

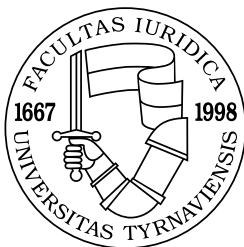
CONSTANS ET PERPETUA VOLUNTAS
POCTA PETROVI BLAHOVI K 75. NARODENINÁM



Peter Rosenthal

CONSTANS ET PERPETUA
VOLUNTAS

POCTA
PETROVI BĽAHOVI
K 75. NARODENINÁM



Editori:

Mgr. Peter Mach, PhD.

Mgr. Matej Pekarík, PhD.

JUDr. Vojtech Vladár, PhD.

Recenzenti:

JUDr. Peter Colotka, CSc., LL.M.

doc. JUDr. Miriam Laclavíková, PhD.

doc. JUDr. Michaela Židlická, Dr.

© Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, 2014

ISBN 978-80-8082-764-9

Obsah

Predhovor	XVII
Vorwort	XIX
Blažena Antalová Kúpna cena v rímskom práve	1
Eduard Bárány Poznámky k realizácii práva	11
Petr Bělovský Odpovednosť za škodu spôsobenou zvieraty v rímskom právu.....	23
Alexander Brösl <i>Provoco ad populum!</i> (Pomerne neučesané myšlienky aj o tom, že všetky zákony sú ako pavučiny a stav poznania je krehký).....	31
Róbert Brtko „ <i>Catholica Lex</i> “ a nariadenia cisárov týkajúce sa cirkevných záležitostí.....	37
Kamila Bubelová <i>Salva rerum substantia.</i> Příspěvek k problematice předmětu požívacího práva	49
Radek Černoch Několik nesourodých poznámek především k první řeči proti Catilinovi.....	63
Gustáv Dianiška Právne vedomie a juvenilná kriminalita v diele V. Hatalu.....	77
Rastislav Dluhoš Rýnsky spolok z pohľadu nemeckej historiografie.....	89

Obsah

Petr Dostalík Otázka dobrých mravů a dobré víry v římském právu obligačním a věcném	105
András Földi Spuren der dualistischen Auffassung der „ <i>bona fides</i> “ in der älteren gemeinrechtlichen Literatur bis zum Ende des 16. Jahrhunderts	117
Martina Gajdošová Zopár úvah o právnických osobách a krátke zamyslenie nad právnickým vzdelávaním	133
Richard Gamauf Onesimus: <i>fugitivus errore</i> – Einsichten für die Bibelexegese aus der Digestenexegese? (Rechtshistorische Anmerkungen zum Umgang mit römischen Rechtstexten in der neueren Philemon-Auslegung)	159
Magdolna Gedeon Die Ädilen und die Unterhaltungsindustrie im antiken Rom.....	177
Petr Hajn Nový český občanský zákoník a jeho výkladová pravidla	187
Gábor Hamza La tradizione del diritto romano e il Codice civile generale austriaco (ABGB).....	193
Pavel Holländer <i>Impossibile nulla obligatio est</i> : iusnaturalistická maxima či pozitivno-právny príkaz zákonodarcu?	207
Ondřej Horák Výpůjčka, právní úkon a jiné „slovakismy“. Zamyšlení nad terminologickými změnami při rekodifikaci českého soukromého práva	217
Ignác Antonín Hrdina <i>Ecclesia vivit lege Romana</i>	223

Éva Jakab Das Problem des wachsamem Gesetzes: Eine neue Rechtsfigur im alten Licht.....	233
Juraj Jankuv Kodifikácia a pokrokový rozvoj medzinárodného verejného práva	247
Veronika Kalyniv Trest smrti v stredovekom inkvizičnom procese	271
Veronika Kleňová Delácia dedičstva v rímskom práve	281
Georg Klingenberg Vermögensrestitutionen und Erwerberschutz in der römischen Antike	313
Soňa Košičiarová Princíp rovnosti ako ústavnoprávny princíp výkonu právomoci vykonávateľov verejnej správy	353
Daniel Krošlák Berücksichtigung kultureller Differenzen im Strafrecht?.....	367
Marek Kuryłowicz „Prawo rzymskie przestało istnieć”. Etyczne i symboliczne aspekty prawa rzymskiego.....	387
Katarína Lenhartová Ostatné spôsoby zániku obligácie v rímskom klasickom a justiniánskom práve	401
Franciszek Longchamps de Bérier Abuse of Rights – the Historic Perspective: Reception of Law or Reasonableness and Natural Law	421
Peter Mach Žaloba druhého veriteľ'a na vydanie prebytku po záložnom predaji podľa rímskeho práva.....	429

Obsah

Michaela Moravčíková Sekulárny štát a náboženská sloboda v sociológii a v právnej teórii.....	435
Matúš Nemeč Niektoré aspekty právnej koncepcie o význame a mieste náboženstva v Slovenskej republike.....	451
Tomasz Palmirski A few remarks concerning original context of some Rules of Early Law included in D. 50,17.....	461
Peter Pieler Die beschädigten Objekte nach dem 1. Kapitel der <i>lex Aquilia</i>	485
Stanislav Příbyl Osobní stav duchovních: manželství, mnišství nebo celibát	493
Jozef Prusák Spoločenská zmluva, obmedzenie slobody a hodnoty spoločnosti	501
Pavel Salák jr. „Cennost“ pokladu v římském a moderním právu.....	511
Pál Sárosi Die Änderungen des Gefängniswesens im christlichen römischen Reich.....	521
Dietmar Schanbacher Vorausverpfändung und Erbfolge – Scaev. 27 dig. D. 20,1,34 pr.....	531
Iván Siklósi Zu den privatrechtsdogmatischen Fragen des Widerrufs des Testaments	539
Nicol Sipekiová Niekoľko poznámok k prekladu a jazyku Digest.....	563
Michal Skřejpek Pojetí věci a jejich vymezení v novém českém občanském zákoníku z pohledu římského práva	569

Paulina Świącicka <i>Ius civile quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit</i> (Pomp. lib. sing. enchir. D. 1,2,2,12) – A Phenomenon of Positivisation of Law in Dogmatic Discourse of Roman Jurists	577
Ivan Šimovček Historické aspekty opravného trestného konania	591
Daniel Škoviera Bardejovský humanista Valentín Ecchius a rímske právo	603
Michal Turošík Výkon rozhodnutia prostredníctvom <i>manus iniectio</i>	611
Vojtech Vladár Cirkevné právo na Veľkej Morave	617
Ladislav Vojáček Romanisté a spory o budúcu podobu právnického štúdia v prvej ČSR	653
Vladimír Vrana <i>Panem et circenses</i>	669
Andreas Wacke <i>Non est sine iudice iudex</i> . Der Tod als Richter über dem Richter und die Nichtachtung des Ansehens der Person	681
Gunter Wesener Gustav Hanausek (1855 – 1927) und seine Schüler. Das Hanausek–Seminar	693
Markus Wimmer Ergänzendes zum Surrogat	723
Karolina Wyrwińska Nie tylko <i>emptio spei</i> . O niektórych przypadkach sprzedaży aleatoryjnej	739
Register prameňov	749

Zoznam autorov

doc. JUDr. Blažena Antalová, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

JUDr. Eduard Bárány, DrSc.

Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied, Bratislava

doc. JUDr. Petr Bělovský, Dr.

Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta

prof. JUDr. Alexander Bröstl, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

doc. PaedDr. JCDr. Róbert Brtko, CSc.

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

JUDr. Kamila Bubelová, Ph.D.

Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta

JUDr. Radek Černocho

Masarykova univerzita Brno, Právnická fakulta

prof. PhDr. Gustáv Dianiška, CSc.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

JUDr. Rastislav Dluhoš

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

JUDr. Petr Dostálík, Ph.D.

Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta

Prof. Dr. András Földi, D. Sc.

Eötvös Lóránd Tudományegyetem Budapest, Állam- és jogtudományi kar

JUDr. Mgr. Martina Gajdošová, Ph.D.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

Ao. Univ.-Prof. Dr. Richard Gamauf

Universität Wien, Institut für Römisches Recht und Antike
Rechtsgeschichte

Dr. Magdolna Gedeon, PhD.

Miskolci Egyetem, Állam- és jogtudományi kar

prof. JUDr. Petr Hajn, DrSc.

Masarykova univerzita Brno, Právnická fakulta

Prof. Dr. Gábor Hamza, D. Sc.

Eötvös Lóránd Tudományegyetem Budapest, Állam- és jogtudományi kar

prof. JUDr. Pavel Holländer, DrSc.

Paneurópska vysoká škola Bratislava, Fakulta práva

JUDr. Mgr. Ondřej Horák, Ph.D.

Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta

prof. JUDr. Ignác Antonín Hrdina, DrSc., O.Praem.

Univerzita Karlova v Praze, Katolická teologická fakulta

Prof. Dr. Éva Jakab

Szegedi Tudományegyetem, Állam- és jogtudományi kar

doc. JUDr. Juraj Jankuv, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

Mgr. Veronika Kalyniv, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

JUDr. Veronika Kleňová, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

em. o. Univ. Prof. DDr. Georg Klingenberg

Johannes Kepler Universität Linz, Institut für Römisches Recht

prof. JUDr. Soňa Košičiarová, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

JUDr. Mgr. Daniel Krošlák, PhD., LL.M.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

prof. dr hab. Marek Kuryłowicz

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Wydział Prawa i Administracji

Mgr. Katarína Lenhartová, PhD.

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

ks. prof. dr hab. Franciszek Longchamps de Bériér

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, Wydział Prawa i Administracji

Mgr. Peter Mach, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

ThLic. Mgr. Michaela Moravčíková, Th.D.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

doc. JUDr. Matúš Nemeč, PhD., mim. prof.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

dr. Tomasz Palmirski

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, Wydział Prawa i Administracji

em. O. Univ.-Prof. Dr. Peter E. Pieler

Universität Wien, Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte

doc. JUDr. Stanislav Příbyl, Ph.D., JCD.

Jihočeská univerzita v Českých Budějovicích, Teologická fakulta

prof. JUDr. Jozef Prusák, CSc.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

JUDr. Pavel Salák, Ph.D.

Masarykova univerzita Brno, Právnická fakulta

Dr. Pál Sárosi, PhD.

Miskolci Egyetem, Állam- és jogtudományi kar

Prof. Dr. Dietmar Schanbacher

Technische Universität Dresden, Juristische Fakultät

Dr. Iván Siklósi, PhD.

Eötvös Lóránd Tudományegyetem Budapest, Állam- és jogtudományi kar

Mgr. Nicol Sipekiová, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Filozofická fakulta

prof. JUDr. Michal Skřejpek, DrSc.

Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta

dr Paulina Świącicka

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, Wydział Prawa i Administracji

prof. JUDr. Ivan Šimovček, CSc.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

prof. PhDr. Daniel Škoviera, CSc.

Trnavská univerzita v Trnave, Filozofická fakulta

Dr. iur. JUDr. Ing. Michal Turošík, PhD.

Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici, Právnická fakulta

JUDr. Vojtech Vladár, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

prof. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc.

Masarykova univerzita Brno, Právnická fakulta

doc. JUDr. Vladimír Vrana, PhD.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

Prof. Dr. Dr. h.c.mult. Andreas Wacke LL.D. h.c.

Universität zu Köln, Institut für Römisches Recht

Em. o. Univ.-Prof. Dr. Gunter Wesener

Karl-Franzens-Universität Graz, Institut für Römisches Recht, Antike Rechtsgeschichte und Neuere Privatrechtsgeschichte

a. Univ. Prof. Dr. Markus Wimmer

Johannes Kepler Universität Linz, Institut für Römisches Recht

dr Karolina Wyrwińska

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, Wydział Prawa i Administracji

Predhovor

Ulp. 1 reg. (D. 1,1,10 pr.)

*Iustitia est constans et perpetua voluntas
ius suum cuique tribuendi.*

S touto vetou rímskeho právnika Ulpiana sa stretne v prvom ročníku štúdia každý študent práva. Niektorí si ju ani nevšimnú, niektorí sa ju dlho učia naspamäť, aby neskôr ohurovali kamarátov, že vedia po latinsky. Iní sa na nej len pobavia a zaradia si ju kamsi k Desatoru a myšlienkam naivných moralizátorov, ktoré sa ich – veď sú právnici a im bude ležať svet pri nohách – nijako netýkajú. Niektorých však zasiahne do hĺbky srdca i mysle a neopustí ich do konca života. Práve túto vetu vždy na začiatku akademického roka prednesie na prvej prednáške z predmetu Rímske právo aj náš oslávenec, pán profesor Peter Blaho, ktorý sa dožil v okamihu vypuknutia tohtoročných osláv Nového roka sedemdesiatych piatych narodenín. Pre jeho študentov ostane práve on navždy poslom tejto Ulpianovej maximy. Pre tých, ktorí ho poznajú aj trochu bližšie, je však nielen jej šíriteľom, ale aj nositeľom. Práve preto sme za názov tohto diela zvolili časť uvedeného výroku evokujúceho väčšine právnikov slovo *Iustitia*, po ktorom sa niektorým z nich vzápätí v mysli vynorí i výnimočná osobnosť pána profesora.

Pri tejto príležitosti si však doprajme aj isté filozofické zamyslenie a pozrime sa na tieto latinské slová bližšie. *Constans* je participiálne adjektívum od slovesa *consto*, *-are* a vyjadruje pevnosť, (vy)trvalosť, stálosť či istotu a odhodlanosť, kým *perpetua* je adjektívom znamenajúcim večnosť, nepretržitosť, súvislosť, možno až bezvýnimočnosť. *Voluntas* (od *velle*) zase vyjadruje vôľu, pranie, úmysel. Nevyznie snáď až príliš pateticky, keď napíšeme, že tieto vlastnosti sa nám neodmysliteľne spájajú i s našim oslávencom, a to nielen pokiaľ ide o právne princípy a práve onú spravodlivosť – ak teda chceme výraz *Iustitia* vôbec prekladať. Stálosť v názoroch a postojoch, hoci to nebolo a ani dnes nie je vždy pohodlné, vytrvalosť v práci a v presadzovaní ideálov čistoty a spravodlivosti v akademických kruhoch, vôľa a túžba pohnúť vecami, vytvoriť dobré dielo – to sú vlastnosti charakterizujúce nášho pána profesora, oslávenca krásneho veku, ktorý mu Pán Boh doprial. My, ktorí máme tú česť byť jeho najbližšími spolupracovníkmi, spolu so všetkými jemu blízkymi veríme, že tu bude s nami ešte veľa rokov, počas ktorých nás vždy poteší i povzbudí

svojím nezameniteľným humorom a šarmom, naznačí správnu cestu a bude pre nás naďalej prítomným, avšak zároveň i tak trochu vzdialeným vzorom.

Namiesto ďalších slov opisujúcich nenahraditeľnú osobnosť pána profesora a jeho dielo, nechajme teraz prostredníctvom vedeckých príspevkov prehovoriť jeho kolegov, priateľov a žiakov, ktorí sa po druhý raz podujali na prácu na jeho počesť. V mene všetkých zainteresovaných na záver už len vyjadrujeme vieru, že sa nám podarilo pripraviť kvalitné dielo, ktoré je hodné označenia pocty jednému z najvýznamnejších predstaviteľov slovenskej i európskej právnej vedy, brilantnému pedagógovi a v každom ohľade vzácnemu človeku – profesorovi Petrovi Blahovi.

editori

Vorwort

Ulp. 1 reg. (D. 1,1,10 pr.)
*Iustitia est constans et perpetua voluntas
ius suum cuique tribuendi.*

Diesen Satz des römischen Rechtsgelehrten Ulpian wird jeder Student zu Beginn seines Studiums hören. Die einen nehmen den Satz gar nicht wahr, die anderen lernen den Satz auswendig, um damit ihre Kommilitonen mit ihren Latein Kenntnissen zu beeindrucken. Die anderen, die sich darüber einfach amüsieren und ordnen diesen Satz irgendwohin zu den Zehn Geboten und den Gedanken der naiven Moralisten zu, die sie – denn sie sind ja Juristen und die Welt werde ihnen zu Füßen liegen – ja gar nicht angehen. Es gibt aber auch solche, die er tief ins Herz trifft und deren Seele er ergreift, um sie bis zum Lebensende in Bann zu halten. Eben mit diesem Satz fängt unser Jubilar, Herr Professor Blaho, der zum Zeitpunkt des Neuen Jahres seinen 75. Geburtstag feierte, am Anfang jeden akademischen Schuljahrs seine erste Vorlesung im Studienfach Römisches Recht an. Für seine Studenten vergegenwärtigt er für immer und ewig diese Ulpianische Maxima. Für die, die die Ehre hatten, ihn näher kennenzulernen, verkörpert er nicht nur die Person, die diesen Gedanken verbreitet, sondern auch nach diesem Prinzip sein Leben gestaltet. Gerade aus diesem Grunde haben wir beschlossen, für den Titel dieses Werks den angeführten Abschnitt dieser Sentenz auszuwählen, der bei den meisten Juristen den Gedanken an das Wort *Iustitia* hervorruft, und einigen von ihnen auch an die außerordentliche Persönlichkeit des Herrn Professor Blaho denken lässt.

Gestatten wir uns bei dieser Gelegenheit auch einen philosophischen Exkurs mit einer näheren Erklärung dieser lateinischen Wörter. *Constans* ist ein partizipiales Adjektiv des Verbs *consto -are*, welches Festigkeit, Ausdauer, Beständigkeit oder auch Sicherheit und Entschlossenheit ausdrückt, *perpetua* ist ein Adjektiv und bedeutet Ewigkeit, Kontinuität, vielleicht sogar Ausnahmslosigkeit. *Voluntas* (von *velle*) verdeutlicht wiederum den Willen, den Wunsch, die Absicht. Vielleicht sind wir nicht pathetisch, wenn wir erklären, dass sich diese Eigenschaften in unseren Augen untrennbar mit unserem Jubilar verbinden und zwar nicht nur was die rechtlichen Prinzipien betrifft, sondern auch eben jene Gerechtigkeit – falls wir den Ausdruck *Iustitia* überhaupt übersetzen wollen. Nachhaltigkeit seiner Meinungen und

Stellungnahmen, auch wenn das sowohl in der Vergangenheit als auch heute unbequem ist, Ausdauer in der Arbeit und in der Durchsetzung der Reinheit und Gerechtigkeit in der akademischen Gemeinde, der Willen und das Streben danach, Dinge zu verändern, ein eigenes Werk zu schaffen – diese Eigenschaften charakterisieren die Persönlichkeit unseres Herrn Professor Blaho, der seinen wunderschönen Gott gegebenes Alter aktiv erlebt. Wir, die die Ehre haben, seine nächsten Mitarbeiter zu sein, sowie seine Nächsten sind überzeugt, dass er uns noch viele Jahre mit seinem unverwechselbaren Humor und Charme erfreuen und erheitern, uns den richtigen Weg zeigen und unser präsent, aber auch ein gewissermaßen unerreichbares Vorbild bleiben wird.

Lassen Sie uns jetzt aber, statt anderer Worte, die die Unersetzbarkeit unseres Herrn Professor Blaho und seines Werkes anpreisen, seine Kollegen, Freunde und Schüler zu Wort kommen, die schon das zweite Mal mittels ihrer wissenschaftlichen Beiträge seine Persönlichkeit auf diese Weise ehren. Zum Schluss wollen wir im Namen aller Beteiligten unseren festen Glauben äußern, dass das vorgelegte Werk die Bezeichnung Festschrift für eine der bedeutendsten Persönlichkeiten der slowakischen und europäischen Rechtswissenschaft, eines brillanten Pädagogen und in jeder Hinsicht eines wertvollen Menschen – Herrn Professor Peter Blaho – zu Recht trägt und verdient.

Herausgeber

Kúpna cena v rímskom práve*

Blažena Antalová

Cena kúpnej zmluvy - 1 Čo mohlo byť kúpnu cenou - 2 Charakter kúpnej ceny - 2.1 *Pretium iustum* - 2.2 *Pretium verum* - 2.3 *Pretium certum* - 3 Subjekty, rozhodujúce o výške ceny - Záver

Kúpna zmluva (*emptio-venditio*), jej uzavretie a charakter prešli v rímskom práve dlhodobým vývojom. Pôvodne rímske právo uznávalo len kúpu za hotové (odovzdanie z ruky do ruky), čím sa vzájomný vzťah medzi kupujúcim a predávajúcim skončil a v ďalšom období už medzi nimi neexistoval žiaden nárok na plnenie.

Pod vplyvom *bona fides* a účasti peregrínov sa charakter kúpnej zmluvy zmenil – v *ius gentium* sa kúpna zmluva stala konsenzuálnym kontraktom (aj keď sa s presnosťou nedá určiť, kedy sa tak stalo), vzájomne zaväzujúcou zmluvou, ktorou sa predávajúci (*venditor*) zaväzoval odovzdať kupujúcemu (*emptorovi*) vec do držby a pokojného užívania a emptor sa zaväzoval zaplatiť venditorovi v peniazoch dohodnutú kúpnu cenu (*pretium*)¹. V tomto zmysle k vzniku kúpnej zmluvy ako konsenzuálneho kontraktu došlo bez všetkých formalít, len čistou dohodou strán o podstatných prvkoch zmluvy, t. j. dohodou o cene a o predmete.

Cieľom príspevku je poukázať na to, ako chápať cenu kúpopredajnej zmluvy. Zároveň však treba akcentovať, že tento esenciálny predpoklad príspevok nebude analyzovať do detailov, ale len sčasti upriami pozornosť na jeho charakter a význam pri vzniku kúpnej zmluvy. Pri jeho analýze bude vychádzať predovšetkým z prvého titulu 18. knihy justiniánskych Digest, pričom samozrejme zohľadní aj konštatovania klasikov, uvedených v ďalších pôvodných prameňoch (Gaiových a justiniánskych Inštitúciách).

* Príspevok je spracovaný v rámci grantového projektu VEGA 1/0131/13 „Historicko-právny vývoj inštitútu kúpnej zmluvy a tendencie jej súčasnej rekonštrukcie v SR“, ale venujem ho svojmu obľúbenému a váženému učiteľovi prof. JUDr. Petrovi Blahovi, CSc., z príležitosti jeho životného jubilea.

¹ Aj keď cena ešte nebola vyplatená a ani nebol daný jej závädok – (Gai. Inst. 3,139).

Cena kúpnej zmluvy

Jedným z esenciálnych predpokladov vzniku kúpnej zmluvy bola dohoda strán o cene:

„Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest“...².

„Kúpna cena musí byť však dohodnutá, lebo nemôže existovať kúpna zmluva bez kúpnej ceny“...

Toto konštatovanie sa na prvý pohľad zdá byť jednoznačné, ale pri bližšom pohľade v ňom možno nájsť viaceré, podľa nášho názoru zaujímavé problémy, ktoré bolo potrebné vyriešiť. Takýchto problémov bolo určite značné množstvo, ale v príspevku sa pokúsime vyriešiť len tri z nich, konkrétne:

1. Posúdiť, čo vôbec mohlo byť kúpnu cenou – či len peniaze, alebo či kúpna zmluva mohla vzniknúť aj bez peňazí, ak cenou mal byť nejaký iný predmet ako peniaze (napr. otrok, tóga...).
2. Ďalším problémom bolo, ako posúdiť charakter kúpnej ceny – či bola spravodlivá, vážne mienená, určitá alebo aspoň určiteľná, efektívna a ako rozhodnúť v prípade, ak tieto náležitosti nespĺňala.
3. Nemenej dôležitou otázkou bolo aj rozhodnúť, ktoré subjekty mohli cenu stanoviť – či obidva subjekty (kupujúci a predávajúci) alebo či stačilo určenie kúpnej ceny jednou zo strán, prípadne, či do úvahy prichádzala aj tretia možnosť – jej určenie treťou osobou.

1 Čo mohlo byť kúpnu cenou

Na prvý problém, či kúpna cena musela byť stanovená len v peniazoch alebo aj v inom predmete, odpovedal právnik Paulus:

„...Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur...“³.

„...Je sporné, či je dnes možné hovoriť o kúpnej zmluve bez peňazí...“.

² Inst. 3,23,1.

³ Paul. D. 18,1,1,1.

Z Paulovho výroku „...je sporné...“ možno vyvodiť záver, že medzi rímskymi právnikmi (hlavne medzi Sabiniánmi a Prokuliánmi) existovali na tento problém kontroverzné názory.

Niektorí z nich (hlavne Sabinus a Cassius) sa domnievali, že kúpna cena mohla pozostávať aj z iných predmetov ako boli peniaze. Vo svojom tvrdení sa odvolávali na bájneho Homéra, ktorý napísal, že „vojsko Achájcov si kúpilo víno za rozličné veci, napr. za bronz a lesklé železo, iní zase za kožu z býkov, iní zase za živých býkov, iní za otrokov“.⁴

Druhá skupina (Prokuliáni) s takýmto názorom nesúhlasila. Ako dôvod ich odmietnutia uviedla, že v takom prípade nebolo možné s určitosťou rozhodnúť, ktorá vec bola predaná a ktorá predstavovala kúpnu cenu, resp., ktorá zo strán bola predávajúcim a ktorá kupujúcim. Preto takúto situáciu nepovažovali za kúpnu zmluvu, ale za výmenu vecí za vec.

Po častých diskusiách nakoniec získal prevahu názor Procula, ktorý logicky rozhodol, že výmena vecí za vec bol osobitný, od kúpnej zmluvy úplne odlišný dôvod vzniku záväzku,⁵ ktorý sa od kúpy odlišoval vo viacerých smeroch.

2 Charakter kúpnej ceny

Pri posúdení problémov, ako charakterizovať kúpnu cenu a jej výšku, sa príspevok nezaobera všetkými nuansami, ale analyzuje len podstatné, základné problémy, ktoré si na jej stanovenie vyžadovali rímski klasici. Konkrétne, podľa nich, cena musela byť:

1. *Pretium iustum* (spravodlivá).
2. *Pretium verum* (vážne mienená).
3. *Pretium certum* (určitá).

2.1 *Pretium iustum*

Na predpoklad *pretium iustum* existovala zmluvná sloboda, čo znamenalo, že výšku kúpnej ceny neobmedzovali žiadne zákonné obmedzenia v klasickej práve, ako to vyjadril Paulus v D. 19,2,22,3:

⁴ Inst. 3,23,2.

⁵ Inst. 3,23,2.

„*Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.*“

„Podobne ako pri kúpnej zmluve je dovolené nejakú vec vyššej hodnoty kúpiť lacnejšie a lacnejšiu vec drahšie predať a vzájomne sa týmto spôsobom poškodiť, je toto podľa práva aj pri *locatio conductio*.“

V zmysle Paulovho tvrdenia bolo dovolené drahšiu vec kúpiť lacnejšie alebo lacnejšiu vec predať drahšie, a tak sa v podstate strany mohli vzájomne poškodiť. To znamená, že v klasickom práve bolo kontrahentom dovolené navzájom sa oklamať a podviesť, aj keď každý z nich mohol v dobrom úmysle sledovať vlastný cieľ. Platila však aj výnimka – ak kontrahent používal prostriedky, ktorými vedome uviedol protistranu do omylu, zodpovedal sa za podvodom spôsobenú škodu.

Iná situácia sa presadila v poklasickom práve. V prospech predávajúceho sa uprednostnila myšlienka, že každá vec by mala mať spravodlivú cenu, čo akcentovali cisári Dioklecián a Maximián v C. 4,44,2.⁶

„*Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emporibus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies, minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii sit.*“

„Ak by si ty alebo tvoj otec predal vec vyššej hodnoty za nízku kúpnu cenu, je ľudské, aby si na základe súdneho zakročenia buď pri vrátení kúpnej ceny kupujúcim dostal pozemok späť, alebo, ak to kupujúci uprednostní, doplatil to, čo chýba do skutočnej hodnoty (veci). O nízku kúpnu cenu ide vtedy, ak sa nezaplatila ani polovica skutočnej hodnoty (veci).“

Rozhodnutie cisárov v poslednej vete spresnilo, čo chápať pod spravodlivou cenou (*pretium iustum*) – podľa nich o nízku cenu išlo vtedy, ak kúpna cena nedosiahla ani polovicu skutočnej hodnoty veci.

Ak sa však stalo, že cena pri uzavretí kúpy nedosiahla ani polovicu reálnej hodnoty, text ponúkol dve možnosti riešenia, a to pre obidve zmluvné strany. V prospech predávajúceho mu umožnil získať naspäť predmet kúpy,⁷

⁶ BLAHO, P./HAUSMANINGER, H.: Praktické štúdie z rímskeho práva, Wien – Bratislava (1993), (prípád č. 102), s. 142.

⁷ Samozrejme za predpokladu, že kupujúcemu vráti kúpnu cenu.

kupujúcemu umožnil obranu v tom zmysle, že mu dodatočne umožnil doplatiť plnú hodnotu veci.⁸

2.2 *Pretium verum*

Ďalším predpokladom určenia ceny ako nevyhnutného predpokladu na vznik kúpnej zmluvy bolo, že cena musela byť vážne mienená a mala predstavovať reálnu protihodnotu veci (*pretium verum*). To znamená, že stanovenie ceny malo byť skutočné, nie iba predstierané na zakrytie nejakého iného právneho úkonu. Preto, ak by sa cena len predstierala (simulovala), nemohlo dôjsť k uzavretiu právneho úkonu. Ale aj v takomto prípade bolo potrebné rozlíšiť, hoci len malé detaily – či cena bola stanovená „veľmi nízko“ (vtedy mohol byť právny úkon platný – Ulp. D 18,1,38), alebo či bola určená až „smiešne nízko“, čo už však vyvolalo jeho neplatnosť.

Na ilustráciu uvedieme aspoň jeden prípad, kedy k simulácii v rímskom práve bežne mohlo dôjsť. Týkalo sa to hlavne rodinného práva, konkrétne vzťahov medzi manželmi v prípade *matrimonium sine manu*, v ktorom bolo darovanie medzi manželmi jednoznačne zakázané. Ak však manžel chcel v tomto manželstve niečo manželke darovať a ona chcela tento dar prijať, navonok obidvaja predstierali, že nešlo o darovanie, ale o kúpopredaj.

Preto pred právnikmi vznikla otázka, ktorý z týchto dvoch právnych úkonov možno považovať za platný (darovanie alebo kúpopredaj). Na prvú otázku sa dá jednoznačne odpovedať – právny úkon darovania bol neplatný, lebo darovanie medzi manželmi bolo zakázané. Na druhú otázku je tiež jednoznačná odpoveď – kúpopredaj tiež nemohol byť platný, lebo chýbal základný predpoklad pre jeho platnosť, konkrétne zhoda vôle s prejavom.

2.3 *Pretium certum*

K uzavretiu platnej kúpnej zmluvy sa vyžadovala aj dohoda strán o stanovení určitej konkrétnej kúpnej ceny, vyjadrenej určitou sumou peňazí, na ktorej sa zmluvné strany dohodli, ako to možno nájsť v Inst. 3,23,1:

„Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest, sed et certum pretium esse debet...“.

⁸ Tento inštitút dostal v stredovekom práve názov „*laesio enormis*“ (nadpolovičné ukrátenie). Pozri: BLAHO, P./HARAMIA, I./ŽIDLICKÁ, M.: Základy rímskeho práva. Bratislava (1997), s. 346.

„Kúpna cena musí byť však dohodnutá, lebo nemôže existovať kúpna zmluva bez kúpnej ceny. Kúpna cena musí byť však určitá...“.

Stanovenie určitej ceny bolo však relatívne. Bolo možné za ňu považovať pevnú sumu peňazí, na ktorej sa strany dohodli, ale aj keď nie pevnú, ale len objektívne určiteľnú cenu (*pretium debet esse certum*). K takémuto určeniu ceny nebolo potrebné, aby bola daná presnou sumou peňazí, ale stačilo, ak sa nepochybne dala určiť aj inak, napr. konkrétnou cenou na trhu, podľa jednotlivcej miery...⁹.

Aj Ulpián v justiniánskych Digestách popísal možnosť, keď síce kúpna cena nebola presne stanovená v peniazoch, ale predsa len ju bolo možné považovať za určiteľnú:

*„Huismodi emptio ,quanti tu eum emisti‘, ,quantum pretii in arca habeo‘, valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione: magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est.“*¹⁰

„Kúpna zmluva ,za koľko si ty kúpil‘, ,koľko peňazí mám v pokladnici‘, je platná. Lebo: kúpna cena nie je neurčitá, ak je kúpna zmluva taká jasná: výška kúpnej ceny je totiž skôr neznáma, než by bola skutočne neurčitá.“

Ulpián v tomto texte akcentoval, že aj keď kúpna cena bola dohodnutá len: „za koľko si ty kúpil“, alebo: „koľko peňazí mám v pokladnici“, kúpna zmluva bola platná, lebo podľa neho kúpna cena nebola neurčitá, ale podľa jeho názoru výška kúpnej ceny bola skôr neznáma ako neurčitá.

Na rozdiel od tohto prípadu Gaius v D. 18,1,35,1 uviedol prípad:

„...Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum...“.

„...Je jasné, že právny úkon nevznikne, ak predávajúci povie záujemcovi o kúpu: môžeš kúpiť za toľko, koľko chceš zaplatiť, koľko považuješ za správne, za koľko oceňuješ hodnotu vecí...“.

⁹ SOMMER, O.: Učebnice soukromého práva římského, díl II. Právo majetkové. Praha (1946), s. 83.

¹⁰ Ulp. D. 18,1,7,1.

V tomto prípade dôvodom nevzniknutia kúpnej zmluvy je dôvod, že iba jedna zo strán nemohla určiť výšku ceny.

3 Subjekty rozhodujúce o výške ceny

Na stanovenie výšky ceny bolo potrebné rozhodnúť, ktoré subjekty sa mohli k výške ceny vyjadriť a s akými právnymi účinkami. K tejto otázke možno nájsť odpoveď vo všetkých najvýznamnejších pôvodných prameňoch – v justiniánskych Digestách, ako aj v Gaiových a justiniánskych Inštitúciách. Do úvahy teoreticky prichádzali tri subjekty – kupujúci, predávajúci, prípadne tretie osoby.

Bežné bolo, ak sa obidve zmluvné strany dohodli na kúpnej cene – v takomto prípade bola kúpna zmluva platná. Ale ak by cenu stanovil len jeden zo subjektov, bez súhlasu druhej strany, takáto zmluva nemohla existovať.¹¹ Do úvahy prichádzala však aj tretia možnosť – ako rozhodnúť v prípade, ak sa zmluvné strany dohodli, že výšku ceny by mala určiť tretia osoba. V tomto prípade určite treba vychádzať z obdobia, v ktorom k takejto zmluve došlo. Podľa niektorých právnych romanistov, takáto kúpna zmluva bola neplatná v klasickom období¹², ale justiniánske právo ju chápalo kontroverzne, čo znamená, že medzi právnikmi sa viedol spor o tom, či takáto zmluva existovala.

Justinián vo svojich Inštitúciách¹³ polemizoval o tom, či vôbec možno hovoriť o kúpnej zmluve, ak by predmet kúpy ohodnotila tretia osoba. Presnejšie sa k tejto otázke už predtým vyjadril Gaius vo svojich Inštitúciách:

„Praetium autem certum esse debet. Nam alioquin si eta inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, Labeo negavit, ullam vim hoc negotium habere; enius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem; cuius opinionem Proculus secutus est“...¹⁴.

„Kúpna cena musí byť určitá. Inak, totiž, ak by sme sa dohodli na tom, že vec sa predá za toľko, na koľko ju ocení Titius, poprel Labeo, že takéto konanie má nejaký právny účinok. Jeho názor schválil Cassius. Ofilius (naproti tomu usúdil), že je to kúpopredajná zmluva, k jeho názoru sa pripojil aj Proculus“...

¹¹ SOMMER, O.: Učebnice soukromého práva římského. Praha (1946), s. 83.

¹² KINCL, J.: Římske právo. Praha (1990), s. 314.

¹³ Inst. 3,23,1.

¹⁴ Gai. Inst. 3,140.

Z tohto konštatovania možno usúdiť, že klasici sa celkom nezjednotili na otázke stanovenia výšky ceny tretími. Kým Labeo a Cassius odmietli určenie ceny tretou osobou, iní právnici, napr. Ofilius a Proculus, považovali kúpnu zmluvu za platnú.

Ak sa máme vyjadriť k názoru rímskych klasikov, musíme vychádzať z viacerých hľadísk. V prvom rade je potrebné analyzovať a posúdiť argumenty, o ktoré sa obidve skupiny vo svojom rozhodnutí opierali. Jedným z nich bolo určite zohľadnenie vôle strán (súkromná autonómia), v druhom rade bolo potrebné mať na zreteli aj ich snahu zabrániť prípadnému sporu, čo v praxi znamenalo prinútiť strany k precíznejšiemu vyjadreniu sa ohľadom výšky ceny.

Podľa konkrétnej situácie mohlo dôjsť aj k určitým komplikáciám. Mohlo sa stať, že tretia osoba, ktorá mala stanoviť výšku ceny, buď zomrela alebo odmietla vykonať ocenenie.

Vzhľadom na to, že určenie kúpnej ceny tretou osobou bolo suspenzívnou kondíciou kúpnopredajnej zmluvy, je logické, že v takomto prípade zmluva nevznikla. Kúpna zmluva sa stala nulitnou, tak ako keby sa cena vôbec nedohodla.¹⁵

Druhou možnosťou bolo, ak tretia osoba súhlasila so stanovením výšky ceny a zároveň ju aj určila. Ale aj v takomto prípade jej rozhodnutie ešte nemuselo byť definitívne. Na jednej strane rímske právo umožnilo tretej osobe stanoviť cenu, na druhej strane však určilo aj isté obmedzenia – právny poriadok ju obmedzil v tom zmysle, že nemohla tak urobiť ľubovoľne, ale povolil jej určiť kúpnu cenu, orientovanú len na *arbitrium boni viri*.

Záver

Príspevok sa pokúsil objasniť, ako rímske právo, predovšetkým v jeho klasickom a poklasickom období chápalo cenu kúpnej zmluvy ako nevyhnutný predpoklad jej vzniku. Konkrétne skúmal, čo bolo možné rozumieť pod takými, možno v súčasnosti samozrejmyými pojmami, ako napr., že kúpna cena mala byť spravodlivá, určitá či aspoň určiteľná alebo vážne mienená.

Príspevok len stručne načrtol základné problémy skúmanej problematiky, ale myslíme si, že jej detailné skúmanie by si určite zaslúžilo viac pozornosti, napr. aj v samostatnej monografii.

¹⁵ Inst. 3,23,1

Celkovo na záver chcem popriať pánovi profesorovi JUDr. Petrovi Blahovi, CSc. k jeho životnému jubileu ešte veľmi veľa zdravia, osobných a pracovných úspechov a aby ešte dlhé roky odovzdával študentom a mladým spolupracovníkom svoje odborné vedomosti, ale aj veľa životného elánu a šarmu, za čo si ho my, jeho odchovanci, veľmi vysoko vážime.

Summary

The purpose of the contribution was to analyse out one of the pre-eminent essential assumption to exigency for creation of *emptio venditio* (purchase and sale) – its purchase price. The contribution does not analyse this element in detail, but rivets on its basic attributes which purchase price has to fulfil for the creation of the contract – it ought to be expressed in money; reasonable, intentioned seriously and determinable.

Poznámky k realizácii práva

Eduard Bárány

Každý, kto sa stretol s rímskym právom, a skúšku z neho museli absolvovať všetci právnici, si mohol všimnúť jeho praktickú múdrosť. Reagovalo na skutočné potreby a problémy. Jeho normy sledovali praktické účely. Azda i preto dostalo neskôr označenie *ratio scripta*.

V novovekom právnom myslení, ktoré za svoj rozvoj a rôznorodosť zaplatilo aj stratou zjavnej praktickej rozumnosti, sa uvedomenie si praktického účelu práva a zvlášť jeho jednotlivých ustanovení spája s menom R. von Iheringa: „Norma sa potom dá určiť ako abstraktný imperatív pre ľudské konanie.“¹ Táto formulácia jasne umiestňuje účel právnej normy v autoritatívnom ovplyvnení ľudského konania. Ihering ako keby vycítil a rozlíšil rozdiel medzi ľudským konaním a sociálnym systémom, v napätí medzi ktorými sa rozvíjajú súčasné spoločenské vedy, a vyslovil obdobnú tézu i na systémovej úrovni: „Konečným účelom štátu rovnako ako práva je vytvorenie a zabezpečenie životných podmienok spoločnosti.“² Ak je účelom práva spoluvytvoriť a zabezpečiť životné podmienky spoločnosti prostredníctvom ovplyvnenia či určenia ľudského konania, má význam zaoberať sa dosiahnutím tohto účelu, ktorého jadro tvorí realizácia práva. Učebnice teórie práva spravidla používajú ako rovnocenné výrazy realizácia práva a uskutočňovanie práva. Ako samozrejmosť sa v jednej z nich uvádza: „Právo sa uskutočňuje správaním tých subjektov, ktorým sú adresované právne normy, resp. správaním nositeľov subjektívnych práv a povinností.“³ Výstižná formulácia obsahuje viacero informácií o realizácii práva.

Prvou „negatívnou“ je, že nie každé konanie v súlade s právom je jeho realizáciou. V právnom štáte platí pre fyzické osoby a pre právnické osoby súkromného práva zásada: Čo nie je zákonom zakázané, to je dovolené. Ak človek píše list, koná tým v súlade s právom. Neporušuje žiadny zákon, ale označiť toto jeho konanie za realizáciu práva by bolo absurdné. Konanie,

¹ IHERING, R. VON: Der Zweck im Recht. Erster Band, Dritte durchgesehene Auflage. Leipzig (1893), s. 331.

² IHERING, R. VON: Der Zweck im Recht. Erster Band, Dritte durchgesehene Auflage. Leipzig (1893), s. 424.

³ BOGUSZAK, J./ČAPEK, J./GERLOCH, A.: Teorie práva. Praha (2001), s. 129.

ktoré „len“ nie je právom zakázané a nepodlieha ani zvláštnej právnej regulácii, nie je v pravom slova zmysle realizáciou práva.

Niekedy je prospešné rozlíšiť realizáciu objektívneho práva a výkon subjektívneho práva alebo povinnosti. Objektívne právo nie je realizované iba výkonom subjektívnych práv a povinností. Výkon subjektívnej povinnosti sa obvykle nazýva plnením. Výkon subjektívneho práva je aspoň formálno-právne aj realizáciou objektívneho práva. Preto formálno-právne, lebo môže byť síce dobromyseľný, ale zároveň odporovať účelu (zmyslu) ustanovenia objektívneho práva, ktoré „realizuje“.

Výraz správanie neznamená akúkoľvek ľudskú činnosť, ale len činnosť vyrastajúcu zo spojenia intelektu (uvedomenia) a vôle. Možno by bolo vhodnejšie hovoriť o konaní. Konajúci subjekt (človek) si uvedomuje, čo robí, a chce robiť to, čo robí, čiže ovláda svoje činy. Spojenie uvedomenia a vôle je v práve veľmi významné. Absencia niektorého z týchto prvkov je napríklad v krajnom prípade až dôvodom pre zánik trestnej zodpovednosti. Nejde tu však o uvedomenie si či poznanie človeka, že určitou svojou činnosťou vykonáva subjektívne právo, a tým realizuje právo objektívne. Musí však byť intelektuálne spôsobilý rozlíšiť, uvedomiť si charakter svojej činnosti a ovládať ju. Až vtedy ide o ľudské konanie realizujúce právo. V. Knapp už dávno upozornil, že „... predsa právo na nikoho iného ako na človeka nemôže pôsobiť a pre nikoho iného ako pre človeka nemôže platiť.“⁴ Z uvedeného vyplýva, že právo sa uskutočňuje len (výlučne) ľudským konaním, čiže v procese realizácie práva musí byť prítomné ľudské konanie.⁵ To však neznamená, že ľudia sú výlučnými realizátormi práva. Tými sú aj nimi vytvorené a „prevádzkované“ organizácie (inštitúcie), ktoré právo spravidla nazýva právnickými osobami. Právnickým osobám sa potom pričíta určité konanie určitých ľudí, a tak sa hovorí napr. o právnych úkonoch obchodnej spoločnosti.

O. Weinberger charakterizoval konanie ako „... správanie určené informáciou.“⁶ Tým vo vzťahu k realizácii práva pripomenul otázku, či sa právo realizuje iba správaním určeným informáciou o právnej úprave, ktorá sa na neho vzťahuje, alebo akýmkoľvek právne relevantným konaním,

⁴ KNAPP, V.: *Teorie práva*. Praha (1995), s. 13.

⁵ „... pravidlá nie sú samovykonateľné, a teda po tom, ako boli schválené, stále závisia od sudcu a právnikovi, aby mali akýkoľvek efekt, ktorý môžu mať vo svete.“ WHITE, J. B.: *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*. Boston – Toronto (1973), s. 646. Táto formulácia asi preceňuje úlohu právnikov pri realizácii práva.

⁶ WEINBERGER, O.: *Inštitucionalizmus. Nová teória konania, práva a demokracie*. Bratislava (1995), s. 16, 20.

teda i konaním, ktoré je určené informáciami nezahŕňajúcimi informácie o jeho právnej úprave. Nazdávam sa, že právo sa realizuje akýmkoľvek uvedomelým ľudským správaním, ktoré je ním upravené a je v súlade s právom. Ľudia neraz, ba možno i väčšinou konajú v súlade s právom bez toho, aby poznali jeho príkazy, ba i bez toho, aby si uvedomovali samotný fakt právnej regulácie, a tým i relevantnosti svojho konania. Vyplýva to z hodnotového základu spoločnosti, z ktorého vyrastá právo i ich konanie, a z historicky konkrétnej podoby spoločenských vzťahov, ba i širšieho historicky konkrétneho obvyklého fungovania spoločnosti, ktorému právo neprotirečí. Vynára sa otázka významu právnej úpravy, ktorej existenciu si ľudia neuvedomujú. Jej dôležitosť spočíva v zabránení kvalifikovaným vybočeniam zo zabehnutého a právom arobovaného poriadku vecí. Možno práve tu vystupuje do popredia príslovečný konzervatizmus práva. Téza, kto koná v súlade s právom, ten ho realizuje, i keď nevie o jeho existencii, znie kuriózne, ale platí.

Z uvedeného možno vytušiť, že právo sa podľa mienky autora realizuje aj mimo právnych vzťahov.⁷ Hlavne zakazujúce právne normy sa z veľkej časti realizujú (ne)konaním, ktoré nie je súčasťou právneho vzťahu. Zákaz krádeže obsiahnutý implicitne asi v každom trestnom zákone sa realizuje tým, že ľudia spravidla nekradnú, čím však nevstupujú do žiadnych právnych vzťahov s masou iných, ktorých neokradli. Na prvý pohľad tu ako keby išlo o staré známe absolútne oprávnenia. „Zvláštnosť absolútneho oprávnenia sa vidí v tom, že voči jeho subjektu vystupuje neurčitý počet subjektov právnych povinností.“⁸ Kto je tu však subjektom oprávnenia nebyť okradnutý? Každý. A kto subjektom povinnosti nekradnúť? Opäť každý. Konštruovanie právnych vzťahov každého s každým, kde všetci vystupujú ako nositelia (subjekty) rovnakého práva a povinnosti je síce možné, ale dovádza *ad absurdum* juridizáciu života spoločnosti. Možno je rozumnejšie uznať, že právo sa realizuje aj mimo právnych vzťahov.

Charakteristika právneho vzťahu ako spoločenského vzťahu regulovaného právom je asi správna. V modernej a postmodernej spoločnosti rastie rozsah i „hustota“ právnej regulácie, a tak sa nám zdá, že všetko naše konanie, a tým i všetky spoločenské vzťahy, do ktorých vstupujeme, sú regulované právom. Uvedené zdanie je prevažne správne, ale paradoxne neospravedlňuje záver, že ide vždy o právne vzťahy. Aj priateľské a rodinné vzťahy sú regulované právom prinajmenej do tej miery, že v nich tiež platia zákazy podvodov, násilia,

⁷ „Najjednoduchšou formou je bezprostredný výkon subjektívnych práv a dodržiavanie právnych povinností, vyplývajúcich z právnych noriem mimo právnych vzťahov“ GERLOCH, A.: Teorie práva. 6. aktualizované vydanie. Plzeň (2013), s. 140.

⁸ BOGUSZAK, J. a kol.: Teorie státu a práva. Díl I. Praha (1967), s. 414.

etc. a rodinné právo sa týka mnohého v tomto intímnom okruhu človeka. Podstata priateľstva ako vzťahu však uniká právnej regulácii a konanie človeka v tomto vzťahu obvykle nie je určené, ale len veľmi rámcovo obmedzené právom. To platí v menšej miere aj o rodinných vzťahoch, lebo tu je právna úprava podrobnejšia. K tomu, aby sa spoločenský vzťah stal právnym, nestačí jeho akákoľvek, ale len „kvalifikovaná“ právna úprava. Uvedená formulácia necháva otvorenou otázku, čo znamená kľúčový prívlastok „kvalifikovaná“. Bez nároku na presnosť azda možno povedať, že by malo ísť o právnu reguláciu samotného obsahu vzťahu (vyživovacia povinnosť rodičov a detí) a nielen o stanovenie (obvykle negatívneho) rámca daného spoločenského vzťahu (zákaz krádeže platí aj medzi priateľmi.).

Na tomto mieste sa vynára otázka (ne)vhodnosti zaužívanej terminológie. Je primerané označiť každý právom regulovaný medziľudský vzťah prívlastkom spoločenský? Právo reguluje aj vzťahy ľudí k veciam (vlastnícke právo) a tak nemožno právny vzťah definovať ako vzťah medziľudský, ale „spoločenskosť“ časti právom regulovaných medziľudských vzťahov je tiež otázna. Možno im ju dodáva právna regulácia, čiže úprava celospoločenským normatívnym systémom.

Uvažovanie o práve sa dlhodobo zakladá na jeho chápaní ako normatívneho systému určitých vlastností, ktorého základné prvky, právne normy ako pravidlá správania určitých vlastností sú obsiahnuté alebo snád presnejšie vyjadrené, nachádzajú sa v prameňoch práva vo formálnom zmysle⁹ predstavujúcich ich vonkajšiu formu. Pramene práva vo formálnom zmysle majú v zásade podobu textu. Právnu normou je teda pravidlo správania, ktoré má vonkajšiu formu niektorého z prameňov práva vo formálnom zmysle. V každodennej praxi realizácie a zvlášť aplikácie práva znalosť prameňov práva vo formálnom zmysle nahrádza otázku podstaty práva. O tom, či je pravidlo správania právnu normou, rozhoduje v zásade to, či má vonkajšiu formu niektorého z prameňov práva vo formálnom zmysle. Len situáciu neznesiteľnej čiže extrémnej nespravodlivosti právnej normy rieši známa Radbruchova formula tým, že ju napriek vonkajšej forme prameňa práva vylučuje z právneho poriadku.

Niektoré novšie právno-teoretické diela uvedené chápanie opúšťajú a umiestňujú právnu normu mimo prameňov práva vo formálnom zmysle: „... právna norma je **výsledkom** nachádzania práva (t. j. výkladu či dotvárania práva), nie jeho východiskom, a ako takú ju preto nemožno stotožňovať

⁹ „V prípade prameňov práva vo formálnom zmysle ide o formy, ktoré obsahujú právne normy, dodávajú v nich obsiahnutým pravidlám charakter práva.“ VEČEŘA, M./GERLOCH, A./SCHLOSSER, J./BERAN, K./RUDENKO, S.: Teória práva. 4. vydanie. Bratislava (2011), s. 77.

s vetou v právnom predpise. Právna norma je všeobecné pravidlo správania, ktoré sa získalo hlavne pomocou interpretácie určitého právneho predpisu či dotvorením práva pomocou analógie alebo teleologickej redukcie.¹⁰ Ak je právna norma produktom výkladu práva a nie jeho východiskom, ale predmetom aj východiskom výkladu práva je text právneho predpisu ako najčastejšieho a najvýznamnejšieho prameňa práva vo formálnom zmysle, otvára sa otázka, kde sa právna norma nachádza? Odpovedá na ňu F. Cvrček: „Právo sú predovšetkým normy, ktoré sa nachádzajú v ľudských mysliach a sú výsledkom interpretačných postupov ...“¹¹ Jeho odpoveď je logickým vyústením chápania právnej normy ako výsledku výkladu práva a zároveň je i obsažná. Umiestňuje právne normy do ľudských myslí a pridrižiava sa tradičného a podľa mienky autora týchto riadkov správneho názoru, že právo tvoria predovšetkým právne normy. Už na tomto mieste možno pripomenúť, že hovorí o ľudských mysliach v množnom čísle.

Nastoluje však viacero otázok. Prvou z nich je, čím sú vlastne pramene práva vo formálnom zmysle? Nepriamo na ňu odpovedal F. Melzer, keď napísal: „... ak chce zákonodarca niečo nariadiť, normovať, prejavíť svoju zákonodarnú vôľu, má v podstate jediný prostriedok, a to jazykový prejav, ktorý je vykonaný vo zvláštnej forme právneho predpisu. Tento jazykový prejav je vlastne komunikačným prostriedkom, ktorým zákonodarca hovorí k adresátom právnej regulácie. Naproti tomu právna norma je myšlienkou obsiahnutou v tomto prejave, ktorá však nemusí zrkadlovo zodpovedať zákonodarcovmu pokusu o jej jazykové vyjadrenie Preto hovoríme o texte právneho predpisu ako o komunikátore právnej normy a nie ako o právnej norme samotnej.“¹² Právny predpis je len jedným z viacerých prameňov práva vo formálnom zmysle a v jeho prípade sa môže zdať, že text „nesie“ informáciu o právnej norme z mysle zákonodarcu do mysle adresáta právnej normy. Zákonodarcom ani tvorcom iných právnych predpisov okrem zákona však v modernej a postmodernej spoločnosti skoro nikdy nie je jedna osoba, ale určitý kolegiálny orgán verejnej moci. Každý z jeho členov mohol do toho istého textu zo svojej mysle vkladať čiastočne odlišnú normu. Aj preto sa pri výklade práva obvykle relatívne osamostatňuje vykladaný text od jeho tvorca či tvorcov. Stáva sa pôvodným a autoritatívnym nosičom právnych noriem, a tým i zdrojom informácií o nich. Na otázku, čo je právom relevantným pre daný

¹⁰ MELZER, F.: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace. 2. vydání. Praha (2011), s. 43.

¹¹ CVRČEK, F.: Právní informatika. Praha – Plzeň (2010), s. 344.

¹² MELZER, F.: Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace. 2. vydání. Praha (2011), s. 43.

prípád (skutkový stav), sa odpovedá odkazom na právne normy obsiahnuté v prameňoch práva vo formálnom zmysle, a nie odkazom na niečiu myseľ.

Už spomínané osamostatnenie prameňov práva vo formálnom zmysle, čiže, až na právnu obyčaj, nejakých autoritatívnych textov, od ich tvorcov predstavuje asi nevyhnutný predpoklad minimálnej jednoty práva. Tu ide o jednotu v zmysle relatívnej vnútornej bezrozpornosti normatívneho systému zvaného právo.

Téza, že právo sú predovšetkým normy, ktoré sa nachádzajú v ľudských mysliach, vedie k extrémnej individualizácii a pluralizácii práva, kde každý člen spoločnosti (právneho spoločenstva) má vlastný právny poriadok v sebe. Existuje teda toľko právnych poriadkov, koľko subjektov práva? Stávajú sa tak pramene práva „len“ povinnými zdrojmi inšpirácie pre „tvorbu“ vlastného objektívneho práva každým právnym subjektom? Relatívna kultúrna jednota pluralitnej postmodernej spoločnosti asi nedokáže vytvoriť jednotu chápania právnej normy a tým i samotnej právnej normy porovnateľnú s jej zakotvením v autoritatívnom texte prameňa práv, ktorý sa osamostatnil od svojho tvorca.

Téza o práve ako normách nachádzajúcich sa v ľudských mysliach je logickým vyústením konzistentnej línie úvah, ale nastoľuje množstvo otázok a rozvracia väčšinu zaužívaného právneho myslenia.

Ľudia nemyslia rovnako a ten istý text prameňa práva neraz chápu rozdielne, čiže z neho vyvodzujú nerovnaké pravidlá správania. Navyše právo sa skoro vždy vykladá vo vzťahu k určitému prípadu, skutkovému stavu, ktorý tento výklad spoluurčuje a sám je vymedzený a štruktúrovaný aj objektívnym právom. Právna norma nachádzajúca sa v mysli jedného človeka vyvedená z textu sa bude líšiť od právnej normy nachádzajúcej sa v mysli iného človeka vyvodenej z toho istého textu. Aj ten istý človek neraz vyvodí z toho istého textu odlišnú normu podľa prípadu (skutkového stavu), s ktorým je konfrontovaný. A zatiaľ ostáva mimo týchto úvah kontinuálna zmena ľudského myslenia, a tým i v ňom obsiahnutej právnej normy v čase.

A tak sa vynára otázka, v čej mysli obsiahnutá norma je právnou a všeobecne záväznou? Môže byť vôbec všeobecne záväzným pravidlo správania obsiahnuté v ľudskej mysli a „len“ komunikované prostredníctvom nejakého materiálneho nosiča? Obvyklé zdôrazňovanie úlohy súdu v právnom štáte zväzda k odpovedi, že všeobecne záväznou je právna norma v mysli sudcu. Pôsobiť však môže, až keď bude pomocou nejakého materiálneho nosiča komunikovaná adresátom. Právna norma sa potom dostáva do ich mysli, ale opäť asi v inej podobe ako bola v mysli sudcu. Autoritatívnym textom (prameňom práva vo formálnom zmysle) sa stáva súdne rozhodnutie a z neho adresáti práva v konkrétnom rozhodovanom prípade i v budúcich prípadoch rovnakého druhu a neurčitého počtu

už ako z prameňa práva vyvodí vo svojich myšliach každý možno tak trochu odlišnú právnu normu, ktorou sa bude riadiť. To je cesta do chaosu, ale nie vyvrátenie tézy, že právne normy sú výsledkami interpretačných postupov a nachádzajú sa v ľudských myšliach.

Právu chápanému tradične ako súbor právnych noriem sa pripisuje všeobecná záväznosť. Ťažko pokladať za všeobecne záväznú myšlienku a možno vôbec pripísať všeobecnú záväznosť pravidlám správania (právnym normám) v myšliach rôznych ľudí týkajúcich sa tej istej situácie? Umiestnenie právnych noriem do autoritatívnych prameňov práva vo formálnom zmysle znamená ich „oslobodenie“ od autora i adresáta a pokus o objektivizáciu a intersubjektivitu. Zároveň však platí, že adresát právnej normy (snažiaci sa o jej zachovanie) koná podľa svojej predstavy právnej normy, čiže podľa toho, čo je v jeho mysli. Presun právnej normy do mysle adresáta práva znamená, že všeobecnú záväznosť získava prameň práva vo formálnom zmysle (obvykle text) a stráca ju právna norma? Nie je rozumnejšie „ponechať“ právnu normu v autoritatívnom texte prameňa práva a z neho ju výkladom nájsť a rekonštruovať do predstavy (myšlienky) nachádzajúcej sa v ľudskej mysli?

Téza, že právna norma je výsledkom interpretácie práva a hlavne, že sa nachádza v ľudskej mysli, má významné dôsledky pre samotné chápanie práva, právne myslenie i pre prax tvorby a realizácie práva.

Právna prax je postavená na predpoklade všeobecnej záväznosti práva tvoreného výlučne alebo aspoň hlavne pravidlami správania obsiahnutými v prameňoch práva vo formálnom zmysle. Už len zmena terminológie ponechávajúca všeobecnú záväznosť textu prameňa práva a presúvajúca právnu normu do subjektivity ľudskej mysle by deštruovala veľa z právnej praxe. Tvorcom práva by sa stal každý adresát právnej normy a tvorba práva v tradičnom zmysle by sa premenila na formuláciu autoritatívnych odkazov (príkazov) čo má byť právom?

Ako už bolo uvedené, ľudská myseľ má v podanej realizácii akokoľvek chápanej právnej normy významné miesto a je tu neobíditeľná. Mimo mysle niet konania. Z toho však nevyplýva presun právnej normy z autoritatívneho textu do ľudskej mysle. Ak sa právna norma ponechá v texte prameňa práva, cestou výkladu sa z neho vyvodí (české slovné spojenie „nalézání práva“) jej predstava v ľudskej mysli a táto sa konfrontuje s relevantnou skutkovou podstatou, ktorá ovplyvnila už samotné „nalézání práva“.

Právna norma tak ostáva objektivizovaná a zachytená v prameni práva čiže v autoritatívnom texte. Právo ostáva súborom (s aspiráciou na systémovosť) právnych noriem ako pravidiel správania vzťahujúcich sa na neurčitý počet budúcich prípadov rovnakého druhu a jeho realizácia znamená konanie adresátov právnych noriem v súlade s nimi.

Na ceste k realizácii práva konaním jeho adresátov dochádza, ak si uvedomujú, že ich konanie je právom regulované, k individualizácii a konkretizácii právnej normy v ich mysli. Vzniká tu viac či menej správna predstava právnej normy obsiahnutej v texte prameňa práva a až táto predstava sa premieta do ich konania a tak určuje podobu právneho vzťahu.

Ostáva otázkou, či je umiestnenie právnej normy v prameni práva vo formálnom zmysle, čo skoro vždy znamená v autoritatívnom texte, alebo v ľudskej mysli vecou rozhodnutia alebo poznania. Je nesporné, že interpretácia textu prameňa práva je cestou buď k právnej norme samotnej alebo k jej predstave, pričom predstava a/alebo norma sa nachádza v ľudskej mysli. Právne myslenie i právna prax vychádzajú z umiestnenia právnej normy do prameňa práva a jej premiestnenie do ľudskej mysle by napríklad znamenalo, že všeobecne záväzné nie je právo, ale pramene práva alebo, že právo netvorí právne normy, ale pramene práva ako autoritatívne texty.¹³

Prikláňam sa k názoru, že právo je súbor právnych noriem ako pravidiel správania objektivizovaných v prameňoch práva vo formálnom zmysle. Cestou výkladu práva, čo skoro vždy znamená interpretáciu autoritatívneho textu, sa dospieva k viac či menej správnym predstavám právnych noriem, ktoré sa nachádzajú v ľudských mysliach a následne sú neraz opäť vyjadrené v textoch. Právo sa však realizuje len prostredníctvom ľudského konania, čiže hlavne prostredníctvom predstáv ľudí o tom čo právo v danom prípade vyžaduje.

Realizácia práva úzko súvisí s výkonom verejnej moci. V ideálnom právnom štáte je všetok výkon verejnej moci aj realizáciou práva a všetka realizácia práva súvisí, i keď veľmi rozdielne, s verejnou mocou. Tvorba práva je v právnom štáte aj realizáciou práva. Zákonodarný orgán, parlament schvaľovaním zákona, čiže tvorbou práva realizuje ústavu a svoj rokovací poriadok, čiže právo.

Súvislosť s verejnou mocou či verejno-mocenský rozmer významne ovplyvňuje realizáciu práva. Každý, kto realizuje právo, sa v už spomínanom ideálnom právnom štáte (ktorý neexistuje) môže spoliehať na podporu a garanciu verejnej moci. To platí aj pre výkon subjektívnych práv patriaci vždy do rámca realizácie práva. Realizácia práva predstavuje jednu zo základných funkcií či úloh (podľa zvolenej terminológie) štátu i ostatných inštitúcií verejnej moci a nevyhnutnú vonkajšiu formu realizácie všetkých

¹³ „Text je právom a text treba zachovávať.“ SCALIA, A.: *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton (1994), s. 22. Paradoxne uvedená veta amerického konzervatívneho sudcu po vytrhnutí z kontextu vystihuje jeden z možných dôsledkov presunu právnej normy do ľudskej mysle pre chápanie práva.

ich funkcií/úloh. Výkon verejnej moci predstavuje realizáciu právomoci ako zvláštneho hybridu subjektívneho práva a povinnosti. Ak nastanú právom predvídané podmienky (predpoklady), orgán verejnej moci je nielen oprávnený, ale i povinný konať, čo mu právo ukladá, ale bez právneho základu a naplnenia právom predpokladaných podmienok konať nemôže, lebo by išlo o svojvôľu. Teoretická jednoduchosť a jasnosť uvedenej konštrukcie nezodpovedá zložitosti a komplikovanosti i problematike jej praktického uplatnenia. Inštitúcie verejnej moci plnia v modernej a postmodernej spoločnosti početné a čiastočne protirečivé funkcie (úlohy) a sledujú, či by aspoň mali sledovať verejný záujem. Ich napĺňanie vnáša do výkonu právomoci ako časti realizácie práva moment účelnosti, a tým nevyhnutne i v rôznych prípadoch veľmi nerovnakej miery uváženia. Zdanlivo paradoxne obdobne ako účelnosť pôsobia v procesoch výkonu právomoci a asi realizácie práva vôbec i spravodlivostné úvahy. Všeobecnosť a neurčitosť zákonných formulácií funkcií (úloh) inštitúcií verejnej moci a zvlášť verejného záujmu a spravodlivostných predstáv nie sú spravidla nedostatkami tvorby práva, ale vyrastajú z povahy toho, čo vyjadrujú.

Východiskom mocenského rozmeru realizácie súkromného práva je téza, že akákoľvek právna regulácia, okrem dnes bezvýznamných právnych obyčají, je aj výkonom verejnej moci. Právna regulácia vnáša do ňou regulovaných spoločenských vzťahov prvok či kritérium verejného záujmu a vyjadrené opačne: právom má byť regulované len to, čoho sa týka veľmi široko chápaný verejný záujem. Právo by teda malo predstavovať prostriedok vyjadrenia a uplatnenia verejného záujmu, ktorý máva hlavne v súkromnom práve podobu usporiadania súkromných záujmov podľa nejakého pravidla typu „Zmluvy sa majú dodržiavať.“

Zo zorného uhla uplatňovania verejnej moci predstavujú zvláštny prípad subjektívne verejné práva, o ktorých G. Jellinek okrem iného napísal: „Subjektívne verejné právo nespočíva na dovoľujúcich, ale výlučne na moc prepožičiavajúcich právnych vetách“¹⁴ (Rechtssätzen). Časom sa za jadro subjektívnych verejných práv začali považovať ľudské či občianske práva, ale akú moc prepožičiava právo založiť rodinu? Len tú, že orgán verejnej moci má povinnosť človeka zosobášiť. Asi možno nájsť viacero príkladov ľudských a občianskych práv, ktorých moc prepožičiavajúci charakter sa ťažko konštruje a vzbudzuje úsmev. Jellinekova formulácia však napriek svojej prílišnej jednoznačnosti pripomína ďalší prvok vzťahu práva a moci. Právo nielen potrebuje garanciu verejnej moci a samotnú moc obmedzuje a reguluje,

¹⁴ JELLINEK, G.: System der subjektiven öffentlichen Rechte. Tübingen (1905), s. 52.

ale zároveň stanovuje (a informuje) kedy, pri akých svojich konaniach a za akých podmienok môžu fyzické osoby a právnické osoby súkromného práva počítať s akou podporou orgánov verejnej moci. Tento prvok vzťahu moci a práva sa zvlášť prejavuje v súkromnom práve, do procesov realizácie ktorého vstupujú orgány verejnej moci typicky (ale nie výlučne) z podnetu subjektov súkromného práva. Presadzujú pritom, alebo by aspoň mali presadzovať, právne normy, právne princípy, hodnoty, etc. obsiahnuté v objektívnom práve, čiže majúce vonkajšiu formu niektorého z prameňov práva nachádzajúce sa v myšliaciach osôb tvoriacich „personálny substrát“ relevantných orgánov verejnej moci? Do hry vstupujú preto, lebo subjekty súkromného práva, a teda v zásade účastníci súkromnoprávných vzťahov mali vo svojich myšliach odlišné právne normy alebo predstavy právnych noriem obsiahnutých v objektívnom práve a/alebo z nich vyplývajúcich svojich subjektívnych práv a povinností.

Bude sa teda (verejná) moc „prepožičiavať“ ľuďom podľa ich nevyhnutne subjektívnych myšlienok – právnych noriem nachádzajúcich sa v ich myšliach a predstavujúcich výsledok nespočetných individuálnych a väčšinou laických výkladov autoritatívnych textov, čiže prameňov práva vo formálnom zmysle? Len zdanlivým riešením či odpoveďou je, že rozhodujúca je právna norma nachádzajúca sa v mysli (myšliach) osoby (osôb) tvoriacich príslušný orgán verejnej moci, lebo aspoň v právnom štáte sú i jeho existencia a právomoc založené na objektívnom práve a nepredstavujú iba sociálny (a zvlášť mocenský) fakt. Ale ak je objektívne právo normami umiestnenými v ľudských myšliach, obsah čej mysli bude rozhodujúci pre existenciu a právomoc orgánu verejnej moci?

Presun právnej normy z prameňa práva do ľudskej mysle, kde predstavuje výsledok výkladu asi už nie práva, ale „len“ jeho prameňa (autoritatívneho textu)¹⁵ vysvetľuje rastúci záujem právnej vedy o problematiku výkladu a jeho metód, lebo výklad textu prameňa práva sa v logike východiskovej tézy stáva rozhodujúcou fázou tvorby. Preto je viac ako pochopiteľná snaha zviazať ho kánonom *lege artis* postupov. Doterajšie rozčlenenie tvorby a realizácie práva sa tak rozkladá. Tvorba prameňov práva (asi okrem právnej obyčaje) je upravená tradične chápaným právom, a teda bola v tomto zmysle i realizáciou práva, ale až na malé, no významné výnimky (niektoré ustanovenia organizačnej časti ústavy, rokovací poriadok zákonodarného zboru a pod.) nešlo o spojenie tvorby a realizácie toho istého právneho

¹⁵ „... adekvátnejším sa javí termín „výklad právnych predpisov“ alebo azda „výklad právneho textu“.“ ZIELIŃSKI, M.: *Wykladnia prawa. Zasady, reguly, wskazówki*. Wydanie 5 poprawecne, uwspólcešnione i poszerone. Warszawa (2010), s. 47.

predpisu. Umiestnenie právnej normy na koniec výkladu (práva?) a do ľudskej mysle buď posunie realizáciu práva až do štádia konania adresátov práva na základe právnych noriem v ich myšliach, alebo spojí výklad obsahu prameňa práva s realizáciou práva na ceste od prameňa práva do ľudskej mysle. V oboch prípadoch sa nezanedbateľne menia vžitú predstavy o tvorbe, výklade a realizácii práva. Potreba zmeniť vžitú predstavy v dôsledku novej teórie (paradigmy?) či objavu nevypovedá nič o jeho (ne)správnosti.

Jednoduchá, jasná a rozumne pôsobiaca téza, že právna norma je výsledkom výkladu práva a nachádza sa v ľudskej mysli, má doposiaľ zložité, nejasné a problematické dôsledky. Zatiaľ nevidieť, že by na jej základe vznikala jednoduchšia a hlavne menej rozporná teória práva. A to už je argument nabádajúci aspoň k jej opätovnému premysleniu, no i k pokusu uchopiť na jej základe mnohé, pri chápaní práva ako súboru pravidiel správania nachádzajúcich sa v prameňoch práva vo formálnom zmysle, vyriešené témy. Ide totiž o tézu zasahujúcu jadro teóriou i praxou dlhodobo prijímaného chápania práva, ktorá je nezlučiteľná s veľkými časťami doterajšej právnej vedy i doktríny. To zvlášť vidieť pri konceptualizácii praktického pôsobenia práva, čiže pri téme realizácie práva, kde by právo malo predstavovať *ratio scripta*.

Summary

Law is a practical enterprise. It means that the aim of law is influencing and particularly regulation of human behaviour. In modern and postmodern societies is almost all human behaviour in some degree regulated by law. But it does not mean that we always implement some law. Human behaviour has to be regulated with some intensity to speak about implementation of law. Law is implemented predominantly, but not exclusively in legal relationships. Some recent legal literature of good quality presents the opinion, that legal norm is not the starting point, but the result of interpretation and is situated in human mind. This opinion changes great part of traditional legal concepts and precepts. For instance when a legal norm is the result of interpretation of law, then either the law is not a system of norms or it is situated in human minds.

Odpovědnost za škodu způsobenou zvířaty v římském právu

Petr Bělovský

Actio de pauperie - Edictum de feris - Actio de pastu - Lex Pesolania

Problematika odpovědnosti za škodu způsobenou zvířaty byla dobře známá již v antice. Ve starém Římě byla postupně domestikována prakticky všechna zvířata, která za domácí považujeme i dnes.¹ V prostředí agrární společnosti zvířata hrála velmi významnou roli a byla zcela běžnou součástí každodenního života nejen na venkově, ale i ve městech. Na soukromých pozemcích, stejně jako ve veřejných prostorách se běžně vyskytovala nejen domácí zvířata, ale i zvířata divoká. Zvířata pomáhala obdělávat půdu, byla chována pro konzumaci, zábavu i pro výkon náboženských obřadů. Zvířata byla lovena, sloužila k ochraně majetku, stejně jako domácí mazlíčci.

Zvíře chápe římské právo striktně jako druh věci. Vzhledem ke specifickým projevům však římské právo přeci jen chápalo zvířata jako věc *sui generis*, jako tomu bylo též u otroků. V narativní literatuře se tak můžeme setkat s rozlišováním na věci „mlčící, mluvící a bučící“.²

Na rozdíl od ostatních věcí římstí právníci brali v potaz skutečnost, že oproti jiným druhům věcí jsou zvířata schopna jisté interakce, jsou schopna projevů určité specifické vůle, jimiž mohou zasahovat do majetkových a jiných práv lidí. Jakkoli nejde o právně relevantní projev vůle, přesto k ní právníci v některých souvislostech přihlíželi, a to zpravidla z praktických (resp. pragmatických) důvodů, protože projev, resp. chování zvířete, mohl vést k pozitivním i negativním zásahům do majetkové sféry lidí. Typickým příkladem pozitivního zásahu byl případ institutu *animus revertendi*,³ s nímž se můžeme setkat v justiniánských Institucích, jakási vůle zvířete k návratu, podle které se posuzovalo vlastnictví zvířete, resp. jeho nabytí formou okupace. Divoké a svobodné zvíře, které opakovaně projevovalo vůli

¹ Např. psi však byli v Římě domestikováni pravděpodobně relativně pozdě. Demonstrativní výčet zvířat, která je zapotřebí pokládat za domestikovaná, uvádí Inst. 2,1. Tato úprava byla zjevně reakcí na spory některé druhy zvířat.

² M. T. Varro, *Rerum rusticarum de agri cultura*.

³ Inst. 2,1,12.

vracet se k určité osobě, se považovalo za majetek této osoby. Ovšem pokud zvíře *animus revertendi* ztratilo, obnovil se jeho status *res nullius* a vlastnické právo zaniklo.

Na tomto příkladu je vidět, že římsští právníci byli ochotni v určitých případech zohledňovat vůli (*animus*) zvířete, podobně jako i lidí, jakkoli chápali tuto vůli jako specifickou, odlišnou od vůle člověka, resp. subjektu práva. Zvíře zásadně nerozumí tomu, co činí (*sensu caret*)⁴ a proto se nemůže dopustit protiprávního jednání, resp. protiprávní jednání zde spočívá v samotné újmě (*noxia autem est ipsum delictum*).⁵ I proto byla zvířata považována za *res*, jelikož nemohla být nositeli subjektivních práv.

Nutno ovšem konstatovat, že pokud jde o projev vůle zvířete, představuje *animus revertendi* v rámci římského práva spíše výjimku, než cokoli jiného. Pokud jde o principy právní odpovědnosti za způsobenou škodu, potvrzuje římské právo vysokou úroveň vyspělosti uvažování antických právníků, kteří při zkoumání odpovědnosti zohledňovali pouze vůli subjektu, který vykonával moc nad zvířetem, resp. posuzovali pouze vůli založenou na schopnosti si tuto odpovědnost (tj. povinnost *sui generis*) uvědomovat, což byl důsledek zřetelné distinkce mezi subjekty a objekty práva. To platí i navzdory skutečnosti, že Římané zohledňovali při posuzování odpovědnosti chování, resp. povahu zvířete.

Takový přístup nebyl v kontextu starověku standardní, spíše naopak, byl výjimečný svojí vyspělostí. V jiných právních řádech doby antického Říma (ale i později) se setkáme s jiným druhem právního uvažování o principech odpovědnosti. Nejen že tyto právní řády často nerozlišují různé formy zavinění, ale setkáváme se v nich s případy personifikace objektů práv. Takto například Démostenés v řeči proti Aristotelovi říká: „Pokud kámen, kus dřeva, železa nebo něčeho podobného spadne na člověka a ten, kdo hodil, není znám, bude soudní řízení v Prytaneu vedeno proti věci samotné.“⁶ Ve stejném duchu hovoří Antifón ve své Tetralogii: pakliže dítě bylo zasaženo oštěpem, když si hrálo v místech, kde trénovali atleti, Antifón popisuje dobovou polemiku o tom, zda kauza má být řešena před Prytaneem, nebo zda proces má směřovat proti samotnému oštěpu.

Pokud jde o zvíře, pak Platón v obdobném duchu uvádí: „Pokud zvíře zabije člověka, mohou příbuzní oběti pohnat viníka před soud a zajistit aby, pokud

⁴ Ulp. D. 9,1,1,1; Inst. 4,9 pr.

⁵ Ulp. D. 9,1,1,3.

⁶ Prytaneum byl svým způsobem soud, který se zabýval zpravidla hrdelními zločiny, a to v případech, kdy zločinec nemohl být dopaden, anebo tímto „zločincem“ (tzn. pachatelem) byla určitá věc.

bude odsouzen (zvíře), byl jim vydán k hrdelnímu trestu nebo vyhnanství za hranice státu.⁷ Podobně také ve středověku i novověku, viz např. Porphyryus (*De abstinentia* 3,6) nebo Johann Crell (*Ethica Christiana*, 1663).

Konstrukce odpovědnosti za škodu způsobenou zvířaty, tak jak se postupně vyvinula ve starém Římě, byla tedy ve své době specifická. Zejména také tím, že náhrada škody se realizovala výlučně na základě majetkových principů a na základě odpovědnosti za jednání zvířete. Striktně se tedy odlišovala odpovědnost subjektu (tzn. vlastníka či držitele zvířete) od objektu, tzn. zvířete samotného.

V římském právu se vyskytuje několik speciálních institutů na ochranu proti škodě způsobené zvířaty. Obecná ochrana na základě *actio legis Aquiliae* rovněž nebyla vyloučena, ale byla v řadě případů nepraktická, jak bude specifikováno níže, což byl mimo jiné důvod zavedení speciální ochrany. Jistým specifikem římskoprávní úpravy odpovědnosti za zvířata bylo, že se setkáváme s instituty jak subjektivní, tak i objektivní odpovědnosti. Podívejme se tedy na tyto instituty podrobněji.

Actio de pauperie

Žaloba *actio de pauperie* patří k nejstarším institutům dané tematiky. Vychází ze Zákona XII desek, jak zjišťujeme z justiniánských Institucí i Digest. Výraz „*pauperies*“ je nejasného původu, nicméně prameny definují *pauperies* jako *damnum sine iniuria facientis datum*, tzn. škoda, způsobená bez protiprávního jednání.⁸

Jde o noxální žalobu umožňující zbavit se odpovědnosti vydáním zvířete. Žaloba zásadně směřuje proti vlastníkovi zvířete. To znamená, že *pauperies* se netýká škod způsobených divokým zvířetem, ať už narozeným jako divoké, anebo zvířetem, které uteklo svému vlastníkovi, čímž si obnovilo svůj status *res nullius*.

Základním kriteriem pro přiznání žaloby přitom není samotné vlastnictví, ale zejména také povaha zvířete. Odpovědnost nastává v situaci, kdy zvíře, které způsobilo škodu, jednalo v rozporu se svojí přirozenou povahou (*quae contra naturam moventur*). Jinak se tedy posuzovala škoda způsobená nebezpečným zvířetem a jinak takovým, které je známé pro svojí klidnou povahu. Přirozená povaha se přitom posuzuje nejen podle druhu zvířete, ale také podle povahy konkrétního jedince. Náhrady škody na základě *actio de pauperie* se tak nemůže například domáhat ten, jenž posadil svého otroka na cizího koně, který je známý tím, že kope, nebo je jinak nebezpečný. Stejně

⁷ Platon, Zákony, 873-4.

⁸ Ulp. D. 9,1,1,3; Inst. 4,9.

tak, pokud byl někdo na útěku a vběhl bez rozmyšlení do obchodu, kde jej pokouše pes, nemůže být vlastník psa žalován.

Důležitým kritériem, jak uvádí Ulpianus, je i samotný druh zvířete. Škoda kvalifikovaná jako *pauperies* může být spáchána pouze čtyřnohými zvířaty (*quadrupedes*), resp. jakýmkoli (*omnes*) čtyřnohým zvířetem, přičemž pro ostatní zvířata tedy příslušela *actio utilis*.⁹

Z hlediska pramenů je žalobě věnován celý jeden titul Digest (D. 9,1.), který je předřazen před pojednání o obecněji pojatém *lex Aquilia*, jemuž je věnován druhý titul deváté knihy. Použití *lex Aquilia* není při škodě způsobené zvířetem zcela vyloučeno. Pokud např. osel způsobí škodu tím, že na někoho svrhne náklad, protože jeho vlastník jej přetížil, nebo je cesta neschůdná, nemůže žalovat žalobou *de pauperie* a musí použít standardní aquiliánskou žalobu z deliktu.¹⁰ Stejně tak římsští právníci kvalifikují jako *damnum iniuria datum* škodu způsobenou psem, který byl špatně uvázaný, nebo jehož pán vzal do veřejných prostor navzdory ediktálnímu zákazu.¹¹ Obecně tedy platí, že *actio de pauperie* přísluší tehdy, jestliže zvíře způsobilo škodu navzdory své povaze (*contra naturam*). Pakliže zvíře bylo úmyslně vyprovokováno ke škodlivému chování, přísluší aquiliánská žaloba.¹² Jestliže tedy někdo uhodil nebo poranil koně, bude odpovídat podle *lex Aquilia*. Avšak jestliže koně hladil a bude zasažen kopytem tohoto koně, přísluší *actio de pauperie*.¹³

Pokud je zvíře vyprovokováno k nestandardnímu chování nikoli člověkem, nýbrž jiným zvířetem, bude příslušet *actio de pauperie* vůči vlastníkovu provokujícího zvířete. Obdobně i v případě, že zvířata spolu zápasí. Vlastník zvířete, které zápas vyprovokovalo, bude čelit žalobě *de pauperie*. Jestliže však agresor zahyne, vlastník bránícího se zvířete nebude odpovědný za *pauperies*.¹⁴

Actio de pauperie však nepřisluší v případě divokých zvířat. Ta totiž, pokud svému vlastníkovu uniknou, ať už se tak stane ve městě nebo mimo město, tedy mimo veřejné prostory, získají osvobození znovu status *res nullius* a proto nelze o odpovědnosti za jimi způsobenou škodu hovořit.¹⁵

⁹ Paul. D. 9,1,4.

¹⁰ Ulp. D. 9,1,1,4.

¹¹ Ulp. D. 9,1,1,5.

¹² Ulp. D. 9,1,1,6.

¹³ Ulp. D. 9,1,1,7.

¹⁴ Ulp. D. 9,1,1,11.

¹⁵ Ulp. D. 9,1,1,10.

Přítom rozhodující pro pasivní legitimaci není vlastnictví zvířete v okamžiku způsobené *pauperies*, nýbrž v době podání samotné žaloby.¹⁶ Jestliže tedy vlastník zvíře poté, co způsobilo škodu, zvíře prodal, bude aktivně legitimován nový, resp. aktuální vlastník. Stejně tak, pokud zvíře do vznesení žaloby zemře, není žaloba dále již přípustná.

Pokud jde o aktivní legitimaci, není jediným oprávněným z *actio de pauperie* vlastník poškozené věci, ale kdokoli, komu vznikla jakákoli újma, jako např. nájemce.¹⁷

Lze tedy shrnout, že oproti *actio legis Aquiliae* je *actio de pauperie* založena na principu objektivní odpovědnosti, což z ní činí podstatně praktičtější nástroj. Dalším rozdílem je také ten, že oproti akviliánské žalobě *actio de pauperie* nevyžaduje přímé tělesné působení při působení škody.

Edictum de feris

Kromě soukromoprávní úpravy odpovědnosti za škody způsobené zvířaty se v římském právu setkáme i s veřejnoprávní regulací chovu zvířat, resp. dispozice s nimi, zejména pak v situaci, kdy hrozilo nebezpečí škody nebo ublížení na zdraví. Již kolem roku 170 př. Kr. byl vydán zákaz dovozu lvů a panterů do Říma (jak známo, nebyl dodržován).¹⁸ Pravděpodobně o něco později zavedl aedilský *edictum de feris* regulaci pohybu zvířat ve veřejných prostorách.¹⁹ Tento edikt zakazoval do veřejných prostor²⁰ vodit psy, domácí nebo divoká prasata, medvědy a lvy.

Uvedený výčet do značné míry refletoval narůstající množství divokých zvířat, které byly zejména z Afriky do Říma dováženy pro konání her.²¹ V této souvislosti např. víme, že sochař Praxiteles byl v přístavu Ostia napaden leopardem, který unikl z klece, když pracoval na soše lva.²² Šlo však jen o demonstrativní výčet a zákaz se vztahoval obecně na jakékoli nebezpečné zvíře, a to i když je připoutané.²³

Edikt se však týkal i jiných, resp. zdomácnělých, zvířat. Paulus např. výslovně uvádí, že koza, která trká, stejně jako tvrdohlavý mezek nebo obecně všechna zvířata, která se příliš lekají, se třeba v tomto směru

¹⁶ Ulp. D. 9,1,1,12.

¹⁷ Paul. D. 9,1,2 pr.

¹⁸ Plinius NH VIII,17,64.

¹⁹ Ulp. D. 21,1,40,1.

²⁰ Původní text hovoří o blízkosti cest (*iter fiet*), ale rozumí se tím všechna veřejná místa.

²¹ Např. podle Suetonia bylo jen při otevření římského Kolosea v roce 80 zabito 5 000 šelem v jediném dni. Suetonius, *De vita Caesarum*, Titus, VII.

²² Plinius, *Historia naturalis* XXXVI,4,40.

²³ Paul. D. 21,1,41.

považovat za nebezpečná (*vitiosum*) a je tedy zapotřebí, aby s touto jejich povahou se počítalo.²⁴

Uvedený edikt současně stanovil, že v případě porušení stanoveného zákazu, jehož následkem dojde svobodný člověk k újmě, může být vlastník zvířete odsouzen na jakoukoli částku, kterou soudce uzná za vhodnou a spravedlivou (*bonum et aequum*). Ulpianus hovoří o pokutě ve výši 200 solidů v případě zabití svobodného člověka a o výši dle uvážení soudce v případě zranění svobodného.

Vedle toho však může být vlastník odsouzen ještě k dvojnásobku hodnoty způsobené škody²⁵ a žalován žalobou *de pauperie*. Při konkurenci žalob se poenální žaloby tedy vzájemně nekonzumovaly.

Samotný edikt tedy neměl primárně rekuperační, nýbrž poenální charakter, přičemž vycházel z principu objektivní odpovědnosti, bez možnosti noxálního vydání. Tím se edikt stal silnějším nástrojem než *actio de pauperie*. Žaloba se nevztahovala na případy smrtelného zranění svobodného člověka, zatímco edikt pravděpodobně ano.²⁶

Podmínkou odpovědnosti bylo primárně vlastnictví zvířete a žalobce tedy nemusel dokazovat zavinění vlastníka, přičemž spoluzavinění poškozeného (např. provokací zvířete) nevyklučovalo odpovědnost vlastníka zvířete. Edikt umožňoval nárokovat si dvojnásobek způsobené škody. V případě zranění svobodného člověka edikt umožňoval domáhat se kompenzace v plném rozsahu, bez zohlednění hodnoty zvířete v případě noxálního vydání, a to v rozsahu, který specifikuje soud.

Actio de pastu

O této žalobě toho mnoho nevíme, jakkoli vychází již ze Zákona XII desek a je jí věnován jeden titul Digest. Ten je však velmi stručný, resp. jde o jeden z nejkratších titulů Digest. Pojednává primárně o škodě způsobené dobyt看em spasením plodů. Ulpianus se zabývá případem, kdy někdo úmyslně poslal své stádo dobytka, aby spáslo žaludy, které spadly ze stromu na sousedním pozemku. Odvolává se přitom na ustanovení Zákona XII desek, které přiznávalo vlastníkovu plodů právo sbírat plody z vlastního stromu na cizím pozemku společně s právem na cizí pozemek za tímto účelem vstupovat.²⁷ Jestliže

²⁴ Paul. D. 21,1,43 pr.

²⁵ Ulp. D. 21,1,42.

²⁶ B. S. JACKSON: Liability for animals in Roman Law: An Historical sketch. In: Cambridge Law Journal 37 (1978), s. 134.

²⁷ Plinius NH, XVI,5,15. Zákon XII desek hovořil o žaludech, ale později bylo toto sousedské právo praetorem rozšířeno na všechny plody, viz samostatný titul D. 43,28 nazvaný

žaludy nebyly spaseny, přiznává Pomponius (jehož Ulpianus cituje) *actio ad exhibendum*, protože vlastník pozemku, na němž žaludy leží, má zákonnou povinnost plody vydat vlastníkovi. Pokud ovšem nebyly spaseny, zmiňuje Ulpianus přípustnost interdiktu *de glande legenda*²⁸ nebo *actio in factum*.²⁹ Pakliže byly spaseny, nemá vlastník plodů další možnosti, protože *actio de pastu* přísluší pouze v případě, že dobytek škodu způsobil na cizím pozemku. Jestliže žaludy spásal na pozemku vlastníka stáda, pak *actio de pastu* nepřislouší.

Podmínkou *actio de pastu* bylo vznik škody na cizích plodech způsobený na cizím pozemku. Poškozený mohl nárokovat plnou náhradu škody, za předpokladu, že žalobce prokázal úmysl, nebo alespoň nějakou formu zavinění.³⁰ V romanistické literatuře však existuje i menšinový názor, že *actio de pastu* byla založena na objektivní odpovědnosti.³¹

Význam *actio de pastu* historicky končí zavedením *actio legis Aquiliae*, která ji co do účelu v praxi dostatečně nahradila. Ve srovnání s tím přežila *actio de pauperie* podstatně delší dobu, když je ještě v justiniánské kodifikaci vnímána jako významná žaloba a je jí věnována podrobná úprava.

Lex Pesolania

Pauperies se v úpravě Zákona XII desek netýkal psů, protože v době vydání tohoto zákona psi nebyly v Římě domestikovanými zvířaty (ačkoli v jiných kulturách byli domestikováni podstatně dříve). Z jejich domestikace vzešla potřeba právní úpravy jejich držení, resp. vlastnictví, ev. odpovědnosti z ní vyplývající. Pravděpodobně z toho důvodu byla zavedena žaloba z *lex Pesolania*, která časově spadá zřejmě mezi *lex Aquilia* a *edictum de feris*.

O žalobě se zmiňuje Paulus ve svém spise *Sententiae*, když uvádí: „*etiam lege Pesolania de cane cavetur*“³², nicméně konkrétní informace o obsahu této normy se nám do dnešních dnů nedochovaly.

Na závěr lze zmínit rovněž veřejnoprávní, resp. trestněprávní normu, jež připouští žalobu proti potulným obchodním cestujícím, kteří nosí hady, pro případ, že někdo dojde újmy ze strachu z hadů.³³ Trest se pak odvíjel od závažnosti protiprávního jednání.

De glande legenda.

²⁸ D. 10,4,9,1

²⁹ Ulp. D. 19,5,14,3.

³⁰ B. S. JACKSON: Liability for animals in Roman Law: An Historical sketch. In: Cambridge Law Journal 37/1978, s. 123.

³¹ B. S. JACKSON: Liability for animals in Roman Law: An Historical sketch. In: Cambridge Law Journal 37/1978, s. 138.

³² Paul. Sent. I,15,1.

³³ Paul. D. 47,11,11.

Summary

Animals had played a significant role in everyday life in the ancient Rome. It was therefore necessary to set up rules for the liability for the damage caused by animals. Romans were very pragmatic in this sense. While other cultures of that time imposed liability often on the animal itself, Romans made only the owner liable for his property. There were several remedies in Roman law for this purpose. Primarily *actio de pauperie*, based on strict liability which made it distinct from *actio legis Aquiliae*. The others were *actio de pastu*, *edictum de feris* and *actio Pesolania*.

Provoco ad populum!
**(Pomerne neučesané myšlienky aj o tom, že všetky zákony
sú ako pavučiny a stav poznania je krehký)**

Alexander Bröstl

Prvá provokácia - Prvé zdanlivé odbočenie - Návrat k pôvodnej téme provokácie

Prvá provokácia

Nie je to tak trochu provokácia písať pri takejto príležitosti o provokácii? Rímske „základné právo“, právo na *provocatio*,¹ ktoré Marcus Tullius Cicero (106 – 43 pred Kr.) považoval za zakotvené už pred Zákonom XII tabúl (ďalej aj ako „Zákon“ alebo „XII tabúl“), ako aj v ňom, sa v rámci zákonodarstva v období od klasickej republiky po neskorú republiku tak podstatne zmenilo, že jeho pôvodný obsah sa dal vyvodiť len zo základného významu predpony *pro-* a zo základného slova *vocare*. Prekladať *vocare* ako „pozvať, povolať“ napokon zodpovedá úvodnej vete Zákona „*SI IN IUS VOCAT*“, pričom predponu „*pro-*“ možno vo významovom kontexte preložiť aj ako „pred verejnosť“.²

O zákonoch *lex Valeria de provocatione* možno uvažovať v troch historických a časových súvislostiach: či podľa prameňov tento zákon zaviedol roku 509 pred Kr. konzul Publius Valerius Poplicola³ (zomrel asi 503 pred Kr.), okolo čoho sa však vytvorila značná bariéra nedôveryhodnosti, či ho v roku 449 pred Kr. uviedli konzul Lucius Valerius Poplicola a Marcus Horatius Barbatus, čo je zasa pri najlepšej vôli skôr považované za vec viery, či jediným spomedzi uvedených troch zákonov, čo právnici historici

¹ „Právo proti rozhodnutiam sa odvolávať, ten ozajstný štít občianskej pospolitosti a baštu slobody (*patrona illa civitatis ac vindex libertatis*)“. M. T. Cicero: O rečníkovi. In: Tuskulské hovory, Laelius o priateľstve a iné. Bratislava (1982), s. 386.

² V tejto stati vychádzam z prameňa FLACH, D. (ed.): Das Zwölftafelgesetz. Darmstadt (2004), s. 216-217. *Provocare* možno jednoznačne prekladať ako „odvolávať sa“.

³ Pôvodne Publicola, neskôr, podľa prezývky (*agnomen*), Poplicola: „Preto ho ... nazvali Poplicola, čo znamená ten, čo sa stará o ľud. Toto meno sa stalo bežnejším ako jeho pôvodné meno, preto ho budeme používať...“. Plútarchos: Životopisy slavných Řeků a Římanů I. Publicola. Praha (2006), s. 155 n. (Pozri aj Plutarchovo porovnanie Publicolu so Solónom).

jednohlasne prijímajú ako fakt, je *lex Valeria de provocatione* z roku 300 pred Kr. Na druhej strane sa zdá, že *provocatio* predsa len bolo v časoch, o ktorých hovoríme, aj pred rokom 300 pred Kr., etablované ako obyčajové právo. Zdá sa, že toto právo pôvodne chránilo pred svojvôľou magistrátov, zatiaľ čo to neskoršie oprávňovalo odvolať sa na zvolanie ľudového zhromaždenia obce.⁴

Prvé zdanlivé odbočenie

Vráťme sa trochu k začiatkom, t.j. k Zákonu XII tabúl, keďže „ešte teraz je v tejto nesmiernej hromade nakopených zákonov prameň všetkého verejného i súkromného práva (*qui nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo, fons omnis publici privatique est iuris*)“.⁵ Slová „ešte teraz“ vyslovil Titus Livius (59 pred Kr. – 17 po Kr.) v čase písania *Ab urbe condita* (asi 27 – 25 pred Kr.), v tom čase o návrhu zákona spísaného na desiatich tabuliach.⁶ Môže ešte aj teraz, ešte aj dnes niekoho zaujať?

Zákon XII tabúl predchádza *Corpus iuris civilis*. Označuje sa aj ako „základný zákon“, vzhľadom na jeho význam, keďže obsahuje jadro neskoršieho právneho systému (poriadku), je základným textom pre neskoršie obdobia. Z akých prameňov vlastne pochádzajú naše vedomosti o ňom? Akú úlohu zohrali pri jeho písaní grécke vzory?

V období sporu medzi patricijmi a plebejcami (v roku 453 pred Kr.?) bolo prijaté rozhodnutie vyslať do Atén troch poslov s tým, aby odpísali Solónove zákony a aby sa oboznámili s ustanovizňami, obyčajami a nariadeniami iných gréckych *poleis*.⁷ Keď sa traja muži po roku vrátili do Ríma, senát prijal uznesenie o voľbe decemvirov, desaťčlennej komisie, na ktorú bola prenesená zvrchovaná moc konzulov. Decemvirovia potom „za napätého očakávania ľudí predložili desať tabúl a zvolali ľud na zhromaždenie, aby to bolo dobré, priaznivé a šťastné pre republiku, pre nich a ich deti a pozvali ich, aby prišli, aby si prečítali tie predložené zákony (*...ingentique hominem expectatione propositis decem tabulis, populum ad contionem advocaverunt et,*

⁴ Účastník sporu mohol zvolať: „*Provoco ad populum!*“ (Odvolávam sa na ľud!). Odvolávalo sa na *comitia populi tributa*, ktoré vznikli okolo 357 pred Kr. ako napodobnenie *comitia plebis tributa*, od ktorých sa však líšili tým, že to boli zhromaždenia celého rímskeho ľudu plebejcov a patricijov, organizované podľa 35 tribuí (kmeňov).

⁵ Livius: *Dějiny I*. Praha (1971), Kniha III,34, s. 266.

⁶ Desať tabúl nie je omyl, pretože pôvodne ich malo byť len desať. Dve pribudli dodatočne, o čom sa zmieňuje aj Titus Livius v ďalšom texte.

⁷ Livius: Kniha III,31, s. 262-263. Členmi delegácie boli Sptius Postumius Albus, Aulus Manlius a Publius Sulpicius Camerinus.

*quod bonum faustum felisque res publicae ipsis liberisque eorum esset, ire et legere leges propositas iussere).*⁸

Sú namieste nejaké pochybnosti o delegácii v Aténach, o tom, čo tam robila, do akej miery sa venovala štúdiu Solónových zákonov?⁹ Zdá sa, že Rimania až za Ciceronových čias znovu uverili, že v texte Zákona sa prejavuje vplyv Solónových zákonov. Pre úplnosť treba dodať, že historik Polybios (asi 200 – 120 pred Kr.) vychádza z toho, že rímski poslovia sa do Grécka vydali po prvý raz až v roku 228 pred Kr.¹⁰ Ciceronove tvrdenia oslabil však aj Gaius, keď uvádza „... nebudem ďalej provokovať, pretože stále viac odbočujem od provokácie...“.

Zákon pôvodne napísaný na desiatich tabuliach, odhlasovaný patricijmi aj plebejcami asi roku 450 pred Kr., bol teda asi publikovaný na drevených tabuliach/doskách, ktoré zničil požiar v roku 387 pred Kr. Bol zničený iba „fyzicky“, inak žil ďalej. Cicero píše, že sa ho učil naspamäť.¹¹

Za zmienku stoja najmenej tri znaky Zákona, ktoré sú každému zrejmé na prvý pohľad. Štruktúra: za podmieňovacou vetou (*πρότασις*, *protasis*, čo prichádza skôr, rozsah) nasleduje hlavná veta (*ἀπόδοσις*, *apodosis*, čo nasleduje, nadviazanie), ktorá obsahuje zodpovedajúce určenie skutkovej podstaty. Text je lapidárny, výstižný a obsahuje konkrétne prípady namiesto zovšeobecnení a definícií. Ďalšou charakteristickou črtou Zákona je, že v ňom dominujú procesné právne pravidlá, aj keď o presnej podobe procesu možno z fragmentárneho podania získať iba málo oporných bodov. Predstavivosť právneho historika je takto zas a znovu ťažko skúšaná.

⁸ Livius: Kniha III,34, s. 265.

⁹ Vedeli už vtedy, čo Solón okrem iného povedal o zákonoch v rozhovore s Anacharsisom: „Zákony sú ako pavučiny (pavúcie siete = *ἀραχνίους ὁμοίους*), pretože tak ako pavučiny chytia do svojej siete malých a slabých, väčší ich však môžu roztrhať a vyslobodiť sa z nich.“ Alebo to Solón v tom čase ešte nestihol povedať? Pozri: Plútarchos: Životopisy slavných Řeků a Římanů I. Solón. Praha (2006), s.130. Kedy vzniklo rímske „Mocní lámu zákon, bezmocných zákon chytá. (*Lex rumpitur a validis, invalidosque tenet*)“?

¹⁰ Polybios: Dějiny I. Praha (2008), 2,12,7 a 8: „Také teda boli príčiny a priebeh prvého vyodenia rímskeho vojska v Ilýrii a v tej časti Európy a tiež nadviazanie oficiálnych stykov s Gréckom. Po tomto začiatku vyslali Rimania ihneď ďalších poslov do Korintu a do Atén...“.

¹¹ M. T. Cicero: Über die Rechtllichkeit (De legibus). Stuttgart (1983), 2,9: „Odmala sme sa učili „ak niekto predvoláva pred súd“ a uvádzali nám iné typy zákonov... *A parvis enim ... didicimus, si in ius vocat atque alia eius modi leges nominare.*“ Alebo 2,59: „Veď sme sa učili Zákony ako nevyhnutnú pieseň, dnes sa ich neučí nikto (*Discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium, quas iam nemo discit*).“ V tejto súvislosti pozri BLAHO, P.: Rechtserziehung im archaischen Rom. In: Studia in honorem Velimirii Pólay septuagenarii. Szeged (1985), s. 93-101. Dodávam, že táto práca jubilanta je viackrát citovaná v európskej romanistike, v tomto prípade môžem ako príklad citovania uviesť základnú literatúru k dielu Zákon dvanástich tabúl, ktoré vydal, preložil a komentoval Dieter Flach, na stranách 23 a 237.

Návrat k pôvodnej téme provokácie

Môžeme teda z XII tabúl' vyvodit' nejaký poznatok o inštitúte *provocatio*? Pri myšlienkovvej rekonštrukcii ich textu sa prípadne môžeme pridať k Ciceronovi, ktorý kladie dôraz na slová „**a rovnako to ukazujú XII tabúl' v rôznych zákonoch, že proti každému rozsudku a každému trestu sa mohlo podať odvolanie** (*itemque ab omni iudicio poenaque provocari licere indicant XII tabulae conpluribus legibus*)“¹²; ak nepreháňa, uvedené právo mal mať každý žalobca a každý žalovaný, ktorý bol sklamaný z výsledku svojho sporu. Cicero však možno zovšeobecňoval, preto sa zdá, že v skutočnosti tento procesný prostriedok bolo aj tak treba použiť vždy vtedy, keď sa muselo rozhodovať o tele a o živote rímskeho občana. V každom prípade podľa jeho slov a podľa toho, ako čítal XII tabúl', o tom rozhodoval rímsky ľud zvolaný k tzv. *comitiatus maximus*.¹³ Kým rímskych občanov oprávnených hlasovať bolo okolo 10 000 a nikto z nich to nemal ďaleko, aby sa dostal do stredu mesta, nevyžadovalo si takéto zvolanie (povolanie) ľudu veľa času a námahy.

V období Zákona *provocatio* ešte nemuselo chrániť občana pred svojvôľou sudcov. Pokiaľ vrchný veliteľ vojska súdil na rímskom fóre, tí, čo hľadali právo, sa nemuseli obávať toho, že ich oklame (podvedie) z pohnutí vlastného prospechu; jeho úloha sa naplnila tým, že dozeral na proces ako sprostredkovateľ (urovnania sporu, mieru). Trest smrti podľa XII tabúl' nehrozil úplatnému magistrátovi, ale úplatnému prísaznému sudcovi (porotcovi): „O ktorom z týchto ustanovení zákona si však možno myslieť, že je stanovené bezcitne? Jedine ak si myslíš, že bezcitné je určenie zákona, ktoré súdom ustanoveného samosudcu alebo arbitra usvedčeného pri prerokúvaní sporu z toho, že prijal peniaze, trestá smrťou...“¹⁴ Vrchný veliteľ vojska iba vyhlásil výsledok, na

¹² M. T. Cicero: *De re publica/Vom Gemeinwesen*. Stuttgart (1979), 2,54, s. 222-223. M. T. Cicero: *O věcech veřejných*. Praha (2009), II,54, s. 104-105. Vráťme sa k Poplicolovi. Plutarchos uvádza: „Ľudu dal právo voliť úradníkov a **obžalovaným dovolil odvolávať sa na ľud**, podobne ako Solón dovolil **odvolanie sa k sudcom**.“ Plutarchos: *Životopisy slavných Řeků a Římanů I*. Praha (2006), s. 174.

¹³ M. T. Cicero: *Über die Rechtlichkeit (De legibus)*. Stuttgart (1983), 3,11, s. 89: „O tele a o živote občana majú iba vo veľkom ľudovom zhromaždení (a to v tom, ktoré cenzori usporiadali do oddelení celého ľudu) dávať hlasovať. [*De capite civis nisi per maximum comitatum (ollosque quas censores in partibus populi locassint) ne ferunto*].“ Ide o znenie ustanovenia IX. tabule Zákona.

¹⁴ Aulus Gellius: *Noctes Atticae, Liber XX, VII*: „*Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest, nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei...*“ O Atických nociach som mal po prvý raz možnosť diskutovať s kolegami zo zahraničia (prof. Catalano, prof. Irmischer) počas „smolenických nocí“ ako účastník medzinárodnej

ktorom sa strany sporu zhodli: „*Rem ubi pagunt, oratio*“. Preto ani neočakával, že by ho niektorá zo strán v spore namietla azda preto, že z úradnej moci zvolá ľudové zhromaždenie, ktoré rozhodovalo o tele a živote rímskych občanov.¹⁵

Provocatio¹⁶ sa zmenilo na „základné právo“ podľa Tita Livia v roku 449 pred Kr., keď Marcus Duillius presadil v zhromaždení návrh na zvolenie konzulov s právom rímskych občanov môcť sa odvolať proti ich rozhodnutiu,¹⁷ ktoré chránilo občanov pred zneužitím moci. Konzulské zriadenie však nadobudlo účinnosť až roku 367 pred Kr. Predstavuje znamenie plebejskej slobody a politický prostriedok proti trestnej právomoci patricijských magistrátov.

Ak je tento prevládajúci názor správny, až prijatie *lex Valeria de provocatione* okolo roku 300 pred Kr. znamenalo začiatok prijímania zákonov slúžiacich na obmedzenie práva trestať, ktoré mali magistráti s prikazovacou právomocou.

V ďalšom období medzi rokom 300 pred Kr. a Gracchovcami teda už neexistovalo *ius provocationis*, pretože ľudový súd už nebol samozrejmosťou (?). Pokiaľ sa *provocatio* vo vnútorných nepokojoch stalo bojom o ľudový súd, mohla znovu vzniknúť predstava, že sa **proti** moci magistrátov znovu odvolávalo **na** ľud (v skutočnosti sa však magistrát vyhlasoval za nekompetentného).¹⁸

Post scriptum / Dôvetok 1

Právo je dvojsečná zbraň, obrazne povedané dvojsečný meč, ak si nepreviažeme oči, ale ak si vo vzťahu k nemu nasadíme 3D okuliare spravodlivosti. Ochrana pred zneužívaním práva magistrátmi, verejnými

konferencie Sociálne revolúcie a právo 23. – 25. októbra 1980 práve v Smoleniciach, ktorú v tom čase spolu s pánom profesorom Karolom Rebróm organizoval aj (vtedy) docent Peter Blaho.

¹⁵ FLACH, D. (ed.): Das Zwölftafelgesetz, s. 22.

¹⁶ Podrobnejšie napr. BLEICKEN, J.: Ursprung und Bedeutung der Provocation. SZ 76 (1959), s. 324-377; MARTIN, J.: Die Provocation in der klassischen und späten Republik. Hermes 98 (1970), s. 72-96.

¹⁷ „*Confestim de consulibus creandis cum provocatione M. Duillius rogationem pertulit.*“ Livius, Kniha III, 54 a 55, s. 295. Konzulské úradovanie obnovilo ešte „iný zákon konzulský, ... totiž zákon o odvolaní, jedinečnú záruku slobody... (*aliam deinde consularem legem de provocatione, unicum praesidium libertatis*) ... aby nikto nedal zvoliť žiadneho úradníka bez práva odvolať sa (*ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet*)“.

¹⁸ Goldmann, F./Merl, M./Schlmayer, M./Walter, U. (eds.): BLEICKEN, J.: Gesammelte Schriften. 1. Griechische Geschichte. 2. Römische Geschichte (Anfang). Ursprung und Bedeutung der Provocation. Stuttgart (1998), s. 366.

činiteľmi je vo všeobecnosti a v každom období problémom. Zvolať spoluobčanov, nech sa ešte raz (a poriadne) pozrú na to, ako nositeľ moci, úradník, rozhodol vo vzťahu k občanovi – to bol hlavný zmysel *provocatio* ako významnej právnej záruky.

Post scriptum / Dôvetok 2:

S Publiom Valeriom Poplicolom a jeho vzťahom k republike (a možno aj k provokácii) to predsa len asi bolo dobré, keď po mnohých storočiach, ktoré uplynuli od Ciceronovho hodnotenia,¹⁹ aj autori Listov Federalistov, Alexander Hamilton, James Madison a John Jay, použili **alonym** (teda nie anonym!) „Publius“, t. j. vypožičané krycie meno autora diela,²⁰ práve na počesť zdôraznenia zásluh tohto konzula²¹ na založení Rímskej republiky.

Zusammenfassung

Diese kurze Skizze enthält ein paar Überlegungen zum Institut der *Provocatio* als „Grundrecht“ oder als „Prozessgarantie“, das den römischen Bürger vor der Willkür der Magistraten beschützen sollte, wie man ihn zu verschiedenen Zeiten der Römischen Republik vor allem in verschiedenen Gesetzen *lex Valeria de provocatione* (aber z. B. wahrscheinlich auch im Zwölftafelgesetz) aufgefasst hat.

¹⁹ Bez ohľadu na pochybnosti o Ciceronovom názore, že „P. Valerius ... a tým bol naozajstným Publicolom (t. j. priateľom ľudu), navrhol ľudu zákon, ktorý bol ako prvý odhlasovaný v centuriátnom sneme, že žiadny úradník nesmie dať občana proti jeho odvolaniu usmrtiť alebo bičovať (*P. Valerius ... in quo fuit „Publicola“ maxime, legem ad populum tuit eam, quae centuriatis comitiis prima lata est, ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret*).“ M. T. Cicero: O věcech veřejných. Praha (2009), II,51, s. 104-105. Podľa Dietera Flacha sú tieto správy nedôveryhodné už len preto, že predpokladajú, že konzuli prevzali právne nástupníctvo po kráľovi a ich moc mala byť obmedzená. Podľa neho, ak by už v tomto období (509 pred Kr.) bol vznikol zákon o provokácii, ktorý by mal rovnaký cieľ ako tie neskoršie, mohol by zaviesť iba to, že proti trestným rozhodnutiam, ktoré vydal *praetor maximus*, sa dalo odvolať na ľud. FLACH, D. (ed.): Das Zwölftafelgesetz, s. 214.

²⁰ HAMILTON, A./MADISON, J./JAY, J.: Listy federalistov. Bratislava (2002), s. 36.

²¹ Konzuli, podľa slova *consulere* (starat' sa), nie králi alebo páni, podľa kraľovania, či panovania. Porovnaj: „...*qui consules appellati sunt a consulendo, non reges aut domini a regnande atque dominando*.“ Bližšie pozri tento názor: Aurelius Augustinus, O Boží obci. I. Praha (2007), V,12, s. 182-183.

„*Catholica Lex*“ a nariadenia cisárov týkajúce sa cirkevných záležitostí

Róbert Brtko

Počiatky kánonického práva - Konštantín (306 - 337) a laický štát - Cisárske nariadenia a židovské obce - Spoločenské a inštitucionálne funkcie cirkvi v Rímskej ríši - Smerom ku konfesijnému štátu - Recepcia kánonov do cisárskeho práva - Cisárske cirkevné právo - Záver

Počiatky kánonického práva

Prvotná cirkev po Milánskom edikte (313) začala postupne uskutočňovať vlastnú zákonodarnú a normatívnu činnosť, a to prostredníctvom koncilových kánonov a pápežských dekretálií. V tomto období sa cirkev usilovala prehĺbiť kresťanskú náuku a presne formulovať svoje učenie. Dlhotrvajúce teologické spory sa týkali podstatných vieroučných otázok. V tejto súvislosti sa východní cisári prejavovali ako ochrancovia cirkvi a často aj priamo zasahovali do riešenia cirkevných problémov.

Prvé dva partikulárne koncily (Ankara r. 314 a Neocesarea r. 320) a potom aj Prvý nicejský ekumenický koncil, ktorý zvolal v roku 325 cisár Konštantín, zaviedli do praxe pojem „kánon“ (z gréčtiny kánon) na označenie normatívnej aktivity cirkvi. Cirkevné normy prvých koncilov (pred rokom 381) obsahovali **usmernenia disciplinárneho a liturgického charakteru**. Svedčí o tom napríklad zbierka koncilových kánonov *Syntagma canonum* nazývaná aj *Corpus canonum orientale*, ktorá vznikla pravdepodobne roku 370 v Antiochii.¹ Táto zbierka obsahovala okrem nariadení troch vyššie uvedených koncilov aj normatívu ďalších partikulárnych koncilov konaných v Gangres (341 – 342), Antiochii (341) a Laodícei (343). V čase vládnutia cisára Teodózia I. (379 – 395), ale ešte pred Prvým carihradským koncilom (r. 381), bola zbierka *Corpus canonum orientale* prepracovaná.² Neskôr k nej boli pridané kánony Prvého carihradského všeobecného koncilu a Chalcedónskeho

¹ POPOV, STICKLER, A. M.: *Historia juris canonici latini. Institutiones Academicæ. Historia fontium*. Roma (1985), s. 13-14 a ERDŐ, P.: *Introductio in historiam scientiæ canonicæ*. Roma (1999), s. 48.

² POPOV, FALCHI, G. L.: *Fragmenta iuris romani canonici*. Roma (1998), s. 13-14.

všeobecného koncilu (451). Takže konečná redakcia uvedenej zbierky bola takáto: po vyznaní (symbole) viery podľa Nicejského koncilu nasledovali kánony koncilov: a) Nicea (1 – 20); b) Ankara (21 – 44); Neocesarea (45 – 58); Gangres (59 – 78); Antiochia (79 – 103) a Chalcedón (167 – 193).

Mnohé cirkevné snemy konané po roku 380 sa zaoberali predovšetkým **vieroučnými otázkami**. Napríklad Prvý carihradský koncil riešil teologický spor o Duchu Svätom, Efezský koncil (431) formuloval učenie o ľudskej prirodzenosti Ježiša Krista, alebo Chalcedónsky snem (451) zas odsúdil tzv. monofyzitizmus.

Na základe uvedených skutočností môžeme konštatovať, že kánonické právo sa v prvopočiatočnej fáze svojho vývoja chápalo ako súbor princípov a predpisov, ktoré nariadila cirkevná autorita a ktoré sa týkali liturgie, viery, ale i oblasti cirkevnej disciplíny. Z obsahového hľadiska mali cirkevné nariadenia prvotnej cirkvi dvojaký charakter, na ktorý upozornil už Tertulián (2 – 3 stor.), keď cirkevnú normatívu rozlišoval na „*lex fidei*“ a „*lex disciplinae*“, teda na normatívu týkajúcu sa dogmatickej oblasti a na normatívu týkajúcu sa praxe.³

Vedľa tohto celku kánonických noriem sa v piatom storočí v právnych prameňoch rímskeho práva objavuje výraz „*Christiana Lex*“ alebo „*Catholica Lex*“. Adresáti týchto nariadení boli prevažne „*cives*“ rímskeho impéria. Výraz „*Catholica Lex*“ sa objavil v konštitúcii Honoria vyhlásenej 14. októbra 410 v Ravene: „*Ea, quae circa **catholicam legem** vel olim ordinavit antiquitas vel parentum nostrorum auctoritas religiosa constituit vel nostra serenitas roboravit, novella superstitione submota integra et inviolata custodiri praecipimus*“ (C.Th. 16,11,3). Cisár potvrdzoval svoje vlastné nariadenia, ako aj nariadenia svojich predchodcov, ktoré sa týkali ochrany noriem kánonického práva. Vskutku tento výraz prevzali aj *Gesta conlationis Carthaginensis* (1,4,4–8), ktoré sa odvolávali na konštitúciu Honoria.⁴ Nariadenie Honoria sa zachovalo aj v zbierke *Lex Romana Visigothorum*, ktorá bola určená pre germánskych vládcov západného Francúzska a Španielska.

Výraz „*Christiana Lex*“ nachádzame aj v najstarších konštitúciách vzťahujúcich sa na „*episcopalis audientia*“:

- „*Imp. Constantinus a. Iudex pro sua sollicitudine observare debebit, ut, si ad episcopale iudicium provocetur, silentium accommodetur et, si quis **ad legem christianam** negotium transferre voluerit et illud iudicium observare [...]*“ (C.Th. 1,27,1).
- „*Imp. Constantinus a. ad Ablabium praefectum praetorio. [...] iudicium elegerit **sacrosanctae legis antistitis***“ (Constitutiones Sirmondianae 1).

³ BARONE-ADESI, G.: *L'età della Lex Dei*. Napoli (1992), 100 s.

⁴ Cisár potvrdzuje: „[...] *Inter imperii nostri maximas curas, catholicae legis reverentia aut prima aut sola est*“.

Môžeme teda potvrdiť, že zmienené výrazy zhodne poukazujú na existenciu určitého celku pravidiel, predpisov a princípov, ktoré sú vlastné kánonickému právnemu poriadku.

Konštantín (306 – 337) a laický štát

Konanie Konštantína ešte nebolo zamerané na to, aby sa „*Catholica Lex*“ reciprovala do rímskeho právneho poriadku, resp. aby ním bola uznaná. Z druhej strany cisárovi nariadenia smerovali k tomu, aby kresťanskému náboženstvu zabezpečil ochranu v tom zmysle, že by cirkev mohla v pokoji plniť svoje vlastné náboženské a sociálne ciele. Ale podstatný význam Milánskeho ediktu spočíval najmä v tom, že ním bol vyhlásený tzv. **separačný princíp** medzi cirkvou a štátom. Konštantín Milánskym ediktom vyhlásil to, že rímsky štát vo vzťahu ku kresťanskému náboženstvu bude presadzovať **neutrálny postoj**, alebo inými slovami akýsi „*laicismus*“. Po vyhlásení Milánskeho ediktu zákonodarné aktivity Konštantína smerovali k tomu, aby cirkvi a kresťanskému duchovenstvu priznal niektoré výsady, a to preto, aby v spoločnosti mohlo efektívnejšie naplňať vlastné poslanie.⁵ Išlo predovšetkým o oslobodenie od kuriálnych tiarch a úradov spojených s hmotnou zodpovednosťou a o udelenie tzv. *privilegium fori*, podľa ktorého duchovní podliehali len cirkevným súdom a na svetský súd sa mohli dostaviť iba so súhlasom biskupa. Oslobodenie od tzv. kuriálnych tiarch („*susceptiones*“⁶ a „*nominaciones*“⁷) bolo katolíckemu duchovenstvu priznané už v roku 313.⁸ Takéto privilégium bolo už predtým udelené pohanským kňazom a židovským komunitám.⁹

⁵ Napr. kresťanské duchovenstvo dostalo rovnaké výsady, aké mali pohanskí kňazi, bolo oslobodené od verejných tiarch a úradov spojených s hmotnou zodpovednosťou, biskupi mohli prijímať testamentárne odkazy v prospech cirkvi (*Patrimonium Sancti Petri*) a dostali súdnu právomoc, právo prepúšťať otrokov (*manumissio*). Okrem toho Konštantín zreformoval právny poriadok a vydal viacero nariadení, napr. nedeľu uznal ako deň pracovného pokoja, zrušil trest ukrižovaním, zrušil Augustove zákony proti bezženstvu a iné.

⁶ Porov. C.Th. 16,6.

⁷ Porov. C.Th. 16,1.

⁸ Uvedené je možné dedukovať z textu nariadenia Konštantína adresovanému prokonzulovi v Afrike: „*Imp. Constantinus a. Haereticorum factione comperimus ecclesiae catholicae clericos ita vexari, ut nominationibus seu susceptionibus aliquibus, quas publicus mos exposcit, contra indulta sibi privilegia praegraventur. Ideoque placet, si quem tua gravitas invenerit ita vexatum, eidem alium subrogari et deinceps a supra dictae religionis hominibus huiusmodi iniurias prohiberi*“, Dat. prid. kal. nov. Constantino a. III et Licinio III c. cons. (313 [?] oct. 31) [porov.: C.Th. 16,2,1].

⁹ „*Idem a. ad Ablavium praefectum praetorio. Qui devotione tota synagogis iudaeorum*

Konštantínovi nástupcovia v podstate pokračovali v tejto línii tým spôsobom, že niekedy rozširovali,¹⁰ inokedy zužovali¹¹ uvedené beneficium. Dôvodom takýchto výhod bola skutočnosť, že Konštantín zaradil niektoré činnosti klerikov v pastoračnej a spoločenskej oblasti do verejnej sféry (r. 319).¹² Informácie o týchto oslobodeniach v prospech klerikov nenachádzame len v Teodoziánskom, ale aj v Justiniánskom Kódexe (C. 1,2,5). V tejto súvislosti je potrebné upozorniť aj na výsadu prijímania testamentárnych odkazov v prospech cirkvi, na ktoré sa nevzťahovali predpisy upravujúce formálne náležitosti odkazov.¹³

Nariadenia, prostredníctvom ktorých boli kresťanským duchovným udelené tieto privilégia nachádzame prevažne v 16. knihe Teodoziánskeho kódexu, ale aj v justiniánskej kodifikácii (*Codex a Novellae*). Výsady boli najskôr priznané len na západe a po roku 324 aj na východe.

Cisárske nariadenia a židovské obce

V právnych prameňoch z poklasického obdobia nachádzame právne texty hovoriace aj o úprave niektorých vzťahov medzi kresťanskou a židovskou komunitou. Napríklad Teodoziánsky kódex obsahuje nariadenia Konštantína

patriarchis vel presbyteris se dederunt et in memorata secta degentes legi ipsi praesident, immunes ab omnibus tam personalibus quam civilibus muneribus perseverent, ita ut illi, qui iam forsitan decuriones sunt, nequaquam ad prosecutiones aliquas destinentur; cum oporteat istiusmodi homines a locis in quibus sunt nulla compelli ratione discedere. Hi autem, qui minime curiales sunt, perpetua decurionatus immunitate potiantur“. Dat. III kal. decemb. Constantinopoli Gallicano et Symmacho cons. (a. 330 nov. 29) [porov.: C.Th. 16,8,2]. „*Idem a. decurionibus Agrippiniensibus. Cunctis ordinibus generali lege concedimus iudeos vocari ad curiam. Verum ut aliquid ipsis ad solacium pristinae observationis relinquatur; binos vel ternos privilegio perpeti patimur nullis nominationibus occupari*“. Dat. III id. dec. Crispo II et Constantino II cc. cons. (321 dec. 11) [porov.: C.Th. 16,8,3]. „*Idem aa. Caesario praefecto praetorio. Iudaei sint obstricti caerimoniis suis: nos interea in conservandis eorum privilegiis veteres imitemur; quorum sanctionibus definitum est, ut privilegia his, qui illustrium patriarcharum dicioni subiecti sunt, archisynagogis patriarchisque ac presbyteris ceterisque, qui in eius religionis sacramento versantur, nutu nostri numinis perseverent ea, quae venerandae christianae legis primis clericis sanctimonia deferuntur. Id enim et divi principes Constantinus et Constantius, Valentinianus et Valens divino arbitrio decreverunt. Sint igitur etiam a curialibus muneribus alieni pareantque legibus suis*“. Dat. kal. iul. Caesario et Attico cons. (397 iul. 1) [porov. C.Th. 16,3,13].

¹⁰ Porov. C.Th. 16,2,1; 2; 7; 8; 10; 11; 13; 14; 15; 16; 18; 24; 29; 30; 34; 36; 37; 40; 46; 47.

¹¹ Porov. C.Th. 16,2,6; 8; 9; 17; 19; 21.

¹² Porov. C.Th. 16,2,2.

¹³ Porov. C. 1,2,1.

(z r. 335) zamerané na ochranu náboženskej slobody, a to tým spôsobom, že potláčali trestné postihy židovskej obce voči tým, ktorí chceli prestúpiť na kresťanstvo (C.Th. 16,8,1). Záujem cisára o túto oblasť sa sústredil najmä po roku 330, teda v čase prenesenia hlavného sídla do Konštantínopolu. Vo východnej časti ríše v tom čase existovali početnejšie i aktívnejšie židovské obce. Konštantín taktiež obmedzil vlastnícke práva židov pokiaľ išlo o vlastníctvo kresťanských otrokov (C.Th. 16,9,1–5). Zakázal uzavieranie manželstiev medzi židmi (mužmi) a kresťankami (C.Th. 16,8,6).¹⁴ Tento zákaz sa interpretoval ako zákaz uzavierania miešaných manželstiev medzi židmi a kresťanmi. Celkovo možno konštatovať, že účasť židov na sociálnom a inštitucionálnom štátnom živote Konštantín značne zredukoval (porov. C.Th. 16,8,21; 28; 29).

Spoločenské a inštitucionálne funkcie cirkvi v Rímskej ríši

Ďalšia skupina právnych noriem pochádzajúcich z obdobia cisára Konštantína bola zameraná na udelenie niektorých štátnych právomocí cirkevným inštitúciám, najmä biskupom. Uvedené normy nachádzame v Teodoziánskom kódexe, v ktorom sú zaradené pod osobitnými titulmi. Napríklad „*episcopalis audientia*“ je umiestnená v 27. titule prvej knihy, ktorý má názov „*De episcopalis definitione*“; alebo moc asistovať pri prepúšťaní otrokov sa nachádza v 7. titule štvrtej knihy, ktorý nesie názov „*De manumissionibus in ecclesia*“. Právo týkajúce sa udelenia azylu v kostole nájdeme v 45. titule deviatej knihy „*De his, qui ad ecclesias confugiunt*“. Právo azylu bolo podmienené tým, že žiadateľ o azyl bol povinný odložiť zbrane a taktiež bol povinný sa podriadiť cirkevnej autorite.

Vidíme, že postoj Konštantína voči požiadavkám kresťanských spoločenstiev (ktoré chceli žiť podľa Kristovho evanjelia a podľa zásad kresťanskej lásky) bol priaznivý. Preto sa cisár rozhodol upraviť niektoré už predtým existujúce právne inštitúty, a to v prospech kresťanských hodnôt, čím umožnil, aby kresťanstvo ľahšie prenikalo do spoločenského života.

V roku 318 Konštantín uviedol do života osobitný druh procesu, tzv. „*episcopalis audientia*“, čím kresťanom poskytol možnosť, aby sa so svojimi žiadosťami o vyriešenie sporov neobracali na civilné, ale na cirkevné fórum,

¹⁴ „*Imp. Constantius a. ad Evagrium. Post alia: quod ad mulieres pertinet, quas iudaei in turpitudinis suae duxere consortium in gynaeceo nostro ante versatas, placet easdem restitui gynaeceo idque in reliquum observari, ne christianas mulieres suis iungant flagitiis vel, si hoc fecerint, capitali periculo subiugentur*“, dat. id. aug. Constantio a. II cons. (339 aug. 13).

t. j. na biskupa, ktorý aplikujúc „*lex christiana*“ posudzoval takéto prípady: „IMP. CONSTANTINUS A. *Iudex pro sua sollicitudine observare debet, ut, si ad episcopale iudicium provocetur, silentium accommodetur et, si quis ad legem christianam negotium transferre voluerit et illud iudicium observare, audiat; etiamsi negotium apud iudicem sit inchoatum, et pro sanctis habeatur, quidquid ab his fuerit iudicatum: ita tamen, ne usurpetur in eo, ut unus ex litigantibus pergat ad supra dictum auditorium et arbitrium suum enuntiet. Iudex enim praesentis causae integre habere debet arbitrium, ut omnibus accepto latis pronuntiet*“ (C.Th. 1,27,1).

Prakticky išlo o kauzy týkajúce sa oblasti súkromného práva, ktorého aplikačnú tvrdosť mohol biskup (vďaka svojej veľkej autorite u veriach) zmierňovať princípmi kánonického práva, ale najmä evanjelióvymi zásadami a tiež tzv. „*aequitas christiana*“. Pokiaľ išlo o procedúru pri riešení týchto sporov, nebola až taká formálna, ale v kresťanskom duchu bola prispôsobovaná hľadaniu materiálnej spravodlivosti. Je prirodzené, že veriaci boli nabádaní, aby sa so svojimi spornými záležitosťami obracali na biskupa a aby sa vyhýbali civilnoprávnej procedúre riešenia sporov.¹⁵

Biskupom a cirkevným súdom bola teda daná súdna právomoc s výnimkou prípadov týkajúcich sa ťažkých zločinov (porov. C.Th. 16,2,12; 16,2,23; 16,2,41; 16,11,1; Nov. Iust. 123).

Cisár Konštantín udelil biskupom aj ďalšiu právomoc, a to **prepúšťať otrokov na slobodu** (*manumissio*). Spresňujeme, že prepustením otroka na slobodu podľa civilného práva (medzi ktoré patrilo aj prepustenie otroka vyhlásením pred biskupom v chráme) sa otrok nielenže stal slobodným, ale taktiež aj rímskym občanom (to však len za predpokladu, že otrok bol v civilnom vlastníctve svojho pána). C.Th. 4,7,1: IMP. CONSTANTINUS a HOSIO EPISCOPO: „*Qui religiosa mente in ecclesiae gremio servulis suis meritam concesserint libertatem, eandem eodem iure donasse videantur, quo civitas Romana solennibus decursis dari consuevit. Sed hoc dumtaxat iis, qui sub adspectu antistitum dederint, placuit relaxari. Clericis autem amplius concedimus, ut, quum suis famulis tribuunt libertatem, non solum in conspectu ecclesiae ac religiosi populi plenum fructum libertatis concessisse dicantur, verum etiam quum postremo iudicio libertates dederint, seu quibuscumque verbis dari praeceperint ita ut ex die publicatae voluntatis, sine aliquo iuris teste vel interprete, competat directa libertas*“.

Účinky takéhoto prepustenia otroka na slobodu boli rovnaké ako v prípade *manumissiones iuris civilis*. Vôľa prepustiť otroka musela byť vyhlásená pred kresťanskou komunitou v chráme a taktiež musela byť

¹⁵ Porov. 1Kor 6,1; 2Kor 5; Tert. De oratione in PL 1269 a iné.

akceptovaná cirkevnou autoritou, ktorá „*ad probationem*“ vystavila o tom písomný doklad. Tak, ako to vyplýva z § 21 *Leges Constantini Theodosii Leonis* (ktoré sú známe pod názvom *Sýrsko-rímska kniha*) v provinčnej praxi stačilo, aby vôľa prepustiť otroka na slobodu bola prejavená pred biskupom alebo kňazmi.

V 16. knihe Teodoziánskeho kódexu nachádzame ďalšie nariadenia, ktoré v porovnaní s predchádzajúcimi majú menší význam. Išlo napríklad o to, že biskupom bolo udelené právo dohliadať na usilovnosť cisárskych úradníkov pri potláčaní pohanských kultov (C.Th. 16,10,19). V *Constitutiones Sirmondianae* je spomenuté právo a povinnosť biskupov: a) uskutočňovať vizitácie vo väzniciach a kontrolovať, ako sa tam zaobchádza so zadržanými; b) garantovať azylové právo v kostoloch; c) bdieť nad výkonom pohanských kultov (Const. Sirm. 12). Zákonodarstvo cisára Justiniána ešte rozšírilo právomoci biskupov, a to v súvislosti s ich dozornou činnosťou zameranou na potláčanie hazardných hier (C. 1,4,25; C. 3,43,1), alebo v súvislosti s menovaním opatrovníka nad duševne chorým (*furiosus*) (C. 1,4,27).

Na záver tejto časti môžeme konštatovať, že uvedené právne normy obsiahnuté v cisárskych nariadeniach upravovali zo strany štátu cirkevné záležitosti v prospech cirkvi, čo umožnilo nielen jej ľahšiu integráciu do spoločenského života, ale i účinnejšie napĺňanie jej vlastného poslania.

Smerom ku konfesijnému štátu

S nástupom vlády cisára Valentiniána (363 – 375) možno spozorovať isté zmeny v legislatívnej politike, pokiaľ išlo o cirkevné záležitosti. Do cisárskeho právneho poriadku postupne začínali prenikať aj niektoré interné disciplinárne normy, ktoré boli vlastné cirkvi, a neskôr i normy týkajúce sa oblasti viery: napr. potláčanie heréz, apostázií, pohanstva atď. Inými slovami, v tomto období cisári už prestali zaujímať zdržanlivý postoj voči vnútornému právnemu poriadku cirkvi a do svojich vlastných cisárskych nariadení začali prijímať obsah vnútorných cirkevných dispozícií (kánonické právo), ktorých dodržiavanie zabezpečovali aj prostredníctvom hrozby nejakých sankcií. Išlo teda o recepciu kánonických noriem do cisárskeho právneho poriadku.

Mnohé cisárske nariadenia zamerané na potláčanie heréz neboli vyhlasované náhodne, ale v zmysle akejsi organickej legislatívnej politiky.¹⁶

¹⁶ Na túto tému taktiež porov. FALCHI, G. L.: *Fragmenta iuris canonici* s. 19-32.

To znamená, že najskôr sa muselo stanoviť, kto sa má považovať za heretika, a to s odvolaním sa na symbol vierovyznania a na biskupov, s ktorými bolo nutné tvoriť cirkevné spoločenstvo (porov. nariadenia vyhlásené z r. 380 – 381: C.Th. 16,5,5; C.Th. 16,1,2; C.Th. 16,2,25; C.Th. 16,5,6). Potom bol stanovený právny dôvod (*ratio iuris*) represívnych nariadení, ako napr.: bláznovstvo heretika alebo apostatu¹⁷; nutnosť zákazu vytvárania dedičstva pre bludárske sekty; potreba ochrany dobrých veriacich pred heretikmi (porov. nariadenia z roku 381: C.Th. 16,7,1; C.Th. 16,5,7). Nakoniec bolo potrebné stanoviť buď preventívnu alebo represívnu sankciu. Cisárska normatíva v mnohých prípadoch podporovala náboženskú politiku cirkvi, ako je to napríklad možno vidieť na začiatku piateho storočia vo vzťahu k donatistom.¹⁸

Skúmanie cisárskych nariadení týkajúcich sa vieroučných cirkevných záležitostí poukazuje na to, že viaceré kánonické normy boli recipované do cisárskeho právneho poriadku, ktorý ich dodržiavanie zabezpečoval prostredníctvom sankcií (C.Th. 16,5,65).

Recepcia kánonov do cisárskeho práva

Cisárske nariadenia v disciplinárnej oblasti prevzali z kánonického práva normy týkajúce sa rôznych statusov cirkevných predstaviteľov: výber a menovanie, normatívu vzťahujúcu sa na život duchovných (C.Th. 16,2,32–33;

¹⁷ Usudzovalo sa, že ten, kto bol predtým osvietený darom pravej viery, je asi zbavený rozumu, keď tvrdošijne zotráva na bludnom učení; taktiež porov. ZUCCOTTI, F.: *Follia e ragione tra diritto pagano e mondo cristiano*. In: *Atti Accademia Romanostica Costantiniana VIII* (1991), 271 s.

¹⁸ Donatisti zastávali názor, že kňazi musia byť bez ťažkého hriechu, aby mohli platne vysluhovať sviatosť. Synody v Ríme (r. 313) a Arles (r. 314) vyhlásili, že vysviacka udelená traditorom je platná. Preto sa donatisti úplne odlúčili od cirkevného spoločenstva. Donatisti sa v spore proti kartáginskému biskupovi Ceciliánovi odvolali k rímskemu cisárovi Konštantínovi, ktorý v r. 316 pozval do Milána na pohovor obidve znepriatelené strany. Keď sa osobne presvedčil o tvrdošijnom postoji donatistov, stratil trpezlivosť a prikázal odobrať donatistom kostoly a donatistických biskupov poslať do vyhnanstva. Aj keď cisár po štyroch rokoch zmiernil taktiku boja proti nim (napr. dovolil im vrátiť sa z exilu, alebo donatistom vrátil kostoly) pozície donatistov (ktorí seba označovali ako cirkev mučeníkov) boli pomerne silné, čo možno dedukovať z toho, že v tom čase mali skoro 270 biskupov. Konštantínovi nástupcovia (okrem Juliána Apostatu) opäť uplatňovali proti donatistom nátlakové opatrenia, lebo radikálni donatisti (tzv. *circumcelliones*) začali na niektorých miestach búrať katolícke kostoly a usmrtili viacerých katolíckych duchovných. Veľkú zásluhu na teologickom poli pri obrane cirkevného učenia proti donatistom patrí učiteľovi cirkvi sv. Augustínovi (354 – 430).

C.Th. 16,2,44), normy vzťahujúce sa na rehoľný život (C.Th. 16,3,1–2), status diakoniek (C.Th. 16,2,27–28), kázanie kňazov (C.Th. 16,2,25) a iné. Justiniánska kodifikácia upravila aj disciplínu, pokiaľ išlo o vymenovanie patriarchov, biskupov a opátov (C. 1,3,42; C. 1,3,48; Nov. Iust. 123) a spravovanie cirkevných majetkov (C. 1,2,21). Iný typ cisárskych nariadení zas upravoval správanie duchovných osôb pokiaľ išlo o ich privátne záležitosti (C.Th. 5,3).

Začiatkom piateho storočia vznikla v rámci imperiálneho právneho poriadku skupina takých noriem, ktoré sa týkali cirkvi. Z týchto noriem bola jedna podskupina cisárskeho pôvodu a druhá podskupina bola zas recipovaná z kánonického práva. Pre komplex týchto noriem (t. j. noriem pochádzajúcich z obidvoch zdrojov) sa ustálil názov „*ius ecclesiasticum*“. Z iného uhla pohľadu „*ius ecclesiasticum*“ pozostával zo všeobecných (generálnych), ako aj územných (teritoriálnych) cisárskych nariadení podľa toho, či cisárske nariadenia boli adresované jednotlivým cirkevným spoločenstvám, alebo mali širšiu právnu účinnosť.

V období dominátu sa výlučným prameňom práva stali cisárske konštitúcie spravidla označované ako „*leges*“ alebo „*leges generales*“. Začiatkom piateho storočia vznikla potreba vydať systematický prehľad platného cisárskeho práva. Prvý projekt, ktorý mal charakter verejného zákonníka, vypracoval východorímsky cisár Teodózius II. už v roku 429, ktorý obsahoval najmä *leges generales*. V roku 435 sa uskutočnila modifikácia tohto projektu v tom zmysle, že cisár nariadil zozbierať aj tzv. „*leges territoriales*“, ktoré boli určené určitým cirkevným komunitám. Tým, že aj *leges territoriales* boli včlenené do Teodoziánskeho kódexu (promulgovaného v r. 438 pre východnú ríšu a od r. 439 platného aj na západe), nadobudli tieto normy novú hodnotu vo vzťahu k ich pôvodnej teritoriálnej účinnosti. Inými slovami, následkom recepcie kánonov z lokálnych (t. j. partikulárnych) koncilov do Teodoziánskeho kódexu tieto „*leges*“ nadobudli väčšiu účinnosť. V dôsledku uvedenej recepcie sa normy pochádzajúce z východnej časti ríše mohli aplikovať aj mimo pôsobnosti svojho pôvodného územia napr. v západnej časti ríše, a naopak.¹⁹ Cisár Justinián takéto cirkevné normy uchoval tým spôsobom, že ich vložil do svojho Kódexu, čím nadobudli charakter „*leges generales*“, s celoteritoriálnou účinnosťou.²⁰

¹⁹ FALCHI, G. L.: La codificazione di Teodosio II e la legge delle citazioni nella parte orientale dell'impero. In: AARC 5, Città di Castello (1983) a FALCHI, G. L.: La tradizione giustiniana del materiale teodosiano (C.Th. 16). In: SDHI 57 (1991).

²⁰ Napríklad: nariadenie v C.Th. 16,2,31 sa s niektorými významnými zmenami objavuje v C. 1,3,10: „[...] *Quod si multitudo violenta civilis apparitionis executione et adminiculo ordinum possessorumve non potuerit praesentari, quod se armis aut locorum difficultate*

Cisárske cirkevné právo

Rozdielna povaha a pôvod cisárskych nariadení upravujúcich cirkevné záležitosti (z jednej strany to boli určité normy recipované z kánonického práva a iné boli produktom samotného cisára, z druhej strany vplyvom cirkevnej politiky boli upravované i predchádzajúce rímskoprávne inštitúty) sa odrazil aj v ich systematickom usporiadaní v Teodoziánskom kódexe. Vzhľadom na to nám 16. kniha Teodoziánskeho kódexu uchovala tzv. novú materiu (*de fide catholica; de episcopis, ecclesiis et clericis; de monachis; de his, qui super religione contendunt; de haereticis; ne sanctum baptismum iteretur; de apostatis; de iudaeis, caelicolis et samaritanis; ne christianum mancipium iudaeus habeat; de paganis, sacrificiis et templis; de religione*). Ale predchádzajúce knihy Teodoziánskeho kódexu (1.-15.) sú spojené s tradičnými právnymi figúrami. Takúto systematiku možno sledovať aj v justiniánskej kodifikácii. V usporiadaní látky sa postupne ozrejmoval ideologický základ moci, ale i vážnosť *Catholica Lex* a cisárskych cirkevných nariadení v celom normatívnom systéme.

Nielen cisári vo svojich kódexoch, ale aj samotní predstavitelia cirkevných komunít pre svoje vlastné potreby a prax zostavovali zbierky zákonov „*leges*“ v oblasti cirkevných záležitostí a to už v piatom storočí. Môžeme napr. spomenúť zbierku *Sirmondianae* (pravdepodobne zostavená v čase od 425 do 438), v ktorej sú tieto „*leges*“ nielen zozbierané, ale aj usporiadané „*ratione materiae*“.

Záver

Skúmanie vzťahu medzi kánonickým právom a cisárskym právom nás privádza k nasledujúcim záverom. Nariadenia cisárov v oblasti cirkevných vecí nemohli byť v rozpore s kánonickým a prirodzeným právom. Cisárske nariadenia buď recipovali kánonické normy alebo obsahovali privilégia či rôzne oprávnenia, ktoré boli výsledkom dohôd medzi štátom a cirkvou. A tak vo štvrtom storočí boli v platnosti: a) špecifické cisárske normy čiastočne

tueatur, iudices Africani armatae apparitionis praesidium, datis ad virum spectabilem comitem Africae litteris, praelato legis istius tenore deposcant, ut rei talium criminum non evadant“ (C.Th. 16,2,31). *Codex Iustinianus* (C. 1,3,10) opakuje prvú časť C.Th. 16,2,31 a druhú časť nahrádza týmto textom: „*praesides provinciarum etiam militari auxilio per publicas litteras appetito competentem vindicatam tali excessui imponere non morentur*“ (C. 1,3,10).

upravujúce vzťah cirkvi k rímskej spoločnosti a k iným náboženstvám; b) cisárske normy, ktoré recipovali koncilové kánony upravujúce liturgickú, vieroučnú a disciplinárnu sféru; c) normy z oblasti súkromného rímskeho práva, ktoré boli inšpirované tzv. katolíckym zákonom (*Catholica lex*) a ktoré sa vzťahovali pre cirkevnú oblasť; d) normy upravujúce „*episcopalis audientia*“; e) civilné právomoci udelené biskupom.

Summary

The contribution after a short introduction dealing with the origins of canon law analyses the relation between canon law and regulations of emperors in the area of church matters in the fourth and fifth century. From this analysis it follows that regulations of emperors either accept canon law standards or contain privileges and different rights that were the result of agreements between the State and the Church.

Salva rerum substantia.
Příspěvek k problematice předmětu požívacího práva

Kamila Bubelová

Změna charakteru věci - Zánik předmětu požívacího práva - Zánik požívacího práva smrtí oprávněného - Závěr

Pokud se právní věda nebo pedagogika římského práva pokouší o definování požívacího práva (*usus fructus*), pak v největším počtu případů vychází z definice římského právníka Paula, která praví: Požívací právo je právo užívat cizí věc a brát z ní plody bez porušení její podstaty.¹ Toto neporušení podstaty se tedy zdá základním pojmovým znakem, a učebnice římského práva je vysvětlují jako „zachování hospodářského určení věci“.²

Právě ono zachování neporušenosti podstaty věci (*salva rerum substantia*) je podmínkou pro možnost dalšího pokračování ve výkonu práva požívacího. Pokud by věc byla vylepšena, změněna nebo zhoršena tak, že už by neodpovídala původnímu hospodářskému účelu, požívací právo by ze zákona zaniklo. Pro případ, že by předmětem usufructu byla věc zužitelná (spotřebitelná),³ poskytlo římské právo jako řešení institut *quasiusufructu*, jenž umožnil požívání spotřebitelné věci,⁴ pokud byla složena kauce (tato *cautio usufructaria* zajišťovala řádné vrácení genericky stejné věci po skončení oprávnění k požívání).⁵ Kauci bylo obvyklé zřizovat i při klasickém požívacím právu (tj. tehdy, když předmětem požívání byla nespotebitelná věc). Zřizovala

¹ D. 7,1,1.

² Ke cti dnešního jubilanta jsem vybrala citaci z jeho vynikající učebnice: BLAHO, P./REBRO, K.: Římské právo. 4. vyd. Bratislava (2010), s. 311.

³ Viz D. 7,5,1 Ulpianus: Senát rozhodl, že ke všem věcem, ke kterým může existovat vlastnické právo, může být odkázáno i právo požívací. Na závěr také senátní usnesení uvádí, že i k těm věcem, které se užíváním zmenší, nebo spotřebují, může být zřízeno požívací právo (není-li uvedeno jinak, je autorkou překladů z latiny Kamila Bubelová).

⁴ K tomu podrobně (vč. rozsáhlé zahraniční literatury) viz OZAROWSKA, J.: Użytkowanie rzeczy zużywalnych w prawie rzymskim. In: Acta Universitatis Wratislaviensis No. 2758, Prawo CCXCIV. Wrocław (2005), s. 45-57.

⁵ Kauce nesloužila pouze k zabezpečení práv vlastníka, ale využívala se i pro případ více oprávněných osob (zaručovaly se vzájemně jedna druhé za řádné užívání), nebo pro více dědiců, viz např. D. 7,6,5; nebo D. 7,9,7 pr.

se formou stipulace, ve které poživatel závazně (žalovatelně) sliboval, že bude věc užívat řádně (jako dobrý hospodář) a po skončení poživacího práva vrátí věc ve stavu odpovídajícím běžnému opotřebení.⁶ Připouštěla se i určitá obvyklá míra rizika při užívání a požívání – typicky u obchodní lodi, jež se nemůže přes moře plavit bez rizika ztroskotání.⁷ Podle Ulpiana nebylo složení kauce nutné, pokud se jednalo právě o odkaz lodi – postačil slib „*boni viri arbitrato usurum fruiturum*“.⁸

Hlavní výhodou poživacího práva⁹ oproti jiným služebnostem byla možnost postoupení jeho výkonu jiné osobě¹⁰ a jeho možná dělitelnost. Nabízí se zejména při rozdělení sklizených plodů mezi více oprávněných. Ovšem výraz *frui* (plody) nezahrnuje jen plody biologické (mléko od krávy, jablka ze stromu atd.). Za braní plodů musíme u poživacího práva považovat každý prospěch, kterým se oprávněný může užitečně obohatit (tj. i plody civilní). Tomuto obsahu nejlépe odpovídá latinský výraz *obvenire* (syn. *obtingere*),¹¹ jak jej vykládá A. Berger: *obventiones* jsou pak veškeré plody, užitky, zisky, výnosy, příjmy, výhody či důchody.¹² S akcentem na jiný charakter požitků definuje plod M. Kaser: Plod je věc, která se získá z jiné věci při jejím užívání.¹³ V českém právním prostředí se podrobně problematice plodů v římském právu věnoval P. Bělovský, pro něhož jsou plody „veškeré hospodářské výtěžky z věci, tedy produkty přirozené reprodukční schopnosti plodonosné věci.“¹⁴ Zlaté mince na ozdobu či sochy a obrazy (výstava) též mohou být předmětem poživacího práva, neboť jejich užitečnost lze chápat materiálně. Zde se odráží

⁶ Viz např. D. 7,9,12 (zde jde o poživací právo k lodi), nebo D. 7,9,9,3 (poživatel není odpovědný za škodu, pokud vrátí po skončení užívání oděv opotřebovaný užíváním bez zlého úmyslu), nebo D. 7,9,1 pr.-1 (stipulace, kterou se zřizuje kauce).

⁷ D. 7,1,12,1.

⁸ D. 7,9,12.

⁹ Jedná se o osobní služebnost. Podrobněji viz HEUMANN, H. G.: Handlexikon zum Corpus iuris civilis. Jena (1851), s. 543.

¹⁰ Paulus vysvětluje: Nelze odkázat částečné užívací právo, neboť rozdělit můžeme plody, ale nikoli užívání (*pro parte nelze užívat*). D. 7,8,19.

¹¹ D. 7,1,7,1.

¹² Viz BERGER, A.: Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia (1968), s. 477 a 606 (hesla *fructus* a *obvenire*).

¹³ Viz KASER, M.: Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht. München (1971), s. 447-454.

¹⁴ Viz BĚLOVSKÝ, P.: Vlastnictví plodů v římském právu. In: Právní rozhledy č. 8 (2003), ročník 11, s. 396-401. Leopold Heyrovský za plod označoval „pravidelný hospodářský výtěžek z věci“ – viz HEYROVSKÝ, L.: Dějiny a system soukromého práva římského. 4. vydání. Praha (1910), s. 308.

možnost rozlišení mezi plodem a užitek,¹⁵ přičemž oba tyto zisky mohou být předmětem poživacího práva.

Výhody poživacího práva lze nejlépe demonstrovat při srovnání mezi obsahem užívacího práva (*usus*) a obsahem práva poživacího jako nejširšího věcného oprávnění k cizí věci. Ulpián vysvětluje:

D. 7,8,12,2

Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum dumtaxat Labeo ait, sed neque lana neque agnis neque lacte usurum: haec enim magis in fructu esse. Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.

Pokud je odkázáno užívací právo k dobytku, např. ke stádu ovcí, může z něj oprávněný použít nanejvýš hnůj. Labeo říká, že nemůže užívat ani vlnu, ani jehňata, ani mléko, neboť to přísluší k požívání plodů (poživacímu právu). Domnívám se, že uživatel (přesto) může více: smí si vzít přiměřené množství mléka (tj. pro svou potřebu), neboť vůli zůstavitele (vyjádřenou v závěti) není vhodné interpretovat přísně (je nutno interpretovat mírněji).

Ulpián se i v tomto ustanovení – jak je u něj ostatně zvykem – přiklání na stranu lidštějšího, užitečnějšího, prospěšnějšího výkladu, jenž je motivován co největším ohledem na vůli zůstavitele a zejména cílem, jehož chtěl zůstavitel dosáhnout. Pokud zůstavitel ustanovil někoho uživatelem stáda, jistě neměl na mysli, že by se měl uživatel pouze těšit pohledem na ně. Proto touto interpretací Ulpián částečně stírá strohý rozdíl mezi užívacím a poživacím právem: říká, že i uživatel si smí ponechat (v nezbytně nutné míře pro svou výživu) mléko od krav či ovcí (tj. plod), k nimž má poživací právo, neboť smyslem užívacího práva je zabezpečit některou ze základních potřeb oprávněného (zpravidla realizovat alimentární úmysl zůstavitele).

Někdy naopak při odkazu poživacího práva nebude možno (alespoň dočasně) výtěžek získat: otrokem je malé dítě, nebo starý vetřák. Jedná se o věci, které jsou sice principiálně nespotebitelné, ale rozhodně vyčerpatelné.

¹⁵ Podrobně o tom viz DOSTALÍK, P.: Plod a užitek v římském právu. In: Hulmák, M./Bezouška, P. a kol.: Stará judikatura ve světle nových zákonů. Olomouc (2012), s. 92 an.

Změna charakteru věci

Pro poživatele nepříznivým důsledkem změny podstaty věci je ztráta poživacího práva. Tento okamžik je však na druhou stranu pozitivní pro vlastníka, neboť jeho *nuda proprietas* se rozšíří do vlastnictví původní šíře a požívání bude náležet jemu. Zejména proto nacházíme v justiniánských pramenech poměrně velké množství zachycených soudních případů,¹⁶ ve kterých se strany přely právě o to, zda určitým zásahem nebo nečinností poživatele došlo či nedošlo k podstatné změně charakteru věci (*substantia rei*). Změna charakteru věci nemusí nastat přímým, ani nepřímým působením poživatele; někdy k ní dochází vlivem objektivních faktorů, jako je plynutí času, nebo přírodní katastrofa či nemoc apod. Od odkazu stáda do smrti zůstavitele může uplynout dlouhá doba. Jako signifikantní příklad této situace lze uvést pokles počtu kusů dobytka ve stádu, takže potom už není stádem a poživací právo nevznikne:

D. 7,4,31

Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium: Cum gregis usus fructus legatus est et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intellegatur, perit usus fructus.

Pomponius ve 4. knize svých komentářů Ke Kvintovi Muciovi: Je-li odkázáno poživací právo ke stádu a počet kusů dobytka v něm klesne natolik, že už je nemůžeme považovat za stádo, poživací právo zanikne.

K vysvětlení toho, kolik kusů dobytka ještě můžeme považovat za stádo, nedošlo však zcela jednoznačně. Pokud se jednalo o dobytek hospodářsky významný (např. krávy), tak ještě i dva zbylé kusy byly považovány za stádo. U menších zvířat, např. prasat či koz, dva kusy už stádem nebyly. Obecně lze tedy říci, že stádo by mělo obsahovat alespoň tři kusy dobytka. Odlišná situace však nastává, pokud poživací právo již vzniklo a teprve časem se snižuje počet kusů: poživatel nemusí své právo ztratit, pokud přirozeným způsobem doplňuje uhynulé či spotřebované kusy.

Za změnu charakteru věci se podle římských právníků dal považovat i nesprávný způsob jejího užívání. Často se tyto případy týkají užívacího práva k otrokům (tato úprava je analogicky použitelná i pro poživací právo), neboť jejich užívání obsahuje zejména právo využívat práci otroka.¹⁷ Změnou

¹⁶ Podrobněji o nich viz BUBELOVÁ, K.: Spory vzniklé z poživacího práva (justiniánská kazuistika). In: Časopis pro právní vědu a praxi. Brno (2013), supplementum ročníku XXI, s. 249-252.

¹⁷ D. 7,8,12,6 (kdy je možný pronájem pracovní síly otrokyně předleny). Je však dovoleno, aby namísto práce otroka/otrokyně obdržel poživatel finanční hodnotu jejich práce (D. 7,8,13).

charakteru věci se míní právě změna způsobu jejího užívání (odlišně od předchozího vlastníka): Ulpián k tomu říká doslova:

D. 7,4,12 pr.-1

(pr.) Si cui balinei usus fructus legatus sit et testator habitationem hoc fecerit, vel si tabernae et diaetem fecerit, dicendum est usum fructum extinctum. (1.) Proinde et si histrionis reliquerit usum fructum et eum ad aliud ministerium transtulerit, extinctum esse usum fructum dicendum erit.

Je-li odkázáno poživací právo k lázním a zůstavitel z nich učinil (během života) dům k bydlení, nebo odkázal poživací právo k obchodu a učinil z něj byt, musíme říci, že poživací právo zanikne. (1) Proto také, pokud je odkázáno poživací právo k otroku-herci a je převeden (určen) na jiný druh práce, musíme říci, že poživací právo zaniká.

Z tohoto textu můžeme také vyvodit, že změna způsobu práce, kterou má vykonávat otrok, způsobí zánik poživacího práva i tehdy, když ji provede sám poživatel. V jiném příkladu uvádí Ulpián poživací právo k otrokovi, jehož je nutno zaměstnávat v souladu s jeho kvalifikací. Tato zásada je demonstrována na příkladech: Výslovně bylo zakázáno zaměstnávat otroka-písaře jako dělníka či nosiče, zpěváka jako vrátného, či otroka vycvičeného pro boj v aréně jako uklízeče.¹⁸

Za změnu charakteru věci se však nebude považovat nutné rozšíření poživacího práva, jak o něm hovoří Ulpián na jiném místě: Pokud bylo odkázáno poživací právo k pozemku, ale poživatel k němu nemá volný přístup, pak může dědice žádat (žalovat), aby mu společně s odkázaným pozemkem umožnil i přístup k němu.¹⁹ Lze tedy věc, jež je předmětem poživacího práva, získat i v širším rozsahu. Potvrzuje to rovněž Paulus na jiném příkladu: Žena získala poživací právo k domu a vznikla otázka, zda s ní může bydlet i její manžel. Právník mu toto právo přiznává bez pochyb. Dokonce je rozšiřuje i na tchána, děti, propuštěnce a rodiče ženy. Žena je zde výslovně postavena do stejné pozice jako muž, jakoby ona byla hlavou rodiny a celá její rodina může využívat výhodu poživacího práva bydlení s ní.²⁰ Pokud by se týkalo užívacího práva, pak samotná přítomnost manžela nebo otroků (v době

¹⁸ D. 7,1,15,1.

¹⁹ D. 7,6,1,2. V následujícím fragmentu Pomponius potvrzuje, že poživatel má právo na povolení takového přístupu k požívanému pozemku, který mu umožní jeho řádné požívání (tj. včetně zřízení práva cesty nebo stezky k pozemku).

²⁰ D. 7,8,5 a D. 7,8,6. Stejně tak D. 7,8,2, pokud je užívání domu odkázáno manželovi.

dlouhodobé nepřítomnosti ženy) postačí na to, aby poživací právo zůstalo zachováno a nezaniklo neužíváním.²¹

Poživatel domu ovšem nesměl nově omítat obvodové zdi, protože ačkoli by vylepšením domu zlepšil věc pro majitele, nemá k takovému zásahu právo. Neratius v tomto dobrozdání uvažuje, že je třeba oddělovat péči o majetek od takového působení, které věc změní.²² Ještě podrobněji se vyjádřil k této otázce Ulpian:

D. 7,1,8,3

Cassius quoque scribit libro octavo iuris civilis fructuarium per arbitrum cogi reficere, quemadmodum adserere cogitur arbores: et Aristo notat haec vera esse. Neratius autem libro quarto membranarum ait non posse fructuarium prohiberi, quo minus reficiat, quia nec arare prohiberi potest aut colere: nec solum necessarias refectiones facturum, sed etiam voluptatis causa ut tectoria et pavimenta et similia facere, neque autem ampliare nec utile detrudere posse.

Cassius píše též v 8. knize o civilním právu, že poživatel může být přinucen soudem (arbitrem) k opravám stejně, jako je nucen vysazovat stromy. I Aristo poznamenává, že je to správné. Neratius však ve čtvrté knize Listů píše, že není možné poživateli bránit v opravách, protože není možné mu ani zakazovat orat a obdělávat půdu. A nejenže může konat nutné opravy, ale může i pro potěšení učinit vylepšení, jako opravy střechy, chodníků apod., avšak nesmí budovu zvětšovat ani odebírat nic užitečného.

K tomuto výkladu je ještě nutno odkázat ještě na fragment Paulův, kde doporučuje postupovat při určování toho, kdo (zda vlastník, nebo poživatel) má opravovat dům, podle zásady udržení dobrého stavu, a podle míry, jakou se vlastník může případně podílet na výhodách z domu plynoucích. Udržovat dům v dobrém stavu dle něj znamená tak, aby byl uzavřený a chráněný proti špatnému počasí. A pokud může vlastník část domu sám užívat (nebo pronajímat), pak se musí podílet i na opravách domu.²³

²¹ D. 7,4,22. K tomu viz MÖLLER, C.: Die Servituten. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB. Göttingen (2010), s. 252 an.

²² D. 7,1,44.

²³ D. 7,8,5 a D. 7,8,6. Stejně tak D. 7,8,2, pokud je užívání domu odkázáno manželovi.

Zánik předmětu poživacího práva

Gaius zaznamenal případ, kdy došlo ke sporu vlastníka a poživatele o maso a kůži uhynulého kusu dobytka:

D. 7,4,30

Gaius libro septimo ad edictum provinciale: Caro et corium mortui pecoris in fructu non est, quia mortuo eo usus fructus extinguitur.

Gaius v 7. knize svých komentářů K provinčnímu ediktu: Maso a kůže mrtvého dobytka nejsou plodem, protože jeho smrtí poživací právo zanikne.

Zde je zajímavá zejména skutečnost, že Gaius interpretuje jako plody z živého zvířete pouze zisky, které se dají získat za života zvířete. Je to zřejmě logické řešení, pokud si uvědomíme, že poživací právo bylo zřízeno ke konkrétnímu zvířeti (ev. zvířatům) – poživatel má tedy možnost toto zvíře užívat (např. k tahu) a brát plody, tj. mláďata a mléko, u ovcí případně i ostříhanou vlnu, dokud zvíře žije. Poživatel nesmí zvíře zabít – ukončil by tím své poživací právo, a pro případ přirozené smrti zůstává užitek ze zbytku zvířete vlastníkově. Pokud by se jednalo o zaviněnou smrt zvířete, které je předmětem poživacího práva, měl by poživatel právo žalovat viníka žalobou z akvilského zákona (*actio legis Aquiliae*). Toto právo zůstává zachováno i vlastníkově předmětného zvířete, neboť i on je jednáním pachatele poškozen.

Problematice zániku poživacího práva a následného vypořádání zbylých pozůstatků této věci mezi vlastníkem a poživatelem se věnoval ve svých úvahách i Ulpián. Pokud došlo v případě soudního sporu k zániku věci po litiskontestaci, řešila se otázka, zda je možno uplatnit poživací právo k plodině, která tehdy (před litiskontestací) byla součástí pozemku. Ulpián s odkazem na souhlasný názor Pomponia uvádí, že to není možné. Odkazuje na případ, kdy poživací právo zaniklo smrtí poživatele a jeho dědic se domáhal vydání plodin, jež příslušely zemřelému z titulu poživacího práva ještě před smrtí.²⁴

V případě, že by obdobný spor (o existenci poživacího práva)²⁵ vyhrál poživatel, musel mu naopak vydat vlastníku všechny užítky, které od litiskontestace z věci získal, včetně každého prospěchu z práce otroka, pokud

²⁴ D. 7,6,5,4.

²⁵ Podrobněji viz ŠEJDL, J.: Několik poznámek k ochraně služebnosti. In: Židlická, M./Salák, P. (eds.): *Actiones, conditiones, exceptiones*. Sborník z romanistické konference. Brno (2011), s. 82-92.

byl tento předmětem požívacího práva. Právník uvádí, že výtěžky musí být vydány *omnis causa*, tj. včetně případných úroků a jiných zisků.²⁶

Předmět požívacího práva bylo třeba i udržovat. Největší problém s určením, co je ještě údržba, a co již mění charakter podstaty věci, vznikal u požívacího práva k domu. Ulpián uvádí příklad: tvrdí, že vzhledem k okolnosti, že veškerý výnos z předmětu náleží usufruktáři, může být žalobou (podanou vlastníkem) donucen dům opravit, avšak pouze tak, aby jej udržel v dobrém stavu (drobné opravy). Pokud bylo něco zničeno běžným užíváním (vlivem času), nemůže být ani jedna ze stran nucena věc opravit. Jestliže by uvedenou opravu učinil vlastník, nesmí posléze bránit usufruktáři věc užívat.²⁷

Pokud má zánik věci způsobovat i zánik požívacího práva, což je ostatně jeden z nejčastějších důvodů zániku práva, nestačí jen zánik částečný. Podstatou domu není jen stavba, ale i pozemek. Zajímavý názor zastává Ulpián: Pokud je odkázáno poživací právo k domu (vile), pak ani zničením domu poživací právo nezanikne, neboť dům je součástí země, a to stejné platí i pro situaci, kdy byl les zničen vichřicí (stromy vyvráceny).²⁸

Ulpián v dalších fragmentech věnoval svou pozornost rovněž podrobně správnému způsobu požívání speciální věci, a to pozemku.²⁹ Podle jeho stanoviska bylo poživateli dovoleno vzít si z pozemku cokoli, co z něj vzít lze, ale podmínkou bylo, že jednal jako řádný občan (a tedy jako řádný hospodář). Pokud by nadužíval svého práva, mohl být k nápravě soudně donucen. Ulpián přiznává poživateli i možnost využívat včel, které jsou na svěřeném pozemku, těžit křídou či písek, vždy však šetrně k pozemku. U rozsáhlého devátého fragmentu zmiňme ještě výslovně čtvrtý paragraf:

D. 7,1,9,4

Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo quod accessit tractari: et placuit alluvionis quoque usum fructum ad fructuarium pertinere. Sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius usum fructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licet proprietati accedat: esse enim veluti proprium fundum, cuius usus fructus ad te non pertineat. Quae sententia non est sine ratione: nam ubi latitet incrementum, et usus fructus augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit.

S tím souvisí další otázka, která je projednávána ohledně přírůstků: bylo rozhodnuto, že poživateli náleží naplavená půda. Ale pokud vznikne ostrov

²⁶ D. 7,6,5,4a.

²⁷ D. 7,1,7.

²⁸ D. 7,4,8.

²⁹ D. 7,1,9.

v řece naproti pozemku, Pegasus píše, že tento nenáleží poživateli, protože je přírůstkem vlastníkovi. Je to totiž půda, ke které nebylo poživací právo zřízeno. Tento výrok není nelogický: protože tam, kde je přírůstek skrytý, poživací právo se zvětšuje, kde však vzniká oddělení, není poživateli k užítku.

Následující paragrafy téhož fragmentu pak demonstrativně vyjmenovávají další oprávnění poživatele: může si ponechat na pozemku ulovenou zvěř, ptáky a ryby,³⁰ a semena, která již na pozemku (při převzetí) byla. Musí však mít půdu vždy připravenou na setí tak, aby bylo možno uvést pozemek po skončení poživacího práva ihned do původního stavu.³¹ Na pozemku, který měl svěřen k požívání, mohl oprávněný dokonce postavit dům, pokud to bylo nutné k řádnému hospodaření na pozemku.³²

Širší než bychom mohli očekávat, bylo oprávnění k užívání zařízení, které bylo na pozemku. Poživatel je směl využívat, ale nesměl s ním obchodovat. Ulpian zdůvodňuje, že pokud bylo poživací právo odkázáno v rámci pozůstalosti, a jedná se o pozemek, na němž byl vlastník zvyklý užívat kolíky, rákos, pruty, může je poživatel užívat též, pokud je neprodá. Mohl je však prodat, pokud mu byly odkázány zároveň i lesy a vrbové háje, ze kterých dřevěné pomůcky pocházejí. K této záležitosti ještě dodává Trebatius, že poživatel může kácet les a sekat rákos, jak to měl ve zvyku vlastník, a prodat je i tehdy, když vlastník je obvykle neprodával. Hlavním kritériem je stanovisko, že je třeba posuzovat míru (řádné hospodaření), nikoli způsob užívání.³³

Druhým sporným místem poživacího práva byly stromy. Jednak stromy, které byly vysazeny na pozemku, jenž je předmětem usufruktu, a dále stromy, které tvoří les. Vzrostlé stromy na pozemku poživatel kácet nesměl,³⁴ pokud nešlo o stromy vyrvané z kořene nebo zlomené větrem – ale ani tehdy je nesměl použít jako topivo, pokud měl k dispozici jiný otop. Labeo dodává, že takovéto dřevo je možno užít na opravy domu.³⁵

Ze zásady, že poživatel nesmí zhoršit stav věci, ale může ji (nikoli nevratným způsobem) vylepšit, vyplývá, že nesmí kácet ovocné stromy a jinak snižovat hodnotu nemovitosti. Pokud by byl odkázán pozemek určený k odpočinku, např. zelené háje nebo neohrazená místa k procházkám pod stínem stromů neplodících ovoce, ani tyto stromy nesmí vykácet, i kdyby chtěl na jejich místě

³⁰ D. 7,1,9,5.

³¹ D. 7,1,9,6.

³² D. 7,1,13,6. Obdobně o právech na světlo nebo vodních právech – viz D. 7,6,1,4.

³³ D. 7,1,9,7.

³⁴ D. 7,1,11.

³⁵ D. 7,1,12 pr.

zřídít zeleninovou zahradu nebo něco, co by mu přineslo zisk.³⁶ Povinnosti poživatele je naopak namísto uschlých (odumřelých) stromů vysadit nové, především se to dle Paula týká stromů ovocných.³⁷

Stejně jako vlastník proti usufruktáři, i usufruktář se může soudně domáhat realizace svých práv proti vlastníkovi. Pomponius představuje případ stromů poražených větrem, jež omezují poživací právo usufruktáře. Vlastník je povinen tyto stromy odklidit (nejedná se tedy o běžnou součást užívání pozemku, a proto tuto povinnost nemá usufruktář) a může k tomu být usufruktářem donucen i soudní cestou.³⁸ Nečinný vlastník by v takovém případě odpovídal za to, že neumožnil řádný výkon práva, a k náhradě škody za celé období, než byl původní stav obnoven, by se počítal i ušlý zisk usufruktáře.³⁹

Rádné užívání věci (a tím pádem nezměnění její hospodářské funkce) vyžadovalo aktivní chování: poživatel by se vystavil sankci podle Akviliova zákona na náhradu škody za poškození otroka tím, že ho neživil či nešatil dostatečně podle jeho důstojnosti a postavení, nebo ho poškodil surovostí či krutostí.⁴⁰ V této souvislosti se projednávala i otázka, zda tedy smí otroka potrestat. Aristo potvrdil, že toto právo v plné míře trvá, pokud bylo použito bez lsti a zbytečné krutosti. Poživatel nesmí otroka poškodit ani přetížením způsobujícím zhoršení zdraví (nevhodnými službami), ani ho znetvořit jizvami.⁴¹ Pokud někdo otroka zabil, sám poživatel má právo žalovat o jeho náhradu podle Akviliova zákona (náhrada ve výši nejvyšší hodnoty otroka za poslední rok).⁴² Důvodem zde je přetrvávající právní zájem poživatele a škoda, kterou utrpěl ztrátou existence otroka. Do náhrady se tedy bude počítat i ušlý zisk za celou předpokládanou možnou dobu života otroka a poživatele.

Zánik poživacího práva smrtí oprávněného

Samotný okamžik smrti oprávněného je nejzazším termínem, kdy poživací právo musí skončit. Požívání se tak navrácí vlastníkovi, který měl do této chvíle pouze holé vlastnictví. Přece však není tato situace bez potíží: vzniká totiž spor mezi dědicem zemřelého poživatele, a vlastníkem služebné věci,

³⁶ D. 7,1,13,4.

³⁷ D. 7,1,18.

³⁸ D. 7,1,19,1.

³⁹ D. 7,1,47.

⁴⁰ D. 7,1,15,2.

⁴¹ D. 7,1,17,1.

⁴² D. 7,1,17,3.

o plody, které byly součástí věci v okamžiku smrti poživatele, a které tento nemohl již využít. Paulus k tomu říká:

D. 7,4,13

Si fructuarius messem fecit et decessit, stipulam, quae in messe iacet, heredis eius esse Labeo ait, spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse fructumque percipi spica aut faeno caeso aut uva adempta aut excussa olea, quamvis nondum tritum frumentum aut oleum factum vel vindemia coacta sit. Sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter observandum de ea olea, quae per se deciderit, Iulianus ait: fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sint.

Jestliže poživatel pozemku sklídil a zemřel, sklizená úroda ležící na pozemku patří podle Labeona jeho dědici; klasy spojené se zemí patří vlastníkovu pozemku. Úroda je sklizena, když jsou klasy nebo seno pokoseny, hrozny vína utrženy či olivy setřeseny ze stromu, ačkoli dosud nebylo obilí umleto, olej nebo víno vylisováno. Je sice pravda, co Labeo napsal o olivě setřesené ze stromu, ale jinak je třeba pohlížet na olivu, která odpadla sama. Julián říká, že plody se stávají poživatelovými (až) tehdy, kdy je sklídí; zatímco držitelé v dobré víře patří ihned (už tehdy), když se oddělí od půdy (hlíny, pozemku).

Držitelem v dobré víře je zde nepochybně míněn vlastník. V některých případech však mohl být nečekaně obohacen naopak usufruktář – poklad nalezený na svěřeném pozemku sice nenabýval, avšak pokud na něm objevil žílu kovů, byla jejich těžba považována za povolenou součást výtěžku,⁴³ stejně jako ulovení ptáci, divoká zvěř a ryby.⁴⁴

Závěr

Z předchozích úvah a právních problémů, které nastínila římská právní věda podle příkladů z praxe, lze vyvodit, že *salva rerum substantia* není požadavek úzce se dotýkající pouze samé podstaty věci. Podstata či charakter věci musí být zachována, ale toto zachování se realizuje spíše formou zachování hospodářského účelu věci, než samotným zachováním nezměněného předmětu. Úzký výklad požadavku na zachování neporušenosti by totiž způsobil, že poživatel nebude moci věc ani užívat, ani z ní brát plody, neboť každým tímto

⁴³ D. 7,1,9,3.

⁴⁴ D. 7,1,9,5.

úkonem by věc zhoršoval. Co se týče případné zlepšující péče poživatele o věc, je možno ji připustit, pokud se v jejím důsledku nezmění charakter věci. Náhradu za vylepšení nebo zkrášlení věci však nemůže poživatel od vlastníka požadovat. Náklady na provozování věci má nést poživatel, náklady na nutné opravy vlastník (včetně případu odklizení polomu z pozemku, k němuž má poživací právo jiná osoba). V tomto bodě se dá analogicky vycházet z podobnosti tohoto právního vztahu s nájmem. Pronajímatel však získává za věc poskytnutou k užívání protihodnotu, což u poživacího práva nenastane. Tím menší je tedy vlastníková povinnost do věci investovat, a tím větší je povinnost poživatelova pečovat o věc co nejlépe za účelem co nejúspěšnějšího a nejvýnosnějšího provozování.⁴⁵ Pravidlo řádného hospodáře se vztahuje právě na poživatele, ten tedy musí s věcí zacházet přiměřeným způsobem, jenž obsahuje i péči o reprodukci věci (les, stádo), nebo o udržení použitelnosti (dům, otrok).

Zusammenfassung

Dieser Aufsatz sei ein kleiner Beitrag zur Fortentwicklung der Lehre über den Nießbrauch. Er behandelt die Frage, inwieweit der Gegenstand des Nießbrauchs verändert werden darf, ohne dass der Nießbrauch wegen des *salva rerum substantia*-Prinzips (Erhaltung des wirtschaftlichen Wesens der Sache) erlischt. Gegenstand des Nießbrauchs ist gemäß der justinianischen Quellen nicht nur mit ihrem Wesen, sondern auch mit ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung identifiziert. Der Nießbraucher darf alle aus dieser Zweckbestimmung entstehenden Vorteile ausnutzen, aber er darf diese Zweckbestimmung nicht verändern. Einhaltung einer angemessenen Maße der Einwirkung an die Sache von beiden Seiten, d. h. sowohl vom Nießbraucher als auch vom Eigentümer, ist maßgebend für Beurteilung der Frage, ob das Nießbrauch noch besteht (die Beschaffenheit der Sache hat sich wesentlich nicht geändert), oder ob es zu einer wesentlichen Änderung der Sache kam und der Nießbrauch erlosch. Der Nießbraucher ist verpflichtet, die wirtschaftliche Bestimmung der vom Eigentümer übergebenen Sache einzuhalten, sie im Zustand wie beim der Übergabe erhalten, und die mit ihrer Betreibung verbundenen Kosten zu tragen. Der Eigentümer haftet für die Eviktion und hat dem Nießbraucher zu ermöglichen, kleine Reparaturen zwecks besserer Ausnutzung der Sache vorzunehmen. Der Nießbraucher darf außer der wirtschaftlichen Zweckbestimmung der Sache auch die Sache selbst

⁴⁵ O prospěšnosti jako základním prvku služebností viz MÖLLER, C.: Die Servituten. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB. Göttingen (2010), s. 192 an.

nicht ändern (z.B. einen Schmuck mit reicherer Verzierung zu verschönen). Alle diese Fälle – individuell beurteilt, wie bei den römischen Juristen gewöhnt – stellen Inspiration für Bedenken über die mögliche Aufrechterhaltung des Nießbrauchs bei gewöhnlicher Bewirtschaftung der Sache.

Několik nesourodých poznámek především k první řeči proti Catilinovi

Radek Černochoch

Význam Catilinova spiknutí - Manipulace - Urážky obžalovaného - Kdo všechno má odejít do vyhnanství? - *Praeteritio* - Závěr

Příspěvky v jubilejních sbornících mívají ve zvyku odlišovat se od standardních vědeckých článků svým mnohdy atypickým a snad i poněkud slavnostním pojetím.¹ Zároveň zpravidla reflektují osobnost oslavencovu, ať už tématem, použitými prameny či způsobem zpracování.² Rozhodl jsem se tedy pro příspěvek, věnující se některému z pramenů neprávnických, jichž sám oslavenec při své práci využívá často a rád (prvé je patrné z jeho děl, druhé si pak dovoluji vyvodit i z několika našich setkání). V některých oblastech romanistického bádání je dokonce vyšší význam pramenů neprávnických nežli právnických³ (viz oslavencovu pochvalnou recenzi překladu *Noctium Atticarum*).⁴

Osobností, jejíž díla přímo vybízejí k právnickému zkoumání, je nepochybně M. Tullius Cicero.⁵ Za jeho kvalitami řečnickými, filosofickými či státnickými nezaostávají ani jeho úspěchy právnické – připomeňme jeho výrazně kladnou

¹ BEJČEK, J.: Právo jako právníctví a věda. In: Mach, P./Nemec, M./Pekarík, M. (eds.): *Ius Romanum. Schola sapientiae. Pocta Petrovi Blahovi k 70. narozeninám*. Trnava (2009), s. 39.

² HORÁK, O.: *Memoria & jurisprudentia: Význam pramenů osobní povahy pro dějiny soukromého práva*. In: Frýdek, M./Tauchen, J. (eds.): *Pocta Karlu Schellemu k 60. narozeninám*. Ostrava (2012), s. 299.

³ BLAHO, P.: *Velké soudne procesy antického Říma. Úvodné slovo k 11. konferencii právních romanistů*. In: Mach, P./ Pekarík, M. (eds.): *Súdne reči a veľké súdne procesy podľa justiniánskych Digest a iných prameňov rímskeho práva*. Trnava (2010), s. 8.

⁴ BLAHO, P.: *Aulus Gellius: Atické noci (recenze)*. In: *Právněhistorické studie 31*. Praha (1990). s. 270.

⁵ Jeho osoba nepotřebuje bližšího představování, z nepřeberného množství literatury lze pro základní orientaci čerpat kupříkladu ze: SMITH, W. et al.: *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology. Illustrated by Numerous Engravings on Wood. In Three Volumes. Volume I*. Boston (1867), s. 708. Citováno dle: *Making of America Books* [online]. [cit. 2013-07-16]. Dostupné z: <<http://quod.lib.umich.edu/m/moa/acl3129.0001.001/723?page=root;rgn=full+text;size=100;view=image>> či nověji z: CONTE, G. B.: *Letteratura latina. Manuale storico dalle origini alle fine dell'impero romano*. Přeložila Dagmar Bartoňková et al. *Dějiny římské literatury*. 2. revid. a doplň. vyd. Praha (2008), s. 174.

bilanci v soudních přích,⁶ a to i v případech značně obtížných, zvláště s ohledem na politické okolnosti, jako v jednom z jeho prvních případů *Pro S. Roscio Amerino*, kdy musel svoji úspěšnou obhajobu vést takovým způsobem, aby nevyvolal hněv Sullův, a pro jistotu se poté vzdálil z Říma.⁷ Ostatně, pro mnohé čtenáře jsou právě Ciceronovy soudní řeči prvním seznámením s římským právem.⁸ Zmínku zaslouží i jeho nedochované dílo *De iure civili in artem redigendo*, snažící se o systematizaci práva.⁹

K dispozici tak jsou četné řeči obhajovací (kupříkladu jako chvála řečnictví pojatá *Pro Archia poeta*¹⁰ či oslavencem rozebraná *Pro A. Caecina*¹¹), pro fungování římského státu však mají daleko větší význam dvě z řeči obžalovacích, a to *In Verrem* a *In Catilinam*. Jelikož repetundární *Verrinas* pečlivě rozebral Milan Bartošek¹² (a recenzoval oslavence),¹³ rozhodl jsem se připojit několik poznámek zejména k první z řeči proti Catilinovi, jimiž Cicero pro daný okamžik „zachránil“ republiku.¹⁴

Po formální stránce je stavba této, ostatně jako jiných Ciceronových řečí, rétoricky značně propracována s využitím tropů a figur (hyperbola, anafora, chiasmus, klimax, zeugma, etc.). Cílem tohoto příspěvku bude poukázat na některé problematické rysy Ciceronovy argumentace a ukázat tak, že některé rétoricko-právní postupy nejsou ani v případě tak významné a všeobecně uznávané osobnosti hodny následování. Na druhé straně je nutno mít na paměti, že by bylo chybou hodnotit kvalitu řeči dle dnešních měřítek, když byly použity postupy pro tehdejší dobu běžné.

⁶ 39 vítězství ku 6 prohrám, v 18 případech pak výsledek spolehlivě neznáme. VRANA, V.: Marcus Tullius Cicero: Pro Quinto Ligario. In: Mach, P./Pekarik, M. (eds.): Súdne řeči a veľké súdne procesy podľa justiniánskych Digest a iných prameňov rímskeho práva. Trnava (2010), s. 123.

⁷ CONTE, G. B.: Ref. 5, s. 177.

⁸ ALEXANDER, M. C.: Law in the Roman Republic. In: Rosenstein, N./Morstein-Marx, R. (eds.): A Companion to the Roman Republic. Chichester (2010), s. 253.

⁹ WATSON, A.: The Spirit of Roman Law. Athens-London (1995), s. 198.

¹⁰ In: Tribuni výmluvnosti. Přeložili Bořivoj Borecký, Karel Hubka, Alena Frolíková, Ferdinand Stiebitz, Václav Bahník, Martin Steiner a Růžena Dostálová. Praha (1974), s. 383.

¹¹ BLAHO, P.: Ciceronova súdna reč Pro A. Caecina a interdikt „de vi armata“. In: Acta Facultatis iuridicae Universitatis Comenianae. Tomus XIV. Bratislava (1993), s. 31-43.

¹² BARTOŠEK, M.: Verrinae. Význam Ciceronových řečí proti Verrovi pro základní problémy státu a práva. Praha (1977), 235+xvi s.

¹³ BLAHO, P.: Verrinae. Význam Ciceronových řečí proti Verrovi pro základní problémy státu a práva (recenze). In: Právněhistorické studie 22. Praha (1979), s. 266-271.

¹⁴ Gaius Crispus Sallustius, Coniuratio Catilinae. Bellum Iugurthinum. Přeložil Antonín Rausch. Katilinovo spiknutí. Válka s Jugurthou. Praha (1962), s. 20.

Význam Catilinova spiknutí

Leitmotivem řeči je líčení nebezpečnosti Catilinova spiknutí. To Cicero líčí jako největší nebezpečí pro římský stát, jako jev nemající obdoby. V protiklad přitom staví spořádanost dob dřívějších, což není nikterak neobvyklé, neboť římstí spisovatelé obvykle pokládají za příčinu úpadku státu úpadek mravů po punských válkách. Cicero zde však demonstuje spořádanost na událostech končícího druhého století př. Kr., jako je svěření konzulátu C. Mariovi či smrt C. Graccha a L. Appuleia Saturnina.¹⁵

Tak je za vzor spořádanosti kladena právě doba, v níž vznikají podmínky, které jsou živnou půdou pro Catilinovo spiknutí – jsou to právě gracchovské bouře, za nichž začínají eskalovat agrární problémy, v jejichž důsledku získávají velký vliv na schvalování zákonů *proletarii*. Do doby gracchovských bouří tak lze klást počátek konce římské republiky.¹⁶ Následně je to C. Marius, kdo proti principu annuity zastává konzulát opakovaně po sobě a za nějž dochází k reformě armády, čímž na straně jedné značně zvýšena její bojeschopnost, na straně druhé

¹⁵ Cic. Catil. I,2,4.: *Decrevit quondam senatus, uti L. Opimius consul videret, ne quid res publica detrimenti caperet: nox nulla intercessit; interfectus est propter quasdam seditionum suspiciones C. Gracchus, clarissimo patre, avo, maioribus, occisus est cum liberis M. Fulvius consularis. simili senatus consulto C. Mario et L. Valerio consulibus est permessa res publica: num unum diem postea L. Saturninum tribunum plebis et C. Servilium praetorem mors ac rei publicae poena remorata est? at vero nos vicesimum iam diem patimur hebescere aciem horum auctoritatis. habemus enim huiusce modi senatus consultum, verum inclusum in tabulis tamquam in vagina reconditum, quo ex senatus consulto confestim te interfectum esse, Catilina, convenit. vivis, et vivis non ad deponendam, sed ad confirmandam audaciam. Cupio, patres conscripti, me esse clementem, cupio in tantis rei publicae periculis me non dissolutum videri, sed iam me ipse inertiae nequitiae que condemno.* (zvýraznění autor). Senát se kdysi usnesl, aby konsul Lucius Opimius hleděl, aby stát neutrpěl nějakou škodu. Neuplynula ani noc, a pro pouhé podezření ze vzpoury byl zabit Gaius Gracchus, jehož otec, děd, i další předkové patřili k nejslavnějším. Stejně byl poslán na smrt bývalý konsul Marcus Fulvius i se svými syny. Podobným usnesením senátu byla republika svěřena konsulům Gaiovi Mariovi a Luciovi Valeriovi. Nechala snad na sebe jediný den čekat smrt tribuna lidu Lucia Saturnina a praetora Gaia Servilia, trest uložený státem? Naproti tomu my už dvacátý den trpíme, aby ztrácela své ostří plná moc, kterou nám zde přítomně shromáždění dalo. I my totiž máme takové usnesení senátu, ovšem schované v archivu jako meč v pochvě, a podle tohoto usnesení senátu by se slušelo, abys byl okamžitě zbaven života, Catilino. Ty však žiješ, a žiješ ne proto, abys odložil svou opovážlivost, ale abys ji ještě posílil. Otcové a přísedící, mou snahou je být mírný, ale mou snahou je také, abych se v tak velkém nebezpečí pro stát neukázal nedbalý; musím ovšem sám sebe obvinít z nečinnosti a lhostejnosti. Latinské texty citovány dle: Bibliotheca Teubneriana Latina [databáze]. Editio 3. K. G. Saur-Brepols, 2004. Překlady Cic. Catil., Cic. Arch. a Luc. Jud. Voc. citovány dle: Tribuni výmluvnosti. Ref. 10.

¹⁶ ODAHL, Ch. M.: Cicero and the Catilinarian Conspiracy. New York-London (2010), s. xv.

však vynořují se politické ambice vojáků, což lze pozorovat i u Catilina spiknutí díky účasti bývalých legionářů Sullových.¹⁷ S profesionalizací armády vzniká i hlad vojáků po půdě, která ovšem musí být někomu odebrána, což vede k dalším problémům (viz. vyhnání Vergilia z rodinného statku).¹⁸ Oba tyto aspekty v sobě spojuje Saturninova *lex Appuleia agraria*, přidělující půdu válečným vysloužilcům, ta ovšem je *lex satura*, což po dvou letech vede k přijetí *legis Caeciliae Didiae*.¹⁹ Z Ciceronova líčení lze sice nabýt dojmu, že postup C. Maria vůči L. Saturninovi (*num ... mors ... remorata est?*) byl příkřejší nežli postup Ciceronův vůči Catilinovi, opak je však pravdou – Marius i Saturninus byli populární a Mariův postup vůči Saturninovi byl poněkud zdráhavý, nechal jej sice zatknout, ovšem spíše kvůli Saturninově ochraně před rozbouřeným davem, který se však proboural střechou *Curiae Hostiliae* a ubil jej střešními taškami.²⁰ Ona smrt tak Saturnina dostihla spíše v důsledku lidových bouří, nežli trestu uloženého státem (*rei publicae poena*).

Podíváme-li se na popis spiknutí u Sallustia, lze nabýt dojmu, že nejde o událost epochálního významu, nýbrž spíše o jeden z projevů zkaženosti doby.²¹ Zatímco tedy Cicero napadá především Catilinu, je z hodnocení

¹⁷ Sall. Catil. 16,4.: *His amicis sociisque confisus Catilina, simul quod aes alienum per omnis terras ingens erat et quod plerique Sullani milites, largius suo usu, rapinarum et victoriae veteris memores civile bellum exoptabant, opprimundae rei publicae consilium cepit.* (zvýraznění autor) Důvěřuje těmto přátelům a druhům a také proto, že zadluženost byla v celé zemi obrovská a že Sullovi vojáci, promarnivše většinou své majetky, ve vzpomínkách na plnění a dávné vítězství si přáli novou válku, rozhodl se Katilina, že se zmocní vlády ve státě. Překlad Sallustia citován dle: Gaius Crispus Sallustius. Ref. 14.

¹⁸ CONTE, G. B.: Ref. 5, s. 254.

¹⁹ ČERNOCH, R.: *Lex Caecilia Didia a její odraz v judikatuře Ústavního soudu*. Brno (2013), s. 82. Rigorózní práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. [online]. [cit. 2013-08-17]. Dostupné z: <http://is.muni.cz/th/210631/pravf_r/Lex_Caecilia_Didia_a_jeji_odraz_v_judikature_Ustavniho_soudu.doc>.

²⁰ SMITH, W. et al.: *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology. Illustrated by Numerous Engravings on Wood. In Three Volumes. Volume III.* Boston (1867), s. 724. Citováno dle: Making of America Books [online]. [cit. 2013-08-17]. Dostupné z: <<http://quod.lib.umich.edu/m/moa/ACL3129.0003.001/732?rgn=full+text;view=image>>.

²¹ Sall. Catil. 14,1-3.: *In tanta tamque corrupta civitate Catilina, id quod factu facillimum erat, omnium flagitiorum atque facinorum circum se tamquam stipatorum catervas habebat. nam quicumque inpudicus adulter ganeo manu ventre pene bona patria laceraverat, qui que alienum aes grande conflaverat, quo flagitium aut facinus redimeret, praeterea omnes undique parricidae sacrilegi convicti iudiciis aut pro factis iudicium timentes, ad hoc quos manus atque lingua periurio aut sanguine civili alebat, postremo omnes quos flagitium egestas conscius animus exagitabat, ii Catilinae proximi familiares que erant.* (zvýraznění autor). V tak velkém a tak zkaženém státě měl Katilina, a to velice snadno, kolem sebe davy všemožných zločinců a ničemů jako nějakou družinu. Neboť každý nestoudník, nemrava,

Sallustiova patrna jistá averze vůči nobilitě jako celku.²² Důvodem střizlivějšího²³ Sallustiova hodnocení spiknutí je patrně deklarovaná (a vcelku věrohodná) snaha o nezaújaté vylíčení události, oproti Ciceronově snaze svoji roli při potlačení spiknutí politicky využít, neboť ve svých řečech je Cicero *qui fecit* a zároveň i *qui extollit*.²⁴

Manipulace

„*Habemus senatusconsultum in te, Catilina, vehemens et grave...*“,²⁵ praví Cicero téměř na počátku první řeči. Pak by ovšem nebylo téměř co řešit, případ by byl jednoznačný, senát by konal, vlastně by nebylo ani zapotřebí

hýřil, který ve hře, pitkách a smilstvu promarnil otcovské jmění a nakupil obrovské dluhy, aby si pomohl z následků zločinů nebo ohavností, dále kdejací vrahové příbuzných a svatokrádežníci, soudy již usvědčení nebo bojící se soudu pro své činy, a také ti, jež ruka a jazyk živily křivými přísahami nebo krví občanů, vůbec všichni, komu zhýralost, nedostatek nebo zlé svědomí nedaly pokoje, to byli Katilinovi nejbližší a důvěrní přátelé.

²² THIAUCOURT, C.: Étude sur la conjuration de Catilina de Salluste. Paris (1887), s. 104.

²³ Gaius Crispus Sallustius. Ref. 14, s. 20.

²⁴ Sall. Catil. 8,2-4.: *Atheniensium res gestae, sicuti ego aestumo, satis amplae magnificae que fuere, verum aliquanto minores tamen quam fama feruntur. sed quia provenere ibi scriptorum magna ingenia, per terrarum orbem Atheniensium facta pro maxumis celebrantur. ita eorum qui fecere virtus tanta habetur, quantum eam verbis potuere extollere praeclara ingenia.* (zvýraznění autor). Činy Athéňanů byly podle mého mínění jistě velké a slavné, ale přece o hodně menší, než je pověst líčí. Ale protože se tam zrodili spisovatelé velikého nadání, jsou po celém světě činy Athéňanů velebeny jako největší. Je tedy zásluha těch, kdo něco vykonali, ceněna tak, jak ji vynikající duchové dovedli svými slovy vyzvednout.

²⁵ Cic. Catil. I,1,3.: *an vero vir amplissimus, P. Scipio, pontifex maximus, Ti. Gracchum mediocriter labefactantem statum rei publicae privatus interfecit: Catilinam orbem terrae caede atque incendiis vastare cupientem nos consules perferemus? nam illa nimis antiqua praetereo, quod C. Servilius Ahala Sp. Maelium novis rebus studentem manu sua occidit. fuit, fuit ista quondam in hac re publica virtus, ut viri fortes acrioribus suppliciis civem perniciosum quam acerbissimum hostem coercerent. habemus senatus consultum in te, Catilina, vehemens et grave, non deest rei publicae consilium neque auctoritas huius ordinis: nos, nos, dico aperte, consules desumus.* (zvýraznění autor). Jeden z nejvýznamnějších mužů, Publius Scipio, pontifex maximus, dal jako soukromá osoba zabít Tiberia Graccha, který podkopával zájmy státu v míře ne příliš nebezpečné, a my konsulové budeme dál snášet Catilinu, toužícího zpusťošit vražděním a požáry celý svět? A to nechávám stranou ony události příliš staré, třeba jak Gaius Servilius Ahala vlastní rukou zabil Spuria Maelia usilujícího o převrat. Platilo kdysi v naší republice za mužný čin – opravdu tomu tak bylo –, aby stateční muži stíhali ostřejšími tresty zhoubného občana než nejkrutějšího nepřítel. Máme, Catilino, usnesení senátu proti tobě, přísné a pádné, neschází republice rozvaha a moc tohoto shromáždění; kdo jí schází, to jsme my konsulové, říkám to otevřeně.

příliš o věci řečnit. Ono *senatus consultum ultimum*²⁶ tedy zřejmě nebylo příliš *vehemens et grave*, když Cicero následně cítí potřebu své další kroky důkladně hájit. Tento (a jak se později ukáže, nikoliv dosti) obezřetný postup je však více než právními hledisky odůvodněn faktickou politickou situací,²⁷ neboť vzhledem k podpoře veřejnosti i části senátorů, jíž se Catilinovi dostávalo, bylo zapotřebí chytit jej přímo při činu.²⁸ Ciceronovým cílem je tak spíše pohnout senátory k ráznějšímu jednání a získat si sympatie veřejnosti, možná i trochu zastrašit²⁹ Catilinu.

Manipulace faktů patří k častým nešvarům řečnictví a ani Cicero jí neváhá využít, pomůže-li to k prosazení jeho zájmu či vyzdvihnutí jeho zásluh, a to nejen v soudních řečech. Tak na počátku Tusculských hovorů Cicero popírá existenci latinsky psaných filosofických děl s tou výjimkou, že prý tedy nějaká jsou, že se to říká (*dicuntur*).³⁰ Cicero se tedy tváří, jakoby tato díla neznal,³¹ což mu umožňuje stylizovat se do pozice prvního latinsky píšícího filosofa. Přitom ve stejném díle, jen o něco později, se vyslovuje

²⁶ TATUM, W. J.: The Final Crisis (69-44). In: Rosenstein, N./Morstein-Marx, R. (eds.): A Companion to the Roman Republic. Chichester (2010), s. 196.

²⁷ DRUMMOND, A.: Law, Politics and Power. Sallust and the Execution of the Catilinairian Conspirators. Stuttgart (1995), s. 89.

²⁸ BORNECQUE, H.: Les Catilinaires de Cicéron. Étude et analyse. Paris (1952), s. 143.

²⁹ BORNECQUE, H.: Ref. 28, s. 83.

³⁰ Cic. Tusc. I,3,6.: *in quo eo magis nobis est elaborandum, quod multi iam esse libri Latini dicuntur scripti inconsiderate ab optimis illis quidem viris, sed non satis eruditis. fieri autem potest, ut recte quis sentiat et id quod sentit polite eloqui non possit; sed mandare quemquam litteris cogitationes suas, qui eas nec disponere nec inlustrare possit nec delectatione aliqua allicere lectorem, hominis est intemperanter abutentis et otio et litteris. itaque suos libros ipsi legunt cum suis, nec quisquam attingit praeter eos, qui eandem licentiam scribendi sibi permitti volunt. quare si aliquid oratoriae laudis nostra attulimus industria, multo studiosius philosophiae fontis aperiemus, e quibus etiam illa manabant.* (zvýraznění autor). Tím víc úsilí tomu (t.j. psaní latinských filosofických pojednání, pozn. autor) musím věnovat, protože prý už koluje mnoho latinských spisů napsaných neuváženě lidmi sice vynikajícími, avšak nedostatečně vzdělanými. Může se přece stát, že někdo správně myslí, ale nedovede své myšlenky obratně vyjádřit. Ovšem svěřit písmu své úvahy bez schopnosti uspořádat a vysvětlit je a něčím čtenáře upoutat, to může jen člověk, který nezřízeně zneužívá i svůj čas, i literaturu. Proto si čtou své knihy sami se svými známými a nikdo jiný je nebere do ruky, kromě těch, kteří vyžadují pro sebe svobodu psát stejným způsobem. A tak jestliže jsem si svou činností vysloužil trochu slávy jako řečník, s mnohem větším úsilím budu otvírat prameny filosofie, z nichž se napájela i moje činnost. Překlady Cic. Tusc. Citovány dle: Marcus Tullius Cicero. Tusculanae disputationes. Cato Maior de senectute. Laelius de amicitia. Přeložil Václav Bahník. Tuskulské hovory. Praha (1976), 433 s.

³¹ LUDVÍKOVSKÝ, J.: M. Tullius Cicero. Ukázky z jeho spisů rhetorických a filosofických. II. Poznámky. Praha (1930), s. 157.

o nízké kvalitě díla epikurejce C. Amafinia, z čehož nutně plyne, že s ním byl obeznámen.³²

Jiným příkladem manipulativního podání může být kontrast mezi líčením místního obyvatelstva Sicílie jako nanejvýš ušlechtilého,³³ třebaže tomu tak zdaleka ne vždy bylo.³⁴ Na straně druhé je však třeba od manipulace odlišit „obvyklé reklamní přehánění“, řečeno soutěžně-právní terminologií, které lze nalézt snad u všech řečníků.³⁵

³² Cic. Tusc. IV,3,6.: *itaque illius verae elegantis que philosophiae, quae ducta a Socrate in Peripateticis adhuc permansit et idem alio modo dicentibus Stoicis, cum Academici eorum controversias disceptarent, nulla fere sunt aut pauca admodum Latina monumenta sive propter magnitudinem rerum occupationem que hominum, sive etiam quod imperitis ea probari posse non arbitrabantur; cum interim illis silentibus C. Amafinius extitit dicens, cuius libris editis commota multitudo contulit se ad eam potissimum disciplinam, sive quod erat cognitu perfacilis, sive quod invitabantur inlecebris blandis voluptatis, sive etiam, quia nihil erat prolatum melius, illud quod erat tenebant.* (zvýraznění autor). A tak nejsou skoro žádné nebo jen nečetné latinsky psané památky oné pravé a vytříbené filosofie, která odvozuje svůj původ od Sókrata a dodnes se udržela u peripatetiků; stoikové říkají totéž jiným způsobem a akademikové se snaží spory mezi nimi vyřešit. Příčinou toho byla buď velikost předmětu a zaneprázdněnost lidí, nebo i přesvědčení, že není možné, aby se tyto věci líbily lidem v nich nezkušeným. Zatímco oni mlčeli, ujal se slova Gaius Amafinius. Když byly vydány jeho knihy, zapůsobily na lidi a oni se přichýlili právě k tomu učení, k němuž se hlásil on, ať už proto, že bylo snadno pochopitelné, nebo proto, že je k němu zvala vábívá lákadla rozkoše, nebo možná i proto, že nebylo předneseno nic lepšího, a tak se drželi toho, co tu bylo.

³³ Cic. Verr. II,2,7.: *et quoniam quasi quaedam praedia populi Romani sunt vectigalia nostra atque provinciae, quemadmodum vos propinquis vestris praediis maxime delectamini, sic populo Romano iucunda suburbanitas est huiusce provinciae. Iam vero hominum ipsorum iudices ea patientia virtus frugalitas que est ut proxime ad nostram disciplinam illam veterem, non ad hanc quae nunc increbruit videantur accedere. nihil ceterorum simile Graecorum, nulla desidia, nulla luxuries, contra summus labor in publicis privatis que rebus, summa parsimonia, summa diligentia. sic porro nostros homines diligunt ut iis solis neque publicanus neque negotiator odio sit.* (zvýraznění autor). A protože poplatné země a provincie jsou jakýmiś statky římského národa, je římskému národu milá blízkost této provincie, právě tak jako vy máte největší potěšení z těch statků, které jsou blízko. A pokud jde o samotné obyvatele, soudcové, jejich odolnost, morální síly a uměřenost jsou takové, že se nejvíc přibližují, jak se zdá, onomu našemu starému životnímu stylu, ne tomu, který se teď rozšířil. V ničem se nepodobají ostatním Řekům, nenajde se u nich zahálka ani rozmařilost, naopak nejusilovnější činnost v životě veřejném i soukromém, největší šetrnost, největší svědomitost. A k tomu milují naše lidi tak, že u nich jediných výběrčí daní a velkoobchodník nevzbuzuje nenávisť. Překlady Cic. Verr. citovány dle: Marcus Tullius Cicero. In: Verrem orationes. Přeložil Václav Bahník. Řeči proti Verrovi. Praha (1972), 522 s.

³⁴ BARTOŠEK, M.: Ref. 12, s. 58.

³⁵ BARTOŠEK, M.: Ref. 12, s. 57.

Urážky obžalovaného

Někdy se zdá, že měly-li by být jmenovány *loci communes* antické soudní řeči, byly by mezi nimi dovolávání se bohů, lichocení soudcům a urážky obžalovaného. Dovolávání se bohů či projevu jejich vůle není v nábožensky založených společnostech nikterak výjimečné (viz středověké ordály či invokaci). Stejně tak lichocení soudcům samo o sobě nepřekvapí, byť zpravidla bývá projevem manipulace,³⁶ k níž ostatně slouží i urážky obžalovaného. Jak lichocení,³⁷ tak urážky³⁸ vtipně ukazuje Lúkiános ze Samosaty v díle *Δίκη*

³⁶ Cic. Arch. 32.: *Quae de causa pro mea consuetudine breviter simpliciter que dixi, iudices, ea confido probata esse omnibus; quae + firme a me + iudiciali que consuetudine et de hominis ingenio et communiter de ipsius studio locutus sum, ea, iudices, a vobis spero esse in bonam partem accepta, ab eo, qui iudicium exercet, certe scio.* (zvýraznění autor). Pevně věřím, že se u všech setkalo se souhlasem to, co jsem se svou obvyklou stručností a otevřeností vyložil o podstatě sporu; to ostatní, neobvyklé na fóru a před soudem, co jsem řekl o Archivově nadání a obecně o jeho básnické činnosti, to jste si doufám vyložili z té dobré stránky – o předsedovi soudu to vím s určitostí.

³⁷ Luc. Jud. Voc. 6.: τὸ δὲ γε Ταῦ τοῦτο, οὐ γὰρ ἔχω χεῖροσι αὐτὸ ὀνομάσαι ῥήματι ἢ ᾧ καλεῖται, ὃ μὰ τοὺς θεοὺς, εἰ μὴ ἐξ ὑμῶν δύο συνῆλθον ἀγαθοὶ καὶ καθήκοντες ὁραθῆναι, τὸ τε Ἄλφα καὶ τὸ Ὑ, οὐκ ἂν ἠκούσθη μόνον, τοῦτο τοῖνον ἐτόλμησεν ἀδικεῖν με πλείω τῶν πάποτε βιασαμένων, ὀνομάτων μὲν καὶ ῥημάτων ἀπελάσαν πατρώων, ἐκδιῶξαν δὲ ὁμοῦ συνδέσμων ἅμα καὶ προθέσεων, ὡς μηκέτι φέρειν τὴν ἔκτοπον πλεονεξίαν. ὅθεν δὲ καὶ ἀπὸ τίνων ἀρξάμενον, ὦρα λέγειν. (zvýraznění autor). Tohle Té čili Tau, jak mu Řekové říkají (nemohu pro ně najít horší jméno, než je to, jímž je běžně označováno), které by vůbec nebylo slyšet, kdyby se s ním nespojily dvě z vás, jejichž добрta a slušnost je na první pohled patrná, totiž A a U, to se tedy teď opovážilo dopouštět se na mně větší krivdy, než i kdy jaký násilník dovolil, vyhánět mě ze slov a výrazů, v nichž mám domovské právo, a vypuzovat mě i z částic a předpon, takže už nelze snášet tu jeho nehoráznou rozpínavost. Je čas povědět, kdy a od kterých případů to začalo. Řecké texty citovány dle: Perseus Digital Library. [online]. [cit. 2013-09-03]. Dostupné z: <<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/>>.

