžaduje nejvyšší spravedlnost.“¹⁰¹ V tomto případě se *fides* překrývá s pojmem *bona fides*.

Ve speciálním, subjektivním, tedy technickém, významu se *bona fides* vyskytuje například u kupní smlouvy. Modestinus vymezuje v tomto kontextu pojem kupujícího v dobré víře (*bonae fidei emptor*), jako osobu, která nevěděla, že jde o cizí věc, nebo se domnívala, že prodávající měl právo věc prodat.¹⁰² V tomto případě slouží *bona fides* jako prostředek pro stanovení důkazního břemene.

Fides a *bona fides* si navzdory zřejmé relaci při vývoji práva zachovaly ze sémantického hlediska vlastní specifi-ka a byly tedy právem absorbovány jako separátní pojmy.

Podle R. Fioriho se *fides* při aplikaci práva odvíjela od renomé jednotlivce, které do značné míry vycházelo z jeho společenského statusu. Naproti tomu *bona fides* se

99 D. 3, 2, 6, 5: *qui fidem, (...) non praestat (...) mandati te si condemnavero, famosum facio*. „kdo nedodrží důvěru (...) a bude z příkazu odsouzen, učiním bezectným.“

100 O relaci obou pojmů při jejich genezi viz zejm. LOMBARDI, L. Dalla fides alla bona fides, Milano 1961; nejnověji velmi přehledné pojednání R. Fioriho viz FIORI, R. Fides et bona fides: Hiérarchie sociale et catégories juridiques. *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, roč. 86 (2008), č. 4, str. 465–481; rovněž viz jeho dvoudílnou studii publikovanou v kolektivní monografii CARDILLI, R. et al. *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2. a 3. díl (2008).

101 Tryphon. D. 16, 3, 31 pr.

102 Modest. D. 50, 16, 109: „*Bonae fidei emptor*“ esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.

jako termín používala v souvislosti s legitimním předpokladem důvěry v osobu, s níž je zakládán určitý ekonomicky motivovaný vztah.¹⁰³ To vyplývalo ze skutečnosti, že obchodníci často pocházeli z etnicky a kulturně velmi různorodých oblastí. *Bona fides* tedy v klasickém právu vyjadřovala důvěru v to, že na protistranu smluvního vztahu je spolehnutí, že jde tedy o „dobrého člověka“ (*bonus vir*). Tento kvalitativní požadavek (*bonus vir*) přitom klasická jurisprudencí neklade pouze na smluvní strany, ale také na případného soudce v jejich kauze, pokud šlo o žaloby *bonae fidei*.¹⁰⁴

V obecné právní rovině sahají kořeny pojmu *bona fides* mimo jiné do oblasti mezinárodních vztahů Římanů s Latiny a dalšími kmeny v okolí Říma,¹⁰⁵ s nimiž od nejstarších dob byly uzavírány spojenecké úmluvy.¹⁰⁶ V této době, kdy zárodky mezinárodního práva se teprve začínají formovat, spočívala závaznost takových dohod prakticky výlučně na vzájemné důvěře. Předmětem těchto smluv byly kromě mírových ujednání často rovněž dohody o řešení soukromoprávních sporů, zejména tržní povahy, včetně kolizních norem, tedy ujednání, podle práva kterého z národů budou případné spory řešeny.¹⁰⁷ Tímto způsobem byla *bona fides* postupně odvozena z *fides*,¹⁰⁸ k čemuž došlo snad někdy na přelomu 3. a 2. století pnl., přičemž se oba tyto dosud neustálené a mimoprávní pojmy, postupně staly součástí *iuris gentium*, které nejpozději od roku 242 pnl., kdy byl zřízen úřad cizineckého préтора, začalo *de iure* přímo působit na římské *ius civile*.

103 FIORI, Contracts, commerce and Roman society, str. 585–586.

104 Jak již bylo uvedeno výše, např. Pomp. D. 17, 2, 6; Ulp. D. 18, 1, 7.

105 D'ALVIA, D. From Public Law to Private Law: Remarkable Story of bona fides. In Heidemann, M. / Lee, J. (eds.) *The Future of the Commercial Contract in Scholarship and Law Reform: European and Comparative Perspective*, Springer: Cham 2018, str. 343 a násl.