³⁸ Luc. Jud. Voc. 10.: τὸ δὲ Ταῦ τοῦτο σκοπῶμεν ὡς φύσει βίαιον καὶ πρὸς τὰ λοιπὰ. ὅτι δὲ οὐδὲ τῶν ἄλλων ἀπέσχετο γραμμάτων, ἀλλὰ καὶ τὸ Δέλτα καὶ τὸ Θῆτα καὶ τὸ Ζῆτα, μικροῦ δεῖν πάντα ἠδίκησε τὰ στοιχεῖα, αὐτὰ μοι κάλει τὰ ἀδικηθέντα γράμματα. ἀκούετε, Φωνήεντα δικασταί, τοῦ μὲν Δέλτα λέγοντος: ἀφείλετό [p. 406] μου τὴν ἐνδελείχαν, ἐντελέχαν ἀξιούσιν λέγεσθαι παρὰ πάντας τοὺς νόμους: τοῦ Θῆτα δακρύνοντος ^ καὶ τῆς κεφαλῆς τὰς τρίχας τίλλοντος ἐπὶ τῷ καὶ τῆς κολοκύνθης ἔστερησθαι: τὸ Ζῆτα, τὸ σπρίζειν καὶ σαλπίζειν, ὡς μηκέτ' αὐτῷ ἐξεῖναι μηδὲ γρύζειν. τίς ἂν τοῦτων ἀνάσχοιτο; Οἷ τίς ἐξαρκέσειε δίκη πρὸς τὸ πονηρότατον τοῦτὶ Ταῦ. (zvýraznění autor). Podívejme se však, jaké je tohle Té od přírody násilnické i k jiným. Že se nezastavilo ani před ostatními hláskami, ale že ublížilo i hláskám Dé, Théta i dzéta, vlastně takřka všem, to na mě křičí samy hlásky, jímž bylo ukřivděno. Poslechněte si, soudcové samohlásky, co říká Dé: „Té si přisvojilo mé pole působnosti, když proti všem zákonům požaduje, aby se působností místo *endelecheia* říkalo *entelecheia*.“ Poslechněte si, co říká théta, které tuče hlavou o zed' a rve si vlasy nad tím, že bylo připraveno i o tykev, která

φωνήεντων, které je pochopitelně fiktivní, ovšem právě to potvrzuje, že jde o postupy běžně užívané.

Cicero tak již od počátku, dříve nežli podrobně vyloží důkazy, značně ostře napadá Catilinu, nejostřeji snad gradací *tam inprobus, tam perditus, tam tui similis*.³⁹ Ani v jiných případech nejsou urážky obžalovaného Ciceronovi cizí, jako když srovnává Verrovo právo s vepřovou polévkou.⁴⁰

přestala být *kolokynthé* a je z ní obyčejná *kolokynté*, a i ty vlasy místo *thrishes* jsou jen *triches*. I to si poslechněte, jak už Dzéta nemůže ani pískat, ani troubit na trubku, ba ani muknout, protože už neexistují slova *sýridzein* „pískat“, *salpidzein* „troubit na trubku“ a *grýdzein* „vydávat neartikulované zvuky“, a místo nich je *sýrittein, salpittein* a *grýttein*. Kdo by mohl něco takového snést? Nebo jaký trest by byl pro tohleto nejodpornější Tě dostatečný?

³⁹ Cic. Catil. I,2,5.: *castra sunt in Italia contra populum Romanum in Etruriae faucibus conlocata, crescit in dies singulos hostium numerus; eorum autem castrorum imperatorem duces que hostium intra moenia atque adeo in senatu videtis intestinam aliquam cotidie perniciem rei publicae molientem. si te iam, Catilina, comprehendi, si interfici iussero, credo, erit verendum mihi, ne non potius hoc omnes boni serius a me quam quisquam crudelius factum esse dicat. verum ego hoc, quod iam pridem factum esse oportuit, certa de causa nondum adducor ut faciam. tum denique interficere, cum iam nemo tam inprobus, tam perditus, tam tui similis inveniri poterit, qui id non iure factum esse fateatur.* (zvýraznění autor). V samotné Itálii je tábor, jehož cílem je boj proti římskému národu, je umístěn v strategicky nejdůležitějším místě Etrurie, den ze dne roste počet nepřátel, avšak nepřátelského vůdce, vrchního velitele tohoto tábora, vidíte uvnitř hradeb Říma, dokonce v samotném senátě, jak bez ustání usiluje o rozklad republiky z vnitřku. Dám-li tě, Catilino, okamžitě zatknout a popravit, myslím, že se budu muset bát spíš toho, aby mi všichni dobří neřekli, že jsem to udělal příliš pozdě, než aby mi někdo nevytkl, že jsem postupoval příliš krutě. Já se však stále ještě z určitého důvodu nedokážu přinutit, abych udělal to, co se mělo udělat už dávno. Budeš popraven teprve tenkrát, až už bude vyloučeno, že by se našel někdo tak nešlechtný, tak zkažený, tak tobě podobný, který by nepřiznal, že se to stalo po právu.

⁴⁰ Cic. Verr. II,1,121.: *hinc illi homines erant qui etiam ridiculi inveniebantur ex dolore. quorum alii, id quod saepe audistis, negabant mirandum esse, ius tam nequam esse verrinum; alii etiam frigidiores erant, sed quia stomachabantur, ridiculi videbantur esse, cum Sacerdotem execrabantur qui verrem tam nequam reliquisset. quae ego non commemorarem – neque enim perfacite dicta neque porro hac severitate digna sunt –, nisi vos illud vellem recordari, istius nequitiam et iniquitatem tum in ore volgi atque in communibus proverbiis esse versatam.* (zvýraznění autor). Někteří lidé jejich rozhořčení inspirovalo k vtípům. Jedni z nich (o tom jste přece často slyšeli) tvrdili, že se nelze divit, že právo nestojí za nic, vždyť jaké právo můžeš čekat od divokého kance (t.j. Verro, pozn. autor). Jiní byli chladnější, ale člověk se jim musil smát, jak se zlobili, když proklínali Sacerdota, který zapomněl obětovat tak zlého kance. Já bych o tom nemluvil (vždyť to ani není nějak zvlášť vtípné, ani se to vůbec nehodí do tohoto vážného prostředí), kdybych vám nechtěl připomenout, že si o jeho ničemnosti a nespravedlivosti lidé vypravovali, že se stala dokonce příslovecná.

Kdo všechno má odejít do vyhnanství?

Cicero radí Catilinovi, aby odešel do vyhnanství,⁴¹ což patrně nelze chápat jako projev jeho velkorysosti, ale spíše určité nejistoty a důkazní nouze, neboť se obává, že by ostrý postup proti Catilinovi mohl vyvolat nelibost,⁴² v čemž se nemýlí – za popravu spiklenců je *lege Clodia de exilio Ciceronis* nucen odejít do vyhnanství (je nad ním vyhlášena *interdictio aqua et igni*) 400 mil od Říma, která byla později rozšířena, takže Cicero nemůže pobývat ani na Sicílii a Maltě, pročež opětovně pobývá v Řecku. Jako odůvodnění přitom slouží zabití římských občanů bez soudu.⁴³ O jeho návrat se zasloužil T. Annius Papianus Milo,⁴⁴ zeť Sullův,⁴⁵ který je později obžalován z vraždy P. Clodia Pulchra, čímž se kruh symbolicky uzavírá, neboť tento byl dlouhodobým odpůrcem Ciceronovým, mimo jiné též *rogator* zmíněné *legis Clodiae*.⁴⁶ Cicero Milona samozřejmě hájí, leč neúspěšně. A aby bylo symbolice učiněno zadost, je Milo odsouzen k vyhnanství.⁴⁷

⁴¹ Cic. Catil. I,5,13.: *quid est, Catilina? num dubitas id me imperante facere, quod iam tua sponte faciebas? exire ex urbe iubet consul hostem. interrogas me, num in exilium? non iubeo, sed, si me consulis, suadeo.* (zvýraznění autor). Tak co, Catilino? Váháš snad udělat na můj rozkaz to, co jsi měl v úmyslu udělat sám od sebe? Nepřítel má odejít z města, to je rozkaz konsulův. Ptáš se, zda do vyhnanství? Poručit ti to nemohu, ale ptáš-li se mě na můj názor, doporučuji ti to.

⁴² Sall. Catil. 46,2.: *at illum ingens cura atque laetitia simul occupavere. nam laetabatur intellegens coniuratione patefacta civitatem periculis ereptam esse; porro autem anxius erat dubitans, in maximo scelere tantis civibus deprehensis quid facto opus esset: poenam illorum sibi oneri, inpunitatem perdundae rei publicae fore credebat.* (zvýraznění autor). Ten (t.j. Cicero, pozn. autor) však byl jat velkou starostí i radostí zároveň; radoval se, ježto věděl, že prozrazením spiknutí stát vyvázl z nebezpečí, na druhé straně zase mu bylo úzko, neboť byl na váhách, co je třeba učinit, když tak významní občané byli postiženi při nejhorším činu. Že jejich trest mu bude připsán k tíži a naproti tomu jejich nepotrestání že zahubí stát, o tom byl přesvědčen.

⁴³ ROTONDI, G.: *Leges publicae populi romani: elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani.* Milano (1912), s. 395.

⁴⁴ Tribuni výmluvnosti. Ref. 10, s. 383.

⁴⁵ Gaius Crispus Sallustius. Ref. 14, s. 18.

⁴⁶ CONTE, G. B.: Ref. 5, s. 181.

⁴⁷ Tribuni výmluvnosti. Ref. 10, s. 383.

Praeteritio

Mnohá obvinění Cicero jen naznačí a dále nerozebírá, čímž jen zvyšuje dramatický účinek řečeného (*praeteritio*⁴⁸ či *praetermissio*). Upozorňuje tak, že přejde mlčením synovraždu či další zločiny a hanebnosti,⁴⁹ podobně postupuje i při obviňování Verra.⁵⁰ Takový postup mu však umožňuje uvést skutek a nepředložit k němu důkazy, jako v případě možná spíše rétorického než právního obvinění z *magiae*,⁵¹ kdy Cicero naznačuje, že podobně jako bývá zasvěcován nůž k vykonání oběti, zasvětil Catilina dýku k zabití konsula (t.j. Cicerona).⁵² Účinek takto vznesených obvinění či spekulací na soudce i veřejnost je však paradoxně vyšší, než kdyby byla všechna taková tvrzení podložena důkazy.

⁴⁸ LUDVÍKOVSKÝ, J.: M. Tullius Cicero. Řeči proti Katilinovi (první a čtvrtá). Poznámky. Praha (1931), s. 7.

⁴⁹ Cic. Catil. I,6,14.: *quid vero? nuper cum morte superioris uxoris novis nuptiis domum vacuefecisses, nonne etiam alio incredibili scelere hoc scelus cumulasti? quod ego praetermitto et facile patior sileri, ne in hac civitate tanti facinoris immanitas aut exitisse aut non vindicata esse videatur. praetermitto ruinas fortunarum tuarum, quas omnis impendere tibi proxumis Idibus senties; ad illa venio, quae non ad privatam ignominiam vitiorum tuorum, non ad domesticam tuam difficultatem ac turpitudinem sed ad summam rem publicam atque ad omnium nostrum vitam salutemque pertinent.* (zvýraznění autor). A co tohle? Když jsi nedávno zavražděním své manželky uprázdnil svůj dům pro nový sňatek, nedoplnil jsi tento zločin dalším, jemuž se ani věřit nechce? To však přejdu mlčením, rád strpím, aby se o tom nemluvalo, protože bych si přál, aby nevyšlo najevo, že v této obci mohlo dojít k tak hrůznému činu nebo že takový čin nebyl potrestán. Nechám stranou i úplný krach tvého majetku, který visí nad tvou hlavou a který pocítíš o nejbližších idách, a přejdu k tomu, co se netýká ani tvé osobní hanby, kterou sis vysloužil svými neřestmi, ani tvých peněžních nesnází a domácí špíny, ale nejvyšších státních zájmů a života a blaha nás všech.

⁵⁰ BARTOŠEK, M.: Ref. 12, s. 56.

⁵¹ Cic. Catil. I,6,16.: *quotiens tibi iam extorta est ista sica de manibus, quotiens excidit casu aliquo et elapsa est! tamen ea carere diem unum. quae quidem quibus abs te initiata sacris ac devota sit, nescio, quod eam necesse putas esse in consulis corpore defigere.* (zvýraznění autor). Kolikrát ti byla vykroucena dýka z rukou, kolikrát ti nějakou náhodou vypadla a vysmekla se! A přece bez ní nemůžeš být jediný den. Nevím, jakými tajnými obřady a kterému božstvu jsi ji zasvětil a zaslíbil, že považuješ za nezbytné vrazit ji konsulovi do hrudi.

⁵² Marcus Tullius Cicero, In Catilinam orationes. Sestavil Henri Bornecque a přeložil Édouard Bailly. Cicéron discours. Tome X. Catilinaires. Paris (1961), s. 14.

Závěr

Již v úvodu tohoto příspěvku bylo řečeno, že význam (nejen soudních) řečí Ciceronových je nesmírný, Cicero pak sám osobností výjimečnou, dávanou po generace za vzor. Při bližším zkoumání jednotlivých prvků, objevivších se v jeho řečech, je však nutno zdůraznit i zde potřebu obezřetného a uvážlivého přístupu, neboť třebaže jsou jeho řeči značně přesvědčivé a po formální stránce propracované, nelze některé z jeho postupů současnému žalobci (státnímu zástupci) doporučit. Tak lze upozornit na jistou manipulativnost Ciceronem předkládaných argumentů, byť na straně druhé je nezpochybnitelným faktem, že cílem řeči je přesvědčit a za manipulativní lze pokládat i prosté uvedení informací v určitém pořadí – patrně nikdo se tak nemůže vyhnout alespoň lehce manipulativnímu postupu.

Něco jiného je již *praeteritio* (uvádění obvinění bez uvedení důkazů s poukazem na to, že o nich bude pomlčeno). Žalobce by si dnes jistě nemohl dovolit uvádět takové nepodložené spekulace, aby očernil obžalovaného dříve, nežli vůbec začne uvádět fakta k případu. Rovněž nepřípustné by dnes byly urážky obžalovaného, mnohdy kombinované s vyhrožováním (... *interficiere...*),⁵³ a to dříve než vůbec došlo k rozhodnutí o vině.

Lze tak uzavřít, že k Ciceronovým řečnickým úspěchům přispěly i postupy, jejichž použití nepřipadá z dnešního pohledu v úvahu, jež však byly tehdy běžné a které nemálo přispěly k naklonění si publika, jakož i k vylíčení obžalovaného coby všehoschopného individua. Rovněž připomeňme, že důvtipný řečnický výklad Ciceronův mohl být způsobitý zmást soudce a ovlivnit tak výsledek sporu ve prospěch strany, jejíž pozice ve sporu nebyla jinak pevná.⁵⁴

Literatura:

- ALEXANDER, Michael Charles: Law in the Roman Republic. In: Rosenstein, Nathan/Morstein-Marx, Robert (eds.): *A Companion to the Roman Republic*. Chichester : Wiley-Blackwell (2010), s. 236-255. ISBN 978-1-4443-3413-5.
- BARTOŠEK, Milan: *Verrinae. Význam Ciceronových řečí proti Verrovi pro základní problémy státu a práva*. Praha : Univerzita Karlova (1977), 235+xvi s.
- Bibliotheca Teubneriana Latina* [databáze]. Editio 3. K. G. Saur-Brepols (2004).
- BLAHO, Peter: Aulus Gellius: Atické noci (recenze). In: *Právněhistorické studie*, 31. Praha : Academia (1990), s. 270. ISBN 80-800-0023-2.
- BLAHO, Peter: Ciceronova súdna reč Pro A. Caecina a interdikt „de vi armata“.

⁵³ Cic. Catil. I,2,5 (text v citován v kapitole Urážky obžalovaného).

⁵⁴ BLAHO, P.: Ciceronova súdna reč Pro A. Caecina a interdikt „de vi armata“. Ref. 11, s. 40.

In: *Acta Facultatis iuridicae Universitatis Comenianae. Tomus XIV*. Bratislava : Univerzita Komenského (1993), s. 31-43. ISBN 80-223-0721-1.

BLAHO, Peter: Veľké súdne procesy antického Ríma. Úvodné slovo k 11. konferencii právnych romanistov. In: Mach, Peter/Pekarík, Matej (eds.) *SÚDNE REČI A VEĽKÉ SÚDNE PROCESY podľa justiniánskych Digest a iných prameňov rímskeho práva*. Trnava : Typi Universitatis Tyrnaviensis (2010), s. 7–15. ISBN 978-80-8082-334-4.

BLAHO, Peter: Verrinae. Význam Ciceronových řečí proti Verrovi pro základní problémy státu a práva (recenze). In: *Právněhistorické studie*, 22. Praha : Academia (1979), s. 266–271.

BEJČEK, Josef: Právo jako právnictví a věda. In: Mach, Peter/Nemec, Matuš/Pekarík, Matej (eds.) *Ius Romanum. Schola sapientiae. Pocta Petrovi Blahovi k 70. narodeninám*. Trnava : Právnická fakulta Trnavskej univerzity (2009), s. 39–50. ISBN 978-80-8082-335-1.

BORECQUE, Henri: *Les Catilinaires de Cicéron. Étude et analyse*. Paris : Éditions Mellottée (1952), 348 s.

Marcus Tullius Cicero. *In Catilinam orationes*. Sestavil Henri Bornecque a přeložil Édouard Bailly. *Cicéron discours. Tome X. Catilinaires*. Paris : Les belles lettres (1961), x+82 s.

Marcus Tullius Cicero. *In Verrem orationes*. Přeložil Václav Bahník. *Řeči proti Verrovi*. Praha : Odeon (1972), 522 s.

Marcus Tullius Cicero. *Tusculanae disputationes+Cato Maior de senectute+Laelius de amicitia*. Přeložil Václav Bahník. *Tuskulské hovory*. Praha : Svoboda (1976), 433 s.

CONTE, Gian Biagio: *Letteratura latina. Manuale storico dalle origini alle fine dell'impero romano*. Přeložila Dagmar Bartoňková et al. *Dějiny římské literatury*. 2. revid. a doplň. vyd. Praha : Koniasch Latin Press (2008), 800 s. ISBN 978-80-86791-57-9.

ČERNOCH, Radek: *Lex Caecilia Didia a její odraz v judikatuře Ústavního soudu*. Brno (2013), 108 s. Rigorózní práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. [online]. [cit. 2013-08-17]. Dostupné z: <http://is.muni.cz/th/210631/pravf_r/Lex_Caecilia_Didia_a_její_odraz_v_judikature_Ustavniho_soudu.doc>.

DRUMMOND, Andrew: *Law, Politics and Power: Sallust and the Execution of the Catilinairian Conspirators*. Stuttgart : Franz Steiner Verlag (1995), 136 s. ISBN 3-515-06741-8.

Gorgiás – Lýsiás – Ísokratés – Démostenés – Pseudodémostenés – Marcus Tullius Cicero – Lúkiános – Ailios Aristeidés – Dión Chrysostomos – Libanios. *Helenés enkomion+Per tú mé didosthai tó adynátó argýrion+Per prágmatos ex pronoiás+Filippos+Helené+Kata Filippú 3+Hyper Formiónos+Kata Konónos+Kata Neairas+In Marcum Antonium oratio Philippica secunda+In Catilinam oratio prima+Pro Archia poeta+Pro Milone+Myiás enkomion+Diké fónénton+Smyrnaikós+Euboikos logos+Pros Antiocheás peri tés tú basileós orgés+Pros Theodosion ton basilea hyper tón hierón etc.* Přeložili Bořivoj Borecký, Karel Hubka, Alena Frolíková, Ferdinand Stiebitz, Václav Bahník, Martin Steiner a Růžena Dostálová. *Tribuni výmluvnosti*. Praha : Odeon (1974), 439 s.

HORÁK, Ondřej: Memoria & jurisprudencia: Význam pramenů osobní povahy pro dějiny soukromého práva. In: Frýdek, Miroslav/Tauchen, Jaromír (eds.):

Pocta Karlu Schellemu k 60. narodeninám. Ostrava : KEY Publishing (2012), s. 299–307. ISBN 978-80-7418-144-3.

LUDVÍKOVSKÝ, Jaroslav: *M. Tullius Cicero. Řeči proti Katilinovi (první a čtvrtá). Poznámky*. Praha : Jednota českých filologů (1931), 59 s.

LUDVÍKOVSKÝ, Jaroslav: *M. Tullius Cicero. Ukázky z jeho spisů rhetorických a filosofických. II. Poznámky*. Praha : Jednota českých filologů (1930), 245 s.

ODAHL, Charles Matson: *Cicero and the Catilinarian Conspiracy*. New York-London : Routledge (2010), xvi+102 s. ISBN 978-0-415-87472-4.

Perseus Digital Library. [online]. [cit. 2013-09-03]. Dostupné z: <<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/>>.

ROTONDI, Giovanni: *Leges publicae populi romani: elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*. Milano : Società editrice libraria (1912), vii+522 s.

Gaius Crispus Sallustius. *Coniuratio Catilinae+Bellum Iugurthinum*. Přeložil Antonín Rausch. *Katilinovo spiknutí. Válka s Jugurthou*. Praha : Státní nakladatelství krásné literatury a umění (1962), 219 s.

SMITH, William et al: *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology. Illustrated by Numerous Engravings on Wood. In Three Volumes. Volume I*. Boston : Little, Brown, and Company (1867), xii+1093 s. Citováno dle: *Making of America Books* [online]. [cit. 2013-07-16]. Dostupné z: <<http://quod.lib.umich.edu/m/moa/acl3129.0001.001/723?page=root;rgn=full+text;size=100;view=image>>.

SMITH, William et al.: *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology. Illustrated by Numerous Engravings on Wood. In Three Volumes. Volume III*. Boston : Little, Brown, and Company (1867), s. 724. Citováno dle: *Making of America Books* [online]. [cit. 2013-08-17]. Dostupné z: <<http://quod.lib.umich.edu/m/moa/ACL3129.0003.001/732?rgn=full+text;view=image>>.

TATUM, W. Jeffrey: The Final Crisis (69–44). In: Nathan Rosenstein, Robert Morstein-Marx (Eds.) *A Companion to the Roman Republic*. Chichester : Wiley-Blackwell (2010), s. 190–211. ISBN 978-1-4443-3413-5.

THIAUCOURT, Camille: *Étude sur la conjuration de Catilina de Salluste*. Paris : Librairie Hachette et Cie (1887), 160 s.

VRANA, Vladimír: Marcus Tullius Cicero: Pro Quinto Ligario. In: Mach, P./ Pekarík, M. (eds.): *Súdne reči a veľké súdne procesy podľa justiniánskych Digest a iných prameňov rímskeho práva*. Trnava : Typi Universitatis Tyrnaviensis (2010), s. 123-130. ISBN 978-80-8082-334-4.

WATSON, Alan: *The Spirit of Roman Law*. Athens-London : The University of Georgia Press (1995), xxii+241 s. ISBN 0-8203-1669-5.

Summary

Present paper deals with selected problems of the first oration Against Catiline. It focuses on certain rhetoric and legal aspects of speech that were used by Cicero in the aforementioned oration. These observations are illustrated by fragments from other Cicero's works as well as from Sallust and Lucian of Samosata.

Právne vedomie a juvenilná kriminalita v diele V. Hatalu

Gustáv Dianiška*

Pojem a význam právneho vedomia - Právne vedomie a juvenilná kriminalita - Recidíva a juvenilná kriminalita - Záver

Medzinárodná vedecká konferencia venovaná pamiatke prof. JUDr. Vojtecha Hatalu, CSc., ktorá sa konala 15. novembra 2012 na Právnickej fakulte Univerzity Komenského v Bratislave, otvorila invenčný priestor pre analýzu diela tohto mimoriadne významného právnika. Asociácie podľa Aristotela aj v tomto prípade majú neuveriteľnú silu a dynamiku. Autor tejto state si tak hlbšie uvedomil zmysel študentských rozpomienok Dr. h. c. prof. JUDr. Petra Blaha, CSc. na tento právnický vzor, ako aj to, že v mnohom sú si títo páni profesori podobní. Preto sa rozhodol venovať k jubileu svojho vzácneho priateľa prof. Petra Blaha pokus o analýzu jedného z dvoch diel prof. Vojtecha Hatalu, ktoré sa zameriava na právne vedomie a juvenilnú kriminalitu¹.

Pojem a význam právneho vedomia

V úvode kriminologickej štúdie Hatalu vyjadruje názor, že v prípade právneho vedomia sa kumulujú práve tie javy a udalosti, ktoré majú protispoločenský charakter, t. j. všetko to, čo sa prieči či bráni pozitívnemu rozvoju spoločnosti. Ako je pre tohto pozoruhodného právnika obvyklé, nezostáva len pri svojich úvahách, ale poznáva názory iných autorov, a tak vytvára vlastnú definíciu. Podľa neho právne vedomie možno charakterizovať „ako obraz priesečníka právnych noriem a spoločenských vzťahov, ako ľudské vedomie právom prítomne upravených alebo v budúcnosti upraviť sa majúciach spoločenských vzťahov“ (Hatala, s. 73).

* Vedecký článok bol vypracovaný v rámci riešenia projektu Agentúry na podporu výskumu a vývoja s názvom restoratívna justícia a systém alternatívnych trestov v podmienkach Slovenskej republiky, projekt číslo APVV-0179-12, zodpovedný riešiteľ projektu doc. JUDr. Tomáš Strémy, PhD.

¹ HATALA, V.: Kriminologické štúdie. Výber z diela 1973 – 1985. Bratislava (2011), (Právne vedomie a juvenilná kriminalita), s. 72-200.

Pre autora tejto state je osobitne zaujímavá skutočnosť, že okrem chápania právneho vedomia v širšom kontexte spoločenského vedomia ho Hatala poníma aj ako kategóriu aktivity ľudskej psychiky na spoločenské bytie. Reaguje aj na zaužívané teórie o dobrom či zlom človeku:

1. človek je v podstate zlý a dobrému sa musí učiť;
2. človek je v podstate dobrý a zlu sa učí od kriminálnych živlov.

Hatala kontruje tým, že človek sa nerodí mravne dobrý alebo zlý, ale vyvíja sa súčasne ako dobrý a zlý v procese sociálnej interakcie.

Tento mnohorozmerný pojem obsahujúci sociálnu percepciu, sociálnu komunikáciu a sociálne správanie charakterizuje socializačný proces, v ktorom získavame ľudské spôsoby prežívania a správania. Je však mimoriadne dôležité, v akom sociálnom prostredí formujeme svoj spoločenský profil a aké osobnostné vlastnosti charakterizujú našu osobnosť. Socializačný proces nie je jednoduchá záležitosť a prežívanie spoločenských vzťahov v dobrom i zlom je často búrlivé. Ani osobnosť človeka nepredstavuje v socializačnom procese pasívny prvok. Osobnosť, pre jedinečnosť a neopakovateľnosť (z pohľadu psychológie), má veľkú šancu osvojiť si obsah právneho vedomia a aktívne ovplyvniť svoju spoločenskú pozíciu, rolu a vybudovať si potrebný status.

Formálno-logickú podstatu právneho vedomia podľa Hatalu tvorí úsudková schéma dvoch spoločenských javov, normy a spoločenských vzťahov. Riešenie týchto dvoch premís je závislé od charakteristických črt etapy životnej cesty človeka (napr. detstvo, puberta, adolescencia, dospelosť, seniorský vek). Osvojenie právnej normy formuje jeho postoje. Ak to tak nie je, právna norma zostáva len normou zákonodarcu, t. j. má charakter vonkajšej normy, ktorá tak nepredstavuje pre jedinca vnútorný svet a nemá preto regulatívny charakter. Hatala v tejto súvislosti zdôrazňuje, že právne vedomie je nemysliteľné bez právnej normy, za ktorou je sila štátu, avšak ani bez vnútornej normy v samotnom subjekte. Upozorňuje tiež, že pri normatívnej a z hľadiska psychiky regulujúcej funkcii má právne vedomie aj funkciu normotvornú. Uvádza, že práve ono podnietilo vznik práva, ktoré obohacuje obsah právneho vedomia a efektívnejšie sa podieľa na regulácii správania ľudí.

Veľmi zaujímavú úvahu prináša Hatala pri posudzovaní rôznych druhov noriem. Zdôrazňuje, že z hľadiska ľudského vedomia k norme treba rozlišovať jeho vzťah k norme, právu, morálke, konvencii či dokonca zvyku. Uvádza, že spoločným znakom týchto druhov je ich podstata a zmysel. Zároveň vidí nasledujúce rozličnosti (pozri Tabuľka 1).

Tabuľka 1: Normy a ich charakteristické znaky

<i>norma</i>	<i>charakteristické znaky</i>
Právna norma	Inštitucionálne právne zakotvené pravidlo, za ktorým je sila štátu, ktorá môže vynútiť jeho plnenie.
Morálna norma	Všeobecné alebo skupinové pravidlo vyjadrujúce obsah i formu správania jedinca k veciam a ľuďom, za ktorým je sila verejnej či skupinovej mienky.
Konvencia	Tradované pravidlo správania, jeho základom je zhoda, ktorá predpokladá konsenzus povinnosťného subjektu a podlieha tiež sociálnej kontrole.
Zvyklosť	Pravidlo vhodného správania, v pozadí ktorého je tradícia majúca niekedy etický náboj; môže to byť však iba stereotypná norma neobsahujúca vnútorný (obsahový) konsenzus subjektu.

Zdroj: HATALA, V.: Kriminologické štúdie. Výber z diela 1973 – 1985. Bratislava (2011).

V ďalšom texte sa Hatala venuje úvahám o sankčnej norme. Zdôrazňuje, že sankcia je silná nielen svojou represívnou funkciou, ale mala by obsahovať predovšetkým prevýchovný charakter. Od toho, ako zákonodarca chápe sankciu, závisí jeho vzťah k dotknutému subjektu, ale zároveň aj vzťah subjektu k norme a normotvorcovi. Uvádza aj predpoklady pozitívneho účinkovania právnej normy na právne vedomie. Patria sem požiadavky:

- stability a jednoznačnosti normy;
- zrozumiteľnosti a komunikatívnosti normy;
- súladnosti normy;
- dôslednosti v uplatňovaní právnej normy.

Subjekt podľa Hatalu oceňuje jednoznačnosť normy, neprekáža mu, ak je náročná či dokonca tvrdá, ak jej mravná hodnota a právny charakter sú nepochybné (*dura lex sed lex*). Časté zmeny v legislatíve, ktoré narušujú jej stabilitu, hodnotí tento autor ako málo účinné. Preteky v legislatívnych zmenách často pripomínajúce preteky F1 na mokrej vozovke (v daždi) podľa nášho názoru zneisťujú právny proces, znižujú jeho efektívnosť, nepodporujú stabilitu, ale sú zdrojom chaosu v právnej praxi. Napríklad ako je zrozumiteľná a komunikatívna právna norma, ktorá rieši čiastkový problém činnosti jadrovej elektrárne v zákone o sociálnych dávkach? Súladnosť normy vyžaduje úsilie zákonodarcu, aby celý normatívny systém bol harmonicky

vyvážený a neprotirečivý celok. Napríklad nesúlady právnych noriem s vytváraním nových ekonomických vzťahov v 90. rokoch 20. storočia prispel k dynamickému rozvoju ekonomickej kriminality po roku 2000. Reálnosť a splniteľnosť právnej normy je dôležitá v tom, že neguje, podľa Hatalu, šikanóznny výkon práva a bráni vzniku negatívnych psychických stavov (napr. frustrácie), a tým aj negatívnym dôsledkom z toho vznikajúcim. Napríklad ako uvažoval zákonodarca, keď pri tvorbe nového trestného zákona (2006) príliš akcentoval sprísňovanie trestov, a tým podporil preplňovanie väzenského systému?! A v súvislosti s požiadavkou dôslednosti pri uplatňovaní právnej normy zvyrazňuje Hatala požiadavky, na ktoré dnes poukazujú renomovaní penológovia: rýchlosť, dôslednosť a neodvratnosť uplatnenia tejto normy. Nie je žiadna pochybnosť, že tieto požiadavky, i keď je v právnej praxi s ich uplatňovaním často problém, sú základným predpokladom žiaduceho účinku právnej normy.

Záverečné úvahy o pojme a význame právneho vedomia venoval Hatala rozboru vzťahov medzi spoločenským bytím a vedomím. Vychádza z toho, čo bolo pre toto obdobie príznačné, že spoločenské vedomie je určované spoločenským bytím. Je to aj dôsledok toho, že monolitnosť spoločenského bytia v 70. – 80. rokoch bola fenoménom, ktorý autor pri svojich úvahách silne pociťoval. To sa odzrkadlilo v tom, že aj právne vedomie je determinované spoločenskou štruktúrou. Všeobecnú pozíciu v tomto vzťahu však ďalej rozvíja: právne vedomie nie je len samo determinované, ale na túto štruktúru, podľa svojho obsahu, kladne alebo záporne spätne vplýva. Upozorňuje taktiež na to, že právne vedomie je historická kategória, je určené dejinami a dejiny spoluurčuje. Vzniká, premieňa sa a vyvíja, zasahuje život spoločnosti i jedinca.

V predchádzajúcich riadkoch bola reč o makroprostredí (právne vedomie a spoločenská štruktúra). Hatala, čo je pre nás sympatické, sa vnára do mezoprostredia a rieši vzťah spoločenského a skupinového právneho vedomia, a tiež individuálneho právneho vedomia. Skupinové právne vedomie chápe ako formálno-logický pojem. Nejde teda o le bonovskú „dušu davu“, ale o spoločný menovateľ sociálno-psychologických javov, ktoré ľudí obklopujú v mezoprostredí. Individuálne právne vedomie, ktorého nositeľom je jednotlivec, predstavuje jeho postoj vyjadrujúci stav spoločenských vzťahov, ich právnu úpravu, ako aj motiváciu v tomto smere konať. Ide jednoznačne o interiorizáciu vonkajších právnych hodnôt (noriem) do štruktúry psychických javov. Individuálne právne vedomie zvyrazňuje jedinečnosť a neopakovateľnosť osobnosti človeka a je zdrojom účinných motívov regulujúcich jeho správanie v spoločnosti.

Právne vedomie a juvenilná kriminalita

Aj túto časť úvah Hatalu charakterizuje multidisciplinárny vstup, ktorý súvisí s formovaním právneho vedomia a zvláštnosťami jednotlivých etáp životnej cesty človeka. Ontogenetický aspekt pritom prekračuje rámec vývinovej (ontogenetickej) psychológie, zachytáva širšie kultúrno-antropologické aspekty vývinu ľudskej spoločnosti. Rozvinutosť subjektu pri formovaní právneho vedomia do značnej miery určuje jeho fyzický vek. Ten u mladistvých súvisí s ich menšou fyzickou a osobitne psychickou rozvinutosťou, ktorá tieto subjekty do určitej miery znevýhodňuje voči dospelým. Upozorňuje tiež, že u mladistvých zlyháva skôr etická než poznávacía zložka právneho vedomia.

Z hľadiska rozvoja právneho vedomia mladistvých okrem osobitosti ich veku zohráva dôležitú úlohu nedokončenosť psychického vývinu, ktorá sa prejavuje vo zvláštnostiach jeho psychických procesov a stavov. Tieto skutočnosti sa odrážajú vo vnútornej nespokojnosti mladistvých (tínedžerov) a môžu viesť k pozitívnej, ako aj negatívnej sociálnej aktivite.

S osobitnou pozornosťou sme si všimli názory Hatalu na problematiku interiorizácie v súvislosti s účinným regulačným fungovaním právneho vedomia. Hatala zdôrazňuje, že interiorizácia predpokladá zásadné (axiomatické) uznanie subjektom potreby normy ako samozrejmeho pravidla a regulátora ľudskeho života. U mladistvých autor v tejto súvislosti upozorňuje na ich „protiautoritátorstvo“. Postoje týchto subjektov často smerujú voči svetu dospelých, osobitne proti zákazom a obmedzeniam, ktoré presahujú rozmer zákazov pre dospelých. Špecifikom interiorizácie noriem u mladistvých je aj ich silný akcent na emócie a poznanie, že k realizácii normy došlo i v praxi.

V úvahách Hatalu sa objavuje aj hľadanie spoločných a najmä odlišných črt u kriminalitou už poznačenej mládeže a u mládeže nedotknutej, neporušenej zločinom. Kľúčovú sféru pre toto hľadanie tvorí sféra prevencie. Spoločný je predovšetkým základný cieľ recidívy, diferenciacia nastáva podľa druhov kriminality a individuality páchatel'ov trestných činov. Rešpektovanie odlišností medzi prevenciou všeobecne a prevenciou recidívy umožňuje formovať efektívne obsahové a metodicky dobre koncipované programy v týchto druhoch ľudskej činnosti.

Recidíva a juvenilná kriminalita

V úvode tejto témy Hatala poukazuje, že základným poznávacím impulzom odborníkov – kriminológa, sociológa, psychológa i právnika – pri juvenilnej

kriminálnej recidíve je vysoká spoločenská nebezpečnosť tohto fenoménu. Recidíva, t. j. opakovaný trestný čin jedného subjektu, často tvorí základ kriminálneho správania v dospelosti. Zaujímavo popisuje a porovnáva názory uvedených odborníkov na chápanie recidívy (pozri Tabuľka 2).

Tabuľka 2: Chápanie recidívy jednotlivými odborníkmi

<i>odborník</i>	<i>chápanie recidívy</i>
Kriminológ	Konanie vyznačujúce sa dvoma činiteľmi: jednotou osoby páchatel'a a opakovaním objektívne nebezpečného správania človekom, zasahujúcim nielen trestné činy, ale aj negatívne spoločenské javy.
Právnik	Stav, keď sa ten istý páchatel' dopustil trestného činu po tom, čo bol za iný, predchádzajúci trestný čin odsúdený.
Penológ	Konanie osoby, ktorá bola pre opakovaný trestný čin nielen znova odsúdená, ale aj znovu potrestaná.
Kriminalista	Stav, keď páchatel' bol najmenej dva razy odsúdený a potrestaný pre úmyselné trestné činy podobného druhu, alebo spáchané v skupine, aj keď nejde o podobné trestné činy.

Zdroj: HATALA, V.: Kriminologické štúdie. Výber z diela 1973 – 1985. Bratislava (2011), s. 127-130.

Kriminologické poňatie je najširšie. Na tomto poňatí je možné uplatniť základnú axiómu charakterizujúcu vzťah kriminológie a trestného práva: trestné právo bez kriminológie by bolo slepé a kriminológia bez tohto práva bezbrehá (v interpretácii Hatalu by kriminologické poňatie recidívy bez právneho poňatia vyústilo do vzduchoprázdna). Pojmovo užšie podľa Hatalu je právne (legálne) vymedzenie recidívy. Penológ, ako je zrejmé, akcentuje samotný výkon trestu. Najužšie je kriminologické poňatie, ktoré okrem všeobecnej platformy zvyrazňuje aj určité špecifické charakteristiky.

V súvislosti s recidívou v juvenilnej kriminalite Hatala kritizuje strnulosť kriminologických poznatkov a zdôrazňuje potrebu hodnotne výpovednej fenomenológie tohto druhu kriminality. Uvádza svoj názor na jednotlivé druhy kriminality, ktoré sú typické pre juvenilných páchatel'ov: prevláda majetková trestná činnosť, nasleduje útok na život a zdravie (násilná kriminalita), v menšej miere sa vyskytuje výtržníctvo a príživníctvo. Tento trend fakticky pokračuje až do dnešných dní. Štruktúra trestnej činnosti mladistvých recidivistov, konštatuje

Hatala, sa nelíši od fenomenológie juvenilnej kriminality ako celku (prvopáchatelia – recidivisti). Konštatuje tiež, na základe dostupných fenomenologických prameňov, že štruktúra trestnej činnosti mladistvých recidivistov sa nelíši od štruktúry kriminálnych trestných činov dospelých recidivistov. Vyslovuje obavu, že frekvencia recidív mladistvých má stúpajúcu tendenciu.

Hatala popisuje aj etiologický aspekt juvenilnej recidívy. Pri triedení príčin sem zahrnuje faktory, ktoré sú priamo súčiniteľné s juvenilnou recidívou, ako aj tie, ktoré plnia pomocnú úlohu. Opiera sa pritom o výsledky mnohých výskumov, ktoré poukazujú na súvislosť juvenilnej recidívy s určitými odchýlkami vývinu už v predadolescentnom veku subjektu. Konkrétnym prejavom týchto odchýlok je páchanie trestných činov, pri ktorých subjekt počíta s trestnou nezodpovednosťou, ako aj skrývanie trestnej činnosti detí rodičmi. Uvádza taktiež príčinnú súvislosť medzi juvenilnou kriminalitou, vrátane recidívy, s vplyvom rodinného prostredia delikventa. Popri vplyve rodiny uvádza aj pôsobenie takých inštitúcií, ako sú výchovné ústavy a väznice. Upozorňuje, že pre obidve inštitúcie je spoločný nápravnovýchovný proces v podmienkach čiastočnej či úplnej izolácie od bežného sociálneho prostredia. Pokladá si otázku, či vôbec možno uskutočňovať úspešnú resocializáciu v týchto podmienkach. Pri hľadaní príčin Hatala nezabúda, že i právo tvorí vážny vonkajší determinant správania juvenilných páchatel'ov. Upozorňuje na negatívny vplyv nesprávneho používania a výkonu práva. Kritiku sústreďuje najmä na postup orgánov činných v trestnom konaní (oslabovanie zásady prezumpcie nevinu, neúplnosť skutkových zistení a pod.).

V súvislosti s rozborom etiologického aspektu juvenilnej recidívy si Hatala všima spoločenské či osobnostné faktory. Za významný súčiniteľ pokladá deficit v intelektuálnej sfére subjektu, ktorý sa často prejavuje v zníženej školskej úspešnosti. Tento jav súvisí aj s kriminalitou ako celkom. Z osobnostnej dimenzie sa Hatala posúva do dimenzie sociálno-psychologickej. Mladistvý recidivista je často členom „špecifickej antisociálnej subkultúry“ (Hatala, s. 155), čo významne ovplyvňuje jeho konanie. Kritizuje, že antisocialita sa príliš spája so psychopatiou subjektu či psychickými poruchami vôbec. Navrhuje preto používať pojem „sociopatia“. Je to veľmi podnetný návrh, psychopat má predovšetkým problém so sociálnym prostredím. Psychopat spôsobuje tak problémy spoločnosti, ako aj sám sebe.

V súvislosti s recidívou juvenilnej kriminality uvádza Hatala ďalšie etiologické činitele. Patrí sem:

- úzus a abúzus alkoholu v rodine, ako aj u samotného subjektu;
- špecifické stránky fyzického a psychického vývinu v adolescencii;
- vzťah páchatel'a k trestnému činu a k jeho štrukturálnym komponentom;
- krátky časový interval medzi opakovanými trestnými činmi.

Spoločným menovateľom uvedených etiologických činiteľov je osobnosť páchatel'a a jeho sociálne okolie. Dnes v tejto súvislosti hovoríme o dvoch okruhoch kriminogénnych činiteľov, t. j. individuálnych a spoločenských. Individuálne (subjektívne) súvisia so štruktúrou osobnosti (napr. motiváciou, charakterom, schopnosťami a temperamentom), ako aj s celkovým fyzickým a psychickým prežívaním a správaním. Spoločenské (objektívne) činitele pôsobia v rámci spoločenského systému a súvisia napr. s politikou, ekonomikou, právom, kultúrou, ako aj so zmenami v štátnej štruktúre a pod.

Áké sú vyhliadky nápravy mladých recidivistov a prevencie kriminality? Túto otázku si položil Hatala na záver svojich úvah o recidíve subjektov juvenilnej kriminality. Pre elimináciu recidívy sú podľa neho a v zhode s inými odborníkmi významné tieto hľadiská:

- náležitá výmera trestu;
- pravidlá a spôsob realizácie tohto trestu;
- kvalitná postpenitenciárna činnosť.

Tieto hľadiská konfrontuje Hatala s justičnou praxou. V tejto súvislosti kritizuje prax predlžovania trestov u recidivistov. Dlhoročné pôsobenie trestu za múrmi väznic nepovažuje za správne. Navrhuje, že v budúcnosti by sa mali využívať nové spôsoby či metódy, ktoré by zohľadňovali individualitu páchatel'a. Dodáva, že nezáleží tak na dĺžke trestu, ako predovšetkým na jeho koncepcnom, cieľavedomom, intenzívnom využití. Tieto úvahy sú mimoriadne aktuálne a uplatniteľné pri súčasnom rozvoji restoratívnej justície a pre zavádzanie a intenzívnejšie využívanie alternatívnych trestov.

Ako alternatívu trestov uvádza zabezpečovacie opatrenia, medzi ktoré zaraďuje napríklad terapiu. Princípy trestu vidí nielen v odplate, ale aj náprave páchatel'a, ktorá je dôležitejšia pre zabránenie páchania ďalšieho trestného činu subjektom. Dokonca dospel k názoru, že odplatný princíp s nápravným princípom je vo svojej podstate nezlučiteľný. To podľa neho znamená, že odplata k skutočnej náprave viesť nemôže, nanajvýš môže viesť k odstrašeniu. Väzenská prax podľa autora potvrdzuje, že i pri realizácii odplatného princípu existujú rezervy, uplatnenie ktorých by prehĺbilo efektívnosť jeho pôsobenia. Východisko pre vyššiu efektívnosť tohto problému vidí Hatala v nápravnom dialógu s mladistvými recidivistami, ich poznanie a individuálny prístup. Poukazuje na požiadavky Haagskeho kongresu z roku 1950, ktoré odporúčajú rozdelenie väzňov podľa veku, pohlavia, recidívy, psychického stavu, ako aj vytvorenie špecifických, napr. pracovných skupín. Vytváranie skupín na základe určitej podobnosti umožňuje viac odblokovať vplyv neformálnych

väzenských komunit, ktoré sa združujú na základe ideológie dobrého spoluväzňa.

Za najnegatívnejšiu stránku výkonu trestu Hatala považuje „sústredovanie kriminalitou postihnutých ľudí na jednom pomerne malom a navyše uzavretom priestore“, ako aj to, že „úsilie o resocializáciu sa uskutočňuje v klauzúrnych podmienkach sociálnej izolácie“ (Hatala, s. 190). Poukazuje aj na časté účelové správanie väzňov v súlade s väzenskými normami, motivácia ktorého je vyvolaná možnosťou skoršieho prepustenia. Požaduje, aby základnou požiadavkou úspešnosti výkonu trestu bola „premyslená a komplexná koncepcia všeobecného a individualizovaného pôsobenia na odsúdených“ (Hatala, s. 197). Koncepcia by mala obsahovať správny pomer vychovávateľov a odsúdených, taktiež štruktúru a kvalifikačné predpoklady väzenského personálu, ako aj optimálny väzenský režim. Zaujímavý je aj návrh na prípravu reálneho dlhodobého plánu odsúdeného po jeho prepustení, posilňovanie spoločenského, právneho a morálneho vedomia a príprava na zaradenie do občianskeho i pracovného života. V súvislosti s návratom mladistvého do občianskeho života upozorňuje Hatala na dôležitú úlohu komunity (zdravej skupiny) pre jeho resocializáciu. V tejto súvislosti si autor state spomína na novšiu kriminologickú teóriu reintegrovaného zahanbenia, ktorá zdôrazňuje, podobne ako Hatala, úlohu komunity v resocializácii páchatel'a. Ak skupina (komunita) je schopná a ochotná povedať páchatel'ovi, že konal nesprávne, a zároveň mu podať pomocnú ruku pri jeho náprave, tak je výchovný účinok trestu obohatený o jeho neformálnu, veľmi účinnú dimenziu.

V postpenitenciárnej starostlivosti u mladistvých recidivistov je na prvom mieste o zákon opretá povinnosť jej inštitucionálneho a organizačného zabezpečenia vrátane vytvorenia centrálno-koordinačného orgánu. Personálny fond pracovníkov postpenitenciárnej starostlivosti by mali tvoriť profesionáli, účasť odborných spolupracovníkov by mala hrať len doplnkovú úlohu. Na druhom mieste, avšak v jednote so zákonnou povinnosťou, je prvok sociálnej kontroly po podmienenom prepustení na slobodu. Význam tohto prvku je daný tým, že veľa „rýchlych“ recidív sa vyskytuje práve v tomto období. Hatala upozorňuje nielen na časté účelové (vonkajšie) správanie väzňov v prospech podmieneného prepustenia, ale aj na chyby spojené s jeho praxou. Kriminogénny prvok podmieneného prepustenia tak nespočíva v ustanovizni samej, ale v chybnej praxi. Vo vzťahu k mladistvým recidivistom podmienené prepustenie Hatala považuje za dôležitý výchovný prostriedok.

Záver

Profesor Vojtech Hatala bol uznávanou autoritou v oblasti vedy o štáte a práve. Kniha *Kriminologické štúdie. Výber z diela 1973 – 1985* obsahuje v štúdiu „Právne vedomie a juvenilná kriminalita“ ďalšie pozoruhodné state, ktoré si zaslúžia podrobnú analýzu. Pre súbor týchto štúdií je typický interdisciplinárny a multidisciplinárny prístup, ktorý obohacuje právo a prospieva k rozvoju kriminológie na Slovensku.

Naša analýza právneho vedomia a juvenilnej kriminality sa pokúsila interpretovať myšlienky profesora V. Hatalu a prípadne poukázať na ich aktuálne súvislosti. V duchu hatalovskej metodológie (všeobecné – osobitné – konkrétne) sme si najprv všimli pojem a význam právneho vedomia. Nasledovala analýza problematiky právneho vedomia a juvenilnej kriminality a v záverečnej časti sme sa zaoberali úvahami a návrhmi prof. V. Hatalu vo sfére recidívy a juvenilnej kriminality. Pri viacerých myšlienkach či návrhoch prof. V. Hatalu sme naznačili a ocenili ich aktuálnosť pre dnešok.

Profesor Peter Blaho, študent prof. Vojtecha Hatalu, je v súčasnosti uznávanou autoritou v oblasti rímskeho práva. Je dôkazom kontinuity výrazných osobností slovenského práva. Aristotelovské asociácie „Hatala – Blaho“ naplňajú autora tejto state obdivom i optimizmom ako aj želaním, aby myšlienky týchto pozoruhodných osobností ďalej obohacovali slovenské právo a kriminológiu. Zároveň vyslovuje želanie, aby tieto myšlienky boli náležite uplatnené pri rozvíjaní restoratívnej justície na Slovensku a stali sa podnetom na intenzívnejšie využívanie alternatívnych trestov.

Literatúra

BLAHO, P.: Študentské rozpomienky na profesora Vojtecha Hatalu. In: Trestný čin a jeho hmotnoprávne a kriminologické vyjadrenie. Bratislava : Univerzita Komenského (2013), s. 8-9 (elektronický dokument).

HATALA, V.: Kriminologické štúdie. Výber z diela 1973 – 1985. Bratislava : Kalligram (2011), s. 72-200.

DIANIŠKA, G./STRÉMY, T.: Teória reintegrovaného zahanbenia. In: Justičná revue, roč. 64, č. 1/ 2009. s. 74-82. ISSN 1335-6461.

Summary

The name of this article „Legal knowledge and juvenile criminality in the work of professor Vojtech Hatala“ is the article for the jubilee of Peter Blaho.

These two important figures of slovak law have many common features and their work is the important article for its development. The author of this article analysis and annotates three partial problems of criminological message of Vojtech Hatala: 1. concept and value of legal knowledge, 2. Legal knowledge and juvenile criminality, 3. recidivism and juvenile criminality. The analysis of these problems is not only remembering of inventions and criminological reflections of professor Vojtech Hatala, but it is also source for development of recent criminology in Slovak republic. His work with phenomenal scientific advance is the impulse for intensive research problems restorative justice and for more dynamical application of alternative punishments nowadays.

Rýnsky spolok z pohľadu nemeckej historiografie

Rastislav Dluhoš

Obdobie prelomu 18. a 19. storočia, ktorého míľnikmi sú na začiatku Francúzska revolúcia a na konci Viedenský kongres,¹ keď sa na území Nemecka pôvodne „stavovsko-korporatívny štát cez etapu absolutisticko-byrokratického štátu postupne transformoval na štát typu byrokraticko-konštitučného,“² dnešná nemecká historiografia považuje za dôležitú etapu spoločenského a právneho vývoja Nemecka.³ Súčasne sa akcentuje vzájomná prepojenosť a podmienenosť spoločenských zmien vo Francúzsku s tými na území Nemecka. Práve konkrétnou zahraničnou politikou Napoleona, či už ako prvého konzula alebo neskôr francúzskeho cisára, boli tieto zmeny iniciované, s jeho osobou dobyvateľa, štátnika a zákonodarcu súdobou propagandou stotožňované a cez neho európskou verejnosťou vnímané.⁴ Konfederatívne

¹ K súhrnnej analýze uvedeného obdobia porovnaj najmä FEHRENBACH, E.: Vom Ancien Régime zum Wiener Kongress. München (2001); DEMEL, W.: Vom aufgeklärten Reformstaat zum bürokratischen Staatsabsolutismus. München (1993); čiastočne tiež BERGERON, L./FURET, F./KOSELLECK, R.: Das Zeitalter der europäischen Revolution 1780 – 1848. Frankfurt am Main (2005).

² JÄGER, W.: Staatsbildung und Reformpolitik. Politische Modernisierung im Herzogtum Nassau zwischen Französischer Revolution und Restauration. Wiesbaden (1993), s. 1.

³ Napr. BEHNEN, M.: Deutschland und Napoleon. Restauration und Vormärz (1806 – 1847). In: Vogt, M. (ed): Deutsche Geschichte. Von den Anfängen bis zur Gegenwart. Frankfurt am Main (2006), s. 397-411; tiež REIF, H.: Von der Stände- zur Klassengesellschaft. In: Wehler, H.-U. (ed): Scheidewege der deutschen Geschichte. Von der Reformation bis zur Wende 1517-1989. München (1995), s. 79-90. Z právnych historikov porovnaj napr. WESEL, U.: Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart. München (2006), s. 425-428, WILLOWEIT, D.: Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands. 6. Auflage. München (2009), s. 200-219.

⁴ WILLMS, J.: Synthese von Unmensch und Übermensch. Zum Napoleonbild der Deutschen. In: Hedwig, A./Malettke, K./Murk, K. (ed): Napoleon und das Königreich Westphalen. Herrschaftssystem und Modellstaatspolitik. Marburg (2008), s. 53-60; SIEMANN, W.: Die Französische Revolution in der Publizistik der süddeutschen Rheinbundstaaten. In: Dufraisse, R. (ed): Revolution und Gegenrevolution 1789-1830. Zur geistigen Auseinandersetzung in Frankreich und Deutschland. München (1991), s. 122; SCHMIDT, H.: Der Kriegsgott selbst? Napoleon I. und seine Armee. In: Albrecht, D./Aretin, K. O./Schulze, W. (ed): Europa im Umbruch 1750-1850. München (1995), s. 167-186; SAUER, P.: Napoleons Adler über Württemberg, Baden und Hohenzollern. Südwestdeutschland in der Rheinbundzeit. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz (1987), s. 10-11.

združenie nemeckých štátov, resp. ich suverénov, založené pod protektorátom Napoleona a existujúce v rokoch 1806 až 1813 pod názvom Rýnsky spolok (*Confédération du Rhin/Rheinbund*), je neoddeliteľnou súčasťou širšieho vývojového obdobia európskych dejín, keď, spočiatku ako dôsledok vývozu myšlienok a politických ideálov Francúzskej revolúcie a neskôr ako dôsledok oktrojovaného exportu napoleonského politického režimu a formy vlády do časti európskych štátov, sa začala v Európe postupne presadzovať myšlienka usporiadania základných otázok súvisiacich s existenciou a fungovaním štátu prostredníctvom písanej ústavy.⁵ Nemecký právny historik Hans Hattenhauer uvádza, že nemecké právo bolo vo svojich moderných dejinách obohatené tromi významnými recepciami. Popri recepcii anglosaskej právnej filozofie, predstáv o práve a spravodlivosti (alebo skôr toho, čo Nemci za ne považovali), uskutočnenej počas 19. storočia a recepcii práva víťazných mocností po 2. svetovej vojne, to bola práve recepcia francúzskeho práva na začiatku 19. storočia, bez ktorej si dnešný nemecký právny poriadok, najmä v odvetviach ústavného, správneho, trestného a civilného práva, nemožno dosť dobre predstaviť.⁶ K tejto recepcii dochádza v období mocenskej expanzie Francúzska do nemeckého ústavného a politického priestoru, sčasti prostredníctvom dočasného začlenenia časti územia Nemecka pod francúzsku suverenitu, sčasti prostredníctvom vytvorenia Rýnskeho spolku. Francúzsky historik Roger Dufraisse k tomu dodáva, že obdobie Rýnskeho spolku je prelomovou epochou nemeckých dejín, po skončení ktorej sa v nemeckom právnom diskurze 19. storočia pevne usadili pojmy ako konzervativizmus, liberalizmus, patriotizmus, nacionalizmus či konštitucionalizmus.⁷

Pri predpoklade, že čitateľovi sú známe predchádzajúce publikačné výstupy autora, v ktorých bola pozornosť venovaná Rýnskemu spolku, analýze jeho zakladajúceho dokumentu, jeho orgánov a reformám v niektorých z jeho členských štátov,⁸ je cieľom tohto článku upriamenie pozornosti na

⁵ BRANDT, P./KIRSCH, M./SCHLEGELMILCH, A./DAUM, W.: Einleitung. In: Brandt, P./Kirsch, M./Schlegelmilch, A. (ed): *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert. Institutionen und Rechtspraxis im gesellschaftlichen Wandel*. Band 1: Um 1800. Bonn (2006), s. 39-41.

⁶ HATTENHAUER, H.: *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*. 4. Auflage. Heidelberg (1996), s. 67-68.

⁷ DUFRAISSE, R.: Einleitung. In: Dufraisse, R. (ed): *Revolution und Gegenrevolution 1789-1830. Zur geistigen Auseinandersetzung in Frankreich und Deutschland*. München (1991), s. XV.

⁸ DLUGOŠ, R.: Rýnsky spolok a význam jeho existencie pre ústavné, politické a spoločenské reformy nemeckých štátov v ňom združených. In: *Právny obzor* 90 (2007), č. 2, s. 138-160; DLUGOŠ, R.: Bavorské reformy verejnej správy na začiatku 19. storočia pod vedením Maximiliana von Montgelasa. In: *Acta Universitatis Tyrnaviensis, Juridica*, III (2006),

vývoj vnímania obdobia existencie Rýnskeho spolku nemeckou všeobecnou a právnou historiografiou a vývoj jeho spracovania ako historickej či právnohistorickej témy za posledné dve storočia.

I.

Dôležitosť obdobia prelomu 18. a 19. storočia pre ústavný a spoločenský vývoj Nemecka si uvedomovali už doboví účastníci a priami pozorovatelia spoločenských procesov. Napr. filozof Georg Wilhelm Friedrich Hegel, ktorý sa v septembri 1806 v rámci prednášok na univerzite v Jene vyslovil: „*Nachádzame sa v jednej veľmi dôležitej epoche vrenia, kedy sa duch vytrhol a vyšiel zo svojej starej podoby, aby získal novú. Celá masa doterajších predstáv, pojmov a vzťahov vo svete sa rozpadla a zanikla ako obyčajná predstava. Pripravuje sa nové vystúpenie ducha.*“⁹ V roku 1812 si Nikolaus Thaddäus Gönner, významný bavorský právnik a politik zo začiatku 19. storočia, kladie otázku: „*Nie je snád každý rok posledného decénia dôležitosťou svojich udalostí rovný celému storočiu?*“¹⁰ O niečo neskôr, v roku 1825, historik Karl Heinrich Ludwig Pölitz vo Svetových dejinách pri spätnom pohľade konštatuje: „*Ked' si dáme do súvislosti dôsledky udalostí posledných tridsiatich rokov, nedá sa zamlčať, že doba, v ktorej žijeme, sa javí oddelená od roku 1789 oveľa väčšou priepasťou, než objavenie Ameriky od čias Karola Veľkého.*“¹¹

Pri analyzovaní historiografie neskorších desaťročí 19. storočia možno súhlasiť s názorom historika Waltera Graba, podľa ktorého sa pri spracúvaní dejín obdobia rokov 1789 až 1815 pozornosť sústreďovala viac na sprostredkovanie názorov významných básnikov, filozofov, politikov a monarchov na svetom otriasajúce udalosti spoza druhej strany Rýna, pričom trvalejší záujem najmä o sociologický a ústavnoprávny rozmer

s. 67-80; DLUGOŠ, R.: Kráľovstvo Westfalen – Napoleonov neúspešný štátny projekt. In: Súkromné a verejné právo súčasnosti. Zborník z II. vedeckej konferencie doktorandov Právnickej fakulty Trnavskej univerzity. Trnava (2006) (publikované na CD).

⁹ Citované podľa HAHN, H.-W.: Einführung: Machtpolitischer Umbruch und innenpolitischer Aufbruch. Jena 1806 und die Folgen. In: Klingner, A./Hahn, H.-W./Schmidt, G. (ed): Das Jahr 1806 im europäischen Kontext. Balance, Hegemonie und politische Kulturen. Köln-Weimar-Wien (2008), s. 3.

¹⁰ Citované podľa DEMEL, W.: Der bayerische Staatsabsolutismus 1806/08 – 1817. Staats- und gesellschaftspolitische Motivationen und Hintergründe der Reformära in der ersten Phase des Königreichs Bayern. München (1983), s. 1.

¹¹ PÖLITZ, K. H. L.: Die Weltgeschichte für gebildete Leser und Studierende. Leipzig (1825), s. 19.

tohto obdobia sa dostáva do popredia až po druhej svetovej vojne.¹² Okrem toho právny historik Hans Hattenhauer upozorňuje, že ešte ani v druhej polovici 20. storočia neboli historici úplne zajedno ohľadne leitmotívu nemeckých politických dejín tohto obdobia. Pre pruskú historickú tradíciu a jej nasledovníkov stála v popredí predstava mýtického vtáka Fénixa, vstávajúceho z popola zdrvujúcej porážky Pruska pri Jene a Auerstedte francúzskymi vojskami v októbri 1806, keď sa práve vojenská katastrofa stala príčinou a hybnou silou pri opätovnom nadobudnutí morálnej sily, ktorú si vyžadovala realizácia potrebných reforiem, prostredníctvom ktorých sa o niekoľko rokov neskôr podarilo Prusku s pomocou spojencov vojensky triumfovať.¹³ Historická a právnohistorická literatúra ponúkala vyše storočie len jeden variant hodnotenia obdobia prelomu 18. a 19. storočia.¹⁴ Preto neprekvapí, že to boli iba Steinove a Hardenbergove reformy v Prusku, ktoré ruka v ruke s procesom oslobodzovania sa nemeckých štátov spod francúzskej nadvlády historici prezentovali ako skutočné činy ducha nemeckého národa, preukazujúce nemeckú schopnosť prekonať národnú krízu, ktorá bola súčasne aj krízou práva a jeho inštitútov.¹⁵ Rýnsky spolok bol vnímaný iba ako krátka epizóda, ktorá nemala s podstatou nemeckých dejín nič spoločné.¹⁶

V predmete skúmania novších nemeckých všeobecných, ako aj právnych dejín bol pritom Rýnsky spolok dlhý čas iba okrajovou témou, keďže

¹² GRAB, W.: Der deutsche Jakobinismus. In: Reden-Dohna, A. (ed): Deutschland und Italien im Zeitalter Napoleons. Deutsch-Italienisches Historikertreffen in Mainz 29. Mai – 1. Juni 1975. Wiesbaden (1979), s. 1.

¹³ HATTENHAUER, H.: Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, s. 61. Pozri tiež BURGDORF, W.: 1806. „Deutsche Katastrophe“? In: Flemming, J./Krause-Vilmar, D. (ed): Fremdherrschaft und Freiheit. Das Königreich Westphalen als napoleonischer Modellstaat. Kassel (2009), s. 25-41.

¹⁴ KAMPMANN, C.: Rheinbund und Historiographie. Zum Wandel des Geschichtsbildes und zu aktuellen Forschungsaufgaben. In: Hedwig, A./Maletke, K./Murk, K. (ed): Napoleon und das Königreich Westphalen. Herrschaftssystem und Modellstaatspolitik. Marburg (2008), s. 62-63.

¹⁵ HATTENHAUER, H.: Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, s. 62. Čiastočné zhodnotenie vybranej bibliografie prezentuje napr. WESTERBURG, J.: „...Geburt zu einem neuen Leben.“ Die Brüder Murhard und der Reformstaat Westfalen. In: Halle, A./Wegner, K.-H./Westerburg, J. (ed): Die Brüder Murhard. Leben für Menschenrechte und Bürgerfreiheit. Katalog zur Ausstellung im Stadtmuseum Kassel in Zusammenarbeit mit der Universitätsbibliothek Kassel (30. November 2003 bis 18. April 2004). Kassel (2003), s. 79-101; tiež OWZAR, A.: Frankreich in Westfalen. Konstitutionalisierung und Parlamentarisierung unter Napoleon (1806 – 1813). In: Westfalen. Hefte für Geschichte : Kunst und Volkskunde, 79. Band (2001), s. 97.

¹⁶ SCHUCK, G.: Rheinbundpatriotismus und politische Öffentlichkeit zwischen Aufklärung und Frühliberalismus: Kontinuitätsdenken und Diskontinuitäts Erfahrung in den Staatsrechts- und Verfassungsdebaten der Rheinbundpublizistik. Stuttgart (1994), s. 11.

nezapadal do nacionálno-liberálneho meradla nemeckej historiografie 19. storočia. Dejiny Rýnskeho spolku a jeho členov sa vnímali výlučne cez optiku myšlienky zjednocujúceho sa a neskôr v „malonemeckom“ variante už zjednoteného nemeckého národa a z tohto pohľadu podrobovali hodnotiacim úsudkom historikov a právnych historikov.¹⁷ Pre nemeckú, či skôr v širšom poňatí po nemecky píšucu historiografiu 19. storočia je charakteristické, že téma „Rýnsky spolok“, resp. obsahovo nadradené témy „Francúzska revolúcia a Nemecko“ alebo „Napoleon a Nemecko“, boli svojím rozsahom prevažne menej významnou súčasťou prác encyklopedického charakteru, sústreďujúcich sa najmä na vojenské a medzinárodnopolitické aspekty popisom vojenských ťažení, bitiek a následne uzatváraných mierových zmlúv,¹⁸ prípadne väčších viacväzkových diel, opisujúcich buď súhrnné dejiny Nemecka ako celku alebo európske dejiny, s dôrazom kladeným viac na činy monarchov, vojvodcov a významných diplomatov a menej na vývoj právnych inštitútov verejného či súkromného práva a spoločenských inštitúcií.¹⁹ Pritom najmä v druhej polovici 19. storočia možno pod zorným uhlom nemeckého nacionalizmu, ovplyvneného pruským duchom, usilujúceho sa o zjednotené Nemecko a neskôr dominujúceho v ríšskej historiografii, často pozorovať značne tendenčné, spravidla negatívne hodnotenie francúzskeho vplyvu na osudy nemeckých štátov, nešetriace označeniami obdobia Rýnskeho spolku ako „najsmutnejšej a najnehodnejšej periódy nemeckých dejín“, či „stav najhlbšieho poníženia Nemecka.“²⁰ Jedným slovom, snáď najčastejšie používaným, ako „Fremdherrschaft“ alebo inde ako „Franzosenzeit.“²¹ Pre legendu pruskej

¹⁷ BUSSMANN W.: Vom Heiligen Römischen Reich deutscher Nation zur Gründung des Deutschen Reiches. In: Schieder, Th. (ed): Handbuch der europäischen Geschichte. Band 5. Europa von der Französischen Revolution zu den Nationalstaatlichen Bewegungen des 19. Jahrhunderts. Stuttgart (1981), s. 413; FEHRENBACH, E.: Napoleon und die Expansion der Französischen Revolution. In: Specker, H. E. (ed): Einwohner und Bürger auf dem Weg zur Demokratie. Von den antiken Stadtrepubliken zur modernen Kommunalverfassung. Stuttgart (1997), s. 154-155.

¹⁸ Napr. SCHIMMER, K. A.: Die französische Revolution und ihre Folgen. Leipzig (1847).

¹⁹ Napr. WEISS, J. B.: Lehrbuch der Weltgeschichte. IX. Band. Allgemeine Geschichte. 1800 bis 1806. Graz (1891); ZWIEDINECK-SÜDENHORST, H.: Deutsche Geschichte von der Auflösung des alten bis zur Errichtung des neuen Kaiserreiches (1806 – 1871). I. Band. Die Zeit des Rheinbundes und die Gründung des deutschen Bundes (1806 – 1815). Stuttgart (1897).

²⁰ STEINMETZ, G.: Der Rheinbund und die geschichtliche Berechtigung der nationalen Bewegung. Rede des Hofgerichts-Advokaten Metz gehalten im Wolfseck zu Frankfurt am Main am 18. Juni 1861. Coburg (1861).

²¹ K analýze termínu Franzosenzeit v nemeckej historiografii pozri napr. ENGELBRECHT, J.: Grundzüge der Sozial- und Wirtschaftsgeschichte des Großherzogtums Berg. In: Dietz, B. (ed): Das Großherzogtum Berg als napoleonischer Modellstaat. Köln (1995), s. 64-65;

historiografie druhej polovice 19. storočia Heinricha von Treitschkeho boli štáty Rýnskeho spolku iba ahistorickými útvarmi, ktorých členstvo v tomto spolku bolo založené na „*obnaženej svojvôli hrástky krivoprišažných kniežat*.“²² Uvedené výčitky, týkajúce sa „*zrady domácich kniežat*“,²³ sa orientovali najmä k štátom južného a západného Nemecka (Bavorsko, Bádensko, Württembersko) a k Sasku, ktorých suveréni práve v prelomovom období roku 1806 dosiahli ku kráľovskému titulu (s výnimkou markgrófa bádenského, ktorý získal titul veľkvojvodu) nie z Božej, ale „*z Napoleonovej milosti*.“²⁴

Na prelome 19. a 20. storočia na nemeckej strane oživuje záujem o tému štátov Rýnskeho spolku Arthur Kleinschmidt so svojimi *Geschichte des Königreichs Westfalen*.²⁵ Vo Francúzsku je to Georg Schmidt s prelomovým dielom *Le Grand-Duché de Berg (1806 – 1813) – Étude sur la Domination Française en Allemagne sous Napoléon I^{er}*,²⁶ vďaka ktorému je dodnes považovaný za pioniera modernej historiografie štátov Rýnskeho spolku založenej na vedeckom prístupe k skúmaniu archívnych prameňov.²⁷ Z obdobia doznievajúcej Nemeckej ríše na začiatku 20. storočia možno poukázať, z hľadiska obsahu a metodologického prístupu, na rovnako kvalitné dielo Willyho Andreea spracúvajúce dejiny verejnej správy Bádenska zo začiatku 19. storočia.²⁸ Obdobným smerom sa vydal aj Michael Doeberl, ktorého

MANKE, M./MÜNCH, E.: Vorwort des Herausgebers. In: Manke, M./Münch, E. (ed): Unter Napoleons Adler. Mecklenburg in der Franzosenzeit. Lübeck (2009), s. 7-13; OWZAR, A.: Vom Topos der Fremdherrschaft zum Modernisierungsparadigma – Zur Einführung. In: Dethlefs, G./Owzar, A./Weiss, G. (ed): Modell und Wirklichkeit. Politik, Kultur und Gesellschaft im Großherzogtum Berg und im Königreich Westphalen. Paderborn (2008), s. 1-13.

²² TREITSCHKE, H.: Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert. I. Band. Leipzig (1894), s. 233.

²³ TREITSCHKE, H.: Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert. I. Band. Leipzig (1894), s. 245.

²⁴ BLASCHKE, K.: Sachsens Erhebung zum Königreich im Jahre 1806. In: Martin, G./Vötsch, J./Wiegand, P. (ed): 200 Jahre Königreich Sachsen. Beiträge zur sächsischen Geschichte im napoleonischen Zeitalter. Beucha (2008), s. 17.

²⁵ KLEINSCHMIDT, A.: Geschichte des Königreichs Westfalen. Kassel (1970) (fotomechanický reprint pôvodného vydania z roku 1893); KLEINSCHMIDT, A.: Aus den letzten Tagen des Königreichs Westphalen. In: Zeitschrift für hessische Geschichte und Landeskunde, 26. Band (1891), s. 244-284.

²⁶ SCHMIDT, Ch.: Das Grossherzogtum Berg 1806 – 1813. Eine Studie zur französischen Vorherrschaft in Deutschland unter Napoleon I. Neustadt/Aisch (1999) (nemecký preklad pôvodného francúzskeho vydania z roku 1905).

²⁷ DIETZ, B.: Charles Schmidt: Pionier der Geschichtsschreibung zum Großherzogtum Berg. In: Dietz, B. (ed): Das Großherzogtum Berg als napoleonischer Modellstaat. Köln (1995), s. 93-105.

²⁸ ANDREAS, W.: Geschichte der badischen Verwaltungsorganisation und Verfassung in den

prínos spočíva najmä v opätovnom prehodnotení významu členstva Bavarska v Rýnskom spolku pre začiatok a následný proces jeho konštitucionalizácie v prvej polovici 19. storočia.²⁹ V tejto línii ho nasledoval Ludwig Doeberl so svojou prácou o vnímaní kategórie štátnej suverenity popredným bavorským politikom a reformátorom Maximilianom von Montgelasom.³⁰

Prvý pokus o komplexné spracovanie témy Rýnskeho spolku je zaznamenaný na začiatku 20. storočia, keď sa na historicky nezaujaté a nacionalizmom nezaťažené zhodnotenie Rýnskeho spolku, počnúc udalosťami predchádzajúcimi jeho vzniku, podujal historik Theodor Bitterauf. Uvedomoval si, že „*takýto prístup nebol možný ani v časoch reakcie, kedy Rakúsko a Prusko zotrúvali v nepriateľskom postoji k štátom južného Nemecka, konštitučne spribuzneným s Francúzskom, ani v časoch zápasu o národnú jednotu, kedy boli napoleonské štátne útvary považované za prekážku národného vývoja.*“³¹ Zostalo však iba pri prvej časti plánovaného trojzväzkového opusu, ktorý autor nikdy nedokončil.

V medzivojnovom období sa objavujú publikácie spracúvajúce rôzne aspekty skúmaného obdobia, avšak boli často poplatné dobovému nacionálnemu socializmu.³² Na prelome dvadsiatych a tridsiatych rokov je hodný pozitívnej zmienky jeden z priekopníkov modernej nemeckej historiografie Franz Schnabel, ktorý poukazuje na to, že to boli práve štátnici Rýnskeho spolku (Montgelas, Reitzenstein, Friedrich von Württemberg), ktorí ako prví na území Nemecka zaviedli v období francúzskej mocenskej dominancie nové moderné spoločenské a ústavnoprávne usporiadanie.³³ Jeho

Jahren 1802 – 1818. Der Aufbau des Staates im Zusammenhang der allgemeinen Politik. Leipzig (1913).

²⁹ DOEBERL, M.: Rheinbundverfassung und bayerische Konstitution. In: Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (1924), 5. Abhandlung, München (1924); DOEBERL, M.: Entwicklungsgeschichte Bayerns. Band II. München (1912).

³⁰ DOEBERL, L.: Maximilian von Montgelas und das Prinzip der Staatssouveränität. München (1925).

³¹ BITTERAUF, Th.: Geschichte des Rheinbundes. I. Band. Die Gründung des Rheinbundes und der Untergang des alten Reiches. Hildesheim – Zürich – New York (1983) (fotomechanický reprint pôvodného vydania z roku 1905).

³² POFOVNAJ napr. JOLLES, M.: Das deutsche Nationalbewusstsein im Zeitalter Napoleons. Frankfurt am Main (1936); KOPPEN, W.: Deutsche gegen Deutschland. Geschichte des Rheinbundes. Hamburg (1936).

³³ SCHNABEL, F.: Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert. I. Teil. München (1987), s. 147. Pre účely tohto článku bol použitý reprint pôvodného vydania z roku 1929, vydaný pri príležitosti 100. výročia narodenia autora. Uvedený historik prispel k lepšiemu poznaniu reformného obdobia aj spracovaním životopisu bádenského reformátora Sigismunda von Reitzensteina. POFOVNAJ SCHNABEL, F.: Sigismund von Reitzenstein. Der Begründer des badischen Staates. Heidelberg (1927).

Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert sú dodnes považované za štandardné dielo liberálnej nemeckej historiografie. V zhode so Schnabelom vyzval v tridsiatych rokoch k zásadnej revízii prístupu historikov k Rýnskemu spolku aj Erwin Hölzle.³⁴

Zotrvačnosť pruskej historickej a právnohistorickej školy pretrvala aj po druhej svetovej vojne a jej stopy možno zaznamenať ešte i v šesťdesiatych rokoch 20. storočia. Právny historik Claudius von Schwerin venuje v inak rozsiahlej učebnici nemeckých právnych dejín Rýnskemu spolku iba krátky odsek,³⁵ iný právny historik Fritz Hartung ešte v roku 1959 v učebnici *Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart* v opozícii s názormi Schnabela a Hölzleho stále zotrváva na tvrdení, že Rýnsky spolok ako celok nemal žiadne dejiny, čím vysvetľuje fakt, že nikto jeho dejiny dovtedy neanalyzoval.³⁶ V podobnom duchu o niekoľko rokov neskôr právny historik Ernst Rudolf Huber označuje ústavný vývoj niektorých štátov Nemecka v období existencie Rýnskeho spolku termínom *Scheinkonstitutionalismus* a deklaruje tým, že v týchto štátoch nešlo o skutočnú, ale iba o zdanlivú konštitucionalizáciu.³⁷

II.

Počiatok vedecky korektného a neutrálneho úsilia o zhodnotenie dôsledkov pôsobenia Francúzskej revolúcie a neskôr obdobia *Grand Empire* v nemeckých dejinách akceleruje koncom šesťdesiatych a začiatkom sedemdesiatych rokov 20. storočia, kde je vhodným symbolickým míľnikom na prezentáciu prvých vedeckých výstupov nielen nemeckej historiografie dvestoročnica narodenia Napoleona.³⁸ Spočiatku sporadicky organizované kolokviá, semináre a vedecké konferencie historikov k tematike zásadných spoločenských a štátoprávných zmien z prelomu 18. a 19. storočia sa čoraz

³⁴ HÖLZLE, E.: Das napoleonische Staatssystem in Deutschland. In: *Historische Zeitschrift*, Band 148 (1933), Heft 2, s. 277.

³⁵ SCHWERIN, C.: *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin (1950), s. 316.

³⁶ HARTUNG, F.: *Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart*. 7. Auflage. Stuttgart (1959), s. 170.

³⁷ HUBER, E. R.: *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*. Band I. Reform und Restauration 1789 bis 1830. Stuttgart (1967), s. 88. K používaniu termínu Scheinkonstitutionalismus v nemeckej historiografii pozri NOLTE, E.: Deutscher Scheinkonstitutionalismus? In: *Historische Zeitschrift*, Band 228 (1979), Heft 3, s. 529-550.

³⁸ GROTE, W. (ed): *Napoleon I. und die Staatenwelt seiner Zeit*. Freiburg (1969); SIEBURG, H.-O. (ed): *Napoleon und Europa*. Köln-Berlin (1971).

viac profilovali smerom k zvýrazneniu reformných a modernizačných aspektov tohto obdobia.³⁹ Ich kulmináciu možno zaznamenať práve v období po roku 2000, a to najmä v súvislosti s výročím zániku Svätej rímskej ríše nemeckého národa,⁴⁰ ako aj s rovnakým výročím vzniku a existencie Rýnskeho spolku,⁴¹ pričom v ostatných rokoch sa sústreďuje pozornosť historikov najmä na problematiku tzv. modelových štátov Rýnskeho spolku (Westfálske kráľovstvo, veľkovojsvodstvá Berg a Frankfurt).⁴²

Preskúmaním odbornej historickej a právnohistorickej literatúry súvisiacej s témou Rýnskeho spolku možno skonštatovať, že nielen otázky spoločenského, ale aj politického a právneho vývoja nemeckých štátov v ňom združených, sú za posledných štyridsať rokov doménou vedeckého záujmu najmä všeobecných nemeckých historikov. Podľa početnosti publikačných výstupov je výrazne menší rozsah tejto téme venovaný v prácach právnych historikov. Boli to nie právnici, ale všeobecní historici Franz-Ludwig Knemeyer,

³⁹ Napr. REDEN-DOHNA, A. (ed): Deutschland und Italien im Zeitalter Napoleons. Deutsch-Italienisches Historikertreffen in Mainz 29. Mai – 1. Juni 1975. Wiesbaden, 1979; BERDING, H./ULLMANN, H.-P. (ed): Deutschland zwischen Revolution und Restauration. Königstein-Düsseldorf (1981); WEIS, E. (ed): Reformen im rheinbündischen Deutschland. München (1984); DIPPER, Ch./SCHIEDER, W./SCHULZE, R. (ed): Napoleonische Herrschaft in Deutschland und Italien – Verwaltung und Justiz. Berlin (1995).

⁴⁰ Porovnaj napr. HARTMANN, P. C./SCHULLER, F. (ed): Das Heilige Römische Reich und sein Ende 1806. Zäsur in der deutschen und europäischen Geschichte. Regensburg (2006); KLINGER, A./HAHN, H.-W./SCHMIDT, G. (ed): Das Jahr 1806 im europäischen Kontext. Balance, Hegemonie und politische Kulturen. Köln-Weimar-Wien (2008). Z monografií možno poukázať napr. na MAZOHL-WALLNIG, B.: Zeitenwende 1806. Das Heilige Römische Reich und die Geburt des modernen Europa. Wien-Köln-Weimar (2005); KRAUS, H.-Ch.: Das Ende des alten Deutschland. Krise und Aflösung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation 1806. Berlin (2007).

⁴¹ Napr. HOHRATH, D./REHM, Ch. (ed): Der Preis der neuen Kronen. Württemberg und Baden als Vasallen Napoleons. Weinheim (2006); SCHINDLING, A./TADDEY, G. (ed): 1806 – Souveränität für Baden und Württemberg. Beginn der Modernisierung? Stuttgart (2007); MARTIN, G./VÖTSCH, J./WIEGAND, P. (ed): 200 Jahre Königreich Sachsen. Beiträge zur sächsischen Geschichte im napoleonischen Zeitalter. Beucha (2008); BENL, R. (ed): Der Erfurter Fürstenkongreß 1808. Hintergründe, Ablauf, Wirkung. Erfurt (2008); MANKE, M./MÜNCH, E. (ed): Unter Napoleons Adler. Mecklenburg in der Franzosenzeit. Lübeck (2009); VELTZKE, V. (ed): Für die Freiheit – gegen Napoleon. Ferdinand von Schill, Preußen und die deutsche Nation. Köln-Weimar-Wien (2009).

⁴² DETHLEFS, G./OWZAR, A./WEISS, G. (ed): Modell und Wirklichkeit. Politik, Kultur und Gesellschaft im Großherzogtum Berg und im Königreich Westphalen. Paderborn (2008); HEDWIG, A./MALETTKE, K./MURK, K. (ed): Napoleon und das Königreich Westphalen. Herrschaftssystem und Modellstaatspolitik. Marburg (2008); FLEMMING, J./KRAUSE-VILMAR, D. (ed): Fremdherrschaft und Freiheit. Das Königreich Westphalen als napoleonischer Modellstaat. Kassel (2009).

Eberhard Weis, Elisabeth Fehrenbach, Helmut Berding, nasledovaní Berndom Wunderom, Walterom Demelom, Hansom-Petrom Ullmannom a ďalšími, ktorí ju v rámci procesu prehodnocovania významu Rýnskeho spolku v nemeckých dejinách (tzv. *Um- und Aufwertung der Rheinbundsreformen*)⁴³ vniesli do celonemeckého vedeckého diskurzu a rozpracovali témy typické skôr pre právnych historikov, ako sú reformy verejnej správy,⁴⁴ reformy vlády a politického režimu,⁴⁵ fungovanie a právomoci zákonodarných orgánov,⁴⁶ reformy právneho postavenia úradníctva,⁴⁷ reformy finančnoprávných

⁴³ SEVERIN, B.: Modellstaatspolitik im rheinbündischen Deutschland. Berg, Westfalen und Frankfurt im Vergleich. In: FRANCIA – Forschungen zur westeuropäischen Geschichte. Band 24/2 (1997). Frühe Neuzeit – Revolution – Empire. 1500-1815. Sigmaringen (1998), s. 181.

⁴⁴ KNEMEYER, F.-L.: Regierungs- und Verwaltungsreformen in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts. Köln und Berlin (1970).

⁴⁵ DEMEL, W.: Der bayerische Staatsabsolutismus 1806/08 – 1817. Staats- und gesellschaftspolitische Motivationen und Hintergründe der Reformära in der ersten Phase des Königreichs Bayern.

⁴⁶ OBENAU, H.: Die Reichsstände des Königreichs Westfalen. In: FRANCIA – Forschungen zur westeuropäischen Geschichte. Band 9 (1981). München (1982), s. 299-329; LENGEMANN, J.: Parlamente in Hessen 1808 – 1813. Biographisches Handbuch der Reichsstände des Königreichs Westphalen und der Ständeversammlung des Großherzogtums Frankfurt. Frankfurt am Main (1991); OBENAU, H.: „Parlamentarismus“? Die Reichsstände des Königreichs Westphalen. In: Flemming, J./Krause-Vilmar, D. (ed): Fremdherrschaft und Freiheit. Das Königreich Westphalen als napoleonischer Modellstaat. Kassel (2009), s. 100-116. Zo staršej literatúry možno poukázať na dizertáciu FRANKE, R.: Die gesetzgebenden Körperschaften und ihre Funktionen in den Verfassungen der Rheinbundstaaten und der Deutschen Bundesstaaten 1806–1820. Greifswald (1912).

⁴⁷ WUNDER, B.: Die Reform der Beamtenschaft in den Rheinbundstaaten. In: Weis, E. (ed): Reformen im rheinbündischen Deutschland. München (1984), s. 181-192; WUNDER, B.: Geschichte der Bürokratie in Deutschland. Frankfurt am Main (1986); WUNDER, B.: La bureaucratie d'État en France et en Allemagne: rôle et structure. In: Berding, H./François, É./Ullmann, H.-P. (ed): La Révolution, la France et l'Allemagne. Deux modèles opposés de changement social? Paris (1989), s. 115-147; WUNDER, B.: Die badische Beamtenschaft zwischen Rheinbund und Reichsgründung (1806 – 1871). Dienstrecht, Pension, Ausbildung, Karriere, soziales Profil und politische Haltung. Stuttgart (1998); WUNDER, B.: Die Entstehung des modernen Staates in Württemberg. Verwaltung und Gesetze – Beamte – Bürger. In: Schindling, A./Taddey, G. (ed): 1806 – Souveränität für Baden und Württemberg. Beginn der Modernisierung? Stuttgart (2007), s. 99-122; FEHRENBACH, E.: Das napoleonische Modell des Beamtentums und sein Einfluss auf die deutsche Geschichte. In: L'educazione giuridica. IV – Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi. Tomo II – L'età moderna. Perugia (1981), s. 219-237; BERDING, H.: Loyalitätskonflikte unter napoleonischer Herrschaft. Die Situation der Staatsdiener im Königreich Westfalen. In: Albrecht, D./Aretin, K. O./Schulze, W. (ed): Europa im Umbruch 1750-1850. München (1995), s. 241-256; CLEMENS, G. B.: Fürstendiener – Kollaborateure? Die Beamten im Königreich Westphalen. In: Flemming, J./Krause-Vilmar, D. (ed): Fremdherrschaft und Freiheit. Das Königreich Westphalen als

inštitútov,⁴⁸ zmeny v ústavnoprávnom postavení nemeckej šľachty,⁴⁹ vplyv Francúzska na ústavný vývoj Nemecka na prelome 18. a 19. storočia,⁵⁰ transformácia súkromného práva štátov Rýnskeho spolku podľa francúzskeho vzoru.⁵¹ Predovšetkým zásluhou Helmuta Berdinga bola podrobne rozpracovaná téma tzv. modelových štátov Rýnskeho spolku⁵² a v rámci

napoleonischer Modellstaat. Kassel (2009), s. 119-134.

⁴⁸ BERDING, H.: Die Reform des Zollwesens in Deutschland unter dem Einfluß der napoleonischer Herrschaft. In: Geschichte und Gesellschaft, Zeitschrift für Historische Sozialwissenschaft, 6. Jahrgang (1980), Heft 4, s. 523-537; ULLMANN, H.-P.: Überlegungen zur Entstehung des öffentlichen verfassungsmäßigen Kredits in den Rheinbundstaaten (Bayern, Württemberg und Baden). In: Geschichte und Gesellschaft, Zeitschrift für Historische Sozialwissenschaft, 6. Jahrgang (1980), Heft 4, s. 500-522; ULLMANN, H.-P.: Öffentliche Finanzen im Übergang vom Ancien Régime zur Moderne: die bayerische Finanzreform der Jahre 1807/08. In: Archiv für Sozialgeschichte. Band XXIII (1983). Bonn (1983), s. 51-98; ULLMANN, H.-P.: Zur Finanzpolitik des Großherzogtums Baden in der Rheinbundzeit: die Finanzreform von 1808. In: Weis, E. (ed): Reformen im rheinbündischen Deutschland. München (1984), s. 99-119; ULLMANN, H.-P.: Finanzreform im Königreich Westfalen 1807-1813. In: Speitkamp, W./Ullmann, H.-P. (ed): Konflikt und Reform. Festschrift für Helmut Berding. Göttingen (1995), s. 118-135.

⁴⁹ FEHRENBACH, E.: Das Scheitern der Adelsrestauration im Rheinbund. In: Weis, E. (ed): Reformen im rheinbündischen Deutschland. München (1984), s. 251-264; DEMEL, W.: Adelsstruktur und Adelspolitik in der ersten Phase des Königreichs Bayern. In: Weis, E. (ed): Reformen im rheinbündischen Deutschland. München (1984), s. 213-228; FEHRENBACH, E.: Die bayerische Adelspolitik in der Verfassungsdiskussion des rheinisch-westfälischen Adelskreises um den Freiherrn von Stein. In: Albrecht, D./Aretin, K. O./Schulze, W. (ed): Europa im Umbruch 1750-1850. München (1995), s. 267-278.

⁵⁰ SIEBURG, H.-O.: Die Auswirkungen des napoleonischen Herrschaftssystems auf die Verfassungsentwicklung in Deutschland. In: Sieburg, H.-O. (ed): Napoleon und Europa. Köln-Berlin (1971), s. 201-220; WEIS, E.: Der Einfluß der Französischen Revolution und des Empire auf die Reformen in den Süddeutschen Staaten. In: FRANCIA – Forschungen zur westeuropäischen Geschichte. Band 1 (1973). München (1973), s. 569-583; WEIS, E.: Napoleon und der Rheinbund. In: Reden-Dohna, A. (ed): Deutschland und Italien im Zeitalter Napoleons. Deutsch-Italienisches Historikertreffen in Mainz 29. Mai – 1. Juni 1975. Wiesbaden (1979), s. 57-80; FEHRENBACH, E.: Der Einfluß des napoleonischen Frankreich auf das Rechts- und Verwaltungssystem Deutschlands. In: Reden-Dohna, A. (ed): Deutschland und Italien im Zeitalter Napoleons. Deutsch-Italienisches Historikertreffen in Mainz 29. Mai – 1. Juni 1975. Wiesbaden (1979), s. 23-39; FEHRENBACH, E.: Verfassungs- und sozialpolitische Reformen und Reformprojekte in Deutschland unter dem Einfluß des napoleonischen Frankreich. In: Historische Zeitschrift, Band 228 (1979), Heft 2, s. 289-316.

⁵¹ FEHRENBACH, E.: Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht. Die Einführung des Codes Napoléon in den Rheinbundstaaten. Göttingen (1974).

⁵² BERDING, H.: Napoleonische Herrschafts- und Gesellschaftspolitik im Königreich Westfalen 1807 – 1813. Göttingen (1973); BERDING, H.: Le Royaume de Westphalie, Etat-Modèle. In: FRANCIA – Forschungen zur westeuropäischen Geschichte. Band 10 (1982). München

nej najmä právna úprava vzťahu štátu a cirkvi,⁵³ či postavenia a fungovania súdnej moci.⁵⁴ Všeobecní historici sa venovali aj otázkam kontinuity, resp. diskontinuity obdobia rokov 1806–1813 z pohľadu ústavného vývoja Nemecka v 19. storočí,⁵⁵ ústavnoprávnemu dosahu Napoleonovej zahraničnej politiky

(1983), s. 345-358; BERDING, H.: Das Königreich Westfalen als Modellstaat. In: Lippische Mitteilungen aus Geschichte und Landeskunde. Detmold (1985), s. 181-193; BERDING, H.: Das Königreich Westfalen und Johannes von Müller. In: Jamme, Ch./Pöggeler, O. (ed): Johannes von Müller – Geschichtsschreiber der Goethezeit. Schaffhausen (1986), s. 189-211; BERDING, H.: Das Königreich Westfalen als napoleonischer Modell- und Satellitenstaat. In: Dethlefs, G./Owzar, A./Weiss, G. (ed): Modell und Wirklichkeit. Politik, Kultur und Gesellschaft im Großherzogtum Berg und im Königreich Westphalen. Paderborn (2008), s. 15-29; BERDING, H.: Das Königreich Westphalen als Modellstaat – Anspruch und Wirklichkeit. In: Flemming, J./Krause-Vilmar, D. (ed): Fremdherrschaft und Freiheit. Das Königreich Westphalen als napoleonischer Modellstaat. Kassel (2009), s. 73-85.

⁵³ BERDING, H.: Die Emanzipation der Juden in Königreich Westfalen (1807–1813). In: Archiv für Sozialgeschichte. Band XXIII (1983). Bonn (1983), s. 23-50; BERDING, H.: Judenemanzipation im Rheinbund. In: Weis, E. (ed): Reformen im rheinbündischen Deutschland. München (1984), s. 269-284; WAGNER, E.: Die Kirchenpolitik im napoleonischen Rheinland. Zur Indienstnahme der Geistlichen. In: Dipper, Chr./Schieder, W./Schulze, R. (ed): Napoleonische Herrschaft in Deutschland und Italien – Verwaltung und Justiz. Berlin (1995), s. 201-223; MAIER, K.: Zur Säkularisation in Oberschwaben. Der Wandel von der geistlichen zur weltlichen Herrschaft bei den schwäbischen Reichsprälaten. In: Klüeting, H. (ed): 200 Jahre Reichsdeputationshauptschluß. Säkularisation, Mediatisierung und Modernisierung zwischen Altem Reich und neuer Staatlichkeit. Aschendorff-Münster (2005), s. 140-157; HERZIG, A.: Das Königreich Westphalen und seine Bedeutung für die Entwicklung des Reformjudentums in Westfalen. In: Dethlefs, G./Owzar, A./Weiss, G. (ed): Modell und Wirklichkeit. Politik, Kultur und Gesellschaft im Großherzogtum Berg und im Königreich Westphalen. Paderborn (2008), s. 245-251; DYLONG, A.: Das Verhältnis der napoleonischen Modellstaaten in Westfalen zur katholischen Kirche. In: Dethlefs, G./Owzar, A./Weiss, G. (ed): Modell und Wirklichkeit. Politik, Kultur und Gesellschaft im Großherzogtum Berg und im Königreich Westphalen. Paderborn (2008), s. 261-282; WESTERBURG, J.: Die Kirchenpolitik im Reformstaat Königreich Westphalen. In: Hedwig, A./Malettke, K./Murk, K. (ed): Napoleon und das Königreich Westphalen. Herrschaftssystem und Modellstaatspolitik. Marburg (2008), s. 191-209; MINNINGER, M.: Gleichberechtigte Bürger? – Zur behördlichen Umsetzung der neuen Judengesetzgebung in den westlichen Distrikten des Königreichs Westphalen. In: Dethlefs, G./Owzar, A./Weiss, G. (ed): Modell und Wirklichkeit. Politik, Kultur und Gesellschaft im Großherzogtum Berg und im Königreich Westphalen. Paderborn (2008), s. 337-355.

⁵⁴ MOHNHAUPT, H.: Richter und Gerichtspraxis im Verfassungsgefüge des Königreichs Westphalen. In: Hedwig, A./Malettke, K./Murk, K. (ed): Napoleon und das Königreich Westphalen. Herrschaftssystem und Modellstaatspolitik. Marburg (2008), s. 167-190; PÖPINHEGE, R.: Zwischen Modernisierungsanspruch und verfehelter Umsetzung – Das Justizwesen im Königreich Westphalen und im Großherzogtum Berg. In: Dethlefs, G./Owzar, A./Weiss, G. (ed): Modell und Wirklichkeit. Politik, Kultur und Gesellschaft im Großherzogtum Berg und im Königreich Westphalen. Paderborn (2008), s. 285-300.

⁵⁵ SCHMIDT, G.: Der napoleonische Rheinbund – ein erneuertes Altes Reich? In: Press, V. (ed):

na Nemecko,⁵⁶ či fenoménu rozporu medzi reformným zákonodarstvom tzv. modelových štátov Rýnskeho spolku a spoločenskou realitou.⁵⁷

Prevaha skoršieho vedeckého záujmu všeobecnej nemeckej historiografie pred tou právnou je postrehnuteľná už pri porovnaní obsahu *Nemeckých ústavných dejín od roku 1789* od Ernsta Rudolfa Hubera. Toto dielo sa z právnohistorického pohľadu síce venuje zániku Svätej rímskej ríše nemeckého národa, vzniku Rýnskeho spolku, jeho organizácii a zániku, avšak marginálny rozsah spracovania reforiem vlády a verejnej správy v štátoch Rýnskeho spolku je v zrejmom kontraste s rozsahom mimoriadne veľkorysým spracovaním

Alternativen zur Reichsverfassung in der Frühen Neuzeit? München (1995), s. 227-246; LANGEWIESCHE, D.: Das Alte Reich nach seinem Ende. Die Reichsidee in der deutschen Politik des. 19. und frühen 20. Jahrhunderts. Versuch einer nationalgeschichtlichen Neubewertung in welthistorischer Perspektive. In: Schindling, A./Taddey, G. (ed): 1806 – Souveränität für Baden und Württemberg. Beginn der Modernisierung? Stuttgart (2007), s. 27-51; LANGEWIESCHE, D.: Zum Überleben des Alten Reiches im 19. Jahrhundert. Die Tradition des zusammengesetzten Staates. In: Klinger, A./Hahn, H.-W./Schmidt, G. (ed): Das Jahr 1806 im europäischen Kontext. Balance, Hegemonie und politische Kulturen. Köln – Weimar – Wien (2008), s. 123-133.

⁵⁶ MURET, P.: Zur Außenpolitik Napoleons. In: Sieburg, H.-O. (ed): Napoleon und Europa. Köln – Berlin (1971), s. 113-156; LE RIDER, J.: Napoleons Konzepte für die Neugestaltung des Alten Reichs bis 1806. In: Hartmann, P. C./Schuller, F. (ed): Das Heilige Römische Reich und sein Ende 1806. Zäsur in der deutschen und europäischen Geschichte. Regensburg (2006), s. 66-77; KERAUTRET, M.: Napoleon und Deutschland. In: Hedwig, A./Malettke, K./Murk, K. (ed): Napoleon und das Königreich Westphalen. Herrschaftssystem und Modellstaatspolitik. Marburg (2008), s. 19-37; MALETTKE, K.: Das Empire, das Königreich Westphalen und das Staatensystem. In: Hedwig, A./Malettke, K./Murk, K. (ed): Napoleon und das Königreich Westphalen. Herrschaftssystem und Modellstaatspolitik. Marburg (2008), s. 73-84; THAMER, H. U.: Herrschaft und Widerstand. Das napoleonische Europa (1806 – 1812). In: Veltzke, V. (ed): Für die Freiheit – gegen Napoleon. Ferdinand von Schill, Preußen und die deutsche Nation. Köln – Weimar – Wien (2009), s. 1-6.

⁵⁷ BERDING, H.: Der Gesellschaftsgedanke Napoleons und seine Auswirkungen im rheinbündischen Deutschland: ein Verrat der Revolution? In: Dufraisse, R. (ed): Revolution und Gegenrevolution 1789 –1830. Zur geistigen Auseinandersetzung in Frankreich und Deutschland. München (1991), s. 107-119; ROB, K.: Napoleonische Bauernbefreiung. Staatskunst im Großherzogtum Berg, Staatsversagen im Königreich Westphalen. In: Dietz, B. (ed): Das Großherzogtum Berg als napoleonischer Modellstaat. Köln (1995); ROB, K.: Das Königreich Westphalen und die politisch-gesellschaftliche Modernisierung im rheinbündischen Deutschland. In: Klüeting, H. (ed): 200 Jahre Reichsdeputationshauptschluß. Säkularisation, Mediatisierung und Modernisierung zwischen Altem Reich und neuer Staatlichkeit. Aschendorff-Münster (2005), s. 239-251; STUBBE DA LUZ, H.: „Demokratische“ und partizipatorische Ansätze im politischen System der napoleonischen Modellstaatswesen Westphalen und Berg. In: Dethlefs, G./Owzar, A./Weiss, G. (ed): Modell und Wirklichkeit. Politik, Kultur und Gesellschaft im Großherzogtum Berg und im Königreich Westphalen. Paderborn (2008), s. 33-46.

obdobných reforiem pruských.⁵⁸ Ani neskorším právnohistorickým publikáciám, hoci priznávajú Rýnskemu spolku význam z hľadiska modernizácie systému vlády a štátnej správy jeho členských štátov, sa túto zotrvačnosť nemeckej právnej historiografie úplne eliminovať nepodarilo, pričom si v otázke reforiem vlády a verejnej správy často vystačia iba s bibliografickým odkazom práve na skoršie publikácie všeobecných historikov.⁵⁹ U právnych historikov je aktuálne badateľný záujem o analýzu súdobej právnej vedy a ústavnoprávneho diskurzu obdobia Rýnskeho spolku⁶⁰ a otázky konštitucionalizmu, s tematickým dôrazom na prvé písané ústavy na území Nemecka.⁶¹

Záver

Podľa tohto náčrtu nemeckej historiografie posledných dvoch storočí možno uzavrieť, že spracovanie témy Rýnskeho spolku sa v súčasnosti považuje v mnohých čiastkových témach síce za dostatočné, avšak stále pretrváva

⁵⁸ HUBER, E. R.: *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*.

⁵⁹ MITTEIS, H./LIEBERICH, H.: *Deutsche Rechtsgeschichte*. 15. Auflage. München (1978), s. 314; EISENHARDT, U.: *Deutsche Rechtsgeschichte*. München (2004), s. 289; ZIPPELIUS, R.: *Kleine deutsche Verfassungsgeschichte. Vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart*. München (2006), s. 98; KROESCHELL, K.: *Deutsche Rechtsgeschichte*. Band 3: Seit 1650. 5. Auflage. Köln-Weimar-Wien (2008), s. 118.

⁶⁰ SCHUCK, G.: Rheinbundpatriotismus und politische Öffentlichkeit zwischen Aufklärung und Frühliberalismus: Kontinuitätsdenken und Diskontinuitätserfahrung in den Staatsrechts- und Verfassungsdebaten der Rheinbundpublizistik; SCHUCK, G.: Staatssouveränität und Verfassungsdiskussion in der rheinbündischen Reformzeit. In: Kassimatis, G./Stolleis, M. (ed): *Verfassungsgeschichte und Staatsrechtslehre. Griechisch-deutsche Wechselwirkungen*. Frankfurt am Main (2001), s. 19-26; čiastočne aj SCHÖLER, C.: *Deutsche Rechtseinheit. Partikulare und nationale Gesetzgebung (1780 – 1866)*. Köln – Weimar – Wien (2004), s. 46-85.

⁶¹ HECKER, M.: *Napoleonischer Konstitutionalismus in Deutschland*. Berlin (2005); zborník príspevkov BRANDT, H./GROTHE, E. (ed): *Rheinbündischer Konstitutionalismus*. Frankfurt am Main (2007); HARTMANN, P.-C.: Die Verfassung des Königreichs Westphalen und die Konstitution des Königreichs Bayern 1808 – ein Vergleich. In: Hedwig, A./Malettke, K./Murk, K. (ed): *Napoleon und das Königreich Westphalen. Herrschaftssystem und Modellstaatspolitik*. Marburg (2008), s. 115-124; GROTHE, E.: Fader Schnickschnack oder wegweisende Reform? Zur Wirkung und Rezeption der westphälischen Verfassung. In: Hedwig, A./Malettke, K./Murk, K. (ed): *Napoleon und das Königreich Westphalen. Herrschaftssystem und Modellstaatspolitik*. Marburg (2008), s. 125-140; DIPPEL, H.: „Modellstaat“? Die Verfassung des Königreichs Westphalen im Kontext der napoleonischen Verfassungen. In: Flemming, J./Krause-Vilmar, D. (ed): *Fremdherrschaft und Freiheit. Das Königreich Westphalen als napoleonischer Modellstaat*. Kassel (2009), s. 86-99.

značná tematická roztrieštenosť, ktorú identifikoval ešte v osemdesiatych rokoch minulého storočia francúzsky historik Roger Dufraisse.⁶² Jeho konštatovanie absencie ucelenej a komplexnej analýzy reforiem, ktorá by v sebe zahŕňala všetky štáty združené v Rýnskom spolku a venovala by sa s rovnakou intenzitou vedeckého záujmu všetkým relevantným aspektom reformného obdobia, je stále aktuálne aj po tridsiatich rokoch od jeho vyslovenia. Na mnohovrstevnosť témy a z toho vyplývajúcu pretrvávajúcu komplikovanosť jej uceleného spracovania pritom upozorňujú aj mladší autori, napr. Wolf Gruner či Andreas Hedwig.⁶³ Napriek týmto nedostatkom však nový prístup nemeckej všeobecnej a právnej historiografie k hodnoteniu vplyvu Francúzska na vývoj Nemecka pokročil natoľko, že na sklonku 20. storočia umožnil vysloviť historikovi Thomasovi Nipperdeyovi vo vzťahu k faktickému začiatku moderných dejín Nemecka inými odvetdy mnohokrát citovanú⁶⁴ sentenciu „*Am Anfang war Napoleon.*“⁶⁵ Hoci nie všetci s uvedeným výrokom súhlasia a namietajú absenciu historickej korektnosti či jeho nepresnosť,⁶⁶ je výstižným vyjadrením úspešného zavŕšenia procesu akceptácie významu obdobia prelomu 18. a 19. storočia pre moderné dejiny Nemecka v nemeckej historiografii.

⁶² DUFRAISSE, R.: Das napoleonische Deutschland. Stand und Probleme der Forschung unter besonderer Berücksichtigung der linksrheinischen Gebiete. In: Geschichte und Gesellschaft, Zeitschrift für Historische Sozialwissenschaft, 6. Jahrgang (1980), Heft 4, s. 467-483.

⁶³ HEDWIG, A.: Das Königreich Westphalen unter Jérôme Bonaparte (1807-1813) – Ein Modellstaat in der Außen- und Innenwirkung. In: Hedwig, A./Malettke, K./Murk, K. (ed): Napoleon und das Königreich Westphalen. Herrschaftssystem und Modellstaatspolitik. Marburg (2008), s. 10; GRUNER, W. D.: Das Europa Napoleons und beide Mecklenburg. In: Manke, M./Münch, E. (ed): Unter Napoleons Adler. Mecklenburg in der Franzosenzeit. Lübeck (2009), s. 55-90.

⁶⁴ TELESKO, W.: Das 19. Jahrhundert. Eine Epoche und ihre Medien. Wien – Köln – Weimar (2010), s. 60; HLAVAČKA, M.: Die böhmischen Länder und das Ende des Heiligen Römischen Reichs. In: Hartmann, P. C./Schuller, F. (ed): Das Heilige Römische Reich und sein Ende 1806. Zäsur in der deutschen und europäischen Geschichte. Regensburg (2006), s. 87; STERNBURG, W.: Als Metternich die Zeit anhalten wollte. Unser langer Weg in die Moderne. München (2003), s. 11; FLEMMING, J.: „Ein Riese und ein Rätsel“. Die Deutschen und ihre Napoleonbilder. In: Flemming, J./Krause-Vilmar, D. (ed): Fremdherrschaft und Freiheit. Das Königreich Westphalen als napoleonischer Modellstaat. Kassel (2009), s. 13.

⁶⁵ NIPPERDEY, T.: Deutsche Geschichte 1800 – 1866. Bürgerwelt und starker Staat. München (1994), s. 11.

⁶⁶ GRUNER, W. D.: Das Europa Napoleons und beide Mecklenburg, s. 55; VIERHAUS, R.: Napoleon und die Deutschen, s. 81.

Zusammenfassung

Die Jahrzehnte um 1800 sind eine Epoche turbulenten politischen Geschehens. Die napoleonische Herrschaft ist für die europäische und besonders für die deutsche Geschichte von herausragender Bedeutung. Die Zeit des Rheinbundes führte zu unterschiedlich starken Veränderungen in Gesellschaft, Staat und Rechtsordnung. Der Beitrag analysiert die Entwicklung der deutschen Geschichtsschreibung zum Thema Rheinbund seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts bis heute. Im 19. Jahrhundert und in der ersten Hälfte des zwanzigsten war die deutsche Geschichtswissenschaft durch eine nationalgeschichtliche Perspektive mehr oder weniger beengt. Die napoleonische Herrschaft galt lange Zeit als Kontinuitätsbruch, der die organische Entwicklung in der deutschen Staatenwelt gestört hatte. Im Rahmen eines solchen Geschichtsbildes hatte das Thema des Rheinbundes keinen oder nur einen geringeren Platz. Der Rheinbund wie auch die rheinbündischen Reformen standen im Verruf. Der Rheinbund betrachtete man nur als Mittel des französischen Kaisers zur Unterjochung Deutschlands. Die neuere Forschung versuchte, diese eingefahrenen Wege zu verlassen. Preußen steht nicht mehr so stark im Vordergrund wie früher und die Historiker befassen sich mit dem Zusammenhang von napoleonischer Herrschaft und Modernisierung des politischen und Verfassungssystems deutscher Staaten. Unter der so veränderten Perspektive wurden nun auch jene Reformen wiederentdeckt, die bisher als undeutsch abgewertet und deshalb wenig beachtet worden waren. Es kommt zur Um- und Aufwertung der Rheinbundsreformen.

Otázka dobrých mravů a dobré víry v římském právu obligacním a věcném

Petr Dostálík

Řecký filozof Protágorás se proslavil výrokiem: „Člověk je mírou všech věcí, jsoucích, že jsou, nejsoucích, že nejsou.“¹ Nikde jinde neplatí tato mnohokrát diskutovaná a napadaná myšlenka více než v oblasti práva. Protože neexistuje žádné abstraktní, obecné právo, ale pouze právní vztahy mezi lidmi. A protože v těchto vztazích je velmi důležitá, ba přímo klíčová důvěra a добрota panující mezi lidmi, neboť bez důvěry by nebylo ani žádné společnosti, je jedním z hlavních funkcí právního řádu chránit důvěru v lidských vztazích, a porušenou důvěru trestat. Právní řád si při ochraně důvěry nevystačí pouze s klasickými, popisnými právními pojmy, jako je právní jednání nebo vlastnictví, ale musí konstruovat pojmy, které zohledňují morální, vnitřní vztah člověka k sobě samému a vnější vztahy mezi lidmi. Takovými pojmy jsou v římském právu pojmy *bona fides* a *boni mores*.

Úkolem tohoto příspěvku je zkoumat, jaký je význam a vztah základních pojmů římského práva, a sice pojmu *bona fides*, dobrá víra a *boni mores*, dobré mravy. Navazujeme zde na práci oslavence, který věnoval mnoho pozornosti otázce dobré víry, zejména v souvislosti s držbou.² Otázku dobré víry můžeme spojovat v římském právu s problematikou držby a s problematikou tzv. žalob *ex fide bona*. V prvním případě je dobrá víra kritérium, které slouží k hodnocení držby jako dobromyslné (*bonae fidei possessio*), nebo zlomyslné (*malae fidei possessio*). Toto hodnocení má význam pro právní účinky držby, které jsou mnohem příznivější pro držitele v dobré víře.

Ve druhém případě je dobrá víra základní charakteristikou skupiny žalob, které se nazývají *actiones bonae fidei* (doslova žaloby s dobrou vírou). Tyto žaloby jsou chápány jako párová kategorie k vývojově starším žalobám *actiones stricti iuris* (žaloby přísného práva). Zatímco

¹ Rozbor tohoto pojmu viz NEFF, V.: Filosofický slovník pro samouky aneb Antigorgias, Praha (1993), s. 303-304.

² BLAHO, P.: Niektoré teórie o držbe a ich kritika, Právny obzor 55, (1972), s. 759-773 nebo BLAHO, P.: Je obdarený manžel držiteľom podľa práva? Právne účinky darovania inter virum et uxorem v rímskoprávnej náuke o držbe, Právněhistorické studie 23 (1980), s. 221-247. A konečně BLAHO, P.: Držba v predsociálnom a sociálnom práve. Rímskoprávna náuka o držbe a jej výstupu v súčasnosti, Bratislava (1980).

u kondikcí³ je žalováno na přesně určenou hodnotu, která odpovídá ceně věci, nebo výši částky, která byla předmětem obligačního vztahu, ze kterého vzešla žaloba, pro žaloby *ex fide bona* je typické, že se žaluje zpravidla na „plnění, odpovídající spravedlnosti a slušnosti“⁴, čemuž odpovídala formulace *quidquid dare facere oportet ex fide bona* v intenci žaloby.

Odkud se vzala, kde má svůj počátek dobrá víra? Samotný pojem „dobrá víra“ (*bona fides*) je v římském světě velmi široce užíván i v neprávních pramenech, od třetího století př. Kr. až do 1. stol. po Kr., kdy se význam posouvá od „pravdivé nebo jisté skutečnosti“, přes „ocenění dobré pověsti člověka“, přes „hodnocení jednajícího, že skutečně provede to, k čemu se zavázal.“⁵

Prameny římské *fides*, důvěry nebo víry, můžeme však hledat v archaickém, mytickém myšlení Řeků, v pojmu, který je označován jako *pistis*. *Pistis* je komplementární (doplňkový) pojem k pojmu *aléthie*. Pojem *aléthie* je možno souhrnným způsobem označit jako „pravdu“, ovšem jako pravdu zjevenou, božskou, pravdu, které dosahují básníci nadaní darem paměti (*mnémosyné*), která je odlišná od pravdy dosahované užitím lidského rozumu, pravdy, která slouží k řízení městské obce, pravdy, které dosahují rétoři a sofisté. Tato *aléthia* se skládá ze tří složek, *diké*, *pistis* a *peithó*. V tomto kontextu, tedy v kontextu básníka, znamená *diké* spravedlnost mluveného, spravedlivě a zároveň pravdivě chválí ten, „kdo chválí čin statečného muže, i kdyby to byl nepřítel“.⁶ *Peithó* pak dává slovům kouzelnou moc, moc uchvacovat posluchače, bez její pomoci by byla slova básníka (nebo věštce, tak jako v případě Kasandry) „planá“ a neužitečná, a to i kdyby byla pravdivá.⁷ A konečně *pistis* je „tradičně důvěra, vycházející od člověka k nějakému bohu nebo k řeči nějakého boha; je důvěrou v Múzy, vírou ve věštbu.“⁸ často bývá spojována s přísahou⁹, a proto bývá označována za přesnou paralelu k římské *fides*¹⁰, která je základem právního pojmu *bona fides*.

³ O pojmu a historickém vývoji kondikce viz SOMMER, O.: Učebnice soukromého práva římského, I. díl, Praha (1933), s. 44.

⁴ SOMMER, O.: Učebnice soukromého práva římského, I. díl, Praha (1933), s. 45.

⁵ Podrobnosti, včetně grafického ztvárnění viz DAJCZAK, W.: *Zwrot bona fides*, Toruň (1998), s. 32.

⁶ Pindaros, *Pythia IX*, 95-96. Citováno podle DETIENNE, M.: *Mistři pravdy v archaickém Řecku*, Praha (2000), s. 76.

⁷ DETIENNE, M.: *Mistři pravdy v archaickém Řecku*, Praha (2000), s. 78.

⁸ DETIENNE, M.: *Mistři pravdy v archaickém Řecku*, Praha (2000), s. 77.

⁹ Pindaros, *Olympia XI*, 5-6. Citováno podle DETIENNE, M.: *Mistři pravdy v archaickém Řecku*, Praha (2000), s. 77.

¹⁰ FRAENKEL, E.: *Zur Geschichte des Wortes Fides*: *Rheinisches Museum für Philologie* (1916), s. 187 a násl. MEILLET, A.: *Lat. Credo et fides*, Paris (1922), s. 215; GERNET, L.: *Droit et predroit en Grece ancienne*, In: *L'Année sociologique*, série 3, Paris (1948 – 1949), s. 21-119.

V tomto kontextu musíme zkoumat vztah *fides* (víry, důvěry k jinému člověku) k jednomu nejvýznamnějších institutů římského věcného práva, držby. Držba je „takový faktický poměr s věcí, že osoba s ní může nakládati, spojený s vůlí být pánem věci“.¹¹ Pojem držby vyjadřuje obsah vlastnictví. Ten, kdo má věc fyzicky ve své moci, má vůli věc skutečně vlastnit. Tento duševní stav označují římské prameny jako *affectio possidendi*. Rozdíl mezi držbou a vlastnictvím je rozdílem mezi poskytovanou právní ochranou. Tak můžeme pojímat držbu jako zevní obraz vlastnického práva (jako to činí Ihering) nebo držbu jako nechráněné vlastnictví (jako to činí P. Bonfante). Tam, kde praetor poskytuje procesní ochranu, jako například tam, kde poskytuje ochranu před reivindikační žalobou, nebo uvádí dědice v držbu interdikttem, se držba mění ve vlastnictví, i když formálně odlišné od vlastnictví, jehož způsoby nabytí uznává římské právo civilní. Jestliže přijmeme tezi, že nechráněná držba není právem,¹² pak musí nutně nastat situace, ve které bude odlišnou osoba vlastníka a držitele. Pokud by nebyla poskytována držiteli právní ochrana, pak jediným způsobem, jak získat zpět držbu věci, která mu byla odejmuta „zavrženíhodným způsobem,“¹³ by bylo dokazovat své vlastnické právo. To by zároveň bylo výhodné pro toho, kdo se zmocnil věci, protože by tím přesunul důkazní břemeno na toho, komu držbu věci odňal. Tedy pojmání držby jako práva a zároveň neposkytnutí žádné ochrany držiteli by vedlo k hospodářským a společenským nepokojům. Ochrana pokojného stavu vedla k tomu, že byla zavedena ochrana držby nikoliv žalobami (žaloba je ochrana práva), ale pomocí mimořádného interdiktčního řízení. To, že je chráněn pokojný stav, vede ke skutečnosti, že je držitel chráněn pouze v určitých kvalifikovaných okolnostech (tedy v těch případech, které praetorská praxe považovala za zavrženíhodné¹⁴), a že ochrana proti vpádu je absolutní, tedy je držitel chráněn i proti vlastníkovi. Tato ochrana se poskytuje pouze tomu, kdo drží jako vlastník, ne tomu, kdo má obligační právo mít věc u sebe (např. vypůjčitel nebo nájemci)¹⁵. K poskytnutí plné ochrany těm, kdo mají věc u sebe z důvodu

¹¹ BONFANTE, P.: *Institute římského práva*, Brno (1932), s. 381.

¹² Tak RANDA, A.: *Držba dle rakouského práva v pořádku systematickém*, Praha (1890), reprint Wolter Kluwers (2011), s. 14. BONFANTE, P.: *Institute římského práva*, Brno (1932), s. 382.

¹³ BONFANTE, P.: *Institute římského práva*, Brno (1932), s. 381.

¹⁴ *Vī, clam, precario*.

¹⁵ Výjimkou z tohoto pravidla je – z důvodů zvláštního zřetele hodných – zástavní věřitel, prekarista a sekvester. Jedná se o historické pozůstatky situace, kdy tyto případy byly pojímány jako výjimky z pravidla, že ten, kdo věc drží, musí být také jejím vlastníkem. A zástavnímu věřiteli, prekaristovi a schovateli pak příslušela vůle nakládat s věcí jako se svou vlastní. BONFANTE, P.: *Institute římského práva*, Brno (1932), s. 384.

věcného práva, došlo až v justiniánském právu.¹⁶ Je tedy zřejmé, že pro právní ochranu držby není rozhodující, z jakého důvodu se držitel domnívá, že je vlastníkem. Ochrana se poskytuje každému držiteli. V klasickém právu se objevuje termín *iusta causa*, spravedlivý držební důvod. Tomu, kdo takový spravedlivý držební důvod má, se poskytuje právní ochrana proti každému třetímu. Mezi tyto případy patří bonitární vlastnictví, držba v dobré víře, držba provinciálních pozemků. Justiniánské právo zdůrazňuje, že v těchto případech, označených jako *possessio civilis*, je možné nabýt plné a neomezené vlastnictví. Je zřejmé, že vlastnictví a držba jsou dvě odlišné věci, že původně byla každá držba chráněna proti kvalifikovanému vpádu, a že pojem dobré víry není v případě římské držby pojmem rozhodujícím. Okolnost, že držitel je poctivý, má za následek, že jeho držbě je poskytována praetorem plná právní ochrana, tedy i při ztrátě držby, a to proti každému třetímu. Takto pojímaná držba *bonae fidei* je právem. Otázku, jaký je vztah držby k vlastnictví, a zda držba je nebo není právem, můžeme bez nadsázky označit za jednu z klíčových otázek soukromého práva. P. Blaho v této souvislosti vychází z Paulova fragmentu (D. 41,2,1), ze kterého dovozuje, že pro Římany bylo zcela zásadní jednak fyzické ovládnutí věci, o čemž nikdo nepochybuje, a jednak úzký vztah mezi držbou a vlastnictvím.¹⁷ Paulus podle Blahova názoru vychází z toho, že základem držby je vlastnická vůle, kterou označuje jako *animus domini*, kde kromě dvou znaků – fyzicky držet, spolu s vůlí ovládat věc pro sebe, vystupuje ještě prvek třetí, a sice potřeba vystupovat navenek jako pán věci. Výchozím bodem pro zkoumání držby je pro právníka Paula držba vlastnická.¹⁸

A konečně, dalším účinkem *bonae fidei* při držbě je možnost vydržení. Dobrá víra je spolu s ostatními náležitostmi, z nichž byl zatím zmíněn pouze požadavek spravedlivého důvodu¹⁹, předpokladem k získání vlastnického práva vydržením.

Můžeme tedy rozlišovat držitele *bonae fidei* v tomto smyslu, kdy držitel ovládá věc jako svou vlastní, má spravedlivý důvod držby, věc, kterou drží, není nezpůsobilá k vydržení. Tento držitel požívá plné právní ochrany. Takového držitele můžeme, v souladu s byzantskými prameny, nazývat *bonae fidei possessor ad usucapionem*. Ten, kdo ovládá věc jako svou vlastní, musí dále

¹⁶ BONFANTE, P.: *Institute římského práva*, Brno (1932), s. 384.

¹⁷ BLAHO, P.: *Držba v predsociálním a sociálním právu*. Římskoprávní nauka o držbě a jejím výstupu v současnosti, Bratislava (1980), s. 2-3.

¹⁸ BLAHO, P.: *Držba v predsociálním a sociálním právu*. Římskoprávní nauka o držbě a jejím výstupu v současnosti, Bratislava (1980), s. 4.

¹⁹ Jiným takovým důvodem je způsobilá věc, jako jsou věci, odejmuté násilím, kradené, věci ženy, které byly zcizeny bez svolení poručníka, věci, které jsou vyloučeny z právního obchodu – viz BONFANTE, P.: *Institute římského práva*, Brno (1932), s. 304.

splňovat podmínku, aby nikomu neškodil. U zrodu pojetí nikomu neškodit stojí stará myšlenka, že nabytí vlastnictví nemá být neoprávněným ziskem, který by se stal motivem k svévolnému vysazování z držby. Ještě z předhistorické doby pocházejí dva zákazy – vydržet věc ukradenou (*res furtiva*) a věc vzatou násilím, která byla v historické době potvrzena *lege Atinia* a *lege Iulia et Plautia*. Tedy vydržení nesmí znamenat ublížit jinému, to znamená, nesmí mu být věc ukradena, a nesmí mu být vzata násilím. Římská právní věda tuto materialisticky chápanou zásadu precizovala a vytvořila kategorii vadné držby, kdy k násilí přiřadila ještě tajné odebrání nebo zneužití výprosy. To, že se jedná o vědecké zpracování starší nauky, můžeme dovodit z toho, že věc daná do výprosy nemůže být vůbec vydržena a i odepření její ochrany v držebním procesu je znovu zopakováno praetorem. V dalším vývoji byly zdůrazněny subjektivní momenty držby, že věc musí být nabyta „na základě právního vztahu s předchozím držitelem“, jehož jednání je právě oním spravedlivým důvodem nabytí držby. A pouze existencí vady je způsobeno, že se nabývá pouze držba a ne vlastnické právo podle *ius civile*. Dobrá víra je tedy způsobena omylem, kdy se držitel domnívá, že nabyl od vlastníka nebo od osoby vlastníkem oprávněné právo k nakládání s věcí. Tento požadavek dokládají prameny:

D. 50,16,109 Modestinus 5 pand.

„Bonae fidei emptor“ esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.

Má se za to, že je kupcem v dobré víře ten, kdo nevěděl, že věc je cizí, nebo se domníval, že ten, kdo prodává, má právo věc prodat, jako třeba zástupce nebo poručník.

Naproti tomu můžeme držitelem v užším slova smyslu nazývat *bonae fidei possessor* toho, „kdo nakládá s věcí jako se svou vlastní, nemá je vědomí, že někomu škodí“, tedy který drží nezpůsobitou věc nebo nemá spravedlivý důvod k nabytí držby.

I takovému držiteli přísluší určitá práva – má právo na plody²⁰, může věc zcizit, může věc zničit, aniž by odpovídal za škodu takto vzniklou jejímu vlastníku. V justiniánském právu bylo omezeno právo na plody tohoto držitele

²⁰ Otázka, zda má být dobrá víra pro nabytí plodů posuzována podle okamžiku nabytí držby k plodonosné věci nebo vždy k novému okamžiku oddělení plodů, byla v justiniánském právu rozhodnuta ve prospěch druhé varianty, viz BONFANTE, P.: *Instituce římského práva*, Brno (1932), s. 290.

v dobré víře – musel vydat plody, které nespoteřeboval. Držba takového věřitele není právem, nemůže požadovat po ztrátě věci tuto věc nazpět po tom, kdo vzal věc do držby. Jinými slovy, tato držba v užším slova smyslu je faktickým stavem a má právní účinky pouze tak dlouho, dokud tento faktický stav trvá.²¹ Kromě práva obligačního a práva dědického je pojem *bona fides* významný i při řešení otázky nabytí vlastnictví specifikací – avšak až v justiniánském právu, kde Justinián pozměnil tzv. eklektickou teorii, vytvořenou vědou pozdně klasického římského práva, podle které, pokud se nedaří vrátit látku do původního stavu, náleží vlastnictví nové věci zpracovateli. Změna spočívá v tom, že musí být zpracovatel v dobré víře, a dobrá víra zpracovateli není nic platná v případě, že byla zpracována věc kradená.²² A konečně vztáhl Justinián *bona fides* i na vydržení pozůstalostních věcí dědicem, to znamená, že ten, kdo má držbu pozůstalostních věcí, „nepáchá bezprávi na zákonném držiteli.“²³ Od pojmu držby v dobré víře je v těchto dvou souvislostech nutno odlišit pojem dobrých mravů (*boni mores*). Pojem je odvozen z latinského *mos*, což označuje mrav nebo zvyk. Podle našeho soudu je nutno odlišit zvyk od právního obyčeje (*consuetudo*). *Consuetudo* je formální pramen práva, který nese všechny znaky takového pramene – všeobecnost, závaznost a vynutitelnost. Mrav (*mos*) znamená spíše tradici, povědomí celku o tom, co je a není správné. Tento celek můžeme rozlišovat v rovině shromáždění všech občanů nebo v mravech, které má zachovávat starostlivý otec rodiny. První skupinu pravidel můžeme označit jako *mores maiorum* – mravy předků, druhou skupinu jako *mores familias* – mravy rodiny. Obě tyto skupiny spojuje, že jsou mravy korektivem jinak neomezené moci. Touto neomezenou mocí je v prvním případě *imperium* římských republikánských úředníků²⁴. *Mores maiorum* měly zásadní význam pro formování římské ústavy, pro přesné vymezení a vyvážení práv nositelů velmi rozsáhlých pravomocí. Druhá skupina pojmu *mores*, nazývaná *mores familias*, má svůj původ v normách a omezeních, jež svazovaly jinak navenek neomezenou moc *patris familias*. Původce tohoto práva je *fas*.²⁵ Normy, které můžeme zařadit do skupiny *mores familias*, jak třeba zákaz prodeje syna, kterému bylo dáno povolení k sňatku nebo povinnost projednat potrestání syna v moci otcovské v rámci tzv. rodinného soudu. V moderním pojetí můžeme mluvit o neurčitých právních pojmech. Velmi zajímavou je v tomto směru úvaha V. Kubeše, který označuje

²¹ BONFANTE, P.: *Institute římského práva*, Brno (1932), s. 348.

²² BONFANTE, P.: *Institute římského práva*, Brno (1932), s. 288.

²³ BONFANTE, P.: *Institute římského práva*, Brno (1932), s. 312.

²⁴ DOSTALÍK, P.: *Antická státověda v díle M. T. Cicerona*, Olomouc (2009).

²⁵ BONFANTE, P.: *Institute římského práva*, Brno (1932), s. 170.

pojem dobré mravy jako tzv. pružné právní ustanovení,²⁶ které je součástí právního řádu, protože právní řád s tímto ustanovením počítá, ovšem pouze z formální stránky, protože soudce je čerpá z jiného normového souboru, než je zákon. Tuto úvahu můžeme vztáhnout retrospektivně i na římské právo, kde ovšem dochází k přejímání pravidel z oblasti náboženské (nebo snad filosofické) buď censem, nebo – později – praetorem.

Tento neurčitý právní pojem je nezbytný pro správné nastavení a fungování právního řádu, zvláště pak tam, kde nemá převahu psané právo. Nestačí ovšem pomocí těchto pojmů regulovat pouze nositele moci, ať již úřední nebo rodinné, musí existovat i objektivní měřítko pro chování jednotlivce. Toto objektivní měřítko individuálního chování mělo značný význam pro překonání formalismu *ius civile*, neboť umožnilo ocenit individuální postoje konkrétního subjektu práva (držitele nebo – v řeči římských pramenů – žalobce), a to podle celkového přesvědčení římské společnosti o tom, co je a není správné. Toto ocenění nejprve probíhalo v rovině metaprávní, v období republiky chování proti dobrým mravům trestali censoři např. zvýšením daně z příjmu. Do právní oblasti pronikla otázka individuálních dobrých mravů v souvislosti s rozvojem obligačního práva, zejména velmi pružné sponse, a z ní vycházející *stipulatio*. To, že si strany mohou svými slovy slíbit cokoli, vedlo římské právníky k hledání hranic nebo omezení takovéto smluvní svobody. Velký zájem právníků již od doby 2. století po Kristu dokládá Gaiova zpráva

Gai. Inst. 3,157

Illud constat, si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem, veluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut iniuriam facias.

Stipulace, kterou se někdo zaváže, že okradne Titia nebo jej urazí, je v rozporu s dobrými mravy, a proto je neplatná.

Stejně tak byla neplatná pro rozpor s dobrými mravy podmínka, pod kterou byl dědic povolán k dědění pouze v případě, že svrhne zůstavitelovo mrtvé tělo do moře (D. 28,7,27 pr.).²⁷ I na tomto případě je možno vidět určitý vývoj. Podmínka byla společností vnímána jako v rozporu s náboženským cítěním (*fas*) římské společnosti. To vedlo Modestina k tomu, aby rozšířil pojem

²⁶ KUBEŠ, V.: Komentář k ust. § 871 ABGB. In: Rouček, F./Sedláček, J.: Komentář k čl. obecnému zákoníku občanskému, Díl IV, Praha (1937), s. 132-133.

²⁷ Překlad do češtiny a krásný výklad Bartoškův viz BARTOŠEK, M.: Škola právníckého myšlení, Praha (1993), s. 153-154.

neplatné podmínky (*condicio illicita*) nejen na podmínky nemožné (podle zásady *ultra vires nemo posse tenetur*) nebo na podmínky jsoucí v rozporu se zákonem, ale také na podmínky nemravné (*conditiones turpes*)²⁸. Modestinus nechává zkoumat zůstavitelovu přičetnost (*ne homo, qui talem condicionem posuit, neque compos mentis esse*). Pokud je zůstavitel přičetný, ponechává Modestinus závěť v platnosti, ale bez zmínky o podmínce (*condicio pro non scripta habetur*). V tomto případě dostala ochrana náboženského cítění přednost před úctou k vůli zůstavitele, což byla jinak vůdčí idea dědického římského práva.²⁹ Za rozpor s dobrými mravy bylo považováno i takové jednání, které by omezovalo možnost zůstavitele rozhodnout o svém nástupci *mortis causa* až do posledního okamžiku jeho života (zásada *ambulatoria enim est voluntas testatoris usque ad supremum vitam exitum*), což dokládá Juliánův fragment z Digest:

D. 45,1,61

Iulianus 2 ad urs. ferocem.

Stipulatio hoc modo concepta: „si heredem me non feceris, tantum dare spondes?“ inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.

Stipulace uzavřená tímto způsobem: „jestliže mě neučiníš svým dědicem, tolik se zavazuješ mi dát?“, je neúčinně uzavřená, neboť tato stipulace je proti dobrým mravům.

Můžeme jmenovat i některé další okolnosti, které římská právní věda považovala za rozporné s dobrými mravy. Nárůst těchto okolností vedl římské právníky k pokusu o klasifikaci a uspořádání toho, co je možno obecně považovat za rozporné s dobrými mravy. Významným bodem při vývoji pojmu dobrých mravů je Papinianova definice toho, co je, nebo není *contra bonos mores*:

D. 28,7,15

Papinianus 16 quaest.

Filius, qui fuit in potestate, sub condicione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmet patris, ac si condicio non esset in eius potestate: nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.

²⁸ Tento vývoj Bartošek potvrzuje i pro Modestiny následovníky, viz BARTOŠEK, M.: Škola právníckého myšlení, Praha (1993), s. 154.

²⁹ D. 35,1,19.

Syn, který byl pod otcovskou mocí, a byl učiněn dědicem pod podmínkou, a to pod takovou, kterou by neschválili senát nebo císař, testament by se stal neplatným, stejně jako by se jednalo o podmínku, jejíž splnění není v moci syna,³⁰ neboť jestliže některé činy škodí naší zbožnosti (pietě), všeobecné úctě, která je k nám chována, nebo k sebeúctě³¹ nebo jak obecně říkám, jsou proti dobrým mravům, má se zato, že není v naší moci taková jednání vykonat.

A právě tuto třetí skupinu korektivu můžeme označit jako *boni mores*. Jako další příklad takového individuálního korektivu práv a povinností je povinnost vynaložit péči jako *bonus pater familias*.

Toto Papiniánovo zobecnění se stalo součástí justiniánského práva a bylo velkým zdrojem inspirace pro další právní vývoj. Jednání, které se přičí zásadám, jež jsou považovány za základ právního fungování společnosti, ve starověku zejména ochrana rodiny. Tyto případy byly opakovány středověkými právníky *ius commune* a v 18. století z nich byla zobecněna zásada: „Smlouvy, které jsou v rozporu s dobrými mravy, nemají za následek vznik právní skutečnosti“ (H. Donnellus). Na rozdíl od Říma byly tu často zmiňovány vztahy náboženské. Škola přirozeného práva přijala takovou zásadu a ilustrovala ji příklady z římských pramenů.

Problematika dobrých mravů není vyřešena ani v moderním právu. Jak francouzský *Code civil* (art. 1133 CC), tak německý BGB (§ 138 BGB) přejímají římský koncept, kdy rozpor s dobrými mravy působí neplatnost (*Nichtigkeit*) nebo nedovolenost kauzy (*le cause est illicite*). V rakouském právu prošlo ustanovení o rozporu s dobrými mravy zajímavým vývojem. Před III. dílčí novelou obsahoval rakouský zákoník v § 879 pouze jednotlivé případy, které byly označený jako nedovolené, a splývaly tedy rozpor s dobrými mravy a rozpor se zákonem. Pod vlivem německého občanského zákoníku byla v rámci tzv. III. dílčí novely přijatá obecná formulace, podle které jsou smlouvy, které jsou v rozporu se zákonem nebo s dobrými mravy, nicotné a do stejného ustanovení byly přeřazeny tyto jednotlivé případy. Tento postup byl meziválečnou právní vědou kritizován.³² Přesto zde můžeme vidět pokračování tradice římského práva.

I současný český občanský zákoník klade pojem dobrých mravů mezi přední právní pojmy, což vyplývá i z jeho systematického uspořádání:

³⁰ Tedy o tzv. podmínku afirmativní.

³¹ Český ekvivalent je mravnost, cudnost, pocit studu.

³² KUBEŠ, V.: Komentář k ust. § 871 ABGB. In: Rouček, F./Sedláček, J.: Komentář k čsl. obecnému zákoníku občanskému, Díl IV, Praha (1937), s. 126-127.

§ 3 OZ

(1) Výkon práv a povinností vyplývajících z občanskoprávních vztahů nesmí bez právního důvodu zasahovat do práv a oprávněných zájmů jiných a nesmí být v rozporu s dobrými mravy.

Zvláštní právní úprava je pak obsažena v obecné části obligací – i v tom spatřujeme vliv tradice soukromého práva:

§ 39 OZ

Neplatný je právní úkon, který svým obsahem nebo účelem odporuje zákonu nebo jej obchází anebo se přičí dobrým mravům.

A konečně v občanském zákoníku z roku 1964 existují i další ustanovení, která omezují svobodu účastníků smluvních vztahů:

§ 43 OZ

Účastníci jsou povinni dbát, aby při úpravě smluvních vztahů bylo odstraněno vše, co by mohlo vést ke vzniku rozporů.

Kubešovu teorii, že pojem dobrých mravů je pojmem právním, který nemá nic společného s morálkou ani s přirozeným právem³³, potvrzuje i recentní vývoj v českém soukromém právu, kdy se znovu a znovu ukazuje, že při výkladu, co jsou dobré mravy, velmi záleží na společenských a politických okolnostech: z historie víme, že německý říšský soud uznal za shodnou s dobrými mravy smluvní pokutu dojednanou v kupní smlouvě pro případ, že bude nemovitost dále prodána Polákovi³⁴. A je to právě současná česká soudní praxe, která definuje pojem dobrých mravů jako:

„souhrn etických, obecně zachovávaných a uznávaných zásad, jejichž dodržování je mnohdy zajišťováno i právními normami tak, aby každé jednání bylo v souladu s obecnými mravními i morálními zásadami demokratické společnosti.“³⁵

Co se týká nejnovější právní úpravy, můžeme na tomto místě pouze uvést, že zákon č. 89/2012 Sb. činí z dobrých mravů jedno z nejdůležitějších

³³ O významu přirozeného práva v římském právu viz NEMEC, M.: Přirozené právo a jeho odraz v římském práve. In: Nemeč, M./Lenhartová, K. (ed.): *Ius naturale, ius civile, ius gentium*. Miesto a úloha přirozeného práva v prostředí římského práva, Bratislava (2013), s. 72-80.

³⁴ DAJCZAK, W./GIARO, T./LONGCHAMPS DE BÉRIER, F./DOSTALÍK, P.: *Římské právo. Základy soukromého práva*, Olomouc (2013), s. 315 (v tisku).

³⁵ Rozhodnutí ústavního soudu č. II. ÚS 249/97.

výkladových pravidel, když § 2 odst. 3 uvádí, že „výklad a použití předpisu nesmí být v rozporu s dobrými mravy“. Kromě toho uvádí v život další neurčité nebo pružné právní pojmy (V. Kubeš!) jako je „přirozené právo prát se o štěstí a štěstí jeho rodiny nebo lidí jemu blízkých“ (§ 3 odst. 1 NOZ)³⁶. Pouze budoucnost však ukáže, zda a jakým způsobem vezme soudce tento pojem za svůj, a zda úspěšně složí zkoušku časem, tak jako se to podařilo pojmu dobrá víra a dobré mravy.

Summary

The article concerns the most eminent problem of the tradition of the Roman Law. It examines the relations between the terms *bona fides* and *boni mores* in the Roman Law. It shows that the term *bona fides* is derived from the Greek term *pistis*, so it shows close connection of the Roman and Greek philosophical and legal thinking. In this aspect the article depends on the marvelous work of Marcel Detienne. It exams the term *bona fides* as the crucial part of the legal institute possession (*possessio*) and the importance of the *bona fides* in the Roman civil proces, where *bona fides* played an important role within the classification of so called *actiones bonae fidei*. It deals also with term *boni mores* as the part of it in the frame of the connection between Roman profane law (*ius*) and Roman religion, with the connection with legal custom and unwritten law (*mores maiorum*), so important for the developement of the Law of Constitution of the ancient Rome. And finally, the article deals with the modern conception of the *boni mores* in the French, German and Czech law, in the latter with the overview of the brand new Czech civil Code.

³⁶ ELIÁŠ, K. a kol.: Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem, Praha (2012), s. 63.

Spuren der dualistischen Auffassung der „*bona fides*“ in der älteren gemeinrechtlichen Literatur bis zum Ende des 16. Jahrhunderts*

András Földi

Unter der sog. dualistischen Auffassung der *bona fides* (im Weiteren: *b. f.*) ist die Gegenüberstellung der sog. subjektiven *b. f.* (also des „guten Glaubens“ im Sinne des deutschen Rechts, der sich mit einem auf Irrtum zurückzuführenden Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des eigenen Verhaltens, etwa des Besitzes beschreiben lässt) und der objektiven *b. f.* also des Prinzips von „Treu und Glauben“ (wieder im Sinne des deutschen Rechts) zu verstehen. Von den verschiedenen Bedeutungen der *b. f.* hebt die dualistische Auffassung vorzugsweise diese beiden Bedeutungen hervor, damit wird aber offenbar nicht verneint, dass die *b. f.* auch noch weitere Bedeutungen hat. Die dualistische Auffassung, wie unten noch ausführlicher darzustellen ist, wurzelt im älteren gemeinen Recht, eine größere Bedeutung erhielt sie aber erst seit der Veröffentlichung der Monographie des Leipziger Professors Carl Georg von Wächter im J. 1871.¹ Die dualistische Auffassung hat sich seitdem immer mehr verbreitet, und sie ist nunmehr schon weltweit populär geworden.²

* Der Verfasser bedankt sich auch an dieser Stelle herzlichst bei Herrn Prof. Aldo PETRUCCI sowie bei Herrn Kollegen Andrea LANDI, Dozenten der Università degli Studi di Pisa, für die wertvolle fachliche Hilfe, die sie zur Anfertigung dieser Studie freundlich geleistet haben.

¹ Siehe C. G. VON WÄCHTER, Die „*bona fides*“ insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums, Leipzig (1871). Vgl. A. FÖLDI, Rinascita del principio della buona fede oggettiva in Ungheria. In: L. Garofalo (cur.), Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. Padova (2003) II,66³⁰; DERS., Remarks on the notion of ‘*bona fides*’, Annales Univ. Sc. Budapest. sectio iur. 48 (2007), 59; DERS., SZ 124 (2007), 606; DERS., Osservazioni intorno al c. d. dualismo della ‘*bona fides*’, Studi in onore di Antonino Metro, II. Milano (2010), 483f. Zum konkreten Anlass bzw. zum tatsächlichen Hintergrund der Entstehung der Monographie von Wächter siehe C. G. BRUNS, Das Wesen der „*bona fides*“ bei der Ersitzung. Berlin (1872), 3ff.; DERS., Zur Lehre von der „*bona fides*“ bei der Verjährung, Archiv für die civilistische Praxis 57 (1874), 275ff.

² Zum weltweiten Triumphzug der dualistischen Auffassung der *b. f.* siehe außer der in meinen oben angeführten Werken zitierten Literatur auch J. MARTINS COSTA, A boa fé no direito privado. São Paulo (1999); S. NOVARETTI, General clauses and practice: The use of the principle of good faith in the decisions of Chinese courts. In: European Review of Private Law 18 (2010),

Neben dem wirklichen Triumphzug der dualistischen Auffassung in den letzten Jahrzehnten ist die sog. subjektiv-monistische Auffassung der *b. f.*, nach der die *b. f.* immer, etwa auch im Vertragsrecht den subjektiven guten Glauben bedeuten sollte, und die traditionell in der französischen und in der englischen Rechtskultur vorherrschend ist, kann seit einiger Zeit als veraltet angesehen werden.³ Neben dem Dualismus ist aber nach wie vor zeitmäßig die im österreichischen Recht seit langer Zeit herrschende objektiv-monistische Auffassung der *b. f.* (nach der auch die Redlichkeit des Besitzers nach objektiven Kriterien zu beurteilen ist),⁴ darüber hinaus kann in der Zukunft auch die pluralistische Auffassung der *b. f.* (die auch auf die sonstigen Bedeutungen der *b. f.* Gewicht legt) eine größere Rolle spielen.⁵

Es ist ganz natürlich, dass der Schlüssel zu einem tieferen Verständnis der rätselhaften Problematik der *b. f.* wird vor allem von der vergleichenden Rechtsgeschichte angeboten. Es gibt nämlich kaum viele andere solche juristische Phänomene, die Geschichte derer von so vielen Missverständnissen,

953ff. – In Ungarn hat eine Novelle des Zivilgesetzbuchs vom J. 1959 (nämlich das Gesetz Nr. III/2006) eindeutig gemacht, dass im ungarischen Recht die dualistische Auffassung der *b. f.* maßgebend ist, der Dualismus gilt aber im ungarischen Zivilrecht doch eher terminologisch als inhaltlich, weil der gute Glaube des Besitzers in der Rechtsprechung objektiviert beurteilt wird. Dementsprechend gilt im ungarischen Zivilrecht derjenige nicht als gutgläubig, der sich aufgrund der von ihm zu leistenden Sorgfalt die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens hätte erkennen müssen. Siehe A. MENYHÁRD, *Dologi jog* [= Sachenrecht]. Budapest (2010²), 249. Auf dieses objektivierte Erfordernis wird auch im neuen ungarischen ZGB (Gesetz Nr. V/2013, siehe den § 5:172, Abs. 2) hingewiesen. Demgegenüber kommt die dualistische Auffassung im deutschen sowie im italienischen bürgerlichen Recht auch inhaltlich zur Geltung, in diesen Rechtssystemen schließt nämlich die leichte Fahrlässigkeit den guten Glauben des Besitzers nicht aus, vgl. A. FÖLDI, Remarks, Fn. 1, 69; DERS., SZ 124 (2007), 614.

³ Siehe außer der in meinen oben angeführten Werken zitierten Literatur auch J.-F. ROMAIN, *La théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*. Bruxelles (2000).

⁴ Vgl. A. FÖLDI, Remarks, Fn. 1, 67; DERS., SZ 124 (2007), 612; DERS., Osservazioni, Fn. 1, 484³.

⁵ Eine pluralistische Auffassung der *b. f.* spiegelt sich im von Zimmermann und Whittaker zusammengestellten Katalog der verschiedenen Bedeutungen der *good faith* wider, siehe R. ZIMMERMANN/S. WHITTAKER, *Coming to terms with good faith*. In: Zimmermann, R./Whittaker, S. (ed.), *Good faith in European Contract Law*. Cambridge (2000), 690ff. Vor den Gefahren des Schematismus der dualistischen Auffassung wird gewarnt in den Studien von CARDILLI, DAJCZAK, FIORI, STOLFI und ZANNINI in den Akten der im J. 2001 in Padua veranstalteten internationalen bona fides-Konferenz, siehe L. GAROFALO (cur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, I-IV. Padova (2003), siehe dazu, mit ausführlichen bibliographischen Angaben, A. FÖLDI, Remarks, Fn. 1, passim; DERS., SZ 124 (2007), 603ff. – Die oben im Text angewandten taxonomischen Kategorien sind in der Fachliteratur seines Wissens von dem Verfasser der vorliegenden Studien eingeführt worden.

sogar Mystifizierungen begleitet worden wäre, wie die der *b. f.*⁶ In der vorliegenden Studie, die ich mit vorzüglicher Hochachtung Herrn Professor Peter Blaho widme, möchte ich ein weniger bekanntes Kapitel der langen Begriffsgeschichte der *b. f.* skizzenhaft darstellen.

Der Begriff der *b. f.* stellt eindeutig ein Produkt des Geistes der alten Römer dar.⁷ Sein Inhalt wurde von den Juristen des antiken Rom ausführlich dargelegt. Die antike römische Auffassung der *b. f.* wurde von einem gewissen unbewussten (und in diesem Sinne „naiven“) Monismus bestimmt, jedenfalls zeigten die Römer, wie dies den Quellen zu entnehmen ist, gar kein Interesse für die Unterscheidung der verschiedenen Bedeutungen der *b. f.*⁸

Für eine lange Zeit determinierte dieser naive Monismus auch die Denkweise der mittelalterlichen Juristen. Überlegen wir, dass im Zentrum der mittelalterlichen Gedankenwelt der auf lateinisch *fides* genannte Glaube stand, und überlegen wir zusätzlich, dass im Bereich der *b. f.* die Achtung der Glossatoren vor allem auf den guten Glauben des Besitzers gerichtet war,⁹ so könnten wir die Hypothese riskieren, dass die *b. f.* im Mittelalter eine Subjektivierung erlitt. Diese Annahme ist aber kaum zu beweisen. Obwohl der gute Glaube des Besitzers im Mittelalter als ein subjektives Kriterium behandelt wurde,¹⁰ wurde dadurch die vertragsrechtliche *b. f.* keineswegs subjektiviert.

⁶ Vgl. TH. DUVE, in: M. Schmoeckel/J. Rückert/R. Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. II/1. München (2007), 287.

⁷ Auch der deutsche Romanist Okko Behrends bestritt nicht den römischen Ursprung der *b. f.*, obwohl er die Rolle des griechischen Einflusses auf das römische Recht im Vergleich mit der herrschenden Lehre für viel bedeutendere hält. Behrends bewertet darüber hinaus nuanciert die Rolle der naturrechtlichen (d. h. weitgehend von der griechischen Philosophie geprägten) Lehren in der weiteren Entwicklung des Begriffs der *b. f.*, siehe O. BEHREND, Zum Beispiel der gute Glaube! In: Festschrift Bruno Huwiler. Bern (2007), 20.

⁸ Immerhin weist Tryphoninus an einer Stelle (D. 16,3,31 pr.) darauf hin, dass die *b. f.* bei den Verträgen die höchste Billigkeit erfordert („*Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat...*“). Diese Feststellung lässt ahnen, dass bei anderen Rechtsverhältnissen aus der *b. f.* andere Erfordernisse folgten. Dieses Problem wurde aber von den römischen Juristen nicht explizit erörtert.

⁹ G. P. MASSETTO, Buona fede nel diritto medievale. In: Digesto 4^a ed. Discipline privatistiche. Sezione civile, II. Torino (1988), [zitiert aufgrund der DVD-Ausgabe vom J. 2011].

¹⁰ H. E. TROJE, Guter Glaube. In: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, I. Berlin (1971), 1867 sagt ausdrücklich, dass dies *fides* des römischen Ersitzungsrechts im kanonischen Recht „im Kern verändert, moralisiert, subjektiviert“ wurde. Es ist jedenfalls fragwürdig, was diese Subjektivierung eigentlich bedeutete. Die im Dekretal von Papst Innozenz III. dargelegte Regel *mala fides superveniens nocet* gilt als ein eindeutiges Zeichen für die Behandlung der *bona/mala fides* als subjektives Kriterium (Wissenszustand). Es ist auch eindeutig, dass sich die Glossatoren viel mit solchen Fragen beschäftigten, wie lange der Ersitzer gutgläubig sein muss, ob sein Zweifel den guten Glauben ausschließt usw., siehe ausführlicher die Fn. 52 unten.

In dieser Hinsicht spielte vielmehr der ethische Inhalt der *fides Christiana* eine wichtige Rolle, die aufgrund der christlichen Ethik das objektive Erfordernis des redlichen Verhaltens in den Vordergrund stellte.¹¹ Im Zusammenhang damit wurde die *b. f.* von den mittelalterlichen Kanonisten mit dem „guten Gewissen“ (*bona conscientia*) identifiziert, dessen Wesen die aufrichtige Überzeugung bildete, die dem religiösen Glauben nahe stand. Dementsprechend sahen die Kanonisten in der *mala fides* die Äußerung der Schuld (*peccatum*).¹² Diese Gedanken übten natürlich auch auf die Legisten einen bedeutenden Einfluss aus.

Wurde die Bedeutung der *b. f.* im Mittelalter abgeändert, so können wir vielmehr über eine Objektivierung sprechen. Als ein Zeichen dafür gilt die Tatsache, dass in den Hinweisen auf die vertragsrechtliche *b. f.* oft die *aequitas* betont wurde, sogar drängte sie die *b. f.* manchmal in den Hintergrund,¹³ darüber hinaus gab es eine Tendenz zur Identifizierung der *b. f.* und der *aequitas*.¹⁴

Es steht außer Zweifel, dass die Glossatoren sowie die Kommentatoren, den Quellen des römischen Rechts folgend, den Ausdruck *b. f.* tatsächlich in mehreren Bedeutungen benutzten.¹⁵ Die *b. f.* wurde aber von ihnen doch als ein grundsätzlich einheitlicher Begriff betrachtet, und die meisten mittelalterlichen Juristen die Möglichkeit der dualistischen oder der pluralistischen Auffassung wohl gar nicht wahrnahmen.¹⁶

¹¹ Siehe TROJE, Fn. 10; G. P. MASSETTO, Buona fede nel diritto medievale, Fn. 9; R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, La 'bona fides' en los textos cristianos. In: L. Garofalo, Il ruolo della buona fede oggettiva, Fn. 5, III, 255ff.

¹² TROJE, Fn. 10; J. GORDLEY, Good faith in contract law in the medieval 'ius commune'. In: Zimmermann/Whittaker, Good faith, Fn. 5, 94. Dem Gedanken von „*bona conscientia*“ ist ähnlich die Formel „*equity and good conscience*“, worauf man im Bereich der handelsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit im Gegensatz zu den „*strict rules of law*“ auch heutzutage hingewiesen wird, siehe R. MEYER, „Bona fides“ und „*lex mercatoria*“ in der europäischen Rechtstradition. Göttingen (1994), 97.

¹³ A. BECK, Zu den Grundprinzipien der „bona fides“ im römischen Vertragsrecht. In: „*Aequitas*“ und „*bona fides*“. Festgabe August Simonius. Basel (1955), 25.

¹⁴ Bereits die Glossatoren benutzten das Wort *aequitas* im Sinne der vertragsrechtlichen *b. f.*, siehe J. GORDLEY, Good faith in contract law, Fn. 12, 94ff.

¹⁵ G. P. MASSETTO, Buona fede nel diritto medievale, Fn. 9, meint, dass der Begriff der objektiven *b. f.* den mittelalterlichen Juristen vorzugsweise durch das Tryphoninus-Fragment D. 16,3,31 vermittelt wurde (vgl. das Zitat oben, Fn. 8), während die subjektive *b. f.* für sie vor allem durch das Modestinus-Fragment 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.*“) veranschaulicht wurde. Diesbezüglich meine ich, dass im Mittelalter als potentielle Grundlagen für eine dualistische Auffassung der *b. f.* auch andere Quellentexte in Betracht kommen konnten (was die subjektive *b. f.* angeht, siehe auch Paul. D. 18,1,27; Ulp. D. 41,3,10 pr.), jedoch wurde der Dualismus im juristischen Denken vor dem 15. Jh. wohl nicht reflektiert.

¹⁶ Dafür spricht die Tatsache (mindestens bezüglich der Glossatoren), dass in der *Glossa ordinaria*

Jedoch kann man aufgrund der Forschungen des amerikanischen Professors James Gordley darauf hinweisen, dass hinter dem mittelalterlichen Monismus dank dem scholastischen Denken ein solcher Pluralismus nachzuweisen ist, der mehrere Schichten der *b. f.* unterscheiden vermochte. Die Glossatoren sahen den wesentlichen Inhalt der vertragsrechtlichen *b. f.* im Worthalten, im Zurückhalten von Arglist, in der Respektierung der im Verträge nicht ausdrücklich vorgesehenen, aber aufgrund der Redlichkeit zumutbaren Pflichten.¹⁷ Was die Kommentatoren anbelangt, legte Baldus dar, dass die vertragsrechtliche *b. f.* einerseits als die Grundlage der Klagbarkeit, andererseits, bei den klagbaren Verträgen als Massstab für die Bestimmung des Kreises der Pflichten des Schuldners gelten konnte. In dieser letzten Funktion kann die *b. f.* einerseits den Mangel an *dolus* bedeuten, andererseits die Berücksichtigung der von den Parteien nicht vorgesehenen Pflichten, die aber aufgrund der *naturalis aequitas* jedoch zum Inhalt des Vertrags gehören.¹⁸

Auch der Pluralismus von Baldus konnte dazu beitragen, dass Franciscus Aretinus (anders Franciscus de Accoltis, 1418 – 1486) die dualistische Doktrin der *b. f.* – wohl zum ersten Mal – darlegte.¹⁹ Die Institutionenstelle 4,6,28 über die Unterscheidung der *bonae fidei*- und *stricti iuris*- Klagen kommentierend schrieb Franciscus das Folgende:

<i>„Notare autem debes in principio, quod duplex est bona fides. Una quae est contraria dolo et fraudi. Et hoc modo omnes contractus bonae fidei</i>	Zuerst müssen wir bemerken, dass die <i>b. f.</i> zweideutig ist. Einerseits bedeutet sie das, was entgegengesetzt der Arglist und der Betrugerei ist. Und in diesem
--	--

bei den erwähnten Stellen kein Hinweis auf die doppelte Natur der *b. f.* befindlich ist.

¹⁷ Siehe J. GORDLEY, Good faith in contract law, Fn. 12, 94ff.

¹⁸ Baldus de Ubaldis, Commentaria, ad C. 4,10,4, zitiert von J. GORDLEY, Good faith in contract law, Fn. 12, 109. Gordley (106ff.) stellt ausführlich dar, wie die Ansicht von Baldus durch die Lehren von Aristoteles und von hl. Thomas von Aquin geprägt wurde.

¹⁹ Franciscus Aretinus genoss großes Ansehen bereits in seiner eigenen Zeit und auch in den nachfolgenden Jahrhunderten. Laut H. LANGE/M. KRIECHBAUM, Römisches Recht im Mittelalter. Bd. II. Die Kommentatoren. München (2007), 856 war die Bedeutung von Franciscus für die Rechtswissenschaft im Gegensatz zu seinem einstigen Ruhm nicht hervorragend. „Am meisten Konstanz haben wohl seine *casus* zu den Institutionen, da diese in spätere Ausgaben der *Glossa ordinaria* gelangt sind“. Es ist den angesehenen Verfassern unbedingt zuzustimmen, dass der Stil des Franciscus-Textes seine Zeit widerspiegelt, der kritisch konstatierte Mangel an „in die Zukunftweisenden Ideen“ sollte aber dem Franciscus im Lichte des untersuchten Textes nicht unbedingt vorgeworfen werden: Die Erkennung der doppelten Natur der *b. f.* (auch wenn nicht im Sinne des modernen Dualismus) mag nämlich in der Zeit von Franciscus durchaus innovativ gewesen sein.

*sunt: in omnibus enim debet abesse dolus et fraus. Est et alia bona fides, quae antonomatice vocatur bona fides propter exuberantem fidem quae est in ea. Ab ista bona fide dicuntur contractus in isto § enumerati, bon. fi. Sed domine, quae est exuberantia fidei quae est in ista sive in istis actionibus? Respon. Frater, ex hoc quod in eis multa eveniunt ex bono et aequo, de quibus non fuit actum inter partes. In contractibus autem stricti iuris solum veniunt ea de quibus actum est inter partes ut venirent. De actione depositi quando ipsa sit bonae fidei, nemini venit in dubium quantum ad aliquid. De ipsa tamen dixerunt quidam antiqui, quod simpliciter est bonae fidei, in quatuor tamen casibus, puta tumultus, incendii, ruinae, naufragii. Dominus autem Ia. dicit quod actio depositi bonae fidei est.*²⁰

Sinne sind Verträge *bonae fidei*: in jedem sollen nämlich Arglist und Betrugerei fern sein. Es gibt auch eine andere *b. f.*, die anschaulichkeitshalber *b.f.* genannt wird, und zwar wegen der weitgehenden *fides*, die in ihr daist. Von dieser *b.f.* sind die in diesem Abschnitt aufgezählten Verträge *bonae fidei* genannt. Aber was bedeutet die hohe Stufe der *fides*, die hier, bzw. in diesen Klagen daist? Auf diese Frage kann man jene Antwort geben, dass bei diesen Klagen vieles aus der Billigkeit (*ex bono et aequo*) folgt, was von den Parteien nicht vorgesehen worden ist. Aus den *stricti iuris*-Verträgen aber folgt nur solches, was von den Parteien ausdrücklich vorgesehen worden ist. Im Falle der Verwahrungsklage da sie *bonae fidei* ist, bezweifelt keiner, dass diese Regel anzuwenden ist. Aber einige alten Juristen sagten, dass die Verwahrungsklage nur in einfachem Sinne *bonae fidei* ist, es sei denn z. B. Tumult, Feuerbrand, Erdbeben, Schiffbruch. Herr Iason de Mayno²¹ sagt aber, dass die Verwahrungsklage *bonae fidei* sei.²²

Franciscus geht davon aus, dass die *b. f.* einen doppelten Begriff darstellt, sein Dualismus ist aber verschieden von derjenigen modernen dualistischen Auffassung der *b. f.*, die in der Einführung der vorliegenden Studie geschildert worden ist. Die von Franciscus an erster Stelle erörterte, dem *dolus* bzw. der *fraus* gegenübergestellte Bedeutung der *b. f.* ist

²⁰ Zitiert aus der *Glossa ordinaria* aufgrund der folgenden Edition: Institutionum sive primorum totius iurisprudentiae elementorum libri quattuor. Lugduni (1572), 491.

²¹ Die Abkürzung Ia. weist auf Iason de Mayno (1435 – 1519) hin (freundliche Auskunft von Herrn Kollegen Andrea Landi). Zu seiner Person siehe etwa P. WEIMAR, in: Stolleis, M. (Hrsg.), Juristen. Ein biographisches Lexikon. München (2001), 330f.

²² Die Übersetzung oben, ähnlich den weiteren Übersetzungen in der vorliegenden Studie sind nicht wortwörtlich, sondern zielsprachorientiert.

nämlich nicht identisch mit der subjektiven *b. f.* Diese letztere bezeichnet nämlich einen engeren, konkreteren Tatbestand, und zwar den Irrtum an der Rechtmäßigkeit des eigenen Verhaltens. Auch hierbei handelt es sich um den Mangel an *dolus* bzw. *fraus*, dies gilt aber nicht umgekehrt. Die von Franciscus an der zweiten Stelle erörterte Bedeutung ist aber wesentlich identisch mit der objektiven *b. f.*

Was die erste von Franciscus angegebene Bedeutung der *b. f.* angeht, gibt unser Jurist nur eine pauschale negative Beschreibung, ohne den Inhalt dieses Begriffs positiv, geschweige denn detaillierter darzustellen. Die zweite Bedeutung ist demgegenüber gut erklärt. Franciscus weist darauf hin, dass aus der *fides exuberans* auch solche Rechte und Pflichten abzuleiten sind, die von den Parteien in ihrem Vertrag nicht vorgesehen worden sind. Dieser Gedanke erscheint mehrere Jahrhunderte später – vermittelt von frühneuzeitlichen Juristen, wie etwa Domat – im Artikel 1135 des französischen *Code civil*,²³ sowie im Originaltext des § 863 des österreichischen ABGB.²⁴

Es kann einen überraschen, dass Franciscus als Beispiel für die *fides exuberans*²⁵ eben die Verwahrungsklage anführt, die im römischen Recht nur unentgeltlich sein konnte, und dementsprechend der Verwahrer

²³ Siehe R. DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives* [Thèse Paris II]. Paris (1992), 19.

²⁴ Vgl. J. M. RAINER, *La buona fede* (‘Redlichkeit’) nel diritto austriaco. In: Garofalo, *Il ruolo della buona fede oggettiva*, Fn. 5, III, 234.

²⁵ Es ist zu bemerken, dass der Begriff der von Franciscus erwähnten *fides exuberans* auch im *common law* bekannt ist als *uberrima fides*. Im Bereich der sog. *contracts uberrimae fidei* (solche sind z. B. die Versicherungsverträge) gilt eine strenge, sich auf alle Umstände erstreckende Auskunftspflicht, siehe P. S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*. Oxford (1995⁵), 254. Bemerkenswert ist ferner das von D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*. München (2007⁷), 156 – leider ohne Quellenangabe – zitierte Sprichwort: „Non petitur bonae fidei exuberantia inter mercatores“, nach dem die *b. f.* unter den Kaufleuten nicht in übertriebenem Maße anzuwenden ist. Liebs weist hierbei beispielsweise auf die §§ 348f., 363, 368, 371f., 375, 377 des HGB. Als gemeinsamer Nenner gilt hierbei wohl die im Vergleich mit dem allgemeinen Privatrecht strengere Haftung. Jedenfalls ist das von Liebs zitierte Sprichwort in krassem Gegensatz mit derjenigen, vom Mittelalter an oft dargelegten Ansicht, nach der die *b. f.* im Handelsrecht eine hervorragende Rolle spielt. Diese Frage bedarf weiterer Forschung. An dieser Stelle kann ich nur darauf hinweisen, dass nicht einmal der die Zusammenhänge der *b. f.* und des Handelsrechts in historisch-vergleichender Perspektive analysierende Rudolf Meyer dieses Sprichwort anführt, geschweige denn er führt keine ähnlichen Feststellungen, weist aber auf eine gewisse „funktionale Ambivalenz“ der *b. f.* in dem Sinne hin, dass die *b. f.* sowohl strengrechtlich als auch als „billigrechtliches Korrektiv“ wirken kann. Meyer bemerkt diesbezüglich: „Diese Funktionsmechanismen entsprechen in besonderer Weise den Bedürfnissen des Handels.“ Siehe R. MEYER, *Bona fides*“ und „*lex mercatoria*“ in der europäischen Rechtstradition, Fn. 12, 76.

grundsätzlich nur *dolus* und *culpa lata* zu vertreten hatte. Die Anführung der Verwahrungsklage kann vielleicht dadurch erklärt werden, dass sich jene oben schon zitierte, im Mittelalter wohl bekannte Tryphoninus-Stelle, nach der die bei den Verträgen maßgebende *b. f.* die höchste Billigkeit erfordert, eben mit einem *depositum*-Tatbestand beschäftigt.²⁶

Zusammenfassend können wir die Erläuterung von Franciscus Aretinus durchaus positiv bewerten, weil er wohl als erster Jurist eine dualistische Gegenüberstellung von beiden Bedeutungen der *b. f.* darlegte. So können wir ihn den Begründer der „protodualistischen“ Auffassung der *b. f.* nennen, der die spätere (moderne) dualistische Auffassung kreativ vorbereitete.

Während sich der „Protodualismus“ von Franciscus den Zeichen nach nur langsam und in beschränktem Maße verbreiten konnte,²⁷ erschien einige Jahrzehnte später, bereits in der ersten Hälfte des 16. Jh. die moderne dualistische Auffassung der *b. f.* Wie darauf von dem Mailänder Rechtshistoriker Gian Paolo Massetto hingewiesen, war es ein spanischer Theologe und Jurist, nämlich Iohannes Medina (Juan Medina, 1490 – 1547), der die Bedeutungen ‘Meinen’ und ‘Tun’ der *b. f.* auf bahnbrechende Weise miteinander gegenüberstellte. Medina beschrieb die von ihm „speculativa“ genannte subjektive *b. f.* folgendermaßen:

„*pro scientia seu credulitate, qua quis credit... non alienum, sed suum esse, quod possidet ... aut se debitorem alicuius rei esse*“.²⁸ Die *b. f.* im Sinne von Wissen oder Glauben bedeutet, dass jemand glaubt, eine Sache, die er besitzt, nicht zu Anderem gehöre, sondern seine eigene sei... oder wenn er glaubt, dass er Schuldner eines irgendwelchen Schuldverhältnisses sei.

Die von Medina „practica“ genannte *b. f.* wird von ihm folgendermaßen beschrieben:

²⁶ Siehe Fn. 8.

²⁷ Die langsame und beschränkte Verbreitung des Protodualismus von Franciscus ist keineswegs selbstverständlich, wenn man bedenkt, dass der oben zitierte Text mit vielen weiteren Texten von Franciscus in der *Glossa ordinaria* aufgenommen worden ist, und dementsprechend die zu den gedruckten Ausgaben des glossierten *Corpus iuris* hinzugefügten Sachregister seit dem 16. Jh. ein auf die doppelte Natur der *b. f.* hinweisendes Stichwort („*Bona fides est duplex*“) beinhalteten, so zumindest der *Index* der oben angeführten Institutionenedition vom J. 1572.

²⁸ I. MEDINA, *De paenitentia, restitutione et contractibus*, II. Brixiae (1590), 177, zitiert von G. P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale*, Fn. 9.

„*pro conscientia quae dictat quid agendum, quid non agendum, aut quid liceat agere, quid non; quid liceat retinere, quid non...*“³⁰

Die *b. f.* im Sinne von Gewissen²⁹ bedeutet das, was uns mahnt, etwas zu tun oder nicht zu tun, oder etwas tun zu dürfen oder nicht tun zu dürfen; was darf man zurückhalten und was nicht...

Die Erläuterung von Medina ist in dem Sinne innovativ, dass er einerseits die subjektive *b. f.*, im Gegensatz zu Franciscus, nicht nur negativ (durch den Mangel an *dolus*) definiert, sondern weist auf ihren positiven (psychologischen) Inhalt hin, andererseits stellt er anschaulich den kontemplativen und den aktiven Aspekt der *b. f.* anschaulich gegenüber.

Es ist ferner ein neues Moment im Gedankengang von Medina, dass er nicht nur die Verträge berücksichtigt, sondern – im Falle der subjektiven *b. f.*, bzw. im Kontext des Kaufs – auch den Eigentumserwerb.

Eine ähnliche dualistische Auffassung erscheint auch bei Rebuffus (Pierre Rebuffi, 1487 – 1557). Dieser französische Jurist hatte ein hervorragendes Talent für das analytische Denken.³¹ Es ist deshalb kein Wunder, dass er die subjektive und die objektive *b. f.* mit klarer Eindeutigkeit gegenüberstellen vermochte:

„*[Bona fides] duobus modis vocatur... Primo cum quis ignorat rem esse alienam, utpote quia putabat vendentem esse dominum; vel si alienam esse sciret, tamen putabat venditorem ius vendendi habere ... Bona fide agere dicitur, qui sine ullo dolo et figmento, vere atque diligenter agit, quod agendum suscepit*“³²

[Über die *b. f.*] kann man in zwei Bedeutungen sprechen... Zuerst dann, wenn jemand nicht weiß, dass die Sache fremd ist, z. B. wenn er den Verkäufer für Eigentümer hielt, oder wenn er zwar wusste, dass die Sache fremd ist, jedoch meinte, dass der Verkäufer zum Verkaufen berechtigt war ... „*Bona fide* handeln“ bedeutet, dass jemand ohne Arglist und Betrugerei, richtig und sorgfältig tut, was er zu tun unternommen hat.

²⁹ Die Identifizierung der *b. f.* mit dem (guten) Gewissen, geht, wie oben bereits erwähnt, auf das mittelalterliche kanonische Recht zurück.

³⁰ MEDINA, Fn. 28.

³¹ Berühmt war der von Rebuffus zusammengestellte *arbor super interesse*, der die zahlreichen (nicht weniger als 48!), über das *interesse* entwickelten verschiedenen Ansichten anschaulich darstellte, siehe R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford (1996³), 833, mit weiterer Literatur.

³² P. REBUFFUS, In tit. Dig. de verborum et rerum significatione commentaria. Lugduni (1614) 400, 403, zitiert von G. P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale*, Fn. 9.

Bewertet man die Erläuterung von Rebuffus, so kann man teilweise wiederholen, was in Bezug auf den Gedankengang von Medina festgestellt worden ist. Auch Rebuffus berücksichtigt nicht nur die Verträge, sondern – im Kontext der objektiven *b. f.* – einen ganz breiten Kreis der Rechtsverhältnisse. In dieser Hinsicht wendet aber Rebuffus nicht die analytische Methode von Medina an, sondern weist mit dem Ausdruck *bona fide agere* pauschal auf die in Frage kommenden Rechtsverhältnisse.

Es ist noch zu bemerken, dass die Erörterung von Rebuffus über die *b. f.*, im Gegensatz zu den teilweise theologisch beeinflussten mittelalterlichen Gedanken von Medina, eindeutig den Einfluss des römischen Rechts widerspiegelt, und zwar den Einfluss der Modestinus-Stelle D. 50,16,109. Ebenfalls zeigt den Einfluss der Quellen des römischen Rechts die Anwendung des Ausdrucks *bona fide agere*.³³

Von den meisten seiner Zeitgenossen abweichend legte auch Donellus eine dualistische Auffassung dar, sein Dualismus bedeutete aber gewissermaßen einen Rücktritt zum Protodualismus von Franciscus:

„*Bona fides ... duobus modis consideratur: uno modo, ut praestetur alteri ex contrahentibus quod ex bono et aequo praestari oportet, etiamsi de eo praestando aperte nihil convenerit. Altero modo consideratur in hoc, ut nihil fiat contra bonam fidem, id est nihil dolo malo, nihil metu. Et si quid contra factum sit, ne ratum sit quod ita gestum est. Priore modo bona fides consideratur tantum in contractibus bonae fidei.*”³⁴

Über die *b. f.* ... kann man in zwei Bedeutungen sprechen: einerseits in dem Sinne, dass einer der Vertragsparteien dem anderen leisten soll, was aufgrund der Billigkeit (*ex bono et aequo*) zu leisten ist. Die andere Bedeutung bezieht sich darauf, dass nichts gegen die *b. f.* getan werden soll, also nichts mit Arglist, nichts mit Zwang. Und wenn etwas dagegen getan worden ist, soll es nicht gültig sein. Die *b. f.* im ersten Sinne wird nur in den *bonae fidei*-Verträgen berücksichtigt.

Wie Franciscus, so beschränkt auch Donellus die Würdigung der beiden Formen der *b. f.* auf die Verträge, und beschreibt auch Donellus den mit der

³³ Zur Bedeutung und zur Rolle des *bona fide agere* siehe zusammenfassend M. TALAMANCA, La ‘bona fides’ nei giuristi romani. In: Garofalo, Il ruolo della buona fede oggettiva, Fn. 5, IV, insbesondere 248ff.

³⁴ H. DONELLUS, Opera omnia, VII. Lucae (1765), 830f., zit. von Luchetti, G./Petrucci, A. (cur.), Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al ‘Draft Common Frame of reference’, I. Bologna (2010), 39.

subjektiven *b. f.* verwandten Typ nicht mit positiven, sondern mit negativen Kriterien (nämlich mit dem Mangel an *dolus* und *metus*). Immerhin zeigt der Gedankengang von Donellus bemerkenswerte Abweichungen von dem von Franciscus. Donellus verkehrt die Reihenfolge der beiden Typen der *b. f.* Nicht nur von Franciscus, sondern auch von Medina und von Rebuffus abweichend spricht nämlich Donellus zuerst über die objektive *b. f.*, und erst dann über jene *b. f.*, die den Gegensatz von *dolus* und *metus* bildet. Es ist zu bemerken, dass Donellus ein feines Gefühl für die logische Ordnung der Erörterung hatte.³⁵ Die erwähnte Verkehrung der Reihenfolge lässt sich ansonsten nicht nur mit theoretischen und praktischen, sondern auch mit historischen Gründen rechtfertigen, weil die *b. f.* ursprünglich einen objektiven Begriff darstellte.³⁶ Als eine weitere Abweichung der Erläuterung des Donellus von den früheren Verfassern lässt sich erwähnen, dass der zweite Typ der *b. f.* von Donellus allgemeiner geschildert wird und dabei auch auf das Problem der Gültigkeit hingewiesen wird.

Der moderne Dualismus von Medina und Rebuffus, aber auch der Protodualismus von Donellus wurde in ihrer Zeit den Zeichen nach nur von wenigen Juristen vertreten, sogar vermochte sich die dualistische Auffassung auch noch in den folgenden drei und halb Jahrhunderten nicht in weiterem Kreise verbreiten. Ähnlich den früheren Zeiten war die Mehrheit der Juristen auch im 16. Jh. wohl Monist (wie z. B. Budaeus, Sozzini),³⁷ oder bewusster Pluralist (Bargagli, Covarruvias) oder aber weniger bewusster Pluralist (Cuiacius, Stracca).

Ein bewusster Pluralist, oder schlechthin ein Trialist scheint Brissonius gewesen zu sein. Vorausgeschickt, dass der Ausdruck *b. f.* in verschiedenen

³⁵ Donellus kritisierte das System der Digesten, in dem das Prozessrecht vor dem materiellen Recht behandelt wird, siehe P. G. STEIN, Römische Recht und Europa. Geschichte einer Rechtskultur. Frankfurt am Main (1996), 153.

³⁶ Für die frühere Ausgestaltung der objektiven *b. f.* siehe FÖLDI, Remarks, Fn. 1, 58; DERS., SZ 124 (2007), 604f. mit weiterer Literatur. Die Ansicht von G. SCHIEMANN, Fides. In: Der neue Pauly, IV. Stuttgart/Weimar (1998), 508 weicht von der herrschenden Lehre grundsätzlich nicht ab, auch wenn dabei die Ausgestaltung der (objektiven) *b. f.* als die Objektivierung der archaischen *fides* beschrieben wird. Zur Reduktion der *b. f.* zu einem psychologischen Moment im Bereich der Ersitzung siehe neuerdings O. BEHREND, Zum Beispiel der guter Glaube! Fn. 7, 30.

³⁷ Die lange anhaltende Herrschaft des naiven Monismus spiegelt sich anschaulich in der Literaturübersicht von D. TUSCHIUS, Practicae conclusiones iuris in omni foro frequentiores. Romae (1605), I, 554f.; II 337 wider, wo zahlreiche einschlägige Zitate von den Glossatoren über die Kommentatoren bis zu seiner Zeit gesammelt sind. Dort findet man kein einziges Zitat, in dem die verschiedenen Bedeutungen der *b. f.* (mindestens explizit) reflektiert wären.

Bedeutungen benutzt wird,³⁸ unterschied Brissonius drei grundlegende Bedeutungen: die als Gegenteil der *mala fides* geltende subjektive *b. f.*,³⁹ die als Gegenteil von *fraus, dolus, astutia(e), malitia(e)* geltende,⁴⁰ bei allen Verträgen zu berücksichtigende *b. f.*, und jene *b. f.*, die mit dem Begriff *bonum et aequum* identisch ist, und bei den *bonae fidei*-Klagen zur Geltung kommt.⁴¹ Brissonius gibt über diese Typen der *b. f.* aufgrund der Quellen eine ausführliche Übersicht. Im Lichte seiner gründlichen Analyse erscheint nicht einmal die subjektive *b. f.* als eine homogene Kategorie. Immerhin scheint die Unterscheidung der verschiedenen Bedeutungen in der Erläuterung von Brissonius nicht überall ganz eindeutig zu sein. Der französische Autor weist nicht nur bei der ersten, sondern auch bei der zweiten Bedeutung der *b. f.* auf die *mala fides* als entgegengesetzte Kategorie. Es ist auch bedenklich, dass bezüglich der im Sinne des *bonum et aequum* genommenen *b. f.* wird als ihr Gegenteil nicht auf das *ius strictum*,⁴² sondern auf den Mangel an *dolus* und *malitia* hingewiesen.⁴³

Vergleicht man die Trichotomie von Brissonius mit der Dichotomie von Donellus, so liegt es nahe anzunehmen, dass Donellus die Unterscheidungsschwierigkeiten von Brissonius dadurch erfolgreich vermeiden konnte, dass er die subjektive *b. f.* restlos in die als Gegenteil des *dolus* aufgefasste *b. f.* einschmolz.

Auch der im 16. Jh. in Siena lebende Jurist Celso Bargagli († 1593) kann Pluralist genannt werden. Er setzte fest, dass „*bonae fidei verbo plura continentur*“.⁴⁴

³⁸ „*Bonae fidei verbum varie sumitur*“. Siehe B. BRISSONIUS, *De verborum quae ad ius pertinent significatione*. Francofurti ad Moenum (1578), 77.

³⁹ B. BRISSONIUS, *De verborum quae ad ius pertinent significatione*, Fn. 38, 77f.

⁴⁰ B. BRISSONIUS, *De verborum quae ad ius pertinent significatione*, Fn. 38, 78f.

⁴¹ B. BRISSONIUS, *De verborum quae ad ius pertinent significatione*, Fn. 38, 79-81.

⁴² B. BRISSONIUS, *De verborum quae ad ius pertinent significatione*, Fn. 38, 80f. weist auf die *stricti iuris*-Klagen nur marginal hin.

⁴³ Das Werk von Brissonius wurde im 17. Jh. von Johann Otto Tabor und von Johann Christian Itter überarbeitet (Frankfurt am Main 1683). Die Anzahl der in der überarbeiteten Auflage angeführten Quellentexte nahm zwar zu, die Unterscheidung der verschiedenen Bedeutungen ist aber noch bedenklicher geworden. In dieser Hinsicht lässt sich erwähnen, dass die oben mehrmals angeführte Tryphoninus-Stelle D. 16,3,31 pr. in der Überarbeitung, im Gegensatz zur Originalausgabe, nicht die dritte, sondern die zweite Bedeutung zu veranschaulichen hat (siehe BRISSONIUS/TABOR/ITTER, 162), obwohl dieser Text – wie auch Brissonius selber so beurteilte – vielmehr die dritte Bedeutung illustrieren könnte. Obwohl Tryphoninus scheinbar über die bei allen Verträgen maßgebende *b. f.* redete, dachte er jedoch nur an die *bonae fidei*-Verträge. Dafür spricht die Erwägung, dass der Hinweis auf die *summa aequitas* mit der Natur der *stricti iuris*-Verträge inadäquat gewesen wäre.

⁴⁴ C. BARGALIUS, *Tractatus de dolo*, Hanoviae (1604) 702, zitiert von G. P. MASSETO, *Buona fede nel diritto medievale*, Fn. 9.

Weniger bewusst scheint mir die Auffassung von Cuiacius gewesen zu sein, der sich vielleicht als „naiver Pluralist“ beschreiben lässt. Eine Art Pluralismus spiegelt sich in der folgenden Erläuterung über die objektive *b. f.* wider:

„*Quid igitur est bona fides? hoc loco est aequitas arbitri et officium boni viri, hoc est bona fides quam bonus vir existimaturus est. Arbitr et bonus vir idem est.*“⁴⁵

Was ist also die *b. f.*? An dieser Stelle bedeutet sie die Billigkeit des Richters und die Pflicht des redlichen Mannes, also es handelt sich um jene *b. f.*, die ein redlicher Mann dafür hält. Der Richter und der redliche Mann sind ein und dasselbe.

Der zitierte Text von Cuiacius gilt als ein Kommentar zur Papinianstelle D. 46,6,12. Als das interessanteste Moment der die Wendungen von Papinian paraphrasierenden Erläuterung von Cuiacius gilt wohl der Ausdruck „*hoc loco*“, der darauf folgern lässt, dass Cuiacius in anderen Fällen der *b. f.* eine andere Bedeutung zuschrieb.

Es ist nicht leicht festzustellen, wie Cuiacius über die verschiedenen Bedeutungen der *b. f.* dachte. Bezüglich der Stelle C. 4,46,2, in dem über die subjektive *b. f.* die Rede ist, spricht Cuiacius – wohl inspiriert von der einschlägigen Ansicht der Kanonisten⁴⁶ – über die „*sincera fides*“, dann behandelt er aber nicht auf ganz folgerichtige Weise die Unterschiede zwischen den *bonae fidei*- und *stricti iuris*-Klagen.⁴⁷ Auch weitere Erläuterungen des großen französischen Humanisten erwecken den Eindruck, dass er über den Begriff der *b. f.* keine ganz herauskristallisierte Auffassung hatte. Das Modestinus-Fragment D. 50,16,109 kommentierend spricht Cuiacius dem Quellentext entsprechend über den subjektiven Charakter der *b. f.* des Käufers,⁴⁸ er weist aber nicht darauf hin, dass die hiesige Bedeutung der *b. f.* etwa von dem „*arbitrium boni viri*“ abweicht, obwohl er die *b. f.* an einer anderen Stelle mit dem letzten Begriff identifizierte („*nam idem est bona fides et arbitrium boni viri*“).⁴⁹ Bemerkenswert ist ferner auch jene Feststellung von Cuiacius, nach der die *b. f.* nicht nur den *dolus*, sondern auch die *culpa*

⁴⁵ I. CUIACIUS, Opera in tomos XI distributa, IV. Mutinae (1777), 295 [C].

⁴⁶ Zur tiefen christlichen Bestimmtheit des Denkens von Cuiacius siehe etwa P. G. STEIN, Römisches Recht und Europa. Geschichte einer Rechtskultur 177.

⁴⁷ I. CUIACIUS, Opera in tomos XI, distributa, VIII (1780), 1068 [B].

⁴⁸ I. CUIACIUS, Opera in tomos XI, distributa, VIII (1780), 538 [C].

⁴⁹ I. CUIACIUS, Opera in tomos XI, distributa, IV (1777), 512 [B. i. f].

ausschließt.⁵⁰ In dieser Hinsicht ist es höchst fraglich, ob Cuiacius den auf die Fahrlässigkeit zurückzuführenden Irrtum des Besitzers mit der subjektiven *b. f.* unvereinbar betrachtete oder nicht.

Es ist anzunehmen, dass auch der oft „spanischer Bartolus“ genannte⁵¹ Diego Covarruvias (1512 – 1577) pluralistisch über die *b. f.* dachte. Es ist bekannt, dass im gemeinen Recht die Bedeutung des Zweifels (*dubium*) in Bezug auf die (subjektive) *b. f.* umstritten war.⁵² Covarruvias stellt in diesem Zusammenhang zutreffend fest: „Sunt enim et alii colores medii inter album et nigrum atque ideo ad negationem unius coloris non sequitur positio alterius contrarii“.⁵³ Wie es auch zwischenliegende Farben zwischen dem Weißen und dem Schwarzen gibt, und wie aus dem Verneinen einer bestimmten Farbe noch keineswegs die Behauptung einer anderen Farbe folgt, so bedeutet der Mangel an *b. f.*, etwa der Irrtum nicht unbedingt *mala fides*.

Ebenfalls scheint der berühmte italienische Handelsrechtler, Benvenuto Stracca (1509 – 1578) als Pluralist zu gelten, mindestens aufgrund derjenigen Behauptung, nach der jene *b. f.*, die unter den Kaufleuten weitgehend zu berücksichtigen ist („*ea bona fides, quae maxime inter mercatores observanda est*“), mit der mechanischen, buchstäblichen Anwendung der Rechtsregeln entgegengesetzt ist.⁵⁴

⁵⁰ I. CUIACIUS, *Opera in tomos XI, distributa, IX* (1781), 457 [B].

⁵¹ Siehe K. SEELMANN, in: Stolleis, *Juristen*, Fn. 19, 148.

⁵² Accursius (Gl. *intervenerit ad C. 7,32*) wies darauf hin, dass derjenige, der nicht gutgläubig ist, nicht unbedingt als bösgläubig anzusehen ist. Dem Covarruvias ähnlich ging auch Accursius davon aus, dass der gutgläubige Besitzer sich selbst für Eigentümer hält, der bösgläubige Besitzer aber vollkommen weiß, dass er kein Eigentümer ist. Im Vergleich mit diesen beiden Wissenszuständen bildet der Zweifel einen selbständigen, dritten Fall. Der Zweifel, falls es nicht bereits am Anfang des Besitzes bestand, verhinderte die Ersitzung aufgrund der Vermutung des guten Glaubens laut der herrschenden Lehre nicht, aber der vom Anfang an bezweifelnde Besitzer durfte nicht ersitzen, er war nur zu den Früchten berechtigt. Siehe zusammenfassend G. P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale*, Fn. 9. Wie darauf neuerdings T. REGEN, *Guter Glaube*. In: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II². Berlin (2012), 621 hinweist, wurde die praktische Bedeutung dieser Debatten durch die Vermutung des guten Glaubens erheblich ermäßigt. – Es ist offenbar nicht bloß dem Zufall zuzuschreiben, dass der gute Glaube des Ersitzungsbesitzers im heutigen deutschen Recht in vielerlei Hinsicht aufgrund ähnlicher Erwägungen wie im Mittelalter beurteilt wird, siehe F. BAUR/J. F. BAUR/R. STÜRNER, *Sachenrecht*. München (2009¹⁸), 741.

⁵³ D. COVARRUVIAS A LEYVA TOLETANUS, *In regulam possessor malae fidei commentarii*. In: *Opera omnia, II. Augustae Taurinorum* (1594), 395.

⁵⁴ B. STRACCA, *Tractatus de mercatura seu mercatore, Venetiis* (1553) pars VII, n. 2, zitiert von R. MEYER, *Bona fides*“ und „*lex mercatoria*“ in der europäischen Rechtstradition, Fn. 12, 64. Vgl. auch CH. DONAHUE, *Benvenuto Stracca's 'De mercatura'*. In: V. Piergiovanni,

Am Ende der vorliegenden Studie haben wir die Gelegenheit, auf einige Zusammenhänge allgemeinerer Art hinzuweisen. Es steht außer Zweifel, dass die dualistische Auffassung (egal, ob in ihrer frühen, protodualistischen oder modernen Form) die Wirklichkeit einigermaßen vereinfacht, weil die *b. f.* in denjenigen Rechtskulturen, die diesen Begriff vom römischen Recht beerbten, natürlich nicht nur zwei, sondern mehrere verschiedene Bedeutungen hat. In dieser Hinsicht ist es hervorzuheben, dass sich unter den zahlreichen verschiedenen Bedeutungen der *b. f.* vorzugsweise zwei typische Begriffe, nämlich die subjektive und die objektive *b. f.* herauskristallisierten.⁵⁵

Der objektive und der subjektive Aspekt der *b. f.* wurde von den römischen Juristen nie gegenübergestellt, die Quellen boten aber für die Gegenüberstellung der beiden Aspekte den Juristen der späteren Epochen doch eine geeignete Grundlage.⁵⁶ Immerhin scheint es so, dass die meisten Juristen sowohl im Mittelalter als auch in der frühen Neuzeit – ähnlich den Römern – die *b. f.* vielmehr auf monistischer Grundlage, und zwar hauptsächlich aufgrund eines gewissen naiven Monismus betrachteten, und sie beschäftigten sich nur ganz selten mit der Unterscheidung der verschiedenen Bedeutungen. Es ist jedenfalls zu bemerken, dass der naive Monismus unbedingt günstiger ist, als der das Wesen der *b. f.* entstellende subjektive Monismus, dessen Spuren im Mittelalter noch nicht nachzuweisen sind.

In der frühen Neuzeit, als der Anspruch auf die Definition der *b. f.* auftauchte, ist wohl ein früher (mit der modernen österreichischen Doktrin der Redlichkeit noch nicht identischer) objektiver Monismus herrschend geworden, dessen Vertreter die *b. f.* mit der *aequitas* ohne weiteres identifizierten. Zu dieser Richtung gehörte etwa der berühmte französische Humanist, Budaeus (Guillaume Budé),⁵⁷ aber auch der italienische Benincasius, der kategorisch festsetzte, dass „*Bona fides nihil aliud est quam aequitas iuris gentium*“.⁵⁸ Ebenfalls kann man Mariano

(ed.), From ‘lex mercatoria’ to commercial law. Berlin (1995), 84ff.

⁵⁵ Diese Tatsache wurde bereits von F. RUFFINI, *La buona fede in materia di prescrizione. Storia della teoria canonistica*. Torino (1892), 3, reflektiert, zitiert zustimmend von G. P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale*, Fn. 9.

⁵⁶ Vgl. insbesondere Fn. 15 oben. Demgegenüber verneinen einige angesehenere Forscher (um nur zwei Namen zu erwähnen, im 19. Jh. Bruns, im 20. Jh. Kaser, in letzter Zeit ganz kategorisch Söllner) kategorisch, dass im antiken römischen Recht, selbst im Zeitalter von Justinian die *b. f.* des Besitzers ein subjektives Kriterium dargestellt hätte, siehe ausführlicher FÖLDI, *Osservazioni*, Fn. 1, *passim*.

⁵⁷ G. BUDAEUS, *Annotationes in XXIII Pandectarum libros*. Lugduni (1546), 9f., zitiert von G. P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale*, Fn. 9. Zum Verhältnis von Budaeus und des römischen Rechts siehe etwa STEIN, Fn. 35, 125f.

⁵⁸ B. BENINCASIIUS, *Ad titulum ‘De actionibus’ interpretatio*. Florentiae (1561) 198¹⁰⁹, zitiert von

Sozzini (Soccini) Vertreter dieses frühen objektiven Monismus nennen, der den Inhalt der *b. f.* aufgrund des kanonischen Rechts sowie von einem ulpianischen *praeceptum (suum cuique tribuere)* bestimmte.⁵⁹

Aufgrund meiner bisherigen, sich nur auf einen beschränkten Kreis der Quellen und der Literatur erstreckenden Forschungen habe ich kein Zeichen dafür gefunden, dass die dualistische (oder mindestens die protodualistische) Auffassung der *b. f.* vor dem 15. Jh. erschienen wäre. Weder die enzyklopädisch reiche Zitatssammlung von Kardinal Domenico Toschi,⁶⁰ noch der das mittelalterliche Quellenmaterial des Themas gründlich kennende Massetto weist darauf hin, dass irgendwelcher Dualismus in den Werken der Glossatoren oder der Kommentatoren vor dem 15. Jh. auftauchte.⁶¹ Dementsprechend ist es anzunehmen, dass die dualistische Auffassung – zuerst in der Form des Protodualismus – zum ersten Mal in der zweiten Hälfte des 15. Jh. erschien, und zwar bei Franciscus Aretinus. Der moderne Dualismus tauchte einige Jahrzehnte später, und zwar in der ersten Hälfte des 16. Jh. auf, dank dem zur spanischen Spätscholastik gehörenden Medina und dem französischen Rebuffus. Zur erheblicheren Verbreitung dieser Richtung kam aber erst in den letzten Jahrzehnten des 19. Jh. Diese Tatsache lässt sich wohl damit erklären, dass die meisten Humanisten wie später auch viele Pandektisten solchen scholastischen Klassifizierungen, die keine Begründung in den Quellen hatten, abgeneigt waren. Diese Vorsichtigkeit begünstigte eindeutig die monistische oder die pluralistische Auffassung der *b. f.*⁶²

Die Darstellung der Entwicklungen nach dem 16. Jh., die letzten Endes zum Triumphzug der dualistischen Auffassung der *b. f.* in den letzten Jahrzehnten führten, könnte die Aufgabe einer anderen Studie sein.⁶³

G. P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale*, Fn. 9. Vgl. H. COING (hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II/1. München (1977) 406.

⁵⁹ M. SOCINUS, *Prima pars consiliorum*. Lugduni (1550) cons. 36, n. 9, zitiert von G. P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale*, Fn. 9.

⁶⁰ Zitiert oben, Fn. 37.

⁶¹ Vgl. auch LUCHETTI/PETRUCCI, Fn. 34, 37ff.

⁶² Vgl. S. GALGANO, *Sull'essenza della buona e mala fede*. Roma (1914), 46, zitiert von A. MONTEL, *Buona fede*. In: *Novissimo digesto italiano*, II. Torino (1957), 604.

⁶³ Früher habe ich schon die Gelegenheit darauf hinzuweisen, dass die dualistische Auffassung der *b. f.* auf der Grundlage des Systematisierungstriebes der naturrechtlichen Schule bei einigen Juristen im 18. Jh., so bei Christian Meister, aber noch mehr bei dem ungarischen Stephanus Huszty auftauchte, diese Auffassung war aber den Pandektisten vor der Veröffentlichung der einschlägigen Monographie von Wächter im J. 1871 (zit. Fn. 1) grundsätzlich fremd. Siehe FÖLDI, *Rinascita* Fn. 1, 65f.; DERS., *Remarks*, Fn. 1, 59²³; DERS., *SZ* 124 (2007) 605; DERS., *Osservazioni*, Fn. 1, 483¹ mit weiterer Literatur.

Zopár úvah o právnických osobách a krátke zamyslenie nad právnickým vzdelávaním*

Martina Gajdošová

Členenie právnických osôb - V rámci právnických osôb má pojem združenie mnoho podôb - Právo pozná nielen združenia osôb, ale aj združenia majetku - Pri vzniku každej právnickej osoby stojí štát - Na záver úvaha nad právnickým vzdelávaním i blahoželanie oslávencovi

„Je prirodzené, že právna veda sa pýta, akého druhu musí byť to *niečo*, ak má byť spôsobilým nositeľom povinností a práv, t. j. právnym subjektom.“¹

Právnické osoby sú súčasťou ľudskej civilizácie už veľmi dlho. Ako dlho, ťažko usúdiť, každopádne poznalo ich už rímske právo.²

Zrejme základným účelom ich vzniku a aj ich podstatou je, že človek chcel oddeliť svoju vlastnú zodpovednosť i všetky následky (najmä ekonomické), ktoré s vôľovým ľudským konaním právo spája a túto zodpovednosť sa rozhodol preniesť na nejaký iný subjekt, nie však na inú ľudskú osobu.

V súčasnej právnej teórii právnickou osobou rozumieme organizáciu osôb alebo majetku, ktorá je vytvorená s určitým cieľom a ktorej platné právo priznáva právnu subjektivitu. Jej základnými prvkami sú vnútorná organizácia, substrát a účel.³ V členení právnických osôb – podľa dominantného substrátu – sa rozlišujú organizácie osôb, t. j. spoločnosti, či korporácie na jednej strane a organizácie majetku na strane druhej, t. j. nadácie a fondy. Korporácie sa členia na korporácie verejného práva (ako napr. štát, obce, cirkvi, župy, univerzity, komora advokátov) a korporácie súkromného práva (napr. obchodné spoločnosti, spolky či združenia).⁴

* Príspevok je čiastočne súčasťou riešenia projektu pod reg. č. APVV-0562-11 s názvom Právne argumenty a právne princípy ako pramene práva.

¹ WEYR, F.: Základy filozofie právní. Brno (1920), s. 162.

² Napr. *V rímskom práve bola korporácia samostatným subjektom práv a povinností na rozdiel od germánskej korporácie, ktorá bola len súhrnom členov a tí boli jednotlivo pokladaní za vlastníkov, veriteľov a dlžníkov namiesto korporácie.* REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo. Bratislava (2003), s. 182.

³ PRUSÁK, J.: Teória práva. Bratislava (1995), s. 282.

⁴ PRUSÁK, J.: Syllabus prednášok Teórie práva I, akademický rok 2010/2011; In: <http://iuridica.truni.sk/index.php/sk/katedry/struktura/katedra-teorie-prava/ktv-vyuovane->

Možno sa stretnúť aj s iným názorom na kritériá členenia právnických osôb, ale aj na ich prítomnosť v dejinách práva. Podľa prof. Knappa pojem „... pochádza, najprv pod názvom *morálne osoby*, z obdobia prelomu 18. a 19. storočia...“ Samozrejme, že pripomína aj právne združovanie ľudí kvôli spoločnej činnosti už v rímskom práve inštitúciou *societas iuris civilis*. Okrem toho konštatuje, že právnické osoby sa rozlišujú na také, ktoré sú tvorené členmi, t. j. osobami, ktoré majú právnu povahu členov, a na také, ktoré sú identifikované určitým účelovým majetkom, pričom ľudia, ktorí majú právo ho spravovať, nemajú povahu členov.⁵

Podľa Jellineka, korporácie majú svoj základ – ľudí, – ktorí tvoria zväzovú jednotu, a ich vôľa spravovať sa zabezpečuje členmi samotného zväzu. Pojem korporácia je pojem čisto právnický, ktorému nezodpovedá nič objektívne vnímateľné v ríši faktov; je to pojem právnickej syntézy, ktorý vyjadruje právne vzťahy zväzovej jednoty a jej pomer k právnemu poriadku.⁶ Podľa Weyra, verejnoprávna korporácia na rozdiel od súkromnoprávnej korporácie má tiež schopnosť autoritatívnej normotvorby. „...*Všetky hromadné (právnické) osoby sú iba umelou konštrukciou, ktorou sa má znázorniť obmedzenie individuálnej zodpovednosti fyzických jednotlivcov: veta, že ručí (je povinná) právnická osoba – štát, spolok, akciová spoločnosť atď. – vyjadruje i negatívne pravidlo, že fyzickí jednotlivci (jej členovia) neručia, resp. nie sú povinní. Povinnosti právnickej osoby sú ... v skutočnosti vždy povinnosťami ich tzv. zástupcov (orgánov, reprezentantov).*“⁷

Keďže definovať právnickú osobu nie je jednoduché, jednoduchšie je prizrieť sa, čo platné právo za právnickú osobu považuje. Základnú informáciu získame v Občianskom zákonníku, ale výpočet ďalších zákonov, ktoré rozširujú množinu právnických osôb (už konkrétnejšie) je širší. Vychádzajúc zo *zvrchovanosti*

predmety/ktp-sylabus-predmetov; (25. 10. 2011).

⁵ Rozlišovanie právnických osôb na právnické osoby s osobným substrátom (korporácie) a právnické osoby s vecným substrátom (nadácie), opierajúc sa o členenie Občianskeho zákonníka, považuje prof. Knapp za dosť povrchné. Každá právnická osoba musí mať „substrát“ osobný i vecný, pretože aj nadácia koná v konečnom dôsledku prostredníctvom ľudí, ako aj každá korporácia je spôsobilá nadobúdať majetkové práva. K otázke rozlišovania na právnické osoby súkromného práva a právnické osoby verejného práva sa vyjadruje odmietavo a také konštrukcie považuje za zbytočné. Pojem právnickej osoby považuje za pojem *per definitionem* majetkovoprávny, pričom právnickou osobou môže byť aj subjekt verejnoprávny, ak vystupuje vo vzťahoch majetkovoprávných. Podrobnejšie sa tiež vyjadruje k teóriám vzniku právnických osôb; KNAPP, V.: O právnických osobách, In: Právnik 10-11, 134 (1995), s. 980- 1101.

⁶ JELLINEK, J.: Všeobecná státověda. Praha (1906), s. 186.

⁷ WEYR, F.: Teorie práva. Praha – Brno (1936), s. 114-115.

*právneho poriadku, ...právny poriadok môže spojiť s ktorýmkoľvek kusom vonkajšieho sveta, ba aj iba s predstavou niečoho, čo vo svete vonkajšom neexistuje, právnú subjektivitu... a že to právny poriadok aj tak realizuje, sleduje tým účel, aby to bolo aplikované na pomery vonkajšieho sveta.*⁸ Teda, ak by sme sa chceli priblížiť k podrobným typom právnických osôb, úplný výpočet nájdeme v právnych predpisoch. Nie je možné založiť, zriadiť, konštituovať, obrazne zrodiť novú právnickú osobu bez toho, aby nebol taký spôsob upravený právne. Navyše, pri každom takomto novom zrode právnickej osoby identifikujeme aj ingerenciu štátu. O výnimke, ktorá potvrdzuje pravidlo, neskôr.

Podľa všeobecných ustanovení Občianskeho zákonníka, spôsobilosť mať práva a povinnosti majú aj právnické osoby. Do výpočtu sa zahŕňajú združenia fyzických alebo právnických osôb, účelové združenia majetku, jednotky územnej samosprávy a iné subjekty, o ktorých to ustanovuje zákon.

Súčasná právna úprava právnických osôb sa teda nachádza vo všeobecných ustanoveniach Občianskeho zákonníka (§ 18 - § 21), ale má aj svoju osobitnú zákonnú úpravu. Z hľadiska prognóz, v súvislosti s pripravovanou rekodifikáciou Občianskeho zákonníka, zostáva taká štruktúra v zásade bez zmeny.⁹ Nie je jednoduché vysloviť prognózy rekodifikačných prác. Možno len konštatovať, že legislatívny zámer kodifikácie občianskeho zákonníka bol schválený vládou 14. 1. 2009 a v súčasnosti sú jeho jednotlivé časti predmetom odbornej diskusie.

Členenie právnických osôb

Vnútorne členenie právnických osôb nám poskytuje právna veda. V rámci korporácií možno *korporácie verejného práva* (organizácie osôb)

⁸ O podrobnostiach o úvahách o subjekte a subjektivite pozri WEYR, F.: Základy filozofie právní. Brno (1920), s. 163 a nasl.

⁹ Zachová sa zásadné členenie na právnické osoby korporatívnej povahy a právnické osoby nadačnej povahy. Občiansky zákonník bude všeobecne upravovať základné predpisy pojmu, založenia a vzniku, právnych úkonov za právnickú osobu, názvu, sídla a zrušenia právnickej osoby s tým, že jednotlivé druhy právnických osôb budú upravené osobitnými zákonmi (napr. občianske združenia, nadácie, neziskové organizácie, obchodné spoločnosti a družstvo a pod.). Uvažuje sa o koncepcnej zmene, podľa ktorej bude priame osobné konanie v mene právnickej osoby nahradené konštrukciou zastúpenia právnickej osoby konajúcej v jej mene. In: <http://www.google.sk/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CDIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.justice.gov.sk%2FDokumenty%2FOZ%2FLegislativny%2520zamer%2520OZ.pdf&ei=HTWRUuOxEJDy7AbS-YCwAg&usg=AFQjCNEekaFEzcCo0XGINbrumEVR6zvItQ&bvm=bv.56988011,d.ZGU> (23. 11. 2013).

charakterizovať spoločnými druhovými znakmi, ktoré definoval prof. Prusák takto: zriadenie zákonom alebo zmluvou, prípadne na základe zákona alebo zmluvy vrátane medzinárodnej zmluvy; právna subjektivita; verejnoprávny účel korporácie spojený s plnením verejného záujmu; personálny substrát, ktorý tvoria občania, obyvatelia obce či mesta, cirkevníci, členovia stavovskej komory, notári, exekútori alebo poisťenci; delegovaná verejná moc vo väčšom alebo menšom rozsahu; volené alebo iným spôsobom ustanovené orgány s príslušnou právomocou vrátane donucovacieho aparátu (mestská polícia, disciplinárna komisia na univerzite); normatívny systém, právo štátu, samosprávne právo miest, obcí, cirkví, univerzít, vnútorné predpisy profesijných komôr; územie, najmä v prípade územných korporácií (obce, mestá, štát); vlastníctvo a nakladanie s ním, upravené zákonom. Samotný štát sa špecifickými znakmi odlišuje od iných verejnoprávnych korporácií.¹⁰ Medzi verejnoprávne korporácie teda možno radiť štát, obce, cirkvi, univerzity, stavovské komory, poisťovne a pod.

Na druhej strane *korporácie súkromného práva* (organizácie osôb) v porovnaní s charakteristikou verejnoprávnych korporácií, možno spojiť s nasledujúcimi znakmi: Ich vznik je spravidla dvojfázový, pričom na počiatku je súkromnoprávna iniciatíva zakladateľov vo forme dohodnutia sa na znení napr. stanov alebo spoločenskej zmluvy a významným momentom na vznik nového subjektu je registrovanie určenou štátnou autoritou; ich zánik je rovnako spravidla dvojfázový – najskôr pôjde o súkromnoprávnu dohodu o zrušení subjektu a následne zánik v dôsledku výmazu z relevantnej registrácie (čo napr. neplatí pri občianskych združeniach). Môže však ísť aj o akt orgánu štátu, ktorým rozpustí, prípadne rozhodne o zrušení subjektu. Popri právnej subjektivite je ďalším znakom súkromnoprávny účel, ktorý sleduje záujmy a potreby členov. No nie je vylúčené, že účel sa v niektorých prípadoch môže prejaviť i verejnou prospešnosťou a chránením rozmanitých všeludských hodnôt. Súkromnoprávne korporácie sú založené na personálnom substráte, ktorý tvoria napr. členovia spolku, združenia, odborovej organizácie, spoločnosti, ale aj spoločníci obchodných spoločností, členovia družstva, etc. Tieto korporácie sa nepodieľajú na verejnej moci (hoci napr. podľa § 5 z. č. 83/1990 Zb. združenia nesmú vykonávať funkciu štátnych orgánov, pokiaľ osobitný zákon neustanovuje inak). Ďalším znakom je, že majú volené alebo iným spôsobom ustanovené orgány s príslušnou právomocou, ktorých činnosť a pôsobnosť sa viaže len na členov. Normatívny systém týchto korporácií je záväzný výlučne dovnútra pre členov (štatút, či stanovy, prípadne aj ďalšie

¹⁰ PRUSÁK, J.: Obsoletná/absoletná právna norma, verejnoprávna korporácia a verejnoprávna inštitúcia. In: Justičná revue 58 (2006), č. 11, s. 1631.

interné normatívne akty). Súkromnoprávne korporácie môžu nadobúdať vlastníctvo, pričom vlastnícke právo všetkých vlastníkov požíva rovnaký zákonný obsah a ochranu (čl. 20 ústavy). Súkromnoprávne korporácie prirodzene nedisponujú územím, pôsobia na území Slovenskej republiky, právna úprava však umožňuje aj cezhraničnú spoluprácu. Ku korporáciám súkromného práva patria predovšetkým obchodné spoločnosti a družstvá (založené podľa Obchodného zákonníka) a spolky a združenia (založené podľa zákona o združovaní občanov). K súkromnoprávnym korporáciám možno radiť aj záujmové združenia právnických osôb (§ 20f a nasl. Občianskeho zákonníka). Politické strany predstavujú osobitnú podkategóriu súkromnoprávných korporácií – nie sú to verejnoprávne inštitúcie, nemajú ani verejnoprávnu povahu, avšak v súlade s ústavou plnia určité úlohy verejného záujmu.¹¹ Vychádzajúc z ustálenej judikatúry českého ústavného súdu, *politické strany predstavujú štátom privilegované korporácie súkromného práva, nevyhnutné v reprezentatívnej forme vlády, ktorých základnou funkciou je vytvárať svorník medzi štátom a spoločnosťou tým, že aktivizujú a zapájajú občanov do správy verejných záležitostí.*¹²

Súkromnoprávne korporácie sa od verejnoprávných líšia najmä účelom, ale najmä v istom zmysle tiež koncepciou členstva, ktoré je založené aktmi súkromnoprávnej povahy.¹³

V rámci právnických osôb má pojem združenie mnoho podôb

Ľudské združovanie bolo na počiatku vzniku právnických osôb a samo osebe predstavuje jednu z nepochybňovaných právd, že spoločnými silami sa dá dosiahnuť viac, ako izolovanou snahou. Združovanie je v ľudskej civilizácii všadeprítomné a má mnoho prejavov zachytených aj právom. V súčasnosti sa

¹¹ KLÍMA, K. a kol.: Komentár k Ústavě a Listině. Plzeň (2005), s. 761; PRUSÁK, J.: Obsoletná/absoletná právna norma, verejnoprávna korporácia a verejnoprávna inštitúcia. In: Justičná revue 58 (2006), č. 11, s. 1631.

¹² Citovaný nálež ÚS ČR Pl. ÚS 26/94; ...*Úlohou politických strán je naplniť status slobody, rovnosti a verejnosti. Pre vzťah politických strán k štátu by mal byť určujúci status slobody, pre vzťah k ostatným stranám status rovnosti a pre vzťah k spoločnosti status verejnosti (transparentnosti), ...*; Z odôvodnenia rozsudku NSS ČR, spis. zn.: Pst 9/2003 – 34, v ktorom je odkaz na HESSE, K.: Die verfassungsgerichtliche Stellung der politischen Parteien in modernen Staat, in: G. Ziebur: Beiträge zur allgemeinen Parteienlehre, s. 124; In: http://www.nssoud.cz/files/SOUDNI_VYKON/2003/000911Pst_0300032A_prevedeno.pdf (náhľad 23. 11. 2013).

¹³ PROCHÁZKA, R./KÁČER, M.: Teória práva. Bratislava (2013), s. 280.

pod pojmom *združenie* pravdepodobne najčastejšie v mysli každého vyjaví *občianske združenie*. Slovenská právna úprava však pozná rozmanité podoby združení, a to nielen tých, ktoré spája s právom slobodne sa združovať ako s politickým právom. Združenia totiž nájdeme nielen medzi organizáciami osôb, ale aj v prípade organizácií majetku.

*Občianske združenia*¹⁴ v Slovenskej republike predstavujú základný prejav výkonu práva slobodne sa združovať. Podliehajú osobitnej zákonnej úprave – zákonu o združovaní občanov a vznikajú na princípe legality. Vznik združenia sa viaže na registráciu príslušným ministerstvom, pričom táto predpokladá predchádzajúci akt zakladateľov, ktorí sa dohodnú na jeho založení. Zakladatelia sa dohodnú na názve, sídle, cieľoch činnosti, rozhodnú o orgánoch, spôsobe ich ustanovovania, o určení orgánov a funkcionárov oprávnených konať v jeho mene, rozhodnú o organizačných jednotkách, pokiaľ budú zriadené a pokiaľ budú konať vo svojom mene a určia zásady hospodárenia združenia. Účinnosť vzniku združenia nastáva na základe právnej skutočnosti, ktorou je registrácia ministerstvom vnútra. Nie je to akt povolenia, pričom pred zaregistrovaním ministerstvo skúma naplnenie zákonných požiadaviek navrhovateľov. Deň vzniku združenia môže byť tiež deň nasledujúci po 40. dni od začatia konania o registrácii, ak prípravnému výboru združenia nebolo doručené oznámenie o odmietnutí registrácie, prípadne dňom právoplatnosti rozhodnutia Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, ktorým ruší rozhodnutie ministerstva o odmietnutí registrácie.

K združeniam podľa tohto istého zákona treba priradiť aj *odborové organizácie a organizácie zamestnávateľov*, ktoré sa líšia v momente vzniku právnickej osoby. Ten sa viaže na deň, ktorý nasleduje po dni, keď bol ministerstvu doručený návrh na jej evidenciu.

Za občianskymi združeniami je potrebné doplniť kategóriu *organizácií s medzinárodným prvkom*.¹⁵ V súčasnosti sa podľa zákona z roku 1985 organizáciou s medzinárodným prvkom stále rozumie medzinárodná nevládna organizácia a organizácia cudzích štátnych príslušníkov, pričom však združenie cudzincov (fyzických osôb), t. j. organizácia cudzích štátnych príslušníkov žijúcich na území Slovenskej republiky podlieha úprave

¹⁴ Občania môžu zakladať spolky, spoločnosti, zväzy, hnutia, kluby a iné občianske združenia... (§ 2 ods. 1 z. č. 83/1990 Zb. o združovaní občanov).

¹⁵ V oblasti práva slobodne sa združovať je stále platný zákon č. 116/1985 Zb., o podmienkach činnosti organizácií s medzinárodným prvkom v Československej socialistickej republike. Ide o pozostatok socialistického práva, ktorý upravoval vznik takejto organizácie na základe povolovacieho režimu.

v zmysle zákona č. 83/1990 Zb. o združovaní občanov.¹⁶ Ide o subjekt, ktorý vzniká na základe povolenia ministerstva vnútra.¹⁷ Je i nie je možné tvrdiť, že organizácia s medzinárodným prvkom je obdobou tzv. klasického združenia, pretože jej osobitosťou je spomenutá povoľovacia činnosť štátu v dôsledku cudzieho prvku. Navyše nemožno jednoznačne hovoriť o združení členov, resp. o osobnom substráte takýchto združení, keďže s najväčšou pravdepodobnosťou v dôsledku preváženia charakteru cudzieho prvku, v praxi sa sem priradili aj organizácie majetku (nadácie, fondy).

Ďalším združením je *záujmové združenie právnických osôb* (§ 20f a nasl. Občianskeho zákonníka). Ide o subjekt so samostatnou právnou subjektivitou a jej vznik sa viaže na registráciu do registra združení vedeného na obvodnom úrade v sídle kraja podľa sídla združenia. Zakladateľmi a členmi združenia môžu byť len právnické osoby. Združenie právnických osôb je samostatný subjekt odlišný od svojich členov a zodpovedá svojim majetkom za nesplnenie svojich povinností. Register záujmových združení právnických osôb je vedený obvodnými úradmi a celkovo je zverejnený na webovom sídle sekcie verejnej správy Ministerstva vnútra Slovenskej republiky.¹⁸ Účel takéhoto združenia je vymedzený zákonom široko – ochrana svojich záujmov, alebo dosiahnutie iného účelu právnických osôb. Z povahy veci vyplýva, že nejde o podnikateľský subjekt a účel nesmie byť v rozpore s právnymi predpismi a dobrými mravmi. V praxi ide o účel, ktorým si zakladatelia, resp. členovia (právnické osoby)

¹⁶ <http://www.minv.sk/?organizacie-s-medzinarodnym-prvkom>; (25. 11. 2013); V súčasnosti možno v registri nájsť takmer dve stovky aliancií, spoločností, združení, asociácií, akadémií, zväzov, agentúr, federácií, klubov, ale aj skupín, spolkov, ba aj fondov a nadácií.

¹⁷ Organizácia s medzinárodným prvkom môže v Slovenskej republike byť zriadená, vyvíjať činnosť a mať sídlo na základe povolenia Ministerstva vnútra Slovenskej republiky. Povoľovaciemu konaniu podlieha vyvíjanie činnosti organizácie s medzinárodným prvkom v Slovenskej republike, pričom sa dokladá názov a sídlo organizácie s označením, pod ktorým bude jej organizačná zložka vystupovať v Slovenskej republike v právnych vzťahoch, predmet činnosti, ktorý sa má vykonávať na území Slovenskej republiky, umiestnenie organizačnej zložky v Slovenskej republike a meno a bydlisko štatutárneho zástupcu organizácie a jej organizačnej zložky. Príkladá sa aj doklad o registrácii organizácie v materskej krajine, jej stanov (štatút), výpis z uznesenia príslušného orgánu organizácie o vyvíjaní činnosti v Slovenskej republike a splnomocnenie na zastupovanie organizácie v Slovenskej republike. Na toto konanie sa vzťahuje správny poriadok, príslušný orgán je povinný rozhodnúť do 30 dní, v zložitých prípadoch do 60 dní a na konanie sa vzťahujú správne poplatky. Na udelenie povolenia nie je právny nárok.

¹⁸ Register záujmových združení právnických osôb; v súčasnosti je v evidencii vyše 1 000 takýchto združení; činnosť asociácií, agentúr, aliancií, zväzov a iných združení je rozmanitá, napr. poradenské služby, aktivity vo vzdelávaní, športe, umení, turistickom ruchu, voľnočasovom vyžití, ale aj rozvoj regionálnej infraštruktúry, koordinácia určených výrobcov, etc. In: <http://portal.ives.sk/registre/startzppo.do> (náhľad 25. 11. 2013).

koordinujú niektoré spoločné činnosti, ciele, rozvojové programy, zastupujú členov pred štátnymi, spoločenskými a inými orgánmi a organizáciami a pod.

Ďalším združením, hoci bez právnej subjektivity, je tzv. *de facto združenie* (§ 829 – § 841 OZ). Vzniká ako realizácia možnosti niekoľkých osôb, teda minimálne dvoch, združiť sa s cieľom dosiahnuť spoločný účel, a to bez samostatnej spôsobilosti na práva a povinnosti. Absencia právnej subjektivity združenia však neznamená, že by združenie nebolo zodpovedné voči tretím osobám. Zodpovednosť účastníkov združenia voči tretím osobám je spoločná a nerozdielna. Fyzické i právnické osoby sa takto môžu zmluvne zaviazat', že budú spoločne vyvíjať snahu v záujme nejakého účelu, zrejme predovšetkým hospodárskeho. Združenie nepodlieha žiadnej registrácii, ani povološovaciemu konaniu. Ide čisto o slobodný súkromnoprávny úkon bez ingerencie štátu, ktorý ani nevyžaduje písomný prejav vôle. Účastníci do združenia môžu vložiť svoju prácu, peniaze, alebo iné veci.

K združeniam ako právnickým osobám môžeme priradiť združenia, ktorými sa realizujú práva garantované Ústavou Slovenskej republiky (čl. 34 ods. 1): občanom Slovenskej republiky, ktorí tvoria národnostné menšiny alebo etnické skupiny, sa zaručuje všestranný rozvoj, najmä právo spoločne s inými príslušníkmi národnostnej menšiny alebo etnickej skupiny rozvíjať vlastnú kultúru, právo rozširovať a prijímať informácie v ich materinskom jazyku, združovať sa v *národnostných združeniach*, zakladať a udržiavať vzdelávacie a kultúrne inštitúcie. Nejde o výkon práva slobodne sa združovať ako politického práva, ale ide o osobitosť v kolektíve si uplatniť práva, ktoré však nemožno interpretovať a aplikovať ako politické práva priznané oprávneným osobám v osobitnom právnom režime, na ktoré by sa nevzťahovala úprava tretieho oddielu druhej hlavy, teda aj čl. 29 ústavy, ktorý zakotvuje právo slobodne sa združovať.¹⁹ Uvedené práva sú koncipované na individuálnom základe, teda priznávajú sa občanom Slovenskej republiky, ktorí tvoria národnostné menšiny alebo etnické skupiny a ktorí sa k tejto príslušnosti rozhodli na základe práva každého slobodne sa rozhodnúť o svojej národnosti (čl. 12 ods. 3 ústavy). Nositeľmi týchto práv nie sú právnické osoby.²⁰ Na

¹⁹ Podrobnejšie pozri: DRGONEC, J.: Ústava Slovenskej republiky Komentár. Šamorín (2004), s. 258. Ochrana práv národnostných menšín je aj medzinárodným záväzkom Slovenskej republiky, keďže sa zaväzuje zabezpečiť rešpektovanie práva každej osoby patriacej k národnostnej menšine na slobodu pokojného zhromažďovania, slobodu združovania, slobodu prejavu a slobodu myslenia, svedomia a náboženstva; čl. 7 Rámcového dohovoru na ochranu národnostných menšín, dohovor podpísali členské štáty Rady Európy a iné štáty, ozn. č. 160/1998 Z. z.

²⁰ OROSZ, L.: Právnické osoby ako subjekty základných práv a slobôd. In: Právny obzor 87 (2004), č. 5, s. 429.

združovanie v národnostných združeniach nie je osobitná zákonná úprava. V registri občianskych združení vedenom na stránke ministerstva vnútra možno nájsť združenia, ktoré podľa názvu – s najväčšou pravdepodobnosťou (nie je možné ani potrebné preveriť, či ide výlučne o členstvo občanov Slovenskej republiky – príslušníkov danej národnostnej menšiny alebo etnickej skupiny, čo vyplýva predovšetkým zo stanov združenia, pozn. M. G.) realizujú o. i. aj uvedené ciele.²¹

Združenia ako právnické osoby v práve Slovenskej republiky sa vyskytujú aj v podobe *združení obcí*. Ústava Slovenskej republiky umožňuje obciam a vyšším územným celkom vo veciach spoločného záujmu vzájomne sa združovať (čl. 66 ods. 1), pričom takéto združenia majú svoju osobitnú zákonnú úpravu.²² Ide o jednu z foriem spolupráce medzi obcami, ktorá vyústi do vzniku nového subjektu práva – združenie obcí. Vzniku združenia obcí predchádza uzavretie zmluvy o združení obcí, na platnosť ktorej je potrebný súhlas nadpolovičnej väčšiny všetkých poslancov každej zúčastnenej obce a dohodnutie sa na stanovách. Vznik združenia obcí sa viaže na deň registrácie v registri obvodného úradu podľa sídla združenia. Predmet činnosti je uvedený demonštratívne: oblasť sociálnych vecí, starostlivosti o životné prostredie (predovšetkým zhromažďovanie, odvoz a spracúvanie komunálneho odpadu, odvádzanie a čistenie odpadových vôd), miestna doprava, oblasť školstva, kultúry a miestny cestovný ruch; pričom svojou činnosťou združenie obcí napomáha vytvárať podmienky na plnenie úloh obcí, ako aj úloh vyššieho územného celku.²³

²¹ Napr.: Klub národnostných menšín a Pamätná izba Sándora Máraiho, Združenie priateľov národnostných rozhlasových vysielačov, Združenie Rómov a Národnostných menšín – Šaštín-Stráže, Združenie Rómov a národnostných menšín v Slovenskej republike, Občianske združenie Rusínsky Holosy, Asociácia rusínskych organizácií v Slovenskej republike, Rusínske záujmové združenie, Klub Rusínov Slovenska, Slovenská asociácia rusínskych organizácií, Rusínsky kultúrno-osvetový spolok A. Duchnoviča v Prešove, Spolok Rusínov Spiša, Klub maďarských dôchodcov v Bratislave v Mestskej časti Staré mesto – A Pozsonyi Magyar Nyugdíjasok klubja, Krajský zväz Maďarov na Slovensku, Liga maďarských žien – Kolárovo, Občianske združenie pre rozvoj rómskej a maďarskej menšiny v Medzibodroží, Chorvátsky kultúrny spolok v Chorvátskom Grobe – Hrvatsko kulturno društvo u Hrvatskom Grobu, Poľský klub – spolok Poliakov a ich priateľov na Slovensku, Karpatskonemecký spolok na Slovensku Karpatendeutscher Verein in der Slowakei, Karpatskonemecká asociácia, Karpatonemecká mládež na Slovensku, Ruský dom, ... <http://portal.ives.sk/registre/hladatOZ.do> (25. 11. 2013).

²² Zákon č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení, § 20 a nasl., najmä: § 20b – § 20f.

²³ V súčasnosti register združení obcí vedený na webovom sídle ministerstva vnútra, sekcia verejnej správy, eviduje približne tri a pol stovky združení <http://www.ives.sk/registre/zoznamzob.do?action=azzu> (náhľad 20. 12. 2013).

Zákon o obecnom zriadení používa aj pojem *medzinárodné združenie územných celkov* alebo *územných orgánov*. Zákon nedefinuje nový subjekt práv, ale iba formu spolupráce. Obce sa teda môžu podieľať aj na medzinárodnej spolupráci, kde môžu v rozsahu svojej pôsobnosti spolupracovať s územnými a správnymi celkami alebo s úradmi iných štátov vykonávajúcimi miestne funkcie a vystupovať ako členovia v takýchto medzinárodných združeniach. Obvodný úrad tieto združenia neregistruje, eviduje však rovnopisy uzatvorených dohôd alebo dokladov o členstve obcí v medzinárodných združeniach, ktoré mu zašlú obce. Vrchnostenský prvok je zakomponovaný v možnosti obvodného úradu podať súdu návrh na určenie povinnosti obce vypovedať dohodu alebo členstvo v medzinárodnom združení z dôvodu vyššie uvedeného rozporu (§ 250zg OSP). Medzinárodná spolupráca sa pripúšťa aj vyšším územným celkom (samosprávnym krajom); § 5 zákona č. 302/2001 Z. z. o samospráve vyšších územných celkov (zákon o samosprávnych krajoch). Uvedené právo obcí a vyšších územných celkov je súčasťou práva na výkon územnej samosprávy a požíva ústavnú ochranu. To však nevylučuje, aby obce a vyššie územné celky realizovali aj právo slobodne sa združovať podľa čl. 29.²⁴

Ludské združovanie ako jeden zo základných prvkov vzniku právnických osôb je podkladom ku konštituovaniu mnohých združení či spoločenstiev, nielen tých na výkon práva slobodne sa združovať. Je ťažké v úplnosti vypočítať všetky typy právnických osôb, ktoré by bolo možné identifikovať zo všeobecne záväzných právnych predpisov. Právny jazyk je v prípade združení natoľko pestrý, že niekedy nás doslova mátie. (Např. *profesijné združenie* používa zákon č. 254/2011 Z. z. o prepravovateľných tlakových zariadeniach a o zmene a doplnení niektorých zákonov, pričom definuje nezávislého žiadateľa o autorizáciu, ktorý patrí do profesijného združenia zastupujúceho osoby zapojené do navrhovania, výroby, obstarávania, montáže, používania alebo údržby zariadenia, ktoré posudzuje (§ 14); samotné profesijné združenie nemá bližšiu identifikáciu; bližšie nedefinované *záujmové združenie podnikateľov* spomína zákon č. 185/2009 Z. z. o stimuloch pre výskum a vývoj a o doplnení zákona č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov v znení neskorších predpisov, pričom např. uvádza, že člen komisie, ktorá vyhodnocuje žiadosti o stimuly, nesmie byť v pracovnoprávnom vzťahu k žiadateľovi o stimuly alebo v pracovnoprávnom vzťahu k záujmovému združeniu podnikateľov, ktorého je žiadateľ o stimuly členom (§ 6a); na inom mieste nájdeme *združenie* v spojitosti s definíciou verejnosti: na účely zákona č. 137/2010 Z. z. o ovzduší, sa verejnosťou rozumie jedna alebo

²⁴ Porovnaj: OROSZ, L.: Právnické osoby ako subjekty základných práv a slobôd. In: Právny obzor 87 (2004), č. 5, s. 429.

viacero osôb alebo ich *združenie* (§ 2 písm. l); inú koncepciu združení by bolo možné odvodiť zo zákona č. 448/2008 Z. z. o sociálnych službách a o zmene a doplnení zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) v znení neskorších predpisov – sociálne služby poskytované verejným poskytovateľom sociálnej služby môžu byť financované o. i. z prostriedkov združenia obcí, združenia vyšších územných celkov a *združenia osôb* (§ 71 ods. 1, písm. d).

Historickú väzbu ľudského spoločenstva na vlastnícky vzťah k pozemkom odrzkadľuje *pozemkové spoločenstvo*. Zákon č. 330/1991 Zb. o pozemkových úpravách, usporiadaní pozemkového vlastníctva, pozemkových úradoch, pozemkovom fonde a o pozemkových spoločenstvách, upravuje *združenie účastníkov* s právnou subjektivitou, ktoré sa eviduje v registri združení účastníkov pozemkových úprav na príslušnom obvodnom pozemkovom úrade a na jeho činnosť dohliada obvodný pozemkový úrad.

V oblasti právnych vzťahov viažucich sa na vlastníctvo bytov a nebytových priestorov sa možno stretnúť s typom právnickej osoby založenej na osobnom členstve – viazanom s vlastníctvom bytu alebo nebytového priestoru. Podľa zákona č. 182/1993 Z. z. o vlastníctve bytov a nebytových priestorov, sa za určitých podmienok môže zriadiť *spoločenstvo vlastníkov bytov a nebytových priestorov*. Jeho úlohou je najmä správa spoločných častí domu a spoločných zariadení domu, spoločných nebytových priestorov, príslušenstva a príslušeného pozemku vrátane ich údržby a obnovy. Spoločenstvo vzniká dňom zápisu do registra spoločenstiev vedenom obvodným úradom v sídle kraja.

Aj *poľovnícke združenia* dopĺňajú výpočet osobitných typov združení. Zákon č. 274/2009 Z. z. o poľovníctve od septembra 2009 vyňal združenia na výkon práva poľovníctva z pôsobnosti zákona o združovaní občanov a zaviedol pre ne nové osobitné pravidlá. Poľovnícke združenie má samostatnú právnú subjektivitu. Zákon ho definuje ako neziskovú organizáciu, ktorá združuje občanov Slovenskej republiky, ktorí sú držiteľmi poľovníčích lístkov. Zaviedlo sa zapisovanie do centrálného registra vedeného ministerstvom, pričom registráciu vykonáva príslušný obvodný lesný úrad.

Združenia sa vyskytujú aj v trestnom práve, napr. v súvislosti s poskytnutím záruky za nápravu obvineného. Podľa § 4 ods. 1 a 2 Trestného poriadku,²⁵ orgány činné v trestnom konaní a súd v záujme výchovného pôsobenia trestného konania, zamedzovania a predchádzania trestnej činnosti môžu, ak to považujú za vhodné a účelné, spolupracovať aj so *záujmovými združeniami občanov*. Záujmovými združeniami občanov sa na účely Trestného poriadku

²⁵ Z. č. 301/2005 Z. z.

rozumejú najmä občianske združenia, odborové organizácie, kolektív spolupracovníkov a štátom uznané cirkvi a náboženské spoločnosti; za záujmové združenia občanov sa nepovažujú politické strany a hnutia.

Za združenia osôb sa považujú aj *cirkvi a náboženské spoločnosti*. Ich právna existencia vo svete je rozmanitá, napr. v USA *sa náboženské organizácie môžu rozhodnúť medzi celou škálou organizačných štruktúr a foriem, akými sa môžu zapojiť do verejného života, rovnako aj požiadavky, ktoré musí splniť organizácia usilujúca sa o právnu subjektivitu ... sú vo všeobecnosti minimálne*.²⁶ V Slovenskej republike je osobitným právnym predpisom združovania v cirkvách – z. č. 308/1991 Zb. o slobode náboženskej viery a o postavení cirkví a náboženských spoločností.²⁷ V zmysle *Charty základných práv a slobôd, čl. 22 únia rešpektuje kultúrnu, náboženskú a jazykovú rozmanitosť a podľa čl. 17 Zmluvy o fungovaní Európskej únie, únia rešpektuje a nezasahuje do postavenia, ktoré majú cirkvi a náboženské združenia alebo spoločenstvá v členských štátoch podľa vnútroštátneho práva. Únia tiež rešpektuje postavenie, ktoré majú filozofické a nekonzefsiálne organizácie podľa vnútroštátneho práva*.²⁸

Právo pozná nielen združenia osôb, ale aj združenia majetku

V rámci členenia právnických osôb poznáme okrem organizácií osôb i organizácie majetku. Vyznačujú sa predovšetkým vecným substrátom a v praxi ide napr. o nadácie a fondy. Právnickými osobami sú podľa Občianskeho zákonníka o. i. *účelové združenia* majetku a iné subjekty, o ktorých to ustanovuje zákon (§ 18). V našom právnom poriadku sa v súčasnosti možno stretnúť s niekoľkými typmi právnických osôb, ktoré sú založené na majetkovom substráte: napr. nadácia, neinvestičný fond, štátny fond, nezisková organizácia poskytujúca všeobecne prospešné služby. Základným rozdielom od združení osôb je fakt, že organizácie majetku nedisponujú osobami v pozícii členov, ktorí

²⁶ Na rozdiel od súčasného právneho systému v Slovenskej republike, ktorý je porovnateľne viac reštriktívny a získanie právnej subjektivity je omnoho ťažšie. CLARK, E./ TICHY, J. T.: Náboženské organizácie – právna subjektivita a štátne výhody v USA. In: Medzinárodné a vnútroštátne právne aspekty subjektivity osobitných subjektov medzinárodného práva a cirkví a náboženských spoločností. Trnava (2013), s. 24.

²⁷ Nadväzujúc na čl. 24 Ústavy SR.

²⁸ ŠMID, M.: K subjektivite a právnemu postaveniu cirkví a náboženských spoločností v štátoch Európskej únie vo svetle Lisabonskej zmluvy. In: Medzinárodné a vnútroštátne právne aspekty subjektivity osobitných subjektov medzinárodného práva a cirkví a náboženských spoločností. Trnava (2013), s. 10.

samostatne rozhodujú (o. i.) o činnosti daného subjektu.²⁹ K charakteru nadácií a k otázke odlišenia *združovania v nadáciách* od združovania v spolkoch a združeníach sa nedávno vyjadril aj ústavný súd. „...Korporatívne právnické osoby vyznačujúce sa personálnym prvkom môžu pri splnení ostatných popísaných podmienok podliehať ochrane podľa čl. 29 ústavy. Fundatívne právnické osoby (nadácie) sú založené na majetkovom substráte, preto slobodu združovania podľa čl. 29 ústavy nepoživajú. Účel nadácií je určovaný treťou stranou (zakladateľom). Tým sa nadácia odlišuje od korporácie, ktorej účel je stanovený zvnútra samotnej korporácie spoločnou vôľou osôb v korporácii združených...“³⁰

Nadácie boli vyčlenené zo všeobecných ustanovení Občianskeho zákonníka a majú svoju osobitnú zákonnú úpravu – zákon č. 34/2002 Z. z. o nadáciách a o zmene Občianskeho zákonníka. Definičné znaky nadácie sú: nadácia je účelové združenie majetku, ktorý slúži na podporu verejnoprospešného účelu. Vznik nadácie predpokladá jej založenie zakladacou listinou (nadačnou listinou), ktorú na základe súkromnoprávnej iniciatívy realizujú fyzické alebo právnické osoby (alebo jeden zakladateľ) a následne sa viaže na registráciu v registri nadácií, ktorý vedie ministerstvo vnútra. Nadácia má vlastnú právnu subjektivitu a jej účel je zafinancovaný zákonom tak, aby bol zrejmý jej verejnoprospešný cieľ.³¹ Nadácia je účelové združenie majetku, nemá svojich členov, má orgány reglementované zákonom i nadačnou listinou, ktorú

²⁹ Hoci sa v zahraničí nájdu prípady, kde sa k združovaciemu právu podradujú aj združenia osôb – aj združenia majetku (napr. Švédsko, Poľsko) – naša koncepcia tieto dva typy odlišuje, aj z pohľadu práva slobodne sa združovať. Z odôvodnenia nálezu ÚS SR spis. zn. PL. ÚS 11/2010-42 vyplýva, že neziskové organizácie v podmienkach súčasnej právnej úpravy nie sú výrazom realizácie združovacieho práva podľa čl. 29 ústavy „...Európsky súd pre ľudské práva v rozsudku Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas v. Rakúsko (bod 62) zdôraznil, že jedným z najdôležitejších aspektov slobody združovania podľa čl. 11 dohovoru je možnosť založiť právnu bytosť (legal entity) na účely kolektívneho konania na poli spoločných záujmov. Podľa názoru ústavného súdu takto vymedzený cieľ musí byť v prvom rade vlastný každej zákonnej regulácii, ktorá konkretizuje slobodu združovania v individualizovanej právnej forme.

³⁰ Z odôvodnenia nálezu ÚS SR spis. zn.: PL. ÚS 11/2010-42, bod 1.7. kde o.i. citoval: HERMANN, K./OTAVSKÝ, E. in: Hácha, E. a kol.: Slovník veřejného práva československého. Brno (1932), s. 711, 712.

³¹ Nadácia slúži na podporu verejnoprospešného účelu, ktorým sa rozumie najmä rozvoj a ochrana duchovných a kultúrnych hodnôt, realizácia a ochrana ľudských práv alebo iných humanitných cieľov, ochrana a tvorba životného prostredia, zachovanie prírodných hodnôt, ochrana zdravia, ochrana práv detí a mládeže, rozvoj vedy, vzdelania, telovýchovy a plnenie individuálne určenej humanitnej pomoci pre jednotlivca alebo skupinu osôb, ktoré sa ocitli v ohrození života alebo potrebujú naliehavú pomoc pri postihnutí živelnou pohromou; § 2 z. č. 34/2002 Z. z.

predkladá zakladateľ v návrhu na registráciu. Vlastníctvo nadácie a nakladanie s ním má svoje prísne pravidlá upravené zákonom, pričom majetok nadácie tvorí nadačné imanie, nadačný fond a ostatný majetok nadácie.

Register nadácií je verejný zoznam. Kontrolná sféra štátu sa prejavuje v zakotvení povinnosti nadácie uverejniť ročnú účtovnú závierku audítorom a v povinnosti zasielať výročnú správu ministerstvu (§ 35). Cezhraničné pôsobenie nadácií podnietilo uvažovanie o právnom rámci pre verejnoprospešné nadácie v rámci Európskej únie a v príprave je Štatút európskej nadácie.³²

Podobne ako nadácie možno charakterizovať aj *fondy*. K základnej úprave fondov v Slovenskej republike patrí zákon č. 147/1997 Z. z. o neinvestičných fondoch. K definičným znakom neinvestičného fondu patrí zriadenie na základe súkromnoprávnej iniciatívy, ktorú realizujú fyzické alebo právnické osoby (alebo len jeden zriaďovateľ) formou zriaďovacej listiny alebo zriaďovacej zmluvy a vznik sa viaže na registráciu v registri fondov, ktorý vedie obvodný úrad v sídle kraja. Ústredný register vedie ministerstvo vnútra. Fond má samostatnú právnu subjektivitu a jeho účel je zadenovaný zákonom.³³ Neinvestičný fond je účelové združenie majetku, pričom zákon definuje, že združuje peňažné prostriedky na plnenie všeobecne prospešného účelu alebo individuálne určenej humanitárnej pomoci a má neziskový charakter.

V širokej škále účelových fondov možno uviesť napr. neštátny Recyklačný fond, zriadený zákonom č. 223/2001 Z. z. o odpadoch, neštátny Študentský pôžičkový fond (z. č. 200/1997 Z. z.), neštátny Protidrogový fond (z. č. 381/1996 Z. z.), ale aj štátny účelový fond Národný jadrový fond na vyradovanie jadrových zariadení a na nakladanie s vyhoretým jadrovým palivom a rádioaktívnymi odpadmi (z. č. 238/2006 Z. z.), či Štátny fond rozvoja bývania (z. č. 607/2003 Z. z.). Možno uviesť aj fondy bez právnej subjektivity,

³² Pracovný dokument Európskej komisie, in: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2012:0002:FIN:SK:HTML> (náhľad 17.8.2012); <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/112&format=HTML&aged=0&language=SK&guiLanguage=en> (náhľad 17. 8. 2012), http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/eufoundation/resume_impact_assesment_en.pdf, (náhľad 17. 8. 2012), http://www.efc.be/programmes_services/advocacy-monitoring/European-Foundation-Statute/Pages/default.aspx/ (náhľad 17. 8. 2012); pozri aj: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:017:0081:0090:SK:PDF> (náhľad 20. 12. 2013)

³³ Účelom fondu je plnenie všeobecne prospešného účelu alebo individuálne určenej humanitnej pomoci pre jednotlivca alebo pre skupinu osôb, ktoré sa ocitli v ohrození života alebo potrebujú naliehavú pomoc pri postihnutí živelnou pohromou; ide najmä o rozvoj a ochranu duchovných hodnôt, ochranu ľudských práv, ochranu a tvorbu životného prostredia, zachovanie prírodných a kultúrnych hodnôt, ochranu a podporu zdravia a vzdelávania a rozvoj sociálnych služieb; § 2 z. č. 147/1997 Z. z.

napr. podielový fond (z. č. 203/2011 Z. z. o kolektívnom investovaní), spravovaný správcovskými spoločnosťami. Obdobne nadácia môže na podporu verejnoprospešného účelu vytvoriť nadačný fond rozhodnutím správnej rady alebo na základe písomnej zmluvy s fyzickou osobou alebo s právnickou osobou, pričom nadačný fond nemá právnu subjektivitu. (§ 13 z. č. 34/2002 Z. z.). Osobitosti investičných fondov, podielových fondov upravuje zákon č. 203/2001 Z. z. o kolektívnom investovaní.

Ďalšou osobitou organizáciou majetku je *nezisková organizácia poskytujúca všeobecne prospešné služby* (z. č. 213/1997 Z. z.). Ide o organizáciu zriadenú na základe súkromnoprávnej iniciatívy fyzických alebo právnických osôb, ale založiť ju môže aj štát, a to zakladateľskou listinou. Jej vznik sa viaže na registráciu obvodným úradom v sídle kraja a ústredný register vedie ministerstvo vnútra. Organizácia je zriadená za účelom poskytovania všeobecne prospešných služieb.³⁴ Ide o právnickú osobu – združenie majetku, pričom však môže užívať aj majetok štátu a územnej samosprávy. Osobitosťou tohto subjektu je, že jeho vznik sa spája aj s transformáciou rozpočtových a príspevkových organizácií (z. č. 13/2002 Z. z.). Nedávno bola problematika neziskových organizácií predmetom konania pred ústavným súdom, pričom súd rozhodol, že ustanovenie § 31 ods. 3 daného zákona³⁵ nie je v súlade s čl. 20 ods. 1 ústavy.³⁶

³⁴ Najmä: poskytovanie zdravotnej starostlivosti, poskytovanie sociálnej pomoci a humanitárna starostlivosť, tvorba, rozvoj, ochrana, obnova a prezentácia duchovných a kultúrnych hodnôt, ochrana ľudských práv a základných slobôd, vzdelávanie, výchova a rozvoj telesnej kultúry, výskum, vývoj, vedecko-technické služby a informačné služby, tvorba a ochrana životného prostredia a ochrana zdravia obyvateľstva, služby na podporu regionálneho rozvoja a zamestnanosti a zabezpečovanie bývania, správy, údržby a obnovy bytového fondu; § 2 z. č. 213/1997 Z. z.

³⁵ § 31 ods. (3): Na platnosť právnych úkonov týkajúcich sa nakladania s nehnuteľným majetkom, ktorý vložil štát ako zakladateľ alebo spoluzakladateľ do neziskovej organizácie a nejde o prioritný majetok, sa vyžaduje predchádzajúci písomný súhlas zakladateľa alebo spoluzakladateľa, ktorým je štát. To isté sa vzťahuje na platnosť takýchto právnych úkonov právneho nástupcu neziskovej organizácie. Ústavný súd tiež konštatoval, že ustanovenie § 100b ods. 4 zákona č. 578/2004 Z. z. o poskytovateľoch zdravotnej starostlivosti, zdravotníckych pracovníkoch, stavovských organizáciách v zdravotníctve a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení zákona č. 8/2010 Z. z. nie je v súlade s čl. 1 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky a s čl. 20 ods. 1 v spojení s čl. 13 ods. 4 Ústavy Slovenskej republiky; Nález ÚS SR z 23.11.2011, spis. zn.: PL. ÚS 11/2010-42.

³⁶ Nález ÚS SR spis. zn.: PL. ÚS 11/2010-42; Išlo o odstránenie problematiky tzv. *dvoch skupín* neziskových organizácií (s rozdielnym obsahom práv a povinností), teda tých, do ktorých majetkový vklad v podobe nehnuteľného majetku nerealizoval štát ako (spolu) zakladateľ, a tých, na zakladaní ktorých sa svojim vkladom podieľal aj štát. Podľa vyjadrenia ústavného súdu, „...Cieľom samotného zavedenia inštitútu neziskových organizácií bola

Pri vzniku každej právnickej osoby stojí štát

Možno konštatovať, že pri vzniku každej právnickej osoby stojí štát. Mnohé právnické osoby vznikli zo zákona (napr. Notárska komora Slovenskej republiky, Slovenská advokátska komora, jednotlivé univerzity, Rozhlas a televízia Slovenska,...). Právna úprava jednotiek územnej samosprávy vyplýva z ústavy a zo zákona o obecnom zriadení.³⁷

Pri vzniku iných právnických osôb je právnou úpravou dané, aký súkromnoprávny úkon je potrebný, za ktorým nasleduje akt registrácie na príslušnom orgáne štátu (napr. občianske združenie, obchodná spoločnosť, družstvo, politická strana, nadácia, fond, cirkev, etc.). Registrujúcimi orgánmi sú napr. ministerstvo, súd, obvodný úrad. Najčastejšie sa stretávame s princípom registračným (alebo aj inak nazývaným princípom legality), kde príslušný orgán štátu preskúma, či relevantný návrh má všetky náležitosti a vznikajúci subjekt spĺňa všetky právne predpoklady. Registrujúci orgán následne subjekt zaregistruje, čo spravidla býva okamihom vzniku nového subjektu. Nájde sa aj výnimky (napr. aj ďalšie možnosti – už spomínané – vzniku občianskeho združenia); osobitosťou je princíp evidencie – vznik odborovej organizácie sa viaže na moment zaevidovania odborovej organizácie, keď ministerstvo vnútra je povinné na druhý deň po doručení návrhu ju zaevidovať; štát (ministerstvo kultúry) je tiež povinný evidovať všetky právnické osoby odvodzujúce právu

snaha, aby poskytovanie všeobecne prospešných služieb mohli uskutočňovať nielen štátne rozpočtové organizácie, štátne príspevkové organizácie, rozpočtové organizácie obcí a samosprávnych krajov či príspevkové organizácie obcí alebo samosprávnych krajov, ale aj subjekty právne oddelené od štátu alebo územnej samosprávy, ktoré svoje aktivity podriadia zákonnej právnej úprave najlepšie vystihujúcej cieľ ich fungovania, no zároveň aj vychádzajúcej z myšlienky ich nezávislosti od výkonnej zložky verejnej moci.... Význam existencie a pôsobenia neziskových organizácií ... spočíva práve v ich majetkovo-právnej samostatnosti a autonómii, ktoré vytvárajú vhodné podmienky na ich schopnosť zabezpečovať poskytovanie všeobecne prospešných služieb v kvalite porovnateľnej, ak nie lepšej, ako je to v prípade subjektov priamo riadených výkonnou zložkou verejnej moci... Súd konštatoval, že existencia členskej základne a realizácia vôle členov priamo alebo prostredníctvom svojich orgánov je nevyhnutnou podmienkou aplikovateľnosti ústavných noriem garantujúcich slobodu združovania. Preto aj uviedol, že neziskové organizácie v podmienkach súčasnej právnej úpravy nemožno chápať ako výraz realizácie združovacieho práva podľa čl. 29 ústavy. Zmyslom zákona o neziskových organizáciách totiž nie je kreácia legálnej platformy na slobodné združovanie fyzických osôb a právnických osôb, ale výlučne tvorba základne na poskytovanie všeobecne prospešných služieb právnickými osobami odlišnými od štátu či od územnej samosprávy s cieľom zvýšiť kvalitu všeobecne prospešných služieb v konkurenčnom prostredí.

³⁷ Najmä: čl. 68 – 71 Ústavy Slovenskej republiky, z. č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení, z. č. 302/2001 Z. z. o samospráve vyšších územných celkov (o samosprávnych krajoch).

subjektivitu od cirkví alebo náboženských spoločností; táto evidencia však právom nie je definovaná ako moment vzniku nového subjektu práva.³⁸

V našich právnych podmienkach nájdeme aj vznik nového subjektu, ktorý vyžaduje povolenie orgánu štátu, teda koncesný princíp vzniku právnickej osoby (napr. správcovská spoločnosť podľa z. č. 203/2011 Z. z. o kolektívnom investovaní).³⁹

V prípade právnických osôb štát určí, komu prideli samostatnú právnu subjektivitu, aké formy právnických osôb a na aký účel môžu jestvovať, právny predpis určí, ako sa taký *zrod* má udiat, aké podmienky musia nastať a aký orgán štátu v tom koná.

Snáď jedinou výnimkou, ktorá potvrdzuje pravidlo, keď orgán štátu nevyvinie nijakú aktivitu – a pritom vznikne nový subjekt právnych vzťahov – je *organizačná jednotka občianskeho združenia*. Zákon o združovaní občanov totiž ukladá jedinú povinnosť – pre prípad, že združenie hodlá zriadiť pobočku so samostatnou právnu subjektivitou, má povinnosť uviesť túto skutočnosť medzi povinnými náležitosťami do stanov.⁴⁰ Ak túto možnosť združenie

³⁸ Evidencia sa vzťahuje na všetky právnické osoby, ktoré odvodzujú svoju právnu subjektivitu od cirkví alebo náboženských spoločností, ak nepodliehajú inej evidencii alebo registrácii. Evidenciu vedie cirkevný odbor ministerstva kultúry. Tieto vzniknuté právnické osoby môžu mať rozmanitú podobu: organizačná zložka cirkvi alebo náboženskej spoločnosti, združenie cirkví alebo náboženských spoločností, komunita, rehoľa, spoločnosť a obdobné spoločenstvo, ak má právnu subjektivitu podľa vnútorných predpisov cirkvi alebo náboženskej spoločnosti. Zákon počíta s možnosťou, že cirkvi a náboženské spoločnosti sú oprávnené rozhodnúť o vzniku novej právnickej osoby, rozhodnúť aj o tom, aká právnická osoba to bude a celý proces vzniku – a prirodzene aj existencia a zánik – je v režii samotnej cirkvi alebo náboženskej spoločnosti. Štát toto autonómne a samosprávne pôsobenie cirkví a náboženských spoločností nielen uznáva, ale aj garantuje. Vyhradzuje si však notifikáciu od cirkvi alebo náboženskej spoločnosti – oznámiť vznik novej právnickej osoby štátu, pretože štát (ministerstvo kultúry) je povinný evidovať všetky právnické osoby odvodzujúce právnu subjektivitu od cirkví alebo náboženských spoločností. Vyplýva to z čl. 24 ústavy, § 4 ods. 3 z. č. 308/1990 Zb. i napokon z opatrenia ministerstva kultúry č. MK-33/2001-1. Napokon je to opatrenie ministerstva kultúry o podrobnostiach evidencie týchto subjektov; <http://www.culture.gov.sk/vdoc/416/opatrenie-mk-sr-cislo-mk-332001-1-zo-dna-10-januara-2001-1e0.html>.

³⁹ Správcovská spoločnosť je akciová spoločnosť založená na účel podnikania so sídlom na území Slovenskej republiky, ktorej predmetom činnosti je vytváranie a spravovanie štandardných podielových fondov a európskych štandardných fondov alebo alternatívnych investičných fondov a zahraničných alternatívnych investičných fondov na základe povolenia udeleného Národnou bankou Slovenska; zapisuje sa do obchodného registra; § 27 z. č. 203/2011 Z. z.

⁴⁰ V odbornej spisbe sa tieto pobočky nazývajú aj tzv. vedľajšie spolky, ktoré sa považujú za vedľajšie právnické osoby, svojim založením i vznikom závislé od spolku ako celku, ako aj existenčne závislé od trvania spolku ako celku. Zánikom spolku ako celku zanikajú aj všetky

využije a následne rozhodne o vzniku (zriadení) pobočky, vznikne nový subjekt práva, ktorý sa nikde neregistruje, neeviduje, nenotifikuje, ani jeho vznik nepodlieha žiadnemu povoleniu orgánu štátu. Organizačné jednotky združení, ktoré vznikli riadne podľa stanov, sa pokladajú za samostatné právnické osoby. Potvrdil to najvyšší súd: „...podľa § 18 ods. 2 Občianskeho zákonníka, sú právnickými osobami združenia fyzických alebo právnických osôb, účelové združenia majetku, jednotky územnej samosprávy a iné subjekty, o ktorých to ustanovuje zákon. Keďže zákon o združovaní občanov hovorí o organizačných jednotkách, pokiaľ budú zriadené a pokiaľ budú konať vo svojom mene, stanovy môžu určiť, ktoré organizačné jednotky majú spôsobilosť konať vo svojom mene, teda i nadobúdať vlastným menom práva a povinnosti, teda sú právnickými osobami... Z ustanovenia § 6 ods. 2 zákona č. 83/1990 Zb., vyplýva, že stanovy občianskeho združenia môžu určiť, ktoré organizačné jednotky občianskeho združenia majú spôsobilosť konať vlastným menom, teda i nadobúdať vlastným menom práva a povinnosti a sú právnickými osobami. Také organizačné jednotky však musia byť v stanovách výslovne uvedené, alebo musí byť v stanovách aspoň určené, akým spôsobom sa také jednotky zriaďujú, aby bolo možné jednoznačne zistiť, či v konkrétnom prípade ide o organizačnú jednotku vzniknutú v súlade so stanovami ako organizačná jednotka s právnou subjektivitou. Stanovy potom musia tiež jednoznačne určiť, kto je oprávnený menom takej organizačnej jednotky vo všetkých veciach konať, t. j. kto je jej štatutárnym orgánom.“⁴¹

Vznik pobočky združenia v praxi najčastejšie prebieha tak, že združenie si v stanovách určí svoju vnútornú štruktúru a až neskôr si postupne vytvára organizačné jednotky, a to na základe vnútroorganizačných aktov alebo zmluvami. Môže sa to udiť tak, že osoba alebo skupina osôb požiada príslušný

jeho organizačné jednotky, a to právne samostatné i nesamostatné; TELEČ, I.: Spolkové právo. Praha (1998), s. 148. V Českej republike to viedlo k novele zákona o združovaní občanov, pričom sa zaviedol v istom zmysle evidenčný princíp. Moment vzniku nového subjektu naďalej závisí od vôle tzv. spolku hlavného, pretože organizačné jednotky majú povinnosť oznámiť ministerstvu svoj vznik – teda nevznikajú až zaevidovaním. Organizačným jednotkám oprávneným konať vo svojom mene sa zaviedla povinnosť oznámiť ministerstvu svoj názov, dátum vzniku a zániku, ako aj názov združenia, podľa stanov ktorého vznikli. Zaviedla sa tiež povinnosť ministerstva viesť evidenciu nielen združení, ale aj ich organizačných jednotiek s vlastnou právnou subjektivitou. Z. č. 227/2009 Sb.; čím sa novelizoval § 9 z. č. 83/1990 Sb.; od 1. 1. 2014 však problematiku občianskych združení v ČR prevezme na seba Občiansky zákoník.

⁴¹ Rozsudok NS SR, Sp. zn.: 3 Cdo 146/96; In: Zbierka rozhodnutí a stanovísk súdov Slovenskej republiky, č. 5-6/1997, č. 56; V Českej republike sa obdobne k právnej subjektivite organizačnej jednotky vyjadril aj Vrchný súd v Prahe, rozhodnutie Rc 15/95, 7 Cmo 18/92; In: JEMELKA, L./ BŘEŇ, J.: Zákon o sdružování občanů, zákon o právu shromážděvacím, zákon o právu petičním s komentářem. Praha (2007), s. 28.

orgán združenia podľa stanov o zriadenie organizačnej jednotky združenia a samotné združenie vystaví tzv. registračný list, spravidla podpísaný štatutárom združenia. Okamih vystavenia takejto listiny sa považuje za vznik samostatnej právnickej osoby – organizačnej jednotky združenia. Prax pozná aj prípady uzavretia tzv. zmluvy o pridelení subjektivity, ktorú uzavrie záujemca o zriadenie organizačnej jednotky so samotným združením.⁴²

Teda pri vzniku pobočiek sa uplatňuje princíp liberality a moment vzniku pobočky so samostatnou právnou subjektivitou závisí od pravidiel vyplývajúcich zo stanov združenia. V praxi je tento systém fungujúci. To, či zákonodarca zámerne zaviedol v tomto prípade princíp liberality vzniku právnických osôb, nie je jednoznačné. Možno opomenul problém, možno rozširoval oprávnenia samotnej občianskej spoločnosti. Túto možnosť konštatoval aj ústavný súd: „...bežné združenia“ majú podľa zákona č. 83/1990 Zb. právo zriaďovať svoje organizačné zložky ako tzv. „vedľajšie“ právnické osoby odvodené od spolku ako celku, ktoré sú nositeľkami právnej subjektivity. Na zriadenie takýchto právnických osôb spravidla postačuje úprava obsiahnutá v stanovách spolku, pripúšťajúca takúto možnosť. Vznik týchto „vedľajších“ právnických osôb nie je podmienený akceptáciou zo strany štátu (registrácia, evidencia)...“⁴³

Uvedené príklady netvorí úplný výpočet jednotlivých právnických osôb v našom práve, napriek tomu je z nich zrejmá terminologická mnohosť v otázke subjektov práva i nekonzistentnosť. Táto mnohosť však prispieva v konečnom dôsledku k pluralitnej spoločnosti. Ekonomická sféra i podnikateľský sektor sú priestorom *pestrofarebným*, a to aj so svojou právnou úpravou jednotlivých subjektov práva v nej pôsobiacich. Sektor nepodnikateľský (niekedy nazývaný aj neziskový) spoluvytvárajúci občiansku spoločnosť, sa tiež vyznačuje touto *pestrofarebnosťou*. Napokon, podľa prof. Holländera, *cieľom demokratického pluralitného politického systému je ochrana jednotlivca a prenos spoločenských potrieb do oblasti politického rozhodovania. Okrem politických strán subjektmi pluralitného politického systému sú aj odbory, cirkvi, organizácie zamestnávateľov, profesijné združenia, verejnoprávne korporácie zriadené zákonom, masmédiá a taktiež občianske združenia.*⁴⁴

⁴² „...zrejme jedinou odpoveďou, ktorá by podporila tézu o právnej subjektivite organizačných jednotiek, je, že štát preniesol svoje úlohy v oblasti vzniku právnických osôb sčasti na občianske združenia (predtým spoločenské organizácie)...“ – poznámka J. SPÁČILA k odôvodneniu rozhodnutia č. 48, Sp. zn.: 22 Cdo 985/2001; In: Soudní rozhledy 4/2003. Praha (2003), s. 120.

⁴³ Z odôvodnenia nálezu ÚS SR, PL. ÚS 10/08-70.

⁴⁴ Podrobnejšie HOLLÄNDER, P.: Základy všeobecné štátovedy. Plzeň (2009), s. 171 a nasl.

Akiste je táto terminologická mnohosť v otázke subjektov práva a nekonzistentnosť zároveň odrazom rozmanitých ľudských potrieb a prejavov konania, i rozmanitých foriem spájania sa s cieľom naplniť rôzne potreby a záujmy, ale aj realitu dynamickosti ľudských potrieb a spôsobov ich realizácie. Ak pripočítame historické súvislosti a tradície, cezhraničné presahy (transportu rozmanitých právnych inštitútov), navyše aj ťažkosti prekladu z iných jazykov, prehľadnosť nielen v legislatívnych textoch i v štruktúre členenia i charakteristiky jednotlivých druhov právnických osôb zostáva skôr v povzdychu – je želateľná.

Na záver úvaha nad právnickým vzdelávaním i blahoželanie oslávencovi

Profesor Blaho začal svoje štúdiá i univerzitnú kariéru na Právnickej fakulte Univerzity Komenského v Bratislave.

Právnická fakulta Univerzity Komenského bola prvou právnickou fakultou na území Slovenska po vzniku Československa, ktorá otvorila svoje brány v akademickom roku 1921/1922. Začiatok prednášok bol určený na 24. 10. 1921 a prvou bola prednáška z rímskeho práva prof. Sommera. Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave vznikla na základe nariadenia vlády č. 276/1921 Zb. z. a n. z 11. 8. 1921 a jej sídlom sa stali priestory na Kapitulskej 26 v Bratislave. Po zrušení Bratislavskej uhorskej kráľovskej univerzity, ktorá tu v tom čase sídlila, priestory pripadli Československej štátnej univerzite v Bratislave. Stali sa sídlom rektorátu a neskôr tu sídlila i filozofická a právnická fakulta. Univerzita bola premenovaná na Univerzitu Komenského.⁴⁵ Prezident Masaryk dekrétom z 20. 5. 1921 menoval prvých šiestich riadnych a mimoriadnych profesorov tejto fakulty. V protokoloch profesorského zboru fakulty je zápis o ustanovujúcej schôdzi profesorského zboru právnickej fakulty československej štátnej Komenského univerzity v Bratislave, ktorá sa konala 4. 6. 1921 v Prahe na Ministerstve školstva a národnej osvety a prítomní boli nasledujúci profesori: prof. Sommer, prof. Vážný, prof. Ráth, prof. Svoboda, prof. Laštovka, m. prof. Tomsa.⁴⁶ Fakulta Univerzity Komenského mala v zimnom semestri akademického roka 1921/1922 zapísaných 199 riadnych študentov, z toho 6 žien a v letnom semestri 143 študentov, z toho 5 žien.⁴⁷

⁴⁵ Z odôvodnenia nálezu ÚS SR, PL. ÚS 10/08-70.

⁴⁶ Podrobnejšie HOLLÄNDER, P.: Základy všeobecnej štátovedy. Plzeň (2009), s. 171 a nasl.

⁴⁷ Československá štátna univerzita v Bratislave bola zriadená na základe z. č. 375/1919

Štúdium práva v tomto období sa končilo úspešným zložením štátnych skúšok, ktoré mali svoje osobitné komisie pre štátne skúšky: historicko-právne, judiciálne, právovedecké a štátovedecké. Titul doktora práv získali absolventi po úspešnom napísaní dizertačnej práce a zložení troch doktorských skúšok (tzv. rigoróz): historickoprávnej, právovedeckej a štátovedeckej.⁴⁸

Štúdium práva sa členilo na 8 semestrov a začínalo imatrikuláciou študenta. Z absolvovaného štúdia sa vyhotovovalo absolutorium. Štúdium sa ukončilo získaním univerzitného vysvedčenia. Uchádzači o titul doktora práv mali svoje štúdium rozdelené na trojsemestrovú časť a päťsemestrovú časť. Prvá časť obsahovala prednášky z rímskeho práva (ústava, pramene, dejiny a systém súkromného rímskeho práva, všeobecná časť, vecné právo, obligačné právo a právo rodinné a dedičské, rímsky proces civilný – z rímskeho práva sa absolvovalo aj praktické cvičenie) a cirkevného práva (právo cirkvi katolíckej, právo cirkvi východnej, pomer štátu k cirkvám). Prednášali sa aj dejiny práva verejného a súkromného v strednej Európe, dejiny práva na území Československa (Čechy, Morava, Slovensko), filozofia, ktorá sa absolvovala na filozofickej fakulte, úvod do vied právnych a štátnych, ethika (praktická filozofia) i štatistika. Po prvej časti štúdia študenti absolvovali štátnu skúšku – historicko-právnu. V druhej časti štúdia študenti absolvovali dejiny právnej filozofie, úvod do občianskeho práva, trestné právo hmotné, občianske právo – všeobecnú časť, úvod do národného hospodárstva, praktické cvičenia z rímskeho práva a seminárne cvičenia z práva československého, práva cirkevného a dejín práva v strednej Európe. Ďalej to bolo československé právo občianske – obligačné, československý poriadok trestný, československé právo občianske – rodinné, dedičské, záložné a semináre: z práva v strednej Európe, práva českého, cirkevného, z právnej filozofie, z práva občianskeho. Nasledovali prednášky: právo vecné mimo držbu, ústavné právo, knihovné právo, československé právo civilné procesné, československé právo občianske – držanie, právo

Zb. z. a n. z 27. 6. 1919 na Univerzitu Komenského bola premenovaná na základe z. č. 595/1919 Zb. z. a n. z 11. 11. 1919; podrobnejšie o histórii právnického vzdelávania pozri: GRÓFOVÁ, M.: Vzdelávanie na Univerzite Komenského očami študenta Právnickej fakulty UK v rokoch 1921 – 1945 vo svetle archívnych dokumentov; In: Pekár, J. (ed.): Univerzita Komenského a vysokoškolské vzdelávanie, minulosť, prítomnosť, budúcnosť, zborník z konferencie. Bratislava (2009), s. 115-127.

⁴⁸ Predmetom bola voľba dekana, prodekana a senátora na študijný rok 1921/22. Za dekana bol zvolený prof. Rath, za prodekana prof. Lašťovka, za senátora prof. Tomsa. Keďže čoskoro na to prof. Rath sa stal rektorom univerzity, dekanom sa stal prof. Lašťovka a prodekanom prof. Svoboda; In: Protokoly profesorského zboru PF UK 1921 – 1926, Archív Univerzity Komenského.

zmenkové, právo medzinárodné, praktické cvičenia: z československého práva občianskeho, práva trestného procesného, práva ústavného, seminárne cvičenia: z cirkevného práva, občianskeho práva, z právnej filozofie, z práva dejín strednej Európy, práva československého a psychiatria pre právnikov. Štúdium pokračovalo prednáškami: právo obchodné, medzinárodné právo súkromné, československé civilné právo procesné, nesporové konanie, právo medzinárodné, československé právo banské, finančná veda, náuka správna a československé právo správne, národohospodárska teória, konkurz, semináre: z práva cirkevného, z práva občianskeho, z práva medzinárodného. Napokon to boli prednášky: národohospodárska politika, exekučné pokračovanie, abstraktná logika vedoslovie, psychológia vôle, praktické cvičenie z práva správneho, seminár: občianske právo a medzinárodné právo.⁴⁹ Túto druhú časť štúdia študenti zavŕšili dvoma štátnymi skúškami – právovedeckou a štátovedeckou. Potom nasledovalo obdobie, v ktorom absolvent štúdia mohol absolvovať tri doktorské skúšky tzv. rigoróza. Uchádzač o získanie doktorátu práv teda musel vykonať tri rigorózne skúšky: historickoprávnu (rímske právo, cirkevné právo, dejiny verejného a súkromného práva v strednej Európe, dejiny práva na území Československa); právovednú – právovedeckú (súkromné právo, obchodné a zmenkové právo, civilný proces, trestné právo a trestný proces); a štátovednú – štátovedeckú (ústavné právo, správne právo a správna náuka, medzinárodné právo a politická ekonómia). Poradie rigoróz bolo ľubovoľné, skúška bola verejná, trvala dve hodiny a medzi jednotlivými skúškami mali uplynúť spravidla tri mesiace. Po ich úspešnom absolvovaní si absolvent prevzal na promócií diplom doktora práv.⁵⁰

⁴⁹ Z výkazu o študujúcich na UK v súhrne za právnickú, lekársku i filozofickú fakultu to bolo za akademický rok 1921/22: 545 poslucháčov, z toho žien 37; In: Zoznam osôb a prednášok UK 1920/21 – 1930/31, Archív Univerzity Komenského, Nákladom akademického senátu čl. Univerzity Komenského v Bratislave.

⁵⁰ Podrobnejšie k prvým dizertačným prácam pozri: GRÓFOVÁ, M.: Vzdelávanie na Univerzite Komenského očami študenta Právnickej fakulty UK v rokoch 1921 – 1945 vo svetle archívnych dokumentov; In: Pekár, J. (ed.): Univerzita Komenského a vysokoškolské vzdelávanie, minulosť, prítomnosť, budúcnosť, zborník z konferencie. Bratislava (2009), s. 115-127. Pre štátne skúšky boli navrhnutí ministerstvu školstva títo predsedovia: pre historickú: Dr. Sommer, pre judičiálnu Dr. Rath, pre štátovedeckú – Dr. Laštovka; pre rigoróza boli dočasne ustanovení len pre historické rigoróza (ktoré sa môže skladať po 1. štátnej), a to tak, že by právo rímske skúšali Sommer a Vážný, cirkevné Laštovka, dejiny práva stredoeurópskeho a dejiny práva československého alternatívne Rath a Tomsa; In: Protokol zo schôdze profesorského zboru právnickej fakulty Univerzity Komenského z 27. 10. 1921 v Bratislave, Archív Univerzity Komenského, Protokoly profesorského zboru právnickej fakulty Univerzity Komenského 1921 – 1926.

Prednášky a praktické cvičenia z rímskeho práva zabezpečovali: prof. Sommer a prof. Vážný. V neskoršom období na tejto fakulte rímske právo prednášal prof. Rebro a potom prof. Blaho.

Prof. Blaho v roku 1998 stál pri znovuoobnovení starobylej Právnickej fakulty Trnavskej univerzity, kde dodnes prednáša rímske právo.⁵¹

Univerzita v Trnave vznikla po krátkom pôsobení Academie Istropolitany v Bratislave ako prvá kompletná univerzita na území Slovenska. V roku 1635 začali činnosť jej filozofická a teologická fakulta, právnická fakulta pribudla v roku 1667 a v roku 1669 aj fakulta medicíny. Univerzita fungovala v Trnave do roku 1777, keď bola na príkaz Márie Terézie presťahovaná do Budína. V Trnave zostala pôsobiť Kráľovská akadémia (s kombinovaným trojročným štúdiom filozofie a práva), tá sa v roku 1784 tiež presťahovala do Bratislavy. Na právnickej fakulte sa prednášali: kánonické právo, rímske právo, uhorské právo občianske hmotné a procesné a uhorské trestné právo. Po uplynutí viac ako dvoch storočí, zákonom č. 191/1992 Zb. o zriadení Trnavskej univerzity so sídlom v Trnave bola Trnavská univerzita zriadená. Spočiatku fungovali Fakulta humanistiky a Pedagogická fakulta, od roku 1994 pribudla Fakulta ošetrovateľstva a sociálnej práce, v roku 1997 Teologická fakulta a v roku 1998 bola zriadená – znovuoobnovená Právnická fakulta.⁵²

Systém štúdia práva sa v priebehu uplynulej takmer storočnice viackrát menil, doposiaľ však jadro zostáva v zásade zachované. Zrejme najzávažnejšími systémovými zmenami ostatného obdobia bolo rozdelenie (nielen) štúdia práva na bakalársky a magisterský študijný program a zavedenie kreditového systému štúdia. Ťažko usúdiť, akými zmenami systém štúdia práva ešte prejde. Akokoľvek, korpus štúdia práva zahŕňa to, čo bolo podstatné aj pred necelým storočím. Pre univerzitné štúdium v študijnom odbore právo je však dôležité zachovať nielen podstatný obsah predmetov, ale aj jeho kvalitné zabezpečenie.

Použijem slová Zdeňka Masopusta,⁵³ ktoré sa síce dotýkajú predovšetkým výučby či budúcnosti predmetu teórie práva, ale s istým odstupom možno nad nimi rozmýšľať v celom kontexte štúdia práva:

⁵¹ Dodnes sú na Slovensku najpoužívanejšími učebnicami rímskeho práva jednotlivé vydania REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo (ostatným je 4. doplnené a prepracované vydanie, Bratislava – Trnava 2010).

⁵² Podrobnejšie k histórii Trnavskej univerzity a jej Právnickej fakulty pozri: BARANCOVÁ, H./BLAHO, P.: Trnavská univerzita v Trnave právnická fakulta (1998 – 2013), Jubilejný pamätník II. Trnava (2013), s. 10 a nasl.

⁵³ Príspevok JUDr. et PhDr. Zdeňka Masopusta, DrSc.: Jaká teorie práva má v kurikulu právnických fakult budoucnost? odznel na kolokviu katedrií teórie práva českých a slovenských právnických fakúlt v Modre Harmónii 16. – 17. februára 2012.

„...teorie práva... operuje pojmy fakticky dvojího druhu. Na jedné straně jde o pojmy *hodnotově nezatížené*, u nichž postačí více či méně akceptovaná definice a které tudíž, zjednodušeně řečeno, konfrontací s realitou neprověřujeme. Příkladem buďtež právní norma, právní předpis, precedens... Na druhé straně jsou zde ale pojmy *hodnotově zatížené*, kde o jejich věrnost realitě bytostně jde: např. suverenita, demokracie, legitimita, právní jistota, důvěra v právo, právní stát. Zde se, soudím, otvírají problémy, které mohou budoucnost teorie práva v systému právnického vzdělávání podstatně ovlivnit... Ideálům je totiž možno se blížit, je však možné se jim i vzdalovat. Předstíráme-li, že se blížíme, a zakrýváme-li, že se zhusta spíše vzdalujeme, stáváme se mírně řečeno nevěrohodnými. Mírně řečeno nevěrohodné teorie práva jsme si ovšem v minulosti už užili vrchovatě a věru by nebylo radno se k ní byť s jinou terminologií vracet. Neexistuje snad vůbec dvojí *teorie práva*? Ta, která se prezentuje v učebnicích a učebnách a ta, již lze *vyabstrahovat* z otevřených mediálních zdrojů, které nás dnes a denně, nejspíš lhostejno zda v České republice nebo na Slovensku, zavalují krajně znepokojivými informacemi o skutečném stavu věci? Bohužel nejspíš ano. Jistě nebudeme přednášet jen onu druhou; jde o to, aby ona první byla druhou poučena a korigována. Co lze z doposud pověděného vyvodit? Domnívám se, že toto: budoucnost teorie práva jako výukového předmětu bude ze všeho nejvíc záviset na tom, jak se my, kteří o teorii práva uvažujeme, píšeme a kážeme, dokážeme vypořádat s nebezpečími, která na ni číhají, a se kterými, obávám se, jsme se zatím bezesbytku vypořádat nedokázali. Nemám teď na mysli nebezpečí skrytá v nejrůznějších realizovaných nebo jen navrhovaných reformách právnického studia... Hlavní nebezpečí spatřuji ve vyhýbání se konfrontaci teoretických, nezřídka i v pozitivním právu zakotvených tezí s realitou. Obrat k realitě nechť se tedy stane hlavním garantem budoucnosti tohoto oboru ve vysokoškolském praktickém stejně jako teoretickém právnickém kurikulu. ... Stručně shrnuto: budoucnost teorie práva jako studijního oboru je z velké, možná rozhodující části v našich rukou, v rukou nás, kdo ji pěstujeme a vyučujeme jí.“

Romanista prof. Blaho patří k tým osobnostiam univerzitného prostredia, ktorí nesú pečať vzdelanca, uznávaného odborníka vo svojom odbore nielen v slovenskom, či bývalom československom priestore, a zároveň *presvecujú* toto prostredie svojím vysokým morálnym kreditom. Navyše má dar šíriť svoju prítomnosťou kultivovanosť, eleganciu i humor. Budúcnosť vzdelávania v študijnom odbore rímske právo, ale aj celkovo právnického štúdia na Slovensku je aj v jeho rukách. Želám mu veľa síl, aby túto dôležitú úlohu ešte dlho realizoval.

Summary

This contribution addresses a few views on the concept of legal persons – of both, past and current viewing angle. It deals with the internal structure of legal persons according to the legal situation in the Slovak Republic, as well as with specifics of the concept of association. Contribution records also foundation of legal entities, outlining the role of the state in the process of their formation. The second part of contribution is devoted to the honoree prof. Peter Blaho, and provides insight into the history of legal education in Slovakia, as well as wishes for the future.

**Onesimus: *fugitivus errove* –
Einsichten für die Bibelexegese aus der Digestenexegese?
(Rechtshistorische Anmerkungen zum Umgang mit römischen
Rechtstexten in der neueren Philemon-Auslegung)**

Richard Gamauf

1. Einleitung - 2. Untersuchungsgegenstand - 3. Onesimus: *fugitivus errove*? - 3.1 *Fugitivus* in den Rechtsquellen - 3.2 *Fugitivus* im ädilizischen Edikt - 3.3 Onesimus als *fugitivus*? - 3.4 Onesimus als *erro*? - 3.5 Onesimus und die Ediktsinterpretation: Praxis vs. Theorie? - 4. Onesimus kein „typischer“ *fugitivus*? - 5. Die Heimkehr des Onesimus - 6. Paulus: *fur*; *plagiarius* ...?

1. Einleitung¹

Den Brief an Philemon (Phlm.)² verfasste Paulus in den 50er Jahren³ des ersten Jahrhunderts während einer Gefangenschaft.⁴ Anlass dafür war, dass sich der Sklave Onesimus, wahrscheinlich wegen eines Konflikts mit seinem Herrn Philemon, an dessen Bekannten Paulus gewandt hatte. Nachdem Paulus den Sklaven bekehrt hatte, sandte er ihn schließlich zu Philemon zurück,

¹ Die Zitierweise der Quellen und die Abkürzungen der rechtshistorischen Literatur folgen den Konventionen der Romanistik; andere Zeitschriften und Sammelwerke werden ohne Abkürzungen zitiert.

² Zum Philemon-Brief und für Nachweise der Literatur vgl. z. B. M. BARTH/H. BLANKE, *The Letter to Philemon. A new Translation with Notes and Commentary* (2000) 356 ff.; J. A. GLANCY, *Slavery in Early Christianity* (2002) 91 f.; P. ARZT-GRABNER, *Philemon* (Papyrologische Kommentare zum Neuen Testament 1) (2003); J. A. HARRILL, *Slaves in the New Testament. Literary, Social, and Moral Dimensions* (2006) 6 ff.; E. REINMUTH, *Der Brief des Paulus an Philemon* (Theologischer Handkommentar zum Neuen Testament 11/II) (2006); D. F. TOLMIE (Hrsg.), *Philemon in Perspective. Interpreting a Pauline Letter* (2010); P. MÜLLER, *Der Brief an Philemon* (Kritisch-exegetischer Kommentar über das Neue Testament 9/3) (2012); H. GRIESER, *Philemonbrief*, HAS (Lieferung I – VI) (2012).

³ Zur genauen Entstehungszeit vgl. ARZT-GRABNER, *Philemon* (Fn. 2) 77 (mit Fn. 83); Th. J. BAUER, *Paulus und die kaiserzeitliche Epistolographie. Kontextualisierung und Analyse der Briefe an Philemon und an die Galater* (2011) 111 f.; MÜLLER, *Brief* (Fn. 2) 80 ff.

⁴ Als Ort der Abfassung wird nunmehr meist Ephesos, von einigen noch immer Rom erwo-gen; vgl. BAUER, *Paulus* (Fn. 3) 110 f.; MÜLLER, *Brief* (Fn. 2) 81 f.

obwohl er ihn gerne in seinen Diensten behalten hätte. Der Brief sollte das Vorgefallene erklären und schloss mit einer Bitte um Nachsicht gegenüber dem Sklaven.

Phlm. ist der kürzeste unter den paulinischen Briefen und nimmt dennoch seit der Antike eine zentrale Rolle für das christliche Verhältnis zur Sklaverei ein;⁵ noch im 19. Jahrhundert bot er Gegnern wie Apologeten der Sklaverei gleichermaßen eine Argumentationsgrundlage.⁶

Die Kürze⁷ von Phlm. verursacht Auslegungsschwierigkeiten:⁸ Der Interpretation fehlen Hinweise auf die Gründe, aus denen Onesimus seinen Herrn verließ, wie er mit Paulus zusammentraf, worum Paulus Philemon in concreto ersuchte (Vergebung – Freilassung) und wie es Onesimus nach seiner Rückkehr ergangen sein mochte. Zwecks Ergänzung dieser lückenhaften Informationen über den historischen Hintergrund greift die neutestamentliche Forschung auf außerbiblische Quellen über flüchtige Sklaven zurück.

In diesem Zusammenhang entstand in der neueren Forschung eine Kontroverse, die Anlass zur Stellungnahme aus Sicht der Rechtsgeschichte gibt, da ihr zentrales Thema ein rechtshistorisches ist: die Bewertung

⁵ HARRILL, *Slaves* (Fn. 2) 6: „... Philemon is perceived in the history of interpretation to be the single most important text for understanding slavery and the Bible ...“. Vgl. weiters H. BELLEN, *Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich* (1971) 78 ff.; A. D. CALLAHAN, *Embassy of Onesimus. The Letter of Paul to Philemon* (The New Testament in Context) (1997) 1 ff.; REINMUTH, *Brief* (Fn. 2) 58 ff.; MÜLLER, *Brief* (Fn. 3) 160 ff.; Skepsis allerdings bei GLANCY, *Slavery* (Fn. 2) 92.

⁶ S. A. D. CALLAHAN, *Paul's Epistle to Philemon: Toward an Alternative Argumentum*. *Harvard Theological Review* 86 (1993) 362 ff.; DERS., *Embassy* (Fn. 5); S. BIEBERSTEIN, *Disrupting the Normal Reality of Slavery: A Feminist Reading of the Letter to Philemon*, *Journal for the Study of the New Testament* 79 (2000) 105; HARRILL, *Slaves* (Fn. 3) 165 ff.; GRIESER, *Philemonbrief* (Fn. 3); J. PUNT, *Paul, Power and Philemon. "Knowing your Place": A Postcolonial Reading*, in: Tolmie (Hrsg.), *Philemon* (Fn. 2) 223 ff.

⁷ J. A. HARRILL, *The Manumission of Slaves in Early Christianity* (1995) 3: „[O]ne wonders what is actually described here.“ J. GLANCY, *Slavery and the Rise of Christianity*, in: K. Bradley/P. Cartledge (Hrsg.), *The Cambridge World History of Slavery 1. The Ancient Mediterranean World* (2011) 471: „The brief letter leaves us with more questions than answers about relations among slaveholder, slave and apostle“. Die methodischen Probleme hinsichtlich der Rekonstruktionsversuche von Phlm. diskutiert B. W. R. PEARSON, *Assumptions in the Criticism and Translation of Philemon*. In: St. E. Porter/R. S. Hess, *Translating the Bible. Problems and Prospects* (*Journal for the Study of the New Testament Supplement*, Series 173) (1999) 253 ff.

⁸ Zum Diskussionsstand hinsichtlich des Onesimus s. D. F. TOLMIE, *Onesimus- 'n wegloopslaaf. Oor die ontstaansituasie van die Filemonbrief*, *Verbum et ecclesia* 30 (2009) 279 ff.; DERS., *Tendencies in the Research on the Letter to Philemon since 1980*, in: D. F. Tolmie (Hrsg.), *Philemon* (Fn. 2) 2 ff.; BAUER, *Paulus* (Fn. 3) 113 ff.; MÜLLER, *Brief* (Fn. 2) 127 ff.

von Onesimus' Aufenthalt bei Paulus nach römischem Sklavenrecht. Kernpunkt der Diskussion ist, ob Onesimus tatsächlich als flüchtiger Sklave (*fugitivus*) betrachtet werden kann,⁹ was bereits frühkirchliche Autoren und Kirchenväter vertraten.¹⁰ Zu einer Umschwung in dieser Frage führte ein kurzer Aufsatz von PETER LAMPE aus dem Jahr 1985, in dem er grundsätzliche Kritik übte. Aus Quellen zum ädilizischen Edikt folgerte er, Onesimus könne nicht als *fugitivus* betrachtet werden, weil er ja nur Paulus' Vermittlung gesucht habe.¹¹ Eine andere Gegenansicht zur *fugitivus*-These formulierte daran anschließend PETER ARZT-GRABNER mit der abweichenden Folgerung, Onesimus sei im Sinne des ädilizischen Edikts vielmehr als *erro/* Herumtreiber einzustufen.¹²

Den juristischen Fokus in der Diskussion kritisierte dagegen J. ALBERT HARRILL¹³ als inadäquat und forderte stattdessen „to relocate the issue of slavery in the letter from a predominantly legal question to one that stems from social,

⁹ Die Thesen, die Onesimus' Sklavenstatus bestreiten (vgl. bei CALLAHAN, Paul's Epistle [Fn. 6] 357 ff. und HARRILL, Slaves [Fn. 2] 165 ff.) oder von dessen Entsendung zu Paulus ausgehen (dazu bei GLANCY, Slavery [Fn. 2] 91; HARRILL, Slaves [Fn. 2] 11 ff.; TOLMIE, Tendencies [Fn. 8] 4 f.; MÜLLER, Brief [Fn. 2] 115 ff.), bleiben als für das Thema unerheblich außer Acht. Vereinzelt wird vertreten, Onesimus wäre ein Schuldklave (L. L. SANDERS, Equality and a Request for the Manumission of Onesimus, Restoration Quarterly 46 [2004] 109 ff.) oder durch Paulus von Philemon gemietet bzw. geliehen gewesen (M. CLAVEL-LÉVÊQUE, La lettre de Paul à Philémon et les rapports esclavagistes, Dialogues d'histoire ancienne 7 [1981] 221 ff.).

¹⁰ S. dazu die Beiträge von P. B. Decock, A. Friedl, Ch. L. de Wet und J. T. Fitzgerald in: Tolmie (Hrsg.), Philemon (Fn. 2).

¹¹ P. LAMPE, Keine „Sklavenflucht“ des Onesimus, Zeitschrift für die Neutestamentliche Wissenschaft und die Kunde der älteren Kirche 76 (1985) 135 ff.; DERS., in: N. Walter/E. Reinmuth/P. Lampe, Die Briefe an die Philipper, Thessalonicher und an Philemon (Das Neue Testament Deutsch 8/2) (1998) 206 f.; DERS., Affects and Emotions in the Rhetoric of Paul's Letter to Philemon: A Rhetorical-Psychological Interpretation, in: Tolmie (Hrsg.), Philemon (Fn. 2) 63 ff.

¹² ARZT-GRABNER, Philemon (Fn. 2) 101 ff.; DERS., The Case of Onesimos: An Interpretation of Paul's Letter to Philemon based on Documentary Papyri and Ostraca, Annali di storia dell'esegesi 18 (2001) 602 ff.; DERS., Onesimus erro. Zur Vorgeschichte des Philemonbriefes, Zeitschrift für die Neutestamentliche Wissenschaft und die Kunde der älteren Kirche 95 (2004) 131 ff.; DERS., How to deal with Onesimus? Paul's Solution within the Frame of Ancient Legal and Documentary Sources, in: Tolmie (Hrsg.), Philemon (Fn. 3) 113 ff.

¹³ HARRILL, Slaves (Fn. 3) 6 ff. Zitiert wird nach dieser Arbeit, welche die Argumente aus: DERS., Using the Roman Jurists to interpret Philemon. A response to Peter Lampe, Zeitschrift für die Neutestamentliche Wissenschaft und die Kunde der älteren Kirche 90 (1999) 135 ff. weitgehend wortgleich wiederholt. S. weiters DERS., Paul and Slavery. In: J. P. Sampley (Hrsg.), Paul in the Greco-Roman World (2010) 577.

economic, and familial considerations.¹⁴ In methodischer Hinsicht sprach er Digestentexten generell den Wert als sozialhistorische Quelle ab.¹⁵

2. Untersuchungsgegenstand

Da die Positionen von LAMPE bzw. ARZT-GRABNER im rezenten Schrifttum nunmehr weitgehend die *fugitivus*-Hypothese verdrängt haben,¹⁶ ist eine rechtshistorische Stellungnahme aus verschiedenen Gründe angebracht: So ist die Tragfähigkeit der in dieser Diskussion entwickelten Folgerungen aus Digestentexten zu hinterfragen und auch auf die methodischen Einwände von HARRILL gegen deren sozialhistorische Auswertung einzugehen. Und abschließend sollen rechtshistorische Fragestellungen skizziert werden, welche keine Ergänzungen ohne Textbasis benötigen.

Wie viele antike Alltagstexte enthält Phlm. Details, die für die Kenntnis des Rechtslebens seiner Entstehungszeit relevant sein können.¹⁷ In erster Linie erinnert

¹⁴ HARRILL, Slaves (Fn. 3) 11.

¹⁵ HARRILL, Slaves (Fn. 3) 8 ff. argumentiert mit deren aus seiner Sicht rein präskriptivem Charakter: „In the use of these materials, however, one must always guard against mistaking law codes for social realities“ (so DERS., The Manumission of Slaves in Early Christianity [1995] 24); s. auch G. F. WESSELS, The Letter to Philemon in the Context of Slavery in Early Christianity, in: Tolmie (Hrsg.), Philemon (Fn. 2) 143 und MÜLLER, Brief (Fn. 2) 58. Diese Argumentation übersieht jedoch, dass nicht aus dem normativen Gehalt der Texte Folgerungen gezogen werden (z. B. das ädilizische Edikt verbot den Verkauf von *fugitivi*, daher kam es nicht dazu), sondern aus den Fakten in den Fallschilderungen, deren Realitätskern gerade beim ädilizischen Edikt unzweifelhaft ist. So sieht beispielsweise K. BRADLEY, Slavery and Society at Rome (1994) 52 in D. 21,1 „one of the most realistic collections of slave experiences available for classical antiquity“, was für WESSELS (a.a.O) 149 ein überzeugendes Gegenargument darstellt.

¹⁶ Zustimmung zu Lampe beispielsweise bei J. D. G. DUNN, The Epistles to the Colossians and to Philemon. A Commentary on the Greek text (1996) 304 f.; BAUER, Paulus (Fn. 3) 117; WESSELS, Letter (Fn. 15) 235; als Mehrheitsmeinung verzeichnet dessen Ansicht REINMUTH, Brief (Fn. 2) 11 f.

Eine eingehende Kritik bietet bereits S. R. L. LLEWELYN, A Review of the Greek Inscriptions and Papyri Published 1984-85 (New Documents Illustrating Early Christianity 8) (1997) 41 ff.

¹⁷ Zur Frage, ob Paulus' briefliches Versprechen zur Schadloshaltung des Philemon (vv. 18 ff.) diesen wirksam verpflichten konnte, vgl. z.B. L. WENGER, Quellen des römischen Rechts (1953) 296 f.; MÜLLER, Brief (Fn. 2) 129, 131 und zuletzt J. PLATSCHKE, Das Edikt de pecunia constituta. Die römischrechtliche Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr (2013) 243 ff.; zu Onesimus von rechtshistorischer Seite s. P. J. VERDAM, St.-Paul et un serf fugitif (Étude sur l'épître à Philémon et le droit), Symb. van Oven (1946) 211 ff.

Onesimus' Verhalten an diejenigen Digestentexte,¹⁸ in denen Sklaven nicht als *fugitivi* im Sinne des ädilischen Edikts qualifiziert werden, wenn sie ihren Herren nur entlaufen waren, um einen Fürsprecher zu gewinnen. Phlm. könnte also helfen, die Entscheidungssituation der Digestenjuristen besser zu verstehen. Ähnliche Interventionsbitten zugunsten von Sklaven¹⁹ (oder Freigelassenen)²⁰ findet man in zeitlicher Nähe zu Phlm. zudem auch in nichtjuristischen Quellen.

3. Onesimus: *fugitivus errove*?

3.1 *Fugitivus* in den Rechtsquellen

Ob man Onesimus wegen seiner eigenmächtigen Entfernung von Philemon als *fugitivus*/Flüchtling/entlaufenen Sklaven bezeichnet, ist eine Frage der Konvention bzw. der Terminologiewahl. Selbst aus rechtshistorischer Sicht kann eine undifferenzierte Verwendung des Wortes *fugitivus* nicht beanstandet werden, da auch der Sprachgebrauch der Rechtsquellen keineswegs einheitlich ist.

Als *Terminus technicus* verwenden römische Juristen das Wort nur dann, wenn die Qualifikation eines Sklaven als *fugitivus* Voraussetzung für eine Rechtsfolge ist, die gerade an die Eigenschaft als *fugitivus* anknüpft.²¹ In solchen Texten bringt die Bezeichnung eines Sklaven als *fugitivus* das Ergebnis einer juristischen Subsumtion unter einen technischen *fugitivus*-Begriff zum Ausdruck,

¹⁸ S. unten 3.3.

¹⁹ Zum Sklaven des Vedius Pollio s. Fn. 38; weitere Quellen und Literatur bei R. GAMAUF, *Ad statuum licet confugere. Untersuchungen zum Asylrecht im Prinzipat* (1999) 20 f.

Zu Interventionen zugunsten von Sklaven in griechischen Romanen s. R. F. HOCK, *A Support for his Old Age: Paul's Plea on Behalf of Onesimus*, in: L. M. White/O. L. Yarbrough, *The Social World of the First Christians. Essays in Honor of W. A. Meeks* (1995) 80.

²⁰ Plin. epist. 9,21 und 24 werden seit Grotius in die Nähe von Phlm. gerückt; zu den Briefen s. A. N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary* (1966; Ndr. 1985) 505, 507; H. MOURITSEN, *The Freedman in the Roman World* (2011) 293.

Im neutestamentlichen Schrifttum ist die Vergleichbarkeit der Briefe umstritten; s. CALLAHAN, *Paul's Epistle* (Fn. 6) 359 f.; LLEWELYN, *Review* (Fn. 16) 41 f.; DUNN, *Epistles* (Fn. 16) 304 f.; 326; PEARSON, *Assumptions* (Fn. 7) 275 f.; C. S. DE VOS, *Once a Slave, Always a Slave? Slavery, Manumission and Relational Patterns in Paul's Letter to Philemon*, *Journal for the Study of the New Testament* 82 (2001) 101; BAUER, *Paulus* (Fn. 3) 149 ff.

²¹ Nach G. KLINGENBERG, *Servus fugitivus* (CRRS X, 6) (2005) 1 bezeichnet *fugitivus* einerseits den „aktuell auf der Flucht befindlichen Sklaven“ wie auch die „Charaktereigenschaft infolge einer Flucht“.

wie beim *edictum de mancipiis vendundis*²² oder beim *edictum de fugitivis*.²³ In der überwiegenden Mehrzahl der Rechtstexte dagegen stehen Ausdrücke wie *servus fugitivus, fugitivus, in fuga esse, fugere* in Sachverhaltsschilderungen und bringen damit in erster Linie die Tatsache zum Ausdruck, dass ein Sklave sich der Macht seines *dominus* entzogen hatte, als er einen Rechtsakt setzte, dessen Auswirkungen den Juristen beschäftigten.²⁴ Wie im juristischen Sprachgebrauch kontextabhängig präzise zwischen den unterschiedlichen Bedeutungsebenen von *fugitivus* getrennt wurde, illustriert beispielsweise D. 21,1,17,3 (Ulp. 1 ed. aed. curul.):²⁵ Dort berichtete Vivianus über Fälle des Fliehens (*fugere*) oder der Flucht (*fuga*) und hielt als (prima vista paradoxes) Ergebnis fest, dass die betreffenden Sklaven nicht zu *fugitivi* (im technischen Sinn des ädilizischen Edikts) wurden: *quamvis fugisse verum est, non tamen fugitivum esse*.

3.2 *Fugitivus* im ädilizischen Edikt

Wenn LAMPE und ARZT-GRABNER davon ausgehen, dass Onesimus kein *fugitivus* im Rechtssinne war, behaupten sie, dass sein Verhalten nicht die von der Jurisprudenz entwickelten Kriterien des *fugitivus*-Tatbestandes im ädilizischen Edikt erfüllte. Eine tragfähige Aussage darüber hängt aber davon ab, dass die aus Sicht von Juristen des ersten Jahrhunderts dafür relevanten Fakten dem Text von Phlm. überzeugend entnommen werden können.

Das ädilizische Edikt verpflichtete den Verkäufer beim Marktkauf eines Sklaven zu deklarieren, „*quid morbi vitivae cuique sit, quis fugitivus errove sit*

²² Für die Kasuistik vgl. v.a. D. 21,1,17 (Ulp. 1 ed. aed. curul.).

²³ Dazu gehören die Definitionen in D. 11,4,1,5 (Ulp. 1 ed.) *Fugitivum accipe et si quis errove sit*. ... und D. 50,16,225 (Tryph. 1 disp.).

²⁴ Natürlich werden auch diese Sklaven meistens *fugitivi* gewesen sein; die Juristen prüften es aber nicht, weil die Einstufung des Sklaven nach den einschlägigen Edikten nicht das Problem des konkreten Falles bildete.

²⁵ D. 21,1,17,3 (Ulp. 1 ed. aed. curul.) *Item apud Vivianum relatum est fugitivum fere ab affectu animi intellegendum esse, non utique a fuga: nam eum qui hostem aut latronem, incendium ruinamve fugeret, quamvis fugisse verum est, non tamen fugitivum esse. item ne eum quidem, qui a praeceptore cui in disciplinam traditus erat aufugit, esse fugitivum, si forte ideo fugit, quia immoderate eo utebatur. idemque probat et si ab eo fugerit cui erat commodatus, si propter eandem causam fugerit. idem probat Vivianus et si saevius cum eo agebat. haec ita, si eos fugisset et ad dominum venisset: ceterum si ad dominum non venisset, sine ulla dubitatione fugitivum videri ait.*

Das gleiche Paradoxon bietet der Folgeparagraph für den umgekehrten Fall (Text nach Fn. 31): *tametsi fugere non posset videri, qui domi mansisset, tamen eum fugitivum fuisse ...*

*noxave solutus non sit*²⁶. Trat das nicht deklarierte *vitium animi*²⁷ auf, standen wahlweise die *actio redhibitoria* auf Wandlung und die *actio quanti minoris* auf Preisminderung zu.

Was die klassischen Juristen für das ädilizische Edikt unter *fugitivus* verstanden, war das Ergebnis einer Entwicklung zwischen der ausgehenden Republik und dem zweiten Drittel des ersten Jahrhunderts. Die konzeptuelle Entfaltung des *fugitivus*-Konzepts dokumentiert noch das dem Lemma *fugitivus* gewidmete Fragment D. 21,1,17 aus dem ersten Buch von Ulpian's Kommentar *ad edictum aedilium curulium*:²⁸ Während Aulus Ofilius in erster Linie auf das tatsächliche Entkommen abstellte,²⁹ begannen nachfolgende Juristen stärker auf die Intentionen des Sklaven zu achten,³⁰ und spätestens ab Caelius Sabinus war der *animus fugiendi* schließlich so zentral geworden, dass es sogar *fugitivi* ohne Flucht geben konnte, wenn diese negative Charaktereigenschaft offenkundig geworden war.³¹

3.3 Onesimus als *fugitivus*?

In die Diskussionen über den *animus fugiendi* als entscheidendes Kriterium bei der rechtlichen Qualifikation einer Entfernung eines Sklaven aus der *domus*

²⁶ D. 21,1,1,1 (Ulp. 1 ed. aed. curul.); Gell. 4,2,1. Zum ädilizischen Edikt s. vor allem É. JAKAB, *Prædicere et cavere* beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht (1997), und zuletzt N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti* (2004); R. ORTU, 'Aiunt aediles ...' Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell'editto de mancipiis vendendis (2008).

²⁷ Zu *fugitivus* vgl. KLINGENBERG: *Servus fugitivus* (Fn. 20); N. DONADIO, *Sulla comparazione tra desertor e fugitivus, tra emansor ed erro* in D. 49,16,4,14, in: *Scr. in ricordo di B. Bonfiglio* (2004) 137 ff.; G. RIZELLI, *Il fugitivus di D. 50,16,225 (Tryph. 1 disp)*, in: *St. Metro* 5 (2010) 253 ff.

²⁸ Die – auch in der romanistischen – Literatur gerügte Widersprüchlichkeit dieses Passus rührt nur daher, dass die historische Entwicklung nicht berücksichtigt wird. Dies erkennt auch HARRILL, *Slaves* (Fn. 2) 8 f. bei seiner Kritik an den Definitionsversuchen der römischen Juristen ebenso wie er den anderen palingenetischen Zusammenhang von D. 11,4,1,5 (Ulp. 1 ed.) nicht beachtet und deswegen zu Unrecht auf eine Meinungsänderung Ulpian's schließt.

²⁹ D. 21,1,17 pr. (Ulp. 1 ed. aed. cur.) *Quid sit fugitivus, definit Ofilius: fugitivus est, qui extra domini domum fugae causa, quo se a domino celaret, mansit. ...*

³⁰ D. 21,1,17,2 (Ulp. 1 ed. aed. cur.) *Cassius quoque scribit fugitivum esse, qui certo proposito dominum relinquat.*

³¹ D. 21,1,17,8 (Ulp. 1 ed. aed. cur.) *Idem Caelius ait, si servus, cum in fundo esset, exisset de villa ea mente, ut profugeret et quis eum, priusquam ex fundo tuo exisset comprehendisset, fugitivum videri: animum enim fugitivum facere.* D. 21,1,17,3 (Ulp. 1 ed. aed. curul.) in Fn. 25.

domini gehören die Texte, mit denen PETER LAMPE gegen eine Qualifikation von Onesimus als *fugitivus* (im Sinne des ädilizischen Edikts) argumentiert. In D. 21,1,17,4 kontrastiert Proculus das Beispiel eines „*fugitivus* ohne Flucht“ – *tametsi fugere non posset videri, qui domi mansisset, tamen eum fugitivum fuisse*³² – mit Gegenbeispielen von Fällen des Entweichens, die nicht als Flucht anzusehen waren.

D. 21,1,17,4 (Ulp. 1 ed. aed. cur.)

Idem (Vivianus) ait: interrogatus Proculus de eo, qui domi latuisset in hoc scilicet, ut fugae nactus occasionem se subtraheret, ait, tametsi fugere non posset videri, qui domi mansisset, tamen eum fugitivum fuisse: sin autem in hoc tantum latuisset, quoad iracundia domini effervesceret, fugitivum non esse, sicuti ne eum quidem, qui cum dominum animadverteret verberibus se adficere velle, praeripuisset se ad amicum, quem ad precandum perduceret. ... (5) Idem Vivianus ait, si a magistro puer recessit et rursus ad matrem pervenit, cum quaereretur, num fugitivus esset: si celandi causa quo, ne ad dominum reverteretur, fugisset, fugitivum esse: sin vero ut per matrem faciliorem deprecationem haberet delicti alicuius, non esse fugitivum.

Im ersten Jahrhundert etablierten Proculus und Vivianus³³ ein Prinzip, dem auch die Spätklassiker Ulpian und Paulus noch anhängen: Sklaven, die sich entfernt hatten, um andere Personen zwecks Intervention (*ad precandum* bzw. *ut faciliorem deprecationem haberet*) wegen eines Vergehens (*delicti alicuius*) zu gewinnen, stellten für das ädilizische Edikt keine *fugitivi* dar. Solche Sklaven wollten nicht entkommen, sondern mit Hilfe des *amicus domini* bzw. der eigenen Mutter bei ihrer Rückkehr zum Herrn Vergebung erlangen. Ihnen fehlte also die Fluchtabsicht. Dieses Konzept legte Paulus in verfeinerter Form seiner Entscheidung in D. 21,1,43,1 zugrunde:

D. 21,1,43,1 (Paul. 1 ed. aed. cur.)

Qui ad amicum domini deprecaturus confugit, non est fugitivus: immo etiamsi ea mente sit, ut non impetrato auxilio domum non revertatur, nondum fugitivus est, quia non solum consilii, sed et facti fugae nomen est.

In diesem Fall hatte ein Sklave seinen Herrn verlassen, um einen *amicus domini* aufzusuchen; er hatte sich aber bereits zur anschließenden

³² Vgl. damit Hor. epist. 2,2,14 ff., wo ein Sklave, der sich unter der Stiege vor der Peitsche versteckt hat, als *vittosus* bezeichnet wird.

³³ Nach C. RUSSO RUGGERI, *Viviano: Giurista minore?* (1997) 25 unter die letzten Flavier zu datieren.

Flucht entschlossen, sollte ihm dieser die Unterstützung verweigern. Da es dazu nicht gekommen war, sah Paulus den Sklaven nicht als *fugitivus*; der bedingte Fluchtwille beim Verlassen des Hauses war nie betätigt worden.³⁴ Im umgekehrten Fall, wenn ein Sklave erst nach Beginn einer Flucht einen *amicus domini* kontaktierte, blieb es aber bei der Fugitivität.³⁵

Für die Beurteilung durch einen zeitgenössischen Juristen hätte also eine Frage im Zentrum gestanden: Welche Absicht hatte Onesimus bei seinem Weggang von Philemon gehegt?³⁶ Das verrät der Text allerdings nicht. Damit steht man erneut vor dem Ausgangsproblem der Phlm.-Exegese, welches der Rekurs auf die Juristentexte eigentlich beseitigen sollte: dem Mangel an Informationen zur Vorgeschichte. Wenn LAMPE die fehlende Fluchtabsicht der Tatsache entnimmt, dass sich der Sklave nicht wie ein „typischer“ *fugitivus* verhalten habe,³⁷ unterstellt er implizit, dass er von Anfang an bereits Paulus aufsuchen wollte. Das für *edictum de mancipiis vendundis* entscheidungserhebliche Sachverhaltselement wird so bloß in den Text hineingelesen; LAMPES Argumentation beruht damit auf einem Zirkelschluss.³⁸

Außerdem besteht zwischen Onesimus' Fall auf der einen Seite und den Interventionsbitten in der literarischen Überlieferung bzw. den Digestensachverhalten auf der anderen ein nicht unwesentlicher Unterschied: Die literarischen Quellen kennen nur Interventionsbitten an Anwesende.³⁹ In

³⁴ Der spätclassische Jurist Paulus vertrat den *animus fugiendi* ohne tatsächliche Entfernung des Caelius Sabinus (Fn. 31) nicht. S. KLINGENBERG, Servus fugitivus (Fn. 21) 92.

³⁵ Das ergibt sich aus der Lösung für die Änderung der Absicht, Asyl zu suchen, in D. 21,1,17,12 (Ulp. 1 ed. aed. cur.) ... *idem puto et in eum, qui in asylum vel quod aliud confugit, quia non fugiendi animo hoc facit: si tamen ante fugit et postea se contulit, non ideo magis fugitivus esse desinit*. So auch LLEWELYN, Review (Fn. 16) 42 f.

³⁶ S. schon BELLEN, Studien (Fn. 5) 78.

³⁷ LAMPE, Keine „Sklavenflucht“ (Fn. 11) 136: „Allen Fällen gemeinsam ist, daß der Sklave das Haus des Herrn verläßt nicht mit der Absicht zu fliehen, sondern dorthin zurückzukehren: Das Aufsuchen eines Fürsprechers soll gerade ein gedeihliches Weiterleben im Hause des Herrn ermöglichen. Daß Onesimus nicht »*animus fugiendi*« bei Paulus auftaucht, fällt ins Auge: Hätte er untertauchen wollen, wären geeignetere Schlupfwinkel als die römische Gefängniszelle des Apostels Paulus zu finden gewesen ...“

³⁸ Auf dieses grundsätzliche Methodenproblem bei der Phlm.-Rekonstruktion weist PEARSON, Assumptions (Fn. 8) 254 hin: „[F]or the largest part it does not derive *directly* from the text of Philemon itself. This narrative derives from inferences drawn from certain of its elements, which are then read back into the text of Philemon itself and used as an assumptive foundation for both translation and interpretation“.

³⁹ Besonders spektakulär gestaltet sich die Situation des Sklaven des Vedius Pollio bei Sen. ira 3,40,2: ... *fregerat unus ex servis eius crustallinum; rapi eum Vedius iussit ne vulgari quidem more periturum: murenis obici iubebatur, quas ingentis in piscina continebat. quis non hoc illum putaret luxuriae causa facere? saevitia erat.* (3) *Evasit e manibus puer et*

den Digestenfällen hatten die Sklaven das Haus zwar verlassen, Systematik,⁴⁰ Sprache (*praeripuisse se ad amicum*) und vor allem das juristische Ergebnis, die Ablehnung eines *animus fugiendi*, sprechen jedoch dafür, dass auch diese Bitten sich an Personen in unmittelbarer Nähe richteten, unter deren „Schutz“ der Sklave heimkehren wollte. Dagegen war Onesimus von Philemons Wohnort Kolossae⁴¹ nach Ephesos zumindest eine Woche lang gereist; sollte er in Rom auf Paulus gestoßen sein, wovon noch LAMPE ausging,⁴² sogar mehrere Monate.⁴³ Dazu hätte er den Aufenthaltsort des Paulus im Vorhinein kennen müssen, da eine Bitte bei zufälligem Zusammentreffen⁴⁴ während einer Flucht, den *animus fugiendi* nicht beseitigt hätte.⁴⁵ Auch davon weiß der Brief nichts. Dazu kommt, dass die Dauer seiner Abwesenheit⁴⁶ und die erhebliche räumliche Entfernung⁴⁷ starke Indizien für eine Fluchtabsicht bildeten. Insbesondere musste der Eigentümer in dieser Konstellation von einer Flucht ausgehen.⁴⁸

3.4 Onesimus als *erro*?

Auf juristische Quellen greift auch PETER ARZT-GRABNER zurück und stuft Onesimus als *erro* im Sinne des ädilischen Edikts ein. Der Formulierung τὸν ποτέ σοι ἄχρηστον (v. 11) entnimmt er, dass Onesimus

in der Vergangenheit schon zumindest ein weiteres Mal so negativ aufgefallen sein (muss), wie durch sein letztes „Weggehen“ von Philemon ... [d]ass Philemon seinen Sklaven seither als „Nichtsnutz“ bezeichnet hat ...⁴⁹

confugit ad Caesaris pedes, nihil aliud petiturus quam ut aliter periret, ne esca fieret.

Einige Beispiele bieten die *Satyrica*: Petron. 30,7 ff., 49,6 ff., 52,4 ff., 54,3; dazu E. COURTNEY, *A Companion to Petronius* (2001) 98 f.; G. SCHMELING, *A Commentary on the Satyrica of Petronius* (2011) 208.

⁴⁰ Vgl. die Gleichordnung der Fälle in D. 21,1,17,4 (Ulp. 1 ed. aed. cur.) (oben nach Fn. 31): Ein Sklave verbirgt sich, bis die Wut seines Herrn verraucht ist, ein anderer wendet sich in einer vergleichbaren Lage an dessen Freund.

⁴¹ Vgl. MÜLLER, Brief (Fn. 2) 82 ff.; K. WENGST, *Der Brief an Philemon* (2005) 29 f.

⁴² LAMPE, Keine „Sklavenflucht“ (Fn. 11) 136.

⁴³ Zur geschätzten jeweiligen Reisedauer s. WENGST, Brief (Fn. 41) 31.

⁴⁴ Argumente aus dem Text für diese Interpretation entwickelt WENGST, Brief (Fn. 41) 36 und 38 f.

⁴⁵ Das ergibt sich daraus, dass auch eine freiwillige Rückkehr unbeachtlich war; s. bei Fn. 82.

⁴⁶ So auch schon LLEWELYN, *Review* (Fn. 16) 43.

⁴⁷ S. auch WENGST, Brief (Fn. 41) 31.

⁴⁸ WENGST, Brief (Fn. 41) 31.

⁴⁹ ARZT-GRABNER, *Onesimus* (Fn. 12) 143; weiters DERS., *How to Deal* (Fn. 12) 120 ff.

Die Qualifikation als *erro* erfolgte jedoch nicht anhand eines vergangenen Verhaltens, sondern aufgrund der Absicht bei der fraglichen Entfernung von der *domus domini*. Das ergibt sich aus:

D. 21,1,17,14 (Ulp. 1 ed. aed. cur.)

Erronem ita definit Labeo pusillum fugitivum esse, et ex diverso fugitivum magnum erronem esse. sed proprie erronem sic definimus: qui non quidem fugit, sed frequenter sine causa vagatur et temporibus in res nugatorias consumptis serius domum redit.

Ulpian schloss den *animus fugiendi* dann aus, wenn ein Sklave sich wiederholt herumtrieb und nach mit *res nugatoriae*⁵⁰ vergeudeter Zeit verspätet heimkehrte. Nach der von Ulpian verworfenen, aber zur Entstehungszeit von Phlm. aktuellen Definition des Labeo, gab es zwischen *fugitivus* und *erro* nur eine graduelle Differenz.⁵¹ Ein kurzfristig unerlaubt abwesender Sklave war *erro*; bei länger Dauer oder größerer räumlicher Entfernung⁵² vom Haus seines Herrn *fugitivus*.

Aus dem Brief geht jedenfalls hervor, dass sich Onesimus länger bei Paulus aufgehalten hatte – immerhin reichte die Zeit für dessen Bekehrung (v. 11) – und sich auch weit vom Wohnort seines Herrn entfernt hatte. Damit war er weder ein *pusillus fugitivus* (Labeo) und schon gar kein bloßer „Spätheimkehrer“ (Ulpian). Aus Sicht des ädilizischen Edikts hätte man ihn als *fugitivus* zu bewerten gehabt.

Alternative Deutungen des Wortspiels bieten z. B. Ch. FRILINGOS, “For my child, Onesimus”: Paul and Domestic Power in Philemon, *Journal of Biblical Literature*, 119 (2000) 102 f.; J. A. MARCHAL, The Usefulness of an Onesimus: The Sexual Use of Slaves and Paul’s Letter to Philemon, *Journal of Biblical Literature* 130 (2011) 749 ff.; MÜLLER, Brief (Fn. 2) 110 ff.

⁵⁰ Einen Eindruck von diesen bietet der „Lasterkatalog“ bei Colum. 1,8,1: *Igitur praemoneo ne villicum ex eo genere servorum, qui corpore placuerunt, instituamus; ne ex eo quidem ordine, qui urbanas ac delicatas artes exercuerit. socors et somniculosum genus id mancipiorum, otis, campo, circo, theatris, aleae, popinae, lupanaribus consuetum, numquam non easdem ineptias somniat, quas cum in agriculturam transtulit, non tantum in ipso servo, quantum in universa re detrimenti dominus capit.*

⁵¹ S. dazu R. GAMAUF, *ERRO*: Auf der Suche nach einem verschwundenen Sklaven. Eine Skizze zur Interpretationsgeschichte des *edictum aedilium curulium* (in Vorbereitung).

⁵² Vgl. Sklavenhalsband CIL 15,7172, wo das Verlassen eines bestimmten (erlaubten) Aufenthaltsbereiches zum Fluchtindiz wird: *Asellus servus Praeiectionis officialis praefecti annonae foras murum exivi tene me quia fugi reduc me ad Floram ad tonsos.*

3.5 Onesimus und die Ediktsinterpretation: Praxis vs. Theorie?

HARRILL wendet gegen die Relevanz des juristischen Vergleichsmaterials unter anderem ein, dass die Diskussionen bei den Juristen „academic games having little to do with the practice of law“ gewesen wären, da es für die Lösung der Rechtsfragen auf Fakten ankam, die unklar waren.⁵³ Dies trifft zweifellos zu, wenn man Onesimus nach den Regeln des ädilizischen Edikts bewerten möchte. Die Ursachen liegen aber nicht in der theoretischen „Abgehobenheit“ der Juristen, sondern darin, dass Phlm. die nötigen Informationen nicht zur Verfügung stellt. Mit anderen Worten, für das ädilizische Edikt ist der Fall des Onesimus aufgrund der bekannten Fakten noch nicht entscheidungsreif.

Die Frage nach der *fugitivus*-Eigenschaft gemäß dem ädilizischen Edikt stellte sich erst, wenn der Käufer eines nicht als fugitiv deklarierten Sklaven erfuhr, dass dieser einen früheren Eigentümer verlassen bzw. ernsthafte Versuche dazu unternommen hatte. Wollte er den Verkäufer deswegen klagen, so traf ihn die Beweislast für das Vorliegen dieser Eigenschaft,⁵⁴ also auch des *animus fugiendi*. Darüber konnte er, wenn schon Hinweise existierten, durch eine Befragung des Sklaven in Gegenwart respektabler Zeugen die für einen Prozess⁵⁵ nötigen Beweise sammeln,⁵⁶ andernfalls wurde der Sklave im Prozess unter Folter über seine Motive vernommen.⁵⁷ Die Informationen, die zur Zeit der Abfassung von Phlm. nicht zur Verfügung stehen konnten, hätte

⁵³ HARRILL, *Slaves* (Fn. 2) 10. Harrill beruft sich in erster Linie auf Aussagen bei J. A. CROOK, *Legal Advocacy in the Roman World* (1995); dass die Rechtsquellen sehr wohl in Verbindung mit der Praxis stehen, zeigte gerade Crook mit seinem 1967 publizierten *Law and Life of Rome*. 90 B.C. – A.D. 212. Zur Praxisnähe der römischen Juristen jetzt bei A. BÜRGE, *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung* (1999).

⁵⁴ D. 22,3,4 (Paul. 6 resp.).

⁵⁵ War der Sklave aber den Käufer entflohen und stand zur Zeit des Prozesses nicht wieder zur Verfügung, scheiterte der Käufer. S. C. 4,58,3 pr. (Diocl./Maxim. AA. Aurelio Muciano) *Si apud priorem dominum fugisse mancipium non doceatur, fuga post venditionem interveniens ad damnum emptoris pertinet*. [PP. XV k. Mai. Maximo II et Aquilino cons.] Dazu KLINGENBERG, *Servus fugitivus* (Fn. 20) 187 f.

⁵⁶ D. 21,1,58,2 (Paul. 5 resp.) *Servum dupla emi, qui rebus ablatis fugit: mox inventus praesentibus honestis viris interrogatus, an et in domo venditoris fugisset, respondit fugisse: quaero, an standum sit responso servi. Paulus respondit: si et alia indicia prioris fugae non deficiunt, tunc etiam servi responso credendum est*. Vgl. KLINGENBERG, *Servus fugitivus* (Fn. 20) 97.

⁵⁷ D. 22,3,7 (Paulus 2 sent.) *Cum probatio prioris fugae deficit, servi quaestioni credendum est: in se enim interrogari, non pro domino aut in dominum videtur* (= PS 2,17,13). Dazu L. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis* (1994) 162 f.; A. BELLODI ANSALONI, *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta* (2011) 235 ff.; KLINGENBERG, *Servus fugitivus* (Fn. 20) 102.

sich ein hypothetischer Käufer des Onesimus vor oder spätestens im Prozess durch dessen Vernehmung verschafft.

4. Onesimus kein „typischer“ *fugitivus*?

Ein zentrales Argument gegen die herrschende Ansicht ist bei LAMPE, dass Onesimus schlecht zum Bild des typischen Flüchtlings passte:

Die Philemonbrief-Exegese setzt für den zu Paulus gelaufenen Sklaven Onesimus den Rechtsstatus des „*fugitivus*“, des flüchtigen Sklaven, voraus. Onesimus wird in die Reihe der „Ausreißer“ gestellt, die freiheitsdurstig ihrem Herrn davonlaufen, um im Ausland, in einer Räuberbande oder in der Großstadt unterzutauchen.⁵⁸

Auch wenn einigen literarischen Quellen (die Tatsachen oder Erwartungshaltungen zeigen können)⁵⁹ bestimmte Verhaltensweisen als „typisch“ für *fugitivi* entnommen werden, schließt ein anderes Verhalten allein das Vorliegen einer Flucht noch nicht aus: *Fugitivi* mussten genauso wenig zu Räubern werden,⁶⁰ wie Suizid⁶¹ zu verüben.

Nimmt man hingegen die Juristenschriften als das umfangreichste einschlägige Corpus⁶² zur Basis, die im Unterschied zu literarischen Werken eher die „gewöhnlichen“ Fälle vor Augen haben,⁶³ bietet sich

⁵⁸ LAMPE, Keine „Sklavenflucht“ (Fn. 11) 135.

Ebenso HARRILL, Slaves (Fn. 2) 7: „We know that ancient slaves fled their masters and typically sought asylum in a temple or at a statue of an emperor (Achilles Tatius, *Leukippe et Clitophon* 7,13), went underground in a large city (Cicero, *Epistulae ad Quintum fratrem* 1,2,14), joined marauding bands of maroon gangs in the countryside (Athenaeus, *Deipnosophistae* 265d-266e), or tried to enlist in the army under a false identity (Pliny, *Epistulae* 10,29-30)“ und P. STUHLMACHER, *Der Brief an Philemon*⁴ (Evangelisch-katholischer Kommentar zum Neuen Testament) (2004) 22.

⁵⁹ Vgl. F. KUDLIEN, Zur sozialen Situation des flüchtigen Sklaven in der Antike, *Hermes* 116 (1988) 233 und 248; Ch. J. FUHRMANN, Policing the Roman Empire. Soldiers, Administration, and Public Order (2012) 25 f.

⁶⁰ Für Th. GRÜNEWALD, *Räuber, Rebellen, Rivalen, Rächer. Studien zu den latrones im römischen Reich* (1999) 85 wurden „flüchtige Sklaven fast automatisch zu Räubern“.

⁶¹ Nach KUDLIEN, *Situation* (Fn. 59) 246 ebenfalls typisch.

⁶² KUDLIEN, *Situation* (Fn. 59) 232; BELLEN, *Studien* (Fn. 5) 2 f. KLINGENBERG, *Servus fugitivus* (Fn. 20) kommentiert immerhin 296 einschlägige Texte.

⁶³ Einzelschicksale vermerken Juristen nur, wenn der Rahmen des Gewöhnlichen gesprengt wurde, wie durch *Barbarius Philippus*, der es aufgrund der Bürgerkriegswirren sogar zum

ein ganz anderes Bild. Weder der Digestentitel 11,4 *De fugitivis*, der das intensive Zusammenwirken aller administrativen Ebenen bei Bekämpfung der Sklavenflucht dokumentiert,⁶⁴ noch andere Rechtstexte erwähnen Maßnahmen⁶⁵ gegen den Widerstand von *fugitivi*. Die Vorkehrungen dort galten eher Grundbesitzern etc., die Nachforschungen behinderten.⁶⁶

Dass dies keine zufälligen oder auf den Kompilationsvorgang⁶⁷ zurückzuführende Verzerrungen oder Lücken sein können, ergibt sich aus der Behandlung von Sklaven, die sich als Freie geriert hatten.⁶⁸ Diese wurden im Rahmen der Koerzitions Gewalt bereits für das niederschwellige Verhalten bestraft,⁶⁹ dass sie wie Ciceros entlaufener Bibliothekar⁷⁰ einen freien Status vorgetäuscht hatten.⁷¹ Die Missbilligung gegenüber dem Phänomen der Sklavenflucht war so intensiv, dass selbst ein gewaltloser *servus pro libero se gerens* in die Nähe von Spartacus gerückt wurde,⁷² der auch in der Kaiserzeit als Archetypus des widersetzlichen Sklaven im öffentlichen Bewusstsein⁷³ präsent war. Wären flüchtige Sklaven mehrheitlich unter die Räuber gegangen,

Prätor brachte (D. 1,14,3, Ulp. 38 Sab.). Zu dem Fall s. R. KNÜTEL, Barbatius Philippus und seine Spuren (Falsus praetor, parochus putativus, Scheinbeamter), FS Mikat (1989) 345 ff.

⁶⁴ FUHRMANN, Policing (Fn. 59) 35.

⁶⁵ Die einzige öffentliche Strafmaßnahme betraf unter Konstantin den Übertritt zu den Barbaren: C. 6,1,3 (Imp. Const. et Licin. AA ad Probum) *Si fugitivi servi deprehendantur ad barbaricum transeuntes, aut pede amputato debilitentur aut metallo dentur aut qualibet alia poena adficiantur [sine die et consule, a. 317 – 323]*. S. KLINGENBERG, Servus fugitivus (Fn. 20) 8 f.

⁶⁶ BELLEN, Studien (Fn. 5) 5 ff.; KLINGENBERG, Servus fugitivus (Fn. 20) 19 f.; zuletzt FUHRMANN, Policing (Fn. 59) 30 ff.

⁶⁷ Für HARRILL (Fn. 2) 9 oder WESSELS, Letter (Fn. 15) 144 ein weiterer Grund, den Wert der juristischen Überlieferung in Zweifel zu ziehen.

⁶⁸ Vgl. dazu D. 11,4,2 (Call. 6 cogn.); D. 15,1,3,8 (Ulp. 29 ed.); D. 21,1,17,16 (Ulp. 1 ed. aedil. cur.); D. 40,12,10 (Ulp. 55 ed.); D. 40,12,11 (Gai. ed. praet urb. de liberali caus.); D. 41,2,3,10 (Paul. 54 ed.); D. 41,3,15,1 (Paul. 15 Plaut.); D. 46,3,19 (Pomp. 21 Sab.); D. 46,3,34,5 (Iul. 54 dig.); D. 47,10,15,45 (Ulp. 77 ed.).

⁶⁹ D. 11,4,2 (Call. 6 cogn.) *Fugitivi simplices dominis reddendi sunt: sed si pro libero se gesserint, gravius coerceri solent*. S. KLINGENBERG, Servus fugitivus (Fn. 20) 59 f.

⁷⁰ Cic. Fam. 13,77: *Dionysius, servus meus .. cum multos libros surripuisset nec se impune laturum putaret, aufugit. is est in provincia tua: eum et M. Bolanus, meus familiaris, et multi alii Naronae viderunt, sed, cum se a me manumissum esse diceret, crediderunt*.

⁷¹ D. 40,12,10 (Ulp. 55 ed.); dazu KLINGENBERG, Servus fugitivus (Fn. 20) 116 f.

⁷² D. 41,2,3,10 (Paul. 54 ed.): *Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat, ut fecit Spartacus ...* Zu den juristischen Aspekten KLINGENBERG, Servus fugitivus (Fn. 20) 121 f.

⁷³ Vgl. die Befürchtungen, die ein erfolgloser Aufstand von Gladiatoren in Praeneste 64 n.Chr. sogar in Rom auslöste (Tac. ann. 15.46): *Per idem tempus gladiatores apud oppidum Praeneste temptata eruptione praesidio militis, qui custos adesset, coerciti sunt, iam Spartacum et vetera mala rumoribus ferente populo, ut est novarum rerum cupiens pavidus que*. S. weiters FUHRMANN, Policing (Fn. 59) 24 Fn. 14.

hätte das wohl zu anderen Gegenmaßnahmen geführt und dann auch in juristischen Quellen einen Niederschlag finden müssen.

Auch hätten sich die Probleme in vielen Rechtstexten kaum ergeben bzw. wären von den Juristen anders gelöst worden, wenn *fugitivi* als solche ohne weiteres zu erkennen gewesen wären. Wie alle Sklaven⁷⁴ waren auch *fugitivi* – außerhalb ihres unmittelbaren Lebensbereiches – kaum zu identifizieren;⁷⁵ mit einer als *fugitivus* bekannten Person⁷⁶ ein Geschäft zu schließen, konnte leicht als „Fluchthilfe“ verstanden werden.⁷⁷

5. Die Heimkehr des Onesimus

Die für die Rezeption wohl zentrale Frage, ob Onesimus bei seiner Heimkehr gemäß Paulus' Bitte von seinem Herrn gnädig aufgenommen wurde,⁷⁸ kann man aus Phlm. naturgemäß nicht beantworten. Sie enthält jedoch das zweite Motiv für LAMPES rechtliche Argumente gegen die *fugitivus*-These:

Gilt Onesimus rechtlich als „nicht-flüchtig“, ist es überflüssig, sich mit der bisherigen Exegese auszumalen, zu welchen Strafen der Herr Philemon berechtigt gewesen wäre: Flüchtige Sklaven hatten Prügel, Fesselung, Brandmarkung, zuweilen Kreuzigung zu gewärtigen.⁷⁹

⁷⁴ D. 18,1,5 (Paul. 5 ad Sab.) *Quia difficile dinosci potest liber homo a servo ...* Vgl. einen solchen Fall in Plin. epist. 10,74.

⁷⁵ Ziel des Eigentümers war, den *fugitivus* am Beginn seiner Flucht zu stoppen; danach standen die Chancen schlecht; s. BELLEN, Studien (Fn. 5) 5 f.

⁷⁶ Auch der *fugitivus* hatte wegen der Gefahr einer Anzeige Interesse daran, möglichst unverdächtig zu erscheinen; s. dazu R. GAMAUF, Indicium: Die Denunziation von flüchtigen Sklaven im Spiegel der römischen Jurisprudenz, FS Hausmaninger (2006) 104 ff.

⁷⁷ Bewusste Unterstützung eines *fugitivus* war Beihilfe zum *furtum sui*. Die Schwelle lag im ersten Jahrhundert gelegentlich nicht sehr hoch. S. das Entscheidungsreferat bei Gell. 11,18,14 (*Atque id etiam, quod magis inopinabile est, Sabinus dicit, furem esse hominis iudicatum, qui, cum fugitivus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae, tamquam se amiciens, ne videretur a domino, obstitisset.*) und die offenbar notwendige Klarstellung von Selbstverständlichem in D. 47,2,63 (Marc. 4 reg.: *Furtum non committit, qui fugitivo iter monstravit.*). Auch wurde diskutiert, ob das bloße Kennen eines *fugitivus* schon für ein *furtum* ausreichte; s. GAMAUF, Indicium (Fn. 75) 97 f.

⁷⁸ Einer Tradition zufolge wurde er sogar Bischof; s. z.B. P. R. COLEMAN-NORTON, The Apostle Paul and the Roman Law of Slavery, Studies in Roman Economic and Social History in: Honor of Allan Chester Johnson (1959) 169; J. D. M. DERRETT, The Functions of the Epistle to Philemon, Zeitschrift für die Neutestamentliche Wissenschaft und die Kunde der älteren Kirche 79 (1988) 85.

⁷⁹ LAMPE, Keine „Sklavenflucht“ (Fn. 11) 137.

Wenn Philemon trotz Paulus' Fürsprache Onesimus mit den römischen Sklavenhaltern zur Verfügung stehenden Mitteln wegen seiner Flucht bestrafe, würde dies die Fähigkeiten des Paulus nicht in einem guten Licht erscheinen lassen. Um dies auszuschließen, wird argumentiert, dass, wenn Onesimus kein *fugitivus* war, Philemon weder Pflicht⁸⁰ noch Recht⁸¹ zur Bestrafung hatte; dessen Aufnahme als „geliebter Bruder“ (v. 16) und der Erfolg von Paulus' Bemühungen wird damit wahrscheinlich gemacht.

Aber auch dafür spielt eine Qualifikation als *fugitivus* im Sinne des ädilizischen Edikts keine Rolle. Einem reuigen Flüchtling konnte ein Herr jederzeit verzeihen;⁸² für das ädilizische Edikt blieb der freiwillige Heimkehrer jedoch *fugitivus*.⁸³ Die Beurteilung nach dem ädilizischen Edikt abstrahierte vom persönlichen Verhältnis zwischen Herr und Sklave und orientierte sich an objektiven Erwartungen gegenüber Sklaven. Genausowenig hätte eine Strafe vorausgesetzt, dass Onesimus *fugitivus* im engeren Sinn gewesen wäre.⁸⁴ Die Bestrafung von (geflohenen) Sklaven überließ das römische Recht der freien Entscheidung ihrer Herren.⁸⁵ Diese sollten Sklaven weder grundlos töten noch übertrieben grausam behandeln. Ob diese Prinzipien – die sich erst in Reskripten unter Antoninus Pius finden⁸⁶ – bereits im ersten Jahrhundert zu beachten waren, ist allerdings strittig.⁸⁷ Aber auch im 2. Jahrhundert wäre eine selbst erhebliche Strafe wegen unberechtigter Entfernung⁸⁸ nicht als *sine causa* betrachtet worden.

⁸⁰ BIEBERSTEIN, *Disrupting* (Fn. 6) 107 betrachtet Flucht als „crime that must be prevented, one that must also be punished as a deterrent to other slaves.“ So auch DE VOS, *Once a Slave* (Fn. 19) 90.

⁸¹ DUNN, *Epistles* (Fn. 16) 306: „As a fugitive slave Onesimus could quite properly be punished by beatings, chain, branding, or worse.“ BAUER, *Paulus* (Fn. 3) 114: „Der Begleitbrief des Paulus sollte Onesimus eine freundliche Wiederaufnahme im Haus seines Herrn ermöglichen und ihn bei seiner Rückkehr vor den damals üblichen Strafen für Sklavenflucht (Prügel, Fesselung, Brandmarkung, Kreuzigung) bewahren.“ S. weiters WENGST, *Brief* (Fn. 40) 42 und MÜLLER, *Brief* (Fn. 2) 63.

⁸² S. Petron. 107,4: *Saevi quoque implacabilesque domini crudelitatem suam impediunt, si quando paenitentia fugitivos reduxit, et dediticiis hostibus parcimus*; dazu BELLEN, *Studien* (Fn. 5) 18.

⁸³ D. 21,1,17,1 (Ulp. 1 ed. aed. cur.) *Caelius autem fugitivum esse ait eum, qui ea mente discedat, ne ad dominum redeat, tametsi mutato consilio ad eum revertatur: nemo enim tali peccato, inquit, paenitentia sua nocens esse desinit*.

⁸⁴ Aus der Differenzierung von HARRILL, *Slaves* (Fn. 2) 7 ff. zwischen „criminal runaway“ und dem „merely delinquent, truant“ ergeben sich keine rechtlichen Konsequenzen.

⁸⁵ KLINGENBERG, *Servus fugitivus* (Fn. 20) 8 f.; Ausnahmen oben bei Fn. 64 und 68.

⁸⁶ Gai. *Inst.* 1,53; *Coll.* 3,3,1 – 6 (Ulp. 8 off. procons.); D 1,6,1,2 (Gai. 1. inst); D. 1,6,2 (Ulp. 8 off. procons.) IJ 1,8,2.

⁸⁷ GAMAU, *Ad statuum* (Fn. 18) 52 ff.

⁸⁸ Selbst die Flucht vor einem üblen Eigentümer galt als strafwürdig; s. BELLEN, *Studien* (Fn. 5) 17.

6. Paulus: *fur, plagiarius* ...?

Zur sicheren Beurteilung des Onesimus reichen die Informationen nicht aus; in einer besseren Position befindet man sich dagegen hinsichtlich Paulus' rechtlicher Position: Dieser hatte wissentlich einen fremden Sklaven aufgenommen, ihn zeitweilig behalten und genützt und wünschte sogar noch, dies weiter fortzusetzen (vv. 11 und 13). Legt man das römische Recht zugrunde,⁸⁹ begründete das den Verdacht eines *furtum* wegen wissentlicher Aufnahme eines *fugitivus*.⁹⁰ Weiters konnten ihm in Tateinheit damit das prätorische Delikt der *corruptio servi*⁹¹ und das Verbrechen des *plagium* (Anmaßung des Herrenrechts über einen fremden Sklaven)⁹² angelastet werden.

Im Zeitpunkt der Absendung des Briefes war Paulus also durchaus in einer prekären Situation: Die Benachrichtigung des Eigentümers⁹³ konnte möglicherweise zu spät kommen, um ihn vom Verdacht des *furtum* zu entlasten;⁹⁴ die Rücksendung des Onesimus befreite nicht von einer Haftung wegen *furtum*.⁹⁵ Zudem hatte er die Pflicht zur prompten Auslieferung von

⁸⁹ Welches Recht tatsächlich anwendbar gewesen wäre, ist eine andere, für das Untersuchungsziel nicht relevante und wohl wieder nur im Wege der Spekulation beantwortbare Frage; vgl. VERDAM, St.-Paul (Fn. 17) 222 ff.; LLEWELYN, Review (Fn. 16) 42; DERRETT, Functions (Fn. 77) 73 f.

⁹⁰ D. 11,4,1 pr. (Ulp. 1 ed.) *Is qui fugitivum celavit fur est*. S. schon DUNN, Epistles (Fn. 19) 304: „And Paul, too, if he had in effect harbored a fugitive slave, had put himself also in the wrong with Philemon ... in which case he, too, presumably needed to do more fence-mending with Philemon on his own behalf than we actually find in the letter“.

⁹¹ D. 11,3,1 pr. (Ulp 23 ed.) *Ait praetor: „Qui servum servam alienum alienam recepissee persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriozem faceret, in eum quanti ea res erit in duplum iudicium dabo“*; B. BONFIGLIO, *Corruptio servi* (1998).

⁹² D. 48,15; dazu Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (1899) 780 ff.; R. LAMBERTINI, *Plagium* (1980); O. F. ROBINSON, *The Criminal Law of Ancient Rome* (1995) 32 ff. KLINGENBERG, *Servus fugitivus* (Fn. 20) 13 ff.

Mit Blick auf Onesimus weisen schon COLEMAN-NORTON, *Apostle* (Fn. 69) 170; BELLEN, *Studien* (Fn. 5) 80; WENGST, *Brief* (Fn. 41) 40; STUHLMACHER, *Brief* (Fn. 58) 23 und MÜLLER, *Brief* (Fn. 2) 113 auf diese Möglichkeit hin.

⁹³ D 47,2,43,8 (Ulp. 41 Sab.). Dazu GAMAUF, *Indicium* (Fn. 75) 97 ff.

⁹⁴ Eine frühere Benachrichtigung des Philemon lässt sich nach dem Text nicht voraussetzen.

⁹⁵ D. 47,2,66 (Ulp. 1 ed. aed. cur.). Zur tätigen Reue beim *furtum* s. W. WALDSTEIN, *Zur Beachtlichkeit der tätigen Reue im römischen und im modernen Strafrecht*, FS Klecatsky II (1980) 1001 f.; A. RIECHELMANN, *Paenitentia: Reue und Bindung nach römischen Rechtsquellen* (2005) 139 f.

Flüchtlingen an die zuständige Behörde nach dem *edictum de fugitivis* nicht befolgt.⁹⁶

Jedoch setzte jede privat- oder strafrechtliche Sanktion den Nachweis von *dolus* voraus. Im Brief findet sich alles das, was in dieser Situation notwendig gewesen wäre, um Paulus vom Vorwurf der dolosen Aufnahme des Onesimus zu entlasten: Paulus betonte das Mitleid mit dem Sklaven und seine Absicht, ihn zu bessern (bekehren). Damit nahm er für sich dieselben Motive in Anspruch, die nach Ulpian in vergleichbaren Situationen die Annahme eines *dolus* wirksam entkräften konnten:⁹⁷

D. 11,3,5 pr. (Ulp. 23 ed.)

Doli verbum etiam ad eum qui recepit referendum est, ut non alius teneatur, nisi qui dolo malo recepit: ceterum si quis, ut domino custodiret, recepit vel humanitate vel misericordia ductus vel alia probata atque iusta ratione, non tenebitur.

Das bedeutet nicht, dass der Brief allein dazu intendiert war, Paulus gegenüber von deliktischen Ansprüche des Philemon (wegen *furtum* oder *servi corruptio*) oder vor strafrechtlicher Verfolgung (*plagium*) abzusichern.⁹⁸ Als er abgefasst wurde, musste Paulus jede Reaktion des Philemon ihm oder Onesimus gegenüber ins Kalkül ziehen: Ließ Philemon sich jedoch durch den Brief überzeugen, hatten beide von seiner Seite nichts mehr zu befürchten.

⁹⁶ D. 11,4,1,3 (Ulp 1 ed.) *Unusquisque eorum, qui fugitivum adpraehendit, in publicum deducere debet.* Diese Regelungen entstanden weit vor dem 2. Jahrhundert (FUHRMANN, Policing [Fn. 59] 36 ff.) und wurden spätestens um die Wende zum 2. Jahrhundert auch in Kleinasien beachtet (Plin. epist. 10,74 mit GAMAUF, Ad statuum [Fn. 18] 47 f.).

⁹⁷ Vgl. R. GAMAUF, Zur Frage 'Sklaverei und Humanität' anhand von Quellen des römischen Rechts, in: H. Bellen/H. Heinen (Hrsg.), Fünfzig Jahre Forschungen zur antiken Sklaverei an der Mainzer Akademie 1950-2000 (2001) 66 f.

⁹⁸ Die Funktion als Geleitbrief, der den Heimkehrenden vor der Festnahme als *fugitivus* schützen sollte, überlegt STUHLMACHER, Brief (Fn. 58) 23; vgl. bei O. F. ROBINSON, Ancient Rome. City Planning and Administration (1992) 177 zur Festnahme von Unbekannten, die deswegen als *fugitivi* verdächtigt wurden.

Die Ädilen und die Unterhaltungsindustrie im antiken Rom

Magdolna Gedeon

Im antiken Rom spielte immer eine bedeutende Rolle die Aufgabe zu erfüllen, das Volk zu unterhalten. Die Wörter von Iuvenalis, „*panem et circenses*,“¹ spiegeln bis heute die zwei Hauptbedürfnissen der Menschen am besten zurück. Die Unterhaltung des Volkes bediente nicht nur die Erhaltung, sondern auch die Wahrung der Macht von dem Königtum bis Ende der Kaiserzeit.

Die Mittel der Belustigung des Volkes waren im antiken Rom natürlich viel beschränkter als heute, aber die Hauptinstrumente der Unterhaltungsindustrie sind auch im unseren Alltagsleben die gleichen. Diese Mittel waren im antiken Rom die *ludi*, die aus Zirkusspielen (*ludi circenses*) und Theaterausführungen (*ludi scaenici*) bestanden, und die Gladiatorenspiele (*munera gladiatoria*). Im Rahmen der Zirkusspiele (*ludi circenses*) wurden zuerst Wagenrennen, später auch Athletenkämpfe (Agonen) veranstaltet. In der Veranstaltung der Spiele erhielten die Ädilen eine wichtige Rolle.

Der Plebs wählte die Ädilen zuerst im Jahr 494 v. Chr. neben die Volkstribunen.² Zu dieser Zeit gab es zwei Ädilen, und sie hatten die Aufgabe, Vorsteher der Gebäude zu sein, wo die Plebiszite aufbewahrt worden waren. Sie erhielten davon auch ihre Namen.³ Schon konnten diese Ädilen die Aufgabe haben, die *ludi* zu veranstalten, da Livius erzählt, dass die Patrizier aus seiner Reihe im Jahr 366 v. Chr. deswegen Ädilen wählten, weil die plebejischen Ädilen nicht unternehmen wollten, die vom Senat wegen der Feier der Ausgleich der Patrizier und Plebejer bestellten *ludi* zu veranstalten.⁴ Nach Pomponius wurden Ädilen (*aediles curules*) von den Patriziern gewählt, damit die Patrizier dem plebejischen Konsul entgegenwirken können, aber er zeichnet auch die Spielveranstaltung als Aufgabe der Ädilen auf.⁵ Cicero hielt fest, dass es den Aufgaben der Ädilen im idealen Staat gehört, für die Stadt, die Märkte und die Spiele zu sorgen.⁶ Iulius Caesar hob um zwei die

¹ Iuv. Sat. 10,81.

² Gell. 17,21,11.

³ Pomp. D. 1,2,2,21 (*aedes* = Gebäude).

⁴ Liv. 6,42.

⁵ Pomp. D. 1,2,2,26.

⁶ Cic. Leg. 3,7 : *curatores ludorum sollemnium*; Att. 9,12; de orat. 1,57.

Anzahl der Ädilen auf. Die neuen Beamten waren für die Getreideversorgung verantwortlich, sie waren die *aediles cereales*.⁷

Welche *ludi* wurden von den Ädilen veranstaltet? Die Serie der *ludi* kann auf zwei Teile getrennt werden. Einerseits können wir die *ludi publici* unterscheiden, die immer am gleichen Tag des Jahres vom Staat veranstaltet wurden, und man konnte aus dem Kalender aussuchen, wann welche Gottheit gefeiert wird. Andererseits gab es die Serie der außerordentlichen Spiele, die ab und an, aus verschiedenen Gründen hauptsächlich von Privatmännern organisiert wurden. Den außerordentlichen Spielen gehörten vor allem die *ludi votivi*⁸ und die *munera gladiatoria*.

Im Rahmen der *ludi publici* erhielt der Ädil mehrere Aufgaben. Vor allem bei den *ludi Romani*,⁹ deren Veranstaltung gehörte bisher zu den Aufgaben des Konsuls.¹⁰ Da der Ädil nur ein *magistratus minor* war, und er hatte kein *imperium*, sollte der Konsul der Präses der Spiele bleiben,¹¹ und er oder sein Stellvertreter, der Prätor, sollte die Startzeichnung für die Wagenrennen

⁷ Pomp. D. 1,2,2,32; Suet. Caes. 1,41.

⁸ Die Votivspiele wurden hauptsächlich in einer schweren Lage zur Ehre von Iuppiter veranstaltet. Da in der Organisation der *ludi votivi* nur *magistrati maiores* teilnehmen durften, spielten an diesem Gebiet die Ädilen keine Rolle. Über die Veranstaltung der *ludi votivi* s. M. GEDEON, Juristische Regelung der Einführung und der Organisation der Zirkusspiele im alten Rom bis zur Prinzipatszeit, in: Journal on European History of Law 2 (2011/2), 40.

⁹ Die *ludi Romani* wurden zur Ehre von Iuppiter veranstaltet. Diese Spiele begannen am 15. September, und wurden daran vor allem Wagenrennen gehalten. Mommsen meint, dass diese *ludi* am Anfang keine jährlich veranstalteten Spiele waren, wie das von Livius festgestellt wird. Da diese Spiele zuerst von Tarquinius Priscus aus Gelegenheit des Sieges an den Latiner am Grund eines Votums veranstaltet wurden, waren sie *ludi votivi*, und später, im Jahre 366 v. Chr., als die Ädilen mit der *cura ludorum* beauftragt wurden, sollten sie jährlich organisiert werden [s. Th. MOMMSEN, Die *ludi magni* und *Romani*, in: Rheinisches Museum 14 (1859), 79–87 = Römische Forschungen, Hildesheim (1962) II, 42–57]. Diese Ansicht von Mommsen begründete die späteren Arbeiten, neuerlich ist es aber zweifelhaft, ob diese Festsetzung wirklich wahr ist. Mommsen leitet nämlich seine Thesen aus dem Name der *ludi* (*ludi Romani* oder *magni*). Obwohl die Votivspiele später als *ludi magni* genannt wurden, Bernstein erklärt diese Tatsache damit, dass diese Spiele große Aufwendungen brauchten, und beide wurden zur Ehre von Iuppiter veranstaltet, deshalb erhielten sie auch das *magni* Attribut. [F. BERNSTEIN, *Ludi publici*. Untersuchungen zur Entstehung und Entwicklung der öffentlichen Spiele im republikanischen Rom, Stuttgart (1988) 31–35]. Meiner Meinung nach, da Iuppiter die Hauptgottheit der Römer war, können wir dem Bericht von Livius Recht geben, da es unwahrscheinlich ist, dass die Römer gerade dem Iuppiter keine Spiele jährlich veranstaltet hätten.

¹⁰ Th. MOMMSEN, Römisches Staatsrecht, Berlin (1887–1888) II/1, 518.

¹¹ MOMMSEN (Fn. 10) II/1, 136.

geben.¹² So gehörte die Organisation der *ludi Romani* zu den Aufgaben der Ädilen, die Führung der Veranstaltungen zum Konsul.¹³ Die anderen bedeutenden Spiele waren die *ludi Plebei*,¹⁴ die von den plebejischen Ädilen organisiert werden sollten.¹⁵

Die *aediles curules* veranstalteten auch die *ludi Megalesia*.¹⁶ Cicero erklärt aber, dass er diese *ludi* nicht organisierte, weil diese Feier der Empfang eines fremden Kultes zur Ehre der Magna Mater war, die unter der Ädilität von Clodius die *Megalesia* der Sklaven geworden ist, als die Sehenswürdigkeiten von den Sklaven dargestellt und gesehen wurden.¹⁷

Es ist fraglich, ob die *Cerialia*¹⁸ von welchem Ädil veranstaltet wurde? Cicero, als *aedilis curulis* nahm unter, dass er diese Spiele veranstaltet.¹⁹ Gellius stellt aber fest, dass die Patrizier an der Feier der *Megalesia*, die Plebejer an der *Cerialia* pflegten, einander zu bewirten.²⁰ Wahrscheinlich gehörte die Veranstaltung der *Cerialia* später zu den Aufgaben der *aediles cereales*, obwohl Cassius Dio die Organisation dieser Feier noch im Jahr 46 v. Chr. dem *aedilis plebis* zuschreibt, aber es kann auch möglich sein, dass er einfach die zwei Ädilen verwechselte.²¹

¹² Liv. 45,1.

¹³ Kubitschek meint, dass die Ädilen an den Spielen zuerst nur eine Beihilfe neben dem Konsul leisteten, und sie nahmen die *cura ludorum* nur allmählich über [s. W. KUBITSCHKEK, *Aedilis*, in: *Paulys Real-Encyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft* 1 (1893), 456]. Viel überzeugend ist die Ansicht von Kunkel, dessen Meinung nach die *cura ludorum* wegen der Entlastung der Konsul den Ädilen, die Jurisdiktion den Prätores zufielen [s. W. KUNKEL, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik*, München (1995) 477].

¹⁴ Die *ludi Plebei* waren am 15. November mit Konvivium und Zirkusspielen zusammengesetzten Feier. Die Entstehung dieser Spiele steht mit den Prämissen des zweiten punischen Kriegs im Zusammenhang, als die Römer in der Angst vor dem Konflikt mit Karthago die Stützung von Iuppiter versichern wollten. Vgl. BERNSTEIN (Fn. 9.) 162.

¹⁵ Liv. 10,47; 23,30; 32,7; 33,25; 40,59 usw.

¹⁶ Liv. 34,54. Die *ludi Megalenses* wurden zur Ehre der Göttin Cybele, der Magna Mater, zu der die Römer – nachdem die römischen Gottheiten keine entsprechende Hilfe leisteten – unter dem zweiten punischen Krieg beteten, ab 191 v. Chr. jährlich zwischen 4–10. April veranstaltet. Vgl. J.-P. THUILLIER, *Sport im antiken Rom*, Darmstadt (1999) 380.

¹⁷ Cic. *Har. resp.* 24,20.

¹⁸ Ceres, die Göttin des Ackerbaus und der Getreideerzeugung, wurde mit *Liber* und *Libera* von den Römern verehrt, ihre Kirche stand am Aventinus. Die Feier der drei Gottheiten, die *Cerialia*, wurde am 19. April gehalten. Vgl. G. WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, München (1902) 297.

¹⁹ Cic. *2Verr.* 5,14,36.

²⁰ Gell. 18,2,11.

²¹ MOMMSEN (Fn. 10) II/1, 521.

Es ist auch unsicher, wer die *ludi Florales* oder *Floralia* veranstaltete.²² Die Kirche von Flora wurde nämlich für die Plebejer gebaut, deshalb würden wir erwarten, dass die *Floralia* von den plebejischen Ädilen veranstaltet wurden.²³ Cicero versprach aber, dass er als *aedilis curulis* diese *ludi* organisieren wird.²⁴ Wahrscheinlich wollte Cicero diese Spiele als *aedilis curulis* veranstalten, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, dass diese *ludi* zu den plebejischen Ädilen gehörten. Wir können feststellen, dass die Veranstaltung der *ludi Publici* sich zur Zeit der Republik – außer der *ludi Apollinares*,²⁵ worum der *praetor urbanus*²⁶ sich kümmern sollte – zwischen den kurulischen und plebejischen Ädilen verteilte.²⁷

In der Reihe der Beamten hatte der *aedilis* den untersten Platz. Im Jahre 180 v. Chr. schrieb die *lex Villia annalis* vor, dass die offizielle Laufbahn mit dem Amt der Ädilität oder der Quästur begonnen werden muss.²⁸ Die Wahlpropaganda hatte keine feste Form, die Kandidaten sollten selbst sich popularisieren.²⁹ Deshalb widmeten einige Ädilen große Beträge für die Erhöhung des Prunks der Spiele, damit sie das Wohlwollen des Volkes für den Fall versichern, wenn sie um ein höheres Amt sich bewerben wollen. Obwohl der Senat für die staatlichen Spiele einen bestimmten Betrag gab, ergänzten die Ädilen das Geld immer bedeutend aus ihren eigenen Taschen.

Das andere Mittel der Wahlpropaganda war das *munus gladiatorium*, das auch für diejenigen Kandidaten eine gute Lösung bedeutete, die noch kein Amt besetzten. Zur Zeit der Republik gehörten nämlich die Gladiatorenspiele noch nicht zum Kreis der *ludi publici*, deshalb konnten sie auch von den Privatmännern veranstaltet werden. Da diese Spielveranstaltungen sehr populär waren, mit Veranstaltung eines Gladiatorenkampfes konnte auch der Spielgeber eine gute Stellung in der Reihe der Beamtenkandidaten erhalten. Da der erste Schritt an der offiziellen Laufbahn die Ädilität war, nutzten die Bewerber auf dieses Amt diese Möglichkeit am meisten aus. Die Organisation der Spiele war ein sehr kostbares, aber notwendiges Mittel für jeden Kandidaten, deshalb endete die politische Karriere öfter im Konkurs, weil in der Wahlpropaganda entscheidende Bedeutung hatte, wer die dem Plebs am

²² Diese Feier zur Ehre von Flora wurde im Jahr 173 v. Chr. bei einer Dürre am Grund des Rates der Sibyllenbücher in Rom eingeführt, und zwischen 28. April und 3. Mai gefeiert.

²³ MOMMSEN (Fn. 10) II/1, 521.

²⁴ Cic. 2Verf. 5,14,36.

²⁵ Die Einführung dieser Spiele erfolgte auch zur Zeit des zweiten punischen Kriegs wegen der Herstellung des Friedens mit den Göttern. Vgl. THULLIER (Fn. 16) 37 – 38.

²⁶ Liv. 27,23.

²⁷ Vgl. W. NIPPEL, Aufrühr und Polizei in der römischen Republik, Stuttgart (1988) 27.

²⁸ J. ZLINSZKY, *Ius publicum*, Budapest (1994) 61.

²⁹ E. MEYER, Einführung in die antike Staatskunde, Darmstadt (1980) 180.

besten gefallenen Spiele gibt.³⁰ Deshalb wurde das versucht, den Wettbewerb bei Wahl zu beschränken.

Ein der Beschränkungsmittel war, dass die Schenkung für die Stimme unter den Sachverhalt des *ambitus* gezogen wurde, und die Veranstaltung eines Kampfspiels galt als ein Geschenk.³¹ Die *lex Tullia de ambitu* verbot im Jahr 63 v. Chr., dass jemand in den zwei Jahren vor der Nominierung für *magistratus* Gladiatorenspiele veranstalte.³² Ein Ädil konnte zur Zeit der Spiele nicht eingeklagt werden, weil er die Laune mit Hilfe der Spiele auf seinen Vorteil richten können hätte.³³ Außerdem wurde versucht, die vom Staat gegebenen finanziellen Rahmen zu maximieren, aber das konnte nicht verhindert werden, dass die Kandidaten aus ihren Vermögen die Pracht der *ludi* steigern.

Für die *ludi publici* gab nämlich der Staat einen zuvor bestimmten Betrag (*lucar*). Da die finanzielle Verwaltung den Aufgaben des Senats gehörte,³⁴ sollte dieses Staatsorgan immer den auf die Spiele verwendenden Beträgen zustimmen. So bestimmte immer der Senat den Aufwand eines Spiels. Livius berichtet uns darüber, dass wegen der riesigen Kosten von Ti. Sempronius *aedilis* veranstalteten Spiele im Jahr 179 v. Chr. ein *senatus consultum* erteilt wurde, worin festgelegt worden ist, wieviel Geld auf eine Spielveranstaltung aufgewandt werden kann. Die prachtvollen *ludi* belasteten nämlich sowohl Italien und die lateinischen Verbündeten als auch die Provinzen.³⁵ Nach dieser Quelle können wir feststellen, dass Rom für die Spiele auch von den Verbündeten und Provinzen – wie das von Livius schon früher erwähnt wurde³⁶ – bedeutende Einnahmen erhielt, und die Ädilen bis dieser Entscheidung mit dem Geld frei handeln konnten. Da die Ädilen auch *ius coertitionis* hatten, kam vor, dass die *aediles plebis* auch aus den von den bestraften Mietern der staatlichen Weiden konfiszierten Strafgeldern Spiele veranstalteten.³⁷

³⁰ Vgl. Cic. Mur. 40. Cicero erklärt hier seine Erfahrungen, als er sich um das Amt der Prätur bewarb. Die Spiele, die von ihm als Ädil gegeben wurden, blieben hinter den von Gaius Antonius Hibrida veranstalteten Spielen, von diesen Spielen waren aber die von Murena veranstalteten Spiele noch prachtvoller. Cicero fügt noch zu, dass Murena nie Ädil war, er erreichte zuerst das Amt des Prätors. Vgl. auch É. JAKAB, Választási botrány az ókori Rómában [Ein Wahlskandal im antiken Rom], in: Acta Universitatis Szegediensis. Acta Juridica et Politica 73 (2010) 395.

³¹ Th. MOMMSEN, Römisches Strafrecht, Leipzig (1899) 870.

³² Cic. Sest. 134.

³³ Cic. Planc. 83.

³⁴ MEYER (Fn. 29) 205.

³⁵ Liv. 40,44.

³⁶ Liv. 39,22.

³⁷ Liv. 10,23.

Obwohl der Staat, wie das schon oben erwähnt wird, auf die *ludi publici* offiziell einen größeren Betrag gab, wandten die Ädilen aus eigenem Vermögen die mehrfache dieses Geldes auf. Wie das von Zlinszky geschrieben wird: „Der junge Römer verausgabte sich, die Gunst des Volkes zu gewinnen, und später versuchte er das gegen jede Verbote zurückzunehmen – im allgemein gelang es ihm.“³⁸

Nehmen wir einen jungen römischen Bürger an, der mindestens 21 Jahre alt war, er hatte viel Geld, und er mochte den ersten Grad der offiziellen Laufbahn, die Ädilität erreichen. Da er noch im Kreis der Bürger unbekannt war, nahm er es vor, mit einem Gladiatorenspiel das Ansehen zu erhalten.³⁹ Dazu sollte er zuerst Gladiatoren beschaffen. Darauf gab es mehrere Möglichkeiten: er konnte am Sklavenmarkt kaufen,⁴⁰ aus den Verurteilten wählen,⁴¹ freiwillige Bewerber beschäftigen,⁴² mieten oder kaufen von den Lanisten.⁴³

Wenn er schon viele Gladiatoren hatte, musste er die Spiele verkünden. Mit der Werbung konnte er – mit heutigem Ausdruck – eine Werbefirma auftragen, die durch Aufschriften und Ausschreien die Gladiatorenspiele verkündeten.⁴⁴ Der künftige *aedilis* sollte auch einen geeigneten Schauplatz besorgen. Für die kleineren Gladiatorenkämpfe konnte er einen Markt in Anspruch nehmen (*Forum, Forum Boarium*) oder für ein aufwendiges Spiel musste er einen vorläufigen Schauplatz errichten.⁴⁵ Am Tag der Spiele konnte er auf die Beifälle der zukünftigen Wähler warten.⁴⁶ Wenn das Spektakel dem Volk gefällte, und der ehrgeizige Junge von der *comitia tributa* für *aedilis* gewählt wurde, an die Erreichung weiterer Ämter denkend veranstaltete er

³⁸ ZLINSZKY (Fn. 28) 61.

³⁹ Cic. Sest. 78.

⁴⁰ Cic. Sest. 134.

⁴¹ Cic. Sest. 134. Vgl. M. GEDEON, A gladiátorviadalok büntetőjogi szabályai az antik Rómában [Die strafrechtlichen Beziehungen der Gladiatorenspiele im antiken Rom], in: Acta Universitatis Szegediensis. Acta Juridica et Politica 65 (2004) 172.

⁴² Ulp. D. 3,2,2,5.

⁴³ Der *lanista* beschäftigte sich mit Kauf, Verkauf, Vermietung und Ausbildung der Gladiatoren.

⁴⁴ Eine im Pompeii gefundene Inschrift lautet: „*A. Suetti Certi aedilis familia gladiatoria pugnabit Pompeis pr. K. Iunias. Venatio et vela erunt*“ (CIL 4,1189). Vgl. J. B. POYNTON, The Public Games of the Romans, in: Greece & Rome 7 (1938), 83.

⁴⁵ Ab II. Jahrhundert v. Chr. konnten die Gladiatorenkämpfe auch im Circus Maximus gehalten werden, die Amphitheater wurden erst in der Kaiserzeit gebaut. Vgl. M. JUNKELMANN, Die Reiter Roms, Mainz am Rhein (1990) 107.

⁴⁶ Cic. Sest. 134.

anderen Privatgladiatorenspiele,⁴⁷ und er stellte seine Organisationsfähigkeit in die Bedienung der Veranstaltung der *ludi publici*.

Der *aedilis* hatte zwei Möglichkeiten, die staatlichen *ludi* zu veranstalten, wo hauptsächlich Wagenrennen im Programm standen. Er konnte das selbst mit eigenen Mitteln ausführen, oder er beauftragte darauf spezialisierten Unternehmer.⁴⁸ Wegen der steigenden Ansprüche waren die Magistraten immer weniger in der Lage, mit eigenen Apparaten und Personalen die Rennen zu veranstalten. Im Kreis des Ritterstandes kamen aber einige Unternehmer darauf, dass sie die nötigen Wagen, Pferde, Personalen halten, und die Beamten können das immer für die *ludi* gegen entsprechenden Zahlung in Anspruch nehmen (so entstanden die Faktionen).⁴⁹ Diese Möglichkeiten standen aber nicht nur für die *aediles*, sondern auch für jeden Beamten zur Verfügung.⁵⁰

Nach der Mühe der Vorbereitung der Spiele konnte der *aedilis* sich immer noch nicht ausruhen. Welche Rechte und Pflichten hatte er unter der Veranstaltungen? Er sollte zuerst entsprechend aussehen. Wie ich schon erwähnt habe, obwohl die *ludi Romani* von dem *aedilis* organisiert wurde, war der Konsul der Präses der Spiele. Deshalb trug der *aedilis* nur eine *praetexta* hier, das Purpurgewand durfte er nur an der Feier der *Magna Mater*, wo er auch den Vorsitz hatte, anziehen.⁵¹ Am Anfang der *ludi* nahm der Ädil die Opferzeremonie vor, aber er sollte darauf achten, keinen Fehler zu machen, weil die Spiele dann wiederholt werden mussten.⁵²

Die Ädilen waren auch für die Ordnung dieser Spiele verantwortlich. In Rom gehörten auch polizeilichen Aufgaben zu den Ädilen, für deren Erfüllung auch die entsprechende Personal und das Zwangsgewaltsrecht zur Verfügung stand.⁵³ Gegen die Schauspieler hatten sie strafendes Recht, im Krawall der Zuschauer hatten sie aber keine andere Möglichkeit, als die Veranstaltung zu brechen. Die Ädilen waren auch für die Ordnung der privaten Spiele verantwortlich. Das wird auch von einem Fall aus dem Jahre 56 v. Chr. bewiesen: Vatinius wurde an den von ihm veranstalteten Gladiatorenspielen mit Stein beworfen, deshalb verordneten die Ädilen in ihren Edikten, dass

⁴⁷ Als Caesar im Jahr 65 v. Chr. *aedilis* war, und er außer den offiziell veranstalteten Spielen noch Gladiatorenspiele gab (Suet. Caes. 10,3), das machte er nicht als ein Magistrat, sondern als eine Privatperson. Vgl. E. BALTRUSCH, Die Verstaatlichung der Gladiatorenspiele, in: *Hermes* 116 (1988) 334.

⁴⁸ MOMMSEN (Fn. 10) II/1, 518.

⁴⁹ BERNSTEIN (Fn. 9) 73.

⁵⁰ MOMMSEN (Fn. 10) II/1, 518.

⁵¹ MOMMSEN (Fn. 10) I, 413.

⁵² Cic. Har. resp. 23,4.

⁵³ MEYER (Fn. 29) 188.

man in der Arena nur mit Früchten herumwerfen darf. Wenn jemand das ernst genommen hätte, bleibt weiterhin fraglich, wie die Ädilen diese Anordnung einhalten lassen konnten.⁵⁴ Höchstwahrscheinlich hatten sie nicht viel Chance darauf.

Die Zensoren beauftragten die Ädilen im Jahre 194 v. Chr. auch mit der Aufgabe, dass sie ausführen sollten, dass die Ritter – die bisher im Zirkus gemischt mit dem *plebs* ihren Plätze hatten – im Zukunft getrennt sitzen können.⁵⁵

In der Hauptstadt verwies Augustus im Jahre 22 v. Chr. die *cura ludorum* von den Ädilen zu den Prätores, deshalb konnten die *aediles* in den Weiteren nur private Spiele in Rom veranstalten. Solche *spectacula* wurden aber nicht nur in Rom, sondern auch in anderen Städten des Reiches, wo die Ädilen auch in der Kaiserzeit im Zusammenhang der *ludi* weiterhin viele Aufgaben hatten.⁵⁶ Das wird auch von der *lex Ursonensis* aus dem Jahre 44 v. Chr. bewiesen. Dieses Gesetz schrieb vor, dass die Ädilen unter ihrer Amtszeit auch Spiele veranstalten sollen. Wer diese Aufgabe nicht erfüllen wollte, musste er 10.000 Sesterzen Strafe für die Stadt zahlen (Cap. 128).⁵⁷ Nach dem Gesetz gehörte zu den Aufgaben der Dekurionen zu entscheiden, ob die *duoviri ludi scaenici* oder Gladiatorenspiele zu Ehre von Iuppiter, Iuno und Minerva organisieren (Cap. 70). Die Ädilen konnten auch ähnliche Spiele veranstalten, die drei Tage lang dauerten. Davon wurde ein im Zirkus oder am Forum für Venus gehalten (Cap. 71).

Abweichend von Rom wurde festgelegt, wieviel Geld der *aedilis* für die Spiele von der Stadt erhalten kann, und wie groß der Betrag ist, den die Magistraten aus eigenem Vermögen mindestens für die *ludi* wenden müssen (Cap. 71). Die *duoviri* erhielten 2.000, die Ädilen 1000 Sesterzen von der Stadt, aus ihrer Taschen sollten sie noch 2000 Sesterzen auf die Spiele ausgeben.⁵⁸ Die Tatsache, dass die Ädilen weniger Geld bekamen, beweist, dass die von den Duovieren veranstalteten Spiele bedeutender waren, als die *ludi* der Ädilen.⁵⁹ Obwohl die Magistraten die Verantwortung für ihre Tätigkeit trugen,

⁵⁴ NIEPPEL (Fn. 27) 33. Macrobius erzählt diese Geschichte im Rahmen einer Anekdote, die über den Scherz eines Jurist, Cascellius, berichtet: Cascellius wurde gefragt, ob man mit Kienapfel herumwerfen darf, der auch ein Frucht ist. Der Jurist antwortete, dass ja, wenn der Kienapfel Vatinius treffen würde (Macr. Sat. 2,6,1).

⁵⁵ Liv. 34,44.

⁵⁶ Vgl. W. OHNESSEIT, Über den Ursprung der Aedität in den italienischen Landstädten, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Rom. Abt. 4 (1883) 208.

⁵⁷ W. LIEBENAM, Städteverwaltung im römischen Kaiserreich, Leipzig (1900) 34.

⁵⁸ BALTRUSCH (Fn. 47) 333.

⁵⁹ OHNESSEIT (Fn. 56) 208.

waren sie in den wichtigen Entscheidungen zu der Zustimmung des Stadtrates gebunden. So sollten sie auch für die Spielfinanzierung die Einwilligung des Rates erhalten.⁶⁰

Der Stadtrat schrieb auch vor, wer wo im Zirkus sitzen darf. Die Sitze wurden für die Stadteinwohner und die Gäste getrennt zugewiesen. Die Ädilen sollten sich darum kümmern, dass jedermann den entsprechenden Platz nehme, sonst musste der Magistrat 5000 Sesterzen der Stadt zahlen (Cap. 126).⁶¹

In der Kaiserzeit hielt der Kaiser selbst die Unterhaltungsindustrie in seinen Händen. Obwohl er in einer Wahlpropaganda nicht teilnehmen sollte, bewarb er sich aber um Gunst des Volkes. Zu diesem Zweck organisierten die Kaiser vor allem aufwändige Gladiatorenspiele. Diese kaiserlichen Spektakel waren aber außerordentliche Spiele, die Veranstaltung der staatlichen Gladiatorenkämpfe gehörte zuerst den Aufgaben der Prätores, später der Quästoren. Diese unbedeutenden Magistraten konnten nämlich die Macht des Kaisers nicht bedrohen.⁶² So können wir bemerken, dass die Ädilen an diesem Gebiet in Rom ihren Funktionen verloren, sie behielten diese Aufgabe nur in den Munizipien.

Die antiken Spiele können wir mit den heutigen Sportveranstaltungen in Parallele stellen. An den bedeutenden Wettbewerben erscheinen auch die Politiker, die die Gunst des Volkes auch auf dieser Weise gewinnen wollen.⁶³

⁶⁰ K. CHRIST, Geschichte der römischen Kaiserzeit von Augustus bis zu Konstantin, München (1988) 388.

⁶¹ LIEBENAM (Fn. 57) 34.

⁶² Vgl. K.-W. WEBER, Panem et circenses, Massenunterhaltung als Politik im antiken Rom, Mainz am Rhein, (1994) 14.

⁶³ Ausführlicher s. M. GEDEON, Az antik Róma „sportjoga” [„Sportrecht” im antiken Rom], Miskolc (2005).

Nový český občanský zákoník a jeho výkladová pravidla

Petr Hajn

Když jsem před léty po absolutoriu právnické fakulty pracoval jako podnikový právník ve velkém strojírenském podniku s mezinárodní působností, položil mi kdosi otázku, který z předmětů vyučovaných na právnické fakultě byl zvláště užitečný pro mé praktické právníkové působení. Odpověď tazatele překvapila. Za velmi prospěšný výukový předmět na fakultě jsem označil římské právo. Svůj názor jsem nezměnil ani později ve vztahu k novějším studijním programům na právnických fakultách. Ke klasickým moudrostem z antiky se vracím i v současné době, když mám vysvětlovat některá ustanovení z obecné části nového českého občanského zákoníku (zák. č. 89/2012 Sb. dále jen „NOZ“), jež byla, jsou a zřejmě i ještě dlouho budou předmětem pochybností a sporných výkladů.

Výkladové potíže působí sám § 10 odst. 2 NOZ, který stanovuje výkladová pravidla pro situaci, za níž právní případ nelze posoudit ani podle výslovného znění právního předpisu ani podle analogie. Řešení tohoto problému v NOZ má svou historii. Podle původního návrhu NOZ¹ a znění jeho § 10 odst. 2 „není-li takové ustanovení a zůstane-li i potom pochybné, jak právní případ rozhodnout, posoudí se po důkladném uvážení všech jeho okolností podle přirozených zásad právních a zvyklostí občanského života“. **V § 10 odst. 3 původního návrhu NOZ pak bylo stanoveno: „Nelze-li právní případ řešit podle odstavců 1 a 2 či trvají-li pochybnosti i nadále, posoudí se podle normy, jakou by pro něj s přihlédnutím k závěrům právní nauky a k ustálené rozhodovací praxi vytvořil sám soudce, pokud by byl zákonodárcem; nemůže však rozhodnout výrokem obecným a normativním.“**

Důvodová zpráva k původnímu návrhu NOZ pak uváděla, že jeho § 10 poskytuje základní instrukce k výkladu zákona a pokračuje textem: „Komplex pravidel shrnutých do tohoto ustanovení se záměrně, kategoricky, a také v logické návaznosti na § 2, rozchází s Robespierovou maximou, že slovo ‚soudní tvorba práva‘ musí být vymýceno z našeho slovníku“. Dále důvodová zpráva k původnímu znění návrhu NOZ uváděla, že pravidla uvedená v § 10 odst. 1 a 2 NOZ „budou zásadně postačující k tomu, aby jednotlivý

¹ Viz Návrh občanského zákoníku (část první až čtvrtá); Návrh pracovní komise, hlavní zpracovatelé Prof. Dr. JUDr. Karel ELIÁŠ; Doc. JUDr. Michaela ZUKLÍNOVÁ, CSc; vydalo Ministerstvo spravedlnosti České republiky.

případ, jehož právní základ není zpočátku zcela jasný, byl postaven na půdu juristicky dostatečně pevnou. Může se ale stát, že pochybnosti budou přetrvávat i nadále, neboť pro kauzu mohou být relevantní různé principy ocitnůvší se ve vzájemném konfliktu a bude nutné rozhodnout se, kterému dát nakonec přednost. Může se také stát, že případ bude podle analogie vůbec neřešitelný. A že ani poukaz na právní principy neposkytne dostatečné vodítko – např. ocitne-li se ve hře několik právních zásad téže síly, z nichž každá bude směřovat k jinému závěru. Ale ani za takových situací nemůže právo mlčet. Tehdy se navrhuje nařídit, obdobně jako v čl. 1 občanského zákoníku Švýcarska (*Zivilgesetzbuch*; ZGB), aby soudce formuloval *a priori* normu, podle níž případ posoudí. Tím není řečeno, že by soudce vytvářel objektivní právo ve smyslu juristicky obecně závazných precedentů, neboť osnova jej navrhuje pověřit k aplikaci hypotetické normy jen k posouzení jednotlivého případu (*ad hoc*), tedy k postupu, který je dnes označován jako *analogia legis*. Toto pojetí odpovídá zásadě, že zákon mluví povšechně, je však třeba pamatovat i na to, že se „přihodí něco mimopovšechného, a tehdy je správné tam, kde zákonodárce, poněvadž mluvil všeobecně, něco pomínil a pochybil, opominutí opravit, jak by řekl i sám zákonodárce, kdyby byl přítomen, a jak by byl ustanovil, kdyby o tom věděl“.² Při této činnosti však není možné ponechat volné pole libovůli. Proto soudce musí přihlédnout k závěrům právní vědy a k ustálené soudní praxi a se zřetelem k nim formulovat své stanovisko. Nenařizuje se, aby soudcovské stanovisko odpovídalo dosavadní soudní praxi nebo doktríně, ale odchýlí-li se od nich, musí to být náležitě vyargumentováno. Ačkoliv zákoník předpokládá soudcovské dotváření práva a zčásti k němu vybízí, stanoví mu zároveň jisté meze, neboť osnova nechce opustit limity kontinentálního právního systému, kam české právo patří. Proto se podle čl. 5 *Code civil* zakazuje judikovat jednotlivý případ výrokem obecným a normativním.“

Původní znění § 10 NOZ a zejména jeho odst. 3 NOZ se setkalo s kritikou, která mohla mj. vyjadřovat obavu z prý silící tendence k „soudcokrácii“.³ Mohla se ovšem také uplatnit latinská moudrost *IUDICIS EST IUS DICERE, NON DARE*, což Kincl překládá tak, že povinností soudce je soudit podle práva, ne právo tvořit.⁴ Současné platné znění NOZ pak usiluje o jakousi střední, vyváženou polohu radikálními odpůrci a krajními příznivci soudcovské

² Aristoteles: *Etika Nikomachova*. Praha (1996), s. 146 – odkaz na Aristotelovu myšlenku je uveden v samotné důvodové zprávě k původnímu návrhu NOZ.

³ Jde o termín svého času šířený především Václavem Klausem, dřívějším prezidentem České republiky.

⁴ KINCL, J.: *Dicta et regulae iuris aneb právnícké mudrosloví latinské*. Praha (1990), s. 136.

tvorby práva. Zprvu uvažovaný text v návrhu § 10 odst. 3 je nahrazen zněním § 10 odst. 2 platného NOZ, podle něhož při nedostatku výslovného ustanovení a nemožnosti řešit věc podle analogie „**posoudí se právní případ podle principů spravedlnosti a zásad, na nichž spočívá tento zákon (rozuměj NOZ – poznámka P. H.), tak, aby se dospělo se zřetelem ke zvyklostem soukromého života a s přihlédnutím k stavu právní nauky i ustálené rozhodovací praxi k dobrému uspořádání práv a povinností**“. Kriteria je tu stanoveno povícero a nebude vždy snadné uvést je do souladu či alespoň dospět k jisté rovnováze mezi nimi, jak se tuto myšlenku pokusím rozvést v dalším textu. Ta či ona ze sporných stran (a zpravidla obě dvě) budou svá stanoviska opírat o některý či některé z uváděných „zdrojů normativity“ a musí se pak uplatnit obdoba starořímské myšlenky *NEMO PROHIBETUR PLURIBUS EXCEPTIONIBUS UTI, QUAMVIS DIVERSIAE SIT* (Paulus D. 44,1,8), – Nikomu nelze bránit, aby užil více procesních námitek, byť byly různé povahy.⁵ Hrozí pak nebezpečí, že nebude plněn požadavek jiné klasické moudrosti ve znění: *INTEREST REI PUBLICAE UT SIT FINIS LITIIUM* – „Stát má zájem na tom, aby soudní spory (rychle) končily“.

Jednoduché není již posouzení sporné věci podle principů spravedlnosti. Jak si pamatuji z přednášek profesora Viktora Knappa (odkazujícího na pojetí Aristotelovo), existují dvě podoby spravedlnosti – tj. spravedlivost rozdělovací a spravedlnost vyrovnávací. Rozdíl mezi nimi se dá vysvětlit na příkladu, který jsem převzal od významného německého civilisty profesora Martina Posche: *Po honu přijdou tři myslivci do hospody a na věšák pověsí odjištěné pušky. Do věšáku kdosi strčí a ze všech tří pušek je vystřeleno. Na základě znaleckého posudku se pak zjistí, že projektil z jedné pušky usmrtil člověka, projektil z druhé poškodil cennější vázu vystavenou v hostinci a projektil z třetí zbraně vylétl otevřeným oknem na zahradu, kde nezpůsobil žádnou škodu. Posuzováno z hlediska spravedlnosti rozdělovací, by si všichni tři myslivci zasloužili stejný trest za shodnou nedbalost. Jak však lze předpokládat, soud vyjde zejména z principů spravedlnosti vyrovnávací a rozhodne podle následků oné nedbalosti – vlastníka první ze zmíněných pušek čeká trestněprávní sankce a možná i náhrada nemajetkové újmy pro pozůstalé podle § 2971 NOZ (počinání onoho myslivce lze označit za hrubou nedbalost a pozůstalí mohou onu událost pokládat za osobní neštěstí); vlastník pušky druhé bude povinen nahradit vzniklou škodu danou cenou vázy (není vyloučeno, že se uplatní i tzv. cena obliby) a vlastník třetí pušky „vyvázne“ se sankcí za správní delikt.*

⁵ KINCL, J.: *Dicta et regulae iuris aneb právnícké mudrosloví latinské*. Praha (1990), s. 170.

Nejen v takto konstruovaných, „laboratorních“ příkladech, ale i v denním životě práva se rozdíl mezi spravedlností rozdělovací a vyrovnávací běžně projevuje. Opět podle paměti si připomínám myšlenku, kterou významný francouzský civilista André Tunc uvedl ve svém díle o právní odpovědnosti. I dobrý řidič prý každé čtyři minuty udělá chybu a poruší pravidla silničního provozu. Jaké budou faktické i právní následky takového pochybení, záleží pak na některých dalších okolnostech v silničním provozu a v podstatě na tom, zda se pochybení řidiče časově setkalo, nebo nesetkalo s těmito okolnostmi, zjednodušeně řečeno, zda měl chybující řidič štěstí, či nikoliv.

Ještě složitější situace nastane, jestliže by mělo být rozhodováno podle zásad, na nichž spočívá nový občanský zákoník. V § 3 odst. 2 NOZ je uvedena celá řada takových zásad uvozených slovem „zejména“; jedná se tudíž o demonstrativní výčet. Možný rozpor mezi nimi a dokonce i rozpor i v rámci některé z těchto zásad si lze snadno představit stejně jako výkladové obtíže z toho pramenící. Jako jeden příklad za mnohé lze poukázat na text uvedený pod písm. c) uvedeného ustanovení. Z něj se podává, že „nikdo nesmí pro nedostatek věku, rozumu nebo pro závislost svého postavení utrpět nedůvodnou újmu; nikdo však také nesmí bezdůvodně těžit z vlastní neschopnosti k újmě druhých“. Co je „nedostatek rozumu“ a co je „vlastní neschopnost“ může být sporné, stejně tak jako „nedůvodnost újmy“ a „bezdůvodné těžení“ z určité osobní situace. Navíc zmíněný demonstrativní výčet zásad, na nichž spočívá občanský zákoník, je rozsáhle rozšířen v § 3 odst. 3 NOZ, podle kterého soukromé právo vyvěrá také z dalších obecně uznaných zásad spravedlnosti a práva.

K takovým obecně uznávaným zásadám patří „*neminem ledere*“ (nikomu se nemá škodit) a „*in dubio pro libertate*“ (v pochybnostech ve prospěch svobodného jednání). Tyto zásady se dostávají do specifického poměru v právu proti nekalé soutěži, jež nyní nový občanský zákoník také upravuje. Obě z těchto zásad představují jisté meze pro uplatnění zásady druhé. Akcent na jednu či druhou z nich ovšem není stálý a může se měnit podle ekonomické situace, podmínek života jednotlivých státních útvarů, podle zvyklostí i podle oblastí lidského působení. Platí to již proto, že lidská svoboda musí být chápána ve dvojím smyslu – pozitivním (jako svoboda aktivního, zejména tvořivého jednání) a negativním (svoboda od útisku, bezpečnost, ochrana před újmami). Vztah mezi zásadou „svobody lidského jednání“ a zásadou „nikomu neškodit“ (a její přirozenou součástí „být chráněn před škodami“) je proto komplementární i konkurenční zároveň.

V § 2976 odst. 1 NOZ, který ve své podstatě odpovídá znění § 44 odst. 1 obch. je stanoveno: „Kdo se dostane v hospodářském styku do rozporu

s dobrými mravy soutěže jednáním způsobilým přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům, dopustí se nekalé soutěže. Nekalá soutěž se zakazuje“. V tomto ustanovení je zakázáno jednat v hospodářském styku tak, aby to bylo způsobilé přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo zákazníkům (tj. včetně spotřebitelů) a také jiným osobám (viz § 2988 NOZ); takový zákaz je však dán jen za podmínky, že tím byly porušeny dobré mravy hospodářské soutěže. Pravidla hospodářského soutěžení (podobně jako pravidla soutěže sportovní) nelze ovšem koncipovat tak, aby konkurenční střety končily vždy nerozhodným výsledkem. V hospodářské soutěži (opět stejně jako v soutěži sportovní) budou vítězové i poražení, lépe či hůře umístění na soutěžním žebříčku. Pouhé způsobení újmy soutěžiteli ještě nevypovídá o nekalém charakteru soutěžního jednání. To směřuje k tomu, aby se určitý subjekt na trhu prosadil vůči subjektům jiným, zejména vůči svým bezprostředním konkurentům, čímž jim ovšem může přivodit stav, jenž si zaslouží označení újmy. Občas to vede dokonce k situaci, kterou ekonomové označují za „pozitivní destrukci“; některé ekonomické subjekty totiž musí zaniknout, aby uvolnily místo subjektům zdatnějším či lépe přizpůsobeným potřebám doby.

Odlíšné posouzení bude v situacích, za nichž jednání v hospodářském styku může přivodit újmu subjektům spotřebitelům. Zde si lze představit užší hranice pro podnikatelskou svobodu a takový výklad dobrých mravů hospodářské soutěže, který bude mít na zřeteli ochranu těch slabších. Nepůjde ovšem o bezvýhradnou ochranu, jak mimo jiné naznačuje § 4 NOZ. Podle tohoto ustanovení (vyvratitelné domněnky) „má se za to, že každá svéprávná osoba má rozum průměrného člověka i schopnost užívat jej s běžnou péčí a opatrností a že to každý od ní může v právním styku důvodně očekávat.“

Konec konců to budou soudci a soudkyně, jež na základě kritérií nabízených v textu zákona musí vyložit tento text i skutkový stav a rozhodnout. Takový výklad nebude jen záležitostí ryze intelektuální. Uplatní se při něm i vůle těch, kdo rozhodují, jejich hodnotový žebříček. V rozhodnutí se projeví i mnohé z toho, čemu se na právnických fakultách učili v předmětech, které se zdánlivě netýkaly dnešní doby. V rozhodnutí se uplatní i vliv jejich učitelů a jimi předávaných myšlenek, jak jsem naznačil v předchozím textu. Proto jsem i z hlediska práva proti nekalé soutěži rád, že se na trnavské Právnické fakultě traduje římské právo a že ho přednáší taková výrazná pedagogická a vědecká osobnost jakou je letošní jubilant profesor Peter Blaho. Do dalšího jeho působení mu přeji ještě mnoho let a hodně spokojených studentů.

La tradizione del diritto romano e il Codice civile generale austriaco (ABGB)

Gábor Hamza

1. I tentativi di unificazione del diritto privato - 2. Il processo di elaborazione del Codice civile generale austriaco (ABGB) - 3. Le caratteristiche generali del Codice civile generale austriaco - 4. L'influenza della Scuola storica sull'uso del Codice civile generale austriaco e sulla scienza giuridica - 5. La riforma del Codice civile generale austriaco nel XX secolo

1. I tentativi di unificazione del diritto privato

Ritroviamo i principi del diritto romano nell'ambito dei formulari e dei testi giuridici delle regioni ereditarie austriache; essi rivestivano però solo un ruolo sussidiario.

A partire dalla seconda metà del XVI secolo i giuristi che affrontavano problemi di diritto privato dal punto di vista pratico cercarono di avvicinare il diritto consuetudinario statale, ovvero il diritto delle regioni ereditarie (i territori austriaci sopra e sotto l'Enns, Stiria, Carinzia, Krain, Tirolo, Görz, Trieste, Istria e Vorarlberg) al diritto romano e al diritto canonico, mossi dallo scopo di unificare i diversi ordinamenti giuridici.

I tribunali delle città (per esempio quelli di Vienna) in casi relativi alle successioni e ai rapporti patrimoniali fra coniugi citavano il diritto romano giustiniano direttamente, oppure tramite le opere dei Commentatori.

Come si diceva, a partire dalla seconda metà del XVI secolo gli autori dei trattati che analizzavano questioni giurisprivatistiche da un punto di vista pratico – tra loro ha particolare rilievo Bernhard Walther – hanno armonizzato il diritto consuetudinario delle regioni austriache con il diritto romano. Il diritto romano ha così facilitato l'avvicinamento fra i diritti consuetudinari di ciascuna regione. Esso, alla svolta del XVIII e del XIX secolo, insieme al diritto naturale ha costituito la base della codificazione giusprivatistica avente fine l'unificazione del diritto.

Bernhard Walther von Walthersweil (1516 – 1584), professore di legge e giurista pratico, era originario di Leipzig. Tra il 1537 – 1539 studiò a Bologna con Alciatus, poi divenne dottore *utriusque iuris* a Pavia. In base alle sue opere, scritte negli 1552 – 1558 (*Aurei Tractatus iuris Austriaci*) e chiamate

“dissertazioni d’oro” grazie al loro alto livello scientifico – secondo Arnold Luschin von Ebengreuth – viene considerato “il padre” della scienza giuridica austriaca. Nelle opere di Walther von Walthersweil il diritto consuetudinario è il diritto principale. Laddove la consuetudine non è adatta, deve essere utilizzato il diritto comune, ovvero il *ius Romanum* per garantire certezza giuridica (*certitudo iuris*).

Sulla scia di Bernhard Walther von Walthersweil diversi trattati vennero scritti in Austria. Dobbiamo menzionare le opere di Johann Baptist Suttinger von Thurnhoff (? – 1662), Johann Heinrich Reutter, Johann Weingärtler, Benedikt Finsterwalder e Nikolaus von Beckmann (1634 – 1689).

L’opera di Nikolaus von Beckmann, intitolata *Idea iuris statutarii et consuetudinarii Stiriaci et Austriaci cum Iure Romano collati* pubblicata nel 1688 è caratterizzata dall’uso del metodo comparativo. L’autore compara il diritto consuetudinario e il diritto statuario della Stiria e dell’Austria sotto e sopra l’Enns con il diritto romano.

Nikolaus von Beckmann è autore anche dell’opera *Doctrina iuris* pubblicata nel 1676, considerata anche un lavoro di diritto in forma antologica. Questo giurista progettò per primo la sostituzione del *Corpus iuris civilis* con le Istituzioni di Giustiniano e con il *Corpus Iuris Leopoldinum* basato sul *Digesto* (l’opera fu intitolata in questo modo con riferimento al regno dell’imperatore Leopoldo I (1658-1705) ritenuto il „secondo Giustiniano” [*redivivus et alter Justinianus*]). Anche Benedikt Finsterwalder si prefisse lo scopo di unificare l’ordinamento giuridico dell’Austria sopra e sotto l’Enns con il diritto comune-romano nella forma di compilazione o codice.

Il giurista e cancelliere Johann Baptist Suttinger è l’autore dell’opera, pubblicata in diverse edizioni, *Consuetudines Austriacae*, nella quale il diritto romano è presentato come un diritto sussidiario. L’opera fu pubblicata per la prima volta qualche decennio dopo la morte dell’autore, nel 1716 a Norimberga (Nürnberg).

Sempre con riferimento all’unificazione del diritto privato dobbiamo menzionare le diverse collezioni di diritto consuetudinario. La collezione *Institutum Ferdinandi I*, così intitolata in onore dell’imperatore Ferdinando I (*de facto* dal 1556, *de iure* dal 1558 fino al 1564), arciduca dell’Austria (1521 – 1564) e conclusa nel 1528, può essere ritenuta il primo progetto di codice contenente il diritto dell’Austria sotto l’Enns. Nell’opera, grazie all’influenza degli Umanisti, è forte il ruolo ricoperto dal diritto romano. Questo lavoro, però, non influenzò la giurisprudenza austriaca.

La *Landtafel oder Landesordnung des Erzherzogtums unter der Enns*, chiamata anche “Progetto Püdler” (*Entwurf Püdler*) dal nome del suo autore Wolfgang Püdler, fu pubblicata nel 1573 e fu utilizzato nella pratica come

codice. Il “Progetto Püdlér” influenzò notevolmente i vari progetti di codice e la codificazione del diritto privato durante il XVIII secolo. Abraham Schwarz lo utilizzò nel suo Progetto di codice di diritto dell’Austria sopra l’Enns (1609).

Dobbiamo ancora menzionare l’opera *Kompilationen der vier Doktoren* pubblicata nel 1654 e scritta da Suttinger, Seiz, Hartmann e Leopold. Quest’opera è stata influenzata dalle compilazioni precedenti e dal diritto romano. La compilazione è strutturata in sei libri: diritto delle azioni, contratti, diritto delle successioni testamentarie, diritto delle successioni secondo la legge, diritto feudale e *iura corporalia*. Il lavoro è talvolta in opposizione al diritto consuetudinario tradizionale. Per esempio, nella disciplina della successione legittima. Questo deriva dal fatto che il Progetto utilizza le disposizioni giustinianee in tema di successioni senza modifiche significative. Il quarto libro sulle successioni legittime entrò in vigore nel 1720 con il titolo di *Neue Satz- und Ordnung vom Erbrecht außer Testament* (nuove disposizioni sulla successione al di fuori del testamento) nell’Austria sopra l’Enns. La compilazione entrò in vigore senza modifiche nell’Austria sopra l’Enns e nella Stiria nel 1729, e qualche anno dopo in Krain e nella Carinzia.

Il *Tractatus de iuribus incorporalibus* del 1679 contiene disposizioni sui rapporti giuridici fra i sudditi, sulla proprietà e sul diritto del mutuo e dell’enfiteusi dell’Austria sopra l’Enns. Questo lavoro, disciplinante la proprietà privata autonoma agraria e utilizzato come legge agraria in seguito all’approvazione del sovrano, fu modificato più volte. Dobbiamo ancora menzionare le disposizioni di diritto successorio pubblicate in diverse regioni ereditarie tra il 1720 – 1749, che costituirono la base della prima collezione di consuetudini in materia di successione legittima in Austria.

Questi progetti di *Landsrecht* condussero alla creazione del *Ius Romano-Germanicum* austriaco. Grazie a questi progetti gran parte del diritto privato austriaco fu raccolto sistematicamente e regolato in modo legislativo. Certi istituti giuridici presenti nei diversi progetti furono armonizzate ed in seguito a ciò certi progetti furono utilizzati come legge.

L’unica regione ereditaria dove la compilazione, ovvero la codificazione del diritto privato non rimase soltanto un progetto fu il Tirolo. Qui infatti i decreti regionali erano approvati dall’imperatore. Fra i decreti emerge per importanza la *Bauernlandesordnung* del 1526, la quale riconosce la capacità giuridica dei contadini nelle successioni. Questa disposizione fu sostituita da un decreto del 1532 legato al nome di Jakob Frankfurter, seguito a sua volta nel 1573 da un decreto modificato (*Neureformierte Landesordnung*), in vigore fino all’ABGB. Il contenuto di questa fonte giuridica fu influenzata dal diritto tedesco dato che Leopòlto V d’Asburgo, arciduca d’Austria-Tirolo (1625 – 1632) riconobbe ben due volte – nel 1619 e nel 1628 – il vigore sussidiario del diritto romano comune.

La codificazione del diritto privato fu anticipato dai decreti regionali della Boemia e Moravia, rinnovati ed approvati dall'imperatore nel 1627 – 1628.

I diversi diritti delle regioni ereditarie furono avvicinate per garantire la certezza del diritto (*certitudo iuris*) con l'aiuto del diritto romano. Il diritto romano all'inizio del XIX secolo fu una colonna portante nella codificazione del diritto privato, finalizzata all'unificazione dei vari diritti.

2. Il processo di elaborazione del Codice civile generale austriaco (ABGB)

L'ABGB è opera del lavoro di due generazioni di giuristi eminenti. Maria Teresa (1740 – 1780) costituì una commissione il 14 febbraio 1753 con lo scopo di compilare un diritto che era incerto e diviso. La commissione volle creare un unico codice per tutte le regioni ereditarie austriache con l'unificazione degli ordinamenti giuridici già esistenti. La commissione era formata da un presidente e da sei membri, i quali rappresentavano una parte dello Stato (Boemia, Moravia, Silesia, Pre-Austria, Austria sopra e sotto l'Enns e Austria Interiore). Il centro di lavoro della commissione era a Brünn, oggi Brno, città nella Repubblica Ceca. Il portar a termine della codificazione del diritto privato è dovuto in gran parte a Joseph Ritter von Azzoni (1712 – 1760), ottimo conoscitore del diritto romano comune, del diritto locale e del diritto naturale.

Il *Codex Theresianus* del 1766, rimasto allo stato di progetto (*Projekt*) era in verità una collezione di norme basata sulla casistica, avente 7377 paragrafi, e rispecchiante in gran parte le tradizioni del diritto romano. Il *Codex Theresianus* era costituito da tre parti (diritto delle persone, diritti reali e diritto delle obbligazioni) divise in capitoli. I capitoli si dividevano a loro volta in paragrafi.

Fece parte del lungo processo di codificazione del diritto privato la redazione dell'ABGB parziale (*Teil-ABGB*) – ovvero la prima parte del codice civile austriaco – nel 1786 e con la patente dell'imperatore Giuseppe II (1780 – 1790) in materia di successione, promulgata nello stesso anno. L'ABGB parziale – chiamato *Josephinisches Gesetzbuch* in onore di Giuseppe II – entrò in vigore nel 1787¹. In seguito alla codificazione il diritto romano cessò di essere diritto vigente; ciononostante continuò ad essere insegnato, da un lato a causa della vigenza limitata al diritto delle successioni del *Teil-ABGB*,

¹ Questo codice fu commentato da Joseph Leonard Banniza (1733-1780) con il titolo di "Gründliche Anleitung", ritenuto uno dei primi lavori della "nuova" scienza del diritto privato austriaca.

dall'altro per il fatto che il diritto romano rimase una base importante per i progetti dell'ABGB.

L'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* (ABGB), il Codice civile generale austriaco, fu promulgato nel 1811 ed entrò in vigore il 1 gennaio 1812 (riguardo al titolo tedesco del codice dobbiamo menzionare che l'Impero Austriaco fu creato nel 1804). L'ABGB abrogò tutte le fonti di diritto privato in vigore in quel periodo: il diritto romano, l'ABGB parziale del 1786 (*Josephinisches Gesetzbuch*), la patente successoria del 1786 ed il Codice per la Galizia del 1797, nonché il diritto consuetudinario e locale.

Il *Bürgerliches Gesetzbuch* per la Galizia, nonostante sia conosciuto con tre nomi diversi (*Bürgerliches Gesetzbuch für Westgalizien*, *Bürgerliches Gesetzbuch für Ostgalizien* e *Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien*) entrò in vigore nel 1797, ha un testo identico. Questo codice fu il primo codice civile completo e moderno in Europa e a livello mondiale. È da menzionare il fatto che il testo definitivo dell'ABGB nacque dalla modifica di questo codice tra il 1801 ed il 1810.²

Il Codice civile generale austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* /ABGB/, 1811), nella cui redazione hanno avuto un'importanza determinante Karl Anton Freiherr von Martini zu Wasserberg (1726 – 1800) e Franz von Zeiller (1751 – 1828); ambedue erano rappresentanti del diritto naturale secolarizzato (“*säkularisiertes Naturrecht*”) nonché adetti della filosofia kantiana. È da notare che una notevole parte del contenuto dell'ABGB ha radici riconducibili al diritto romano.

Per quanto riguarda la sua struttura, esso si basa “per quel che riguarda la separazione del diritto delle persone (*Personenrecht*) dal diritto reale (*Sachenrecht*)” sul sistema delle Istituzioni di Giustiniano. Secondo alcuni autori³ la struttura del Codice civile generale austriaco segue il cosiddetto ‘più giovane’ sistema pandettistico (“*jüngeres Pandektensystem*”).

La categorizzazione principale del diritto delle persone (*Personenrecht*) e dei diritti reali (*Sachenrechte*) segue quella del sistema delle Istituzioni. È caratteristica particolare del Codice civile generale austriaco la divisione dei diritti personali sulle cose (*persönliche Sachenrechte*) e i diritti sulle cose (*dingliche Sachenrechte*) nell'ambito della categoria (del termine) generale *De rebus* conosciuta nelle Istituzioni di Gaio.

² W. BRAUNEDER, Das Galizische Bürgerliche Gesetzbuch: Europas erste Privatrechtskodifikation. In H. Barta/R. Palme/W. Inghenaeff (hrsg.), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation. Tagungsband des Martini-Colloquiums*, 1998, Wien (1999).

³ H. KREJCI, *Privatrecht*, Wien (2000)⁴.

3. Le caratteristiche generali del Codice civile generale austriaco

Il testo originale del Codice civile generale austriaco contiene 1502 paragrafi (*Paragraphen*) interamente dedicati al diritto civile.⁴

L'Introduzione (*Einleitung*) del Codice (par. 1-14) "Delle Leggi in generale" (*Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt*) contiene le disposizioni generali del Codice.

La Parte prima (*Erster Teil*) del Codice (par. 15-284) "Del diritto delle persone" (*Von dem Personenrechte*) tratta il diritto delle persone (*ius personarum* o *de personis*) con il matrimonio e con le disposizioni riguardanti la filiazione.

La Parte seconda (*Zweiter Teil*) del Codice (par. 285-1341) "Del diritto sulle cose" (*Von dem Sachenrechte*) regola i diritti reali. In questa parte il Primo capitolo (*Erste Abteilung*) riguarda i "Diritti reali sulle cose" (*Von den dinglichen Rechten*). Qui sono regolati il possesso, la proprietà, l'acquisizione della proprietà, il diritto di pegno, le servitù e il diritto delle successioni (*Erbrecht*). Il Secondo capitolo (*Zweite Abteilung*) regola i "Diritti personali sulle cose" (*Von den persönlichen Sachenrechten*); i contratti, il diritto patrimoniale matrimoniale (*Von den Ehepakten*) e il risarcimento dei danni (*Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugthuung*).

Nella Parte terza (*Dritter Teil*) del Codice (par. 1342-1502) "Disposizioni comuni relative al diritto delle persone e al diritto sulle cose" (*Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte*) si trovano il fondamento dei diritti e delle obbligazioni (*Von Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten*), la modifica dei diritti e delle obbligazioni (*Von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten*), l'estinzione dei diritti e delle obbligazioni (*Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten*) e la prescrizione e l'usucapione (*Von der Verjährung und Ersitzung*). La Parte terza del Codice mostra poche similitudini con la Parte generale (*Allgemeiner Teil*) del sistema pandettistico (*Pandektensystem*).

Il Codice civile generale austriaco è considerato un codice civile generale per tre motivi. In primo luogo, l'ABGB era in vigore come unico codice in tutte le regioni ereditarie della monarchia austriaca. Ciò significa che tutti i diritti locali (*Lokalrechte*) in vigore in questi territori furono abrogati. In secondo luogo, – al contrario di altre fonti legislative – esso regolava i rapporti fra gli abitanti delle regioni ereditarie senza distinzione di stato sociale. Infine, l'ABGB regolava il diritto privato generale e non uno dei diritti privati speciali

⁴ Qui menzioniamo che circa 60 per cento del testo originale dell'ABGB è tuttora in vigore.

(*Sonderprivatrechte*) come il diritto commerciale (*Handelsrecht*) o il diritto cambiario (*Wechselrecht*).

Nella scienza del diritto privato in Austria fino alla metà del XIX secolo la Scuola Esegetica (*Exegetische Schule*) ebbe un certo rilievo; essa, – soprattutto sotto l’influenza della Scuola del diritto naturale (*Naturrechtsschule*) – spingeva i suoi rappresentanti a interpretare il codice civile alla lettera. Tra i rappresentanti della Scuola Esegetica troviamo Joseph Ritter von Winiwarter (1780 – 1848) e Franz Xaver Nippel von Weyerheim (1787 – 1862). Attraverso l’influenza della Pandettistica tedesca, a partire dalla seconda metà del XIX secolo – il periodo del neoassolutismo (*Neoabsolutismus*) – si arrivò ad un cambiamento nell’interpretazione dell’ABGB. Questo cambiamento non sarebbe mai avvenuto senza la riforma delle facoltà di giurisprudenza iniziata dal ministro dell’educazione Graf Leo von Thun-Hohenstein (1811 – 1888), il quale fece diffondere la dottrina e i concetti della Pandettistica (Scuola storica) tedesca. L’influenza della Pandettistica tedesca in Austria è stata limitata dal fatto che l’ABGB non si basa sul sistema delle pandette (*Pandektensystem*).

In Austria i rappresentanti più rinomati della Pandettistica tedesca basata sul diritto romano furono Moritz von Stubenrauch (1811 – 1865), autore tra l’altro dell’opera “*Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch auf das praktische Bedürfnis erläutert*”, Joseph Unger (1828 – 1913), Viktor Hasenöhr (1834 – 1903) e Anton Exner (1841 – 1894), il successore di Rudolf von Jhering a Vienna dal 1872 e di Bernhard Windscheid a Leipzig dal 1892.

4. L’influenza della Scuola storica sull’uso del Codice civile generale austriaco e sulla scienza giuridica

È soprattutto per merito di Joseph Unger, che la giusprivatistica austriaca, facendo suoi i concetti della Pandettistica, si è posta di nuovo sulla scia del diritto romano, e si è rinnovata dopo averlo recepito. La sua gigantesca opera di due volumi, rimasta incompiuta, intitolata “*System des Österreichischen Allgemeinen Privatrechts*” fu pubblicata nel 1856 e negli anni 1857/1859. Secondo Unger bisognava obbligatoriamente avvicinare la civilistica austriaca a quella tedesca ma senza abrogare l’ABGB nel processo di unificazione del diritto dei Paesi di lingua tedesca. Già nel 1850 Unger sottolineò la necessità di un unico codice civile basato sul diritto romano per la federazione degli Stati di lingua tedesca; si fece inoltre portatore dell’idea della re-interpretazione del Codice civile generale austriaco avvalendosi dei concetti della Pandettistica tedesca, pur mantenendo in vigore l’ABGB. Le osservazioni di Joseph Unger relative alla re-interpretazione del Codice civile generale austriaco sono

raccolte nella sua opera pubblicata nel 1858, “*Über den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz*”.

Dobbiamo menzionare che Adalbert Theodor Michel (1821 – 1877) già prima di Joseph Unger pose l’ABGB in un nuovo sistema (il diritto delle persone, diritto patrimoniale, diritto di famiglia e diritto successorio) nella sua opera “*Grundriß des heutigen österreichischen allgemeinen Privatrechts*”.

Il diritto privato austriaco si trasformò secondo il sistema della Pandettistica tedesca in gran parte per merito del noto civilista Ernest Till (1846 – 1926), di origine polacca. Till si occupò del diritto privato austriaco (*österreichisches Privatrecht*) nella sua opera “*Prawo prywatne austriackie*” (Diritto privato austriaco). Quest’opera di sei volumi fu pubblicato più volte tra il 1884 – 1911 e da allora è considerata un lavoro fondamentale dato che è il commentario più dettagliato dell’ABGB. Ernest Till partecipò anche ai lavori di riforma del Codice civile generale austriaco durante la prima guerra mondiale.

La prima esposizione completa del diritto privato austriaco in lingua tedesca è l’opera di Josef Krainz (1821 – 1875). La sua opera “*System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*” fu pubblicata, dopo la sua morte, tra il 1885 – 1889 da Leopold Pfaff. Quest’opera fu utilizzata e pubblicata anche da Armin Ehrenzweig (1864 – 1935), nato a Budapest.

Nell’interpretazione dell’ABGB ebbero un ruolo importante anche i giuristi interessati al diritto comparato. Qui dobbiamo menzionare soprattutto Anton Ritter von Randa (1834-1914), il quale durante i suoi studi sulla dottrina del possesso (*Besitzlehre*) utilizzò non solo il diritto romano comune ma anche il Codice generale prussiano (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*), il *Code civil* francese, il Codice civile sassone (*Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*) e quello di Zurigo (*Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*).

Il commentario redatto da Franz Hofmann (1847 – 1897) e Leopold Pfaff (1837 – 1914), sfortunatamente rimasto incompiuto, contribuì molto alla nuova interpretazione (re-interpretazione) del Codice civile generale austriaco. Questi due autori durante il loro lavoro di studio approfondito dell’ABGB crearono una “rinnovata civilistica austriaca” (“*erneuerte österreichische Zivilrechtswissenschaft*”), senza distaccarsi completamente dalle tradizioni della scienza del diritto privato austriaco.

5. La riforma del Codice civile generale austriaco nel XX secolo

I materiali dei lavori preparativi dell’ABGB, che spiegano l’origine e interpretano il senso originale dei paragrafi del Codice, furono pubblicati soltanto

negli anni Ottanta del XIX secolo. Sulla base di questi lavori diventa chiaro che i redattori del Codice civile generale austriaco si avvalsero del diritto romano e lo interpretarono e adoperarono in maniera adeguata. La loro intenzione era di giungere ad uno sviluppo del diritto romano *in forma codificata*.

Di conseguenza i giusciviltisti in Austria a partire dalla metà del XIX secolo non vollero redigere un codice civile nuovo ma si accontentarono di una re-interpretazione e di una revisione parziale (*Teilrevision*) del Codice civile generale austriaco in vigore.

Nel 1904 si formò una commissione incaricata della riforma dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*. Il suo presidente fu Joseph Unger, il quale iniziò la revisione del codice pubblicando la sua opera "*Zur Revision des ABGB*". Lo scopo della commissione era di elevare a forza di legge i risultati più recenti della scienza giusprivatistica. I risultati dei lavori preparativi furono tre novelle inserite nell'ABGB tramite "decreti di urgenza" (*Notverordnungen*): nel 1914 sul diritto delle persone, sul diritto di famiglia e sul diritto delle successioni, nel 1915 sul diritto di vicinanza (*iura vicinitatis*, *Nachbarrecht*), nel 1916 sulla riserva del diritto della proprietà (*Eigentumsvorbehalt*), sul divieto di aggravamento (*Belastungsverbot*), sui contratti, sull'assunzione del debito altrui (*Schuldübernahme*), sulla promessa di ricompensa (*Auslobung*), sul risarcimento del danno e sulla prescrizione.

Queste tre "novelle di urgenza" modificarono circa un quinto del Codice civile generale austriaco mentre riguardo alle obbligazioni modificarono 180 articoli. Le novelle furono influenzate dal BGB tedesco e dalla Pandettistica tedesca. Esse non modificarono la struttura dell'ABGB (non inserirono per esempio, tenendo conto del modello del BGB, una Parte Generale) ma precisarono alcune definizioni grazie al metodo della giurisprudenza dei concetti (*Begriffsjurisprudenz*).

L'ABGB dopo la proclamazione della Repubblica Austriaca (*Republik Österreich*, *Deutsch-Österreich*) e l'entrata in vigore della Costituzione federale (*Bundesverfassungsgesetz*), il 1 ottobre 1920, fu modificato più volte sulla base delle nuove leggi federali.

Il diritto matrimoniale e quello di famiglia furono modificati dalla Legge sul matrimonio (*Ehegesetz*) dopo l'annessione (*Anschluß*), quando l'Austria divenne parte dell'Impero Tedesco (*Deutsches Reich*)⁵. La Legge

⁵ Il nome Austria (*Österreich*) cessò di esistere e fu sostituito da *Ostmark*. Lo stato federale prima dell'*Anschluß* divideva l'Austria in sette "*Reichsgau*" (circoli imperiali) che non avevano un'amministrazione unica. I circoli venivano guidati direttamente dall'Impero Tedesco. Il nome *Ostmark* fu sostituito prima da *Reichsgaue der Ostmark* (circoli imperiali *Ostmark*) poi dall'*Alpen un Donaureichsgaue* (circoli imperiali delle Alpi e del Danubio).

sul matrimonio, promulgata il 6 luglio 1938, comporta l'unificazione del divorzio (*Ehescheidung*) in Austria e negli altri territori dell'Impero Tedesco. Questa legge regola il matrimonio ed il divorzio. Gli altri istituti del diritto matrimoniale e della famiglia sono regolati nell'ABGB.

In Austria è ancora oggi in vigore la legge del 6 luglio 1938 ("*Reichsgesetz über das Erlöschen der Fideikomnisse und des sonstigen gebundenen Vermögens*") la quale aboliva il fedecommesso (*Fideikommiss*) e il patrimonio di non libera disposizione (*das sonstige gebundene Vermögen*). Dopo l'annessione dell'Austria alla Germania furono modificate anche alcune disposizioni dell'ABGB riguardanti il diritto delle persone (*Personenrecht*).

Dei 1502 paragrafi del testo originale del Codice civile generale austriaco oggi sono in vigore ca. 1400. Il testo di più di 1020 paragrafi non è stato modificato. Questa identità dell'ABGB si spiega con il ruolo centrale dell'autonomia privata delle parti contraenti (*Privatautonomie der vertragsschliessenden Parteien*) che caratterizza il Codice civile generale austriaco. Nella maggior parte del Codice incontriamo regole dispositive. Le regole casistiche che si trovano nel Codice civile generale austriaco risultano dall'influenza della Scuola del diritto naturale (*Naturrechtliche Schule*).