106 Mezi nejstarší známé patří *Foedus Cassianum*, mírová úmluva mezi Římany a Latiny uzavřená kolem roku 493 pnl. První římská mezinárodní úmluva odvolávající se výslovně na *fide publica*, veřejnou dobrou víru, byla smlouva s Kartágem.

107 Viz např. Dionysius Hal. *Antiquitates Romanae*, VI, 95, 2.

108 LOMBARDI, Dalla fides alla bona fides, str. 261.

Z hlediska aplikace práva má však *bona fides* svůj původ především v právu procesním (viz kap. Kontrakt v kontextu žalob), konkrétně v žalobách, které prameny označují jako *actiones bonae fidei*, které umožňovaly soudní projednávání právního nároku ve volném procesním režimu (*bonae fidei iudicia*). Tyto žaloby byly do určité míry také důsledkem postupujícího odklonu od procesního formalismu, a tedy určitou reakcí, jakousi protiváhou ke starším žalobám *stricti iudicii*, které se týkaly zejména formálních kontraktů.¹⁰⁹ Z procesně-technického hlediska však byly formule žalob *bonae fidei* zřejmě analogicky odvozeny ze starších žalob a legisakcí. Tak například formule žaloby kupujícího (*actio empti*) byla odvozena z žaloby ze stipulace (*actio ex stipulatu*), kdy došlo pouze k pozměnění demonstrace a vložení klíčové doložky *oportet ex fide bona* („je povinen z důvodu dobré víry“). Typické to bylo u žalob ze synalagmatických kontraktů (koupě, nájmu, society). Pomponius v tomto směru například výslovně uvádí: „zlý úmysl, ten nesmí být nikdy v žalobě z koupě přítomen, neboť to je žaloba vycházející z dobré víry.“¹¹⁰ Gaius zmiňuje, že u konsenzuálních kontraktů si smluvní strany vzájemně poskytují plnění s důrazem na *bonum et aequum* (*ex bono et aequo praestare*),¹¹¹ čímž zdůrazňuje, že legitimita závazku se opírá primárně o vůli stran, čímž se liší od formálních kontraktů, jejichž legitimita se opírá o proklamovaný slib.

Naturální obligace

Jedním z efektivních způsobů poznávání, a to nejen v právu, je srovnání. Proto zajímáme-li se o charakter kon-

109 Srov. stanovisko R. Fioriho, podle něž *bona fides* nevznikla jako pojem etický, ani v jakési reakci na formalismus a přísnost *ius civile*, ale vyvinula se jako standard hospodářského, resp. obchodního chování, viz FIORI, *Contracts, commerce and Roman society*, str. 585–586.

110 Pomp. D. 19, 1, 6, 9: *dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonae fidei sit*.

111 Inst. Gai. 3, 137. K autenticitě obratu *ex bono et aequo* v tomto fragmentu, viz např. KASER, M. *Das römische Privatrecht*, 2. vyd., München 1971, str. 526.

traktu jakožto obligace v římském právu, tedy o právní pouto, které dlužníka „svazuje“ břemenem vymahatelné povinnosti, je vhodné podívat se na specifický druh obligace, který je rovněž nazýván obligací, aniž by však obsahoval nárok legitimující k osobní žalobě. Tím je naturální obligace. Římská jurisprudence používá přívlástek *naturalis* tehdy, pokud jde o variantu právního institutu, jehož esence spočívá nikoli v právu, nýbrž v reálné, faktické existenci a právem objektivním je pouze určitým způsobem reflektována, často v kontextu dalších institutů. Podobně je tomu například u držby, pro jejíž faktickou variantu používá klasická jurisprudence termín *naturalis possessio*. Podle Savignyho teorie nebyla *naturalis possessio* držbou vůbec, čehož následkem se ustálil pojem detence, odlišný od držby. Podle Jheringovy teorie však *naturalis possessio* je také držbou (jak už z názvu vyplývá), avšak pouze specifickým způsobem chráněnou. Obdobně můžeme pohlížet na naturální obligaci, která pojmově bývá označována za obligaci, avšak jejíž naturální povaha ji činí specifickou z hlediska její vymahatelnosti, což je ovšem z hlediska podstaty institutu obligace klíčové.