In Austria era in vigore dal 1 luglio 1863 al 1939 il Codice commerciale generale tedesco (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*, abbreviato: *ADHGB*) del 1861. Questo Codice commerciale seguiva il sistema oggettivo ("*objektives System*") basato sull'atto commerciale ("*Handelsgeschäft*"). È da notare che l'*ADHGB* non regolava il diritto marittimo (*Seerecht*).

Dopo l'annessione dell'Austria alla Germania (*Anschluß*) il Codice commerciale generale tedesco fu sostituito dal secondo Codice commerciale tedesco (*Handelsgesetzbuch*, abbreviato: *HGB*) promulgato nel 1897 ed entrato in vigore nel 1900. Questo Codice è tuttora in vigore, con qualche minore modifica, in Austria.

Questo *Handelsgesetzbuch* segue il sistema soggettivo ("*subjektives System*") ponendo al centro la figura del commerciante.⁶

Vedi: G. HAMZA, Die Idee des "Dritten Reichs" im deutschen philosophischen und politischen Denken des 20. Jahrhunderts. Zeitschrift der Savigny-Stiftung (Germ. Abt.), p. 321-336 e idem: The Idea of the „Third Reich“ in the German Legal, Philosophical and Political Thinking in the 20th Century. Acta Juridica Hungarica 42 (2001), p. 91-101.

⁶ Qui notiamo che il *Handelsgesetzbuch* contrariamente al Codice commerciale precedente (*ADHGB*) regola anche il diritto marittimo (*Seerecht*).

Letteratura

N. Th. GÖNNER, Ueber das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erblände der Oesterreichischen Monarchie v. J. 1811, Landshut (1811); O. TAGLIONI (I-VIII vols.)/G. CAROZZI (IX-X. vols.), Commentario al Codice civile generale austriaco. I-X, Milano (1816 – 1828); A. Th. MICHEL, Handbuch des allgemeinen privatrechtes für das Kaiserthum Oesterreich, Olmütz (1853); G. CARCANO, Il Codice Civile Austriaco ed i suoi caratteri. Studi per la compilazione del Codice patrio, Milano (1860); J. BAINTRNER, Az ausztriai általános magánjog alaptanai. [Dottrine di base del diritto privato generale austriaco], Pest (1868); Ph. HARRAS VON HARRASOWSKY, Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes, Wien (1868) [Ristampa: Frankfurt am Main (1968)]; Ph. HARRAS VON HARRASOWSKY, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen. I-V, Wien (1883 – 1886); A. RANDA, Das Eigenthumsrecht nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes und der neueren Gesetzbücher, Leipzig (1884); B. KOLOSVÁRY, Jegyzetek az ausztriai magánjogból tartott előadásokhoz. [Note per le lezioni sul diritto privato austriaco], Kolozsvár (1906 – 1907); J. FREIHERR VON SCHEY, Über den redlichen und unredlichen Besitzer im österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche, Stuttgart (1998); G. MENYHÁRTH, Az elbirtoklás az osztrák polgári törvénykönyv alapján. [L'usucapione in base al Codice civile austriaco]., Kolozsvár (1910); H. VON VOLTELINI, Die naturrechtlichen Lehren und die Reformen des XVIII. Jahrhunderts. Historische Zeitschrift 105 (1910), p. 65-104; F. KLEIN, Die Lebenskraft des ABGB In Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Teil, Wien (1911); I. VON KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, Zur Stellung des römischen Rechts im ABGB. In Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Teil, Wien (1911); E. TILSCH, Le Code Civil Général Autrichien, son origine et son développement, (à l'occasion de son centenaire en 1911). Revue de droit international et de législation comparée 13 (1911), p. 113-130; H. VON VOLTELINI, Der Codex Theresianus im österreichischen Staatsrat. In Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Teil, Wien (1911), p. 33-82; G. MENYHÁRTH, Az osztrák általános polgári törvénykönyv magyarázata. I-II. [Spiegazioni del Codice civile generale austriaco. I-II], Budapest (1914); A. MENZEL, Kaiser Josef II. und das Naturrecht. Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919 – 1920), p. 511-528; M. ÚJLAKI, Az utódállamok jogegységesítő törekvései és a magyar magánjog. [I tentativi degli Stati successori di unificazione del diritto e il diritto privato ungherese], Szeged (1936); A. EHRENZWEIG, Das „Common law“ und das österreichische Recht. Österreichische Juristenzeitung (1946); A. STEINWENTER, Der Einfluß des römischen Rechts auf die Kodifikation des bürgerlichen Rechtes in Österreich. In Studi in memoria di P. Koschaker. I., Milano (1954), p. 403-426; G. WESENER, Geschichte des Erbrechts in Österreich seit der Rezeption, Graz-Köln (1957); F. GSCHNITZER, Hundertfünfzig Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. Juristische Blätter 84 (1962), p. 405-407; H. CONRAD, Recht und Verfassung des Reiches in der Zeit Maria-Thererasias. – Die Vorträge zum Unterricht des Erzherzogs Joseph im Natur-und Völkerrecht, Köln (1964); W. OGRIS, Der

Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert, Wien (1968); IDEM: Die historische Schule der österreichischen Zivilistik. In Festschrift für H. Lentze. Wien (1969); G. WESENER, Der Kauf nach österreichischem Privatrecht des 16. und 17. Jahrhunderts. In Festschrift für H. Hämmerle, Graz (1972), p. 433-449; W. BRAUNEDER, Die Entwicklung des Ehegüterrechts in Österreich. Ein Beitrag zur Dogmengeschichte und Rechtstatsachenforschung des Spätmittelalters und der Neuzeit, Salzburg (1973); G. WESENER, Zur Entwicklung des Pfandrechts in den altösterreichischen Ländern. In Festschrift für H. Demelius zum 80. Geburtstag, Wien (1973), p. 257-280; idem: Zur Bedeutung der österreichischen Landesordnungsentwürfe des 16. und 17. Jahrhunderts für die neuere Privatrechtsgeschichte. In Festschrift für N. Grass zum 60. Geburtstag. I., Innsbruck (1974), p. 613-631; IDEM: Der innerösterreichische Regimentskanzler Nikolaus von Beckmann und sein Kodifikationsplan. In Johannes Kepler, 1571 – 1971. Gedenkschrift der Universität Graz, Graz (1975), p. 641-656; H. STRAKOSCH, Privatrechtskodifikation und Staatsbildung in Österreich (1753 – 1811), München (1976); B. DÖLEMEYER, Die Revision des ABGB durch die drei Teilnovellen von 1914, 1915 und 1916. *Ius Commune* 6 (1977), p. 274-303; G. WESENER, Zur Entwicklung des Konkursrechtes in den altösterreichischen Ländern, vornehmlich im 16. und 17. Jahrhundert. In Festschrift für H. Baltl zum 60. Geburtstag, Innsbruck (1978), p. 535-556; G. KOCHER, Höchstgerichtsbarkeit und Privatrechtskodifikation. Die Oberste Justizstelle und das allgemeine Privatrecht in Österreich von 1749-1811, Wien-Köln-Graz (1979); Forschungsband Franz von Zeiller (1751 – 1828). (Hrsg. von W. Selb und H. Hofmeister) Wien-Graz-Köln (1980); G. WESENER, Zeillers Lehre „von Verträgen überhaupt“. In Forschungsband Franz von Zeiller (1751 – 1828). (Hrsg. von W. Selb und H. Hofmeister), Wien-Graz-Köln (1980), p. 248-268; W. OGRIS, Recht und Staat bei Maria Theresia. Zeitschrift der Savigny-Stiftung (Germ. Abt.) 98 (1981), p. 1-29; W. BRAUNEDER, Privatrechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich. *ZNR* 5 (1983), p. 22-43; G. WESENER, Naturrechtliche und römisch-gemeinrechtliche Elemente im Vertragsrecht des ABGB. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 6 (1984), p. 113-131; B. DÖLEMEYER, Die Teilnovellen zum ABGB. In Kodifikation als Mittel der Politik. (Hrsg. von H. Hofmeister), Wien-Graz-Köln (1986), p. 49-57; W. BRAUNEDER, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811. In Gutenberg-Jahrbuch 62, Mainz (1987), p. 205-254; A. FIJAL/W. ELLERBROCK, Das Österreichische ABGB vom 1. 6. 1811 – ein Jubiläum besonderer Art. *Juristische Schulung* 28 (1988), p. 519-523; G. WESENER, Anfänge einer österreichischen „gerichtlichen Rechtsgelehrsamkeit“. In *Recht und Geschichte*. Festschrift für H. Baltl zum 70. Geburtstag. (Hrsg. von H. Valentinisch), Graz-Wien (1988); IDEM: Adalbert Theodor Michel (1821 – 1877) – ein später Vertreter der Exegetischen Schule der österreichischen Ziviljurisprudenz. In Festschrift für L. Carlen zum 60. Geburtstag, Zürich (1989), p. 47-65; IDEM: Einflüsse und Geltung des römisch-gemeinen Rechts in den altösterreichischen Ländern in der Neuzeit (16. bis 18. Jh.), Wien-Köln (1989); H. HOFMEISTER, Privatrechtsgesetzgebung für Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus. In *Nationalsozialismus und Recht*. Rechtssetzung und

Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus. (Hrsg. von U. Davy/H. Fuchs/H. Hofmeister/J. Marte und I. Reiter), Wien (1990), p. 124-148; TH. MAYER-MALY, Kauf und Eigentumsübertragung im österreichischen Recht. Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 12 (1990), p. 164-168; W. BRAUNEDER, Vernünftiges Recht als überregionales Recht: Die Rechtsvereinheitlichung der österreichischen Zivilrechtskodifikationen 1786 – 1797 – 1811. In Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung, Berlin (1991), p. 121 sqq.; G. WESENER, Dingliche und persönliche Sachenrechte – iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung. In Festschrift für H. Niederländer zum siebzigsten Geburtstag. (Hrsg. von E. Jayme et alii), Heidelberg (1991), p. 195-213; IDEM: Römisches Recht und österreichische Rechtsgeschichte. In Die Österreichische Rechtsgeschichte. Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven, Graz (1991), p. 285-294; W. BRAUNEDER, Das österreichische ABGB: Eine neuständische Kodifikation. In Vestigia Iuris Romani. Festschrift für G. Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992. (Hrsg. von G. Klingenberg, J.M. Rainer und H. Stiegler), Graz (1992), p. 67-80; W. BRAUNEDER, Das Eigentum des ABGB, die alten Eigentumsordnungen und die Gewerbefreiheit. In Pocta K. Malému k 65. narozeninám, Praha (1995); U. FLOSSMANN, Die Stellung der verheirateten Frau im ABGB 1811 (Ein Beitrag zum Gleichheitsdiskurs in der österreichischen Rechtsgeschichte). In Pocta K. Malému k 65. narozeninám, Praha (1995); F. BYDLINSKI, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien-New York (1996); M. HEBEIS, Karl Anton von Martini (1726–1800). Leben und Werk, Frankfurt am Main u.a. (1996); G. WESENER, Die Rolle des Usus modernus pandectarum im Entwurf des Codex Thesianus. Zur Wirkungsgeschichte des älteren gemeinen Rechts. In Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für K. Kröschell zum 70. Geburtstag. (Hrsg. von G. Köbler und H. Nehlsen), München (1997), p. 1363-1388; H. HEISS, Der Einfluss des Code Civil auf die österreichische Privatrechtskodifikation. In Naturrecht und Privatrechtskodifikation. Tagungsband des Martini-Colloquiums 1998. (Hrsg. von H. Barta, R. Palme und W. Inghenaeff), Wien (1999), p. 515 sqq.; A. VÖLKL, Die österreichische Kodifikation und das römische Recht. In Naturrecht und Privatrechtskodifikation. Tagungsband des Martini-Colloquiums 1998. (Hrsg. von H. Barta, R. Palme und W. Inghenaeff), Wien (1999), p. 277 sqq.; G. WESENER, Zum Erbrecht des Codex Thesianus. Zwischen ius commune und Vernunftrecht. In Mélanges F. Sturm. I. (Sous la direction J.-F. Gerken et alii), Liège (1999), p. 943-957; E. A. KRAMER, Der Einfluß des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht. Archiv für die civilistische Praxis 200 (2000), p. 365 sqq.; W. BRAUNEDER, Werbőczys Tripartitum in Österreich. In Studien über István Werbőczy. (Hrsg. von G. Hamza unter Mitwirkung von Á. Boóc und Cs. Buzády), Budapest (2001), p. 13-26.; G. WESENER, „Von Sachen und dinglichen Rechten“. Zum Sachenrecht des Codex Thesianus. In Rechtsgeschichte und Interdisziplinarität. Festschrift für C. Schott zum 65. Geburtstag, Bern (2001), p. 255-266; G. HAMZA, Das Privatrecht und die Privatrechtskodifikation in Österreich vom Mittelalter bis Ende des 20. Jahrhunderts. Annales Universitatis Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae. Sectio Juridica 43 (2002), p. 53-69; H. KOZIOL/R. WELSER,

Grundriss des bürgerlichen Rechts. Bd. I. Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, Wien (2002)¹²; H. KREJCI/K. SCHMIDT, Vom HGB zum Unternehmensgesetz, Wien (2002); G. WESENER, Emil Strohal (1844 – 1914). Über die Pandektistik zum neuen bürgerlichen Recht. In *Iurisprudentia universalis. Festschrift für T. Mayer-Maly zum 70. Geburtstag.* (Hrsg. von M. J. Schermaier, J. M. Rainer und L. C. Winkel), Köln-Weimar-Wien (2002), p. 853-864; IDEM: Zur Verflechtung von *Usus modernus pandectarum* und Naturrechtslehre. In *Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für F. Bydlinki.* Wien-New York (2002), p. 473-494; H. HAUSMANINGER, *The Austrian Legal System*, Wien (2003)³; G. WESENER, Franz von Zeiller (1751 – 1828) – Leben und Werk. In *Franz von Zeiller. Symposium der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz und der Steiermark.* Landesbibliothek am 30. 11. 2001. aus Anlass der 250. Wiederkehr seines Geburtstages. (Hrsg. von J. F. Desput und G. Kocher), Graz (2003), p. 67-91; H. BALTL/G. KOCHER, *Österreichische Rechtsgeschichte. Unter Einfluß sozial- und wirtschaftsgeschichtlicher Grundzüge. Von den Anfängen bis zur Gegenwart.* (Unter Mitarbeit von M. Steppan), Graz (2004)¹⁰; W. BRAUNEDER, Die Adaptationsfähigkeit des ABGB. In *Rechtstransfer durch Zivilgesetzbücher.* (Hrsg. von E. Berger) Beiträge Liechtenstein-Institut Nr. 29/2005, Bendem (2005), p. 5-10; IDEM: Die Geltung des Code civil in Österreich. In *Rechtstransfer durch Zivilgesetzbücher.* (Hrsg. von E. Berger) Beiträge Liechtenstein-Institut Nr. 29/2005, Bendem (2005), p. 33-37; G. HAMZA, Le développement du droit privé européen. Le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne, Budapest (2005), p. 114-115; H. KLEINERT, Das neue Unternehmensrecht, Wien (2006); H. KREJCI, Unternehmensgesetzbuch statt HGB. *Zeitschrift für Handelsrecht* 170 (2006), p. 113 sqq.; G. WESENER, Anfänge und Entwicklung der „Österreichischen Privatrechtsgeschichte“ im 19. und frühen 20. Jahrhundert. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 28 (2006), p. 364-408; W. BRAUNEDER, Die naturrechtlichen Kodifikationen der Habsburgermonarchie als Modernisierungsprozeß. In *Nihon University Comparative Law* 24 (2007), p. 113-130; G. WESENER, Zession und Schuldübernahme im Codex Theresianus. In *Spuren des römischen Rechts. Festschrift für B. Huwiler zum 65. Geburtstag*, Bern (2007), p. 693-708; U. FLOSSMANN, Österreichische Privatrechtsgeschichte, Wien-New York (2008)⁶; CHR. NESCHWARA, Johann Baptist Suttinger (1608–1662), Porträt eines bedeutenden Juristen Österreichs im Rechtsleben seiner Zeit. In *Festschrift für W. Brauner zum 65. Geburtstag. Rechtsgeschichte mit internationaler Perspektive.* (Hrsg. von G. Kohl, Chr. Neschwara und T. Simon), Wien (2008), p. 363-384; idem: Landständischer Einfluss auf die Gesetzgebung in der Frühneuzeit – Am Beispiel des Landesordnungsprojekts für Österreich unter der Enns von 1650. In *Landesordnung und Gute Policy in Bayern, Salzburg und Österreich.* (Hrsg. von H. Gehringer, H.-J. Hecker und R. Heydenreuter), Frankfurt am Main (2008), p. 169-210; G. HAMZA, Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition, Budapest (2009), p. 301-315 e Vom ABGB zum europäischen Privatrecht. 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch in Europa. (Hrsg. von R. Welsler), Wien (2012).

Impossibilium nulla obligatio est:
iusnaturalistická maxima
či pozitívno-právny príkaz zákonodarcu?

Pavel Holländer

Slovenské právne myslenie má dve vynikajúce osobnosti romanistiky: prof. Karola Rebra a jeho žiaka a pokračovateľa prof. Petra Blaha. Životné jubileum druhého z nich je pre mňa vzácnou príležitosťou pripojiť v úcte k jeho osobnosti a dielu k svojmu priateľskému pozdravu i krátku úvahu, inšpirovanú jeho odborom i životnou láskou, rímskym právom, inšpirovanú slávnou Celsovou vetou: „*Impossibilium nulla obligatio est*“ (D. 50,17,185), vetou, ktorá po stáročia predstavuje myšlienkovú výzvu nielen pre romanistov a civilistov, ale aj filozofov a logikov.

Civilistika 19. storočia, osobitne pandektistika, venovala Celsovej vete mimoriadnu pozornosť¹. Rozpracovala celý rad kritérií umožňujúcich klasifikovať kategóriu nemožnosti z pohľadu diferenciacie právnych následkov, zaviedla jej triedenie na nemožnosť právnu a faktickú, objektívnu a subjektívnu, počiatočnú a následnú. S týmto myšlienkovým segmentom právnej vedy sú spojené také osobnosti, akou bola postava Friedricha Carla von Savigny, autora diferenciacie nemožnosti na objektívnu a subjektívnu,¹ či Friedricha Mommsena považovaného za tvorca náuky o nemožnosti v nemeckej právnej vede, ktorý sa vehementne staval proti tomu, považovať Celsovu vetu za všeobecné pravidlo vzťahujúce sa na právne posúdenie nemožného konania; prisudzoval jej preto relevanciu len pre počiatočnú, nie však následnú nemožnosť.² Civilistický náhľad na právnu relevanciu nemožnosti konania v prvej polovici 20. storočia možno ilustrovať vymedzeniami Jaromíra Sedláčka, či Štefana Lubyho, podľa ktorých nemožnosť je objektívna „je-li plnění pro každého člověka normálních schopností neproveditelné“, subjektívna, ak je „dlužníku plnění nemožné, kdežto ostatním lidem možné by bylo“.³ Počiatočná nemožnosť sa pritom

¹ SAVIGNY, F. C. von: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts. Band I, Berlin (1851), s. 384 a nasl.

² MOMMSEN, F.: Beiträge zum Obligationenrecht, 1. Abtheilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. Braunschweig (1853), s. 228.

³ SEDLÁČEK, J.: Obligační právo. Brno (1924), s. 43. Obdobne LUBY, Š.: Základy všeobecného súkromného práva. 3. vyd. Šamorín (2002), s. 80.

týka platnosti právneho úkonu, následná (dodatočná) nemožnosť splniteľnosti právnej povinnosti.⁴ Môj pohľad na Celsovu vetu je však namierený iným než civilistickým smerom, a to smerom právno-filozofickým.

Právno-filozofické jadro problematiky priblíženia sa k pochopeniu Celsovej vety presne sformuloval Vladimír Kubeš: „Celým učením o nemožnosti vine se – ať již vědomě či nikoliv – otázka: je věta ‚*impossibilium nulla obligatio*‘ pouhým pozitivním předpisem římského práva anebo jest axiomem přirozenoprávním, tedy ustanovením apriorním každému pozitivnímu právnímu řádu?“⁵ Kubešova dištinkcia sa vinie dejinami celého európskeho právneho myslenia.

Rímski právnici Gaius a Paulus vyvodzovali vetu „*impossibilium nulla obligatio*“ z „*naturalis obligatio*“;⁶ medzi najreprezentatívnejších zástancov apriórneho chápania kategórie nemožnosti v právnom myslení možno v 18. a v 19. storočí považovať Franza von Zeillera, hlavného autora rakúskeho občianskeho zákonníka z roku 1811, hlásiaceho sa ku Kantovej noetike;⁷ ďalej potom v storočí 20. Philippa Hecka, jedného z najvýznamnejších predstaviteľov školy záujmovej jurisprudencie.⁸

Typickým predstaviteľom opačného prístupu je František Weyr (ktorý je paradoxne rovnako ako Zeiller ovplyvnený Kantom): „Norma je výraz něčeho, co býti má. Lze tedy říci, že poznávajíce normu, poznáváme její obsah, t. j. to, co podle ní býti má. Obsahem normy může být cokoliv. ... Týká-li se obsah normy něčeho, co není (roz. ve světě vnějším), je lhostejno, zdali někdy bylo (ale už není), čili nic, zdali někdy bude (roz. způsobeno), či zda podle přírodních zákonů jest jisto, že nikdy býti nemůže. Vše to jest lhostejno pro způsob normativního poznávání, z čehož plyne naprostá metodická oddělenost obou světů: světa, jaký jest (podle kausálního zákona), a světa, jaký býti má (podle normy). ... Pouze pro praktického normotvůrce jest nezbytným předpokladem jeho činnosti (má-li být rozumnou, t. j. míti smysl) určité možné a předvídatelné rozpětí mezi světem jaký jest a světem, jaký býti má. ... Bylo by tedy patrným metodologickým pokleskem, kdybychom tvrdili (jak se často stává), že to, co jeví se s hlediska praktického normotvůrce normou nemožnou, nerozumnou

⁴ SEDLÁČEK, J.: *Obligační právo*. Brno (1924), s. 43-44, 245 a n.; *Obdobne LUBY, Š.: Základy všeobecného súkromného práva*, s. 80, 172.

⁵ *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Díl čtvrtý, red. F. Rouček, J. Sedláček. Praha (1936), s. 109.

⁶ VIZ KUBEŠ, V.: *Nemožnost plnění a právní norma*. Praha – Brno (1938), s. 169.

⁷ ZEILLER, F. von: *Das natürliche Privat-Recht*. 3. Aufl. Wien (1819), s. 148, 149. Zeillerovo apriórne vnímanie kategórie nemožnosti v práve bolo ovplyvnené filozofickou koncepciou Immanuela Kanta.

⁸ HECK, Ph.: *Grundriß des Schuldrechts*. Tübingen (1929), s. 21, 93, 139.

nebo nemyslitelnou, nemůže být předmětem normativního poznávání, t. j., že neplatí (= normativně neexistuje) nebo nemůže (logicky) platiti. Neboť znamenalo by tvrditi, že představy norem, které buď vůbec nemohou vzniknouti nebo nemohou působiti jako motivy, nemohou být předmětem normativního poznávání.⁹ Weyrov žiak Ota Weinberger v prospech oddelenosti normatívnych a alethických modalít, t. j. v prospech odčlenenia modalít povinnosti a dovolenia na strane jednej a nutnosti a možnosti na strane druhej, argumentuje odlišnou tézou: „Omezení měti na možné (totiž na empiricky možné na rozdíl od logicky možného) považují za velmi problematické. Tím by totiž z obsahu norem byly vyloučeny ideály, jež jsou splnitelné pouze aproximativně, např. obecná norma ‚Nemáš krást‘, neboť sociologie nás poučuje o tom, že neomezené respektování této normy je empiricky nemožné.“¹⁰

Z českých právních filozofů, ako plynie už z úvodu tejto úvahy, sa problematike vzťahu medzi nemožnosťou a normatívnosťou najsystematickejšie venoval Vladimír Kubeš. Vo svojej úvahe vychádza z predpokladu, podľa ktorého definičným znakom práva ako celku (teda nie jednotlivých právnych noriem) je i jeho „určitá fakticita“.¹¹ Pre samotný problém z toho vyvodzuje záver: „Pouze ten právní řád, který jest v určitém stupni fakticitní, považujeme za platný právní řád, vůbec za právní řád. Aby právní řád byl fakticitní, musí být průměr povinností v něm stanovených vykonatelný, tudíž možný. Tak se nám požadavek fakticity objevuje jako požadavek možnosti. Právní řád, který ve svém průměru jest nemožný, který obsahuje povinnosti, jejichž splnění jest podle samotných přírodních zákonů neuskutečnitelné, není právním řádem platným, jest právním řádem neplatným, správněji řečeno, nemáme co činiti vůbec s právním řádem. Tudíž možnost obsahu právního řádu jako celku, t. j. jeho uskutečnitelnost v průměru jest esenciální vlastností právního řádu. Proto teoretická nemožnost, neuskutečnitelnost v průměru, má v zápětí neplatnost práva jako celku, neplatnost právního řádu jako celku.“¹² Uvedený záver o apriórnych dôsledkoch nemožnosti pre platnosť právneho poriadku ako celku neplatí však podľa Kubeša pre konkrétnu právnu normu: „Právní norma, ač obsahuje plnění teoreticky nemožné, jest platnou právní normou, neboť o její platnosti rozhoduje jedině její zařaditelnost v systém právního řádu, t.j. v rámec nadřazené delegační normy. Jen v tom případě, kdyby nadřazená právní norma obsahovala výslovné ustanovení o tom, že norma podřazená, aby byla

⁹ WEYR, F.: Teorie práva. Brno – Praha (1935), s. 34, 35, 56.

¹⁰ WEINBERGER, O.: Alternativní teorie jednání. Praha (1997), s. 162.

¹¹ KUBEŠ, V.: Nemožnost plnění a právní norma. Praha – Brno (1938), s. 222-223.

¹² KUBEŠ, V.: Nemožnost plnění a právní norma. Praha – Brno (1938), s. 234.

právní normou sc. platnou, musí obsahovati při stanovení platnosti plnění možné, jen v tom případě by tato podřazená právní norma, aby byla platnou právní normou, nesměla směřovati na plnění nemožné; to bychom však měli již co činiti s pozitivněprávním ustanovením a nikoli s otázkou apriornosti kategorie nemožnosti.¹³ Inými slovy, pre Kubeša v právnom poriadku, ktorý je z hľadiska fakticity platný ako celok, je platnosť konkrétnej právnej normy daná zmocňovacou normou v rámci stupňovitej výstavby (hierarchie) právneho poriadku, nie však kategóriou apriórnej možnosti. Z pohľadu interpretácie § 878 všeobecného občianskeho zákonníka potom problém rieši konštrukciou, podľa ktorej v ňom obsiahnutá zmocňovacia pozitívna norma zahŕňa možnosť ako podmienku platnosti (t. j. v danom prípade je maxima „*impossibilium nulla obligatio*“ kategóriou pozitívnoprávnu a nie apriórnu, či metapozitívnoprávnu, resp. prirodzenoprávnu).

Analytická jurisprudencia, ktorej vyhranenú podobu ponúka čistá náuka práva, prichádza s apriórnu analýzou a systematizáciou právnych pojmov v ambícii utvoriť konzistentný vedecký systém (inými slovami, predmetom jej bádania je deonticky ideálny svet). Na rozdiel od tradičnej právnej náuky, ktorá v podobe pojmov systematizuje, triedi, zovšeobecňuje a interpretuje empirické fakty (pozitívne normy, resp. aj sociálne javy), pre analytickú jurisprudenciu javí sa konfrontácia s empiriou väčšinou irelevantná. Treba však v tejto súvislosti rozlíšiť dva pojmy: akýkoľvek myslený (t. j. v kantovskom zmysle možný) deontický svet a deonticky ideálny svet. Definičnú vlastnosť deonticky ideálneho sveta nachádza G. H. von Wright v predstave, podľa ktorej „ideálny“ stav je výsledkom racionálneho chcenia a deontická logika je „štúdiom podmienok, ktoré musia byť splnené v racionálnej normotvornej činnosti“.¹⁴ Obdobne uvažuje aj ďalší z najvýznamnejších tvorcov normatívnych logík Franz von Kutschera, podľa ktorého „rozumné normatívne systémy musia byť vždy realizovateľné“, pričom štruktúru takéhoto systému odvíja práve od maximy „*impossibilium nulla obligatio*“.¹⁵

Na podporu tézy, podľa ktorej deonticky ideálny svet vychádza z uvedenej maximy, možno uviesť jednoduchý dôkaz:

Predpokladajme normatívny systém, v ktorom by právna povinnosť k určitému správaniu bola zlučiteľná tak s jeho možnosťou (kauzálnou, príp. analytickou), ako aj s jeho (kauzálnou, príp. analytickou) nemožnosťou.

¹³ KUBEŠ, V.: Nemožnosť plnění a právní norma. Praha – Brno (1938), s. 236.

¹⁴ WRIGHT, G. H. von: Is and Ought. In: Bulygyn, E./ Gardies, J.L./ Niiniluoto, I. (eds.): Man, Law and Modern Forms of Life. Dordrecht – Boston – Lancaster (1985), s. 272; WRIGHT, G. H. von: Is There a Logic of Norms? In: Ratio juris 4 (1991), s. 266.

¹⁵ KUTSCHERA, F. von: Grundlagen der Ethik. Berlin – New York (1982), s. 68-70.

Znamenalo by to stav, v ktorom by nemožnosť implikovala zánik povinnosti ($\sim Mp \rightarrow \sim Op$), ale zároveň by rovnaký príkaz (Op) bol zlučiteľný s jeho nemožnosťou ($\sim Mp \rightarrow Op$):

a) $(\sim Mp \rightarrow \sim Op) \ \& \ (\sim Mp \rightarrow Op)$.

Zo vzťahu a) potom na základe distributívnosti implikácie voči konjunkcii platí:

b) $\sim Mp \rightarrow (Op \ \& \ \sim Op)$.

Jednoduchým odvodením sme vyvodili záver, podľa ktorého v normatívnom systéme, v ktorom neplatí maxima „*impossibilium nulla obligatio*“, je daný logický spor. Takýto jazykový systém však nemá rozumnú empirickú interpretáciu.

Weyr k uvažovanej téme prináša neobyčajne zaujímavú myšlienku. Jeho téza znie – svet normativity je pojmovo nezlučiteľný s predstavou absolútnej neobmedzenej slobody: t. j. vo svete, v ktorom je možné čokoľvek (v ktorom je možné akékoľvek správanie) nie sú a ani byť nemôžu byť prítomné normy: „Oblasť kausálna, ve které se projevuje nezávislost suverénního činitele, změní se však v oblast metanormativní, když nezávislosti chceme rozuměti schopnost nikým a ničím neomezené normotvorby. Znamená to, že stát, pokud je suverénní, může zcela nezávisle, t. j. bez jakýchkoli normativních omezení stanovit normy s nárokem, aby byly považovány za platné. Tato nezávislost plyne z jeho nejvyšší moci, kterou – podle běžných názorů – uplatňuje vůči svým poddaným. Vykonává vůči nim to, čemu běžný názor říká *imperium*: může jim rozkazovati a zakazovati, co mu libo. Ani tato jeho nezávislost (jakožto moc) neplyne nemůže plynouti z nějaké normy, která by zněla: můžeš stanovit, co ti libo, poněvadž takovou ‚normu‘ nelze považovati za normu, jelikož jest jejím logickým protikladem jakožto výraz absolutní svobody.“¹⁶

Okrem syntaktickej možno maximu „*impossibilium nulla obligatio*“ odvodiť aj argumentáciou obsahovou (z hľadiska jazykového argumentáciou pragmatickou). Ak vychádzame z predpokladu, podľa ktorého je normatívna regulácia spojená s napätím medzi slobodou človeka a jeho existenciou v spoločenskej skupine, a teda nutnosťou spoločenskej koexistencie a kooperácie, potom nutnosť (kauzálna) ľudského správania vylučuje možnosť jeho alternatív, jeho voľby, možnosť slobody. Bez týchto predpokladov, t. j. bez prítomnosti slobody spojennej s formulovaním a výberom alternatív ľudského správania, svet toho, čo má byť stráca rozumný zmysel. Z tejto skutočnosti možno vyvodiť rovnaký záver pre ďalšie alethické modalities, t. j. i pre dôsledky (kauzálne) nemožného správania.

¹⁶ WEYR, F.: Teorie práva. Brno – Praha (1935), s. 228.

Pokiaľ Kubeš kladie otázku, či je kategória nemožnosti vo väzbe na normatívne modality kategóriou apriórnou, čo pre neho znamená prirodzenoprávnu, alebo aposteriórnu, čiže pozitívnoprávnu, neformuluje ju presne. Vzťah deonticky ideálneho a deonticky skutočného sveta nie je identický so vzťahom prirodzeného a pozitívneho práva. Predstava deonticky ideálneho sveta na rozdiel od predstavy prirodzeného práva nie je spojená s jeho chápaním v zmysle dôvodu platnosti, ale len s hľadiskom hodnotenia deonticky skutočného sveta (t. j. pozitívneho práva). Je už potom inou vecou, či maximy deonticky ideálneho sveta, ktorých dôvodnosť je všeobecne akceptovaná (a to i v systéme písaného práva), nadobudnú kvalitu pozitívneho práva, a to cestou legislatívnu, cestou právnych zvyklostí alebo sudcovského dotvárania práva.

Maximu „*impossibilium nulla obligatio*“ považujem teda za maximu deonticky ideálneho sveta, ktorej neakceptovanie v deonticky skutočnom svete má za následok jeho vnútornú rozpornosť. Jej platnosť v deonticky skutočnom svete (t. j. napríklad v konkrétnom právnom poriadku) môže byť pritom založená explicitnou úpravou zákonodarcu; je však mysliteľné aj jej zakotvenie právnou obvyčajou, či súdnym rozhodnutím (s precedenčnými dôsledkami). No možno si predstaviť aj jej absenciu v určitom právnom poriadku. Taký právny poriadok, ktorý by obsahoval povinnosťnú úpravu kauzálnu nemožného správania, by však s určitosťou založil pre rozpor s racionalitou a spravodlivosťou výrazné napätie v danom spoločenstve ľudí.

Poetickou literárnou ilustráciou uvedomenia si tejto situácie je zamyslenie kráľa, ktorého počas putovaní vesmírom navštívil Exupéryho Malý princ:

„Keby som prikázal niektorému generálovi, aby lietal z kvetiny na kvetinu ako motýľ, alebo aby napísal tragédiu, či aby sa premenil na morského vtáka, a ten generál by rozkaz nevykonal, kto by to zavinił, on, alebo ja?“

„Boli by ste to vy,“ pevne odpovedal Malý princ.

„Správne, od každého treba žiadať len to, čo môže dať,“ pokračoval kráľ.

„Autorita sa zakladá predovšetkým na rozume. Ak prikážeš svojmu ľudu, aby sa šiel hodiť do mora, urobí revolúciu. Ja mám právo vyžadovať poslušnosť, pretože moje rozkazy sú rozumné.“¹⁷

Domnievam sa, že Weinbergerov argument s uvedenými tézami v rozpore nie je. Netýka sa totiž normy (ktorá je vo význame Dworkinovej koncepcie definovaná logickým zákonom vylúčenia tretieho), ale princípu, ktorý je vymedzený platnosťou v rozličnej miere a tendenciou k optimalizácii. Ale Weinbergerova pochybnosť núti prijať presnejší záver: maxima „*impossibilium*

¹⁷ SAINT EXUPÉRY, A. de: *Le petit prince* (1943). Cit. podľa slov. prekladu: Malý princ. Bratislava (2007), s. 39-40.

nulla obligatio“ má v deonticky ideálnom svete relevanciu len pri podmienke, ak sa vzťahuje na normy, pre ktoré je definičným znakom logický zákon vylúčenia tretieho.

Po modalite nemožnosti uvažujeme o ďalšej alethickej modalite – o nutnosti – a o vymedzení jej vzťahu k deontickým modalitám.

Nutnosť je prejavom pôsobenia zákonitostí v prírodných a spoločenských procesoch. Pojem nutnosti je pritom v prírode i v spoločnosti relatívnym pojmom, pretože na uskutočňovanie zákonitostí pôsobí množstvo ďalších modifikačných faktorov. To znamená, že nutnosť je daná vzťažnou sústavou, inak povedané, možným svetom, vzhľadom na ktorý je skúmaná. Predmetom nášho záujmu je vzťah nutnosti a povinnosti, resp. dovolenia.

Deontické modalities (povinnosť, dovolenie) sú súčasťou normatívnych systémov, sú teda spojené s ľudským správaním. To je pritom neoddeliteľné od slobody vôle, t. j. od schopnosti človeka formulovať alternatívy svojho správania smerujúce k dosiahnutiu určitého cieľa a súčasne aj od schopnosti formulovať kritériá ich výberu. Zmyslom normatívnych systémov je stanoviť heteronómne hľadiská výberu alternatívy správania s cieľom zabezpečiť reprodukciu určitého ľudského spoločenstva (napr. rodiny, firmy, spolku, spoločnosti), inými slovami, s cieľom zabezpečiť vnútorný mier (zabrániť vnútornej deštrukcii), prípadne ochranu pred vonkajším ohrozením. To však znamená, že existencia deontických modalít je spojená s existenciou viacerých alternatív ľudského správania, t. j. neexistenciou nutnosti správania. *A contrario* možno uzavrieť, že nutnosť určitého správania (t. j. neexistencia alternatív) je spojená so zánikom normatívnej úpravy takéhoto správania.

Poslednou z alethickej modalít je modalita možnosti. Možnosť je opakom nemožnosti, t. j. ak predstavuje nemožnosť rozpor so zákonitosťami kauzality (príp. logiky), potom možnosť je tým, čo tieto zákonitosti pripúšťajú. Právne normatívne modalities sú spojené s možnosťou výberu alternatívy ľudského správania. Tam, kde táto možnosť neexistuje, neexistuje ani priestor pre normatívnu úpravu, a naopak, tam, kde je prítomná normatívna úprava určitého správania, existuje i jeho (kauzálna) možnosť, čiže právne normatívna úprava určitého správania implikuje i jeho (kauzálnu) možnosť.

Formulovanie morálneho princípu „má implikuje môže“ sa vo filozofii pripisuje Immanuelovi Kantovi. Skutočnosťou je, že je v nej prítomný skôr. Tomáš Hobbes v *Leviatanovi* uvažuje spôsobom obdobným, ako pred stáročiami Celsus, a to v úvahe o vzťahu zmluvy a prirodzeného zákona: „Preto sľubovať niečo, o čom sa vie, že je to nemožné, nie je dohovor. Pokiaľ sa však neskôr ukáže ako nemožné to, čo sa predtým pokladalo za možné, tak je dohovor platný a zaväzuje aspoň na hodnotu veci (hoci nie vec samu);

alebo ak je nemožné aj to, tak na úprimné úsilie splniť toľko, koľko je možné, pretože nikto nemôže mať záväzok splniť viac.“¹⁸

Ale vráťme sa k Immanuelovi Kantovi. V *Kritike čistého rozumu* píše: „Čistý rozum obsahuje teda, aj keď nie vo svojom špekulatívnom používaní, tak v určitom praktickom, čiže mravnom používaní princípy možnosti skúsenosti, totiž princípy takých činov, ktoré by sa mohli podľa mravných predpisov vyskytovať v dejinách ľudstva. *Keďže totiž nariaďuje, aby sa takéto činy konali, musia sa aj môcť konať.*“ (kurzíva P. H.)¹⁹

V *Kritike praktického rozumu* Kant načrtáva životnú situáciu, príklad, na ktorom manifestuje väzbu medzi normatívitou a možnosťou: „Predpokladajte, že by niekto tvrdil, že by nemohol svojej rozkošnickej náklonnosti odolať, keby sa mu naskytol milovaný predmet a príležitosť. Neodolal by jej však, keby pred domom, kde sa mu naskytuje táto príležitosť, postavili šibenicu, aby ho hneď po ukojenej rozkoši na ňu obesili? Netreba dlho hádať, čo by odpovedal. Opýtajte sa ho však, či by pokladal za možné premôcť svoju veľkú lásku k životu, keby ho panovník pod hrozbou toho istého bezodkladného trestu smrti žiadal falošne svedčiť proti nejakému čestnému mužovi, ktorého by pod vymyslenými zámienkami rád zničil. Možnože sa neodváža tvrdiť, či by to urobil, no bez rozpakov musí pripustiť, že má na to možnosť. *Usudzuje teda, že niečo môže urobiť preto, lebo si uvedomuje, že to urobiť má a poznáva v sebe slobodu, ktorá by mu bez mravného zákona ostala neznáma.*“ (kurzíva P. H.)²⁰

Vracajúc sa ku svojmu blahoželanu, i ku Kantovými slovami vyjadrenej Celsovej vete, oslávenec vo svojom životnom diele „nemohol odolať svojej rozkošnickej náklonnosti“ k rímskemu právu, tejto pre neho vnútornej maxime, vnútornému svetu „Sollen“, a to miere, ktorej sa musela prispôbiť aj kauzalita možnosti. Buďme mu za to vďační a prajme mu pevné zdravie a naďalej krásne chvíle vo svete rímskej múdrosti.

Zusammenfassung

In der Lehre über der Unmöglichkeit ist immerhin die Frage anwesend, ob der Satz „*impossibilium nulla obligatio est*“ nur eine Vorschrift des römischen

¹⁸ HOBBS, T.: *Leviathan*. Cit. podľa slov. prekladu: *Leviatan alebo Podstata, forma a moc štátu cirkevného a občianskeho*. Bratislava (2011), s. 175-176.

¹⁹ KANT, I.: *Kritik der reinen Vernunft*. Cit. podľa slov. prekladu: *Kritika čistého rozumu*. Bratislava (1979), s. 482-483.

²⁰ KANT, I.: *Kritik der praktischen Vernunft*. Cit. podľa slov. prekladu: *Kritika praktického rozumu*. Bratislava (1990), s. 51-52.

Rechts sei, oder ein naturrechtlicher Axiom, der jedem Positivrechtsordnung eignet ist. Deontische Modalitäten (d.h. Pflicht, Gebot, Verbot, Erlaubnis) als Bestandteil der Normensystemen mit dem menschlichen Verhalten verbunden sind, das untrennbar von menschlicher Freiheit, von der menschlicher Fähigkeit und Möglichkeit zwischen mehreren Verhaltensalternativen zu wählen, ist. Davon ergibt, dass die Anwesenheit der deontischen Modalitäten mit der Existenz der mehreren Alternativen menschlichen Verhaltens verbunden ist. Wie der de Saint-Exupéry's König dem Kleinen Prinz gesagt hat: „Wenn ich einem General geböte, nach der Art der Schmetterlinge von einer Blume zur andern zu fliegen oder eine Tragödie zu schreiben oder sich in einen Seevogel zu verwandeln, und wenn dieser General der erhaltenen Befehl nicht ausführte, wer wäre im Unrecht, er oder ich?“, Sie wären es“, sagte der kleine Prinz überzeugt. „Richtig. Man muß von jedem fordern, was er leisten kann“, antwortete der König. „Die Autorität beruht vor allem auf der Vernunft. Wenn du deinem Volk befiehlest zu marschieren und sich ins Meer zu stürzen, wird es revoltieren. Ich habe das Recht, Gehorsam zu fordern, weil meine Befehle vernünftig sind.““

Výpůjčka, právní úkon a jiné „slovakismy“. Zamyšlení nad terminologickými změnami při rekodifikaci českého soukromého práva

Ondřej Horák

I.

V důvodové zprávě k novému občanskému zákoníku se uvádí: „Návrh zákoníku se vrací ke klasické (tradiční) české právní terminologii, od níž se občanské zákoníky z r. 1950 a 1964 postupně odvrátily zavedením jednak některých slovakismů při unifikaci českého a slovenského práva (např. „právní úkon“, „výpůjčka“, „neopomenutelný dědic“), jednak právnických neologismů podmíněných totalitní ideologií nebo na tuto ideologii se odvolávajících (např. „účastník“ místo „osoba“, „způsobilost k právním úkonům“ místo „svěprávnost“, „návrh na uzavření smlouvy“ místo „nabídka“, „smlouva o sdružení“ místo „společenská smlouva“ apod.). Ale ani v tomto směru návrh nesleduje samoúčelný purismus a bere v úvahu věcné důvody.“¹

Uvedený odstavec stál v pozadí našeho zamyšlení nad tradiční českou právní terminologií a zejména nad tzv. slovakismy v soukromém právu. Pokusíme se ukázat, že některé terminologické změny, které bývají spojovány až s érou socialismu, mají starší kořeny, byly věcně opodstatněné a *sine ira et studio* je můžeme považovat za pozitivní.

II.

Výrazný impulz pro rozvoj právní terminologie tradičně představuje přijetí nové právní úpravy, zejména vlastních občanských zákoníků. Terminologické změny odrážely jak přirozený vývoj obecného a odborného jazyka, tak někdy také získávaly ideologické pozadí, což platí zejména o občanském zákoníku z roku 1964 a částečně také novém občanském zákoníku.

¹ ELIÁŠ, K. a kol.: Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem. Ostrava (2012), s. 53. Těž srov. <http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>; cit. 18. 10. 2013, 10:00.

Vznik moderní české právní terminologie je úzce provázán především s kodifikací soukromého práva na přelomu 18. a 19. století.² Platí to částečně také o rakouské terminologii, která programově opustila latinské výrazy (výjimkou je v *ABGB universitas rerum* v § 302 a *precarium* v § 974).

Právní terminologii tak ve srovnání s jinými obory můžeme považovat za jednu z nejstarších, přesto je docela překvapující, že řada dnes zcela běžných termínů začala být v právním významu užívána (jako např. zákoník) či dokonce nově vytvořena (např. občan či vlastnictví³) až v první polovině 19. století.⁴

Na vzniku právní terminologie se podíleli jak překladatelé, tak jazykovědci, přičemž u řady z nich jazyková a právní odbornost splývala. Z jazykovědců uveďme zejména Josefa Dobrovského (1753–1953), Josefa Jungmanna (1773 – 1847) a Pavla Josefa Šafaříka (1795 – 1861); z překladatelů pak Jana Jiřího Müllera z Mühlensdorfu (1709–1789), který s pomocí Jana Nepomuka Faltina překládal dnes ztracený *Codex Theresianus* (1769), překladatele *Constitutio Criminalis Theresiana* Jana Josefa Zeberera (1717–1789), hlavního překladatele josefinských zákonů Josefa Valentina Zlobického (1743–1810), či Jana Nejedlého (1776 – 1834), který dal finální podobu českému překladu *ABGB*; dále pak členy terminologické komise z roku 1849, zvl. Karla Jaromíra Erbena (1811 – 1870) či pozdějšího překladatele a redaktora říšského zákoníku Aloise Vojtěcha Šemberu (1807 – 1882). K charakteristickým momentům patřil jak široký záběr jejich zájmů, tak také rivalita a napjaté vztahy mezi některými z nich, zvl. Dobrovským a Zlobickým či Jungmannem a Nejedlým.⁵

Právní terminologie soukromého práva se přirozenou cestou vyvíjela až do roku 1950. Autentické znění občanského zákoníku bylo německé, což překladatelům umožnilo text postupně modernizovat (posuny vyniknou zvláště při srovnání prvního překladu z roku 1812 a posledního vydání z roku 1948). Nešlo však o lineární proces, ale naopak narazíme na řadu zlomů, návratů a hledání (např. slovo „Gesetz“ původně překládal Zlobický

² Obecně KLABOUCH, J.: Osvícenské právní nauky v českých zemích. Praha (1958). Dále srov. zvl. STUPECKÝ, J.: O českých překladech pořízených v souvislosti s kodifikací rakouského práva civilního. Časopis Musea království Českého (1903), roč. 77, s. 13-35, 333-348, 479-484, (1904) roč. 78, s. 99-115, 300-319, 389-413 (též zvl. otisk: Příspěvky o českých překladech pořízených v souvislosti s kodifikací rakouského práva civilního. Praha (1904), 102 s.).

³ K vlastnické terminologii srov. HORÁK, O.: Všeobecný občanský zákoník a proměny vlastnictví. In: Dvořák, J./Malý, K. a kol. (eds.): 200 let Všeobecného občanského zákoníku. Praha (2011), zvl. s. 520-522.

⁴ K staršímu názvosloví srov. Vokabulař webový. Webové hnízdo pramenů k poznání historické češtiny. Dostupné z: <http://vokabular.ujc.cas.cz>; cit. 18. 10. 2013, 10:00.

⁵ Srov. RŮŽIČKA, V.: Vědecké zpracování české právní terminologie, zvláště v 19. století. Právněhistorické studie (1957), roč. 3, s. 137-176.

jako „zákon“, zatímco Dobrovským to kritizoval a prosazoval tradiční slovo „práva“⁶, u Petržilky se v jeho komentáři z roku 1857 objevila „právnícká osoba“, o pět let později u Šembery opět „morální osoba“).

Kromě stěžejního významu němčiny a latiny můžeme při vytváření právní terminologie zmínit také inspirace příbuznými slovanskými jazyky (např. z polské „wspołności“ vespolečné zástavní právo), přičemž významné místo náleželo také slovenštině.

III.

Co všechno bývá (bohužel s despektem) uváděno jako „slovakismus“? Nejčastěji „výpůjčka“, „právní úkon“ a „neopomenutelný dědic“, přičemž dva posledně uvedené termíny byly při poslední rekodifikaci změněny. Naštěstí autoři NOZ zapoměli na jiné „slovakismy“ jako jsou „kupní smlouva“ či „podmínka“ (podle tradiční české terminologie šlo o „trhovou smlouvu“ a „výminku“).

Všechny uvedené termíny, i když má jít (a v právním významu skutečně jde) o „slovakismy“, jsou pro český jazyk zcela přirozené – buď je čeština sama užívala („aukon“ či „kup“) nebo se dají odvodit z příbuzných slov („opominout“ či „vypůjčitel“). Podívejme se však na některé z nich blíže:

1) *Právní úkon*: Ve zvláštní části důvodové zprávy k OZ z roku 1950 se v odůvodnění u § 9 („Způsobilst k právním úkonům“) uvádělo: „Nový pojem ‚právní úkony‘ zahrnuje tedy až dosud v nauce i v zákonné terminologii rozeznávané právní činy a opominutí a t. zv. právní jednání...“; a u § 30 („Právní úkony“), že tento „výraz vyznačuje svůj obsah i jazykově vhodně a vyhovuje nejen řeči české, ale i slovenštině“.⁷ Nešlo však o „nový pojem“ – najdeme ho v překladu § 4 *ABGB* jako „úkony a jednání“ (*Handlungen und Geschäfte*)⁸ a dále zejména v rakouských procesních předpisech z konce 19. století; starší kořeny má také z jazykového hlediska (úkon/*aukon* viz Jungmannův Slovník⁹). Současně se také navazovalo na

⁶ Srov. BULÍN, H.: Josef Dobrovský a česká terminologie právní. In: Josef Dobrovský 1753 – 1953. Sborník studií k dvoustému výročí narození. Praha (1953), s. 451.

⁷ Srov. PARMA, M. (ed.): Občanský zákoník. Praha (1950), s. 213 a 222.

⁸ Srov. ROUČEK, F./SEDLÁČEK, J. a kol.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl I. Praha (1935), s. 98nn. (Reprint: 1998).

⁹ Srov. JUNGSMANN, J.: Slovník česko-německý. Díl 1. A–J. Praha (1834), s. 36. (Reprint: 2000; rukopis slovníku definitivně dokončen na konci roku 1833, měl pět dílů a vycházel v letech 1834–39) Dostupné z: <http://kramerius.nkp.cz/kramerius/MShowMonograph.do?id=25714>.

výsledky meziválečné rekodifikace, což však po roce 1948 nebylo vhodné zmiňovat.¹⁰ Z právního i jazykového hlediska je tedy problematické vydávat termín „právní úkon“ za „slovakismus“. O důsledek unifikující tendence ovšem nepochybně půjde.

Také termín „způsoblost k právním úkonům“, který má být „neologismem“ totalitní éry byl užíván již v meziválečném období (OZ 1931 § 1318 a OZ 1937 § 8 a 9) a navazuje na vídeňskou osnovu o mezinárodním právu soukromém z roku 1914, na které se podílel prof. Krčmář.

2) *Neopomenutelný dědic*: v prvním překladu *ABGB* z roku 1812 (§ 762nn.) se pro *Noterben* užívalo označení dědicové „potřební (spříznění)“¹¹, terminologická komise z roku 1849 prosazovala slovo „přirození“¹² a až v překladu z roku 1862 se objevil výraz „nepominutelní“¹³. OZ z roku 1950 tyto dědice také chránil, a to dokonce ve zvýšené míře (§ 551), ale nepojmenovával je. Terminologická změna, podmíněná věcnými důvody (slovo „nepominutelný“ totiž většinou chápeme ve významu „nepomíjivý“ či „trvalý“)¹⁴, se pak prosadila až v odborné literatuře.¹⁵

3) *Výpůjčka*: za nejvýraznější inspiraci slovenskou terminologií bývá považováno zakotvení termínu „výpůjčka“ pro *commodatum* a „půjčka“ pro *mutuum*, protože se jednalo nejen o terminologické sjednocení, ale i obsahovou změnu („půjčkou“ totiž novější překlady *ABGB* nazývaly *commodatum*).¹⁶ Na první pohled by se proto mohlo zdát, že se v rámci tzv.

¹⁰ Srov. V Oddíl III. Všeobecné poznámky ke skladbě a k názvosloví důvodové zprávy k OZ 1931 i 1937 se uvádělo, že „slovem ‚úkon‘ se rozumí jak čin tak opominutí“.

¹¹ Srov. Kniha všeobecných zákonů městských pro wssecky německé dědičné země Mocnářství Rakauského. Praha (1812), s. 146. (Do 9. hlavy 2. dílu překládal J. V. Zlobický a po jeho smrti V. Veselý, přehlédl a opravil J. Nejedlý). Dostupné z: <http://kramerius.nkp.cz/kramerius/MShowMonograph.do?id=5377>.

Původní Veselého překlad byl „nevyhnutedlní“, srov. STUPECKÝ, J.: O českých překladech..., (1904), s. 318.

¹² Srov. ŠAFARÍK, P. J. (red.): Juridisch-politische Terminologie für die slawischen Sprachen Oesterreichs. Deutsch-böhmische Separat-Ausgabe. Wien (1850), s. 135.

¹³ Obecný zákoník občanský císařství Rakouského. Vídeň (1862), s. 102. (Přeložil A. V. Šembera). Dostupné z: <http://kramerius.nkp.cz/kramerius/MShowMonograph.do?id=21360>.

¹⁴ Srov. mj. JUNGSMANN, J.: Slovník česko-německý. Díl 3. P – R. Praha (1837), s. 279.

¹⁵ „Termín ‚neopomenutelný dědic‘ byl podle usnesení katedry občanského a rodinného práva právnické fakulty Karlovy university v Praze převzat ze slovenštiny na místo dříve používaného nevhodného termínu ‚nepominutelný dědic‘. Slovenský výraz je příležitý, nedvojsmyslný a v souladu s duchem českého jazyka plně srozumitelný.“ BLAŽKE, J.: Majetkové právo manželské. In: Sborník studií z občanského práva. Praha (1953), s. 279.

¹⁶ Srov. LUBY, Š.: Slovenská právna terminológia – vývin, stav, výhľadý. Právnické štúdie (1953), roč. 1, č. 2, s. 165-228, zvl. s. 221-222.

právnícké dvouletky chtěli odchýlit od buržoazního názvosloví a navodit diskontinuitu, když terminologii těchto reálných kontraktů zcela obrátili. Pokud však podrobněji prozkoumáme dobové prameny, tak vidíme, že změna měla věcné příčiny i meziválečné kořeny. V důvodové zprávě k vládnímu návrhu OZ z roku 1937 se uvádí: „Vzhledem k některým připomínkám uvažováno bylo o tom, zda se má ponechati pro *commodatum* výraz ‚půjčka‘, když se v běžné řeči užívá výrazu ‚půjčiti‘ a slov od něho odvozených také pro *mutuum* a když i zákonodárná a odborná terminologie nazývá ‚veřejnými půjčkami‘ to, co podle své povahy je zápůjčkou. Protože hospodářský význam *mutua* daleko převyšuje význam *commodata*, je nesporné, že se častěji mluví o ‚půjčkách‘, které jsou vlastně zápůjčkami, než o půjčkách v technickém slova smyslu. Jestliže by se ale *mutuum* nazvalo ‚půjčkou‘, nebylo by vhodného názvu pro *commodatum* a obrátiti terminologii docela a nazvati *commodatum* ‚zápůjčkou‘ vyvolalo by zmatek. Z těchto důvodů a přihlížejíc též k tomu, že dotčená nesrovnalost zákonodárné terminologie a běžné mluvy dosud, jak zkušenost ukazuje, nikdy nepůsobila v praxi obtíže, zůstala superrevisní komise při dosavadním názvosloví. Jen aby se ani označení smluvních stran při půjčce na jedné a při zápůjčce na druhé straně nekřížilo, ponechala superrevisní komise v závěrečné redakci výraz ‚vypůjčitel‘ toliko pro *commodatáře*, kdežto v hlavě o zápůjčce označuje *mutuáře* výrazem ‚dlužník‘ (osnova z r. 1931 jej nazývala také ‚vypůjčitelem‘) a proti němu staví ‚věřitele‘ (v osnově z r. 1931 se užívalo výrazu ‚zapůjčitel‘).“¹⁷

Už v rámci meziválečné rekonstrukce se tedy zvažovala terminologická záměna provedená nakonec až v OZ 1950, mělo to ztroskotat pouze na tom, že zúčastnění právníci tehdy ještě nevymysleli odpovídající slovo pro *commodatum* (přitom se v OZO i meziválečných osnovách běžně užívalo slovo „vypůjčitel“), což se později už podařilo, když byla podle slovenského *vypožičanie* staronově vytvořena „výpůjčka“. Jen pro zajímavost dodejme, že se *mutuum* nazývalo „půjčka“ již v prvním českém překladu *ABGB* z roku 1812, že termín „výpůjčka“ pro *commodatum* prosazovala již terminologická komise z roku 1849 a že se s termínem „výpůjčka“ setkáváme v desítkách právních předpisů publikovaných v meziválečné Sbírce zákonů a nařízení či dříve v Říšském zákoníku. A jak se vlastně vyvíjelo označování těchto reálných kontraktů za posledních dvě stě let?

¹⁷ Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník. Praha: Národní shromáždění ČSR (1937). Dostupné z: http://www.senat.cz/informace/z_historie/tisky/4vo/tisky/T0425_29.htm.

commodatum x mutuuum

ABGB/1811 (§ 971 a 983): (*An*)*Leihe* x *Darleihen*

úřední překlad 1812 (§ 971 a 983)¹⁸: *zápůjčka* x *půjčka*

*Juridisch-politische Terminologie... 1850*¹⁹: *výpůjčka* x *půjčka*

úřední překlad 1862 (§ 971 a 983)²⁰: *půjčka* x *zápůjčka*

OZ/1950 (§ 410 a 419): *výpůjčka* x *půjčka*

OZ/1964 (§ 257, 341 a 387): *půjčování věci* a *půjčky* (v rámci „služeb“),
půjčka (v rámci „občanské výpomoci“)

OZ/1964/91 (§ 659 a 657): *výpůjčka* x *půjčka*

OZ/2012 (§ 2193 a 2390): *výpůjčka* x *zápůjčka*

Změna, kterou přinesl nový občanský zákoník, je však (z věcného hlediska či proklamovaného návratu k české právní terminologii) těžko obhajitelné. Přes ostrou kritiku „slovakismů“ bylo v zákoně (naštěstí) ponecháno alespoň slovo „výpůjčka“, místo tradičního českého slova „půjčka/pójčka“ se však vrátila „zápůjčka“ charakteru „germanismu“ a nově byl zaveden termín „vydlužitel“, i když se jak v současném OZ, tak i OZO či návrhu OZ 1937 užíval termín „dlužník“.

Důsledky těchto terminologických kolotočů snad oslavence potěší: abychom si se studenty v rámci výběrových seminářů z dějin soukromého práva vůbec rozuměli, tak používáme raději termíny latinské. Pane profesore, *ad multos annos!*

Zusammenfassung

Der Artikel konzentriert sich auf die Entwicklung der Terminologie in der Re-Kodifizierung des tschechischen Privatrechts (auf den Beispielen *Rechtsgeschäft*, *Anleihe/Darleihen* und *Noterbe*). Wir versuchen zu zeigen, dass manche Änderungen, die man mit der Ära des Sozialismus verbindet, ältere Wurzeln haben und sachlich begründet wurden.

¹⁸ Český překlad není jednotný, což zřejmě předznamenalo pozdější terminologickou záměnu (§ 1008 „Anleihen oder Darleihen“ je přeloženo jako „půjčky aneb zápůjčky“). Srov. *Kniha wsseobecných zákonů...* (1812), s. 225.

¹⁹ Pro *commodatum* se objevuje kromě „výpůjčky“ také „propůjčka“. Srov. Šafařík, P. J. (red.): *Juridisch-politische Terminologie...* (1850), s. 9, 48 a 119-120.

²⁰ Srov. *Obecný zákoník občanský...*, (1862), s. 146 a 149.

Ecclesia vivit lege Romana

Ignác Antonín Hrdina

Hlavní mezníky ve stycích římského a kanonického práva - I. Období práva starého (*ius antiquum*) - II. Období nového práva středního věku (*jus novum medii ævi*) - III. Období nejnovějšího práva (*ius novissimum*) - Závěrem

Teologové dnes říkávají, a v tom smyslu se vyjádřili i účastníci II. vatikánského koncilu,¹ že křesťanská církev je v oblasti náboženství mladší sestrou židovské synagogy. Analogicky by se dalo říci, že kanonické právo je v oblasti práva mladším bratrem práva římského. A z této pozice, jakožto mladší kolega či, chceme-li, „*conlega minor*“, si dovoluji dedikovat tento článek nejvýznamnějšímu žijícímu slovenskému romanistovi a emeritnímu rektorovi starobylé Trnavské univerzity, panu profesoru Petru Blahovi, a připojit se tak k množství těch, kteří mu vzdávají hold u příležitosti jeho významného životního jubilea.

V této krátké stati skutečně nelze zachytit ani v hrubých obrysech vztahy práva kanonického a práva římského – vždyť církev byla téměř po dva tisíce let samozřejmým a nejvýznamnějším recipientem římského práva. Pojednání o tom by odpovídalo spíše několikadvazkové monografii.² A tak se zde omezím alespoň na zmínění některých vybraných a snad nejvýznamnějších mezníků v kohabitaci římského a kanonického práva v oněch dvoutisíciletých společných dějinách. Vážený jubilant necht' tyto řádky posuzuje laskavě se shovívavostí, kterou mu dovoluje jeho nadhled.

¹ Deklarace o poměru církve k nekřesťanským náboženstvím *Nostra ætate* ze dne 28. 10. 1965, čl. 4.

² Jakkoli existuje na toto téma řada dílčích studií, takto rozsáhlá monografie představuje ovšem dodnes jen *pium desiderium* kanonistů. Nemohu proto nezmínit publikaci svého bývalého učitele, profesora Antoní DEBÍNSKÉHO z Fakulty práva, kanonického práva a správy Katolické univerzity v Lublinu, *Kościół i prawo rzymskie*, Lublin (2007), která tuto mezeru alespoň z části vyplňuje. V tomto článku budu z této jeho publikace častěji čerpat.

Hlavní mezníky ve stycích římského a kanonického práva

Doba dvou tisíc let je ovšem přece jen dosti dlouhá, a tak bude i zde vhodné nějakým způsobem ji periodizovat. Za nejinstruktivnější považuji stále tradiční členění, které ve své předmluvě ke Kodexu kanonického práva z roku 1917 zmiňuje i Pietro Gasparri: „V tom ohledu zajisté není nikoho, kdo neví, že zákony, které byly vyneseny před Gratianem (z r. 1140 – 1150), se i v současné době nazývají starým právem; z doby od Gratiana do církevního sněmu tridentského (1145 – 1163) novým právem, třebaže nám jsou již velmi dárné; z doby po tridentském sněmu nejnovějším právem.“³ Jinak řečeno: jde o období předklasické, klasické a postklasické.

I. Období práva starého (*ius antiquum*)

Mezi posluchači kanonického práva panuje rozšířená pověra, že církev si kanonické právo za svůj právní řád vyvolila, tak jako si volíme, co si dáme k obědu. To je ovšem naprosto mylná představa. Církev se přece v prostředí římského práva zrodila a bylo zcela přirozené, že užívala právě jeho institutů, samozřejmě tam, kde to nebylo v rozporu s jejím učením (tedy jistě nikoli např. pokud šlo o povinný kult divinizovaných císařů). Hezky je to vidět na příkladu uzavírání manželství, jehož formu církev přejala z práva římského, když za základ (*radix*) manželství považovala spolu s Ulpianem manželský souhlas (*consensus matrimonialis*); jen pohanské kněze, přítomné při uvedení ženy pod moc manželovu v přísném manželství, vystřídal představený církevní obce (biskup, *επίσκοπος*), který po vlastním uzavření manželství novomanželům udělil požehnání. A to se změnilo až v důsledku rozšíření nedovolených tzv. tajných manželství (*matrimonia clandestina*) v počínajícím středověku, kdy pasivní přítomnost duchovního se změnila v aktivní s vyžadováním manželského slibu a potvrzením platnosti uzavřeného sňatku jménem církve. Stejně tak obřadem svěcení, ať jáhnů, ať kněží či biskupů církev zařazovala jejich nositele do určitého stavu – *ordo* (*diaconorum, presbyterorum, episcoporum*), a to rituálem, který už svým názvem (*ordinatio*) aluduje na zařazení do význačných stavů římské společnosti – např. do stavu senátorského (*ordo senatorius*), jezdeckého (*ordo equester*) apod. Přirozeně

³ K citaci (zde i v následujícím textu) kodexu z roku 1917 jsem použil pracovní Překlad Kodexu kanonického práva, který pořídil prof. František KOP s kolektivem (s předmluvou prof. Jaroslava MICHALA) a který vyšel jako skripta Cyrilometodějské bohoslovecké fakulty v Praze, pobočky v Olomouci, s. a. et l. Olomouc (1969).

nejen v oblasti svátostí, ale i při církevní správě církev bezprostředně přejímala římskoprávní vzory; tak např. papežský dvůr (*curia*) dosti věrně kopíruje uspořádání dvora císařského; obdobně – přirozeně v menším – dvory (kurie) biskupské. Také názvy církevních správních distriktů jsou přejaty z římské státní správy (*provincia, diocesis*), třebaže v poněkud rozdílném pojetí, apod. – příklady by nebraly konců.

Ale odvětvím práva, které je do dnešní doby učebnicovým příkladem tehdejší plodné interakce práva římského a práva kanonického, je právo procesní: byl to právě římský kogniční proces, který církev „uchopila“ a na jeho fundamentu vytvořila skvělý fenomén, totiž tzv. římsko-kanonický proces, který se stal základem prakticky veškeré moderní procesně právní úpravy v právních řádech kontinentální právní kultury. A jistě měl pravdu profesor právnické fakulty Univerzity Karlovy Tureček, když už roku 1935 napsal: „Zásluhou církve došlo k zázraku, k recepci římského práva, dávno mrtvého. Přijetí římskokanonického procesu v teritoriích nebylo zázrakem, protože kanonické právo bylo a je vysoce životným právním řádem. Recepce mrtvého římského práva byla zázrakem, v němž – jak je patrné z klasických prací Ottových – byla církev recepčním faktorem nejvědecktějším, nejvitalnějším, nemocnějším a neúčinnějším. Je určitou újmou pro vědu, že na tuto okolnost někdy romanisté zholo zapomínají v obdivuhodném respektu k římské kultuře.“⁴

Jistě, jak je obecně známo, římské právo hmotné (na rozdíl od onoho procesního) vlastně nikdy mrtvým nebylo – nezaniklo spolu se zánikem (Západo) římské říše. Odhlédneme-li od toho, že v modifikované podobě zůstalo právním řádem byzantského císařství, platilo nadále i v Západní Evropě díky principu personality práva; konečně tzv. římské barbarské zákoníky (*leges Romanae barbarorum*) jsou toho psaným svědectvím. Ale byla to právě církev, která toto právo nesla dějinami pozdního starověku a raného novověku tímto „barbarským“ prostředím až do doby, kdy se stalo předmětem zájmu středověké a později i novověké právní vědy – tzv. recepčních škol: od glosátorů přes komentátory, *mos gallicus*, elegantní jurisprudence, *usus modernus Pandectarum*, Savignyho historicko-právní školu až po moderní pandektistiku 19. století. Do té doby, tedy v předklasické periodě ve vývoji kanonického práva, byla církev bezpochyby i zde nejvýznamnějším nositelem římskoprávní vzdělanosti i praxe – „žila římským právem“. Tato dnes již okřídlená floskule byla původně součástí jedné právní normy z Lex Ribuarie z první poloviny 7. století, kde byla řečena jen jaksi mimochodem v souvislosti s právní úpravou manumise otroků *in ecclesia*: „*Hoc etiam jubemus, ut qualiscumque Francus Ribuarie (...) servum pro*

⁴ TUREČEK, J.: Několik myšlenek o významu církevního práva. K pokusu o škrtnutí vědního oboru církevního práva na právnických fakultách. Praha (1935), s. 12n.

*animæ suæ remedium seu pro pretium secundum legem Romanam liberare voluerit, ut eum in ecclesia coram presbiteris, diaconibus, seu cuncto clero et plebe, in manum episcopi servum cum tabulis tradat, et episcopus archidiacono jubeat, ut ei tabulas secundum legem Romanam, qua ecclesia vivit, conscribere faciat (...)*⁵ Právní dějiny měly prokázat hlubokou pravdivost tohoto postřehu. Dębiński⁶ tuto etapu označuje jako vztah „vzájemného pronikání“ římského a kanonického práva“.

II. Období nového práva středního věku (*jus novum medii ævi*)

Přímá recepce římského práva do práva kanonického je na první pohled zřetelná na nejvýznamnější středověké právní památce – Korpusu kanonického práva. Ani ne tak ještě u jeho první části (Graciánova Dekretu), který vznikl těsně před rokem 1140 a od nějž se počítá klasická perioda ve vývoji kanonického práva. Avšak už krátce poté, v druhé polovině 12. století, otevřela církev římskému dveře dokořán, a to ne jen *via facti*, jak tomu bylo do té doby, nýbrž normativním právním aktem nejvyšší právní síly. Učinil tak jejím jménem papež Lucius III. (1181 – 1185), když svým dekretálem *Intelleximus* formálně přiznal římskému právu roli podpůrného pramene kanonického práva (*partes suppletoriae*) – proto bývá tato norma označována jako ustanovení o recepci římského práva církví. Avšak ani zde nešlo o cílenou obecnou právní úpravu, nýbrž vlastně o odpověď na dotaz padovského biskupa, jak má postupovat v případě kanonickým právem neupraveném (šlo – v římskoprávní terminologii – o *novi operis nuntiatio*): papež v této kauze ustanovil padovského biskupa za svého delegovaného soudce, protože je nejen kanonistou, nýbrž „*in utroque jure peritus*“ („znalec obojího práva“) – a právě zde bylo nepochybně třeba rozhodnout na základě práva římského. A hned v korpusu *juris* následující rozsáhlá sbírka, Dekretály papeže Řehoře IX.⁷ z roku 1234 (tzv. *Liber extra*, sc. *Decretum Gratiani*), která právě tento dekretál obsahuje,⁸ prozrazuje, jak velký vliv měl na kanonické právo tehdejší rozvoj římskoprávní vzdělanosti, zejména boloňské školy glosátorů. Dochází k téměř masovému přejímání institutů římského práva do práva kanonického, jak je už na první pohled zřejmé

⁵ MGH 50,3,2.

⁶ Op. supra cit., s. 17n.

⁷ Kritické vydání *Decretalium D. Gregorii Papæ IX. compilatio* (dále jen „X“). In: *Corpus Iuris Canonici, editio Lipsiensis secunda...* AEMILIUS FRIEDBERG, pars secunda – *decretalium collectiones*. Graz (1955).

⁸ X 5,32,1.

z nadpisů některých ryze „profánních“ kapitol, např. z obligačního práva ve třetí knize: O výprosách (*De precariis*), O výpůjčce (*De commodato*), O úschově (*De deposito*), O koupi a prodeji (*De emptione et venditione*), O nájmu a pronájmu (*De locato et conducto*), O výměně věcí (*De rerum permutatione*) atd. To se přirozeně netýká jen závazkového práva a vůbec knihy Extra – podobně je tomu také v dalších třech dílech korpusu juris (Dekretály Bonifáce VIII. neboli Liber sextus, Klementiny a Extravaganty).

Lze konstatovat, že rozmach římskoprávních studií byl bezprostřední pohnutkou ke stejně prudkému rozvoji kanonistiky, a to už proto, že oba směry si navzájem konkurovaly (viz např. spory legistů a kanonistů) a stimulovaly se tak – jak je to u každé konkurence obvyklé – k vyšším výkonům. Platilo však, že každý kanonista byl také znalcem práva římského, a každý legista znalcem práva kanonického, jak to vyjadřovala tehdejší anekdotická formule: „*Sine canonibus legistae parum valent, canonistae sine lege nihil*“⁹ („Legisté bez kánonů zmohou málo, kanonisté bez zákona vůbec nic“). Zlatý věk římského práva byl prostě i zlatým věkem kanonického práva. Koneckonců oba směry měly stejnou kolébkou – Boloňu: tam kolem poloviny 12. století sepsal mnich kamaldulského kláštera sv. Felixe a Nabora a učitel na tamní klášterní škole Gratianus svou zmíněnou už a doslova přelomovou rozsáhlou sbírku kanonického práva, nazvanou po něm nepřesně sice, ale stručně *Decretum Gratiani*,¹⁰ tam také – právě transformací této klášterní školy na akademii – vzniká v témže století první univerzita na světě vůbec, která se proslavila právě výukou práva – jak kanonického, tak římského. Příbuznost obou monumentálních právních sbírek v právních dějinách – justiniánské kodifikace ve starověku a svodu kanonického práva ve středověku – více než jasně naznačuje i jejich analogický název *Corpus*,¹¹ ať už práva světského,

⁹ GAUTHIER, A.: *Roman Law and its Contribution to the Development of Canon Law*. Ottawa (1996), s. 10.

¹⁰ Jde spíše než o kolekci pramenů práva o učebnici kanonického práva, v níž se autor snažil harmonizovat mnohdy rozpornou právní úpravu; proto sám sbírku označil názvem *Concordia discordantium canonum* – tedy doslova „Uvedení v soulad nesouladných kánonů“. K podrobnostem viz např. HRDINA, I. A.: *Concordia discordantium canonum boloňského mistra Graciána*. In: Soukup, L. (ed.): *Právněhistorické studie* 40 (2009), s. 327-341.

¹¹ V kanonickém právu se s označením *corpus iuris* pro tuto „sbírku sbírek“ setkáváme poprvé zřejmě na kostnickém ekumenickém sněmu (1414 – 1418), tehdy ještě přirozeně v rozsahu od Graciánova Dekretu po Klementiny, tedy bez Chappuisových Extravagant, jež vznikly až roku 1500. Na koncilu se mluvilo o zákonech, které jsou „*in corpore juris clausae*“. Pokud jde o kodifikaci práva římského, sám Justinián ji označoval skromným názvem *Tria volumina*; označení *Corpus juris civilis* pochází až z roku 1583 od jeho editora Dionysia Gothofreda (1549 – 1622).

tedy civilního, nebo církevního, tedy kanonického. Mluví-li Dębiński¹² o středověku jako o období „okouzlení římským právem“, byli tímto „okouzleným“ jak kanonisté, tak legisté. Vztah kanonického a římského práva ke sklonku té době výstižně vyjádřil vzdělaný kanonista Petr Rebuffus (1497 – 1557), když napsal, že „*jus canonicum et civile sunt adeo connexa, ut unum sine altero vix intelligi possit*“¹³ („kanonické právo a civilní [tj. římské] právo jsou natolik spojeny, že jedno bez druhého si lze sotva představit“).

Kvůli objektivnímu pohledu na věc ovšem nelze zamlčet, že v tomto období – konkrétně ve 12. a 13. století – to ve vztahu kanonického a římského práva (resp. ve vztazích jejich pretendentů) někdy také poněkud zaskřípalo. Nejprve papež Alexandr III. na synodě v Tours roku 1163 zakázal studium římského práva (spolu se studiem „fyziky“, tj. medicíny) řeholníkům, což bylo celkem pochopitelné: Satanáš převlečený jako obvykle za anděla prý pod záminkou péče o těla nemocných bratří (to v případě „fyziky“) nebo dokonalejšího vyřizování církevních záležitostí (to v případě římského práva) „*regulares quosdam ad legendas leges et confectioes physicales ponderandas de claustris suis educit*“ („některé řeholníky odvádí z klášterů, aby studovali zákony [tedy *leges*, nikoli *canones*] nebo se zabývali medicínou“). Proto, aby se duchovní muži u příležitosti vědy zase nezačali věnovat světským činnostem, zatímco v duchovních by upadali, „*per praesentis concilii assensum statuimus, ut nulli omnino post votum religionis, et post factam in aliquo loco religioso professionem ad physicam legesque mundanas permittantur exire*“ („na základě souhlasu tohoto sněmu jsme rozhodli, že vůbec nikomu po složení řeholního slibu či po řeholní profesi učiněné na nějakém posvátném místě nesmí být dovoleno opustit klášter za účelem studia medicíny nebo světských zákonů“).¹⁴ Z obdobných důvodů papež Honorius III. (1216 – 1227) jen fragmentárně dochovanou bulou *Super speculam*, vyhlášenou roku 1219 ve Viterbu, pod hrozbou přísných trestů rozšířil tento zákaz i na světské duchovní – „*ad archidiaconos, decanos, plebanos, praepositos, cantores et alios clericos... nec non et presbyteros... hoc extendi volumus et mandamus*“¹⁵ („chceme a přikazujeme, aby se to rozšířilo na arcijáhny, děkany, plebány, probošty, kantory a jiné duchovní, ...jakož i na kněze...“). Inu, papežové rozhodovali podle staré latinské moudrosti „*sutor; tene crepitam!*“ – to by bylo snadno pochopitelné. Jak si ale vysvětlit, že táž bula zakazovala studium římského práva na pařížské univerzitě (!) i v okolí:

¹² Op. supra cit., s. 65nn.

¹³ Citováno z: VAN HOVE, A.: *Prolegomena ad Codicem Juris Canonici*. Mecheln/Řím (1945), s. 527.

¹⁴ X 3,50,3.

¹⁵ X 3,50,10.

„*Firmiter interdicimus (...), ne Parisiis, vel in civitatibus seu aliis locis vicinis quisquam docere vel audire ius civile præsumat*“¹⁶ („Přísně zakazujeme..., aby se nikdo neodvažoval v Paříži nebo v okolních městech či jiných místech konat nebo poslouchat přednášky z civilního práva“). *Ratio legis* zde není zřejmá a odborníci uvádějí různé důvody, přičemž se vesměs shodují na tom, že v tomto případě hrály roli důvody politické povahy. Z toho, že se papežský zákaz týká právě Paříže, někteří autoři (R. Naz, A. Vetulani) vyvozují, že v jeho pozadí nemohl stát (jen) nějaký odpor římské kurie vůči světskému (římskému, civilnímu) právu, nýbrž že si jej spíše objednal sám tehdejší francouzský král Filip August II., který nechtěl, aby se ve Francii, kterou nepovažoval za součást Římské říše, šířilo říšské/římské právo.¹⁷ Známa je maxima francouzských králů „*Rex Galliae est Imperator in regno suo*“. Na druhé straně nelze přehlédnout, že v oné době se právo (římské, ale i kanonické) stávalo prestižní disciplínou na úkor studia teologie a jeho absolventi měli dveře otevřené ke kariéře jak v církevní, tak ve státní správě. Navíc znalci práva římského, tedy legisté, pracovali s justiniánským právem, které zcela automaticky předpokládalo supremaci státní moci nad církví; to ale muselo narazit v době, kdy římsko-germánský césaropapismus se během urputných bojů mezi říší (*imperium*) a papežstvím (*sacerdotium*) měnil v papocézarismus, tedy hierokratické uspořádání tehdejší *unitas christianorum*. Vlivů zde tedy mohlo být a patrně bylo více. V každém případě už Honoriovi častěji zmiňovaný nástupce Řehoř IX. povolil roku 1235 studium civilního práva na univerzitě v Orleánu nedaleko Paříže, až zákaz buly *Super speculam* vyšuměl...

III. Období nejnovějšího práva (*ius novissimum*)

Po tridentském sněmu, který odvedl – mimo jiné – vynikající legislativní práci, dochází k tzv. „spiritualizaci“ církevního práva, čemuž je třeba správně rozumět tak, že právo církevní (kanonické) se nadále zabývalo jen církevními záležitostmi, jak je to zcela přirozené. V jeho dekretch *De reformatione* nenalezneme žádné normy ryze světského obsahu, jako ještě v nedávno (roku 1500) uzavřeném korpusu *juris*, jak bylo výše ukázáno na příkladu Dekretálů Řehoře IX. V důsledku západní reformace přestalo být kanonické právo jednotným právem do té doby jednotného (západního) křesťanstva a stalo se právem katolické církve. Tento vývoj měl za následek,

¹⁶ X 5,33,28.

¹⁷ Stačí vzpomenout na pretenzi glosátorů: „*Unum sit ius, cum unum est imperium*“ [KINCL, J./URFUS, V.: *Římské právo*. Praha (1990), s. 393].

že se cesty kanonického a římského práva (a stejně tak kanonistiky a romanistiky) začínaly rozcházet. Zatímco světská jurisprudenc (zvláště v Německu) díky snaze po moderním využití římského práva a zvláště Digest/Pandekt (viz *usus modernus Pandectarum*) s římským právem stále intenzivněji pracovala a jeho instituty tu více, tu méně vtělila do moderních občanských zákoníků 19. století (francouzského, rakouského, německého), církevní legislativa se zaměřila na provádění dekretů tridentského sněmu. Ke kodifikaci kanonického práva, jakkoli byla tehdy naléhavě potřebná, však v 19. století nedošlo, i když po ní biskupové pozvaní na I. vatikánský koncil úpěnlivě volali a žádali, „aby kanonické právo bylo opraveno a vhodněji uspořádáno po vzoru všech moderních států, tak jako Řehoř IX. neváhal napodobit Justiniana“.¹⁸ Vnější důvodem bylo jistě předčasné ukončení koncilu v důsledku vypuknutí prusko-francouzské války, odvolání francouzské posádky z Říma a obsazení papežského státu vojsky italského risorgimenta pod vedení Viktora Emanuela. Nelze ovšem přehlédnout, že i kanonistika právě tehdy prodělávala svou vnitřní krizi a obecných obav před pronikáním světského smýšlení do církevní vědy nebylo ušetřeno ani kanonické právo.

To se nicméně změnilo, když papež Pius X. svým motu proprio *Arduum sane munus*¹⁹ ze dne 16. 3. 1904 nařídil úplnou a výlučnou kodifikaci kanonického práva. V čele kodifikační komise nakonec našťastí stanul vynikající právník širokého rozhledu a pozdější kardinál – státní sekretář Pietro Gasparri, znalec práva kanonického stejně jako římského a stejně jako moderního evropského občanského práva. A ten se hned v prvních řádcích své předmluvy ke svému dílu, Kodexu kanonického práva²⁰ vyhlášenému papežem Benediktem XV. roku 1917, přiznává k právu římskému: „Bylo neustálým předsevzetím katolické Církve, zvláště od té doby, co zákony římské říše byly sestaveny v Corpus iuris, aby též posvátné kánony byly sebrány v celek a aby se tak jejich znalost, užívání a zachovávání staly každému snazšími.“ A sám papež v promulgační konstituci *Provida Mater Ecclesia* ze dne 27. 5. 1917 mluví o římském právu s úctou jako o „význačném památníku staré moudrosti, který právem byl nazván psaným rozumem“ (*ratio scripta*).

Teprve když tento kodex nabyl účinnosti, skončilo římské právo svou mnohasetletou funkci subsidiárního pramene (*fons suppletorius*) kanonického práva: derogační klauzule tohoto kodexu v kánonu 6 už římské právo

¹⁸ Z předmluvy kardinála Pietra Gasparriho ke Kodexu kanonického práva z roku 1917.

¹⁹ K tomu viz např. HRDINA, I. A.: 100 let od zahájení prací na úplné kodifikaci kanonického práva. In: Soukup, L. (ed.): Právněhistorické studie 38 (2007), s. 319-326.

²⁰ *Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu editus Benedicti Papæ XV auctoritate promulgatus...*, Typis Polyglottis Vaticanis (1917).

jakožto nadále platný pramen nezmiňuje. Avšak právě v momentu, kdy se po dvoutisícileté symbióze kanonické právo s právem římským jakoby loučilo, vzdává mu mlčky poslední hold, když přejímá jeho systematiku. Od doby první starobylé kompilace Bernarda z Pavie z roku 1198 byly totiž všechny následující sbírky kanonického práva členěny do pěti knih podle hesel *judex – iudicium – clericus – sponsalia* (resp. *connubia*) – *crimen*, tedy obecná část (včetně pojednání o pramenech práva), procesní právo, právní postavení duchovních a řeholníků, manželské právo a trestní právo. Ale zákonodárce se na počátku 20. století od tohoto věky posvěceného členění odvážně odchýlil a vrátil se k daleko starší systematice justiniánských Institucí navazujících na Gaia, a sice podle hesel *personae – res – actiones – crimen*, tedy právo personální, věcné (v širokém smyslu), procesní a trestní. Zkrátka ovšem nepřišlo ani právo německé, když Pietro Gasparri jakožto šéf kodifikační komise, nepochybně inspirovan německým Obecným občanským zákoníkem, předřadil před tento kanonickoprávní materiál tzv. všeobecné normy (*normae generales*), které nejsou ničím jiným, než obdobou obecné části německého civilního kodexu.²¹ A i když nyní platný Kodex kanonického práva,²² vyhlášený roku 1983 papežem Janem Pavlem II. tuto systematiku opustil (podle autora ke škodě věci: teologie je teologie a právo je právo), přesto alespoň jeho sedmá kniha upravující procesní právo je trvalou připomínkou římského procesu, z nějž se kanonický proces zrodil.

Období tzv. kodifikovaného kanonického práva (ve 20. století) ve vztahu k právu římskému označuje výstižně Dębiński²³ jako „odstup plný respektu“. A obojího je zapotřebí: vždyť nedostatek odstupu by vedl k anachronistické konfúzi římského a kanonického práva, zatímco nedostatek respektu je vždy projevem ignoranství.

Závěrem mi budiž dovolena tak trochu osobní glosa. Za panem profesorem Blahem zůstává imposantní publikační činnost, která, jak věříme, bude nadále pokračovat. Ale v posledních letech se náš jubilant věnuje také činnosti překladatelské – překládání Korpusu *juris civilis*; přeloženy tak doposud byly justiniánské Instituce²⁴ a první část *Digest*.²⁵

²¹ SRV. HRDINA, I. A.: Civilistické kodifikace 19. století a Kodex kanonického práva. Pocta PhDr. Karlu Waskovi k 60. narozeninám. In: Sborník k počtě Evy a Karla Waskových, západočeských archivářů. Plzeň (2011), s. 167-173.

²² *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, Libreria editrice Vaticana (1983).

²³ Op. supra cit., s. 113nn.

²⁴ BLAHO, P.: *Justiniánske Inštitúcie*. Trnava (2000).

²⁵ BLAHO, P./VAŇKOVÁ, J.: *Corpus Iuris Civilis, Digesta*, Tomus I. Bratislava (2008).

Já jsem toho také musel dost napsat. To ale dnes musí každý vysokoškolský pedagog – inu „publish or perish!“, jak se dnes po americku říká. Ale i já se ke sklonku své vědecko-pedagogické kariéry uchyluji k překládání – tentokrát k překládání dokumentů tridentského všeobecného koncilu (1545 – 1563), který se stal hlavním zdrojem právní úpravy v katolické církvi na další téměř čtyři stovky let.

A jestliže si (a tady mluvím jenom za sebe) nejsem vždycky jist, zda všechno či alespoň většina toho, co jsem kdy publikoval, přineslo mému oboru nějaký skutečný užitek (tedy zda to vůbec bylo „k něčemu“), pak o užitečnosti překladů takových děl, jako je Corpus juris civilis nebo jako jsou dekrety tridentského ekumenického sněmu sotva může být pochyb (a to by jistě podepsal i náš jubilant). A to je jistě dobrý pocit. Konec konců kvalitní překlad takových děl předpokládá dlouholetou předcházející práci v oboru včetně té publikační, což neplatí (a pochopitelně ani nemůže platit) opačně.

Kdoví ovšem, jestli taková činnost vůbec přinese nějaké body do RIVu; a sotva ji plně docení různí „evaluátoři“ vědecké činnosti vysokoškolských učitelů. Ale jistě ji ocení všichni, kteří by v touze po poznání základů naší civilizace rádi sáhli po pramenech a kterým v tom doposud bránila jazyková bariéra. A jsem přesvědčen, že ji ocení i odborná právnická veřejnost a na prvním místě naši mladí kolegové na katedrách právních dějin i jinde, kteří navzdory nepříliš příznivým vnějším podmínkám jsou živou nadějí právně historické vědy. A právě náš jubilant je jedním z těch, kteří se nejvíce zasloužili, aby se tato naděje opírala o reálné základy; a za to mu na tomto místě patří náš upřímný dík. Vaše Magnificence, vážený pane profesore: *Ad multos annos!*

Zusammenfassung

Das römische Recht ist nicht verschwunden mit dem Untergang des römischen Staates, sondern es lebte weiter, bis es seine Inkorporierung in die Kodexe des Bürgerrechtes in 19. Jahrhundert fand. Dazu kam dank dem Prozess seiner Rezeption, in dem eine hervorragende Rolle eben die katholische Kirche spielte. Man sagte von ihr, sie lebe „*lege Romana*“. Das römische Recht galt im kanonischen Recht vom 12. Jhdt. als subsidiäre Quelle des Rechtes, und zwar bis 1917, wann ein neuer Kodex des kanonischen Rechtes promulgiert war. Besonders deutlich ist die Rezeption des römischen Rechts im Prozessrecht sichtbar (siehe Termin „römisch-kanonisches Prozess“).

Das Problem des wachsamem Gesetzes: Eine neue Rechtsfigur im alten Licht

Éva Jakab

I. Zum Beitrag der griechischen Philosophie - II. Wie wachsam darf das Gesetz sein?

Friedrich Hölderlin vergleicht in seinem bekannten Gedicht „An der Quelle der Donau“ den gewaltigen, mitreißenden Strom des Flusses mit den herrlichen Tönen einer Orgel, die Gottes Haus füllen.

Denn, wie wenn hoch von der herrlichgestimmten, | der Orgel im heiligen Saal,
| Reinquillend aus den unerschöpflichen Röhren, | Das Vorspiel, weckend, des
Morgens beginnt | Und weitumher, von Halle zu Halle, | Der erfrischende
nun, der melodische Strom rinnt, | Bis in den kalten Schatten das Haus | Von
Begeisterungen erfüllt, | Nun aber erwacht ist, nun, aufsteigend ihr, | Der Sonne
des Fests, antwortet | Der Chor der Gemeinde; so kam | Das Wort aus Osten zu
uns, | Und an Parnassos Felsen und am Kithäron hör' ich | O Asia, das Echo
von dir..

Die Donau kann erfrischend, melodisch oder eben bedrohlich und zerstörerisch sein. Das silberne, glitzernde Band, das ewig dahinfließt: Die Donau verbindet Nationen, Regionen und wechselhafte Landschaften. Ihre Wellen schütten Gegenwart zur Vergangenheit und tragen unsere Zukunft mit sich. Die Donau bedeutet Abreise und Wiederkehr. Der melodische Strom sei nach Hölderlin die profunde und verborgene Sprache der Götter. Der bekannte Schriftsteller, Claudio Magris nannte sie in seinem Roman¹ eine „Straße, die Europa mit Asien verband, Deutschland mit Griechenland, auf der in mythischen Zeiten die Poesie und das Wort gereist waren, um den Sinn des Seins in das deutsche Abendland zu bringen ...“ Nicht der real-geographischen, sondern viel mehr dieser mythisch verstandenen Stromrichtung möchte ich folgen, um von Tiefen und Brandungen in historisch dahin fließenden Rechtskulturen zu erzählen.

Rechtsgeschichte oder Rechtsgeschichten? Sie eröffnen dem modernen Betrachter einen tieferen Einblick in die eigentümlichen Gesetzmäßigkeiten der

¹ C. MAGRIS, Donau. Biographie eines Flusses, Zsolnay (2004), 14 und 16.

Rechtsentwicklung. Im Strom der Rechtskulturen tauchen Rechtsfiguren aus der Tiefe hervor, versinken wieder, um später wieder hoch auf den Wellen zu reiten. Wesentliche Elemente unseres modernen Rechtsdenkens wurden nicht selten aus erstaunlichen geographischen oder zeitlichen Entfernungen an uns geschwemmt.

Zum besseren Verständnis dieses Stromes braucht der Jurist – in jeder Epoche – eine profunde, historisch fundierte Ausbildung, die ihm eine Wertschätzung über das momentan geltende Recht hinaus ermöglicht. Dazu wollte unser Internationales Seminar für Römisches Recht ab Anfang an beitragen: diese Zusammenarbeit wurde vor siebzehn Jahren in Bratislava begründet, wo wir die Gastfreundschaft des verehrten Jubilars Peter Blaho genossen haben. Seitdem kenne ich und schätze ich den Jubilar und möchte meine Ehre mit diesem kleinen Beitrag ausdrücken.

Die Geschichte unserer Freundschaft begann 1997 nahe der Donau, an seiner Universität. Den Kern bildete ein kleines CEEPUS-Projekt, der anschließend Jahr für Jahr aus den eigenen Mitteln der Veranstalter aufgestockt wurde. Die Schauplätze waren führende Universitäten in Mitteleuropa – wobei wir immer wieder zur Donau zurückkehrten: Belgrad, Freiburg i.Br., Graz, Ljubljana, Magdeburg, Milano, Mostar, Motovun, Nazarje, Sarajevo, Schimmelbach, Szeged, Tübingen ... Unsere Ziele waren vielerlei: mehr Internationalität in der Lehre, Interdisziplinarität, Nachwuchsförderung ... und auch ein bisschen mehr. Wir wollten vor allem die gravierenden Unterschiede zwischen westlicher und östlicher Wissenschaftlern durch Annäherung in der gemeinsamen Arbeit mit viel Toleranz langsam glätten; den Nachwuchs grenzübergreifend zu vernetzen und mit den neuesten Forschungsergebnissen- und Methoden anzufreunden; Spannungen im Süd-Osteuropa durch „face to face“ Beziehungen zu lockern. Wir, die Teilnehmer des Projekts erlebten das alles als eine Erfolgsgeschichte. Dabei kam der Jubilar uns immer wieder zur Hilfe.

Aber kehren wir von dieser Geschichte zur Rechtsgeschichte zurück. Paul Koschaker, der bedeutende österreichische Jurist und Rechtshistoriker des 20. Jahrhunderts (Professor in Innsbruck, Prag, Leipzig, Berlin, Tübingen – der auch der Doktorvater meines Lehrstuhlvorgängers in Szeged, Elemér Pólay war) hat in seinem Werk „Europa und das römische Recht“ bereits im Jahre 1947 festgestellt, dass die abendländische Kultur auf drei Grundpfeilern ruhe: die griechische Philosophie, das Christentum und das römische Recht. Was er damit gemeint hat, versuche ich im Folgenden an einem kleinen Beispiel zu zeigen. Der Ausflug führt in die griechische Philosophie zurück, um die Wurzeln modernster strafrechtlicher Diskussionen in ein historisch getöntes Licht zu stellen.

I. Zum Beitrag der griechischen Philosophie

In Platons Darstellung steigen Kleinias, ein Kreter, Megillos, ein Spartaner und ein ungenannter „Gastfreund“ aus Athen von Knossos zur Zeusgrotte auf dem Berg Ida auf. Dabei führen sie ein langes Gespräch, das den Stoff eines der berühmtesten und einflussreichsten Werke der antiken Philosophie bildete.

Der Athener eröffnet die Diskussion mit der schwierigen Frage: „Ist es ein Gott oder irgendein Mensch, ihr Gastfreunde, der bei euch als Urheber einer Gesetzgebung gilt?“² Anschließend werden die gesetzgeberischen Erfahrungen aus Sparta und Kreta – die lykurgischen und minoischen Traditionen – mit dem Geist des solonischen Gesetzes verglichen und in einen neu erschaffenen Kosmos verschmolzen.³ Vor den Augen des Lesers entstehen die Konturen einer zugleich erhaltungsfreudigen und reformwilligen Gesetzgebung. Indem Kleinias und Megillos willig vom Wissen des Atheners profitieren, erweitert sich der athenische „Rechtsstaats-Gedanke“ zu einem hellenischen Gesetzgebungsmuster.

Bereits Erik Wolff betonte, dass das Wesen des Werks vom juristischen Begriff des Gesetzes her nicht deutbar sei.⁴ Die allgemein bekannte Übersetzung ihres Titels, „Die Gesetze“, hemme eher „das rechte Verständnis und damit die Wirkung des vielseitigen und sozialpädagogisch besonders bedeutsamen Werkes“.⁵ Seiner Meinung nach wäre es richtiger, von der „Lebensordnung rechter Verfasstheit“ zu sprechen. Platon legte damit einen umfassenden und anspruchsvollen Entwurf für die Reform der Gesellschaftsordnungen der griechischen *poleis* des 4. Jahrhunderts v.Chr. vor. Für sein Konzept ist es charakteristisch, dass sich darin „göttliche und menschliche Gemeinschaft (*koinonia*)“ in einer harmonischen Ordnung verschmelzen und „in ihrer Geschicklichkeit untrennbar verflochten“ erscheinen.⁶ Der geschichtlich gewordene und im Werden sich entfaltende *kosmos* ist eine göttlich gestiftete Ordnung: eine planmäßige Gründung, wie die von alters her gewordene und zukünftig werdende Polis. Dieser *kosmos* ist ethisch beeinflusst und setzt sich zum Ziel, alle Handlungen der Staatsbürger von der Geburt bis zum Tod nach

² Plat. Nom. 624a. Die deutsche Übersetzung folgt überwiegend K. SCHÖPSDAU/H. MÜLLER, Platon. Werke in acht Bänden, Darmstadt (1990).

³ Über die großen Gesetzgeber der Griechen s. etwa K.-J. HÖLKESKAMP, Schiedsrichter, Gesetzgeber und Gesetzgebung im archaischen Griechenland, Stuttgart (1994), 44ff.; zum Solon vor kurzem auch M.-Th. FÖGEN, Das Lied vom Gesetz, München (2007), 117ff.

⁴ E. WOLF, Griechische Rechtsdenken IV,2: Platon. Dialoge der mittleren und späteren Zeit, Frankfurt a. M. (1970), 198.

⁵ WOLF, Rechtsdenken 199.

⁶ WOLF, Rechtsdenken 163.

hohen sittlichen Werten zu regeln. Die Gesetzgebung folgt dem Lebenslauf, sie entfaltet sich *kata physin*.⁷ Platon glaubt fest an die erzieherische Rolle des Gesetzgebers⁸ und betont daneben stark den *polis*-Gedanken, die enge Zusammengehörigkeit von Staat und Individuum. Nach ihm werden die Bürger den Zielen und Werten der Gesetze aus innerer Überzeugung folgen und äußeren Zwang nur ausnahmsweise brauchen.⁹ Andererseits erscheinen die weltlichen und religiösen Sanktionen – sogar *post mortem* – in der skurrilen, mit Mythologie durchflochtenen Welt der *Nomoi* eng verbunden.

Die Aufgabe des öffentlichen Strafrechts ist „sowohl der Schutz vor schweren Verbrechen und Verbrechern, als auch eine erzieherische Einwirkung auf die Menschen, die noch nicht ganz entartet sind“.¹⁰ Der Zweck der Strafe ist nicht zu züchtigen, sondern eher zu bessern. Auch die Todesstrafe tue dies in dem Sinn, dass der sie erleidende Täter nicht noch schlechter werde. Sie dient natürlich auch zur Abschreckung anderer (Generalprävention).

Platon versteht die Begehung von Straftaten als eine Erkrankung der Seele. Deshalb betont er:¹¹ „von einem Bürger freilich, der richtig erzogen worden ist, werden wir es weder wünschen, noch ist es überhaupt zu erwarten, dass er jemals in diese Krankheit verfallen wird ...“ Eine echte Bedrohung bedeuten jedoch die Fremde und Sklaven. Damit schuf Platon ein drohendes „Feindbild“, eine immerwährende Gefährdung der Gesellschaft, als Grundlage seines Strafrechts. Es überrascht kaum, dass seine strafrechtlichen Thesen stark zum „Täterstrafrecht“ neigen.

Platon erklärt in einem Proömion, dass ein so gut geordnetes Gemeinwesen wie die künftige Polis der Magneten, grundsätzlich gar keiner Strafgerichtsbarkeit bedürfe. Sie für Ausnahmefälle einzurichten, sei deshalb fast beschämend, jedoch unvermeidlich, weil es unter den Menschen immer politisch unerziehbare geben werde:¹² „Irgendwie ist es freilich beschämend, überhaupt für alle die Fälle, für die wir es jetzt vorhaben, gesetzliche Bestimmungen zu geben in einem Staat, von dem wir behaupten, er werde gut verwaltet werden und durchweg eine Einrichtung erhalten, die zur Ausübung

⁷ KNOCH, Strafbestimmungen 17.

⁸ “There are two methods of legislation, the ‚single‘ method, which simply lays down penalties for certain kinds of act, and the ‚double‘ method in which the prescription of the penalty is preceded by an attempt to show why acts in question are wrong and to persuade people not to do them“ – R. F. STALLEY, *An Introduction to Plato’s Laws*, Oxford (1983), 42; vgl. Plat. Nom. 857c-e.

⁹ WOLF, *Rechtsdenken* 205; s. dazu auch FÖGEN, *Gesetz* 9ff.

¹⁰ WOLF, *Rechtsdenken* 261.

¹¹ Plat. Nom. 854b.

¹² Plat. Nom. 853b-c.

der Tugend erforderlich ist. Ja, schon die bloße Annahme, es könnte in einem solchen Staat jemand heranwachsen, der sich den schlimmsten Formen der Schlechtigkeit ... hingeben werde ..., so dass man dem durch Gesetze zuvorkommen muss ..., schon diese Annahme ist beschämend.“

Andererseits sieht er für Magnesia beinahe einen totalitären „Überwachungsstaat“ vor: Die Gesetzeswächter (*nomphylakes*) achten wachsam auf die Einhaltung jeder Vorschrift. Bei den meisten Straftaten werden Populärklagen eingeräumt, damit auch jeder Bürger selbst zum Schutz der allgemeinen Sicherheit agieren kann. Dazu kommt, dass in vielen Fällen eine Anzeigepflicht (unter Androhung von harten Strafen) festgelegt wird.¹³

Um die philosophisch und sozialetisch festgelegt „optimale“ Staatsordnung (die Nomokratie) zu schützen, soll noch eine „nächtliche Versammlung“ (*nykterinos syllogos*) als oberste Hüter der Gesetzgebung eingerichtet werden.¹⁴ „Es sollten sich die jeweils zehn ältesten Gesetzeswächter und all diejenigen, die die höchste Auszeichnung erhalten haben, mit jenem an einem Ort versammeln ... außerdem sollte jeder einen jungen Mann von mindestens dreißig Jahren mitbringen ... Offenbar so, dass der Staat selbst den Rumpf bildet, während sozusagen auf der Höhe des Kopfes die jüngeren Wächter ... ringsum den ganzen Staat überblicken und bei ihrer Wachtätigkeit ihre Wahrnehmungen dem Gedächtnis anvertrauen und den Älteren alles melden, was im Staat vorgeht ...“¹⁵

Die Metapher mit dem „Auge des Gesetzes“ lebt, wie der Frankfurter Jurist Michael Stolleis kürzlich gezeigt hat,¹⁶ in der europäischen Rechtskultur und Literatur (oft unerkannt) bis heute weiter: „All diese erkenntnistheoretischen Unterscheidungen, Metaphern und sprichwörtlichen Wendungen der Antike ... werden ... bis zur heutigen Tag begleitet ...“¹⁷

Ich möchte hier allein auf ein bekanntes Gedicht von Schiller hinweisen, worin er Platons Idee (wohl bewusst) als Metapher verwendet: „... Markt und Straße werden stiller, | Um des Lichts gesell'ge Flamme | Sammeln sich die Hausbewohner, Und das Stadttor schließt sich knarrend. | Schwarz bedeckt | Sich die Erde, | Doch den sichern Bürger schreckt | Nicht die Nacht, | Die den Bösen grässlich wecket, | Denn das Auge des Gesetzes wacht“.¹⁸

¹³ S. etwa Plat. Nom. 856b-c, 866c, 871b, 914a.

¹⁴ Plat. Nom. 961a-b.

¹⁵ Plat. Nom. 964e.

¹⁶ M. STOLLEIS, Das Auge des Gesetzes. Die Geschichte einer Metapher, München (2004), 7ff.

¹⁷ STOLLEIS, Das Auge des Gesetzes 23.

¹⁸ F. SCHILLER, Das Lied von der Glocke, in: Schillers Werke I, Weimar (1981), 170-183, zit. S. 179.

II. Wie wachsam darf das Gesetz sein?

Das zentrale Thema des Beitrags ist einem umstrittenen Phänomen des modernen Strafrechts gewidmet: die Vorverlagerung der Strafbarkeit. Es geht darum, dass neu entstandene Strafvorschriften die Strafbarkeit bereits an bestimmte Absichten oder Handlungen im Vorbereitungsstadium anknüpfen. Dadurch können Freiheitsrechte immer mehr eingeschränkt und die staatliche Überwachung über die Privatsphäre wesentlich verstärkt werden. Diese Bestrebung wird heute mit den wachsenden Gefahren durch Terrorismus und organisierte Kriminalität begründet. Ich möchte hier die Frage stellen, ob es sich dabei wirklich um ein neues Produkt des modernen Staates handelt, oder ähnliche Überlegungen bereits in der Antike beobachtet werden können?

Die folgende Untersuchung beschränke ich auf Platons *Nomoi* und auf einige Tatbestände, die für das vorliegende Thema eine gewisse Relevanz haben könnten. Der Logik Platons Werk entsprechend liegt es nahe, mit den sakralen Verbrechen anzufangen. Als schlimmste Untat galten für ihn Tempelraub und Frevel; für die vollendete Tat wird für Bürger die Todesstrafe verhängt, während Fremde und Sklaven mit Geißelhieben und Abschiebung bestraft werden. Die erwähnten Strafarten: Tod, körperliche Züchtigung oder Geldbußen entsprechen weithin dem gemeingriechischen positiven Recht.¹⁹

Es ist von Interesse, dass bereits der bloße Anreiz zum Frevel am Eigentum der Götter als Wahn (*mania*) beschrieben (und bestraft) wird. Platon hält die göttliche Ordnung für ein noch schutzwürdigeres Rechtsgut als die Staatsordnung, deshalb sieht er besonders strenge Strafen für Gottlosigkeit und Frevel vor. Der Nomothet formuliert keine einzelnen Tatbestände der Asebie, vielmehr verwendet er die Generalklausel: „Wenn jemand sich in Wort oder Tat als gottlos erweist.“²⁰ Eine horizontale Erweiterung des Tatbestandes kommt hier also nicht in Frage.

Es ist jedoch eine merkwürdige Ausdehnung der Strafbarkeit zu beobachten, die bereits die Intention zum Tempelraub²¹ pönalisiert (Plat. nom. 907d-e):

„So könnte man demjenigen, den eine böse Begierde bei Tage reizt und ihn mitten in der Nacht aus dem Schlaf weckt und ihn zu einem Heiligtum treibt, um es zu plündern, mit folgenden Worten zureden und ihn ermahnen: ‚Du seltsamer Mensch, es ist weder ein menschliches noch ein gottgesandtes

¹⁹ T. J. SAUNDERS, *Plato's Penal Code* 102ff.

²⁰ Plat. Nom. 907d-e.

²¹ Zur Diebstahl von gottgeweihten Gegenständen s. D. COHEN, *Theft in Athenian Law*, München (1983), 93ff.; SAUNDERS, *Plato's Penal Code* 286ff.

Übel, das dich jetzt antreibt, auf Tempelraub auszugehen, sondern ein Wahnsinnsstachel, der als Folge von alten und ungesühnten Freveln sich den Menschen einpflanzt und verderbenbringend umherschweift und vor dem man sich mit aller Kraft zu hüten hat. Wie man sich davor hüten kann, vernimm jetzt. Wenn dich irgendein Gedanke dieser Art befällt, so wende dich zum Sühneopfer, wende dich schutzflehend zu den Heiligtümern der Götter, die das Unglück abwehren, wende dich dem Umgang mit Männern zu, die bei euch als tugendhaft gepriesen werden; höre es von ihnen und versuche es selber auszusprechen, dass das Schöne und das Gerechte jedermann in Ehren behalten muss; den Umgang mit Schlechten aber fliehe, ohne dich umzuwenden. Und wenn du das tust und deine Krankheit lässt nach, dann wohl dir! Wenn aber nicht, so betrachte den Tod für schöner und scheidet aus dem Leben!“

Wie oben bereits erwähnt, die „Lebensordnung rechter Verfasstheit“ wird im Idealstaat der Magneten von einer göttlichen Ordnung beherrscht. Die staatlich anerkannten und geförderten religiösen Kulthandlungen stärken die Identität und festigen die gesellschaftliche Ordnung. Deshalb genießen auch Tempel, Heiligtümer, Gräber und jegliche Instrumente der Religion höchste Priorität im Strafrecht.²² Bereits die im Täter erwachende Intention gilt als risikoreiche Gefährdung, auch wenn noch gar keine Vorbereitungshandlungen unternommen wurden. Der Gesetzgeber appelliert jedoch auf die durch Erziehung geprägte bessere Seele der Bürger. Der Nomothet verlangt eine nüchterne Selbstkontrolle vom werdenden Täter: Er soll sich von der verbrecherischen Absicht reinigen. Nach Platon kann dem richtig erzogenen Bürger kann zugemutet werden, dass er aus innerer Überzeugung dem Gesetz treu bleibt. Er wird eher den Freitod wählen, um sich vor der Schande des schlimmsten, mit Todesstrafe bedrohten Verbrechens zu retten.²³ Es zeigt Platons tiefe Überzeugung, dass die staatlich gesteuerte Erziehung die denkbar wirksamste Generalprävention verkörpert.

Als zweitschlimmstes und -gefährlichstes Verbrechen für die Gesamtheit gelten die auf Umsturz der Verfassung gerichtete Taten: gesetzwidrige Ämterwahl, gewaltsame Ausübung von rechtlich unbegründeter Macht im

²² Der strafrechtliche Schutz von Gottlosigkeit (*asebia*) und Frevel entspricht durchaus dem positiven Recht in den griechischen Poleis des 4. Jhs. V.Chr., Vgl. WOLF, Rechtsdenken 272f.; MORROW, Plato, 470ff.

²³ Diese Auffassung Platons steht in auffälligem Widerspruch damit, dass er sonst den Selbstmord scharf verurteilt (vgl. etwa 959b-c). SAUNDERS, Plato's Penal Code 289 stellt darauf ab, dass hier die gesetzliche Norm (die Strafbarkeit des Tempelraubs) als Rechtfertigung der Tat gedient haben dürfte.

Gemeinwesen durch Gemeinbünde und Erregen von Bürgerkrieg. Auch diese Fälle werden mit Todesstrafe bedroht (Plat. nom. 856b-c):

„Wer die Gesetze unter die Herrschaft von Menschen bringen will und sie dadurch knechten und den Staat einem Parteiklüngel hörig machen und wer das alles mit Gewalt durchsetzen und eine Aufruhr erregen und so gegen die Gesetze freveln will, den muß man gewiss für den allergrößten Feind des ganzen Staates ansehen ... Jeder Mann aber, der auch nur ein bisschen etwas taugt, soll den Behörden den Anstifter anzeigen und ihn vor Gericht bringen wegen gewaltsamen und zugleich gesetzwidrigen Umsturzes der Verfassung.“

Nicht nur die vollendete Tat, sondern jede Vorbereitungshandlung (Versuch, Anstiftung oder bloße Intention) wird mit der strengsten Strafe bedroht. Die innere Sicherheit ist in jeder Gesellschaft ein hochgeschütztes Rechtsgut – die strafbarkeitsbegründende Vorverlagerung kann als immanenter Bestandteil solcher Tatbestände bewertet werden.

Jeder Gesetzgeber schützt die bestehende Staatsordnung und will deren Gefährdung unterbinden bzw. bestrafen. Zur Rechtfertigung trägt bereits Platon vor, dass das öffentliche Interesse immer und konsequent dem Interesse der Einzelnen vorgehe (Plat. nom. 875):

„Die wahre Staatskunst (soll) nicht auf den Vorteil des einzelnen, sondern auf das Gemeinwohl bedacht sein ... und dass es für beide, für das Gemeinwesen wie für den Einzelnen von Vorteil ist, wenn eher das Gemeinwohl gefördert wird als die Interessen des einzelnen.“

Die Tötung wird von Platon ausführlich, mit Anspruch auf eine gewisse Systematisierung, aber nicht erschöpfend behandelt.²⁴ Einige, aus dem sozialemischen Aspekt relevante Tatbestände werden hervorgehoben, während andere völlig unerwähnt bleiben.²⁵ Als wichtiges Leitmotiv unterscheidet Platon zwischen „freiwilligem“ (*hekousios*) und „unfreiwilligem“ (*akôn*) Tötungsverbrechen (Plat. nom. 865a):

„Wir wollen nun nicht zögern ... über jede Art von Tötung die entsprechenden Gesetze aufzustellen, und wollen als erstes die gewaltsamen und unfreiwilligen Tötungen besprechen. Wenn jemand bei einem Wettkampf und bei öffentlichen Spielen, sei es auf der Stelle oder auch später infolge der erlittenen Verletzungen,

²⁴ Die Tötung wird in Plat. Nom. 865a-874e thematisiert.

²⁵ Vgl. dazu KNOCH, Strafbestimmungen 161.

ungewollt einen befreundeten Menschen tötet oder ebenso im Krieg oder bei einer kriegerischen Übung, bei der man sich mit unbewaffnetem Körper im Speerwurf übt oder mit sonst irgendwelchen Waffen die kriegerische Kampfätigkeit nachahmt, so soll er, wenn er nach dem hierüber aus Delphi eingeholten Gesetz gereinigt worden ist, rein sein.“

Es zeigt, dass Platons Distinktion zwischen unfreiwilliger und freiwilliger Handlung keineswegs unseren modernen Begriffen der fahrlässigen und vorsätzlichen Tötung entspricht. Das Konzept wird dadurch noch komplizierter, dass er anschließend – an Drakons Gesetze anlehnd – auch die Kategorie der „eigenhändigen“ Tötung einführt.²⁶ Platon konzentriert sich zunächst auf die Tattypen und erweckt dadurch den Eindruck, dass er bei diesem Verbrechen konsequent an einem „Tatstrafrecht“ festhalten werde.

Die Berücksichtigung von strafmindernden Motiven zeigt, dass sich Platon über Schuld und Haftung bereits ein fein abgestuftes Konzept gebildet hat: „Wenn aber jemand mit eigener Hand einen Freien getötet hat, die Tat aber im Zorn geschehen ist, so sind hierbei zunächst zwei Fälle zu unterscheiden ...“ Der Zorn wird hier als emotionales Motiv gewertet, das die sozialetische Beschaffenheit des Täters ad hoc wesentlich modifizieren kann. Anschließend wird präzise differenziert, ob die Tat in einer „plötzlichen Aufwallung“ oder als „wohl überlegte Rache“ zur Tötung geführt hat.²⁷ Als weitere strafmindernde Motive werden etwa Übereifer, Furcht oder Neid berücksichtigt. In anderen Fragmenten werden auch strafsärfende Motive wie „List oder Tücke“ berücksichtigt.

Dieses systematisch überlegte Tatstrafrecht wird jedoch mit sozialetisch geprägten Sanktionen kombiniert. Die Strafe kann härter oder milder ausfallen, je nachdem, ob der Täter ein freier Bürger, ein ansässiger Metoike, ein Fremde oder ein Sklave war. Das Sanktionssystem richtet sich also nach Tätertypen – die auf Generalprävention ausgerichteten Nomoi sind also doch für ein „Täterstrafrecht“ determiniert.²⁸ Der soziale Stand – und dadurch die verschiedenen Stufen der staatlich gesteuerten Erziehung – bestimmen die Abstufung der Strafarten.

Die drei ganz auf die anzuwendende Strafarten und Strafzumessung hin gedachten Tatbestände der Tötung werden weiterhin mit Tätertypen kombiniert, die nach dem Familienstand, nach den familiären Beziehungen zwischen Täter und Opfer bestimmt werden. Dementsprechend werden

²⁶ Vgl. dazu G. THÜR, Die Todesstrafe im Blutprozess, JJP 20 (1990), 143-156.

²⁷ Plat. Nom. 866e.

²⁸ Vgl. auch WOLF, Rechtsdenken 265f.

Eltermord, Kindertötung, Gattenmord und Tötung von Geschwistern für die Art der Strafbarkeit hervorgehoben. Weiterhin werden die weltlichen Strafmaßnahmen, die auch im positiven Recht der griechischen *poleis* typisch waren (etwa Exil, Todesstrafe) mit sakralen Sanktionen kombiniert.²⁹

Kehren wir jedoch zu unserer zentralen Frage, zu der Vorverlagerung der Strafbarkeit zurück. Bei den Tötungsdelikten fällt sogleich auf, dass nach Platon der Anstifter wie der Täter zu bestrafen sei (Plat. nom. 872a):

„Wenn aber jemand einen anderen zwar nicht eigenhändig getötet, aber doch seinen Tod geplant (und angestiftet) hat, obwohl er durch sein Planen und Anstiften für die Tötung verantwortlich und in seine Seele nicht rein vom Mord ist, dennoch in der Stadt wohnen bleibt, so soll man auch gegen ihn das diesbezügliche Gerichtsverfahren nach denselben Bestimmungen durchführen ...“

Nach den Begriffen des modernen Strafrechts handelt es sich hier um eine horizontale Ausweitung des Tatbestandsbegriffes, die nicht mehr vertreten werden kann. Die Anstiftung wurde von der Straftat längst abgetrennt und als ein *sui generis* Tatbestand (mit milderer Sanktionen) gestaltet. In den antiken Rechtskulturen galt jedoch allgemein anerkannt, dass Anstifter und Gehilfen wie der Täter zu bestrafen seien. Es ist von besonderer Relevanz, dass Platon auch die Giftmischerei zu einem *sui generis* Verbrechen erklärt (Plat. nom. 933a):

„Wer Gift benutzt, um jemanden zu schädigen, ohne dass dies für den Betroffenen selbst oder für einen seiner Leute zum Tod führt ... der soll, falls er ein Arzt ist und der Giftmischerei schuldig befunden wird, mit dem Tod bestraft werden; ist es aber ein Laie, so soll das Gericht in seinem Fall abschätzen, was er zu erleiden oder zu bezahlen hat.“

Die Giftmischerei war kein Erfolgsdelikt; die Strafbarkeit stellte sich nach Platon auch ohne eine erfolgte Körperverletzung oder Tötung ein.³⁰ Die Fortführung des Textes zeigt, dass Platon auch hier einen besonderen Tätertypen vor Auge hat: den Zauberer und Magier, die neben der staatlich anerkannten und vom Nomotheten kontrollierten Religion in seiner Magnesia

²⁹ S. etwa 865d-866a.

³⁰ Davon zu unterscheiden ist die Fehlbehandlung durch einen Arzt oder das unabsichtliche Verabreichen schädlicher Speisen oder unzuträglicher Getränke, s. etwa Plat. Nom. 865b.

nichts zu verloren haben.³¹ Die Strafmaßnahmen richten sich auch hier nach den Tätertypen: „Professionelle“ (Ärzte), denen die Gefährlichkeit ihrer Handlung von ihrem Beruf her bekannt sein musste (bei Platon galt hier immer eine gesetzliche Vermutung), werden härter bestraft als *idiotes* (Laie).³²

Bei der Giftmischerei basiert in Platons Strafsystem die (zeitliche) Vorverlagerung der Strafbarkeit auf ähnlichen Gründen, die im modernen Strafrecht zur Verbreitung dieses Phänomens geführt hat. Ganz im Sinne der modernsten Straftheorien findet Platon die Strafbarkeit sogleich begründet, wenn der Täter ein „substantial step“ in Richtung Umsetzung seiner verbrecherischen Intention getan hat.

Schließlich möchte ich noch zwei Tatbestände erwähnen, die oft als Musterfälle der erlaubten Selbsthilfe angeführt werden. Der Aspekt der Vorverlagerung der Strafbarkeit rückt jedoch andere Tatbestandsmerkmale in den Vordergrund (Plat. nom. 874c):

„Die Tötungen aber und die Umstände, unter denen ein Totschläger mit Recht rein von Schuld ist, seien folgende. Wenn jemand einen Dieb, der nachts in sein Haus eindringt, um etwas zu stehlen, ertappt und tötet, soll er rein von Schuld sein ...“

Wie oben bereits erwähnt, der Fall wird im Schrifttum juristisch meistens aus dem Blickwinkel der Nothilfe bewertet: „Notwehr und Nothilfe rechtfertigen die Tötung eines nachts ins Haus eingedrungenen Diebes“.³³ Rekonstruiert man jedoch den Sachverhalt des Diebstahls, kommt man zu einer etwas abweichenden Definition, die für das vorliegende Thema Relevanz hat. Es handelt sich wohl darum, dass jemand zu nächtlicher Stunde in ein fremdes Haus einschleicht; die Absicht zu stehlen wird dabei von Platon vorausgesetzt.³⁴ Davon abhängig, wie weit der Dieb seine Handlungen ausgeführt hat, geht es heute um eine bloße Vorbereitung oder um einen Versuch. Eine vollendete Tat liegt jedenfalls nicht vor. Dabei ertappt, kann der Täter nach Platon vom Hausherrn unbestraft getötet werden. Sonst sind Diebstähle in Platons *Nomoi* erst bei nachgewiesener Schädigung (nach vollendeter Tat) strafbar (Geldbuße

³¹ Obwohl im Strafsystem der Tötung die Seele des Verstorbenen eine Rolle spielt (865d-e), will Platon den Einfluss der Toten durch Magie vollkommen verbieten.

³² Zur feinen Verbindung zwischen Arzt und Zauberer s. SAUNDERS, *Plato's Penal Code* 320f.

³³ Vgl. WOLF, *Rechtsdenken* 269.

³⁴ Denselben Tatbestand sanktionieren auch die Zwölf Tafeln Roms, vgl. D. 9,2,4,1 Gai.; offenbar geht es hier um eine gewohnheitsrechtliche Norm, die sich (wohl ohne Transfer) parallel in mehreren Rechtsordnungen entwickelt hat.

und Wiedergutmachung sieht das Gesetz dafür vor).³⁵ Unverhältnismäßig härter ist die erlaubte Tötung des nächtlichen Diebes. Es liegt nahe, dass hier als schutzwürdiges Rechtsgut nicht die vom Dieb begehrten Sachgüter, sondern die Sicherheit der Bürger gewertet wird. Innerhalb seines Hauses wird jeder zum Richter in der eigenen Sache erhoben. Das Gesetz gibt ihm sogar die Freiheit zum Töten, wenn jemand seine Sicherheit (räumlich aufgefasste Privatsphäre) gefährdet.

Ein ähnlicher Gedanke dürfte im soziaethischen Hintergrund der Strafbarkeit des unehelichen sexuellen Verkehrs liegen. Im positiven Recht des klassischen Athens gab es ein archaisches Gesetz, das in mehreren Gerichtsreden überliefert ist. Das Gesetz stammte vielleicht von Drakon,³⁶ aber der umstrittene Wortlaut ist am besten in einer Rede des Demosthenes erhalten.³⁷ Der Kontext zeigt, dass es sich eigentlich um die verschiedenen Gründe der gerechtfertigten (erlaubten) Tötung geht; die Tötung des Ehebrechers bildet nur einen der kasuistisch aufgezählten Fälle.³⁸ Es sind jedoch auch andere Quellen überliefert, in welchen die Tötung des fremden Mannes wegen sexuellen Verkehrs mit den weiblichen Angehörigen geregelt wird.³⁹

Ich bleibe jetzt bei der Variante der erlaubten Tötung des Ehebrechers. Zum schutzwürdigen Rechtsgut wurden in Athen die Ehefrau, die Mutter, die Schwester, die Tochter oder die Konkubine erklärt (die Letzte bedeutete im archaischen Griechenland eine Art Nebenfrau, die auch legitime Erben gebären konnte).⁴⁰ Das oben in verschiedenen Überlieferungen zitierte Gesetz erlaubt, den Verführer unbestraft zu töten, wenn er auf der frischen Tat ertappt wird. Die zur Selbsthilfe berechtigten Personen sind der Ehemann, der Sohn, der Bruder oder der Vater, also der jeweilige Gewalthaber (*kyrios*) der betroffenen Frau. Zu Recht hebt David Cohen hervor, dass der unerlaubte sexuelle Verkehr mit der Ehefrau (Ehebruch) von der rechtswidrigen Verführung der Jungfrauen (Vergewaltigung der Schwester, Tochter) in den archaischen Gesellschaften sonst konsequent getrennt wird. In beiden Fällen galt zwar als rechtspolitische

³⁵ Zum Vergleich mit dem positiven Recht Athens s. SAUNDERS, Plato's Penal Code 281ff.

³⁶ S. dazu H. J. WOLFF, Die Grundlagen des griechischen Eherechts, in: J. Berneker, Zur Griechischen Rechtsgeschichte, Darmstadt (1968), 642.

³⁷ Dem. 23,53 (gegen Aristocrates): „If a man kills another unintentionally in an athletic contest, or overcoming him in a fight on the highway, or unwittingly in battle, or in intercourse with his wife, or mother, or sister, or daughter, or concubine kept for procreation of legitimate children, he shall not go into exile as a manslayer on that account.“ Zur Übersetzung und Rekonstruktion des Gesetzes s. D. COHEN, Law, Sexuality and Society, Cambridge (1991), 100ff.

³⁸ DOVER, Greek Morality 209.

³⁹ Lys. 1,30-31; Aristot. Ath. Pol. 57,3.

⁴⁰ E. CANTARELLA, Pandora's Daughters, Baltimore (1986), 40ff.

Grundlage der Schutz der Ehre der Familie. Beim Ehebruch kommt jedoch noch ein starkes Argument dazu, das auf die archaische Auffassung von Sexualität und Ehe zurückzuführen ist. Zweck einer jeden Ehe war die Produktion von legitimen Erben (und dadurch die Reproduktion der Gemeinde), deshalb hätte die Untreue der Ehefrau die Legitimität der Kinder gefährdet.⁴¹

Platon scheint die unscharfe Überlieferung im positiven Recht Athens erkannt zu haben und schlägt eine präzisere Unterscheidung vor (Plat. nom. 874 c):

„Auch wenn jemand einer freie Frau oder einem Knaben Gewalt antut, um zur körperlichen Liebe zu zwingen, soll er vom Opfer sowie von dessen Vater oder den Brüdern oder den Söhnen ungestraft getötet werden dürfen; und auch wenn ein Mann hinzu kommt, dass seiner Ehefrau Gewalt angetan wird, und den Täter tötet, soll er vor dem Gesetz rein sein.“

Die Nomoi liefern hier ein schönes Beispiel dafür, dass Platon die „geltenden Rechte“ seiner Zeit aus dem gesetzgeberischen Aspekt kritisch überprüft hat. Er trennt bewusst die Vergewaltigung (Nötigung zum sexuellen Verkehr) junger Mädchen und Knaben von dem unerlaubten sexuellen Verkehr mit einer Ehefrau. Die beiden Tatbestände werden nur bei einem einzigen Tatbestand, bei der erlaubten Tötung nebeneinander geregelt. Vergleicht man den Text mit dem oben geschilderten positiven Recht Athens, lässt sich Folgendes feststellen: Die erlaubte Tötung des Ehebrechers bleibt in Platons Nomoi unverändert — allein die Konkubine (Nebenfrau) fällt als schutzwürdiges Rechtsgut weg, weil Platons Moral streng monogam eingerichtet ist.⁴² Zum sozialen Hintergrund gehört, dass die Nomoi die Eheschließung zur staatsbürgerlichen Pflicht deklarieren: Männer zwischen dem 25. und 35. Lebensjahr, Frauen zwischen dem 16. und 25. Lebensjahr sind gesetzlich verpflichtet, in einer legitimen Ehe zu leben. Für Ehelosigkeit werden Geldbußen angedroht. Für beide Geschlechter sei es nämlich öffentliche Pflicht, Kinder zu bekommen, um die demographische Reproduktion für den Staat zu sichern.⁴³

Von besonderem Interesse ist für uns der vom Ehebruch konsequent getrennte Tatbestand des gewaltsamen sexuellen Verkehrs mit unschuldigen Familienangehörigen. Freie Frauen, Mädchen und Knaben dürfen zur Abwehr

⁴¹ S. dazu etwa COHEN, *Law, Sexuality* 103.

⁴² SAUNDERS, *Platos Penal Code* 246 will den Tatbestand auf die Vergewaltigung der Ehefrau einschränken; damit bliebe der Ehebruch strafrechtlich nicht verfolgt. Saunders vertritt die Meinung, dass Platon den Ehebruch bloß ethisch-moralisch pönalisieren wollte.

⁴³ WOLF, *Rechtsdenken* 244.

einer Vergewaltigung den Täter rechtmäßig töten. Das gleiche gilt für ihre nächsten männlichen Angehörigen (Väter, Söhne, Brüder). Einerseits wird der Tatbestand von Platon horizontal erweitert, weil zum schutzwürdigen Rechtsgut auch der Sohn im Knabenalter dazugerechnet wird (es ist damit eine gewaltsame homosexuelle Beziehung gemeint). Andererseits wird die Strafbarkeit zeitlich wesentlich vorverlagert: Bereits der Versuch (ohne Vollendung) gewährt den männlichen Verwandten das Recht (oder die Freiheit) zum Ehrenmord.⁴⁴

Zusammenfassend möchte ich Folgendes hervorheben: Platon erarbeitete hier das Modell eines Idealstaates, der die Sicherheit und das Wohl seiner Bürger optimal garantieren könnte. Als Grundpfeiler sollten dabei die staatlich organisierte Erziehung und das alles umfassende Gesetz (*nomos*) dienen. In den *Nomoi* unternahm Platon einen beachtlichen Versuch, das zeitlose Modell einer staatlichen Ordnung zu skizzieren, die bis ins kleinste Detail von Gesetzen geregelt wird. Es ist das antike Modell des „Rechtsstaates“. Seine Auffassung übte durch Jahrhunderte eine faszinierende Wirkung auf Herrscher, Staatstheoretiker, Philosophen und Gesetzgeber aus. Mustert man jedoch das Werk mit den kritischen Augen des modernen Staatsbürgers durch, fallen die bedrohlichen Züge eines totalitären „Überwachungsstaates“ sogleich auf, wie es bereits Vertreter der „Frankfurter Schule“ festgestellt haben.⁴⁵ Platons Strafrecht bildet einen stark integrierten Teil dieses Konzeptes. Daraus folgt, dass er in seinem Strafrecht stark auf ein „Täterstrafrecht“ abstellt, das die Vorteile und Nachteile seines sozialen Kastensystems ausgeprägt zum Ausdruck bringt. Überwiegend verbleibt er trotzdem in den gut ausgesteckten Rahmen der „pönalisierten Erfolgstat“. Seiner Zeit weit vauseilend differenziert er konsequent zwischen den vorsätzlichen und nicht vorsätzlichen (zufälligen) Straftaten. Nur in wenigen Fällen, die er rechtspolitisch für besonders schutzbedürftig hält, greift er zum zweischneidigen Mittel der Vorverlagerung der Strafbarkeit.

⁴⁴ Zum Thema s. auch É. JAKAB, „Becsületbeli emberölés“ (Ehrenmord), in: *Bűnügyi mozaik. Tanulmányok Vida M. tiszteletére* (Festschrift M. Vida), hrsg. von F. Nagy, Szeged (2006), 405-413.

⁴⁵ N. LUHMANN, *Die Kunst der Gesellschaft*, Frankfurt a. M. (1995), 236ff.; N. LUHMANN, *Die Geltung des Rechts*, *Rechtstheorie* 22 (1991), 273ff.; s. auch FÖGEN, *Gesetz* 79ff., die aus diesem Aspekt Kafkas berühmtes Werk „Der Prozess“ analysiert.

Kodifikácia a pokrokový rozvoj medzinárodného verejného práva

Juraj Jankuv

1. Historický rozmer kodifikácie medzinárodného verejného práva - 2. Inštitucionálne zabezpečenie a zmeranie kodifikácie medzinárodného verejného práva v súčasnosti - 3. Kodifikačný proces v rámci Komisie OSN pre medzinárodné právo vo forme medzinárodnej zmluvy a jeho štádiá - 4. Mimo zmluvná kodifikácia v rámci Komisie OSN pre medzinárodné právo - 5. Kodifikačné a normotvorné aktivity iných orgánov OSN a ďalších medzinárodných medzivládnych organizácií - Záver

Je mi veľkou ct'ou a potešením prispieť do zborníka vydaného pri príležitosti životného jubilea vynikajúceho právneho romanistu, kolegu a človeka, ktorého si veľmi vážim, pána Dr. h. c. prof. JUDr. Petra Blaha, CSc. Témou môjho príspevku je kodifikácia a pokrokový rozvoj medzinárodného verejného práva, ktorého korene je možné hľadať v rímskom práve, ktorému sa pán profesor dlhodobo a s nesmiernou erudíciou venuje.

Ako je v právnej vede všeobecne známe, názov „medzinárodné právo“ pochádza z latinského *ius gentium* (právo národov prekladané aj ako cudzinecké právo), ktoré v histórii označovalo právne odvetvie existujúce v rámci právneho poriadku antického Ríma. Za tvorcu koncepcie *ius gentium* je považovaný Marcus Tullius Cicero (106 – 43 pred Kr.).¹ Je však pravdou, že rímske *ius gentium* bolo výrazne odlišné od súčasného medzinárodného práva, pretože predstavovalo jednu z autonómnych zložiek rímskeho súkromného (vnútroštátneho) práva, ktoré bolo tvorené cudzineckým prétorom (lat. *praetor peregrinus*). Toto v našom ponímaní odvetvie práva upravovalo vzťahy medzi rímskymi občanmi a nerímskymi súkromnými osobami – teda v našom ponímaní cudzincami.² Tento pojem do sféry právnych vzťahov medzi štátmi preniesol v 16. storočí španielsky dominikán Francisco de Vittoria (1480 – 1546) tým, že pôvodný pojem *ius gentium* poopravil na *ius inter gentes* – právo medzi národmi.³ Vyskytuje sa však i názor, že túto zásluhu má iný španielsky jezuitský

¹ DOMINGO, R.: The New Global Law. Cambridge (2010), s. 6.

² K tejto problematike bližšie pozri REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo. Štvrté prepracované a doplnené vydanie. Bratislava (2010), s. 64-65.

³ MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním

teoretik Francisco Suárez (1548–1617).⁴ Všeobecnému rozšíreniu pojmu *ius inter gentes* výrazne napomohol v roku 1780 Angličan Jeremy Bentham, ktorý tento pojem preložil do angličtiny ako *international law* a používal v protiklade k pojmu *national law* (vnútroštátne právo).⁵ Z angličtiny sa tento termín dostal do ostatných najmä románskych a slovanských jazykov.⁶ Iní teoretici však v tejto súvislosti naďalej používali pojem *ius gentium* – právo národov. Od 18. storočia sa používali oba pojmy rovnocenne.⁷ Pojem právo národov rezonuje doposiaľ najmä v nemecky hovoriacich krajinách. Po nemecky píšuci autori doposiaľ označujú medzinárodné právo ako právo národov (nem. *Völkerrecht*), čím v podstate zachovávajú tradičný rímsko-právny pojem *ius gentium*. Pojem medzinárodné právo je však vo svete podstatne rozšírenejší. Od začiatku 19. storočia začali autori k tomuto pojmu pripájať slovo „verejný“, ktoré malo označovať verejnú povahu medzinárodného práva, keďže ho vytvárajú verejnoprávne inštitúcie zriadené na presadzovanie verejného záujmu – teda štáty. Takýmto spôsobom sa teda v prevažnej časti medzinárodného spoločenstva štátov zaužíval pojem *medzinárodné verejné právo* a ani početné neskoršie pokusy zmeniť tento pojem na iný presnejší (napr. medzištátne právo, či vonkajšie štátne právo) tento stav nezmenili.⁸ Vo vedeckej a odbornej spisbe sa pojem medzinárodné verejné právo často skrakuje na medzinárodné právo,⁹ pričom sa vychádza zo všeobecne uznávaného predpokladu, že ide o skratku pojmu medzinárodné právo verejné. Medzinárodné právo verejné je definované ako súbor právnych noriem, ktoré upravujú vzťahy medzi štátmi ako aj inými subjektmi medzinárodného verejného práva. Formulácia „súbor

systemům, zvláště k právu českému, 5. podstatně upravené a doplněné vydání. Brno (2008), s. 32.

⁴ BIERZANEK, R./SYMONIDES, J.: *Prawo miedzynarodowe publiczne*. Wydanie VI Uaktualnione. Warszawa (1997), s. 19.

⁵ Pozri napr. BIERMAN, N.: *Codification of International Law – A Basis of World Government*. In: *15 St. Louis Law Review* 151 (1930), s. 151. Dostupné k 27. 10. 2013 aj na webovej stránke: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/lawreview/vol15/iss2/3>.

⁶ MALENOVSKÝ, J.: *Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*, 5. podstatně upravené a doplněné vydání. Brno (2008), s. 32. Po francúzsky tento pojem znie *droit international*, v taliančine *diritto internazionale*, v ruštine *международное право*.

⁷ BIERZANEK, R./SYMONIDES, J.: *Prawo miedzynarodowe publiczne*. Wydanie VI Uaktualnione. Warszawa (1997), s. 19.

⁸ Takéto rôzne koncipované pokusy o zmenu názvu medzinárodné právo prezentovali I. Kant, F. von List, G. Jellinek, N. M. Korkunov, G. W. Hegel či F. von Holtzendorff.

⁹ MALENOVSKÝ, J.: *Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*, 5. podstatně upravené a doplněné vydání. Brno (2008), s. 34.

právných noriem“ obsiahnutá v tejto definícii vo svojej podstate znamená súbor právnych noriem zakotvený vo formálnych prameňoch medzinárodného práva. Vo vede medzinárodného práva prevláda názor, že za *formálne pramene medzinárodného práva* je možné považovať právne akty uvedené v článku 38 ods. 1 Štatútu Medzinárodného súdneho dvora (ďalej MSD).¹⁰ Podľa prvej vety spomenutého článku Štatútu MSD, totiž tento súdny orgán rozhoduje spory „podľa medzinárodného práva“. V ustanovení článku 38 ods. 1 Štatútu MSD sú uvedené v odseku 1 pís. a) *medzinárodné zmluvy* či všeobecné alebo osobitné, určujúce pravidlá výslovne uznané štátmi v spore, v odseku 1 pís. b) *medzinárodná obyčaj* ako dôkaz všeobecnej praxe prijímanej za právo, v odseku 1 pís. c) *všeobecné právne zásady* uznané civilizovanými národmi a odseku 1 pís. d) *súdne rozhodnutia* (s výhradou ustanovenia článku 57) a *nauka najkvalifikovanejších odborníkov* rôznych národov ako pomôcka pri určovaní právnych pravidiel. Okrem uvedených piatich prameňov podľa článku 38 Štatútu MSD je možné identifikovať ďalšie pramene medzinárodného práva. Ide o pramene, ktorých postavenie v rámci štruktúry prameňov medzinárodného práva veda doposiaľ presne neurčila. Primárne sem patrí tzv. *ekvita*, t. j. možnosti Súdneho dvora rozhodnúť *ex aequo et bono*, t. j. s použitím všeobecných pojmov ekvity – spravodlivosť a slušnosť, mimo rámca platného medzinárodného práva podľa článku 38 ods. 2 Štatútu MSD. Rovnako vedou nie je úplne doriešené klasifikačné začlenenie *jednostranných právnych aktov*, ktoré v medzinárodnom práve existujú a postupne získavajú na význame. Jednostranné právne akty je možné rozdeliť na *jednostranné právne akty štátov* a i *jednostranné akty medzinárodných orgánov a organizácií*. Vzhľadom na uvedenú rôznorodosť prameňov medzinárodného verejného práva a existenciu značného počtu nepísaných pravidiel je jeho kodifikácia jednou z významných výziev, ktorej sa medzinárodné spoločenstvo s väčšími či menšími úspechmi intenzívnejšie venuje od druhej polovice devätnásteho storočia.

Cieľom môjho príspevku je analýza problematiky kodifikácie a pokrokového rozvoja medzinárodného verejného práva ako celku z historického pohľadu, ale najmä v kontexte súčasného, veľmi dynamického vývoja medzinárodného verejného práva v nadväznosti na kodifikačné úsilie relevantných orgánov Organizácie Spojených národov, ale aj iných medzinárodných medzivládnych organizácií. Uvedené analýzy budú základom pre sumarizáciu najdôležitejších číť procesu kodifikácie a pokrokového rozvoja medzinárodného práva verejného v súčasnosti.

¹⁰ BROWNLIE, I.: Principles of Public International Law. Seventh Edition. Oxford (2008), s. 5.

1. Historický rozmer kodifikácie medzinárodného verejného práva

Medzinárodné právo verejné nie je doposiaľ všeobecne kodifikované, t. j. systematicky usporiadané a vyhlásené v kodifikačných dokumentoch v písomnej forme. V rámci historického vývoja najmä v rámci tradičného medzinárodného práva medzinárodné verejné právo nemalo po relatívne dlhé obdobie usporiadanú zmluvnú podobu. V priebehu historického vývoja medzinárodného práva si však medzinárodné spoločenstvo postupne uvedomovalo prospešnosť a výhodnosť kodifikovaného medzinárodného práva, v systematizovanej, vnútorne usporiadanej, prehľadnej a písanej podobe.

Na potrebu kodifikácie medzinárodného práva prvýkrát poukázal už spomenutý anglický teoretik Jeremy Bentham. Je však pravdou, že Bentham nenavrhol kodifikáciu existujúceho pozitívneho práva, ale utopického medzinárodného práva, ktoré by bolo základom pre večne trvajúci mier medzi civilizovanými štátmi.¹¹ Jeho zásluhou je však nesporne skutočnosť, že prišiel na myšlienku kodifikácie medzinárodného práva.¹² O niečo neskôr sa o prvé súkromné kodifikácie pokúsili francúzsky teoretik Abbé Gregoire, rakúsky právnik Domin Petruschevitz, americký profesor Francis Lieber, švajčiarsky internacionalista Bluntschli, taliansky politik a právnik Mancini a americký teoretik David Dudley Field.¹³

Úplne prvé čiastkové kodifikácie niektorých vybraných otázok medzinárodného verejného práva zo strany štátov je možné zaznamenať v rámci Viedenského kongresu v rokoch 1814–1815, kde sa podarilo čiastkovo kodifikovať niektoré otázky týkajúce diplomatických hodností (rangov vedúcich stálych diplomatických misií) a medzinárodných riek.¹⁴

¹¹ Bližšie pozri BENTHAM, J.: *The Works of Jeremy Bentham*, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh 1838 – 1843). Vol. VIII. s. 537. Dostupné k 7. 11. 2013 na webovej stránke <http://oll.libertyfund.org/title/1920>, BAKER, P. J.: *The Codification of International Law*, In: *5 British Yearbook of International Law*, 38 (1924), s. 38 alebo BIERMAN, N.: *Codification of International Law – A Basis of World Government*. In: *15 St. Louis Law Review* 151 (1930), s. 153. Dostupné k 27. 10. 2013 aj na webovej stránke: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/lawreview/vol15/iss2/3>.

¹² JAIN, T.: *Codification and Progressive Development of International Law* (January 2006). Dostupné k 27. 10. 2013 na webovej stránke : <http://ssrn.com/abstract=1120849> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1120849>.

¹³ Bližšie pozri BIERMAN, N.: *Codification of International Law – A Basis of World Government*. In: *15 St. Louis Law Review* 151 (1930), s. 153. Dostupné k 27. 10. 2013 aj na webovej stránke: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/lawreview/vol15/iss2/3>.

¹⁴ VRŠANSKÝ, P./VALUCH, J. a kol: *Medzinárodné právo verejné. Všeobecná časť*. Bratislava (2012), s. 168.

Prvé snahy o komplexnejšiu kodifikáciu medzinárodného práva v jeho celosti sa objavujú v druhej polovici devätnásteho storočia najprv na úrovni rôznych *súkromných špecializovaných právnických organizácií mimovládnej povahy*. Prvou bola *Asociácia medzinárodného práva* založená v roku 1863.¹⁵ Neskôr v roku 1873 bol založený v belgickom Gente *Inštitút medzinárodného práva* a tom istom roku vznikla *Asociácia pre reformu a kodifikáciu práva medzi národmi*.¹⁶ Kodifikačné snahy týchto organizácií neboli úspešné, avšak signalizovali, že medzinárodné spoločenstvo má záujem o postupnú čiastkovú kodifikáciu jednotlivých odvetví.¹⁷ Prakticky súběžne s uvedenými aktivitami sa významný kodifikačný počin podaril *Medzinárodnému výboru Červeného kríža*, ktorý pripravil *Ženevský dohovor o zlepšení osudu ranených chorých v poľných armádach* (1864), ktorý sa stal prvým záväzným kodifikačným dohovorom v oblasti medzinárodného práva. Medzi rokmi 1880 a 1911 je možné registrovať ďalšie individuálne súkromné kodifikačné pokusy Leona Leviho, Fioreho, Duplessixa a Internosciu.¹⁸ Úspešné čiastkové kodifikácie zo strany štátov priniesli *Haagske mierové konferencie* v r. 1899 a 1907, ktoré čiastočne kodifikovali problematiku *pokojného riešenia medzinárodných sporov, pravidiel pozemnej vojny, pravidiel námornej vojny vrátane neutrality v pozemnej a námornej vojne t.j. viacero noriem vojnového práva*. Na prvej z uvedených konferencií v roku 1899 boli prijaté tri deklarácie a dva dohovory. Na druhej z uvedených konferencií v roku 1907 prebehla rekodifikácia uvedených dohovorov a dokumentov, kde bolo prijatých celkovo 13 dohovorov a jedna deklarácia z oblasti práva ozbrojených konfliktov a pokojného riešenia medzinárodných sporov. Mnohé z dohovorov a deklarácií sa však v praxi neujali, keďže nezískali potrebný počet ratifikácií, neodrážali prax štátov, alebo časom zastarali. K najdôležitejším dohovorom prijatým v rámci tejto konferencie, ktoré nadobudli platnosť, patrí *Dohovor o zákonoch a obyčajach pozemnej vojny*, ktorý revidoval rovnomený dohovor a Poriadok pozemnej vojny z roku 1899, *Dohovor o začiatku nepriateľstva*, *Dohovor o právach a povinnostiach neutrálnych štátov v pozemnej vojne*, *Dohovor o právach*

¹⁵ KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné (všeobecná a osobitná časť). Druhé doplnené a prepracované vydanie. Bratislava (2011), s. 139.

¹⁶ Bližšie pozri BIERMAN, N.: Codification of International Law – A Basis of World Government. In: 15 St. Louis Law Review 151 (1930), s. 153. Dostupné k 27. 10. 2013 aj na webovej stránke: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/lawreview/vol15/iss2/3>.

¹⁷ KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné (všeobecná a osobitná časť). Druhé doplnené a prepracované vydanie. Bratislava (2011), s. 139.

¹⁸ Bližšie pozri BIERMAN, N.: Codification of International Law – A Basis of World Government. In: 15 St. Louis Law Review 151 (1930), s. 154. Dostupné k 27.10.2013 aj na webovej stránke.

a povinnostiach neutrálnych štátov v námornej vojne. Obyčajové pravidlá námornej vojny boli neskôr kodifikované v právne nezáväznej *Londýnskej deklarácii o námornej vojne* (1909).

Systematickú snahu o kodifikáciu medzinárodného práva vyvinula ako prvá Spoločnosť národov. Zhromaždenie Spoločnosti národov (ďalej aj SN) na návrh švédskej delegácie 22. septembra 1924 prijalo rezolúciu, v ktorej vyzvalo Radu SN, aby vytvorila výbor odborníkov na účely kodifikácie medzinárodného práva. Rada takýto výbor vytvorila na svojom 32. zasadnutí v decembri 1924.¹⁹ Výbor v januári 1926 sformoval prvý zoznam oblastí medzinárodného práva „zrelých“ na kodifikáciu, ktorý zahŕňal problematiku *štátneho občianstva, pobrežných vôd, tematiku diplomatických výsad a imunit, ďalej otázky zodpovednosti štátov vo vzťahu k škodám spôsobeným na ich území cudzincom alebo ich majetku, problematiku procesných pravidiel medzinárodných konferencií, tematiku pravidiel týkajúcich sa uzatvárania a prípravy medzinárodných zmlúv, otázku pirátstva a problematiku využívania morských zdrojov*. Tento zoznam bol priebežne dopĺňaný o ďalšie témy. Kodifikačné aktivity SN vyvrcholili najmä v rámci Haagskej kodifikačnej konferencie, ktorá bola zvolaná v marci 1930, kde sa podarilo prijať niekoľko dohovorov v oblasti *štátneho občianstva*. Táto konferencia vzhľadom na vojnové udalosti v rokoch 1939 – 1945 a zánik SN zostala jedinou kodifikačnou konferenciou organizovanou SN.²⁰

Spoločnosť národov však nebola jedinou organizáciou, ktorá realizovala kodifikáciu medzinárodného práva. Kodifikačné aktivity realizovalo vtedajšie medzinárodné spoločenstvo i v rámci separátne organizovaných medzinárodných konferencií a v rámci niektorých ďalších medzinárodných organizácií, ktoré vznikli súbežne so SN. Do konca druhej svetovej vojny bolo v rámci niekoľkých ženevských konferencií čiastočne kodifikované *medzinárodné humanitárne právo*. Na parížskej konferencii (1919) a neskôr na chicagskej konferencii (1944) bolo relatívne solídne kodifikované *medzinárodné letecké právo*. V rámci Medzinárodnej organizácie práce, ktorá vznikla v roku 1919, sa podarilo vyprodukovať viacero kodifikácií *medzinárodného pracovného práva*. Na *Barcelonskej konferencii v roku 1921* bolo uzavretých viacero noriem *medzinárodného dopravného práva*.²¹

¹⁹ Bližšie pozri BIERMAN, N.: Codification of International Law – A Basis of World Government. In: 15 St. Louis Law Review 151 (1930), s. 162-163. Dostupné k 27.10.2013 aj na webovej stránke: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/lawreview/vol15/iss2/3>

²⁰ Bližšie pozri KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné (všeobecná a osobitná časť). Druhé doplnené a prepracované vydanie. Bratislava (2011), s. 140.

²¹ Porovnaj MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému, 5. podstatně upravené a doplněné vydání. Brno (2008), s. 199-200.

2. Inštitucionálne zabezpečenie a zmeranie kodifikácie medzinárodného verejného práva v súčasnosti

Po 2. svetovej vojne sa ťažisko kodifikačných činností presunulo na *Organizáciu Spojených národov*. Podľa čl. 13 ods. 1 písmeno a) Charty OSN (1945) je jednému z hlavných orgánov OSN Valnému zhromaždeniu OSN (Ďalej aj Valné zhromaždenie alebo VZ OSN) uložená úloha posilňovať pokrokový rozvoj medzinárodného práva a jeho kodifikáciu. Z textu tohto článku vzniká potreba definovať dva pojmy. Primárne ide o pojem *pokrokový rozvoj medzinárodného práva*, ktorý znamená normotvornú činnosť v tej oblasti medzinárodných vzťahov, ktoré doposiaľ nie sú upravené medzinárodným právom alebo v oblastiach, kde sa medzinárodné právo nedostatočne rozvinulo. Druhý spomenutý pojem *kodifikácia* naopak znamená presnejšie zachytenie a systematizáciu pravidiel medzinárodného práva v oblastiach, kde už existuje značná obyčajová prax štátov, súdne precedensy a vedecké názory. V praxi kodifikačných orgánov OSN sa však medzi pokrokovým rozvojom a kodifikáciou príliš prísne nerozlišuje s tým, že kodifikačné orgány OSN spravidla robia obe činnosti súčasne.²² Pri kodifikácii existujúcich obyčajových pravidiel totiž tvorcovia kodifikačných predlôh často narážajú na, tzv. biele miesta (lat. *lacunae* alebo *terra incognita*), ktoré sú kodifikátormi vyplňané novými pravidlami. Takéto nové pravidlá sa nazývajú *rozvojovými pravidlami*.²³ Pre súhrnné označenie oboch druhov činností, t. j. pokrokový rozvoj a kodifikáciu medzinárodného práva sa vo všeobecnosti používa pojem spoločný pojem *kodifikácia*, ktorý zahŕňa obe spomenuté stránky kodifikačného procesu.²⁴

Valné zhromaždenie OSN si pre potreby kodifikácie zriaďuje osobitné pomocné orgány. Po vzniku OSN to bola najmä *Komisia OSN pre medzinárodné právo*, *Komisia OSN pre právo medzinárodného obchodu*, *Výbor pre mierové využitie kozmického priestoru* a viaceré kodifikačné orgány pre odzbrojenie, ktoré sa transformovali na *Konferenciu o odzbrojení*. V procese kodifikácie medzinárodného práva na pôde OSN zohrávajú významnú úlohu aj *stále výbory VZ OSN*. Aktívny v tomto smere je najmä *Šiesty výbor* nazývaný aj alternatívnym názvom *Právny výbor*. V menšej miere sa na kodifikácii podieľajú aj *Prvý výbor*

²² MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému, 5. podstatně upravené a doplněné vydání. Brno (2008), s. 200.

²³ ČEPELKA, Č./ŠTURMA, P.: Mezinárodní právo veřejné. Praha (2008), s. 111.

²⁴ POFOVNĀJ MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému, 5. podstatně upravené a doplněné vydání. Brno (2008), s. 200.

– *Výbor pre odzbrojenie a medzinárodnú bezpečnosť*, *Druhý výbor – Výbor pre hospodárstvo a financie*, *Tretí výbor – Výbor pre sociálne, humanitné a kultúrne veci* a *Štvrtý výbor – Výbor pre špeciálne politické veci a dekolonizáciu*. V súčasnosti Valné zhromaždenie ďalej pokračuje v tvorbe ďalších pomocných orgánov pre špecializované kodifikačné otázky. Priebežne dochádza i k transformácii existujúcich orgánov na nové. Kodifikačný proces sa okrem uvedených orgánov realizuje v špecializovaných oblastiach i v rámci *ďalších hlavných orgánov OSN*, v rámci *špecializovaných medzinárodných organizácií OSN*, *medzinárodných organizácií priateľských k OSN*, *medzinárodných partikulárnych organizácií* i *medzinárodných regionálnych organizácií*.

Najvýznamnejším kodifikačným orgánom v súčasnosti je nepochybne *Komisia OSN pre medzinárodné právo* (anglicky *International Law Commission*, skratka ILC), zriadená Rezolúciou VZ OSN č.174/II (1947).²⁵ Komisia OSN pre medzinárodné právo (ďalej Komisia) má v súčasnosti 34 členov, ktorí sú volení z osôb – znalcov medzinárodného práva. Tieto osoby majú štatút nezávislých expertov, a nie zástupcov štátov.²⁶

Komisia na svojom prvom zasadnutí 12. 4. 1949 odsúhlasila prvý pracovný program, ktorý celkovo zahŕňal 14 oblastí medzinárodného práva vhodných na kodifikáciu. Išlo o uznanie štátov a vlád, sukcesiu štátov a vlád, jurisdikčné imunity štátov a ich majetku, jurisdikciu vo vzťahu k zločinom spáchaným mimo štátneho územia, režim šíreho mora, režim pobrežných vôd, štátne občianstvo vrátane apolitizmu, zaobchádzanie s cudzincami, právo azylu, zmluvné právo, diplomatické styky a imunity, konzulárne styky a imunity, zodpovednosť štátov a arbitrážne konanie.²⁷

V nadväznosti na tento kodifikačný program pod gesciou Komisie vznikol celý rad významných kodifikácií. Osobitné významné v tomto smere je obdobie od roku 1958 do roku 1969 nazývané aj ako „zázračné desaťročie kodifikácie“, v rámci ktorého sa v nadväznosti na prácu Komisie OSN pre medzinárodné práva a z podnetu Valného zhromaždenia OSN schádzajú veľkolepé kodifikačné konferencie OSN, ktorých výsledkom boli napr. štyri ženevské dohovory o morskom práve z roku 1958, *Viedenský dohovor o diplomatických stykoch*

²⁵ GA Resolution 174 (II) „Establishment of an International Law Commission“ of 21. November 1947.

²⁶ Bližšie pozri WATTS, A.: Codification and Progressive Development of International Law. In: Wolfrum, R. (ed.): The Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Volume II. Oxford (2012), s. 284-285.

²⁷ Bližšie pozri Report of the International Law Commission on the work of its first Session, 12 April 1949, Official Records of the General Assembly, Fourth Session, Supplement No. 10. Dostupné k 31. 11. 2012 na webovej stránke Komisie OSN pre medzinárodné právo (<http://www.un.org/law/ilc/index.htm>).

(1961), *Viedenský dohovor o konzulárnych stykoch* (1963), *Kozmický dohovor* (1967), *Viedenský dohovor o zmluvnom práve* (1969) a pod. Na uvedených konferenciách sa zúčastňovali takmer všetky štáty sveta. Univerzálna účasť štátu na konferenciách a jednoznačné prijatia kodifikačných návrhov v záverečných hlasovaniach vzbudili predstavu, že sa medzinárodná zmluva stala priamym prostriedkom tvorby, zmien a rozvoja noriem všeobecného medzinárodného práva záväzného pre všetky štáty.²⁸ V sedemdesiatych a osemdesiatych rokoch dvadsiateho storočia sa dynamika tohto procesu spomaľuje a niektorí autori dokonca začínajú hovoriť o kríze kodifikácie. Sprievodným javom tejto krízy je skutočnosť, že štáty po prijatí komplexných kodifikačných zmlúv otáľajú z ich ratifikáciou s argumentáciou, že tieto zmluvy predstavujú nie celkom prijateľný kompromis, a že rýchlo zastarávajú.²⁹ Bohatá prax štátov v oblasti morského práva a kozmického práva idúca nad rámec existujúcich zmlúv potvrdila pružnosť obyčajovej úpravy a výrazné zrýchlenie procesu tvorby nových medzinárodných obyčají.³⁰ Táto skutočnosť potvrdila oprávnenosť ďalšej existencie medzinárodných obyčají ako základného prameňa medzinárodného práva a preukázala úskalia príliš ambiciózných komplexných kodifikácií, ktoré majú tendenciu rýchlo zastarať. Proces kodifikácie rýchlo sa vyvíjajúcich obyčajových noriem však medzinárodné spoločenstvo i v tomto období považovalo za veľmi dôležitý. I preto v uvedenom období vznikli významné kodifikačné dohovory, ako *Viedenský dohovor o sukcesii štátov vo vzťahu k medzinárodným zmluvám* (1978) a *Dohovor OSN o morskom práve* (1982). Začiatkom deväťdesiatych rokov dvadsiateho storočia kríza kodifikácie doznieva. Komisia OSN pre medzinárodné právo sa vzdáva príliš ambiciózných kodifikačných plánov a začína orientovať svoj kodifikačný program na užšie koncipované konkrétne problémy, ktoré vznikli v rámci dynamického vývoja medzinárodného práva. I napriek tomuto posunu však dochádza i k prijatiu niektorých komplexnejších kodifikácií ako bol, napr. *Štatút Medzinárodného trestného súdu* (1998). Kodifikačný program Komisie bol a stále je priebežne dopĺňaný a aktualizovaný. Komisia priebežne prirodzene i uzatvára niektoré kodifikačné témy. V roku 2001 komisia prezentovala *Návrh článkov*

²⁸ MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému, 5. podstatně upravené a doplněné vydání. Brno (2008), s. 200.

²⁹ MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému, 5. podstatně upravené a doplněné vydání. Brno (2008), s. 203.

³⁰ MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému, 5. podstatně upravené a doplněné vydání. Brno (2008), s. 203.

o zodpovednosti štátov za protiprávne správanie, ktorý Valné zhromaždenie dalo do pozornosti štátov v rámci prílohy jednej zo svojich rezolúcií. V rámci tejto veľmi dôležitej matérie sa teda medzinárodné spoločenstvo nebolo schopné dohodnúť na kodifikácii formou medzinárodnej zmluvy. V roku 2006 komisia o. i. uzavrela proces kodifikácie rovnako veľmi významných problematik jednostranných právnych aktov či diplomatickej ochrany. V oboch prípadoch kodifikácia rovnako nedospela štádia vytvorenia kodifikačného dohovoru, ale len návrhu článkov, ktoré boli dané do pozornosti štátov. Rovnaký osud mal *Návrh článkov o zodpovednosti medzinárodných organizácií* komisie z roku 2011. Komisia vo svojom Všeobecnom komentári k uvedenému návrhu článkov uviedla, že jeden z hlavných problémov, ktorý sa vyskytol pri príprave pravidiel o zodpovednosti medzinárodných organizácií bol vyvolaný obmedzenou praxou medzinárodných organizácií, keďže tá sa začína objavovať až v nedávnom období.³¹ V roku 2011 bola ukončená i kodifikácia problematiky výhrad k medzinárodným zmluvám pričom komisia v tejto súvislosti publikovala tzv. *Sprievodcu praxou uplatňovania výhrad k medzinárodným zmluvám*. Ktorý sa vzťahuje tak na medzinárodné organizácie, ako aj na štáty.³²

V súčasnosti sa Komisia, zaoberá celým radom otázok. Podľa ostatnej správy Komisie z jej 65. zasadnutia v roku 2013³³ je v súčasnosti v kodifikačnom procese tematika vyhostenia cudzincov (od roku 2005), problematika záväzku štátov vydať alebo potrestať (od roku 2006), problematika ochrany osôb v prípade prírodných katastrof (od roku 2008), tematika imunity štátnych úradníkov pred cudzou trestnou jurisdikciou (od roku 2008), problematika následných dohôd a následnej praxe vo vzťahu k výkladu zmlúv (od roku 2009), tematika klauzuly najvyšších výhod pre štát (od roku 2009), problematika predbežného vykonávania medzinárodných zmlúv (od roku 2012), otázka tvorby a zisťovania obyčajového medzinárodného práva (od roku 2012), problematika ochrany životného prostredia v rámci ozbrojeného konfliktu (2013) a tematika ochrany atmosféry (od roku 2013).

Komisia môže pracovať i na návrhoch, ktoré sú predkladané na posúdenie *Šiestemu (právnemu) výboru VZ OSN*. Tento výbor naopak posudzuje väčšinu návrhov, ktoré prerokovala komisia predtým ako sú

³¹ KLUČKA, J.: Miesto medzinárodných organizácií v kodifikácii medzinárodného práva. In: Právny obzor, č. 4 (2013), s. 379.

³² KLUČKA, J.: Miesto medzinárodných organizácií v kodifikácii medzinárodného práva. In: Právny obzor, č. 4 (2013), s. 379.

³³ Report of the International Law Commission, Sixty-fifth session (6 May – 7 June and 8 July – 9 August 2013), General Assembly Official Records, Sixty-eighth session, Supplement No. 10 (A/68/10), New York: United Nations (2013).

posunuté Valnému zhromaždeniu. Môže posudzovať i témy, ktoré komisia neposudzovala. V rámci 68 zasadnutia tohto orgánu, ktoré začalo 7. októbra 2013 sú v programe na prerokovanie zaradené i viaceré kodifikačné témy a to, napr. zodpovednosť štátov za medzinárodné protiprávne správanie, trestná zodpovednosť zamestnancov a expertov OSN počas vyslania, diplomatická ochrana, posudzovanie otázky prevencie cezhraničnej škody, ktorá je dôsledkom rizikovej činnosti a určenia straty v prípade takejto škody, vláda práva na vnútroštátnej a medzinárodnej úrovni, rozsah a aplikácia princípu univerzálnej jurisdikcie, opatrenia na odstránenie terorizmu, právo cezhraničných vodonosných podloží.³⁴ Z tohto programu výboru je zreteľné, že Šiesty (právny) výbor VZ OSN sa vracia k témam, ktoré VZ OSN dalo do pozornosti štátom v minulosti. Osobitne zaujímavá je, napr. skutočnosť, že VZ OSN uložilo výboru preskúmať možnosť prijatia záväzného dohovoru v oblasti zodpovednosti štátov za medzinárodne protiprávne správanie, diplomatickej ochrany či otázky prevencie cezhraničnej škody, ktorá je dôsledkom rizikovej činnosti a určenia straty v prípade takejto škody aj keď Komisia OSN pre medzinárodné právo v minulosti ukončila kodifikačnú činnosť v týchto oblastiach mimozmluvnou kodifikáciou.

Proces kodifikácie medzinárodného verejného práva v rámci Komisie, ale i iných kodifikačných orgánov OSN môže mať viaceré formy. Najvýznamnejšou formou je kodifikácia vo forme medzinárodnej zmluvy. Existuje i spomínaná, tzv. mimozmluvná kodifikácia, kde sú výsledkom práce Komisie dokumenty nezáväznej povahy.

V rámci hlasovania o kodifikačných návrhoch v rámci kodifikačných orgánov sa používajú dve základné metódy, a to metóda konsenzu alebo metóda balíka. *Metóda konsenzu* predstavuje súhlas všetkých členov kodifikačného orgánu s kodifikačným návrhom vyjadrený pri hlasovaní alebo inom formálnom akte zisťovania kolektívnej vôle. V tomto prípade sa za súhlas považuje i súhlas daný neformálne. *Metóda balíka* vo svojej podstate k schváleniu vyžaduje súhlas všetkých zúčastnených členov kodifikačného orgánu so všetkými čiastkovými ustanoveniami celého návrhu. Táto metóda napomáha vysokej efektívnosti takto prijatého textu v praxi. Je však časovo i inak náročná, hlavne pri rokovaní o rozsiahlych kodifikačných celkoch.³⁵ Kodifikačné orgány používajú tieto metódy podľa vlastného zváženia.

³⁴ Porovnaj a bližšie pozri VRŠANSKÝ, P./VALUCH, J. a kol: Medzinárodné právo verejné. Všeobecná časť. Bratislava (2012), s. 171-184.

³⁵ MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému, 5. podstatně upravené a doplněné vydání. Brno (2008), s. 204.

3. Kodifikačný proces v rámci Komisie OSN pre medzinárodné právo vo forme medzinárodnej zmluvy a jeho štádiá

Kodifikačný proces teda prebieha v rámci viacerých orgánov OSN, kde hrajú zrejme najvýznamnejšiu úlohu najmä Komisia OSN pre medzinárodné právo a Valné zhromaždenie OSN. Tento kodifikačný proces je možné rozdeliť na tri štádiá, ktoré na seba navzájom nadväzujú, a v rámci ktorých zohrávajú rôzne úlohy rôzne subjekty. Ide o *prípravné štádium* kodifikácie, t. j. príprava a vypracovanie návrhu kodifikačného dohovoru, ďalej *konferenčné štádium* kodifikácie, t. j. celkové posúdenie a dopracovanie návrhu kodifikačného dohovoru, ako aj prijatie jeho textu štátmi na osobitnej kodifikačnej konferencii, a napokon *ratifikačné štádium* kodifikácie, t. j. vyjadrenie súhlasu štátov s kodifikačným dohovodom niektorým zo spôsobov v ňom uvedeným alebo v zmysle *Viedenského dohovoru o zmluvnom práve* (1969).³⁶

Prevažná časť *prípravného štádia* kodifikácie prebieha v rámci Komisie OSN pre medzinárodné právo (ďalej Komisia).³⁷ Podobné procesné postupy však realizujú i iné pomocné orgány Valného zhromaždenia ak realizujú kodifikáciu. Postup Komisie začína identifikovaním predmetu budúcej kodifikácie. Následne Komisia vymenuje jedného zo svojich členov ako osobitného spravodajcu (*rapporteur*), ktorý navrhne metódu spracovania matérie a pripravuje k nej svoje správy (*reports*). Tieto správy sú prediskutované na plenárnom zasadnutí Komisie. Komisia následne vymenuje návrhový výbor, ktorý pripraví v spolupráci so spravodajcom návrh jednotlivých článkov budúceho kodifikačného dokumentu. K tomuto návrhu takisto zaujme stanovisko plénum Komisie. Proces, v ktorom Komisia zaujala stanovisko a odobrila pripravené návrhy článkov budúceho kodifikačného dokumentu, sa označuje ako *tzv. prvé čítanie* (*first reading*). Po tomto čítaní je návrh článkov spolu „dôvodovou správou“, ako aj ďalšími nevyhnutnými materiálmi prostredníctvom Generálneho tajomníka OSN postúpený na vyjadrenie v primeranej lehote. Po tomto procese je kodifikačný návrh opätovne prerokovaný v pléne Komisie, ktorá na základe pripomienok a návrhov štátov pripraví konečný návrh budúceho kodifikačného dohovoru alebo jeho častí spolu s dôvodovou

³⁶ Toto vymedzenie štádií kodifikácie bolo prevzaté z diela KLUČKA, J.: *Medzinárodné právo verejné (všeobecná a osobitná časť)*. Druhé doplnené a prepracované vydanie. Bratislava (2011), s. 147.

³⁷ Bližšie k činnosti komisie pozri WATTS, A.: *Codification and Progressive Development of International Law*. In: Wolfrum, R. (ed.): *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Volume II. Oxford (2012), s. 286-289.

správou. Tento proces finalizácie návrhu kodifikačného dohovoru sa označuje ako *tzv. druhé čítanie (second reading)*.

Po dotvorení návrhu Komisie v druhom čítaní je tento prostredníctvom Generálneho tajomníka OSN predložený VZ OSN s odporúčaniami Komisie na ďalší postup v kodifikačnom procese. Na základe čl. 23 ods. 1 Štatútu môže Komisia Valnému zhromaždeniu odporúčať, aby po zverejnení jej správy *nepodnikalo vo veci žiadne ďalšie aktivity, zobralo jej správu na vedomie alebo ju prijalo formou svojej rezolúcie, odporúčalo návrh predložených článkov členským štátom OSN s cieľom uzavrieť dohovor alebo zvolalo medzinárodnú konferenciu s cieľom uzavrieť kodifikačný dohovor*. Valné zhromaždenie následne rozhodne, akú formu kodifikácie použije. Väčšina kodifikačných návrhov komisie býva pred konečným rozhodnutím Valného zhromaždenia posúdená šiestym právnym výborom Valného zhromaždenia. Tento výbor sa vracia i k témam, ktoré Komisia OSN pre medzinárodné právo uzavrela.

Ku *konferenčnému štádiu* kodifikácie dochádza v prípadoch, keď Valné zhromaždenie na odporúčanie Komisie pre medzinárodné právo rozhodne o kodifikácii formou medzinárodnej zmluvy – dohovoru. Valné zhromaždenie následne rozhodne zvolať osobitnú kodifikačnú konferenciu štátov na ktorej sa má text kodifikačného dohovoru prijať. Ak Valné zhromaždenie zvolí inú formu kodifikácie konferenčné a ani ratifikačné štádium sa nekoná. Ako už bolo skôr uvedené kodifikačných konferencií bolo po druhej svetovej vojne viacero. Pokiaľ ide o proces rokovania konferencie o predloženom návrhu a o prijímaní textu dohovoru, súčasné medzinárodné právo neobsahuje žiadne osobitné pravidlá vzťahujúce sa na mnohostranné kodifikačné dohovory. Procesné pravidlá konania si preto účastnícke štáty medzinárodnej kodifikačnej konferencie zvyčajne stanovujú sami alebo subsidiárne používajú pravidlá o prijatí a overení textu dohovoru podľa *Viedenského dohovoru o zmluvnom práve* (1969).³⁸

Ratifikačné štádium kodifikácie nastáva v prípadoch ak štáty v rámci konferenčného štádia na medzinárodnej kodifikačnej konferencii prijmu a overia text kodifikačného dohovoru. V praxi sa stávajú i prípady, že k prijatiu a overeniu textu dohovoru na konferencii nedôjde, ako sa to stalo na konferencii o územnom azyle v roku 1977. Kodifikačný proces v takomto prípade končí. Ak štáty prijmu a overia text kodifikačného dohovoru na medzinárodnej konferencii nastáva etapa, v ktorej štáty vyjadrujú svoj súhlas byť ním viazané ratifikáciou alebo iným dohodnutým spôsobom. Štáty vyjadrujú súhlas byť

³⁸ Bližšie pozri KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné (všeobecná a osobitná časť). Druhé doplnené a prepracované vydanie. Bratislava (2011), s. 148-149.

viazaný kodifikačným dohovorom niektorým zo spôsobov upravených v čl. 11 Viedenského dohovoru o zmluvnom práve (1969).

Výsledkom naznačeného spôsobu kodifikácie je *mnohostranný dohovor*, ktorým sa upravujú vzťahy v konkrétnom odvetví medzinárodného práva pôvodne obyčajového charakteru. Vzťah dohovoru k existujúcim obyčajovým pravidlám bližšie objasnil Medzinárodný súdny dvor v sporných prípadoch *Pevninská plytčina Severného mora*.³⁹ V nadväznosti na závery MSD v týchto prípadoch kodifikačný dohovor môže verne písomne zachytávať obsah existujúcich obyčajových pravidiel t.j. *deklaruje* existujúce pravidlá. Dohovor ďalej môže podnieť *dotvorenie* alebo *kryštalizáciu obyčajového pravidla* jeho formulovaním v dohovore, čím dochádza k zavišeniu normotvorného procesu tohto pravidla. Napokon dohovor má *iniciačné účinky* t.j. otvára budúci proces tvorby obyčaje formovaním nového pravidla v rámci svojich ustanovení. Toto pravidlo však po ratifikácii kodifikačného dohovoru logicky platí len ako zmluvné pravidlo.⁴⁰

4. Mimozmluvná kodifikácia v rámci Komisie OSN pre medzinárodné právo

Medzinárodné zmluvy sa v povojnovom období stali najrozšírenejším nástrojom kodifikácie medzinárodného práva. Ako už bolo spomenuté, nie sú jediným nástrojom kodifikácie. Odporúčania Komisie pre medzinárodné právo adresované Valnému zhromaždeniu OSN v súlade s článkom 23 jej vlastného Štatútu naznačujú aj ďalšie možnosti kodifikácie medzinárodného práva.⁴¹ Dokumenty prijaté v rámci Komisie, resp. iných kodifikačných orgánov VZ OSN môžu byť prijaté vo forme rezolúcií VZ OSN. Rezolúcie spravidla obsahujú deklaráciu pravidiel alebo zásad tohto ktorého odvetvia medzinárodného práva ako je, napr. už spomínaná *Deklarácia zásad priateľských vzťahov a spolupráce medzi národmi* (1970) alebo len návrh článkov kodifikačného textu, ako je, napr. *Návrh článkov o zodpovednosti štátov za protiprávne správanie* (2001), ktorý VZ OSN dáva do pozornosti štátov. Špecifickými výstupmi Komisie OSN pre medzinárodné právo môžu byť aj kódexy ako, napr. *Kódex zločinov proti mieru a bezpečnosti ľudstva*

³⁹ North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands). I.C.J. Reports (1969), s. 3.

⁴⁰ ČEPELKA, Č./ŠTURMA, P.: Mezinárodní právo veřejné. Praha (2008), s. 111.

⁴¹ KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné (všeobecná a osobitná časť). Druhé doplnené a prepracované vydanie. Bratislava (2011), s. 151.

(1996), *vzorové pravidlá*, ako napr. *Vzorové pravidlá arbitrážneho konania* (1958) či *praktický sprievodca*, ako, napr. spomenutý *Sprievodca praxou uplatňovania výhrad k medzinárodným zmluvám* (2011).

Pre všetky uvedené kodifikačné výstupy je možné použiť súhrnný názov – *mimozmluvná kodifikácia*. V rámci tohto procesu sa aplikujú pravidlá týkajúce sa prípravného štádia kodifikácie medzinárodného verejného práva prostredníctvom medzinárodných zmlúv. Zásadným rozdielom medzi oboma typmi kodifikácie je skutočnosť, že mimozmluvná kodifikácia vrcholí prípravným štádiom výsledkom ktorého je právne nezáväzný kodifikačný návrh, ktorého právny život ďalej ovplyvňuje Valné zhromaždenie OSN. Konferenčné štádium a ratifikačné štádium, tak ako je aplikované v kontexte kodifikácie medzinárodného verejného práva vo forme medzinárodnej zmluvy, sa pri tomto type kodifikácie z logických dôvodov neaplikuje.

5. Kodifikačné a normotvorné aktivity iných orgánov OSN a ďalších medzinárodných medzivládnych organizácií

Ako už bolo spomenuté, kodifikačné a normotvorné aktivity vykonávajú i *iné orgány OSN*, ale i *špecializované medzinárodné organizácie OSN*, *medzinárodné organizácie priateľské k OSN*, *medzinárodné partikulárne organizácie* i *medzinárodné regionálne organizácie*. Z iných orgánov OSN je v tomto smere aktívna najmä *Komisia OSN pre právo medzinárodného obchodu* (angl. UNCITRAL), ktorá o. i. pripravila *Dohovor o uznaní a výkone cudzích rozhodcovských rozhodnutí* (1958), či *Arbitrážne pravidlá* (2010). Veľký význam má aj činnosť *Výboru pre mierové využitie kozmického priestoru*, ktorý pripravil celú sériu piatich dohovorov v oblasti medzinárodného kozmického práva a to *Dohovor o zásadách činnosti štátov pri výskume a využívaní kozmického priestoru, vrátane Mesiaca a iných nebeských telies* (1967), *Dohoda o pomoci kozmonautom pri ich návrate a o vrátení predmetov vypustených do kozmu* (1968), *Dohovor o medzinárodnej zodpovednosti za škody spôsobené kozmickými predmetmi* (1972), *Dohovor o registrácii objektov vypustených do kozmického priestoru* (1975) a *Dohoda o činnosti štátov na Mesiaci a iných nebeských telesách* (1979). Významné kodifikačné výstupy vznikli v rámci celkovo troch *Výborov pre odzbrojenie*, ktoré boli od roku 1979 nahradené *Konferenciou o odzbrojení*. V rámci tejto konferencie a jej predchodcov boli prijaté *Zmluva o nešírení jadrových zbraní* (1968), *Dohovor o zákaze vývoja, výroby a hromadenia zásob bakteriologických (biologických) a toxínových zbraní a o ich zničení* (1972), *Dohovor o zákaze vojenského alebo akéhokoľvek iného nepriateľského použitia prostriedkov*

meniacich životné prostredie (1976), *Dohovor o zákaze vývoja, výroby, skladovania a použitia chemických zbraní a o zničení ich zásob* (1994) a pod. Uvedené dohovory a dokumenty kodifikujú obyčajové pravidlá, ale kreujú i celý rad nových pravidiel,

Osobitnú rovinu normotvorných aktivít vyvíjajú *Hospodárska a sociálna rada*, a jej pomocné orgány (v minulosti Komisia OSN pre ľudské práva, ktorá existovala do roku 2006 a Komisiu OSN pre práva žien) a *Rada OSN pre ľudské práva*. Hospodárska a sociálna rada OSN koordinuje kodifikačné aktivity svojich pomocných orgánov a sprostredkúva ich kodifikačné výstupy VZ OSN. Jeden z pomocných orgánov Hospodárskej a sociálnej rady OSN bola dnes už neexistujúca *Komisia OSN pre ľudské práva*. Táto komisia a jej pomocný orgán *Subkomisia pre zabránenie diskriminácie a ochranu menších* (neskôr premenovaná na *Subkomisiu pre podporu a ochranu ľudských práv*) sa výrazne podieľala na príprave *Všeobecnej deklarácie ľudských práv* (1948), *Medzinárodného dohovoru o odstránení všetkých foriem rasovej diskriminácie* (1965), *Medzinárodného paktu o občianskych a politických právach* (1966), *Medzinárodného paktu o hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach* (1966) a niektorých ďalších významných dohovorov a dokumentov. Iný pomocný orgán Hospodárskej a sociálnej rady – *Komisia OSN pre práva žien* doposiaľ existuje a z pohľadu kodifikácie pripravil, napr. *Dohovor o štátnom občianstve vydatých žien* (1957), *Dohovor o odstránení všetkých foriem diskriminácie žien* (1979). Rada OSN pre ľudské práva ako pomocný orgán VZ OSN (v roku 2006 nahradila Komisiu OSN pre ľudské práva) sa taktiež podieľala na tvorbe nových dohovorov a dokumentov najmä ako koordinačný orgán.

Zo špecializovaných medzinárodných organizácií OSN a organizácií priateľských k OSN normotvorné aktivity prebiehajú, napr. v rámci *Medzinárodnej organizácie práce* (angl. *ILO*), *Organizácie OSN pre vzdelanie, vedu a kultúru* (angl. *UNESCO*), *Medzinárodnej námornej organizácie*, *Medzinárodnej agentúry pre atómovú energiu* a pod. Osobitnú zmienku v tomto smere si zaslúži najmä Medzinárodná organizácia práce, ktorá od roku 1919 kedy vznikla prijala do súčasnosti celkovo 189 dohovorov, 5 protokolov k niektorým z nich a celkovo 202 odporúčaní.⁴² K najvýznamnejším z nich patria *Dohovor MOP o slobode združovania a ochrane práva organizovať sa* č. 87 (1948), *Dohovor MOP o použití zásad práva organizovať sa a kolektívne vyjednávať* č. 98 (1949), *Dohovor MOP o rovnakom odmeňovaní mužov a žien za prácu rovnakej hodnoty* č. 100 (1951), *Dohovor MOP o zrušení nútenej práce* č. 105 (1957), *Dohovor MOP o diskriminácii, pokiaľ ide o zamestnanie*

⁴² Bližšie pozri oficiálnu webovú stránku Medzinárodnej organizácie práce: www.ilo.org.

a povolanie č. III (1958). UNESCO od svojho vzniku v roku 1945 prijalo celkovo 29 dohovorov, 31 odporúčaní a 13 deklarácií.⁴³ Osobitný význam majú *Dohovor o ochrane kultúrnych hodnôt počas ozbrojeného konfliktu* (1954) doplnený dvoma protokolmi z roku 1954, *Dohovor týkajúci sa diskriminácie vo vzdelaní* (1960), *Dohovor o ochrane svetového kultúrneho a prírodného dedičstva* (1972), *Dohovor o mokradiach majúcich medzinárodný význam osobitne ako biotopy vodného vtáctva* (1982). Medzinárodná námorná organizácia vytvorila celkovo 30 dohovorov a 26 protokolov k niektorým z nich.⁴⁴ K najvýznamnejším z nich patria *Medzinárodný dohovor o zabránení znečisťovaniu z lodí* (1973), *Medzinárodný dohovor pre bezpečnosť života na mori* (1974), *Dohovor o potlačaní protiprávnych aktov proti bezpečnosti námornej plavby* (1988), *Dohovor o zodpovednosti a náhrade škody súvisiacej s prepravou škodlivých a nebezpečných látok na mori* (1996), *Dohovor o civilnej zodpovednosti za škody spôsobené naftou zo zásobníkov* (2001). Medzinárodná agentúra pre atómovú energiu vytvorila viacero významných medzinárodných dohovorov⁴⁵ o. i. *Viedenský dohovor o občianskoprávnej zodpovednosti za jadrové škody* (1963), *Dohovor o fyzickej ochrane jadrových materiálov* (1980), *Dohodu o včasnom oznamovaní jadrových nehôd* (1986), *Dohodu o pomoci v prípade jadrovej alebo radiačnej nehody* (1986), *Dohovor o dodatkovej kompenzácii za jadrovú škodu* (1997).

Z normotvorne činných partikulárnych medzinárodných organizácií je možné spomenúť, napr. *Organizáciu pre hospodársku spoluprácu a rozvoj (OECD)*,⁴⁶ ktorá vytvorila, o. i. významný *Parížsky dohovor o zodpovednosti tretím stranám v oblasti jadrovej energie* (1960) alebo *Dohovor o boji s podplácaním zahraničných verejných činiteľov v medzinárodných obchodných transakciách* (1999).

Významnú produkciu dohovorov na regionálnej úrovni vykazujú regionálne medzinárodné organizácie. Z európskych organizácií je to najmä *Rada Európy*,⁴⁷ ktorá od svojho vzniku prijala takmer 200 dohovorov⁴⁸ najmä v oblasti ochrany ľudských práv, ale i v oblasti životného prostredia, štátneho občianstva, či právnej pomoci. Špecifikom kodifikačného procesu tejto organizácie je, že sa do neho často vedľa hlavného orgánu medzivládnej

⁴³ Bližšie pozri oficiálnu webovú stránku UNESCO: www.UNESCO.org

⁴⁴ Bližšie pozri oficiálnu webovú stránku Medzinárodnej námornej organizácie: www.imo.org

⁴⁵ Bližšie pozri oficiálnu webovú stránku Medzinárodnej agentúry pre atómovú energiu: www.iaea.org

⁴⁶ Bližšie pozri oficiálnu webovú stránku OECD: www.oecd.org

⁴⁷ Bližšie pozri oficiálnu webovú stránku Rady Európy: www.hub.coe.int

⁴⁸ Prehľad najvýznamnejších dohovorov Rady Európy bližšie pozri v diele VRŠANSKÝ, P./VALUCH, J. a kol: *Medzinárodné právo verejné. Všeobecná časť*. Bratislava (2012), s. 185-186.

spolupráce – Výboru ministrov zapája i orgán zložený zo zástupcov národných zákonodarcov – Parlamentné zhromaždenie.⁴⁹ Najvýznamnejšími produktmi normotvorného procesu v rámci Rady Európy sú *Európsky dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd* (1950), *Európska charta miestnej samosprávy* (1985) či *Rámcový dohovor o ochrane národnostných menšín* (1995).

Proces normotvorby v rámci orgánov OSN s ľudsko-právnymi právomocami a iných medzinárodných organizácií, však nie je možné vždy označiť za kodifikáciu v pravom slova zmysle. Značná časť noriem produkovaná uvedenou skupinou orgánov a organizácií je totiž inšpirovaná významnými vnútroštátnymi právnymi úpravami v danej oblasti, alebo ide o dohodnutie presnej podoby vnútroštátnych právnych úprav. Uvedené zmluvné normy majú teda často harmonizačný, alebo unifikačný význam.⁵⁰ Dohovory harmonizačného charakteru vytvárajú približný právny rámec podoby vnútroštátnych právnych poriadkov v danej oblasti. Harmonizačný účel má napríklad *Medzinárodný pakt o občianskych a politických právach* (1966). Na druhej strane aj mnohé z harmonizačných dohovorov kodifikujú menší počet obyčajových pravidiel. Napríklad spomenutý Medzinárodný pakt občianskych a politických právach kodifikuje obyčajové pravidlá kogentného charakteru v oblasti ochrany práva na život, zákazu otroctva, zákazu nevoľníctva, zákazu neľudského a ponižujúceho zaobchádzania a trestania a zákazu brániť národom v práve na sebaurčenie.⁵¹ Zachytenie obyčajových pravidiel je zreteľné i v niektorých zmluvách vytvorených Medzinárodnou agentúrou pre atómovú energiu, konkrétne v *Dohode o včasnom oznamovaní jadrových nehôd* (1986), ktorá kodifikovala obyčajovú zásadu pravidelnej výmeny informácií o životnom prostredí a v *Dohode o pomoci v prípade jadrovej alebo radiačnej nehody* (1986), ktorá zakotvila obyčajovú zásadu medzinárodnej pomoci a spolupráce v naliehavých situáciách. Písomné zachytenie obyčajových pravidiel kogentného charakteru v oblasti ľudských práv je možné zaregistrovať i vo viacerých harmonizačných dohovoroch Rady Európy. Zmluvné normy unifikačného charakteru majú za cieľ zakotviť čo najpresnejšiu podobu vnútroštátnych právnych poriadkov pričom ich

⁴⁹ MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému, 5. podstatně upravené a doplněné vydání. Brno (2008), s. 204.

⁵⁰ Vo vedeckej a odbornej spisbe sa obe skupiny dohovorov často zjednocujú pod spoločným názvom unifikačné dohovory. Pozri napr. ČEPELKA, Č./ŠTURMA, P.: Mezinárodní právo veřejné. 1. vydání. Praha (2008), s. 191-192.

⁵¹ DAVID, V./BURŠE, P./FAIX, M./SLADKÝ, P./SVÁČEK, O.: Mezinárodní právo veřejné s kauzistikou. 2. aktualizované a přepracované vydání. Příbram (2008), s. 121.

zmluvné strany sa zaväzujú, že dohodnutý text prenesú v tejto podobe do svojho vnútroštátneho práva. Takýchto dohovorov je málo. Príkladom môže byť *Svetový poštový dohovor* (1847) v znení zmien z roku 1952.⁵² Funkciu unifikačného inštrumentu plnia tiež akty orgánov Európskej únie (Rady, Komisie) a to najmä nariadenia, ktoré obsahujú plne unifikované vnútroštátne pravidlá.⁵³

Záver

Medzinárodné právo verejné nie je doposiaľ všeobecne kodifikované, t. j. systematicky usporiadané a vyhlásené v kodifikačných dokumentoch v písomnej forme. V priebehu historického vývoja medzinárodného práva si však medzinárodné spoločenstvo postupne uvedomovalo prospešnosť a výhodnosť kodifikovaného medzinárodného práva, v systematizovanej, vnútorne usporiadanej, prehľadnej a písanej podobe. Na potrebu kodifikácie medzinárodného práva prvýkrát poukázal anglický teoretik Jeremy Bentham pôsobiaci vo vede medzinárodného práva koncom osemnásteho a začiatkom devätnásteho storočia. Na jeho myšlienky nadviazalo viacero právnych teoretikov a súkromných právnických organizácií, ktoré sa v devätnástom storočí pokúšali o prvé súkromné kodifikácie medzinárodného verejného práva. Prvé kodifikácie zo strany medzinárodného spoločenstva sa začínajú realizovať rovnako v devätnástom storočí. Čiastkové kodifikačné výstupy v oblasti medzinárodného riešenia a diplomatického práva sa objavujú už na Viedenskom kongrese (1815). V rámci Ženevského dohovoru o zlepšení osudu ranených chorých v poľných armádach (1864), v rámci dvoch Haagskych konferencií z rokov 1899 a 1907 boli kodifikované niektoré otázky týkajúce sa medzinárodného práva ozbrojených konfliktov a pokojného riešenia medzinárodných sporov. V medzivojnovom období začiatkom dvadsiateho storočia sa kodifikačnými aktivitami zaoberala Spoločnosť národov, ktorá čiastočne kodifikovala niektoré otázky štátneho občianstva, Medzinárodná organizácia práce (kodifikovala medzinárodné pracovné právo) a viaceré konferencie týkajúce sa dopravných otázok.

Po II. svetovej vojne sa ťažisko kodifikačných činností presunulo na Organizáciu Spojených národov. Podľa čl. 13 ods. 1 písmeno a) Charty OSN (1945) je jednému z hlavných orgánov OSN Valnému zhromaždeniu

⁵² DAVID, V./BURŠE, P./FAIX, M./SLADKÝ, P./SVAČEK, O.: Mezinárodní právo veřejné s kazuistikou. 2. aktualizované a přepracované vydání. Příbram (2008), s. 120.

⁵³ ČEPELKA, Č./ŠTURMA, P.: Mezinárodní právo veřejné. 1. vydání. Praha (2008), s. 192.

OSN uložená úloha posilňovať pokrokový rozvoj medzinárodného práva a jeho kodifikáciu. Z textu tohto článku vzniká potreba definovať dva pojmy. Primárne ide o pojem pokrokový rozvoj medzinárodného práva, ktorý znamená normotvornú činnosť v tej oblasti medzinárodných vzťahov, ktoré doposiaľ nie sú upravené medzinárodným právom alebo v oblastiach, kde sa medzinárodné právo nedostatočne rozvinulo. Druhý spomenutý pojem kodifikácia naopak znamená presnejšie zachytenie a systematizáciu pravidiel medzinárodného práva v oblastiach, kde už existuje značná obyčajová prax štátov, súdne precedensy a vedecké názory. V praxi kodifikačných orgánov OSN sa však medzi pokrokovým rozvojom a kodifikáciou príliš prísne nerozlišuje s tým, že kodifikačné orgány OSN spravidla robia obe činnosti súčasne.

Valné zhromaždenie OSN si pre potreby kodifikácie zriaďuje osobitné pomocné orgány. Po vzniku OSN to bola najmä Komisia OSN pre medzinárodné právo. Komisia na svojom prvom zasadnutí 12. 4. 1949 odsúhlasila prvý pracovný program, ktorý celkovo zahŕňal 14 oblastí medzinárodného práva vhodných na kodifikáciu. Išlo o uznanie štátov a vlád, sukcesiu štátov a vlád, jurisdikčné imunity štátov a ich majetku, jurisdikciu vo vzťahu k zločinom spáchaným mimo štátneho územia, režim šíreho mora, režim pobrežných vôd, štátne občianstvo vrátane apolitizmu, zaobchádzanie s cudzincami, právo azylu, zmluvné právo, diplomatické styky a imunity, konzulárne styky a imunity, zodpovednosť štátov a arbitrážne konanie. V nadväznosti na tento kodifikačný program pod gesciou Komisie vznikol celý rad významných kodifikácií všeobecnejšieho zamerania. V súčasnosti sa komisia sústreďuje skôr na užšie koncipované konkrétne problémy, ktoré vznikli v rámci dynamického vývoja medzinárodného práva. Podľa ostatnej správy Komisie z jej 65. zasadnutia v roku 2013 je v súčasnosti v kodifikačnom procese tematika vyhostenia cudzincov (od roku 2005), problematika záväzku štátov vydať alebo potrestať (od roku 2006), problematika ochrany osôb v prípade prírodných katastrof (od roku 2008), tematika imunity štátnych úradníkov pred cudzou trestnou jurisdikciou (od roku 2008), problematika následných dohôd a následnej praxe vo vzťahu k výkladu zmlúv (od roku 2009), tematika klauzuly najvyšších výhod pre štát (od roku 2009), problematika predbežného vykonávania medzinárodných zmlúv (od roku 2012), otázka tvorby a zisťovania obyčajového medzinárodného práva (od roku 2012), problematika ochrany životného prostredia v rámci ozbrojeného konfliktu (2013) a tematika ochrany atmosféry (od roku 2013).

Neskôr VZ OSN vytvára Komisiu OSN pre právo medzinárodného obchodu, Výbor pre mierové využitie kozmického priestoru a viaceré kodifikačné orgány pre odzbrojenie, ktoré sa transformovali na Konferenciu o odzbrojení. V procese kodifikácie medzinárodného práva na pôde OSN

zohrávajú významnú úlohu aj stále výbory VZ OSN a to najmä Šiesty (právny) výbor. Tento výbor posudzuje väčšinu návrhov, ktoré prerokovala predtým Komisia OSN pre medzinárodné právo predtým ako sú posunuté Valnému zhromaždeniu. Môže však posudzovať i témy, ktoré komisia neposudzovala.

V súčasnosti Valné zhromaždenie ďalej pokračuje v tvorbe ďalších pomocných orgánov pre špecializované kodifikačné otázky. Priebežne dochádza i k transformácii existujúcich orgánov na nové. Kodifikačný proces sa okrem uvedených orgánov realizuje v špecializovaných oblastiach i v rámci ďalších hlavných orgánov OSN, organizácií pridružených k OSN a regionálnych medzinárodných organizácií ako je napr. Rada Európy.

Kodifikačný proces teda prebieha v rámci viacerých orgánov OSN, kde hrajú zrejme najvýznamnejšiu úlohu najmä Komisia OSN pre medzinárodné právo a Valné zhromaždenie OSN. Tento kodifikačný proces je možné rozdeliť na tri štádiá, ktoré na seba navzájom nadväzujú, a v rámci ktorých zohrávajú rôzne úlohy rôzne subjekty. Ide o prípravné štádium kodifikácie, t.j. príprava a vypracovanie návrhu kodifikačného dohovoru, ďalej konferenčné štádium kodifikácie, t.j. celkové posúdenie a dopracovanie návrhu kodifikačného dohovoru, ako aj prijatie jeho textu štátmi na osobitnej kodifikačnej konferencii, a napokon ratifikačné štádium kodifikácie, t.j. vyjadrenie súhlasu štátov s kodifikačným dohovorom niektorým zo spôsobov v ňom uvedeným alebo v zmysle Viedenského dohovoru o zmluvnom práve (1969).

Medzinárodné zmluvy sa v povojnovom období stali najrozšírenejším nástrojom kodifikácie medzinárodného práva. Ako už bolo spomenuté nie sú jediným nástrojom kodifikácie. Odporúčania Komisie pre medzinárodné právo adresované Valnému zhromaždeniu OSN v súlade s článkom 23 jej vlastného Štatútu naznačujú aj ďalšie možnosti kodifikácie medzinárodného práva v právne nezáväznej podobe. Pre všetky uvedené kodifikačné výstupy je možné použiť súhrnný názov – mimozmluvná kodifikácia. V rámci tohto procesu sa aplikujú pravidlá detailnej popísané v rámci prípravného štádia kodifikácie medzinárodného verejného práva prostredníctvom medzinárodných zmlúv. Zásadným rozdielom medzi oboma typmi kodifikácie je skutočnosť, že mimozmluvná kodifikácia vrcholí prípravným štádiom výsledkom ktorého je právne nezáväzný kodifikačný návrh, ktorého právny život ďalej ovplyvňuje Valné zhromaždenie OSN. Konferenčné štádium a ratifikačné štádium, tak ako bolo komentované v kontexte kodifikácie medzinárodného verejného práva vo forme medzinárodnej zmluvy, z logických dôvodov pri tomto type kodifikácie nie sú aplikované.

Kodifikačné a normotvorné aktivity vykonávajú i iné orgány OSN, ale špecializované medzinárodné organizácie OSN, špecializované medzinárodné organizácie priateľské k OSN, medzinárodné partikulárne

organizácie a medzinárodné regionálne organizácie. Komisia OSN pre právo medzinárodného obchodu, Výbor pre mierové využívanie kozmického priestoru a Konferencia o odzbrojení realizujú kodifikáciu i pokrokový rozvoj medzinárodného práva podobne ako Komisia OSN pre medzinárodné právo. Ľudsko-právne orgány OSN, organizácie pridružené k OSN a medzinárodné regionálne organizácie kodifikujú medzinárodné právo v menšej miere. Značná časť noriem produkovaná uvedenou skupinou orgánov a organizácií je totiž inšpirovaná významnými vnútroštátnymi právnymi úpravami v danej oblasti, alebo ide o dohodnutie presnej podoby vnútroštátnych právnych úprav. Uvedené zmluvné normy majú teda prevažne harmonizačný, alebo unifikačný význam, ale v menšej miere kodifikujú i niektoré obyčajové pravidlá. Dohovory harmonizačného charakteru vytvárajú približný právny rámec podoby vnútroštátnych právnych poriadkov v danej oblasti. Zmluvné normy unifikačného charakteru majú za cieľ zakotviť čo najpresnejšiu podobu vnútroštátnych právnych poriadkov pričom ich zmluvné strany sa zaväzujú, že dohodnutý text prenesú v tejto podobe do svojho vnútroštátneho práva. Takýchto dohovorov je však veľmi málo. Funkciu unifikačného inštrumentu plnia tiež akty orgánov Európskej únie (Rady, Komisie) a to najmä nariadenia, ktoré obsahujú plne unifikované vnútroštátne pravidlá.

Literatúra

- [1] BAKER, P. J.: The Codification of International law. In: 5 British Yearbook of International Law, 38 (1924).
- [2] BENTHAM, J.: The Works of Jeremy Bentham, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1838–1843). Vol. VIII. Dostupné k 7.11.2013 na webovej stránke <http://oll.libertyfund.org/title/1920>.
- [3] BIERMAN, N.: Codification of International Law – A Basis of World Government. In: 15 St. Louis Law Review 151 (1930). Dostupné k 27.10.2013 aj na internetovej stránke: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/lawreview/vol15/iss2/3>.
- [4] BIERZANEK, R./SYMONIDES, J.: Prawo miedzynarodowe publiczne. Wydanie VI Uaktualnione. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN (1997), 447 s. ISBN 83-88296-46-9.
- [5] BROWNLIE, I.: Principles of Public International Law. Seventh Edition. Oxford: Oxford University Press (2008), 784 s. ISBN 978-0-129-921770-0.
- [6] ČEPELKA, Č./ŠTURMA, P.: Mezinárodní právo veřejné. 1. vydání. Praha: C. H. Beck (2008), 840 s. ISBN 978-80-7179-728-9.
- [7] DAVID, V./BUREŠ, P./FAIX, M./SLADKÝ, P./SVAČEK, O.: Mezinárodní právo veřejné s kazuistikou. 2. aktualizované a přepracované vydání. Příbram: Leges (2008), 448 s. ISBN 978-80-87212-86-8.

- [8] DOMINGO, R.: *The New Global Law*. Cambridge: Cambridge University Press (2010), 212 s. ISBN 978-0-521-19387-0.
- [9] JAIN, T.: *Codification and Progressive Development of International Law* (January 2006). Dostupné k 27.10.2013 na webstránke : <http://ssrn.com/abstract=1120849> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1120849>.
- [10] KLUČKA, J.: Miesto medzinárodných organizácií v kodifikácii medzinárodného práva. In: *Právny obzor*, č. 4 (2013), s. 373-385. ISSN 0032-6984.
- [11] KLUČKA, J.: *Medzinárodné právo verejné (všeobecná a osobitná časť)*. Druhé doplnené a prepracované vydanie. Bratislava: Iura Edition (2011), 725 s. ISBN 978-80-8078-414-0.
- [12] MALENOVSKÝ, J.: *Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému*. 5., podstatně upravené a doplněné vydání. Brno: Masarykova univerzita a Nakladatelství Doplněk (2008), 551 s. ISBN 978-80-210-4474-6.
- [13] REBRO, K./BLAHO, P.: *Rímske právo*. Štvrté prepracované a doplnené vydanie. Bratislava: Iura Edition (2010). 522 s. ISBN 978-80-8078-352-5.
- [14] VRŠANSKÝ, P./VALUCH, J. a kol.: *Medzinárodné právo verejné*. Všeobecná časť. Bratislava: Eurokódex, 2012. 416 s. ISBN 978-80-89447-71-8.
- [15] WATTS, A.: *Codification and Progressive Development of International Law*. In: Wolfrum, R. (ed.): *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Volume II. Oxford: Oxford University Press (2012), s. 284-285.

Summary

The aim of this paper is to analyze the problems of codification and progressive development of international public law as a whole, from a historical perspective, but especially in the context of the current, highly dynamic development of public international law in relation to the codification efforts of relevant United Nations bodies, as well as other international intergovernmental organizations. The above analysis form the basis for a summary of the most important features of the process of codification and progressive development of international public law at present.

Trest smrti v stredovekom inkvizičnom procese*

Veronika Kalyniv

1 Trest smrti v prameňoch - 2 Uloženie a výkon trestu smrti - Záver

Téma trestu smrti je protirečivá, pretože dôsledky jeho uplatnenia sú nezvratné. Aj napriek tomu sa aplikoval prakticky počas celých dejín ľudstva. Vystáva s ňou otázka, či má nejaký subjekt právo vziať človeku život, nech už sa dopustil akéhokoľvek zlého činu. Na túto otázku nemožno jednoznačne odpovedať. V cirkevných dejinách nachádzame okrem odporcov trestu smrti aj jeho obhajcov. Hoci Aurelius Augustinus¹ (+ 430) a raní cirkevní Otcovia neboli jeho zástancami, iný názor už mali cisár Fridrich II. (1220 – 1250) či Tomáš Akvinský (+ 1274), ktorí pre obhajobu trestu smrti hľadali rozumové riešenia.²

Zasadenie predmetu príspevku je spojené s objasnením pojmu stredoveký inkvizičný proces. Pod týmto pojmom chápeme v prvom rade konanie na súde zriadenom cirkevnou autoritou. Jeho právne základy položil pápež Gregor IX. (1227 – 1241) v roku 1231 v bule *Ille humani generis*. Podľa nej bola dôvodom založenia inkvizičných súdov existencia herézy.³ Cieľom

* Tento príspevok je výstupom z vedeckého projektu VEGA s názvom „*Teológia a právo – Prínos kresťanstva k rozvoju európskej právnej kultúry*“, registrovaného pod číslom I/0495/11.

¹ Aurelius Augustinus uprednostňoval nápravu heretikov pred ich smrťou slovami: „*Corrigi eos volumus, non necari, nec disciplinam circa eos negligi volumus, nec supplicii quibus digni sunt exerceri.*“ (Ep. C. 1). Porov. <http://krystal.op.cz/sth/sth.php?PHPSESSID=56a5ce3e1fe7b85ff73d15da28bbdd48&Q=11>. Aj v Starom zákone nachádzame výrok svedčiaci v prospech uloženia pokánia heretikovi pred jeho smrťou: „Či azda môžem mať záľubu v smrti bezbožného – znie výrok Pána, Hospodina – a nie v tom, aby sa odvrátil od svojej cesty a ostal nažive?“ (Ez 18,23).

² Porov. KOMA, Š.: *Inkvizícia*. Liesek (2002), s. 30.

³ Proces „*per inquisitionem*“ uzákonil pápež Inocent III. (1198 – 1216) v dekretáli *Licet heli* (1199) ustanovením, že konaniu (*inquisitio*) muselo predchádzať zverejnenie obvinení („*clamosa insinuatio*“): „... *sicut accusationem legitima praecedere debet inscriptio, sic et denunciationem caritativa correctio, et inquisitionem clamosa debet insinuatio praevenire*“ („... tak ako zákonnému obvineniu predchádza príslušné varovanie, tak aj láskavé pokarhanie a vyšetrovaniu primerané zverejnenie obvinení“). X 5,3,31. V dekrete *Inquisitionis negotium* (1212) ten istý pápež potvrdil „*inquisitio fieri debeat solummodo super illis, de quibus clamores aliqui praecesserunt*“ („vyšetrovanie by sa malo uskutočňovať len voči tým, ktorí boli predtým jasne označení“). X 5,1,21.

inkvizičných súdov bola preto snaha o jej zničenie. Z uvedeného vyplýva, že pod pojmom stredoveký inkvizičný proces chápeme oficiálny postup orgánov, v ktorom inštitúcia cirkvi sama od seba konala v procese proti obvineným z herézy. Ak použijeme súčasnú právnu terminológiu, môžeme povedať, že jediným protiprávnym činom v inkvizičnom konaní bola heréza. V texte pre označenie protiprávneho činu herézy používame výraz „zločin herézy“.

Je isté, že otázke trestu smrti patrilo v inkvizičnom konaní osobitné miesto. Faktom je, že odsudzujúci rozsudok inkvizičného súdu nikdy neukladal trest smrti. Ale ako potom bolo možné, že výkon takto uloženého rozsudku inkvizičného súdu znamenal pre odsúdeného smrť?

Odpoveď na túto otázku, ako aj špecifiká spojené s predmetom nášho príspevku ponúkame v nasledujúcom texte s odvolávaním sa na autentické pramene upravujúce túto kontroverznú tému.

1 Trest smrti v prameňoch

Pri písaní tejto časti sa zameriame na úpravu trestu smrti v prameňoch z obdobia stredovekej inkvizície. Náš záujem smerujeme v prvom rade na predpisy vydané pápežmi a na svetskú legislatívu, ktorých spoločným menovateľom bol proces s osobami podozrivými z herézy, resp. proces, ktorého výsledkom bolo vydanie rozhodnutia o vine a treste za zločin herézy.

Na začiatku predkladáme pramene všeobecného kánonického práva vydané pápežmi v období pôsobenia stredovekej inkvizície. Tá svoju činnosť začala vydaním buly pápeža Lucia III. (1181 – 1185) *Ad abolendam* (1184), v ktorej stanovil zásadu, že heretik bude odovzdaný svetskému sudcovi, aby mu ten „udelil vhodný trest podľa povahy svojho prečinu“:

„...debitam recepturus pro qualitate facinoris ultionem...“⁴

Aj v dekrété pápeža Inocenta III. (1198 – 1216) *Ad eliminandam* (1207) bolo nariadené odovzdať heretika svetskému súdu s cieľom potrestať ho:

„Ad eliminandam omnino de patrimonio beati Petr hæreticorum spurcitiám, servanda in perpetum lege sancimus ut quicumque hæreticus, et maxime Paterenus,..., protinus capiatur et tradatur sæculari curiæ puniendus secundum legitimas sanctiones.“⁵

⁴ X 5,7,9.

⁵ „Aby bola z dedičstva svätého Petra odstránená poškvrna heretikov, vyhlasujeme ako

To isté zopakoval tento pápež na Štvrtom lateránskom koncile v roku 1215: „*Damnati vero præsentibus sæcularibus potestatibus aut coram ballivis relinquuntur; animadversione debita puniendi.*“⁶

Tí, ktorí boli usvedčení z herézy, mali byť do piatich dní odovzdaní svetskej moci aj podľa ďalšieho uvádzaného prameňa, buly pápeža Inocenta IV. (1243 – 1254), *Ad extirpanda* (1252):

„*Lex 24: Damnatos vero de hæresi per Dioecesanum, vel ejus Vicarium, seu per Inquisitores prædictos, Potestas, vel Rector; vel ejus Nuncius specialis eos sibi relictos recipiat, statim, vel infra quinque dies ad minus, circa eos Constitutiones contra tales editas servaturus.*“⁷

Všetky nami uvedené pramene rovnako uvádzajú postup, aký mal byť dodržaný v procese s osobami podozrivými z herézy – po tom, ako boli odsudzujúcim rozsudkom obvinení zo „zločinu“ herézy, mali byť odovzdaní do rúk svetskej moci.

Čo sa týka svetského práva, spomenieme Kacírsky poriadok (*Mandatum de haereticis Teutonicis persequendis*, 1232) cisára Fridricha II. (1220 – 1250), ktorý v súlade s vtedajším platným kánonickým právom potvrdil, aby cirkvou odsúdení heretici boli odovzdaní svetskému súdu:

„*Statuimus itaque sanctientes, ut heretici, quocumque nomine censeantur; ubicumque per imperium ab ecclesia dampnati fuerint et seculari iudicio assignati, animadversione debita puniantur.* ...“⁸

večné právo, že akýkoľvek heretik, najmä ak ide o Pataréna, ..., **musí byť okamžite vzatý a odovzdaný svetskému súdu**, aby bol potrestaný podľa zákona.” In: MIGNE, J. P.: Patrologia Latina, vol. 217, SS. Innocentius III, Regesta Supplementum (AD 1198 – 1215).

⁶ „Tito odsúdení, odovzdaní svetským vládcom ich súdnych úradníkov, nech sú opustení a potrestaní s patričnou spravodlivosťou...” In: MIGNE, J. P.: Patrologia Latina, vol. 217, SS. Innocentius III, Regesta Supplementum (AD 1198 – 1215). Liber X, CXXX-CXXXI, col. 1226-1228 http://www.documentacatholicaomnia.eu/01p/1198-1216,_SS_Innocentius_III,_Regestorum_Sive_Epistolarum_%5BAD_1203-1208%5D,_MLT.pdf (Citované dňa 11. 9. 2013).

⁷ „Zákon 24: Tí, ktorí budú usvedčení z herézy diecéznym biskupom, jeho splnomocnencom alebo inkvizиторom, budú ihneď, alebo najviac do piatich dní, v putách odovzdaní hlavne štátu alebo jeho špeciálnemu predstaviteľovi a ten neskôr použije opatrenia vyhlásené proti takýmto osobám.” In: Bullarium Romanum. Bullarium diplomatum et privilegiorum. Sanctorum Romanorum Pontificum Taurinensis editio. Tomus III. A Lucio III. ad Clementem IV. Augustæ Taurinorum MDCCCLVIII, s. 551; pozri aj: THOMSETT, M. C.: The Inquisition: A History. Jefferson, NC (2010), s. 34.

⁸ „Preto stanovujeme, že heretici, nech už sa akokoľvek volajú, kdekoľvek v ríši sú cirkvou

Tento predpis obsahoval aj normu, podľa ktorej mali byť heretici odsúdení cirkevným súdom upálení v mene civilnej moci:

„...*auctoritate nostra ignis iudicio concremandus...*” („...z našej právomoci trest spálením ohňom...“).⁹

Tematicky nemožno opomenúť ani významného stredovekého mysliteľa Tomáša Akvinského a jeho nemenej známe teologické dielo *Summa theologiae* (1265 – 1274), v ktorom zdôvodnil uloženie trestu smrti za herézu. Zločiny vlastizrady a falšovania peňazí boli už dávno predtým podľa svetského práva trestané smrťou, a to bol pre neho dostatočný argument, prečo si aj heretici zaslúžili taký istý trest. Uloženie trestu smrti zdôvodnil takto: „*Unde si falsarii pecuniae, vel alii malefactores, statim per saeculares principes iuste morti traduntur; multo magis haeretici, statim cum de haeresi convincuntur, possent non solum excommunicari, sed et iuste occidi.*”¹⁰ V tom istom diele vysvetľuje, že heretici odsúdení inkvizíciou by mali byť odovzdaní svetskej moci, *iudicio saeculari*. Na inom mieste autor dokonca vyhlásil za povinnosť štátu takýchto ľudí popraviť, slovami: „...*Postmodum vero, si adhuc pertinax inveniatur, Ecclesia, de eius conversione non sperans, aliorum saluti providet, eum ab Ecclesia separando per excommunicationis sententiam; et ulterius relinquit eum iudicio saeculari a mundo exterminandum per mortem...*”¹¹ Takéto radikálne riešenie Tomáš Akvinský pokladal za potrebné v záujme ochrany ostatných veriacich pred herézou, t. j. pred učením, ktoré bolo v rozpore s učením cirkvi. Odsudzujúcim rozsudkom cirkev odovzdávala človeka usvedčeného z herézy do rúk svetskej moci. Tá bola podľa Tomáša Akvinského povinná vydať

prekliati a odovzdaní svetskému súdu, majú byť patrične potrestaní. ...” POFOV, HRDINA, I. A.: *Texty ke studiu konfesního práva. I. Evropa a USA*. Praha (2006), s. 72; SHANNON, A. C.: *The popes and heresy in the thirteenth century*. New York (1949), s. 90 a 115.

⁹ VACANDARD, E.: *The Inquisition. A critical and historical study of the coercive power of the church*. New York (1908), s. 133.

¹⁰ *Summa Theologiae, Secunda Secundae Partis* 11. De vitiis oppositis fidei quantum ad haesim. 3. Utrum haeretici sint tolerandi. II-II q. 11 a. 3 arg. 3: „A preto, ak falšovatelia peňazí a iní zločinci sú podľa práva hneď vydaní svetským kniežatám na smrť, tým skôr heretici, len čo sú usvedčení z bludu, mohli by byť nielen vyobcovaní, ale aj spravodlivo zabíť.” <http://krystal.op.cz/sth/sth.php?etA=3>; pozri aj: PETERS, E.: *Inquisition*. California (1989), s. 62.

¹¹ *Summa Theologiae, Secunda Secundae Partis* 11. De vitiis oppositis fidei quantum ad haesim. 3. Utrum haeretici sint tolerandi. II-II q. 11 a. 3 co.: „...Potom však, ak sa domnieva, že je zatvrdilý (heretik), nedúfajúc v jeho obrátenie, cirkev dbá o spásu ostatných, oddeľujúc ich od cirkvi rozsudkom exkomunikácie; a potom ich cirkev prenecháva svetskému súdu, aby ich vyhladila zo sveta...”. Dostupné na: <http://krystal.op.cz/sth/sth.php?&A=3> (Citované 10. 11. 2011).

rozsudok ukladajúci najvyšší trest, t. j. trest smrti. Tento postup inkvizičný súd dodržiaval a cirkev mala záujem na tom, aby nevydávala rozsudky smrti, a teda formálne sa dištancovala od prelievania krvi.

Spomenuté pramene pokladáme za kľúčové, keďže predstavujú právny základ konania v procese proti ľuďom podozrivým zo zločinu herézy, konkrétne v záverečnej fáze inkvizičného procesu, a to pri vydávaní rozhodnutia.

2 Uloženie a výkon trestu smrti

Názov tejto podkapitoly naznačuje, že na tému trestu smrti v stredovekom inkvizičnom procese budeme nazerať s ohľadom na jeho cieľ, ktorým bolo vydanie rozhodnutia o vine a treste za zločin herézy. Išlo o vydanie dvoch rozhodnutí: rozhodnutie o vine a rozhodnutie o treste. V počiatočných fungovania inkvizície sa rozsudky inkvizítorov obmedzovali na deklaráciu existencie herézy – rozhodnutie o vine a zároveň inkvizičný rozsudok obsahoval aj rozhodnutie o treste, ktorým bola exkomunikácia, t. j. že páchatel už viac nepatrí do cirkvi. Neskôr bola pridaná formula, v ktorej sa uvádzalo, že vinník bol prenechaný svetskej moci, to znamenalo, že mal podstúpiť trest, ktorý mu bol uložený podľa svetských zákonov konkrétnej krajiny za zločin herézy.¹² Formula, ktorou cirkevní predstavitelia prenechávali zatvrdilých heretikov alebo recidivistov svetskej moci, mala toto znenie: „Prepúšťame ťa z nášho cirkevného súdu a prenechávame ťa svetskej moci. Avšak veľmi prosíme svetský súd, aby zľahčil svoj rozsudok takým spôsobom, aby sa vyhlo krvipreliaťiu alebo nebezpečenstvu smrti.“¹³ Avšak musíme uviesť, že sa nepredpokladalo, že civilní sudcovia budú brať túto formulu doslovne. Ak by tak chceli robiť, rýchlo by boli kvôli slabému zmyslu pre zodpovednosť exkomunikovaní. Táto formula bola teda bez právneho účinku. Je ťažké pochopiť, prečo sa vôbec pripájala k odsudzujúcemu rozhodnutiu inkvizičného súdu. Najskôr zmierňovala príliš nápadný rozdiel, ktorý panoval medzi cirkevnou justíciou a učením Krista, a prinajmenšom dala zreteľnú poctu učeniu cirkevných Otcov.¹⁴ Ak by sme použili súčasnú právnu terminológiu, potom konštatujeme, že výroková

¹² DELLA VENERIA, C.: *L'inquisizione medioevale ed il processo inquisitorio*. Milano (1939), s. 156 a 157.

¹³ DELLA VENERIA, C.: *L'inquisizione medioevale ed il processo inquisitorio*. Milano (1939), s. 153.

¹⁴ DELLA VENERIA, C.: *L'inquisizione medioevale ed il processo inquisitorio*. Milano (1939), s. 154.

časť odsudzujúceho rozsudku inkvizičného súdu obsahovala výrok o vine za zločin herézy.¹⁵ Avšak rozhodnutie o treste za tento zločin už nevynášal inkvizičný súd, ale svetské súdy. Inkvizičné súdy mali vyhlásiť heretika za vinného a zaužívanou formulou ho odovzdať do rúk svetskej moci, ktorej bol zverený výkon rozsudku.

Odsudzujúci rozsudok inkvizičného súdu mohol teda pre odsúdeného znamenať smrť v tom prípade, ak bol takýmto rozsudkom odsúdený odovzdaný do rúk svetskej moci. Išlo v zásade o vykonanie trestov smrti, ktoré bývali zvyčajne ukladané recidivistom a obvineným, ktorí sa odmietli podriať cirkvi a uznať si svoj „omyl“.¹⁶

Dôležitým kritériom pre vydanie odsudzujúceho rozsudku, ktorým bol heretik odovzdaný do rúk svetskej moci na vykonanie trestu smrti bola aj miera ohrozenia spoločenského poriadku. Bolo by však nespravodlivé klásť zločin proti spoločnosti a hriech proti Bohu na rovnakú úroveň. Ako riešenie slúžilo obhajcom trestu smrti konštatovanie, že všetky hriechy boli zločinmi, lebo zrádzali Boha, a preto bolo namieste uložiť za ne trest smrti. „A nebolo vari svätokrádežné spoločenstvo najhoršou urážkou Boha?“ konštatuje Vacandard.¹⁷

Po odovzdaní heretika do rúk svetskej moci bola tá povinná uložiť náležitý trest (*animadversio debita*), čím cirkev formálne zostávala verná zásade, podľa ktorej jej úradníci nemali byť účastní na preliatí krvi: „*Ecclesia abborret a sanguine*.“¹⁸ Cirkev sa takto aspoň *pro forma* dištancovala od účasti na výkone trestu smrti. V skutočnosti bolo duchovným zakázané zúčastniť sa konaní, ktoré mohli skončiť odsúdením na trest smrti alebo uložením sankcie, ktorá by mohla mať za následok preliatie krvi a rovnako bolo duchovným zakázané zúčastniť sa na poprave. Takéto okolky kládli na plecia zákonodarcu neriešiteľný problém. Zatiaľ čo na jednej strane bolo nutné potlačiť herézu, nemali inkvizítori moc vynášať rozsudky ukladajúce trest smrti.

Môžeme zhrnúť, že uloženie a výkon trestu smrti bolo *de iure* v rukách štátu, avšak *de facto* bol iniciátorom takéhoto postupu inkvizičný súd. A práve takto zvolený postup cirkvi zabezpečoval, že odsudzujúci rozsudok cirkvi implicitne neobsahoval slová „trest smrti“.

¹⁵ Porov. Zákon č. 301/2005 Z.z. (Trestný poriadok), § 163 ods. 1.

¹⁶ DELLA VENERIA, C.: *L'inquisizione medioevale ed il processo inquisitorio*. Milano (1939), s. 144.

¹⁷ VACANDARD, E.: *The Inquisition. A critical and historical study of the coercive power of the church*. New York (1908), s. 238 a 239.

¹⁸ „Cirkev má odpor voči krvi.“ Zákaz účasti personálu inkvizície na mučení zakotvoval Štvrtý lateránsky koncil (1215). X 3,50,5. Dostupné na: http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/1215-1215,_Concilium_Lateranense_III,_Documenta,_LT.pdf.

Čo sa týka samotného priebehu trestu smrti, po skončení *sermo generalis*,¹⁹ bol páchatel' odovzdaný do rúk svetskej moci. Popravky sa však spravidla konali až na druhý deň. V deň konania popravky vykonali odsúdení, zviazaní povrazom okolo krku, oblečení do kajúcnych šiat, procesiu hlavnými ulicami mesta zastaviac sa pred rôznymi kostolmi vzdajúc tak úctu Bohu.²⁰

Trest smrti sa ukladal veľmi výnimočne a inkvizítori odovzdávali heretika do rúk svetskej moci len zriedka. Iba v piatich prípadoch zo 75 rozsudkov inkvizičného súdu v Pamiers vydaných v rokoch 1318 – 1324, bol heretik prenechaný svetskej moci. V 930 rozsudkoch Bernarda Gui nachádzame iba 42 s výrokom: „*relicti curiae saeculari*“ (prenechaní svetskej moci). Pomer uložených trestov smrti bol v Pamiers 1 ku 50, v Toulouse 1 ku 23.²¹

Aj napriek tomu, že inkvizičné súdy mali skôr záujem na konverzii heretika a jeho návrate k jednote s cirkvou, trest smrti mal svoje miesto v inkvizičnom procese. A preto aj samotná inkvizícia je doteraz posudzovaná *apriori* negatívne.

Záver

Trest smrti patrí k trestom, ktorý je so stredovekou inkvizíciou úzko spätý. Tento trest, známy od počiatku ľudstva, sa javil ako obzvlášť vhodný hlavne v boji proti heréze. V prvom rade pre svoju jedinečnú názornosť a symbolickú povahu ako aj preto, že zaisťoval zničenie tela odsúdeného, ktorý bol fakticky považovaný za toho, kto trpí nákazlivou chorobou. Bol jednoznačne najťažším trestom ukladaným v procese s heretikmi.

Platné kánonické právo už nepripúšťa udelenie trestu, ktorý by bol spojený s pozbavením života, avšak to, čo platí teraz neplatilo v minulosti. Hlavným prameňom všeobecného kánonického práva bolo v období fungovania

¹⁹ Výraz *sermo generalis* je pojem označujúci slávnosť, ktorá sa konala pri príležitosti zverejnenia odsudzujúcich rozsudkov. Tie bývali oznamované spôsobom, ktorý mal zastrašiť nepriateľov viery, uistiť veriacich vo viere v Katolícku cirkev a zároveň mala táto slávnosť potvrdiť prestíž a nadradenosť inkvizície nad orgánmi svetskej moci. Tieto slávnosti boli považované nielen za právnu udalosť v zmysle, že išlo o súčasť inkvizičného procesu, ale aj za slávnostný náboženský obrad. Porov. LEA, H. Ch.: A history of the inquisition of the middle ages. In three volumes. Vol. I. New York (1888), s. 391.

²⁰ Bližšie pozri DELLA VENERIA, C.: L'inquisizione medioevale ed il processo inquisitorio. Milano (1939), s. 160.

²¹ POROV, GUIRAUD, J.-B.: Elogio dell'inquisizione. Milano (1994), s. 54 a 55; VACANDARD, E.: The Inquisition. A critical and historical study of the coercive power of the church. New York (1908), s. 236.

stredovekej inkvizície pápežské zákonodarstvo,²² na základe ktorého bolo bol trest smrti prípustný, hoci len nepriamo, čo je zrejme aj z tejto štúdie.

Pramene a literatúra

Pramene

Bullarium Romanum. Bullarium diplomatum et privilegiorum. Sanctorum Romanorum Pontificum Taurinensis editio. Tomus III. A Lucio III. ad Clementem IV. Augustæ Taurinorum MDCCCLVIII.

Codex iuris canonici – Kódex kánonického práva. Trnava

Corpus iuris canonici. Editio lipsiensis secunda post Aemilii Ludovici Richteri curas; Ad librorum manu scriptorum et editionis romanæ fidem recognouit et adnotatione critica instruxit Aemilius Friedberg. Pars secunda. Decretalium collectiones. New Jersey (2000) ISBN 1-58477-088-0.

MIGNE, J. P.: *Patrologia Latina*, vol. 217, SS. Innocentius III, Regesta Supplementum (AD 1198 – 1215).

Sancti Thomae Aquinatis: Summa Theologiæ. Secunda Secundæ Partis 11. De vitiis oppositis fidei quantum ad hæresim.

Sväté Písmo. Trnava (2007), 1612s. ISBN 978-80-7162-683-1.

Zákon č. 301/2005 Z. z. (Trestný poriadok).

Monografie

DELLA VENERIA, C.: *L'Inquisizione medioevale ed il processo inquisitorio.* Milano (1939).

GUIRAUD, J.-B.: *Elogio dell'inquisizione.* Milano (1994), 176s. ISBN 9788835511021. Dostupné na: http://www.pdfdownload.org/pdf2html/view_online.php?url=http%3A%2F%2Fwww.documentacatholicaomnia.eu%2F03d%2F1866-1939%2C_Guiraud._Jean%2C_Baptiste-Elogio_Dell%2527Inquisizione%2C_IT.pdf.

HRDINA, A.: *Prameny ke studiu kanonického práva.* Plzeň (2007), 278 s. ISBN 978-80-7380-039-0.

HRDINA, I. A.: *Texty ke studiu konfesního práva. I. Evropa a USA.* Praha (2006), 321 s. ISBN 80-246-1095-7.

KOMA, Š.: *Inkvizícia.* Liesek (2002). ISBN 80-968866-4-9. [Z poľského originálu: Ryś, G.: *Inkwizycja.* Krakov (1998)].

LEA, H. Ch.: *A history of the inquisition of the middle ages.* In three volumes. Vol. I. New York (1888), 583 s. ISBN 0-7661-8893-0.

PETERS, E.: *Inquisition.* California (1989), 362 s. ISBN 0-520-06630-8.

SHANNON, A. C.: *The popes and heresy in the thirteenth century.* New York (1949), 148 s. ISBN 1436715288.

THOMSETT, M. C.: *The Inquisition: A History.* Jefferson, NC (2010), ISBN 9780786444090.

²² Porov. HRDINA, A.: *Prameny ke studiu kanonického práva.* Plzeň (2007), s. 36.

VACANDARD, E.: *The Inquisition. A critical and historical study of the coercive power of the church*. New York (1908). ISBN 9781451013375. Dostupné: http://books.google.com/books?id=wMEPIR3M-mAC&printsec=frontcover&hl=sk&source=gbg_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

Internetové zdroje

http://www.documentacatholicaomnia.eu/01p/1198-1216,_SS_Innocentius_III,_Regestorum_Sive_Epistolarum_%5BAD_1203-1208%5D,_MLT.pdf.

<http://www.prave-spektrum.sk/article.php?449>.

<http://krystal.op.cz/sth/sth.php?etA=3>.

<http://krystal.op.cz/sth/sth.php?PHPSESSID=56a5ce3e1fe7b85ff73d15da28bbdd48&Q=11>

Summary

Article is devoted to penalty of death during Middle Ages. Its main purpose is to explain the position and status of this penalty in the process of medieval inquisition. Both parts of our work are concentrated primarily on legal viewpoint of maximum punishment. This viewpoint is offered by the relevant sources of law – four papal bulls, Heretical order of emperor Frederick II. and *Summa theologiæ* of Thomas Aquinas. All our sources indicated the procedure which should be followed in the trial of those suspected of heresy – person accused of “crime” was passed into the hands of secular power for the execution of judgment. Then are explained legal actions of inquisitorial and secular courts, including their correlation. On the basis of our work it is possible to understand why and how was practicable that medieval church could declare its non participation on bloodshed. It was all only formal procedure. In fact we may state that church was mover of secular arms.

Delácia dedičstva v rímskom práve*

Veronika Kleňová

1. Pojem *delata hereditas* - 2. Delácia a právne následky testamentu - 3. Okamih nastúpenia delácie a jeho význam pre určenie okruhu dedičov - 4. Neprípustnosť sukcesívnej delácie pri intestátnom dedení a *in iure cessio hereditatis* - Záver

1. Pojem *delata hereditas*

Právnik Terentius Clemens charakterizuje pojem „*delata hereditas*“ slovami: „*Delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi.*“¹ Ponúknutá pozostalosť znamená, že ju prijatím možno nadobudnúť.

Vo vzťahu k dedičom, ktorí nadobúdali pozostalosť prostredníctvom adície (*heredes voluntarii*), predstavoval okamih nastúpenia delácie vznik právnej možnosti stať sa dedičom² určitého poručiteľa.³ Momentom delácie vzniklo

* Príspevok je výstupom z projektu APVV-0562-11.

¹ Terentius Clemens 5 ad l. Iul. et Pap. D. 50,16,151.

² Na rozdiel od súčasného dedičského práva charakteristického svojou majetkovou funkciou, v rímskom práve, najmä v skorších obdobiach jeho vývoja, nebolo pre osobu dediča určujúce nadobudnutie majetku, lež to, že *heres* vstupoval na miesto poručiteľa („*in locum defuncti*“), nadobúdajúc právne postavenie dediča – stával sa dedičom. S takýmto výrazom sa prirodzene možno stretnúť aj v zachovaných textoch: „*heres exstitit*“ (napr. Paulus 1 ad Sab. D. 29,2,7,2; Ulpianus 4 disp. D. 29,2,42 pr.; Iulianus 47 dig. D. 29,2,44; Gaius 14 ad l. Iul. et Pap. D. 29,2,53,1; Africanus 4 quaest. D. 28,2,14 pr.; Africanus 4 quaest. D. 28,2,16; Ulpianus 5 ad Sab. D. 28,5,9,7 a v mnohých ďalších). Uvedený charakter výstižne podáva VÁŽNÝ, J.: Pojem práva dedičského a účelnosť jeho dnešnej štruktúry. In: Právny obzor 6 (1923), s. 97 a nasl., podľa ktorého rímske dedičské právo znamenalo predovšetkým určité osobné právne postavenie, *nomen heredis*. Vo vzťahu k tomuto právu nemožno povedať, že dedičom je ten, na koho bolo pamätané celým pozostalostným majetkom, alebo jeho pomerným dielom, pretože dedičom je predovšetkým ten, kto nadobudol právny titul dedičský. Nadobudnutie majetku je iba konzekvenciou tohto právneho postavenia, ktoré prirovnáva k niektorým úkonom medzi živými: ak žena *sui iuris* vstúpila do manželstva *cum manu*, prešla tým pod moc manžela, ktorý v dôsledku toho nadobudol aj jej majetok. Rovnako tak, ak sa dal adoptovať svojprávny, osvojiteľ nad ním nadobudol moc a súčasne i jeho majetok. Určite by však nikomu nenapadlo definovať adrogáciu alebo *in manum conventionem* ako nadobudnutie majetku určitej osoby. Podstata konania bola v nadobudnutí určitého postavenia – niekto sa stáva adrogátorom, niekto sa stáva manželom *cum manu* a teda majiteľom moci, pričom jedným z dôsledkov nadobudnutia tohto postavenia je aj nadobudnutie celého majetku.

³ Obdobne i FAJNOR, V.: Dedičské právo na Slovensku. In: Právny obzor 6 (1923), s. 15:

dobrovoľným dedičom právo sukcedovať do pozície zomretého („*successio in locum defuncti*“),⁴ *ius successionis*,⁵ ktoré však k sukcesii nemuselo viesť nevyhnutne. Na to, aby sa realizovalo, musel k nemu pristúpiť ešte súhlasný prejav vôle povolaného, adícia.⁶ Delácia bola teda v určitom zmysle v kontrapozícii voči adícii. Kým ponúknutie dedičstva bolo spravidla nezávislé od vôle eventuálne povolanej osoby,⁷ adícia bola už aktom konkrétneho deláta, ktorým sám rozhodoval o tom, ako naloží so vzniknutou možnosťou byť dedičom, či ponúknutú pozostalosť prijme, alebo naopak nastavšiu možnosť byť dedičom nevyužije, pretože „*hereditatem ad se pertinere nolit*“.⁸ Prípadným odmietnutím pozostalosti *heres voluntarius* spôsobil zmarenie delácie, stratil *ius successionis* a s ním i možnosť nadobudnúť na základe danej delácie *hereditatem*.

Trvajúca delácia bola nevyhnutným predpokladom tak prijatia, ako i odmietnutia dedičstva.

„Nápadom *dedictiva (delatio hereditatis, [...])* rozumieme onú právnu skutočnosť, keď od istej doby existuje niečia oprávnenosť dedičť. Teda nápad *dedictiva* znamená onen právny stav osoby k dedeniu povolanej, podľa ktorého je oprávnená k účasti na pozostalosti zomrelého.“

⁴ V prameňoch sa okrem výrazu „*hereditas deferatur*“ (Papinianus 1 def. D. 28,6,42 – „*duae hereditates substituto deferuntur*“; Ulpianus 10 ad Sab. D. 28,3,6,3 – „*ad quem [gradum] hereditas deferatur*“; Ulpianus 8 ad Sab. D. 29,2,25,13 – „*ex testamento Lucii Titii deferatur hereditas*“; Ulpianus 9 ad Sab. D. 29,2,35 pr. – „*ex causa substitutionis ei deferatur hereditas*“; Ulpianus 46 ad ed. D. 29,2,39 – „*hereditas, ab intestato non deferatur*“; Ulpianus 60 ad ed. D. 29,2,69 – „*prius eis deferatur hereditas: tunc deinde, posteaquam delata est*“; Papinianus 16 quaest. D. 29,2,84 – „*non deferatur ex testamento hereditas*“; Ulpianus 13 ad Sab. D. 38,16,2,2 – „*haec hereditas proximo adgnato, id est ei, quem nemo antecedit, deferatur*“; Ulpianus 13 ad Sab. D. 38,16,2,4 – „*legitima hereditas tantum proximo deferatur*“; Ulpianus 14 ad Sab. D. 38,16,3,3 – „*legitima eius hereditas mihi deferetur*“; Marcianus 5 inst. D. 38,16,9 – „*deferatur ex substitutione hereditas*“; Ulpianus 12 ad Sab. D. 38,17,1,9 – „*legitima hereditas deferatur*“), možno stretnúť aj so slovným spojením „*successio deferatur*“ (Ulpianus 12 ad Sab. D. 38,17,1,11 – „*ei deferatur successio*“; Ulpianus 12 ad Sab. D. 38,16,1 pr. – „*successio his deferatur*“). Ponúka sa teda nielen pozostalosť, lež i sukcesia.

⁵ *Ius successionis* bolo taktiež obsahom pojmu *hereditas*. Africanus 4 quaest. D. 50,16,208: „*bonorum*“ *appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat.*

⁶ VOCI, P.: *Diritto ereditario romano*. Vol. primo. Introduzione parte generale. Milano (1967), s. 490, uvádza: „*La delazione è una situazione di possibilità, che si muta in situazione di attualità con l'acquisto.*“

⁷ V určitých situáciách však mohla byť delácia od vôle do úvahy prichádzajúceho oprávneného sčasti závislou, napríklad pri ustanovení dediča pod potestatívnu podmienku. Keďže delácia nastávala až okamihom splnenia podmienky, podmienene oprávnená osoba sa mohla sama rozhodnúť, či deláciu vyvolá, alebo nie.

⁸ Výraz napríklad v Ulp. lib. sing. 26,5.

Ulpianus 7 ad Sab. D. 29,2,21,2

Sed ita demum pro herede gerendo adquiret hereditatem, si iam sit ei delata: ceterum ex quibus causis repudiantem nihil agere diximus, ex isdem causis nec pro herede gerendo quicquam agere sciendum est.

Ulpianus uvádza, že adíciou („*pro herede gerere*“) môže pozostalosť nadobudnúť iba ten, komu ona bola už ponúknutá („*iam sit ei delata*“).⁹ Pritom tie isté dôvody, ktoré spôsobujú, že odmietnutie pozostalosti je bez následkov, platia rovnako aj pre jej prijatie.¹⁰ Prijatie, ako i odmietnutie dedičstva mohlo byť s právnymi následkami vykonané až po delácii – muselo byť reakciou na už vzniknutú a pretrvávajúcu ponuku stať sa dedičom poručiťa.¹¹ Zároveň, z opačného pohľadu sa dá povedať, že kde niet možnosti prijať alebo odmietnuť dedičstvo, niet ani delácie.¹²

Adícia dedičstva sa však nielen nevyžadovala, lež ani nepripúšťala u dedičov nevyhnutných (*heredes necessarii*), ktorí dedili bez ohľadu na svoju vôľu.¹³ *Iure civili* získavali postavenie dediča v dôsledku samotnej delácie

⁹ Nevyhnutnosť predchádzajúcej delácie spomína aj Paulus 5 ad l. Iul. D. 29,2,80,1: [...] *si alius mixtus heredibus ex pluribus partibus heres institutus sim, quod et hic adeundo unam portionem omnes adquiro, si tamen delatae sint.* Ak by bol niekto s inými dedičmi ustanovený k viacerým podielom, prijatím jedného podielu nadobudne všetky, ak boli aspoň ponúknuté na prijatie.

¹⁰ Ulpianus 7 ad Sab. D. 29,2,13 pr.: *Is qui heres institutus est vel is cui legitima hereditas delata est repudiatione hereditatem amittit. hoc ita verum est, si in ea causa erat hereditas, ut et adiri possit:* [...]. Ulpianus píše, že ten kto bol ustanovený za dediča v testamente, alebo ten, komu bola pozostalosť ponúknutá *ab intestato*, stráca *hereditatem* jej odmietnutím. Uvedené však platí iba za predpokladu, že *hereditas* bola v stave, v ktorom ju možno aj prijať. Pred tým by totiž zostalo jeho konanie bez právnych následkov. Nastavšia delácia predstavovala nevyhnutný predpoklad prijatia (a rovnako aj odmietnutia) dedičstva. Obdobne Paulus 2 ad Sab. D. 29,2,18: *Is potest repudiare, qui et adquirere potest.*

¹¹ Hermogenianus 3 iuris epit. D. 29,2,94: *Qui superstitis bona repudiat, post mortem eius adire hereditatem, item bonorum possessionem petere non prohibetur.* Preto sa i podľa Hermogeniána ten, kto odmietne majetok určitej osoby, zatiaľ čo ona ešte žije, nezbavuje tým možnosti po smrti danej osoby dedičstvo prijať, ani uchádzať sa u prétora o *bonorum possessionem*. Odmietnutie, či prijatie dedičstva, vykonané pred smrťou poručiťa bolo bez akýchkoľvek pozitívnych, alebo negatívnych právnych následkov, pretože pozostalosť ešte nebola v stave, v ktorom ju prijatím možno nadobudnúť, nebola ešte ponúknutá. Delácia totiž mohla nastať najskôr v okamihu smrti osoby, o ktorej pozostalosť išlo. Počas jej života nikomu právna možnosť stať sa dedičom vzniknúť nemohla. Obdobne možno porozumieť i Labeónovým slovám: Pomponius 3 ad Sab. D. 29,2,27: *Neminem pro herede gerere posse vivo eo, cuius in bonis gerendum sit, Labeo ait.*

¹² SOLAZZI, S.: *Diritto ereditario romano*. I. Napoli (1932), s. 249.

¹³ Gaius 13 ad l. Iul. et Pap. D. 38,16,14: *In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso iure heredes existunt.* Gai. Inst. 2,153: *Necessarius heres est servus cum*

a ihneď v okamihu, keď nastala. Deláciou vzniknuvšie *ius successionis* sa realizovalo, zmenilo na skutočnú sukcesiu ihneď v okamihu svojho vzniku. Delácia preto u nevyhnutných dedičov nepredstavovala právnu možnosť stať sa dedičom, lež právnu nutnosť byť dedičom poručiteľa.¹⁴ Okamihom delácie boli *heredes necessarii* k pozostalosti pripútaní *necessitate iuris*.

2. Delácia a právne následky testamentu

Podstatným prvkom rímskeho testamentu bolo ustanovenie dediča (*institutio heredis*). Právny následok *institutionis heredis* sa však líšil v závislosti od toho, či bol za dediča ustanovený *heres necessarius* alebo *heres voluntarius*.

Ak boli testamentom za dedičov ustanovení *heredes voluntarii*, právnym následkom *institutionis heredis* bola iba delácia. K prechodu práv a povinností zomretého na delátov totiž nemohlo dôjsť bez ich spolupôsobenia, bez ich súhlasného prejavu vôle. Za týchto okolností možno súhlasiť s E. Svobodom a priznať testamentu podobnosť s dosiaľ neprijatou zmluvnou ofertou (testamentom poručiteľ dobrovoľným dedičom pre prípad svojej smrti „iba“ ponúkal dedičstvo) a zároveň odobriť príbuznosť medzi prijatím dedičstva a prijatím oferty.¹⁵ Testament (obmedzený iba na ustanovenie dediča)¹⁶ tu teda spôsobuje iné právne následky ako testament, ktorým bol za dediča ustanovený *heres necessarius*. U nevyhnutného dediča právny následok nespočíval iba v delácii, lež i v súčasnom prechode práv a povinností na deláta. V tejto dvojakosti právnych následkov testamentu sa zreteľne prejavuje i Svobodom (hoci čiastočne v iných súvislostiach) načrtnutá dvojakosť ponímania jednostranného právneho úkonu. Na jednej strane môžeme jednostranným právnym úkonom rozumieť taký úkon, ktorý právne existuje sám o sebe, bez účasti akejkoľvek druhej strany. Ide o úkon, „*ktorej posudzován sám o sobě,*

libertate heres institutus, ideo sic appellatus, quia sive velit sive nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est. Gai. Inst. 2,157: Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.

¹⁴ VOGL, P.: *Diritto ereditario romano*. Vol. primo. Introduzione parte generale. Milano (1967), s. 489: „*La chiamata alla successione può essere necessaria o rimessa alla volontà del chiamato.*“

¹⁵ SVOBODA, E.: Problém vôle v rakouském právu dědickém. In: *Právník* 51 (1912), s. 201 a nasl.

¹⁶ Momentálne neberieme ohľad na ostatné zložky testamentu. Pod pojmom testament máme na mysli iba ustanovenie dediča.

*(tedy nehledě k účastenství druhých osob), nemá takových vlastností, jež by mu předem odnímalý způsobilosti, aby sám nebo ve spojení s dalším činem autora nebo osoby jiné založil po právu ty důsledky, ku kterým dle svého obsahu směřuje. ... V tomto směru není zásadního rozdílu mezi posledním pořízením a nabídkou“.*¹⁷ Zato však podľa Svobodu, a my s ním súhlasíme, možno vidieť podstatný rozdiel medzi týmito prejavmi vôle a medzi úkonmi jednostrannými v plnom zmysle slova, v akom je ponímaný napríklad jednostranný akt okupácie, či derelikcie. V prípade týchto úkonov sa totiž prejav individuálnej vôle objavuje nielen ako akt o sebe platný, lež zároveň samotný tento akt stačí k tomu, aby podľa práva spôsobil zamýšľané právne následky. K tomu Svoboda dodáva: „Mám tuzíť za odůvodněný názor, že testament není akt jednostranný v tom plném smyslu slova, jaký máme na mysli, mluvíce o jednostranném aktu okupačním nebo derelikčním – nýbrž jen jako oferta, dosud nesdělená oblatu za účelem přijetí. Testament ... jest projevem vůle, řízeným někomu; projevem adresovaným, který nemůže dojíti věcné účinnosti, nebyl-li vzat na vědomí tím, jemuž byl řízen, nepotkal-li se s vůlí souhlasnou“.¹⁸

Na tomto mieste možno na E. Svobodu nadviazať. Testament je jednostranný právny úkon v tom zmysle, že jeho platnosť (právna existencia) predpokladá prejav vôle iba jednej strany. Ak však vychádzame z toho, že zamýšľaným právnym následkom testamentu (v ňom obsiahnutého ustanovenia dediča) je prechod práv a povinností zomretého na označené osoby,¹⁹ tak na jeho nastúpenie prejav vôle jednej strany voči obidvom kategóriám dedičov nestačí. Testament, v ktorom bol ustanovený *heres necessarius*, by sme bez pochybností mohli začleniť do druhej Svobodou označenej skupiny právnych úkonov. Takýto testament (jeho *institutio heredis*) totiž spôsobuje sám, bez potreby ďalšieho právneho úkonu, či už poručiteľa alebo deláta, prechod práv a povinností na osobu testátorom označenú. Na druhej strane však v prípade dobrovoľných dedičov má testament skutočne v určitom zmysle charakter podobný oferte, ktorá musí byť opätovaná rovnako ponímaným jednostranným právnym úkonom zo strany deláta, adíciou pozostalosti, aby mohlo k nastúpeniu daných právnych

¹⁷ Pod „posledním pořízením“ má citovaný autor na mysli testament podľa práva rakúskeho, ktoré v zmysle § 799 ABGB na nadobudnutie dedičstva vyžadovalo výslovné vyjadrenie o prijatí dedičstva.

¹⁸ SVOBODA, E.: Problém vůle v rakuském právu dědickém. In: Právník 51 (1912), s. 199-206.

¹⁹ Vychádzame pritom z definície právneho úkonu ako prejavu vôle subjektu, s ktorým objektívne právo spája určité právne následky, konajúcim chcené, za účelom uskutočnenia jeho vôle. K uvedenej definícii pozri napríklad LUBY, Š.: Dejiny súkromného práva na Slovensku. Bratislava (2002), s. 226. Čo bolo tým sledovaným právnym následkom testamentu z pohľadu testátora? Ponúknutie dedičstva ustanoveným dedičom, alebo to, aby sa ustanovené osoby stali jeho dedičmi?

následkov dôjsť. Takáto kvázioferta sa stáva účinnou buď smrťou poručiťa, alebo splnením suspenzívnej podmienky pripojenej k ustanoveniu dediča, teda nadobúda účinnosť nastúpením delácie. Z povahy testamentu pritom vyplýva, že až do smrti poručiťa je táto kvázioferta odvolateľná.

3. Okamih nastúpenia delácie a jeho význam pre určenie okruhu dedičov

Ak bol dedič v testamente ustanovený bez pripojenia podmienky, alebo ak poručiťel zomrel bez toho, aby testament zanechal, delácia v prospech inštitúta, prípadne v prospech najbližšieho intestátneho dediča, nastupovala zároveň s testátorovou smrťou. *Heres necessarius* sa týmto okamihom *ipso iure* stal dedičom poručiťa.

Ak bol dedič v testamente ustanovený pod suspenzívnou podmienkou,²⁰ prípadne ak poručiťel zanechal testament, a preto bolo intestátne dedenie podmienené *condicione iuris* „*si intestato moritur*“²¹, delácia v prospech inštitúta, či intestátneho dediča nastupovala až splnením kondície. Najskôr v tomto momente sa povoláný *heres voluntarius* mohol *aditione hereditatis* stať dedičom poručiťa.²² Uvedené prirodzene platilo i pre eventuálnu všeobecnú substitúciu. *Substitutus vulgaris* bol k dedeniu povolaný pod osobitnou suspenzívnou podmienkou „*si institutus heres non erit, substitutus heres esto*“. Pokiaľ existovala možnosť, že sa dedičom stane inštitút, substitútove konanie smerujúce k prijatiu, či odmietnutiu dedičstva by zostalo bez právnych následkov.²³ Delácia *ex substitutione* teda nastúpila až v okamihu, keď bolo isté, že inštitút dedičom nebude.

²⁰ Bez ohľadu na to, ako táto suspenzívná kondícia znela: Ulpianus 7 ad Sab. D. 29,2,13 pr.: [...] *ceterum heres institutus sub condicione si ante condicionem existentem repudiavit, nihil egit, qualisqualis fuit condicio, etsi in arbitrium collata est.*

²¹ Pozri v ďalšom texte.

²² Iulianus 30 dig. D. 28,7,13: *Ei qui ita hereditatem [...] accepit „si decem dederit“ neque hereditas [...] aliter acquiri potest, quam si post impletam condicionem id egerit scriptus heres [...], per quod hereditas [...] acquiri solet.*

²³ Ulpianus 6 ad Sab. D. 29,2,3: *Quamdiu prior heres institutus hereditatem adire potest, substitutus non potest.* Ulpianus 7 ad Sab. D. 29,2,13,2: *Substitutus quoque similiter si ante repudiat, quam heres institutus decernat de hereditate, nihil valebit repudiatio.* K osobitostiam prípadov, keď bola jedna osoba v testamente ustanovená k viacerým podielom (k jednému *pure*, k druhému pod podmienkou, prípadne k jednému *ex institutione* a k druhému *ex substitutione*) bližšie pozri KLEŇOVÁ, V.: *Substitutio vulgaris a sloboda vôle v práve rímskom. Všeobecné náhradníctvo v prameňoch rímskeho práva s dôrazom na justiniánske Digesta.* Plzeň (2013), s. 147-164.

Eventuálny časový odstup delácie od okamihu smrti poručiteľa zohľadňovalo rímske právo dôsledne. Túto dôslednosť možno badať predovšetkým v požiadavke, aby podmiennečne povolaný v okamihu splnenia kondície žil²⁴ a bol pasívne testamentárne spôsobilý.²⁵ Ak by pred splnením

²⁴ Celsus 16 Dig. D. 28,5,60,6: *Si ita scriptum fuerit: „Titius ex parte tertia, Maevius ex parte tertia heredes sunt: Titius, si intra tertias kalendas navis ex Asia venerit, ex reliqua parte heres esto“: videamus, ne Titius statim ex semisse heres sit: nam duo heredes instituti sunt, sed Titius aut ex semisse aut ex besse: ita sextans utique erit in pendentii et, si condicio exstiterit, ex besse heres erit, si non exstiterit, ille sextans Maevio ad crescet. sed si decesserit Titius, antequam condicio exsistat, deinde condicio exstiterit, tamen ille sextans non Titii heredi, sed Maevio ad crescet: nam cum adhuc dubium esset, Titio an Maevio is sextans datus esset, Titius decessit nec potest intellegi datus ei qui tempore dandi in rerum natura non fuit.* (Tučné písmo V. K.).

²⁵ Florentinus 10 inst. D. 28,5,50,1: *In extraneis heredibus illa observantur: ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur sive hi qui in potestate eorum sunt, et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis testatoris, ut effectum habeat. hoc amplius et cum adibit hereditatem esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub condicione heres institutus sit: nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel condicionem institutionis existentem mutatio iuris heredi non nocet, quia, ut dixi, tria tempora inspicimus.* Pravidlo, v zmysle ktorého musel mať dedič *testamenti factionem passivam* v okamihu delácie, nie je v romanistike sporné, pokiaľ ide o právo justiniánske. Vo vzťahu ku klasickému právu však citovaný fragment, vzhľadom na svoju nekonzistentnosť, vyvoláva určité pochybnosti. V úvode autor uvádza, že *testamenti factio* sa skúma v dvoch okamihoch („*duobus temporibus inspicitur*“) – pri zriadení testamentu, keď inštitúcia vstupuje do existencie a v čase smrti poručiteľa, kedy nadobúda účinnosť. K tomu neskôr pridáva tretí moment – ustanovený musí mať *testamenti factionem* aj v čase prijatia dedičstva, „*sive pure sive sub condicione heres institutus sit*“. V závere napokon píše, že v období medzi zriadením testamentu a smrťou poručiteľa alebo splnením podmienky, prípadná strata *testamenti factionis* neškodí, pretože, ako povedal, skúmajú sa iba tri okamihy („*tria tempora inspicimus*“). Je zvláštne, že v úvode fragmentu Florentinus uvádza „*duobus temporibus inspicitur*“ a v závere „*tria tempora inspicimus*“. Podľa SCHULZ, F.: Die Lehre von den drei Momenten. In: SZ 35 (1914), s. 114, je „*eine starke stilistische Ungeschicklichkeit, erst zu verkünden, dass zwei Momente in Betracht kämen, und dann doch drei anzuführen*“. Táto „*Ungeschicklichkeit*“ je podľa neho jedným z náznakov interpolácie Florentinovho textu, pričom nepravá je podľa neho predovšetkým celá zmienka o treťom okamihu (prijatie dedičstva). Domnieva sa, že vyššie uvedená náuka o troch okamihoch sa uplatňovala v práve justiniánskom, nie však v práve klasickom. Na s. 113 ďalej uvádza, že klasici poznali náuku o dvoch okamihoch („*die Lehre von den zwei Momenten*“), v zmysle ktorej musel mať ustanovený dedič *testamenti factionem* v čase zriadenia testamentu a v čase smrti poručiteľa, nie naproti tomu v momente delácie. K tomu na s. 119 dodáva: „*Der Gedanke der Klassiker ist einfach der: die testamenti factio passiva ist die Fähigkeit, Passivbeteiligter bei dem Rechtsgeschäft der Testamentserrichtung zu sein; diese Fähigkeit muss in denjenigen Zeitpunkten vorhanden sein, die für das definitive Zustandekommen dieses Rechtsgeschäftes sonst*

podmienky zomrel, dedičom by sa stať nemohol.²⁶ Delácia by sa uplatnila v prospech ďalšieho, ktorý by ako dedič prichádzal do úvahy (substitút, prípadne intestálny dedič).

entscheidend sind, und diese sind der Moment der Erklärung des Willens, und der; in dem diese Erklärung unwiderruflich wird.“ Podľa nášho názoru je spomedzi momentov, v ktorých musí mať ustanovený dedič *testamenti factionem*, v danom fragmente otázny najmä okamih smrti poručiteľa, kedy inštitúcia podľa právnika „*effectum habeat*“. Pokiaľ by bol dedič v testamente ustanovený nepodmienečne, to znamená v prvom stupni a rovnako bez akejkoľvek inej kondície, možno s právníkom súhlasiť – v okamihu smrti poručiteľa vyvolá inštitúcia právne následky, to znamená uplatní sa delácia. Čo však v prípade, ak bola k inštitúcii pripojená suspenzívna podmienka? Vtedy predsa delácia, ktorá je právnym následkom inštitúcie, nemôže nastať až do okamihu, kým sa podmienka splní (*condicio existit*). Ako správny prístup sa nám preto javí ten, ktorý možno vyčítať zo záveru fragmentu, kde Florentinus pri vyjadrení názoru, v zmysle ktorého „*media tempora non nocent*“, stavia smrti poručiteľa na roveň splnenie podmienky: „*medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel condicionem institutionis existentem mutatio iuris heredi non nocet*“. Z uvedeného vyplýva, že zmena právneho postavenia ustanoveného dediča neškodila medzi dvoma momentami, v ktorých sa *testamenti factio* vyžadovala, a to medzi zriadením testamentu a smrťou poručiteľa alebo splnením podmienky, v závislosti od toho, kedy inštitúcia nadobúdala *effectum*. V súlade s tým je aj nasledujúci Celsov text: Celsus 16 dig. D. 28,5,60,4: *Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus quo testator decessit redierit aut, si sub condicione heres institutus est, quo tempore condicio existit*. [...] SCHULZ (s. 118) však predpokladá interpoláciu aj u tohto textu: „*Der Schlusssatz scheint angefügt zu sein: die Worte „heres“ und „tempore“ sind überflüssig und machen den Satz schwerfällig; „redierit“ stünde besser vor „intra“; „existit“ steht, verglichen mit dem parallelen „decessit“, im falschen Tempus (statt existit). Gewiss würden diese Indizien zu einer Verdächtigung nicht ausreichen, wenn das Fr. allein stünde; in Verbindung gesetzt aber mit unserer Florentin-Entscheidung darf auch die Interpolation dieses Fr. behauptet werden.*“ Na porovnanie možno uviesť napríklad názor P. VOČIHO (Diritto ereditario romano. Vol. primo. Introduzione parte generale. Milano (1967), s. 411), ktorý, zdá sa, bez pochybností uvádza: „*L'erede testamentario deve essere capace nel momento della perfezione del testamento, in quello della delazione, e infine (se sia voluntarius) in quello dell'acquisto dell'eredità.*“

²⁶ Uvedené prirodzene opäť platilo aj pre všeobecného substitúta. Substitúcia bola predsa len povolaním dediča pod suspenzívnou podmienkou, a preto museli byť právne predpoklady nadobudnutia pozostalosti dedičom ustanoveným *sub condicione* a substitútom rovnaké. Marcianus 5 inst. D. 38,16,9: *Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem vel morte vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant, reliquis, qui adierint, ad crescit illorum portio et licet decesserint, antequam ad cresceret, hoc ius ad heredes eorum pertinet. alia causa est instituti heredis et coheredi substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur.* (Tučné písmo V. K.). K tomu bližšie pozri KLENOVÁ, V.: Substitutio vulgaris a sloboda vôle v práve rímskom. Všeobecné náhradníctvo v prameňoch rímskeho práva s dôrazom na justiniánske Digesta. Plzeň (2013).

V dôsledku (neskoršieho) splnenia podmienky sa nefingovalo nastúpenie delácie späťne k okamihu smrti poručiťa. Takýto prístup by mohol mať za následok, že ak by podmiennečne povolaný pred splnením podmienky zomrel a kondícia by sa po jeho smrti splnila, za relevantný okamih, v ktorom by ustanovený musel byť nažive a musel mať *testamenti factionem*, by sa považoval okamih smrti testátora, pretože v tomto momente „akoby“ delácia nastala. Uvedený prístup však rímske právo neprijalo, oneskorená delácia nespôsobovala teoretické problémy,²⁷ čo je zrejme i z pravidiel, ktoré sa uplatňovali vo vzťahu k sukcesívnej delácii.

Sukcesívnou deláciou rozumieme novú deláciu, ktorá nastala v dôsledku toho, že predchádzajúci delát sa dedičom poručiťa nestal. Klasické rímske civilné právo rešpektovalo sukcesívnu deláciu v rámci testamentárneho dedenia, ako aj pri prechode od testamentárneho k intestátnemu dedeniu. Pokiaľ sa dedičstvo substitútovi neponúklo ihneď v momente smrti (ak prirodzene nebol ustanovený ešte pod inou podmienkou), znamenalo to, že delácia v tom čase nastala v prospech predchádzajúceho ustanoveného.²⁸ Neuplatňoval sa pritom princíp, v zmysle ktorého, ak prvý delát postavenie dediča nenadobudol, vec sa poníma tak, akoby od začiatku (od okamihu poručiťovej smrti) nebol existoval, akoby sa mu dedičstvo vôbec neponúklo. Uvedený princíp by mal totiž opäť za následok, že hoci druhému delátovi (v skutočnosti) vznikla právna možnosť stať sa dedičom neskôr, jeho spôsobilosť by sa posudzovala späťne k okamihu smrti poručiťa. To znamená, k dedeniu by bol povolaný ten, kto by bol delátom v čase smrti poručiťa, ak by sa delácia neuplatnila v prospech predchádzajúceho povolaného.

Predstavme si situáciu, že substitút, žijúci v čase poručiťovej smrti, by zomrel pred odmietnutím dedičstva inštitútom. Po jeho smrti by inštitút dedičstvo odmietol – od tohto okamihu by sa fingovalo, že dedičstvo sa inštitútovi vôbec neponúklo, a teda delácia v prospech substitúta nastala v momente poručiťovej smrti. Vtedy substitút ešte žil, bol pasívne testamentárne spôsobilý a tak prichádzal do úvahy ako dedič. K čomu by sme dospeli? K tomu, že substitút sám dedičstvo prijať nemôže, pretože už nie je nažive. Zároveň klasické civilné rímske právo transmissiu dedičstva nepoznalo. Z delácie vyplývajúce právo prijať alebo odmietnuť dedičstvo muselo byť vykonané samotným delátom, na jeho dedičov neprechádzalo. Teda navzdory fikcii, že v dôsledku odmietnutia dedičstva inštitútom delácia v prospech neho

²⁷ Aspoň nie v tom stupni vývoja rímskeho práva, v ktorom už právny poriadok poznal inštitút testamentu, všeobecnej substitúcie a podmiennečného ustanovenia dediča. K skoršiemu právu pozri v ďalšom texte.

²⁸ Neuvažujeme teraz nad prípadom, že by bol aj inštitút k dedeniu povolaný pod podmienkou.

akoby sa vôbec neuplatnila, substitút by sa dedičom stať nemohol, pretože nežijúci dedičstvo prijať nemôže. Tak či onak, aby to u dobrovoľných dedičov malo význam, musela sa delácia uplatniť v prospech toho, kto žil a mohol prijať dedičstvo v okamihu, od ktorého už nepôsobila delácia v prospech pôvodného (skoršieho) deláta. U dobrovoľných dedičov malo preto zmysel iba pravidlo, ktoré rešpektovalo a zohľadňovalo skutočný okamih, keď delácia nastúpila.²⁹

Vyššie uvedená fikcia sa však neuplatňovala ani pri nevyhnutných dedičoch, čo zreteľne dokumentujú pramene obsahujúce prípady prechodu od testamentárnej k intestátnej dedičskej postupnosti. Intestátne dedenie nastupovalo iba za predpokladu, že sa po poručiteľovi neuplatnila testamentárna dedičská postupnosť. Testamentárne a intestátne dedenie sa (podľa všeobecných pravidiel) navzájom vylučovali.³⁰ Objektívne právo ustanovovalo okruh dedičov iba subsidiárne, pre prípad, že poručiteľ zomrie *intestatus*. Nastúpenie delácie *ab intestato* bolo teda viazané na splnenie kondície, ktorej antecedent znel: „*si intestato moritur*“.³¹ Daná podmienka sa považovala za splnenú nielen v prípade, ak poručiteľ platný testament nezanechal, lež i vtedy, ak sa na základe testamentu nikto dedičom nestal³² – „*intestatus est non tantum qui testamentum non fecit, sed etiam cuius ex testamento hereditas adita non est*“.³³ I v tomto prípade právo rešpektovalo deláciu, ktorá nastala s určitým časovým odstupom od smrti poručiteľa.

Zo slov „*intestatus est [...] etiam cuius ex testamento hereditas adita non est*“ vyplýva, že ponúknutie dedičstva intestátnym dedičom nemuselo byť prvou

²⁹ Skutočným okamihom nastúpenia delácie pritom rozumieme časový okamih, od ktorého mohol *heres voluntarius* reálne dedičstvo prijať. O reálnej možnosti prijať dedičstvo prirodzene nemožno hovoriť počas zavisnutia podmienky pripojenej k dedičskej inštitúcii a rovnako ani v období, kým existovala možnosť, že sa dedičom stane skôr povolaný, keďže v tomto medzioddobí sa ešte nevedelo, či sa v prospech neskôr povolaného vôbec bude môcť uplatniť delácia.

³⁰ Pomponius 3 ad Sab. D. 50,17,7: *Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est „testatus“ et „intestatus“*; Inst. 2,14,5: [...] *neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur*. [...]

³¹ Možno súhlasiť s A. KOEPPENOM (Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. Würzburg (1895), s. 87), že daná kondícia bola *condicio iuris*.

³² Inst. 3,1: *Intestatus decedit qui aut omnino testamentum non fecit, aut non iure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit*; Ulpianus 12 ad Sab. D. 38,16,1 pr.: *Intestati proprie appellantur, qui, cum possent testamentum facere, testati non sunt. sed et is, qui testamentum fecit, si eius hereditas adita non est vel ruptum vel irritum est testamentum, intestatus non improprie dicitur decessisse*. [...]

³³ Paulus 67 ad ed. D. 50,16,64.

deláciou, ktorá sa po smrti poručiťa uplatnila. Pokiaľ by poručiťel zanechal platný testament, dedičstvo by sa ponúкло najskôr dedičom v ňom ustanoveným a delácia v prospech intestátnych dedičov mohla nastať najskôr v momente, keď bolo isté, že na základe daného testamentu nikto dedičom nebude („*cum certum esse coeperit neminem ex eo testamento fore heredem*“³⁴ = „*cum intestatum decessisse certum est*“).³⁵ Kým totiž trvala, alebo mohla ešte nastať delácia *ex testamento*, delácia *ab intestato* bola vylúčená.³⁶ Išlo teda o rovnaký prístup, aký sa uplatňoval i vo vzťahu k náhradným testamentárnym dedičom. Dokiaľ pretrvávala delácia v prospech inštitúta, dedič ustanovený v ďalšom stupni nemohol dedičstvo s právnymi následkami ani prijať, ani odmietnuť.

Zákon XII tabúl v prvej triede povolával k dedeniu *suos heredes* poručiťa.³⁷ V tejto triede mohli dediť nielen synovia a dcéry zomretého, lež i vzdialenejší descendentí (vnuk/vnučka, pravnuk/pravnučka), avšak iba za predpokladu, že boli bezprostredne podriadení poručiťelovej moci v dôsledku toho, že osoba, ktorá ich príbuzenský vzťah s poručiťelom sprostredkovala, už nebola „*in potestate parentis sive morte id acciderit sive alia ratione, veluti emancipatione*“³⁸. K tomu Gaius dodáva: „*si per id tempus, quo quis moriatur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest*“.³⁸ Teda, ak v tom čase, keď niekto zomrel, bol v jeho moci syn, z neho zrodený vnuk nemôže byť *suus heres*, keďže nie je splnený predpoklad bezprostrednej podriadenosti. Na základe uvedených Gaiových slov by sme sa mohli domnievať, že na určenie okruhu dedičov v prvej triede, bol (za každých

³⁴ Gai. Inst. 3,13.

³⁵ Ulpianus 13 ad Sab D. 38,16,2,6. Obdobne aj Paulus 1 ad Sab. D. 28,2,9,2: [...] *haec verba „si intestato moritur“ ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur.*

³⁶ Ulpianus 46 ad ed. D. 29,2,39: *Quam diu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.*; Paulus 10 quaest. D. 50,17,89: *Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur.*

³⁷ Lex duodecim tabularum V,4: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto.* Gai. Inst. 3,1: *Intestatorum hereditates ex lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent.* Ulp. lib. sing. 26,1: *Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos, qui in potestate sunt, ceterosque, qui in liberorum loco sunt.*

³⁸ Gai. Inst. 3,2: *Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerunt, veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote filio nato prognatus prognatave. nec interest, utrum naturales sint liberi an adoptivi. ita demum tamen nepos neptisve et pronepos proneptisve suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit sive alia ratione, veluti emancipatione; nam si per id tempus, quo quis moriatur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegemus.*

okolností?) rozhodujúci okamih poručiteľovej smrti. Ak poručiteľ nezanechal testament, delácia v prospech *suorum heredum* ako dedičov prvej triedy nastávala okamihom jeho smrti. K dedeniu boli teda povolaní tí, ktorí boli v čase smrti (= v čase delácie) bezprostredne podriadení poručiteľovej moci. Predstavme si však situáciu, že poručiteľ vydediac *filium* zanechal testament, na základe ktorého sa pozostalosť ponúkla dedičovi v ňom ustanovenom, avšak ten dedičstvo odmietol. Medzi smrťou poručiteľa a odmietnutím dedičstva ustanoveným dedičom musel existovať určitý časový odstup. Ulpianus uvádza nasledujúci prípad:

Ulpianus 12 ad Sab. D. 38,16,1,8

Sciendum est autem nepotes et deinceps interdum, etiamsi parentes eos mortis tempore praecesserunt, tamen posse suos heredes existere, quamvis successio in suis heredibus non sit. quod ita procedit. si pater familias testamento facto decesserit exheredato filio, mox deliberante herede instituto filius decessit, postea deinde repudiavit heres institutus: nepos poterit suus heres esse, ut et Marcellus libro decimo scripsit, quoniam nec delata est filio hereditas. idem erit dicendum et si filius ex asse sub condicione, quae fuit in arbitrio ipsius, vel nepos sub omni institutus non impleta condicione decesserint: nam dicendum erit suos posse succedere, si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis vel saltem concepti fuerint: idque et Iuliano et Marcello placet.

Pater familias zriadil testament, v ktorom *filium* vydedil, pričom zatiaľ čo ustanovený dedič zvažoval, či dedičstvo prijme, *filius* zomrel. V čase poručiteľovej smrti teda *filius* žil, lež zomrel počas účinnosti delácie *ex testamento*. Po jeho smrti inštitút dedičstvo odmietol, v dôsledku čoho sa zmarila delácia z testamentu a pozostalosť sa ponúkla dedičom intestátnym. Vnuk, s čím súhlasil aj Marcellus, mohol byť ako *suus heres* dedičom poručiteľa, lebo synovi sa pozostalosť (pred jeho smrťou) neponúkla („*quoniam nec delata est filio hereditas*“). Tento Ulpianov argument pravdepodobne nadväzuje na jeho slová v úvode fragmentu, v zmysle ktorých, vnuci a niekedy i vzdialenejší *descendenti*, mohli ako *sui heredes* dediť, hoci v čase smrti poručiteľa žili ich rodičia, ktorí im predchádzali (boli vo vzťahu k poručiteľovi v bližšom stupni). A uvedené podľa Ulpiana platí, „*quamvis successio in suis heredibus non sit*“ – hoci sa v prípade *suorum heredum* neuplatňuje sukcesia.

Slovami „*successio in suis heredibus non sit*“ mal Ulpianus na mysli s najväčšou pravdepodobnosťou takzvanú sukcesívnu deláciu, o ktorej sme sa už zmienili. To potvrdzujú aj neskoršie Ulpianove slová, že vnuk môže byť *suus heres*, pretože „*nec delata est filio hereditas*“, synovi sa dedičstvo

neponúklo (keďže pred deláciou *ab intestato* zomrel). Nepripustnosť sukcesívnej delácie pri dedení *suorum heredum* prirodzene vyplývala z ich postavenia ako nevyhnutných dedičov. Pozostalosť nadobúdali ihneď, len čo delácia nastala a podľa civilného práva sa tomuto následku nemohli vyhnúť. Bolo preto vylúčené, aby sa *ab intestato* povolaný *suus heres* nestal dedičom poručiťľa.

Ulpianove slová „*nec delata est filio hereditas*“ zároveň svedčia o tom, že delácia v prospech syna nemohla nastať v okamihu smrti poručiťľa, a čo je dôležitejšie, ani sa jej vznik v tomto okamihu nefingoval. V opačnom prípade by sa totiž mohol stať dedičom *filius* (ktorý ako nevyhnutný dedič nemusel vykonať adíciu) a *nepos* by bol z dedenia vylúčený.³⁹ Rozhodujúci bol nie okamih poručiťľovej smrti, lež okamih, v ktorom bolo isté, že na základe testamentu sa nikto dedičom nestane. Uvedené je zreteľne vyjadrené aj v justiniánskych Inštitúciách: „*cum autem quaeritur, an quis suus heres existere potest: eo tempore quaerendum est quo certum est aliquem sine testamento decessisse*“; vnuk sa stane vlastným dedičom (*heres suus*) poručiťľa, „*quia quo tempore certum est intestatum decessisse patrem familias, solus invenitur nepos*“.⁴⁰

Obdobne Ulpianus i v ďalšom texte:

Ulpianus 13 ad Sab. D. 38,16,2,6

Proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit, cum moreretur pater familias, sed eum, qui tunc fuit, cum intestatum decessisse certum est. secundum quae et si suus erat qui praecedebat [...], si nemo eorum, cum repudiatur hereditas, vivit, proximum eum accipimus, qui tunc, cum repudiatur hereditas, primus est.

Podľa Ulpiana sa neskúma, kto bol najbližší v čase, keď poručiťľ zomrel, lež hľadá sa na to, kto bol *proximus* v okamihu, keď bolo zrejmé, že poručiťľ zomrel bez testamentu. A to je moment, keď dedič ustanovený v testamente odmietol dedičstvo („*cum repudiatur hereditas*“). Vtedy sa pozostalosť môže ponúknuť instatným dedičom.

Obdobná situácia nastala i v druhom, Ulpianom sprostredkovanom (D. 38,16,1,8), prípade: *filius* bol v testamente ustanovený ako jediný dedič pod podmienkou, ktorej splnenie bolo závislé od jeho vôle („*sub condicione, quae fuit in arbitrio ipsius*“). Pred splnením podmienky zomrel. Predumrel teda okamih uplatnenia delácie z testamentu, pretože táto bola viazaná na splnenie kondície, a rovnako aj deláciu *ab intestato*, ktorá mohla nastať najskôr v okamihu odpadnutia podmienky pripojenej k inštitúcii (*condicio*

³⁹ Majetok poručiťľa by vnuk dostal iba ako súčasť dedičstva po svojom otcovi.

⁴⁰ Inst. 3,1,7.

deficit). Opäť sa intestátnym dedičom poručiťa stane vnuk, napriek tomu, že ak by sa delácia *ab intestato* uplatnila ihneď v okamihu smrti poručiťa, dediť by nemohol, pretože dedičom by sa stal jeho otec. Zreteľne z daného textu vyplýva, že rímski právnici sa žiadnym spôsobom nesnažili eliminovať dôsledky oneskorenej delácie. Pokiaľ by to totiž tak bolo, mohli by fingovať, že v dôsledku smrti inštitúta ešte pred nastúpením delácie *ex testamento* (prípadne následkom zmarenej kondície), testament akoby od počiatku neexistoval a delácia *ab intestato* sa uplatnila ihneď v okamihu smrti poručiťa. Pri takej teoretickej konštrukcii by bol za dediča považovaný syn. Prípadne, ak by aj rešpektovali neskoršie nastúpenie intestátnej delácie, dedičskú spôsobilosť by mohli skúmať k momentu poručiťovej smrti, čo by viedlo k tomu istému výsledku. Dedičom poručiťa by bol syn a jeho dedičský podiel by bol súčasťou dedičstva po ňom. Takýto prístup však tiež vylučovali.

Opäť sa tu odzrkadľuje dôslednosť rímskeho práva. Ak sa raz časový odstup delácie zohľadňuje, pričom sa súčasne vyžaduje, aby podmienične povolaný žil v čase, keď mu má *skutočne* vzniknúť právo stať sa dedičom, musí to platiť vo všetkých prípadoch. Tak ako v prospech dediča ustanoveného pod podmienkou, tak ako pre substitúta, rovnako aj v prospech intestátnych dedičov bolo nastúpenie delácie závislé od splnenia podmienky, ktorá v poslednom prípade znela „*si intestato moritur*“. Aj tu teda musel byť rozhodujúcim okamihom moment, keď sa *skutočne* uplatnila delácia (= keď sa splnila podmienka) a dedičom mohol byť len ten, kto v danom okamihu spĺňal predpoklady potrebné na to, aby sa stal dedičom⁴¹, a to bez ohľadu

⁴¹ Odlišne ROUČEK, F./SEDLÁČEK, J.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl třetí. Praha (1936), s. 48-49, vo vzťahu k ABGB. Rouček v citovanom komentári prezentuje názor, ktorý na jednej strane pripúšťa, že ak bol niekto povolaný pod odkladacou podmienkou, nastáva delácia až okamihom splnenia podmienky, avšak na strane druhej uvádza, že pri všeobecnej substitúcii nastupuje povolanie už okamihom, keď dedičstvo napadlo hlavnému dedičovi. Rouček v rámci výkladu § 545 ABGB, na s. 49 ďalej uvádza: „*Někteří mají za to, že v případě t. zv. sukcesivní delace nastává také nápad ve zvláštním okamžiku (nikoli v okamžiku zůstavitelovy smrti), totiž jestliže na místě dříve povolaných zákonných dědiců později budou jiní povoláni, nebo dojde-li k zákonné posloupnosti následkem pozdějšího odpadnutí platného testamentu teprve později. S tím nelze souhlasiti, [...]*“. K tomu ako dôvod uvádza okrem iného i § 545 ABGB, ktorý v českom preklade znie: „*Dědická způsobilost může se určití jen podle doby skutečného nápadu dědictví. Touto dobou je zpravidla smrt zůstavitelova (§ 703)*.“ § 545 ABGB podľa Roučka obsahuje odkaz iba na § 703 ABGB, znejúci: „*Aby nabyla dědictví odkázaného s odkladací výminkou, jest třeba, aby obmyslená osoba přežila splnění výminky a byla způsobilá dědití, když se splní*.“ § 703 ABGB teda Rouček zrejme chápe ako jedinú výnimku z § 545 ABGB, podľa ktorého časom delácie je spravidla smrť poručiťa.

na skutočnosť, či sa *hereditas* mala ponúknuť tomu, kto sa stával dedičom adíciou, alebo tomu, kto dedil nevyhnutne okamihom delácie.

Na záver fragmentu (D. 38,16,1,8) Ulpianus uvádza ešte mienku, ktorú zdieľali aj Marcellus aj Julianus: *sui*, žijúci v čase delácie môžu dediť za predpokladu, že boli v čase poručiteľovej smrti nažive aspoň ako nascituri („*si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis vel saltem concepti fuerint*“). Julianov súhlasný názor sa zachoval v *Digestách*:

Iulianus 59 dig. D. 38,16,6

Titius exheredato filio extraneum heredem sub condicione instituit: quaesitum est, si post mortem patris pendente condicione filius uxorem duxisset et filium procreasset et decessisset, deinde condicio instituti heredis defecisset, an ad hunc postumum nepotem legitima hereditas avi pertineret. respondit: qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit...

Celsus 28 dig. D. 38,16,7

Vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.

Titius, vydediac syna, ustanovil v testamente pod podmienkou *extraneum*. V čase zavisnutia podmienky sa jeho syn oženil a splodil syna. Ešte pred zmarením podmienky zomrel. Okamihom zmarenia kondície sa dedičstvo ponúklo intestátnym dedičom. Bola položená otázka, či sa pozostalosť *ab intestato* ponúkne vnukovi, ktorého syn splodil po smrti poručiteľa – počas zavisnutia podmienky pripojenej k testamentárnej inštitúcii. Julianus odpovedal, že kto bol splodený po smrti poručiteľa, nemôže obdržať ani *legitimam hereditatem* ako *suus heres*, ani *bonorum possessionem* ako *cognatus*, pretože Zákon XII tabúl povoláva k pozostalosti tých, ktorí boli v čase smrti poručiteľa nažive, alebo, dodáva Celsus, boli počas jeho života aspoň počatí, keďže kto bol počatý, je určitým spôsobom považovaný za žijúceho.

Z vyššie uvedeného je zrejmé, že ten, kto sa mal stať dedičom poručiteľa ako *suus heres*, musel byť nažive aspoň ako *nasciturus* v čase smrti poručiteľa a zároveň i v okamihu delácie pozostalosti *ab intestato*. Išlo o dve podmienky, ktoré museli byť splnené súčasne. Pokiaľ teda nastala delácia *ab intestato*, stali sa dedičmi poručiteľa tí *sui heredes*, ktorí žili v čase jeho smrti a zároveň boli v okamihu delácie zomretému bezprostredne podriadení.

Podľa P. Vociho delácia *ab intestato* predpokladala rodinný vzťah medzi poručiteľom a dedičom. Tento vzťah mohol vzniknúť iba medzi osobami existujúcimi, prinajmenšom medzi jednou osobou už žijúcou a druhou počatou. Z toho dôvodu musel byť dedič živý alebo počatý už v čase smrti poručiteľa.⁴²

Podľa nášho názoru to však nebola iba potreba jestvujúceho rodinného vzťahu medzi poručiteľom a intestátnym dedičom, lež i snaha zachovať plynulé pokračovanie poručiteľových práv a povinností. Dedičom, ktorý vstupoval do právneho postavenia zomretého, predsa nemohol byť niekto, kto v čase, keď zanikla právna subjektivita pôvodného nositeľa práv a povinností, ani neexistoval (aspoň ako *nasciturus*). Kým oneskorený vznik možnosti stať sa dedičom (v určitom štádiu vývoja rímskeho práva) teoretické problémy nespôsobil, neexistencia sukcesora v okamihu smrti poručiteľa áno.

Význam, aký malo zohľadňovanie časového odstupu delácie od okamihu smrti, sa prirodzene prejavoval aj pri dedení podľa druhej triedy Zákona XII tabúl. V tejto triede pre prípad, že „*suus heres nec escit*“, povolával Zákona XII tabúl k dedeniu najbližšieho agnáta – „*adgnatus proximus familiam habeto*“.⁴³ Aj v tomto prípade sa *proximitas* agnáta skúmala ku *skutočnému* momentu delácie dedičstva *ab intestato*, teda k momentu, od ktorého bolo isté, že na základe testamentu sa dedičom nikto nestane.⁴⁴ Opäť teda mohla

⁴² VOCI, P.: Diritto ereditario romano. Vol. primo. Introduzione parte generale. Milano (1967), s. 411. Vociho slová potvrdzuje aj Inst. 3,1,8: [...] *plane si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo desertoque postea avi testamento, suus heres avo non existit, quia nullo iure cognationis patrem sui patris tetigit*. [...]. K tomu podobne aj Iulianus 59 dig. D. 38,16,8 pr.: *Item praetor edicto suo proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerint. nam quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, sed per abusionem vel potius αναφορικως accidit*.

⁴³ Lex duodecim tabularum V,4: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*. Gai. Inst. 3,9: *Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum ad agnatos*. Gai. Inst. 3,10: *Vocantur autem adgnati, qui legitima cognatione iuncti sunt. legitima autem cognatio est ea, quae per virilis sexus personas coniungitur. itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur, nec requiritur, an etiam matrem eandem habuerint. item patruus fratris filio et invicem is illi agnatus est. eodem numero sunt fratres patruelus inter se, id est qui ex duobus fratribus progenerati sunt, quos plerique etiam consobrinos vocant; qua ratione scilicet etiam ad plures gradus agnationis peruenire poterimus*.

⁴⁴ Gai. Inst. 3,11: *Non tamen omnibus simul agnatis dat Lex XII tabularum hereditatem, sed his, qui tum, cum certum est aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt*. Gai. Inst. 3,13: *Ideo autem non mortis tempore quis proximus fuerit, requirimus, sed eo tempore, quo certum fuerit aliquem intestatum decessisse, quia si quis testamento facto decesserit, melius esse visum est tunc demum requiri proximum, cum certum esse coeperit neminem ex eo testamento fore heredem*.

nastať situácia, že ten, ktorý by bol dedičom v čase smrti poručiťa, nemusel ním byť, pokiaľ sa delácia intestátnej pozostalosti uplatnila neskôr.⁴⁵

4. Neprípustnosť sukcesívnej delácie pri intestátnom dedení a *in iure cessio hereditatis*

Vo svojej učebnici, v časti, v ktorej Gaius pojednáva o intestátnom dedení agnátov, píše:

Gai. Inst. 3,12

Nec in eo iure successio est. ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit vel, antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege competit.

A obdobne aj v časti, v ktorej vymenúva *iniquitates* dedičského práva podľa Zákona XII tabúl:

Gai. Inst. 3,22

Item proximo agnato non adeunte hereditatem nihilo magis sequens iure legitimo admittitur.

⁴⁵ Ulpianus 13 ad Sab. D. 38,16,2,5: *Interdum ulteriorem adgnatum admittimus: ut puta fecit quis testamentum, cum haberet patruum et patrum filium, deliberante herede scripto patruus decessit, mox heres institutus repudiavit hereditatem: patrum filius admittitur: ergo et bonorum possessionem petere potest.* V Ulpianovom prípade poručiť, ktorý mal strýka a bratranca (strýkovho syna), zriadil testament. Zatiaľ čo ustanovený dedič zvažoval, či dedičstvo prijme, strýko zomrel. Po jeho smrti inštitúť pozostalosť odmietol. Napriek tomu, že v čase smrti poručiťa žil jeho strýko, ktorý by svojho syna z dedenia vylúčil, keďže bol v stupni k poručiťovi bližšom, nedožil sa splnenia podmienky, na ktorú bola delácia *ab intestato* viazaná a z toho dôvodu sa dedičom poručiťa bude môcť stať jeho bratranec (strýkov syn). Relevantnosť existencie do úvahy prichádzajúceho dediča aj v okamihu delácie, je zrejmä aj z ďalšieho Ulpianovho textu: Ulpianus 46 ad ed. D. 38,16,5: *Si quis, cum haberet fratrem et patruum, decesserit testamento facto, deinde pendente condicione heredum scriptorum frater intestato decesserit, mox condicio defecerit: patruum posse utriusque adire legitimam hereditatem constat.* Poručiť, ktorý mal brata a strýka, zanechal testament. Brat poručiťa zomrel počas zavisnutia podmienky pripojenej k testamentárnemu ustanoveniu dedičov. Po jeho smrti sa podmienka zmarila. Ulpianus uvádza, že strýko môže prijať intestátnu pozostalosť po obidvoch bratoch. Kým v prípade nášho poručiťa bude povolaný iba v dôsledku toho, že poručiťov brat pred intestátnou deláciou zomrel, u neskôr zomretého brata bol i v okamihu jeho smrti jediným do úvahy prichádzajúcim dedičom.

Gaius uvádza, že pri povolávaní agnátov sa neuplatňuje sukcesívna delácia („*nec in eo iure successio est*“). Ak by *agnatus proximus* dedičstvo neprijal, alebo by pred adíciou zomrel, ďalším agnátom podľa zákona právny nárok nepatrí. Zhodne aj v ďalšom fragmente, ak dedičstvo neprijme najbližší agnát, podľa legitímneho práva sa už nepripúšťa agnát ďalší. Z obidvoch textov je zrejmé, že delácia v prospech najbližšieho agnáta už nastala, keďže Gaius hovorí o neprijatí pozostalosti, prípadne o smrti pred adíciou, pričom vieme, že adícia a rovnako i odmietnutie pozostalosti museli byť reakciou na už vzniknutú právnu možnosť stať sa dedičom. V triede „*agnatus proximus*“ sa teda neuplatňovala *successio graduum*. Po tom, ako sa dedičstvo ponúкло agnátovi (v čase delácie) najbližšiemu, ak tento ponuku neprijal, nová delácia v prospech o stupeň vzdialenejšieho agnáta, už bola vylúčená.⁴⁶ Otázkou zostáva, či v takom prípade prichádzala do úvahy aspoň *successio ordinum*, to znamená, či sa po nastavšej a zmarenej delácii v druhej triede, mohla uplatniť delácia v prospech príslušníkov rodu.⁴⁷ Uviest' možno nasledujúci prameň:

Ulp. lib. sing. 26,5

Si plures eodem gradu sunt agnati, et quidam eorum hereditatem ad se pertinere noluerint, vel antequam adierint, decesserint, eorum pars ad crescit his, qui adierint; quod si nemo eorum adierit ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur; quoniam in legitimis hereditatibus successio non est.

Nepripustnosť sukcesívnej delácie je v citovanom fragmente generalizovaná vo vzťahu k celému intestátnemu dedeniu – „*in legitimis hereditatibus successio non est*“.⁴⁸ Ono všeobecné vyjadrenie je vedľajšou vetou dôvodovou

⁴⁶ Voci, P.: *Diritto ereditario romano*. Vol. secondo. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria. Milano (1963), s. 7-8: „è la sola sua presenza al momento della delazione che determina il fissarsi definitivo del diritto in capo a lui“.

⁴⁷ *Lex duodecim tabularum* V,5: *Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento*. Ulp. lib. sing. 26,1a: *Si agnatus defuncti non sit, eadem Lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem vocat his verbis: si agnatus nec escit, gentiles familiam habento. nunc nec gentilicia iura in usu sunt*.

⁴⁸ Voci, P.: *Diritto ereditario romano*. Vol. secondo. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria. Milano (1963), s. 8-9: „La hereditas legitima non conosce il principio della successione nella delazione.“ Zachované pramene podľa neho výslovne podávajú svedectvo, že tak ako bola sukcesívna delácia vylúčená, ak po poručiteľovi zostali *sui heredes*, tak i delácia v prospech najbližšieho agnáta, vylučovala agnáta vzdialenejšieho. K tomu dopĺňa, že tieto dve normy boli pravdepodobne doplnené ešte treťou: „la presenza

nadväzujúcou na autorove slová, v zmysle ktorých, ak nikto z povolaných agnátov dedičstvo neprijme, *hereditas* sa na ďalší stupeň („*ad insequentem gradum*“) neprenáša. Explicitne tak udáva dôvod, pre ktorý sa v druhej triede neuplatňuje *successio graduum*. Tento dôvod však prezentuje neprípustnosť sukcesívnej delácie všeobecne v rámci celého intestátneho dedenia.

S obdobným všeobecným vyjadrením sa možno stretnúť i v Paulových Sentenciách:

Paul. Sent. 4,8,21

In hereditate legitima successioni locus non est. Et ideo fratre decedente, antequam adeat aut repudiet hereditatem, fratris filius admitti non potest, quia omissa successio proximiori defertur.

I na tomto mieste je však neprípustnosť sukcesívnej delácie uvedená v kontexte *successionis graduum*. V tejto súvislosti musíme zobrať do úvahy tú skutočnosť, že už v Gaiovej učebnici sa stretávame s poznámkou, v zmysle ktorej „*totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse*“.⁴⁹ Je preto možná aj taká alternatíva, že autori obidvoch neskorších zbierok všeobecne uvádzajú „*in legitimis hereditatibus successio non est*“, keďže dedenie podľa tretej triedy sa už neuplatňovalo. Zároveň podľa civilného práva nebola možná ani *successio ordinum* medzi prvou a druhou triedou, pretože pokiaľ by porúčiteľ zanechal *suum heredem*, tento by sa, keďže bol *heres necessarius*, v okamihu delácie stal jeho dedičom. Domnievame sa preto, že na základe dvoch vyššie citovaných prameňov nemožno urobiť jednoznačný záver o všeobecnej neprípustnosti *successionis ordinum* pri intestátnom dedení podľa Zákona XII tabúl.⁵⁰

di un agnato, come vale a escludere l'agnato meno prossimo, così esclude la successione dei gentiles.“ K tomu obdobne aj AVENARIUS, M.: Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, Neuedition und deutsche Übersetzung. Göttingen (2005), s. 494: „*Nur der z.Zt. des Erbfalls nächste Agnat kann Erbe werden; erwirbt er die Erbschaft nicht, etwa infolge alsbaldigen Todes oder Ausschlagung, so wird der Nachlass erblos. [...] Dass es keine Sukzession unter den Agnaten gab, weder nach Graden, noch nach Ordnungen, geht möglicherweise auf ein buchstabengetreues Verständnis der Zwölf Tafeln zurück, die in Tab. 5,4 nur den Singular agnatus proximus nennen.*“ Podobne i ARNDTS, C. L.: Učebná kniha Pandekt. III. díl. Praha (2010), s. 131¹: „*Tak zv. successio ordinum et graduum neplatila při staré civilní posloupnosti dědické; bylot' pravidlem: in legitimis hereditatibus successio non est.*“

⁴⁹ Gai. Inst. 3,17. Výslovne aj v Ulp. lib. sing. 26,1a: <[...] *Nunc nec gentilicia iura in usu sunt.*

⁵⁰ Rovnako to platí i o Ulpianus 13 ad Sab. D. 38,16,2,4: *Legitima hereditas tantum proximo defertur.* [...], keďže uvedené Ulpianus uvádza taktiež v kontexte dedenia agnátov.

Pokiaľ ide o nemožnosť *successionis graduum* v druhej triede, táto zrejme spočívala v striktnnej interpretácii slova *proximus* v ustanovení Zákona XII tabúl (5, 5): *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*.⁵¹ Zákon k dedeniu výslovne povolával iba najbližšieho agnáta, a to pre prípad, že poručiteľ zomrie *intestatus* a súčasne nebude mať *suum heredem*.⁵² Sloveso „*escit*“ v slovnom spojení „*si [...] suus heres nec escit*“ môže mať jedine ten význam, že žiaden *suius heres* v čase delácie *ab intestato* nebude existovať. Možnosť, v zmysle ktorej by bol najbližší agnát povolaný aj pre prípad, že by sa delácia v prospech niektorého zo *suorum heredum* uplatnila, avšak tento by sa dedičom z nejakého dôvodu nestal, neprichádzala do úvahy, keďže, ako už bolo uvedené, *sui heredes* sa dedičmi stávali *ipso iure* okamihom delácie.

Nadväzujúce ustanovenie Zákona XII tabúl (5, 6), povolávalo k dedeniu príslušníkov rodu za predpokladu, že „*adgnatus nec escit*“. Rovnaké sloveso „*escit*“, ktoré bolo použité i v súvislosti s vlastnými dedičmi, by mohlo nabádať i na rovnaký výklad, to znamená, že príslušníci rodu sú povolaní iba za predpokladu, že žiadny agnát v čase, keď by mala nastúpiť delácia *ab intestato*, nebude existovať.⁵³ V tejto súvislosti Oliviero podotýka, že absolútna absencia agnátov v praxi nebola častá a je ťažké si predstaviť,

⁵¹ V tejto súvislosti je zaujímavým názor R. Yarona (YARON, R.: Two Notes on Intestate Succession. In: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 25 (1957), Issue 3, s. 386 a nasl.), podľa ktorého nikto nikdy netvrdil, že Zákon XII tabúl výslovne odmieta *successionem graduum*. Daná norma bola normou interpretácie, to ale neznamená, že táto interpretácia bola pôvodná. Je podľa neho neskoršieho dátumu a jej vznik spája s prétorským právom. Jedným zo základných cieľov prétora bolo prelomiť agnátsky princíp a určitým spôsobom dať príchod i princípu kognátskemu. Snažil sa obmedziť nároky agnátov. Uvedené dosiahol zužujúcou interpretáciou formulácie Zákona XII tabúl. „*It was only the proximus adgnatus who was entitled, and if he refused or died before accepting, the cognates could come in and claim bonorum possessio*.“ Ďalej uvádza, že povolenie *successionis graduum* v triede *unde cognati* nebolo inováciou prétora. On na túto triedu iba preniesol to, čo sa už v praxi uplatňovalo pri agnátoch pred tým, než sa začal klásť na slovo *proximus* obmedzujúci dôraz.

⁵² K tomu WATSON, A.: The Law of Succession in the Later Roman Republic. Oxford (1971), s. 178⁵, hoci podotýkajúc, že „*the matter is disputed*“, uvádza: „*This very narrow interpretation of XII Tables 5. 4, 5, which does not seem inevitable, probably indicates that originally only the sui heredes and the gens succeeded on intestacy; that succession by agnates was an innovation, a restriction on the right of the gens, and so was restrictively interpreted*.“

⁵³ Samotná terminologická zhoda v slovese „*escit*“ však zaiste nemôže byť vo vzťahu k otázke neprípustnosti sukcesívnej delácie medzi druhou a treťou triedou jednoznačne preukazným argumentom. Musíme súhlasiť s OLIVIERO, G. M.: A proposito di successio ordinum nell'eredità intestata delle Dodici tavole. In: SDHI 68 (2002), s. 628, ktorá uvádza: „*A mio avviso, non si può ragionevolmente escludere che l'espressione „si adgnatus nec escit“ comprenda anche questa ipotesi, che è invece sicuramente da respingere per il suus heres*“.

že by sa zákon obmedzoval na reguláciu extrémne výnimočného prípadu. Domnieva sa, že slová „*si adgnatus nec escit*“ musia byť interpretované extenzívne, t.j. „*se l'adgnatus manca*“, čo bola hypotéza zriedkavo sa vyskytujúca, ale určite nie nemožná, „*o rifiuta l'eredità*“, ktorý prípad sa vyskytoval oveľa častejšie.⁵⁴

Pokiaľ by sme vychádzali iba zo znenia dotknutého ustanovenia Zákona XII tabúl („*si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*“), nemožno takýto výklad jednoznačne odmietnuť. Zdá sa nám však byť nevierohodné, aby navzdory nemožnosti uplatniť novú deláciu v prospech vzdialenejšieho agnáta, prichádzalo do úvahy následné ponúknutie dedičstva príslušníkom rodu. Že by sa na jednej strane odmietala *successio graduum* a na druhej strane umožňovala následná, nová delácia v prospech príslušníkov rodu?

Potenciálne by mohla do úvahy prichádzať i alternatíva, v zmysle ktorej prisudzovala interpretácia ustanoveniam Zákona XII tabúl taký úmysel zákonodarcu, v zmysle ktorého mal byť k dedeniu povolaný iba ten agnát (tí agnāti), ktorý bol v rozhodujúcom okamihu najbližší poručiteľovi. Vzdialenejší agnāti nemali byť voči ostatným príslušníkom rodu (medzi ktorých tiež patrili a spolu s ktorými eventuálne dedili v tretej triede) uprednostnení. A preto Zákon XII tabúl na príslušnom mieste obsahoval slová *proximus adgnatus* (iba najbližší agnát). Nová delácia v prospech tretej triedy vylúčená nebola, keďže zákon k dedeniu výslovne povolával príslušníkov rodu (v tretej triede), zatiaľ čo vzdialenejších agnátov (v druhej triede) už nie.⁵⁵ Avšak z akého dôvodu by Zákon XII tabúl voči príslušníkom rodu uprednostňoval práve najbližšieho agnáta s tým, že ak nebude dediť on, majú nastúpiť všetci *gentiles*? Ved' tým najbližším z agnátov mohol byť ktorýkoľvek z nich⁵⁶ bez ohľadu na jeho vzdialenosť voči poručiteľovi. Rozhodujúcim kritériom bolo iba to, že v relevantnom okamihu bol práve on tým najbližším. Nezdá sa nám byť pravdepodobné, že ak by pri eventúálnom odmietnutí dedičstva najbližším agnátom, existovali

⁵⁴ OLIVIERO, G. M.: A proposito di successio ordinum nell'eredità intestata delle Dodici tavole. In: SDHI 68 (2002), s. 629-630.

⁵⁵ K tomu pozri aj KARLOWA, O.: Römische Rechtsgeschichte in zwei Bänden. 2. Band. Leipzig (1901), s. 882-883. V podobnom zmysle zrejme i WATSON, A.: The Law of Succession in the Later Roman Republic. Oxford (1971), s. 181: „[...] in the first quarter of the first century B. C. at least, succession by the gens not only existed but flourished. [...] The explanation of its frequency lies in the narrow meaning attributed to agnatus proximus. If the succession had been opened to successive agnates it is unlikely that it would often have happened that the succession would devolve on the gens“.

⁵⁶ T.j. ktorýkoľvek najbližší z tých, ktorých stupeň príbuznosti voči poručiteľovi bolo možné dokázať. Naopak u príslušníkov rodu dôkaz agnátskeho príbuzenstva nebol nevyhnutný.

agnáti o stupeň vzdialenejší, a súčasne by prichádzala do úvahy možnosť sukcesívnej delácie, uprednostnila by interpretácia Zákona XII tabúl radšej príslušníkov rodu, striktno odmietajúc *successionem graduum*.

Domnievame sa, že podľa Zákona XII tabúl mali v druhej triede dediť agnáti. Úmyslom zákonodarcu však bolo „nedrobit“ pozostalosť medzi všetkých (ako tomu pravdepodobne bolo v triede tretej), ale iba medzi tých, ktorí budú v rozhodujúcom okamihu (pôvodne v momente smrti) poručiťovi najbližšími. Za tohto stavu, keďže civilné právo pôvodne nedokázalo rešpektovať oneskorenú deláciu, ak sa dedičom nestal agnát najbližší, nemohla sa pozostalosť ponúknuť ani ďalšiemu stupňu druhej triedy, ani príslušníkom triedy tretej.

Zároveň by sme sa mohli pýtať, aký účel by plnila, za eventuálnej prípustnosti *successionis ordinum*, existencia inštitútu *in iure cessionis hereditatis ante aditionem*? Možno predpokladať, že by právny poriadok, ktorý ustanovoval a dovoľoval, aby v prípade, ak dedič povolaný v druhej triede odmietne dedičstvo, bolo toto ponúknuté dedičom tretej triedy, zároveň dovoľoval delátovi, aby svojím úkonom deláciu v prospech tretej triedy vylúčil? To sa nám nezdá byť pravdepodobné. Argumentom by mohlo byť, že *proximus agnatus* musel pozostalosť *ante aditionem* cedovať iba o stupeň vzdialenejšiemu agnátovi, v dôsledku čoho bola *in iure cessio hereditatis* prostriedkom, ktorý umožňoval pri striktnej interpretácii slova *proximus* v ustanovení Zákona XII tabúl, preklenúť neprípustnosť *successionis graduum*. Takéto obmedzenie však z prameňov nevyplýva. Alebo, že by agnát mohol *in iure cessionem hereditatis* vykonať iba v prípade, ak ani v tretej triede nikto ako dedič neprichádzal do úvahy? Takáto situácia by bola mimoriadne zriedkavá a je málo pravdepodobné, že by právny poriadok na ňu reagoval vytvorením osobitného inštitútu. Napokon by sa dalo argumentovať, že agnát vykonať *in iure cessionem hereditatis* vôbec nemohol. Gaius to však opäť nevyklučuje. Naopak zo skutočnosti, že „*totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse*“, vyplýva, že to bol práve agnát, ktorý mohol pozostalosť pred adíciou cedovať a nepredpokladáme, že by tomu tak nebolo i pôvodne. Gaius uvádza, že pred adíciou mohol vykonať *in iure cessionem hereditatis* ten, „*ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas*“.⁵⁷ Na inom mieste: „*si legitimam hereditatem heres, antequam cernat aut pro herede gerat, alii in iure cedat*“.⁵⁸ Obdobné vymedzenie nachádzame aj v Ulp. lib. sing. 19, 13: *Antequam adeatur, in iure cedi potest legitimo ab herede*. Čo do subjektu bol teda na vykonanie *in iure cessionis*

⁵⁷ Gai. Inst. 2,35.

⁵⁸ Gai. Inst. 3,85.

hereditatis ante aditionem oprávnený ten, komu bola pozostalosť ponúknutá *ab intestato* (a súčasne nebol *heres necessarius*), pričom iné obmedzenie nám zo zachovaných prameňov nie je známe.

Nemyslíme si, že zaradenie *in iure cessionis hereditatis* do právneho poriadku bolo sprevádzané snahou umožniť intestátnemu dedičovi svojvoľne previesť *delatam hereditatem* na niekoho tretieho. Domnievame sa, že tak ako bola pri intestátnom dedení podľa Zákona XII tabúl vylúčená *successio graduum*, tak bola vylúčená aj *successio ordinum*,⁵⁹ pričom takéto odmietanie sukcesívnej delácie mohlo podľa nášho názoru súvisieť s prvotným vývojom rímskeho dedičského práva a so snahou zachovať kontinuitu práv a povinností zomretého.

Je možné, že archaické rímske právo ešte nedokázalo spojiť predstavu právneho nástupcu zomretého, ktorý mal byť sukcesorom „*in universum ius quod defunctus habuit*“⁶⁰ s možnosťou oneskoreného nastúpenia delácie (hoci tento pojem je určite až neskorším teoretickým konštruktom). V čase, keď rímske právo ešte neponímalo testament ako ďalší delačný dôvod a existovala iba intestátna dedičská postupnosť,⁶¹ nastávala delácia pravidelne v okamihu smrti poručiteľa. V tomto momente sa dedičmi obvykle stávali *sui heredes* zomretého. Ak ich poručiteľ nezanechal, pozostalosť sa ponúkla

⁵⁹ K tomu aj LONGCHAMPS DE BÉRIER, F.: *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*. Warszawa (2011), s. 93: „*So gentiles were entitled to succeed when an agnate did not exist, and not when he refused the succession.*“ Obdobne aj BUCKLAND, W. W.: *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*. 3rd ed. revised by Peter Stein. Digitally printed version. Cambridge (2007), s. 369-370: „*Thus there was no successio graduum, and, if we are to follow the text, a refusal by the agnates did not let in the gentiles: it was only if there were none that the gentiles came in: si agnatus nec escit. There was no successio ordinum.*“

⁶⁰ Iulianus 6 dig. D. 50,17,62; Gaius 6 ad ed. provinc. D. 50,16,24; Pomponius 5 ad Sab. D. 29,2,37.

⁶¹ Domnievame sa, že prvé dve formy rímskeho civilného testamentu – *testamentum calatis comitiis* a *testamentum in procinctu* – a rovnako ani tretí *testamentum per aes et libram* vo svojej pôvodnej podobe ešte nezakladali univerzálnu sukcesiu po poručiteľovi, lež boli iba testamentmi odkazovými, ktorými poručiteľ disponoval svojim majetkom pre prípad smrti bez toho, aby sa tým dotkol dedičského postavenia členov svojej agnátskej rodiny. V období uvedených foriem testamentu existovala zatiaľ iba intestátna dedičská postupnosť. Testamentom bolo možné založiť dedičskú postupnosť v zmysle univerzálnej sukcesie až v rozvinutom mancipačnom testamente. K tomu pozri bližšie KLEŇOVÁ, V.: Niekoľko poznámok o pôvode rímskeho civilného testamentu. In: Horák, Z./Skřepek, M. (eds.): *Římské právo a kodifikace. Sborník příspěvků z vědecké konference konané na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze ve dnech 16. – 17. dubna 2010*. Praha (2010), s. 4-27; KLEŇOVÁ, V.: *Substitutio vulgaris a sloboda vôle v práve rímskom. Všeobecné náhradníctvo v prameňoch rímskeho práva s dôrazom na justiniánske Digesta*. Plzeň (2013), s. 16 a nasl.

tomu, kto bol v čase smrti najbližším agnátom. Ak v danom momente žiadny agnát neprichádzal do úvahy, povolávali sa priamo príslušníci rodu. Právo ešte nepoznalo možnosť oneskorenej delácie, aká sa neskôr uplatňovala v prípade testamentárnych substitúcií, ustanovenia dediča pod podmienkou, ani neskoršie nastúpenie delácie *ab intestato* v dôsledku toho, že delát z testamentu sa dedičom poručiteľa nestal. Otázkou zostáva, ako sa toto archaické právo vysporiadalo s postavením dedičov v druhej a v tretej triede, ktorí pozostalosť nadobúdali až adíciou, teda nie ihneď v okamihu delácie. Do úvahy prichádzajú dve alternatívy. Alebo im právo vôbec možnosť adície nepriznávalo, to znamená, že bez ohľadu na svoju vôľu sa stávali dedičmi poručiteľa *ipso iure* ihneď v momente smrti;⁶² alebo adícia nastavšia až nejaký čas po smrti poručiteľa nespôsobovala problémy, teda rozhodujúci bol okamih, kedy delátovi vznikla právna možnosť stať sa dedičom. Alternatíva, v zmysle ktorej by sa aj agnāti, či príslušníci rodu pôvodne stávali dedičmi nevyhnutne, sa nám zdá byť menej pravdepodobná, keďže postavenie *suorum heredum* bolo predsa len odlišné od toho, ktoré zastávali osoby povolané v druhej a v tretej triede. Rozdiel je badateľný už vo forme

⁶² K tomu pozri Voci, P.: *Diritto ereditario romano*. Vol. primo. Introduzione parte generale. Milano (1967), s. 101, podľa ktorého sa agnāti stávali dedičmi *ipso iure*. *In iure cessio hereditatis* bola tým prostriedkom, ktorý im umožnil previesť *hereditatem* na vzdialenejšieho agnāta, alebo na kohokoľvek, kto ju chcel nadobudnúť. Na s. 120-121, píše: „*la in iure cessio hereditatis deve ritenersi posteriore alle XII tavole: essa inserisce un elemento di volontarietà nell'acquisto degli agnati, che le XII tavole statuivano avvenisse ipso iure.*“ Voci sa domnieval, že pôvodne, keď sa agnāti stávali dedičmi *ipso iure*, sa ešte nerozlišovalo medzi deláciou a adíciou. Objektom *in iure cessionis hereditatis* nebolo *ius hereditarium*, ale „*l'eredità concepita fittiziamente come cosa unica: vale a dire, si ebbe la stessa funzione, che si vedrà tra poco utilizzata in materia di usucapio pro herede.*“ Pokiaľ by sme tento jeho názor prijali, nevyhnutne však vyvstáva otázka, prečo bol vôbec inštitút *in iure cessionis hereditatis* potrebný. Ak sa agnāt, rovnako ako *suus heres*, stával dedičom nevyhnutne, nevznikla by predsa potreba zaviesť inštitút, ktorý má zabrániť tomu, aby poručiteľ zomrel bez dediča. A prečo nebol takýto inštitút prístupný aj pre *suos heredes*, ktorí boli rovnako nevyhnutnými dedičmi? Z Gaiových inštitúcií vieme, že *in iure cessio hereditatis* s účinkom „*pleno iure fit ille heres, cui cessa est hereditas, proinde ac si ipse per legem ad hereditatem vocaretur*“ bola pri nevyhnutných dedičoch (ktorými v tom čase pri intestátnom dedení boli iba *sui heredes*), vylúčená. Navyše bolo sporné i to, či má aspoň tie právne následky, ktoré spôsobovala *in iure cessio hereditatis* vykonaná dobrovoľnými dedičmi po prijatí pozostalosti (Gai. Inst. 3,87: *Suus autem et necessarius heres an aliquid agant in iure cedendo, quaeritur: nostri praeceptores nihil eos agere existimant; diversae scholae auctores idem eos agere putant, quod ceteri post aditam hereditatem; nihil enim interest, utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat an iuris necessitate hereditati adstringatur*). Prečo by právny poriadok chcel priznať postavenie dobrovoľných dedičov iba agnátom, zatiaľ čo pri vlastných dedičoch (*sui heredes*) by dôsledne trval na pôvodnom ponímaní?

ich intestátneho povolania. Zákon XII tabúl' v prvej triede *suos heredes* nepovolával priamo – imperatívnou formuláciou ako zostávajúce dve triedy („*adgnatus proximus familiam habeto; gentiles familiam habento*“),⁶³ lež iba ustanovoval, kto má byť dedičom poručiteľa, ak nebude (dediť) *suus heres* („*si intestato moritur, cui suus heres nec escit*“), jednoducho sukcesiu *suorum heredum* predpokladal.⁶⁴ *Sui heredes* boli prirodzene spojení „*cum familia defuncti*“. Boli posudzovaní tak, akoby i za života hlavy rodiny „*quodammodo domini existimantur*“.⁶⁵ Po smrti *patris familias* sa na nich nehľadelo ako keby pozostalosť obdržali, lež skôr, akoby nadobudli iba voľné spravovanie majetku. Zriaďujúc testament (v neskoršom období) musel preto poručiteľ toto ich postavenie alebo rešpektovať a ustanoviť ich za dedičov, alebo im ho exheredáciou výslovne odňať.⁶⁶ Ak by ich v testamente opomenul, „*domini erant*“.⁶⁷ Ostatní intestátni dedičia podľa civilného práva ale takéto privilegované postavenie nemali.

Keby sme aj vychádzali z toho, že pôvodne sa agnāti a príslušníci rodu taktiež stávali dedičmi *ipso iure*, pričom až neskôr získali možnosť pozostalosť v závislosti od svojej vôle prijať, či odmietnuť, prečo takáto možnosť nebola poskytnutá aj *suus heredibus*? Prečo sa aj v období, v ktorom už *heredes extranei* podľa zachovaných prameňov bez pochybností nadobúdali pozostalosť prostredníctvom adície, muselo nevyhnutné dedičské postavenie *heredum suorum* obchádzať prostredníctvom *beneficii abstinendi*, či inštitúcie pod potestatívnu podmienkou?⁶⁸

Prikláňame sa preto skôr k druhej alternatíve – že agnāti a aj príslušníci rodu mali od počiatku právo pozostalosť prijať, či odmietnuť. Ak do úvahy

⁶³ Lex duodecim tabularum V,4: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*. Lex duodecim tabularum V,5: *Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*.

⁶⁴ K tomu obdobne aj SCHIRMER, Th.: Handbuch des Römischen Erbrechtes. Aus den Quellen und mit Rücksicht auf die gemeinrechtliche Praxis. Erster Theil. Leipzig (1863), s. 128.

⁶⁵ Gai. Inst. 2,157: *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur*; [...].

⁶⁶ Ulp. lib. sing. 22,14: *Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*. [...].

⁶⁷ Paulus 2 ad Sab. D. 28,2,11: *In suis heredibus evidentiuss apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur: unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur: hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat*.

⁶⁸ K tomu pozri aj LA PIRA, G.: La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano. Firenze (1930), s. 57 a nasl.

prichádzajúcemu dedičovi právna možnosť stať sa dedičom vznikla ihneď v okamihu smrti, neskoršou adíciou sa iba realizovala. Prijatím dedičstva delát iba vyjadril súhlas so svojím povolaním, ktoré nastalo v momente smrti pôvodného nositeľa práv a povinností a na základe uskutočnenej adície sukcedoval do pozície poručiteľa s účinkami od okamihu jeho smrti. Snáď to mohla byť takáto úvaha, ktorá sa nepriečila myšlienke, že dedič vstupuje do pozície poručiteľa.

Vzhľadom na vyššie uvedené potom, ak sa *heres extraneus*, v prospech ktorého delácia nastala v momente poručiteľovej smrti, dedičom nestal, poručiteľ zostal bez dediča, pretože pôvodne bolo vylúčené, aby bol *heres* niekto, kto ním nemohol byť ihneď v okamihu smrti. Takýto dôsledok bol však nežiaduci. Bol preto zavedený inštitút *usucapionis pro herede* a v dôsledku jednoročnej držby mohla byť vydržaná celá pozostalosť. Uzukapient sa však v dôsledku vydržania nestával dedičom, pretože v prípade *usucapionis pro herede* absentoval delačný dôvod, na základe ktorého by uzukapientovi vznikla právna možnosť byť dedičom. Takýmto spôsobom bolo možné nadobudnúť iba *hereditatem* – súhrn vecí, práv a povinností, ktoré patrili poručiteľovi,⁶⁹ nie aj postavenie dediča.⁷⁰

Obdobne bol motivovaný aj vznik *in iure cessionis hereditatis*. Oproti uzukapientovi *pro herede* bolo však postavenie cesionára pevnejšie, pretože v prospech tohto sa v dôsledku vykonanej *in iure cessionis hereditatis* fingovala aj existencia delačného dôvodu. Ak (pôvodný) delát *ante aditionem* postúpil pozostalosť inému, stal sa tento sám dedičom, akoby sa delácia vzťahovala priamo na neho („*ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset*“).⁷¹ Fingovalo sa, akoby bol v čase smrti k dedeniu povolaný samotný

⁶⁹ Kým v prípade *in iure cessionis hereditatis* Gaius zreteľne, na obidvoch miestach, na ktorých o nej pojednáva, píše: „*pleno iure fit ille heres, cui cessa est hereditas, proinde ac si ipse per legem ad hereditatem vocaretur*“ (Gai. Inst. 3,85), „*proinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset*“ (Gai. Inst. 2,35), v súvislosti s *usucapione pro herede* uvádza: „*olim rerum hereditariarum possessione ipsae hereditates usucapi credebantur [...] quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse*“ (Gai. Inst. 2,54). Vidieť tu teda zreteľný rozdiel medzi cesionárom, ktorý sa stával dedičom a uzukapientom *pro herede*, ktorý nadobúdala pozostalosť.

⁷⁰ Kontra VOCI, P.: *Diritto ereditario romano*. Vol. primo. Introduzione parte generale. Milano (1967), s. 108: „*Effetto dell'usucapione è che il possessore diviene erede*.“ Rovnako aj FRANCIOSI, G.: *Usucapio pro herede*. Contributo allo studio dell'antica hereditas. Napoli (1965), s. 6: „*Nell'antico diritto l'usucapio pro herede importava per l'usucapiente l'acquisto del titolo di heres*.“

⁷¹ K tomu ROBBE, U.: *La «hereditas iacet» e il significato della «hereditas» in diritto romano*. I. Milano (1975), s. 461: „*Tale effetto si aveva sul fondamento della fictio che non era affatto eccezionale, ma al contrario normalissima, perchè i Romani la usarono moltissimo*. Già

cesionár. Delát takto prevádzal na iného vzniknutú a jemu patriacu, lež ešte nevyužitú právnu možnosť byť dedičom,⁷² ono *ius successionis*.⁷³ Tak ako pri transmisii dedičstva, ktorú poznalo neskoršie právo, ani v tomto prípade, sa neuskutočňovala nová delácia, nedochádzalo k oneskorenej delácii, lež išlo o tú istú deláciu, to isté povolanie, ktoré sa pôvodne vzťahovalo na niekoho iného.

Myslíme si, že v snahe vyhnúť sa tomu, aby poručiteľ zostal bez dediča, pripustilo právo uvedený mimoriadny prostriedok⁷⁴ za súčasného rešpektovania princípu, v zmysle ktorého, v záujme súvislého pokračovania práv a povinností zomretého, mohol byť dedičom iba ten, komu takáto možnosť vznikla v okamihu smrti poručiteľa. Ak delát možnosť stať sa dedičom nevyužil, nemohla neskôr nastať nová delácia pre niekoho ďalšieho, pretože tým by, podľa vtedajšieho uvažovania, bola kontinuita práv a povinností poručiteľa prerušená. K diskontinuite však nedochádzalo, pokiaľ bola delácia

la in iure cessio era per se stessa fondata su una fictio, e tutte le varie applicazioni della in iure cessio nei diversi campi contenevano a loro base delle finzioni“.

⁷² V danej súvislosti KASER, M.: Das römische Privatrecht. 1. Absch. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht. München (1971), s. 722: „Gai. 2,35; 3,85; UE 19,13 f. *Das cedere ist hier wie sonst keine Übertragung, sondern nur ein »Weichen«, und zwar aus der mit der Delation gewährten Zugriffsbefugnis, in die der Erwerber einrückt. Der Zessionar tritt in das Recht des Delatars ein, die Erbschaft anzunehmen, nicht in die Erbenstellung selbst*“.

⁷³ VOCI, P.: Diritto ereditario romano. Vol. primo. Introduzione parte generale. Milano (1967), s. 99, uvádza: „[...] non può spiegarsi come un puro e semplice delato possa trasferire una titolarità ereditaria che non ha, quando presupposto essenziale dell'acquisto per in iure cessio è che il cedente abbia il diritto che vuol trasferire, o sia in grado di costituirlo.“ V danom prípade podľa nášho názoru nešlo o dispozíciu s niečím, čo delátovi nepatrilo, keďže postupoval inému svoje právo z delácie, právnu možnosť byť dedičom. Táto právna možnosť mu už vznikla, *in iure cessio* sa uskutočňovala po delácii. Nepatrila mu ešte *hereditas*, ako súhrn práv a povinností patriacich poručiteľovi, ale na základe delačného dôvodu mu už vzniklo právo vstúpiť do pozície poručiteľa, ktoré mohol realizovať na základe prejavu svojej vôle. Disponoval s právom na pozostalosť, s právom stať sa dedičom (*ius successionis*). Keď Gaius píše, že ten, komu „*ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, ante aditionem*“ ceduje „*eam*“, teda *hereditatem*, má tým na mysli pozostalosť v stave jej ponúknutia – *delatam hereditatem*, ktorú právnik Terentius Clemens charakterizuje slovami: „*delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi*“.

⁷⁴ ROBBE, U.: La «hereditas iacet» e il significato della «hereditas» in diritto romano. I. Milano (1975), s. 440, *ad in iure cessionem hereditatis* uvádza: „*La dottrina prevalente vede nell'istituto qui esaminato una singolarissima eccezione se non addirittura una prima vera anomalia, e grave, quella cioè che esso comporta contro il principio della inalienabilità della delazione ereditaria, per il carattere strettamente personale di questa: principio della inalienabilità, che essa ritiene sicuro, benché non risulti esplicitamente formulato e affermato da nessun testo, in quanto è coerente all'ordinamento della successio*“.

in iure cessione prevedená tým, komu sa dedičstvo ponúklo v momente smrti pôvodného nositeľa práv a povinností. Bola to stále tá istá právna možnosť, ktorá nastala v okamihu zániku právnej subjektivity poručiteľa. Hoci v danom prípade nešlo o tú istú osobu, k vstúpeniu do pozície poručiteľa došlo na základe právnej možnosti, ktorá nastala v okamihu smrti pôvodného nositeľa práv a povinností tvoriacich *hereditatem*. Právo byť dedičom poručiteľa nevzniklo s časovým odstupom, lež v momente smrti poručiteľa. Ak by sa delát dedičom stal a až potom by vykonal *in iure cessionem*, sám by zostal dedičom („*ipse heres permanet*“) a na cesionára by previedol iba *res corporales*.⁷⁵ Delácia už totiž nepredstavovala púhu možnosť byť dedičom, lež došlo k jej využitiu. Takýto mimoriadny prostriedok už nebol potrebný, rovnako ako nebol potrebný v prípade *suorum heredum*, ktorí sa okamihom delácie stávali dedičmi *ipso iure*. Nemohli na iného previesť svoje právo z delácie, pretože táto sa u nich naplnila ihneď v okamihu, keď nastala. A rovnako bola neskôr bez týchto právnych následkov aj *in iure cessio hereditatis*, ktorú by pred adíciou vykonal dedič povolaný testamentom. Hoci bol *heres voluntarius* a mohol sa rozhodnúť, akým spôsobom bude reagovať na vzniknutú právnu možnosť byť dedičom, mimoriadny prostriedok ešte nebol nevyhnutný, pretože aj keby dedičstvo odmietol, pozostalosť by sa ponúkla substitútovi, prípadne intestátnym dedičom a *in iure cessio hereditatis* by sa pripustila až vtedy, keď by pri intestátnom dedení došlo na dedičov dobrovoľných.

Keď vychádzame z predpokladu, že *in iure cessio hereditatis* bola mimoriadnym prostriedkom, ktorý umožňoval vyhnúť sa situácii, že poručiteľ zostane bez dediča, zostáva otáznym, ako sa právo vysporiadalo so situáciou, keď by iba jeden z povolaných agnátov chcel vykonať *in iure cessionem hereditatis*, pričom aspoň jeden z tých, ktorým sa dedičstvo spolu s ním ponúklo, už dedičstvo prijal. Citovaný Ulp. lib. sing. 26,5⁷⁶ uvádza, že ak by niektorý z povolaných delátov adíciu nevykonal, jeho podiel prirastie ostatným agnátom, ktorí na svoje povolanie prijatím dedičstva reagovali. Myslíme si, že pokiaľ prichádzali do úvahy iní dedičia, ktorým by ponúknutý podiel mohol akreskovať, *in iure cessio hereditatis* už nebola nevyhnutným prostriedkom, ktorý ako jediný mohol zabezpečiť, že poručiteľ nezostane bez dediča. Domnievame sa preto, hoci ide len o domnienku, ktorú nemožno podložiť svedectvom prameňov, že *in iure cessionem hereditatis ante aditionem* nebolo možné

⁷⁵ Gai. Inst. 3,85; Gai. Inst. 2,35.

⁷⁶ Ulp. lib. sing. 26,5: *Si plures eodem gradu sunt agnati, et quidam eorum hereditatem ad se pertinere noluerint, vel antequam adierint, decesserint, eorum pars ad crescit his, qui adierint; quod si nemo eorum adierit ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quoniam in legitimis hereditatibus successio non est.*

vykonať, ak bola *legitima hereditas* prijatá niektorým z ostatných povolaných agnátov, prípadne kým existovala možnosť, že niektorý z povolaných dedičstvo prijme. Inými slovami, delácia nebola prevoditeľná, kým prichádzala do úvahy eventualita, že sa niekto stane dedičom aj bez takéhoto jej prevodu.

Napriek prostriedku, aký sa našiel v inštitúte *in iure cessionis hereditatis*, neprípustnosť oneskorenej a sukcesívnej delácie bola pociťovaná ako nevýhoda a právny vývoj nevyhnutne musel smerovať k jej prekonaniu. Po tom, čo sa dospelo k uznaniu testamentu ako ďalšieho delačného dôvodu, bolo potrebné právne regulovať situáciu, keď sa navzdory nastavšej delácii *ex testamento*, delát dedičom nestal. Situácia, v ktorej by sa po zmarenej delácii *ex testamento* nemal nikto stať dedičom napriek tomu, že Zákon XII tabúl okruh intestátnych dedičov ustanovoval, bola posúdená ako neveľmi žiaduca. Opäť by bolo potrebné využívať prostriedky, ktoré „umelo“ smerovali k tomu, aby poručiteľ nezostal bez právneho nástupcu.⁷⁷ Navzdory (pôvodne odmietanej) oneskorenej delácii sa ako lepšie riešenie javilo pripustiť, aby po delácii z testamentu, nastúpila delácia *ab intestato*.⁷⁸ A odtiaľ bol už iba krok k tomu, aby sa i v rámci testamentu (ktorý bol ponímaný ako delačný dôvod odlišný od zákona, kde to možné nebolo) uznala sukcesívna delácia medzi jednotlivými stupňami testamentárnych dedičov.

Napriek uvedenému právnemu vývoju však pôvodná interpretácia Zákona XII tabúl zostala zachovaná a sukcesívna delácia pripustená nebola. Inštitút *in iure cessionis hereditatis ante aditionem* si preto zachoval svoje opodstatnenie ako mimoriadny prostriedok, ktorý zabezpečoval, aby poručiteľ *iure civili* nezostal bez dediča v prípade, ak nezanechal testament, alebo sa na základe neho nikto dedičom nestal a súčasne po poručiteľovi nezostali nevyhnutní dedičia, ani *heres voluntarius*, ktorý by pozostalosť prijal.⁷⁹

⁷⁷ *Usucapio pro herede, in iure cessio hereditatis.*

⁷⁸ Nezdá sa nám pravdepodobné, že by sa pôvodne prechod od testamentárnej k intestátnej dedičskej postupnosti nepripúšťal. Tak LEIST, B. W.: *Die Bonorum possessio. Ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung. Erster Band.* Göttingen (1844), s. 116, ktorý taktiež uvádza, že veta „*in legitimis hereditatibus nulla est successio*“, je zrejme z neskoršieho obdobia. Pôvodne podľa neho znela „*in omnibus hereditatibus nulla est successio*“, prípadne muselo byť slovo „*legitimis*“ ponímané v širšom zmysle. Domnievame sa naopak, že súčasne so vznikom testamentárneho dedenia bola pripustená i sukcesívna delácia medzi danými dvoma delačnými dôvodmi, to znamená, že ak sa delát *ex testamento* dedičom nestal, ponúkla sa pozostalosť dedičom intestátnym.

⁷⁹ Pokiaľ die o zánik *in iure cessionis hereditatis*, KASER, M.: *Das römische Privatrecht.* 2. Absch. Die nachklassischen Entwicklungen. München (1975), s. 536, uvádza, že sa v 3. st. už nevyužívala. K tomu dodáva: „*Doch könnte das justinianische Recht eine formlose Veräußerung der deferierten, aber noch nicht erworbenen Erbschaft gekannt haben*“.

„Sukcesívna delácia“ však postupne prenikala aj do systému prétorského intestátneho dedenia, až sa napokon, postupným zblížovaním civilného a prétorského práva, udomácnila aj pri civilnom intestátnom dedení, čo sa v plnej miere prejavilo v justiniánskom práve. Hoci vývoj postúpil a dedičom sa mohol stať i ten, v prospech koho delácia nastala až neskôr, než v okamihu smrti poručiteľa, myšlienka súvislého pokračovania práv a povinností zomretého zostala naďalej aktuálnou v požiadavke, že dedičom môže byť iba ten, kto bol (aspoň ako *nasciturus*) nažive v čase smrti pôvodného nositeľa práv a povinností.

Záver

Ako je z uvedeného zrejmé, rímski právnici odmietli fikciu, v zmysle ktorej zmarením delácie *ex testamento* táto akoby od počiatku vôbec neexistovala. Vo všeobecnosti zavrhlí, aby sa následná, neskoršia delácia považovala za nastavšiu v okamihu smrti poručiteľa, či už sa to dotýkalo dediča ustanoveného v testamente, alebo dediča intestátneho, nastupujúceho v dôsledku zmarenia testamentu. Naopak, časový odstup dôsledne rešpektovali.⁸⁰

Domnievame sa, že uvedené súviselo i so snahou s čo najväčšou pravdepodobnosťou zabezpečiť, aby za situácie, keď pri intestátnom dedení bola vylúčená sukcesívna delácia, poručiteľ nezostal bez dediča. Význam to malo prirodzene najmä v prípade, ak sa dedičom zo zákona mal stať *heres voluntarius*. Na nevyhnutných dedičov (u ktorých sa adícia nevyžadovala) sa pravidlo rozšírilo za účelom jednotného prístupu, dôslednosti a tým aj zjednodušenia práva. Rovnako, v záujme právnej konzekventnosti, bolo pravidlo uplatnené i vo vzťahu k testamentárnemu dedeniu, kde sukcesívna delácia u dedičov dobrovoľných vylúčená nebola. *Heres voluntarius* sa mohol stať dedičom iba za predpokladu, že dedičstvo prijal. Pokiaľ by sa fingovalo, že po zmanení testamentu delácia *ab intestato* nastala v okamihu smrti poručiteľa, mohlo sa stať, že ten, ktorý bol v čase smrti najbližším, by zomrel pred zmanením delácie *ex testamento*, v dôsledku čoho by nemohol vykonať adíciu. Poručiteľ by zomrel bez dediča, pretože rímske právo pôvodne

⁸⁰ Čo zreteľne vyjadruje i Inst. 3,2,6: *Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisque decesserit, per hoc tempus requiritur quo mortuus est is cuius de hereditate quaeritur. quodsi facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur quo certum esse coeperit, nullum ex testamento heredem extaturum: tum enim proprie quisque intellegitur intestatus decessisse. quod quidem aliquando longo tempore declaratur: in quo spatio temporis saepe accidit, ut proximioe mortuo, proximus esse incipiat qui moriente testatore non erat proximus.*

nepoznalo transmisiu dedičstva a sukcesívna delácia bola pri intestátnom dedení podľa Zákona XII tabúl neprípustná. Rovnako by bol takýto delát zbavený i možnosti vykonať *in iure cessionem hereditatis ante aditionem*, ktorá bola jedinou výnimkou pripustenou navzdory osobnému charakteru delácie.

Ustálilo sa pravidlo, v zmysle ktorého následná delácia (prípadne „oneskorená“ delácia, ak bol dedič ustanovený pod podmienkou) nenastáva v okamihu smrti poručiťa, lež vtedy, keď je isté, že skorší delát sa dedičom nestane, v okamihu, keď sa splní podmienka, na ktorú je delácia viazaná. Právo stať sa dedičom (či povinnosť byť dedičom v prípade *heredum necessariorum*) zároveň nemôže vzniknúť v prospech toho, kto v čase, keď má delácia nastúpiť, nie je nažive a nie je spôsobilý dediť a to bez ohľadu na skutočnosť, či ako dedič prichádzal do úvahy *heres voluntarius*, alebo *heres necessarius*.

Summary

The paper analyses Roman law conception of *delata hereditas*. The authoress interprets this term in relation to the two main categories of heirs and specifies the effects of testament, or rather its *institutio heredis*, with respect to the *heredes voluntarii* and *heredes necessarii* as well. The authoress points out that the Roman law did not apply the fiction, according to which successive *delatio* should be considered as arisen retrospectively at the time of the testator's death. Conversely, it thoroughly took into account the real moment when *delatio* came into being. Following this fact the authoress defines its consequences and tries to find out the reason of such an attitude. The paper, moreover, deals with the issue of admissibility of *successio graduum* and *successio ordinum* within the intestate succession under the Law of XII Tables. Finally, the authoress attempts to interpret the significance and purpose of *in iure cessio hereditatis ante aditionem* in the legal system of Rome.

Vermögensrestitutionsen und Erwerberschutz in der römischen Antike

Georg Klingenberg

I. Das Schicksal der *bona damnatorum* - II. - 1. Die Zeit nach den Sullanischen Proskriptionen - 2. Caesar - 3. Augustus und die Triumviren - III. Restitutionsen in der Prinzipatszeit - IV. Restitutionsen nach der Christenverfolgung

Das Problem der Wiedergutmachung politischen Unrechts ist zeitlos. Ein aus der europäischen Geschichte des 20. Jh. bekannter Aspekt betrifft Vermögenswerte, welche totalitäre Regime von ihren Gegnern oder sonst wie verfolgten Personen eingezogen haben. Wenn dann nach der politischen Wende eine Wiedergutmachung gegenüber den betroffenen Personen angestrebt wird, so stellt sich die grundsätzliche Frage, ob dies durch Naturalrestitution (durch Rückübertragung der Vermögenswerte) oder durch eine Entschädigung in Geld erfolgen soll: Während bei der reinen Geldentschädigung, das Problem im Wesentlichen in der Aufbringung der dafür erforderlichen Mittel liegt, führt eine angestrebte Naturalrestitution dann zu erheblichen Wertungsproblemen, wenn die seinerzeit eingezogenen Vermögenswerte in der Zwischenzeit an einzelne Erwerber übertragen worden sind, in deren erworbene Rechtspositionen durch eine Naturalrestitution notwendigerweise eingegriffen würde: Überwiegt das Interesse an der materiellen Wiedergutmachung in natura das Stabilitätsinteresse jener, welche die jeweiligen Objekte in einer zumindest formal legalen Weise erworben haben?

In Österreich wurde im Zusammenhang mit der Wiedergutmachung der unter der nationalsozialistischen Herrschaft erfolgten Entziehungen¹ zunächst noch über die Alternative Geldentschädigung - Naturalrestitution diskutiert²,

¹ Dazu Cl. Jabloner/B. Bailer-Galanda/E. Blimlinger/G. Graf/R. Knight/L. Mikoletzky/B. Perz/R. Sandgruber/K. Stuhlpfarrer/A. Teichova [Hrsg.], Schlussbericht der Historikerkommission der Republik Österreich: Vermögensentzug während der NS-Zeit sowie Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 in Österreich. Zusammenfassungen und Einschätzungen (Wien-München 2003); B. Bailer-Galanda/E. Blimlinger/H. C. Ehalt [Hrsg.], Vermögensentzug – Rückstellung – Entschädigung: Österreich (1938/1945-2005) (Innsbruck 2005).

² Dazu JABLONER ua, Schlussbericht 249-250; B. BAILER-GALANDA, Die Entstehung der

in die gesetzlichen Regelungen als Grundsatz eingegangen ist dann aber die Naturalrestitution: Die öffentliche Hand war rückstellungspflichtig³ bezüglich jener Vermögen, die vom Deutschen Reich eingezogen waren und sich nunmehr in öffentlicher Verwaltung befanden⁴, sowie seinerzeit entzogener Vermögen, die durch Verfall ins Bundeseigentum übergegangen waren⁵. Bezügliche jener entzogenen Vermögen, die seinerzeit im Zuge der „Arisierung“ von Privaten (zumeist gegen ein zu geringes Entgelt) erworben (und allenfalls später weiterveräußert) wurden, wurde dem ehemaligen Eigentümer bzw. seinem Rechtsnachfolger ein Anspruch gegen den aktuellen Besitzer auf Rückabwicklung geschaffen⁶; diese ist allerdings vor allem dann ausgeschlossen, wenn der aktuelle Erwerber gutgläubig agiert hatte, dh. wenn es ihm unbekannt war, dass es sich beim erworbenen Objekt um ein „entzogenes Vermögen“ gehandelt hat⁷, wobei sich im Gesetz eine Anlehnung an die Gutgläubens-Tatbestände des § 367 ABGB findet⁸. Geldentschädigungen für Opfer des Nationalsozialismus durch die Republik Österreich wurden 1995 durch Einrichtung eines Nationalfonds⁹ und abschließend durch das Entschädigungsfondsgesetz 2001¹⁰ eingeführt, welches auch eine Schiedsinstanz zur Naturalrestitution von Vermögen eingerichtet hat, das sich zum Stichtag 20.1.2001 im Eigentum des Bundes befindet¹¹. Sondervorschriften bestehen für Kunst- und Kulturgüter¹². Auch

Rückstellungs- und Entschädigungsgesetzgebung: Die Republik Österreich und das in der NS-Zeit entzogene Vermögen (2003), 34-43.

³ Dazu R. FABER, Vermögensrestitution im öffentlichen Recht. Eine Untersuchung öffentlich-rechtlicher Aspekte des österreichischen Restitutionsrechts anhand des Ersten und des Zweiten Rückstellungsgesetzes (Wien 2007).

⁴ Erstes Rückstellungsgesetz vom 26.7.1946, StGBI 156/1946. Dazu G. GRAF, Die österreichische Rückstellungsgesetzgebung. Eine juristische Analyse (Wien-München 2002) 49-53.

⁵ Zweites Rückstellungsgesetz vom 6.2.1947, BGBl 53/194. Dazu GRAF, Rückstellungsgesetzgebung 53f.

⁶ Drittes Rückstellungsgesetz (3. RStG) vom 6.2.1947, BGBl 54/1947. Dazu GRAF, Rückstellungsgesetzgebung 54-60; 135-138, J. JUNGWIRTH, NS-Restitutionen und Zivilrecht. Schuldrechtliche Aspekte des Dritten Rückstellungsgesetzes 1947 (Wien 2008).

⁷ § 4 Abs 1 des 3. RStG.

⁸ Kritisch zu dieser Parallele GRAF, Rückstellungsgesetzgebung 218f.

⁹ Bundesgesetz über den Nationalfonds der Republik Österreich für Opfer des Nationalsozialismus (BGBl 432/1995).

¹⁰ Bundesgesetz über die Einrichtung eines Allgemeinen Entschädigungsfonds für Opfer des Nationalsozialismus und über Restitutionsmaßnahmen (BGBl I Nr.12/2001).

¹¹ §§ 23-38 Entschädigungsfondsgesetz.

¹² Das 1. Kunst- und Kulturgutsbereinigungsgesetz 1969 (BGBl. Nr. 294/1969) erfasst die im Gewahrsam des Bundesdenkmalamts befindlichen Kunstgüter unbekannter Eigentümer,

in Deutschland¹³ kam es nach Vorgaben der Westalliierten Mächte zu einer Restitution¹⁴, wobei entgegenstehende Vorschriften zum Schutze gutgläubiger Erwerber dabei ohne Betracht bleiben¹⁵. Soweit keine Restitution nach rückerstattungsrechtlichen Vorschriften erfolgte¹⁶, kam es schließlich zu einer Entschädigung in Geld¹⁷. In der DDR hingegen unterblieb eine Rückerstattung oder Entschädigung für Entziehungen während der NS-Zeit. Die Frage Naturalrestitution oder Entschädigung stellte sich auch nach dem Ende des Kommunismus¹⁸. Nach dem Ende der DDR wurden im Zuge der Wiedervereinigung die „offenen Vermögensfragen“ im Vermögensgesetz geregelt¹⁹; in seinen Anwendungsbereich fallen nicht nur die durch die DDR erfolgten Enteignungen und Überführungen ins Volkseigentum²⁰, sondern auch die Entziehungen während der NS-Zeit²¹. Festgehalten ist darin Vorrang der Zurückübertragung²², die allerdings gegenüber „Erwerbem in redlicher Weise“ ausgeschlossen war²³.

das 2. Kunst- und Kulturgutbereinigungsgesetz 1985 (BGBl Nr. 2/1986) jene, an denen der Bund das Eigentum erlangt hatte. Das Kunstrückgabegesetz 1998 (BGBl. I Nr. 181/1998) ermächtigt für jene Kunstgegenstände, die sich noch im Eigentum des Bundes befinden, den Finanzminister unter Einschaltung eines Beirates zur Feststellung der ursprünglichen Eigentümer und zur Rücküberweisung an diese. Zusätzlich wird eine Kommission für Provenienzforschung eingerichtet.

¹³ Zum Vergleich zwischen Österreich und Deutschland C. GÖSCHLER/J. LILLTEICHER, „Arisierung“ und Restitution. Die Rückerstattung jüdischen Eigentums in Deutschland und Österreich nach 1945 und 1989 (2002), D. C. KRATZ, Das österreichische Restitutionsrecht im Rechtsvergleich mit Deutschland unter besonderer Berücksichtigung von Rückstellungen und Entschädigungen seit 1945 (2011).

¹⁴ Militärregierungsgesetz Nr. 59; Diese für die amerikanische Zone erlassene Regelung wurde auch in der französischen und – nach anfänglichen Widerständen der Briten – auch in der britischen Zone übernommen. W. SCHWARZ, Rückerstattung nach den Gesetzen der Alliierten Mächte (1974); J. LILLTEICHER, Raub, Recht und Restitution. Die Rückerstattung jüdischen Eigentums in der frühen Bundesrepublik (2007).

¹⁵ Art. 1 Militärregierungsgesetz Nr.59.

¹⁶ § 5 Abs 1 des Bundesentschädigungsgesetzes (BEG) vom 18. September 1953 (BGBl I S. 1387), Neubekanntmachung vom 29. Juni 1956 (BGBl. I S. 559, 562).

¹⁷ § 3 BEG.

¹⁸ Cs. KULI, Post communist restitution and the Rule of Law (Budapest 2009).

¹⁹ Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (Vermögensgesetz - VermG) vom 23.09.1990, in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Februar 2005 (BGBl. I S. 205).

²⁰ § 1 Abs 1 VermG.

²¹ § 1 Abs 6 VermG.

²² § 3 Abs 1 VermG. A. DU SOLD, Restitution vor Entschädigung: Wiedervereinigung zu welchem Preis? Analyse und Wertung nach rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Gesichtspunkten (Baden-Baden 1993).

²³ § 4 Abs 2 VermG.

Mit dieser Problematik war schon die römische Antike mehrfach befasst: Bekanntlich wurden sowohl in der Republik als auch in der Kaiserzeit im Kampf gegen politische Gegner Strafprozesse geführt, die neben der Verurteilung auch die Einziehung des Vermögens (*publicatio bonorum*) zur Folge hatten; zum Teil war dabei auch reine Habgier im Spiel. Bei den Proskriptionen im Zuge des Bürgerkriegs erfolgte die *publicatio* überhaupt ohne vorangegangenen Prozess. Aus verschiedenen Epochen sind uns jedoch nach dem Ende des jeweils einziehenden Regimes Vermögensrestitutionsen bzw. Bemühungen in diese Richtung überliefert. Hier soll untersucht werden, ob bei solchen Restitutionsen auch in die Rechte jener eingegriffen wurde, welche im Zuge der Verwertung der *bona damnatorum* Objekte aus diesen erworben hatten. Wir betrachten dazu in einem kurzen Abriss zunächst den Einziehungsvorgang an den *bona damnatorum* sowie die Frage der Restitution im Zuge einer späteren *indulgentia* (I). Den Hauptteil bilden die aus der historischen Überlieferung bekannten Restitutionsen, in denen die erwähnte Problematik eine Rolle spielt, das betrifft die Aufarbeitung der Proskriptionen Sullas, Caesars und der Triumviren (II), verschiedene Restitutionsen im Prinzipat (III) und schließlich die konstantinischen Restitutionsen an zuvor verfolgte Christen (IV).

Es freut mich, dass ich diese Ausführungen dem Jubilar, der sich um unsere Wissenschaft in vielfältiger Weise verdient gemacht hat, widmen kann.

I. Das Schicksal der *bona damnatorum*

Mit dem Kapitalurteil im Strafprozess ist eine *capitis deminutio maxima* verbunden, der *damnatus* verliert die Rechtsfähigkeit und damit die Trägerschaft über sein Vermögen. Die *bona damnatorum* fallen dem *populus Romanus* zu, weswegen der Vorgang auch als *publicatio* bzw. *δήμεισις* bezeichnet wird²⁴. Die tatsächliche Besitzergreifung erfolgte über eine prätorische Einweisung durch die Quaestoren, welche die weitere Verwertung des angefallenen Vermögens im Wege der Versteigerung betreiben: Dabei wurden zunächst die *bona* des *damnatus* en bloc verkauft: Als Ersteher traten gewerbsmäßige *sectores*²⁵ auf, welche in der Folge das erworbene Vermögen

²⁴ M. FUHRMANN, RE XLVI 2485 ff; W. WALDSTEIN, RE Suppl. X 98 ff; F. SALERNO, Dalla consecratio alla publicatio bonorum (Napoli 1990) 127 ff.

²⁵ R. LEONHARD, RE III 712 f (bonorum sectio); F. KLINGMÜLLER, RE II A 982 (sectio); G. ROTONDI, Bonorum venditio, in P. Ciapessoni (Hg.), Per il XIV Centenario della Codificazione giustiniana (Pavia 1934) 93 ff; S. SOLAZZI, Il concorso dei creditori I (Napoli

des *damnatus* in einzelnen Stücken weiterveräußerten und aus der Differenz zwischen dem an das *aerarium* abzuführenden Gesamtkaufpreis und der Summe der Einzelerlöse einen Gewinn zu erzielen suchten.

In der rechtlichen Zuordnung kommt es dabei zu einem mehrfachen Wechsel im Eigentum an den im Vermögen enthaltenen körperlichen Gegenständen. Zunächst geht durch den öffentlich-rechtlichen Akt der *publicatio* das Eigentum vom *damnatus* auf den *populus Romanus* über, die Sachen werden *res publicae populi Romani*. Bares Geld wurde wohl direkt ans *aerarium* abgeführt, das sonstige Vermögen wurde in einer *publica hasta* versteigert; der in dieser obsiegende *sector* erlangte durch die *addictio* an den körperlichen Gegenständen unmittelbar das quiritische Eigentum:

Varro, rust. 2,10,4²⁶

In emptionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem iustam adiit; si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit; aut si in iure cessit, qui potuit cedere, et id ubi oportuit; aut si usu cepit; aut si e praeda sub corona emit; tumve cum in bonis sectioneve cuius publice veniit.

Bei Käufen machen ungefähr sechs Vorgänge jemanden zum *dominus legitimus*: Wenn jemand einen Erbschaftsantritt gemacht hat; wenn jemand, wie es sein sollte, durch *mancipatio* von demjenigen erlangt hat, der es nach *ius civile* vermochte; oder wenn ihm derjenige etwas vor Gericht abgetreten hat, der abtreten konnte, und auch dort, wo es geschehen sollte; oder wenn jemand ersessen hat. Oder wenn jemand aus der Kriegsbeute etwas unter der *corona* gekauft hat, und dann, wenn etwas durch *venditio* oder *sectio bonorum* verkauft worden ist.

1937) 234 ff; E. CARELLI, SDHI 4 (1938) 429 ff; G. SCHERILLO, Iura 4 (1953) 197 ff; M. TALAMANCA, Contributi allo studio delle vendite all'asta nell mondo antico (Roma 1954) 158 ff; H. SEIDEL, Die Konfiskationen des römischen Rechts (Göttingen 1955) 304; SALERNO, Consecratio 166 ff; M. MAIURO, Res Caesaris. Ricerche sulla proprietà imperiale nel Principato (Bari 2012) 83.

²⁶ Ph. MEYLAN, Studi in onore di C. Ferrini IV (Milano 1949) 195 f; M. TALAMANCA, Contributi 153 ff; F. BONA, SDHI 25 (1959) 318 f; P. BONFANTE, Corso di diritto romano Vol. II: La proprietà, Parte 2^a (Milano 1968) 55 f; A. WATSON, The Law of Property in the later Roman Republic (Oxford 1968) 69; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, La struttura della proprietà e la formazione dei „iura praediorum“ nell'età repubblicana (Milano 1969) 290 FN 21; A. CENDERELLI, Varroniana. Istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone (Milano 1973) 65; 114.

Mit dem *dominus legitimus* meint Varro hier technisch den zivilen Eigentümer, den *dominus ex iure Quiritium*. Vier der insgesamt sechs Tatbeständen, nämlich *hereditatis aditio*, *mancipatio*, *in iure cessio* und *usucapio* gehören dem Privatrecht an, die *venditio sub corona* und der Erwerb *in bonis sectione* *cuius* sind öffentlich-rechtliche Akte.

Bei der öffentlichen Versteigerung erfolgt der Eigentumserwerb des Erstehers unmittelbar durch die hoheitliche *addictio*²⁷, ohne dass es - wie bei privaten Verkäufen - noch eines Übertragungsaktes (*mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*) bedarf²⁸. Das ergibt sich besonders klar daraus, dass Varro diese Äußerung im Zusammenhang mit Sklaven macht, bei denen im privaten Rechtsverkehr das *dominium legitimum* nur im Wege der *mancipatio* oder der *in iure cessio* übertragen werden konnte. Für den Erwerb durch *addictio* in einer *publica hasta* spielte also die Unterscheidung von *res Mancipi* und *res nec Mancipi* keine Rolle. Die anschließenden weiteren Transaktionen zwischen dem *sector* und den Einzelerwerbern sind hingegen nach Privatrecht abzuwickeln, dh. der Erwerber vom *sector* (der im Sinn des Privatrechts ein berechtigter Vormann ist) erlangt das Eigentum erst durch die dafür vorgesehenen Übertragungsakte (*mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*).

Als in der Prinzipatszeit der kaiserliche *fiscus* das republikanische *aerarium* immer mehr zurückdrängte, waren davon auch die *bona damnatorum* betroffen, die jetzt dem *fiscus* zufielen. Die Einziehung („*bona fisco vindicanda*“) greift dabei nicht generell ein, wohl aber bei Verhängung der Todesstrafe und darüber hinaus dann, wenn mit der Bestrafung gleichzeitig die *civitas* verloren geht oder eine *condicio servilis irrogatur*²⁹, wie etwa bei der *damnatio ad metalla*. Bei einer *deportatio* (mit der ein Verlust des Bürgerrechts verbunden ist) wird auch das Vermögen eingezogen, dagegen bei einer *relegatio* (bei der die Rechtsstellung aufrecht bleibt³⁰) hingegen nur dann, wenn dies im Urteil

²⁷ A. PERNICE, *Labeo III/1* (Halle 1892, Nachdruck Aalen 1963) 104; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II/1: Privatrecht* (Lepizig 1901) 15; Ph. MEYLAN, *Studi in onore di P. Bonfante I* (Milano 1930) 483; F. PRINGSHEIM, *SZ* 50 (1930) 415 f.; M. TALAMANCA, *Contributi* 168; DERS., *Enc. del diritto XLVI* (Milano 1993) 309; G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion* (Berlin 1961) 27; J. ZLINSZKY, *Collatio iuris romani, Etudes dédiées à Hans Ankum* (Amsterdam 1995) 682; SALERNO, *Consecratio* 178.

²⁸ WATSON, *Law of Property* 69.

²⁹ Call. D. 48,20,1 pr.

³⁰ Pomp. 48,22,17,1.

eigens angeordnet wird³¹ oder zur Hälfte, wenn es sich um eine *relegatio in perpetuum*³² handelt, nicht aber bei einer *relegatio ad tempus*³³.

Mit der späteren Begnadigung eines *in metallum* Verurteilten oder eines Deportierten ist die Vermögensrestitution zunächst noch nicht automatisch verbunden, sondern es bedarf dazu eines *speciale beneficium*³⁴. In den spätclassischen Quellen wird daher noch unterschieden zwischen einer Situation, in welcher der Begnadigte *in sua bona non est restitutus*³⁵, und einer solchen, *si bona ... reciperavit*³⁶. Erst Konstantin folgt dem Prinzip *tantum ad restitutionem indulgentia valeat, quantum ad correctionem sententia valuit* und leitet daraus ab, dass bei einem Deportierten mit der *indulgentia reditus* sowohl die verlorene *dignitas* als auch *omnia bona* wiedererlangt werden³⁷.

Von der *restitutio bonorum* begrifflich zu unterschieden ist die *concessio*, mit der schon im Zuge des Einziehungsverfahrens den Kindern der Verurteilten bestimmte Quoten zugestanden werden³⁸, wozu von Paulus eine Monographie verfasst worden ist. Er verweist dabei auch auf Fälle, in denen bei einer entsprechenden Anzahl von Kindern *omnia bona concessa sunt*³⁹. Im Übrigen ist diese Materie auch der historische Ausgangspunkt jener Fiktion, die den Ungeborenen dem Geborenen gleichstellt⁴⁰.

Bei der in der Prinzipatszeit sich allmählich durchsetzenden Einziehung zugunsten des *fiscus* verbleiben die eingezogenen Objekte entweder beim *fiscus*, der sie für eigene Zwecke nutzt und verwaltet, oder sie werden – ohne Einschaltung eines *sector* – durch die fiskalischen Organe verkauft⁴¹ oder auch unentgeltlich als kaiserliches *beneficium* an Begünstigte übertragen.

³¹ Macer D. 48,20,8,3. Alex. C. 9,47,8.

³² Marci. D. 48,22,4.

³³ Ulp. D. 48,22,7,4.

³⁴ Ant. C. 9,51,2; SEIDEL, Konfiskationen 326.

³⁵ Ulp. D. 48,23,2.

³⁶ Pap. D. 48,23,3.

³⁷ C.Th. 9,43,1,3 = C. 9,51,13,3 (a.321).

³⁸ Eine solche *concessio* findet sich auch in dem inschriftlich erhaltenen SC de Cn. Pisone patre (CIL II₂, 5, n. 900 = HD030785) zugunsten der beiden Söhne des verurteilten Piso unter Mitberücksichtigung der Ausstattung der Tochter (Z. 90-105). Dazu W. ECK/A. CABALLOS/F. FERNÁNDEZ, Das Senatusconsultum de Cn. Pisone patre (München 1996) 211-222; F. MERCOGLIANO, Pisone e i suoi complici (Napoli 2009) 78.

³⁹ Paul. D. 48,20,7,3.

⁴⁰ Paul. D. 1,5,7.

⁴¹ MAIURO, Res Caesaris 88-109.

II.

1. Die Zeit nach den Sullanischen Proskriptionen

- a) Auch die Einziehung und Verwertung der Sullanischen Proskriptionsgüter orientierte sich im Prinzip am Mechanismus der *bona damnatorum*, wobei allerdings bei den Sullanischen Proskriptionen⁴² ein vorangehendes gerichtsförmiges Verfahren aber gerade unterblieben ist⁴³. Auch sind die Versteigerungen zumindest zum Teil auch von Sulla selbst vorgenommen worden. Das hat die Frage nach der Rechtsgrundlage der Einziehung der *bona proscriptorum* aufgeworfen. Bezüglich des rechtlichen Hintergrundes haben die Bedenken De Martinos⁴⁴ durchaus Gewicht, dass es müßig ist, für Zeiten politischer Gewalt unbedingt nach einer Rechtsgrundlage zu suchen. Zunächst ist Sulla gegen die betroffenen Bürger *iure belli* vorgegangen und hat ihre *bona* wie seine Kriegsbeute veräußert: *bona civium miserorum quasi Cimbricam praedam venum aut dono datam*⁴⁵. Die Schaffung einer formalrechtlichen Basis für die Proskriptionen erfolgte tatsächlich erst nachträglich, wobei schon Cicero offen lässt, ob es sich um die *lex Valeria* oder die *lex Cornelia*⁴⁶ handelt:

Cic. S. Rosc. 43, 125 (80 vC)

qui potuerunt ipsa lege quae de proscriptione est, sive Valeria est, sive Cornelia, non enim novi nec scio.

Diese konnten es durch das Gesetz selbst, welches über die Proskription besteht, ob durch die *lex Cornelia* oder ob durch die *lex Valeria*, das kenne und weiß ich nämlich nicht.

⁴² Dazu Ch. MEIER, *Res publica amissa* (Wiesbaden 1966) 253-255; P. A. BRUNT, *Italian Manpower* (Oxford 1971, Nachdr. 2004) 300-304; F. HINARD, *Les proscriptions de la république romaine* (Rome 1985) 17-87.

⁴³ Cic. dom. 17,43: *poena in cives constituta sine iudicio*.

⁴⁴ F. DE MARTINO, *Storia della costituzione Romana III* (2. Aufl. Napoli 1973) 82.

⁴⁵ Sall. Hist. I,55,17; vgl. auch Cic. leg. 2,21,56: *L. Sulla cum bona indemnatorum civium funesta illa auctione sua venderet et se praedam suam diceret vendere*; Cic. Verr. II,3,81: *tantum animi habuit ad audaciam ut dicere in contione non dubitaret, bona civium Romanorum cum venderet, se praedam suam vendere*; Cic. off. 2,8,27: *Est enim ausus dicere hasta posita cum bona in foro venderet et bonorum virorum et certe civium praedam se suam vendere*; Liv. perioch. 89: *.. et bona eorum uendidit, ex quibus plurima primo rapuit*.

⁴⁶ In leg. agr. 3,2,6 gebraucht Cicero den Plural: *Nam Valeria lege Corneliisque legibus eripitur civi, <civi> datur*: Während R. A. BAUMAN, *The Crimen maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate* (Johannesburg 1970) 84 daraus schließt, dass tatsächlich mehrere *leges Corneliae* zu diesem Gegenstand ergingen, hat HINARD, *Proscriptions* 72 FN 18 in dieser Ausdrucksweise einen Verweis „à l'ensemble du corpus législatif syllanien“ gesehen.

Vgl. auch Schol. Gron. 314

Valerius Flaccus praetor Sullanis temporibus fuit. Hic tulit legem: quicquid Sulla dixisset, lex esset. Si quid ergo ad populum tulisset Sulla, valebat lege Cornelia, si quod voluisset facere et non tulisset ad populum, hoc valebat lege Valeria.

Valerius Flaccus war zu Sullas Zeiten Prätor. Er erließ folgendes Gesetz: Was auch immer Sulla gesagt hat, soll Gesetz sein. Wenn also Sulla irgendetwas durch Volksgesetz erlassen hatte, so galt es nach der *lex Cornelia*, wenn er das, was er tun wollte, nicht als Volksgesetz eingebracht hat, so galt das aufgrund der *lex Valeria*.

In der modernen Forschung wird dazu einerseits die These vertreten, dass schon die *lex Valeria*, aufgrund derer Sulla zum Diktator ernannt wurde, auch eine Klausel enthielt, welche die vorangegangenen Proskriptionen ratifizierte und auch weitere zuließ⁴⁷; eine andere These schreibt diese Funktion der *lex Cornelia* zu⁴⁸. Vermittelnde Auffassungen gehen von einer Komplementarität der beiden *leges* aus: Nach Salerno⁴⁹ beruhte die *lex Cornelia* auf der *lex Valeria*, und auch Kunkel/Wittmann sehen den Inhalt der *lex Cornelia* darin, in Ergänzung zur *lex Valeria* die Rechtsfolgen der Proskription im Einzelnen zu regeln⁵⁰.

Nach dem Abgang und Tod Sullas gab es zunächst seitens des Konsuls des Jahres 78, M. Aemilius Lepidus, politische Bemühungen in Richtung auf eine Restitution. Lepidus, der selbst Proskriptionsgüter erworben hatte, erklärte sich auch persönlich bereit, diese zu restituieren⁵¹, ist aber mit seinem Vorhaben gescheitert.

⁴⁷ Th. MOMMSEN, Römisches Staatsrecht II (Nachdruck Tübingen 1952) 736; FRÖHLICH, RE IV 1555; C. LANZANI, Lucio Cornelio Silla dittatore. Storia di Roma 82-78 a. C (Milano 1936) 95; P. FREZZA, Corso di storia del diritto romano (Roma 1974) 277; DE MARTINO, Storia della Costituzione Romana III 85; BAUMAN, Crimen maiestatis 84.

⁴⁸ J. JAHN, Interregnum und Wahldiktatur (Kallmünz 1970) 162 f; HINARD, Proscriptions 67 ff; F. HURLET, La dictature de Sulla: monarchie ou magistrature républicaine? (Bruxelles-Rome 1993) 177 f.

⁴⁹ SALERNO, Consecratio 150.

⁵⁰ W. KUNKEL/R. WITTMANN, Staatsordnung und Staatspraxis in der römischen Republik, 2. Abschnitt: Die Magistratur (München 1995) 707.

⁵¹ Sall. Hist. 1,55.18. Dazu A. LA PENNA, Sallustio e la „rivoluzione“ romana (Milano 1968) 258ff; N. CRINITI, Memorie Ist. Lombardo Acc. Sc. Lett. XXX/4 (Milano 1968) 383 ff; R. SYME, Sallust (Darmstadt 1975) 176ff; L. LABRUNA, Il console sovversivo (Napoli 1976) 25-31; 149-153; HINARD, Proscriptions 164-265; G. KLINGENBERG, Grazer Beiträge. Zeitschrift für die klassische Altertumswissenschaft 24 (2005), 63-91.

b) Cicero nimmt auf die *formula Octaviana* zweimal Bezug:

Cic. Verr. II, 3,15 (70 vC)

...adventu L. Metelli praetoris ... aditum est ad Metellum. eductus est Apronius. eduxit vir primarius, C. Gallus senator. postulavit ab Metello ut ex edicto suo iudicem daret in Apronium, QUOD PER VIM AUT METUM ABSTULISSET, quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia.

Bei der Ankunft des Prätors L. Metellus wandte man sich an Metellus. Vorgeführt wurde Apronius, die Vorführung machte ein Mann des ersten Standes, der Senator C. Gallus. Er beantragte bei Metellus, dass er ihm einen Richter gegen Apronius gewährt gemäß seinem Edikt QUOD PER VIM AUT METUM ABSTULISSET. Diese Oktavianische Formel hatte Metellus in Rom (71 vC als Prätor) gehabt und er hatte sie in der Provinz.

Cic. Q. fr. I, 1,21 (60 vC)

His rebus nuper Cn. (C?) Octavius iucundissimus fuitCogebantur Sullani homines quae per vim et metum abstulerunt reddere. ...

In diesen Angelegenheiten war neulich Cn. (C?) Octavius besonders glücklich: Die Sulla-Anhänger wurden gezwungen das zurückzustellen, was sie durch Gewalt und Schrecken weggenommen hatten.

In der Lehre hat sich dazu die Meinung durchgesetzt, dass die *formula Octaviana* der historische Ausgangspunkt der *metus*-Klage ist⁵², und wenn sie schon nicht überhaupt mit dieser identisch ist⁵³, so doch deutliche Parallelen aufweist⁵⁴. In der hadrianischen Fassung des verheißenden Edikts „*quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*“ fehlt zwar die in den ciceronianischen Belegen erwähnte *vis*, doch führt Ulpian selbst aus, dass das Edikt *olim* den Wortlaut „*quod vi metus causa*“ verwendete⁵⁵.

⁵² O. LENEL, Das edictum perpetuum³ (Leipzig 1927) 112 FN 8; F. SCHULZ, SZ 43(1922) 216 ff; U. V. LÜBTOW, Der Ediktstitel Quod metus causa gestum erit (Greifswald 1932) 126; M. BALZARINI, Ricereche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano (Padova 1969) 150; M. KASER, Römisches Privatrecht I² (München 1971) 244; W. KUNKEL/Th. MAYER-MALY, Römisches Privatrecht⁴ (Berlin u.a.1987) 126 FN 71.

⁵³ Identität: V. ARANGIO-RUIZ, Rariora (1946) 112; Y. BONGERT, Recherches sur les récupérateurs, Varia I (Paris 1952) 244.

⁵⁴ Parallelen: A. S. HARTKAMP, Der Zwang im Römischen Privatrecht (Amsterdam 1971) 245 ff; B. KUPISCH, In integrum resitutio und vindicatio utilis im klassischen römischen Recht (Berlin u.a.1974) 159 ff.

⁵⁵ D. 4,2,1.

Als Urheber der *formula Octaviana* wird von der herrschenden Lehre Cn. Octavius, Prätor des Jahres 79 und Konsul des Jahres 76 identifiziert⁵⁶. Balzarini hingegen bezieht die *formula Octaviana* und die Briefstelle auf L. Octavius, Prätor des Jahres 78 und Statthalter von Cilicien 74, wo er auch die Aufarbeitung der Sullanischen Übergriffe betrieb⁵⁷.

Der Brief, in dem Cicero seinem Bruder für dessen dritte Amtszeit in Asia Ratschläge erteilt und ihm dafür Octavius als Vorbild hinstellt, wurde im Jahr 60 verfasst. Im Codex Mediceus findet sich zwar die Lesung Cn. Octavius, was auf eine Identität mit dem Prätor des Jahres 79 und Konsul des Jahres 76 deutet und für die hL spricht, doch wird von manchen die Lesung C. Octavius bevorzugt, was auf den Vater des Augustus hindeutet⁵⁸, der im Jahr 61 Prätor und hierauf Statthalter in Mazedonien war. Dass Cicero diesen Octavius seinem Bruder zur *imitatio* anempföhlen hatte, ist indirekt durch Sueton bezeugt⁵⁹. Auch das *nuper* im Cicero-Brief deute darauf hin, dass die vorgeführten Aktivitäten des Octavius nicht weit zurückliegen können⁶⁰. Dem ist freilich von Lintott⁶¹, Balzarini⁶² und Hartkamp⁶³ entgegengehalten worden, dass die Bezugnahme auf das Jahr 61 und die Zuweisung der *formula Octaviana* an C. Octavius zeitlich zu weit vom Ende der Sullanischen Diktatur liegt, um darauf

⁵⁶ So B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrarie I* (Palermo 1913) 64; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto I* (Bologna 1927; Rist. Roma 1964) 15; P. F. GIRARD/F. SENN, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸ (Paris 1929) 446; V. ARANGIO-RUIZ, *Rariora* (1946) 112; J. M. KELLY, *Roman Litigation* (Oxford 1966) 15 FN 3; A. W. LINTOTT, *Violence in Republican Rome* (Oxford 1968) 130; BRUNT, *Italian Manpower* 79; HARTKAMP, *Zwang* 247; KUPISCH, *In integrum restitutio* 158 FN 170; E. CALORE, *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta* (Milano 2011) 140.

⁵⁷ BALZARINI, *Danno violento* 145.

⁵⁸ F. SCHULZ, *SZ* 43 (1922) 218; DUQUESNE, *Annales de l'Université de Grenoble* 20 (1908) 31; HINARD, *Proscriptions* 194.

⁵⁹ Suet. Aug. 3,2: *C. Octavius pater Ex praetura Macedoniam sortitus, Provinciae praefuit non minore iustitia quam fortitudine; namque Bessis ac Thracibus magno proelio fuis, ita socios tractavit, ut epistolae M. Ciceronis exstent quibus Quintum fratrem eodem tempore parum secunda fama proconsulatum Asiae administrantem, hortatur et monet, imitur in promerendis sociis vicinum suum Octavium.*

⁶⁰ F. SCHULZ, *SZ* 43(1922) 217 f.

⁶¹ LINTOTT, *Violence* 130 FN 2.

⁶² BALZARINI, *Danno violento* 145. Das Sueton-Zitat könnte sich daher nach Balzarini statt auf die wiedergegebene Passage aus Cic. Q. fr. I,1,21 auf einen ein Jahr später verfassten Brief zu beziehen, in dem Cicero auf die *existimatio* von C. Octavius verweist: Cic. Q.fr. I,2,2,7: *... et mediocri me dolore putas adfici cum audiam qua sit existimatione Vergilius, qua tuus vicinus, C. Octavius?*

⁶³ HARTKAMP, *Zwang*, 247 [248] Fn 9.

das *reddere* zu beziehen. Demgegenüber hat jüngst J. Haubenhofer gewichtige Argumente für Octavius als Urheber der formula vorgebracht⁶⁴.

Wenn sich – unabhängig von der Frage nach der Identität des Schöpfers – aus dem Cicero-Brief ein historischer Zusammenhang der *formula Octaviana* mit der Aufarbeitung der Sullanischen Schreckensherrschaft entnehmen lässt⁶⁵, so kann doch diese *formula* und auch das prätorische *metus*-Edikt mE nicht die Funktion gehabt haben, die nach den Proskriptionen erfolgten Weiterveräußerungen rückgängig zu machen⁶⁶. Dagegen spricht schon das von Cicero gebrauchte Verbum *auferre*, das auf einen Erwerbsvorgang im Rahmen einer *sectio* nicht passt, auch wenn es sich bei Erwerbshäufig um *Sullani homines* gehandelt hat. Zudem wären die anderweitig versuchten politischen Bemühungen in Richtung auf Restitutionen wohl überflüssig gewesen, wenn sich dieses Ziel mit der erwähnten *formula* hätte erreichen lassen. Soweit die *formula Octaviana* gegen die *Sullani homines* herangezogen wurde, ist es wohl darum gegangen, die unter Ausnützung des Schreckensklimas erfolgten direkten Einwirkungen auf die Proskribierten zu erfassen, die zu Übertragungen und sonstigen Verfügungen zugunsten der *Sullani homines* geführt hatten. Das zeigt sich auch deutlich an Hand eines vom älteren Seneca gebrachten Beispiels, welches auf die Zeit des *bellum civile* Bezug nimmt⁶⁷:

Seneca, Excerpta controversiarum 4,8

Bello civili patronus victus et proscriptus ad libertum confugit. Receptus est ab eo et rogatus ut operas remitteret. Remisit consignatione facta. Restitutus indicit operas. Contradicit. Non mea, inquit, sed aliena vis fuit. Aequè dignus est poena qui ipse vim adhibet et qui ab alio admota ad lucrum suum utitur.

Ein im Bürgerkrieg besiegter und proskribierter Patron ist zu seinem Freigelassenen geflohen. Er wurde von ihm aufgenommen und gebeten, die *operae* (Dienstleistungen) zu erlassen. Er erließ sie ihm unter Anfertigung einer gesiegelten Urkunde. Nach der Begnadigung hat der Patron die Dienste

⁶⁴ Vortrag am 13.9.2013 bei der 67^{er} Session de la Société Internationale Fernand de Vissher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité (SIHDA) in Salzburg am 13.9.2013.

⁶⁵ R. MONIER, Manuel élémentaire de droit romain, tome 2 (Paris 1954, Nachdruck 1970) 66; LINTOTT, Violence 130; B. KUPISCH, Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo, in: Pacte, Convention, Contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin (Genève 1998), 463-479, inbes. 472 ff.

⁶⁶ So HINARD, Proscriptions 195.

⁶⁷ Dazu ausführlich W. WALDSTEIN, Operae libertorum (Stuttgart 1986) 262-264; KUPISCH, Mélanges Schmidlin 473-474; CALORE, Actio quod metus causa 26 ff.

angesagt. Der Freigelassene widerspricht: Es war nicht meine, sondern fremde *vis* (Gewalt). Aber strafwürdig ist in gleicher Weise derjenige, der selbst Gewalt ausübt, und derjenige, der die von einem anderen angewandte Gewalt zu seinem Vorteil ausnützt.

Seneca bezieht sich mit seinem Beispiel auf das das *metus*-Edikt und seine Handhabung in der Weise, dass es bei der *actio quod metus causa* mit ihrer judizialen Restitution nicht darauf ankam, dass die *vis* vom Beklagten ausging, sondern darauf, dass er letztlich daraus einen Vorteil gezogen hatte und zur Restitution imstande war. Eindeutig ergibt sich aber aus der Sachverhaltsschilderung, dass es sich um eine direkte Transaktion zwischen dem verfolgten und proskribierten *dominus* und dem Freigelassenen handelt. Für die Restitution der durch *publicatio* eingezogenen Güter lässt sich der Äußerung nichts entnehmen.

c) In der Frage jener Proskriptionsgüter, die im Wege der *publicatio bonorum* eingezogen und weiterveräußert worden waren, behielt der Stabilitätsgedanke zugunsten der Erwerber jedenfalls die Oberhand über die Wiedergutmachung. Dies ergibt sich ganz deutlich aus einer Schilderung über das Scheitern der diesbezüglichen Bemühungen des Lepidus:

Florus, epit. 2,11,1⁶⁸

Nam cum iure belli Sulla dictator proscripsisset inimicos, qui supererant revocante Lepido quid aliud quam ad bellum vocabantur? Cumque damnatorum civium bona addicente Sulla quamvis male capta iure tamen tenerentur, repetitio eorum procul dubio labefactabat compositae civitatis statum.

Denn als Sulla seine Gegner nach Kriegerrecht proskribiert hatte, wozu sonst als zum Krieg, wurden die Überlebenden unter den Aufruf des Lepidus hin gerufen? Weil die Vermögen der verurteilten Bürger, ob zwar durch die *addictio* Sullas in schlechter Weise erworben, dennoch rechtmäßig besessen wurden, so hätte deren Rückforderung ohne Zweifel den Zustand des wieder gefestigten Staates ins Wanken gebracht.

⁶⁸ Dazu T. R. S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, Vol II (Atlanta 1952, Nachdr. 1984) 85; LABRUNA, *Console sovvesivo* 34 f; 153 f; E. S. GRUEN, *The last Generation of the Roman Republic* (Berkeley u.a.1974) 13f; HINARD, *Proscriptions* 153; SALERNO, *Consecratio* 153; KLINGENBERG, *Grazer Beiträge* 24 (2005) 81.

Der Schriftsteller Florus hat mit seinem Hinweis auf das drohende *labefactare* der *composita civitas* zwar primär die politische Stabilität im Auge, aber diese hängt eben von der Stabilität der durch die Sullanischen *hastae* geschaffenen Eigentumsverhältnisse ab. Nicht einmal der Umstand, dass von Sulla vielen Käufern die Zahlung des Kaufpreises erlassen worden war, führte zu einer Rückabwicklung, sondern erst im Jahr 72 zu einem Gesetz über die Eintreibung der Gelder⁶⁹:

Gellius, Noct. Att. 18,4,4 = Sall. Hist. 4,1 (zum Jahr 72 vC)

At Cn. Lentulus patriciae gentis	Cn. Lentulus aus patrizischem Geschlecht
..... legem de pecunia quam Sulla veröffentlichte ein Gesetz über die
emtoribus bonorum remiserat exigenda	Eintreibung des Geldes, welches Sulla
promulgavit.	den Käufern der Vermögen erlassen
	hatte.

Cicero kritisiert zwar den Umstand, dass Sulla das Vermögen römischer Bürger ohne vorausgegangenes Strafverfahren⁷⁰ als *praeda* verkauft hat, rüttelt nicht an der Rechtsbeständigkeit der Veräußerungsakte:

Cic. Verr. II, 3, 81 (70 vC)

Hic (= Sulla) tantum potuit, ut nemo invito eo nec bona nec patriam nec vitam retinere posset: tantum animi habuit ad audaciam ut dicere in contione non dubitaret, bona civium Romanorum cum venderet, se praedam suam vendere. Eius omnis res gestas non solum obtinemus, verum etiam propter maiorum incommodorum et calamitatum metum publica auctoritate defendimus.

Dieser (= Sulla) hatte so viel Macht, dass gegen seinen Willen niemand das Vermögen, die Heimat und das Leben behalten konnte. Er hatte so viel Mut zur Dreistigkeit, dass er in der Versammlung nicht zögerte zu sagen, wenn er das Vermögen römischer Bürger verkaufe, dann verkaufe er seine Kriegsbeute. Alle seine *res gestae* haben wir nicht nur übernommen, sondern auch aus Angst vor größeren Nachteilen und Schäden mit öffentlicher Autorität verteidigt.

Ähnlich wie bei Florus ist es auch bei Cicero der *metus maiorum incommodorum et calamitatum*, der Cicero zum Festhalten an den geschaffenen Verhältnissen veranlasst hat. Auch in seinen *officia* geht Cicero darauf ein:

⁶⁹ G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani* (Hildesheim 1966) 366; HINARD, *Proscriptions* 187.

⁷⁰ Siehe die Belege oben FN 45.

Cic. off. 1,43

Quare L. Sullae, C. Caesaris **pecuniarum translatio a iustis dominis ad alienos** non debet liberalitas videri; nihil est enim liberale quod non idem iustum.

Daher darf auch die von L. Sulla und C. Caesar vorgenommene Vermögensübertragung von rechtmäßigen Eigentümern an andere nicht als Freigiebigkeit angesehen werden; denn nichts ist freigiebig, was nicht zugleich gerecht ist.

Wiewohl er die aus den Proskriptionen getätigten Zuwendungen als nicht gerecht (und aus diesem Grund nicht als *liberalitas*) einstuft, so macht er doch klar, dass dahinter rechtlich wirksame Eigentumsübertragungen (*pecuniarium translatio a iustis dominis ad alienos*) stehen⁷¹. Die diesbezügliche Haltung Caesars erwähnt er auch in

Cic. fam. 13,8,2

... cum Caesar **Sullanas venditiones** et assignationes **ratas esse velit** quo firmiores existimentur suae,

...weil Caesar wollte, dass die Sullanischen Verkäufe und Landzuweisungen gültig bleiben, damit auch die seinigen als beständiger gehalten werden.

Wir können also aus dem Quellenbefund die Feststellung ableiten, dass es nach den Sullanischen Proskriptionen, die über eine *hasta* zu neuen Erwerbern geführt hatten, zu keiner Restitution und damit zu keinem Eingriff in die (zumindest formal korrekt) erworbenen Eigentumsrechte gekommen ist.

2. Caesar

Die eben vorgeführte Stelle leitet zu Caesar über. Wiewohl Caesar sich in einer (möglicherweise fiktiven) Rede vor seinen Soldaten, denen er Land versprach, von Sulla dadurch abzugrenzen versucht, in dem er das dafür benötigte Land nicht anderen entzieht⁷², wird er von Brutus durchaus mit diesem gleichgesetzt⁷³. Seine Einziehungen betrafen die Güter des Pompeius⁷⁴

⁷¹ So auch HINARD, Proscriptions 192.

⁷² App. bell. civ. 2,3 [94]; BRUNT, Italian Manpower 320; M. PENNITZ, Der „Enteignungsfall“ im römischen Recht der Republik und des Prinzipats (Wien 1991) 163 f.

⁷³ App. bell. civ. 2,19 [140].

⁷⁴ SEIDEL, Konfiskationen 143.

und der Pompeianer. Von ihm selbst stammt noch eine *concessio* an die Angehörigen der gefallenen Gegner:

Cass. Dio 43,50,2 (Caesar 44 vC)

... καὶ ταῖς γυναῖξί τῶν ἀπολωλότων τὰς προΐκτας ἀποδοῦναι, τοῖς δὲ παισὶν αὐτῶν μέρη τῶν οὐσίων χαρίσασθαι.

Den Witwen der Gefallenen erstattete er ihre Mitgift zurück, ihren Kindern gewährte er Teile des Vermögens.

Die eingezogenen Güter des Pompeius waren *hasta posita* in einer *sectio* verkauft worden, in der Antonius als einziger Interessent auftrat und einen Großteil der Güter als *sector* erwarb⁷⁵. Auf seine Initiative hin erhielt der Sohn Sextus Pompeius für die eingezogenen väterlichen Güter eine Entschädigung in Geld:

App. bell.civ. 3,1 [4]⁷⁶

ὥς δὲ καὶ Σέξτον Πομπήιον ὁ Ἄντωνιος, τὸν Πομπηίου Μάγνου υἱὸν περιποθήτου πᾶσιν ἔτι ὄντος, εἰσηγήσατο καλεῖν ἐξ Ἰβερίας πολεμουμένον ἔτι πρὸς τῶν Καισάρου στρατηγῶν, ἀντί τε τῆς πατρῴας οὐσίας δεδημευμένης ἐκ τῶν κοινῶν αὐτῷ δοθῆναι μυριάδας Ἑπτὰκιῶν δραχμῶν πετακισχιλίας.

Nun stellte Antonius auch noch den Antrag, Sextus Pompeius, den Sohn des immer noch allgemein beliebten Pompeius Magnus, aus Spanien, wo ihn Caesars Unterfeldherrn immer noch bekämpften, zurückzuberufen, und dass ihm statt des beschlagnahmten väterlichen Vermögens 50 Millionen attische Drachmen aus der Staatskasse gegeben werden sollen..

In einer späteren Rede des Piso zugunsten des Antonius wird der Inhalt des Antrags mit τὴν πατρῴαν ἐκ τῶν δημοσίων αὐτῷ διέλυε περιουσίαν (das väterliche Vermögen aus der Staatskasse ihm auszufolgen)⁷⁷ wiedergegeben und damit auf die im *aerarium* verbliebenen Mittel beschränkt. Die vom Senat zugebilligte Summe entsprach der Summe, die bei der Verwertung erzielt worden war, und sollte den Sextus Pompeius in die Lage versetzen, die väterlichen Güter von Antonius oder Dolabella zurückzukaufen (*redimere*), wobei Cicero bezüglich des Hauses des Pompeius kritisiert, dass dies zu einem höheren Preis als jenem erfolgen soll, den Antonius beim Erwerb gezahlt hat⁷⁸. Für den Senat war mit Zusicherung dieser Summe *Cn. Pompei filius*

⁷⁵ Cic. Phil. 2,64; 2,75.

⁷⁶ Vgl. auch App. bell. civ. 3,8 [57]; SEIDEL, Konfiskationen 143; 321.

⁷⁷ App. bell.civ.3,57 [235]

⁷⁸ Cic. Phil. 13,10-11.

*in patrimonio suo collocatus*⁷⁹, vorgesehen war jedoch nur eine Auszahlung der in der Staatskasse befindlichen Gold- und Silberbestände⁸⁰, jedoch nicht die Rückstellung der bereits größtenteils im Besitz des Antonius befindlichen Ländereien. Auch hier zeigt sich, dass mit dem auch von Cicero grundsätzlich akzeptierten Prinzip der Rechtsbeständigkeit der *acta Caesaris*⁸¹ nicht direkt in die Position der Erwerber eingegriffen wurde, wenn die Güter schon verkauft waren⁸².

3. Augustus und die Triumviren

Die eben geschilderte Geldrestitution an Sextus Pompeius gehört der Zeit unmittelbar nach Caesars Tod an. Ebenso gab es in dieser Zeit zahlreiche Prozesse gegen Octavian, der im Erbgang nach Caesar auch Grundstücke erlangt hatte, die Caesar seinerzeit im Rahmen der Verwertung von Proskriptionsgütern gekauft hatte⁸³. Dass Octavian diese Prozesse verloren hat – was sich auch ungünstig auf den Verkauf seiner Erbschaftsgüter auswirkte⁸⁴ –, wird aber als Ergebnis einer von Antonius gesteuerten Parteilichkeit und Einflussnahme geschildert, die auch im Widerspruch zur Aufrechterhaltung der *acta Caesaris* stand⁸⁵.

Die besonders harten Proskriptionen der Triumviren⁸⁶ brachten zunächst im Wege der Versteigerung nicht die gewünschten Geldeinnahmen, da sich kaum Käufer fanden und diese nur zu niedrigen Preisen kauften⁸⁷. Ähnlich wie bei Caesar gab es auch hier eine *concessio* zugunsten naher Angehöriger:

⁷⁹ Cic. Phil. 13,12.

⁸⁰ Cass. Dio 45,9,4.

⁸¹ Cic. Phil. 13,11: *salvis enim actis Caesaris, quae concordiae causa defendimus*; Cic. Phil. 13,12: *actis Caesaris firmis ac ratis*.

⁸² F. DE MARINI AVONZO, I limiti alla disponibilità della “res litigiosa” nel diritto romano (Milano 1967) 182 FN 21.

⁸³ App. bell. civ. 3,22 [80].

⁸⁴ App. bell. civ. 3,22 [88].

⁸⁵ App. bell. civ. 3,22 [81].

⁸⁶ SEIDEL, Konfiskationen 14; H. BENGTON, Zu den Proskriptionen der Triumviren (München 1972); BRUNT, Italian Manpower 326-328; HINARD, Proscriptions 227-257; J. BLEICKEN, Augustus (Berlin 2000) 142-146; R. SYME, Die römische Revolution (Stuttgart 2006) 194-208.

⁸⁷ App. bell. civ. 4,31 [134]; Cass. Dio 47,17,2-3.

Cass. Dio 47,14, 1 (Triumviren 43 vC)⁸⁸

καίτοι ταῖς δὲ γυναῖξι ταῖς τῶν
φονευομένων τὰς προῖκας καὶ τοῖς
τέκνοις τοῖς μὲν ἄρρεσι τὸ δέκατον ταῖς
δὲ θηλείαις τὸ εἴκοστον σφῶν οὐσίας
δώσειν, ὡς καὶ δὴ δίκαιοί τε ὄντες,
ἐπηγγείλαντο.

Sie haben – um auch gerecht zu sein –
durch ein Edikt angekündigt, den Frauen
der Getöteten ihre Mitgift zu erstatten,
den männlichen Kindern ein Zehntel,
den weiblichen Kindern ein Zwanzigstel
des Vermögens pro Person zu erstatten.

Darüber hinaus gab es nur punktuelle Einzelrestitutionen, wobei ein Fall in
unserem Zusammenhang besondere Aufmerksamkeit verdient:

Corn. Nep., Att. 12, 3

nam cum L. Saufei equitis Romani,
aequalis sui, qui complures annos
studio ductus philosophiae Athenis
habitabat habebatque in Italia
pretiosas possessiones, triumviri bona
vendidissent consuetudine ea, qua
tum res gerebantur, Attici labore atque
industria factum est, ut eodem nuntio
Saufei fieret certior se patrimonium
amisisse et recuperasse.

Denn als die Triumviren die Güter
des römischen Ritters L. Saufei,
seines Altersgenossen, der durch
das Philosophiestudium mehrere
Jahre in Athen wohnte und in
Italien wertvolle Besitzungen hatte,
nach der gewohnheitlichen Übung
verkauft hatten, mit der damals die
Angelegenheiten durchgeführt wurden,
ist es durch die Bemühung und
Beständigkeit des Atticus geschehen,
dass Saufei durch denselben Boten
benachrichtigt worden ist, dass er sein
Vermögen verloren und wiedererlangt
hat.

Wenn man das *recuperasse* wörtlich nimmt, ist hier eine Naturalrestitution
bezeugt, mit der die Triumviren zwangsläufig in die Position des Erwerbers
der eingezogenen Güter des Saufei⁸⁹ eingegriffen haben, zumal Nepos in
seiner Schilderung eine Situation voraussetzt, in der *venditio* bereits erfolgt
war⁹⁰. Allerdings spricht der Umstand, dass Saufei *eodem nuntio* vom
Verlust und der Wiedererlangung seiner Güter erfahren hat, dafür, dass die
erfolgreiche Initiative des Atticus sehr rasch erfolgt war, so dass der Erwerber
– ob zwar durch die *addictio* Eigentümer geworden – die Güter vielleicht noch
nicht in Besitz genommen hatte. Wie diese Rückabwicklung technisch erfolgt

⁸⁸ SEIDEL, Konfiskationen 144.

⁸⁹ Zu Saufei LIEBEN, RE II A 256-257.

⁹⁰ So auch DE MARINI AVONZO, Limiti 164 FN 28.

ist, können wir der Stelle zwar nicht entnehmen. In einer rechtsstaatlichen Ausnahmesituation, die allein schon wegen der Proskriptionen durch eine eklatante staatliche Nichtachtung von Eigentum gekennzeichnet ist, ist es aber durchaus denkbar, dass die Triumviren auch umgekehrt eine *addictio* widerrufen haben. Dass die Instabilität des Erwerbs schon potentielle Interessenten an Proskriptionsgütern vom Erwerb letztlich abhielt, ist ebenfalls bezeugt⁹¹.

III. Restititionen in der Prinzipatszeit

a) Durch Claudius kam es zur Restitution⁹² an jene, die von den Einziehungen unter Tiberius und Caligula betroffen waren⁹³:

Cass. Dio 60,4,1 (Claudius 41 nC)

καὶ τοὺς ἐκπεσόντας ἀδικῶς ὑπ' αὐτοῦ, τοὺς δὲ ἄλλους καὶ τὰς ἀδελφάς, τὴν δὲ Ἀγριππίναν καὶ τὴν Ἰουλίαν, καταγαγῶν τὰς οὐσίας σφίσιν ἀπέδωκεν.

Auch die von ihm (scil. Caligula) ungerechterweise verbannten Personen, darunter seine Schwestern Agrippina und Julia rief er (scil. Claudius) zurück und erstattete ihnen wieder ihre Vermögen.

Cass. Dio 60,6,3 (Claudius 41 nC)

καὶ τῶν δὲ προδημευθέντων ἐπὶ τε τοῦ Τιβερίου καὶ ἐπὶ τοῦ Γαίου τὰ μὲν αὐτοῖς τοῖς ἔτι περιόουσι τὰ δὲ τοῖς τέκνοις αὐτῶν ἀπέδωκεν.

Und von den unter Tiberius und Gaius eingezogenen Vermögenswerten nahm er die Rückerstattung teils an sie selbst, wenn sie noch lebten, teils an ihre Kinder vor.

In der ersten Stelle werden als Restitutionsobjekte die οὐσία, in der zweiten die προδημευθέντα (*bona publicata*) bezeichnet. Diese Wortwahl spricht eindeutig für eine Naturalrestitution. Das ist unproblematisch, wenn die Vermögenswerte noch in natura im *aerarium* vorhanden waren, rechtlich also noch *res publicae populi Romani* waren. Für die Problematik, wie eine Restitution abgewickelt wurde, wenn

⁹¹ App. bell. civ. 4,31 [134].

⁹² SEIDEL, Konfiskationen 327.

⁹³ M. ALPERS, Das nachrepublikanische Finanzsystem. Fiscus und Fiscii in der frühen Kaiserzeit (Berlin u.a.1995) 139; 181 FN 599. Keiner Restitution bedurfte es hingegen in jenen Fällen, in denen es bis zum Regierungsantritt des Claudius noch zu keiner Anklage oder Verurteilung gekommen war; hier griff die von Claudius gewährte generelle *venia et oblivio* (Suet. Claud. 11,1) bzw. ἀδεία (Cass. Dio 60,3,5) ein; dazu W. WALDSTEIN, Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht. Abolitio-Indulgentia-Venia (Innsbruck 1964) 103.

es bereits zur Weiterveräußerung gekommen war, sind die Stellen wohl unergiebig. Es findet sich zwar bei Cass. Dio 60,17,2 ein Hinweis darauf, dass Claudius die von Caligula μήτε ἐν δίκη μήτε ἐν λόγῳ τιμὴν δοθέντα ἀπήτησε (er forderte das von Caligula ohne Recht und ohne Sinn jemandem Geschenke zurück)⁹⁴; dass diese Maßnahme wohl nicht in Zusammenhang mit den Restititionen steht, zeigt ihr Adressatenkreis: Hätte diese Maßnahme etwas mit einer geplanten Naturalrestitution an begnadigte Exilierte zu tun gehabt, so hätte sie wohl auch die entgeltlichen Erwerber – angesichts der Motive der Caligulanischen Straffpolitik wohl der größere Teil der Erwerber von *bona damnatorum* – erfassen müssen.

- b) Im Gegensatz dazu lässt sich aus den Mitteilungen über die Othonischen Restititionen indirekt ableiten, dass bereits veräußerte Gegenstände nicht in die Restitution einbezogen worden sind.

Tac. Hist. 1,90 (Otho 69 nC)

Pridie Idus Martias commendata patribus re publica reliquias Neronianarum sectionum nondum in fiscum conversas revocatis ab exilio concessit, iustissimum donum et in speciem magnificum, sed festinata iam pridem exactione usu sterile.

Nachdem am 14. März der Staat den Senatoren anvertraut worden war, gewährte er die Reste der Neronianischen *sectiones*, die noch nicht in den *fiscus* überführt worden waren, den aus dem Exil Zurückgerufenen, ein sehr gerechtes Geschenk und im Anschein großzügig, aber durch die schon zuvor eilends betriebene *exactio* von unergiebigem Nutzen.

Plut. Otho 1,4

Τοῖς δ' ἐπὶ Νέρωνος φυγοῦσι καὶ κατελθοῦσι ἐπὶ Γάλβα συγκλητικοῖς πᾶσιν ἀπέδωκεν ὅσα μὴ πεπραμμένα τῶν κτημάτων ἐκάστου ἐξεύρισκεν.

Allen unter Nero Exilierten und unter Galba zurückgekehrten Senatoren erstattete er zurück, wie viel er von den Vermögen jedes einzelnen nicht verkauft vorfand.

Restitutionsbegünstigt waren die unter Nero ins Exil geschickten und unter Galba zurückgekehrten Personen, wobei Plutarch enger als Tacitus nur von *συγκλητικοί* (Senatoren) spricht. Nach Plutarch wurden ihnen die Güter restituiert, soweit sie noch nicht verkauft worden waren; Tacitus bezeichnet als Restitutionsobjekte die *reliquias sectionum nondum in fiscum conversas*. Dass kein Zusammenhang mit dem in Tac. Hist. 1,20⁹⁵ beschriebenen Widerruf der

⁹⁴ Dazu ALPERS, Finanzsystem 140.

⁹⁵ Tac. Hist. 1,20: *appellari singulos iussit, decima parte liberalitatis apud quemque eorum*

Neronianischen Schenkungen durch Galba besteht⁹⁶, wurde jüngst von Alpers zu Recht hervorgehoben⁹⁷. Umstritten ist, ob es sich bei den konzeditierten *reliquiae* um Geldeingänge aus den *sectiones*⁹⁸ oder um noch nicht durch *sectio* verkaufte *bona*⁹⁹ handelt. Talamancas „interpretazione piu spontanea“¹⁰⁰ geht dahin, darin die von den *sectores* geschuldeten, aber noch nicht gezahlten Kaufpreise zu sehen, er räumt aber selbst ein, dass eine Lesung der Passage als „*reliquias pretiorum sectionum*“ vom Text nicht gedeckt ist, weshalb er letztlich eine Interpretation der *reliquiae* im Sinn von noch nicht verkauften Gütern vorzieht. Salerno¹⁰¹ versteht das *nondum in fiscum conversas* in dem Sinn, dass die Güter noch gar nicht vom *fiscus* erworben worden und daher nicht Objekt einer normalen *sectio* gewesen waren, wie sie nur für *bona publicata* vorgesehen war. Alpers hingegen hat die Stelle - freilich auf dem Hintergrund seiner Lehre, wonach der *fiscus* im ersten nachchristlichen Jahrhundert eine reine Privatkasse des *princeps* war¹⁰² und dieser daher auch keine *bona damnatorum* zufallen konnten¹⁰³ - völlig neu interpretiert: Nero sei selbst als *sector* bei der von den Quaestoren betriebenen Versteigerung der zum Aerar eingezogenen Güter aufgetreten war und habe auf diese Weise die Vermögen der Exilierten zum *fiscus* erworben. Infolge der mit großer Eile betriebenen Weiterveräußerungen - in diesem Sinn sind die Ausdrücke das *convertere in fiscum* und die *exactio* zu verstehen - waren nur mehr wenige *reliquiae* vorhanden, die aufgrund der Othonischen Anordnung restituiert werden konnten¹⁰⁴.

Das Plutarchische Zeugnis zeigt eindeutig, dass Verkäufe vorausgesetzt sind, bei denen das Vermögen eines Exilierten nicht en bloc verkauft worden ist, denn es spricht von noch nicht verkauften *κτήματα* bei jedem einzelnen Betroffenen (*ἐκάστου*). In die Position der Erwerber wurde jedoch anlässlich der othonischen Restitution nicht eingegriffen, weshalb sich diese auf die noch zum Vermögen des *fiscus* gehörigen Objekte beschränkte.

relicta; dazu SEIDEL, Konfiskationen 318.

⁹⁶ F. MILLAR, JRS 53 (1963) 39; P. A. BRUNT, JRS 56 (1966) 91; G. BOULVERT, RH 48 (1970) 437.

⁹⁷ ALPERS, Finanzsystem 174 f.

⁹⁸ So G. E. F. CHILVER, A Historical Commentary on Tacitus' Histories I and II (Oxford 1979) 160; C. H. MOORE, Tacitus, the Histories, Vol. I (Cambridge-London 1925) 155.

⁹⁹ So H. HEUBNER, P. Cornelius Tacitus, Die Historien I (Heidelberg 1963) 195.

¹⁰⁰ M. TALAMANCA, Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico (Roma 1954) 161.

¹⁰¹ SALERNO, Consecratio 186 f.

¹⁰² ALPERS, Finanzsystem 308 ff.

¹⁰³ ALPERS, Finanzsystem 50 ff; 106.

¹⁰⁴ ALPERS, Finanzsystem 179 ff.

- c) Eine ähnliche Einschränkung finden wir im Bericht des Cassius Dio über die Restititionen des Vitellius.

Cass. Dio 65,6,1 (Vitellius 69 nC)

καὶ τοῖς οἰκειοῖς δὲ τῶν πρότερον πότε θανατωθέντων ἐδωρήσατο πάντα ὅσα ἔτι ἐν τῷ δημοσίῳ εὔρητο.

Den Angehörigen früher einmal Hingerichteter schenkte er alles, was (von den eingezogenen Vermögen) noch im *aerarium* gefunden worden ist.

Als Begünstigte werden die Angehörigen von Hingerichteten genannt: Daraus erklärt sich wohl auch der Umstand, dass Cassius Dio die Vermögensrückstellung nicht wie sonst mit ἀπέδωκεν, sondern mit ἐδωρήσατο bezeichnet. Der Historiker sieht den Vorgang nicht als Maßnahme im Zuge einer postmortalen Begnadigung der Hingerichteten, sondern wohl als ausschließlich den Angehörigen erwiesene Vergünstigung. Dass die Rückstellung auf diese Fallgruppe beschränkt war, wird durch die Mitteilung des Tacitus bestätigt, wonach die aus dem Exil Zurückgekehrten außer den *iura libertorum* seitens Vitellius keine Vermögenspositionen zurückerhielten¹⁰⁵. Die Restitution an die Angehörigen der Hingerichteten beschränkte sich jedoch auf die im *aerarium* noch realiter vorhandenen Vermögensstücke; sie erhielten also im Fall einer bereits getätigten Veräußerung weder aus dem *aerarium* ein Surrogat oder eine Entschädigung noch konnten sie gegen die Erwerber vorgehen.

- d) Auch bei Nerva, der bei seinem Regierungsantritt anhängige *maiestas*-Verfahren niederschlug und die bereits Exilierten zurückrief¹⁰⁶, findet sich für die angeordnete Restitution¹⁰⁷ der übliche Vorbehalt:

Cass. Dio 68,2,1 (Nerva 96 nC)

τοῖς δὲ τῶν οὐσίῳ ἐπὶ τοῦ Δομιτιάνου μάτην ἐστερημένοις πάντα ἀπέδωκεν ὅσα ἐν τῷ βασιλείῳ ἔτι ὄντα εὔρέθη.

Denjenigen, deren Vermögen unter Domitian grundlos eingezogen worden waren, erstattete er alles zurück, was noch im *fiscus* als vorhanden gefunden wurde.

Restitutionsbegünstigt sind nach dieser Schilderung die zurückgekehrten Exilierten; ob auch an die Angehörigen Hingerichteter – und zu Hinrichtungen

¹⁰⁵ Tac. Hist 2,92.

¹⁰⁶ Cass. Dio 68,1,2.

¹⁰⁷ SEIDEL, Konfiskationen 327.

war es unter Domitian zweifelsfrei gekommen¹⁰⁸ – Restititionen erfolgten, geht aus dieser Mitteilung nicht hervor.

- e) Nach dem Ausweis der *Historia Augusta* erfolgte eine Restitition an die Angehörigen des gefallenen Usurpators Avidius Cassius. Dieser war vom Senat als *hostis* erklärt und sein Vermögen zum *aerarium publicum* eingezogen worden, nachdem Mark Aurel eine Übernahme in das *aerarium privatum* abgelehnt hatte¹⁰⁹. Mark Aurel ordnet Teilrestitution an:

SHA Avid. Cass. 7,9

filios Avidii Cassi Antonius Marcus parte media paterni patrimonii donavit, ita ut filias eius auro argento et gemmis cohonestaret.

Die Söhne des Avidius Cassius beschenkte Antonius Marcus mit der Hälfte des väterlichen Vermögens, in der Weise, dass er auch die Töchter durch Gold, Silber und Gemmen mitehrte.

- e) Zusammenfassend ergibt der für die Prinzipatszeit erhobene Befund, dass Restititionen insoweit erfolgten, als die eingezogenen Güter noch in der einziehende Staatskasse (zunächst noch das *aerarium*, später der *fiscus*) vorhanden waren. Der Grund für die Einschränkungen liegt darin, dass auch der *fiscus* die von ihm getätigten Verkäufe nicht mehr rückgängig machen konnte¹¹⁰, auch nicht gegen Anbot der Rückerstattung des gezahlten Preises¹¹¹ oder durch ein kaiserliches Reskript¹¹². Das Vertrauen der Erwerber in die aerarischen Versteigerungen und auch bei den fiskalischen Verkäufen übliche *hasta*¹¹³ sollte nicht untergraben werden.

¹⁰⁸ Suet. Dom. 10; Zu seiner vorgeblichen Milde durch ein Hinwirken auf ein *liberum mortis abitrium* (Suet. Dom. 11,2) R. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome* (London 1996) 97 ff.

¹⁰⁹ SHA Aur. 24,9: *sed per senatum hostis iudicatus est bonaque eius proscripta per aerarium publicum*; SHA Avid. Cass. 7,7: *senatus illum hostem appellavit bonaque eius proscripsit. quae Antoninus in privatum aerarium congeri noluit, in aerarium publicum sunt relata*; Nach O. HIRSCHFELD, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Dioketian*² (Berlin 1905, Nachdruck Zürich 1975) 46 FN 2 ist mit *aerarium* an dieser Stelle – ebenso wie bei anderen Schriftstellern der *Historia Augusta* (SHA Alex. 46,4; Albin. 12) – der *fiscus* gemeint.

¹¹⁰ W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus* (Leipzig 1844) 271. G. BOULVERT, ANRW II 14 (Berlin-New York 1982) 842.

¹¹¹ Gord. C. 10,3,3 (a. 239); Diocl. C. 4,44,7 (a. 293).

¹¹² Diocl. C. 4,44,3 (a. 293).

¹¹³ Vgl. Ant. C. 10,3,1 (a. 213); Gord. C. 10,3,2 (a. 239).

IV. Restitutionen nach der Christenverfolgung

Die Christenverfolgungen hatten sowohl zur Einziehung des korporativen Vermögens der Bischofsgemeinden als auch zur Einziehung von Individualvermögen der Christen geführt. Nach Beendigung der Christenverfolgung unter den Nachfolgern Diokletians kam es in beiden Bereichen zu einer Restitution.

- a) Eine ausführliche Regelung bezüglich des Kirchenvermögens findet sich in der als „Mailänder Edikt“ bezeichneten Vereinbarung zwischen Konstantin und Licinius, die unter anderem auch die folgenden vermögensrechtlichen Bestimmungen enthält¹¹⁴. Im Gegensatz zur bisher praktizierten Übung wird dabei in die Rechte der Erwerber *a fisco* eingegriffen:

Edikt von Mailand (313 nC), Lact. de morte persecutorum 48, 7-9 = Eus. Hist. eccl. 10,5,9-11¹¹⁵

(7) Atque hoc insuper in persona Christianorum statuendum esse censuimus, quod, si eadem loca, ad quae antea convenire consuerant, de quibus etiam datis ad officium tuum litteris certa antehac forma fuerat comprehensa, priore tempore aliqui vel a fisco nostro vel ab alio quocumque videntur esse mercati, eadem Christianis sine pecunia et sine

Und im übrigen bestimmen wir für die Person der Christen, dass ihre Plätze, an denen sie früher zusammenzukommen pflegten, über die auch in dem früher an dich ergangenen Schreiben eine Anweisung enthalten ist, wenn sich herausstellt, dass manche von unserem Fiskus oder von jemand anderem gekauft haben, sollen sie diese den Christen ohne

¹¹⁴ Dazu H. HELLE, Das kirchliche Vermögen von der ältesten Zeit bis Konstantin d. Gr. (Paderborn 1876) 38; A. RIVET, Le régime des biens de l'église avant Justinien, spécialement sous les empereurs chrétiens (Lyon 1891) 29 f; H. HÜLLE, Die Toleranzerlässe römischer Kaiser für das Christentum bis zum Jahr 313 (Greifswald 1895) 102-103; P. ALLARD, Histoire des persecutions IV/2 (Paris 1908; Nachdruck Roma 1971) 260-264; C. SANTUCCI, L'editto di Milano nei riguardi del diritto, Nov. Boll di archeologia cristiana 19 (1913) 72 ff; E. CHENON, Les conséquences juridiques de l'édit de Milan, RH 38 (1914) 255-266; G. KRÜGER, Die Rechtsstellung der vorkonstantinischen Kirchen (Stuttgart 1935) 234-242; L. VOELKL, Der Kaiser Konstantin. Annalen einer Zeitenwende (München 1957) 55; Cl. DUPONT, Viator, Medieval and Renaissance Studies 2 (1971) 6.

¹¹⁵ Eine Übersicht über die Divergenzen zwischen den beiden Texten findet sich bei HÜLLE, Toleranzerlässe 86-92; dazu V. SESAN, Kirche und Staat im römisch-byzantinischen Reiche seit Konstantin dem Großen und bis zum Ende Konstantinopels, Bd I: Die Religionspolitik der christlich-römischen Kaiser von Konstantin d. Gr. bis Theodosios d. Gr. (313-380), (Czernowitz 1911, Nachdruck Leipzig 1973) 169-173.

ulla pretii petitione, postposita omni frustratione atque ambiguitate, restituant, qui etiam dono fuerunt consecuti, eadem similiter isdem Christianis quantocius reddant.

(8) etiam vel hi qui emerunt vel qui dono fuerunt consecuti, si petiverint de nostra benevolentia aliquid, vicarium postulent (abweichend Eus: προσέλωσι τῷ ἐπὶ τόπων ἐπάρχῳ δικάζοντι), quo et ipsis per nostram clementiam consulatur. quae omnia corpori Christianorum protinus per intercessionem tuam ac sine mora tradi oportebit.

(9) et quoniam idem Christiani non ea loca tantum ad quae convenire consuerunt, sed alia etiam habuisse noscuntur ad ius corporis eorum id est ecclesiarum, non hominum singulorum pertinentia (Eus: διαφέροντας οὐ πρὸς ἕκαστον αὐτῶν, ἀλλὰ πρὸς τὸ δίκαιον τοῦ αὐτῶν σώματος, τοῦτ' ἐστὶν τῶν Χριστιανῶν), ea omnia lege quam superius comprehendimus, citra ullam prorsus ambiguitatem vel controversiam isdem Christianis id est corpori vel conventiculis eorum (Eus: τοῖς αὐτοῖς Χριστιανοῖς τοῦτ' ἐστὶν τῷ σώματι αὐτῶν καὶ τῇ συνόδῳ) reddi iubebis supra dicta scilicet ratione servata, ut ii qui eadem sine pretio sicut diximus restituant, indemnitate de nostra benivolentia (Eus: καλοκἀγαθία) sperent.

Geld und ohne Forderung des Preises rasch unter Ausschaltung jeder Verzögerung und ohne Streit zurückerstatten. Und wenn manche diese selben Plätze als Geschenk erhalten haben, sollen sie diese denselben Christen auf das schnellste zurückgeben.

Auch sollen diejenigen, welche (die Plätze) entweder gekauft oder als Geschenk erhalten haben, wenn sie etwas von unserer Wohltätigkeit erbitten, einen Ersatz verlangen (abweichend Eus: sich an den örtlichen rechtsprechenden Statthalter wenden), damit auch für sie durch unsere Milde vorgesorgt wird. Das alles muss der Körperschaft der Christen durch deine Mühewaltung ohne irgendeinen Aufschub übergeben werden.

Und weil die Christen nicht nur die Örtlichkeiten, an denen sie zusammenzukommen pflegten, sondern bekanntlich auch andere hatten, die zum Recht ihrer Körperschaft, dh. der Kirchen, nicht der einzelnen Menschen gehörten, das alles wirst du nach dem oben erwähnten Gesetz ganz ohne Zwiespalt und Streit denselben Christen, dh. ihrer Körperschaft oder ihren Gemeinden zurückzugeben anordnen, wobei die oben erwähnte Vorgangsweise zu beachten ist, dass diejenigen, welche wie erwähnt ohne Preis zurückerstatten sollen, sich von unserer Wohltätigkeit eine Entschädigung erhoffen mögen.

Formal handelt es sich bei dem von Laktanz wiedergegebenen lateinischen Text um ein Schreiben (*litterae*) des Licinius an den Statthalter von Bithynien,

welches einleitend auf die zwischen Konstantin und Licinius in Mailand getroffene Vereinbarung Bezugnimmt („*cum feliciter tam ego quam Constantinus Augustus quam etiam ego Licinnius apud Mediolanum convenissemus*“)¹¹⁶, derselbe Hinweis findet sich auch im Eusebius-Text¹¹⁷, der wahrscheinlich ein Schreiben an den Statthalter von Palästina wiedergibt¹¹⁸; Eusebius stellt es als Abschrift (ἀντίγραφον) einer aus dem Lateinischen übersetzten kaiserlichen διάταξις vor¹¹⁹. Die lange darauf gestützte Auffassung, wonach bei Laktanz das Mailänder Edikt im Original, bei Eusebius eine Übersetzung vorliege, wurde vor allem durch Seeck erschüttert, welcher die Existenz eines Mailänder Edikts überhaupt in Abrede stellte¹²⁰. Seeck ist zwar auf heftigen Widerstand gestoßen¹²¹, doch es gibt auch weiterhin Stimmen, welche nur vom sogenannten Edikt von Mailand sprechen und es als Konstruktion der Gelehrten qualifizieren¹²².

Sachlich geht es um die Restitution eingezogener kirchlicher Immobilien, wobei die Abschnitte (7) und (8) die Versammlungsorte betreffen, der Abschnitt (9) das sonstige eingezogene Immobilienvermögen der Kirche erfasst. In beiden Bereichen hat die Regelung eine Situation im Auge, in der die eingezogenen Immobilien bereits verkauft oder durch Schenkung weitergegeben worden waren. Dass als Verkäufer neben dem *fiscus* auch ein *alius* genannt wird (*aliqui vel a fisco nostro vel ab alio quocumque videntur esse mercati*), könnte zwar eine Konstellation im Auge haben, in welcher die zunächst vom *fiscus* verkaufte Immobilie später weiterveräußert worden ist, lässt sich aber auch damit erklären, dass die seinerzeitigen Einziehungen nicht nur durch den *fiscus*, sondern auch durch andere Rechtsträger erfolgt sind. Ein Indiz in diese Richtung findet sich in dem (unten wiedergegebenen) Edikt des Maximinus Daia, in denen (neben dem *fiscus*) auch die Städte als einziehende Übernehmer christlicher Liegenschaften erwähnt sind.

¹¹⁶ Lact. De morte persecutorum 48,2.

¹¹⁷ Eus. Hist. Eccl. 10,5,3.

¹¹⁸ V. KEIL, Quellensammlung zur Religionspolitik Konstantins des Großen (Darmstadt 1995) 58.

¹¹⁹ Eus. Hist. Eccl. 10,5,1.

¹²⁰ O. SEECK, Das sogenannte Edikt von Mailand, Zeitschrift für Kirchengeschichte 12 (1891) 381-386.

¹²¹ F. GÖRRES, Eine Bestreitung des Edikts von Mailand durch O. Seeck, Zeitschrift für wissenschaftliche Theologie 35 (1892) 282-295; H. HÜLLE, Toleranzerlässe 97-100; V. SESAN, Kirche und Staat I 152-167.