Historický původ nevymahatelné, naturální obligace je nejistý. Stejně jako většina institutů smluvního práva nemá oporu v republikové legislativě, ale oproti nim nemá oporu ani v prétorském ediktu.¹¹² Pojem naturální obligace lze nalézt prakticky výlučně v Digestech, a to ve fragmentech D. 46, 1, 16, 3–4, kde nalezneme větu:

„3. Fiudeiussor může přijmout plnění, pakliže se zakládá na nějaké obligaci, buďto civilní, anebo přirozené (naturální). 4. Přirozené obligace (*naturales obligationes*) se berou v potaz nejen když určitá pohledávka tohoto druhu zakládá žalobu, ale též pokud zaplacené peníze nelze požadovat nazpět. Ačkoli tedy nelze přímo říct, že naturální dlužníci nedluží, lze je za [nedlužící] považovat a ty, kdo od

112 LANDOLT, P. L. „Naturalis obligatio“ and bare social duty, Köln-Weimar-Wien 2000, str. 25.

nich přijmou peníze, jako kdyby přijali z řádného dluhu.“¹¹³

Dominantní názor na původ naturální obligace v římském právu byl formulován na počátku 20. století.¹¹⁴ Podle něj je třeba počátky naturální obligace spatřovat v rodinném právu, zejména pak v jednání podřízených osob se svým paterem familias, a dále pak v právním jednání otroků, kteří jednali na základě povinnosti vůči svému pánovi. V téže době se nicméně objevila i konkurenční teorie, spatřující původ naturální obligace v *ius gentium*,¹¹⁵ která se opírá o D. 50, 17, 84, 1: „Ten, kdo dluží podle přirozeného práva, je zavázán podle práva národů, kterému věříme.“¹¹⁶ Avšak v roce 1964 byla prezentována třetí teorie, podle níž podstata naturální obligace spočívala v záměru poskytnout legitimu právní ochrany *fides* v soukromém právu.¹¹⁷ Všechny tři teorie nedávno kriticky shrnul ve své monografii P. L. Landolt,¹¹⁸ jenž dospěl k závěru, že koncept naturální obligace byl vytvořen představiteli školy sabiniánů, a to na základě společenského pojetí závazku (*officium* či *ius gentium*) uznaného poskytovatelem určitého plnění.¹¹⁹ Základem jeho úvah se stala stanoviska klasické jurisprudence, při níž odmítly nárok na *condictio indebiti*.

113 3. *Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur.* 4. *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.* Obdobně též D. 44, 7, 10.

114 Viz zejm. dvě monografie: GRADENWITZ, O. *Natur und Sklave bei der Naturalis Obligatio.* In *Festgabe Schirmer, Königsberg 1900*, zejm. str. 139; PEROZZI, S. *Interpretazione di Gai III.119a.* In *Studi Bonfante*, vol. 1, Milano 1930, zejm. str. 72.

115 Viz SIEBER, H. *Naturalis obligatio.* In *Gedenkschrift für Mitteis*, Leipzig 1926.

116 Paul. D. 50, 17, 84, 1: *Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus.*

117 CORNIOLEY, P. *Naturalis obligatio: essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain.* In *Journal de Genève*, 1964.

118 LANDOLT, P. L. „*Naturalis obligatio*“ and bare social duty, Köln-Weimar-Wien 2000.

119 Tamtéž, str. 11.

Vyšel primárně ze tří fragmentů Digest, z nichž všechny spadají do šestého titulu dvanácté knihy Digest, pojednávajícího o *condictio indebiti*. Jde tak o tři případy, kdy žaloba z bezdůvodného obohacení, a s ní tedy i nárok na restituci poskytnutého plnění (*soluti retentio*), je odmítnuta.

První z těchto fragmentů, Ulp. D. 12, 6, 26, 12 pojednává o vymahatelnosti plnění poskytnutého propuštěncem v mylném domnění, že byl právně povinen toto plnění poskytnout, jelikož *natura enim operas patrono libertus debet* („propuštěnec je přirozeně povinen vykonávat práce pro patrona“). V odvolávce na Juliana a Celsa vznáší Ulpianus otázku, pokud propuštěnec tímto způsobem poskytne patronovi hmotné plnění, má nárok na restituci? Text fragmentu je částečně interpolován, avšak v jeho jádru zůstal závěr, že přinejmenším při určitém druhu plnění propuštěnec nemůže nárokovat vrácení poskytnutého plnění, a to i přesto, že neměl povinnost plnit.