¹²² E. HERRMANN, Ecclesia in re publica. Die Entwicklung der Kirche von pseudostaatlicher zu staatlich inkorporierter Existenz (Frankfurt 1989) 201 FN 155. Kritisch dazu W. WALDSTEIN, SZ 100 (1983) 549-550.

Die Restitution wird dabei von Amts wegen durchgeführt, der faktische Vollzug erfolgt durch das *reddere iubere* des Statthalters. Die Rückstellung muss ohne Streit – dh. ohne ein weiteres kontradiktorisches Verfahren (*sine ulla controversia*) – unverzüglich abgewickelt werden. Der betroffene aktuelle Besitzer verliert dadurch nicht nur den Besitz, sondern auch das vom *fiscus* (oder sonstigem Verkäufer) seinerzeit derivativ¹²³ erlangte Eigentum an die korporativ verstandenen¹²⁴ kirchlichen Eigentumssubjekte, ohne dass diese zu einer gegenläufigen Geldzahlung oder zur Erstattung des Preises herangezogen werden können (*sine pecunia et sine ulla pretii petitione*). Allerdings stellt die Regelung, gestützt auf die kaiserliche *clementia* bzw. *benivolentia* den auf diese Weise Enteigneten¹²⁵ einen Ausgleich in Aussicht, der in einem anschließenden Verfahren beantragt werden kann. In diesem Punkt gibt es zwar eine Divergenz zwischen den beiden Überlieferungen: Bei Laktanz wird dieser Vorgang mit *vicarium postulent* (sollen einen Ersatz verlangen) umschrieben, in der von Eusebius überlieferten Fassung heißt es dagegen: *προσέλωσι τῷ ἐπὶ τόπων ἐπάρχῳ διαίζοντι* (sollen sich an den örtlichen rechtsprechenden Statthalter wenden). Vom normativen Gehalt besteht aber kein Unterschied: In der – dem authentischen Text wohl näheren – Laktanz-Text handelt es sich eine materiellrechtliche Anordnung, bei Eusebius wird die Passage als Verfahrensvorschrift wiedergegeben. Die Divergenz lässt sich dadurch erklären, dass der Übersetzer das *vicarium* in der lateinischen Vorlage wohl missverständlich auf den *vicarius* als Vorsteher einer Diözese¹²⁶ – wohl nicht oder auf den *vicarius* als Stellvertreter der *praefecti praetorio* einer *praefectura*¹²⁷ – bezogen hat¹²⁸. In der Laktanz-Fassung ist der gebrauchte Ausdruck mE vom Sinn her auf die von der Rückstellung betroffenen *loca* zu

¹²³ So auch KRÜGER, Rechtsstellung 235-236.

¹²⁴ ALLARD, Histoire des persecutions IV/2 264; CHENON, RH 38 (1914) 260; KRÜGER, Rechtsstellung 238 ff; HERRMANN, Ecclesia 202; KLINGENBERG, RAC XX 1069. Die ältere Forschung nahm auch eine anstaltliche Trägerschaft an: J. B. BRAUN, Das kirchliche Vermögen von der ältesten Zeit bis auf Justinian (Giessen 1860) 26; H. POSCHINGER, Der Eigentümer des Kirchenvermögens von Christus bis auf Justinian (München 1869) 16-17; H. HELLE, Das kirchliche Vermögen von der ältesten Zeit bis Konstantin d. Gr. (Paderborn 1876); RIVET, Régime des biens 29.

¹²⁵ ALLARD, Histoire des persecutions IV/2 263; KRÜGER, Rechtsstellung 237-238.

¹²⁶ Zu diesen D. MEDICUS, Der Kleine Pauly II (München 1964) 52; W. WALDSTEIN/M. RAINER, Römische Rechtsgeschichte¹⁰ (München 2005) 217; W. KUNKEL/M. SCHERMAIER, Römische Rechtsgeschichte¹⁴ (Köln-Weimar-Wien 2005) 183.

¹²⁷ Dazu A. LIPPERT, Der kleine Pauly V (München 1975) 1254. Für die konstantinische Zeit ist ein solcher bezeugt durch die Adressatenangabe in C.Th. 3,5,3 (a. 330): *Valeriano agenti vicariam praefecturam*, in der Fassung von C. 1,18,11 wiedergegeben mit *Valeriano vicario*.

¹²⁸ ALLARD, Histoire des persecutions VI/2 201 FN 1.

beziehen, für die ein *vicarium* verlangt werden kann¹²⁹. Versteht man *vicarium* sehr eng, könnte damit auch ein *vicarius locus* oder ein sonstiges Ersatzobjekt¹³⁰ gemeint sein, welches seitens des Kaisers als Ausgleich für die rückerstattete Immobilie zur Verfügung gestellt wird; die funktional ähnliche Bestimmung in Abschnitt (9) spricht hingegen von *indemnitas*¹³¹, ein Ausdruck, der wohl auch eine Entschädigung in Geld einschließt.

b) Bei Eusebius findet sich unmittelbar nach der Wiedergabe des Mailänder Edikts ein *mandatum* von Kaiser Konstantin an den Anulinus, den Statthalter von Afrika¹³²: Von Eusebius wird sie als eine Abschrift (ἀντίγραφον) einer weiteren aus dem Lateinischen ins Griechische übersetzten διάταξις bezeichnet, die αὖθις (wiederum) ergangen ist.

Mandatum an Anulinus, Eus. Hist. Eccl. 10,5, 15b-17

(15 b) Χαῖρε Ἀνουλινε, τιμιώτατε ἡμῖν. Sei begrüßt, uns sehr geschätzter Anulinus. ἔστιν γὰρ τρόπος οὗτος τῆς φιλαγαθίας Es ist nämlich das die Art τῆς ἡμετέρας, ὥστε ἐκεῖνα ἀπερ δικαίῳ unsere Güte, dass wir wollen, dass das, ἀλλοτριῶ προσήκει, μὴ μόνον μὴ was in fremdem Eigentum steht, nicht nur ἐνοχλεῖσθαι, ἀλλὰ καὶ ἀποκαθιστᾶν nicht beeinträchtigt wird, sondern auch βούλεσθαι ἡμᾶς, Ἀνουλινε τιμιώτατε. zurückerstattet wird, sehr geschätzter Anulinus.

(16) ὅθεν βουλόμεθα ἴν' , ὅποταν ταῦτα Daher wollen wir, sobald du diesen Brief τὰ γράμματα κομίση, εἴ τινα ἐκ τούτων erhältst, wenn etwas von den Objekten, τῶν τῇ ἐκκλησίᾳ τῇ καθολικῇ τῶν die der katholischen Kirche der Christen Χριστιανῶν ἐν ἑκάσταις πόλεσιν ἢ καὶ in allen Städten oder anderen Orten ἄλλοις τόποις διέφερον καὶ κατέχοιντο gehörten und nun entweder von Bürgern νῦν ἢ ὑπὸ πολιτῶν ἢ ὑπὸ τινων ἄλλων, oder von irgendwelchen anderen ταῦτα ἀποκατασταθῆναι παραχρῆμα besessen werden, dass du veranlasst, dass ταῖς αὐταῖς ἐκκλησίαις ποιήσης, dies unverzüglich denselben Kirchen ἐπειδήπερ προηγήμεθα ταῦτα ἄπερ αἱ zurückerstattet wird, da wir beschlossen

¹²⁹ Anders freilich P. R. COLEMAN-NORTON, Roman State and Christian Church I 32 („should apply to the vicar“) und KEIL, Quellensammlung 61 („sollen ... sich an unseren Stellvertreter wenden.“), welche die Laktanz-Passage – wie Eusebius – in verfahrensrechtlichem Sinn wiedergeben; in diesem Sinn auch HÜLLE, Toleranzerlässe 102.

¹³⁰ R. DELMAIRE, Largesses sacrées et res privata. L'aerarium impérial et son administration du IVe au VIe siècle (Rome 1989) 626.

¹³¹ Eusebius (Hist. eccl. 10,5,11) gibt den Ausdruck mit ἀζήμιον wieder.

¹³² Dazu HÜLLE, Toleranzerlässe 104-106; KRÜGER, Rechtsstellung 241 f.

αὐταὶ ἐκκλησίαι πρότερον ἐσχήκεσαν,
τῷ δικαίῳ αὐτῶν ἀποκατασταθῆναι.

haben, dass das, was dieselben Kirchen
früher gehabt haben, wieder in deren
Recht zurückgeführt werden soll.

(17) ὁπότε τοίνυν συνορᾷ ἡ καθοσίωσις ἢ
σὴ ταύτης τῆς κελεύσεως σαφέστατον εἶ
ναι τὸ πρόσταγμα, σπούδασον, εἴτε κῆποι
εἴτε οἰκίαι εἴθ' ὅτι οὐνδὴποτε τῷ δικαίῳ
τῶν αὐτῶν ἐκκλησιῶν διέφερον, σύμπαντα
αὐταῖς ἀποκατασταθῆναι ὡς τάχιστα,
ὅπως τοίτῳ ἡμῶν τῷ προστάγματι
ἐπιμελεστάτην σε πειθάρχεσιν
παρεσχηκέναι καταμάθοιμεν. ἔρρωσο,
Ἄνυλινε, τιμιώτατε καὶ ποθεινότατε ἡμῶν.

Wenn daher Deine Ergebenheit sieht,
dass die Vorschrift dieses Befehls
sehr klar ist, beeile Dich, seien es
Gärten oder seien es Gebäude oder
was auch immer im Recht derselben
Kirchen gestanden ist, dass ihnen
alles möglichst rasch zurückerstattet
wird, damit wir erfahren, dass du
dieser unserer Vorschrift sorgfältigen
Gehorsam erwiesen hast. Lebe wohl,
sehr geschätzter und lieber Anulinus.

Es fällt auf, dass hier nur die Restitutionsanordnung enthalten ist, aber auf die Frage einer allfälligen Entschädigung der von Rückstellung betroffenen Personen nicht eingegangen wird. Daher wird von manchen angenommen, dass dieses *mandatum* dem Mailänder Edikt – entgegen der Anordnung bei Eusebius¹³³ – zeitlich voraus gegangen ist und die Entschädigungsregelung erst auf den Kompromiss zwischen Konstantin und Licinius zurückgeht¹³⁴.

c) Eine ähnliche Regelung findet sich auch im **Toleranzedikt des Maximinus Daia**, welches dieser im selben Jahr nach seiner Niederlage gegen Licinius kurz vor seinem Tod erlassen hat¹³⁵:

¹³³ Ihr folgt auch G. HANEL, *Corpus legum ab imperatoribus Romanis ante Iustinianum latarum* (Leipzig 1859, Nachdruck Aalen 1965) 189; Vgl auch Cl. DUPONT, *Viator, Medieval and Renaissance Studies* 2 (1971) 6.

¹³⁴ V. ANASTOS, *Revue des etudes byzantines* 25 (1967) 33; P. R. COLEMAN-NORTON, *Roman State & Christian Church. A Collection of Legal Documents to A.D. 535, Vol I* (London 1966) 28; KEIL, *Quellensammlung* 52.

¹³⁵ *Eus. Hist. eccl.* 9,10,7-11. Dazu HÜLLE, *Toleranzерlässe* 74-79; KRÜGER, *Rechtsstellung* 232-234.

Eus. Hist. eccl. 9,10,11

ἵνα μέντοι καὶ μείζων γένηται ἡ ἡμετέρα δῶρεα, καὶ τοῦτο νομοθέτησαι κατηξιώσαμεν, ἵν, εἴ τινες οἰκίαι καὶ χώρια τοῦ δικαίου τῶν Χριστιανῶν πρὸ τούτου ἐτύγχανον ὄντα, ἐκ τῆς κελεύσεως τῶν γονεῶν τῶν ἡμετέρων εἰς τὸ δίκαιον μετέπεσε τοῦ φύσκου, ἢ ὑπὸ τινος κατελήφθη πόλεως, εἴτε διάπρασις τούτων γεγένηται, εἴτε εἰς χάρισμα δέδοται τινι, ταῦτα πάντα εἰς τὸ ἀρχαῖον δίκαιον τῶν Χριστιανῶν ἀνακληθῆναι ἐκελεύσαμεν, ἵνα καὶ ἐν τούτῳ τῆς ἡμετέρας εὐσεβείας καὶ τῆς προνοίας αἰσθησιν πάντες λάβωσιν.

Und damit unser Geschenk größer wird, haben wir auch eine gesetzliche Vorschrift gewollt: Wenn irgendwelche Häuser oder Grundstücke, die vorher im Recht der Christen standen, gemäß der Anordnung unserer Vorfahren ins Recht des Fiskus fielen oder von irgend einer Stadt übernommen worden sind, sei es dass darüber ein Verkauf erfolgt ist oder sie jemandem als Geschenk gegeben worden sind, so haben wir angeordnet, dass dies alles ins alte Recht der Christen zurückgerufen wird, damit auch darin alle die Wohltat unserer Frömmigkeit und Gewogenheit erfahren können.

Die Bestimmung entspricht inhaltlich¹³⁶ dem oben wiedergegebenen Abschnitt (7) der *litterae* des Licinius, enthält aber auch keine Anordnungen zur Frage, ob und in welcher Weise die restitutionspflichtigen Käufer oder Geschenknehmer entschädigt werden sollen.

In der hier verwendeten Passage δίκαιον τῶν Χριστιανῶν hat δίκαιον - ebenso wie in der griechischen Eusebius-Fassung des Mailänder Edikts (πρὸς τὸ δίκαιον τοῦ αὐτῶν σώματος, τοῦτ ἐστὶν τῶν Χριστιανῶν) - noch nicht die spätere Bedeutung¹³⁷ von „juristischer Person“¹³⁸, sondern von „subjektivem Recht“: Das ergibt sich eindeutig auch aus dem weiteren Fortgang, worin der seinerzeitige Einziehungsvorgang mit den Worten εἰς τὸ δίκαιον μετέπεσε τοῦ φύσκου umschrieben wird: in dieser Phrasierung kann δίκαιον nur im Sinn von subjektiven Recht verstanden werden. Auch im *mandatum* an Anulinus wird δίκαιον ausschließlich in dieser Bedeutung verwendet.

d) Das **umfangreiche Edikt**, mit dem Konstantin im Jahr 324 nach seinem Sieg über Licinius in den östlichen Provinzen **die zuvor verfolgten**

¹³⁶ HÜLLE, Toleranzerlässe 79.

¹³⁷ Dazu STEINWENTER, SZKan 19 (1930) 31 ff.

¹³⁸ So EHRHARDT, SZ 71 (1954) 36.

Christen umfassend rehabilitiert hat¹³⁹, enthält an mehreren Stellen auch Bestimmungen zugunsten jenen Personen, die von einer Vermögenseinziehung betroffen waren (cap. 30,2: τῶν ὄντων ἐστέρωντο; cap. 35,1: τῶν ὄντων ἐστρήθωσαν; στέρησιν ἐδυστύχησαν τῶν ὄντων). Wenn sie noch lebten, erfolgt die Restitution an sie (cap. 30,1), waren sie als Märtyrer gestorben, so ging das eingezogene Vermögen an ihre nächsten Verwandten als gesetzliche Erben (cap. 35,1 τούτων τοῖς πρὸς γένους προσνέμεσθαι τοὺς κληρῶν προστάττομεν), bei Fehlen von solchen an die jeweilige Ortskirche (cap. 36.1: ἡ καὶ ἐκάστους αἰεὶ τοὺς τόπους ἐκκλησία διαδέχεσθαι τετετάχθω τὸν κληρῶν). Bei freiwillig erfolgten Schenkungen, welche die verfolgten Personen gemacht hatten, bleibt das Eigentum der Empfänger jedoch unangetastet (cap. 36.1; τούτοις τὴν δεσποτείαν εὐλογον κυρίαν μένειν).

Die Regelung über die Abwicklung ist ähnlich jener, wie sie sich im Edikt von Mailand findet.

Eus. VC 2,37

1. Ὅπως δὲ μὴδὲ πλάνη τις ἐμφαίνοιτο τῷ προστάγματι, ἀλλ' ἕτοιμον ἦ τὸ δίκαιον ἅπασιν γινώσκειν, εἰδέτωσαν ἅπαντες, εἴτε χωρίον, εἴτε οἰκίαν, εἴτε κῆπον, εἴτε ἕτερόν τι τῶν προειρημένων κατέχοιεν, καλὸν καὶ λυσίτελον αὐτοῖς εἶναι καὶ ὁμολογεῖν αὐτοὺς καὶ ἀποκαθιστάναί σὺν ἀπάσῃ ταχυτῆτι.

1. Damit aber kein Missverständnis in der Vorschrift erscheint, sondern es für alle offenkundig ist das Recht zu erkennen, sollen alle wissen, wenn sie ein Land oder ein Haus oder einen Garten oder sonst etwas von den oben genannten Personen besitzen, dass es gut und vorteilhaft für sie ist, dass sie es zugeben und mit aller Schnelligkeit zurückerstatten.

Adressaten dieser Vorschrift sind die aktuellen Besitzer von seinerzeit eingezogenen Vermögensobjekten: Das sind in erster Linie diejenigen, die nach der Einziehung die Güter durch Kauf vom *fiscus* oder schenkungsweise vom Kaiser erworben und damit auch das Eigentum erlangt haben. Die weite Formulierung κατέχοιεν deckt aber auch Konstellationen ab, in denen es in der weiteren Folge – aus welchen Gründen auch immer – bloß zu einer Änderung des Besitzes, aber nicht des Eigentums gekommen war; nach der *ratio legis* sollte die Rückstellung denjenigen treffen, der eben wegen seines aktuellen Besitzes dazu

¹³⁹ Eus. VC 2,24-42, ALLARD, Histoire des persecutions IV/2 340; H. DÖRRIES, Das Selbstzeugnis Kaiser Konstantins, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften Göttingen III 39 (1954) 51-54; VOELKL, Konstantin 134; DUPONT, RIDA 18 (1971) 483; DUPONT, Viator, Medieval and Renaissance Studies 2 (1971) 7.

in der Lage war. Nicht darunter fallen mE bloße Detentoren wie z.B. Pächter von Grundstücken, die Rückstellungspflicht trifft hier wohl den Verpächter.

Die betroffenen Personen werden zum Eingeständnis und zur raschen Rückstellung verhalten. Es folgt dann aber eine Begünstigung bezüglich der von ihnen gezogenen Früchte und Erträgnisse:

Eus. VC 2, 37

2. εἰ γὰρ καὶ τὰ μάλιστα φανεῖεν ἐξ αὐτῶν τινες ἀπὸ τῆς οὐ δικαίας δεσποτείας πολλὰ καρπωσάμενοι, καὶ γίνεσθαι τούτων τῶν ἀπαίτησιν ἡμεῖς οὐ δίκαιαν κρίνομεν, ὅμως γε μὴν αὐτοὶ ὅποσα τε καὶ ὁπόθεν συνέλεξαν ἐπιγνόντες, τῷ ἀμαρτήματι τούτῳ συγχώρησιν γενέσθαι παρ' ἡμῶν δεηθῆτωσαν ὅπως ἅμα μὲν τῇ τοιαύτῃ διορθώσῃ ἢ φθάσασα ἰαθῇ πλεονεξία· ἅμα δὲ ὁ μέγιστος θεός, οἷον ἀντὶ μεταμελείας τινὸς τοῦτο προσιέμενος, εὐμενῆς ἐπὶ τοῖς ἀμαρτηθεῖσι γένοιτο.

2. Auch wenn einige von ihnen aus dem keineswegs rechtmäßigen Eigentum viele Erträgnisse gezogen haben, und auch wenn wir meinen, dass die Rückforderung dieser Erträgnisse nicht gerecht ist, sollen sie gleichwohl durch das Anerkenntnis, wie viel und woher sie die Erträge erzielt haben, darum bitten, dass diesem Fehlverhalten Verzeihung von uns gewährt wird: Zugleich soll durch eine solche Verbesserung ihre verderbliche Habgier geheilt werden; zugleich möge auch der große Gott, in dem er dies gleichsam als Reue annimmt, gegenüber den sündhaften Taten gnädig werden.

Die Passage ἀπὸ τῆς οὐ δικαίας δεσποτείας wird in den Übersetzungen einerseits mit „aus dem unrechtmäßigen Besitz“¹⁴⁰ bzw. *haud quaquam ex iusta causa possessionis*¹⁴¹ wiedergegeben, zum anderen „from the unjust ownership“¹⁴². Mag auch in der unmittelbar vorangegangenen Bestimmung des cap. 37.1 die Position der Rückstellungspflichtigen mit dem Besitzterminus κατέχοιεν angegeben sein, so verdient mE die zweite Ansicht deswegen den Vorzug, weil δεσποτεία an anderen Stellen der Konstitution eindeutig als Eigentumsterminus verwendet wird, so insbesondere in den Wendungen τούτοις τὴν δεσποτείαν εὐλογον κυρίαν μένειν¹⁴³ und οἱ τῶν τοιούτων οὐσιῶν καταστάντες δεσπόται¹⁴⁴, die den Ausdrücken *dominium* bzw. *dominus* des lateinischen Originals entsprechen.

¹⁴⁰ KEIL, Quellensammlung 171.

¹⁴¹ HÄNEL, Corpus legum 198.

¹⁴² COLEMAN-NORTON, Roman State & Christian Church. I 110.

¹⁴³ Eus. VC 2,36.

¹⁴⁴ Eus. VC 2,38.

Als (regelmäßig) bisherige Eigentümer der nunmehr zu restituierenden Sachen hatten die Rückstellungspflichtigen auch Eigentum an den Früchten erlangt; das Gleiche gilt für jene Konstellationen, in denen die aktuelle Besitzer zwar kein Eigentum, aber immerhin gutgläubig den Besitz erlangt hatten. Die Herausnahme der Erträge aus der Rückstellungspflicht ist, wie sich aus der Motivation klar ergibt, als kaiserliche Belohnung für nunmehrige reuiges Wohlverhalten zu sehen. Nur in jenen auch denkbaren Fällen, in denen der Rückstellungsbetroffene schlechtgläubig war, etwa weil er ein Grundstück gewaltsam an sich gebracht hatte, liegt darüber hinaus ein Abgehen vom Prinzip, dass ein *malae fidei possessor* - der ohnedies kein Eigentum an den Früchten erlangen kann - diese zurückzustellen hat.

Konstantin geht im folgenden cap. 38 auf ein mögliches Gegenargument der Rückstellungsbetroffenen ein, welches sich auf die Wirrnisse der Verfolgungszeit beruft, zu denen auch häufige Vermögenseinziehungen gegenüber Unschuldigen (*δημεύσεις τῶν οὐδὲν αἰτίων συχναί*), unaufhörliche Verfolgungen (*διώξεις ἀκόρεστοι*) und Versteigerungen von eingezogenen Vermögen (*τῶν ὄντων διαπράσεις*) gehörten¹⁴⁵: Diejenigen, die sich auf solche Gründe und unersättlichen Vorbringen stützen, sollen – wie Konstantin unter Berufung darauf ausführt, dass seine Anordnung dem allmächtigen Gott dient – nicht straffrei bleiben (*οὐκ ἀτιμώρητον ἑαυτοῖς τὸ τοιοῦτον αἰσθήσονται*). Abschließend wird ausgeführt:

Eus. VC 2,38

..... ὅσα πρότερον ἢ ὀλέθριος ἀνάγκη
συνηνάγκαζε λαμβάνειν, νῦν κατέχειν
ἐπισφαλές ὑπαρχει· ἄλλως δὲ παντὶ
τροπῇ τὰς ἀπληστίας καὶ λογισμοῖς καὶ
παραδείγμασιν ἐλαττοῦν ἀναγκαῖον.

..... Was früher ein Verderben
bringender Zwang anzunehmen nötigte,
das nun zu behalten ist gefährlich. Auch
sonst ist es nötig, auf jede Weise die
Unersättlichkeiten durch vernünftige
Überlegungen und Beispiele zu
vermindern.

Die bisher vorgeführten Bestimmungen betreffen Restitutionen, die sich gegen Erwerber von eingezogenen Individualvermögen der Christen richten.

¹⁴⁵ Vergleichbare Berufungen auf die *formido* wurden auch schon in der Zeit nach Sulla verwendet, wonach den Erwerbern von Proskriptionsgütern ein *recte facere* nicht möglich war: Sall. Hist 1,55,18.

Das folgende cap. 39 geht auf eine Situation ein, in der sich die zu restituierenden Güter noch beim *fiscus* befinden:

Eus. VC 2,39

Οὐδε τὸ ταμειῖον, εἴ τι κατέχοι τῶν προειρημένων, βεβαίως κατέχειν συγχωρηθήσεται· ἀλλ' οἷον οὐδὲν ἀντιφθέγγασθαι πρὸς τὰς ἱερὰς ἐκκλησίας τολμῆσαν, ὧν ἐπὶ χρόνον οὐ δικαίως κατέσχεν, τούτων ἐκστήσεται δικαίως ταῖς ἐκκλησίαις. ἅπαντα δ' ὅσα ταῖς ἐκκλησίαις προσήκειν ὁρθῶς ἂν φανείη, εἴτε οἰκίαι τὸ κτῆμα τυγχάνοιεν, εἴτε ἀγροὶ τινες καὶ κῆποι, εἴτε ὅποια δὴ ποτε ἕτερά τινα, οὐδενὸς τῶν εἰς τὴν δεσποτείαν ἐλαττουμένου δικαίου, ἀλλ' ἀκεραίων πάντων μενόντων, ἀποκαθίστασθαι προστάττομεν.

Auch dem *fiscus* soll es nicht gestattet sein, wenn er etwas von den vorher erwähnten Sachen besitzt, diese gesichert zu besitzen, sondern wie er gleichsam den heiligen Kirchen nicht zu widersprechen wagen soll, so soll er die Güter, die er auf Zeit unrechtmäßig besaß, rechtmäßig den Kirchen erstatten. Alles, was offensichtlich den Kirchen richtigerweise zusteht, seien es Häuser, seien es Äcker oder Gärten, seien es irgendwelche anderen Sachen, die zu ihrem Vermögen gehören, das ordnen wir an zurückzuerstatten, ohne eine Einschränkung des Eigentumsrechts an diesen, sondern in der Weise, dass alles ungeschmälert bleibt.

Aufgrund der unmittelbaren Anknüpfung an die cap. 37 und 38 sind im ersten Satz mit den vorerwähnten Sachen, die der *fiscus* besitzt (εἴ τι κατέχοι τῶν προειρημένων), noch Objekte aus eingezogenen Individualvermögen gemeint. Der folgende Satz hingegen bezieht sich auf eingezogenes korporatives Kirchenvermögen. Der gebrauchte Wortlaut erweckt dabei den Eindruck, dass Konstantin konstruktiv von der Vorstellung ausgeht, durch seine nunmehrige Maßnahme seien die seinerzeit eingezogenen Güter in einer *ex-post*-Betrachtung gar nie Eigentum, sondern nur unrechtmäßiger Besitz des *fiscus* gewesen.

Nachdem in cap. 40 noch die Restitution von Märtyrergräbern an die Kirchen ausgesprochen worden ist, kehrt cap. 41 wieder zu den schon in den cap. 37 und 38 behandelten Fallkonstellationen zurück, in denen die Restitution gegenüber privaten Erwerbern durchgesetzt werden soll. Ihnen wird eine Entschädigung in Aussicht gestellt:

(41) Ἐπειδὴ ὀλοκλήρου προνοίας ἂν εἴη μηδὲ τούτους σιωπῇ παρελθεῖν, ὅσοιπερ ἢ ὠνῆς δικαίῳ ἐπρίαντό τι παρὰ τοῦ ταμείου, ἢ κατὰ δωρεὰν κατέσχον συγχωρηθέν, μάτην ἐπὶ τὰ τοιαῦτα τῆς ἀπλήστους ἐπιθυμίας ἐκτείνοντες, γινωσκέτωσαν, ὡς τοιοῦτοι, εἰ καὶ ὅτι μάλιστα οἷς ἐτόλμησαν πρίασθαι, ἀλλοτρίαν τὴν παρ' ἡμῶν εἰς αὐτὸ ἐπειράθησαν καταστῆσαι φιλανθρωπίαν, ὅμως ταύτης εἰς τὸν δυνατὸν καὶ πρέποντα τρόπον οὐκ ἀτυχήσουσιν, ταῦτα μὲν οὖν εἰς τοσοῦτον ἀνήχθω.

Da es zur vollkommenen Vorsorge gehört auch diejenigen nicht mit Schweigen zu übergehen, die etwas nach Kaufrecht vom *fiscus* gekauft oder aufgrund einer Schenkung erlangt haben, auch wenn sie vergeblich ihre unersättlichen Begierden auf diese Dinge erstrecken, so sollen sie wissen, dass diejenigen, auch wenn sie vor allem dadurch, dass sie zu kaufen gewagt haben, es versucht haben, sich der von uns ihnen gegenüber bestehenden Menschenliebe zu entfremden, so werden sie gleichwohl an dieser nach Möglichkeit und auf die geziemende Weise teilhaben. Das also soll bis zu diesem Ausmaß (soweit meine *φιλανθρωπία* reicht) erstattet werden.

Auffällig ist auch hier, dass Konstantin in einer *ex-post*-Qualifikation den seinerzeitigen kaufweisen Erwerb *a fisco* bzw. durch eine (gemeint wohl: kaiserliche) Schenkung als vorwerfbar hinstellt und die Entschädigungspflicht auf seine *φιλανθρωπία* stützt, ähnlich wie im Mailänder Edikt auf seine *clementia* bzw. *benivolentia* (Eus: *καλοκάγαθία*).

e) Im Gesamteindruck ergibt sich somit für die konstantinischen Restitutionsmaßnahmen der Befund, dass – wenn auch gegen eine in Aussicht gestellte Entschädigung – durchaus in die Eigentumsrechte derjenigen eingegriffen wurde, welche die eingezogenen Objekte kauf- oder schenkungsweise erworben haben¹⁴⁶. Dieser Befund steht freilich in einem gewissen Gegensatz dazu, dass von Konstantin ansonsten die Stabilität sowohl der kaiserlichen Schenkungen als auch des Erwerbs *a fisco* besonders betont und gefördert worden ist¹⁴⁷; dabei hat er die Erwerber auch in prozessualer Hinsicht von jeder Behelligung entlastet:

¹⁴⁶ Nicht haltbar ist mE der Befund von VOELKL, Kaiser Konstantin 134, wonach „Privatleute nicht zur Rückgabe gezwungen werden [sollten], sofern sie es mit ihrem Gewissen und dem Missfallen des Kaisers vereinbaren könnten“.

¹⁴⁷ DELMAIRE, *Largesses* 626; Zur *maiestas donationis* H. WIELING, AARC IX (1993) 280-298.

Dass nach exekutiv betriebenen Fiskalverkäufen die Erwerber keine *molestia* erfahren durften, dafür kann sich Konstantin auf eine bereits gefestigte Rechtspraxis (*secundum ius vetus et rescripta divorum constitutionesque nostras*)¹⁴⁸. Um schon prophylaktisch auszuschließen, dass bei geplanten Verkäufen oder Schenkungen aus vom *fiscus* übernommen Vermögen Sachen Dritter einbezogen werden, ordnet er im Jahr 315 eine einjährige Wartefrist an, innerhalb derer allfällige Dritteigentümer ihr Recht noch geltend machen konnten¹⁴⁹; werden Grundstücke aus dem Fiskalvermögen vom Kaiser verschenkt, so sollen diese *directo iure atque perpetuo absque omni quaestione* verbleiben¹⁵⁰. Für eigene Schenkungen möglicherweise fremder Sachen erlässt er schließlich die Regelung, wonach die Empfänger *sine molestia litis* zu bleiben haben und sie *in perpetuum* die *firmitas possidendi* erwerben; den betroffenen bisherigen Eigentümern wird allerdings Hilfe durch ein *beneficium lenitatis nostrae* in Aussicht gestellt¹⁵¹. Die Regelung ist in dieser Hinsicht geradezu spiegelverkehrt zu jener im Bereich der Christengüter.

Einzugehen ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf eine Regelung, die als einmalige Maßnahme¹⁵² aus Anlass des 10-Jährigen Regierungsjubiläums Konstantins ergangen ist:

CTh 4,11,1 (Imp. Constantinus ad Vettium Rufinum p(raefectum) u(rbi)

Ex donatione principum aut quocumque modo rem ad fiscum pertinentem usque ad nostra decennalia sine aliqua interpellatione possidentes, secundum ius enim haec intelligitur esse possessio, securi possideant. P(ro)p(osita) X k. Iun. Romae Sabino et Rufino cons.

Diejenigen, die aus einer Schenkung der Kaiser oder auf irgendeine andere Art eine zum *fiscus* gehörige Sache bis zu unserem 10-jährigen Regierungsjubiläum ohne Behelligung besitzen, deren Besitz gilt als rechtmäßig, und sie sollen sicher besitzen. Ausgehängt in Rom am 23. Mai 316.

¹⁴⁸ C.Th. 12,11,1,2 = C. 11,33,2,2 (a. 314).

¹⁴⁹ C.Th. 10,1,1 (a. 315); DUPONT, RIDA 9 (1962) 318; S. VANDENDRIESCHE, *Possessio und Dominium im postklassischen römischen Recht* (Hamburg 2006) 154-155.

¹⁵⁰ C.Th. 10,1,2 (a. 319); dazu C. A. CANNATA, „Possessio“ „possessor“ „possidere“ nelle fonti giuridiche del Basso Impero Romano (Milano 1962) 197; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela del possesso in età costantiniana* (Napoli 1998) 269-271.

¹⁵¹ C.Th. 10,8,3 (a. 326); dazu CANNATA, *Possessio* 88-91; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Index* 15 (1983) 359 f.; G. KLINGENBERG, RIDA 24 (1987) 187-188; WIELING, *AARC IX* (1993) 292 f.; VANDENDRIESCHE, *Possessio* 164-167.

¹⁵² DUPONT, RHD 47 (1969), 617: „simple mesure de circonstance“.

Strittig ist die Interpretation der gebrauchten Ausdrücke *secundum ius possessio* und *securi possideant*, mit denen die Rechtsfolge umschrieben wird, die sich aus einem bisherigen, bis zum Stichtag (25. Juli 316) unbehelligten (*sine interpellatione*) bestehenden, auf kaiserlicher Schenkung beruhendem oder auch auf andere Art erlangten Besitz ergibt: Während der erste Ausdruck durchgängig im Sinn von einer entweder nunmehr verstärkten¹⁵³ oder jetzt geschaffenen¹⁵⁴ *possessio ex iusta causa* verstanden wird, ist die Bedeutung von *securi possideant* und damit die erlangte Position strittig: Gegen die Auffassung von Levy, der sie als Eigentum versteht¹⁵⁵, ist bereits Cannata aufgetreten¹⁵⁶, andere haben – unter dem Gesichtspunkt, dass sich die Konstitution im Titel *De longi temporis praescriptione* befindet, in der Maßnahme Konstantins eine Verkürzung¹⁵⁷ bzw. erst die Ermöglichung¹⁵⁸ der l.t.p. gesehen.

Umstritten ist aber auch der Anwendungsbereich: Bezieht man die Passage *rem ad fiscum pertinentem* auf den seinerzeitigen Zeitpunkt der Schenkung, dann handelt es sich um gültige Schenkungen und die vorliegende Konstitution hat die Funktion, diese Schenkungen zu bestätigen¹⁵⁹. Demgegenüber hat Solidoro Maruotti den Anwendungsbereich weiter gesehen, indem sowohl alle Schenkungen von Konstantin und seinen Vorgängern – seien es gültige, seien es ungültige – als auch sonstige illegitime Besitznahmen an Fiskalgut (*quocumque modo*) erfasst und mit dieser Konstitution rechtlich saniert werden¹⁶⁰. Vandendriesche hingegen bezieht im Bereich der Schenkungen die Konstitution nur auf ungültige Schenkungen, sonst könnte nicht von *res ad fiscum pertinentes* gesprochen werden¹⁶¹. Mit dieser Auslegung – für die mE grammatikalisch die Gleichzeitigkeit von *pertinentes* und *possidentes* spricht – wird auch ein Zusammenhang mit dem *edictum divi Marci* ausgeschlossen¹⁶², welches beim Verkauf einer *res aliena* durch den *fiscus* dem Erwerber nach fünf Jahren eine *exceptio* gewährt hat¹⁶³.

¹⁵³ CANNATA, *Possessio* 62.

¹⁵⁴ SOLIDORO MARUOTTI, *Tutela del possesso* 268-269; VANDENDRIESCHE, *Possessio* 68.

¹⁵⁵ E. LEVY, *West Roman Vulgar Law, The Law of Property* (Philadelphia 1951) 22; 28.

¹⁵⁶ CANNATA, *Possessio* 24.

¹⁵⁷ CANNATA, *Possessio* 24.

¹⁵⁸ CANNATA, *Possessio* 24.

¹⁵⁹ CANNATA, *Possessio* 24.

¹⁶⁰ SOLIDORO MARUOTTI, *Tutela del possesso* 265

¹⁶¹ VANDENDRIESCHE, *Possessio* 156.

¹⁶² SOLIDORO MARUOTTI, *Tutela del possesso* 265.

¹⁶³ CANNATA, *Possessio* 24.

Eine weitere These sieht darüber hinaus auch einen Zusammenhang mit den Restitutionsmaßnahmen des Edikts von Mailand: Demnach hätte die vorliegende Konstitution nunmehr auch die Erwerber der seinerzeit eingezogenen Christengüter schützen wollen¹⁶⁴. Folgt man dieser Auffassung, wären davon ohnedies nur jene Objekte betroffen, die noch nicht im Rahmen der von Konstantin im Jahr 313 gewünschten und mehrfach angeordneten unverzüglichen amtswegigen Restitution zurückgestellt worden sind, weil sie möglicherweise „übersehen“ worden sind. Gegen eine Einbeziehung noch nicht restituerter Kirchengüter spricht aber der Umstand, dass die Konstitution von *res ad fiscum pertinentes* spricht, es aber unwahrscheinlich erscheint bzw. keine Belege dafür gibt, dass allein durch das Edikt von Mailand die betroffenen Immobilien wieder zu *res fisci* geworden sind bzw. werden sollten. Das Edikt von Mailand ist konstruktiv eher von der Vorstellung geprägt, dass mit dem Vollzug der Restitution das Eigentum direkt vom Erwerber auf die kirchlichen Vermögensträger übergehen soll. Objekte, die bei der Restitution zunächst „übersehen“ worden sind, können daher keine *res ad fiscum pertinentes* sein.

Zusammenfassung

Das Quellenmaterial, das sich für die hier untersuchte Problematik nutzen lässt, stammt für die Republik und die Prinzipatszeit großteils aus literarischen und rhetorischen Werken bzw. aus Historikerberichten, nicht aus Juristenschriften. Darüber hinaus sind – vor allem für die konstantinische Zeit – Akte der kaiserlichen Rechtssetzung überliefert. Juristische Quellen sowohl aus dem Juristen- wie auch aus dem Kaiserrecht liegen freilich allgemein zum Schicksal der *bona damnatorum* vor (I).

Nach den Sullanischen Proskriptionen (II 1) kam es überhaupt zu keinen Restitutionsen jener Güter, die im Wege der *publicatio bonorum* eingezogen und weiterveräußert worden waren; die Erwerber galten zumindest formal als *iusti domini*¹⁶⁵. In ihre Position einzugreifen hätte zu einem *labefactare* der *composita civitas*¹⁶⁶ bzw. zu einem *metus maiorum incommodorum et calmaitatum* geführt, weswegen die Sullanischen *res gestae* und *venditiones*

¹⁶⁴ SOLIDORO MARUOTTI, Tutela del possesso 266; Einen solchen Zusammenhang sieht auch T. SPAGNUOLO VIGORITA, Index 15 (1987), 364 FN 24.

¹⁶⁵ Cic. off. 1,43.

¹⁶⁶ Florus, epit. 2,11,1.

aufrecht blieben¹⁶⁷. Das durch die *formula Octaviana* angestrebte *reddere* betraf nur jene Güter, welche die *Sullani homines* aufgrund einer direkten Transaktion des *proscriptus* unter Ausnützung des Verfolgungsdruckes von diesen erlangt hatten, nicht aber veräußerte Proskriptionsgüter.

Restitutionsen eingezogener Güter kommen in der Schlussphase des Bürgerkriegs (II 2 und 3) und mehrmals in der Prinzipatszeit (III) vor, beschränken sich aber auf die noch im *aerarium* bzw. im *fiscus* vorhandenen Güter, erfassen daher also nicht die weiterveräußerten Vermögensteile¹⁶⁸. In der politischen Praxis des Prinzipats ging also das Stabilitätsinteresse der Erwerber der angestrebten vollständigen materiellen Wiedergutmachung vor.

Zu einem Abgehen von dieser Haltung kommt es nur im Rahmen der Restitutionsanordnungen Konstantins an die zuvor verfolgten Christen (IV), sei es dass der seinerzeitige Einziehungsvorgang korporatives Vermögen (dabei handelt es sich vorwiegend um Immobilien), sei es dass er Individualvermögen erfasst hat. Waren die eingezogenen Objekte vom *fiscus* weiterveräußert worden, so wurde den Erwerbern das dadurch erlangte Eigentum wieder entzogen und ihnen dafür eine Entschädigung durch kaiserliche *benivolentia* in Aussicht gestellt¹⁶⁹. Dieser Befund zu den konstantinischen Restitutionsen ist insofern auffallend, als Konstantin in anderen Bereichen durchaus bemüht war, die Stabilität des Erwerbs *a fisco* besonders zu betonen bzw. zu fördern¹⁷⁰. Die Restitutionsanordnungen mit ihren Eingriffen in bestehende Eigentumsrechte stellen daher eine einmalige Ausnahme dar, die im Gegensatz zur vorher praktizierten Übung stand, die Restitution auf die im *fiscus* vorhandenen Güter zu beschränken¹⁷¹. Die diesbezüglichen, nur durch Laktanz und Eusebius überlieferten Konstitutionen haben auch keinen Eingang in den Codex Theodosianus und in Justinianus gefunden.

¹⁶⁷ Cic. Verr II, 3,81; Cic. fam. 13,8,2; Cic. off. 1,43.

¹⁶⁸ Tac. Hist. 1,90; Plut. Otho 1,4; Cass. Dio 65,6,1; 68,2,1.

¹⁶⁹ Lact., de morte persecutorum 48,7,7-9 = Eus. Hist. Eccl. 10,5,9-11; Eus. Hist. eccl. 10,5,15b-17; 9,10,11; Eus. VC 2, 37-41.

¹⁷⁰ C.Th. 12,11,1,2 = C. 11,33,2,2 (a.314); C.Th. 10,1,1 (a.315); C.Th. 10,1,2 (a.319); C.Th. 10,8,3 (a. 326).

¹⁷¹ ALLARD, Histoire des persecutions IV/2 263; DELMAIRE, Largesses 626.

Princíp rovnosti ako ústavnoprávny princíp výkonu právomoci vykonávateľov verejnej správy*

Soňa Košičiarová

1. Princíp rovnosti ako princíp správneho práva - 2. Zákaz diskriminácie - 3. Princíp legitímneho očakávania - 4. Princíp nestrannosti a objektivity

1. Princíp rovnosti ako princíp správneho práva

Pod vplyvom súdnej judikatúry sa v právnej praxi čoraz viac kladie dôraz na skutočnosť, že Slovenská republika ako členský štát Európskej únie a Rady Európy musí presadzovať v činnosti verejnej správy *princípy európskeho správneho práva*.

Medzi ne patrí:

- princíp rovnosti,
- princíp viazanosti verejnej správy právom,
- princíp obmedzenej voľnosti správneho rozhodovania, resp. diskrečnej právomoci,
- princíp zodpovednosti správy,
- princíp proporcionality a
- princíp legitímneho očakávania.

Uvedené princípy sú svojou povahou *univerzálne*. Vyjadrujú podstatné črty správneho práva, tradíciu verejnej správy a etiku správneho systému v európskom právnom priestore. Možno povedať, že pri výkone verejnej moci sa uplatňujú vždy.

Ich funkcia spočíva v zabezpečení spravodlivosti pri rozhodovaní a v širšom zmysle slova i celkového fungovania verejnej správy, chránia práva a slobody občanov a spoluvytvárajú základné istoty v ich vzťahoch k vykonávateľom verejnej správy.

Použitie týchto všeobecných princípov nemožno spochybníť výkladom. Viaceré z nich sú výslovne zakotvené v ústavách a v zákonoch členských štátov Európskej únie a Rady Európy. Sú aj prameňom práva Európskej únie.

* Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-0024-12.

Súdny dvor Európskej únie sa o ne opiera vo svojej rozhodovacej činnosti, rovnako ako Európsky súd pre ľudské práva.

Odporúčanie CM/Rec (2007) 7 Výboru ministrov o dobrej verejnej správe zaradilo princíp rovnoprávnosti medzi *princípy dobrej verejnej správy*, a to popri princípe viazanosti právom, princípe neustrannosti, proporcionality, právnej istoty, konania v primeranej časovej lehote, spoluúčasti, úcty k súkromiu a transparentnosti a princípe zodpovednosti verejnej správy.

Princíp rovnosti sa podľa francúzskej právnej doktríny v oblasti verejnej správy premieta predovšetkým do rovnosti súkromných osôb vo vzťahu k daniam a verejným záväzkom (povinnostiam), ich rovnosti ako užívateľov verejných služieb, do rovného prístupu k verejným funkciám a k verejným statkom.¹ Z tohto pohľadu má *hmotnoprávny charakter*. Samozrejme, má aj *procesnoprávny charakter*, keďže sa premieta i do oblasti rozhodovania správnych orgánov v tom smere, že zákonná úprava zakotvuje rovnaké procesné práva a povinnosti osôb, ktorých sa správne konanie týka.

Všeobecné právne princípy nemajú charakter noriem obyčajového práva ani povahu práva tvoreného sudcom.² Sú to všeobecne uznávané pravidlá, na ktorých existencii a obsahu by sa mali zhodnúť všetci rozumne zmysľajúci právnici. Práve z dôvodu ich nespochybniteľnosti, bez ohľadu na to, či ich platná právna úprava zakotvuje alebo nie, považujú sa za samostatný prameň práva, a to aj práva správneho³.

V podmienkach Slovenskej republiky sa ich obsah výkladom odvodzuje z Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len ako „ústava“).

Základný zákon ich zakotvuje buď explicitne alebo implicitne. Implicitne sú obsiahnuté v čl. 1 ods. 1 ústavy, podľa ktorého je Slovenská republika *právny štát*. Pritom význam čl. 1 ods. 1 ústavy treba vidieť v tom, že princíp právneho štátu v ňom proklamovaný „je základným ústavnoprávnym princípom v Slovenskej republike“ (Pl. Ú 19/98).⁴

Všeobecné právne princípy možno odvodiť napríklad aj z *medzinárodných zmlúv* vypočítaných v čl. 7 ods. 5 a čl. 154c ods. 1 ústavy.

Keďže vyjadrujú základné hodnoty spravodlivosti a racionálnej zákonitosti výkonu verejnej moci v demokratickom právnom štáte, treba ich chápať *v materiálnom, nie formálnom zmysle* slova.⁵ Dôsledkom takého prístupu

¹ HENDRYCH, D. a kol.: Správni právo. Obecná časť. 6. vydanie. Praha (2006), s. 60-61.

² HENDRYCH, D. a kol.: Správni právo. Obecná časť. 6. vydanie. Praha (2006), s. 59.

³ HENDRYCH, D. a kol.: Správni právo. Obecná časť. 6. vydanie. Praha (2006), s. 58 a nasl.; MACHAJOVÁ, J. a kol.: Všeobecné správne právo. 3. aktualizované vydanie. Žilina (2009), s. 37.

⁴ ČIČ, M. a kol.: Komentár k Ústave Slovenskej republiky. Žilina (2012), s. 21.

⁵ SVOBODA, P.: Ústavní základy správního řízení v České republice. Právo na spravedlivý

v praxi je stav, keď vykonávateľ verejnej správy interpretuje a aplikuje právnu úpravu tak, aby sa v čo najväčšom rozsahu zabezpečila ich skutočná realizácia.

Princíp rovnosti je ústavnoprávne garantovaný takmer v každom členskom štáte Európskej únie. Vyjadruje podstatu a zmysel existencie právnej úpravy, ktorej cieľom je v demokratickom štáte zaručiť, že v objektívne rovnakých situáciách sa s osobami bude zaobchádzať rovnako.

Na Slovensku ústava garantuje rovnosť ľudí v ich dôstojnosti a v ich právach (čl. 12 ods. 1 prvá veta) a zakotvuje zákaz diskriminácie (čl. 12 ods. 2 prvá veta). Princíp rovnosti sa premieta i do obsahu pravidla, že zákonné obmedzenia základných práv a slobôd musia platiť rovnako pre všetky prípady, ktoré spĺňajú zakotvené podmienky (čl. 13 ods. 3).

Ustanovenie čl. 12 ods. 2 ústavy je *všeobecným pravidlom* o rovnosti, predstavuje všeobecnú konkretizáciu prvej vety čl. 12 ods. 1 ústavy. Jeho realizáciou sa uplatňuje zásada, aby rovné bolo chápané (uskutočňované) rovnako, kým nerovné má byť chápané (uskutočňované) s prihliadnutím na svoju rozdielnosť. Štát síce môže formou zákona poskytnúť určitej skupine ľudí viac výhod ako inej, avšak nemôže tak urobiť ľubovoľne, musí rešpektovať obsah ústavy, jej zmysel, ako aj princípy demokratickej spoločnosti a zároveň prvok odlišnosti musí uplatniť vo vzťahu k všetkým prípadom spĺňajúcim ustanovené podmienky.⁶

Podľa uznesenia Ústavného súdu Slovenskej republiky, sp. z. PL. ÚS 16/08 zo 7. mája 2008, čl. 13 ods. 3 ústavy vo všeobecnej rovine vyjadruje požiadavku (princíp) rovnosti ako jednu z kľúčových materiálnych podmienok obmedzenia všetkých základných práv a slobôd. Pri skúmaní otázky, či v konkrétnom prípade (situácii) došlo k porušeniu ústavného princípu rovnosti pred zákonom, treba najprv preskúmať to, či pri obmedzovaní niektorého základného práva alebo slobody bol rešpektovaný príkaz vyjadrený v čl. 13 ods. 3, podľa ktorého zákonné obmedzenia základných práv a slobôd musia platiť rovnako pre všetky prípady spĺňajúce ustanovené podmienky.

Princíp rovnosti sa musí pri výkone verejnej moci presadzovať vždy. Keďže výkon verejnej správy má verejno-mocenský charakter, odporúčanie CM/Rec (2007) 7 Výboru ministrov o dobrej verejnej správe v čl. 3 bodu 1 explicitne uvádza, že orgány verejnej správy konajú v súlade s týmto princípom. Ide teda o *kogentné* pravidlo.

proces a české správní řízení. Praha (2007), s. 21 a nasl.

⁶ Bližšie k tomu in Čič, M. a kol.: Komentár k Ústave Slovenskej republiky. Martin (1997), s. 73-74. Tiež PALÚŠ, I.: Východiská ústavnej koncepcie základných práv a slobôd v Slovenskej republike. In: Palúš, I. a kol.: Ľudské práva a verejná správa. Košice (2007), s. 10 a nasl.

Podľa čl. 3 bodu 2 odporúčania CM/Rec (2007) 7 orgány verejnej správy musia zaobchádzať so súkromných osobami, ktoré sa nachádzajú v rovnakej situácii, rovnakým spôsobom. Na druhej strane to však neznamená, že orgány s náležitou starostlivosťou nezohľadňujú a spravodlivo neposudzujú každý individuálny prípad s použitím platných právnych predpisov. Princíp teda sám o sebe v praxi nevylučuje, aby správny orgán rozhodoval s prihliadnutím na okolnosti konkrétneho prípadu.

Cieľom princípu rovnosti je *predchádzať* nerovnakému zaobchádzaniu s osobami a súčasne *zabezpečiť*, aby sa s osobami nachádzajúcimi sa v *tej istej skutkovej a právnej situácii* zaobchádzalo rovnako, resp. obdobne.

Princíp rovnosti sa uplatňuje vždy v *konkrétnych* podmienkach. Ak sa napríklad novelizuje právna úprava, nemožno sa úspešne dovolať princípu rovnosti s poukázaním na rozdiely medzi predchádzajúcou a novou právnou úpravou. Princípu rovnosti sa nemožno úspešne dovolať, ani ak by sa tým mala ospravedlniť protiprávna činnosť (napr. nemožno sa brániť uloženiu administratívnej sankcie s poukazom, že v podobnom prípade nebol obvinený zo správneho deliktu potrestaný).⁷

2. Zákaz diskriminácie

Zákaz diskriminácie je úzko spojený s princípom rovnosti, princíp rovnosti je však všeobecnejší.

Diskriminácia (t. j. zaujaté neuznávanie rovnosti práv) vždy vedie k porušeniu rovnosti osôb, a to zo *špecifických dôvodov* vypočítaných v zákone.

V mnohých ústavách členských štátov Európskej únie sa možno stretnúť s enumeratívnym výpočtom takýchto dôvodov (pozri napr. čl. 7 ods. 1 rakúskej ústavy, čl. 14 ods. 1 slovinskej ústavy, čl. 12 ods. 2 slovenskej ústavy). V iných takýto výpočet absentuje, zakotvujú však pravidlo, že každý je si rovný pred zákonom, alebo že s nikým sa nesmie zaobchádzať odlišne z dôvodu týkajúceho sa jeho osoby (napr. fínska ústava).⁸

Za diskriminačné zaobchádzanie s osobou treba podľa čl. 12 ods. 2 ústavy a podľa čl. 3 českej Listiny základných práv a slobôd považovať také, ktoré je motivované rozdielmi pohlavia, rasy, farby pleti, jazyka, viery a náboženstva,

⁷ The Administration and you: A Handbook (1997). Principles of administrative law concerning the relations between administrative authorities and private persons. Council of Europe Publishing (1996), s. 10.

⁸ Principles of Good Administration in the Member States of the European Union. Statskontoret (2005). <http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>, s. 23.

politického alebo iného zmýšľania, národného alebo sociálneho pôvodu, príslušnosti k národnosti alebo etnickej skupine, majetku, rodu alebo iného postavenia.

Vykonávatelia verejnej správy nesmú rozlišovať medzi osobami z takýchto dôvodov a v dôsledku toho ich poškodzovať, zvyhodňovať alebo znevýhodňovať.

Uvedený princíp má všeobecnú platnosť, preto nemusí byť explicitne zakotvený v zákonnej úprave. Sú však oblasti správneho práva, v ktorom sa osobitným spôsobom zdôrazňuje, a preto nachádza v zákonoch aj svoje výslovné vyjadrenie. Takou je napríklad právna regulácia prístupu a výkonu verejnej a štátnej služby.

Vylúčenie diskriminácie zaraďuje príloha odporúčania Výboru ministrov Rady Európy č. (2000) 6, ktoré nadväzuje na odporúčanie Parlamentného zhromaždenia o štátnej službe v rozšírenej Európe 1322 (1997), medzi základné princípy vymedzujúce postavenie zamestnancov vo verejnej službe.

Slovenský zákon č. 400/2009 Z. z. o štátnej službe a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov upravuje zákaz diskriminácie v § 4. Podľa neho služobný úrad je povinný zaobchádzať so štátnymi zamestnancami v súlade so zásadou rovnakého zaobchádzania (najmä pokiaľ ide o podmienky vykonávania štátnej služby, odmeňovanie a iné plnenia, vzdelávanie, príležitosti na funkčný postup v štátnej službe a o skončení štátnozamestnaneckého pomeru). Právo na prijatie do štátnej služby sa zaručuje rovnako všetkým občanom (vrátane podmienok a spôsobu uskutočňovania výberového konania alebo výberu na voľné štátnozamestnanecké miesto, ak spĺňajú podmienky ustanovené týmto zákonom a osobitným predpisom).

Osobitný význam nadobúda zákaz diskriminácie *vo vzťahu k základným právam a slobodám*, a to aj v súvislosti s výkonom verejnej správy.

Zákaz diskriminácie zakotvujú medzinárodné zmluvy, ako aj ústavy štátov. Pritom väčšina dôvodov, pre ktoré nemožno diskriminovať, sa viaže na jednotlivca, fyzickú osobu. Právnické osoby pred diskrimináciou chráni iba ochrana pred rozdielnym nakladaním z dôvodu majetku.⁹

Pôvodný text Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (ďalej len ako „Dohovor“) zakotvil princíp rovnosti v podobe zákazu diskriminácie ako jedného zo základných kritérií posudzovania dodržiavania ľudských práv. Dodatokový protokol čl. 12 Dohovoru však už neponíma rovnosť ako kritérium posudzovania dodržiavania ľudských práv, ale ako základné ľudské právo. V čl. 1 sa zakazuje diskriminácia akýmkoľvek verejným orgánom.

⁹ Čič, M. a kol.: Komentár k Ústave Slovenskej republiky. Žilina (2012), s. 87.

Podľa judikatúry Európskeho súdu pre ľudské práva (ďalej len ako „Súd“) k diskriminácii môže prísť vtedy, ak štáty bez objektívneho a rozumného ospravedlnenia nezaobchádzajú rozdielne s osobami, ktorých situácia je citeľne rozdielna (Thlimmenos c. Grécko zo 6. apríla 2000 týkajúce sa sťažnosti čl. 34369/97).

Okrem *existencie dôvodov odlišného zaobchádzania* je na posúdenie toho, či došlo k porušeniu čl. 14 Dohovoru dôležitá aj *intenzita tohto odlišného zaobchádzania*. Ak táto nie je dostatočná, Súd nevysloví porušenie čl. 14 Dohovoru. Ďalšou podmienkou je, že *odlišné zaobchádzanie nie je objektívne a ospravedlniteľne rozumné*. Je to vtedy, ak neexistuje jeho legitímny cieľ a primeraný vzťah medzi použitými prostriedkami a sledovaným cieľom.¹⁰

Príkladom rozhodnutia, keď Súd považoval vnútroštátnu úpravu členského štátu za diskriminačnú, je prípad Chassagnou a ostatní c. Francúzsko (rozhodnutie z 29. apríla 1999 týkajúce sa sťažností č. 25088/94, 28331/95 a 28443/95). Išlo v ňom o nútený vklad pozemkov do poľovných revírov tých, ktorí mali rozlohu nižšiu ako 20 ha a nemohli sa tomu brániť oproti tým, ktorí mali pozemky s rozlohou prevyšujúcou 20 ha. Žalovaný štát sa snažil ospravedlniť odlišné zaobchádzanie medzi malými a veľkými vlastníkami s poukazom na nutnosť zabezpečiť zlúčenie malých pozemkov pre napomáhanie racionálnej správe poľovných revírov. Vláda však podľa názoru súdu nevysvetlila presvedčivým spôsobom, ako môže všeobecnému záujmu poslúžiť povinnosť vkladu poľovníckeho práva určená iba pre malých vlastníkov.

Príkladom, keď Súd považoval vnútroštátne opatrenie súvisiace s výkonom verejnej správy za primerané a objektívne odôvodnené, bolo jeho rozhodnutie zo 17. februára 2011 týkajúce sa sťažnosti č. 6268/08 (prípád Anderle c. Česká republika). Sťažovateľ namietal porušenie čl. 14 Dohovoru (zákaz diskriminácie) v spojitosti s čl. 1 Protokolu č. 1 (ochrana majetku). Tvrdil, že dôchodkový systém v Českej republike, v ktorom muži a ženy starajúci sa o deti môžu odísť do dôchodku v rôznom veku, je diskriminačný. Namietal najmä, že mu bol odoprený starobný dôchodok vo veku, keď by žene v jeho postavení bol priznaný. Podľa Súdu nižší vek žien pre odchod do dôchodku v Českej republike, ktorý bol zavedený v roku 1964 zákonom o sociálnom zabezpečení, je zakorenený v špecifických historických okolnostiach a odráža realitu vtedajšieho socialistického Československa. Toto opatrenie sledovalo legitímny cieľ a malo kompenzovať nerovnosť a núdzu, ktoré sú dôsledkom očakávaní od žien v modeli rodiny založenom v predmetnom čase (ktorý

¹⁰ SVÁK, J.: Ochrana ľudských práv (v troch zväzkoch). III. zväzok. Bratislava (2011), s. 567.

pretrváva dodnes). Ide o prácu na plný úväzok, ako aj starostlivosť o deti a o manžela. Samozrejme výška mzdy a dôchodku priznaná ženám bola tiež vo všeobecnosti nižšia v porovnaní s mužmi. Vnímanie úloh pohlaví sa vyvíja a česká vláda progresívne modifikovala svoj dôchodkový systém tak, aby odrážal sociálne a demografické zmeny. Samotný charakter tejto zmeny je však postupný a vládu nemožno kritizovať za to, že nevytvárala tlak na úplné zrovnoprávnenie dôchodkového veku rýchlejšie. Súd konštatoval, že prístup Českej republiky bol primeraný a objektívne odôvodnený a bude taký dovtedy, kým sociálne a hospodárske zmeny v krajine neodstránia potrebu osobitného zaobchádzania so ženami. Nedošlo teda k porušeniu čl. 14 Dohovoru v spojitosti s článkom I Protokolu č. 1.

Súdna judikatúra vo všeobecnosti vychádza z toho, že o tzv. *priamu diskrimináciu* ide v prípade, ak dochádza: a) k vyčleneniu porovnateľného jednotlivca alebo skupiny, b) zo zakázaného dôvodu, c) ktoré je mu k tiaži (uložením bremena alebo odopretím dobra), a d) vyčleňovanie nie je možné ospravedlniť, lebo nesleduje žiadny legitímny alebo akceptovateľný dôvod (verejného, legitímneho záujmu) a opatrenie je neprimerané (disproporčné).¹¹

Ústavný súd Slovenskej republiky vo svojom náleze (IV. ÚS 23/05-59) uviedol, že prípadná nerovnosť by mohla byť ústavne akceptovateľná iba vtedy, keby bola objektívne a rozumne zdôvodnená, to znamená, keby sledovala legitímny cieľ a keby medzi týmto cieľom a prostriedkami prijatými na jeho dosiahnutie existoval vzťah proporcionality. Pretože nerovnosť medzi subjektmi pri poplatku z omeškania nie je v zásade spôsobilá na dosiahnutie inak legitímneho cieľa (zlepšenia zdravotnej starostlivosti), už z tohto dôvodu ju nepovažoval za ústavne akceptovateľnú.

3. Princíp legitímneho očakávania

Princíp rovnosti úzko súvisí s *princípom legitímneho očakávania*. Spojitosť týchto princípov je daná tým, že porušenie princípu legitímneho očakávania má za následok porušenie princípu rovnosti osôb pred zákonom.

Princíp legitímneho očakávania vyjadruje čl. 13 ods. 3 Ústavy Slovenskej republiky, podľa ktorého rovnaké obmedzenia sa vzťahujú len na prípady spĺňajúce rovnaké ustanovené podmienky. V prípade odlišných podmienok aj obmedzenia platia odlišne, ale znovu rovnako pre všetkých, ktorí tieto odlišné podmienky spĺňajú.

¹¹ WAGNEROVÁ, E./ŠIMÍČEK, V./LANGÁŠEK, T./POSPÍŠIL, I. a kol.: Listina základních práv a svobod. Komentář. Praha (2012), s. 101.

Podľa Ústavného súdu Slovenskej republiky účelom legitímneho očakávania je „ochrana súkromných osôb pred nepredvídateľným mocenským zásahom do ich právnej situácie, vyústenie ktorej do určitého výsledku sa spoliehali“ (PL. ÚS 10/04 zo 6. februára 2008).

Podstata princípu legitímneho očakávania sa vo sfére verejnej správy prejavuje tak, že budúce správanie orgánu verejnej správy v konkrétnej veci musí byť – vzhľadom na platnú právnu úpravu a jeho predchádzajúce konanie na základe takejto právnej úpravy – predvídateľné. Ak sa princíp v administratívnej praxi dodržiava, nemal by v nej nastať odklon bez toho, aby tu pre taký postup orgánu jestvovalo racionálne odôvodnenie. S legitímnym očakávaním preto úzko súvisí *zákaz prekvapivých rozhodnutí*, keď sa správne orgány nemôžu, bez náležitého odôvodnenia a poskytnutia možnosti účastníkovi konania oboznámiť s podkladmi rozhodnutia, odchyliť od doterajšej rozhodovacej praxe (rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 2. júna 2011, sp. zn. 8Sžo/163/2010).

Možno povedať, že o dodržiavaní princípu legitímneho očakávania svedčí taká správna prax, ktorá je ustálená, jednotná a dlhodobá. Pritom môže ísť nielen o činnosť, ale i legitímne pasívne správanie vykonávateľa verejnej správy, ktoré opakovane potvrdzuje určitý výklad a použitie právnych predpisov. Takou praxou je orgán viazaný.¹²

Podstata princípu legitímneho očakávania pri aplikačnej činnosti orgánov verejnej správy sa zrkadlí v stave, keď správne orgány *objektívne zhodné prípady rozhodujú zhodne*, t. j. podľa rovnakých pravidiel. *Totožnosť podmienok* je kritériom, ktoré zabraňuje právne neodôvodneným preferenciám osôb zo strany správnych orgánov v konkrétnych prípadoch.

Správne orgány musia dodržiavať princíp legitímneho očakávania voči *všetkým* osobám. Jeho dôsledné uplatňovanie v praxi tak napomáha prehlbovať *právnu istotu* adresátov výkonu verejnej správy, tým že prikazuje správnym orgánom *rešpektovať kontinuitu práva a rozhodovania*. Prispieva k vytváraniu ustálenej rozhodovacej praxe, ktorá by sa mala meniť len v odôvodnených prípadoch a to výlučne z legitímnych dôvodov.

Princíp legitímneho očakávania je ako *základné pravidlo správneho konania* explicitne zakotvené v § 3 ods. 4 slovenského správneho poriadku (zákona č. 71/1967 Zb. v znení neskorších predpisov) ako aj v § 2 ods. 4 českého správneho poriadku (zákona č. 500/2004 Zb.), podľa ktorého *správne orgány dbajú o to, aby v rozhodovaní o skutkovo rozdielnych alebo podobných prípadoch nevznikali*

¹² Bližšie k tomu pozri uznesenie rozšíreného senátu Najvyššieho správneho súdu Českej republiky z 21. 7. 2009, č. k. 6 Ads 88/2006-132. In: PRŮCHA, P.: *Správní řád s poznámkami a judikaturou podle stavu k 1. 1. 2013*. Praha (2012), s. 24.

neodôvodnené rozdiely. Procesnoprávna úprava tak od orgánu verejnej správy výslovne vyžaduje, aby dodržiavala *kontinuitu rozhodovania*.

V praxi to znamená, že správny orgán je povinný pri rozhodovaní o skutkovo zhodných alebo podobných prípadoch používať rovnaké kritériá *počas celého obdobia*, v ktorom *platia konkrétne podmienky pre rozhodovanie* (právna úprava, interné riadiace akty záväzné pre orgán štátnej správy). Ak sa však tieto podmienky pre rozhodovanie *zmenia* (napr. nadobudne účinnosť nová právna úprava, nadriadený orgán schváli internú smernicu iného znenia), nemožno sa úspešne dovolávať kontinuity rozhodovania (správny orgán bude musieť rešpektovať nové podmienky rozhodovania).

Súdna judikatúra v tejto súvislosti taktiež zdôrazňuje, že ustálenú prax vykonávateľa verejnej správy možno zmeniť, ale len do budúcnosti (*pro futuro*) a v situácii, keď sa dotknutí adresáti výkonu verejnej správy majú možnosť s touto zmenou oboznámiť (napr. s obsahom novej platnej právnej úpravy, interného správneho aktu).

Legitímnosť zmeny správnej praxe sa pritom odvíja od otázky, do akej miery mohol adresát normy rozumne rátať s tým, že sa výklad danej normy zmení za nezmenenej právnej úpravy, najmä so zreteľom na ustálenosť, jednotnosť, dlhodobosť a určitosť správnej praxe, význam daného výkladu práva, zmenu právnych predpisov s danou správnu praxou súvisiacich a prípadnú zmenu relevantných spoločenských okolností, ktoré môžu objektívne prispievať k poznaniu správneho výkladu práva.

Zmena dlhohodobej správnej praxe za nezmeneného stavu právnych predpisov môže nastať len na základe *závažných a principiálnych dôvodov* smerujúcich k dosiahnutiu určitej právom chránenej hodnoty. V žiadnom prípade sa tak nesmie diať svojvoľne (porovnaj napr. nález Ústavného súdu z 23. januára 2008, sp. zn. I. ÚS 520/06).

Podľa rozsudku Najvyššieho správneho súdu Českej republiky zo dňa 13. augusta 2009, č. k. 7 As 43/2009-52, pokiaľ správny orgán na základe racionálnych a preskúmateľných dôvodov dôjde k záveru, že jeho doterajšia prax v niektorom ohľade *nezodpovedala odborným hľadiskám*, je oprávnený túto prax do budúcnosti zmeniť.¹³ Je nepochybné, že za takýto závažný a principiálny dôvod je potrebné považovať i *nezákonnosť* doterajšieho rozhodovania a postupu správneho orgánu.

Princíp legitímneho očakávania sa uplatňuje aj v prípadoch, keď zo zákona vyplýva tzv. *diskrečná právomoc* správneho orgánu. Ide o situáciu, keď zákon pripúšťa uplatnenie *správneho uváženia* správneho orgánu.

¹³ PRŮCHA, P.: Správní řád s poznámkami a judikaturou podle stavu k 1. 1. 2013. Praha (2012), s. 27.

Vtedy je správny orgán oprávnený:

- a) rozhodnúť, či sa určité ustanovenie zákona bude alebo nebude aplikovať (dikcia: správny orgán môže);
- b) zvoliť jeden z variantov riešenia zakotvených v právnej norme (napr. za podmienok ustanovených zákonom má správny orgán možnosť aplikovať zákonnú alternatívu X, Y alebo Z);
- c) rozhodnúť v rámci rozpätia určeného právnou normou (napr. správny orgán uloží pokutu do výšky 10 000 eur).

Právne normy pripúšťajúce voľnú úvahu, striktne a jednoznačne neurčujú, ako má správny orgán v konkrétnom prípade rozhodnúť, ale umožňujú, aby sám hľadal v rámci zákonom poskytnutého priestoru riešenie; pritom by mal *rešpektovať zmysel a účel* aplikovaného zákona a vziať do úvahy špecifiká konkrétneho prípadu v súlade s *verejným záujmom* i s možnosťami v danom čase a na danom mieste.

Uplatnenie princípu legitímneho očakávania znamená, že aj *pri aplikácii noriem pripúšťajúcich správne uváženie*, musí správny orgán vo všetkých *skutkovo zhodných alebo podobných prípadoch* používať rovnaké kritérium. V dôsledku toho, ak správny orgán udelil súhlas osobe X, ktorá splnila podmienky Z, musí udeliť súhlas aj osobe Y, ak splnila podmienky Z. Tento princíp sa však nemôže uplatniť, a teda sa ho nemožno ani úspešne dovolať vo vzťahu k *objektívne rozdielnym* prípadom (osoba X, ktorá splňa podmienky Z, nemá právny nárok na to, aby jej správny orgán udelil súhlas rovnako ako osobe Y, ktorá splňa podmienky Q). Preto aj súdna judikatúra zdôrazňuje, že princíp legitímneho očakávania treba chápať ako stav, keď rozhodovacia prax správnych orgánov je jednotná a súčasne súladná so zákonom. To však neznamená, že ak vydá správny orgán rozhodnutie, ktoré sa od jeho doterajšej praxe odlišuje, adresát rozhodnutia sa môže účinne domôcť jeho zmeny alebo zrušenia výlučne s poukazom na skôr vydané rozhodnutie, a to najmä v situácii, ak skoršie rozhodnutie je nezákonné (k tomu pozri odôvodnenie rozsudku Najvyššieho správneho súdu Českej republiky z 31. marca 2010, č. k. 9 As 69/2009-53).

4. Princíp nestrannosti a objektivity

Oba princípy úzko súvisia s *princípom rovnosti* osôb, pretože ak správny orgán koná objektívne, t. j. len s ohľadom na príslušnú záležitosť a súčasne nekoná zaujato, je to záruka toho, že v rovnakých alebo obdobných záležitostiach bude postupovať a rozhodovať rovnako, resp. obdobne.

Odporúčanie CM/Rec (2007) 7 Výboru ministrov o dobrej verejnej správe požiadavku na objektivitu správneho orgánu zahrnulo pod princíp nestrannosti

(principle of impartiality). V čl. 4 bod. 1 ukladá, aby orgány verejnej správy konali v súlade s princípom nestrannosti, t. j. objektívne (act objectively) a tiež nezaujato (act in an impartial manner).

Dodržiavanie princípu objektivity a nestrannosti neznamená, že vykonávateľ verejnej správy nemá dbať na presadzovanie verejného záujmu. To sa – vzhľadom na jeho funkciu v rámci deľby moci – od neho ani neočakáva. Presadzovať verejný záujem je totiž povinnosťou orgánu verejnej správy. Ani v takom prípade však nesmie konať na úkor objektivity a nestrannosti.

Podstatu *princípu objektivity* možno vyjadriť tak, že správny orgán pri rozhodovaní vychádza zo všetkých skutkových a právnych okolností podstatných pre daný prípad a prihliada len na ne.

Posúdenie okolností, ktoré sú východiskom pre rozhodnutie vo veci, sa taktiež riadi pravidlami zaručujúcimi naplnenie tohto princípu. Správny orgán by mal skutočnostiam týkajúcim sa prípadu priznať len taký význam, ktorý v danom prípade majú. Žiadna z okolností prípadu by sa nemala preceňovať, ani nedoceňovať. V záujme objektívnosti rozhodovania správny orgán musí vylúčiť tie okolnosti, ktoré sú irelevantné pre rozhodnutie. Pre tento cieľ je v právnej praxi dôležité, aby v rámci dokazovania *spolahlivo zistil skutočný stav veci*.

Princíp nestrannosti je základným predpokladom spravodlivého rozhodovania vo verejnej správe a je garanciou *práva na spravodlivý proces* (the right of fairness). Ak je zamestnanec verejnej správy pri rozhodovaní zaujatý, je veľmi pravdepodobné, že nebude rozhodovať objektívne.

Podľa čl. 4 bodu 4 odporúčania CM/Rec (2007) 7 členský štát Rady Európy by mal zabezpečiť, aby zamestnanci verejnej správy vykonávali svoje povinnosti nestranne, bez ohľadu na ich vlastné osobné presvedčenie a záujmy.

Vo väčšine členských štátov je táto požiadavka garantovaná ústavnoprávne.

Princíp nestrannosti pri výkone verejnej správy je implicitne obsiahnutý v čl. 1 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky.

Základným predpokladom jeho presadzovania v rozhodovacej činnosti verejnej správy je, aby zákon upravoval mechanizmus zaručujúci, že sa na rozhodnutí nebude podieľať osoba, ktorej záujmov sa rozhodnutie dotýka (priamo alebo nepriamo). Môže ísť pritom o jej osobné alebo finančné záujmy, ako aj o také záujmy jej rodiny, priateľov, ale i osôb, ku ktorým má nepriateľský vzťah. Zamestnanec verejnej správy by nemal byť pri rozhodovaní ovplyvnený ani svojou vnútornou podporou, resp. sympatiami k určitému spôsobu riešenia prípadu.¹⁴

¹⁴ The Administration and you: A Handbook (1997). Principles of administrative law concerning the relations between administrative authorities and private persons. Council of Europe publishing (1996), s. 17.

Dodržanie týchto princípov je obzvlášť významné v prípadoch *aplikácie noriem obsahujúcich voľnú úvahu*, lebo tam, kde vykonávateľ verejnej správy nemá zákonom priznanú voľnosť a je povinný postupovať striktnie podľa pravidla ustanoveného zákonom, riziko porušenia tohto princípu je nižšie.

Komentár k prílohe odporúčania R (80) 2 Výboru ministrov o vykonávaní právomoci voľnej úvahy správnymi orgánmi uvádza len výpočet *základných dôvodov*, ktoré môžu v praxi ovplyvniť nestrannosť rozhodovania. Do úvahy prichádzajú *aj ďalšie skutočnosti*, ktoré však musia mať spoločnú jednu vlastnosť – odôvodnene oslabujú dôveru adresáta v objektívnosť rozhodovania a rozhodnutia.

I keď princíp objektivity a nestrannosti je všeobecný princíp *hmotnoprávnej povahy*, ktorý sa vzťahuje na *celú oblasť výkonu verejnej moci*, a svoje zákonné vyjadrenie nachádza predovšetkým v právnej úprave postavenia úradných osôb (povinnosť konať objektívne a zaobchádzať s každým rovnocenne), sú to predovšetkým správne poriadky členských krajín Európskej únie, ktoré *procesnoprávne* zabezpečujú presadzovanie princípu objektivity a nestrannosti v rámci postupov orgánov verejnej správy.

Platná právna úprava správneho konania v tejto súvislosti upravuje *inštitút predpojatosti úradných osôb* a mechanizmus ich vylúčenia z prejednávania a rozhodovania vecí.

V niektorých štátoch právna úprava zakotvuje všeobecnú požiadavku, aby sa úradná osoba zdržala účasti na rozhodovaní v prípade, ak je osobne zainteresovaná v danej veci alebo ak sú tu odôvodnené pochybnosti o jej nezaujatosti. V takom prípade je vecou interpretácie zákona správnymi orgánmi a tiež vecou súdnej judikatúry, čo sa v praxi považuje za takýto prípad.

Vo väčšine štátov zákony uvádzajú ako dôvody na vylúčenie úradnej osoby skutočnosť, že sama je účastníkom konania vo veci, má blízky vzťah k účastníkovi konania, má vlastný možný prospech z veci, má komerčný alebo služobný vzťah k veci, už rozhodovala v danej veci v predchádzajúcom konaní atď.

Niektoré zákony zakotvujú aj výnimky z pravidla, že vo veci nemôže rozhodovať vylúčená úradná osoba. Podľa čl. 10 ods. 5 estónskeho správneho poriadku osoba nemôže byť vylúčená, ak nemôže byť nahradená inou osobou. Cyperský správny poriadok účasť vylúčeného zamestnanca v rozhodovacom procese umožňuje, ak niet iného správneho orgánu oprávneného rozhodnúť alebo ak správny orgán nie je uznášaniaschopný vzhľadom na chýbajúce potrebné kvórum.¹⁵

¹⁵ Principles of Good Administration in the Member States of the European Union. Statskontoret (2005). <http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>, s. 26-31.

Podľa § 11 ods. 2 slovenského správneho poriadku predpokladá zamestnanec urobiť iba také úkony, ktoré nepripúšťajú odklad, nemôže však vo veci rozhodnúť. Napriek tomu sa na základe výkladu zákona v praxi uznáva aj pravidlo, že nemožno vylúčiť správny orgán ako celok, ale len zamestnancov alebo členov správneho orgánu. Vylúčenie tak neprichádza do úvahy, ak má postavenie správneho orgánu podľa zákona len jedna osoba a niet inej osoby, ktorá by podľa platnej právnej úpravy mohla miesto nej vo veci rozhodnúť.¹⁶ Český správny poriadok v tejto súvislosti explicitne zakotvil v § 14 ods. 6 túto výnimku vo vzťahu k vedúcim ústredným orgánom správnych úradov a štátnym tajomníkom.

Právnické a fyzické osoby nezriedka – v snahe dosiahnuť úspech v odvolacom konaní pred správnym orgánom alebo na súde – namietajú predpokladnosť úradnej osoby, aby spochybnili zákonnosť napadnutého rozhodnutia verejnej správy.

Súdy v takýchto prípadoch skúmajú opodstatnenosť tvrdenia žalobcu, t. j. či v konkrétnom prípade rozhodla vylúčená osoba a tiež to, či takáto chyba konania mohla mať vplyv na zákonnosť rozhodnutia.

Otázkou vylúčenia zamestnanca orgánu z prejednávania a rozhodovania vecí sa napríklad zaoberal český Najvyšší správny súd v rozsudku z 30. januára 2008, č. k. 6 As 24/2007. Vo svojom odôvodnení sa odvolal na predchádzajúcu judikatúru, podľa ktorej „pracovníci obecního (městského) úřadu jsou z projednávání a rozhodování věci vyloučeni, pokud by měl jejich zaměstnavatel (obec či město) *bezprostřední a soukromý zájem* na výsledku rozhodnutí vydávaného v přenesené působnosti, daný tím, že by se *dotýkalo jeho majetku a byl od něho odvislý majetkový přínos pro obec nebo město*“.

Literatúra

ČAPEK, J.: *Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod. I. část – úmluva*. Praha : Linde (2010), 887 s., ISBN 978-80-7201-789-4.

ČIČ, M. a kolektív: *Komentár k Ústave Slovenskej republiky*. Martin : Vydavateľstvo Matice slovenskej (1997), 598 s., ISBN 80-7090-444-5.

ČIČ, M. a kolektív: *Komentár k Ústave Slovenskej republiky*. Žilina : Eurokódex (2012), 827 s., ISBN 978-80-89447-93-0.

HENDRYCH, D. a kolektív: *Správní právo. Obecná část*. 6. vydanie. Praha : C. H. Beck (2006), 822 s., ISBN 80-7179-442-2.

KOŠIČIAROVÁ, S.: *Princípy dobrej verejnej správy a Rada Európy*. Bratislava : Iura Edition (2012), 556 s., ISBN 978-80-8078-519-2.

¹⁶ SREBALOVÁ, M.: Rýchlosť správneho konania a nečinnosť správneho orgánu. Bratislava (2008), s. 68.

- KOŠIČIAROVÁ, S.: *Správny poriadok. Komentár*. Šamorín: Heuréka (2013), 357 s., ISBN 978-80-89122-85-1.
- MACEJKOVÁ, I./BABJÁK, M./MOZEŠOVÁ, Z.: *Výber právnych viet z rozhodovacej činnosti Ústavného súdu Slovenskej republiky 2001 – 2010*. Bratislava : Eurounion (2011), 444 s., ISBN 978-80-89374-16-8.
- MACHAJOVÁ, J. a kolektív: *Všeobecné správne právo. 3. aktualizované vydanie*. Žilina : Bratislavská vysoká škola práva a Eurokódex, Poradca podnikateľa (2009), s. 37, ISBN 978-8089363-36-0.
- PALÚŠ, I. a kolektív: *Ludské práva a verejná správa*. Košice : Fakulta verejnej správy UPJŠ (2007), 174 s., ISBN 978-80-89089-65-9.
- PRŮCHA, P.: *Správni řád s poznámkami a judikaturou podle stavu k 1. 1. 2013*. Praha : Leges (2012), 464 s., ISBN 978-80-87576-35-9.
- SREBALOVÁ, M.: *Rýchlosť správneho konania a nečinnosť správneho orgánu*. Bratislava : Univerzita Komenského, Právnická fakulta, Vydavateľské oddelenie (2008), 120 s., ISBN 978-80-7160-268-2.
- SVÁK, J.: *Ochrana ľudských práv (v troch zväzkoch)*. III. zväzok. Bratislava : Paneurópska vysoká škola a Eurokódex (2011), 567 s., ISBN 978-80-89447-43-5 (súbor), ISBN 978-80-89447-46-6 .
- SVOBODA, P.: *Ústavní základy správního řízení v České republice. Právo na spravedlivý proces a české správní řízení*. Praha: Linde (2007), 359 s., ISBN 978-80-7201-676-1.
- The Administration and you: A Handbook* (1997). Principles of administrative law concerning the relations between administrative authorities and private persons. Council of Europe Publishing (1996), 537 s., ISBN 92-871-3124-4.
- WAGNEROVÁ, E./ŠIMÍČEK, V./LANGÁŠEK, T./POSPÍŠIL, I. a kolektív: *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha : Wolters Kluwer ČR (2012), 905 s., ISBN 978-80-7357-750-6.

Summary

The scientific article analyzes the constitutional aspects of the application of the principle of equality regarding to the private individuals in the field of public administration. This principle has a substantive and a procedural aspect, as well. The principle of equality is closely related to the prohibition of discrimination principle, nevertheless the second one is more specific, and also to the principle of legitimate expectations and to the principle of impartiality and objectivity in the field of public administration activities. The author clarifies in the context of the case law of the European courts the requirements that have to be respected within the activities of public authorities in connection to the equality principle and that should be provided for in the legal acts of the member states of the Council of Europe.

Berücksichtigung kultureller Differenzen im Strafrecht?

Daniel Krošlák*

I. Einführung - II. Was ist die Kultur? - III. Die Rolle der Kultur im Gerichtssaal - IV. Abweichende kulturelle Hintergründe in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft - V. Deutsche Rechtsprechung zu kulturellen Hintergründen - V.1 Strafrechtliche Bewertung in Deutschland - V.2 Der Fall von Hatun Sürücü - V.4 Gibt es wirklich keinen Zusammenhang zwischen Ehrenmorden und Islam? - Fazit

I. Einführung

Der Begriff der „cultural defense“ Strategie tauchte in amerikanischen Zeitschriften Mitte der 80-er Jahre des 20. Jahrhunderts auf, im Zusammenhang mit der steigenden Anzahl von Fällen, bei denen man sich vor Gericht auf kulturelle Traditionen berufen hatte.

Viel Aufmerksamkeit hat zum Beispiel der Fall *People v. Dong Lu Chen* gewonnen.¹ Bei der Beurteilung des Sachverhalts akzeptierte der Richter die Verteidigung durch abweichende kulturelle Hintergründe (was bis dahin nicht sehr üblich war). Die Kontroverse dieser Entscheidung konnte vielleicht guter Reiz für weitere Überlegungen im Rahmen unseres Themas werden.

Unsere Geschichte fängt im Jahre 1986 an. Dong Lu Chen war zusammen mit seiner Frau Jian Wan Chen und drei Kindern aus China in die USA emigriert. Dong Lu war damals 53 Jahre alt, ursprünglich hatte er in China als Farmer gearbeitet. In USA konnte er aber nur Arbeit als Geschirrspüler in Maryland finden. Seine Frau und Kinder haben in New York gelebt, wo Jian Wan in einer Fabrik gearbeitet hat. Wenn Dong Lu einen freien Tag hatte, ist er nach New York gefahren, um zusammen mit seiner Frau und Kinder zu sein. Bei einer solchen Gelegenheit weigerte sich Jian Wan mit ihm Sex zu haben. Von diesem Moment an hatte Dong Lu sie verdächtigt, dass sie eine Affäre hat.

* Diese Studie ist ein Ergebnis der wissenschaftlichen Forschung unternommen im Rahmen des unter der Nr. 1/0507/12 registrierten VEGA-Projekts „Kulturelle und religiöse Unterschiede, Migration und Menschenrechte“.

¹ Die Wiedergabe des Falles basiert auf dem Aufsatz L. VOLPP, (Mis)identifying Culture – Asian Women and the „Cultural Defense“. In: J. S. S. Wu/M. Song (ed.), *Asian American Studies. A Reader*. Rutgers University Press (2000), S. 391 ff.

Im 1987 entschied sich Dong Lu zurück nach New York zu ziehen, um mit der Familie zusammen zu sein. Er bemerkte, dass seine Frau kalt und abweisend war. Also verdächtigte er sie weiterhin untreu zu sein. Schließlich hat er sie am 25. August konfrontiert, ob sie sich mit einem anderen Mann trifft. Sie bejahte. Dong Lu ist ohne einziges Wort weggegangen. Zwei Wochen später versuchte er mit ihr Sex zu haben. Nach dem, was er später aussagte, hat sich Jian Wan geweigert und sagte zu ihm: „Ich lasse dich mich nicht anfassen, ich habe dafür andere Männer, die das machen werden.“ Diese scharfe Erwiderung machte Dong Lu schwindlig. Er hat sie geschnappt und nach unten gepresst. „Wie lange ist es schon her?“ schrie er auf Chinesisch. Jian Wan, die kaum atmen konnte, japste: „Drei Monate.“ Ihre Ehrlichkeit verwirrte Dong Lu noch mehr. Er ist ins andere Zimmer gegangen und kam mit einem Hammer zurück, mit dem er sie achtmal in dem Kopf geschlagen hat.

Dong Lu war wegen Mord zweiten Grades angeklagt. Im Prozess hat sein Anwalt argumentiert, dass Dong Lu nicht als schuldig angesehen sein kann, weil er zur Zeit der Tat vorläufig schuldunfähig wegen seelischen Störungen war. Weiter hat er die abweichenden kulturellen Hintergründe von Dong Lu erhoben, die ihn seiner Meinung nach in zwei Wegen entschuldigen. Erstens, jeder durchschnittlich und normal gesinnte chinesische Mann würde in einer solchen Situation, wenn er über die Untreue seiner Frau erfahren hätte, ähnlich reagieren. Zweitens, wenn Chen in China sein würde und über die Untreue seiner Frau erfahren würde, würde seine Familie ihn hindern sie zu töten. Da er jedoch in Amerika war, ohne die gewohnte Förderung seiner Familie, hatte er niemanden, der ihn von der Tat zurückhielt.

Chen's Anwalt berücksichtigte vor allem das Zeugnis von Burton Pasternak, einem amerikanischen Anthropologen, der ein Spezialist für China war und diese Thesen aufgestellt hatte. Er sagte, dass in der chinesischen Kultur außerehelicher Geschlechtsverkehr der Ehefrau den guten Ruf des Mannes beschmutzt und indiziert, dass er nur geringe Kontrolle über seine Frau hat. Pasternak sagte über Chen's Verhalten:

„would not be unusual at all for [a] Chinese in that situation, for a normal Chinese in that situation. ... If it [sic] was a normal person, it's not the United States, they would react very violently. ... I've witnessed such situations myself.“ Und weiter: „In general terms, I think that one could expect a Chinese [man] to react in a much more volatile way, violent way to those circumstances than someone from our own society. I think there's no doubt about it.“

Obwohl Pasternak bei der Einvernahme behauptete, dass er die Erfahrung mit ähnlichen Situationen in China gehabt hatte, konnte er sich später bei

der Konfrontation an keinen derartigen Fall erinnern, der innerhalb seines 6-jährigen Aufenthaltes in China passiert wäre.

Der Richter Edward Pincus hatte Chen für schuldig befunden wegen Totschlag (*manslaughter*) zweiten Grades (also nicht Mord) und verurteilte ihn auf 5 Jahre Probation ohne weitere Freiheitsstrafe. In seiner Darlegung hat er geschrieben:

„Were this crime committed by the defendant as someone who was born and raised in America, or born elsewhere but primarily raised in America, even in the Chinese American community, the court would have been constrained to find the defendant guilty of manslaughter in the first degree. But, this court cannot ignore ... the very cogent forceful testimony of Doctor Pasternak, who is, perhaps, the greatest expert in America on China and interfamilial relationships. ... [Dong Lu Chen] was the product of his culture. ... The culture was never an excuse, but it is something that made him crack more easily. That was the factor, the cracking factor.“

Frauenrechts-Organisationen, asiatisch-amerikanische Gruppen und Elizabeth Holtzman (damals eine demokratische Abgeordnete) haben sich gegen das Urteil gestellt. Sie reichten sogar bei der *State of New York Commission on Judicial Conduct* eine Forderung ein, um das Urteil zu überprüfen.²

II. Was ist die Kultur?

Für die weitere Analyse ist es nötig die Frage „Was ist die Kultur?“ zu beantworten. Im Jahre 1871 definierte sie der britische Anthropologe Edward Burnett Tylor (1832 – 1917) als:

*„that complex whole which includes knowledge, belief, art, morals, law, custom and any other capabilities and habits acquired by man as a member of society.“*³

Diese Definition ist wahrscheinlich die bei englischen und amerikanischen Anthropologen am meisten zitierte und man benutzt sie als Ausgangspunkt für weitere Definitionsversuche.⁴

² A. DUNDES RENTELN, *The Cultural Defense*. Oxford University Press (2004), S. 34.

³ Zitiert nach W. FIKENTSCHER, *Modes of Thought*. 2nd edition. Mohr Siebeck (2004), S. 95.

⁴ Kritik und weitere Versuche der Definition FIKENTSCHER, Fn. 3, S. 95 ff.

Alison Dundes Renteln zitiert die Definition der Kultur der Canadian UNESCO Commission:

*„Culture is a dynamic value system of learned elements, with assumptions, conventions, beliefs and rules permitting members of a group to relate to each other and to the world, to communicate and to develop their creative potential.“*⁵

Wir wollen hier keine neue Definition suchen, deshalb verzichten wir auf die mögliche Kritik. Eins muss man aber sagen: viele Leute denken, die Repräsentation der Kultur sei, was die anderen machen. Dabei vermisst man die Tatsache, dass jeder Mensch „Produkt“ einer eigenen Kultur ist, der Richter, wie auch der Angeklagte. Leti Volpp schreibt dazu:

*„... [B]ehaviour that we might find troubling is more often causally attributed to a group-defined culture when the actor is perceived to ‚have‘ culture. Because we tend to perceive white Americans as „people without culture“, when white people engage in certain practices we do not associate their behavior with a racialized conception of culture, but rather construct other non-cultural explanations. ... Thus, we consider early marriage by a Mexican immigrant to reflect „Mexican culture.“ In contrast, when a white person commits a similar act, we view it as an isolated instance of aberrant behavior, and not as reflective of a racialized culture. Under this schema, white people are individual actors; people of color are members of groups.“*⁶

Darüber sollten wir mehr nachdenken, auch was unseren Fall betrifft. Der Einspruch von Dong Lu Chen, dass er nur so gehandelt habe, wie jeder andere Chinese in seiner Situation, ist für viele Amerikaner (aber auch Europäer) glaubwürdig. Sie betrachten China noch immer als eine patriarchalische Gesellschaft, in welcher Männer fast alles tun können und die Frauen auch für kleinste Überschreitungen bestraft werden.⁷

⁵ Canadian Commission for UNESCO, „A Working Definition of ‚Culture““ 83. Nach DUNDES RENTELN, Fn. 2, S. 10.

⁶ L. VOLPP, Blaming Culture for Bad Behavior. In: Yale Journal of Law and the Humanities, Vol. 12 (2000), S. 89-90.

⁷ In wieweit diese Vorstellungen der Realität entsprochen haben, ist noch nicht vollständig geklärt. Sicherlich stimmen die Umriss: im traditionellen China herrschte ein strenges Patriarchat, in dem Frauen in aller Regel nur über die Rolle der Mütter von Söhnen Anerkennung finden konnten. Der konfuzianische Sittenkodex legte die weiblichen Verhaltensweisen fest, er zielte auf Keuschheit, Unterwürfigkeit und Dummheit. Nach

Tilman Spengler schreibt dazu:

„So sehr das Bild einer ganz entrechteten, der Willkür ihrer männlicher Umwelt ausgelieferten Frau in den Grundzügen mit der damaligen chinesischen Wirklichkeit übereinstimmt, so sehr bedarf es aber auch der historischen und der sozialen Modifikation. Denn es fällt schwer zu glauben, dass etwa ein chinesischer Landarbeiter sich den Luxus konfuzianischer Etikette im Verhältnis gegenüber seiner Frau leisten konnte, schwer zu glauben, dass also nicht eine gemeinsame Not im Umgang mit der Natur auch eine gewisse Egalität der sozialen Umgangsformen geschaffen hätte.“⁸

Für den Fall *People v. Dong Lu Chen* ist eine Analyse der Vergangenheit vielleicht nicht so wichtig, weil man im Jahr 1927 das hierarchisch angelegte Beziehungsgefüge zwischen Mann und Frau im China niedergerissen hat und so könnte (zumindest formal) eine Gleichheit erfolgen.⁹

Im Spiegel dieser neueren Ausgestaltung sieht die „cultural defense“ Strategie von Dong Lu Chen eher als unakzeptabel aus. Trotzdem können wir darüber nicht vergessen, dass Dong Lu im ländlichen Gebiet lebte, das noch heute viel mehr traditionell geprägt ist. Dieser Moment konnte zusammen mit vermutlichen seelischen Störungen ausreichen, um seine Handlung zu entschuldigen. Über viele Tatsachen des Falles berichtet die Literatur leider nichts und es gibt auch keinen direkten Zugriff zum Denkvermögen und Sinneseindruck des Richters. Deshalb bleibt nichts anderes als im Schluss sehr achtsam zu sein.

einer im 17. Jahrhundert besonders populären Maxime konnte „nur der tugendhafte Mann talentiert und nur die untalentierte Frau tugendhaft“ sein. W. Bauer (Hrsg.), *China und die Fremden*. C. H. Beck (1980), S. 223. Hugh Baker beschreibt die Vorstellungen über die Rolle von Männer und Frauen auf folgender Weise: „[T]he Chinese kinship system heavily stressed the importance of the male and of relationships traced through the male. Women are theoretically of little import. They were necessary for the reproduction of the species, and in most cases for their labour in the home, but in both ways they were considered to be there to serve the male and the male principle.“ H. D. R. BAKER, *Chinese Family and Kinship*. Macmillan Press (1979), S. 21.

⁸ In: W. Bauer (Hrsg.), *China und die Fremden*. C. H. Beck (1980), S. 224.

⁹ „In family law, the traditional kinship system was replaced by a classification of relations by blood and relation by marriage, and the authority of the father was weakened. With the equality of the sexes, the husband’s superiority was no longer recognized.“ H. HAN-PAO MA, *Law and Traditions in Contemporary Chinese Society*. National Taiwan University (1999), S. 37.

III. Die Rolle der Kultur im Gerichtsaal

Auch wenn diese Arbeit über „cultural defense“ handelt, muss zugegeben werden, dass es eigentlich keine „kulturelle Verteidigung“ an sich gibt.

Alison Dundes Renteln zeigt in ihrem Buch, die Angeklagten benutzen die Strategie der „kulturellen Verteidigung“ in vielen Fällen nur subsidiär zu „traditionellen“ Entschuldigungsgründen, wie z. B. seelischen Störungen, oder Notwehr.

Es gibt keine Statistiken oder qualitative Forschungen, die uns generell sagen würden, inwieweit die Informationen über kulturelle Hintergründe die Rechtsprechung beeinflussen. Es ist auch kaum möglich solche Erkenntnisse über wissenschaftliche Methoden zu erreichen.

Nach den Beobachtungen von Dundes Renteln benutzt man die Strategie nicht nur im Hauptverfahren (wie sich die meisten vorstellen würden):

„Cultural arguments are raised at many stages of the legal process, not only during the guilt phase of the trial. Culture can effect pretrial decisions such as whether to arrest, prosecute, or negotiate a plea.”¹⁰

Weiter muss man bemerken, dass viele „cultural defense“ Fälle in den zivilrechtlichen Bereich fallen. Also handelt es sich nicht nur um strafrechtliche Angelegenheiten.

Natürlich ist auch die Richtigkeit der Entscheidung gefragt. Unsere Gesellschaft ist keine homogene Masse und jeder von uns ist durch verschiedene Umstände und Erfahrungen geprägt worden. Die Kultur, und das sollte jeder Richter verstanden haben, ist keine Frage im rechtlichen Bereich. Auch wenn der Richter ein guter Jurist ist, gibt es keinen Grund zu vermuten, dass er auch ein Kenner der Kultur ist.

IV. Abweichende kulturelle Hintergründe in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft

Obwohl die Argumentation mit kulturellen Hintergründen schon länger in deutschen Gerichten eine Tatsache ist, hat sich die Literatur bisher mit dieser Problematik systematisch nicht auseinandergesetzt. Das einzige dem Verfasser bekannte Buch im deutschen Sprachbereich erschien erst vor sehr

¹⁰ DUNDES RENTELN, *The Cultural Defense*. Oxford University Press (2004), S. 7.

kurzer Zeit.¹¹ Sein Verfasser Tom Frischknecht ist am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Bern tätig.

In dem Werk wird der Terminus „kulturelle Differenz“ benutzt. Damit möchte Frischknecht andeuten, dass „cultural defense“ nicht ohne weiteres auf schweizerische Verhältnisse übertragen werden kann.¹²

Da das US-amerikanische Strafrecht kein Legalitätsprinzip kennt, haben die Behörden, was die Strafverfolgungspflicht betrifft, große Entscheidungsfreiheit. Es steht ihnen offen, die Fälle auf informelle Weise zu erledigen. Vor allem der Anklagebehörde steht ein im Vergleich zu kontinental-europäischen Regelungen sehr weiter Ermessensspielraum zu.¹³

Wie Frischknecht schreibt, der wichtigste Unterschied zwischen amerikanischen und schweizerischen Strafrecht steckt in dem Deliktsaufbau. Zurückgehend auf die Lehre von Franz von Liszt besteht der Deliktsaufbau im schweizerischen Recht aus den drei Stufen Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld. Dieser erlaubt, dass auf jeder der drei Stufen Elemente einer individuellen Verantwortlichkeit gefunden werden können. Für die kontinental-europäische Strafrechtsdogmatik ergeben sich damit verschiedene Möglichkeiten, dem fremdkulturellen Hintergrund des Täters Rechnung zu tragen.

V. Deutsche Rechtsprechung zu kulturellen Hintergründen

Was das deutsche Strafrecht betrifft, fällt aller Wahrscheinlichkeit nach jedem im Zusammenhang mit der kulturellen Differenz das Beispiel der Ehrenmorde ein. Unter Ehrenmord ist die Tötung eines eigenen Familienmitglieds zur Wiederherstellung der Familienehre zu verstehen. Es sollte dabei strikt unterschieden werden zwischen der Blutrache und Ehrenmord. Blutrache meint die Tötung des Mitglieds einer anderen Familie als Vergeltung für die vorangegangene Ermordung eines anderen Familienangehörigen oder eine sonstige Ehrverletzung. Während Ehrenmorde zumeist weibliche Opfer haben, richtet sich die Blutrache in der Regel gegen männliche Mitglieder der verfeindeten Familie, denen nach den Vorstellungen der beteiligten Kreise großes Ansehen entgegengebracht wird.¹⁴

¹¹ T. FRISCHKNECHT, „Kultureller Rabatt“. Haupt Verlag (2008).

¹² FRISCHKNECHT, Fn. 11, S. 4.

¹³ FRISCHKNECHT, Fn. 11, S. 34-35.

¹⁴ Ausführlich zur Blutrache W. BAUMEISTER, Ehrenmorde. Waxmann (2007), S. 17 ff.

In Deutschland sind die Täter und Opfer von Ehrenmorden zumeist türkische Staatsangehörige.¹⁵ So kommt in Betracht natürlich die Frage, dass, wenn diese Taten kulturell bedingt sind, dies vielleicht mit der Religion dieser Menschen zu tun hat. Brian Valerius schreibt dazu:

„[Es] darf ... nicht zu der – durch die oftmalige Gleichsetzung von Kultur und Religion scheinbar nahe liegenden – Annahme verleiten, dass Ehrenmorde mit der Religionszugehörigkeit der Beteiligten zusammenhängen und ausschließlich bei Angehörigen des muslimischen Glaubens verbreitet sind. Vielmehr war das Phänomen der Ehrenmorde im östlichen Mittelmeerraum bereits in vorislamischen Zeiten bekannt. Außerdem werden solche Taten auch unter Juden und Christen begangen, etwa im Libanon und in Syrien sowie im südosteuropäischen Raum.“¹⁶

Weiter schreibt er:

„Entscheidende Grundvoraussetzung für einen Ehrenmord ist hingegen eine traditionelle patriarchalische Gesellschaft – bevorzugt in einer ländlichen Region –, die dem Ansehen und dem Ruf der Familie große Bedeutung einräumt sowie das Leben und die Ehre eines Mannes höher bewertet als das Leben einer Frau. ... Der Anlass für eine solche Tat kann zum Beispiel darin liegen, dass sich eine weibliche Familienangehörige nicht in das traditionelle Weltbild einfügen will und sich stattdessen an der westlichen Lebensweise orientiert, der sie etwa an ihrer Schule oder an ihrem Ausbildungsplatz begegnet.“¹⁷

V.1 Strafrechtliche Bewertung in Deutschland

Während das türkische Strafrecht¹⁸ die betreffenden Beweggründe der Tötungshandlung (Blutrache, Sitte) explizit als strafscharfende Merkmale benennt, kann in Deutschland das Tötungsmotiv „Wiederherstellung der Familienehre“ lediglich unter das allgemeine Auffangmerkmal der niedrigen

¹⁵ Unter den 70 zwischen 1996 und 2005 registrierten Opfern von Ehrenmorden befanden sich 36, unter den 70 Tatverdächtigen sogar 50 türkische Staatsangehörige. Bundeskriminalamt, Presseinformation zu den Ergebnissen einer Bund-Länderabfrage zum Phänomenbereich „Ehrenmorde in Deutschland“, S. 10 ff.

¹⁶ B. VALERIUS, Der sogenannte Ehrenmord: Abweichende kulturelle Wertvorstellungen als niedrige Beweggründe? In: Juristische Zeitung 19 (2008), S. 913.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Näher S. TELLENBACH, Einführung in das türkische Strafrecht. Ed. Iuscrim (2003).

Beweggründen subsumiert werden. Ob das Mordmerkmal verwirklicht ist, wird vornehmlich davon abhängen, ob und gegebenenfalls auf welche Weise sich die kulturellen Wertvorstellungen des Täters auf die strafrechtliche Beurteilung seines Verhaltens auszuwirken vermögen.

Die Relevanz der moralischen eines Ehrenmordes wird bereits in der Definition des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe deutlich. Darunter sind nach ständiger Rechtsprechung Motive zu verstehen, die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen, durch hemmungslose Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verachtenswert sind.¹⁹

Ob die Motivation des Täters derart zu beurteilen ist, ergibt sich im Wege einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren Faktoren, welche für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblich sind. Dabei sind die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters sowie seine Persönlichkeit zu berücksichtigen.²⁰

Wie sind Ehrenmorde nun nach diesen Maßstäben zu bewerten? Die Motivation eines Täters, durch die Tötung eines anderen Menschen seine eigene bzw. die Ehre seiner Familie wiederherzustellen, legt zunächst die Annahme eines niedrigen Beweggrundes nahe. Schließlich stellt der Täter sein eigenes Bedürfnis auf Achtung und Anerkennung in seinem gesellschaftlichen Umfeld über das Leben des Opfers. Dass die darin deutlich zum Ausdruck kommende Nichtachtung menschlichen Lebens als besonders verachtenswert anzusehen ist, zeigt der Vergleich mit den ausdrücklich in § 211 Abs. 2 Gr. 1 StGB benannten niedrigen Beweggründen: Dort sind dem Täter vorgeworfen, seine bloße Freude am Tötungsakt (Mordlust), seinen Wunsch nach sexuellen Lustgewinn (zur Befriedigung des Geschlechtstriebes) oder sein Streben nach Vermögensmehrung (Habgier) für gewichtiger als das Leben seines Opfers erachtet zu haben.²¹

Zudem ist die regelmäßige Ursache der vermeintlichen Ehrverletzung und somit der Anlass der Tat zu bedenken – sei es der Widerstand gegen eine Zwangsheirat, die Aufnahme einer unerwünschten Beziehung oder auch nur Verhaltensweisen nach dem Vorbild eines westlichen Lebensstils.²²

¹⁹ Die Rechtsprechung und weitere Quellen bei VALERIUS, Fn. 16, S. 914.

²⁰ BGH NSTZ 2002, 369 (370), NSTZ 2005, 35 (36), NJW 2006, 1008 (1011).

²¹ VALERIUS, Fn. 16, S. 914.

²² Näher beschreibt die Situation Werner Schiffauer: *„Turkish parents tend to be rather quick in interpreting all kinds of activities of their children as almanla^omak (“becoming German”). This reduction of complexity is quite understandable - it results from fears widespread among members of the first generation [of Turks in Germany], of becoming alienated from their children in a foreign environment. On the background of this fear the activities of the second generation are screened. Any sign of rebellion, of hesitancy to meet*

Letzten Endes wird das Opfer getötet, weil es wichtige Angelegenheiten in seinem Privatleben selbstständig und nicht im Einklang mit den Wertvorstellungen seiner Familie regelt. Sich aber zum Richter über das Leben des Betroffenen zu erheben, nur weil er eine nicht genehme, gleichwohl höchstpersönliche Entscheidung trifft, offenbart ein hohes Missverhältnis zwischen Anlass und Tat. Aufgrund der Gesamtwürdigung der Umstände ist daher davon auszugehen, dass ein Ehrenmord in der Regel aus besonders verachtenswerten und demzufolge niedrigen Beweggründen begangen wird.²³ (Siehe auch weiter den Fall Sürücü)

Solche Beurteilung, meint Valerius, stützt sich freilich auf die in Deutschland vorherrschenden kulturellen Wertvorstellungen, welche durch Betonung der Rechte des einzelnen, selbstbestimmten Individuums geprägt sind. Andere Kulturkreise können insoweit andere Anschauungen pflegen und weniger den Einzelnen als vielmehr das Kollektiv, den Familienverbund, in den Mittelpunkt ihres Wertgefüges stellen. So kommt in den angesprochenen, patriarchalisch geprägten Gesellschaften der Familie eine sehr hohe Bedeutung zu und deren Ehre stellt ein Rechtsgut von ungleich größerem Rang dar. Auf dieser Grundlage ist nicht auszuschließen, dass das Ansehen der Familie über das Leben eines weiblichen Familienmitglieds gestellt wird, das als verantwortlich für eine (vermeintliche) Ehrminderung angesehen wird. Demzufolge kann dessen Tötung gleichdenkenden Angehörigen des jeweiligen Umfeldes verständlich, im Extremfall sogar geboten erscheinen, um die Familienehre wiederherzustellen. Aus dieser Perspektive werden die Beweggründe des Täters nicht als auf tiefster Stufe stehend und somit nicht als niedrig im Sinne des § 211 StGB bewertet.²⁴

Fraglich ist daher, welcher Maßstab zur Bewertung der Beweggründe des Täters anzulegen ist: die in Deutschland herrschenden Wertvorstellungen oder die kulturellen Anschauungen des Täters bzw. seines Umkreises? In Rechtsprechung und Literatur fallen die Ansätze zur Lösung der Problematik recht unterschiedlich aus. Diese Uneinigkeit lässt sich eindrucksvoll an

the demands of parents or of new habits are readily interpreted as signs of almanla⁹mak. There are different strategies to deal with that - but especially families of believers (who are more value conscious than most secular minded families) tend to adopt a protective or overprotective attitude.“ W. SCHIFFAUER, Islamism in the Diaspora. The fascination of political Islam among second generation German Turks. WPTC-99-06, Lehrstuhl Vergleichende Kultur- und Sozialanthropologie, Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder.

Online: http://www.transcomm.ox.ac.uk/working%20papers/Schiffauer_Islamism.PDF.

²³ VALERIUS, Fn. 16, S. 914.

²⁴ VALERIUS, Fn. 16, S. 914-915.

der Rechtsprechung des BGH aufzeigen, die zumindest drei verschiedene Entwicklungsphasen durchlaufen hat.

Erste Entscheidungen ergingen bereits vor einigen Jahrzehnten. Zwar ging es damals noch nicht um Tötungsdelikte „im Namen der Ehre“, die inzwischen den BGH beschäftigen und im Mittelpunkt des öffentlichen und wissenschaftlichen Interesses stehen. Auslöser der Tötungshandlung waren vielmehr Beleidigungen oder Demütigungen des späteren Täters, die ihn infolge seiner kulturellen Wertvorstellungen zur Tat veranlassten. Da aber auch hier die heimatlichen Anschauungen des Täters die Tat prägten, können die insoweit angestellten Überlegungen auf die Behandlung der Ehrenmorde übertragen werden.²⁵

In diesen ersten Entscheidungen zeigt sich der BGH noch recht unentschlossen, wie sich die – von den hiesigen Anschauungen abweichenden – kulturellen Wertvorstellungen des Täters auf die Niedrigkeit seiner Tötungsmotivation auswirken. Einerseits soll die heimatliche Prägung des Täters bereits in die sittliche Bewertung seiner Tat einfließen, da sich die Niedrigkeit seiner Beweggründe anhand der Gesamtumstände bemisst, zu denen auch die Persönlichkeit des Täters gehört. Andererseits schlägt der BGH den Weg über die subjektive Tatseite ein: Zwar sei nicht erforderlich, dass allerdings zu einer solchen Wertung infolge seiner Persönlichkeit überhaupt nicht in der Lage ist, handle bezüglich der Niedrigkeit seiner Beweggründe ohne Vorsatz. Der BGH vermochte sich also zunächst nur festzulegen, dass jedoch noch nicht, wie ein „Zustand interkultureller Spannungen“ bei der Strafbarkeit des Täters zu berücksichtigen ist.²⁶

Eine eindeutige Position bezog der BGH hingegen in einem Beschluss aus dem Jahre 1979.²⁷ Der Entscheidung lag – soweit ersichtlich – erstmals ein Sachverhalt zugrunde, der unter den hier vorgestellten Problembereich der Tötung zur Wiederherstellung der Familienehre fällt, vorliegend in der seltenen Variante, dass das Opfer der Tat männlich war: Ein türkischer Student schwängerte eine aus der Türkei stammende junge Frau, weigerte sich aber, sie zu ehelichen. Der Vater der verschmähten Frau sah sich deswegen dem Spott seiner Landsleute ausgesetzt und bedrängte seinen ältesten, zum Zeitpunkt der Tat 18-jährigen Sohn, den Studenten zu töten.

In den Gründen der Entscheidung wurde ausgeführt, dass die besonderen Anschauungen des Täters, denen er wegen seiner Bindung an eine fremde Kultur verhaftet sei, im Rahmen der notwendigen Gesamtwürdigung nicht

²⁵ Genauer zur Rechtsprechung VALERIUS, Fn. 16, S. 915.

²⁶ Ibid.

²⁷ BGH NJW, 1980, 537.

außer Betracht bleiben dürften. So seien auch die individuellen Bedingungen der Tat, etwa die besonderen Ehrvorstellungen in dem Lebenskreis des Täters, zu berücksichtigen und könnten den Ausschlag dafür geben, dass seine Motivation nicht als niedrig erscheint. Das Versäumnis des Täters, sich während seines langjährigen Aufenthalts im Inland mit den hier herrschenden Wertvorstellungen vertraut zu machen, vermöge ebenso wenig die Niedrigkeit seines Handlungsantriebs zu begründen wie seine Kenntnis der hiesigen rechtlichen Bewertung seiner Tat. Demnach könnten die kulturellen Wertvorstellungen des Täters der Verwirklichung des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe entgegenstehen.

Diese Rechtsprechung hatte allerdings nur Bestand bis zu einer Entscheidung aus dem Jahr 1994.²⁸ Mit dieser – zugrunde lag eine Tötung aus Blutrache – kann man über die dritte und bislang letzte Phase der Berücksichtigung kultureller Hintergründe des Täters bei der Niedrigkeit seiner Tötungsmotivation reden. Der BGH befand nunmehr, dass „der Maßstab für die Bewertung eines Beweggrundes ... den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft in der Bundesrepublik Deutschland zu entnehmen [ist], vor deren Gericht sich der Angeklagte zu verantworten hat, und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt.“

Valerius schreibt dazu:

„Die Betonung eines derart objektivierten Maßstabs bedeutete einen erneuten Wechsel in der Rechtsprechung, der – ebenso wie bei Einleitung der zweiten Phase – eine Begründung und inhaltliche Auseinandersetzung mit den jeweils vorherigen Entscheidungen schuldig blieb. Im Ergebnis wird dieser Rechtsprechung jedoch mit der vorherrschenden Auffassung im Schrifttum zu folgen sein: An die Wertvorstellungen des jeweiligen Täterkreises anzuknüpfen, würde nämlich zu einer Vielzahl von Bewertungsmaßstäben führen. Diese wäre nicht nur aus praktischen Aspekten wie einer erschwerten Beweisfindung vor Gericht, sondern vor allem aus dem Blickwinkel der anzustrebenden Gleichheit vor dem Gesetz – man denke nur an Mittäter aus unterschiedlichen Kulturkreisen – äußerst bedenklich. Für die Anerkennung eines objektiven allgemeingültigen Maßstabes spricht des Weiteren der Vergleich mit den anderen, ausdrücklich aufgeführten Beweggründen des § 211 StGB. Wer etwa ein Tötungsdelikt im rücksichtslosen Streben nach Gewinn, also aus Habgier begeht, verwirklicht einen Mord auch dann, wenn er einem Umfeld entstammt,

²⁸ BGH NJW, 1995, 602.

in dem materieller Wohlstand zum primären Lebensziel erhoben wird und daher sein Verhalten nicht als besonders verachtenswert erscheint. Liegt aber bei den ausdrücklich benannten Mordmerkmalen der ersten Gruppe eine Bewertung aus Sicht des jeweiligen Täterkreises fern, so kann nichts anderen für das Auffangmerkmal der sonst niedrigen Beweggründe gelten.“²⁹

V.2 Der Fall von Hatun Sürücü

Wir werden unsere Analyse der Ehrenmorde mit dem bekannten Fall von Hatun Sürücü weiter fortsetzen, der große Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit zu diesem Problem gewonnen hat.³⁰

Hatun Sürücü war die Tochter des Gärtnergehilfen Kerem Sürücü und dessen Frau Hanım. Ihre Eltern sind sunnitische Kurden aus der ostanatolischen Provinz Erzurum in der Türkei. Sie siedelten Anfang der 1970er Jahre nach Berlin um. Acht ihrer insgesamt neun Kinder wurden in Deutschland geboren, Hatun Sürücü wuchs mit fünf Brüdern und drei Schwestern in Kreuzberg auf. Sie war das fünfte Kind der Sürücüs und ihre erste Tochter. Nachdem sie sich in der Pubertät immer mehr gegen ihre Familie aufgelehnt hatte, meldete ihr Vater sie nach der 8. Klasse vom Robert-Koch-Gymnasium in Kreuzberg ab. Im Alter von 16 Jahren wurde sie mit einem Vetter in der Türkei zwangsverheiratet, von dem sie 1999 schwanger wurde. Als sie sich mit ihm und seiner strenggläubigen Familie zerstritten hatte, kehrte sie alleine nach Berlin zurück, wo sie ihren Sohn Can zur Welt brachte.

Im Oktober 1999 zog Sürücü aus der Wohnung ihrer Eltern in Kreuzberg aus, legte ihr Kopftuch ab und fand in einem Wohnheim für minderjährige Mütter Zuflucht. Dort holte sie ihren Hauptschulabschluss nach. Zugleich suchte sie psychotherapeutische Unterstützung auf. Später bezog sie eine eigene Wohnung in Berlin-Tempelhof und begann eine Lehre als Elektroinstallateurin. Da sie nach wie vor von ihrer Familie akzeptiert werden wollte, rief sie dort wieder an, machte Besuche und lud ihre Geschwister zu sich ein. Sie beendete die Lehre erfolgreich und stand 2005 nur wenige Tage vor dem Abschluss ihrer Gesellenprüfung.

Am 7. Februar 2005 wurde sie vor ihrer Wohnung an einer Bushaltestelle mit drei Kopfschüssen getötet. Als Tatverdächtige nahm die Polizei am 14.

²⁹ VALERIUS, Fn. 16, S. 915-916.

³⁰ Die Wiedergabe des Falles folgt die Erstattung in der deutschen Wikipedia unter dem Stichwort „Hatun Sürücü“. Online: http://de.wikipedia.org/wiki/Hatun_S%C3%BCr%C3%BCc%C3%BC.

Februar 2005 drei ihrer Brüder fest. Als Motiv wurde ein Ehrenmord vermutet, da Sürücü ihren Ehemann wie ihre Familie verlassen und sich entschlossen hatte, ein selbständiges Leben zu führen. Der Polizei waren bereits vor dem Mord mehrere Drohungen gemeldet worden.

Im Juli 2005 erhob die Berliner Staatsanwaltschaft Anklage gegen die drei Brüder der Getöteten wegen gemeinschaftlichen Mordes, wobei sie ihnen niedrige Beweggründe und eine heimtückische Vorgehensweise zur Last legte.

Das Motiv war laut den Ermittlungen gekränkte Familienehre; die Brüder hätten sich für die Schwester geschämt, die eigenständig lebte und kein Kopftuch trug. Auch hätten sie befürchtet, sie würde ihren Sohn nicht gemäß den Traditionen erziehen. Der älteste Angeklagte Mutlu (* 1980) soll die Waffe besorgt und der mittlere Bruder Alpaslan (* 1981) in Tatortnähe „moralischen Beistand“ geleistet haben. Am 14. September 2005 gestand der jüngste Bruder Ayhan (* 1986) den Mord.

Am 13. April 2006 verurteilte das Berliner Landgericht den jüngsten Angeklagten Ayhan Sürücü zu einer Jugendstrafe von neun Jahren und drei Monaten und sprach die beiden mitangeklagten älteren Brüder, Alpaslan und Mutlu Sürücü, aus Mangel an Beweisen frei. Die Staatsanwaltschaft legte umgehend Revision gegen das Urteil ein.

Am 28. August 2007 wurde das Urteil des Berliner Landgerichts, soweit die beiden älteren Brüder freigesprochen worden sind, vom 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofes in Leipzig aufgehoben. Der BGH beanstandete die Beweiswürdigung als rechtsfehlerhaft. Das Landgericht sei bei der Bewertung der Belastungsindizien teilweise von falschen Anforderungen an die Überzeugungsbildung ausgegangen.

Der Fall wurde an eine andere Strafkammer des Landgerichtes Berlin zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Die beiden zunächst freigesprochenen, tatverdächtigen Brüder befinden sich zurzeit in der Türkei. Nur Mutlu Sürücü hat die deutsche Staatsbürgerschaft. Um ein neues Verfahren eröffnen zu können, wurde ein internationaler Haftbefehl beantragt und über Interpol ausgeschrieben. Im Fall Alpaslan Sürücü ist es aufgrund seiner türkischen Staatsbürgerschaft allenfalls möglich, das Verfahren an die Türkei abzugeben.

Die türkischen Behörden lehnten es ab, Alpaslan und Mutlu Sürücü auszuliefern. Daher stellte die Berliner Staatsanwaltschaft im Jahr 2008 das Verfahren ein. Im Juli 2013, acht Jahre nach Sürücüs Ermordung, leiteten die türkischen Behörden offiziell Ermittlungen gegen die beiden in der Türkei wohnhaften Tatverdächtigen Alpaslan und Mutlu Sürücü ein.

V.3 Verstehen wir, was man unter „Ehre“ meint?

Die türkische Sprache ist reich an Begriffen für Ehre. Dem deutschen Begriff „Ehre“ ist „*şeref*“ am nächsten. *Şeref* bezeichnet die Anerkennung, die sich eine Person erworben hat. Diese kann auf Herkunft, Charakter, Leistung oder Wirkungsmöglichkeiten beruhen. Sie kann im Lauf eines Lebens durch bestimmte Umstände gemindert werden, aber auch zunehmen. Wer *şeref* besitzt, hat Anrecht auf *saygı*, die Ehre, die einer Person erwiesen wird, die Ehrerbietung, den Respekt. *Namus* (aus Arabisch: el-Namus el-ekber *أربك ألسوم انلا* „der, im Besitz von absoluten Tugenden“; eventuell ursprünglich aus Griechischen *nomos*=Gesetz) ist die Ehre, die weitgehend auf der Tugendhaftigkeit einer Frau beruht, auf der ehelichen Treue der Ehefrauen, der sexuellen Enthaltsamkeit der Mädchen und überhaupt der Vermeidung von Situationen oder Verhaltensweisen, die einem guten Ruf schädlich sein könnten. Eine Frau, die ihre *namus* verliert, hat sie für immer verloren. Und nicht nur sie, sondern auch die Familie, der sie angehört, insbesondere der Mann, der für sie verantwortlich ist, also der Vater, Bruder oder Ehemann. Diese können ihre Ehre jedoch wiederherstellen, allerdings nur mit sehr radikalen Mitteln. Diese drei Begriffe markieren einen Rahmen von Ehrvorstellungen, wie sie der türkischen Tradition entsprechen. Allerdings ist eine solche Sichtweise heute nur noch in ländlichen Regionen in ihrer Gänze erhalten, in den Städten hat sie mehr und mehr an Bedeutung verloren.³¹

Noch eine kurze Bemerkung zu dem Begriff *Namus*. In einem früheren Aufsatz des Verfassers wurde diese türkische Ehrvorstellung erklärt.³² Als die Fassung fertig war, schrieb ein Referent der islamischen Gemeinschaft Milli Görüş dazu: „Sie tun so, als ob dieser Begriff und auch die anderen genannten Begrifflichkeiten nur auf Frauen angewendet werden würden. Dies ist nicht der Fall.“

³¹ S. TELLENBACH, Die Rolle der Ehre im Strafrecht in der Türkei. In: S. Tellenbach (Hrsg.), Die Rolle der Ehre im Strafrecht. Duncker & Humblot (2007), S. 623.

³² D. KROŠLÁK, Honor Killings and Cultural Defense (with a Special Focus on Germany). In: Islamic law and law of the muslim world: research paper series at New York Law School. - No. 09-71. Online: <http://ssrn.com/abstract=1422503>.

V.4 Gibt es wirklich keinen Zusammenhang zwischen Ehrenmorden und Islam?

Auf der Webseite Islam Online kann man diese Frage auf islamische Gelehrten finden: *„Respektierte Gelehrten, As-Salamu `Alaykum wa Rahmatu Allah wa Barakatuh. Was sagt Islam über Ehrenmorde? Hat Islam wirklich einen Begriff der Ehrenmorde? Die meisten Opfer sind Frauen; fordert also Islam die Tötung von Frauen in Namen der Ehre?“*³³ Die Antwort ist in einer Fatwa von 17. Juni 2002 zu finden:

„Wa`alykum As-Salaamu Warahmatullahi Wabarakaatuh.

Im Namen Allahs, den Gnädigsten, den Barmherzigsten.

Aller Lob und Dank gebührt Allah, und Frieden und Segen sei auf seinem Boten.

Liebe Schwester im Islam, wir schätzen wirklich Deine Frage, die zeigt, wie sehr Du daran interessiert bist Dich selbst mit der Lehre des Islam vertraut zu machen. Möge Allah Deine Bemühung nach Wissen segnen und uns alle fest auf dem geraden Weg halten!

*Schwester, es ist eine bekannte Tatsache, dass der Islam den Schutz des Lebens pflegt und Verletzungen gegen sie nicht billigt. Im prächtigen Koran sagt, Allah, der Höchste: „**Wer einen Gläubigen um seines Glaubens willen tötet, dessen Lohn ist die ewige Hölle. Allahs Zorn ist gegen ihn entbrannt, er hat ihn verflucht und eine strenge Strafe für ihn vorgesehen.**“ (An-Nisa ,: 93)*

*`Abdullah Ibn Mas`ud, Allahs Wohlgefallen sei mit ihm, berichtete, dass der Gesandte Allahs, Friede und Segen sei mit ihm, sagte: „**Das Blut eines Muslim darf nicht vergossen werden außer in den folgenden drei [Fällen]: einer verheirateten Person, die Ehebruch begeht, desjenigen, der eines anderen Leben genommen hat, und wenn jemand seine Religion aufgibt und die Gemeinde verlässt.**“ (Berichtet von Al-Bukhari und Muslim)*

*In engerem Zusammenhang zu Deiner Frage steht, was **Scheich Ahmad Kutty**, Dozent und islamischer Geistlicher aus dem Islamischen Institut in Toronto, Ontario, Kanada, sagt:*

„Es gibt im Islam keinen derartigen Begriff wie „Ehrenmord“. Im Islam genießt jede Seele hohes Ansehen und Übergriffe sind nicht erlaubt. Es ist nicht zulässig, dass Menschen das Gesetz in die eigene Hand nehmen und

³³ Die Übersetzung der Fatwa aus Englischen war durch den Verfasser mit Hilfe von Herrn Josef Parzinger ausgearbeitet worden.

Online: http://www.islamonline.net/servlet/Satellite?pagename=IslamOnline-English-Ask_Scholar/FatwaE/FatwaE&cid=1119503543392.

Gerechtigkeit üben, denn das führt zu Chaos und Gesetzlosigkeit. Daher, auf dieser Grundlage, erlaubt der Islam diese Morde nicht.

Zunächst, damit das Töten gebilligt wird, braucht es ein rechtskräftiges Urteil eines autorisierten Gerichts. Einzelpersonen haben weder Autorität die Fälle zu beurteilen noch Urteile zu fällen. Daher darf ein Muslim solche Morde nicht gutheißen, denn das würde zum Gesetz des Dschungels führen. Eine zivilisierte Gesellschaft kann mit solchen Gesetzen nicht funktionieren.“

*Erhellend sind die Aussagen von **Scheich `Atiyyah Saqr**, des ehemaliger Leiters des Al-Azhar Fatwa-Ausschusses:*

*„Wie alle anderen Religionen, verbietet der Islam Mord und Tötung ohne eine rechtliche Begründung. Allah, der Höchste, sagt: „**Wer einen Gläubigen nach festgelegten Ziel tötet, sein Lohn ist die Hölle für immer. Allah ist zornig gegen ihn, und Er hat ihn verfluchtet und für ihn eine strenge Strafe vorbereitet.**“ (An-Nisa‘: 93)*

Die so genannten „Ehrenmorde“ basieren auf Ignoranz und Missachtung der Sitten und Gesetze. Sie können nur durch disziplinierende Strafen abgeschafft werden.

Es versteht sich von selbst, dass die Menschen nicht berechtigt sind, das Gesetz in die eigenen Hände zu nehmen, denn dies ist die Verantwortung des muslimischen Staats und seiner zuständigen Stellen für die Erhaltung des Friedens, der Sicherheit usw., und es soll verhindert werden, dass Chaos und Unordnung die muslimische Gesellschaft unterminieren.“

*Der bedeutende muslimische Gelehrte **Scheich Muhammad Al-Hanooti**, Mitglied des Nordamerikanischen Fiqh Kollegiums, fügt hinzu:*

„Im Islam gibt es keinen Platz für ungerechtfertigte Tötung. Sogar im Falle der Todesstrafe, kann nur die Regierung die Rechtsanwendung im gerichtlichen Verfahren ausüben. Niemand hat die Befugnis zur Ausführung des Gesetzes mit Ausnahme der befugten Beamten.

Ehrenmord könnte eine falsche kulturelle Tradition sein. Es ist ungerechtes und unmenschliches Wesen. Der Mörder dieser Art verdient eine Strafe.“

Schwester, wenn Du noch weitere Informationen benötigst, zögere Dich nicht uns zu kontaktieren. Bleibe im Kontakt. Möge Allah uns alle auf den geraden Weg führen!

Allah, der Allmächtige, weiß am besten.

Kurz gefasst sagt die Fatwa, dass es keinen Zusammenhang zwischen Islam und Ehrenmorden gibt, Ehrenmorde sind eine falsche kulturelle Tradition. Der Verfasser dieser Studie hat früher versucht, die Beweise auch im Koran

zu suchen (wie es ja auch viele andere gemacht haben).³⁴ Heute hält er das nicht für wichtig. Es gibt verschiedene Verse, die man auf verschiedene Weise interpretieren kann. Wenn die Gelehrten sagen, dass da kein Zusammenhang ist (zumindest aus der religiös-dogmatischer Sicht), sollten wir das akzeptieren. Das ist aber nicht die ganze Antwort. Wenn wir auf die obengenannten Definitionen der Kultur zurückgreifen, sehen wir den Zusammenhang zwischen Kultur und Religion: Religion ist ein Bestandteil der ganzen Kultur. Als eines der kulturellen Wertesysteme prägt die Religion das Wissen, den Glauben, die Sitten und die Handlungsarten von Menschen in beträchtlicher Weise.

Fazit

Seit schon dreißig Jahren hat sich die deutsche Justiz mit abweichenden kulturellen Hintergründen zu beschäftigen, ein Zeitraum, der auf den ersten Blick lang genug erscheint, um eine einheitliche Rechtsprechung zu gewinnen. In der Gegenwart sieht es so aus, dass die Gerichte (folgend der Rechtsprechung von BGH), was die Ehrenmorde (als ein Beispiel von möglicherweise kulturell geprägten Taten) betrifft, im strafrechtlichen Sinne regelmäßig als Mord darstellen.

Das Phänomen der Ehrenmorde wird sicher in der nahen Zukunft in Deutschland noch andauern. Sie zu bekämpfen ist Sache der Staatspolitik. Der Akzent muss dabei auf die Sozialisierung der Migranten gelegt werden. Die deutschen Gerichte sollten sich mit den kulturellen Hintergründen, den sozialen Eigenarten, den Grundlagen und Regeln der Ehrenmorde besser vertraut machen, um damit nicht nur eine größere Rechtssicherheit zu gewinnen, sondern auch eine gewachsene Sachkompetenz zu erreichen.

Literaturverzeichnis:

- H. D. R. BAKER, *Chinese Family and Kinship*. Macmillan Press (1979).
W. BAUER (ed.), *China und die Fremden*. C. H. Beck (1980).
W. BAUMEISTER, *Ehrenmorde*. Waxmann (2007).
DUNDES RENTELN, *The Cultural Defense*. Oxford University Press (2004).
W. FIKENTSCHER, *Modes of Thought*. 2nd edition. Mohr Siebeck (2004).

³⁴ D. KROŠLÁK, Honor Killings and Cultural Defense (with a Special Focus on Germany). In: Islamic law and law of the muslim world: research paper series at New York Law School. No. 09-71. Online: <http://ssrn.com/abstract=1422503>.

- M.-C. FOBLETS/A. DUNDES RENTELN (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defence*. Hart Pub (2009).
- T. FRISCHKNECHT, „Kultureller Rabatt“. Haupt Verlag (2008).
- H. HAN-PAO MA, *Law and Traditions in Contemporary Chinese Society*. National Taiwan University (1999).
- D. KROŠLÁK, Honor Killings and Cultural Defense (with a Special Focus on Germany). In: *Islamic law and law of the muslim world: research paper series at New York Law School*. No. 09-71. Online: <http://ssrn.com/abstract=1422503>.
- W. SCHIFFAUER, *Islamism in the Diaspora. The fascination of political Islam among second generation German Turks*. WPTC-99-06, Lehrstuhl Vergleichende Kultur- und Sozialanthropologie, Europa-Universität Viadrina, Frankfurt/Oder. http://www.transcomm.ox.ac.uk/working%20papers/Schiffauer_Islamism.PDF
- S. TELLENBACH, Die Rolle der Ehre im Strafrecht in der Türkei. In: S. Tellenbach (Hrsg.), *Die Rolle der Ehre im Strafrecht*. Duncker & Humblot (2007).
- S. TELLENBACH, *Einführung in das türkische Strafrecht*. Ed. Iuscrim (2003).
- B. VALERIUS, Der sogenannte Ehrenmord: Abweichende kulturelle Wertvorstellungen als niedrige Beweggründe? In: *Juristische Zeitung* 19 (2008) S. 912.
- L. VOLPP, (Mis)identifying Culture – Asian Women and the „Cultural Defense“. In: J. S. S. Wu/M. Song (eds.), *Asian American Studies. A Reader*. Rutgers University Press (2000), S. 391.
- L. VOLPP, Blaming Culture for Bad Behavior. In: *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 12 (2000), S. 89.

Weitere Quellen:

- Bundeskriminalamt, *Presseinformation zu den Ergebnissen einer Bundesländerabfrage zum Phänomenbereich „Ehrenmorde in Deutschland“*. www.bka.de/pressemitteilungen/2006/060519_pi_ehrenmorde.pdf
- Hatun Sürücü*
http://de.wikipedia.org/wiki/Hatun_S%C3%BCr%C3%BCc%C3%BC
Islam Online
http://www.islamonline.net/servlet/Satellite?pagename=IslamOnline-English-Ask_Scholar/FatwaE/FatwaE&cid=1119503543392

Entscheidungen von BGH

- BGH NSTZ 2002, 369
BGH NSTZ 2005, 35
BGH NJW 2006, 1008
BGH NJW, 1980, 537
BGH NJW, 1995, 602

„Prawo rzymskie przestało istnieć”. Etyczne i symboliczne aspekty prawa rzymskiego

Marek Kuryłowicz

W nauce prawa rzymskiego wyróżnia się kilka znaczeń nazwy „prawo rzymskie”. Pierwsze i podstawowe znaczenie to prawo rzymskie antyczne, tj. obowiązujące w państwie rzymskim w okresie jego istnienia. Po starożytności odżyło w późniejszych epokach i jako prawo recypowane obowiązywało jeszcze bezpośrednio na znacznych połaciach Europy i świata. Wpływ prawa rzymskiego objął różnymi drogami również te kraje, w których recepcja nie miała miejsca. W rezultacie prawo rzymskie stało się fundamentem europejskiej nauki prawa oraz międzynarodowym obszarem porozumienia prawników. Istnieje więc nieprzerwana tradycja znajomości i stosowania prawa rzymskiego od starożytności do czasów dzisiejszych. Co więcej, pojęcie tradycji romanistycznej nie ogranicza się do zjawisk jurydycznych, ponieważ w rozwoju historycznym prawo rzymskie stało się komponentem także zjawisk kulturowych i cywilizacyjnych wielu narodów.¹

Współcześnie występuje prawo rzymskie przede wszystkim jako element szeroko pojętej tradycji romanistycznej, w postaci idei, ducha prawa, krążącego od wieków po dzień dzisiejszy po całym cywilizowanym świecie. Traktowane jest w tym ujęciu nie tylko jako fundament i monument prawa prywatnego, ale również jako wiedza etyczna i filozoficzna. W tym sensie stanowi prawo rzymskie fundament współczesnej, europejskiej kultury prawnej.² Według znanego określenia cywilizacja europejska spoczywa na trzech pagórkach: Akropolu, symbolizującym sztukę i filozofię grecką, Golgocie jako symbolu chrześcijaństwa oraz na Kapitolu, oznaczającym tradycję prawa rzymskiego. Należy więc prawo rzymskie do tradycji, kultury i cywilizacji europejskiej, zajmując w niej trwałe historyczne miejsce, także z odniesieniami do nowej Europy.

¹ Por. M. KURYŁOWICZ, *Prawo rzymskie: historia – tradycja – współczesność*. Lublin (2003), s. 15-25.

² M. KURYŁOWICZ, *Prawo rzymskie jako fundament europejskiej kultury prawnej*. Zeszyty Prawnicze UKSW 1 (2001), s. 9-25.

W literaturze funkcjonuje jeszcze jedno znaczenie „prawa rzymskiego”, a mianowicie prawo rzymskie w postaci „*romanesimo*”.³ Określenie to oznacza pewną ideę prawa rzymskiego, najczęściej jako szlachetną ideę prawa słusznego i sprawiedliwego, chociaż niekiedy jest też przedstawiana jako synonim prawa złego, które należy zwalczać. Obok wspomnianych już poglądów o wysokich wartościach prawa rzymskiego, spotyka się bowiem również poglądy o prawie rzymskim jako przejawie niesprawiedliwości i tyranii. Normy prawne wykorzystywane były jako dogodne narzędzia ochrony interesów klasowych wyższych warstw rzymskiego społeczeństwa, zaś w konfrontacji z nimi niewolnicy i wolny plebs nie mogli liczyć na skuteczną pomoc ze strony magistratur i sędziów. W tym ujęciu również sformułowana przez Celsusa definicja prawa jako sztuki stosowania tego co dobre i słusznego (*ius est ars boni et aequi*), kwalifikowana jest jako powierzchowna formuła, nie precyzująca, o czyje dobro i słusność w tak pojmowanym prawie chodziło.⁴ Takie krytyczne spojrzenie znajdowało wsparcie w ukazywaniu antycznego Rzymu jako potęgi państwa totalitarnego i pogańskiego, podbijającego bezwzględnie nowe tereny i ludy oraz zwalczającego rodzące się chrześcijaństwo. Już więc o obszarze antycznego państwa i prawa rzymskiego można znaleźć odmienne oceny: od totalitaryzmu do humanitaryzmu.⁵

Pytanie, skąd się wzięło przekonanie o wysokich i ponadczasowych walorach etycznych prawa rzymskiego oraz o jego doniosłym znaczeniu dla tradycji, kultury i cywilizacji europejskiej, stanowi do dziś interesujący problem badawczy. Być może jednej przyczyn należałoby szukać w stosunku nowożytnych państw totalitarnych do prawa rzymskiego, pełniącego często rolę mitycznego wroga lub przyjaciela. Dominuje jednak przekonanie o konieczności uwypuklenia jurydycznych i etycznych wartości dla kultury i cywilizacji europejskiej, także we współczesnym w kontekście „rewaloryzacji prawa rzymskiego i jego przydatności, m.in. dla dążeń do unifikacji prawa w jednoczącej się Europie”⁶.

³ W. WOŁODKIEWICZ, *Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europejskiej kultury prawnej*. Warszawa (2009), s. 13-14; 23-24 (za R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna (1987), s. 457).

⁴ Por. w tej kwestii m.in. K. KOLAŃCZYK, *Prawo rzymskie* (wydane 5. zaktualizował J. KODRĘBSKI). Warszawa (1997), s. 26. Tamże (w podręczniku) liczne przykłady surowości i klasowego podłoża norm rzymskiego prawa prywatnego. Por. też W. WOŁODKIEWICZ/M. ZABŁOCKA, *Prawo rzymskie. Instytucje*. Warszawa (2009) (wydanie 5.), s. 4.

⁵ W takim idealizowanym sensie występuje często prawo rzymskie w utworach i wizjach literackich – por. na ten temat mój artykuł: *Od totalitaryzmu do humanitaryzmu. Literackie wizje prawa rzymskiego*, *Zeszyty Prawnicze Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego*, 11.1 (2011), s. 13-37.

⁶ W. WOŁODKIEWICZ, *Europa i prawo rzymskie...*, s. 14.

Temat ten ma już swoją historię. Tak np. w 1956 roku opublikowana została we włoskim czasopiśmie «Labeo. Rassegna di diritto romano» międzynarodowa ankieta na temat znaczenia nauki i nauczania prawa rzymskiego. Ze strony romanistyki polskiej wypowiedział się w niej profesor Jerzy Falenciak. Odpowiadając na pytanie, w jakim sensie i stopniu prawo rzymskie wykazuje użyteczność dla kształcenia nowoczesnego prawnika, zwrócił on uwagę na walory etyczne nauczania prawa rzymskiego, a na dowód przytoczył opowiadanie francuskiego pisarza Louisa Aragona *Le droit romain n'est plus* oraz wiersz polskiego poety Mieczysława Jastruna pod tytułem *Z pamiętnika byłego więźnia obozów koncentracyjnych*.⁷

“In reply to the fourth question I express the view that the Roman law, private one and public as well, is useful in the training of modern lawyer. The problem arises however what is the meaning of the expression «modern lawyer». Because there are different modern lawyers. Major von Lüttwitz-Randau from Aragon's novel «Droit de Rome n'existe plus» was not a modern lawyer. On the contrary, he was, one may say, an educated German lawyer of old date. In a dream he saw in his memory the Roman law he studied. And it became for him, merciless hitlerite judge, a cause of a certain, slight in fact, inside moral conflict. There must be something in that law which long after its existence becomes in life an ethical metaphor. Our poet Jastrun in the poem: «From a diary of one-time prisoner in concentration camps» has written the following lines: «I had years in life when mass murder had the supreme sanction of the state in which the Roman law has ceased to exist...». This verse is also an ethical metaphor, a great metaphor. Our poet is not a lawyer.”⁸

Wiersz Jastruna oraz nowelę Aragona przywołał w następnych latach profesor Janusz Sondel w artykule poświęconym współczesnym wartościom prawa rzymskiego.⁹ Szczególne miejsce zajęła fraza „*prawo rzymskie przestało istnieć*” w twórczości naukowej i popularyzatorskiej polskiego romanisty – profesora Witolda Wołodkiewicza, autora zbioru publikacji pod tytułem *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?*.¹⁰ W konsekwencji odniesienia do utworów

⁷ Studio e insegnamento del diritto romano – Labeo 2.1 (1956), s. 66-69 (16. George Falenciak); por. też Labeo 2 (1956) 3, s. 342; M. STASZKÓW, Czasopismo Prawno Historyczne IX, 2 (1957), s. 386.

⁸ W przekładzie angielskim, wiersz ten został później jeszcze raz przytoczony w artykule Redakcji „Labeo”, podsumowującym wyniki ankiety; Labeo 2.3 (1956), s. 342.

⁹ J. SONDEL, O współczesnych wartościach prawa rzymskiego, Przegląd Humanistyczny 8 (1976), s. 85-93; ostatnio tegoż autora: Prawo rzymskie w świecie współczesnym, w: „Haec mihi in animis vestris templa”. Studia Classica in Memory of Professor Lesław Morawiecki. Rzeszów (2007), s. 426-427.

¹⁰ W. WOŁODKIEWICZ, Czy prawo rzymskie przestało istnieć? Kraków (2003).

Aragona i Jastruna trafiły do polskiej literatury prawa rzymskiego, a dyskusja wokół przydatności nauczania prawa rzymskiego znalazła wsparcie właśnie w tym literackim symbolu prawa rzymskiego jako prawa humanitarnego i sprawiedliwego w przeciwstawieniu do prawa państw totalitarnych, w których prawo rzymskie na pewien czas „przestało istnieć”.¹¹

Obaj wymienieni pisarze posłużyli się szczególnym określeniem, iż „*prawo rzymskie przestało istnieć*”. Tak brzmi tytuł noweli Aragona (*Le droit romain n'est plus*)¹², zaś Jastrun w swoich wierszach i esejach pisał o „*państwie, w którym prawo rzymskie przestało istnieć*”.¹³ Nowela Louisa Aragona poświęcona jest w istocie rozprawie z prawną ideologią faszystowskich najeźdźców. Zawarte są w niej m. in. rozważania majora von Lüttwitz-Randau, członka partii narodowo-socjalistycznej, niemieckiego sędziego wojskowego w okupowanej Francji. Przed wojną był on profesorem prawa rzymskiego oraz obronił rozprawę doktorską pod tytułem *De iure germanico*. Jego prawnicze refleksje dotyczą więc roli prawa rzymskiego i germańskiego (niemieckiego) w europejskiej historii państwa i prawa. W nowym, nazistowskim państwie pod wodzą Führera major nie widzi miejsca dla prawa rzymskiego. Dojrzał do tej idei z momentem wstąpienia do partii narodowo-socjalistycznej, która potrzebowała prawników, aby odbudować nowe prawo niemieckie. Od tej pory stał się zdecydowanym zwolennikiem tej koncepcji prawa niemieckiego, która zmierzała do wyparcia tradycji prawa rzymskiego. Nowe prawo niemieckie nie mogło być również – według tej koncepcji – prawem skodyfikowanym tak jak prawo rzymskie czy np. wyrastający z jego tradycji Kodeks Napoleona i inne – jak dodaje niemiecki profesor – „ustawy żydowskie”. Nowe prawo niemieckie miało być prawem germańskim, wyzwolonym z rzymskiej tradycji, nieskodyfikowanym, zależnym całkowicie od woli Führera, który za prawo uważał wyłącznie narodowy interes Niemiec. Prawne idee nowych Niemiec oraz Führera są w pełni zbieżne z poglądami majora von Lüttwitz-Randau. Były one również zgodne z programem niemieckiej partii nazistowskiej (NSDAP), wedle

¹¹ Artykuł ten jest oparty na motywach mojej książki: Symbol prawa ludzkiego. Szkice o prawie rzymskim w utworach Louisa Aragona i Mieczysława Jastruna. Lublin (2008). Ponadto mój referat: Aspetti etici e simbolici nell'insegnamento del diritto Romano, wygłoszony podczas II Colloquio dei romanisti dell' Europa centro-orientale e dell'Asia. Irkuck (2009) (w jęz. rosyjskim ze streszczeniem włoskim).

¹² W zbiorze *Servitude et Grandeur des Francis*. Paris (1945). Louis Aragon zmarł w roku 1982.

¹³ Por. M. KURYŁOWICZ, Państwo, w którym prawo rzymskie przestało istnieć, w: O prawie i jego dziejach księgi dwie. Studia ofiarowane Profesorowi Adamowi Lityńskiemu w czterdziestopięciolecie pracy naukowej i siedemdziesięciolecie urodzin, księga II. Białystok-Katowice (2010), s. 235-244.

którego prawo rzymskie „służące materialistycznemu porządkowi świata” powinno być zastąpione przez powszechne prawo niemieckie: „Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht”.¹⁴ Temu właśnie nakazowi podporządkował się major Lüttwitz-Randau, wierny członek partii narodowo-socjalistycznej i gorliwy wyznawca jej ideologii, wcześniej profesor prawa rzymskiego, a obecnie hitlerowski sędzia, wydający bez skrupułów w imieniu państwa niemieckiego wyłącznie wyroki śmierci na członków francuskiego ruchu oporu. Ten właśnie konflikt pokazał Louis Aragon. Jego opowiadanie *Le droit romain n'est plus* jest dowodem, że z niebezpieczeństwa oraz z konsekwencji zastąpienia prawa rzymskiego powszechnym prawem nazistowskich Niemiec zdawał sobie sprawę nie tylko świat prawniczy.¹⁵

Aragon nie tłumaczy, co to jest i jakie powinno być prawo. Ukazuje wystarczająco nieludzkość prawa niemieckich okupantów oraz prawo wojny jako prawo siły, drapieżców, najeźdźców i podpalaczy.¹⁶ Jest to prawo oderwane od humanistycznej, rzymskiej kultury łacińskiej Europy. Prawo rzymskie pełni natomiast rolę symbolu prawa ludzkiego i sprawiedliwego, opartego na wartościach etycznych. Prawa, jakie powinno obowiązywać w państwie praworządnym. W państwie totalitarnym i faszystowskim takie prawo rzymskie przestaje istnieć.

Mieczysław Jastrun (1903 – 1983) – był wybitnym polskim poetą, eseistą, prozaikiem, tłumaczem poezji francuskiej, rosyjskiej i niemieckiej. W swojej twórczości nawiązywał do klasyki modernistycznej i romantycznej oraz do europejskiego symbolizmu. Poezja okresu okupacji i po zakończeniu II wojny światowej przesycona jest z kolei refleksją egzystencjalną o okrucieństwie wojny, terrorze i wizji zagłady. Wiele miejsca poświęcił europejskiej

¹⁴ Das 25-Punkte-Programm der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeitspartei (24. 02. 1920); vgl. P. KOSCHAKER, Europa und das römische Recht (4. Auflage). München (1966), s. 311-315 (Punkt 19 des Parteiprogramms und Maßnahmen des Nationalsozialismus gegen das römische Recht). Współczesne refleksje wokół książki T. GIARO, Aktualisierung Europas. Gespräche mit Paul Koschaker. Genowa (2000).

¹⁵ SONDEL, O współczesnych wartościach..., s. 91-92.

¹⁶ Z nowszej literatury patrz A. NAYAK-GUERCIO, The Project of Liberation and the projection of national identity. Calvo, Aragon, Jouhandeau, 1944-1945 (University of Pittsburgh 2006). Praca dostępna w Internecie. Ponadto W. BABILAS, Le droit romain n'est plus. Observations, remarques, questions, w: Les Annales de la Société des Amis de Louis Aragon et Elsa Triolet, 6 (2004), s. 193-216 (Actes de Colloque des Romans sur-Isère 12-14 Novembre 2004 pt. Louis Aragon et Elsa Troilet in Résistance); C. PORNCHLEGEL, Under a Criminal Law: Legality and Terror in 'Le droit romain n'est plus', w: Law, Text Terror. Essays for Pierre Legendre. London (2006), s. 61-70.

tradycji kulturalnej i jej kryzysowi, w szczególności upadkowi tradycji antycznej. Towarzyszyła temu głęboka refleksja etyczna, kontekst moralny i egzystencjalny oraz humanistyczne koncentrowanie się właśnie na sprawach ludzkich

Wiersz *Z pamiątnika byłego więźnia obozów koncentracyjnych* został opublikowany w 1955 roku. Powraca w nim poeta wyraźnie do problematyki etycznej. Tło stanowi znów doświadczenie czasów niemieckiej okupacji, sprowadzającej ludzi do pozycji więźniów, poddanych bezwzględnej i nieludzkiej władzy, przemocy i terrorowi. Czasy okupacji i totalitaryzmu to również pogarda dla wartości ludzkich, wśród których umieszcza pisarz prawo. Ideą oczekiwaną jest sprawiedliwość, a symbolem prawa ludzkiego i sprawiedliwego jest tutaj prawo rzymskie, przeciwstawiane nieludzkiemu prawu czasów wojny i okupacji.

[...]

Uczono mnie: "Wielki dwudziesty wiek".

Uczono mnie: "Humanitarnie zabijaj!"

Najeżdźca mówił prościej: "Blut und Dreck".

Człowiek – to ziemia niczyja.

[...]

Żyłem w latach,

Gdy mord masowy miał sankcję najwyższą

Państwa, w którym prawo rzymskie przestało istnieć.

To okropne, że ludzie zaczęli się przyzwyczajać

Do faktu, że prawo rzymskie przestało istnieć,

Że śmierć z ręki kata jest rzeczą pospolitą,

A ludzka rzecz jest wymysłem i przesądem

Wolnomyślicieli.

[...]

Motyw prawa rzymskiego jako prawa ludzkiego powraca jeszcze kilkakrotnie w esejach i wspomnieniach poety.

„Któż z nas po zakończeniu wojny nie wierzył, że zaczął się nowy okres dziejów człowieka? Kto nie myślał, że z dymiących jeszcze krematoriów zrodzi się protest, nowa moralność, że ludzkość wstrząśnięta skutkami własnego szaleństwa, podźwignie się z upadku, że z popiołów wzleci feniks wolności? Był to jeden z błędów najczęściej powtarzanych. Z masowych mordów, z poniżenia godności człowieka, ze zgnojenia go w obozach zagłady i pracy niewolniczej nie mogła narodzić się żadna jutrzienka. Z chwilą, gdy stało się jasne, że można

mordować i zadręczać całe narody i społeczeństwa w sposób nieograniczony ludzkość znalazła się nad przepaścią głęboką jak nigdy dotąd. Prawo rzymskie przestało działać. Nie tylko prawo rzymskie. Pierwszy, z zamierchłej przeszłości wywodzący się zakaz „Nie zabijaj” został przekroczony w skali, o której nie śniło się ludziom pierwotnym. Jakby na urągawisko potomkowie rasy, która zakaz ten utwierdziła wśród przykazań społecznego bytowania, zostali skazani na śmierć i w ogromnej masie zgładzeni [...]. Demokracja zagłady zastąpiła demokrację życia.”¹⁷

Jednoznacznie i wyraźnie prawo rzymskie pełni tu rolę symbolu prawa ludzkiego, dobrego i słusznego, ustanowionego przez człowieka dla realizacji wolnej myśli i sprawiedliwości. Jest to prawo zaliczane do podstawowych wartości w wymiarze człowieka jako jednostki oraz w skali całego społeczeństwa, prawo stawiane na równi z odwiecznymi i uświęconymi normami dekalogu. Bez tych etycznych i prawnych podstaw, ludzie w państwie, w którym prawo rzymskie przestało istnieć, doszli na skraj przepaści, gdy – jak pisał w esejach – „mord i ujarzmienie stały się prawem” a „demokracja zagłady zastąpiła demokrację życia”.

O grozie okupacyjnego życia wypowiedział się Jastrun wielokrotnie zarówno w twórczości czasu wojny, jak i powojennej. Wizja katastroficzna łączy się u niego z pozycją humanisty, ocalającego godność człowieka.¹⁸ To koncentrowanie się właśnie na sprawach ludzkich pozostanie cechą właściwą Jastrunowi do końca. Do tych spraw należało również prawo, pojmowane przez niego w kategoriach prawa ludzkiego i nieludzkiego. Symbolem prawa ludzkiego i sprawiedliwego jest prawo rzymskie, przeciwstawiane nieludzkiemu prawu czasów wojny i okupacji. Doświadczenia okupacyjne odbijają się również w refleksjach o prawie rzymskim, o strzaskanych tablicach Dekalogu i upadku szlacheckiej tradycji antycznej. Według poety, starożytny mit o człowieku podobnym do bogów, ten mit śródziemnomorski tworzący podstawy nowożytnej Europy, obalony został w ciągu niewielu lat, podeptany przez tych, dla których człowiek stał się już tylko nawozem historii, pojętej fatalistycznie, łajnem i krwią – „Blut und Dreck”.¹⁹

¹⁷ M. JASTRUN, Czy dehumanizacja słowa? w: Forma i sens poezji. Warszawa (1988), s. 175-176.

¹⁸ Por. J. BŁOŃSKI, Poeci i inni. Kraków (1956), s. 192; J. ŁUKASIEWICZ, Mieczysława Jastruna spotkania w czasie. Warszawa (1982), s. 222-224.

¹⁹ M. JASTRUN w esejach: Podobny do bogów – Mit śródziemnomorski. Eseje. Warszawa (1973), s. 13; por. S. STABRYŁA, Hellada i Roma w Polsce Ludowej. Recepcja antyku w literaturze polskiej w latach 1945-1975, Kraków (1983), s. 100. O podobnych wizjach Śródziemnomorza np. P. KUNCEWICZ, Antyk zmęczonej Europy. Warszawa (1982), s. 10-19.

Podobnie jak u Aragona, tak samo u Jastruna nie można wskazanej idei prawa rzymskiego jako prawa sprawiedliwego i ludzkiego poszukiwać poprzez odniesienia do historii Rzymu. Obaj pisarze nie byli prawnikami. Prawo rzymskie znane było im bardziej jako ponadczasowy symbol prawa humanitarnego i uniwersalna metafora etyczna.²⁰ Być może Jastrun pisał pod wpływem lektury noweli Louisa Aragona, ale sam jako człowiek głęboko wykształcony i humanista, był świetnie zorientowany w dziejach kultury antycznej²¹. Tu zapewne zetknął się z pojęciem i rolą prawa rzymskiego jako fundamentu europejskiej cywilizacji i europejskiej kultury prawnej. Nie chodziło jednak wprost o antyczne prawo, stosowane w starożytnym Rzymie, którego poeta nie idealizował. Przeciwny wizji harmonijnego antyku bez skazy widział m. in. *imperium Romanum* z całą jego potęgą, podbojami i wojnami, narzucaniem władzy oraz ustrojem niewolniczym, a wszystko to usprawiedliwiane obowiązującym wówczas prawem.

„To właśnie Rzym uprawomocnił doskonałym językiem swych prawników, których poszczególne sformułowania przeszły w przysłowia, gwałt i podbój. Cezar, podobnie jak i inni ówczesni dowódcy, wyrzynał miasta i całe plemiona, a jeńcom obcinał ręce. Jego De bello Gallico jest – mimo wielkich zalet stylistycznych – książką okropną. Jest to – wespół z Commentarii de bello civili – Mein Kampf rzymskiego wodza”.²²

Wymowne jest tu zestawienie Cezara i jego dzieła (*De bello Gallico*) z *Mein Kampf* Hitlera. Wcześniej pojawiło się już skojarzenie syrakusańskiego obozu z obozami koncentracyjnymi Himmlera.²³ W całości pisarz nie ma złudzeń, że prawo w starożytności służyło władzy i potędze państwa. Ocena Rzymu jest więc surowa i nie pozostawia miejsca na mit. Mamy więc do czynienia z dwojakim widzeniem przez pisarza prawa rzymskiego. W totalitarnym państwie rzymskim w czasach antycznych prawo rzymskie

²⁰ Por. M. KURYŁOWICZ, Prawo rzymskie jako uniwersalna metafora etyczna – na przykładzie utworów Louisa Aragona i Mieczysława Jastruna, w: „Prawo rzymskie a kultura prawna Europy”. Lublin (2008), s. 143-151 (wersja anglojęzyczna: Roman law as a universal ethical metaphor (on the example of Louis Aragon and Mieczyslaw Jastrun), w: Roman Law and European Culture. Lublin (2008), s. 107-115).

²¹ Por. S. STABRYŁA, Antyk w poezji Mieczysława Jastruna (w latach 1929-1959), „Eos” vol. LXV (1977), s. 285 -302; W. STAŃCZAK, Antyk we współczesnej poezji polskiej (1956-1980). Wrocław (1986), s. 41-43.

²² Chmura nad Śródziemnomorzem – Ze zbioru: Mit śródziemnomorski..., s. 159-160.

²³ „Nawet nie lord Kitchener, lecz Himmler byłby zadowolony z metody zastosowanej przez Syrakusańczyków wobec jeńców ateńskich” - Z tekstu Podobny do bogów (Mit śródziemnomorski), s. 14-16. Chodzi o wyprawę sycylijską w 415 r. p.n.e. podczas II wojny peloponeskiej, opisaną przez Tukidydesa.

służyło władzy i było instrumentem realizowania imperialnych celów. Dwa tysiące lat później, w wieku dwudziestym, prawo rzymskie skonfrontowane z totalitarnym państwem niemieckim, staje się symbolem prawa ludzkiego i sprawiedliwego. Trudno chyba o lepszy przykład zmiennych losów i ocen prawa rzymskiego.

W rezultacie powyższych spostrzeżeń wydaje się jednak, że nie chodziło poecie o konkretne odniesienia do historii Rzymu ani o etapy rozwoju samego prawa rzymskiego, zwłaszcza publicznego, związanego z funkcjami państwa. Prawo rzymskie znane było mu bardziej jako ponadczasowy symbol prawa ludzkiego i humanitarnego.²⁴ Nie chodziło też wprost o antyczne prawo, stosowane w starożytnym Rzymie, lecz o tradycję prawa rzymskiego w dziejach Europy jako fundament jej cywilizacji, o wartości etyczne, słusność i sprawiedliwość, ucieleśnione w rzymskim pojmowaniu prawa jako *ars boni et aequi*. W takim ujęciu przeciwstawiane jest ono prawu nieludzkiemu, tyrańskiemu i bezlitosnemu, w szczególności prawu niemieckiego okupanta, a w szerszym sensie – prawu państwa totalitarnego. Symbol taki dobrze mieści się w twórczości poety, w jego pojmowaniu godności i humanistycznej postawy człowieka wobec grozy wojny i totalitaryzmu.

Do symbolu prawa rzymskiego w takim kontekście odniósł się inny jeszcze polski poeta – Adam Ważyk. W wierszu *Geniusz konsekwencji*, napisanym w 1956 roku poeta odnosi się do czasów realnego socjalizmu, nasyconych m.in. podejrzliwością wobec potencjalnych wrogów ustroju, donosami, przesłuchaniami i oskarżeniami, wymuszaniem zeznań.

[...]

Przypomnij sobie dobrze, przypomnij, przypomnij.

W każdym gramie powietrza jest wróg potencjalny.

Oddychasz, to wystarczy. Wczoraj się zachwiałeś

Od nadmiaru powietrza i z nadejściem wiosny

mistyczna chwiejność pchnęła cię do telefonu !

*Prawo rzymskie nie działa. Przyznasz się do winy.*²⁵

Prawo rzymskie w tym czasie przestaje istnieć, ponieważ według leninowskiej koncepcji, w państwie komunistycznym należy stosować nie

²⁴ W tym sensie pisał J. FALENCIAK (*an ethical metaphor; a great metaphor*) – patrz wyżej przypis 7.

²⁵ Pierwszy raz w zbiorze *Poemat dla dorosłych i inne wiersze*. Warszawa (1956), s. 31; STABRYŁA, *Hellada i Roma...*, s. 158.

corpus juris romani, lecz rewolucyjną świadomość prawną.²⁶ Prawo rzymskie jest znowu symbolem prawa, jakiego wówczas zabrakło. O ile jednak utwory Aragona i Jastruna odnosiły się do czasów II wojny światowej i hitlerowskiej okupacji, to Ważyk swój wiersz kieruje przeciwko okresowi stalinowskiemu – okresowi, którym sam był wcześniej zafascynowany. Z czasem pisarz odwrócił się od komunizmu i poczuł powołanie do rozliczania minionego okresu. Posłużył się przy tym mitem sprawiedliwego i humanitarnego prawa rzymskiego.²⁷

W kontekście etycznych i symbolicznych wartości występuje prawo rzymskie również w wierszu polskiego poety Leopolda Lewina (1910–1995), zatytułowanym *Prawo rzymskie*.

*Z trzech słupów
Prawa rzymskiego
Ognistych –
Do mnie
Jak śpiewak natchniony
Przemawia
Ten,
Który głosi:
„Nie krzywdzić drugiego.”
Bo żyć przystojnie
To rzecz sprawiedliwa;
„Przydzielać sobie
To,
Co się należy,”
Jest rzeczą słuszną,
Szacowną,
Szlachetną;
Lecz słup z napisem:
„Nie krzywdzić drugiego”
Winien być tak wysoki,*

²⁶ Por. m. in. A. BOSIACKI, Prawo rzymskie w systemach totalitarnych (przypadek ZSRR, Włoch i Niemiec), *Studia Iuridica* tom 37 (Miscellanea). Warszawa (2000), s. 7-13; W. WOŁODKIEWICZ, Il diritto Romano ed i regimi autoritari, w: *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges a la memoire de Henryk Kupiszewski*, Varsovie (1996), s. 259-266. Ostatnio na ten temat A. LITYŃSKI, Lenin a ius privatum, w: *Leges sapere. Studia i prace dedykowane Profesorowi Januszowi Sondlowi*, Kraków (2008), s. 263-270.

²⁷ W. WOŁODKIEWICZ, Prawo rzymskie lekiem na ukąszenie komunizmem. Przypadek Adama Ważyka, «Palestra» 9-10 (2008), s. 162-170.

*By go ludzie
Zewsząd widzieli
I drżeli z przejęcia,
Jak przed świętością.*²⁸

Okoliczności powstania wiersza nie są jasne, ponieważ Leopold Lewin należał przede wszystkim do tzw. nurtu realizmu socjalistycznego. Do prawa rzymskiego poza wymienionym wierszem nie odwoływał się, aczkolwiek wyraźny jest w jego twórczości również wątek antyczny. Nauka prawa rzymskiego nie była jednak mu obca, ponieważ – w odróżnieniu od wcześniej wymienianych pisarzy – odbył studia prawnicze na Wydziale Prawa Uniwersytetu Warszawskiego. Prawo rzymskie było więc mu znane, a pamięć o jego zasadach powróciła po latach. Wiersz napisany został w 1968 roku, być może w związku z wydarzeniami w Polsce, kiedy to poeta uznał za potrzebne wyrazić swoją solidarność z pokrzywdzonymi pobratymcami.²⁹

Odniesienia do prawa rzymskiego są wyraźne, ponieważ chodzi tu o znane *praecepta iuris* według Ulpiana: (D. 1,1,10,1): *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (Nakazy prawa są następujące: uczciwie żyć, drugiego nie krzywdzić, każdemu przyznać to, co mu się należy).³⁰ Tak też ujmuje je Leopold Lewin: „żyć przystojnie” to przecież *honeste vivere*, „przydzielać [sobie]³¹ to, co się należy” – *suum cuique tribuere*, a „nie krzywdzić drugiego” to *alterum non laedere*. Poeta odnosi się więc do tych naczelnych wartości prawa rzymskiego, które uznane zostały za uniwersalne zasady prawa i zachowały ponadczasową, globalną wartość. W tym sensie łączy się z intencją wyrażoną w całym wierszu, gdzie *alterum non laedere* pełni rolę naczelnego i ponadczasowego nakazu, aby nie krzywdzić

²⁸ L. LEWIN, *Wiersze z półwiecza*, Warszawa (1981), s. 193. Pierwszy raz wiersz opublikowany w zbiorze *Wyznania* w 1969. r., a właściwie w 1968 (patrz przypis niżej).

²⁹ Por. L. BARTELSKI, *Polscy pisarze współcześni 1939-1991*. Warszawa (1995) (s.v. „Leopold Lewin”); *Literatura polska XX wieku*. Przewodnik encyklopedyczny. Warszawa (2000), s. 361; *Współcześni polscy pisarze i badacze literatury*. Słownik bibliograficzny, tom V. Warszawa (1997), s. 76-78.

³⁰ Patrz też Inst.1,1,3; M. KURYŁOWICZ, *Prawo rzymskie...*, s. 34-38; TENŻE, *Prawo rzymskie jako ideał prawa dobrego i sprawiedliwego*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” nr 10, 2010 (2011), s. 5-20; ponadto W. WOŁODKIEWICZ/M. ZABŁOCKA, *Prawo rzymskie...*, s. 14 („Nadrzędnymi zasadami prawa, według Ulpiana, są: żyć szlachetnie, innym nie szkodzić, dać każdemu, co mu się należy”). W. LITEWSKI, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego*. Warszawa (2001), s. 21.

³¹ Tłumaczenie Lewina jest tu niedokładne, ponieważ *suum cuique tribuere* oznacza „oddać każdemu, co mu się należy”, a nie „sobie”.

drugiego człowieka. Nakazu wywodzącego się z prawa rzymskiego i jego późniejszej tradycji³².

W humanistycznej wizji wszystkich wymienionych tu pisarzy państwem, w którym prawo rzymskie przestało istnieć, były państwa totalitarne: faszystowskie i komunistyczne. To temat ciągle zasługujący na zainteresowanie w kontekście etycznych i symbolicznych aspektów nauki i nauczania prawa rzymskiego.

Z drugiej strony, mimo ciągłego i powszechnego uznania wartości prawa rzymskiego trwa ciągle wokół niego dyskusja, podobna jak w przytoczonej na początku artykułu ankiecie czasopisma «Labeo» z 1956 r.³³ Dotyczy to zresztą szerzej nauk historycznoprawnych, co do których wszyscy są pozornie zgodni w uznaniu ich doniosłości i niezbędności w kształceniu prawników, a jednak miejsce i rola szeroko pojętej historii prawa powraca stale jako kwestia sporna. Dzieje się tak w szczególności w obliczu „nowoczesnych” tendencji do eliminowania historii prawa z programu studiów prawniczych na rzecz uproszczonej wizji prawa praktycznego. Zagrożenia wynikają również z odchodzenia od podstaw prawa na rzecz aktualnych biurokratycznych modeli punktacji i parametryzacji w nauce i nauczaniu.³⁴ Pewne nadzieje niosą nowe tendencje poszukiwania rzymskich podstaw nowożytnej i współczesnej cywilistyki oraz europejskiego prawa prywatnego, także w aspekcie harmonizacji i unifikacji.³⁵ Niezależnie jednak od tych zmiennych tendencji, prawo rzymskie nadal stoi „na wyżynach swej wielkości”³⁶ jako uniwersalny symbol prawa słusznego i sprawiedliwego ... i nie przestaje istnieć.

³² Por. M. KURYŁOWICZ, *Alterum non laedere* i ponadczasowość rzymskich zasad prawa, w: *Państwo i prawo w dobie globalizacji*. Rzeszów (2011), s. 171-181.

³³ E. SZYMOSEK, *Prawo rzymskie wciąż żyje!*, w: *Profesorowi Janowi Kodrębskiemu in memoriam*, Łódź (2000), s. 409-418. Wersja francuska: *Le droit romain toujours vivant!* w: *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*. Varsovie (2000) (dalej: *Mélanges Wołodkiewicz*), tom II, s. 997.-1006.

³⁴ Por. W. WOŁODKIEWICZ, *Europa i prawo rzymskie...*, s. 119-120; A. WACKE, *Zur gegenwärtigen Lage der Romanistik in Europa*, OIR 6 (2000), s. 203-214.

³⁵ Por. W. DAJZAK, *Prawo rzymskie a rozwój europejskiego prawa prywatnego*, w: *Poszukiwanie Europy. Zjazd gnieźnieński a idea zjednoczonej Europy*, Poznań (2000), s. 43-54; TENŻE, *Znaczenie tradycji prawa rzymskiego dla europejskiej harmonizacji prawa prywatnego*, *Państwo i Prawo* 2 (2004), s. 78-85; I. C. KAMIŃSKI, *Kontrowersje wokół pojęcia europejskiej kultury prawa prywatnego*, *Państwo i Prawo* 1 (2000), s. 200-215; B. SIŁEK, *Integracja Europy a prawo rzymskie*, *Państwo i Prawo* 12 (1996), s. 48-53; także P.L. MONATERI/T. GIARO/A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo*. Roma (2005), s. 147-167.

³⁶ S. GRZYBOWSKI, *Dzieje prawa*. Wrocław (1981), s. 91.

Zusammenfassung

Das römische Recht wird nicht nur als Fundament des europäischen Privatrechts und der Rechtskultur, sondern auch als das des ethischen und symbolischen Wissen behandelt. Die Einheit von Ethik und Recht gilt als eins der charakteristischen Merkmale der kreativen Aktivität der römischen Jurisprudenz. Diese Rolle hält ihren Wert ebenfalls heutzutage aufrecht, wenn das gesetzte Recht dominiert.

In dieser Form, als zeitlose Idee und Symbol, wurde es in Polen zum Objekt von Überlegungen auch der nichtjuristischen Literatur (vor allem beim Dichter Mieczysław Jastrun). Dabei wird noch die Erzählung von französischen Schriftsteller Louis Aragon „*Le droit romain n'est plus*“ beigebracht. Bei Aragon wird das römische Recht zur Verkörperung ethischer Werte sowie zum Symbol des Rechts im Rechtsstaat gefasst, der der Gesetzwidrigkeit, Macht und Gewalt Widerstand leistet. Im totalitären (hier: im nazistischen Deutschland) hört das römische Recht auf zu bestehen. Auch bei Jastrun wird das römische Recht fürs Symbol des billigen, vom Menschen zur Verwirklichung des freien Denkens und Gerechtigkeit gesetzten Rechts gehalten. Ohne diese Grundlagen gerieten die Menschen in dem Staat, wo das römische Recht zu bestehen aufgehört hat (wie es während des Zweiten Weltkrieges der Fall war) an den Rand des Abgrunds.

In der Konsequenz knüpfte man an die Werke von Aragon und Jastrun in der polnischen romanistischen Literatur (dazu noch später Beispiele von Adam Ważyk und Leopold Lewin) oft an. In diesem literarischen Sinnbild des römischen Rechts eben, das als humanitär und gerecht dem Recht der totalitären (faschistischen und kommunistischen) Staaten, wo das römische Recht „aufgehört hat zu bestehen“ gegenübergestellt wurde, fand die Diskussion über die Nützlichkeit des Lehrens des römischen Rechts eine Unterstützung.

Ostatné spôsoby zániku obligácie v rímskom klasickom a justiniánskom práve*

Katarína Lenhartová

I. Akviliánska stipulácia - II. *Datio in solutum* - III. Obrazné splnenie pomocou váhy a bronzu - IV. Uloženie do úradnej úschovy - V. *Litis contestatio* - VI. Neformálny dohovor (*pactum*) - VII. Zánik obligácie odpustením (*per acceptilationem*) - VIII. Zánik obligácie splnutím (*confusio*) - IX. Zánik obligácie nováciou (*novatio*) - X. Zánik obligácie delegáciou - XI. Zánik obligácie započítaním (*compensatio*) - XII. Zánik obligácie z noxálnej žaloby - XIII. Zánik obligácie v dôsledku nemožnosti plnenia - XIV. Zánik obligácie v dôsledku smrti dlžníka alebo veriteľa - Záver

Závazky v rímskom práve mohli zanikať rôznymi spôsobmi. Najčastejším spôsobom zániku obligácie bol zánik splnením. Z právnej povahy záväzkového práva však vyplýva, že záväzky zanikali aj inými spôsobmi, napr. odpustením dlhu, uložením plnenia do úschovy, neformálnym dohovorom a pod.

I. Akviliánska stipulácia

Justinián povolil zánik záväzku pomocou tzv. akviliánskej stipulácie. Ako píše: „Táto stipulácia spôsobuje, že zodpovednosť zo všetkých záväzkov možno previesť do stipulačného dlhu a tento potom verbálnym odpustením dlhu zrušiť.“¹

* Tento článok bol vypracovaný s podporou grantu VEGA – č. 1/1081/11 – „Doktrína prirodzeného práva v teórii a v tvorbe práva, jej vývoj v konfrontácii s doktrínou základných ľudských práv.“ (obdobie riešenia: január 2011 – december 2013).

¹ Inst. 3,29,2: „*Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit ut omnium rerum obligatio in stipulationem deducatur et ea per acceptilationem tollatur. stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes et a Gallo Aquilio ita composita est: ‘quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve quarumque rerum mihi tecum actio quaeque abs te petitio vel adversus te persecutio est erit quodque tu meum habes tenes possides possideresve dolove malo fecisti, quo minus possideas: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius. ’ item e diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium: ‘quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spondi, si omne habesne acceptum?’ respondit Aulus Agerius: ‘habeo acceptumque tuli’.*“

Z podstaty tohto úkonu vyplýva, že ide o istý spôsob novácie záväzku a jej následné odpustenie. Záväzok teda zaniká počiatočnou nováciou všetkých existujúcich záväzkových vzťahov medzi dlžníkom a veriteľom a ich následným verbálnym odpustením.²

Tento inštitút dostal názov podľa jeho tvorca, právnika a pretora Gaia Aquilia Galla, ktorý sa venoval predovšetkým právnej praxi a kvôli nemu sa presadila nielen kviliánska stipulácia, ale aj žaloba zo zlého úmyslu.³

Koncipovaná bola takto: Veriteľ predniesol: „Čokoľvek si mi z nejakého právneho dôvodu zaviazaný teraz alebo v budúcnosti dať alebo plniť, či je to splatné alebo obmedzené lehotou, a kvôli ktorýmkoľvek právnym vzťahom mám proti tebe osobnú žalobu a ktoré vecné aj pretorské žaloby proti tebe aj inokedy mám alebo budem mať a čo ty máš, mal si alebo držíš z môjho vlastníctva alebo v dôsledku tvojho zlého úmyslu, už nedržíš...“⁴ Následne potom dlžník reagoval otázkou: „Čokoľvek som Ti dnes prostredníctvom kviliánskej stipulácie sľúbil, všetko si dostal?“⁵ Veriteľ následne reagoval odpoveďou: „Dostal som to.“⁶

II. *Datio in solutum*

Datio in solutum je splnenie záväzku iným spôsobom, akým mal byť podľa dohody záväzok splnený, teda nejde o typické *solutio*. Prvý záznam o možnosti splniť záväzok takýmto spôsobom nachádzame v Gaiových *Inštitúciách*, t. j. v klasickej dobe vývoja rímskeho práva.

² Inst. 3,29,2. (Originálny text prameňa pozri v poznámke č. 1).

³ Cic., De off. 3,14-15.

⁴ Inst. 3,29,2: „*Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit ut omnium rerum obligatio in stipulationem deducatur et ea per acceptilationem tollatur. stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes et a Gallo Aquilio ita composita est: 'quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve quarumque rerum mihi tecum actio quaeque abs te petitio vel adversus te persecutio est erit quodque tu meum habes tenes possides possideresve dolove malo fecisti, quo minus possideas: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius. ' item e diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium: ' quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spondisti, si omne habesne acceptum? ' respondit Aulus Agerius: ' habeo acceptumque tuli '.*

⁵ Inst. 3,29,2. (Originálny text prameňa pozri v poznámke č. 1).

⁶ Inst. 3,29,2.

Gaius medzi výpočet spôsobov, akými môže zaniknúť záväzok, zaraďuje aj „*solutio equis, quod debetur*“⁷ a vedľa toho uvádza možnosť „*solutio creditore aliud pro alio solvere*“⁸. Rovnako vo svojich *Inštitúciách* neopomenul spor Sabiniánov a Prokuliánov, ktorý nastal ohľadom toho, či *datio in solutum* nastáva z vôle veriteľa alebo *ipso iure*.⁹

Sabiniáni zastávali názor, že záväzok pri *datio in solutum* zaniká *ipso iure*, Prokuliáni zas *per exceptionem*.¹⁰

V starších prameňoch rímskeho práva *datio in solutum* nenachádzame, v republikánskych prameňoch rovnako o ňom nie je zmienka, z čoho je možné sa domnievať, že splynulo so solúciou. *Solutio* aj *datio in solutum* boli na začiatku svojho vývoja neformálnymi spôsobmi zániku obligácie. Solúcia, ako píše Gaius, je *nexi liberatio* a vykonávala sa formálnym spôsobom *per aes et libram*.¹¹ Takýmto spôsobom sa používala solúcia „pri nexe, damnačnom legáte a odsudzujúcom rozsudku – a pravdepodobne – ako niektorí súdia – aj pri plnení pokuty (*ex delicto*)“¹².

Solúcia sa neskôr stala aj neformálnym spôsobom zániku záväzku. Kedy sa tak stalo, je sporné. Romanisti ako Kretschmar, Fitting a iní sa domnievali, že *solutio* bolo uznané ako civilný spôsob zániku záväzku v 2. storočí pred Kr., keď reálne kontrakty boli uznané za civilné.¹³ Romanisti videli počiatok pôsobnosti zániku záväzku bezformálnou solúciou v zmysle zásady „*prout quidque contractum est, ita et solvi debet*“. Pri pôžičke to bolo neformálnym

⁷ Paul. D. 46,3,60 pr. : „(Paulus libro quarto ad Sabinum) Quod stipulatus ita sum „mihi aut Titio“, Titius nec petere nec novare nec acceptum facere potest, tantumque ei solvi potest“.

⁸ Gai. Inst. 3,168.

⁹ K sporom sabiniánov a prokuliánov pozri napr.: BRŤKO, R.: Res a kontroverzie sabiniánov a prokuliánov. In: Res – věci v římském právu. Sborník příspěvků z 10. konference právních romanistů ČR a SR. Olomouc (2008), s. 43-52; BRŤKO, R.: Spor sabiniánov a prokuliánov týkající sa psychologického prvku v krádeži a „contractatio rei“. In: Delicta privata a crimina publica v rímskom práve. Zborník príspevkov z 12. konferencie právnych romanistov Slovenskej republiky a Českej republiky. Košice (2010), s. 4-11.

¹⁰ BULÍN, H.: Datio in solutum. Brno (1930), s. 1.

¹¹ Gai. Inst. 3,173: „Est et alia species imaginariae solutionis, per aes et libram; quod et ipsum genus certis ex causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur; quod per aes et libram gestum sit, siue quid ex iudicati causa debeatur.“ Gai. Inst. 3,174: „Adhibentur non minus quam quinque testes et libripens; deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: QVOD EGO TIBI TOT MILIBVS SESTERTIORVM IVDICATVS uel DAMNATVS SVM EO NOMINE ME A TE SOLVO LIBEROQVE HOC AERE AENEAQVE LIBRA. HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQVE EXPENDO SECVNDVM LEGEM PVBLICAM. deinde asse percuit libram eumque dat ei, a quo liberatur; veluti soluendi causa“.

¹² BULÍN, H.: Datio in solutum. Brno (1930), s. 1.

¹³ BULÍN, H.: Datio in solutum. Brno (1930), s. 2.

vrátením požičaného, pri úschove vydaním uschovaného a pod. Pramene však o zániku záväzku z *pignus*, *depositum* a *commodatum* nehovoria ako o zániku solúciou. Pri týchto troch kontraktach sa reálnym bezformálnym plnením dlžník len oslobodzoval spod ručenia, napr. delikvent sa mohol z nexu vykúpiť (*nexi liberationis*).¹⁴

Keď sa však prísny formalizmus starého civilného práva prelomil vplyvom *ius gentium*, bezformálna solúcia rušila záväzky aj *iure civile*. V tomto období totiž vznikla možnosť, že dlžník namiesto dlhovaného – t. j. peňazí (pôvodne jediného predmetu solúcie), mohol, samozrejme so súhlasom veriteľa, plniť vec zo svojho majetku kvôli zániku obligácie.¹⁵ V prameňoch nachádzame zmienky o tom, že dlžník sa oslobodil spod kontraktu alebo deliktu plnením v naturáliách, t. j. dobytkom. Či však neformálnu solúciu môžeme nazvať pojmom *datio in solutum*, to je zaujímavá otázka. Pojem „*solutio*“ totiž, ako som uviedla vyššie, znamenal v starom práve len faktické oslobodenie sa z ručenia, nie splnenie dlhu a obsahoval v sebe aj to, čo klasickí právnici nazývajú *datio in solutum*. Z toho je možné odvodiť, že každé oslobodenie dlžníka spod ručenia materiálnym uspokojením veriteľa sa nazývalo *solutio*. Až zlučovaním prvku ručenia a dlhu sa zmenil význam solúcie a *datio in solutum* sa stalo samostatným inštitútom.

Podľa klasického a justiniánskeho práva teda môžeme *datio in solutum* definovať ako „zrušenie obligačného pomeru plnením iného predmetu ako dlhovaného, za predpokladu veriteľovho súhlasu“.¹⁶ Pramene nám nedávajú komplexný výpočet záväzkových vzťahov, ktoré môžu zaniknúť pomocou *datio in solutum*. Pre klasické právo sa zdá byť pravdepodobná zásada, že prostredníctvom *datio in solutum* môžu zaniknúť len tie pohľadávky, ktoré môžu zaniknúť solúciou.¹⁷

Z vyššie uvedeného prijímam názor, že *datio in solutum* bolo spôsobom zániku záväzku tým spôsobom, že niekto plnil vec namiesto peňazí, alebo inú vec namiesto dlhovanej veci.¹⁸

¹⁴ Gai. Inst. 3,173-3,174 (Originálny text prameňa pozri v poznámke č. 11).

¹⁵ BULÍN, H.: *Datio in solutum*. Brno (1930), s. 5.

¹⁶ BULÍN, H.: *Datio in solutum*. Brno (1930), s. 6.

¹⁷ BULÍN, H.: *Datio in solutum*. Brno (1930), s. 14.

¹⁸ BULÍN, H.: *Datio in solutum*. Brno (1930), s. 17.

III. Obrazné splnenie pomocou váhy a bronzu

Gaius ustanovil možnosť zániku záväzku obrazným splnením pomocou váhy a bronzu.¹⁹ Túto možnosť bolo možné použiť len pri vzniku záväzku pomocou váhy a bronzu, alebo pokiaľ sa niečo dlhovalo z rozsudku.²⁰

Ako opisuje Gaius, konanie sa konalo za účasti piatich svedkov a *libripens*. Ten, kto sa oslobodzoval, – t.j. dlžník – mal povedať: „Pretože ja som bol vo tvoj prospech odsúdený na toľko (a toľko) tisíc, zbavujem sa tohto záväzku voči tebe a oslobodzujem sa pomocou tohto bronzu a bronzovej váhy. Tie libry ti od prvej do poslednej vyplácam podľa zákona našej obce.“²¹ Následne udrrel mincou (*ass*) o váhu a v zmysle obrazného splnenia mincu podal veriteľovi.

Rovnako sa oslobodzoval od plnenia i dedič z damnačného odkazu, ale okrem slov „vo tvoj prospech som bol odsúdený“ povedal, že bol „odsúdený ustanovením testamentu“.²² Dedič sa však mohol takto oslobodiť len od plnenia určeného váhou, počtom a dĺžkou, teda od plnenia určitého.

IV. Uloženie do úradnej úschovy

Aj keď je tento spôsob zániku záväzku ustanovený v splnení dlhu, je potrebné ho vnímať istým spôsobom oddelene. Pokiaľ dlžníkovi nie je umožnené splniť svoj dlh z dôvodov, ktoré vznikli na strane veriteľa, môže sa dlhu, a teda i záväzku zbaviť, samozrejme pokiaľ to povaha záväzku dovoľuje, uložením plnenia do úradnej úschovy.²³

¹⁹ Gai. Inst. 3,173: „*Est et alia species imaginariae solutionis, per aes et libram; quod et ipsum genus certis ex causis receptum est, ueluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, siue quid ex iudicati causa debeatur.*“

²⁰ Gai. Inst. 3,174: „*Adhibentur non minus quam quinque testes et libripens; deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: QVOD EGO TIBI TOT MILIBVS SESTERTIORVM IVDICATVS uel DAMNATVS SVM EO NOMINE ME A TE SOLVO LIBEROQVE HOC AERE AENEAQVE LIBRA. HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQVE EXPENDO SECVNDVM LEGEM PVBLICAM. deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, ueluti soluendi causa.*“

²¹ Gai. Inst. 3,174 (Pre originálne znenie prameňa pozri poznámku č. 20).

²² Gai. Inst. 3,175: „*Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato, quod per damnationem relictum est, ut tamen scilicet, sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres testamento se dare damnatum esse dicat. de eo tamen tantum potest heres eo modo liberari, quod pondere numero constet, et ita, si certum sit. quidam et de eo, quod mensura constat, idem existimant.*“

²³ Gai. Inst. 3,138 „[sed absentis expensum ferri potest, etsi uerbis obligatio cum absente contrahi non possit.] [De emptione et uenditione.]“.

Takúto možnosť napríklad mohol využiť dlžník i vtedy, ak mal pochybnosti o tom, kto je veriteľom.²⁴ Ustanovenia týkajúce sa úradnej úschovy majú za úlohu, aby bol v zmluvnom záväzku chránený tak veriteľ ako aj dlžník.

V. *Litis contestatio*

Podľa Gaiových *Inštitúcií* záväzok mohol zaniknúť i litiskontestáciou.²⁵ Litiskontestácia ako dohoda o spore totiž viedla k tomu, že „hlavná obligácia sa zrušila, ale žalovaný začne byť zodpovedný z litiskontestácie“²⁶. Pokiaľ však bolo výsledkom sporu odsúdenie dlžníka, prestal byť zodpovedný z litiskontestácie a začal byť zodpovedný na základe rozsudku, ktorý ho zaväzoval k plneniu dlhovaného. Starí právnici, ako píše Gaius, toto pravidlo zapísali takto: „...že pred litiskontestáciou má dlžník plniť, po litiskontestácii že má byť odsúdený, po odsúdení že má vykonať to, k čomu bol odsúdený“²⁷.

Právnou interpretáciou teda prídeme k záveru, že litiskontestácia pohltila pôvodnú žalobu zo záväzku, ktorá sa po litiskontestácii už nedá oprávnene vzniesť.²⁸ Iná je potom situácia, keď podám žalobu a vo veci už bolo rozhodnuté právoplatným rozsudkom. Žalovaný sa môže brániť námietkou veci rozsúdenej alebo námietkou veci na súd vnesenej.²⁹

²⁴ D. 4,3,9,3: „*Labeo libro trigensimo septimo posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendat titius, et tu hoc oleum deposueris apud seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos de iudicetur cuius oleum esset, neque titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta condicione depositionis, de dolo adversus titium agendum. Sed Pomponius libro vicensimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum titio de dolo. Quae distinctio vera esse videtur*“.

²⁵ Gai. Inst. 3,180–3,181.

²⁶ Gai. Inst. 3,180 „*Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione. sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. et hoc est, quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere*“.

²⁷ Gai. Inst. 3,180 (Originálny text prameňa pozri v poznámke č. 26).

²⁸ Gai. Inst. 3,181: „*Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo DARI MIHI OPORTERE, quia litis contestatione dari oportere desiit, aliter atque si imperio continenti iudicio egerim; tunc enim nihilo minus obligatio durat, et ideo ipso iure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei iudicatae vel in iudicium deductae summoueri. quae autem legitima sint iudicia et quae imperio continentia, sequenti commentario referemus*“.

²⁹ Gai. Inst. 3,181 (Originálny text prameňa pozri v poznámke č. 28).

VI. Neformálny dohovor (*pactum*)

Štrnásty titul druhej knihy *Digest* sa venuje objasneniu pojmu *de pactis*. Ulpianus tu objasňuje, že keď dve osoby uzavreli vzájomný záväzok konsenzom, potom by ho mali zachovávať, pretože uzavretiu tohto záväzku a jeho plneniu dôverovali. Ulpianus však rozvíja túto myšlienku i ďalej a pokúša sa o definíciu pojmu *pactum*³⁰ a ide o: „neformálny dohovor“ pochádzajúci „zo slova *pactio* – zmluva“ a „zmluva je súhlas a zhoda dvoch alebo viacerých o tom istom predmete“³¹. Ďalej sa Ulpianus venuje rozboru slova *dohoda* a vo všeobecnom vnímaní ho chápe ako to, „o čom sa kontrahenti zhodli“³². Slovo *convenire* – zísť sa, chápe ako viac pojmov obsahujúce, teda nielen zísť sa na určitom mieste, ale zjednotiť sa, zísť sa v spoločnom názore, úsudku.

Pedius³³ dokonca rozširuje tento pojem ešte ďalej a píše, že „neexistuje nijaká zmluva, nijaký záväzok, ktorý by v sebe neobsahoval dohovor, buď ústny alebo prostredníctvom odovzdanej veci. Ale väčšina dohovorov vystupuje pod inými menami, napríklad kúpa, nájom veci, pracovná zmluva, zmluva o diele, ručný záloh alebo stipulácia.“³⁴

Labeo³⁵ rozširuje formálnu obsahovú stránku *convenire* o zísť sa „buď skutočne, alebo tiež bez vlastnej prítomnosti prostredníctvom listu

³⁰ Ulp. D. 2,14,1: „*Pactum autem a pactione dicitur (inde eitam pactis nomen appellatum est). 2. e test pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus. 3. Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigedique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt*“.

³¹ D. 2,14,1,2: „*Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*“.

³² D. 2,14,1,3: „*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigedique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*“.

³³ Ulp. D. 2,14,1,3 a D. 2,14,1,4: 3 „*Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. 4. Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem*“.

³⁴ D. 2,14,1,4: „*Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem*“.

³⁵ Paul. D. 2,14,2: „*Paulus libro tertio ad edictum Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse. Sed etiam tacite consensu convenire intellegitur*“.

alebo posla, ale tiež, ako sa uznáva, mlčky prostredníctvom obyčajného konsenzu“.³⁶

Paulus v tretej knihe K ediktu rozširuje formu uzavretia dohody mlčky. Mlčky sa napríklad uzatvára dohoda o tom, že v mestských nájomných bytoch slúži privezené zariadenie nájomníka ako ručný záloh pre prenajímateľa v prípade nezaplatenia nájomného. Pri uzavretí nájmu sa nikdy výslovne daná vec nedohodne, ale má sa za to, že strany ju mlčky uzatvárajú ako súčasť nájmu veci.³⁷ Paulus ďalej tvrdí, že podľa tohto sa môže dohovoriť aj nemý.³⁸

Z ďalšej analýzy vyplýva, že žalobný nárok vzniká len z neformálneho dohovoru, ktorý je pripojený ako vedľajšia dohoda³⁹ a vyplýva z neho nejaké plnenie, teda z toho dohovoru, kde neexistuje nijaké odôvodnené plnenie⁴⁰, môže vzniknúť námietka.

VII. Zánik obligácie odpustením (*per acceptilationem*)

Akceptilácia⁴¹ záväzku dáva veriteľovi možnosť odpustiť dlžníkovi dlh alebo sa vzdať svojho práva dlžníka v prípade neplnenia žalovať.

Gaius vnímal akceptiláciu ako akési obrazné splnenie. Pokiaľ mal veriteľ v úmysle odpustiť dlžníkovi dlh z verbálneho záväzku, nechal dlžníka predniesť tieto slová: „Máš splnené to, čo som ti sľúbil?“ a on odpovedal

³⁶ D. 2,14,2 pr.: „*Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse. Sed etiam tacite consensu convenire intellegitur*“.

³⁷ Paul. D. 2,14,4 pr.: „*Item quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit*“.

³⁸ Paul. D. 2,14,4,1: „*Secundum haec et mutus pacisci potest*“.

³⁹ Ulp. D. 2,14,7,5: „*Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. Ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit. Et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio: ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones*“.

⁴⁰ Ulp. D. 2,14,7,4: „*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*“.

⁴¹ Gai. Inst. 3,169–3,171.

jednoduchým: „Mám“.⁴² Takýmto spôsobom bolo však možné zrušiť len obligácie verbálneho charakteru, teda tie, ktoré vznikali prednesením slov, keďže obligácia založená slovami môže byť zrušená len slovne.⁴³

V prípade, ak povaha plnenia umožňovala uskutočniť plnenie čiastočné, nebolo možné časť plnenia odpustiť akceptiláciou.⁴⁴ Iným druhom odpustenia záväzku bolo podľa Gaia obrazné splnenie pomocou váhy a bronzu.

VIII. Zánik obligácie splnutím (*confusio*)

Obligácia musela nutne zaniknúť i v prípade, ak sa pohľadávka a záväzok spojili v jednej osobe, napr. vtedy, ak sa veriteľ stal dedičom dlžníka a naopak.⁴⁵

Keďže je esenciálnym znakom obligácie, že je právne uzatvorená medzi dvoma alebo viacerými, no hlavne individuálne odlišnými subjektmi, nie je možné, aby záväzkový vzťah trval, keď sa v dôsledku právnej skutočnosti akou je smrť „z dvoch strán stane jedna“, t. j. veriteľ si nemôže byť zároveň dlžníkom rovnako ako si dlžník nemôže byť veriteľom v jednom a tom istom záväzku.

Rímske právo nazývalo takúto skutočnosť aj pojmom *concursum causarum*.⁴⁶ Išlo o konkurenciu dvoch alebo viacerých právnych dôvodov nadobudnutia týkajúcich sa jednej individuálne určenej veci jednou a tou istou osobou.⁴⁷

⁴² Gai. Inst. 3,169: „*Item per acceptilationem tollitur obligatio. acceptilatio autem est ueluti imaginaria solutio. nam quod ex uerborum obligatione tibi debeam, id si uelis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec uerba me dicere: QVOD TIBI EGO PROMISI, HABESNE ACCEPITVM? et tu respondeas: HABEO*“.

⁴³ Gai. Inst. 3,170: „*Quo genere, ut diximus, tolluntur illae obligationes, quae in uerbis consistunt, non etiam ceterae; consentaneum enim est uisum uerbis factam obligationem posse aliis uerbis dissolui. sed id, quod ex alia causa debeatur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolui*“.

⁴⁴ Gai. Inst. 3,172: „*Item quod debetur, pro parte recte soluitur; an autem in partem acceptilatio fieri possit, quaesitum est*“.

⁴⁵ D. 46,3,75 pr.: „*Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes peremit actiones, ita et confusio: nam si debitor heres creditori exstiterit, confusio hereditatis peremit petitionis actionem*“.

⁴⁶ Rozumej ako súbeh príčin.

⁴⁷ ZIMMERMAN, R.: *The Law of Obligations*. Oxford (1996), s. 759.

IX. Zánik obligácie nováciou (*novatio*)

Novácia záväzku sa chápe ako jeho obnova. Ide o právne konanie, ktoré na miesto starého záväzku, či už žalovateľného alebo nežalovateľného, ktorý zanikol, zároveň stavia záväzok novovzniknutý.⁴⁸

Novácia záväzku sa v rímskom justiniánskom práve uskutočňovala stipuláciou, podľa staršieho práva aj pomocou tzv. *literaris obligatione*.⁴⁹

Novácia záväzku, ako píše profesor Sommer, má takmer rovnaký obsah ako stipulácia: „*Novatio est debiti in aliam obligationem transfusio ac translatio, hoc est ex praecedenti causa ita nova constituitur; ut prior perematur*“.⁵⁰ Stipulácia nám umožňovala zrušiť obsah existujúceho záväzku spolu s vedľajšími právami, ktoré sa na tento záväzok viažu, bez ohľadu na vôľu strán. Takáto stipulácia s charakterom novácie absorbuje do seba starý dlh⁵¹ a musí obsahovať niečo nové oproti starej stipulácii, napr. predĺženie lehoty splatnosti, pripojenie alebo odstránenie podmienky, nový subjekt a pod.⁵² Ak by *aliquid novi* neobsahovala, bola by neplatná.⁵³

V prípade novácie, ktorou zaniká starý záväzok a vzniká nový vstúpením nového subjektu, musí byť dodržaná vôľa strán.⁵⁴ Nový veriteľ stipuluje s dovoľením existujúceho, odstupujúceho veriteľa od dlžníka vždy len to, čo dlhoval pôvodnému veriteľovi. Zmena nastáva v prípade, ak starý veriteľ

⁴⁸ D. 46,2,1 pr.: „*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituitur; ut prior perematur. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione*“.

⁴⁹ Gai. Inst. 3,129: „*A re in personam transscriptio fit, ueluti si id, quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tuleri*.“ ; Gai. Inst. 3,130: „*A persona in personam transscriptio fit, ueluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tuleri, id est si Titius te pro se delegauerit mihi*“.

⁵⁰ D. 46,2,1 pr.: „*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituitur; ut prior perematur. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione*“.

⁵¹ Napr.: *Quidquid ex vendito dare facere oportet mihi dare spondes*. Bližšie pozri v: SOMMER, O: Učebnice soukromého práva římského. Díl II. Právo majetkové. Praha (1946), s. 112.

⁵² SOMMER, O: Učebnice soukromého práva římského. Díl II. Právo majetkové. Praha (1946), s. 112.

⁵³ D. 45,1,18 pr.: „*(Pomponius libro decimo ad Sabinum) Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur*“.

⁵⁴ Gai. Inst. 3,176: „*Praeterea nouatione tollitur obligatio ueluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim; nam interuentu nouae personae noua nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut inter-dum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima nouationis iure tollatur, ueluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius uel a muliere pupilloue sine tutoris auctoritate stipulatus fuero; quo casu rem amitto; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. non idem iuris est, si a seruo stipulatus fuero; nam tunc prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset*“.

stipuluje od nového dlžníka to, čo mu dlhoval starý, ide o tzv. expromisiu, pretože k takémuto úkonu nepotrebuje súhlas pôvodného dlžníka.⁵⁵

Dôležitou zložkou novácie bol tzv. *animus novandi*. Justiniánske právo uznávalo zánik starej stipulácie novou len vtedy, ak bol v novej stipulácii jasne vyjadrený úmysel zrušiť starý záväzok. Ak úmysel nebol vyjadrený dostatočne jasne, stará obligácia trvala aj naďalej a stipulačným sľubom sa k nej len pristúpilo. V justiniánskom práve na rozdiel od práva klasického už môže dôjsť aj k zmene obsahu stipulácie, čo bolo v klasickom práve, ako píše prof. Sommer, absolútne vylúčené.⁵⁶

Zaujímavý bol prípad, ktorý vo svojich inštitúciách rozoberá Gaius. Podľa neho mohol zrušovací účinok novačnej stipulácie nastať niekedy aj keď nová obligácia nevznikla. Išlo o stipuláciu, ktorá bola vykonaná so ženou alebo nedospelým poručencom bez *tutoris auctoritate* alebo niečo bolo stipulované *post mortem debitoris*.⁵⁷

V prípade, ak išlo o nováciu s podmienkou, Servius jej priradil okamžitý zrušovací účinok. V klasickom práve zrušenie záväzku nastalo až splnením podmienky.⁵⁸

⁵⁵ D. 46,2,8,5: „*Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem placet, si hoc actum est: quid enim interest, ipsa an alius quilibet promittat? Quod enim ego debeo si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat: si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur. Non tamen si quis stipuletur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur: liberat autem me is qui quod debeo promittit, etiamsi nolim*“.

⁵⁶ SOMMER, O: Učebnice soukromého práva římského. Díl II. Právo majetkové. Praha (1946), s. 112.

⁵⁷ Gai. Inst. 3,176: „*Praeterea novatione tollitur obligatio ueluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim; nam interuentu nouae personae noua nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima nouationis iure tollatur; ueluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius uel a muliere pupilloue sine tutoris auctoritate stipulatus fuero; quo casu rem amitto; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. non idem iuris est, si a seruo stipulatus fuero; nam tunc prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset*“.

⁵⁸ Gai. Inst. 3,179: „*Quod autem diximus, si condicio adiciatur, nouationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam nouationem, si condicio extiterit; alioquin si defecerit, durat prior obligatio. sed uideamus, num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conuenti exceptione possit summoueri, quia uidetur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur; si posterioris stipulationis extiterit condicio. Seruius tamen Sulpicius existimauit statim et pendente condicione nouationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse et eo modo rem perire; qui consequenter et illud respondit, si quis id, quod sibi L. Titius deberet, a seruo fuerit stipulatus, nouationem fieri et rem perire, quia cum seruo agi non posset. sed in utroque casu alio iure utimur. nec magis his casibus nouatio fit, quam si id, quod tu mihi*

Novačný účinok nastáva tiež pri litiskontestácii a tzv. *novatio necessaria*, no litiskontestácia nezrušila vedľajšie práva spojené s pôvodným záväzkom.⁵⁹

Novácia záväzku predpokladala, že obligácia, ktorá sa ruší, musí byť platná minimálne ako *obligatio naturalis*, uskutočnila sa stipuláciou alebo literárnym kontraktom a nová obligácia musela mať niečo, čím sa líšila od obligácie starej, napr. do nej vstupoval nový subjekt alebo sa pripojilo vedľajšie ustanovenie.

X. Zánik obligácie delegáciou

Pod pojmom delegácia rozumieme buď príkaz na zaplatenie⁶⁰ alebo príkaz k záväzku, teda jedna osoba prikáže druhej, aby plnila, alebo sa zaviazala tretej. Delegácia prichádza do úvahy, aj keď medzi osobami neexistoval nijaký právny vzťah.

Ako píše Gaius, delegácia mohla nastať napríklad tým, že jeden dlžník si zapísal do svojej účtovnej knihy ako vydané inej osobe to, čo dlhoval veriteľovi, a to samozrejme len vtedy, ak veriteľ k takémuto konaniu prvého dlžníka delegoval.⁶¹ Keďže delegácia vychádzala z *ius civile*, nebolo možné záväzok delegovať na cudzinca.⁶²

Rímske právo vnímalo delegáciu ako určitý druh novácie, t. j. ak k pôvodnému záväzku pristúpil nový veriteľ alebo dlžník.

XI. Zánik obligácie započítaním (*compensatio*)

Záväzok v rímskom práve zanikal kompenzáciou z vôle sudcu (*compensatio necessaria*).⁶³ V žiadnej žalobnej formule totiž takéto konanie, resp. postup

debeas, a peregrino, cum quo sponsus communio non est, SPONDES uerbo stipulatus sim“.

⁵⁹ Gai. Inst. 3,181 (Originálny text prameňa pozri v poznámke č. 28).

⁶⁰ D. 46,3,34,7: „*Si debitorem meum iussero pecuniam Titio dare donaturus ei, quamvis Titius ea mente acceperit, ut meos nummos faceret, nihilo minus debitor liberabitur: sed si postea Titius eandem pecuniam mihi dedisset, nummi mei fient*“.

⁶¹ Gai. Inst. 3,130: „*A persona in personam transscriptio fit, ueluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulerio, id est si Titius te pro se delegauerit mihi*“.

⁶² Gai. Inst. 3,133: „*Transscripticiis uero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodam modo iuris ciuilis est talis obligatio; quod Neruae placuit. Sabino autem et Cassio uisum est, si a re in personam fiat nomen transscripticium, etiam peregrinos obligari; si uero a persona in personam, non obligari*“.