Druhý z fragmentů, Jul. D. 12, 6, 32, 2, se týká problematiky vrácení věna v případě, kdy žena (*mulier*), v mylném domnění, že je povinna určitý majetek převést jako věno, tak učiní. Zde je důležité v prvé řadě poznamenat, že v původním znění Julianova textu bylo velmi pravděpodobně namísto slova *mulier* (žena) uvedeno slovo *pater* (otec),¹²⁰ což podstatně lépe zasazuje obsah fragmentu do širšího rámce klasického římského práva. Právním závěrem fragmentu, pak je, že pokud otec v mylném domnění, že je k tomu povinen *pietatis causa* (z důvodu oddanosti rodině), převedl určitý majetek a učinil z něj věno, nemá nárok na jeho vrácení. Z hlediska argumentace je patrné, že Julianus opírá své odmítnutí nároku právě o mimoprávní důvody – zmíněnou *pietatis causa*, tedy opět o povinnost společenskou, a nikoli právní povahy.

Ve třetím fragmentu, Paul. D. 12, 6, 60 pr., je jádrem kauzy nárok na restituci plnění, které dobrovolně poskytne dlužník (*verus debitor*, skutečný dlužník) svému věřiteli v průběhu civilního řízení, které se vede z důvodu sporu o poskytnuté plnění. Paulus se zde zabývá nárokem na

120 Tamtéž, str. 8.

restituci poskytnutého plnění v případě, že výrok soudu je vůči dlužníkovi osvobozující. S odkazem na Julianovo stanovisko nebude mít podle něj dlužník po vynesení rozsudku nárok na restituci plnění bez ohledu na znění soudcovy výroku, což Julianus zdůvodňuje tím, že zůstává dlužen na základě přirozeného závazku (*natura tamen debitor permanet*), a tedy legitimitu udržení poskytnutého plnění opírá o *naturalis ratio*. Na podporu své argumentace srovnává tuto situaci se závazkem dlužníka zaplatit „jestliže loď dopluje z Asie, anebo nedopluje“. V obou případech se bude věřitelův nárok na zaplacení opírat o stejnou kauzu.

Společným jmenovatelem všech tří případů je tedy přijetí plnění na základě jiného než civilního závazku, kdy dlužník plnil dobrovolně, ať už v mylném domnění že dluží, anebo proto, že se (opět třeba i mylně) domníval, že prohraje spor a bude muset plnit později.

2.

ZÁVAZNOST KONTRAKTŮ

Kontrakty (*contractus*) představují v pojmosloví římských pramenů pouze určitou část dohod či ujednání směřujících k založení závazku. Nikoli tedy pro každou dohodou, nýbrž jen pro vybrané typy slibů či vzájemných ujednání, poskytovalo římské právo žaloby, ať už na základě obyčejového práva, či jiných pramenů.¹²¹ Pouze ujednáním ve formě kontraktu přiznávalo *ius civile* vymahatelnost a tedy příslušné žaloby, což je patrné mimo jiné v klasickém výroku *legem enim contractus dedit*, „smlouva dává [dohodě] sílu zákona“ (srov. D. 50, 17, 23), jenž ukazuje na význam dohody pro vymahatelnost kontraktů, stejně jako na právní sílu obligace z kontraktu.¹²²

Typová vázanost kontraktů

Římské právo nikdy nedospělo k principu všeobecné závaznosti dohod, tak jako nikdy nedospělo ani k obecným principům obligačního či smluvního práva.¹²³ Naopak, pří-

121 Jakkoli normativní povaha obyčejového práva v římském právu je sporná, viz např. KLENOVÁ, V. Obyčejové právo římské – *ius, quod (etiam) ex auctoritate prudentium venit*, Právník 9/2012.

122 Tento fragment byl později parafrázován ve sbírce dekretálií papeže Bonifáce VIII *Liber sextus*, resp. v připojeném výčtu 88 právních zásad (*regulae iuris*): *Contractus ex conventione legem accipere dignoscitur*. „Má se za to, že smlouva nabývá závaznosti na základě dohody stran.“ (reg. 85).

123 Česká právní terminologie, stejně jako ta římská, nemá ustálený