⁶³ Gai. Inst. 4,63: „*Liberum est tamen iudici nullam omnino inuicem compensationis rationem*

sudcu ustanovený nebol, ale pri *actiones bonae fidei* sa prihliadnuť na možnosť kompenzácie javilo ako vhodné (*compensatio bonae fidei*). V dôsledku kompenzácie žalovaný musel plniť menej, resp. to, čo po kompenzácii zostalo.⁶⁴ Takéto započítanie mohol dlžník v osobitých prípadoch vymôcť u sudcu aj proti vôli veriteľa. Vývojom práva bola uznaná *compensatio necessaria* i pri záväzkoch *stricti iuris* vzniknutých z akéhokoľvek dôvodu a žalovaný sa musel obmedziť na rozdiel, pričom ak by tak nebol učinil, dlžník mal voči nemu *exceptio doli*. V justiniánskom práve platilo pravidlo: „*compensatio ipso iure fit*“⁶⁵, t.j. kompenzácia nastáva na základe práva, teda „sama od seba“.

Ako píše Gaius, do kompenzácie sa mohlo zahrnúť „iba to, čo je rovnakého druhu a tiež podstaty: kompenzujú sa napríklad peniaze s peniazmi, pšenica so pšenicom, víno s vínom.“⁶⁶ Niektorí právnici zašli až tak ďaleko, že kompenzovali víno s vínom len vtedy, pokiaľ išlo o nielen ich rovnakú podstatu, ale aj kvalitu.⁶⁷

Justiniánska kodifikácia stanovila podmienky kompenzácie nasledovne. Kompenzovať sa mohli len pohľadávky:

1. vzájomné, námietkou nevyvrátené, majúce aspoň taký účinok ako *naturalis obligatio*⁶⁸
2. a to na jednej strane pohľadávka, ktorá prináležala žalovanému, aj keď na základe postúpenia, alebo tiež ak bol žalovaný rukojemníkom voči

habere; nec enim aperte formulae uerbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conueniens uidetur, ideo officio eius contineri creditur“.

⁶⁴ Gai. Inst. 4,64: „*Alia causa est illius actionis, qua argentarius experitur. nam is cogitur cum compensatione agere, et ea compensatio uerbis formulae exprimitur, adeo quidem, ut statim ab initio compensatione facta minus intendat sibi dari oportere. ecce enim si sestertium X milia debeat Titio, atque ei XX debeantur, sic intendit: SI PARET TITIVM SIBI X MILIA DARE OPORTERE AMPLIVS QVAM IPSE TITIO DEBET“.*

⁶⁵ D. 16,2,10 pr.: „*(Ulpianus libro 63 ad Edictum) Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos ipso iure compensatione negligentiae facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid perceperit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso iure invicem liberationem“.*

⁶⁶ Gai. Inst. 4,66: „*Inter compensationem autem, quae argentario opponitur, et deductionem, quae obicitur bonorum emptori, illa differentia est, quod in compensationem hoc solum uocatur, quod eiusdem generis et naturae est; ueluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, uinum cum uino, adeo ut quibusdam placeat non omni modo uinum cum uino aut triticum cum tritico compensandum, sed ita si eiusdem naturae qualitatisque sit. in deductionem autem uocatur et quod non est eiusdem generis; itaque si pecuniam petat bonorum emptor et inuicem frumentum aut uinum is debeat, deducto quanti id erit, in reliquum experitur“.*

⁶⁷ Gai. Inst. 4,66 (Pôvodný text prameňa sa nachádza v poznámke č. 66).

⁶⁸ D. 16,2,6 pr.: „*Etiam quod natura debetur, venit in compensationem“.*

hlavnému dlžníkovi, prípadne tomu, kto bol ako spoludlžník hlavnému dlžníkovi zaviazaný z regresu, proti tomuto žalobcovi alebo zo staršieho právneho dôvodu proti jeho cedentovi,

3. aby predmet pohľadávky a vzájomnej pohľadávky boli toho istého druhu⁶⁹,
4. aby pohľadávka vzájomná bola splatná⁷⁰ v rovnakú dobu ako pôvodná pohľadávka.

Aj napriek tomu, že boli splnené všetky uvedené podmienky, neprichádzalo do úvahy kompenzovať pohľadávky z úschovy, pri žalobách proti bezprávnej okupácii, proti pohľadávkam fisku alebo obce na verejné dávky, proti pohľadávkam fisku na kúpnu cenu za predané veci, proti pohľadávkam obce z vypožičania a odkazov a tiež proti pohľadávkam na plnenie slúžiace vopred ustanovenému verejnému účelu.⁷¹

Až neskôr, vývojom práva bolo umožnené kompenzovať veci nerovnakej podstaty, pričom rozhodovala ich hodnota.⁷²

V justiniánskom práve bolo možné kompenzovať vzájomné pohľadávky aj na základe vôle zmluvných strán (*compensatio voluntaria*).⁷³

Uskutočnením kompenzácie sa zrušili obe vzájomné pohľadávky, pokiaľ sa prekryvali, a to so spätným účinkom, *ex tunc*, to jest od času, keď dosiahli spôsobilosť na započítanie. Od tohto času sa prestávajú počítat úroky, zaniká dlžníkovo omeškanie a pokuta. V prípade, ak dlžník mohol kompenzovať a namiesto toho zaplatil celý dlh omylom, posudzuje sa to ako *solutio indebiti*.⁷⁴

Od kompenzácie je nutné odlišiť retenčné právo, ktorým sa nezrušoval vzájomný nárok, ale odporca bol nepriamo donútený plniť záväzok tým, že dlžník nemusí plniť, pokiaľ on sám neplnil.⁷⁵

⁶⁹ Paul. 2,5,3 (Pauli libri quinque sententiarum).

⁷⁰ Gai. Inst. 4,67: „*Item uocatur in deductionem et id, quod in diem debetur; compensatur autem hoc solum, quod praesenti die debetur*“.

⁷¹ ARNDTS, C. L.: Učebná kniha pandekt. Odd. 2. Kniha 3. O záväzkoch. Praha (2010), s. 150.

⁷² Gai. Inst. 4,66 (Pôvodný text prameňa sa nachádza v poznámke č. 66).

⁷³ D. 12,6,30 pr.: „*Qui invicem creditor idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet conditionem veluti indebiti soluti, sed sui crediti petitionem*“.

⁷⁴ D. 16,2,10,1: „*Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto*“.

⁷⁵ VANČURA, J.: Úvod do studia soukromého práva římského. Díl II. Praha – Smíchov (1923), s. 287.

XII. Zánik obligácie z noxálnej žaloby

Závazky vznikali z rôznych dôvodov, štyrmi základnými sú kontrakty, kvázikontrakty, delikty a kvázidelikty. Na posledné dva sa treba zamerať práve vtedy, keď sa uvažuje o splnení záväzku z deliktu alebo kvázideliktu, ktorý spáchala osoba pod mocou *pater familias*, či už hovoríme o osobách v mancipiu alebo o osobách v *patria potestas*.

Ide o situácie, keď sa otrok, dcéra alebo syn pod otcovskou mocou dopustili krádeže, ulúpili vec, spôsobili škodu, alebo sa dopustili urážky. Na základe tohto konania podriadenej osoby vznikol záväzok, z ktorého bol zodpovedný *pater familias*. Ten bol povinný nahradiť hodnotu spornej veci, alebo „vydat“ otroka alebo páchatel'a.⁷⁶

Slovo vydat', t. j. *nox*, je chápané ako telo, ktoré spôsobilo škodu, t. j. otrok, syn a dcéra pod otcovskou mocou.⁷⁷

Noxálne žaloby boli stanovené už v čase Zákona XII. tabúl⁷⁸, neskôr v *Lex Aquilia* pri protiprávnom poškodení cudzej veci alebo prétorským ediktom pri urážke na cti alebo pri násilnom odňatí majetku.⁷⁹

Ako píše Gaius, noxálne žaloby sa riadili osobným stavom páchatel'a. To znamená, že pokiaľ otrok, či syn alebo dcéra pod otcovskou mocou sú v právomoci *pater familias*, žaloba bude namierená proti nemu tak dlho, kým budú pod jeho mocou. Len čo prejdú pod právomoc iného, žaloba bude namierená proti nemu.⁸⁰

⁷⁶ Inst. 4,8 pr.: „*Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint aut bona rapuerint aut damnum dederint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis aestimationem sufferre aut hominem noxae dedere*“.

⁷⁷ Inst. 4,8,1: „*Noxa autem est corpus quod nocuit, id est servus: noxia ipsum malefium, veluti furtum, damnum, rapina, iniuria*“.

⁷⁸ BĚLOVSKÝ, P.: Ručení osobní svobodou v římském právu obligačním a role Lex Poetilia. In: *Ius naturale – ius civile – ius gentium: miesto a úloha prirodzeného práva v prostredí rímskeho práva: zborník príspevkov zo 14. konferencie právnych romanistov Českej a Slovenskej republiky*. Bratislava (2013), s. 16.

⁷⁹ Gai. Inst. 4,76: „*Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, velut furti lege XII tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; edicto praetoris, velut iniuriarum et ui bonorum raptorum*“.

⁸⁰ Gai. Inst. 4,77: „*Omnes autem noxales actiones caput sequuntur. nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur. ex diuerso quoque directa actio noxalis esse incipit. nam si pater familias noxam commiserit et is se in adrogationem tibi dederit aut servus tuus esse coeperit, quod quibusdam casibus accidere primo commentario tradidimus, incipit tecum noxalis actio esse, quae ante directa fuit*“.

Osoba žalovaná noxálnou žalobou sa mohla oslobodiť spod žaloby vydaním páchatel'a poškodenému.⁸¹

Justinián oproti Gaiovi ustanovil ako páchatel'a len otroka, nie deti v *patria potestas*, keďže ako píše: „S novými životnými pomermi ľudí sa primerane utvorila mienka, že takáto tvrdosť sa má diferencovane odmietnuť a tak sa toto právo všade prestalo používať“.⁸² Podľa neho bol otec vydaním viac zaťažný ako syn, a pri dcére by vydanie vylúčilo ochranu mravnej čistoty, a preto deti pod otcovskou mocou mohli byť za Justiniána za svoje delikty žalované, t. j. právne zodpovedné.⁸³

XIII. Zánik obligácie v dôsledku nemožnosti plnenia

Záväzok zanikal v rímskom práve i v prípade, ak sa plnenie stalo nemožným. Dôvody nemožnosti plnenia boli rôzne. Okrem náhody,⁸⁴ t. j. bez viny dlžníka mohlo dôjsť k zániku predmetu záväzku,⁸⁵ ktorý samozrejme nespôsobil dlžník

⁸¹ Inst. 4,8,3: „*Dominus noxali iudicio servi sui nomine conventus servum actori noxae dedendo liberatur: nec minus perpetuum eius dominium a domino transfertur: si autem damnum ei cui deditus est resarcierit quaesita pecunia, auxilio praetoris, invito domino, manumittitur*“.

⁸² Inst. 4,8,7: „*Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit: quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pene per corpus filii pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum, ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri*“.

⁸³ Inst. 4,8,7: „*Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit: quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pene per corpus filii pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum, ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri*“.

⁸⁴ Napr. D. 13,6,3,3: „*Heres eius qui commodatum accepit pro ea parte qua heres est convenitur, nisi forte habeat facultatem totius rei restituendae nec faciat: tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc boni iudicis arbitrio conveniat*“.

⁸⁵ K tomu pozri napr.: D. 44,7,1,11: „*Item sub impossibili condicione factam stipulationem constat inutilem esse*“; D. 44,7,31 pr.: „*Non solum stipulationes impossibili condiconi applicatae nullius momenti sunt, sed etiam ceteri quoque contractus, veluti emptiones locationes, impossibili condicione interposita aequae nullius momenti sunt, quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur, quorum procul dubio in huiusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment adposita ea condicione, quam sciant esse impossibilem*“.

svojím konaním. Ak nastane nemožnosť plnenia pri dvojstrannej obligácii na jednej zo strán, samozrejme bez jej viny, druhá strana nemôže žiadať náhradu. Otázkou však zostáva, či ten, čo plniť bez svojej viny nemohol, môže si žiadať od druhej strany záväzkového vzťahu plnenie, ktoré mu prináleží, prípadne si ponechať, čo už plnené bolo. Pokiaľ sa plnenie stalo nemožným až neskôr, potom áno.

I napriek vyššie uvedenému však platí, že pokiaľ ide o vzájomné plnenie napr. z nájomnej zmluvy, kde dlžník má veriteľovi, ktorý poskytuje predmet nájmu, zaplatiť dohodnuté nájomné, zánikom predmetu nájmu zaniká dlžníkov povinnosť len odvtedy, odkedy predmet nájmu prestal existovať. Za využívanie predmetu nájmu prináleží veriteľovi dohodnuté nájomné za čas, keď predmet nájmu existoval a bol na základe *locatio conductio rei* dlžníkovi k nájmu poskytnutý.

Na predmet obligácie sa vzťahovala zásada: „*Impossibilium nulla est obligatio*“. Obligácia sa stala neplatnou, pokiaľ ju nebolo možné splniť, a to či už na základe faktických alebo právnych dôvodov. Rímske právo uznalo za nemožnú aj obligáciu, ktorú nebolo možné splniť na základe mravnosti – *contra bonos mores*.

Rímske justiniánske právo ďalej rozlišovalo nemožnosť plnenia obligácie už od jej začiatku ako tzv. absolútnu nemožnosť plnenia. Takáto nemožnosť bola objektívna, t.j. nezávisela od vôle či schopností dlžníka. Príkladom bol predaj neexistujúcej veci (mimo predaja slobodného za otroka či predaj *res extra commercium* kupujúcemu *bona fide*).⁸⁶

Pokiaľ vznikla nemožnosť tiež od začiatku, ale je relatívna, t. j. subjektívna, zapríčinená konaním dlžníka (napr. predaj cudzej veci), dlžník musel plniť *interesse*.⁸⁷

V prípade, ak je nemožnosť plnenia spôsobená neskôr, napr. predaná vec sa zničila alebo poškodila skôr, ako bola odovzdaná veriteľovi, v niektorých prípadoch obligácia zanikla, v iných nastala len zmena záväzkového vzťahu v jeho predmete, t.j. na strane dlžníka vznikla povinnosť nahradiť škodu, ktorá jeho konaním nastala. To, či došlo k zmene záväzkového vzťahu alebo k jeho zániku, záviselo od stupňa zavinenia dlžníka. V niektorých výnimočných prípadoch zodpovedal dlžník aj za náhodu.

⁸⁶ K tomu pozri napr. D. 18,1,8,1: „*Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur; veluti cum quasi alea emitur. Quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur*“.

⁸⁷ VANČURA, J.: Úvod do studia soukromého práva římského. Díl II. Praha – Smíchov (1923), s. 260.

XIV. Zánik obligácie v dôsledku smrti dlžníka alebo veriteľa

V rímskom práve všeobecne platila zásada, že smrť dlžník alebo veriteľa nespôsobila zánik záväzku. Smrťou jedného z nich prechádzali práva a povinnosti na právneho nástupcu dlžníka alebo veriteľa, no to len vtedy, pokiaľ plnenie zo záväzku malo osobnú povahu, keďže isté plnenia sú spojené iba s osobou dlžníka alebo veriteľa a musia v prípade ich smrti zaniknúť.⁸⁸ Ide napríklad o zhotovenie umeleckého diela, ktoré z povahy veci nie je možné vynucovať zo strany právnych nástupcov.

V prípade, ak dlžník nezanechal žiadnych dedičov, veriteľa mohli požadovať splnenie svojich dlhových z pozostalosti dlžníka, prípadne pozostalosť pripadla so všetkými pohľadávkami a dlhmi ako odúmrt' fisku.⁸⁹

Právnou smrťou, *capitis deminutio maxima*, zanikali záväzky podľa civilného práva. Zostávala však po nich v platnosti naturálna obligácia. Naturálna obligácia je vyjadrením koncepcie prirodzeného práva, resp. prirodzeného rozumu (*naturalis ratio*).⁹⁰

⁸⁸ VANČURA, J.: Úvod do studia soukromého práva římského. Díl II. Praha – Smíchov (1923), s. 290.

⁸⁹ ARNDTS, C. L.: Učební kniha pandekt. Odd. 2. Kniha 3. O závázkoch. Praha (2010), s. 171.

⁹⁰ Bližšie k problematike prirodzeného práva pozri: BLAHO, P.: Prirodzené právo – ius naturale (všeobecné úvahy). In: Ius naturale – ius civile – ius gentium: miesto a úloha prirodzeného práva v prostredí rímskeho práva: zborník príspevkov zo 14. konferencie právnych romanistov Českej a Slovenskej republiky. Bratislava (2013), s. 9-15; BRŤKO, R.: Teologicko-kresťanská koncepcia prirodzeného práva v justiniánskej kodifikácii. In: Ius naturale – ius civile – ius gentium: miesto a úloha prirodzeného práva v prostredí rímskeho práva: zborník príspevkov zo 14. konferencie právnych romanistov Českej a Slovenskej republiky. Bratislava (2013), s. 22-34; NEMEC, M.: Prirodzené právo a jeho odraz v rímskom právnom myslení. In: Ius naturale – ius civile – ius gentium: miesto a úloha prirodzeného práva v prostredí rímskeho práva: zborník príspevkov zo 14. konferencie právnych romanistov Českej a Slovenskej republiky. Bratislava (2013), s. 72-79; ČERBOVÁ, V.: Marcus Tullius Cicero a jeho poňatie prirodzeného práva v dokumentoch katolíckej cirkvi. In: Ius naturale – ius civile – ius gentium: miesto a úloha prirodzeného práva v prostredí rímskeho práva: zborník príspevkov zo 14. konferencie právnych romanistov Českej a Slovenskej republiky. Bratislava (2013), s. 39-46; SKŘEJPEK, M.: Vztah přirozeného a platného práva. In: Ius naturale – ius civile – ius gentium: miesto a úloha prirodzeného práva v prostredí rímskeho práva: zborník príspevkov zo 14. konferencie právnych romanistov Českej a Slovenskej republiky. Bratislava (2013), s. 119-132.

Záver

Pri zániku záväzkov je potrebné rozlišovať z koho vôle obligácia zanikla, t. j. či zanikla z vôle dlžníka alebo z vôle veriteľa, prípadne na základe rozhodnutia oboch. Z vôle dlžníka zanikala obligácia napr. solúciou alebo nemožnosťou plnenia. Z vôle veriteľa zas odpustením dlhu a akviliánskou solúciou. Z vôle oboch strán zanikal záväzkový vzťah nováciou, delegáciou, započítaním, splynutím a neformálnym dohovorom. Záväzkový vzťah v niektorých prípadoch zanikol aj smrťou niektorej zo zmluvných strán, či nemožnosťou plnenia, ktoré mohlo byť spôsobené ktoroukoľvek zo záväzkových strán.

Najčastejším spôsobom zániku záväzku vo vývoji rímskeho práva bola solúcia. Nemenej zaujímavé sú však aj ostatné spôsoby zániku záväzku, ktoré možno pre svoju osobitosť a skôr sekundárnu funkciu (v zmysle počtu ich využívania pri zániku záväzku) nie sú veľmi často témou vedeckých monografií alebo článkov. Tento článok pojednáva o ostatných spôsoboch zániku záväzku vo dvoch vývojových fázach rímskeho práva.

Summary

The most common ways of extinction of the obligation in the development of Roman law was *solutio*. Equally interesting, however, are also other ways of extinction of the obligations, which may be for its own individuality and rather secondary function (in terms of their use in the extinction of the obligation) are not very frequent topic of scientific monographs or articles. This article deals with other ways of extinction of the obligation in two developmental stages of Roman law.

Abuse of Rights – the Historic Perspective: Reception of Law or Reasonableness and Natural Law

Franciszek Longchamps de Bériér

Roman law is the history of the law, in which questions are constantly raised about our understanding of its values and the principles that guide it, as well as primarily the correctness and regularity of conduct in human communities. The study of Roman regulations, and their impact on European legal traditions, provides the grounds, as well as extensive material for independent thought about the subject of private law. It helps to deal with contemporary problems, creating a historical and dogmatic perspective, but without being bound by the wording of a currently applicable legal regulation. The wording is not the starting point, although it does frequently inspire academic research. And such wording is not of primary importance.

The question of the reception of law or of lack of its reception is a good opportunity to return to the issue of the abuse of rights.¹ The perception of such abuse in Roman law seems to cast an interesting light on the issue of reception as well as natural law and the nature of law. Nowadays reference is usually made to the abuse of substantive rights, although the concept of substantive rights in itself gives rise to a number of problems. I have tackled the issue about the experience of Roman law as follows: what does Roman private law say about the experiences that the nineteenth and twentieth century doctrine refers to as abuse of rights or – if someone prefers – substantive rights. For obvious reasons, the use of the term substantive rights does not actually help when studying the past. You could then say that there is a danger of anachronism. Anachronisms should be avoided wherever possible. However, in its contemporary structure, the abuse of substantive rights has developed as a tool for dealing with the conflicts of interests of various legal entities that arise in practice.² This proved to be necessary because the Polish legislator, i.e. the Polish Civil Code, abstractively specifies the area in which it is possible

¹ F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Nadużycie prawa w świetle rzymskiego prawa prywatnego*, 2 ed. amended and supplemented. Wrocław (2007), and now an edition in Italian: F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*. Giapicchelli (2012).

² M. PYZIAK-SZAFNICKA, *Prawo podmiotowe*, in: *System Prawa Prywatnego*, vol. 1, ed. M. Safjan, Warszawa (2007), p. 771.

to operate within the law – which is treated as a system – and therefore gives powers that serve to make laws real. Within the theory of the law, the notion of the abuse of rights is one of the trends for opening up legal institutions to criteria outside the legal system.³ And it is precisely these criteria, which are currently called criteria outside the system, to which reference is made when the question arises of the Roman legal experience. It is obviously possible to ask about this experience in various contexts.⁴

In its implementation, the Napoleonic Code – mainly in order to make rights as well as the certainty of the law absolute – did not provide for the ability to refer to abuse. This concept needed, therefore, to be developed in the judicature in France – obviously, the statement “needed to be” arises when looking at it from the perspective of the experience of Roman law. French case law from the 1870s, initiated by the ruling of the court of appeal in Colmar in 1855, provided a particular incentive for a discussion on the abuse of rights.⁵ In contemporary French doctrine, it is constantly emphasized that each case of an abuse of substantive rights needs to be reviewed separately. And since, nowadays, it is impossible to present a single concept of the abuse of substantive rights, which is common to all civil law relationships, the courts do not feel bound by any of the criteria indicated by the doctrine. In case law, they simply apply the principle of fairness – *l'équité*.⁶

Abuse of rights is usually related to their implementation, which is treated as taking steps which lie within the sphere of the ability to behave in the manner specified by that law.⁷ And at least two views of the concept of abuse of rights are proposed: namely the broad view and narrow view. According to the former, the judge would receive a standard authorizing him to make corrections to the binding provisions of the law in each case in which he considered the application of such provisions to be unfair or unjust. *Ius aequum* would operate here at the expense of *ius strictum*. However, in the narrow approach, only the behaviour is to be assessed and not the regulations or – more precisely – the consequences of their application. This only happens in the case of exercising rights; namely making use of one's rights. Therefore,

³ L. LESZCZYŃSKI, Nadużycie prawa – teoretycznoprawny kontekst aksjologii luzu decyzyjnego, in: Nadużycie prawa. Konferencja Wydziału Prawa i Administracji 1 marca 2002, ed. H. Izdebski and A. Stępkowski. Warszawa (2003), p. 27.

⁴ Cf. e.g. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, Rechtsmissbrauch in der Rechtsprechung polnischer Gerichte zum BGB, in: Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis, ed. W. Dajczak and H.-G. Knothe. Berlin (2005), pp. 265-9.

⁵ The Judgement of 02.06.1855, D.P. 1856. 2. 9.

⁶ M. PYZIAK-SZAFNICKA, op. cit., p. 775.

⁷ A. WOLTER/J. IGNATOWICZ/K. STEFANIUK, Prawo cywilne. Warszawa (2001), p. 147.

a correction is made in the event of the unlawful use of a right.⁸ In this context, it is clearly visible that the dispute between the external and internal theory of abuse of rights, which is so highly emphasized in Poland, is essentially academic. This is because the difference boils down to specifying the source of the illegality, hence this dispute does not appear so clearly in other countries. A lawyer, who uses the so-called internal theory to reconstruct the applicable legal standard, takes into account all the relevant provisions of the given act of law. He, therefore, also takes into account the prohibition to take advantage of the law, as expressed in Article 5 of the Polish Civil Code, which would be in conflict with the socio-economic purpose of the law and the rules of social coexistence. Proponents of the so-called external theory, first reconstruct what is “named” as a given person’s right based on the provisions of the Code, with the exception of Article 5 of the Polish Civil Code. Only then, by treating the provision containing the prohibition to act in conflict with the rules of social coexistence and the socio-economic purpose of the law – as the fundamental provision – do they treat it as the standard, which is addressed to persons “having a right.”⁹ However, the practical consequence of both methods of reasoning is the same: behaviour in conflict with the criteria set out in Article 5 of the Polish Civil Code is considered illegal.

Two allegations with regard to the internal theory appear to be particularly important. The first applies to making substantive rights contingent on the facts and variable assessments from the point of view of social coexistence and the socio-economic purpose of the law. The second is the doubt regarding actually equating action, which is outside the law, or which is illegal, with abuse of rights. This is because the difference between normal illegal behaviour and behaviour, the illegality of which arises from the abuse of rights, is clear and cannot be removed by recourse to the internal theory. The illegality of the conduct of an entity which is abusing substantive rights is transient and is unquestionably relative, and not permanent – at least until the acquisition of the rights – and absolute, i.e. independent of whether or not it strikes at anyone’s rights or breaches anyone’s interests.¹⁰

It is always possible to refer to the tradition of Roman law. The comment formulated by Gaius in the 2nd century AD, *male enim nostro iure uti non debemus* – “we should not wrongly benefit from our rights”¹¹ is today proudly displayed at the entrance to the building of the Supreme Court in Warsaw.

⁸ M. PYZIAK-SZAFNICKA, op. cit., pp. 782f.

⁹ S. WRONKOWSKA, *Analiza pojęcia prawa podmiotowego*. Poznań (1973), p. 88.

¹⁰ M. PYZIAK-SZAFNICKA, op. cit., pp. 789-90.

¹¹ Gai. Inst. 1,53.

The next comment, attributed to the 3rd-century jurist, Paulus: *non omne quod licet honestum est* – “not everything that is permitted, is honest”¹² – can be seen on another pillar of the Palace of Justice. Contemporary scholars also recall that the system of private law does not allow the exercise of substantive rights in breach of moral standards and the purpose of the law.¹³ The prohibition of abuse is addressed to entitlees, from whom the legislator does not remove such entitlement, even though they breach the rules of social coexistence or the socio-economic purpose of the law. The law giver qualifies the entitlees behaviour as illegal, even though they have exercised one of the rights to which they were entitled within the framework of the abstractively phrased content of a given substantive right.

Making reference to the abuse of the rights and therefore noticing the need to adjust how advantage is taken of one's rights in specific cases gives rise to theological analogy. Reflecting on the Revelation in an orderly manner leads to the formulation of various arguments or conclusions, the construction of dogmatic theories or even theological systems. However, their correctness is verified by their application and the practical consequences: the orthodox or unorthodox result. A community of believers keeps invariable truths of its faith as a deposit, which is proclaimed to successive generations in different ways. Theologians propose scholastic or modern structures to which they are more or less convinced. However, they all pass the simple Biblical test “by their fruit you will recognize them.”¹⁴ If it does not produce “good fruit”, this means it does not work. Obviously, the community assesses whether or not the fruit is good, but this is frequently plain to everyone. Likewise with the feeling of justice, that appears and constitutes the final justification for a correction of an abuse of rights. This also happens with the law and its structures with respect to social reality and with respect to people in general. Meanwhile, it is well known that certain philosophical and legal concepts are late, so to say, with respect to the development of the law, while others arise even before their time, without bringing any real effects.¹⁵ The abuse of rights was noticed before such structure arose in private law, and before talk of substantive rights began. After all, an acquired right does not need to be, *sensu stricto*, substantive, that is at least indicated by the research on abuse in the area of criminal proceedings.

¹² D. 50,17,144 pr. Paul.

¹³ M. PYZIAK-SZAFNICKA, op. cit., p. 791.

¹⁴ Mt 7,16.20.

¹⁵ T. GIARO, ‘Abusus iuris’ a nadużycie prawa, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego. Zeszyty Prawnicze 7.1 (2007), p. 286.

In the age of Codes and legal positivism, reference to experience has been made far more difficult by concentrating on the solutions adopted by the legislator. It therefore proved necessary to create the structure of the abuse of rights. Just like this structure, the institution of unjustified enrichment and offset (*compensatio*) were not known under Roman law. Fortunately, nobody claims that Roman law was unaware of cases of the social problems to which they apply and did not try to remedy them effectively. Therefore the question regarding universality remains current: also in the light of the difficulties with defining what a substantive right is and what is an abuse of rights; specifying the relationship between a substantive right and an entitlement and the question of experience in terms of “exercising one’s rights.” Essentially, it boils down to the question of the criteria for assessing use: not abstract and theoretical, but in specific cases. Hence, for example, the proposal to read Roman sources, which, by assumptions, do not have ideological assumptions,¹⁶ not in order to seek a reflection of one’s own ideas in them, but to understand the historical symptoms of the reaction. French literature willingly looks for examples of an effective reaction to the abuse of rights centuries before Colmar case law. It is also possible to deduce such a judgement from the previously emerging case law.¹⁷ However, it is not possible to escape from the question – although lawyers are rather reluctant to ask it, perhaps thinking they are not competent – about the sources of such social or legal reactions.

The basis of the proposed question regarding ancient experience includes starting from the typologically specified problem of the abuse of rights, in order to then examine how the Quirites solved this problem.¹⁸ Despite the lack of structure or even theory concerning the abuse of rights in ancient Rome, this applies to a real phenomenon, which can be specified typologically. Today, when dogmatics of civil law developed a structure and theory of abuse of rights, the considerations most frequently boil down to the specific types of cases reviewed by the courts. And it is they that decide with considerable freedom when, in practice, to consider that substantive rights have been abused.

It can be seen in both the activities of the courts and in the ancient reactions to certain methods of exercising personal rights that, in the first instance,

¹⁶ F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, ‘Summum ius summa iniuria’. Sulle premesse ideologiche nell’interpretazione delle fonti antiche, in: ‘Fides, humanitas, ius’. Studii in onore di Luigi Labruna, vol. 5, Napoli (2007), pp. 2919-32.

¹⁷ H. et L. MAZEAUD/J. MAZEAUD/F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, 9 ed. Paris (1998), vol. 2.1, pp. 477f.; A. GAMBARO, Abuse of rights in civil law tradition, *European Review of Private Law* 4 (1995), p. 565; see also U. MATTEL, *Comparative Law and Economics*. Michigan (1997), p. 36.

¹⁸ T. GIARO, *op. cit.*, p. 274.

the abuse of rights appears as a problem in the role of ethics in law. From a structural point of view, this is related primarily to exercising governing rights, although it can arise in various eras and various dogmatic contexts. In all certainty, the matter does not boil down to terminological issues as, for instance, the history of using the statement *abus de droit*, *Rechtsmissbrauch*, the abuse of substantive rights. We tried to pay attention to this in our textbook on Roman law. We decided to present Roman law by extending the “angle of vision by the so-called second life of Roman law in contemporary Europe, which also affects the presentation of its ancient history. Some legal historians reject such view as being an anachronistic measure of the past using a contemporary yardstick. In accordance with the purist directive to only use source terms, they fall into nominalism, which assumes that the criterion for the existence of a given institution is the use of its own name. Hence, the ideal rule of law would appear together with the name *Rechtsstaat*, and repression of the abuse of rights would appear together with the term *abus de droit* – in both cases as late as in the 19th century. Meanwhile, at the start of the development of the law, which, as a rule, took place through an unconscious practice, the name of the legal institution is frequently younger than the institution itself. It is sufficient to mention the phenomenon of silent law, preceding the articulated language, or many alleged discoveries of the modern theory of the law, involving the naming of phenomena which have been known for a long time. It is also erroneously assumed that the significance of Roman law to modern times arises from the continuity of its development to the present days, allegedly guaranteed by the formal reception of Roman law in contemporary Europe. However, wherever institutional continuity is interrupted, no references, renaissances and models or indirect inspirations are recognized.”¹⁹ The most recent international encyclopaedia of legal history is not afraid of including considerations from only Chinese law under the term of *rule of law*. Initially, the restriction made in the legal area in which not only traditionally, but also generally, nobody really expects the term of rule of law to be used, is surprising. It is all because of despotic emperors and their 20th-century successors. However, the authoress of the term initially gives the definition that the *rule of law* should be understood as a constellation of values and methods of proceeding based on the assumption that a healthy legal order subordinates the interests of the ruling elite to the law. She cites Aristotle, because she is aware that the rule of law is identified with the classical Greek definition and liberal institutions of countries from

¹⁹ W. DAJZAK/T. GIARO/F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*. Warszawa (2009), p. 36.

the West. Even so, there are no doubts that elements of the *rule of law* may also be noticed in traditional Chinese political culture. She starts her overview in the 4th century BC, tracing it up to the times of the last dynasty and the era of turbulent socio-political changes in China in the last century.²⁰

The procedural approach is highly typical of Roman law, so lawyers who are more aware immediately respond to the question of the abuse of rights in Roman law as: *exceptio doli*, which is rightly also called the allegation of an abuse of rights. However, this is not the only sign of Romans noticing an abuse of rights. It constitutes a response to someone filing a complaint, as a result of which – in a specific case – the praetor allowed for a correction. Unfortunately, there is insufficient room here to present other incidences of ancient responses to the abuse of rights, although this has been referred to more extensively elsewhere. However, we need to be guided towards the conclusions stemming from them.

As in ancient times, the abuse of rights is a noticeable social problem even in contemporary times, as a result of which a response from the legal order is expected. Roman experience tends to show the external theory route. Inevitably, internal theory is only possible in the legal system. However, in the age of decodification, it is not – at least in the enlightenment sense – every legal order which increases the significance of making reference to the experience of Roman law. And it is precisely in the context of the question about the abuse of rights that Roman law enables the trend to be noticed in man, which is more original than conviction and not necessarily rooted permanently in the individual or collective consciousness, while simultaneously being independent of any reception, acquisition or model of conduct. This trend usually appears in extreme cases. It manifests itself in specific reactions to wrongly exercising the rights granted by the law – wrongly more in the social than in the individual meaning. It most clearly manifests a sense of justice, which is part of human nature. A sign of natural law is visible here, because this trend in the method of perceiving reality proves to be a regularity which is, by nature, original with respect to human convictions – rather than just their derivative. Compared with ancient sources, this observation appears to be so important to the question of humanistic universality that the Roman example in this regard is very different from contemporary examples. In the case of the ancient examples mentioned, there is still no mention of the influence of Christianity. Questions of natural law should not necessarily be combined

²⁰ K. GOTTSCHANG TURNER, *S.V. rule of law*, The Oxford International Encyclopedia of Legal History, ed. S. Katz, vol. 5, Oxford University Press (2009), pp.164-6. Rec. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Forum prawnicze* 2 (2010), pp. 88-95.

with religious issues, but they should without doubt be combined with moral issues. And this does not contain any ideology. The Roman example is always interesting because the legal solutions used by the Quirites still appear as central pragmatic considerations. And so, Roman private law shows that the ethical element can play an important role and makes itself known in the practice of applying the law. The source of this is a trend which is noticeable in man. It constitutes not only one of many expressions of public awareness, but an important and interesting expression of public awareness arising from common sense, which shapes social relations and reaches as deep as the natural and original sense of justice. To conclude, even if there is no reception of law, it does not mean there are no historic arguments – particularly deriving from Roman law – that are interesting and instructive.

Žaloba druhého veriteľa na vydanie prebytku po záložnom predaji podľa rímskeho práva*

Peter Mach

Snažiac sa vnímať vnútornú logiku jednotlivých inštitútov zistujeme, že historický vývoj záložného práva ako zabezpečovacieho inštitútu započal ako zabezpečovací prevod vlastníckeho práva¹ – čiže úplnej právnej moci nad vecou – vo forme fidúcie, čo možno azda chápať ako síce oveľa miernejšiu a mladšiu formu, ale predsa vo svojej podstate obdobu inštitútu zvaného *nexum*, ktorý je zvyčajne vysvetľovaný buď ako vývojový predstupeň záväzku alebo už ako jeho primitívna forma. Premena právneho prostredia, v ktorom existovali len absolútne subjektívne práva, na modernejší systém široko reflektujúci aj zmluvné vzťahy medzi navzájom si rodinne a vlastnícky nepodriadenými osobami, so sebou priniesla aj vznik nových právnych foriem zabezpečenia. Ručný (*pignus*) a neskôr zmluvný záloh (*hypotheca*) boli nielen faktickým odovzdaním či prisľúbením dlžníkovej veci veriteľovi. Vznikal uznaný zmluvný vzťah veriteľa s dlžníkom, popri záväzku, ktorý ním bolo treba zaistiť. Takáto zmluva bola, prirodzene, žalovateľná.

Záložné právo sa však zásadne odlišilo od iných kontraktov tým, že z neho vyplývala pre záložného veriteľa okrem obligačného vzťahu k dlžníkovi ešte aj možnosť použiť žalobu proti osobe, s ktorou nebol v záväzkovom vzťahu, ale ktorá sa stala držiteľom zálohu. Vyvinula sa vecná žaloba² podľa prétorského práva. Z rekonštrukcie jej pravdepodobného znenia od Lenela budeme ďalej vychádzať:

*S. p. inter Am Am et L. Titium convenisse, ut ea res q. d. a. Ao Ao pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Am Am stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.*³

* Príspevok je výstupom z projektu APVV-0562-11.

¹ V staršom civilnom práve právne úkony vyvolávali právne účinky okamžite, na základe splnenia všetkých predpísaných predpokladov (obyčajne slávnostná forma), a to nepodmiene.

² Jej rozličné názvy: *actio Serviana*, *actio quasi Serviana*, *actio hypothecaria*, *vindicatio pignoris*, *actio pigneraticia in rem*.

³ LENEL, O.: *Das Edictum Perpetuum*. 3. Aufl., Leipzig (1927), s. 494 n.

Ak sa preukáže, že sa medzi Aulom Ageriom a Luciom Titiom dohodlo, že vec, o ktorú ide, má byť založená Aulovi Ageriovi kvôli dlhovaným peniazom a tá vec vtedy, keď to dohadovali, bola v majetku Lucia Titia a peňažný dlh nebol ani zaplatený, ani nebol (inak) uspokojený, ani nezávisí od Aula Ageria, že je zaplatené menej, ak nebude podľa posúdenia sudcu reštituovaná, akú bude mať vec hodnotu, na takú sumu odsúdi Numeria Negidia Aulovi Ageriovi, ak sa to nepreukáže, oslobodí ho.

Na úspešné použitie takejto žaloby, ktorá kvalitatívne definuje záložné právo, bolo potrebné dokázať tri prvky obsiahnuté v intencii – 1) záložná dohoda, čiže dohoda o založení veci; 2) vec bola v majetku záložcu; 3) existujúca zaistená pohľadávka. Všetky tri prvky sa museli v určitom okamihu spojiť, čiže vec musela byť v majetku záložcu vtedy, keď už existovala pohľadávka, ktorá mala byť zabezpečená a zároveň už existovala dohoda o založení veci.

Táto jednoduchá konštrukcia umožnila široké použitie žaloby, dokonca umožnilo uplatniť toto reálne zabezpečenie aj v prípade záväzkov, ktoré boli voči dlžníkovi z rôznych dôvodov právne alebo fakticky nežalovateľné.

V prípade, že záloh založený jednému veriteľovi je neskôr založený aj druhému veriteľovi, vzniká viacero dôležitých a zaujímavých otázok. Je vôbec možné, aby mali naraz záložné právo, ktoré je vecným právom k cudzej veci, dve osoby? A ak áno, aké majú možnosti právnej ochrany svojej pozície – môžu sa u aktuálneho držiteľa veci obaja veritelia efektívne domáhať vydania zálohu? Ako postupovať v prípade, že je založená vec u jedného z takto konkurenčných veriteľov a druhý sa domáha jej vydania, aby mohol vďaka jej speňaženiu napokon realizovať účel záložného práva? Veľkú väčšinu takýchto potenciálne konfliktných situácií vyriešilo rímske právo rozpracovaním koncepcie viacnásobného záložného práva s určením poradia veriteľov, a tým aj prednosti ich nárokov. Základná myšlienka tejto konštrukcie je dodnes známa ako *prior tempore potior iure*. Pravdou však je, že z rôznych právno-politických dôvodov sa uznala aj existencia tzv. privilegovaných záložných veriteľov, ktorí získavali ono silnejšie právo pred skoršími veriteľmi z iných dôvodov, než je skorší čas vzniku ich záložného práva.⁴

Tak či onak, je možné uznať, že ako nie výnimočné usporiadanie sa ujal model viacerých záložných práv s poradím veriteľov.

⁴ Takto boli chránení najmä poskytovatelia pôžičky určenej na záchranu alebo opravu zálohu (*versio in rem*), *fiscus* a neskôr manželka záložcu, pokiaľ išlo o povinnosť na vrátenie vena (až Justinian).

D. 20,1,15,2 (Gaius libro singulari de formula hypothecaria)

Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte lucio titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est: aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit? de quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit ut sit hypothecae? et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars? sed illud magis est, quod prius diximus.

Tí, ktorí už svoje veci založili a potom ich založia druhému veriteľovi, zvyknú, aby unikli nebezpečenstvu, aké zvyčajne znášajú tí, čo tie isté veci viackrát založili, vopred vyhlásiť, že vec nie je založená nikomu inému ako napríklad Luciovi Titiovi, a že sa dáva do zálohu len na to, čo prevyšuje, a že je ako ručný záloh či hypotéka to, čo je navyše alebo celok, ak sa oslobodí od prvého dlhu. V tom prípade treba skúmať, či to tak má byť, ak sa to aj (výslovne) dohodlo alebo ak sa len jednoducho dohodlo, aby to, čo prevyšuje tvorilo hypotéku? A je zrejmé, že sa do dohody zahrnula celá vec, ak sa oslobodí od prvého veriteľa alebo naďalej len časť? A lepšie je to, čo sme povedali prv.

Gaius popisuje, že druhý a neskorší veritelia mali založenú celú vec len podmienene, ak zaniklo záložné právo skoršieho veriteľa. Inak bol založený len prebytok (*superfluum, hyperocha*), teda to, čo z kúpnej ceny prevyšovalo hodnotu pohľadávky prvého veriteľa, ktorý jediný mal právo vec predať so všetkými príslušnými účinkami z pozície záložného veriteľa.

Záložný veriteľ mohol voči každému držiteľovi použiť po zániku záložného práva skoršieho veriteľa *actio Serviana* (vecnú žalobu) na dosiahnutie držby zálohu, lebo vedel preukázať všetky spomenuté prvky intencie. Takto to formuloval Gaiom spomínaný dlžník, aby sa vyhol prípadným obvineniam z podvodu,⁵ ale podľa Marciana⁶ sa aj takýto druhý veriteľ stával ihneď vecne oprávnený voči tretím, teda okrem prvého veriteľa. Táto časť Gaiovho fragmentu však nie je tým, na čo sa v príspevku sústredíme.

⁵ Najmä *crimen stellationatus* a súkromnoprávna *actio doli*. SCHANBACHER, D.: Die Konvaleszenz von Pfandrecht im klassischen römischen Recht. Berlin (1987), s. 43 n.

⁶ Marcianus D. 20,4,12,7: *Si simpliciter convenisset secundus creditor de hypotheca, ab omni possessore eam auferre poterit praeter priorem creditorem et qui ab eo emit.* „Ak sa druhý veriteľ jednoducho dohodol o hypotéke, každému držiteľovi ju môže odňať okrem prvého veriteľa a toho, kto od neho kúpil“.

Avšak založenie prebytku by nemuselo byť celkom nesporné. Čo to totiž vlastne bolo *superfluum*? Ekonomicky tento pojem môžeme chápať ako hodnotu zálohu prevyšujúcu hodnotu pohľadávky prvého veriteľa. Táto ideálna všeobecná trhová hodnota sa však konkretizuje v jednotlivom prípade a ide o peniaze, ktoré veriteľ speňažujúci záloh riadnym predajom získal od kupujúceho ako kúpnu cenu. A keďže ide o *emptio venditio*, ktorého stranami sú predávajúci (záložný veriteľ) a kupujúci, kúpna cena sa jej zaplatením stáva vlastníctvom predávajúceho; nepatrí záložcovi. Predávajúci veriteľ mal len povinnosť zaplatiť (vrátiť) záložnému dlžníkovi *superfluum* (časť z utrženej kúpnej ceny, ktorá je saldóm po započítaní zabezpečenej pohľadávky s príslušenstvom). Táto povinnosť vyplývala z kontraktu medzi záložcom a veriteľom, a bolo možné ju vynútiť pomocou *actio pigneraticia in personam directa*.

Superfluum teda nepatrilo do majetku dlžníka až do okamihu jeho vydania predávším veriteľom. Aký malo teda význam ono založenie prebytku z druhej časti Gaiovho fragmentu? Treba totiž uviesť, že platila zásada, že založené mohlo byť len to, čo bolo v potrebnom okamihu v majetku dlžníka. Druhý (neskorší) veriteľ teda nemal záložné právo k peniazom, kým boli u prvého veriteľa. Záložné právo k nim mu vzniklo až v okamihu splnenia záväzkovo-právnej povinnosti prvého veriteľa voči záložnému dlžníkovi. Od neho ich potom mohol žiadať buď osobnou (*actio pigneraticia in personam contraria*) alebo vecnou záložnou žalobou (*actio Serviana*). Okrem toho, samozrejme, prichádza do úvahy osobná žaloba korešpondujúca so zabezpečeným záväzkom. Keď sa však peniaze dostali do rúk dlžníka, veriteľovi hrozilo riziko, že inak insolventný (čo naznačuje už speňaženie zálohu) dlžník peniaze nepoužije na splnenie svojho druhého dluhu.⁷ Takýto dlžník napokon ani nemusel byť motivovaný žiadať peniaze od prvého veriteľa. Preto neskorší veritelia potrebovali právny prostriedok na vymoženie týchto peňazí priamo od predávajúceho.

Préterské právo umožňovalo istú pružnosť, preto mohol druhý záložný veriteľ žalovať predávajúceho veriteľa na vydanie príslušného prebytku, pomocou osobnej žaloby *actio Serviana utilis*.⁸ Akými právno-dogmatickými argumentmi sa však dá podložiť táto žaloba, keď títo dvaja veritelia medzi

⁷ Kreativita antických dlžníkov, pokiaľ ide skrývanie sa pred veriteľom alebo o ukrytie majetku sa zrejme veľmi nelíšila od tej dnešnej.

⁸ KASER, M.: Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und nachklassische Recht. 2. Aufl., München (1971), s. 467 n uvádza tento názov. BACHOFEN, J. J.: Das römische Pfandrecht. Basel (1847), s. 491 a SZPRINGER, I.: Pierwszeństwo zastawów w prawie rzymskim. Lublin (2006), s. 84 ju nazývajú *actio hypothecaria utilis*.

sebou nezaložili nijaký záväzok? Právo dlžníka na vydanie prebytku má charakter záväzku, vyplýva z kontraktu. Veriteľ mohol získať právo s pôsobnosťou *erga omnes* len za predpokladu, že záloh bol v majetku dlžníka. Dlžník síce nemal v majetku peniaze, ale peňažnú pohľadávku áno. A keďže rímske právo poznalo záložné právo aj k pohľadávke,⁹ táto pohľadávka dlžníka, reprezentovaná priamo žalobou z ručného zálohu, bola spôsobilá byť predmetom záložného práva. Špecifikom záložného práva k pohľadávke bolo prirodzene to, že ho bolo možné uplatniť len voči tej osobe, ktorá bola dlžníkom záložného dlžníka. A prvý záložný veriteľ bol voči záložnému dlžníkovi ohľadne *superfluum* predsa dlžníkom.¹⁰ Druhý záložný veriteľ teda inkasuje pohľadávku svojho záložného dlžníka voči prvému záložnému veriteľovi.¹¹ Táto žaloba vznikla skombinovaním dvoch žalôb – nie však dvoch osobných, ktoré by prichádzali do úvahy – ale vecnej (*actio Serviana*) a osobnej (*actio pignoratitia in personam directa*, táto je vlastne predmetom zálohu u druhého záložného veriteľa).

Pravidlo, že neskorší veritelia mali ohľadne peňazí tvoriacich prebytok len osobnú žalobu, konzekventne rešpektuje fakt, že záložný dlžník sa nestal samotným predajom ich vlastníkom, ale mal len právo na ich zaplatenie. A preto neskorší veritelia nezískali vecnú žalobu. Výhoda, ktorú malo prinášať záložné právo, uplatniteľné *erga omnes*, bola teda v prípade predaja zálohu prvým veriteľom redukovaná na osobnú zodpovednosť prvého veriteľa.¹²

Summary

Roman pledge law provided for the pledgee two types of action to enforce his pledge related rights. Personal contractual action against the pledgor (debtor) and real action against any possessor of pledge. Consecutive plurality of pledgees was constructed alternatively as a conditional pledge of the whole

⁹ Bližšie FECHT, W.-R. von der: Die Forderungspfändung im römischen Recht. Köln – Weimar – Wien (1999), 184 s.

¹⁰ Terminológia rímskych právnikov vytrvalo nazývala záložného veriteľa veriteľom aj v tých prípadoch, keď išlo o jeho záväzkovo-právne povinnosti voči záložnému dlžníkovi.

¹¹ Podobne DERNBURG, H.: Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Band 2, Leipzig (1864), s. 480; SZPRINGER, I.: Pierwszeństwo zastawów w prawie rzymskim. Lublin (2006), s. 31.

¹² Toto tvrdenie platí, ak sa peniaze nedostali k dlžníkovi. Ak však prvý veriteľ vydal *superfluum* dlžníkovi, tento sa stal vlastníkom peňazí a tie sa ihneď stali založenými už nie ako pohľadávka, ale ako vec. Tieto založené peniaze už mohol druhý veriteľ vindikovať *erga omnes*.

thing or as a pledge of the surplus money (*superfluum*) after the sale of the thing by first pledgee. The nature of subsequent creditor's action regarding the latter is questioned in this article. Real action was not applicable against the first creditor since the surplus was not a part of the debtor's estate until he accepts the money. Personal action is questionable for absence of any obligation or convention between two creditors. Dogmatic correct solution for this problem in the system of Roman law should be the concept of the pledge of obligation, utilizing the duty of first pledgee after the sale to refund surplus to the debtor. Therefore second creditor could use personal *actio utilis* against the vendor to acquire the surplus; this action was designed as a conjunction of *actio pignoratitia in personam directa* and *actio Serviana*.

Sekulárny štát a náboženská sloboda v sociológii a v právnej teórii*

Michaela Moravčíková

Náboženstvo vo verejnom priestore - Exkurz do vývoja vzťahov štátu a náboženstva -
Sekularizácia a laicita - Uholný kameň republikánskej zmluvy - Záver

Charakteristickým javom pre demokratické spoločnosti je akcentovanie ľudských a občianskych práv. Nemajú byť rešpektované iba z vonkajších dôvodov, na základe prijatých medzinárodných zmlúv alebo iných záväzkov voči subjektom medzinárodného verejného práva, ale mali by byť imanentnou súčasťou právneho poriadku. Medze týchto práv, stanovené normatívnymi aktmi vysokej právnej sily, zákonmi, ako aj úcta k ich nedotknuteľnosti patria k neodmysliteľným atribútom právneho štátu.¹

Kvalita vzťahu štátu voči náboženstvu a možnostiam jeho obyvateľov uplatňovať náboženskú slobodu a slobodu svedomia je jedným z rozhodujúcich faktorov na posúdenie úrovne demokracie a úrovne uplatňovania ľudských práv vo všeobecnosti. Verejná správa v oblasti náboženstva, cirkví a náboženských spoločností patrí k tým oblastiam práva, ktoré sú konštantne pod drobnohľadom ľudskoprávných organizácií, národných a medzinárodných orgánov ochrany práv. Zvláštnu senzitivitu voči problematike verejnej správy pre oblasť cirkví a náboženských spoločností je možné z historických príčin vnímať najmä v krajinách bývalého socialistického bloku, ale aj v krajinách, ktorých vznik a dejiny sú späté práve so slobodou náboženského vyznania, náboženskou pluralitou a proklamovanou separáciou náboženstva od štátu.

Veľkou témou je sekularita a laicita a uplatňovanie sekulárnych či laických princípov vo verejnej sfére. Laicita je jedným z hlavných faktorov demokracie. Väčšina krajín je multikultúrna či už v dôsledku historického vývoja alebo migrácie. V systémoch, ktoré sú založené na autonómii jednotlivca, spôsob, akým štát participuje na vytváraní politickej a spoločenskej reality, musí

* Tento príspevok bol vyhotovený v rámci projektu APVV-0024-12 „Verejná správa a ochrana základných práv a slobôd v právnej teórii a praxi“.

¹ HRDINA, A. I.: Náboženská svoboda v právu České republiky. Praha (2004), s. 43.

z tejto situácie vychádzať.² Laicita má byť jedným z princípov, ktoré majú zabezpečiť sociálnu súdržnosť a zmier.

Náboženstvo vo verejnom priestore

Ak je religiozita jednoznačným atribútom ľudstva, je tiež prítomná v úrovniach organizácie spoločnosti, vo vzťahoch, ktoré sa formujú medzi ľuďmi v kontexte najrôznejších skupín, do ktorých patria. Náboženstvo presahuje jednotlivca a ovplyvňuje široké sféry kolektivity v jej najrôznejších prejavoch, od jadrovej rodiny až k medzinárodnej komunite, a na tejto ceste prirodzene zahŕňa aj štát. Náboženstvo je tiež súčasťou sociability človeka, ktorá sa v medziľudských vzťahoch riadi aj kritériami náboženskej povahy. Od dôležitosti náboženstva v spoločnosti závisí potreba regulovania náboženstva zákonom, pretože práve zákony stanovujú pravidlá pre vzťahy medzi jednotlivcami a skupinami vo všetkých oblastiach spoločenského života. Ak náboženstvo nie je obmedzené do individuálneho rozmeru a je prítomné v kolektívnych prejavoch ľudskej spoločnosti, potom zákon, ktorého najvyšším cieľom je zabezpečiť spravodlivosť a bezpečnosť v medziľudských vzťahoch, musí vo vzťahu k náboženstvu zohrávať regulačnú úlohu. Na tento účel môže využívať sankcie a používať donucovaciu politickú silu, ktorú ma k dispozícii.³

Z hľadiska funkcionálneho ponímania náboženstva, ktoré akcentuje sociálnu úlohu, býva náboženstvo považované za antropologickú či kultúrnu konštantu. Neexistuje a zrejme nikdy ani neexistovala spoločnosť bez náboženstva. V tých spoločnostiach, kde význam a vplyv tradičných náboženstiev slabne, ich úlohy, alebo aspoň niektoré ich aspekty, preberajú iné inštitúcie a spoločenské prvky. Za všetky spomeňme napríklad médiá, ktoré sa stávajú arbitrami pravdy a vysvetľovateľmi diania vo svete.⁴ Zvláštnym fenoménom sú politické náboženstvá, vyjadrené predovšetkým totalitnými

² PROESCHEL, C.: Výhrada vo svedomí a sociálna súdržnosť. In: Moravčíková, M. (ed.): Výhrada vo svedomí/Conscientious Objection. Bratislava (2007), s. 144.

³ BACELAR GOUVEIA, J.: Náboženská svoboda a vláda práva v ústavním štáte: portugalská zkušenost. In: Náboženství a veřejná moc v zemích Evropské unie. Sborník textů z konference. Praha (2009), s. 162.

⁴ Západné kresťanstvo stratilo, v sociologickom zmysle, charakter náboženstva ako integračnej sily celej spoločnosti, jej spoločného jazyka. Práve médiá v súčasnosti plnia hlavné aspekty tejto spoločenskej sily, ktorá integruje, ovplyvňuje štýl myslenia a života ľudí, ponúka zdieľané symboly a narácie, vytvára sieť medzi ľuďmi a predovšetkým vysvetľuje svet. HALÍK, T.: Vzdáleným nablízku. Vášňa a trpéivosť v setkání víry s nevírou. Praha (2007), s. 180-181.

režimami, ale aj iné funkcionálne alternatívy náboženstva, ku ktorým možno zaradiť aj šport a populárnu hudbu, najmä v konotáciách fanúšikov a ich rituálov uctievania a podpory. Špecifickým je jav, ktorý sociológ Robert Bellah⁵ a ďalší teoretici nazývajú „Civil Religion“ – „občianske náboženstvo“. Predmetom štúdia je často francúzska verzia tohto fenoménu, ktorou sa jakobíni v období Francúzskej revolúcie usilovali nahradiť katolícku obradu, alebo americká verzia predstavujúca súbor ideí a symbolov, ktorého úlohou je utvrdiť v Američanoch vedomie o mimoriadnom poslaní Spojených štátov a dodať ich lojalite k vlasti charakter posvätného zväzku. Vystávali tiež otázky o tom, či sa po vlne nových náboženských hnutí nestane idea nového svetového poriadku akýmsi novým náboženstvom. Táto skutočnosť podčiarkuje paradox západného chápania medzinárodného poriadku, ktorý nie je nijako nábožensky legitimovaný a snaží sa udržať verejný priestor chránený pred vplyvom akéhokoľvek náboženstva, vyžadujúc pritom takú mieru oddanosti, že sa táto laicita stáva „posvätnou“ a tým je provokujúcou výzvou pre tradičné náboženstvá, ktoré takéto chápanie politiky vnímajú ako idolatriu.⁶ Nepochybne je charakter laicity jednou z ťažiskových tém v súčasnej diskusii o právnom rámci upravujúcom vzťah štátu a náboženstva.

Exkurz do vývoja vzťahov štátu a náboženstva

V rámci tohto exkurzu nemôžeme vynechať priznanie sa k eurocentrickému prístupu reflektujúcemu predovšetkým judeokresťanskú tradíciu, i keď toto nemôže prirodzene znamenať, že iné kultúrne okruhy a náboženstvá môžu zostať opomenuté.⁷ Je evidentné, že náboženstvo zohrávalo spoločne s ďalšími určujúcimi prvkami štátu ústrednú úlohu pri jeho vzniku, napríklad pri teokratických monarchiách v Mezopotámii, Egypte alebo Izraeli.⁸

⁵ BELLAH, R. N.: *The Broken Covenant: American Civil Religion in Time of Trial*. Chicago (1992), 222 s.

⁶ HALÍK, T.: *Náboženství ve vztahu k občanské společnosti a k pravdě*. In: Hanuš, J./Vybíral, J. (eds.): *Náboženství v globální občanské společnosti*. Brno (2008), s. 103.

⁷ Por. napr. VAVROUŠKOVÁ, S. (ed.): *Náboženství a společnost v jižní a jihovýchodní Asii. Tradice a současnost*. Praha (2005), 355 s.; SLOBODNÍK, M./KOVÁCS, A. (eds.): *Politická moc versus náboženská autorita v Ázii*. Bratislava (2006), 303 s.; SLOBODNÍK, M./PIRICKÝ, G. (ed.): *Fascinácia a (ne)poznanie: Kultúrne strety Západu a Východu*. Bratislava (2003), 199 s. KANGSHENG, D./XINYING, Z./PYE, M. (eds.): *Religion and Modernization in China*. Cambridge (1995), 346 s.

⁸ POJ. ANTALÍK, D./ŠTARÝ, J./VÍTEK, T. (eds.): *Zákon a právo v archaických kulturách*. Praha (2010), 346 s.

V gréckom a rímskom štáte s ich vyznávaným polyteizmom boli dominantné teokratické koncepcie, ktoré sa v prípade Ríma vyvinuli do zbožštenia cisára.⁹ S postupom času do stredoveku a s prevalenciou kresťanského náboženstva v Európe si politická a náboženská moc postupne vybudovali vlastné štruktúry, v dôsledku čoho sa začali postupne odlišovať. Táto skutočnosť však nebránila ich vzájomnému vplyvu a zasahovaniu na základe dvoch modelov, ktoré po sebe nasledovali v dôsledku niekoľkých historických a politických faktorov. Išlo o byzantský césaropapizmus vo Východorímskej ríši s nadvládou cisára nad kresťanským náboženstvom, ktorý bol nasledovníkom césaropapizmu Západorímskej ríše v jej poslednej fáze, keď sa z kresťanstva ako tolerovanej viery stalo oficiálne a regulované náboženstvo ríše. V druhej fáze išlo o stredovekú hierokraciu, keď bez ohľadu na požiadavky teórie dvoch mečov, svetskej a duchovnej moci, vo vzťahu medzi štátom a náboženstvom, nakoniec prevažuje stanovisko duchovnej moci.

V novoveku, ktorý sa zrodil zásluhou renesancie a veľkých objavov, a v ktorom bolo vynaložené mimoriadne úsilie na znovuobjavenie klasického humanizmu, dochádza k náboženskému rozdeleniu starého kontinentu. Štát má svoje štátne náboženstvo, ktoré mu dláži cestu k vytváraniu zákonov náboženskej povahy. Zároveň však v Európe dochádza k upevneniu suverénnej moci štátu, ktoré vedie k absolútnej kráľovskej moci, keď kresťanské náboženské viery budú zohrávať dôležitú úlohu ako politický prvok v novej koncepcii štátnej moci.

Základy sekularizmu a laickosti vznikajú v modernej dobe, keď dochádza k odluke štátu a cirkvi, zákona, štátu a náboženstva, pričom tento proces nenesie znaky linearity, ale zaznamenávame v jeho rámci niekoľko odlišných skúseností vo forme francúzskeho, severoamerického a sovietskeho sekularizmu. V prvom prípade štát zaujíma voči náboženstvu nepriateľský postoj s cieľom čo najväčšími ho potlačiť, čo sa demonštruje najmä v zápase s väčšinovým katolicizmom. V druhom prípade ide o akceptáciu náboženstiev vo verejnom priestore a o spoluprácu s náboženstvami v prostredí náboženského pluralizmu. V treťom prípade ide o prenasledovanie náboženstva ako spojenca buržoázie, ópia ľudstva a prekážky na ceste ku komunistickej spoločnosti.¹⁰ Ak tretia skúsenosť zostáva aktuálnou v rozličnej miere predovšetkým v Číne, Vietname, Laose, Kórejskej ľudovodemokratickej republike a na

⁹ POJ. NEMEC, M.: Štát, cirkev a právo v Rímskej ríši v prvých štyroch storočiach po Kristovi. Bratislava (2005), 87 s.

¹⁰ BACELAR GOUVEIA, J.: Náboženská svoboda a vláda práva v ústavných štátoch: portugalská zkušenosť. In: Náboženství a veřejná moc v zemích Evropské unie. Sborník textů z konference. Praha (2009), s. 163.

Kube, severoamerická a francúzska skúsenosť sú konštitutívnymi prvkami súčasného diskurzu o vzťahoch štátu a náboženstva a prítomnosti náboženstva a jeho symbolov vo verejnej sfére.

Sekularizácia a laicita

Bryan R. Wilson charakterizuje sekularizáciu ako ústup náboženstva z verejnej sféry, respektíve proces, pri ktorom náboženské myslenie, náboženská prax a náboženské inštitúcie strácajú spoločenský význam.¹¹ V užšom zmysle ide o vyjadrenie vzťahu medzi štátnou autoritou a cirkvami alebo akoukoľvek inštitucionalizovanou vierou.¹² V širšom význame je sekularizácia obrátením sa k „*saeculum*”, čiže k tomu, čo je svetské, profánne. Ako historický jav má viacero svojich „hybných” momentov, od Francúzskej revolúcie cez II. vatikánsky koncil, až po súčasnosť, keď jeho vývoj poháňajú najmä nové diskusie o náboženských symboloch, charaktere verejnej školy a slávení sviatkov. Treba preto pod týmto pojmom vnímať aj odlišné významové kategórie. Sekularizáciu, ponímanú ako pohyb „*ad saeculum*” a sekularizáciu, ponímanú ako pohyb „*per saeculum*”. Sekularizáciu možno vnímať ako reakciu na sakralizáciu, exklúziu sekulárnych skutočností z ich reality do nadpozemskej dimenzie, resp. pokus vnútiť nadprirodzené kategórie zákonitostiam hmotného sveta. Ide o filozofický, resp. kozmologický náboženský fundamentalizmus, ktorý bol symptómom majoritného postavenia christianizácie Európy a aj iných kontinentov. Termín *sacrum* často nahrádzal pojem neznámo. Reakcia na neúnosnosť takejto koexistencie medzi *sacrum* a *profanum* sa teoreticky i prakticky vykryštalizovala ako reakcia očisťovacia, v zmysle pomyselného hesla „svetské-svetu” alebo – ako reakcia „z extrému do extrému”, čiže ako odvrhnutie čohokoľvek, čo má hoci len „nádych“ posvätna, a ponorenie sa do sveta.¹³ Vo všeobecnosti možno konštatovať, že je ústupom náboženstva z verejnej sféry a spoločenského života v súvislosti so sociálnou diferenciacou, urbanizáciou, industrializáciou a novými spôsobmi komunikácie.

Laicita vyjadruje oddelenie občianskej spoločnosti od spoločnosti náboženskej vnútri štátu a vyjadruje aj charakter jeho inštitúcií, ktoré rešpektujú

¹¹ WILSON, B. R.: Religion in Secular Society. London (1966), 252 s.

¹² PETRUSEK, M.: Společnosti pozdní doby. Praha (2007), s. 35.

¹³ KOŠČ, S.: Sekularizácia. In RAN [online], 2 (2004). [cit. 2013-10-31]. Dostupné na internete http://www.uski.sk/frames_files/ran/2004/ran-2004-2-11.pdf. MARKUS, R. A.: Christianity and the Secular. Indiana (2006), s. 91.

tento princíp. Laicita v jej radikálnom vyjadrení, negatívna alebo zatvorená laicita, vytláča náboženskú vieru do privátnej sféry jednotlivca. Náboženské presvedčenie jednotlivca alebo jeho absenciu štátna administratíva dobrovoľne ignoruje. Vo vzdelávacej oblasti vylučuje v zmysle vierouky náboženskú výchovu. Vyučovanie náboženstiev s ňou nie je nekompatibilné, pokiaľ ide iba o opis zvykov a obyčají, a ak sa každé náboženstvo opisuje z vonkajšieho uhla pohľadu, teda ak ide iba o deskripciu de facto náboženskej kultúry abstrahovanej od dogmy, pričom je nevyhnutný rovnaký prístup ku všetkým náboženstvám. Negatívna či zatvorená alebo radikálna laicita však nie je jediným vyjadrením tohto princípu.

Pojem laicita sa po prvýkrát objavuje v roku 1871 vo Francúzsku ako derivát prídavného mena „laïc“, ktoré znamená „nepri náležiaci ku kleru ani náboženskej reholi“, alebo „prináležiaci k profánnemu svetu alebo občianskemu životu“. Neskôr pojem „laïcité“ získava súčasný význam, ktorý sa formuje počas, vo Francúzsku zvlášť živých, diskusií o mieste náboženstva, najmä katolíckeho v školskom vzdelávaní začiatkom 20. storočia. Laicita sa stala politickou ideou, ktorej ideálom je úplná absencia ingerencie náboženstva do mocenskej sféry. Zákon nezískava legitimitu vďaka konformite s náboženskými predpismi, hoci niektoré články zákona možno zosúladiť s náboženskými predpismi. Občan sa posudzuje nezávisle od svojho náboženského presvedčenia a výkon politickej moci sa nepodmieňuje rešpektovaním náboženských predpisov alebo príslušnosťou k náboženskej skupine.¹⁴

Francúzska laïcité je spojená so striktnou neutralitou náboženských prejavov vo verejnom priestore, ktorá má významný medzník v legislatívnom akte separácie cirkvi a štátu. Svoj pôvod má v dlhej a konfliktnnej histórii, vo vojne dvoch vízií Francúzska, keď v 19. storočí stáli proti sebe predstava Francúzska ako staršej dcéry katolíckej cirkvi oproti predstave moderného Francúzska ako dcéry revolúcie z roku 1789. V tomto procese laicizácie možno vnímať rozlišovanie náboženstva človeka a náboženstva občana ako o tom v diele O spoločenskej zmluve píše J. J. Rousseau. Ďalšími medzníkmi sú Deklarácia ľudských a občianskych práv, proklamácia slobody obradov, laicizácia matrík a zavedenie civilného sobáša. Napoleonský režim konkordátu stabilizoval proces laicizácie v stave uvoľnenia vzťahov štátu a cirkvi. Nasledovalo formálne zrovnoprávnenie vierovyznaní včítane stavu „bez vyznania“ a ich odluka od štátu.

¹⁴ JOZEFČIAKOVÁ, S.: O laïcité sa nemožno jednať – zákon o ostentatívnych náboženských symboloch. In: Moravčíková, M./Valová, E. (eds.): Ročenka Ústavu vzťahov štátu a cirkvi. Bratislava (2004), s. 209-225.

Najvýznamnejším symbolom a nástrojom procesu laicizácie je nepochybne zákon o oddelení cirkvi a štátu z 9. decembra 1905,¹⁵ ktorý predstavuje koniec existencie „uznaných kultov“. Francúzska republika ním zabezpečuje slobodu svedomia, slobodný výkon vierovyznaní, ale pritom neuznáva a nefinancuje žiadne náboženstvo, okrem výdavkov spojených s almužníctvom. Od nadobudnutia účinnosti tohto zákona si cirkvi musia hrať svoje potreby samostatne. Zaujímavosťou však je, že nehnuteľnosti spojené s výkonom kultu, ktoré patria štátu, francúzskym departmentom alebo obciam, sa cirkvám dávajú zdarma k dispozícii, a je možné z verejných prostriedkov vykonávať ich opravy. Zákon postupne ruší status duchovných platených štátom. Článok 28 do budúcnosti zakazuje náboženské symboly na kultúrnych pamiatkach alebo verejných miestach, či už to budú, s výnimkou kultových budov, miesta posledného odpočinku na cintorínoch, náhrobky, múzea alebo expozície.

Zásadnou otázkou bola, a je aj v súčasnosti, v diskusiách o náboženstve vo verejnej sfére, povaha samotného štátu a školský systém. Spor o školský systém vyvrcholil vo Ferryho zákonoch, ktoré vytvorili systém základného školstva, povinného a laického, v ktorom učitelia získali sekulárny status, nezávislý od miestneho kléru. Závažnejšou bola otázka laickej morálky, ktorá nemala byť napojená na nijaký náboženský systém. Náboženstvo bolo systematicky vylučované z verejného vzdelávacieho systému. V kontexte hľadania odpovedí na otázky laickej morálky sa kľúčovým elementom stala Durkheimova koncepcia kolektívneho vedomia. Absencia náboženstva vyvolala zdôrazňovanie filozofie v školských kurikulumoch. Vytvorenie školského systému na princípe laicity sa uskutočnilo desaťročia pred vznikom legislatívy uskutočňujúcej separáciu cirkvi od štátu. Nepochybne aj súčasné diskusie o charaktere vyučovania z hľadiska náboženstiev a ich hodnôt, možno vnímať v širších konotáciách školstva ako jednej z najdôležitejších oblastí života v štáte.¹⁶

Katolícka cirkev vo Francúzsku v predrevolučnom období legitimovala režim a bola ním legitimovaná. Nijaké menšinové náboženstvo nemalo podobné postavenie, hoci súčasťou katolíckeho Francúzska boli po stáročia židovské komunity a protestanti. Kľúčovými boli aktivity minorít, najmä protestantskej, aj pri zmenách školského systému, ktorý sa napokon etabloval v 80. rokoch 19. storočia. Všetci traja poradcovia¹⁷ ministra Jullesa Ferryho

¹⁵ Zákon z 9. 12. 1905 o oddelení cirkvi a štátu, uverejnený v úradnom vestníku Francúzskej republiky (JORF) 11. 12. 1905.

¹⁶ Por. DAVIS, D./MIROSHNIKOVA, E. (eds.): Routledge International Handbook of Religious Education. London (2012), 448 s.

¹⁷ Ferdinand Buisson, Jules Steeg a Félix Pécaut.

boli protestanti a stali sa mediátormi medzi dvoma nepriateľskými tábormi, katolíckou cirkvou a antiklerikálmi. Vytvorenie laického systému školstva nevedlo automaticky k odluke, ale kľúčová úloha štátu v rozvoji školského systému vyvolala širšie otázky o jeho vlastnej závislosti či nezávislosti od náboženského vplyvu.

Účinnosťou zákona o oddelení cirkvi a štátu z roku 1905 sa napokon náboženstvo stalo striktno privátnou záležitosťou. Laickosť našla svoje legislatívne pokračovanie aj v ústavnej forme. Ústava Francúzskej republiky vo svojom prvom článku vymedzuje Francúzsko ako republiku nedeliteľnú, laickú, demokratickú a sociálnu.¹⁸ Zároveň sa Francúzsko legislatívne vymedzuje ako republika, ktorá ani neuznáva ani finančne nepodporuje žiadne náboženstvo, a ktorá svojim občanom zaručuje slobodu vyznania a praktizovania náboženstva, nie však vo verejnom priestore.¹⁹ Zavedenie striktnej neutrality vo verejnej sfére a principiálny dôraz na privatizáciu náboženských prejavov má výrazný vplyv na verejný život. Verejné funkcie náboženstva sú systematicky nahradzované štátom, najmä školou a radnicou a všetky štátne manifestácie sú striktno nenáboženské. Zákon z roku 1905 o odluke cirkvi a štátu umožnil zmierenie dlhého konfliktu dvoch ponímaní charakteru krajiny, ako sme uviedli vyššie, a vybudovanie „laického paktu“, čo však neznamená storočie sociálneho zmieru, ale ďalšie nespočetné diskusie a spory s nepredvídateľným priebehom, tvrdí jeden z najvýznamnejších teoretikov francúzskej laicity Jean Baubérot.²⁰ Laicita sa stáva kolektívnou pamäťou, berie na seba funkciu náboženstva. Samotná povaha a prejavy laicity ako protisystému sa vlastne stali cirkevnými vo svojich dogmách a inštitucionálnych charakteristikách. Zároveň s prvými laicizačnými opatreniami revolúcie vzniká občianske náboženstvo so svojim republikánskym kalendárom a jeho sviatkami, mučeníkmi, so svojim

¹⁸ „*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale.*“ Ku konštitučne laickým štátom okrem Francúzska patria napríklad aj Portugalsko (čl. 41, ods. 4 ústavy z roku 1976), Mexiko (čl. 3 ústavy z roku 1917) či Turecko (čl. 2 ústavy zavádza „laiklik“, pojem vyjadrujúci laicitu). V Spojených štátoch prvý dodatok k ústave obsahuje podobnú koncepciu, hoci termín „laicity“ nie je používaný v ústave alebo inde. Tento dodatok obsahuje ustanovenia, ktoré zakazujú zásahy vlády, na federálnej či štátnej úrovni, do slobodného výkonu náboženstva a zakazujú aj vládne ustanovovanie či potvrdenie náboženstva. Komplexná aplikácia klauzuly zákazu ingerencie do slobodného výkonu náboženstva klauzuly o neposkytovaní uznania náboženstvám sú považované za oddelenie cirkvi a štátu.

¹⁹ KVASNIČKOVÁ, A.: „Laicity“ ako moderné náboženstvo. In: Veličová, S. (ed.): *Moderné náboženstvo 2/Modern Religion 2*. Bratislava (2006), s. 44.

²⁰ BAUBÉROT, J.: *Laicity, 1905 – 2005, entre passion et raison*. Paris (2004), s. 280.

panteónom, zbožšťovanou slobodou a rozumom, s vlastnou hagiografiou, liturgiou a mýtmi. Laické vybuďovala vlastné oltáre a chrámy, znásobila svoje symboly, mená ulíc a učebnice, aby vybuďovala permanentné vzdelávacie predstavenie.²¹

Laické a jej inštitucionalizácia je aj dnes konfrontovaná časom, novými podmienkami a výzvami, novou religiózno-demografickou situáciou, ovplyvnenou najmä charakterom migrácie. Súčasne vnímame aj vnútorné paradoxy a konfrontácie. Na jednej strane je laické vnímaná ako pilier kolektívnej pamäti a na druhej ako cesta, ktorá nikdy nevedla k celospoločenskému konsenzu, ale len ku krehkej rovnováhe. Ak katolíci dlho odmietali akceptovať zákon o odluke, v súčasnosti je práve katolícka hierarchia proti akejkoľvek revízii zákona. Naproti tomu, ak protestantský, socialistický poslanec, „dreyfusovec“ a predseda Ligy ľudských práv, F. de Pressensé, bol jedným z kľúčových aktérov pri vzniku zákona z roku 1905, v súčasnosti sú to protestanti, ktorí prišli s myšlienkou jeho revízie v zmysle umožnenia financovania bohoslužobných priestorov štátom. Najvýznamnejším symbolom paradoxov uplatňovania princípov laické bol nepochybne pohreb François Mitteranda v roku 1996, sprevádzaný liturgiou v rodnom dome agnostického lídra socialistickej strany Francúzska a bývalého prezidenta a následné verejné rekviem v Katedrále Notre Dame v Paríži. Ak je štátny katolícky pohreb bývalého prezidenta špecifikom, moslimská komunita a jej požiadavky smerujúce k prejavom náboženstva navonok a vo verejnej sfére sa stávajú pravidlom. Moslimská komunita sa stala najvýznamnejšou religióznou minoritou Francúzska.²² Požiadavka inštitucionálneho zakotvenia moslimských komunít a ich náboženského života vo verejnej sfére je stále aktuálnejšia, či už ide o náboženské symboly, vyučovanie, bohoslužby alebo uplatňovanie vlastného práva.

Možno konštatovať, že v súčasnosti sa v domovine laicity stretávajú jej dve reflexie. Prvú Jean Bauberot nazýva inkluzívnou, a tá trvá na nemennej interpretácii laické s antináboženskou konotáciou. Druhá je flexibilná a predstavuje pokračujúce úsilie redefinovať princíp laické z hľadiska meniacej sa povahy spoločnosti, čo znamená aj rešpektovať rastúcu diverzitu náboženstiev a kultúr, ktoré sú v spoločnosti prítomné.²³ Britská sociologička

²¹ NORA, P.: *Lieux de mémoire*. I. La République. Paris (1984), s. 651.

²² Podľa výskumu z roku 2007, 4 % obyvateľov sa prihlásilo k islamu a 3 % k protestantskému náboženstvu, France is no longer Catholic, survey shows. [online], 2007, [cit. 2013-10-31]. Dostupné na internete <<http://www.catholicculture.org/news/features/index.cfm?recnum=48547>>.

²³ BAUBÉROT, J.: *Laïcité, 1905 – 2005, entre passion et raison*. Paris (2004), s. 280.

náboženstva Grace Davie zaujímavu kladie do vzájomnej závislosti existenciu rozvinutej verzie laicite a dominantnej cirkvi alebo náboženstva. S ústupom vplyvu dominantnej cirkvi, resp. náboženstva vo verejnom živote vidí rovnakú perspektívu aj pre samotnú laicitu.²⁴ Zdá sa teda, že koncept laicity v sebe nesie a napokon už v istej miere aj manifestuje charakter funkcionálnej alternatívy náboženstva.

Uholný kameň republikánskej zmluvy

História vzniku a uplatňovania princípov laicity je, ako sme opísali, spojená so školstvom. Škola je vždy nositeľom kolektívnej pamäti, tradícií, je miestom sociability. V jej najnovšej histórii sa upriamuje pozornosť na kauzy súvisiace s nosením moslimských šatiek a neskôr aj kauzy krucifixov vo verejných školách²⁵, ktoré významne posunuli dejiny laicity. Diskusiu o náboženských symboloch odštartovalo zverejnenie prípadov moslimských žiačok, ktoré si odmietli sňať hidžáb počas vyučovania. Časť verejnosti to považovala za akceleráciu náboženského fundamentalizmu a útok na jeden z pilierov Francúzskej republiky, laickú školu. Napokon bol 17. marca 2004 publikovaný zákon č. 2004-228 z 15. marca 2004,²⁶ upravujúci začlenením princípu laicity nosenie symbolov a odevov, ktoré demonštrujú náboženskú príslušnosť v základných a nižších a vyšších stredných školách.

Krajina s tradíciou centralizmu sa teda rozhodla prijať právnu normu, ktorá uľahčí prijímanie rozhodnutí v praxi a zbaví tejto často nevďačnej úlohy riaditeľov školských zariadení. Posúdiť, či bol tento krok správny, bude možné až s primeraným odstupom času.

Vzniku zákona predchádzala reflexia sociálnej situácie. Živú diskusiu o náboženských symboloch odštartovalo zverejnenie prípadov moslimských žiačok, ktoré si odmietli počas vyučovania zložiť tradičné šatky. Minister školstva Ferry sa v parlamente vyjadril, že žiaci verejných škôl budú musieť rešpektovať osnovy a nebudú môcť z náboženských dôvodov vynechávať určité hodiny, čím reagoval na absencie niektorých žiakov moslimského

²⁴ DAVIE, G.: Religion and laicity. In: Cook, M./Davie, G.: *Modern France: Society in Transition*. London (1999), s. 206.

²⁵ Napr. prípad z lýcea Henri Wallon d'Aubervilliers, z kolégia Charles-Walch de Thann vo Francúzsku, alebo známe kauzy Lautsi vs. Talianska republika, Leyla Sahin vs. Turecko, Karaduman vs. Turecko, Dahlab vs. Turecko. Por. LERNER, N.: *Religion, Secular Beliefs and Human Rights. 25 Years after The 1981 Declaration*. Leiden – Boston (2006), s. 181-200.

²⁶ JOFR č. 65 zo 17. marca 2004, s. 5190.

vierovyznania na hodinách dejepisu o nacistickom vyvražďovaní Židov a na hodinách sexuálnej a telesnej výchovy. V dôsledku rozhodnutia disciplinárneho výboru lýcea Henri Wallon d'Aubervilliers, Seine-Saint-Denis boli 10. októbra 2003 za nosenie hidžábu vylúčené dve študentky 16-ročná Lila a 18-ročná Alma Lévy-Omari. V nasledujúci deň verejne toto rozhodnutie pozitívne komentovala francúzska vláda i Socialistická strana. Proti takémuto prístupu sa postavili mnohé združenia a organizácie, o ponechanie žiačok v škole požiadali Hnutie proti rasizmu a za priateľstvo medzi národmi²⁷ a Liga ľudských práv²⁸. Laurent Lévy, otec obidvoch študentiek, takéto vylúčenie klasifikoval ako „školský apartheid“. Nasledovalo vylúčenie 12-ročnej študentky kolégia Charles-Walch de Thann, Haut-Rhin, 14. októbra 2003, za porušenie zákazu nosenia pokrývky hlavy v budove. Tiež v októbri 2003 riešil parížsky starosta Bertrand Delanoë prípad sociálno-vzdelávacej pracovníčky Fatimy Senouci, ktorej vyčítal prejavovanie náboženského presvedčenia „nevhodným spôsobom, konkrétne ostentatívnym nosením závoja na pracovisku a odmietaním podať ruku mužským partnerom“. Táto pracovníčka podľa neho porušila záväzok neutrality záväzný pre každého verejného činiteľa, a princíp laicity, ktorý sa aplikuje vo verejnej správe, pričom toto správanie sa u nej prejavilo až po získaní definitívy.

Vzhľadom na šatkové aféry a ďalšie problémy, ktoré sa už aj skôr vyskytli najmä v prostredí verejnej správy a v pracovnoprávných vzťahoch vznikla na základe rozhodnutia francúzskeho prezidenta J. Chiraca 3. júla 2003 dvadsaťčlenná komisia, ktorej úlohou bolo zaoberať sa aplikáciou princípu laicity v rozličných oblastiach spoločenského života. Na čelo komisie bol vymenovaný bývalý minister pre záležitosti zámorských departmentov a bývalý francúzsky ombudsman Bernard Stasi.

Komisia 11. decembra 2003 odovzdala prezidentovi výslednú správu,²⁹ v ktorej vychádzala najmä zo záverov sociálnoprávnej analýzy asi stovky verejných rozhovorov a približne štyroch desiatok rozhovorov za zatvorenými dverami, ktorých opis obsahuje jej záver. Autori správy konštatujú, že laicita, uholný kameň republikánskej zmluvy, stojí na troch neoddeliteľných hodnotách: slobode svedomia, rovnosti práv duchovných a náboženských preferencií a neutralite politickej moci. Právo na slobodu svedomia umožňuje každému občanovi zvoliť si duchovný alebo náboženský život,

²⁷ Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples – MRAP.

²⁸ Ligue des Droits de l'Homme – LDH.

²⁹ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République: rapport au Président de la République. [cit. 2013-10-30]. Dostupné na internete <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/034000725/>>.

rovnosť v právach bráni akejkoľvek diskriminácii alebo donúteniu a štát nepriviliguje žiadnu voľbu. Politická moc okrem toho rozoznáva svoje hranice a nezasahuje do duchovnej a náboženskej oblasti. Takáto koncepcia laicity je vlastne koncepciou spoločného dobra. Od prijatia zákona o oddelení cirkvi a štátu, sa však pod vplyvom imigrácie francúzska spoločnosť radikálne zmenila. Aktuálnym cieľom je preto nájsť novým náboženstvám primerané miesto, aby bola zároveň naplnená podmienka integrácie a zabránilo sa politicko-náboženskej instrumentalizácii. Laicita nadobúda na aktuálnosti, lebo umožňuje žiť spoločne, čo je zároveň prvoradým cieľom štátu. Štát preto musí pripomenúť záväzky, ktoré sa kladú na administratívu, potlačiť verejné diskriminačné praktiky a prijať rásne a jasné pravidlá v rámci zákona o laicite.

V prvom prípade dáva komisia nasledujúce odporúčania: bojovať proti rasizmu a antisemitizmu, zvlášť v oblasti národného vzdelávania; striktne rešpektovať školské osnovy a dochádzku; urobiť z laicity dôležitú tému občianskej výchovy; lepšie zabezpečiť výučbu o náboženstve; zabezpečiť v jedálňach alternatívne stravovanie; prijať Chartu laicity a vyzvať administratívu k rešpektovaniu zásad náboženských pohrebov.

Ďalej išlo o odporúčania: rušiť mestské getá; umožniť prístup k verejnej škole vo všetkých obciach; dať obciam prioritu v podpore zmiešaných športových družstiev; v regióne Alsace-Moselle zahrnúť islam do ponuky výučby náboženstiev a ponechať hodiny náboženskej výchovy ako fakultatívne; zrušiť výučbu pôvodných jazykov a kultúr – ELCO³⁰ a nahradiť ich výučbou živých jazykov vrátane nešťátnych, ako napríklad berberský a kurdský, zahrnúť arabčinu do národného vzdelávania, aby sa neobmedzovala na koránické školy; zabezpečiť komplexnú výučbu francúzskej histórie vrátane dejín otroctva, kolonizácie, dekolonizácie a imigrácie; vyvážiť podporu asociácií v prospech kultúrnych; získať moslimských kaplánov pre armádu a väznice; vytvoriť úrad na boj proti diskriminácii a umožniť voľnomyšlienkárske prúdom a racionalistickým humanistom rovnocenný prístup do verejnoprávneho televízneho vysielania.

Cieľom zákonnej úpravy je spresniť pravidlá fungovania verejnej správy a podnikov a zabezpečiť duchovnú rôznorodosť krajiny. V prípade spresnenia pravidiel fungovania verejnej správy je nevyhnutné striktne rešpektovať princíp neutrality zo strany verejných činiteľov a zabezpečiť, aby sa im na druhej strane nebránilo v prístupe k zamestnaniu na základe pohlavia, rasy, náboženstva alebo myslenia; zabezpečiť prispôsobenie sa užívateľov verejnej správy zásadám jej fungovania; pre školy prijať ustanovenie, že na základných

³⁰ ELCO – Enseignements des Langues et Cultures d'Origine = výučba pôvodných jazykov a kultúr.

a stredných školách sa zakazuje nosenie odevov, demonštrujúcich náboženskú alebo politickú príslušnosť, pričom v prípade náboženských symbolov ide o ostentatívne symboly ako kríž, závoj alebo kippa, a nie o diskkrétne symboly ako medaila, krížik, Dávidova hviezda, ruka Fatimy alebo malý korán. Do zákona o vysokých školách navrhla zahrnúť možnosť prijať vnútorné smernice o rešpektovaní pravidiel verejnej správy študentmi a doplniť nemocničný zákon, zvlášť o zákaz odmietania nemocničného personálu a rešpektovanie pravidiel hygieny a verejného zdravia. Zákonník práce navrhovala doplniť o možnosť firiem prijať vnútorný predpis o odievaní a nosení náboženských symbolov z hľadiska bezpečnosti, kontaktu s klientmi alebo vnútorného sociálneho zmiereu.

Pokiaľ ide o problematiku zabezpečenia duchovnej rôznorodosti krajiny, komisia navrhla transformovanie náboženských sviatkov Kippur a Aïd-El-Kebir na dni školských prázdnin; umožnenie zamestnancom vybrať si deň voľna z titulu náboženského sviatku a založenie národnej školy islamských štúdií.³¹

Francúzska vláda sa napriek odmietnutiu niektorých odporúčaní, návrhov a odporúčaní uvedenej správy komisie pridržala, teda nepristúpila k revízií pôvodného konceptu laicity, ale do istej miery ho modifikovala, a je zrejmé že sa to udialo hlavne pod vplyvom migrácie a najmä islamu. Ubehol ešte krátky čas, aby sme mohli komplexne zhodnotiť tento proces. Možno však konštatovať, že „laicita vo Francúzsku dnes neznamená ignorovanie náboženskej skutočnosti, nepožaduje zo strany štátu iba toleranciu a nestrannosť, ale aktívnu organizáciu“.³² Znamená to neutralitu verejnej moci voči cirkvám, právnu autonómiu cirkví a náboženských spoločností, slobodu svedomia a aktívnu účasť štátu pri zabezpečovaní a praktizovaní slobody náboženského vyznania.

Záver

Azda nikdy nebola diskusia o ohraničeníach výkonu slobody náboženského vyznania natoľko aktuálna ako v súčasnosti, najmä v konotáciách reflexie

³¹ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République: rapport au Président de la République. [cit. 2013-10-30]. Dostupné na internete <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/034000725/>. JOZEFČIAKOVÁ, S.: O laicite sa nemožno jednať – zákon o ostentatívnych náboženských symboloch. In: Moravčíková, M./Valová, E. (eds.): Ročenka Ústavu vzťahov štátu a cirkví. Bratislava (2004), s. 209-225.

³² PROESCHEL, C.: Francúzska laicite a nové výzvy. In: Vzťahy štátu a cirkví v Európe. Súčasné otázky a trendy na začiatku 21. storočia. Zborník prednášok. Bratislava (2008), s. 155.

udalostí z 11. septembra 2001. Verejná moc je čoraz väčšími konfrontovaná s požiadavkami súvisiacimi s uplatňovaním práva na náboženskú slobodu alebo práva na výhradu vo svedomí, ktoré súvisia s religióznou heterogenizáciou spoločností. Ide predovšetkým o požiadavky, ktoré súvisia s kolektívnym vyjadrením náboženského vyznania, právnej subjektivity cirkví, inštitútom štátom uznaných cirkví a náboženských spoločností, slávením sviatkov a prítomnosti náboženstiev a ich symbolov vo verejných priestoroch, so zvláštnym zreteľom na pôdu školy.

Máloktorá európska krajina môže byť lepším „laboratóriom“, ktoré by poskytlo dostatok matérie pre skúmanie adekvátnosti jednak ústavných a zákonných princípov vo vzťahu k náboženstvu v modernej dobe vo všeobecnosti, a jednak aj pre skúmanie spôsobu ich aplikácie a zároveň ich akceptáciu rôznymi zložkami spoločnosti. Azda málo projektov posunulo kvalitu vzťahov štátu a cirkví a právny rámec na uplatňovanie práva na náboženskú slobodu takým spôsobom ako osobitý francúzsky projekt laicite, ktorý ani v súčasnosti nestráca na aktuálnosti, skôr naopak, je nanovo podrobovaný skúmaniu v konotáciách možností jeho prispôbenia novým podmienkam. Definitívne prekonaným je laicizmus, teda stotožňovanie laicity s antináboženskou filozofiou. Treba sa vrátiť ku koreňom laicity, ktorá nie je iba historickou skutočnosťou či jednoduchým koexistenčným rámcom, ale súčasťou základov demokratickej spoločnosti, ktorá viac nespočíva na posvätnom alebo náboženstve. K rozhodujúcemu zlomu smerom k laicite nedošlo prijatím zákona v roku 1905, ale oveľa skôr, počas revolúcie v roku 1789, ktorá priniesla desakralizáciu spoločenského poriadku a autonómiu štátu vo vzťahu k cirkvi.³³ Ak laicita zbavuje štát dominancie, umožňuje zároveň aj náboženstvu žiť bez dominancie politického systému. Laicita sa môže stať základom našej sekularizovanej spoločnosti, ale nie ako istý druh občianskeho náboženstva. Aby bol zaplnený deficit legitimacy spoločenského poriadku, nestačí nahradiť pôvodné náboženstvá spoločenským posvätnom. Základ treba stavať na overených ľudských hodnotách, ktoré možno považovať za univerzálne. Aby sa laicita nestala iba rámcom spolužitia, je potrebné implikovať republikánsku ideu, ktorá dáva spolužitiu kohéziu. To zahŕňa na jednej strane spoločenskú identitu založenú na pamäti, na strane druhej osobnú etiku.³⁴

³³ BOYE, A.: 1905: la séparation Églises-État. Dela guerre au dialogue. Paris (2004), 187 s.

³⁴ COQ, G.: Laïcité et République. Le lien nécessaire. Paris (2003), s. 219n. JOZEFČIAKOVÁ, S.: O laicite sa nemožno jednať – zákon o ostantatívnych náboženských symboloch. In: Moravčíková, M./Valová, E. (eds.): Ročenka Ústavu vzťahov štátu a cirkví. Bratislava (2004), s. 209-225.

Z hľadiska skúmania činnosti verejnej moci vo vzťahu k náboženstvu a uplatňovaniu princípov laicity je nevyhnutné reflektovať autoritatívne rozhodovanie o právach a povinnostiach zo strany orgánov verejnej moci. Francúzsky koncept laicity so svojou históriou poskytuje skúsenosť, a neustála reflexia uplatňovania tohto konceptu zo strany štátnych orgánov a akademikov umožňuje progres v procese formulovania základných zásad pre tvorbu právneho rámca pre vzťahy štátu a cirkví a výkonu štátnej správy v oblasti náboženstva.

Aktuálne ide nepochybne o skúmanie dvoch koncepcií laicity vo vzťahu k neutralite, parite, a kooperácii medzi štátom a náboženstvami. Či už ide o, verme, prekonanú koncepciu laicity, v rámci ktorej je neutralita štátu charakterizovaná zákazom všetkých náboženských symbolov vo verejnom priestore a povinnosťou orgánov verejnej moci na všetkých úrovniach nereflektovať náboženstvo pri výkone funkcie. Laickosť je pritom konfigurovaná ako nezúčastnenosť voči náboženskej skutočnosti a vymedzujúca náboženstvo len pre interné fórum. Právo na náboženskú slobodu je v rámci tejto koncepcie redukované len na možnosť kultu vo vymedzenom priestore.

Druhá koncepcia, „otvorenej laicity“ je charakterizovaná otvorením sa voči všetkým náboženstvám nezúčastneným spôsobom. Neutralita štátu je vyjadrená nepreferovaním jedného náboženstva pred iným. Predmetom ďalšieho skúmania ale nevyhnutne musia byť limity uznania či neuznania náboženstiev zo strany štátu, najmä z hľadiska nie iba kultových, ale aj životných praktík, tvorba legislatívy vo vzťahu k potrebám vyvstávajúcim z uplatňovania náboženskej slobody a reflexie špecifickej situácie, možnosť odstupňovanej parity, ktorá reflektuje aj historický vývoj a sociálnu skutočnosť.

Prvá koncepcia akejsi „zatvorenej laicity“ by priniesla neutralitu štátu, ktorá by mohla predstavovať diktát nového nenáboženského náboženstva, *de facto* štátny ateizmus, pri vylúčení náboženských prvkov a absolútna z verejného života. Ďalšie úvahy by mohli viesť k vnímaniu novej netolerantnosti, v konotáciách: ak nepripúšťame isté absolútne prvky v rámci náboženstiev, prečo by mali byť vo verejnom priestore akceptované absolútne prvky v rámci (vyžadovanej) etiky. Uplatňovanie zatvorenej laicity by tak mohlo byť napokon cestou k verejnému priestoru bez hodnôt.

Oproti tomu úlohou otvorenej alebo pozitívnej laicity, otvorenej voči kooperácii so všetkými náboženstvami, je nielen reflektovať, že náboženstvo je súčasťou verejného priestoru, a to nie len pre svoje pomocné činnosti ako charita a vzdelávanie, ktoré zväčša bývajú uvádzané ako dôvod kooperácie štátu a cirkví, ale práve ako náboženstvo. Ide o samotný charakter spoločnosti a štátu, ktoré keď nerelativizujú náboženstvo a neabsolutizujú rozum,

vyhýbajú sa aj morálnemu relativizmu. Správne uchopenie tejto problematiky je jedným z kľúčových momentov pri dobrej správe verejných vecí.

Résumé

Le document traite des questions du droit laïque et la liberté religieuse en sociologie et théorie juridique. Il attire l'attention sur l'importance de la formulation correcte des principes de l'approche d'État envers la formation du droit ce qui établit le cadre juridique pour les relations État-Eglise. Il se concentre principalement sur la création, le développement et les modifications historiques du principe de laïcité. Il rappelle la création et l'application de la Loi de séparation des Églises et de l'État adoptée en 1905. Il analyse l'avancement de ce développement, notamment dans la perspective des changements sous l'influence de la migration et de la montée de l'Islam dans la société française. Il aperçue la France comme un laboratoire de la compréhension de deux versions de la laïcité et préfère sa forme ouverte.

Niektoré aspekty právnej koncepcie o význame a mieste náboženstva v Slovenskej republike*

Matúš Nemeč

Ozrejmiť miesto náboženstva v koncepcii Ústavy Slovenskej republiky znamená zamerať sa v podstate na dva jej články – článok 1 a článok 24. Ten prvý vymedzuje východiskovú úroveň vzťahu štátnej moci k náboženstvu, analogicky ako to býva prítomné v ústavách iných štátov. A toto vymedzenie je nielen doktrínalnym, ale súčasne aj symbolickým vyjadrením predstavy štátnej moci o koreňoch, z ktorých vychádza ústredná úprava miesta náboženstva vo verejných spoločenských vzťahoch. Podľa znenia článku 1 sa zákonodarca inšpiroval zdá sa tými istými myšlienkovými princípmi, ktorými sú inšpirované v zásade všetky štáty Európy, čo pristúpili k Európskej konvencii o ľudských právach, t. j. koncepciou tzv. základných ľudských práv a slobôd.

Nebudem sa na tomto mieste zaoberať otázkou, do akej miery sa pri zrode Konvencie riadili jej „duchovní otcovia“ ideami staršími, napríklad myšlienkovou koncepciou prirodzeného práva, s ktorou pracovali nielen učenci v stredoveku, ale už aj rímski antickí právnici. Isté je, že priamo v texte Konvencie sa odkaz na prirodzené právo nevyskytuje, podobne ani na nepochybné náboženské základy Európy.

Takisto v Ústave Slovenskej republiky niet slova o (prípadnom) prirodzenoprávnom základe ľudských práv. Názory podporujúce tvrdenie o inšpirácii Ústavy Slovenskej republiky myšlienkami prirodzeného práva síce sú prítomné, ale hlbšia analýza o tomto fenoméne neexistuje. O to viac je zrejmé, že neexistuje žiadna verejná diskusia o vplyve, resp. neexistencii vplyvu náboženských ideí na tvorbu Ústavy Slovenskej republiky. Dokonca je pravdepodobné, s ohľadom práve na znenie článku 1, že zákonodarca cielene vplyv náboženstva pri tvorbe Ústavy ako právneho prameňa vylučuje – v spomínanom článku 1 totiž zákonodarca uvádza, že Slovenská republika sa neviaže na žiadnu ideológiu ani náboženstvo. Uvedená koncepcia vzťahu štátnej moci k náboženstvu sa obvykle označuje ako sekulárna¹

* Príspevok je výstupom grantového projektu VEGA č. 1/04595/11 s názvom „*Teológia a právo – prínos kresťanstva k rozvoju európskej právnej kultúry*“.

¹ Sekularizmus v judikatúre Európskeho súdu pre ľudské práva nie je zatiaľ explicitne definovaný, judikatúra len vytyčila určité princípy postavenia náboženstva v demokratickej

– ktorá redukuje úlohu náboženstva len na formovanie súkromného života jednotlivca, prípadne rodiny a nie na formovanie verejného života vrátane právneho poriadku. V súlade s tým sekulárny štát odmieta prepojenie štátnych a cirkevných mocenských inštitúcií, t. j. správa sa nábožensky neutrálne.²

V článku 1 Ústavy SR zákonodarca konštatuje, že Slovenská republika je zvrchovaný, demokratický a právny štát, ktorý sa neviaže na žiadnu ideológiu ani náboženstvo. Táto formulácia je podstatná a kľúčová – vyjadruje záväzok štátu mať vo všetkých oblastiach svojej pôsobnosti sekulárnu povahu, t. j. že pri tvorbe práva, pri aplikácii práva a pri výkone súdnej moci budú predstavitelia štátu nábožensky neutrálni. Inak povedané, predstavitelia štátnej moci, verejnej moci a súdnej moci pri výkone svojej práce nebudú prihliadať na svoje súkromné svetonázorové presvedčenie. Len týmto spôsobom je podľa koncepcie, z ktorej vychádza aj Ústava Slovenskej republiky, možné zaručiť každému slobodu, rovnosť všetkých pred zákonom a dodržiavanie princípu spravodlivosti.

Oddelenie štátnej moci, resp. verejného života od náboženských ideí a náboženských inštitúcií je možné z hľadiska obsahu charakterizovať prostredníctvom čiastkových oblastí, v ktorých sa prejavuje v spoločnosti a niektoré z nich právny poriadok explicitne upravuje v zmysle článku 1 Ústavy. Neidentifikáciu štátu s akýmkoľvek náboženstvom a s akoukoľvek cirkvou alebo náboženskou spoločnosťou môžeme preukázať prostredníctvom znakov a vlastností, ktorými sa vyznačujú verejné spoločenské vzťahy v Slovenskej

spoločnosti: 1. štát nie je oprávnený rozhodovať o legitimité náboženského vyznania a posudzovať jeho hodnotu; 2. štát má nestranne organizovať výkon náboženstiev v štáte a prispievať tak k náboženskej tolerancii a harmónii; 3. sloboda náboženstva sa týka aj „viery“ ateistov, agnostikov, skeptikov a je prejavom pluralizmu, ktorý je vlastný demokratickej spoločnosti (judikované najmä v rozsudkoch Refah Partisi a iní vs. Turecko z r. 2001 a Leyla Sahin vs. Turecko z r. 2005); porov. MARTINKOVÁ, J.: Princíp sekularizmu v judikatúre Európskeho súdu pre ľudské práva. In: Justičná revue č. 8-9 (2005), s. 987; na druhej strane v kauze Soile Lautsi vs. Taliansko (sťažnosť č. 30814/06) argumentovala talianska vláda proti zákazu bežného vyvesovania krížov (krucifixov) vo verejných školách tým, že ... neexistoval európsky konsenzus o tom, ako v praxi vykladať koncept sekularizmu a preto štáty majú širšiu voľnosť uváženia (*margin of appreciation*) v tejto otázke; ... ak existuje európsky konsenzus o princípe sekulárneho štátu, tak určite neexistoval na úrovni jeho praktických dopadov alebo spôsobu ako ho aplikovať (§ 41 Rozsudku).

² Sekulárny princíp sa uplatňuje v zmysle článku 1 Ústavy vo vzťahu ku každému náboženstvu („Slovenská republika sa neviaže na nijaké náboženstvo“) bez ohľadu na to, že Slovenská republika s ohľadom na tradíciu nielen česko-slovenskú ale aj rakúsko-uhorskú využíva systém registrácie cirkví v záujme podpory verejnoprospešnej činnosti pôvodne tradičných cirkví, a v súčasnosti aj tých, ktoré síce nie sú považované za tradičné, ale pôsobia na území Slovenska dlhodobo, napriek tomu, že u niektorých náboženských spoločností sa z počtu ich členov dá vyvodit', že pôsobia v jednej alebo maximálne dvoch funkčných cirkevných obciach.

republike³ a ktorých úpravu nájdeme v rôznych prameňoch, z ktorých sa konkretizácia sekulárneho prístupu nachádza najmä v zákone č. 308/1991 Zb. o slobode náboženskej viery a o postavení cirkví a náboženských spoločností.

1. Slovenská republika nie je personálne prepojená so žiadnou cirkvou alebo náboženskou spoločnosťou

Uvedená formulácia vyjadruje sekulárny prístup zákonodarcu pri tvorbe orgánov štátnej moci, resp. pri ich nadobúdaní a obsadzovaní. Spočíva v tom, že predstavitelia cirkví alebo náboženských spoločností nebudú z titulu svojej funkcie v cirkvi členmi akéhokoľvek orgánu štátnej alebo inej verejnej moci, či už zákonodarnej, výkonnej alebo súdnej.⁴ V súlade s týmto princípom obsahuje Ústava SR ustanovenia, ktoré explicitne zaručujú princípy demokratických volieb a naopak, Ústava neobsahuje ustanovenie, ktoré by určitej cirkvi alebo náboženskej spoločnosti poskytovalo úrad v štruktúre štátnej moci.⁵ To však nebráni, aby na podklade článku 30, ods. 4 bol predstaviteľ určitej cirkvi (registrovanej alebo neregistrovanej) zvolený za člena zákonodarného zboru alebo orgánu miestnej samosprávy. Na legitimitu takejto voľby by podľa práva SR nemal vplyv ani prípadný vnútorný predpis cirkvi, ktorá učasť duchovných na výkone verejnej moci zakazuje.⁶ Uvedený problém neupravuje Základná zmluva medzi SR a Svätou stolicou ani Dohoda medzi SR a registrovanými cirkvami.

³ Pri posúdení, akú úlohu má sekulárny prístup vo verejnom živote v Slovenskej republike, je asi potrebné hľadať odpoveď porovnávaním s inými štátmi, ktoré uplatňujú tento princíp dôslednejšie a v ktorých patria tieto idey medzi základné princípy konania štátnej moci, napr. Francúzsko (*laïcité*) alebo Turecko; bližšie k tejto téme píše MARTINKOVÁ, J.: Princíp sekularizmu v judikatúre Európskeho súdu pre ľudské práva, s. 983-994.

⁴ Členmi Hornej snemovne Britského parlamentu (*House of Lords*) sú ex offi arcibiskupi Anglikánskej cirkvi diecéz Canterbury a York a ďalší biskupi tejto cirkvi, ktorá má v Anglicku názov *Established Church* (Ustanovená cirkev). Spolu je týchto duchovných lordov („*Spiritual peers*“) 26 a tvoria približne štyri percentá všetkých členov Snemovne lordov.

⁵ Ústava SR, článok 2, ods. 1: Štátna moc pochádza od občanov, ktorí ju vykonávajú prostredníctvom svojich volených zástupcov alebo priamo; článok 30, ods. 1: Občania majú právo zúčastňovať sa na správe verejných vecí priamo alebo slobodnou voľbou svojich zástupcov; ods. 4: Občania majú za rovnakých podmienok prístup k voleným a iným verejným funkciám.

⁶ Napríklad Kódex kánonického práva 1983 pre duchovných ustanovuje v kánone 285 § 3: Klerikom sa zakazuje prevziať verejné úrady, s ktorými je spojená účasť na vykonávaní občianskej moci. Podobne aj Kódex kánonov východných cirkví v kánone 383, bod 1: Hoci duchovní majú rovnaké občianske a politické práva ako občania, predsa majú zakázané prijímať verejné úrady, ktoré so sebou prinášajú účasť na vykonávaní verejnej moci.

2. Náboženstvo nie je v Slovenskej republike predpokladom, resp. prekážkou pre prijatie do štátnej služby

Podľa § 4, ods. 3 zákona č. 312/2001 Z. z. o štátnej službe je v štátnozamestnaneckých vzťahoch zakázaná diskriminácia štátnych zamestnancov a občanov, ktorí sa uchádzajú o štátnu službu, z dôvodu náboženského vyznania alebo viery. Ak vezmeme do úvahy aj výkon iného povolania, je v tomto ohľade dôležité ustanovenie § 2, ods. 1 vyššie uvedeného zákona č. 308/1991 Zb., podľa ktorého vyznávanie náboženskej viery nesmie byť dôvodom na obmedzenie práv a slobôd občanov, ktoré zaručuje Ústava SR a medzi ktoré patrí aj právo na voľbu a výkon povolania. Hranice sekulárneho prístupu štátu v tejto oblasti sú v právnom zmysle narušené v oblasti súkromného práva možnosťou rozdielneho zaobchádzania, ktorú pripúšťa Antidiskriminačný zákon od účinnosti novely č. 326/2007 Z. Z. (§ 8, ods. 1). Rozdielne zaobchádzanie v oblasti súkromnoprávných vzťahov je odôvodnené potrebou lojality zamestnancov registrovaných cirkví a náboženských spoločností alebo organizácií, ktorých činnosť je založená na náboženstve alebo viere. Lojalita sa má prejavovať v ich správaní vo „vonkajšom fóre“ (*forum externum*) tak, aby vo verejnom živote nekonali v rozpore so zásadami a princípmi ich náboženstva alebo viery, utvárajúcimi základnú oprávnenú požiadavku daného povolania.⁷ Nelojálne správanie totiž môže viesť k narušeniu dobrého mena a vierohodnosti Cirkvi, resp. náboženskej inštitúcie vo verejnom živote. Cirkvi a uvedené inštitúcie preto môžu lojálne správanie od zamestnanca vyžadovať vo význame „profesionálnych povinností“⁸ a neplnenie „záväzku lojality“ zakladá dôvod výpovede. Náboženská sloboda jednotlivca sa tu realizuje momentom súhlasu s podmienkami pracovnej zmluvy a podľa rozsudku Európskeho súdu pre ľudské práva⁹ cirkev, resp. náboženská inštitúcia nie je povinná poskytovať náboženskú slobodu svojim zamestnancom a je dokonca oprávnená vyžadovať uniformitu pri prejavovaní náboženskej viery.

⁷ Ide o jeden z princípov, ktorý presadzuje Európska únia vo vzťahu k inštitúciám s náboženskou tendenciou – princíp lojality, ktorý sa konkretizuje v uvedenom záväzku lojality zamestnanca; oprávnenosť tohto záväzku uznala aj bývalá Európska komisia pre ľudské práva (dnes Európsky súd pre ľudské práva) v kauze *Rommelfanger vs. Spolková republika Nemecko* (sťažnosť č. 12242/86, rozsudok bol vynesený 6. 9. 1989).

⁸ Porov. úvod rozsudku v kauze *Rommelfanger vs. Spolková republika Nemecko* (skutkový stav).

⁹ *X. vs. Dánsko*, sťažnosť č. 7374/76 (rozsudok z 8. marca 1976); porov. KVASNIČKOVÁ, J.: Nezávislosť cirkví a náboženských spoločností podľa Ústavy Slovenskej republiky. In: *Justičná revue*, č. 2 (2002), s. 149-150; SPRATEK, D.: *Evropská ochrana náboženské svobody*. Brno (2008), s. 77.

Aj keď v prípade registrovaných cirkví a náboženských spoločností nejde o štátne inštitúcie, ich právne postavenie, vymedzené osobitným zákonom (č. 308/1991 Zb.) a povahu zamestnaneckých vzťahov v nich je možné charakterizovať ako vzťahy s určitými verejnoprávnyimi prvkami.

3. Štát nenúti žiadnu fyzickú osobu mať, resp. vyznávať náboženskú vieru

Vnútorne presvedčenie človeka (*forum internum*), t. j. oblasť myslenia, svedomia a viery (aj náboženskej), ak nie je navonok objektívne prejavené, nie je poznateľné a preto stojí mimo právnej úpravy¹⁰. Je preto ako právo absolútnej povahy chránené voči všetkým (*erga omnes*).¹¹ Toto právo nepripúšťa nijaké zasahovanie štátnej moci, ktoré by malo za cieľ zmeniť vnútorné presvedčenie človeka, čiže ono je chránené aj voči prípadnému donucovaniu prijať určité náboženské presvedčenie, resp. príkaz stať sa členom určitej cirkvi.¹² Zákaz donucovania je výslovne vyjadrený napríklad aj v Medzinárodnom pakte o občianskych a politických právach (článok 18, ods. 2), podľa ktorého „nikto nesmie byť podrobený donucovaniu, ktoré by narušovalo jeho slobodu vyznávať alebo prijať náboženstvo alebo vieru podľa svojej vlastnej voľby“.

Ešte precíznejšie smerom k ochrane slobody vyznávať náboženstvo sa vyjadruje zákonodarca v zákone č. 308/1991 Zb. (§ 1, ods. 3), podľa ktorého nemožno nikoho nútiť nielen vyznávať náboženstvo, ale nie je ani možné nikoho nútiť byť bez vyznania. Antonín Hrdina dokonca tvrdí, že zakotvenie práva na bezkonfesijný status je legislatívnou zbytočnosťou, resp. nadbytkom (*superfluum*), pretože právo človeka byť bez vyznania logicky vyplýva zo slobody jeho myslenia,¹³ ktorá je predmetom ochrany aj v Ústave SR – v prvej vete odseku I v článku 24. Právo byť bez vyznania, upravené v tom istom ustanovení ako právo vyznávať náboženskú vieru, je v ústavnej úprave systémovo chybné, keďže tieto vnútorné presvedčenia sú svojou povahou antagonistické a domáhanie sa ich ochrany sa v oboch prípadoch odvoláva na rovnaké ustanovenie.

¹⁰ V zmysle pravidla *de internis non iudicat praetor*.

¹¹ Porov. HRDINA, A.: Náboženská svoboda v právu České republiky. Praha (2004), s. 104.

¹² Porov. Uznesenie Pléna Ústavného súdu SR (PL. ÚS 18/95 z 24. mája 1995); podľa tohto uznesenia však už verejný prejav náboženského zmýšľania (*forum externum*) – nepožíva podľa čl. 24, ods. 4 Ústavy absolútnu ochranu, ale len ochranu vymedzenú a obmedzenú zákonmi v záujme ochrany verejného poriadku, mravnosti, zdravia alebo práv a slobôd iných (kauza podania vyhlásenia o odopretí vojenskej služby z náboženských dôvodov po uplynutí lehoty na podanie tohto vyhlásenia).

¹³ Porov. HRDINA, A.: Náboženská svoboda v právu České republiky, s. 102.

V zmysle vyššie uvedených ustanovení Ústavy a zákona č. 308/1991 Zb. štát nikomu nebráni ale ani neprikazuje prijať formálne členstvo v akejkoľvek cirkvi, dokonca aj neregistrovanej a žiaden zákon nikomu nebráni, resp. nezakazuje formálne zrušiť svoje členstvo v cirkvi. Žiaden záväzok štátu v uvedených prípadoch neobsahujú ani zmluvy uzavreté so Svätou stolicou a s nekatolíckymi cirkvami. Vystúpenie fyzickej osoby z cirkvi, otázka platnosti, resp. neplatnosti úkonov (aj tých, čo sú súčasne úkonmi liturgickými) je prípadne predmetom iba vnútrocirkevnej úpravy, do ktorej sa štát zaviazal nezasahovať¹⁴ a účinky takéhoto prejavu vôle nespôsobujú žiadne právne účinky v právnom poriadku SR.¹⁵

4. Nezávislosť cirkví od štátu a nezávislosť štátu od cirkví (štát nie je zodpovedný za konanie cirkví a náboženských spoločností pri uplatňovaní ich práv garantovaných Ústavou Slovenskej republiky)

Vnútoraná autonómia cirkví a náboženských spoločností ako jedno z oprávnení, ktoré nábožensky neutrálny štát garantuje cirkvám, je obsahom článku 24, ods. 3 Ústavy. Ustanovenie tohto článku však nepriznáva základné

¹⁴ V roku 2008 Okresný súd v Košiciach (rozsudok sp. zn. 22 C 207/2004 z 29. januára 2008) zamietol žalobu M. H. na vyhlásenie nulity krstu, ktorý bol z vôle svojich rodičov pokrstený. V odôvodnení súd uviedol, že žalované cirkvi (Pravoslávna a Gréckokatolícka) neporušili občianske práva žalobca ak nemôžu vyhovieť jeho žiadosti o zrušenie (nulitu) krstu tým spôsobom ako žiadal žalobca. Predstavitelia oboch cirkví uviedli, že ktokoľvek môže do cirkvi slobodne vstúpiť i z nej vystúpiť a cirkvi mu o tom vystavia aj potvrdenie. Tým by zanikol právny vzťah s cirkvou. Nie je však možné anulovať platný krst, keďže z hľadiska vieroučného krst vtlačá do duše človeka nezmazateľný znak a spôsobuje puto, ktoré žiadna ľudská moc nemôže zrušiť. Súd druhého stupňa potvrdil rozsudok (sp. zn. 4 Co 126/2008 zo 16. apríla 2009) a uviedol o. i., že žalobcova zmena náboženského vyznania (od náboženskej k nenáboženskej) je otázkou jeho slobodnej vôle a je vylúčená kompetencia súdu túto vôľu nahradiť. K tomu bližšie: BUBELOVÁ, K.: Slovenský civilný súd rozhodoval o neplatnosti křtu. In: Ročenka Ústavu pre vzťahy štátu a cirkví 2009. Bratislava (2010), s. 262-263; neúspešný žalobca podal sťažnosť aj na Ústavný súd, ktorý ju odmietol (III. ÚS 313/09-9) s odôvodnením (o. i.), že „... *niet právnej normy, ktorá by upravovala právny vzťah na vyriešenie právneho základu žaloby*“.

¹⁵ V roku 1954 bola uznesením vlády z 27. júla zrušená úradná evidencia náboženského vyznania či stavu bez vyznania vo vzťahu k orgánom verejnej moci, publikované ako Oznámenie Ministerstva vnútra v Úradnom liste z 31. augusta 1954 [porov. JÄGER, P.: Svoboda vyznání a právní poměry cirkví a náboženských spoločností v letech 1948 – 1989. In: Bobek, M./Molek, P./Šimiček, V. (eds.): Komunistické právo v Československu. Kapitoly z dějin bezpráví. Brno (2009), s. 807. Dostupné na <http://www.komunistickepravo.cz> (25. 11. 2013)].

Ľudské právo, resp. slobodu, keďže nositeľom ľudského práva nemôže byť právnická osoba (cirkev, resp. náboženská spoločnosť). Cieľom uvedeného článku je garantovať z inštitucionálneho hľadiska reálne uplatnenie tých ľudských práv, ktoré priznáva odsek 2 článku 24 fyzickým osobám a ktoré veriaci realizujú prostredníctvom cirkví ako inštitúcií.

Podľa právneho názoru (bod 3.), ktorý je vyjadrený v uznesení Ústavného súdu (sp. zn. II. ÚS 128/95 z 10. októbra 1995¹⁶), sa vzťah štátu k cirkvám odvíja od princípu vzájomnej nezávislosti. Štátna moc je vo svojej rozhodovacej činnosti nezávislá od registrovaných cirkví a náboženských spoločností tak, ako sú podľa toho istého článku Ústavy SR, čiže čl. 24, ods. 3, cirkvi nezávislé pri správe svojich záležitostí od štátu.¹⁷ Z toho je zrejmé, že štát nie je zodpovedný za konanie cirkví a náboženských spoločností pri uplatňovaní ich práv, resp. pri vymáhaní povinností od ich členov a takisto naopak.

Normy správania, ktoré ustanovujú pre svojich členov cirkvi a náboženské spoločnosti, nie je možné vymáhať od orgánov štátnej moci, t. j. štátne donútenie nie je „vlastnosťou“ normatívnych systémov cirkví, ktoré predstavujú svojou povahou súkromné pravidlá správania sa a preto sú vynútiteľné len príslušnou súkromnou autoritou, a to v zásade v rozsahu daným úplnosťou a dôkladnosťou právnej úpravy. V tomto smere je príznačné, že medzi cirkvami, ktoré disponujú „úplným právnym poriadkom“, obsahujúcim v zásade úpravu všetkých oblastí súkromnoprávných (ale aj verejnoprávných) vzťahov v rámci cirkvi patrí určite Katolícka cirkev.¹⁸

Na druhej strane je však nálež Ústavného súdu z roku 2001.¹⁹ Sťažovateľ (katolícky duchovný) namietal porušenie čl. 46, ods. 1 Ústavy (právo na súdnu a inú právnu ochranu) tým, že bol odvolaný z úradu v štruktúre Cirkvi podľa kánonického práva a všeobecné súdy jeho žaloby zamietli s tým, že platnosť skončenia služobného pomeru navrhovateľa (duchovného registrovanej cirkvi) nemožno pre jeho cirkevný charakter skúmať v občianskoprávnom

¹⁶ V uvedenej sťažnosti navrhovateľa namietali porušenie práva na verejné prerokovanie veci (podľa čl. 48, ods. 2 Ústavy), rozhodnutím súdneho orgánu Evanjelickej cirkvi a. v. na Slovensku (ECAV) o strate hodnosti v ECAV, a potom aj o vylúčení z ECAV. Ústavný súd sťažnosť zamietol s odôvodnením, že štát nie je zodpovedný za konanie registrovaných cirkví a náboženských spoločností pri ochrane a uplatňovaní práv, ktoré im priznáva článok 24, ods. 3 Ústavy.

¹⁷ POROV, DRGONEC, J.: Ústava Slovenskej republiky – Komentár. Šamorín (2007), s. 49.

¹⁸ V minulosti sa v terminológii cirkevných autorov používali spojenia *communitas perfecta* (Tomáš Akvinský: *Summa theologiae*, I-II q. 90 a. 3 ad 3), prípadne *societas perfecta* (pápež Lev XIII. v encyklike *Immortale Dei* z r. 1885; pápež Pavol VI. v liste *Sollicitudo Omnium Ecclesiarum* z r. 1969).

¹⁹ III. ÚS 64/00 z 31. januára 2001.

konaní, resp. že kauza s uvedeným obsahom je v kompetencii cirkvi, ktoré mu umožnili službu v Cirkvi, čím sa stal jej zamestnancom. Problematickou je však pravdepodobne povaha služby duchovného v cirkevnom úrade ale aj výklad pojmu „ustanovovanie svojich duchovných“ podľa článku 24 Ústavy.²⁰

Orgán každej cirkvi disponuje funkčným miestom vo svojej štruktúre, a preto podľa gramaticko-logického výkladu článku 24, ods. 3 je zdá sa potrebné rozumieť výrazu „ustanovovanie“ aj odvolávanie duchovného z určitého funkčného miesta (t. j. z cirkevného úradu). Je to prirodzená a logická súčasť vnútornej autonómie cirkvi, ktorú garantuje uvedený článok Ústavy. Okrem toho zákon č. 308/1991 Zb. bližšie vymedzuje oprávnenia cirkví vyplývajúce z ich vnútornej autonómie pri dispozícii s úradmi v § 7, ods. 1 tak, že duchovní vykonávajú duchovenskú činnosť z poverenia cirkví a náboženských spoločností podľa ich vnútorných predpisov a podľa všeobecne záväzných predpisov.²¹

Navyše, podľa iného rozhodnutia Ústavného súdu „... všetky základné práva a slobody sa chránia len v takej miere a rozsahu, dokiaľ uplatnením jedného práva alebo slobody nedôjde k neprimeranému obmedzeniu, či dokonca popretiu iného práva alebo slobody. Rovnováha verejného a súkromného záujmu je dôležitým kritériom na určovanie primeranosti obmedzenia každého základného práva a slobody“.²² Práva uvedené v Ústave nemôže nikto vykladať tak, že by si vzájomne odporovali, resp. že by jedno

²⁰ V terminológii konkordátov ide o otázku, či uvedený „predmet sporu“ patrí do oblasti „*res spirituales*“ alebo „*res temporales*“, prípadne „*res mixtae*“. Prof. Pejška uvádza, že „ustanovovanie farárov“ (*nominare et instituere*) patrí medzi *res mixtae*, ale len preto, že štát môže vyžadovať na obsadenie cirkevného úradu (benefícia) splnenie určitých predpokladov, napr. bezúhonnosť, občianstvo [porov. PEJŠKA, J.: Právo konkordátni a konkordáty po svetovej válce, in: Časopis katolíckeho duchovenstva č. 2 (1934), s. 36]; avšak každý názor vyslovený v tejto veci treba posudzovať s ohľadom na príslušnú vnútroštátnu úpravu, ovplyvnenú prípadným konkordátnym ustanovením. V Slovenskej republike upravuje túto otázku Základná zmluva medzi Svätou stolicou a Slovenskou republikou v článku 6, ods. 3, podľa ktorého má Katolícka cirkev výlučné právo rozhodovať o vymenovaní, preložení, vzdaní sa služby a odvolaní osoby aj v súvislosti s ktorýmkoľvek ďalším cirkevným úradom alebo úlohou, týkajúcou sa apoštolského poslania. (Zmluva však nadobudla platnosť až 23. augusta 2001, t. j. až po vydaní Nálezu III. ÚS 64/00).

²¹ Príslušným všeobecne záväzným predpisom je Zákonník práce; ten sa v zmysle § 3 aplikuje na pracovnoprávne vzťahy duchovných vykonávajúcich duchovenskú činnosť subsidiárne (t. j., ak Zákonník práce, osobitný predpis, medzinárodná zmluva, zmluva uzatvorená medzi Slovenskou republikou a cirkvami a náboženskými spoločnosťami alebo vnútorné predpisy cirkví a náboženských spoločností *neustanovujú inak*).

²² PL ÚS 7/96.

z nich mohlo porušovať iné.²³ V tomto prípade by to znamenalo, že priznaním ochrany právu žalobcu na súdnu ochranu (čl. 46, ods. 1 Ústavy) by prakticky bolo porušené právo Cirkvi (katolíckej) na vnútornú autonómiu, prirodzenou a kľúčovou súčasťou ktorej je aj rozhodovanie o obsadzovaní cirkevných úradov (čl. 24, ods. 3 Ústavy).

Uvedené sekulárne princípy odvodené zo znenia článku 1 Ústavy Slovenskej republiky teda svedčia o tom, že orgány štátnej moci a orgány moci registrovaných cirkví do svojich kompetencií nezasahujú. Vnútorné predpisy cirkví nie sú prameňom svetského práva a štát sa nepodieľa na ich tvorbe. Najdôležitejším znakom sekulárneho charakteru práva je však absencia akéhokoľvek ustanovenia, ktorým by sa náboženstvo (akékoľvek) dostávalo do pozície atribútu, predpokladu, podmienky alebo vlastnosti nejakej zložky štátnej, resp. verejnej moci, t. j. zákonodarnej, výkonnej alebo súdnej.

Summary

In the Slovak republic is the concept of the status of religion based on the idea, that religion has an indisputable value and importance for man`s good and also for common good. However, at the same time, law order must observe also the other philosophical views concerning the question of belief. The way to solve this problem in the law order is to accept the principle of secularism. This principle, which is expressly set forth in the article 1 of the Slovak constitution, defines an initial basis for the whole legislative regulation of individual and also corporative religion freedom. Secularism means that the state (its institutions) is, generally, in the religious case indifferent. State institutions have no competence to investigate religious status of any person exercising its civil rights. Another aspect of secularism is the principle of parity regarding legal status of churches and religious societies. Both philosophies of life (religious and non-religious) have the same value and the law order provides no privileges to anyone.

²³ Porov. KVASNIČKOVÁ, J.: Nezávislosť cirkví a náboženských spoločností podľa Ústavy Slovenskej republiky, s. 154.

A few remarks concerning original context of some Rules of Early Law included in D. 50,17

Tomasz Palmirski

The word *regula* derives from *regere* – to guide, to set up, to define. It also etymologically connects with *rectus* – right, correct, rightful. In the colloquial sense, *regula* was something straight. Warron for instance, when describing a plough, uses this term to define its straight parts¹. In building terminology it means a straight piece of wood or metal². Thus, in a natural way, *regula* has become a criterion, a pattern to measure something (a rod, a board, a rope for measuring). This concept has been introduced to the linguistic studies by grammarians (analogists) and philosophers. The former ones tried to put linguistic phenomena into a rigid criterion of regularity, especially the flexion phenomena. Whereas on the ground of ethics, *regula* allowed distinguishing between right and wrong and in dialectics between true and false arguments³.

In Roman legal terminology, the term *regula (iuris)* occurred relatively late. It seems that Sabinus used it for the first time (the half of 1st century AD), however this phrase has become a common term only since the 2nd century AD. According to some Romanists (P. Jörs, F. Pringsheim, F. Schulz), *regula (iuris)* was an invention and instrument typical to late republican jurists (*veteres*), who under the influence of Greek dialectics used to formulate different abstract rules being in most cases a generalization of the previous casuistic opinions⁴. Whereas the classical jurisprudence, which led a casuistic method to the top of its abilities, was not much interested in *regula (iuris)* and used this term only in relation to principles formulated by its precursors. As in none of familiar sources to us, the classics do not mention *regulae veterum*, and just in one of them *veteres* is discussed with regard to *regula*, it should be assumed that a belief according to which the very classical jurisprudence made an attempt to define it and determine its relation to it, is much more justified. What is

¹ Varro, *De ling. Lat.* 5,135

² Vitruvius, *De Arch.*, 1,2,2; 1,6,6; 5,10,3

³ See H. KUPISZEWSKI, *Regula iuris (u źródeł pojęcia)*, PH 7–9 (1981), ff 51. See also P. STEIN, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh (1966), ff 53.

⁴ See P. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik, I: Bis auf die Catonen*, Berlin (1888), ff 283; F. PRINGSHEIM, *Gesammelte Abhandlungen, I*, Heidelberg (1961), ff 419; F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar (1961), ff 77.

more, it is stated modernly (P. Stein, B. Schmidlin) that the classical jurists indeed created a special genre of law literature of an abstract nature called *regulae*, presenting general rules of private and criminal law⁵. The writings of this kind were written among others by Neratius Priscus, Pomponius, Gaius, Cervidius Scaevola, Paulus, Ulpianus, Marcianus, Modestinus and Licinius Rufinus⁶. Nevertheless, the concern of Roman and Byzantine study of law over separation of *regulae* (*iuris*) out of the whole of jurisprudence's output, in order to present, the basic assumptions of law and order in a concise form, remains beyond the dispute⁷. Therefore, one cannot be surprised with putting plenty of them in the final title of Digest (D. 50,17: *De diversis regulis iuris antiqui*). They are generally the exceptions from jurists' justifications concerning adjudications of particular cases and hence, they could make some problems in proper understanding of them. A question arises as well, about their original semantic range. With regard to some principles, the answer is rather easy because thirty three of them are repeated also in other fragments of Digests in their original context. As far as the majority of them is concerned, a specific palinogenesis should be done, based first and foremost on lecture of other texts coming from the same source and mentioned in the inscription of the analyzed fragment including a given rule⁸. The present article refers exactly to a few *regulae* from among the latter ones.

* * * * *

The first rule to be presented constitutes that *res sua* could not be the object of some contracts. It was formulated by Ulpianus:

D. 50,17,45 pr. (Ulpianus libro trigensimo ad edictum)

*Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest*⁹.

⁵ See P. STEIN, *Regulae iuris*, 54, B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln (1970), ff 120.

⁶ See W. LITEWSKI, *Rzymska jursprudencja*, Kraków (2000).

⁷ Such a state of affairs was a result of the then arising tendency to systematize the law (H. KUPISZEWSKI, *Regula iuris*, 55).

⁸ The indispensable help in this kind of searching is two-volume *Palinogenesis iuris civilis* by O. LENEL (I, II, Lipsiae 1889, reprinted in Graz 1960) and the content of a praetorian edict restored by the same author (*Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig (1927), reprinted in Aalen 1956, forward cit. EP³).

⁹ The similar views were presented by Iulianus (see D. 16,3,15), who completed the specification included in D. 50,17,45 pr. with a lending for use (*commodatum*). As for

According to the quoted jurist, one could not conclude a valid pledge (*pignus*), deposit (*depositum*), *precarium*, sale (*emptio venditio*) or lease of a thing (*locatio conductio rei*), which object would be a thing that belonged to a pledgee, a depositary, a *precario accipiens*, a purchaser or a lessee¹⁰.

The analyzed fragment derives from the book XXX of Ulpianus' commentary on praetorian edict and relates to its § 107 title XIX in the version restored by O. Lenel¹¹. The mentioned part of the edict treated about the actions entitled to parties due to fiduciary agreement (*pactum fiduciae*), thus O. Lenel, in his palingenesis, adds this contract to the list mentioned in D. 50,17,45 pr.¹² As in a case of fiduciary agreement, which always accompanied the act of transfer of property (*mancipatio or in iure cessio*), it is understandable that it could not concern the object which owner was a trustee and at the same time its purchaser through *mancipatio* or *in iure cessio*, then with regard to other mentioned there contracts it is not that obvious.

A problem of determining if a general rule included in D. 50,17,45 pr. was binding without exceptions derives from the fact that there exist source materials that admit a possibility of concluding a *locatio conductio rei* or *precarium* if their object is a private thing of a lessee or of a *precario accipiens*. Florentinus and Ulpianus mention about it among others¹³:

D. 13,7,35,1 (Florentinus libro octavo institutionum)

Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti.

D. 43,26,6,4 (Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum)

Quaesitum est, si quis rem suam pignori mihi dederit et precario rogaverit, an hoc

a possibility of *commodatum rei suae* see J. SŁONINA, *Commodatum rei suae*, PK 24 (1981), 3-4, ff 257; T. PALMIRSKI, *Some Remarks on D. 16,3,15 and D. 50,17,45 pr.*, RIDA 51 (2004), ff 197.

¹⁰ As the phrase *consistere potest* included in D. 50,17,45 pr. can be also translated as 'it cannot last' (cause legal effects in the future), it should be assumed that this rule concerned also the cases in which a thing being the object of an agreement became property of the above mentioned, at the time the contract was lasting. See J. SONDEL, *Słownik łacińskopolski dla prawników i historyków*, Kraków (1997), s.v. *consisto*. See also D. 19,2,9,6.

¹¹ See O. LENEL, EP³, ff 291.

¹² See O. LENEL, *Palingenesia*, II.618 fn. 2.

¹³ See also D. 7,4,29 pr.; D. 13,7,37; D. 9,4,19,1. See also TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio* (Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht), Wien-München (1956), 63; S. TONDO, „*Pignus*“ e „*precarium*“, *Labeo* 5 (1959), ff 175; M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, III: *Besitzpfand und „besitzloses“ Pfand*, SDHI 45 (1979), 54, fn. 193.

interdictum locum habeat. quaestio in eo est, ut precarium consistere rei suae possit. Mihi videtur verius precarium consistere in pignore, cum possessionis rogetur, non proprietatis, et est haec sententia etiam utilissima: cottidie enim precario rogantur creditors ab his, qui pignori dederunt, et debet consistere precarium.

What is more, in the latter fragment Ulpianus stated that it was very useful, as creditors very often meet the requests for granting *precarium* from persons, who pledged them a thing¹⁴.

Thus, it clearly results from the above that despite the existence of a general invalidity rule of the *precarium* or *locatio conductio rei suae*, the conclusion of a valid contract concerning a *precario accipiens*' or a lessee's property was possible.¹⁵

In my opinion, the above described cases, and particularly the one included in D. 43,26,6,4, being exceptions from a general rule, concern a situation before a tenancy agreement or a *precarium (rei suae)* is concluded, and the owner of the object has limited capacity to use in on account of a previously concluded pledge contract.

If such an owner wants to use a thing, it has to be rented from a pledgee or taken in *precarium*¹⁶. Still, the actual impossibility to use a thing in possession of other person (who, as a matter of fact, has no title to it) by its owner does not account for concluding a binding agreement of using it (on the grounds of lease or *precarium*). It seems that such a contract would be contrary to the owner's entitlements. If one wants to use a thing that belongs to them, one should use the protection of his ownership (for instance through *rei vindicatio*) instead of asking for concluding the contract.

* * * * *

¹⁴ See also S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², Milano (1928), 291, fn. 4; A. CARCATERRA, *I negozi giuridici sulla cosa propria*, *Annali Bari* 3 (1940), 20, 25; A. ALBANESE, *Conductio suae rei*, *BIDR* 62 (1952), ff 126, ff 145; S. TONDO, „Pignus“ e „precarium“, 171, 174; J. SONDEL, *Precarium w prawie rzymskim*. Kraków (1971), 45, ff 135; M. KASER, *Pfandrecht*, III, 48.

¹⁵ As an absolute binding rule of non-admissibility *locatio conductio rei suae* in classical and Justinian law accept inter alia A. CARCATERRA, *I negozi*, ff 14; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, ff 114 and H. KUPISZEWSKI, *Locatio conductio rei suae*, *Labeo* 3 (1957), ff 348. Whereas M. KASER, *Pfandrecht*, III, 45, fn. 159; S. TONDO, „Pignus“ e „precarium“, ff 287 and J. A. C. THOMAS, *Conductio rei suae*, *Index 2* (1971), 287 believe that this rule had many exceptions, which are presented among others by the above quoted sources. As for validity of non-admissibility rule *precarium rei suae* and its exceptions see A. CARCATERRA, *I negozi*, ff 24; S. TONDO, „Pignus“ e „precarium“, 161; J. SONDEL, *Precarium*, ff 44, ff 130; P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano (1969), ff 243 and M. KASER, *Zur Geschichte des precarium*, *SZ* 89 (1972), ff 135.

¹⁶ See J. SŁONINA, *Commodatum rei suae*, 263.

Ulpianus is also the author of the two subsequent rules, which seem, in their original meaning, to concern issues related to lending for use contract:

D. 50,17,43 pr.-1 (Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum)
(pr.) *Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit.* (1.) *Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet.*

In the first quoted fragment, the aforementioned jurist stated that no one who denies being indebted should be refused the right of defence, provided that the law does not ban it.

O. Lenel, the author of *Palingenesia*, referred the discussed rule to § 102 title XVIII of praetorian edict treating about an action entitled against a guardian of power (a contractor, excepting a ship owner) on account of obligations of subordinated to him a manager of the company within a range of his already done appointment (*actio institutoria*). Nevertheless, he noticed that it is unclear to him what that could concern with regard to the above mentioned claim¹⁷. If one, however, would involve this fragment to a group of texts from which O. Lenel reconstructed § 98 title XVII of the edict (as Ulpianus' commentary in the book XXVIII concerned also this part of edict), where the protection was granted by a praetor to parties of a lending for use contract¹⁸, then one might explain the context in which analyzed rule was formulated. As it is already known, a borrower was liable not only when he could be accused of guilt (*dolus, culpa*) but also in some cases when he could not be. Such a liability was called *custodia*. It was not something abstract but rather defined in a casuistic way. The borrower was liable for some certain cases of damages, which he could avoid by protecting the granted thing in a proper way. On the other hand, he was not liable for other enumeratively calculated cases of damages that were treated as impossible to be avoided (*vis maior*)¹⁹, which was taking effect in a lawsuit through *exceptio doli*. To sum up, one can say that the liability for *custodia* included *casus minor* cases, namely these, which could not be included in *vis maior*²⁰. Nevertheless, as far as slaves are concerned, an issue of his liability was

¹⁷ See O. LENEL, *Palingenesia*, II.591 and fn. 2. See also O. LENEL, EP³, 252, fn. 2.

¹⁸ See O. LENEL, *Palingenesia*, II.579.

¹⁹ See F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford (1951), 515. After HEINECCIUS (*Elementa Iuris Civilis*, Lib. III, Tit. XIV, § 784) such cases can be named *casus est eventus a divina providentia profectus, cui resisti non potest*.

²⁰ See F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, 515. This belief dominated among Romanists of XX century. See M. KASER, *Das römische Privatrecht* (forward cit. RPr), I², 506 and the lit. cit. therein; P. JÖRS/W. KUNKEL/L. WENGER, *Römisches Recht*⁴ (ed. H. Honsell/Th. Mayer-

much more problematic. Therefore, jurisprudence has developed two categories of slaves, dividing them into *qui custodiri solent* and *qui custodiri non solent*. Involving a borrowed slave to one of these two categories was conditioned with the objective circumstances connected to a certain slave and influenced the possible liability of a borrower. This issue is discussed by Ulpianus in his commentary on edict in the book XXVIII:

D. 13,6,5,6 (Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum)

Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum et hominis custodia praestanda est, si vinculus commodatus est, vel eius aetatis, ut custodia indigeret: certe si hoc actum est, ut custodiam is qui rogavit praestet, dicendum erit praestare.

According to Ulpianus, to the first out of mentioned categories, a slave defined as *vinculus* (imprisoned, bound) and a slave of certain age, namely the one being a little child or an old man should be included.

It is obvious that both cases quoted by Ulpianus, a *vinculus* slave and a child slave (or an old man slave) concern people, who as a rule are not able to escape and hence, a borrower is liable for *custodia*, just like in a case of borrowing movable assets or animals. Whereas to the second group belong slaves, who with regard to age and opportunities of free mobility could escape. As it is obvious, in some circumstances a borrower is not able to prevent it. Therefore, jurisprudence considers the latter ones as *servi qui custodiri non solent* and does not make a borrower liable for their escape because it is treated as the *vis maior* case²¹ justifying raising *exceptio doli* by a defendant. Although in the final part of text (*certe si ... erit praestare*) Ulpianus mentions the liability for *custodia* also in this case, in my opinion it is not contrary to the above if a contractual modification of parties' liability is allowed.

As it has been mentioned above, the D. 50,17,43,1 fragment also seems to refer to issues connected with the lending for use contract²². It discusses accumulation of actions, which among others took place when a borrower gave back a damaged thing. In such a case, the one who borrowed a thing could,

Maly/W. Selb), Berlin–Heidelberg–New York (1987), 233 and the lit. cit. therein). It does not mean however, that it was not discussed. See G. MACCORMACK, *Custodia and culpa*, SZ 89 (1972), ff 149; G. C. J. J. VAN DEN BERGH, *Custodiam praestare: custodia-Liability or Liability for failing custodia*, TR 43 (1975), ff 59, IDEM, *Custodia and furtum pignoris*, Studi in onore di Cesare Sanfilippo, I, Milano (1982), ff 601; R. ROYAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles (1987).

²¹ Gaius confirms the above as well. See D. 13,6,18 pr.

²² See above p. X. See also O. LENEL, EP³, 252, fn. 2.

depending on circumstances, accept a return or sue the former one through *actio commodati directa* (as a return of thing being in a worse condition before was not considered as *reddere*²³) or *actio legis Aquiliae*²⁴ if he did not receive a thing.

* * * * *

Ulpianus also discussed issues connected with interpretation of will statements and paternal power.

The fragment deriving from his commentary on Sabinus' writings referred among others to the former one:

D. 50,17,34 (Ulpianus libro quadragensimo quinto ad Sabinum)
Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est: aut, si non pareat quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione in qua actum est frequentatur. quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id, quod minimum est, redigenda summa est.

According to the quoted jurist, one should always follow which has been set up in stipulations (and other contracts)²⁵. If the content of an agreement was not clear, one should make use of a custom being in force in a place where it was done. The amount should be reduced to a level that the liable can afford.

The discussed fragment derives from book XLV of Ulpianus' commentary *ad Sabinum*, where jurist reviewed fundamental problems connected with verbal contracts²⁶. Hence, it does not seem rightful (at least with regard to its original context) to consolidate it with a rule included in D. 50,17,9²⁷ because

²³ See D. 13,6,3,1.

²⁴ See D. 12,6,7,1. Paulus and Gaius used to pronounce in a similar manner (see D. 44,7,34,2 and D. 13,6,18,1). The quoted jurists consistently claimed that filing one action excluded applying the other one. See E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1, Berlin (1922), ff 59; IDEM, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar (1962), ff 20; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht (Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe)*, Göttingen (1972), ff 87. But, in Paulus' opinion, after filing *actio commodati*, one could bring in *actio legis Aquiliae* only for a surplus of which a condemnation based on this action exceeded a condemnation based on *actio commodati*.

²⁵ Considering the original context of analyzed fragment (see below, fn. 26), the phrase *et in ceteris contractibus* seems to put in by compilers.

²⁶ See O. LENEL, *Palingenesia*, II.1180.

²⁷ So G. GANDOLFI, *Lezioni sull'interpretazione dei negozi giuridici. Corso di esegesi delle fonti del diritto romano*, Milano (1962), ff 98; G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulation*.

it was related to the interpretation of legacies²⁸. In a case of verbal contracts, invoking a custom took place for example when a contractual interest (*stipulatio usurarum*) did not exist. If in a given region there was no preserved custom in this matter, the highest permitted interest rate was accepted (so the one which, according to a legislator, a debtor could manage).

The matter of paternal power, in turn, was included in a commentary on *lex Iulia de maritandis ordinibus* and *lex Papia Poppaea*²⁹:

D. 50,17,209 (Ulpianus libro quarto ad legem Iuliam et Papiam)
Servitutum mortalitati fere comparamus.

Ulpianus formulated the general rule, according to which the effects of being captured into slavery were basically equal to those involving death, in the book IV of this commentary where he raised issues of getting married³⁰. The analyzed fragment originally (namely as the part of book IV) was placed next to D. 1,7,46, where one can find out that a son born at the time when his father was in captivity, could become subordinated to him under an appropriate rescript issued by an emperor after the father returned to the Roman territory.

Napoli (1989), 8, 9; See also H. HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatorem*, *Iuris professio*, Festgabe für Max Kaser. Wien-Köln-Graz (1986), 88.

²⁸ The discussed rule, which in the Justinian compilation was given a rank of one of universal rules concerning the interpretation of declarations of will, also comes from the book XV of Ulpianus' *ad Sabinum* commentary that referred to legacies (see O. LENEL, *Palingenesia*, II.1054). A case of legatee was also described therein, who was left two legacies by a testator (sc. *per damnationem*) and the testator reserved that the heir will be obliged to fulfil only one of them not indicating which one he had in mind (D. 30,14). According to Papinianus, whose opinion was shared by Ulpianus as well, this legacy was supposed to be executed, which constituted less burden for the heir (a debtor).

²⁹ These were the so-called matrimonial statutes by Augustus, issued by him correspondingly in the 18 AD and 9 AD (as for the subject area of dating the first one see literature in M. ZABŁOCKA, *Przemiany prawa osobowego i rodzinnego w ustawodawstwie dynastii julijsko-klaudyjskiej*, Warszawa (1987), 78, fn. 8 and 12). As *lex Papia Poppaea* was the appendix to *lex Iulia de maritandis ordinibus*, the both *leges* were examined together and the jurisprudence that was commenting them used the term *lex Iulia et Papia Poppaea* to describe them (see B. BIONDI, *Leges populi romani, Acta divi Augusti*, I, Roma (1946), ff 103; C. FERRINI, *I commentarii di Terenzio Clemente e di Gaio „ad legem Iuliam et Papiam”*, *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di scienze e lettere*, 34 (1901), ff 304; *idem*, *I commentarii di Ulpiano e di Paolo „ad legem Iuliam et Papiam”*, *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di scienze e lettere*, 34 (1901), ff 394).

³⁰ See O. LENEL, *Palingenesia*, II.943.

D. 1,7,46 (Ulpianus libro quarto ad legem Iuliam et Papiam)

In servitute mea quaesitus mihi filius in potestatem meam redigi beneficio principis potest: libertinum tamen eum manere non dubitatur.

As the title seven of the first book of the Justinian Digests concerned among others an adoption³¹, it should be assumed that becoming subordinated to father, that is discussed in the quoted fragment is a case of *adrogatio per rescriptum principis*³². Since only *sui iuris* persons could be arrogated, it should be assumed that an adopted son, mentioned in the quoted fragment, was never subordinated to the paternal power of an adopter, thus he had to be an illegitimate child. Otherwise, the power, which the father obtained as a result of procreating a child in *iustum matrimonium* and which was remaining suspended in the period of his captivity, would revive under *ius postliminii* together with his return to the territory of the Roman Empire³³ without the need of executing *adrogatio*. The situation would be different if the father died. As the paternal power was not hereditary, the death of the guardian of power caused its end³⁴. And in this very sense being captured into slavery (sc. the slavery of war) was not always equal to death³⁵.

In the light of what was said about a possibility of obtaining the paternal power as a result of adoption, one more issue requires specification, namely *adrogatio per rescriptum principis* was allowed in the classical period only exceptionally (hence Ulpianus states about *beneficium*³⁶ in D. 1,7,46) and

³¹ D. 1.7: *De adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur.*

³² See C. CASTELLO, Il problema evolutivo della adrogatio, SDHI 33 (1967), ff 153; J. A. C. THOMAS, Some Notes on adrogatio per rescriptum principis, RIDA 14 (1967), ff 414. Just the opposite G. CASTELLI, Scritti giuridici, Milano (1923), 189 and fn. 43, who believed that *adrogatio per rescriptum principis* was not familiar to classical jurists and he considered D. 1,7,46 as interpolated fragment.

³³ See Gai. Inst. 1,129; D. 49,15,8. See also M. KASER, RPr, I², 290 and the lit. cit. in fn. 15.

³⁴ See V. KOROŠEC, Die Erbenhaftung nach römischem Recht, I: Das Zivil- und Amtsrecht, Leipzig (1927), ff 17; B. BIONDI, Diritto ereditario romano. Parte generale, Milano (1954), 65.

³⁵ Otherwise, for example, on the ground of matrimonial law, to which the book IV of Ulpianus' commentary to *lex Iulia* and *lex Papia* was referred. As both the (certain) death and being captured into slavery of one of spouses caused dissolution of marriage (see D. 24,2,1). As in Roman law a marriage was considered rather as a social fact than a legal relation, although quite early some legal effects were connected to it. Hence, a spouse coming from captivity could not use *ius postliminii*. As only his rights revived based on this good action and relations, which were based on a fact (except from a marriage, possession as well) as a result of being captured into slavery ultimately expired (see M. KASER, RPr, I², 325, fn 3). Obviously, when one returned from captivity, remarriage was allowed (see D. 49,15,8).

³⁶ In the legal language *beneficium* meant certain rights or benefits granted by regulations of

mainly in provinces where *adrogatio per populum*³⁷ could not take place. As this one was executed only in Rome at the assembly of people (*per populum*)³⁸.

* * * * *

One of the possession requirements according to *ius civile* was physical control over a thing (*corpus*). The basis was obviously possession of a thing by seizing hold of the thing (*adprehensio*). Nevertheless, practical needs led to certain weakening as far as this concept is concerned. Therefore, disposal of means (appropriate actions among others) which gave the actual power over a thing, was synonymous to the acceptance that a given person is its possessor. Such a possessor was for example a pledger (a pledgee only held a pledged thing). Thus he could (assuming that he was also its owner) bequeath a legacy (*legatum per vindicationem*)³⁹. Therefore, in this very context, the rule described by Paulus was formulated:

D. 50,17,15 (Paulus libro quarto ad Sabinum)

Is, qui actionem habet ad rem recipendam, ipsam rem habere videtur.

As it comes from the book IV of *ad Sabinum* commentary, which concerned an issue related to legacies⁴⁰.

Two other Paulus' texts concern law of succession as well:

D. 50,17,175 pr.-1 (Paulus libro undecimo ad Plautium)

(pr.) In his, quae officium per liberas fieri personas leges desiderant, servus intervenire non potest. (1.) Non debeo melioris condicionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transit.

D. 50,17,10 (Paulus libro tertio ad Sabinum)

Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.

law, an emperor or a magistracy to particular natural or legal persons, to groups of people or even to the whole provinces. The *beneficium* was a kind of breakthrough in universal and binding previously norms (see W. LITEWSKI, Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego, Kraków (1998), s.v. *beneficium*).

³⁷ See Gai. Inst. 1,100. See also G. MAY, L'activité juridique de l'empereur Claude, RHD 15 (1936), ff 226.

³⁸ See M. KASER, RPr, I², p. 347 and the lit. cit. therein.

³⁹ See D. 32,73,2.

⁴⁰ See O. LENEL, Palingenesia, I.1260.

In *principium* of the first quoted text the mentioned jurist claimed that a slave could not fulfil these duties which should be fulfilled by free persons.

The discussed rule derives from the book XI of a Paulus' commentary on Plautius' writings, which concerned testaments and legacies. According to O. Lenel, possibly only issues related to *lex Iulia de maritandis ordinibus* and its appendix *lex Papia Poppaea*⁴¹ were discussed therein. The author of *palingenesia* does not give detailed grounds of his view, which is justified considering the nature of his work. In my opinion, one can keep it by making certain assumptions. As it is known, Augustus in *lex Iulia et Papia* not only imposed the severe economic and social disadvantages on the unmarried persons (*caelibes*) and childless married persons (*orbi*) but he also enacted plenty of privileges for those, who had numerous offspring. In Romanistic literature it is called either *ius liberorum*⁴² or *ius trium liberorum*, according to source records, which repeatedly mention a requirement of having three children⁴³. Nevertheless it seems – considering that in Augustus' legislation persons having at least one child reclaimed a complete capacity on the grounds of inheritance law and having more children provided special privileges – that the term *ius liberorum*⁴⁴ would be the more proper one. In the context of privileges (and not only admitted by Augustus⁴⁵) which one had due to having children, a question arises if only the children born in *iustum matrimonium* were taken into account. Having in mind the Paulus' opinion quoted above, it should be stated that children born in *contubernium* could not be taken into consideration, at least on the grounds of *lex Iulia et Papia Poppaea*. As only a relationship of two free persons, having fulfilled certain additional requirements, could create a marriage valid in the light of *ius civile*. In a case of men it seems obvious⁴⁶. In relation to women, a question arises whether only children born in *iustum matrimonium* would

⁴¹ See O. LENEL, *Palingenesia*, I.1165 and fn. 5.

⁴² As for *ius liberorum* concept see lit. cit. by M. ZABŁOCKA, *Przemiany*, 82, fn. 71.

⁴³ For the first time, a requirement of having at least three children was formulated in *lex Iulia agraria*. Based on this statute enacted at the reign of Caesar in 59 AD, a division of *ager publicus* has been done in Campania between people having at least three children. See Svet., Iul., 20,3.

⁴⁴ See M. ZABŁOCKA, *Przemiany*, 83, fn. 72 and ff 47, where the author analyses in detail the privileges coming from having larger number of children.

⁴⁵ Such one was, on the grounds of law of succession, a privilege according to which those benefits passed onto people listed in last will, which were not obtained among others by *caelibes* and *orbi*.

⁴⁶ See Paul. Sent. 4,8,4. As the source material clearly emphasizes that children must be born from a marriage permitted by *lex Iulia et Papia Poppaea*. See also R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Padova (1970), 27.

matter for obtaining by her *ius liberorum*, or whether also the children born from illegitimate relationships would be taken into account (including the children born from a relation with a slave). It is justified because there are regulations which allow the statutory succession of a woman from her children regardless of the fact that the dead offspring was or was not born within *iustum matrimonium*. It is referred herein to *S.C. Tertullianum*⁴⁷ issued at the times of Hadrian. To sum up, since such state of affairs had already existed in the first half of 2nd century AD⁴⁸, it seems justified that a rule formulated by jurist living at the times of the Severan dynasty⁴⁹ had exceptions in a case when a woman having children not coming from *iustum matrimonium* was entitled to inheritance or to legacy (in the later period to *fideicommissum* and benefits from *donationes mortis causa* as well). Obviously, being in an actual relationship with a slave (a slave woman) would not be a fulfilment of the fundamental duty, imposed by the Augustus' legislation, namely the duty of being in matrimony during a certain period of life. Hence, free persons living with slaves will be treated as *caelibes*.

Whereas the second rule presented in § 1 constitutes one of varieties of the rule, that was basic for the derivative acquisition of right. According to that, nobody could transfer on the second person more rights than he possessed. Obviously, it was applied also in a case of acquisition of right as a result of succession or acquisition of legacy.

And finally, the rule included in D. 50,17,10 was formulated in relation to *fideicommissum*, which was given by an heir to the person awarded. According to *SC Trebellianum* (from 56 or 57 BC⁵⁰), the latter one obtained a position of an heir (*heredis loco*). Thereby, complaints concerning i.e. the inherited debts were submitted both against him and in favour of his interests⁵¹. Paulus, the author of book III *ad Sabinum* commentary, containing the discussed fragment⁵², meant there, among others, the costs incurred by an heir to keep the bequeathed things in a proper condition⁵³. On the basis of this rule, an issue

⁴⁷ As for this subject area see P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, II², Milano (1963), ff 17. See also M. KASER, RPr, I², 702.

⁴⁸ According to M. ZABŁOCKA (Przemiany, 55) it is highly probable that already Claudius (41–45 AD) allowed women-mothers to the statutory succession from her children (also *vulgo quaesiti*) and to privilege created by Augustus.

⁴⁹ See W. LITEWSKI, *Jurysprudencja rzymska*, 154.

⁵⁰ See D. DAUBE, *Forms of Roman Legislation*, Oxford (1956), 81.

⁵¹ See F. LONGCHAMPS DE BÉRIÉR, *O elastyczność prawa spadkowego. Fideikomis uniwersalny w klasycznym prawie rzymskim*, Warszawa (2006), ff 76.

⁵² See O. LENEL, *Palingenesia*, I.1256.

⁵³ See D. 36,1,20,2. So as well M. HARDER, *Commodum eius esse debet, cuius periculum est*, *Festschrift für Max Kaser*, München (1976), 364.

of parties' liability for disappearance of a thing being the object of *emptio venditio* was adjudicated inter alia, under the circumstances when none of the parties were liable with respect to another one. Therefore, a purchaser who was incurring a risk (*periculum*) related to the disappearance of things (in classical law he was liable even for cases of damages caused by the force majeure – *vis maior*) since the moment of a *perfectio* (a sale is considered *perfecta* when the parties agreed upon the price and the object sold, and the agreement was unconditional) until the moment of receiving the thing being the object of a contract, was obtaining all of the possible benefits arising within such the period of time (for instance, profits connected with the thing he had sold)⁵⁴.

* * * * *

The rules by Marcellus, Pomponius, Ulpianus and Papinianus were also connected with the law of succession.

D. 50,17,192 pr.-1 (Marcellus libro vicensimo nono digestorum)
(pr.) *Ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur.*
(1.) *In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius.*

In the first quoted excerpt, Marcellus stated that things, which could not be divided, should be vindicated in their entirety from individual heirs.

An inscription of this fragment indicates that the discussed rule derived from the book twenty-nine of Digests, where the issues concerning *lex Iulia de maritandis ordinibus* and *lex Papia Poppaea*⁵⁵ were raised. As it has already been mentioned, according to these statutes, some people were unable to acquisition under last will⁵⁶. Such testamentary dispositions became vacant (*caduca*). They were assigned to those who had children and were mentioned in the will⁵⁷. If such heirs or legatees lacked the *caduca* went to the 'treasury

⁵⁴ See D. 22,1,38,7-8; D. 19,1,3,1; D. 19,1,13,13. See also S. WEYAND, Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht, TR 51 (1983), ff 229; G. C. J. J. VAN DEN BERGH, Qui habet commoda fere debet onera, Flores legum H. J. Scheltema oblate, Groningen (1971), ff 21; M. HARDER, Commodum, ff 362; R. ZIMMERMANN, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town–Wetton–Johannesburg (1990), 290, 291. See also M. PENNITZ, Das periculum rei venditae, Wien–Köln–Weimar (2000), ff 146 and 184.

⁵⁵ See O. LENEL, Palingenesia, I.631.

⁵⁶ See above page X

⁵⁷ See Gai. Inst. 2,206; Gai. Inst. 2,286.

of the Roman people' (*aerarium*)⁵⁸. Since Caracalla, it has been only *fiscus*⁵⁹ that mattered. The entitled entities were protected by *vindicatio caducorum*⁶⁰. Whereas the rule included in D. 50,17,192 pr. was applied when impartible things had been included in *caduca*⁶¹.

Also, the fragment included in § 1 derived from that part of book XXIX of Digests discussed the issues concerning the aforementioned Augustus' marital statutes⁶². According to Marcellus, in uncertain cases, acknowledging the more favorable (for parties) interpretation (of factual and legal situation) was not only just, but, more importantly, safe. Moreover, it constituted a part described in D. 28,4,3 pr. where the case of changing a last will by a testator in such a way, that only the provisions concerning an appointment of heir were removed from the will.

D. 28,4,3 pr. (Marcellus libro vicesimo nono digestorum)

Proxime in cognitione principis cum quidam heredum nomina induxisset et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. plerique etiam legatarios excludendos existimabant. quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset: nonnullos opinari id iure ipso peremi quod inductum sit, cetera omnia valitura. quid ergo? non et illud interdum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius. sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Pollione consulibus. 'Cum Valerius Nepos mutata voluntate et inciderit testamentum suum et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur'. et advocatis fisci dixit: 'Vos habetis iudices vestros'. Vibius Zeno dixit: 'Rogo, domine imperator, audias me patienter: de legatis quid statues?' Antoninus Caesar dixit: 'Videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit?' Cornelius Priscianus advocatus leonis dixit: 'Nomina heredum tantum induxit'. Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit: 'Non

⁵⁸ See Gai. Inst. 2,150; Tac., ann., 3,28,3.

⁵⁹ See R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, ff 289; G. PROVERA, *La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano*, Torino (1964), ff 169; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², Milano (1967), ff 451. See also M. ZABLOCKA, *Przemiany*, ff 41.

⁶⁰ See P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², ff 449; R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, ff 311. See also M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*² (ed. K. Hackl), München (1996), ff 543 and the lit. cit. therein.

⁶¹ See R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, 298; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², 450.

⁶² See O. LENEL, *Palingenesia*, I.631.

potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet'. Priscianus dixit: 'Manumisit quosdam et legata dedit'. Antoninus Caesar remotis omnibus cum deliberasset et admitti rursus eodem iussisset, dixit: 'Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit'.

The problem regarded the validity of the remaining regulations included in the will. After Marcellus, according to the rule being discussed, it should be assumed that the testator's will would change only as far as the appointed heirs were taken into consideration. While the other regulations (among others legacies) shall remain valid. To support his opinion, the cited jurist invoked adjudication which had been passed by emperor Marcus Aurelius in an analogous case. There, he claimed that in such a case it would be more reasonable to assume that only these regulations removed by the testator from then could expire. The case described above concerned the so-called *bona vacantia*. The mention of *advocatus fisci* therein came from the fact that in accordance with *lex Iulia de maritandis ordinibus*, *bona vacantia* remarked by Marcellus, was transferred to *aerarium* and later on (probably since Caracalla) it was taken by the *fiscus*. Although the state treasury was not an heir (but a universal successor similar to that), it should have executed the legacies and manumissions⁶³.

The second jurist was the author of an excerpt in which one of the most fundamental rule concerning the inheritance order was included (*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*⁶⁴):

D. 50,17,7 (Pomponius libro tertio ad Sabinum)

Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est 'testatus' et 'intestatus'.

It comes from the part of the book III of a Pomponius' commentary on Sabinus' writings, in which both acquisition and rejection of inheritance were mentioned. Originally it could have been found before D. 28,5,19, where a case was described, in which nobody was appointed to one of the inheritance share⁶⁵. Then the accrual law (*ius adcrecendi*) was applied under which the aforementioned inheritance share fell to other coheirs in a proportion to the

⁶³ See W. LITEWSKI, Rzymskie prawo prywatne, 331.

⁶⁴ As for a detailed analysis of pertinent sources see B. SCHMIDLIN, Die römischen Rechtsregeln, ff. 62 and the lit. cit. therein.

⁶⁵ See O. LENEL, Palingenesia, II.90.

parts which they inherited⁶⁶. Such course of action was taken because in accordance with the mentioned rule a testator could not, in the will, dispose only of a part of his property and leave the rest to statutory heirs. Nonetheless, there were some exceptions of this rule, for instance a soldier's will (*testamentum militis*)⁶⁷. Therefore, in some cases of inheritance in opposition to the will, the rule of *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*⁶⁸ was violated.

Ulpianus, in turn, in his commentary on Sabinus' writings stated enigmatically that the power of refusal belonged to someone who was, in a position to be willing:

D. 50,17,3 (Ulpianus libro tertio ad Sabinum)

Eius est nolle, qui potest velle.

It was only the analysis of whole book III that allowed to explain the original context of this rule. According to O. Lenel an excerpt included in D. 50,17,3 was taken from that part of the book III, in which Ulpianus raised issues connected with inheritance under a will⁶⁹. It was originally next to D. 29,2,4 where the fact that a person appointed an heir could not accept inheritance was not considered the one who refused to accept it:

D. 29,2,4 (Ulpianus libro tertio ad Sabinum)

Nolle adire hereditatem non videtur, qui non potest adire.

It is then highly probable that this rule proceeded by *quia* or *enim* constituted a kind of justification to an heir's behaviour who did not accept inheritance that had been offered him, although he could have done it⁷⁰. This also confirmed a way in which acquisition of inheritance was conducted in Roman law. Only *voluntarii (extranei) heredes* who were entitled to accept

⁶⁶ See also D. 28,5,13[15,17].

⁶⁷ See D. 29,1,6. See also P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I², 480; M. KASER, *RPr*, I², 680, 681 and the lit. cit. therein.

⁶⁸ So in case of a testator omitting his daughters, grandchildren and further descendants or *uxor in manu* in his will, it remained valid but the excluded ones inherited together with the appointed heirs. If they were among *sui heredes* then the excluded obtained whole entitled to him inheritance share whereas when the appointed heirs were numbered among *extranei heredes* the omitted one was entitled to a half of his share *ab intestato*. See Gai. *Inst.* 2,124, D. 37,4,11,1. See also F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, 267.

⁶⁹ See O. LENEL, *Palingenesia*, II.1025.

⁷⁰ See P. STEIN, *Regulae iuris*, 119.

inheritance in accordance with their own free will could not want it at the same time⁷¹. Then a lack of their relevant statement (as well as behaviour which would suggest willingness to accept inheritance – *pro herede gestio*) was sufficient. They could also reject the inheritance⁷². Nevertheless, that was not the case for *necessari heredes* who acquired inheritance under law itself upon the death of a testator even without knowledge and against their will (so not because they wanted it)⁷³.

And finally, the latter jurist Papinianus stated that on the ground of the whole legal system, specific legal norms revoked general regulations of law. All the parts regulating the first of the mentioned types of norms were treated as the most significant ones:

D. 50,17,80 (Papinianus libro trigensimo tertio quaestionum)

In toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.

The discussed rule comes from the book XXXIII of his *quaestiones* referring to *lex Iulia de maritandis ordinibus* and *lex Papia*⁷⁴. It was formed while deliberating on the matters concerning laws of succession of a woman staying in cohabitation with a soldier who left a valid will after his death (*testamentum militis*)⁷⁵.

D. 39,4,14 (Papinianus libro trigensimo tertio quaestionum)

Mulierem, quae stupro cognita in contubernio militis fuit, etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum iure militiae factum et id quod relictum est ad fiscum pertinere proxime tibi respondi.

⁷¹ See C. FADDA, *Concetti fondamentali di diritto ereditario romano*, II, Milano (1949), ff 41; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, Roma (1930), ff 186; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, II, Napoli (1957), ff 16 and 227, fn. 1; B. BIONDI, *Diritto ereditario romano*, ff 235; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², ff 587; A. WATSON, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford (1971), ff 188.

⁷² See D. 28,2,18. See also B. BIONDI, *Diritto ereditario romano*, ff 293.

⁷³ See Gai. Inst. 2,153; Gai. Inst. 2,157; D. 38,16,14. Those included in this category who upon the death of a testator became *sui heredes* had, since the end of the Republic, only the right to refuse the paternal inheritance (*ius abstinendi*). See O. LENEL, EP³, ff 419; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², ff 581.

⁷⁴ Papinianus invoked the discussed rule again in the book II of his *definitiones* where he raised an issue of sanctions for violation of statute's regulations. See D. 48,19,41. See also TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Graz (1955), 901, fn. 1.

⁷⁵ See O. LENEL, *Palingenesia*, I.879.

Testamentum militis was a specific kind of a last will, the origins of which date back to Caesar's time and which was eventually shaped by Trajan. Liberal in form, it also had numerous material conveniences. First of all, a testator did not have to exhaust the whole of inheritance in the will and in this sense the rule of *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*⁷⁶ was violated.

Thus, in the light of the analyzed fragment it should be assumed that general regulations concerning this type of will under which she could have inherited were revoked by detailed regulations of the abovementioned statutes⁷⁷. As they imposed, among others, a duty on citizens to stay in a marriage⁷⁸. A period of time during which a person ought to be in *iustum matrimonium* was 25–60 years for men and 20–50 for women, which probably resulted from the view that after reaching this particular age both a man and a woman were unable to procreate⁷⁹. Those who evaded this duty (*caelibes*), just like the woman from the case being a background to the analyzed rule, could not inherit anything from the will⁸⁰.

* * * * *

The aforementioned Pomponius also raised the issues connected with the security for a debt:

D. 50,17,25 (Pomponius libro undecimo ad Sabinum)

Plus cautionis in re est quam in persona.

⁷⁶ For information about this type of will see M. KASER, RPr, I², 680, 681 and the lit. cit. therein. See also D. 50,17,7 cit. above on page X.

⁷⁷ While according to O. BEHREND (La nuova traduzione tedesca dei Digesta e la critica interpolazionistica, Index 25 (1997), 25) the quoted rule together with the one included in D. 50,17,1 constituted a kind of a methodological hint for compilers when arranging the Digests and choosing particular classics' texts concerning law of succession. In my opinion, first and foremost in the view of the aforementioned context of the discussed rule one cannot agree with such a view.

⁷⁸ It is highly probable that an obligation to stay in a marriage was introduced by *lex Iulia de maritandis ordinibus*, whereas the second of the introduced regulations, i.e. having as many descendants as possible by the subsequent *lex Papia Poppaea*. These issues were elaborated on in detail by M. ZABŁOCKA, Przemiany, ff 35.

⁷⁹ See Plin., Nat. hist., 7,14; D. 1,7,15,2; D. 19,1,21. One should also remember about the issued in 34 BC senate's decree commonly known as *Pernicianum* or *Persicianum*, in accordance with which those who failed to comply with the rules of Augustus' laws on marriage after being respectively 60 and 50 years of age were still liable to sanctions included in them. See M. ZABŁOCKA, Przemiany, 38; E. VOLTERRA, NDI XVI (1969), 1066; M. KASER, RPr, I², 320, fn. 15.

⁸⁰ See Gai. Inst. 2,111; Gai. Inst. 2,144; Gai. Inst. 2,286.

D. 50,17,204 (Pomponius libro vicesimo octavo ad Quintum Mucium)
Minus est actionem habere quam rem.

From the quoted fragments it clearly appears that the mentioned jurist preferred a real security. Whether it was a view prevailing among the classics, is not that obvious due to the lack of sources including other jurists' ideas on this subject⁸¹. An inscription of the first out of the quoted excerpts indicates that it derived from the book XI of Pomponius' commentary *ad Sabinum* where a purchase and sale contract (*emptio venditio*) was discussed. But according to O. Lenel, it rather matched the book X that also treated of an *emptio venditio*⁸². Therein one can find a fragment describing a situation which could be justified by the rule included in D. 50,17,25:

D. 47,2,12,2 (Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum)
Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit. Nec non et ipsi domino dari placet, et sic fit, ut non teneatur furti et agat. Ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. Sed utrum semper creditoris interest an ita demum, si debitor solvendo non est? et putat Pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro duodecimo quaestionum probat: et verius est ubique videri creditoris interesse, et ita Iulianus saepissime scripsit.

Ulpianus mentions there a pledgee, who always had interest in the fact that a thing put in a pledge remained in an untouched condition especially if it turned out a debtor was insolvent⁸³. For that reason he was actively being authorized to submit *actio furti*⁸⁴. Such an opinion was also approved by Pomponius.

⁸¹ According to M. LAURIA (Ius romanum, I.1, Napoli (1963), 139, 140) it was Paulus who in D. 50,17,15 expressed a contrary view to Pomponius which however considering an original context of the mentioned fragment does not seem to hold (see above page X). The fact of repeating the same opinion twice in the title of *de diversis regulis iuris antiqui* in my opinion is not an argument for assuming that it was a prevailing opinion because the quoted excerpts derive from two different masses (*ad Sabinum* and *appendix*).

⁸² See O. LENEL, Palingenesia, II.114. Perhaps we are dealing here with a mistake in transcript made by the compilers who cited book X as the XI one.

⁸³ Maybe this actual situation where due to inefficiency of *actio in personam* entitled against an insolvent debtor through legal relationship secured by a pledge lay at the heart of an opinion that Pomponius included in D. 50,17,204.

⁸⁴ As a pledgee (being a party of an unregistered pledge agreement) was since the late classical period probably also liable for *custodia*. See G.I. LUZZATTO, Caso fortuito e forza

The original context of the fragment included in D. 50,17,204 is, in turn, impossible to determine because it is the only known part of the book XXVIII *ad Quintum Mucium*. Hence, in his palingenesis, O. Lenel did not indicate what it might have concerned⁸⁵. But in my opinion, Pomponius seemed to confirm herein the superiority of the real securities over the personal ones.

It has been mentioned above that there are no proofs in the sources that the Romans valued personal securities for a debt more. Nevertheless, such a state of affairs is indicated by indirect evidences. First, from the cited above D. 47,2,12,2 it clearly appears that in order to benefit from an entitled to him lien, a pledgee had to make huge efforts. This would not have been the case if the debt had been secured for example by a suretyship⁸⁶ the strong side of which was severe personal and property (general) execution. Secondly, such a state of affairs was also influenced by the system of values being in force in the Roman society. One of its main pillars was *fides*, understood as honesty and reliability, among others within a range of keeping one's word⁸⁷. Also some formal acts were based on *fides*, for instance *fidepromissio* or *fideiussio* by means of which a suretyship was conducted⁸⁸. Friendship (*amicitia*) was very significant as well⁸⁹ because a lot of extralegal duties resulted from that⁹⁰,

maggiore come limite alla responsabilita contrattuale, I: La responsabilita per custodia, Milano (1938), ff 233; A. D'ORS, Observaciones sobre el 'Edictum de rebus creditis', SDHI 19 (1953), ff 196; D. NÖRR, Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht, SZ 73 (1956), ff 84. While since the period of late Republic *actio furti* was entitled not only to an owner but also to everyone who had a legal interest in the fact that each and every thing was kept intact (see Gai. Inst. 2,203, D. 47,2,10) *inter alia* to the one who had been responsible for guarding it. See M. KASER, RPr, I², 616, 617 and the lit. cit. in fn. 30.

⁸⁵ See O. LENEL, Palingenesia, II.74.

⁸⁶ It was only Justinian (Nov. 4,1) who gave so-called *beneficium excussionis (ordinis)* providing a surety with a charge of forcing a creditor to sue a principal debtor first and carry out an execution against him. During the classical period (with the exception of so-called *fideiussio indemnitas*) a creditor could pursue claims in accordance with his choice depending on who guaranteed better satisfaction of his claims. See D. LIEBS, Die Klagenkonkurrenz, ff 44; K. H. SCHINDLER, Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen, Köln–Graz (1966), 36; E. LEVY, Principal and Surety in Classical Roman Law, BIDR 14–15 (1951), 217.

⁸⁷ See W. LITEWSKI, Podstawowe wartości prawa rzymskiego, Kraków (2001), 22.

⁸⁸ See W. FLUME, Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen, Weimar (1932), ff 52.

⁸⁹ It is justified among other things by Cicero's wide correspondence. See as an example Cic., Laelius de amicitia, 22,82; 23,86.

⁹⁰ See F. SCHULZ, Principles of Roman Law, Oxford (1936), 223.

among others, granting a suretyship on behalf of a second person regardless of negative consequences it could have carried⁹¹.

To sum up, it seems that included in D. 50,17,25 and then repeated in D. 50,17,204, Pomponius' opinion was an isolated one and despite a relatively good protection of those using real securities, Romans valued personal securities more, mainly a suretyship⁹².

* * * * *

One of the most important effects of legal events, especially legal acts was the acquisition of rights. It might have happened regardless of a possible predecessor's right (the so-called original acquisition) or it derived from the right entitled to a predecessor entity (the so-called derivative acquisition)⁹³. On account of the latter way of acquisition of a right, a rule that no one can transfer more rights to another person than he actually had, was formed⁹⁴. This was mentioned by Ulpianus in his commentary on the praetorian edict:

D. 50,17,54 (Ulpianus libro quadragensimo sexto ad edictum)
Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet.

Nevertheless the aforementioned rule failed to become the one of the general character at first. This was, however, changed by the compilers (placing it in D. 50,17: *de diversis regulis iuris antiquae*). Considering the inscription of a discussed fragment it appears that it comes from the book XLVI of a commentary on the praetorian edict, dedicated to the inheritance issues. According to O. Lenel, Ulpianus herein elaborated on statutory succession and (probably) a connected with it issue of alienation of inheritance (*in iure cessio hereditatis*)⁹⁵. Presumably, for that reason F. Schulz assumed that the analyzed rule was originally read as follows: *heres non plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet si hereditatem adisset*⁹⁶.

⁹¹ See R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligation*, 115.

⁹² Compare P. JÖRS/W. KUNKEL/L. WENGER, *Römisches Recht*⁴, 195.

⁹³ See W. LITEWSKI, *Rzymskie prawo prywatne*⁵, Warszawa (2005), 152.

⁹⁴ However, it was not a mandatory rule because there were some exceptions to it. For example, a pledgee or a surety who was not an owner of an alienated thing would transfer its ownership to an acquirer as a result of selling the item. See F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, 352 and the sources cit. therein. See also M. KASER, *Das Geld im römischen Sachenrecht*, TR 29 (1961), 201; *idem*, *Zur iusta causa traditionis*, BIDR 64 (1961), 87.

⁹⁵ See O. LENEL, *Palingenesia*, II.722 and a fn. 1. See also O. LENEL, EP³, 356.

⁹⁶ See F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, 351. Compare also a reconstruction of U. VON LÜBTOW,

An excerpt from a commentary on Sabinus' writings may be a confirmation of such hypothesis:

D. 41,1,20 pr. (Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum)

Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert. si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfer.

It mentions *mancipatio* (according to compilers *traditio*) of the plot of land⁹⁷. Since it was also written by Ulpianus, it is possible that a rule included therein had been created by Sabinus and the author of a commentary enunciated it exactly by the way *in iure cessio hereditatis* and *mancipatio*⁹⁸.

The rule *nemo plus iuris*, only in a slightly different form, can be found in a Pomponius' fragment as well:

D. 50,17,11 (Pomponius libro quinto ad Sabinum)

Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest.

It derives from the book V of the Pomponius' commentary *ad Sabinum* where the legacies are mentioned⁹⁹. Consequently, the one that was not an owner of a bequeathed thing could not validly bequeath *per vindicationem*¹⁰⁰. As *legatum per vindicationem* had effects in rem, in other words a legatee acquired property (as well as some *iura in re aliena*¹⁰¹) immediately after an heir acquired the inheritance (that was according to the Sabinians, whose opinion probably won through; initially it was the Proculeans' standpoint that prevailed – the latter demanded a separate will from a legatee in order to acquire this kind of legacy).

Hand wahre Hand. Historische Entwicklung, Kritik und Reformvorschläge, Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin (1955), 145. See also B. BIONDI, *Diritto ereditario romano*, 15.

⁹⁷ See O. LENEL, *Palingenesia*, II.1122 and fn. 5. It is apparent that in the quoted fragment it was *mancipatio* that had been originally discussed because in the classical law an effective transfer of property (i.e. *dominium ex iure Quiritium*) of things belonging to *res Mancipi* (and such were among other things Italian plots of land) required carrying out a formal disposal act (apart from *mancipatio*, for instance *in iure cessio* was also included). See P. VOGLI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano (1952), ff 7.

⁹⁸ See H. KUPISZEWSKI, *Regula iuris*, 67.

⁹⁹ See O. LENEL, *Palingenesia*, II.94.

¹⁰⁰ Gai. Inst. 2,196; Ulp. Ep. 24,7.

¹⁰¹ See PS. 3,6,17. See also F. MESSINA VITRANO, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano*, I, Palermo (1912) (reprinted in Roma 1972).

The acquisition of a right could also have taken place as a result of a general succession, being a transition of rights in their entirety¹⁰². It happened mainly in a case of inheritance¹⁰³, when the rule *nemo plus iuris* was also applied. Paulus mentioned it:

D. 50,17,120 (Paulus libro duodecimo ad edictum)
Nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit.

According to the quoted jurist no one leaves to their heir more profits than they actually had. The discussed rule comes from the part of the book XII *ad edictum*, which referred to its § 47 title XV in a version reconstructed by O. Lenel¹⁰⁴. It seems to determine the boundaries of protection that was anticipated therein by a praetor for an heir who for instance, owing to his age or absence due to conducting state affairs, was not able to claim his rights to inheritance and on account of this suffered a loss¹⁰⁵.

¹⁰² See M. KASER, RPr, I², 673 and the lit. cit. therein.

¹⁰³ But also in case of *conventio in manum* of *sui iuris* woman, *adrogatio* and *bonorum emptio*.

¹⁰⁴ See O. LENEL, EP³, ff 129. See also O. LENEL, Palingenesia, I.988.

¹⁰⁵ See D. 4,1,6.

Die beschädigten Objekte nach dem 1. Kapitel der *lex Aquilia*

Peter Pieler

In ihrem 1. Kapitel legte die *lex Aquilia* bekanntlich fest, dass derjenige, der fremde Sklaven beiderlei Geschlechts oder vierfüßige Herdentiere *iniuria* getötet hat, deren Höchstwert im letzten Jahr ersetzen muss. Neben anderen Problemen, welche in Anbetracht ihrer juristischen Valenz die Wissenschaft häufig beschäftigten, war die Frage nach dem Verständnis der *quadrupes pecudes* eher ein Stiefkind der Forschung. Wenn ich also einen gewiss weniger bedeutenden Beitrag ausgewählt habe, um meinen lieben Fachkollegen aus der Wien nächsten Universität zu ehren, dann veranlasst mich dazu das uns gemeinsame Bestreben, den Blick auf Quellen zu richten, die bislang ungenützt geblieben sind.

Als im ersten vorchristlichen Jahrhundert die Diskussion der römischen Juristen einsetzt, die uns erhalten geblieben ist, lenkt Gaius unsere Aufmerksamkeit auf den Kreis der Tiere, welche unter dem Begriff der *quadrupes, qua e pecudum numero sunt et gregatim habentur*¹ verstanden wurden. Als Beispiele führt er Schafe, Ziegen, Rinder, Pferde, Maulesel und Esel an. Ob auch Schweine unter die Bezeichnung fielen, qualifiziert er als Rechtsfrage (*quaeritur*)² und überliefert die bejahende Entscheidung Labeos, die sich durchgesetzt habe³. Der Grund für den Zweifel der republikanischen Juristen, Schweine zu den *quadrupes pecudes* zu zählen, liege nach Wesel⁴ und von Lübtow⁵ darin, dass man als Weidetiere in erster Linie solche bezeichne, die einer dauernden Nutzung dienten. Ich meine, dass diese Auffassung von den genannten Autoren wohl nach der Reihe der Beispiele, die Gaius beibringt, erschlossen wird, sich aber nicht aus dem Wortlaut der *lex*

¹ D. 9,2,2,2 Gai 7 ed. prov.

² Zum Begriff *Quaestio* F. WIEACKER, Römische Rechtsgeschichte, München (1988) (=Handbuch der Altertumswissenschaft III, 1, 1) 574 u. N7, U. WESEL, Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen, Köln-Berlin-Bonn- München (1967), sieht in der Fragestellung eine möglicher Weise alte Juristenkontroverse.

³ So U. v. LÜBTOW, Untersuchungen zur Lex Aquilia de damno iniuria datum, Berlin (1971), 19; Dafür spricht auch der Basilikentext 60,3,2, der - ohne die Kontroverse, die Gaius in D. 9,2,2,2 beschreibt, zu erwähnen – das Schwein direkt unter den Beispielen für ein τετράποδον ἀγέληδὸ συνέμενον aufzählt.

⁴ WESEL, a.a.O. 51.

⁵ v. LÜBTOW, a.a.O. 19.

ergibt. Mag zwar das Schwein in erster Linie Schlachtzwecken und somit der Fleischversorgung dienen, so ist auch bei Schafen und Ziegen dieser Gebrauch nicht unwichtig. Aber auch beim Schwein wird eine etwa zur Unzeit erfolgende Tötung dem Eigentümer eine Einbuße an Nutzung bringen, wie auch der für die Tierzucht entgangene Gebrauch einen Schaden darstellt. Vom Aspekt des Schadenersatzes rechtfertigt die widerrechtliche Tötung eines Schweines wohl schwerlich den Ausschluss gerade dieses Tieres⁶ von der aquilischen Haftung. Der Zweifel der römischen Juristen könnte sich vornehmlich am Charakter des Schweines als Herdentier entzündet haben, der offenbar in Zeiten der sinkenden italischen Landwirtschaft in Vergessenheit geraten war. Die Unsicherheit, die Labeo beseitigt, muss ja keine alte Streitfrage gewesen sein. Labeo könnte ja auch von einem künftigen Kläger gefragt worden sein, ob er die *a° legis Aquiliae* wegen *occidere* nach dem 1. cap der *lex* oder wegen *corrumpere* nach dem 3. cap erheben sollte. Dass Labeo dazu riet, die Klage nach dem ersten Kapitel zu erheben, könnte in seinem Wissen begründet gewesen sein, dass Schweine seit alters als *pecudes* aufgefasst wurden. Dafür muss man nicht außerrömische Quellen in Erinnerung rufen wie den göttlichen Sauhirten Eumaios⁷, sondern eher in der älteren, der Entstehungszeit der *lex Aquilia* näheren Überlieferung suchen.

Die „*lex*“ wird traditionell⁸ auf 286 v. Chr. datiert. Dieser zeitliche Ansatz wird gewonnen aus dem von Theophilus in seiner Institutionenparaphrase⁹ behaupteten zeitlichen Zusammenhang „einer Trennung der plebs vom Senat

⁶ Der Ausweg, wegen der Tötung eines Schweins nach dem 3. Kapitel der *lex Aquilia* zu klagen, dürfte ursprünglich noch nicht zum Erfolg geführt haben, da dieses möglicherweise erst später angefügt wurde (M. KASER, Das römische Privatrecht 1, München (1971), (= Handbuch der Altertumswissenschaft X, 3, 3, 1) 161 N. 59); dagegen freilich skeptisch D. NÖRR, Texte zur Lex Aquilia in: Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag, Wien-Köln-Graz (1986), 211-219, insbes. 214f.

⁷ WESEL, a.a.O. 51; wobei ich nicht verkenne, dass Homerzitate sehr wohl unter Gebildeten der juristischen Beweisführung dienen wie etwa in der Frage der Unterscheidung von Kauf und Tausch (D. 18,1,1,1) „*Sabinus Homero teste utitur*“. Aber dann musste der Text angeführt werden. Solches geschieht auch prompt in Inst. Just 4,3,1: *quod autem non praecise de quadrupede, sed de ea tantum quae pecudum numero est cavetur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis neque de canibus cautum esse intellegamus, sed de his tantum, quae proprie pasci dicuntur, quales sunt equi muli asini boves oves caprae. De suisibus quoque idem placuit: nam et sues pecorum appellatione continentur, quia et hi gregatim pascuntur; sic denique et Homerus in Odyssea ait, sicut Aelius Marcianus in suis institutionibus refert: δῆεις τόν γε σύεσσι παρήμενον· αἱ δὲ νέμονται παρ Κόρακος πέτρῃ ἐπὶ κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.*

⁸ Vgl. H. HAUSMANINGER, Das Schadenersatzrecht der *lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien (1996), 8f.

⁹ Theophili antecessoris paraphrasis Institutionum, ed. J. H. A. Lokin/R. Meijering/B. H. Stolte/N. van der Wal, Groningen (2010), 4,3,15 (p. 772).

als Aquilius (dieser war nämlich Volkstribun) die *lex Aquilia* rogiert hatte“. Wenn man diese Trennung vom Volk und Senat als *secessio* betrachtet, die durch die *lex Hortensia* befriedet wurde, gelangt man zum Datum von etwa 286 v. Chr. Fraglich ist freilich der behauptete Konnex zwischen der *secessio* und der *rogatio* des *plebiscitum*, das die *lex Aquilia* auch nach den römischen Quellen (Ulp. D. 9,2,1,1) dargestellt hat. Für den Zusammenhang zwischen der *lex Aquilia* und der zur Datierung benutzten *secessio* wurde auch ein Scholion zu B 60,3,1 bemüht, jedoch sagt dieser Text letztlich nur dasselbe wie Theophilus¹⁰. Zu den häufig geäußerten Bedenken gegen die Konstruktion aus den byzantinischen Quellen, möchte ich noch hinzufügen, dass die byzantinischen Juristen, wenn sie auch die theoretische Möglichkeit besaßen, historische Quellen zu benützen, die uns heute verloren sind, diese schwerlich für die Frage nach dem Entstehungsjahr der *lex Aquilia* durchsucht haben dürften. Allerdings ist auch ohne Berufung auf die antecessores Justinians aus dem von den Juristen festgehaltenen engen Verständnis von *occidere* gegenüber der an der Wende vom 3. zum 2. Jahrhundert feststellbaren Bedeutungserweiterung des Wortes die Entstehung daher nicht allzu nahe am Ende des 3. Jahrhunderts anzunehmen¹¹. Mag diese Erkenntnis nach Nörr „wahrhaftig kein aufregendes Ergebnis“ darstellen, so reicht es allemal aus, um die Zeit zu bestimmen, für die wir nach der Existenz von „Schweineherden“ suchen müssen. Unsere Nachschau nimmt ihren Anfang bei den Berichten über die für Rom katastrophale Schlacht am Trasimenischen See. Ihren Ausgang führen zeitgenössische Kritiker eher auf den Zorn der Götter über die sakralrechtlichen Versäumnisse des Consuls C. Flaminius als auf seine Unbesonnenheit zurück¹². Als Sühne für dessen Hybris ordnete man eine Reihe von Maßnahmen zur Versöhnung der Götter an¹³, unter welchen auch ein Weihefrühling¹⁴ gelobt werden sollte. Gemäß dem Gutachten des *pontifex maximus* L. Cornelius Lentulus müsse dieses *ver sacrum* unter Zustimmung des Volkes gelobt werden¹⁵. Livius überliefert uns die gegenständliche *rogatio* mit den Worten¹⁶

¹⁰ Daher führe diese Methode nach D. NÖRR, *Causa Mortis*, München (1986), 126f zu keinem brauchbaren Ergebnis. Positiv äußert sich allerdings Th. MAYER-MALY in *Göttingische Gelehrte Anzeigen* (1974), 131f. und WIEACKER, a.a.O. (N. 2) 419 N 45, W. M. GORDON, *Dating the Lex Aquilia*, *Acta Juridica* (1976), 315-321, läßt die Frage offen.

¹¹ So NÖRR, a.a.O. 138.

¹² Livius 22,9,7.

¹³ Livius 22,9,8-10.

¹⁴ *Ver sacrum*; vgl. W. EISENHUT, s.v. RE 8A, 1 (1955) 912 - 919; insbes. 913f.

¹⁵ Livius 22,10,1: *iniussu populi voveri non posse*.

¹⁶ Livius 22,10,2-6; Zu dem in der historischen Überlieferung schwankenden Text s. M. ELSTER, *Die Gesetze der mittleren römischen Republik. Text und Kommentar*,

Velitis iubeatisne haec sie fieri? Si res publica populi Romani... servata erit hisce duellis, quod duellum populo Romano cum Carthaginiensi est, ... datum donum duit populus Romanus Quiritium, quod ver attulerit ex suillo ovillo caprino bovillo grege, quaeque profana erunt, Iovi fieri, ...

Wollt ihr und befehlt ihr, dass folgendes so geschehe? Wenn der Staat des römischen Volkes gerettet sein wird aus diesen Kriegen, wie ihn das römische Volk mit dem Karthagischen führt... möge das römische Volk der Quiriten als Geschenk dem Jupiter geben, was der Frühling bringen werde aus der Herde der Schweine, Schafe, Ziegen und Rinder, soweit diese noch nicht geweiht sind.

Wir finden also hier aus dem Jahre 217 eine offizielle Aufzählung der in Herden gehaltenen Tiere, unter denen die Schweine die erste Stelle einnehmen.

Es existiert noch ein zweites Zeugnis für die archaische Schweinehaltung in Herden, das freilich keinen so authentischen Text wie die Formel des Votums von 217 darstellt. Vielmehr erzählt Cicero¹⁷ eine alte Geschichte über die Entstehung des Augurats.

Unter der Regierung des Priscus Tarquinius habe Attus Navius durch den Augurenstab eine Einteilung der Regionen gemacht. Dieser Navius habe wegen seiner Armut als Knabe Schweine geweidet¹⁸ und eines von ihnen verloren; der Rest der Geschichte ist für unsere Zwecke unerheblich. Hier ist es nämlich bloß wichtig, dass für die Königszeit angenommen wird, dass in Rom Schweineherden geweidet wurden.

Die beiden Stellen mögen also zur Genüge beweisen, dass die Herdenhaltung von Schweinen gleich jenen von Schafen und Ziegen im ältesten Rom alltäglich war. Wir können daher getrost annehmen, dass von alters her das *occidere* von Schweinen eine *actio legis Aquiliae* zur Folge hatte. Es scheint bloß im Laufe der Zeit dieses Wissen verkümmert zu sein, bis Labeos historische Interpretation es erneuert hat.

Am Ende der Untersuchung der Frage nach den Eigentümern welcher Tiere die Klage wegen deren Tötung (nach dem 1. Kap.) zustand, ist noch auf den letzten Satz von D. 9,2,2,2 einzugehen, in dem Gaius meint, auch *elephanti* und *cameli* zählten in seiner Zeit zu den *pecudes*. Die Echtheit dieses Satzes

Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt (2003), 195ff; F. SCHULZ, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar (1961), 40 nennt das Votum von 217 als der Substanz nach alt, wengleich die Sprache jung erscheint. In den hier interessierenden Passagen ist der Text unstrittig.

¹⁷ De divinatione, 31.

¹⁸ *Qui (Attus Navius) cum propter pauperietatem sues puer pasceret, una ex iis amissa...*

wurde insbesondere von Eisele¹⁹ bestritten und von Wesel²⁰ als zweifelhaft angesehen. Sehen wir uns die Argumente beider Autoren näher an.

Gaius erläutert, dass Hunde nicht zu den *pecudes* zählen. Viel weniger noch gehörten zu deren Zahl die *ferae bestiae* wie Bären, Löwen oder Panther. Dann kommt er mit „autem“ einen Gegensatz ausdrückend auf die Elefanten und Kamele zu sprechen, die er letzten Endes zum Anwendungsbereich des 1. cap der *lex* rechnet. Diese Aussage konfrontiert Eisele unvermittelt mit Gai. Inst. 2,16, wo die Frage abgehandelt wird, welche Tiere als *res Mancipi* aufzufassen seien.

Bären und Löwen würden in Gaius 2,16 nicht zu den *res Mancipi* gezählt, sondern sie seien *ferae bestiae*. So auch die nahezu wilden Tiere, wie Kamele und Elefanten. Daher tue es nichts zur Sache, dass diese (letzteren) Tiere auch an Hals und Rücken gezähmt zu werden²¹ pflegen. Dies stellte ein wichtiges Kennzeichen der *res Mancipi* dar. Immerhin räumt Eisele ein, dass die Ausführungen des Gaius die *res Mancipi* betreffen²² „und man könne an sich ja es für möglich halten, dass das für ihn nicht maßgebend gewesen sei, wenn es sich um die Frage handelte, ob diese Tiere unter die Bestimmung des I. Capitels der *lex Aquilia* fallen“. Ohne diesen Gedanken weiter zu verfolgen, entscheidet er sich aber sofort für die Interpolationsbehauptung. Was sind aber *res Mancipi* im Gefüge des alten Rechts?

Res Mancipi sind bloß die für die Landwirtschaft unentbehrlichen Großtiere wie Rinder, Pferde, Maulesel und Esel²³, nicht aber gehören die kleineren Herdentiere wie Ziegen und Schafe dazu. Wenn es also *res nec Mancipi* gibt, die als vierfüßige Herdentiere sehr wohl unter die *pecudes* des 1. Kap. der *lex* gefallen sind, wie Gaius bezeugt, kann die Eigenschaft eines Tieres, *res Mancipi* zu sein, nicht ausschlaggebend für die Qualifikation der *lex Aquilia* gewesen sein.

Bezüglich der Kamele und Elefanten, sieht Gaius den wahren Grund dafür, dass sie nicht zu den *res Mancipi* zählen, insoweit wieder historisch denkend, dass zu der Zeit, als die Unterscheidung getroffen wurde, welche Tiere *res Mancipi* und welche es nicht seien, in Rom Kamele und Elefanten nicht einmal dem Namen nach bekannt gewesen seien²⁴.

¹⁹ Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen. IV. Beitrag, ZSt 18 (1897) 1-43, vornehmlich 17f.

²⁰ A.a.O. 51.

²¹ Gai. Inst. 2,16: *et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsove domari solent.*

²² Nach Gai. Inst. 2,15 meinten die Prokulianer, erst nach Zähmung würden Rinder, Pferde und Esel zu *res Mancipi*; vgl. KASER, a.a.O. (N. 6) 123 u. N. 18.

²³ So KASER, a.a.O. 123 u. N. 18.

²⁴ So bei Gai. Inst. 2,16 am Ende.

Es besteht daher kein Anlass, zwischen den Tieren, deren Tötung eine Klage nach dem 1. Kap. der *lex Aquilia* zulasse und deren Zugehörigkeit zum Kreis der *res Mancipi* einen Zusammenhang zu konstruieren. Die Erwähnung der Kamele und Elefanten in D. 9,2,2,2 (aus Gai, ed. prov. gewonnen) muss daher nicht im Wege einer Interpolation Justinians in den Digestentext gekommen sein.

Was allerdings am Gaiustext als Unschönheit verbleibt, liegt in dem Verweis des Gaius auf die *fera natura* der Kamele und Elefanten, die dazu führe, dass die beiden Tierarten „*qua si mixti sunt*“. Man würde erwarten, dass der Schluss dann laute „dennoch“ fielen sie unter das erste Kapitel, der Text aber besagt aber gerade im Gegenteil, dass dies „daher (*ideo*)“ der Fall sei. In gleicher Weise stört auch im abschließenden Resumè über die *camelis et elephantis* das Wort *eas*, denn diese Tiere sind männlichen Geschlechts. Man würde also korrekt *eos contineri* erwarten²⁵.

Sind diese sprachlichen Ungereimtheiten ausreichend, um einen Interpolationenverdacht zu begründen? Sehen wir das Scholion²⁶ zu B. 60,3,1 (= D. 9,2,2,3) das sich als Übersetzung eines besseren Texts darstellt als die Version der *Florentina* (F) bietet.

Κάμηλοι δὲ καὶ ἐλέφαντες, ἐπειδὴ ὡσπερ μεμιγμένης εἰσὶν ἐνεργείας καὶ ἐργάζονται ἡμῖν ὡς τὰ λοιπὰ νωτοφόρα, περιέχεται τῷ 1. κεφαλαίῳ τοῦ νόμου, εἰ καὶ ἡ φύσις αὐτῶν ἀγρία ἐστίν.

Er lautet in Deutsch „Kamele und Elefanten, da sie gleichsam gemischter Tätigkeit nachgehen und uns wie die übrigen Rückenträger (=Lasttiere) dienen, unterliegen dem 1. Kapitel des Gesetzes, auch wenn ihre Natur wild ist“.

Wenn man das Scholion als aus der Antecessortenlektüre²⁷ stammend ansieht, was wohl überaus wahrscheinlich ist, ist der ihm zu Grunde liegende lateinische Text, die richtige Version des justinianischen Textes von D. 9,2,2,3. Seine Gedankenführung vermeidet alle Fehler, die Eisele und Wesel rügen. Der Text, den F. bietet, ist zwischen der lateinisch nicht erhaltenen Fassung und der Abschrift von F. verdorben worden, vielleicht durch nicht sachgemäße Kürzung. Dass der griechische Text zum Gaiustext angefertigt wurde, halte ich für höchst unwahrscheinlich, genauso wie die Annahme, der überlieferte

²⁵ In diesem Sinne hat auch Haloander emendiert; vgl. D. 9,2,2,2 ed. P. Krüger, p. 156 N. 6.

²⁶ Series B, VIII (ed. H.J. Scheltema/D. Holwerda/N. van der Wal) Groningen (1983), 3090.

²⁷ Ein Verfassername ist nicht angegeben, aus stilistischen Gründen könnte man an Dorotheos denken.

F-Text sei von den Kompilatoren erzeugt worden²⁸, da diese einen derart fehlerbehafteten Text schwerlich hergestellt hätten. Der letzte Satz der Stelle B 60,3,1 zeigt auch, dass der ältere Anonymus, auf dem der Basiliken Text beruht, die logischen Fehler von F. vermeidet. Auch hier liegt wieder einmal ein F-Text vor, der die justinianische Version nicht wiedergibt²⁹.

Ich meine, derart den Verdacht Eiseles, der die Kamele und Elefanten nicht dem Gaius, sondern offenbar Justinian zusprechen will, entkräftet zu haben. Freilich kann man nicht strikt beweisen, dass Gaius, ad ed. prov. schon diese Tiere enthalten hat. Aber gerade in einem Text aus einem Kommentar zum Provinzialedikt wäre dieser Inhalt (als Zusatz?) für orientalische oder afrikanische Provinzen eine nicht unpassende Erweiterung. Sie zeigt die Funktion des römischen Rechts als ein für die Oikumene taugliches Recht. Dass Gaius Kamele und Elefanten als im Römischen Reich vorkommende Nutztiere gekannt und gewürdigt hat, zeigt er schon in seinen Äußerungen zu den *res Mancipi*.³⁰

²⁸ So aber Eisele, vgl. ed. Krüger, p. 156 N. 5.

²⁹ Vgl. auch F. BRANDSMA, *Dorotheus and his Digest translation*, Groningen (1996), sowie P. E. PIELER, *Zur Hermeneutik der byzantinischen Rechtstexte*, in: M. Avenarius (Hrsg.), *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, Baden-Baden (2008), 364 ff.

³⁰ S. oben N. 24.

Osobní stav duchovních: manželství, mnišství nebo celibát?

Stanislav Příbyl

1. Pastorální epištoly - 2. Monogamie v novozákonní době - 3. Vývoj na křesťanském Východě - 4. Vývoj v latinské církvi - 5. Souhrnné poznámky

1. Pastorální epištoly

Nejstarší svědectví o žádoucím osobním stavu duchovních v církvi obsahují tzv. „pastorální epištoly“, pocházející ještě z prvního křesťanského století. Jedná se o tři listy, připisované sv. Pavlu (Pavel z Tarzu) a obsažené ve čtrnáctičlenné sbírce *corpus Paulinum*, která tvoří významnou součást novozákonního biblického kánonu. Některé vnitřní i vnější důvody (styl, slovník, reálie) snad svědčí o jejich pozdějším vzniku oproti prokazatelně autentickým apoštolovým epištolám. Je tak nasnadě autorství některého z Pavlových žáků, jemuž šlo o zachování autentického pavlovského teologického dědictví i za cenu „zbožné lži“ (*pia fraus*) ohledně skutečného autora. Adresáty listů jsou ostatně právě dva z nich, totiž v případě prvních dvou listů Timoteus (1 Tim a 2 Tim) a dále Titus (Tt).

V prvním listu Timoteovi jsou uvedeny „kvalifikační předpoklady“ uchazečů o biskupskou a jáhenskou službu (*Klerikerspiegel*); obdobně pak v listu Titovi nacházíme ještě jednou seznam požadavků, kladených na presbytery, z něhož je ovšem v kontextu patrné, že jde o analogický text vůči seznamu z prvního listu Timoteovi, týkajícího se episkopů (biskupů). V průběhu výčtu se pak totiž alternativní označení *episkopos* vsutku objeví: „Neboť biskup má být bezúhonný jako správce Božího domu.“¹

Seznam v prvním listě Timoteovi je uveden základní ideou: „Věrohodné je to slovo: Kdo chce být biskupem, touží po krásném úkolu.“² Poté následuje výčet pozitivně i negativně formulovaných vlastností, jimiž se má *episkopos* vyznačovat: „Nuže, biskup má být bezúhonný, jen jednou ženatý, střídavý, rozvázný, řádný, pohostinný, schopný učit, ne pijan, ne rváč, nýbrž vlídný, smířlivý, nezištný. Má dobře vést svou rodinu a mít děti poslušné a počestné; nedovede-li někdo vést svou rodinu a mít děti poslušné, jak se bude starat

¹ Tt 1,7a.

² 1 Tim 3,1.

o Boží církev? Nemá být nově pokřtěný (neofyta), aby nezpyšněl a nepropadl odsouzení ďáblu. Musí mít také dobrou pověst u těch, kdo jsou mimo církev, aby nepadl do pomluv a ďáblových nástrah.³

Z celé série požadavků, kladených na kandidáta biskupské služby, vystupuje nápadně do popředí předpoklad, že bude „jen jednou ženatý“.⁴ Zdá se, že Ježíšem hlášaná etika monogamního manželství v kázání na hoře se z pozice ideálu, jímž se mají učedníci řídit, stává již samozřejmostí pro ty z věřících, kteří vedou církevní obec a mají být vzorem všem ostatním křesťanům: „Ježíšova slova v Mt 5,32 a Mk 10,11 mají v církevní obci platnost. Kdo je ženatý, je vázán po celý život ke své ženě. Kdo se byť po řádném rozlukovém řízení znovu žení, stává se mužem dvou žen. Tak hluboce chápe apoštolské slovo jednou uzavřené manželské pouto.“⁵ Ježíšova záповeď rozvodu má ostatně v dějinách církve své bohaté dějiny působení (*Wirkungsgeschichte*), které se vtiskly do rozvoje stále sofistikovanější kanonickoprávní disciplíny manželství. Pastorální listy stojí svým požadavkem, kladeným na episkopy a diakony, na počátku tohoto procesu.

2. Monogamie v novozákonní době

Existují však i jiné možnosti výkladu formule „jen jednou ženatý“, doslova: „muž jedné ženy“ (*mias gynaikos anér*). Může se například jednat o prostý zákaz polygamního soužití. V tomto případě by se naopak na episkopy a diakony kladl velmi minimalistický požadavek: „Monogamie byla v řecko-římském světě zdaleka nejširěji přijímaná forma uskutečňování manželství, ačkoli možnost polygamie existovala v židovských kruzích, neboť i židé přejímali praxi převládající v okolí jejich diaspor.“⁶ Výklad ve smyslu pouhého zákazu polygamie se objevuje v pozdějším kanonickoprávním vývoji, neboť „je podpořen také Apoštolskými konstitucemi, které k požadavku vůči muži, aby byl *mias gynaikos anér* připojují vzhledem k ženě *monogamou* (Const. Ap. II 2,2)“.⁷

Další možností je chápání „muže jedné ženy“ jako toho, který se po ovdovění znovu neoženil. Ve prospěch této teze svědčí „tendence, podle níž

³ 1 Tim 3,2-7.

⁴ 1 Tim 3,2; o diakonech: 1 Tim 3,12.

⁵ BRANDT, D. W.: Das anvertraute Gut. Eine Einführung in die Briefe an Timotheus und Titus. Hamburg (1959), s. 46.

⁶ TOWNER, P. H.: The Goal of our Instruction. The Structure of Theology and Ethics in the Pastoral Epistles. Sheffield (1989), s. 231.

⁷ SCHWARZ, R.: Bürgerliches Christentum im Neuen Testament? Eine Studie zur Ethik, Amt und Recht in den Pastoralbriefen. Klosterneuburg (1983), s. 47.

v řecko-římském světě požívaly úcty ženy, které se po smrti svého manžela znovu neprovdaly a byly označovány jako *univira*. Avšak tato interpretace naráží na 1 Tim 5,14, kde se mladé vdovy vyzývají k novému sňatku⁸. Z pohledu přísnějšího požadavku, kladeného na episkopa oproti ostatním členům obce, lze však i tuto interpretaci přijmout: „Zatímco apoštol křesťanům výslovně dovoluje druhý sňatek, vůči představitelům křesťanské obce stanoví tento vysoký požadavek, a to zároveň jako první krok k ideálu bezženství, jak jej církev uložila v pozdějších dobách coby závazek nositelů úřadů.“⁹

Za vysokými požadavky, kladenými na manželství episkopů či diaconů, se kromě splnění požadavku vzorného dodržení Ježíšem požadované monogamie navíc skrývá snaha najít záruku osvědčenosti těchto mužů při vedení vlastní rodiny a domácnosti: „Má dobře vést svou rodinu a mít děti poslušné a početné; nedovede-li někdo vést svou rodinu, jak se bude starat o Boží církev?“¹⁰ Analogie mezi vedením vlastní domácnosti a spravováním církevní obce je umožněna díky pojetí církve jako „Božího domu“, typickému právě pro pastorální listy: „Doufám, že k tobě brzo přijdu. Ale píši ti to pro případ, že bych se opozdil, abys věděl, jak je třeba si počínat v Božím domě (*in domo Dei*), jímž je církev živého Boha, sloup a opora pravdy.“¹¹

3. Vývoj na křesťanském Východě

Pseudoapoštolská sbírka *Canones 85 Apostolici*, sepsaná pravděpodobně koncem 4. století v Sýrii a dodnes považovaná v pravoslaví za pramen kanonickoprávní disciplíny, odporuje ve svém pátém kánonu přespříliš asketické praxi propouštění manželek ze strany jejich manželů, kleriků: „Biskup nebo kněz nebo jáhen nesmí odvrhnouti od sebe svoji manželku pod záminkou zbožnosti. Zavrhne-li ji však, budiž zbaven úřadu (suspendován) a bude-li nepovoleným, budiž zbaven duchovenské hodnosti.“¹² Týž právní pramen však již stanoví pro kleriky zákaz sňatku po přijetí svěcení (řecky *cheirotonia*, „rukopoložení“), v kanonickém právu později označovaný jako manželská překážka svěcení (*ordo*): „Nařizujeme, že z těch, kteří vstoupili do kleru svobodní, mohou vstoupiti do stavu manželského jen žalmisté

⁸ TOWNER, P. H.: *The Goal of our Instruction...*, s. 231.

⁹ REUSS, J.: *Der Erste Brief an Timotheus*. Düsseldorf (1964), s. 48.

¹⁰ 1 Tim 3,5; srov. Tt 1,6; o diakonech: 1 Tim 3,12.

¹¹ 1 Tim 3,14-15.

¹² Pravidla svatých apoštolů. In: *Pravidla všeobecných a místních sněmů i sv. otců pravoslavné církve*. Praha (1955), s. 5-18.

a zpěváci.¹³ Kodex kánonů určený pro ty z východních církví, které se historicky připojily nebo nikdy neodloučily od jednoty s Římem, promulgovaný roku 1990 (*Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*), formuluje po patnácti stech letech ve své podstatě tutěž překážku: „Neplatně se pokouší o uzavření manželství, kdo přijal vyšší svěcení.“¹⁴

Plošné zavedení povinné zdrženlivosti kleriků mělo při jednání Niceského koncilu (r. 325) narazit na odpor egyptského biskupa Pafnutia, jehož názor posléze převážil: „Biskupové se rozhodli zavést v církvi nový zákon: Ti, kteří byli zasvěceni do svatých tajemství – jako biskupové, kněží a diakoni – a kteří se ještě jako laici oženili, nemají se svými manželkami obcovat. Když se rozhodli o té záležitosti poradit se, povstal Pafnutius a hlasitě prohlásil, že těm, kteří již byli zasvěceni, se nemá vkládat na jejich šíje těžké břemeno. Manželství si zaslouží velkou úctu a manželské lože se má považovat za neposkvřené. Nařízení církve že by přineslo ještě větší škodu církvi.“¹⁵ Ačkoli toto líčení církevního historika Sokrata „Scholastika“ (cca 380 – 450) se dnes všeobecně považuje za smyšlené,¹⁶ jeho dopad je pro disciplínu kleriků v církvích křesťanského Východu dodnes určující. Nejradikálnější permisivitu vůči manželství kleriků vykazuje ovšem disciplína Asyrské (Východoasyrské) církve, která se od hlavního proudu křesťanstva odštěpila v důsledku hereze biskupa Nestoria (cca 381 – 451) již po třetím ekumenickém sněmu, slaveném roku 431 v Efesu: „V Nestoriánské církvi byli kněží ženatí a schvalovalo se i druhé manželství po smrti první ženy. I dnes mohou kněží v Asyrské církvi přijmout manželství po kněžském svěcení.“¹⁷

K radikální změně disciplíny kleriků, ovšem pouze těch s nejvyšším svěcením, došlo v byzantské východní církvi až koncem 7. století, kdy byl zaveden povinný celibát pro biskupy, na jehož dodržování dohlíželi k tomu určení tzv. *synkelové*: „Když bylo biskupům 12. kánodem VI. všeobecného sněmu (692) zakázáno žít společně se svými ženami, vzali si nejen do svého domu, ale do cely jednoho mnicha, který byl svědkem a strážcem jejich nevinného života.“¹⁸ Takovéto zavedení povinného celibátu pro biskupy, resp. zakotvení, že napříště budou biskupové vybíráni pouze z řad řeholních kleriků, mělo v Byzanci 7. – 8. století částečně též politické pozadí. Jedinou silou, která se ukázala v období obrazoboreckých bojů být schopna čelit masivnímu nátlaku ikonoklastických

¹³ Kán. 26.

¹⁴ CCEO, kán. 804.

¹⁵ SOKRATES SCHOLASTICUS: *Církevní dějiny*. Přel. Josef NOVÁK. Praha (1989), s. 33.

¹⁶ DI BERNARDINO, A. (diretto da): *Dizionario patristico e di antichità cristiane*. Volume II. Casale Monferrato (1983), s. 2567.

¹⁷ SLODIČKA, A.: *Staroorientálne ortodoxné cirkvi*. Poznaň (2009), s. 130.

¹⁸ MIRKOVIČ, L.: *Pravoslávna liturgika I*. Prešov (1994), s. 69.

císařů, bylo mnišstvo. Tato zkušenost vedla v církvi ke „mnišské revoluci“, jejíž výsledkem bylo mj. ustanovování biskupů pouze z řad řeholních kněží, jak to zakotvil ve dvanáctém kánonu „pětišestý“ Trullánský sněm v roce 692: „Dozvěděli jsme se, že v Africe a Lybii a v jiných místech někteří z tamních bohumilých představitelů i po vykonané nad nimi chirotonii nezanechali společného života se svými manželkami a stávají se tak úrazem a pohoršením pro druhé. Majíce pak usilovnou péči, aby vše bylo zařízeno na prospěch svěřeného stáde, uznali jsme za dobré, aby od nyní se nedálo nic podobného.“¹⁹

4. Vývoj v latinské církvi

V západní církvi je pak nejstarším svědkem postupně se prosazující celibátní disciplíny 33. kánon Elvirské synody (asi 300 – 303): „Bylo rozhodnuto, že se biskupům, presbyterům a diakonům, jakož i všem do služby ustanoveným klerikům, uloží následující zákaz: Mají se zdržet svých manželek a nemají plodit děti. Každý, kdo tak činí, ať je vypuzen z čestného stavu klerika.“²⁰ Je zřejmé, že podobně jako v případě téže disciplíny, proti níž se měl postavit Pafnutius, se nejedná o příkaz bezženství, nýbrž spíše pohlavní zdrženlivosti. Svoji roli zde jistě sehrála inspirace praxí starozákonního kněžstva, neboť v době přinášení obětí se měli áronovští kněží – v rámci široce pojaté kultické čistoty – zdržovat pohlavního styku: „Podle názorů z 1. století po Kr. se velekněží musejí přinejmenším v časové blízkosti své služby zdržet jakékoli sexuální aktivity.“²¹

Celibát pro kněze (presbytery) v latinské církvi křesťanského Západu byl ovšem plošně jako povinný zaveden až v době vrcholícího boje o investituru, opět tedy v souvislosti se snahou církve nebyt nadměrně závislou na státní moci (*libertas Ecclesiae*). Jedná se o důsledek „gregoriánské reformy“, nazvané takto podle papeže Řehoře VII. (1073 – 1085): „Pro Řehoře VII. byl celibát jedním ze základních prvků veliké reformy, kterou hodlal úspěšně uskutečnit: *Non liberari potest ecclesia a servitute laicorum, nisi liberantur clerici ab uxoribus* – „Církev se nemůže osvobodit od služebnosti laikům, pokud se neosvobodí duchovní od manželek“ (Ep. III., 7). Církevní celibát se tak stává jedním ze základních požadavků, svobody církve.“²²

¹⁹ Pravidla šestého svatého všeobecného sněmu, cařihradského, jinak trullského, konaného ve sloupové síni císařského paláce, pravidlo 12. In: Pravidla všeobecných a místních sněmů..., s. 41-42.

²⁰ DS (*Enchiridion symbolorum definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*) ¹¹⁹.

²¹ BERGER, K.: Zölibat. Eine theologische Begründung. Leipzig (2009), s. 48.

²² GAUDEMET, J.: Storia del diritto canonico. Ecclesia et Civitas. Milano (1998), s. 338.

Řehořova snaha byla posléze korunována ustanoveními dvou po sobě následujících ekumenických sněmů, slavených ovšem již po schizmatu Říma s Konstantinopolí, tedy pouze na Západě. Roku 1123 stanovil První lateránský koncil ve svém sedmém kánonu: „Zcela zakazujeme kněžím, jáhnům a podjáhnům žít s konkubínami nebo s manželkami...“²³ Druhý lateránský koncil pak v roce 1139 dovedl tento zákaz do důsledků nesmlouvavým ustanovením šestého kánonu o zrušení dosud trvajících manželství kleriků.²⁴ Existují ovšem také interpretace, podle kterých se vlastně těmito opatřeními nic příliš revolučního neudálo: „S poukazem na 1 Kor 9,5 se argumentuje tak, že Petr a ostatní apoštolové spolu vodili manželku jako sestru. Nové je na předpisech gregoriánské reformy vlastně jen to, že se ze starocírkevního předpisu zdrženlivosti stal všeobecný zákaz manželství a manželská překážka. Zdrženlivost, resp. bezženství, tak utváří v západní církvi konkrétní podobu církevního úřadu od nejranějších dob, snad již apoštolských, jistě však raně poapoštolských.“²⁵

Protestantské reformaci byl církevní zákon celibátu trnem v oku. Reformátoři tepali dobové zlořády v církvi a navíc vysoce oceňovali hodnotu křesťanského manželství. Augsburská konfese (1530) se též dovolává starocírkevní praxe ženatých duchovních: „Když tedy je tu zřejmý rozkaz Boží, když je znám obyčej církve, když nečistý celibát působí tolik pohoršení, cizoložství a jiných zločinů hodných toho, aby je dobrá vrchnost trestala, pak je přece divné, že se v ničem nepostupuje ukrutněji než proti manželství kněží. Bůh káže, aby se manželství prokazovala čest; zákony ve všech dobře zřízených státech, i u pohanů, ozdobily tento stav největšími poctami. Nyní však jsou krutě stíháni hrdelními tresty, a to dokonce kněží, proti smyslu církevních zákonů, pro nic jiného než pro manželství.“²⁶ Na Tridentském koncilu (1545 – 1563) se církev proti „novotám“ reformátorů, včetně odmítání kněžského celibátu, ohradila mj. formulacemi exkomunikací (*anatemat*): „Kdyby někdo řekl, že duchovní, ustanovení svátostným svěcením, nebo řeholníci, kteří složili slavnostní slib čistoty, smějí uzavřít manželství, a že pokud jej již uzavřeli, je navzdory církevnímu zákonu nebo jejich slibu platné (...), buď vyobcován.“²⁷

Druhý vatikánský koncil (1962 – 1965) potvrzuje vůli katolické církve i nadále zachovat celibátní disciplínu, ovšem s výjimkou s ní hierarchicky spojených

²³ In: Conciliorum Oecumenicorum Decreta. Bologna (2002), s. 191.

²⁴ Ref. 23, s. 198.

²⁵ KASPER, W.: Zölibat als Lebensform – allein und doch nicht einsam. In: Kasper, W.: Die Kirche und ihre Ämter. Schriften zur Ekklesiologie II. Freiburg/Basel/Wien (2009), s. 310-324.

²⁶ Augsburské vyznání 23,5 – In: Čtyři vyznání. Vyznání augsburské, bratrské, helvetské a české. Praha (1951), s. 85.

²⁷ Canones de sacramento matrimonii 9. In: Conciliorum Oecumenicorum Decreta..., s. 755.

východních církví.²⁸ Do obecné kanonickoprávní normy pak transformuje požadavek celibátu duchovních (s výjimkou trvalých jáhnů) pokoncilní Kodex kanonického práva z roku 1983: „Duchovní jsou povinni zachovávat dokonalou a trvalou zdrženlivost pro Boží království, a proto jsou vázání celibátem, který je zvláštním Božím darem, jímž se mohou duchovní snázet a s nerozděleným srdcem svobodněji věnovat Kristu a službě Bohu i lidem.“²⁹

5. Souhrnné poznámky

Kněžský celibát je zákonem církevním, k němuž katolická církev dospěla ve svém dějinném vývoji postupně. Je zřejmé, že pronikání gnostických nauk a praktik do organismu rané církve, včetně mnohdy přemrštěných asketických aspirací, zapříčinilo v církvi zpočátku určitou podezřívavost vůči bezženství a pohlavní zdrženlivosti duchovních, jak o tom svědčí například list biskupa Ignáce Antiochijského, který adresoval svému spolubratrovi ve službě Polykarpovi ze Smyrny počátkem druhého křesťanského století: „Kdo dokáže vytrvat ve zdrženlivosti ke cti těla Páně, ať tak žije bez vychloubání. Kdo by se vychloubal, zhyne, a kdyby se vyvyšoval nad biskupa, bude zahuben.“³⁰ Svědectví pavlovských pastorálních epištol navíc vykresluje prvokřesťanský model ženatého duchovního, který vzorově pečuje o chod vlastní domácnosti, svého „domu“, což jej pak kvalifikuje také k převzetí zodpovědnosti za křesťanskou obec, pojímanou jako „dům církve“.

Byl to ovšem také nátlak státu, který nutil tehdejší obyvatele ke sňatkům a k plození dětí. Augustova snaha o prohloubení společenské soudržnosti v Římském impériu vyústila totiž na přelomu letopočtu do vydání dvou „prorodinných“ zákonů, pojímaných posléze jako zákon dvojediný. Skrze *Lex Iulia et Pappia Poppaea* se přímo přikazovalo svobodným, vdovcům i rozvedeným, a to mužům i ženám, vstoupit do manželství, ovšem včetně diskriminačních opatření: „Tak neženatí a neprovdané (*coelibes*) nesměli ničeho nabývat z pozůstalosti, bezdětní (*orbi*) jen napůl. Majetkový prospěch takto nenabytý připadal (jakožto ‚propadlý‘, tj. *caducum*) jiným dědicům nebo odkazovníkům, jinak státní pokladně.“³¹ Jak se však později ukázalo v dobách obrazoboreckých zápasů v Byzanci i v bojích o investituru na křesťanském

²⁸ Dekret o službě a životě kněží *Presbyterorum ordinis* 16. In: Dokumenty II. vatikánského koncilu. Kostelní Vydří (2002), s. 329-331.

²⁹ CIC/1983, kán. 277.

³⁰ Pol 5,2a – epistulárium Ignáce z Antiochie. In: *Patrologia Graeca* 5, s. 643-727.

³¹ BARTOŠEK, M.: *Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje)*. Praha (1995), s. 159.

Západě, bývali vůči nepřátelství státní moci odolnější ti z kleriků, kteří se nevázáli povinnostmi vůči vlastním manželkám a rodinám.

Jestliže se biskupové východních církví vybírají pouze z řad řeholního kléru (jehož bezženství je důsledkem mnišského slibu čistoty a nikoli kněžského celibátu), stojí za touto staletími osvědčenou praxí vysoké ocenění, ba téměř apoteóza mnišského stavu: „Monastýry se stávaly duchovní oázou v dobách úpadku lidské společnosti a civilizačních krizí. Po celou dosavadní existenci křesťanství se mnišstvo aktivně zapojovalo do těžkého zápasu církve s heretiky a všemi jejími nepřáteli a tvořilo v církvi nepřemožitelnou sílu. Mnišstvo poskytlo křesťanskými misiím obrovskou službu a dalo církvi nesčíslné množství krásných hierarchů – velkých a svatých lidí pro službu v církvi.“³²

Encyklika papeže Pavla VI. o kněžském celibátu však svědčí také o tom, jak v liberálním prostředí dnešního Západu musí katolická církev čelit nejrozmanitějším námitkám a kritikám církevního zákona, který předpokládá pověření kněžskou službou pouze u těch, kteří jsou zároveň nadáni charismatem celibátu: „Při všem, co už má věda zjištěno, není správné stále ještě opakovat, že celibát je protipřirozený, jako by se protivil legitimním fyzickým, psychologickým a citovým požadavkům, jimž by bylo nutno vyhovět, aby lidská osobnost rostla a zrála v každé dimenzi. Člověk, stvořený jako obraz a podobný Bohu (Gn 1,26-27), není jen tělo, a pohlavní pud v něm není všechno. Člověk je také a především rozum, vůle a svoboda. To jsou mohutnosti, kterými převyšuje svět a za vyššího než svět se má pokládat. Ony ho činí pánem jeho fyzických, psychologických a afektivních žádostí.“³³

Summary

In the Pastoral Epistles there is a testimony about the servants of the Church that were married, bishops included. The Christian East has never imposed celibacy on priests. Nevertheless, monkhood led an eminent role especially in the Byzantine Church; that's why the Council of Trullo (692) stated that the bishops would be elected solely from the group of monk clergy hence and their wives should be cast out. The Latin Church during the second millennium imposed celibate life also on priests. The Second Vatican Council expressed that the Latin Church would not intend to change this rule.

³² JACOŠ, J.: Církevní právo. Prešov (2006), s. 119.

³³ Pavel VI., *Sacerdotalis coelibatus* 53. In: *Acta Apostolicae Sedis* 53 (1967), s. 657-697.

Spoločenská zmluva, obmedzenie slobody a hodnoty spoločnosti

Jozef Prusák

S existenciou práva v spoločnosti sa spája zabezpečenie celého radu hodnôt, k akým patrí ochrana života a zdravia, ochrana osobnej slobody, podpora hodnoty solidarity, a preto občianskoprávne a trestné postihy neposkytnutia pomoci, ochrana integrity štátu, takže aj zákaz teroru, útoku na orgány verejnej moci alebo verejných činiteľov, ale najmä všetky ľudské práva, ktoré sú deklarované, ale aj zabezpečené/garantované ústavným súdnictvom republiky aj v právnom systéme Slovenskej republiky vrátane európskeho práva a európskeho súdnictva.

Ďalej sem patrí zabezpečenie ochrany zdravia a morálky mládeže a z toho dôvodu prevencia a trestanie ohrozenia mravnej výchovy mládeže, podávania alkoholických nápojov, výroby a distribúcie zakázaných toxických látok.

Okrem štandardných mravných hodnôt, na ktoré sme príkladmi poukázali, ašpiruje právo aj na podporu a ochranu vyšších spoločenských hodnôt. Patrí k nim hodnota samotného práva a hodnota suverénneho štátu ako bezpečného domova pre všetkých jeho občanov. Okrem toho k vyšším hodnotám chránených právom prináleží najmä hodnota spravodlivosti a slobody. Počínajúc Francúzskou revolúciou aj hodnota rovnosti.

Z rímskoprávneho dedičstva v rozličných variáciách je takou vyššou hodnotou v oblasti tvorby práva a jeho aplikácie v spoločenskom živote najmä *slušnosť* (*aequitas*) alebo *dobromyseľnosť* (*bona fides*), tiež *ľudská dôstojnosť* (*dignitas*). Vďaka teórii právneho štátu a judikatúre v podmienkach právneho štátu ašpiruje na piedestál vyšších hodnôt zabezpečených právom celý rad ideí. Najmä hodnota ľudských práv a základných slobôd, ktoré patria k základným zásadám komunitárneho/úniového práva. Prameňom ich poznania sú o. i. ústavné tradície spoločné členským štátom Únie, takže aj právna istota, princípy právneho štátu a vlády práva určite tiež hodnoty konštitucionalizmu, ústavnosti, zákonnosti alebo iné všeobecné právne zásady.

Spoločnosť a jednotlivci prisudzujú rozmanitým procesom a javom spoločenského, národného, štátnopolitického, morálneho či právneho života určitý význam a hodnotu. S existenciou práva sa oddávna spája hodnota spravodlivosti.

O úzkom vzťahu práva a hodnoty spravodlivosti lapidárne svedčí skutočnosť, že v mnohých štátoch sveta sa štátne orgány so súdnou

právomocou nazývajú justičnými orgánmi či jednoducho justícia. *Iustitia* bola rímskou bohyňou spravodlivosti. Stvárňovala sa a zobrazovala s previazanými očami, aby sa takto symbolizovala nestrannosť justície, zákaz totožnosti osoby sudcu rozhodujúceho spor so žalobou alebo obhajobou, prípadne jeho nezaujatosť v danej veci. Meč v jej pravej ruke bol a zostal symbolom donútenia, zabezpečenia výkonu práva verejnou/štátnou mocou, ktorá stojí za výkonom povinnosti, je nástrojom štátneho donútenia, aby sa aj zbraňou, silou zabezpečila vymáhateľnosť práva. Na váhach, ktoré držala v ľavej ruke, spravodlivo vážila vinu a nevinu, výšku náhrady spôsobenej majetkovej ujmy alebo nemajetkovej ujmy poškodeného.

Úloha a postavenie božstiev spravodlivosti boli veľmi dôležité aj v gréckej mytológii. *Diovi* (*Zeus*), ktorý dozeral na zákony ľudskej rodiny a štát, slúžili *Themis*, *Diké* a *Nemesis*, trestajúca zločiny a spupnosť. Atribútom *Diké* bol meč, a bohyňa spravodlivosti *Themis* bdela nad poriadkom v prírode i ľudskom živote.

Významný rímsky právnik *Ulpianus* napísal, že jurisprudencia, čiže právna veda, je náuka o spravodlivom a nespravodlivom, *iusti atque iniusti scientia*, a rovnako známy právnik *Celsus* je autorom výroku, že právo je umením dobra a spravodlivosti, *ius est ars boni et aequi*.

Hodnoty rímskej spoločnosti vyjadruje aj široko známa a citovaná právna veta, ktorú vyslovil právnik *Ulpianus*. Právne pravidlá sú tieto: Čestne žiť, druhému neškodiť a každému dať, čo mu patrí. *Iuris praecepta haec sunt: honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere*. Rímska právna doktrína dospela tiež k názoru, že spravodlivosť nemožno docieľiť nerozvážnym a formálnym či byrokratickým uplatňovaním zákonov bez ohľadu na materiálnu stránku veci, keďže čosi také vedie len k bezpráviu – *summum ius summa iniuria*. Poznať zákony neznamena poznať slová, ale predovšetkým ich význam.

V podmienkach spoločenského života nadobúdajú hodnoty regulujúci význam a orientujú spoločnosť, skupiny a jednotlivcov v ich rozhodovaní, činnosti, konaní. Mnohé hodnoty plnia funkciu cieľov určitej spoločnosti, ako aj štátnopolitickej činnosti a ideálov v živote ľudí.

Veda, ktorá sa zaoberá hodnotami a hodnotením, sa nazýva axiológia. Tvorí súčasť filozofie. Keďže právo vyjadruje mnohé spoločenské hodnoty, odôvodnene sa hovorí o právnej axiológii alebo o axiologických problémoch práva.

V celom doterajšom historickom vývoji sa stretávame s tým, že všetky spoločnosti si vytvárajú určitý systém, sústavu hodnôt. Hodnoty sú v danej sústave hierarchicky usporiadané, takže vytvárajú stupnicu alebo tzv. rebríček hodnôt. Na jeho najvyššom stupni je, povedzme, hodnota osobnej slobody

alebo vlastenectva, hodnota zdravia, bezpečnosti alebo hodnota pokory a neodporovania zlu násilím, prípadne hodnota a moc peňazí i majetku.

Grécke a rímske dedičstvo bolo v Európe tiež spojené s občianskym étosom a hodnotami liberálnej demokracie. „Občan sa považuje predovšetkým za súčasť väčšieho celku obce. V prvom rade je Rimanom, až potom Luciom alebo Markom. Starat' sa o svoje veci je v Athénach výčitka.“ (Banfield) Hierarchia hodnôt určitej spoločnosti sa však vyvíja. Na štruktúru a hierarchiu hodnôt vplyvajú rozmanité činitele života. Veľká Británia bola niekedy známa tradičnými hodnotami, ku ktorým patrili *občiansky étos, fair play, social responsibility, charity* a tiež *community spirit*. Ich opakom je nielen *foul play, nezodpovednosť*, ale aj *krutosť, bezcitnosť a egoizmus*. Zodpovednosť, charita či solidarita vyjadrovali pripravenosť takmer každého pomáhať inému v núdzi. Výskum zo začiatku deväťdesiatych rokov však ukázal, že k povinnosti pomáhať iným, ktorí sa ocitnú v ťažkostiach, sa vo Veľkej Británii, ako aj v iných krajinách prihlásilo podstatne menej ľudí ako v minulosti.

Hodnoty delíme podľa rozmanitých kritérií; napríklad na hodnoty mravné, kultúrne, ekonomické, politické a iné. Každá hodnota má svoj hodnotový protiklad, antipól, napríklad opakom pravdy je lož, opakom statočnosti je zbabelosť. Hodnoty sa v niektorých prípadoch označujú výrazom „dobro“.

V predstavách spoločnosti a jednotlivca o spravodlivosti vystupuje právo spravidla ako „dobro“ a neraz ako vysoká mravná hodnota, ktorá zvyčajne formuje a stráži spoločenskú mravnosť a integritu spoločnosti, zabezpečuje spoločenský poriadok. Aj právo ako také je hodnotou a okrem iných spoločenských hodnôt ochraňuje samé seba. Mravná hodnota práva nie je nutne spojená s realitou života v každej spoločnosti. Právo v postkomunistických štátoch sa môže transformovať na spoločenské zlo. Stíha a perzekvuje slabších a čestných ľudí a pritom ochraňuje zlo a bezprávie, ktoré samo osebe produkuje cez vysoké štátne funkcie a zloprajnú vôľu vrátane korupcie a nenasýtenosti a s tým spojenú likvidáciu čestných ľudí.

Hodnoty prináležia do kultúry danej spoločnosti. Jej členovia majú celý rad spoločných hodnôt, ktoré upevňujú jej jednotu, súdržnosť a integritu.

Prvoradý význam majú ľudské hodnoty, ktoré sú humanitnými ideálmi a hodnotami ľudského života. Ide o hodnoty každého človeka a všetkých ľudí bez rozdielu miesta ich života v Európe, Amerike, Ázii, Oceánii či Afrike. Patrí k nim najmä hodnota života a dôstojnosti človeka, jeho slobody a rovnosti. Ideový predstaviteľ gréckej demokracie Protagoras, ktorý žil asi v r. 485 pred Kr., ju vyjadril v spise *Aletheia*, a to takto: Mierou všetkých vecí je človek, jestvujúcich, že sú, a nejestvujúcich, že nie sú.

Po tragických následkoch druhej svetovej vojny sa demokratické štáty sveta nanovo alebo s väčšou intenzitou prihlásili k hodnotám ľudských práv.

Od skončenia druhej svetovej vojny až do rozpadu komunizmu bolo v Európe i na celom svete dosť dôvodov na tvrdenie i vieru, že aspoň istá časť ľudských práv vyjadrených najmä Všeobecnou deklaráciou ľudských práv (1948), Dohovorom o ľudských právach a základných slobodách (1950) ako aj Medzinárodným paktom o hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach (1966) i Medzinárodným paktom o občianskych a politických právach (1966) by mala tvoriť súčasť hodnôt každej spoločnosti a civilizácie bez ohľadu na jej tradície, dominantné náboženské vyznanie populácie a iné prvky príslušného sociokultúrneho systému.

Rozpad Sovietskeho zväzu i federatívnej Juhoslávie a následné lokálne vojny poukázali naopak na konflikt hodnôt a noriem. Z empirie konfliktu hodnôt a noriem vzišla známa teória konfliktov súčasnosti i budúcnosti vrátane tretej svetovej vojny. Jej autorom je Samuel Huntington, ktorý ponúkol paradigmu príčin väčšiny svetových konfliktov budúcnosti. Hlavným zdrojom konfliktov majú byť nie hospodárske záujmy či ideológia krajín, ale rozdiely civilizácií, rôznosť hodnôt a kultúr, konflikty medzi národmi alebo časťami národov, ktoré prináležia k rôznym civilizáciám, a preto sú aj vyznávačmi osobitných hodnotových systémov. Huntington pozná civilizáciu západnú, konfuciánsku, islamskú, japonskú, hinduistickú, slovansko-pravoslávnu, latinskoamerickú a africkú. Problém je tiež v tom, že Západ vytvára prostredníctvom medzinárodných inštitúcií normy pre ostatný svet, ktorý predstavuje viac ako osemdesiat percent populácie. Západ v skutočnosti využíva medzinárodné inštitúcie, vojenskú silu a ekonomické zdroje k takej správe sveta, ktorá udržiava západnú nadvládu, ochraňuje záujmy Západu a presadzuje západné politické a ekonomické hodnoty. Podľa Huntingtona štáty stanovujú svoje záujmy a ciele v civilizačných hodnotách a s cieľom ich presadzovania sa spájajú do zoskupení, ktoré tiež spĺňajú civilizačné kritériá. Odmietajú tiež také ako univerzálna civilizácia. Svet nie je jeden.

Hodnoty a hodnotové systémy sa v priebehu historického vývoja inštitucionalizovali. V spojení s normami vytvorili rozmanité systémy regulácie ľudského správania, v ktorých sú hodnoty vyjadrené a zabezpečené prostredníctvom noriem.

Medzi najznámejšie súbory noriem, ktoré vyjadrujú a zabezpečujú spoločenské hodnoty, prináleží právo, morálka, náboženstvo, politika, zvyky a obyčaje, zásady slušnosti a iné. Zaradíme k nim aj umenie, šport, technológie a iné normatívne systémy. Normou sa spravidla stáva požiadavka na správanie alebo postup, ktorý vedie k uskutočňovaniu a ochrane určitej hodnoty alebo hodnôt. Z tohto hľadiska plnia normy funkciu prostriedku, nástroja realizácie hodnôt.

Právo a neprávne normatívne systémy

Aké sú vlastne špecifické znaky práva oproti neprávny normám? Sú nimi najmä:

- a) štátne donútenie,
- b) štátom stanovená alebo uznaná forma a obsah práva,
- c) monizmus práva.

Právne normy, inak a stručne povedané „právo“, sú súčasťou systému spoločenských sociálnych noriem. Normatívny systém spoločnosti tvoria tak právne normy, ako aj iné spoločenské normy, neprávne normy, napríklad morálka alebo estetika a z nich vyplývajúce neprávne normy. Právo a právne normy podľa tzv. sankčnej teórie noriem, ktorej prominentným predstaviteľom je Max Weber, sa však významne odlišujú od neprávnych noriem. Najmä tým, že dodržiavanie právnych noriem je zabezpečené aj fyzickou silou štátu, pri aplikácii sankcie a exekúcie čo sa tiež označuje ako hrozba štátnym donútením. Pri porušení práva, napríklad trestného práva alebo občianskeho práva hrozí najprv sankcia, či už trest alebo náhrada škody. **Ak neúčinkuje hrozba sankciou, zvyšuje sa normatívny tlak orgánov štátu až po exekúciu, fyzické donútenie, ktorým sa zabezpečí nútený výkon práva alebo výkon povinnosti.** Štátne donútenie vykonávajú na základe ústavy a zákonov orgány ochrany práva, ktorými sú najmä súdy, prokuratúra, advokácia, exekútori, polícia, ale v spojení s vonkajšou bezpečnosťou štátu aj armáda, spravodajské služby a iné ozbrojené a bezpečnostné sily štátu.

Na rozdiel od toho je súčasťou teórie práva a pojmu práva aj názor, že zaistenie rešpektovania práva nie je nutne a vždy spojené s hrozbou donútením. Podľa toho stanoviska rešpektovanie práva nie je totiž výsledkom hrozby donútenia, ale naopak dôsledkom zvyku poslušnosti, keďže ľudia vo všeobecnosti preukazujú rešpekt/poslušnosť k pravidlám, ktoré sú na úradnej úrovni uznané za platné a všeobecne záväzné, takže právo ako systém noriem zabezpečených hrozbami donútenia má bližšie k trestnému právu ako k iným odvetviam práva, napríklad k občianskemu právu alebo obchodnému právu či rodinnému právu. Takýto názor a postoj zastáva osobitne Hart.

Konštatovalo sa, že spoločenská normativita je spojená s existenciou tak právnych noriem, ako aj neprávnych noriem. Požiadavky neprávnych noriem môžu byť viac alebo menej v súlade alebo naopak v nesúlade s požiadavkami práva. Je dobré pre štát, spoločnosť a ľudí, ak priestor, v ktorom sa prelínajú požiadavky práva s požiadavkami neprávnych noriem, je čo najširší. Tým sa dosiahne synergetický efekt. Identita požiadaviek práva a neprávnych noriem významne podporuje integritu spoločnosti a vytvára prirodzený základ pre rešpektovanie práva. Štát a jeho vládny aparát nemusí nútiť adresátov práva k poslušnosti.

Medzi právnymi normami a neprávnymi normami môže však vznikáť vyššia intenzita a aj širšia extenzia nesúlady najmä v štátoch s rozmanitými zvykmi, obyčajami, kultúrami, etnicitou, vierovyznaním. Právo v tej istej spoločnosti určité konanie dovoľuje, avšak v morálnom systéme alebo vo zvykoch alebo tradíciách určitej komunity nenachádza podporu. Napríklad zákony niektorých štátov vrátane našej republiky nezakazujú umelé ukončenie ťarchavosti, avšak náboženské a morálne normy týchto spoločností môžu hodnotiť žiadosť o prerušenie, ako aj sám medicínsky zákrok lekára negatívne a jednoznačne ho morálne odsúdiť.

Kresťanská morálka v zásade tiež odmieta rozvod manželov, okrem prípadov a podmienok určených v kánonickom práve. Moderný právny systém však nekladie rozvodu v niektorých prípadoch nijaké väčšie prekážky. To isté možno povedať o antikoncepcii. Náboženská morálka dnes čelí v tejto oblasti zaťažkávacej skúške. Vyvolala ju expanzia AIDS a jej zhubné následky na populácii, ktorým je možné čeliť prevenciou spojenou s antikoncepciou.

Známe je aj to, že na nemocničných lôžkach sú umelo vyživovaní aj mladí pacienti, ktorých mozgové funkcie sú vážne narušené alebo zničené a ktorí sa podľa všetkého už nikdy neprebudia. Ich rodiny žiadajú prístroje odpojiť. Lekárom však v takomto prípade hrozí spravidla stíhanie pre trestný čin vraždy či zabitia. Starostlivosť o pacientov v tzv. vegetatívnom stave je finančne nákladná. Nielen tento dôvod vedie mnohých odborníkov k názoru, že lekári by mali brať vážne žiadosti nevyliciteľne chorých pacientov a ich rodín o ukončenie života trpiacich, že štát má legalizovať eutanáziu, zakotviť a garantovať nielen právo na život, ale aj právo na smrť. Pravda, nemocnice by potom nielen liečili.

Príkladom liberálnej legislatívy bolo na začiatku a to v r. 1993 najmä Holandsko. V súčasnosti sa k tomu pripojili ďalšie štáty. Právo takýchto štátov umožnilo lekárom asistovať pri samovražde alebo usmrtení nevyliciteľne chorých na základe osobnej žiadosti pacienta. Právo ochraňuje lekárov pred trestným stíhaním, ak najmä vopred oznámia daný zámer osobe, ktorá vykoná obhliadku mŕtvol a podrobia sa podmienkam oficiálneho dokumentovania veci.

Demokratické štáty vo väčšej alebo menšej miere však umožňujú na základe výhrady svedomia nesplniť za podmienok určených zákonom právnu povinnosť, ale rešpektovať náhradnú právnu povinnosť, ako je to najmä v prípade tzv. civilnej služby. Právna úprava výhrad svedomia, alebo náboženských výhrad prípadne svetských výhrad je súčasťou ústavného práva, vrátane ústavnej judikatúry a týka sa napríklad odmietania transfúzie krvi veriacimi jehovistami alebo zákazu či dovolenia nosiť islamské šatky alebo židovské jarmalky v priestoroch školských zariadení prípadne v iných štátnych alebo verejných inštitúciách.

Medzi právom a neprávnyimi normatívnymi systémami existujú nielen spoločné ciele a spoločný jazyk, ale ako vidieť aj odlišnosti, ba dokonca rozpory. Pri presadzovaní konkrétnych hodnôt je postavenie práva v porovnaní s inými normatívnymi systémami výhodnejšie, aspoň z určitých hľadísk. Za právom stojí štát s hrozbou a možnosťou použiť štátno-mocenské donútenie nielen v trestnom práve alebo v správnom práve. Tým zabezpečí výkon práva a nútený výkon právnych povinností. Preto možno nanovo konštatovať, že špecifickosť právnych noriem oproti iným spoločenským normám je okrem iného v ich spojení so štátom a vládnyim aparátom. **Pomocou hrozby použitia fyzickej sily štát vynucuje rešpektovanie práva, ak povinnosťný subjekt dobrovoľne neplní zákonom alebo zmluvou stanovené povinnosti a záväzky.** V súkromnom práve štát síce neukladá tresty, ale ak ktokoľvek je dlžníkom, ktorý riadne a včas neuspokojí finančnú alebo nefinančnú pohľadávku voči veriteľovi, môže sa na jeho návrh začať exekučné konanie na základe zákona a exekučného titulu, pomocou ktorého sa zabezpečí nútené vymoženie dlhu vrátane pokrytia finančných nákladov za výkon exekúcie. V súčasnej zložitej ekonomickej situácii sa množia neľútostné exekúcie, ktoré vystavujú spoločnosť chudobe, nemohúcnosti, zdieraniu ba aj otroctvu. Hluchonemý štát sa nateraz nešťastiu a plaču ponížených, rozkradnutých a urazených prizera cez prsty a nepohne ani brvou.

Aké sú vlastne špecifické znaky právnych noriem oproti neprávnyim normám, najmä normám morálky, konfesií, politiky, zvykov, obyčají, estetiky, športu či iných súborov neprávnych noriem? K takýmto znakom patrí potenciálne najmä donútenie pomocou hrozby sankcie alebo nariadením vykonať sankciu a exekúciu, čím sa docieli riadne splnenie povinnosti.

O tejto otázke sa treba zmieniť osobitne najmä so zreteľom na postmodernú situáciu v oblasti súčasnej právnej regulácie rôzneho pôvodu a právnej sily vnútri štátu, a to najmä z hľadiska priameho účinku práva Európskej únie vnútri jej členského štátu vrátane Slovenskej republiky. Právne akty Európskej únie, ako sa už uviedlo vyššie, majú prednosť pred zákonmi členského štátu únie vrátane Slovenskej republiky. Prevzatie právne záväzných aktov, ktoré si vyžadujú implementáciu, sa vykoná zákonom alebo nariadením vlády.

Štátne donútenie

Teória práva identifikuje aj ďalšie špecifické znaky práva. Tieto sú predmetom následného výkladu, najmä v časti venovanej pojmu práva a právnej normy. Avšak donútenie pomocou sankcie a exekúcie, čiže možnosť nariadiť donucujúci výkon splnenia právnej povinnosti a záväzná forma

práva, výrazne odlišujú právo a jeho právne normy od neprávnych noriem. Pomocou týchto znakov možno uskutočniť jasnú diferenciaciu medzi právom a právnymi normami na jednej strane a neprávny normami na strane druhej. V teórii práva sa stretávame aj s názormi, že osobitným znakom práva nie je donútenie, veď medzi ľuďmi, ako hovorí Hart, panuje všeobecný zvyk dodržiavať právo. Tento názor treba ďalej overiť a preskúmať.

Podstata donútenia je spojená s neplnením stanovených právnych povinností alebo so zneužívaním práva. Ľudia plnia právne povinnosti a riadne uplatňujú práva spravidla dobrovoľne, takrečeno sú presvedčení, že je to tak správne a dôvodné. Ďalší rešpektujú zákon, ale zväčša pod hrozbou sankcie. **Ak jednotlivец nesplnil svoje povinnosti vyplývajúce zo zákona alebo právne povinnosti zo zmluvného záväzku, vzniká právny dôvod pre uplatnenie sankcie.** Sankciou je napríklad povinnosť nahradiť spôsobenú ujmu či už majetkovú ujmu/škodu alebo nemajetkovú ujmu. Ten, kto ujmu spôsobil, musí takúto pohľadávku poškodenej osobe uhradiť riadne i včas a spravidla v peniazoch. **Ak sa tak nestane aj na základe právoplatného a vykonateľného rozhodnutia súdu, musí nastúpiť exekúcia, to znamená nútené plnenie právnej povinnosti. Kto škodu spôsobil, musí pritom uhradiť nielen skutočnú škodu/ujmu, ale aj ušlý zisk a navyše trovy súdneho, ako aj exekučného konania.** Okrem reparácie škody je známou právnou sankciou aj trest za zavinený priestupok alebo prečin prípadne trestný čin. Organizácia a zabezpečenie núteného splnenia právnych povinností je vecou orgánov verejnej moci. Jednak štátnych orgánov, napríklad prokuratúry, orgánov policajného zboru, súdnictva alebo iných orgánov verejnej moci, akými sú orgány územnej samosprávy alebo orgány záujmovej či profesijnej samosprávy.

Donútenie sa aplikuje aj na zamestnancov štátnych orgánov, ktorí sa dopúšťajú porušenia práva či zneužívania verejnej funkcie namiesto toho, aby právo ochraňovali. Štátne orgány sú vystrojené zákonnými prostriedkami, ktoré používajú v prípadoch nerešpektovania zákonov a iných právnych predpisov. **Musí však platiť jedna zo zásad právneho štátu, že zásah štátu proti tým, ktorí porušujú právo, musí prebiehať výlučne podľa ústavy a zákona. Štátne orgány sú napríklad oprávnené zadržať, prípadne vziať do väzby podozrivého alebo obvineného z trestného činu, avšak len na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobom, ktorý ustanoví zákon.** V súvislosti s trestným konaním, a to na písomný a odôvodnený príkaz sudcu, môžu tiež vykonať domovú prehliadku. Avšak opäť ako predtým, výlučne na základe ústavy a podľa príslušného zákona. **V podmienkach právneho štátu môžu totiž orgány verejnej moci konať len to a takým spôsobom, čo im právo prikazuje či umožňuje.**

Na rozdiel od toho sa občania môžu tešiť občianskej slobode, čiže konať všetko, okrem prikázaného alebo zakázaného konania či postupu. Môžu sa takrečeno oddávať občianskej slobode iba v prípade, ak si takúto slobodu jednak vážia a aj bedlivo strážia najmä prostredníctvom občianskych združení, slobody prejavu a médií. Každá verejná moc, aj v demokracii, má totiž tendenciu na jej expanziu cez a nad ústavu a zákony, ako aj na jej zneužívanie vrátane používania verejných financií na korupciu a osobné obohacovanie na úkor verejných záujmov.

Dodržiavanie právnych noriem na rozdiel od neprávnych noriem je zabezpečené na základe rozhodnutí prokuratúry, súdov, policajného zboru alebo iných orgánov verejnej moci a to v súlade s príslušnými zákonmi. Ak nie sú plnené dobrovoľne, aplikujú sa právne záväzné prostriedky donútenia vrátane priameho požitia fyzickej sily orgánov verejnej moci. To však neznamená, že v demokratickom prostredí je plnenie povinnosti fyzickými osobami a právnickými osobami ako aj orgánmi verejnej moci založené len na hrozbe sankciou a použití fyzickej sily. Pôvod a realizácia verejnej moci demokratického štátu musí vychádzať z uznania jej legitimity občanmi. Jej prejavom má byť dobrovoľné plnenie právnych povinností prevažnou väčšinou ľudí. Právne povinnosti musia byť uložené občanom okrem iného tak, aby boli fyzicky splniteľné a súladne s ľudskými právami a základnými slobodami, princípmi spravodlivosti, demokracie a právneho štátu.

„Cennost“ pokladu v římském a moderním právu

Pavel Salák jr.

Přestože při vyslovení slova poklad se snad každému před očima vybaví truhla zlatááků, není pravdou, že určujícím kritériem pokladu v právním slova smyslu je pouze jeho „drahocennost“. Tím prvním rozhodným kritériem, zda je možno daný předmět považovat za poklad, je fakt, že musí jít o věc skrytou, tedy záměrně schovanou, nikoliv opuštěnou, zapomenutou či ztracenou. Tak ostatně začíná i slavná Paulova definice¹ a této povaze odpovídá i začlenění institutu nálezů pokladu jako specifického druhu věci skryté v ABGB a pozdějších podobách osnovy občanského zákoníku za první československé republiky.

Následující příspěvek však bude zaměřen právě na onu problematiku cennosti. Zatímco se totiž na faktu, že poklad musí být věcí skrytou, nic neměnilo prakticky po celá staletí, chápání povahy onoho skrytého předmětu přeci jen procházelo změnami, které pak ve svém důsledku vedly na našem území k zániku nálezů pokladu jako specifického způsobu nabytí vlastnického práva. V zásadě je text věnován vztahu institutu pokladu a archeologického nálezů.² S ohledem na rozsah práce se v souvislosti s moderním právem budeme věnovat toliko zákoníkům, jež mají vztah k území České republiky, resp. Československa, zejména ABGB, osnovám občanského zákoníku z první republiky a konečně zákonu č. 89/2012 Sb.

¹ D. 41,1,31,1 (Paul. 31. ad Ed.) viz níže.

² Podobným problémem se zabývá pro španělské právo v porovnání s právem římským článek MALAVÉ OSUNA, M. B.: „Pecunia, monilia y mobilia“ como objeto del tesoro, In: El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940 – 2000). Huelva (2000), s. 449-459. Zde publikovaný text se do určité míry s názory prezentovanými v citovaném článku ztotožňuje, jinde se však spíše staví do opozice. Argumenty, jež zmiňovaný článek přináší, jsou sice opřeny o právnícké texty, nezohledňuje však jiné aspekty, jež s institutem pokladu souvisí a na výklad právníckých textů by mohly mít značný vliv. Argumentace předkládaná v daném článku se někdy zdá být až příliš účelná a zavádějící, zejména v otázce poměru Římanů k archeologickým památkám.

Římské právo

Z hlediska hodnoty nalezené věci a jejího chápání v římském právu jsou pro nás důležité tři texty, kde se o předmětu pokladu hovoří. Jejich časová následnost je následující:

D. 41,1,31,1 (Paul. 31. ad Ed.)

Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat, sic enim fit eius, qui invenerit, quod non alterius sit; alioquin si quis aliquid vel lucri causa, vel metus, vel custodiae condiderit sub terra, non est thesaurus; cuius etiam furtum fit.

C. Th. 10,18,2:

IMPPP. GR(ATI)ANUS, VAL(ENTINI)ANUS ET THEOD(OSIUS) AAA. AD POPULUM URB(IS) CONSTANTINOPOLITANAE. Quisquis thesauros et condita ab ignotis dominis tempore vetustiore monilia quolibet casu reppererit,...

C. 10,15,1

...Nam in suis quidem locis unicuique, dummodo sine sceleritatis ac puniendis sacrificiis aut alia qualibet arte legibus odiosa, thesaurum (id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia) quaerere et invento uti liberam tribuimus facultatem,...

Jak je patrné, v souvislosti s pokladem Paulus používá termín „*pecuniae*“, Theodosianský kodex doplňuje k pokladu „*et.... monilia*“ a Justiníánský kodex konečně za použití takřka totožných slov používá výraz „*est mobilia*.“ Je zde názor, že tato linie není náhodná a zmiňované výrazy jsou vykládány tak, že Paulus rozumí pokladem toliko peníze,³ kdežto Theodosianský kodex rozšiřuje dosah pokladu na ozdoby, šperky⁴ a konečně Justiníánský kodex zobecňuje na jakoukoliv hodnotnou věc movitou.⁵ Proti tomuto názoru

³ *Pecuniae* jsou peníze, původní význam je však dobytek (odvozeno od *pecus*), odtud také v obecné rovině ve starších dobách bylo *pecuniae* výrazem pro jmění jako takové. PRAŽÁK, J./NOVOTNÝ, F./SEDLÁČEK, J.: Latinsko-český slovník k potřebě gymnasií a reálných gymnasií. Praha (1936), (nezměněné 8. vydání), s. 897.

⁴ *Monile* znamená řetěz na krk, náhrdelník, případně náprsník, viz PRAŽÁK, J./NOVOTNÝ, F./SEDLÁČEK, J.: Latinsko-český slovník k potřebě gymnasií a reálných gymnasií. Praha (1936), (nezměněné 8. vydání), s. 806.

⁵ MALAVÉ OSUNA, M. B.: „*Pecunia, monilia y mobilia*“ como objeto del tesoro, In: El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940 – 2000). Huelva (2000), s. 452-453.

bychom mohli vznést řadu připomínek – zejména proč by měl Paulus vykládat *pecuniae* toliko v nejužším smyslu,⁶ když i jeho současníci měli povědomí, že význam tohoto termínu je mnohem širší.⁷ Dále nás může zarazit prakticky doslovné znění věty Theodosiánského a Justiniánského kodexu. S ohledem na skutečnost, že jde o rukopisy, nabízí se přímo otázka, zda nemohlo dojít k tomu, že by se třeba jen někdo z písařů upsal. Nemohlo tu být místo „*et*“ sloveso „*est*“? Rovněž by stálo za to se zamyslet nad tím, že výraz „*mobilia*“ a „*monilia*“ se také liší jen jediným písmenem.⁸ S ohledem na omezený prostor však tyto otázky musí být ponechány stranou.

Přestože s pokladem běžně romanisté spojují jak jeho povahu věci movité, tak onu hodnotnost věci, v případě hodnoty věci je uváděno, že přes doktrinální debaty o jejím významu, nebyla uznána jako podstatná podmínka materiálního předmětu pokladu. Jako důvod je uváděno, že všeobecně pojem hodnota vede přímo k její míře a její kvantifikace se dá měřit pouze na základě subjektivních kritérií.⁹

Bezesporu každý předmět, který pro nás má nějaký význam, má skutečně hodnotu subjektivní, danou námi. Ovšem otázka ceny obliby, případně v širším ohledu cena daná řekněme „poptávkou trhu“ zde nemá místa. Není pravdou, že by nebylo možno cenu určit objektivně. Správně upozorňuje Bonfante, že z hlediska běžné fiskální praxe pouze poklady „*ingenti*“ a „*aurei*“ byly pokládány za skutečné poklady.¹⁰

V případě výkladu pokladu bychom neměli být zahleděni pouze do právních textů, ale věnovat spíše pozornost numismatickým, ekonomickým a sociálním aspektům doby, jež nám mohou poskytnout mnohem lepší vodítko. Krom příkladů, jež Bonfante uvádí, je třeba položit si základní otázku, v čem spočívala

⁶ Viz MALAVÉ OSUNA, M. B.: „*Pecunia, monilia y mobilia*“ como objeto del tesoro, In: El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940 – 2000). Huelva (2000), s. 451. Článek dovozuje užší význam z fragmentů D. 6,1,67 (Scaev. 1 Resp.) a D. 48,13,5,3 (Marcian. 14 Inst.), blíže však odůvodnění tohoto užšího významu nedokládá.

⁷ Festus D.VS I.222: „*Pecuniae nomine ... omnes res, tam soli, quam mobiles et tam corpora, quam iura continentur*“.

⁸ O možnosti přepisu v tomto případě viz ZEIDLER, G.: Die Rechtsverhältnisse am Schatz. Berlin (1880), s. 3.

⁹ MALAVÉ OSUNA, M. B.: „*Pecunia, monilia y mobilia*“ como objeto del tesoro, In: El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940 – 2000). Huelva (2000), s. 453.

¹⁰ BONFANTE, P.: La vera data in un testo di Calpurnio Siculo e il concetto romano del tesoro, In: Mélanges Girard I (1912), s. 140 citováno dle: MALAVÉ OSUNA, M. B.: „*Pecunia, monilia y mobilia*“ como objeto del tesoro, In: El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940 – 2000). Huelva (2000), s. 454.

hodnota kupříkladu nalezených starých mincí. Bylo tomu v Římě skutečně tak, jako dnes, že staré peníze měly jen sběratelskou hodnotu? Vždyť snad s výjimkou amerického dolaru, měna každého státu prošla reformami, jejichž důsledkem byla neplatnost těchto bankovek či mincí. V dobách antických a prakticky až dlouho do středověku byla realita jiná. Hodnota mince byla dána její reálnou hodnotou, tedy obsahem příslušného drahého kovu v dané minci. Přestože Gaius říká, že tato hodnota kovu rozhodovala u asů, čímž zdůvodňuje přítomnost vážného u mancipace,¹¹ hraje procento drahého kovu roli i u mincí pozdějších. Asi nejlepším důkazem je pokus o zastavení inflace, způsobené mimo jiné právě nekvalitními mincemi, který provedl Dioklecián. Aby inflaci snížil, začal razit nové mince s vysokým obsahem drahého kovu. Okamžitým následkem bylo, že tyto mince zmizely z oběhu a byly jejich vlastníky uschovány na horší časy. Jejich hodnota nespočívala v nominální hodnotě, ani v hodnotě sběratelské, nýbrž právě a jediné v obsahu drahého kovu.

V případě šperků je tato otázka poněkud složitější. Šperk, na rozdíl od mince, není platidlem, věcí genericky určenou. Ba naopak, lze říci, že právě šperky v sobě nesou znak individuality par excellence. Hodnota šperku není dána jistě toliko jeho hodnotou použitého kovu, nýbrž i hodnotou uměleckou. Je však otázka, zda to takto museli chápat i Římané. Nikoliv v souvislosti s pokladem, ale přesto i v římských pramenech můžeme nalézt důkazy o tom, že tomu tak býti nemuselo. Když Gaius uvádí jako příklad rozdílu mezi kupní a nájemní smlouvou případ se zlatým prstenem (Gai. Inst. 3,147), nabízí se otázka, kde by dotýčný objednatel, běžný zákazník, měl vzít zlato v příslušném množství a kvalitě na vytvoření takového prstenu? Asi nemůžeme předpokládat, že by za tímto účelem nechal roztavit zlaté mince. Odpověď nám může přinést například fragment D. 7,4,10,6 – prostě a jednoduše je použít starší, již „nemoderní“ šperk.¹² Ostatně i v současné době ekonomické krize často dochází k tomu, že typicky prsteny, zejména průměrné umělecké kvality, jsou vykupovány jen za cenu kovu.

Z důvodu omezených pramenných zdrojů najít přímý důkaz o tom, že by v dobách antických šperk sloužil jako platidlo, není možné. V našich moderních dějinách však můžeme jako příklad uvést tzv. Košický poklad, kde se tato skutečnost v případě zlatého řetězu, který byl jeho součástí,

¹¹ Gai. Inst. 1,122.

¹² D. 7,4,10,6 (Ulpianus 17 ad Sab.) *Proinde et ornamentum dissolutum aut transfiguratum extinguit usum fructum*. Pokud je šperk zničen, nebo změněn jeho tvar, požívací právo k němu zaniká. K tomu srovnej BUBELOVÁ, K.: *Usufructus* (požívací právo) – návrat jednoho zapomenutého institutu, In: *Proměny soukromého práva. Sborník z konference Dny práva. IV. ročník konference Days of Law. Brno (2010)* (eds. Dávid/Sehnálek/Valdhans), s. 1492 an.

předpokládá.¹³ Mohli bychom však uvažovat o důkazu nepřímém. Skutečnost, že Theodosiánský kodex zdůrazňuje ona *monilia*, jako součást pokladu, pak bezesporu není náhodou, v jaké době se to děje. Již bylo naznačeno, že období pozdní antiky je spíše obdobím úpadku a právě v takovéto době je poměrně logické, že šperky, nebo obecně předměty zhotovené z drahých kovů, se mohou stát platidlem – rozhoduje totiž právě obsah drahého kovu. Důkaz o podobném jednání nám poskytuje sice doba mladší, ale prakticky vždy v situaci, kdy je stát v ekonomické krizi, se s tímto setkáváme.¹⁴ A v tomto ohledu se to shoduje s dobou císaře Theodosia. Na druhou stranu by však totéž bylo možno říci, byť jistě ne v takové míře, pro dobu právníka Paula. Jisto jistě však poklad v drtivé většině byl tvořen především penězi a šperky byly spíše doplňkovou záležitostí.

Je asi možno s úspěchem pochybovat, že by předmětem pokladu mohl být jiný předmět, než takový, jež by měl svůj původ v nějakém drahém materiálu. Můžeme zde sice nalézt jeden fragment v Liviovi (*Ab Urbe condita* 40,20), který by takto vyzníval, avšak ztotožnit použití slova *thesaurus* s právním institutem nálezu pokladu je v tomto případě dosti pochybné.¹⁵ Nezle pochybovat o tom, že i v době antické existovali zájemci o historii, a historické předměty (dnes bychom asi řekli archeologické nálezy),¹⁶ srovnávat však jejich zájem s vědeckou činností archeologů je dosti pochybné. Tuto situaci lze spíše porovnat se současným zájmem o militária z druhé světové války, zejména pak německá. Toto není dáno

¹³ Ke košickému pokladu srovnej zejména: NOHEJLOVÁ-PRÁTOVÁ, E.: Košický poklad. Nález zlatých mincí 15. – 17. století v Košicích r. 1935. In: Sborník národního muzea v Praze. Řada A – Historie. = Acta Musei Nationalis Pragae. Series A – Historia. Praha : Národní muzeum 3 (1948), s. 1-359.

¹⁴ Sluší se připomenout, že zmiňovaný košický poklad byl ukryt v době kuruckých válek (1680 – 1682), jež se pochopitelně na ceně mince také podepsaly a i on svou povahou do tohoto modelu zapadá.

¹⁵ Je třeba mít na vědomí, že původní význam tohoto slova, lze-li nějak dopátrat, spočívá v určité schránce, jež schovává předmět cenný, avšak nikoliv finančně, ale např. nábožensky atp. K tomu viz WISSOWA, G. a kol.: Paulys realencyclopädie der classischen Alterumswissenschaft: neue Bearbeitung. (PWRE) 2. Reihe. 11. Halbband. Stuttgart (1936), sloupce 1-6. Ostatně celý zmiňovaný případ v Liviovi vyznívá spíše v tom duchu, že hodnota nalezených knih spočívala v jejich řeckém „politickém“ významu, než že by byly hodnoceny jako historický artefakt. To byl ostatně také důvod, proč byly zničeny.

¹⁶ Zde není tento výraz chápán ve smyslu, který tomuto pojmu dává náš právní řád. Ostatně ani definice daná příslušným předpisem, zákonem č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči není zcela přesná. (§ 23 odst. 1 zákona: „Archeologickým nálezem je věc (soubor věcí), která je dokladem nebo pozůstatkem života člověka a jeho činnosti od počátku jeho vývoje do novověku a zachovala se zpravidla pod zemí.“ Dogmaticky vzato za archeologický nález je možno považovat věci jen do novověku – jak ale hodnotit tzv. leteckou archeologii, nebo archeologii na místě zaniklých vsí v oblasti Sudet, jež se rovněž v poslední době značně rozvíjí).

skutečným zájmem daných osob vědecky bádát o inkriminované době, jako spíš prostě určitou módností tohoto období ve sběratelské oblasti.¹⁷ Konec konců ještě velmi dlouhou dobu byly předměty z antické doby předmětem zájmu spíše pro svou uměleckou hodnotu a jejich uložení v prostorách často označovaných jako „kabinet kuriozit“ jasně ukazuje, že s archeologickým bádáním nemají tyto sbírky žádného vztahu. Krom toho technicky vzato, z hlediska archeologického není až tolik cenný nalezený předmět jako takový, jako spíše celá nálezová situace – tedy daný předmět v souvislostech naleziště.

Moderní právo

Při letmém pohledu na definici pokladu, kterou nalezneme v ustanovení § 399 ABGB, je zcela zřejmá vazba na definici Paulovu: „*Bestehen die entdeckte Sachen in Geld, Schmuck oder andern Kostbarkeit, die so lange im Verborgenen gelegen haben, dass man ihren vorigen Eigenthümer nicht mehr erfahren kann, dann heissen sie ein Schatz. Die Entdeckung eines Schatzes ist von der Obrigkeit der Landesstelle anzuzeigen*“¹⁸ A pokud bychom připustili tezi, že Paulus skutečně hovořil jen o penězích, zatímco širší pojetí je spojeno až s pozdějšími kodifikacemi, pak lze říci, že je výsledkem vývoje pojetí pokladu od doby klasické přes dobu poklasickou k Justinianovi.

Předmětem pokladu tedy dle ABGB nebyly jen peníze, nýbrž i šperky a rovněž další drahocennosti. Zatímco pod pojmy peníze či šperk je možno si představit konkrétní předměty, „další drahocennosti“ jsou již termínem dosti vágním a bylo tak na výkladu soudů. Tento výklad byl o to důležitější, že rozlišením mezi věcmi skrytými a pokladem byla právě ona cennost a jelikož každý z těchto institutů (nález pokladu a nález věci skryté) měl jiný právní režim, případná mylná klasifikace ze strany nálezce mohla vést k následkům pro něj neblahým.¹⁹ Dle názoru některých právníků pozbyla sice novelou

¹⁷ Hledat důvody, proč tomu tak je, by sice bylo možné, avšak je to spíše otázka sociologické studie. Spokojme se s tím, že jde o fakt, pro nějž můžeme nalézt množství důkazů, třeba jen ve skutečnosti, kolik publikací s tímto zaměřením se nachází na pultech knihkupectví, z nichž některé jsou přímo zaměřeny jako určité „manuály ke sběratelství“ k tomu srovnaj například JOHNSON, TH. M.: Sbíráme chladné zbraně Třetí říše. 1. a 2. díl, Česko (2010).

¹⁸ § 399 ABGB: „Záležeji-li odkryté věci v penězích, šperku, nebo jiných drahocennostech, které tak dlouho v úkrytu ležely, že jejich dřívějšího vlastníka nelze se dovědět, pak slují poklad. Nález pokladu budíž vrchností oznámen zemské správě“. Citováno dle ASPI.

¹⁹ Toto se týkalo např. nálezů cenných papírů, akcií, atp. viz ROUČEK, F./SEDLÁČEK, J.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. 2. díl. Praha (1935), s. 404 an.

v roce 1846 poslední věta ustanovení § 398 ABGB²⁰ významu, naopak jiní ji za obsoletní nepovažovali. Právě státní orgán, jemuž byl nález oznámen, mohl určit, zda věc nalezená spadá pod institut věci skryté, či naopak pod poklad.²¹

Důvodem, proč se vůbec v daném ustanovení oznamovací povinnost nacházela, však nebyla ona „rozhodčí“ role. Podle původního znění § 399 ABGB (do zmiňované novely) totiž jedna třetina nalezeného pokladu náležela státu. Při pohledu na historický vývoj tohoto institutu v předchůdcích ABGB,²² a konec konců ještě i v Zeillerově komentáři, vidíme, že dokonce role státu u nabytí nalezeného pokladu byla nejméně významnější. Tyto předpisy totiž pokračovaly ve středověké tradici regálu a nálezci, potažmo vlastníkoví pozemku, jejich díl připadal původně jen jako odměna za čestnost, že nález ohlásili, později „z politických důvodů.“²³ Dvorský dekret z r. 1846 však měl také ten následek, že stát de facto ztratil možnost získat řadu archeologicky významných nálezů.

O tom, že hodnota pokladu nespočívá jen v ceně kovů, případně v uměleckém zpracování, se pozvolna v 19. stol. začíná přesvědčovat i státní aparát. Doba, kdy nalezené zlaté keltské mince posloužily jako skvělý zdroj kovu pro ražbu nových dukátů, jako v případě podmokelského pokladu již pozvolna končí, byť o ochraně „kulturního dědictví“ v dnešním slova smyslu nemůže být ani řeči. Tyto tendence ještě více posilují za první republiky, kdy jako hlavní inspirační zdroj u nálezů pokladu sloužil Švýcarský občanský zákoník. Posun v otázce vlastnictví k pokladu v úpravě ABGB platného za první republiky, Osnově z r. 1931 a Osnově z r. 1937 je dosti značný.²⁴ Toto bylo způsobeno i poněkud odlišným chápáním pojmu poklad.

Podle obou zmiňovaných osnov je poklad definován následovně:

„Poklad je drahocenná věc, o které lze se domnívat, že již dlouho byla skryta a že nikomu nenáleží. Za drahocennou věc je považovati také každý

²⁰ § 398 ABGB: „... Nález pokladu budiž vrchností oznámen zemské správě“. Citováno dle ASPI.

²¹ K tomu srovnej příslušná místa v STIEBER, M. (referent): Věcné právo. Návrh subkomitétu pro revizi občanského zákoníka pro Československou republiku. Praha (1923). Též výše citovaný komentář ROUČEK/SEDLÁČEK.

²² K tomu srovnej zejména MAYER-MALY, T.: Aus den rechtshistorischen Grundlagen der Regulung des Schatzfundes im österreichischen Privatrecht. In: Festschrift Nikolaus Grass: Zum 70. Geburtstag Dargebracht Von Fachkollegen und Freunden. Innsbruck (1986).

²³ ZEILLER, F. VON: Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. Zweiter Band. Erste Abtheilung, Zweite Abtheilung. [§ 285 – § 858]. Videň (1812), s. 182.

²⁴ Viz SALÁK, P.: Nález pokladu mezi ABGB a Osnovou OZ z r. 1937 aneb cesta tam a zase zpátky. Časopis pro právní vědu a praxi (2013), roč. 2013, Supplementum, s. 269-275.

výtvar, který má hodnotu vědeckou nebo uměleckou. Nález ohlásí nálezce příslušnému úřadu“.²⁵ Oproti ABGB zcela vymizely konkrétní výrazy, jako peníze a šperky, a zůstal pouze obecný pojem drahocennost. V tomto ohledu by bylo možno chápat postup zákonodárce jako určitý posun, kdy termíny svou povahou poněkud kazuistické jsou nahrazovány obecnějšími výrazy, jež umožňují širší chápání, to by ostatně odpovídalo celkové tendenci osnov ve vztahu k ABGB.²⁶ Celou situaci však zásadně mění druhá věta sledovaného ustanovení. Jestliže do této doby byla drahocennost v zásadě²⁷ hodnocena ve vztahu k hodnotě materiálu, z něž byla daná věc pořízena, toto ustanovení již výslovně uvádí, že cennost může spočívat i v uměleckém, ale dokonce i jen ve vědeckém významu nalezené věci. Nejen že tedy může být pokladem předmět z drahého kovu, či předmět umělecké hodnoty, ale pokladem se tak rázem stávají i předměty, kterých by si často obyčejný smrtelník ani nevšiml – například keramické střepy či jiné podobné doklady o životě našich předků, tedy vpravdě archeologické nálezy. Příslušné ustanovení se však vztahuje toliko na lidské výtvary, takže nebylo jej možno použít např. na kostru člověka samotného.

Zde by však přicházelo do úvahy další ustanovení, a to § 172 Osnovy 1937: „Ustanovení o pokladu platí přiměřeně o přírodninách, které mají vědeckou hodnotu“. Přestože se ustanovení o pokladu vztahují na přírodniny jen přiměřeně, je patrné, že v obou prvorepublikových osnovách byla definice pokladu posunuta do zcela jiné roviny. Vezmeme-li jako typický příklad přírodniny např. meteorit, tak zatímco podle Osnovy 1937 by spadal pod režim nálezu pokladu, něco podobného by bylo v době antického Říma naprosto nemyslitelné. Nejde jen o otázku chápání cennosti předmětu, ale konec konců i o samotný počátek definice pokladu, tedy o fakt, že jde o věc skrytou. V ustanovení § 172 osnovy 1937 ani není podmínkou, aby byla daná přírodnina skryta.²⁸

²⁵ Viz § 169 Sněmovního tisku 844/1937 (Osnova 1937). Znění paragrafu Osnovy 1931 srovnej u příslušného paragrafu ABGB v ROUČEK, F./SEDLÁČEK, J.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. 2. díl. Praha (1935), s. 404.

²⁶ K tomu srovnej důvodovou zprávu ke sněmovnímu tisku 844/1937 *passim*, v případě pokladu např. v komentáři k důvodům nepřevzetí ustanovení § 401 ABGB.

²⁷ Pochopitelně toto neplatilo stoprocentně, neboť již v době ABGB či ještě dříve byly předmětem zájmu různé předměty historické, jako zbraně, sochy či nádoby, které bylo možno nalézt v kabinetech starožitností již od renesance, nicméně zde opět hrála roli především estetická hodnota těchto věcí.

²⁸ Jen pro pořádek je třeba připomenout, že výraz „skryt“ v sobě nese lidskou činnost a nelze jej vztahovat na situaci, kdy by například meteorit spadl do jezera.

Je sice pravdou, že na tento paragraf se ustanovení o nálezů pokladu měla použít jen přiměřeně, a je pravdou, že i definice pokladu v osnovách hovoří o věci skryté, fakticky i výraz skryta je chápán nejspíše jinak, než jak byl chápán v antice. Ne náhodou použil ve své definici Paulus výraz *depositio*. Skrytí bylo totiž v římském pojetí záměrnou činností, jejímž cílem bylo nějaký drahocenný předmět někam tajně uložit, uschovat. Pokud bychom však přijali výklad, že pokladem dle osnovy je věc, jež je ukryta, tedy i archeologický nález, mizí nám pojem ukryta ve významu „tajně uschována“ a zůstává v obecnějším významu zakryta, přičemž často ono zakrytí nemuselo být výsledkem cílené lidské činnosti, jak předpokládá Paulus a jiní římskí právníci, ale často následkem lidské činnosti ne přímo cíleným, nebo dokonce i bez vazby na lidskou činnost, např. činností přírody.

Pokud se podíváme právě třeba na keramické střepy, tyto ve středověku rozhodně nejsou předměty, jež by se běžně skrývaly, jsou-li nalezeny, tak velmi často jde o předměty, jež ve své době byly vyhozeny, nebo zničeny, např. během přepadu. Jejich ukrytí pak nebylo učiněno záměrně, spíše jen šlo o druhotný následek zaházení další vrstvou odpadků v prvním případě, či zničení celé budovy, v případě druhém, což zpravidla dokonala v obou případech příroda, jež zakryla stopy po původním opuštěném osídlení. Tyto věci, svou povahou spíše věci derelinkvované, však dle definice Osnovy 1937, rovněž spadaly pod termín poklad.

Závěrem

Ať již skutečně Paulus chápal výraz *pecuniae* v nejužším slova smyslu, tedy jako peníze, nebo ve smyslu širším, tedy obecně cenné věci, cennost či hodnota pokladu v antice jasně spočívala především v hodnotě materiálu, z něžž byl tento předmět vytvořen. Toto pojetí platilo v zásadě i v novověku, nicméně stále více se, vlivem rostoucího zájmu o historii a institucionalizaci ochrany kulturních památek, začíná pojem poklad vztahovat i k památkám archeologickým, jež mají uměleckou, nebo dokonce „jen“ vědeckou hodnotu. Tento posun, který je možno spatřit zejména na definici pokladu v osnovách prvorepublikových návrhů občanského zákoníku, pak vedl de facto k zániku tohoto institutu v našem právním řádu v padesátých letech 20. století. Dokonce ani zákon č. 89/2012 Sb., výrazně ovlivněný ABGB a Osnovou 1937, tento institut neobnovuje. Jediným reziduem římského pojetí pokladu je fakt, že v případě archeologického nálezů, jenž pozůstává z drahých kovů, nevyplácí se nálezci určité procento z kulturně historické hodnoty nalezeného předmětu, ale jen a pouze z hodnoty kovu (§ 22 odst. 4 zákona č. 20/1987 Sb.). Jestliže

v dobách Říma bylo nález pokladu možno chápat jako dar fortuny, současné právo jej pro nálezce činí spíše darem danajským.

Summary

The text is dealing with the problem of value as one of the aspects of a treasure. It compares the definition of treasure in Roman law and modern codifications (Austrian Civil Code 1811, Draft of Czechoslovak Civil Codes 1931 and 1937, Czech Civil Code 89/2012 Sb.). Whereas the value of a treasure was connected with value of the precious metal in Roman law, modern codifications emphasize artistic and especially archaeological value of treasure. As a result, the provisions regulating treasure are also applied on archaeological discoveries and meteors. This conception caused gradually the institute of finding a treasure to cease to exist as a special mode of acquiring ownership in law of the Czech Republic.

Die Änderungen des Gefängniswesens im christlichen römischen Reich

Pál Sály

I. Staatsgefängnisse - II. Privatgefängnisse - III. Klöster als Strafanstalte

Nach der Konstantinischen Wende beeinflusste das Christentum immer kraftvoller die Entwicklung des römischen Rechts: am Gebiet des Strafrechts z. B. erschienen neue Straftatbestände, die Strafen veränderten sich und viele neue strafprozessrechtliche Normen entstanden.¹ Die christlichen Reformen des Strafrechts verbreiteten sich auch auf die Welt der Gefängnisse. Im Weiteren versuche ich darzustellen, dass die christlichen Kaiser der IV.–VI. Jahrhunderte in welchen Richtungen das Gefängniswesen verändern wollten: in diesem Zusammenhang handelt diese Studie von den Staatsgefängnissen (*carceres publici*), den Privatgefängnissen (*carceres privati*) und endlich von den Klöstern als Strafanstalten zur Zeit von Justinian (*monasteria*).

I. Staatsgefängnisse

Nach dem auch von Mommsen vertreten und im größeren Kreis empfangenen Standpunkt kannte das römische Recht keine Gefängnisstrafe.² Ulpian stellte eindeutig fest, dass „das Gefängnis für die Verwahrung der Menschen geeignet ist, und nicht sie zu strafen.“³ Nach Callistrat wurde von

¹ Über die Wirkung des Christentums auf die Entwicklung des römischen Strafrechts s. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, Milano (1952–1954), III, 416 ff.

² Vgl. Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig (1899), 960 ff.; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano (1899), 155 ff.; A. H. J. GREENIDGE, *The legal procedure of Cicero's time*, London (1901), 513 f.; F. MILLAR, *Condemnation to Hard Labour in the Roman Empire, from the Julio-Claudians to Constantine*, in: *Papers of the British School at Rome* 52 (1984), 130; J. ZLINSZKY, *Római büntetőjog [Römisches Strafrecht]*, Budapest (1991), 83; DERS., *Állam és jog az ősi Rómában [Staat und Recht im archaischen Rom]*, Budapest (1996), 133; I. MOLNÁR, *A császárkori Róma büntetési rendszere [Strafsystem in Rom zur Kaiserzeit]*, in: *Acta Universitatis Szegediensis. Acta Juridica et Politica* 58 (2000), 375 f.; T. NÓTÁRI, *Római köz- és magánjog [Römisches öffentliches Recht und Privatrecht]*, Szeged (2011), 351.

³ D. 48,19,8,9: „*carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*“.

mehreren Kaisern, unter ihnen auch von Hadrian, verboten, dass jemand auf ewigen Fesseln (also auf lebenslange Gefängnisstrafe) verurteilt werde.⁴ Caracalla hielt auch für undenkbar, dass ein freier Mensch strafweise lebenslänglich zwischen Fesseln aufbewahrt werde: der Kaiser meinte, dass diese Lage nur mit dem Sklavenstatus vereinbart werden kann.⁵ Nach diesen Quellen teile ich auch das Mommsens Standpunkt, und lehne ich die Ansicht von Eisenhut ab, danach die Rechtsordnung des antiken Roms die Gefängnisstrafe kannte.⁶ Eisenhut beruft sich in der Verteidigung seiner Ansicht auf die Empfehlung von Caesar, die sich auf die Strafe der Teilnehmer der Catilinarischen Verschwörung bezog: wie wir wissen, Caesar forderte vor dem Senat den Einzug des Vermögens der Verschwörer und eine lebenslange Gefängnisstrafe in den kraftvollsten Gefängnissen der Munizipien.⁷ Diese Empfehlung wurde aber vom Senat abgelehnt: teilweise gerade deswegen, weil die Gefängnisstrafe von der römischen Denkweise fremd war.

Das römische Recht kannte also keine Gefängnisstrafe. Es ist aber bemerkenswert, dass die anderen Formen der Freiheitsstrafe in Rom existierten: in der Kaiserzeit war z. B. die oft verhängte Bergwerksstrafe eine mit schwerer Zwangsarbeit verbundene Freiheitsstrafe, die mit Entbehrung der Bewegungsfreiheit und strenger Bewachung zusammenschloss. Es gab auch die Verbannung, womit die Verteidigung der Gesellschaft ohne Gefängnisstrafe gelöst werden konnte.

Obwohl das römische Recht die Gefängnisstrafe nicht kannte, existierten die Gefängnisse in großer Anzahl am Gebiet des Römischen Reiches. Die Steigerung der Anzahl der Einwohner und die Vermehrung der Straftaten machten schon in der Mitte des Königtums für nötig, ein Gefängnis zu errichten.⁸ Nach dem architektonischen Fachbuch von Vitruvius waren die Gefängnisse in einem der zentralen Gebäude jeder Munizipien, die samt den Gebäuden der Schatzkammer und des Stadtrates zu dem Forum angebunden werden sollten.⁹

⁴ D. 48,19,35: „*cavetur ne quis perpetuis vinculis damnetur*“.

⁵ C. 9,47,6: „*incredibile est, quod adlegas liberum hominem, ut vinculis perpetuis contineretur, esse damnatum; hoc enim vix in sola servili conditione procedere potest.*“

⁶ W. EISENHUT, Die römische Gefängnisstrafe, in: Aufstieg und Niedergang der römischen Welt I/2 (1972), 268–282. Die Ansicht von Eisenhut wird auch von Bajánházy abgelehnt; s. I. BAJÁNHÁZY, A szabadságvesztés büntetése Rómában [Die Freiheitsstrafe in Rom], in: Publicationes Universitatis Miskolcensis. Sectio Juridica et Politica 21 (2003), 31, 33 f., 36.

⁷ Vgl. Sall. Cat. 55.

⁸ Das älteste Staatsgefängnis wurde in Rom nach der Überlieferung von Ancus Martius in der Mitte der Stadt, gegenüber dem Forum gebaut lassen (Liv. 1,33).

⁹ Vitr. De arch. 5,2,1.

In der römischen Welt hatten die städtischen-staatlichen Gefängnisse fünf Funktionen:

- (1) Die Angeklagten der schweren Straftaten wurden im Gefängnis von der Verhaftung bis zum Urteilsspruch in Haft gehalten. St. Paul verbrachte z. B. zwei Jahre im Untersuchungsgefängnis in Caesarea, im Gefängnis des dortigen Statthalters.¹⁰
- (2) Die Verurteilten wurden im Gefängnis bis zum Strafvollzug in Haft gehalten. Im allgemein sollen wir hier an die Haftung der zu Tode Verurteilten denken. Zur Regierungszeit von Tiberius wurde ein Senatsbeschluss erteilt, das vorschrieb, dass die Todesurteile nicht unter zehn Tage vollgestreckt werden dürfen: damit wollte die Möglichkeit versichert werden, dass das Senat oder der Kaiser den Verurteilten unter dieser Zeit Gnade erweisen.¹¹ Außer den, die auf ihre Hinrichtung warteten, wurden auch andere Verurteilte in den Gefängnissen gehalten. Es lohnt sich zu erwähnen, dass die Statthalter, nach dem Bericht von Ulpian, kein Recht hatten, jemanden mit Deportation auf eine Insel zu belegen: die Deportationsurteile durften nur dann vollgestreckt werden, wenn sie vom Kaiser genehmigt wurden, die Verurteilten sollten bis dann im Gefängnis aufbewahrt werden.¹²
- (3) Die Gefängnisse funktionierten auch als Hinrichtungsorte. Wie wir das wissen, mehrere Anhänger von Gaius Gracchus,¹³ Jugurtha, der in Jahren 111–105 v. Chr. gegen Rom der kriegführende König von Numidia war,¹⁴ die fünf, lebendig haftgenommenen Teilnehmer der Catilinarischen Verschwörung (zwischen ihnen Lentulus, ehemaliger Prtor) im Gefängnis von den Henkern erstickt wurden.¹⁵
- (4) Die Magistraten konnten die ungehorsamen Bürger kraft ihrer Zuchtgewalt (*coercitio*) – allenfalls nach Korperzuchtigung – in das Stadtgefngnis auf eine kürzere Zeit einschließen. St. Paul verbrachte z. B. eine Nacht mit seinem Gesellen im Gefängnis von Philippi.¹⁶
- (5) Während der mit dem Kognitionsverfahren verknüpften personalen Vollstreckung gerieten die zahlungsunfähigen Schuldner vielmals ins

¹⁰ Apg. 24,23–27.

¹¹ Tac. Ann. 3,51. Nach dem Bericht von Suetonius sollten die Todesurteile im Sinne dieses Senatsbeschlusses am zehnten Tag nach der Verkündigung des Urteils vollgestreckt werden (Suet. Tib. 75).

¹² Ulp. D. 48,22,6.

¹³ App. Bell. civ. 1,26,119.

¹⁴ Plut. Mar. 12.

¹⁵ Sall. Cat. 55.

¹⁶ Apg. 16,23–39.

Gefängnis. In der Kaiserzeit wurden die Bürger also nicht nur wegen Straftaten, sondern auch wegen Geldschuld in den Staatsgefängnissen in Haft gehalten.¹⁷

Diese Funktionen der Staatsgefängnisse veränderten sich grundlegend im Christentum nicht.¹⁸ Statt der Funktionen erfolgten die Änderungen in den Gefängnisumständen.¹⁹ Die christlichen Kaiser setzten drei Ziele vor sich: (1) sie bestrebten sich darauf, dass die Gefängnisumstände menschlicher werden, (2) sie traten für die Verteidigung der weiblichen Scham der Frauen auf, und (3) sie beschränkten die Dauer der Untersuchungshaft.

In diesem Zusammenhang sollen wir vier Verordnungen ausheben:

- (1) Konstantin I. verordnete im Jahr 320, dass die Strafprozesse möglichst schnell in Gang zu setzen seien, die Dauer der Untersuchungshaft – egal, ob die Anklage von Magistraten oder Privaten vertreten wird – möglichst kürzeste sein soll. Der Kaiser betonte, dass die Haft keine Folterungsart erhalten darf: die Gefangenen sollen nicht eng gefesselt werden, sie seien in lockeren Ketten, das Sonnenlicht darf ihnen nicht entnommen werden, sie seien nicht in einem dunklen Ort. Die Konstitution verbot streng, dass die Gefangenen vom Gefängniswärter für das von den Anklägern erhaltene Geld grausam behandelt werden.²⁰
- (2) Konstantin II. erteilte die Anordnung im Jahr 340 dem Acindynus *praefectus praetorio*, dass die Männer und Frauen in getrennten Zellen gehalten werden sollen, auch im Fall, wenn sie wegen gleicher Verbrechen gleiche Strafe erleidet werden.²¹
- (3) Honorius verordnete im Jahr 409, dass die Statthalter an jedem Sonntag die Lage der Gefangenen überprüfen müssen, ob sie von den Gefängniswätern nicht unmenschlich behandelt werden, ob sie genügend Lebensmittel bekommen. Sonntags musste das auch versichert werden, dass die Gefangenen baden können (unter strenger Bewachung sollten sie zum Bad geführt werden), und die christlichen Gläubigen und Priester zwischen ihnen Lebensmittel verteilen können.

¹⁷ Vgl. Nov. 134,9.

¹⁸ Wir können aber über Hinrichtungen in Gefängnissen in den Quellen der späten Kaiserzeit nicht lesen. Diese Art der Hinrichtung verschwand schon im zweiten Teil der Prinzipatszeit aus der Übung. Vgl. MOMMSEN (o. A. 2) 930.

¹⁹ Vgl. B. RASPELS, Der Einfluß des Christentums auf die Gesetze zum Gefängniswesen und zum Strafvollzug von Konstantin d. Gr. bis Justinian, in: Zeitschrift für Kirchengeschichte 102 (1991), 289–306.

²⁰ C.Th. 9,3,1 = C. 9,4,1. Nach anderen Quellen konnten die Wächter zum gegenteiligen Zweck (also wegen der leichteren Behandlung) bestochen werden (vgl. Didaskalia 19).

²¹ C.Th. 9,3,3 = C. 9,4,3.

Wenn die Provinzstatthalter und die unteren Magistraten diese Pflichte versäumten, mussten sie eine schwere Geldstrafe zahlen.²²

Aus dem Text der Verordnung und ihrer Interpretation stellt sich gut heraus, dass die Seelenhirten und die christlichen Gläubigen die Gefangenen besuchten. Es lohnt sich zu erwähnen, dass die um 250, also noch vor der Christenverfolgung verfasste Didaskalia, die kirchendisziplinarische Normen enthält, für die Gläubigen vorschrieb, dass sie manchmal die Mitglieder der Glaubengemeinschaft, die wegen ihrer Glaube unter Strafverfahren stehen, und im Gefängnis sind, besuchen sollen.²³ Die Didaskalia beruft sich hier auf die Zeile des Evangeliums nach Matthäus: nach der Lehre von Jesus werden die Barmherzigen selig, den Er selbst, der gerechte Richter am Jüngsten Gericht sagen kann: „Denn ich war hungrig, und ihr habt mir zu essen gegeben; ich war durstig, und ihr habt mir zu trinken gegeben; ich war fremd und obdachlos, und ihr habt mich aufgenommen; ich war nackt, und ihr habt mir Kleidung gegeben; ich war krank, und ihr habt mich besucht; ich war im Gefängnis, und ihr seid zu mir gekommen.“²⁴

Es ist interessant, dass die Gläubigen auch nach der Aufhebung der Christenverfolgung die Gefangenen weiterhin besuchten, und die Kirche zählt den Besuch der Gefangenen auch noch heute zu den wichtigsten körperlichen Taten der Barmherzigkeit. Diese Besuche erleichterten offensichtlich die Leiden der Gefangenen.

(4) Im Jahr 529 regelte Kaiser Justinian viel detaillierter, als seine Vorgänger, die Voraussetzungen der Gefangenhaltung. Er verbot zuerst, dass jemand ohne Befehl der oberen (*illustres, spectabiles, oder clarissimi*) Magistraten der Hauptstadt, der Provinzstatthalter oder der Stadtdefensoren haftgenommen werde. Der Kaiser schrieb vor, dass die Bischöfe an jedem Mittwoch und Freitag überprüfen müssen, wer, an welchem Grund eingeschlossen wurde: die örtlichen Hauptpastoren mussten im Sinne der Verordnung dauber wissen, dass die Gefangenen Freien, Sklaven, Schuldner oder Verbrecher sind.

Die Verordnung beschränkte auch die Dauer der Haft: in den Sachen der Sklaven musste man unter zwanzig Tage entscheiden, die Unschuldigen sollten ihren Eigentümern zururckgegeben werden, die Schuldigen mussten gestraft werden.

In den Fällen der Freien gab es verschiedenen Regeln: im Fall einer Geldschuld sollte der Bürge bestellende Schuldner aus dem Gefängnis freigelassen werden. Der Schuldner, der keine Bürgen bestellen konnte, durfte

²² C.Th. 9,3,7.

²³ Didaskalia 19.

²⁴ Mt 25,35–36.

höchstens 30 Tage lang in Haft gehalten. Wenn die Beurteilung der Sache mehr als 30 Tage benötigte, sollte der Schuldner schwören, dass er an der Verhandlung erscheinen wird, dann musste er freigelassen werden.

Bei leichteren Straftaten musste der Bürgen bestellende Angeklagte aus dem Gefängnis freigelassen werden. Wer keine Bürgen bestellen konnte, durfte höchstens sechs Monate lang in Haft gehalten werden.

Bei dem Kapitalverbrechen, wenn die Ankläger Staatsbeamten (*publicae personae*) waren, der Angeklagte sollte jedenfalls in Haft gehalten werden (er konnte auch mit Bestellung der Bürgen die Haft nicht vermeiden), deren Dauer aber die sechs Monate nicht übertreten durfte. Wenn bei einem Kapitalverbrechen die Anklage von Privaten vertreten wurde, konnte der Angeklagte Bürgen bestellen, danach war aber die Gefangenhaltung nicht gestattet. Der Angeklagte, der keinen Bürgen bestellen konnte, durfte höchstens ein Jahr lang in Haft gehalten werden. Die Bischöfe waren verpflichtet, das zu überprüfen, und im Fall des Regelverstößes die Magistrate zu mahnen, bzw. die Nachlässigkeit der Beamten dem Kaiser zu melden.²⁵

II. Privatgefängnisse

Die Quellen der Spätantike berichten oft über Privatgefängnisse. Es kommt so vor, dass die großmächtigen Gläubiger, die örtlichen Kleinkönige (*potentiores*) an ihren riesigen Ländereien Gefängnisse bauten, wohin sie ihre Schuldner eigenmächtig einschlossen.²⁶ Die christlichen Kaiser erklärten diese Verfahren in Verteidigung der Schuldner für schweres Verbrechen.

Wir kennen drei Verordnungen, die in diesem Kreis geschaffen wurden.

- (1) Theodosius der Große erklärte die Einsperrung des Schuldners ins Privatgefängnis im Jahr 388 für Majestätsbeleidigung (*crimen maiestatis*).²⁷ Das erfolgte deswegen, weil die eigenmächtig Gefängnis bauenden Gläubiger die Rechte des Kaisers unrechtmäßig aneigneten.
- (2) Um ein Jahrhundert später verordnete Kaiser Zeno, dass die am Gebiet des römischen Reiches Gefängnis bauenden Personen Majestätsbeleidigung vornehmen, und sie sind mit Todesstrafe zu belegen. Der Kaiser gab die Anweisung dem Präfekt von Egypt und jeden Statthaltern des Reiches,

²⁵ C. 9,4,6.

²⁶ Vgl. O. ROBINSON, *Private Prisons*, in: *Revue internationale des droits de l'antiquité* 15 (1968), 393 f.; J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse im Römischen Reich*, Stuttgart (1996), 60 f.

²⁷ C.Th. 9,11,1.

dass sie alles vornehmen müssen, diese Verbrechen zurückzudrängen. Nach der Verordnung wartete die Strafe von *crimen maiestatis* auch auf die Statthalter, die versäumten, die majestätsbeleidigenden Taten zu vergelten.²⁸

- (3) Endlich wechselte Justinian im Jahr 529 die Todesstrafe mit Talion, und ordnete an, dass derjenige, der ein Privatgefängnis errichtet, unabhängig seinem Stand und seiner Würde so viele Tage im Gefängnis verbringen soll, auf so viele Tage er andere in sein Gefängnis eingesperrt hat. Der Täter hat – neben der Strafe – seine Forderung gegen den verloren, den er einsperrte. Der Kaiser rief neben den Magistraten auch die Bischöfe darauf an, dass sie die Einhaltung des Verbots der Errichtung der Privatgefängnisse überwachen.²⁹

III. Klöster als Strafanstalte

In den IV.–VI. Jahrhunderten verbreitete sich sehr schnell das Mönchswesen, viele Klöster wurden im ganzen Reich gebaut. Seit Anfang des VI. Jahrhunderts funktionierten die Klöster auch als Gefängnisse.³⁰ Die Einweisung in ein Kloster als Strafe erschien zuerst im kanonischen Recht.³¹ Es lohnt sich in diesem Kreis drei Synodalkanonen auszuheben. (1) Im Jahr 506 verordnete die Synode in gallischen Agde, dass die Bischöfe, Priester, Diakonen, die Kapitalverbrechen begehen, z. B. die Urkunden verfälschen oder falsch zeugen, sollen von ihren Ämtern entzogen und ins Kloster eingesperrt werden.³² (2) Eine andere Synode in burgundischem Epaó erteilte im Jahr 517 einen ähnlichen Beschluss.³³ (3) Im Jahr 538 verordnete die III. Orleaner Synode, dass die ehebrecherischen Kleriker lebenslänglich ins Kloster eingesperrt werden müssen.³⁴

²⁸ C. 9,5,1.

²⁹ C. 9,5,2.

³⁰ Es ist interessant, dass die Sanktion der Einweisung ins Kloster manchmal schon früher in der kirchlichen Übung erschien. Nach dem *Liber Pontificalis* ließ der Papst Innozenz (401/402–417) die in Rom gefundenen irrgläubigen Katafriegen ins Kloster einsperren (LP 42,1).

³¹ Vgl. K. L. NOETHLICH, Das Kloster als „Strafanstalt“ im kirchlichen und weltlichen Recht der Spätantike, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung 80 (1994), 26 ff.

³² Conc. Agathense c. 50.

³³ Conc. Epaonense c. 22.

³⁴ Conc. Aurelianense c. 7.

Die Zentralgedanke der justinianischen Kirchenpolitik war der Einklang: die Schaffung der Symphonie (*consonantia*) zwischen dem Staat und der Kirche.³⁵ Der Kaiser wiederholte die Regeln der Synodalkanonen oft in seinen Novellen.³⁶ Der Kaiser nahm auch die Strafe der Einweisung ins Kloster aus dem kanonischen Recht über.

Nach den justinianischen Novellen sollten ins Kloster eingesperrt werden (1) die entamteten Bischöfe, die eigenmächtig den Ort verließen, der für sie als Wohnsitz zugewiesen wurde, vor allem im Fall, wenn sie unrechtmäßig an die vorige Residenz zurückkehrten,³⁷ (2) die Glückspiel treibenden (würfelnden) oder die Zirkusspektakel besuchenden Kleriker,³⁸ (3) die in den Vermögensrechtlichen Verfahren falsch zeugenden Priester, und Diakonen,³⁹ (4) die Diakonissen, die trotz der Mahnung ihres Bischofs mit einem fremdem Mann unter einem Dach zusammenlebten,⁴⁰ (5) die Personen, die sich ohne

³⁵ Auf diesen Einklang, als auf den erreichbaren Zweck berief sich Justinian, als er die von den Synoden verurteilten Ketzer aus den Städten auswies (Nov. 42). Vgl. F. DVORNIK, *Early Christian and Byzantine Political Philosophy. Origin and Background*, Washington (1966), II, 817.

³⁶ In einer seiner Verordnungen ordnete Justinian an, dass die heiligen Kanonen die gleiche Kraft haben sollen, als die kaiserlichen Konstitutionen: „*sacros canones enim non minorem vim quam leges habere volunt*“ (C. 1,3,44). Vgl. B. BIONDI, *Religione e diritto canonico nelle legislazione di Giustiniano*, in: *Acta congressus iuridici internationalis, Romae* (1935), I, 109; DERS., *Giustiniano primo. Principe e legislatore cattolico*, Milano (1936), 92 ff.; DERS. (o. A. 1) I, 231 ff.

³⁷ Nov. 123,11. Das wurde schon von Honorius gefordert, dass die entamteten Bischöfe den Beschluss der sie strafenden Synode befolgen sollen: sie stören nicht die öffentliche Sicherheit und Ruhe, und versuchen sie nicht in ihren Bischofsessel zurückzukehren. Auf die Verletzende dieses Verbots wartete die Ausweisung: diese Personen konnten sich nicht im Kreis von 100 Meilen der vorigen Residenzstadt verhalten (C.Th. 16,2,35).

³⁸ Die sündigen Kleriker wurden in diesem Fall auf drei Jahre aus ihrem Amt aufgehängt, und auf diese Zeit ins Kloster eingewiesen. Die Dauer der Strafe konnte vom kompetenten Bischof – mit Hinsicht auf das reumütige Verhalten der Verurteilte – verkürzt werden (Nov. 123,10).

³⁹ Die Strafe lautete auch in diesem Fall auf drei Jahre (Nov. 123,20).

⁴⁰ Die schuldige und ungehorsame Diakonisse wurde in diesem Fall von ihrem Amt entzogen, und lebenslänglich ins Kloster eingewiesen. Das Vermögen der verurteilten Frau wurde zwischen ihren Kindern und dem Kloster aufgeteilt (das Kloster erhielt einen Kinderteil, der auf die Unterhaltung der Frau angewandt wurde). Das Vermögen der kinderlosen Frau sollte zwischen der örtlichen Kirche und dem Kloster aufgeteilt werden (Nov. 123,30).

gesetzlichen Grund scheiden ließen,⁴¹ (6) die ehebrecherischen Frauen,⁴² und diejenige, (7) die gegen das gesetzliche Verbot den Ketzern kirchliche Immobilien verkauften.⁴³

Wir müssen noch die 134. justinianische Novelle erwähnen, die allgemein verbot, dass die Frauen – wegen öffentlicher oder privater Schuld – ins Gefängnis gesperrt oder in die Aufsicht von Männern eingewiesen werden. Stattdessen sollten die angeklagten Frauen in Klöstern gehalten, oder in die Aufsicht der Frauen zugewiesen werden.⁴⁴

Hillner stellt die Strafe der Einweisung ins Kloster mit dem Hausgefängnis in Parallele, das in der Prinzipatszeit statt Verbannung bei den Tätern aus den höheren Ständen angewandt wurde.⁴⁵ Ich bin mit diesem Standpunkt nicht einverstanden: wie ich schon erwähnt habe, nahm Justinian die Sanktion der Einweisung ins Kloster aus dem kanonischen Recht wegen Bestrebung auf den Einklang des Synodalbeschlusses (*canones*) und der staatlichen Gesetze (*leges*) über. Hillner stellt aber recht fest, dass Justinian mit der Einweisung der Sünder ins Kloster versuchte, sie zu verbessern.⁴⁶ Nach Prokopios ließ Theodora auch die Prostituierten aus Konstantinapel ins Kloster einsperren, damit sie ihre frühere Lebensführung aufhören.⁴⁷ Das kaiserliche Ehepaar hielt die klösterlichen Umstände für sehr geeignet, die Spezialprävention zu verwirklichen. Es lohnt sich die Feststellung von Hillner damit zu ergänzen,

⁴¹ Die Frau, die sich von ihrem Mann ohne *causa legitima* scheiden ließ, wurde lebenslanglich ins Kloster eingewiesen. Wenn die Frau Kinder hatte, zwei Drittel ihres Vermögens erhielten die Kinder, ein Drittel das Kloster. Wenn sie kinderlos war, aber ihre Eltern noch lebten, wurde ein Drittel ihres Vermögens den Eltern, zwei Drittel dem Kloster zugewiesen. Wenn die Frau weder lebendigen Kinder noch Eltern hatte, konnte das Kloster das ganze Vermögen fordern (Nov. 117,13). Im Sinne der Novelle wurden die Männer, die sich von ihrer Frau ohne *causa legitima* entscheiden ließen, genauso gestraft (Nov. 127,4). Nach der 134. Novelle, die sich außer der Wahl der jungfräulichen Sauberkeit aus einem anderen Grund mit gemeinsamer Vereinbarung scheiden ließen, sollten lebenslanglich ins Kloster eingesperrt werden: in diesem Fall bezogen die erwähnten Regeln sich auf die Vermögen von beiden Ehepartnern (Nov. 134,11).

⁴² Nov. 134,12. Vgl. B. MEZEY, Régi idők tömlőcei. Büntetések, börtönök, bakók [Die Kerker der alten Zeiten. Strafen, Gefängnisse, Henker], Budapest (2010), 101.

⁴³ Nov. 131,14.

⁴⁴ Nov. 134,9.

⁴⁵ J. HILLNER, Monastic Imprisonment in Justinian's Novels, in: Journal of Early Christian Studies 15 (2007), 205, 216. Hillner beruft sich vor allem auf den Fall von Iunius Gallio: Tiberius wollte Gallio zuerst nach Insel Lesbos verbannen, aber der Kaiser überlegte sich und verordnete, dass der schon angefahrne Gallio in die Stadt zurückgebracht und in den Häusern der Magistraten in Haft gehalten werden soll (Tac. Ann. 6,3; Dio 58,18,4).

⁴⁶ HILLNER (o. A. 45), 205, 225 ff.

⁴⁷ Prok. De aed. 1,9,8; Hist. arc. 17.

dass der Kaiser sich vor dem Gott für die Glaube und das sittliche Verhalten seiner Untertanen verantwortlich fühlte, und er wollte die Sünder auf die Buße und Sühne zwingen, damit sie die Seligkeit erhalten können.⁴⁸

Zusammenfassend können wir feststellen, dass die christlichen Kaiser (1) sich bestrebten, die Gefängnisumstände zu verbessern, (2) wegen Verteidigung der Schuldner den Betrieb der Privatgefängnisse streng bestrafen, (3) und zur Zeit von Justinian erschien die Strafe der Einweisung ins Kloster, die als der Vorläufer der Gefängnisstrafe betrachtet werden kann.

⁴⁸ Vgl. Nov. 109. epil.

Vorausverpfändung und Erbfolge – Scaev. 27 dig. D. 20,1,34 pr.

Dietmar Schanbacher

Es geht bei diesem Thema um den verfügenden Griff in die Zukunft und die Frage, ob dieser Griff auch den Erben des Verfügenden erreicht: Erfasst eine Vorausverpfändung Gegenstände, die erst vom Erben des Verpfänders in die pfandhaftungsbegründende Situation gebracht werden? (abstrakt; konkret:) Werden im Falle der Verpfändung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand von der Pfandhaftung auch Waren erfasst, die erst nach dem Tode des Verpfänders von seinem Erben in die Sicherungsräume eingebracht werden? Eine Antwort auf diese Frage können wir Scaev. 27 dig. D. 20,1,34 pr. entnehmen, einer Stelle, der Fritz Sturm vor Jahren eine ausführliche Musterexegese gewidmet hat¹.

D. 20,1,34 pr. (Scaev. 27 dig.)

Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videantur (videatur, Mommsen)? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

Im zugrundeliegenden Fall ist ein ‘Laden’ verpfändet worden². Die an Scaevola gerichtete Anfrage gliedert sich in zwei Teile. Es wird gefragt 1) ob der Schuldner dadurch nichts bewirkt habe? Oder ob er unter der Bezeichnung ‘Laden’ die Waren, die in diesem waren als verpfändet zu haben erscheine? Ferner 2) ob, nachdem er diese Waren im Laufe der Zeit veräußert und andere erworben und in diesen Laden eingebracht habe und nun gestorben sei, der Gläubiger alles was dort gefunden werde mit der Pfandklage beanspruchen könne; angesichts dessen, daß die Arten der Waren sich geändert hätten und andere Waren eingebracht worden

¹ F. STURM, in: H. Schlosser/F. Sturm/H. Weber, Die rechtsgeschichtliche Exegese, 2. Aufl., München (1993), 26-58.

² Über einen ähnlichen Fall hatte im Jahre 1906 das Reichsgericht zu befinden: RG, Urt. v. 20. 2. 1906, JW 1906, 224.

seien? Scaevolus Bescheid lautet: Was zum Zeitpunkt des Todes des Schuldners im Laden gefunden wurde, erscheine als pfandverhaftet.

Der erste Teil der Anfrage kreist um den Gegenstand der Verpfändung, um sogleich Bedenken gegenüber einer Verpfändung des Ladens (*taberna*³) zu artikulieren. Ein Laden (*taberna*) ist auch als solcher kein tauglicher Verpfändungsgegenstand. Der Raum eines Hauses kann als solcher nicht verpfändet werden. Verpfändet werden könnte dagegen das Grundstück, worauf Haus und Raum stehen⁴. Fritz Sturm erwägt ein Auseinanderfallen von Wille und Erklärung als Grund der Bedenken (Erklärung: Laden; Wille: Waren) - ein moderner Gedanke -, verwirft das dann aber, weil es einen wirklichen Willen zur Verpfändung der Waren nach seiner Ansicht nicht gegeben hat (videatur meine eine objektive Bestimmung dessen, was unter *taberna* zu verstehen sei)⁵. Mangelndes *in bonis esse*, woran auch schon öfter gedacht worden ist⁶, braucht nicht der Grund der Bedenken gewesen zu sein. Denn wer sagt, daß der Schuldner nicht Eigentümer des Grundstücks war? Auffallend ist der Nachdruck, mit dem der Mißerfolg einer Ladenverpfändung erwogen wird: Habe der Schuldner dadurch ‚nichts bewirkt‘ (*nihil actum*)?

Mehr für sich hat, was einer Ladenverpfändung in der Anfrage gegenübergestellt wird: Womöglich sind, unter der Bezeichnung ‚Laden‘ (*tabernae appellatione*), die in dem Laden befindlichen Waren verpfändet worden? Die Gegenüberstellung von Ladenverpfändung und Warenverpfändung rührt an eine grundlegende Frage, die Frage nämlich: Wonach richtet sich der Inhalt der Pfandübereinkunft, nach den Worten oder nach dem Willen der Beteiligten? Die Worte führen zur Ladenverpfändung, der Wille der Beteiligten hingegen führt zur Verpfändung der Waren. Maßgeblich ist der Wille der Beteiligten⁷. Davon geht auch Scaevola aus. Denn er erklärt in seinem Bescheid gewisse Waren für pfandverhaftet (*respondit: ea quae etc.*). Die Einsicht in den Willen der Beteiligten wird durch *interpretatio* gewonnen⁸. Auf den Einsatz der

³ Anschaulich U. E. PAOLI, *Das Leben im alten Rom*, 4. Aufl., Tübingen - Basel (2001), 63ff.; 73ff.

⁴ Der Frage nachzugehen, ob Läden (*tabernae*) in Rom und Italien eher auf privatem oder eher auf öffentlichem Grund standen (H. WAGNER, *Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen*, in: *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* 3 (1982) 391ff.; F. STURM (o. Anm. 1) 36 mit Anm. 44) führt im Scaevolafall nicht weiter.

⁵ F. STURM (o. Anm. 1) 35 (s. jedoch sogleich).

⁶ F. STURM (o. Anm. 1) 35ff.

⁷ A. A. F. STURM (o. Anm. 1) 36f. (für Maßgeblichkeit in erster Linie der Worte, in zweiter Linie des hypothetischen Parteiwillens).

⁸ D. SCHANBACHER, *Weinstöcke sind keine Bäume - die ‚lautlose interpretatio der pontifices‘*, *IVRA* 61 (2013) 197ff.

interpretatio weist der (zweimalige) Gebrauch des Wortes *videri* hin. Nicht nur die Anfrage, auch der Bescheid verwendet es (*videatur; videntur*)⁹.

Denkt der erste Teil der Anfrage nur an die zum Verpfändungszeitpunkt im Laden befindlichen Waren als mögliche Gegenstände der Verpfändung (*an ... merces quae in ea erant*), so beinhaltet ihr zweiter Teil den Gedanken an eine Verpfändung auch der vom Schuldner später erworbenen und in den Laden eingebrachten Waren. Denn die Überlegung richtet sich jetzt auf die aktuelle Pfandhaftung und faßt als deren Gegenstand die gegenwärtig im Laden befindlichen Waren ins Auge, ... *an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit?* So die Anfrage; sie scheint übrigens zu wissen, daß bedingt (im Voraus) verpfändete Sachen der direkten Pfandklage unterfallen (was heute sehr umstritten ist¹⁰). Auch Scaevola, der in seinem Bescheid gewisse Waren für pfandverhaftet erklärt (*respondit: ea quae etc.*), worunter auch später erworbene und in den Laden eingebrachte Waren sein können, geht über die im ersten Teil der Anfrage enthaltene Annahme hinaus. Dabei erklärt Scaevola nur Waren für pfandverhaftet, was außerdem noch in Frage käme (etwa das Ladeninventar), läßt Scaevola gleich der Anfrage außer Betracht¹¹.

Der zweite Teil der Anfrage kreist, ausgehend von einer Warenverpfändung, um die Gegenstände aktueller Pfandhaftung. Waren sind veräußert worden; Waren sind erworben worden und in den Laden eingebracht worden; schließlich ist der Schuldner gestorben. Kann alles, was jetzt im Laden gefunden wird, mit der Pfandklage beansprucht werden? Wieder hat die Anfrage Bedenken. Die Arten der Waren hätten sich geändert, es seien andere Waren hereingekommen: wie es scheint, ein Anklang an das für die Lehre vom *error in substantia* maßgebliche Kriterium der Artabweichung; die Artabweichung macht die Sache zu einer anderen¹². An eine - generell fernliegende - Verarbeitung im Laden¹³ ist wohl nicht gedacht. Die Art der Waren hat sich geändert, und es sind daher andere. Scaevola, der in seinem Bescheid gewisse Waren für pfandverhaftet erklärt (*respondit: ea quae etc.*), worunter auch später erworbene und in den Laden eingebrachte andersartige Waren sein können, teilt diese Bedenken nicht.

⁹ Anders faßt F. STURM *videatur* auf (s. o.).

¹⁰ S. A. WACKE, Die Konvaleszenz von Pfandrechten nach römischem Recht, SZ 115 (1998) 438, 450 Fn. 40, 453.

¹¹ F. STURM (o. Anm. 1) 38.

¹² D. SCHANBACHER, Ulpian's Lehre vom *error in substantia* und die stoische Ontologie, in: Festschrift für D. Liebs, Berlin (2011), 521ff.

¹³ Dafür H. WAGNER (o. Anm. 4) 413 Anm. 123.

Im zweiten Teil der Anfrage geht es um die Wandelbarkeit der Pfandhaftung. Sie wird von Scaevola bejaht, indem dieser alle Waren für pfandverhaftet erklärt, die sich beim Tode des Schuldners im Laden befinden. Darunter sind einerseits nach der Verpfändung veräußerte Waren nicht mehr; andererseits sind darunter auch nach der Verpfändung erworbene und in den Laden eingebrachte Waren, soweit nicht auch veräußert, und soweit vom Schuldner selbst, vor seinem Tode, erworben und eingebracht. Waren, die der das Geschäft fortführende Erbe¹⁴ erworben und eingebracht hat, unterfallen der Pfandhaftung nicht. Die Wandlungen der Pfandhaftung (das Ausscheiden der veräußerten Waren aus der, das Eintreten erworbener und eingebrachter Sachen in die Pfandhaftung) - all dies hat seine Grundlage in der Pfandübereinkunft¹⁵. Der Fall zeigt das enorme Potential der Pfandübereinkunft. Die Pfandübereinkunft sieht zunächst vor, daß die gegenwärtig im Laden befindlichen Waren Pfand sein sollen (der gegenwärtige Warenbestand); dann, daß künftig vom Schuldner erworbene und in den Laden eingebrachte Waren (Warenzugänge) Pfand sein sollen, selbst im Falle der Artabweichung; insoweit ist sie Vorausverpfändung; und sie sieht vor, daß danach pfandverhaftete Waren, die der Schuldner veräußert (Warenabgänge) von der Pfandhaftung frei werden sollen; insofern enthält sie eine Freigabeerklärung¹⁶. Man hat den Eindruck, daß die Waren durchaus ‚im ordnungsgemäßen Geschäftsgang‘ veräußert worden sind und daß weiterhin Waren hereingenommen wurden (*et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit*)¹⁷.

¹⁴ H. DERNBURG, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. I, Leipzig (1860) (Neudruck Goldbach 2001) 459; F. STURM (o. Anm. 1) 29 f., 42 f.

¹⁵ Nicht etwa in deren Gegenstand. Doch wird öfter angenommen, es sei hier eine ‚Sachgesamtheit‘ verpfändet worden und demgemäß ein Pfandrecht an einer ‚Sachgesamtheit‘ entstanden; u. a. R. MENTXAKA, La pignoración de colectividades en el derecho romano clásico, Bilbao (1986), 214 - eine alte Lehre; s. Chr. F. GLÜCK, Ausf. Erl. der Pandecten 18/2, Erlangen (1817), 227ff. Doch schon H. DERNBURG (o. Anm. 14) 452ff. hat sich mit ihr auseinandergesetzt und sie abgelehnt; auch F. STURM (o. Anm. 1) 38ff. lehnt sie ab. H. Wagner, der sie anfangs auch vertrat (H. WAGNER, Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung, Marburg (1968), 66 Anm. 441), hat sich später von ihr gelöst (H. WAGNER [o. Anm. 4] 413 Anm. 127).

¹⁶ H. L. E. VERHAGEN, The evolution of pignus in classical Roman law. Ius honorarium and ‘ius novum’, TR 81 (2013) 51, 65 bringt die Scaevolastelle in Verbindung mit der Generalverpfändung und meint, daraus erkläre sich das Erlöschen des Pfandrechts an den veräußerten Waren. Das Warenlagerpfandrechte ist jedoch kein Generalpfandrechte, sondern ein Spezialpfandrechte. So treffend bereits das Reichsgericht in der oben zitierten Entscheidung (o. Anm. 2).

¹⁷ S. H. DERNBURG (o. Anm. 14) 459; F. STURM (o. Anm. 1) 42, 43 mit weitergehenden Annahmen (Voraussetzung der Veräußerungsbefugnis).

So hat also die Pfandübereinkunft einen dreifachen Inhalt. Es ist verblüffend, daß sich all dies in einem einzigen und noch dazu inkorrekt gebrauchten Wort (*taberna*) ausdrückt. Auch die merkwürdige Zeitgrenze: das Ableben des Schuldners, ist auf die Pfandübereinkunft zurückzuführen. Denn die Pfandübereinkunft sieht vor, daß der ‚Laden‘ des Schuldners Pfand sein soll, nicht der des Erben¹⁸. Es wäre natürlich zu erwägen, ob nicht die Pfandübereinkunft weiterreicht und auch auf den Erben übergreifen will, doch der Jurist hier eine Grenze zieht, indem er es dem Erblasser verwehrt, über Vermögen des Erben zu verfügen; so wird es oft gesehen¹⁹. Dagegen spricht jedoch, daß die Beschränkung der Pfandhaftung auf den Warenbestand zum Zeitpunkt des Todes des Schuldners das Ergebnis von *interpretatio* ist (*videatur*). Worum es der *interpretatio* geht, ist der Wille der Beteiligten, die Pfandübereinkunft. Der verfügende Griff in die Zukunft beschränkt sich selbst. Der Jurist hätte ihn allerdings womöglich beschränkt, wäre hier weiter ausgegriffen worden. So hat Paulus eine Generalverpfändung, die womöglich auf das Erbenvermögen übergreifen wollte, auf das Erblasservermögen beschränkt²⁰. Das Erbenvermögen ist nicht Erblasservermögen. Der Erbe ist nicht der Erblasser. Die beiden werden nicht als identisch angesehen.

Die Bejahung einer Pfandverhaftung aller Waren, die sich beim Ableben des Schuldners in dem Laden befinden, durch Scaevola bleibt einerseits hinter den ausgesprochenen Erwartungen der Anfrage zurück, deren Stichzeit die Gegenwart ist; andererseits geht sie etwas darüber hinaus, denn es war nur nach der Pfandklage gefragt. Die Bejahung von Pfandhaftung aber schließt das Verkaufsrecht des Gläubigers ein²¹.

Im von Fritz Sturm gebildeten Vergleichsfall tritt an die Stelle der Verpfändung eine Sicherungsübereignung²². Sturm stellt die Frage: Werden von der Sicherungsübereignung auch Waren erfaßt, die erst nach dem Tod des Sicherungsgebers in das Geschäft verbracht werden und daher nie sein Eigentum waren, sondern von Anfang an den Erben gehörten?²³ Diese

¹⁸ Von Seiten der Lehre vom ‚Sachgesamtheitenpfandrecht‘ (o. Anm. 15) wird vertreten, daß das angenommene ‚Sachgesamtheitenpfandrecht‘ sich im Moment der Fälligkeit konkretisiere, Fälligkeit aber gerade mit dem Tod des Schuldners eintrete: R. MENTXAKA (o. Anm. 15) 214. Ablehnend F. STURM (o. Anm. 1) 42f.

¹⁹ H. DERNBURG (o. Anm. 14) 459; H. WAGNER (o. Anm. 4) 414, 418; F. STURM (o. Anm. 1) 43f.

²⁰ Paul. 5 resp. D. 20,1,29 pr.

²¹ F. STURM (o. Anm. 1) 31ff. sieht darin, daß in der Anfrage von der *actio hypothecaria* die Rede ist, im Bescheid hingegen von *pignus*, ein Problem; er gelangt am Ende aber zu dem Ergebnis, daß die unterschiedliche Ausdrucksweise nichts zu besagen habe (34).

²² F. STURM (o. Anm. 1) 47.

²³ F. STURM (o. Anm. 1) 50.

Frage wird (so Sturm) „eigenartigerweise weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung behandelt, und selbst die Banken haben in ihren Formularen für diesen Fall keine Vorsorge getroffen“²⁴. „Dem modernen Juristen ist der Fall, den Scaevola entschied, nicht bekannt“²⁵. Sturm weist allerdings hin auf das Urteil des BGH vom 9. Juni 1960, BGHZ 32, 367, das ein ähnliches Problem betraf²⁶. Ging es im Falle Scaevolae um eine Vorausverpfändung, im Falle Sturms um eine antizipierte Sicherungsübereignung, so geht es im BGH-Fall um eine Vorauszession. Ein Metzgermeister hatte seiner Bank zur Sicherung eines Kredits alle in Zukunft entstehenden Forderungen aus Verkäufen gegen seinen Hauptkunden abgetreten. Nach seinem Tod führte seine Frau und Erbin das Unternehmen fort. Die Bank beanspruchte Forderungen gegen den Hauptkunden, die aus Verkäufen nach dem Tod des Sicherungsgebers herrührten, also in der Hand seiner Frau entstanden waren. Die Frage war: Waren diese Forderungen von der Vorauszession des Sicherungsgebers/ Erblassers erfaßt? Der BGH hat das bejaht. Im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gehen (so der BGH) nicht nur bereits begründete Rechte und Pflichten auf den Erben über, sondern grundsätzlich alle vermögensrechtlichen Beziehungen, auch die ‚unfertigen‘ noch werdenden oder schwebenden Rechtsbeziehungen²⁷. Der BGH verweist unter anderem auf §§ 130 Abs. 2, 153 BGB²⁸. Deshalb sei auch anzuerkennen, daß der Erblasser über eine künftige Forderung mit Wirkung gegen den Erben verfügen könne²⁹. Sturm hält dem § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 3 BGB entgegen, wonach die Verfügung eines Erblassers über dem Erben zustehende Rechte erst wirksam wird mit dem Eintritt unbeschränkter Erbenhaftung³⁰.

Unlängst stand der BGH wieder vor einem ähnlichen Problem³¹. Es stellte sich die Frage, ob eine formularmäßige Vorauszession ‚sämtlicher gegenwärtigen und künftigen Ansprüche aus dem Geschäftsverkehr, insbesondere aus Lieferungen und Leistungen, gegen alle Drittschuldner mit den Anfangsbuchstaben A - Z an die Bank‘ auch die von einem Gesamtrechtsnachfolger des Sicherungsgebers in seinem Geschäftsbetrieb

²⁴ F. STURM (o. Anm. 1) 50.

²⁵ F. STURM (o. Anm. 1) 50.

²⁶ F. STURM (o. Anm. 1) 50.

²⁷ BGH, Urt. v. 9. 6. 1960, BGHZ 32, 367, 369.

²⁸ BGH, Urt. v. 9. 6. 1960, BGHZ 32, 367, 369.

²⁹ BGH, Urt. v. 9. 6. 1960, BGHZ 32, 367, 369.

³⁰ F. STURM (o. Anm. 1) 51. Sturm verweist desweiteren auf § 27 HGB und kommt am Ende zu einer differenzierenden Lösung (52ff.).

³¹ BGH, Beschluß v. 24. 9. 2007, WM 2008, 65.

begründeten Forderungen erfaßte³². Zwar war in dem Zessionsformular die Rede von „Forderungen, die vom Gesamtrechtsnachfolger des Schuldners begründet werden“. Doch waren damit nicht Forderungen (des Gesamtrechtsnachfolgers) gegen Dritte gemeint, sondern Forderungen des Sicherungsnehmers (gegen den Gesamtrechtsnachfolger). Die besagten Forderungen fielen also nicht unter den Abtretungsaspekt, vielmehr unter den Sicherungsaspekt. Daß solche Forderungen (also Forderungen des Gesamtrechtsnachfolgers gegen Dritte) abgetreten sein sollten, ergab sich aus dem Zessionsformular nicht, zumindest nicht hinreichend deutlich (§ 305c Abs. 2 BGB) und wäre im Übrigen auch für den Sicherungsgeber überraschend gewesen (§ 305c Abs. 1 BGB)³³. Eine wirkliche Vorauszession von Forderungen eines Gesamtrechtsnachfolgers ordnet der BGH § 185 BGB zu³⁴.

Es sind also offensichtlich mehrere Fragen zu stellen (2). 1) Erfasst die Vorauszession überhaupt Forderungen des künftigen Erben? und 2) gehen die Erbenforderungen dann ohne weiteres auf den Zessionar über? Der BGH hat dies in jenem Urteil vom 9. Juni 1960, BGHZ 32, 367 bejaht, im Beschluß vom 24. Sept. 2007, WM 2008, 65 hingegen verneint. „Diese Kaufverträge hat nicht mehr der Erblasser, sondern schon die Erbin abgeschlossen. Das genügt aber im vorliegenden Fall, um die Kaufpreisforderungen kraft der Vorauszession des Erblassers auf die Beklagte übergehen zu lassen“³⁵. „Die ... (scil. weitere) Auslegung liefe darauf hinaus, daß der Sicherungsgeber als Nichtberechtigter entsprechend § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 3 BGB über künftige Forderungen eines etwaigen Gesamtrechtsnachfolgers verfügen soll, welche dieser in seinem - schon vor der Universalsukzession bestehenden - Geschäftsbetrieb begründet“³⁶.

Danach gehen die vom Erben begründeten Forderungen nicht ohne weiteres, vielmehr erst dann auf den Zessionar über, wenn der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Der BGH hebt als entscheidenden Unterschied der Fälle hervor, daß damals eine Geschäftsbeziehung bestand, aus der die fraglichen Forderungen hervorgingen, jetzt hingegen nicht³⁷. Man hat jedoch den Eindruck, daß es

³² Direkt bezog sich die Entscheidung des BGH auf den Fall einer Verschmelzung durch Aufnahme nach §§ 4ff. UmwG. Die Gesamtrechtsnachfolge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG unterscheidet sich nicht von einer Gesamtrechtsnachfolge gem. § 1922 Abs. 1 BGB; BGH, Beschluß v. 24. 9. 2007, a. O.

³³ BGH, Beschluß v. 24. 9. 2007, a. O.

³⁴ BGH, Beschluß v. 24. 9. 2007, a. O.

³⁵ BGH, Urt. v. 9. 6. 1960, BGHZ 32, 367, 370.

³⁶ BGH, Beschluß v. 24. 9. 2007, WM 2008, 85.

³⁷ BGH, Beschluß v. 24. 9. 2007, a. O.

darauf nicht wirklich ankam. Denn wer wird annehmen, daß der BGH im Falle einer bestehenden Geschäftsbeziehung von § 185 BGB absehen würde, um den Erblasser als ‚Berechtigten‘ einzustufen?

Stellt man das Scaevolaesponsum und die vorliegende BGH-Rechtsprechung nebeneinander, hat man den Eindruck einer ‚Rückkehr zu Scaevola‘. Der BGH entfernte sich zunächst von der Lösung Scaevolae. Scaevola läßt die Vorausverpfändung beim Erblasser enden. Der BGH ließ eine Vorauszession dagegen auf den Erben übergreifen. Inzwischen betrachtet der BGH eine auf Erbenforderungen bezogene Vorauszession - sollte der Bezug wirklich gegeben sein - als Verfügung eines Nichtberechtigten (§ 185 BGB) und damit als grundsätzlich unwirksam.

Scaevola verneint in seinem Fall einen Bezug der Pfandübereinkunft auf Waren des Erben. Entsprechend verneint der BGH in seinem Fall einen Bezug der Vorauszession auf Forderungen des Gesamtrechtsnachfolgers. Scaevola hätte womöglich einer auf Waren des Erben bezogenen Pfandübereinkunft Grenzen gesetzt. Der BGH verweist eine Forderungen eines Gesamtrechtsnachfolgers aufnehmende Vorauszession an § 185 BGB. Und was bleibt von §§ 130 Abs. 2, 153 BGB, dem Argument des BGH aus seinem Urteil vom 9. Juni 1960³⁸? Es geht um Verschiedenes: um die Verfügung einerseits (wozu §§ 130 Abs. 2, 153 BGB gehören) und um die Berechtigung des Verfügenden andererseits (wozu § 185 BGB gehört). Der Erbe muß zwar die Verfügung des Erblassers gegen sich gelten lassen. Doch kann nicht umgekehrt der Erblasser die Berechtigung des Erben für sich in Anspruch nehmen. Man könnte es zwar auch anders sehen. Doch würde das die Bildung einer Personeneinheit von Erbe und Erblasser voraussetzen. Wir wissen, daß es diese Vorstellung bei den Römern gegeben hat. Daß man ihr noch heute begegnet (so noch nicht lange in einer Veröffentlichung zum Thema³⁹), ist allerdings schon erstaunlich.

³⁸ S. o. Anm. 28.

³⁹ R. FREITAG/S. FREITAG, Globalzession und Gesamtrechtsnachfolge, ZHR 172 (2008) 343, 346.

Zu den privatrechtsdogmatischen Fragen des Widerrufs des Testaments

Iván Siklósi

I. Fragestellung und Prämissen. Zur Terminologie der „Unwirksamkeit“ („Ungültigkeit“) und der „Wirkungslosigkeit“ - II. Zu den dogmatischen Problemen des Widerrufs des Testaments - 1. Zum Problem im Allgemeinen - 2. Zum Widerruf des Testaments im römischen Recht - 3. Zum Problem des widerrufenen Testaments im ungarischen Zivilrecht und in der ungarischen Rechtsliteratur - 4. Die Absurdität der „nachträglichen Ungültigkeit“. Der „Wegfall des Testaments“ - 5. Ausblick über die Lösungen anderer Rechtsordnungen - III. Schlussfolgerungen

I. Fragestellung und Prämissen. Zur Terminologie der „Unwirksamkeit“ („Ungültigkeit“) und der „Wirkungslosigkeit“

In einigen modernen, aufgrund der römischrechtlichen Traditionen geprägten Rechtssystemen ist es gewöhnlich (obwohl nicht überall selbstverständlich), die Unwirksamkeit (*invalidità*, *invalidade* etc.) und die Wirkungslosigkeit (*inefficacia*, *ineficacia* etc.) der Rechtsgeschäfte¹ zu unterscheiden und diese

¹ In der früheren deutschen Literatur (z.B. Windscheid, Gradenwitz) wurde das Wort „Ungültigkeit“ zur Bezeichnung der Fehler der Rechtsgeschäfte benutzt. Diesbezüglich siehe z.B. A. GEBHARD, Allgemeiner Teil, Teil 2, in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches (herausgegeben von W. Schubert), Berlin (1981) (Nachdruck 2005), 208 ff. In diesem Werk wird das Wort „Ungültigkeit“ (die – mit den Worten des Verfassers – „die Verneinung der rechtlichen Wirkungen“ [210] ist) konsequent als Oberbegriff verwendet. Unter den verschiedenen Arten der Ungültigkeit wird zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit unterschiedet (209). Das Wort „Wirksamkeit“ wird im Kontext der Ungültigkeit (also in keinem technischen Sinne) benutzt, die Bedingung und Befristung finden sich aber unter dem Titel „Selbstbeschränkung der rechtsgeschäftlichen Wirkungen“ (224 ff.).

Die Ungültigkeit wurde in der spätpandektistischen Literatur mit der im tatsächlichen Sinne konzipierten Unwirksamkeit gegenübergestellt.

Entsprechend der Terminologie der modernen deutschen Rechtsliteratur benutze ich in diesem Aufsatz die Unwirksamkeit als Oberbegriff zur Bezeichnung der Fehler der Rechtsgeschäfte. In der modernen deutschsprachigen Literatur dient das Wort „Unwirksamkeit“ als Oberbegriff für die Bezeichnung der Fehler der Rechtsgeschäfte und die Worte „Ungültigkeit“ und „Nichtigkeit“ sind nur die Synonyme der Unwirksamkeit.

dogmatischen Kategorien miteinander gegenüberzustellen. Diese Kategorien werden oft als Grundbegriffe der modernen Rechtsdogmatik betrachtet, bei näherer Untersuchung begegnet man aber um sie ein prononciert verwirrendes Chaos. Reinhard Zimmermann weist darauf hin, dass die Ursachen dieser terminologischen Konfusion im römischen Recht zu finden sind; in der Terminologie der Unwirksamkeit fehlt es nämlich an ausführlicher ausgearbeiteten römischrechtlichen Grundlagen.² Bis heute ist es nicht gelungen, das Verhältnis zwischen dem von vielen angesehenen Rechtsphilosophen, Zivilisten und Romanisten eingehend untersuchten Begriff der „Unwirksamkeit“ (Ungültigkeit) und dem dagegen weniger ausgearbeiteten Begriff der „Wirkungslosigkeit“ klarzustellen. Wenn wir die internationale Rechtsliteratur unter die Lupe nehmen, können wir sogar feststellen, dass dieses auf dem Gebiet der „Unwirksamkeit“ und „Wirkungslosigkeit“ bestehende Chaos nur wenigen aufgefallen ist, z.B. gibt es in der neueren deutschen Literatur für dieses wichtige, grundlegende dogmatische Zusammenhänge zum Vorschein bringende Problem so gut wie kein Interesse. Eine ähnliche Situation gibt es in der französischen Literatur, in der es keine Spuren der konsequenten Differenzierung zwischen Ungültigkeit (*invalidité*) und Wirkungslosigkeit (*inefficacité*) entdeckt werden können,³ um über das englische Recht nicht zu sprechen.⁴ Einige italienische und spanische Autoren unterscheiden aber bewusst zwischen der Ungültigkeit (*invalidità*) und der Wirkungslosigkeit (*inefficacia*) der Rechtsgeschäfte.⁵

Das Wort „Ungültigkeit“ kommt im BGB überhaupt nicht vor. Die Worte „Gültigkeit“, „Wirksamkeit“ und „Unwirksamkeit“ finden sich aber im Text des BGB.

² R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford (1996³), 679.

³ Vgl. z.B. F. TERRÉ/Ph. SIMLER/Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris (1996⁶), 75.

⁴ Vgl. z.B. P. S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford (1995²), 46 ff.

⁵ Aus der italienischen Literatur siehe z.B. S. Di PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano (1966). In diesem Werk wird ein klarer Unterschied zwischen der Ungültigkeit (*invalidità*) und der Wirkungslosigkeit (*inefficacia*) des Rechtsgeschäfts gemacht. E. BETTI, *Diritto romano I. Parte generale*, Padova (1935), 322 konzipiert die Wirkungslosigkeit auch im Kontext der Gültigkeit („in senso stretto“). A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli (2001¹²), 68 ff. betrachtet die Wirkungslosigkeit als einen Zustand des gültigen Rechtsgeschäfts („inefficacia del negozio valido“). Ein Rechtsgeschäft ist Guarinos Feststellung gemäß dann wirkungslos, wenn es zwar gültig ist, aber zum Teil oder im Ganzen keine Rechtsfolgen herbeiführen kann („quando il negozio è valido, ma gli effetti non si possono produrre, in tutto o in parte“). Siehe noch M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 101–102 (1998–99 [pubbl. 2005]). Der große italienische Romanist benutzt auch die Kategorie des nicht existierenden Rechtsgeschäfts (vgl. „inesistenza dei negozi giuridici“) und macht einen klaren Unterschied zwischen der Nichtigkeit (*nullità*) und der Wirkungslosigkeit

Unter den Prämissen möchte ich betonen, dass ich die „Unwirksamkeit“ („Ungültigkeit“) und die „Wirkungslosigkeit“ der Rechtsgeschäfte voneinander klar unterscheiden möchte. Es ist dabei zu betonen, dass ich unter „Unwirksamkeit“ im Allgemeinen (weil die Anfechtbarkeit auch ein Fall der Ungültigkeit ist) die „Nichtigkeit“ des Rechtsgeschäfts verstehe. In der spätpandektistischen Literatur (Figge, Zitelmann, Till)⁶ wurden dagegen die dogmatischen Kategorien der Ungültigkeit und der (im engeren Sinne konzipierten) Unwirksamkeit („einfache“ bzw. „tatsächliche“ Unwirksamkeit, für deren Bezeichnung in diesem Aufsatz das Wort „Wirkungslosigkeit“ benutzt wird) nicht aus stilistischen,⁷ sondern aus

(*inefficacia*) der Rechtsgeschäfte. Er stellt übrigens fest (6 f.), dass „è proprio il rapporto dell'invalidità con l'efficacia/inefficacia del negozio, quindi con l'esistenza o inesistenza del negozio a creare problemi e confusioni.“ Dagegen siehe aber z.B. A. TRABUCCHI, Istituzioni di diritto civile, Padova (2001⁴⁰), 190, der keinen terminologischen Unterschied zwischen der „Ungültigkeit“ (*invalidità*) und der Wirkungslosigkeit (*inefficacia*) macht. M. MARRONE, Istituzioni di diritto romano, Palermo (1994²), 127 f. konstatiert auch einen Unterschied zwischen *invalidità* und *inefficacia* („mancanza di effetti“). Aus der spanischen Literatur siehe z.B. U. ÁLVAREZ SUÁREZ, El negocio jurídico en derecho romano, Madrid (1954), 41, der zwischen Ungültigkeit (*invalides del negocio*) und Wirkungslosigkeit des Rechtsgeschäfts (*ineficacia del negocio en sentido estricto*) klar unterscheidet. Dagegen siehe aber M. J. GARCIA GARRIDO, Caducidad de los efectos del contrato y pretensión de restitución. La experiencia española, in: Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione (a cura di L. Vacca), Torino (2006), 135, der das Wort *ineficacia* in einem weiteren Sinne konzipiert und zwischen eine „originelle Unwirksamkeit“ (*ineficacia originaria*, im Sinne der Nichtigkeit [*nullidad*]) und eine „nachträgliche Unwirksamkeit“ (*ineficacia sobrevinida*, im Sinne der Anfechtbarkeit [*anulabilidad*]) unterscheidet.

⁶ Der Begriff der „Unwirksamkeit“ wurde von den oben benannten Verfassern im engeren Sinne benutzt, ohne den Begriff der „Ungültigkeit“ und „Unwirksamkeit“ als Synonyme zu betrachten, vgl. W. FIGGE, Der Begriff der Unwirksamkeit im BGB, Diss. Rostock (1902); E. ZITELMANN, Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin (1889-1890), II, 69 ff.; E. TILL, Fehlerhafte Rechtsgeschäfte, Grünhuts Zeitschrift 40 (1914), 209 ff. Zu diesen Ansichten und zum ganzen Problem siehe aus der ungarischen Literatur A. FÖLDI, Érvényesség és hatályosság a végrendeleteknél [Zur Frage der Gültigkeit und Wirksamkeit im Testamentsrecht], Közjegyzők Közlönye 7-8/2, (1998); DERS., Zur Frage der Gültigkeit und der Wirksamkeit im modernen Zivilrecht, in: Festschrift für Ferenc Benedek, Pécs (2001), 73 ff. (= Zur Frage der Gültigkeit und der Wirksamkeit im modernen Zivilrecht, in: G. Hamza [Hg.]: Hundert Jahre Bürgerliches Gesetzbuch, Budapest [2006], 20 ff.); DERS., Újabb észrevételek a jogügyletek érvényességéről és hatályosságáról [Neuere Bemerkungen zur Frage der Gültigkeit und der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte], in: Ünnepi kötet Földesi Tamás 75. születésnapjára [Festschrift für Tamás Földesi zum 75. Geburtstag], Budapest (2004), 146 ff.

⁷ Wie es z.B. A. STAFFHORST, Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht, Berlin (2006) tut, der die Ausdrücke „Ungültigkeit“ und „Unwirksamkeit“ als Synonyme benutzt. Vgl. noch z.B. W. FLUME, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,

dogmatischen Gründen benutzt.⁸ Dieser klare spätpandektistische Unterschied findet sich aber im modernen deutschen Schrifttum gar nicht, und deshalb wird die Distinktion zwischen der Ungültigkeit und der Unwirksamkeit auch nicht in diesem Aufsatz benutzt, um keine inverse Terminologie gemäß der modernen deutschen Literatur zu verwenden. Das Wort „Ungültigkeit“ wird also in diesem Aufsatz nur als Synonym des Wortes „Unwirksamkeit“ benutzt.

Ich möchte hier feststellen, dass das Wort „Wirkungslosigkeit“⁹ im vorliegenden Aufsatz im Kontext der rechtsgeschäftlichen Gültigkeit benutzt wird. Der Ausgangspunkt der Untersuchung ist also eine solche Auslegung, die unter dem Begriff der „Wirkungslosigkeit“¹⁰ einen gewissen Zustand des gültigen (also fehlerfreien) Rechtsgeschäfts¹¹ bzw. einer von einem gültigen Rechtsgeschäft konstruierten Einzelnorm¹² versteht. Dieser Zustand lässt sich

II. Das Rechtsgeschäft, Berlin–Heidelberg–New York (1992⁴), 58; R. M. BECKMANN, Nichtigkeit und Personenschutz, Tübingen (1998), 17.

⁸ Der Unterschied zwischen „Ungültigkeit“ und „Unwirksamkeit“ (im Sinne der Wirkungslosigkeit) kommt wahrscheinlich zuerst bei Windscheid in seinem monumentalen *Lehrbuch des Pandektenrechts* vor (B. WINDSCHEID/Th. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main (1906⁹), I, 219). Windscheid betont in diesem Kontext, dass „der Begriff der Ungültigkeit ist enger, als der der Unwirksamkeit; ein Rechtsgeschäft kann unwirksam sein auch ohne daß durch seine Mangelhaftigkeit sein können gelähmt ist“.

⁹ Diesbezüglich möchte ich bemerken, dass die Konturen des Wortes „Wirkungslosigkeit“ in der deutschen Rechtsliteratur ziemlich ungewiss sind. Obwohl einige Autoren (z.B. Hellmann, Schachian) dieses Wort auch für die Bezeichnung der Wirkungslosigkeit im modernen Sinne benutzten, wird die Wirkungslosigkeit von einigen Autoren auch für die Bezeichnung des Zustandes der Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts benutzt (vgl. z.B. P. JÖRS/W. KUNDEL/L. WENGER, *Römisches Recht*, Berlin (1935⁵), 103).

¹⁰ Verschiedene theoretische Modelle können im Kontext des Verhältnisses der Unwirksamkeit (Ungültigkeit) und Wirkungslosigkeit aufgestellt werden. In diesem Aufsatz wird die Wirkungslosigkeit immer im Zusammenhang mit der rechtsgeschäftlichen Gültigkeit erachtet.

¹¹ O. GRADENWITZ, *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, Berlin (1887) hat demgegenüber die dogmatische Kategorie der Ungültigkeit nicht nur im Zusammenhang mit den Rechtsgeschäften, sondern auch bezüglich des Schuldverhältnisses (Vgl. z.B. Ulp. D. 2,14,1,3: „*nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*“) verwendet. In diesem Aufsatz bezeichnen die Begriffe der Ungültigkeit und der Wirkungslosigkeit ausschließlich die Zustände eines Rechtsgeschäfts (d.h. einer juristischen Tatsache).

¹² Selbst der Vertrag stellt zwischen den Parteien ein Gesetz dar (Vgl. z.B. Ulp. D. 50,17,23: „*legem enim contractus dedit*“ und Ulp. D. 16,3,1,6: „*contractus enim legem ex conventionem accipiunt*“), deshalb kann er auch wie ein Gesetz (im Sinne des öffentlichen Rechts) als Einzelnorm erachtet werden. Ebenso kann das Gesetz auch als eine Vereinbarung betrachtet werden. Vgl. z.B. Pap. D. 1,3,1, wo das Gesetz (*lex publica*) als „*virorum prudentium consultum*“ und „*communis rei publicae sponsio*“ definiert wird. Vgl. noch Marci. D. 1,3, 2, wo die Ansicht von Demosthenes zitiert werde. Demosthenes gibt im Kontext vom Gesetz (*nomos*) die folgenden Begriffsbestimmungen: das Gesetz ist „die Stimme

dadurch beschreiben, dass das gültige Rechtsgeschäft bzw. die Rechtsnorm die damit beabsichtigten Rechtsfolgen tatsächlich nicht herbeiführen kann – gegenüber der „Wirksamkeit“ des Rechtsgeschäfts welche den Zustand des gültigen Rechtsgeschäfts bezeichnet wenn es auch die beabsichtigten Rechtsfolgen tatsächlich auslösen kann.

Eine knappe Zusammenfassung zur Terminologie dieses Aufsatzes: die Worte „Unwirksamkeit“ und „Ungültigkeit“ (und im Allgemeinen „Nichtigkeit“) werden als Synonyme benutzt. Als Gegenteil der „Unwirksamkeit“ („Ungültigkeit“) wird das Wort „Gültigkeit“ benutzt. Der „Wirkungslosigkeit“ wird der Kategorie „Wirksamkeit“ gegenübergestellt. Die Adjektive „unwirksam“, „ungültig“ und (im Allgemeinen) „nichtig“ werden als Synonyme benutzt, und diese Worte werden mit dem Adjektiv „gültig“ gegenübergestellt. Das Adjektiv „wirkungslos“ wird mit dem Adjektiv „wirksam“ gegenübergestellt. Es ist offenbar keine perfekte Terminologie,

der verständigen Menschen“ („*dogma de anthrópon phronimón*“) und „die gemeinsame Übereinkunft“ („*synthéké koiné*“). Zu dieser Quelle siehe aus der ungarischen Literatur G. HAMZA, *Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszer* [Rechtsvergleichung und die antiken Rechtssystemen], Budapest (1998), 20 und I. SIKLÓSI, Anmerkungen zur Frage der so genannten ‘*theou bia*’, in: M. Frýdek/J. Tauchen [Hrsg.]: *Poceta Karlu Schellemu k 60. narozeninám*, Ostrava (2012), 530 f. Diese Prämisse ermöglicht, dass die Ungültigkeit bzw. die Wirkungslosigkeit des Vertrages mit denen des Gesetzes gemeinsam untersucht werden können, es handelt sich nämlich in beiden Fällen um eine Norm. Jean Domat definiert in seinem Hauptwerk – *Les lois civiles dans leur ordre naturel* – die Vereinbarungen folgendermaßen: „Vereinbarungen sind solche Verpflichtungen, die durch gegenseitige Einigungen zweier oder mehrerer Parteien entstehen, und die zwischen den Parteien ein Gesetz zur Erfüllung dessen, was sie einander versprochen haben, zustande bringen“ („*les conventions sont les engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes qui se font entr’eux une loi d’exécuter ce qu’ils promettent*“). Aufgrund dieser Definition bestimmt das französische Zivilgesetzbuch den Vertrag ausdrücklich als eine Vereinbarung mit Gesetzeskraft (*Code civil*, Art. 1134: „*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*“ ; vgl. noch Art. 1123 des alten italienischen *Codice civile* vom Jahre 1865: „*I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti.*“; Art. 1091 des spanischen *Código civil* vom Jahre 1889: „*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.*“; Art. 1545 des chilenischen *Código civil* vom Jahre 1855: „*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes.*“; Art. 1372 des neuen italienischen *Codice civile* vom Jahre 1942: („*Il contratto ha forza di legge tra le parti.*“). Zu dieser Frage siehe zusammenfassend ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 540. Zur Einzelnorm siehe H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien (1960²), 261 („*dieser Akt ist ein rechtsnormerzeugender Tatbestand*“). Vgl. A. BESSENYÓ, *A jogügyletek érvényessége és hatályossága – Egy civilisztikai (ál?)probléma margójára* [Zur Gültigkeit und Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Randbemerkungen zu einem (Kunst?) problem der Zivilrechtswissenschaft], *Jura [Pécs]* (2001/2), 11.

aber es hat für mich eine große Schwierigkeit bedeutet, eine völlig konsequente und der modernen deutschen Rechtsliteratur entsprechende Terminologie zu finden und zu verwenden, weil – wie wir oben festgestellt haben – in der modernen deutschen Literatur gibt es kein Interesse für die Gegenüberstellung der rechtsgeschäftlichen Unwirksamkeit (d.h. das fehlerhafte Rechtsgeschäft keine angestrebten Rechtsfolgen auslösen kann) und Wirkungslosigkeit (d.h. das fehlerfreie Rechtsgeschäft nur tatsächlich keine angestrebten Rechtsfolgen auslösen kann) und für eine konsequente Terminologie auf diesem Gebiet.

András Földi hat in den letzten Jahren der Thematik der (im spätpandektistischen Sinne konzipierten) „Gültigkeit“ und „Wirksamkeit“ mehrere Aufsätze¹³ gewidmet, und hat damit für eine weit reichende Diskussion in der ungarischen Rechtsliteratur ausgelöst. Der Ausgangspunkt des Verfassers war ein von ihm scharf kritizierter Satz des noch geltenden ungarischen Zivilgesetzbuchs vom Jahre 1959 (im Weiteren: uZGB), demzufolge das Testament durch den Widerruf wirkungslos wird.¹⁴

Weil die Regeln der nachträglichen Wirkungslosigkeit des Testaments im neuen (aber noch nicht geltenden) ungarischen Zivilgesetzbuch vom Jahre 2013 (7:41 ff.) nicht verändert worden sind,¹⁵ in diesem Aufsatz werden nur die Regeln des alten (und noch geltenden) ungarischen Zivilgesetzbuches vom Jahre 1959 zitiert und ausgelegt.

Földis Auffassung nach ist der Inhalt dieser Norm dogmatisch nicht vertretbar, weil dass das widerrufenes Testament nicht einmal die Möglichkeit gehabt, vor dem Widerruf wirksam zu werden. Das Testament kann Földis Meinung nach erst mit dem Tode des Erblassers wirksam werden, d.h. dass das Rechtsgeschäft die damit beabsichtigten Rechtswirkungen in der Wirklichkeit erst nach dem Tode des Erblassers hervorbringen kann. Diesbezüglich möchte ich zuerst bemerken, dass das Testament vor dem Tode des Erblassers zwar keine von dem Erblasser gewollten Rechtswirkungen herbeiführen kann, aber trotzdem gewisse Rechtswirkungen durchaus auslösen kann. Es wird in der Fachliteratur meistens übersehen, dass allein die Möglichkeit, das Testament vom Erblasser mit seiner eigenen Willenserklärung widerrufen zu können, oder das beim Notar hinterlegte Testament zurücknehmen zu können (gemäß dem uZGB heißt es, dass es seine Wirksamkeit ebenso wie das widerrufenes

¹³ Siehe Fn. 6.

¹⁴ Siehe § 650 I. uZGB.

¹⁵ Aus der neuen zivilrechtlichen Literatur siehe diesbezüglich L. VÉKÁS (Hrsg.), Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez [Expertenvorlage eines neuen Zivilgesetzbuches für Ungarn], Budapest (2008), 1166 f.

Testament verliert),¹⁶ schon auf eine gewisse (weniger intensive) Art der Wirksamkeit hindeutet. Man könnte auch sagen, dass das Testament nach dem Tode des Erblassers wirksamer ist als vor dem Tode des Erblassers. Diese „Wirksamkeit“ ist qualitätsmäßig eine andere (mehr intensive) Wirksamkeit. Ein anderes Beispiel: Das Testament scheint nach dem Widerruf wirkungsloser zu sein, als es vor dem Widerruf gewesen ist. Die Wirkungslosigkeit ist meines Erachtens nicht als eine homogene Kategorie aufzufassen, es sind vielmehr verschiedene Stufen der Intensität der Wirkungslosigkeit zu konstatieren.

Es ist eine weitere, nicht weniger wichtige Frage, wann das Rechtsgeschäft vollkommen erlischt, bzw. bis zu welchem Zeitpunkt es noch in gewissem Maße bzw. mit gewisser Intensität wirksam bleibt. Ein Rechtsgeschäft kann durch die Aufhebung entweder *ex tunc* oder *ex nunc* erlöschen, aber es ist zu bemerken, dass die Wirksamkeit mit der Aufhebung nicht völlig erlischt. Ansprüche, deren Grundlage das Bestehen des Rechtsgeschäfts ist, können nämlich mindestens innerhalb der Verjährungsfrist geltend gemacht werden. Meiner Auffassung nach erlischt das Rechtsgeschäft bzw. die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht, solange ein Wiederaufnahmeverfahren noch möglich ist.

Unter den Prämissen lässt sich noch hervorheben, dass ich nur so ein fehlerhaftes Rechtsgeschäft als wirksam betrachte, welches die angestrebten Rechtsfolgen tatsächlich hervorbringen kann. Deshalb halte ich das Testament vor dem Tode des Erblassers für wirkungslos, weil das Testament die angestrebten Rechtsfolgen in dieser Existenzphase nicht herbeiführen kann. Würde man die Wirksamkeit des Testaments schon vor dem Tode des Erblassers anerkennen, so wäre der Wortlaut des uZGB überhaupt nicht fehlerhaft. Földi bezeichnet diesen Tatbestand als „nachträgliche Ungültigkeit“. Im II. Teil des Aufsatzes versuche ich zu beweisen, dass es bezüglich dieser Behauptung an Prämissen fehlt. Ich kann weder didaktische noch theoretische Argumente für die nachträgliche Nichtigkeit erkennen, weil es sich hier um eine absurde Kategorie handelt.

Földis Auffassung und allein schon seine Fragestellung wurde von András Bessenýó scharf kritisiert.¹⁷ Bessenýó bezeichnet in seinem Aufsatz die von Földi gestellte und analysierte Frage (nämlich, ob das Testament schon vor dem Tode des Erblassers wirksam ist) als „ein völlig an den Haaren herbeigezogenes, künstliches Problem“. Seiner Ansicht nach setzt der Gesetzestext nicht und längst nicht notwendigerweise voraus, dass das

¹⁶ Siehe § 651 II. uZGB.

¹⁷ Siehe BESSENYÓ, Zur Gültigkeit und Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Siehe noch DERS., A jog léte, avagy a lét(ezés) a jogban [Dasein des Rechts, oder Existenz im Recht] Jura [Pécs] (2007/1), 11 ff.

Testament schon vor dem Widerruf wirksam war. Er entwickelt seine These, welche die Auffassung des uZGB für logisch hält, auf Basis der Gleichsetzung der sog. „institutionalistischen“ und der sog. „normativistischen“ Anschauungsweise der Zivilrechtswissenschaft.¹⁸

Im vorliegenden Aufsatz versuche ich die Frage zu beantworten, was mit dem Testament nach dem Widerruf geschieht und wie dieses Phänomen aus der Sicht der Rechtsdogmatik überhaupt bewertet werden kann. Verliert wirklich das Testament seine Wirksamkeit? Kann es nachträglich nichtig werden, oder handelt es sich um etwas anderes? Im Laufe meiner Überlegungen beschränke ich mich mit meinen Ausführungen nicht nur auf diesen relativ kleinen Bereich, sondern werde ich auch versuchen, das Problem des widerrufenen Testaments zu verallgemeinern und die theoretische Existenzberechtigung sowie die Problematik der nachträglichen Unwirksamkeit (Nichtigkeit) im Allgemeinen zu behandeln. Diese Untersuchung möchte ich nicht nur auf das ungarische Zivilrecht beschränken, sondern gebe auch kurze Hinweise darauf, wie der Widerruf des Testaments im römischen Recht und in einigen modernen Rechtssystemen betrachtet wird.

II. Zu den dogmatischen Problemen des Widerrufs des Testaments

1. Zum Problem im Allgemeinen

Beim Testament hat die Abgrenzung der Unwirksamkeit (Ungültigkeit) und der Wirkungslosigkeit wegen der bei Testamenten im Vergleich zu Rechtsgeschäften unter Lebenden vorliegenden Besonderheit eine verstärkte Bedeutung. Der Moment, in dem das Testament in Kraft tritt, wird nach Földis Meinung von dem in einem ungewissen, zukünftigen Zeitpunkt – jedoch unvermeidlich – eintretenden Tod des Erblassers (*dies certus an, incertus quando*) bestimmt.¹⁹ Das Testament kann also die damit beabsichtigten Rechtsfolgen in der Wirklichkeit erst nach dem Tode des Erblassers hervorbringen. Davor kann es aber auch gewisse Rechtswirkungen auslösen, welche zwar keine von dem Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments gewollten Rechtsfolgen sind, bei denen aber trotzdem nicht bezweifelt werden kann, dass sie schon nach der gültigen Errichtung des Testaments ausgelöst werden können.

¹⁸ In seinem späteren Aufsatz hat Földi Bessenýös Theorie kritisiert. Siehe FÖLDI, Neuere Bemerkungen zur Frage der Gültigkeit und der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte.

¹⁹ Siehe FÖLDI, Zur Frage der Gültigkeit und Wirksamkeit im Testamentsrecht, 3.

Das (gültige) Zustandekommen und das „Wirksamwerden“ des Testaments sind also notwendigerweise voneinander zeitlich getrennt.²⁰ In seiner beachtlichen Erörterung stellt Földi fest, dass das Testament durch den Widerruf nicht wirkungslos, sondern ungültig wird (wegfällt).²¹ Später neigte aber Földi dazu, anstatt der Kategorie der nachträglichen Nichtigkeit eher die Kategorie des Wegfalles zu benutzen.²²

Gemäß dem oben erwähnten Satz des ungarischen ZGB wird das Testament durch den Widerruf²³ wirkungslos. Ich bin der Auffassung, dass der Wortgebrauch des Gesetzes nicht einwandfrei ist, weil es hier der Ausdruck „Wirkungsloswerden“ vorkommt. Ich habe nichts gegen die Wirkungslosigkeit des Testaments als Zustand einzuwenden, sondern einzig und allein gegen den Wortlaut des Gesetzes. Bezüglich des Fehlens der Fähigkeit, die angestrebten Rechtsfolgen auszulösen, betrachte ich das Testament bis zum Tode des Erblassers im technischen Sinn für wirkungslos. Es kann also seine Wirksamkeit auch nicht verlieren.²⁴ Der Ausdruck „Wirkungsloswerden“

²⁰ Das stellt auch BESSENYŐ, Zur Gültigkeit und Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, 6 fest.

²¹ Die nachträgliche Unwirksamkeit (Ungültigkeit) kann aber, wie wir unten noch sehen werden, mit dem Wegfall nicht gleichgesetzt werden. Dieser Gedanke der nachträglichen Ungültigkeit tauchte in der modernen ungarischen Zivilrechtswissenschaft zum ersten Mal wahrscheinlich bei I. SZÁSZY, A magyar magánjog általános része, különös tekintettel a külföldi magánjogi rendszerekre [Der allgemeine Teil des ungarischen Privatrechts im besonderen Hinblick auf die ausländischen Rechtsordnungen] II, Budapest (1948), 216 auf, der schon das widerrufene Testament, das wegen des Widerrufs keine Rechtsfolgen auslösen kann, prononciert als nachträglich unwirksam (ungültig) bezeichnete.

²² Vgl. FÖLDI, Neuere Bemerkungen zur Frage der Gültigkeit und der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, 151 ff.

²³ Der Widerruf kann ausdrücklich und auch konkludent erklärt werden. Der konkludente Widerruf kann durch eine letztwillige Verfügung erklärt werden, d.h. nicht nur durch Errichtung eines neuen Testaments, sondern auch durch einen Erbvertrag. Die Rechtsprechung betrachtet den vom Erblasser abgeschlossenen Erbvertrag, als ob der Erblasser ein neues Testament errichtet hätte, also auch durch die Abschließung des Erbvertrages verliert das Testament, das früher über die selben Vermögenswerte verfügt hat, seine Wirksamkeit (BH 1978. 164). Anhand dieses veröffentlichten Falles zeigt es sich, dass das heute geltende Recht und auch die Rechtsprechung das Testament schon nach dem Moment der Errichtung als wirksam ansieht, falls es alle Gültigkeitsvoraussetzungen erfüllt und kein Gültigkeitsmangel vorliegt.

²⁴ Vgl. FÖLDI, Zur Frage der Gültigkeit und Wirksamkeit im Testamentsrecht, 2 ff. und außerdem A. FÖLDI/G. HAMZA, A római jog története és intézicói [Geschichte und Institutionen des römischen Rechts] Budapest (2012¹⁷), 639. Siehe dagegen BESSENYŐ, Zur Gültigkeit und Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, 6, er meint nämlich, dass es für das Wirkungsloswerden des Testaments nicht unbedingt nötig ist, dass es vor dem Widerruf wirksam sei.

kann aber nur als Vorgang, der von einem Zustand zu einem anderen führt, verstanden werden. Aus diesem Wortlaut kann man also darauf schließen, dass der Gesetzgeber das Testament schon zum Zeitpunkt des Zustandekommens, d.h. vor dem Widerruf als wirksam betrachtet. Der nächste Absatz²⁵ wird diese Auslegung eindeutig bestätigen.

Aufgrund dieser Auslegungen der Vorschriften des uZGB geht eindeutig hervor, dass das geltende ungarische Recht den Unterschied zwischen einem ungültigen und einem wirkungslosen Testament in den zur Ungültigkeit oder zur Wirkungslosigkeit führenden Ursachen sieht, nämlich, dass die Gültigkeitshindernisse nur ursprünglich und die Wirkungslosigkeitsgründe nur nachträglich auftreten können. Ein Gültigkeitshindernis kann nämlich nur bei der Errichtung des Testaments entstehen (man kann vermuten, dass die Redakteure des uZGB die Kategorie der nachträglichen Ungültigkeit abgelehnt haben), während ein Wirkungslosigkeitsgrund erst nach der Errichtung des Testaments auftreten kann. Anders formuliert: Im geltenden ungarischen Zivilrecht kann die Ungültigkeit des Testaments nur eine ursprüngliche und die Wirkungslosigkeit nur eine nachträgliche sein. Es ist in einer ungarischen Gerichtsentscheidung vom Jahre 1994 festgestellt worden, dass „die Frage der Gültigkeit des Testaments unterscheidet sich grundlegend von der Wirksamkeit des Testaments.“²⁶

2. Zum Widerruf des Testaments im römischen Recht

Hier möchte ich nur einige vorsichtige Bemerkungen dazu tun, wie der Widerruf des Testaments im römischen Recht betrachtet wurde. Eine in diesem Zusammenhang grundlegende, von Ulpian stammende Digestenstelle lautet folgendermaßen:

Ulp. D. 34,4,4

ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.

²⁵ Wenn der Erblasser ein neues Testament errichtet, gilt das frühere Testament als widerrufen. Die Verfügungen des früheren Testaments, die mit dem späteren Testament nicht in Widerspruch stehen, bleiben wirksam, es sei denn, dass ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. Die Verwendung des Ausdrucks „wirksam bleiben“ macht eindeutig, dass das Gesetz das Testament schon vor dem Widerruf als wirksam erachtet.

²⁶ Vgl. BH 1994, 365.

Ulpian weist in diesem Satz darauf hin, dass der Wille des Erblassers bis zum Ende seines Lebens veränderlich ist.²⁷ Dieser Quellentext, der das subjektive Element des Testaments, d.h. den Willen des Erblassers betont, war bei der Begründung der Theorie von Földi²⁸ – die ansonsten auf früher schon zwar auf implizite Weise formulierte Gedanken, etwa von Elemér Pólay zurückgeführt werden kann – von ausschlaggebender Bedeutung. Földi leitet seine Schlussfolgerung, wonach das Testament durch den Widerruf nachträglich ungültig (nichtig) wird,²⁹ der auch im römischen Recht entweder ausdrücklich oder konkludent, d.h. durch die Errichtung eines neuen Testaments, abgegeben werden konnte, vorzugsweise aus dieser Stelle ab. Nach Földi lässt sich der Zustand des römischen *testamentum ruptum*, nämlich, dass es infolge der Willensabänderung des Erblassers keine Rechtsfolgen mehr hervorbringen kann, mit der nachträglichen Ungültigkeit des Testaments begründen.

Bei Justinian können wir den folgenden, für unser Thema relevanten Satz lesen:

Inst. 2,17 pr.

*Testamentum iure factum usque eo valet donec rumpatur irritumve fiat.*³⁰

²⁷ Siehe zusammenfassend M. KASER, Das römische Privatrecht, I, München (1971²), 690. Er schreibt, dass die Terminologie der Unwirksamkeit der Testamente in den römischen Rechtsquellen genauso vielfältig ist wie die Terminologie der unwirksamen Verträge. Dagegen siehe aber BETTI, Diritto romano, 335 f.

²⁸ Siehe dazu FÖLDI, Neuere Bemerkungen zur Frage der Gültigkeit und der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, 152, wo er seine frühere Auffassung in gewissen Maßen revidierte.

²⁹ Aus der ungarischen Lehrbüchern siehe z.B. R. BRÓSZ/E. PÓLAY, *Római jog* [Römisches Recht], Budapest (1984³), 302; I. MOLNÁR/É. JAKAB, *Római jog* [Römisches Recht], Szeged (2004³), 395 ff. scheint dem Wortgebrauch zufolge ebenfalls die Existenzberechtigung der nachträglichen Ungültigkeit anzunehmen. F. BENEDEK, *Római magánjog. Dologi és kötelmi jog* [Römisches Privatrecht. Sachenrecht und Schuldrecht], Pécs (1995²), 153 und FÖLDI/HAMZA, *Geschichte und Institutionen des römischen Rechts*, 631 erkennen die Kategorie der nachträglichen Ungültigkeit ebenfalls an. Th. MARKY, *Curso elementar de direito romano*, São Paulo (1992⁶) 183 behandelt das Testament, das von Anfang an nichtig war („o testamento era nullo *ab initio*“), getrennt von demjenigen, das nachträglich „ungültig“ geworden ist („o testamento se tornava ineficaz“), und erörtert unter dem letzten Titel neben dem *testamentum irritum factum* und dem *testamentum destitutum* auch das *testamentum ruptum*. Marky schreibt hier über eine nachträgliche Ungültigkeit des Testaments („invalidação do testamento“). Zur Kritik dieser Behauptungen siehe unten.

³⁰ Vgl. Gai. Inst. 2,147, wo Gaius zwischen *testamentum ab initio non iure factum* (als von Anfang an ungültiges Testament), und *testamentum inritum* bzw. *testamentum ruptum* unterscheidet („*non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non iure facta sunt vel iure facta postea inrita facta aut rupta sunt.*“).

Das gültige Testament lebt also solange, bis es wegfällt oder *irritum* wird.³¹ Aufgrund dieses Quellentextes kann es uns auf den ersten Blick so vorkommen, als ob das römische Recht die Kategorie der nachträglichen Nichtigkeit im Bereich der Testamente gekannt hätte. Im römischen Recht wurde jener Zustand des Testaments, in dem es keine Rechtsfolgen herbeiführen konnte, mit den termini technici *testamentum ruptum* und *testamentum irritum* bezeichnet. Auch in den *Regulae Ulpiani* (23, 1) wird zwischen „*testamentum ruptum*“ und „*irritum*“ unterscheidet, wobei festgestellt wird, dass ein gültig errichtetes Testament in beiden Fällen wegfällt („*testamentum iure factum infirmatur duobus modis, si ruptum aut irritum factum sit.*“). Sowohl das Verb „*rumpitur*“ als auch das Adjektiv „*irritum*“ drücken meines Erachtens lediglich aus, dass das Testament *ex post facto* keine Rechtsfolgen herstellen kann. Das Verb „*rumpitur*“ kommt in den Quellen des römischen Rechts zwar hauptsächlich bei Testamenten, die aus nachträglichen Gründen keine Rechtsfolgen mehr hervorbringen können,³² aber dabei muss man unbedingt – wie Max Kaser es auch tut – auch auf eine für unsere Problematik als wichtig geltende Gaius-Stelle (Gai. D. 28,2,30)³³ hinweisen, wo Gaius den Ausdruck „*rumpi*“ auch für das Testament, das wegen der Enterbung der *sui heredes* von Anfang an nichtig war, benutzt.³⁴ Die in den Quellen benutzte Terminologie, wie es auch dieser Text von Gaius klar zeigt, ist also nicht folgerichtig.

Das Wort „*irritus*“ wird in den Quellen hauptsächlich im testamentsrechtlichen Kontext gebraucht, wie es z.B. auch Ludwig Mitteis³⁵

³¹ Es ist darauf hinzuweisen, dass einige Romanisten in der Benutzung des Ausdrucks „*irritum fieri*“ einen Beweis für die nachträgliche Unwirksamkeit entdecken. Siehe z.B. BETTI, *Diritto romano*, 335 f. Er meint, dass die Ausdrücke „*non iure factum*“, „*iniustum*“ und „*nullius momenti*“ (siehe z.B. Pap. D. 28,3,1: „*testamentum aut non iure factum dicitur, ubi sollemnia iuris defuerunt: aut nullius esse momenti, cum filius qui fuit in patris potestate praeteritus est...*“) die ursprüngliche Ungültigkeit, „*infirmari*“, „*irritum fieri*“ und „*rumpi*“ dagegen die nachträgliche Ungültigkeit in den Quellen des römischen Rechts bezeichnen.

³² BETTI, *Diritto romano*, 336 weist darauf hin, dass der Ausdruck „*rumpi*“ auch für die Bezeichnung des stillschweigenden Widerrufs des Testaments benutzt wurde. Siehe z.B. Gai. Inst. 2,144: „*Posteriore quoque testamento, quod iure factum est, superius rumpitur...*“ und Ulp. 23,2: „*Rumpitur testamentum mutatione, id est, si postea aliud testamentum iure factum sit...*“.

³³ „*Inter cetera, quae ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale ius est de liberis heredibus instituendis vel exheredandis, ne praeteritis istis rumpatur testamentum: namque filio qui in potestate est praeterito inutile est testamentum*“.

³⁴ Vgl. KASER, *Das römische Privatrecht I*, 690.

³⁵ Vgl. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I. Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen*, Leipzig (1908), 237.

betonte. Die römischen Juristen wollten mit diesen meistens im Erbrecht benutzten Worten eher auf die Besonderheit des Tatbestandes (*negotium mortis causa*) hinweisen. Diese Frage war im römischen Recht natürlich noch nicht von so großem theoretischen Belang, die Anwendung dieser speziellen Ausdrücke erweckt immerhin den Eindruck, als ob die römischen Juristen den qualitativen Unterschied zwischen dem Wegfall und der „nachträglichen Ungültigkeit“ erkannt und den Wegfall als eine eigenständige Kategorie behandelt haben, ohne den entsprechenden theoretischen und dogmatischen Hintergrund herausgearbeitet zu haben.

Durch den Widerruf fällt das Testament zwar weg, im Sinne der Dogmatik heißt das aber meines Erachtens nicht, dass es ungültig wird. Im Folgenden versuche ich zu beweisen, dass der Grund des Wegfallens des Testaments ein nur nachträglich auftretendes Ereignis sein kann. Aufgrund der speziellen Terminologie der Quellen scheint es mir so, dass die auch in diesem Aufsatz benutzte Kategorie des Wegfalls kann auf das römische Recht zurückgeführt werden.³⁶ Diesbezüglich muss ich jedoch hinzufügen, dass die römischen Juristen die theoretischen Grundlagen dieser Unterscheidung noch nicht erarbeitet haben³⁷ und der Wortgebrauch noch unsicher ist (allerdings meiner Auffassung nach konsequenter als auf dem Gebiet der Nichtigkeit der Verträge³⁸). Diese dogmatischen Fragestellungen sind nicht ungefährlich,

³⁶ Der Wortgebrauch einiger Lehrbücher über das römische Privatrecht deutet darauf hin, dass die romanistische Literatur die Rechtsfolge des Widerrufs nicht der Kategorie der nachträglichen Ungültigkeit, sondern dem Begriff des Wegfalles unterordnet. Die neuere deutsche Rechtsliteratur reiht den Tatbestand des widerrufenen Testaments in die Kategorie der „nachträglichen Unwirksamkeit“ ein. Wiederum sagen M. KASER/R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, München (2003¹⁸), 334, dass das frühere Testament entkräftet wird, wenn der Erblasser später ein neues, gültiges Testament errichtet. Dieser Zustand wird aber im Lehrbuch *expressis verbis* nicht als nachträgliche Ungültigkeit bezeichnet. Sehr plastisch ist die Terminologie im nächsten Satzteil: „das gültig errichtete Testament wird nachträglich entkräftet“. Das Adjektiv „gültig“ bezieht sich nämlich auf die ursprüngliche Gültigkeit des Testaments, der Ausdruck „wird entkräftet“ veranschaulicht den Vorgang, nachdem das Testament nachträglich keine Rechtsfolgen herbeiführen kann. J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Paris (2000²), 108 benutzt z.B. auch nicht den Ausdruck „*invalidité*“ (oder *nullité ultérieure*“, sondern das im französischen Privatrecht gebrauchte Wort „*caducité*“, das sich am besten mit dem Wort „Wegfall“ übersetzen lässt. Die *caducité* bewirkt das Wegfallen des Testaments („*la caducité résulte de la chute du testament*“). Dieser Wortgebrauch scheint auch meine die nachträgliche Ungültigkeit ablehnende Theorie zu unterstützen.

³⁷ ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 680 betont mit Recht, dass „the Roman lawyers were unconcerned about dogmatic niceties“. Theoretische und dogmatische Fragestellungen sind wirklich nicht charakteristisch für die Denkweise der römischen Juristen, insbesondere im Bereich der Unwirksamkeit.

³⁸ Vgl. z.B. BETTI, *Diritto romano*, 335 ff.

weil die moderne, abstrakte Kategorie der Unwirksamkeit den römischen Juristen noch unbekannt und die Terminologie auch ungewiss war.³⁹ In den

³⁹ Bezüglich dieses Problems möchte ich in diesem Aufsatz hinweisen, dass das römische Recht die Fälle, wann genau ein Rechtsgeschäft als nichtig galt, kasuistisch und die Praxis bedienend geregelt hat. Im römischen Recht wurde ein dem modernen Begriff der Nichtigkeit entsprechender Ausdruck noch nicht herauskristallisiert. Hinsichtlich der terminologischen Ungewissheiten möchte ich hier nur die Folgenden erwähnen. Nach F. C. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, IV, Berlin (1841), 538 waren die römischen Juristen mit dem Unterschied zwischen der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit vertraut; Stellen, wo der Wortgebrauch schwankend ist, kommen nur selten vor. Savigny stellt fest, dass „die römischen Juristen pflegen den Gegensatz der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit mit großer Sicherheit zu behandeln, und es werden selten Fälle vorkommen, worin die Anwendung des einen oder des andern Begriffs zweifelhaft bleiben möchte; selbst ihre Kunstausrücke sind in den wichtigsten Anwendungen bestimmt und unzweideutig, obgleich es auch nicht an einzelnen Fällen eines schwankenden Sprachgebrauchs fehlt.“ Er betont, dass der Ausdruck *nullius momenti* vor allem die Nichtigkeit, der Ausdruck „*rescindere*“ hingegen im Allgemeinen die sog. „ungleichzeitige Ungültigkeit“ (in der heutigen deutschen Terminologie „Anfechtbarkeit“) bezeichnet. Savignys Behauptungen bezüglich der Terminologie sind jedoch in der Literatur seit langem umstritten. H. SCHACHIAN, *Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte*, Berlin (1910), 169 ff. bezeichnet Savignys Auffassung, nach welcher die römischen Juristen für die verschiedenen Arten der Ungültigkeit eine präzise Terminologie ausgearbeitet und benutzt und die Nichtigkeit von der Anfechtbarkeit folgerichtig unterschieden haben, geradezu als falsch. Aus der älteren Literatur siehe noch z.B. F. HELLMANN, *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München (1914), 1, der aufgrund mehrerer bemerkenswerter Teilanalysen festgestellt hat, dass es bei vielen Ausdrücken vergeblich ist, nach festen Ansätzen zu suchen. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, 236 meint: „auf wenigen Gebieten ergibt das römische Recht eine so abwechslungsreiche Gestaltung wie bei der Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte“. Auch Di PAOLA, *Contributi*, 41 stellt fest, dass die römischen Juristen auf diesem Gebiet nicht klar differenzierten. Zustimmend siehe auch H. HONSELL/Th. MAYER-MALY/W. SELB, *Römisches Recht* (aufgrund des Werkes von P. Jörs/W. Kunkel/L. Wenger), Berlin–Heidelberg–New York (1987), 114 f. ZIMMERMANN, *The law of obligations*, 679 stellt skeptisch fest, dass der Versuch völlig hoffnungslos wäre, ein System für diese im römischen Recht gebrauchte Bezeichnungen der Unwirksamkeit aufzustellen („to bring them into any kind of systematic order would be an absolutely hopeless task“). Zur terminologischen Vielfältigkeit der Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte im römischen Recht siehe aus der neuesten Literatur STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit*, passim; er stellt auch fest, dass „die Römer einen Begriff und ein System der Nichtigkeit nicht oder allenfalls nur in Ansätzen ausgebildet haben“ (STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit*, 13). Zur Benutzung der Ausdrücke „*nullus*“ und „*inutilis*“ in den römischen Rechtsquellen siehe TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia*, passim. Zu den terminologischen Problemen der Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte im römischen Recht siehe I. SIKLÓSI, *A jogügyletek érvénytelenségével öszefüggő terminológiai kérdések a római jogban* [Zu den terminologischen Fragen der Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte im römischen Recht], *Acta Fac. Pol.-iur. Univ.*

Quellen findet man etwa hundert Ausdrücke,⁴⁰ mit denen die römischen Juristen die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts ausdrücken wollten. Auch Kaser stellt fest, dass es jede feste Terminologie für ihre mannigfachen Erscheinungen fehlt.⁴¹ Man kann aber mit Sicherheit feststellen, dass sich die Römer hauptsächlich darauf konzentriert haben, in welchem Falle das Testament aus nachträglich eingetretenen Gründen keine Rechtsfolgen hervorbringen kann. Tiefer möchte ich dieses Thema nicht erörtern. Nur darauf möchte ich noch hinweisen, dass die römischrechtlichen Quellen die Existenzberechtigung der nachträglichen Nichtigkeit kaum beweisen können. Insbesondere die Anwendung einiger, im vertragsrechtlichen Kontext nicht benutzten Ausdrücke („*rumpitur*“, „*infirmitur*“, „*irritum*“, die also nicht die Ungültigkeit des Vertrags bezeichnen) auf verschiedene Tatbestände legt diese vorsichtige Bemerkung nahe.

3. Zum Problem des widerrufenen Testaments im ungarischen Zivilrecht und in der ungarischen Rechtsliteratur

Im römischen Recht ist nach Földis Ansicht das *testamentum ruptum* im engeren Sinne, d.h. das widerrufenen Testament, als nachträglich ungültig (nichtig) anzusehen. Diese Betrachtungsweise hält er auch hinsichtlich

Budapest. 43 (2006), 203–222.

⁴⁰ Siehe z.B. *nullum esse, nullum (non) fieri, nullum stare, nullius momenti esse, non (nec) valere, nullam vim (nullas vires) habere, effectum non habere, inefficax esse, ad effectum perducere non posse, sine effectu esse, pro non facto haberi (pro non facta est), pro non scripto haberi, non videri factum, non intellegi, nec facere potest, non esse, non consistere, non subsistere, neque (nisi) constat, non contrahi (obligationem), non videtur contrahi, contrahi non potest, nihil agere, inutilis, utile non esse, irritus, imperfectus, ratum non (nullo tempore) haberi (ratum non est), inanis (inane factum), vitiosum esse, vitium, frustra facere, non posse (non potest fieri), non licere, illicitus, non permitti, non (nihil) est permissum, prohiberi, impedire (impediri), obstare, corrumpere, infirmare (infirmari), infirmum, non nocere, non prodesse (non [nihil] proficere), non sequi (nec sequenda est), non teneri, non tenere, iuris vinculum non optinet (obtinere), non obligari (non est obligatorium, non [nec] nascitur obligatio, nulla obligatio nascitur), non (nullo modo) deberi (debere), non acquirere, actio non datur (actio denegatur, actio non competit, actio peti non posse), compelli non posse (cogendum non esse, ne cogatur), ius (facultatem, potestatem) non habere (faciendi), recte (iure) non fieri (facere), non iure factum, iustum non haberi (iniustum), coiri non posse, evanescere, nihil esse, nihil posse, nihil momenti habere, submoveri, supervacuum, pro infecto haberi, pro non adiecto haberi, invalidus, vanum, impedimentum adferre, perimi, remitti, tolli, rescindere, rumpere.*

⁴¹ KASER, Das römische Privatrecht I, 246.

unseres modernen Zivilrechts für maßgebend.⁴² Földi hat wohl recht, wenn er das Wirkungsloswerden des Testaments ablehnt, aber das Testament kann schon vor dem Tode des Erblassers auch als ursprünglich wirkungslos betrachtet werden. Diese Wirkungslosigkeit – nämlich der Zustand, dass das gültige Testament die angestrebten Rechtsfolgen wegen eines tatsächlichen Umstandes nicht bewirken kann – liegt in der Natur des Testaments. Diese Wirkungslosigkeit kann dementsprechend nicht auf das Wirkungsloswerden des Testaments zurückgeführt werden. Aus dem Wortlaut des § 650 und § 651 des uZGB ergibt sich eindeutig, dass der Gesetzgeber das Testament schon vor dem Tode des Erblassers für wirksam hält und infolgedessen das uZGB die Wirkungslosigkeit des widerrufenen Testaments für eine nachträgliche – d.h. erst später durch das Wirkungsloswerden eintretende – erklärt.

Diese Betrachtung des widerrufenen Testaments im heutigen ungarischen Zivilrecht ist meines Erachtens fehlerhaft. Obwohl der Fehler teils dogmatisch, teils ordnungstechnisch eine Inkonsequenz ist, finde ich es immer noch richtiger, das Testament für nachträglich wirkungslos als für nachträglich nichtig zu erklären. Földis Frage („Ist das Testament schon im Moment seiner Errichtung wirksam?“) scheint mir nur insofern berechtigt zu sein, als der Ausdruck „Wirkungsloswerden“ auch meiner Auffassung nach zu jenem Fehlschluss führt, dass das Testament schon vor dem Widerruf völlig wirksam sei. Durch den Widerruf (der zur Aufhebung⁴³ des Testaments führt) wird das Testament meines Erachtens nicht wirkungslos, es handelt sich vielmehr darum, dass die bereits ursprünglich feststellbare Wirkungslosigkeit des Testaments verstärkt sich. Mit anderen Worten verliert das widerrufenen Testament die Möglichkeit, nach dem Tode des Erblassers in Kraft treten zu können. Man könnte diese dogmatische Erscheinung auch so beschreiben, dass das Testament durch den Widerruf noch wirkungsloser wird. Der vom Gesetz verwendete Ausdruck „Wirkungsloswerden“ ist also irreführend, weil das widerrufenen Testament als wirkungslos betrachtet werden kann, das heißt aber nicht, dass es seine Wirksamkeit verloren hat.

Nach meiner Auffassung ist für das Widerrufen des Testaments als Vorgang die Anwendung einer unabhängigen dogmatischen Kategorie, die Kategorie des Wegfalls einzuführen, worunter derjenige Zustand des Testaments zu

⁴² Siehe FÖLDI, Neuere Bemerkungen zur Frage der Gültigkeit und der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, 152.

⁴³ Das österreichische ABGB und das deutsche BGB sprechen in diesem Kontext ausdrücklich von der Aufhebung des Testaments (ausführlicher siehe unten).

verstehen ist, in dem sich die Wirkungslosigkeit des schon ursprünglich wirkungslosen Testaments infolge des Widerrufs verstärkt.⁴⁴

4. Die Absurdität der „nachträglichen Ungültigkeit“. Der „Wegfall des Testaments“

Im Nachfolgenden versuche ich plausibel zu machen und zu beweisen, wie absurd und unhaltbar das Konzept der nachträglichen Ungültigkeit ist.

Die Kategorie der nachträglichen Ungültigkeit wird in der ungarischen Fachliteratur von den meisten Verfassern abgelehnt;⁴⁵ einige angesehene Autoren erkennen wiederum die Existenzberechtigung der Kategorie an.⁴⁶

Die Kategorie der nachträglichen Ungültigkeit kommt nicht nur in der ungarischen Literatur vor. Im Folgenden werde ich einige Ansichten aus dem deutschen und italienischen Schrifttum zitieren.

Der Unterschied zwischen der sog. gleichzeitigen und ungleichzeitigen Ungültigkeit im „System des heutigen römischen Rechts“ von Savigny entspricht zum Teil dem modernen Unterschied zwischen der anfänglichen und nachträglichen Ungültigkeit.⁴⁷ Eine ausführliche Untersuchung der Fragen der nachträglichen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte findet sich in dem im Jahre 1900 veröffentlichten Aufsatz von Friedrich Hellmann.⁴⁸ Bezüglich aber der

⁴⁴ Die Kategorie des Wegfalls bezieht sich also keineswegs auf den Zustand des widerrufenen Testaments, sondern auf den Vorgang, und schon deswegen belastet die Einführung der Kategorie des Wegfalls die juristische Sprache nicht. Man muss zwar vermeiden, dass die juristische Sprache unnötig verkompliziert werde (zum römischrechtlichen Prinzip der „Einfachheit“ [vgl. noch „Simplizität“, „Einheitlichkeit“, „Klarheit“, in der englischen Sprache „*simplicity*“]) siehe F. SCHULZ, Prinzipien des römischen Rechts, München–Leipzig (1934), 45–56, und A. WATSON, *The spirit of Roman law*, Atlanta (1995), 180 ff.), aber weder diese völlig legitime Forderung und noch die Argumente der Didaktik können die Anerkennung der nachträglichen Ungültigkeit begründen.

⁴⁵ Siehe z.B. B. GROSSCHMID, *Fejezetek kötelmi jogunk köréből* [Ausgewählte Kapiteln aus unserem Schuldrecht] I, Budapest (1933), 323; I. ZLINSZKY, *A magyar magánjog mai érvényében, különös tekintettel a gyakorlat igényeire (átdolgozta Reiner J.)* [Das geltende ungarische Privatrecht, im besonderen Hinblick auf die Praxis (umgearbeitet von J. Reiner)], Budapest (1899?), 232; L. ASZTALOS, *A polgári jogi szankció* [Die zivilrechtliche Sanktion], Budapest (1966), 181.

⁴⁶ Siehe z.B. SZÁSZY, *Der allgemeine Teil des ungarischen Privatrechts*, 216; BENEDEK, *Römisches Privatrecht*, 153.

⁴⁷ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, IV, 542.

⁴⁸ F. HELLMANN, *Zur Lehre von der nachträglichen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, AcP 90 (1900), 363 ff.

deutschen Literatur der letzten 100 Jahren kann man höchstens die einschlägige Terminologie auswerten, weil sich die neuere deutsche Literatur mit diesem Problem so gut wie überhaupt nicht beschäftigt. Elmar Bund spricht z.B. im Kontext des römischen Rechts davon, dass ein gültig errichtetes Testament durch eine *capitis deminutio* nichtig (*irritum*) wurde.⁴⁹ Werner Flume schreibt von nachträglicher Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte im modernen Kontext.⁵⁰ Flume stellt in diesem Kontext fest, dass „ein besonders bedeutsamer Fall nachträglicher Nichtigkeit die Nichtigkeit auf Grund einer Anfechtung“ ist.⁵¹

Aus dem italienischen Schrifttum kann man beispielsweise auf die Ansicht von Emilio Betti,⁵² Vittorio Scialoja,⁵³ Pasquale Voci,⁵⁴ Antonio Guarino⁵⁵ und Fabrizio Di Marzio⁵⁶ hinweisen, die die Kategorie der nachträglichen Ungültigkeit (*invalidità sopravvenuta* oder *successiva*; *invalidazione*) ausdrücklich anerkennen und sie der ursprünglichen Ungültigkeit (*invalidità iniziale* oder *invalidità originaria*) gegenüberstellen. Der Widerruf des Rechtsgeschäfts bewirkt nach Guarino prononciert dessen nachträgliche Ungültigkeit.

Meinen Ansatz, den die nachträgliche Ungültigkeit kategorisch ausschließt, habe ich auf den folgenden Überlegungen basierend entwickelt.

Das widerrufenes Testament kann die beabsichtigten Rechtsfolgen nicht wegen eines rechtlichen Mangels (d.h. weil es gegen eine Norm des positiven Rechts verstößt), sondern wegen eines nachträglich auftretenden Faktums (d.h. wegen der Willenserklärung des Erblassers) nicht herbeiführen. Dieser Zustand kann aber nicht auf einen (immer an die Entstehung des Testaments anknüpfenden) Nichtigkeitsgrund, sondern auf einen Wirkungslosigkeitsgrund zurückgeführt werden. Mit Rücksicht auf seine notwendige anfängliche Wirkungslosigkeit kann das Testament nachträglich nicht wirkungslos werden. Die nachträgliche Ungültigkeit kann aber damit, dass das Testament nachträglich nicht wirkungslos werden kann, noch nicht begründet werden. Die eine folgt nämlich nicht aus der

⁴⁹ E. BUND, in: Der kleine Pauly V, 628 s. v. *testamentum*.

⁵⁰ FLUME, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, II. Das Rechtsgeschäft, 549 f.

⁵¹ Diesbezüglich ist aber darauf hinzuweisen, dass es sich hier eher um eine Fiktion der Gültigkeit handelt, weil das anfechtbare Rechtsgeschäft bis zur Gerichtsentscheidung als gültig zu betrachten ist, obwohl der Grund der Ungültigkeit schon *ab initio* existiert und das anfechtbare Rechtsgeschäft von Anfang an inhaltlich ungültig ist.

⁵² BETTI, Diritto romano, 335.

⁵³ V. SCIALOJA, Negozi giuridici, Roma (1933), 239.

⁵⁴ P. VOCI, Istituzioni di diritto romano, Milano (1954³), 176.

⁵⁵ GUARINO, Diritto privato romano, 66.

⁵⁶ F. DI MARZIO, La nullità del contratto, Padova (2008), 9ff.

anderen, auch wenn die Rechtssprache und die juristische Literatur die zum Wegbleiben der Rechtsfolgen führenden Tatbestände diesen zwei Begriffen d.h. der Ungültigkeit und der Wirkungslosigkeit, unterordnen. Das widerrufenes Testament kann nicht als nichtig betrachtet werden, denn ein Gültigkeitshindernis liegt nur dann vor, wenn das Rechtsgeschäft anfänglich gegen eine Norm der Rechtsordnung verstößt. Der Widerruf ist kein nachträglich auftretender Willensmangel. Damit gelange ich zu der festen Überzeugung, dass ein Rechtsgeschäft, welches einmal gültig zustande kam, später nicht ungültig werden kann, weder kraft Gesetzes noch durch die Willenserklärung der Parteien. Nachträglich kann kein rechtlicher Mangel entstehen, der zur Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts führen konnte. Durch die *novatio*⁵⁷ im römischen Recht oder durch die *novation* im modernen französischen Recht (*Code civil*, Art. 1271–1281) und durch die *novazione* im heutigen italienischen Privatrecht (*Codice civile*, Art. 1230–1235) wird der Vertrag auch nicht ungültig,⁵⁸ sondern er erlischt.⁵⁹

Ein Rechtsgeschäft kann nachträglich vorzugsweise deshalb nicht für ungültig erklärt werden, weil dies gegen das Rechtsprinzip der Rechtssicherheit verstoßen würde. Dass ein einmal gültig zustande gekommener Vertrag später nicht ungültig werden kann, erkennt die Rechtsliteratur ohne weiteres an. Sonst könnten die Parteien ihren Vertrag durch ihre nachträgliche Einigung (Konsens) je nach Belieben ungültig machen, was offensichtlich unsinnig wäre; das Wegbleiben der Rechtsfolgen folgt nämlich in diesem Falle nicht aus einem rechtlichen Mangel des Rechtsgeschäfts.

Dieser Gedankengang kann auch bezüglich des Testaments angewendet werden. Die Existenzberechtigung der nachträglichen Wirkungslosigkeit des Testaments kann allein damit, dass das Testament ein Rechtsgeschäft von Todes wegen ist, überhaupt nicht begründet werden. Das gültige und von vornherein wirkungslose Testament kann durch den Widerruf seine Gültigkeit nicht verlieren.

Der Widerruf des Testaments führt also weder zur nachträglichen Ungültigkeit noch zur nachträglichen Wirkungslosigkeit. Statt dieser Begriffe

⁵⁷ Aus der umfangreichen Literatur zur römischen *novatio* siehe z.B. P. GIDE, *La novation*, Paris (1879); F. BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*, Napoli (1959²); P. VOCI, *Per la storia della novazione*, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 68 (1965); M. KASER, *Zu Novation und Delegation*, in: Satura R. Feenstra, Fribourg (1985); P. LAMBRINI, *La novazione. Lineamenti romanistici e dottrine attuali*, Padova (2006), 3 ff.; F. STURM, *La novation des obligations de bonne foi en droit romain classique*, in: *Fides, Humanitas, Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, VIII, Napoli (2007), 5447 ff.

⁵⁸ Vgl. FÖLDI, *Neuere Bemerkungen zur Frage der Gültigkeit und der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte*, 152.

⁵⁹ Siehe z.B. *Codice civile*, Art. 1230: „l'obbligazione si estingue“.

halte ich es für richtiger im Falle des Widerrufs des Testaments den Begriff des Wegfalls als *sui generis* Kategorie, die von der nachträglichen Ungültigkeit vollkommen abweichend ist, zu benutzen.

Der Begriff des Wegfalls wird in der ungarischen Rechtssprache seit langem herkömmlich gebraucht, obwohl seine Dogmatik bisher nicht ausgearbeitet wurde.⁶⁰ Dass sich der Wille des Erblassers bis zu seinem Lebensende verändern kann,⁶¹ ist zwar eine unbestrittene Tatsache, aber sie kann die nachträgliche Nichtigkeit des widerrufenen Testaments noch lange nicht rechtfertigen. Noch weniger kann die oben zitierte Ulpian-Stelle als Beweis für die Existenzberechtigung der nachträglichen Ungültigkeit im modernen Recht dienen. Demnach habe ich ernste Vorbehalte auch der Feststellung gegenüber, wonach die Gültigkeit des fehlerfrei zustande gekommenen Testaments bis zum Tode des Erblassers in der Schwebe bleibt.

Das widerrufenen Testament kann schon allein deswegen nicht als ungültig angesehen werden, weil die Ungültigkeit in allen Fällen auch die Funktion einer Sanktion erfüllt. Die Sanktion ist eine nachteilige Rechtsfolge, die auf eine gegen die Anordnung einer Norm verstoßende Handlung reagiert. Der Widerruf stellt keine rechtswidrige Handlung dar, dementsprechend kann das Recht ihn nicht sanktionieren. Die Kategorie der nachträglichen Ungültigkeit ist auch deswegen kaum vertretbar. Der Wegfall steht dem Wirkungsloswerden nahe, und warum er trotzdem als eigenständige dogmatische Kategorie benutzt werden sollte, lässt sich mit der Besonderheit des Testaments im Vergleich zu den Rechtsgeschäften zwischen Lebenden begründen. Wie die Wirkungslosigkeit ebenso stellt auch der Wegfall keine Sanktion dar.

⁶⁰ Man muss aber bemerken, dass G. MARTON, *A római magánjog elemeinek tankönyve. Intitúciók* [Lehrbuch der Elemente des römischen Privatrechts. Institutionen], Debrecen (1947⁶), 280 ff. konsequent vom Wegfall im Zusammenhang mit dem Widerruf spricht, den er als nachheriges Eintreten bestimmter Tatsachen definiert. FÖLDI/HAMZA, *Geschichte und Institutionen des römischen Rechts*, 635 benutzt – hauptsächlich nach Marton – den *terminus technicus* „weggefallenes Testament“, aber es setzt den Wegfall mit der nachträglichen Ungültigkeit gleich.

⁶¹ Über die Willen der Vertragspartner könnte man auch sagen, dass sie sich bis zum Lebensende der Parteien verändern können. Aber daran gibt es wohl gar nichts zu zweifeln, dass die Einigung der Parteien über die Aufhebung des Vertrags die gleiche Rechtsfolge bewirkt, wie der Widerruf des Testaments, und zwar, dass der Vertrag erlischt, d.h. *ex post facto* keine Rechtsfolgen herbeiführt.

5. Ausblick über die Lösungen anderer Rechtsordnungen

In den europäischen Zivilgesetzbüchern haben wir keine Spur der nachträglichen Ungültigkeit gefunden, abgesehen von dem schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 510 II.),⁶² das *expressis verbis* sagt, dass, falls das Testament wegen eines Unfalls oder jemandes Verschuldens verloren geht, die Verfügung ihre „Gültigkeit“ verliert (so kann man im deutschen Text lesen; im französischen Text findet sich der nächste Satz: „le testament cesse d’être valable“; im italienischen Text kann man dagegen nicht über das Erlöschen der „Gültigkeit“, sondern über das Erlöschen „aller Wirkungen“ lesen: „la disposizione perde pure ogni effetto“). Statt dieses Begriffes finden sich in den meisten Gesetzbüchern die Ausdrücke „Wegfall“, „Aufhebung“ und im Fall des Widerrufs des Widerrufs das Wort „Wiederaufleben“.

Die französische Privatrechtswissenschaft kennt den Begriff des Wegfalls⁶³. Die französischen Lehr- und Handbücher erörtern den Widerruf (*révocation*) und den Wegfall (*caducité*)⁶⁴ des Testaments unter dem gleichen Titel. Die Definition des Testaments im *Code civil* weist *expressis verbis* auf die Möglichkeit des Widerrufs hin (Art. 895: „qu’il peut révoquer“).⁶⁵ Der Widerruf kann auch

⁶² „Wird die Urkunde durch Zufall oder aus Verschulden anderer vernichtet, so verliert die Verfügung unter Vorbehalt der Ansprüche auf Schadenersatz gleichfalls ihre Gültigkeit, insofern ihr Inhalt nicht genau und vollständig festgestellt werden kann.“

⁶³ Die französische *caducité des testaments* entspricht dem bei mir als Wegfall bezeichneten Phänomen. FÖLDI, Neuere Bemerkungen zur Frage der Gültigkeit und der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, 158⁵⁰ scheint vorsichtiger zu sein, wenn er schreibt, „die französische Privatrechtswissenschaft scheint mit dem Begriff des Wegfalls vertraut zu sein“.

⁶⁴ Zusammenfassend siehe z.B. G. HUBRECHT/G. VERMELLE, *Droit civil*, (1993¹⁵), 219; ausführlicher F. TERRÉ/Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Paris (1997³), 325 ff.

⁶⁵ „Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n’existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu’il peut révoquer.“ Vgl. *Codice civile*, Art. 587, wo bereits in der Definition des Testaments festgesetzt ist, dass „il testamento è un atto revocabile“. Gemäß Art. 680 kann die *revocazione* entweder durch Errichtung eines neuen Testaments oder durch eine vor Zeugen abgegebene Erklärung erfolgen, in welcher der Erblasser erklärt, dass er seine frühere Verfügungen zum Teil oder im Ganzen widerruft (vgl. Art. 509 II. des schweizerischen ZGB, wo auch betont ist, dass „der Widerruf die Verfügung ganz oder zum Teil beschlagen kann“. Im Art. 1970 des brasilianischen Zivilgesetzbuches (*Código civil*) vom Jahre 2002 ist es ähnlich formuliert; hier heißt es, dass der Widerruf entweder total oder auch partiell sein kann. [„A revogação do testamento pode ser total ou parcial.“]). Der spanische *Código civil* weist aber auf die Möglichkeit des Widerrufs aller letztwilligen Verfügungen im Allgemeinen nicht in der Definition des Testaments, sondern erst unter den speziellen Vorschriften des Widerrufs (*revocación*) hin (Art. 737: „Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables“).

im französischen Zivilrecht entweder ausdrücklich (*révocation expresse*) oder implizit (*révocation tacite*) erklärt werden. Im ersten Fall erfolgt der Widerruf durch ein weiteres Rechtsgeschäft, dessen einzig angestrebte Rechtsfolge die Aufhebung des Testaments ist. Dies ist also die Kundgabe der Veränderung des Erblasserwillens⁶⁶ (*Code civil*, Art. 1035: „déclaration du changement de volonté“).⁶⁷ Im zweiten Fall errichtet der Erblasser ein neueres Testament, was ebenfalls den Widerruf des früheren Testaments beinhaltet.⁶⁸

Der Wegfall des Testaments kann aus mehreren Gründen geschehen: z.B. wenn die im Testament als Erbe eingesetzte Person vor dem Erblasser stirbt oder wenn der Erblasser vor dem Eintreten einer aufschiebenden Bedingung stirbt.⁶⁹ Das Handbuch von Terré und Lequette stellt fest, dass diese beiden Begriffe nicht verwechselt werden können,⁷⁰ indem es auf die abweichende Natur der Nichtigkeit, die sich am besten durch die Erfüllung der Funktion einer Sanktion vom Wegfall unterscheiden lässt, hinweist.

Im österreichischen ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) kann man von der Aufhebung des Testaments lesen, die aus dem Widerruf folgt. Gemäß § 713 hebt „ein späteres, gültiges Testament“ das frühere Testament auf.⁷¹ Der Widerruf kann auch im österreichischen Zivilrecht entweder ausdrücklich (nach § 717 schriftlich oder mündlich) oder konkludent (durch schlüssiges Verhalten) erfolgen.

Der Wortgebrauch des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches weicht von der Terminologie des *Code civil* weitgehend ab. Das BGB kennt z.B. einen mit der *caducité* vergleichbaren Begriff nicht und spricht über die Aufhebung des Testaments. Der § 2253 BGB sagt ganz allgemein aus, dass der Erblasser sein Testament jederzeit widerrufen kann. Der Widerruf kann durch Errichtung eines neuen Testaments gemäß § 2254 bzw. § 2258 BGB, durch Vernichtung oder Veränderung nach § 2255 BGB und durch Rücknahme des Testaments

⁶⁶ Vgl. die oben analysierte Ulpian-Stelle, die besagt, dass der Wille des Erblassers bis zu seinem Lebensende veränderlich sei (Ulp. D. 34,4,4).

⁶⁷ „Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur ou par un acte devant notaires portant déclaration du changement de volonté.“

⁶⁸ HUBBRECHT/VERMELLE, *Droit civil*, 219: „implique la révocation du testament antérieur“.

⁶⁹ Zum Begriff der „*caducité*“ siehe z.B. TERRÉ/LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 332 ff.

⁷⁰ „Celle-ci ne doit pas être confondue avec la nullité qui sanctionne les vices de formation d'un acte juridique.“ TERRÉ/LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 332. Der Wegfall des Vermächtnisses wird z.B. auch im brasilianischen *Código civil* (Art. 1939, *Caducidade dos Legados*) geregelt.

⁷¹ „Ein früheres Testament wird durch ein späteres gültiges Testament nicht nur in Rücksicht der Erbeinsetzung, sondern auch in Rücksicht der übrigen Anordnungen aufgehoben.“

aus der amtlichen Verwahrung im Sinne vom § 2256 BGB erfolgen. Im Fall des impliziten Widerrufs, d.h. wenn das spätere Testament widerrufen wird, ist das Testament nach § 2258 II. BGB gleicher Weise wirksam, wie wenn es nicht aufgehoben wäre. Das BGB regelt auch den Widerruf des Widerrufs.⁷² Falls der durch Testament erfolgte Widerruf einer letztwilligen Verfügung widerrufen wird, so ist im Zweifel die Verfügung nach § 2257 BGB wirksam, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre.

III. Schlussfolgerungen

Aufgrund der oben gesagten lässt sich feststellen, dass die Konstruktion der nachträglichen Ungültigkeit nicht nur bei den Rechtsgeschäften unter Lebenden, sondern auch bei den Rechtsgeschäften von Todes wegen abzulehnen ist. Im Nachhinein kann nämlich kein rechtlicher Mangel entstehen, der das einmal gültig zustande gekommene Rechtsgeschäft nachträglich ungültig machen könnte („*semel validum semper validum*“). Mit der Tatsache, dass sich der Wille des Erblassers bis zu seinem Lebensende ändern kann, kann die nachträgliche Ungültigkeit nicht hinreichend begründet werden. Würden wir uns mit dieser einzigen Begründung zufrieden geben, so könnte auch ein Vertrag durch die spätere (novatorische) Einigung der Parteien ohne Weiteres nachträglich ungültig gemacht werden, da sich der Wille der Parteien ebenso verändern kann, und es ist durchaus möglich, dass diese jeweils veränderten Willen miteinander übereinstimmen. Das Testament kann also durch den Widerruf weder wirkungslos noch ungültig werden. Es handelt sich vielmehr darum, dass das widerrufenen Testament die Möglichkeit verliert, je mit voller Intensität wirksam werden zu können. Für die Beschreibung des dogmatischen Zustandes des widerrufenen Testaments scheint mir die äußerst bedenkliche Kategorie der nachträglichen Ungültigkeit keineswegs anzuwenden. Man könnte diesen Zustand – wegen der Besonderheit des Testaments, da es ein Rechtsgeschäft von Todes wegen ist – mit der Kategorie des Wegfalls bezeichnen.

Hier möchte ich noch auch zu einer anderen, tiefgehenden Frage Stellung nehmen. Bessenyó legt in seinem Aufsatz dar: „Wir können nicht einsehen, warum auch die ungültigen Rechtsgeschäfte mit gutem Recht nicht als

⁷² Der Widerruf des Widerrufs wird auch im italienischen *Codice civile* (Art. 681) geregelt, im Falle der *revocazione della revocazione* leben die vorher widerrufenen Verfügungen wieder auf („in tal caso rivivono le disposizioni revocate“).

wirkungslos bezeichnet werden könnten.⁷³ Dies wäre vielleicht möglich, aber nicht in unserem Bezugssystem, in dem die rechtsgeschäftliche Ungültigkeit und die rechtsgeschäftliche Wirkungslosigkeit voneinander klar abgegrenzt werden. Ein ungültiges Rechtsgeschäft kann die angestrebten Rechtsfolgen⁷⁴ offensichtlich nicht herbeiführen, und zwar, weil es wegen eines Gültigkeitshindernisses rechtlich und dogmatisch von vornherein unmöglich ist. Das Wegbleiben der Rechtsfolgen kann also einerseits auf die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts, andererseits auf Tatbestände, bei denen das Auslösen der Rechtswirkungen theoretisch zwar möglich, aber in der Wirklichkeit wegen eines bestimmten Grundes gehemmt ist, zurückgeführt werden. Diesen bestimmten Grund bezeichne ich in dem von mir bevorzugten Bezugssystem als Wirkungslosigkeitsgrund. Das Wegbleiben der Rechtsfolgen liegt also bei einem gültigen, aber wirkungslosen Rechtsgeschäft nicht in der Fehlerhaftigkeit des Rechtsgeschäfts. Dieser Unterschied begründet die klare und eindeutige Unterscheidung zwischen den ungültigen und den wirkungslosen Rechtsgeschäften.

Der wesentliche Unterschied zwischen der Ungültigkeit und der Wirkungslosigkeit kann folgendermaßen formuliert werden: Die Ungültigkeit ist immer auf einen rechtlichen Fehler zurückzuführen, während die Wirkungslosigkeit des Rechtsgeschäfts nicht aus einem Verstoß gegen die Rechtsordnung, sondern immer aus einem einfachen faktischen Umstand folgt. Wenn wir alle Fälle der Ungültigkeit und der Wirkungslosigkeit, wie es das deutsche BGB und die deutsche Literatur tut, mit einem *terminus technicus*, und zwar mit dem Wort „Unwirksamkeit“ bezeichnen möchten, dann könnten wir die Terminologie von Földi⁷⁵ fortentwickelnd die Nichtigkeit als *vitium*-Unwirksamkeit und die Wirkungslosigkeit als *non-vitium*-Unwirksamkeit bezeichnen. Der Zustand des widerrufenen Testaments gehört ebenfalls in die Kategorie der *non-vitium*-Unwirksamkeit (Wirkungslosigkeit), denn der Widerruf ist nur ein faktisches Ereignis, das zum Wegbleiben der Rechtswirkungen führt, dieser Zustand des Testaments folgt aber aus keinem rechtlichen Mangel.

⁷³ BESSENYŐ, Zur Gültigkeit und Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, 8.

⁷⁴ Den Ausdruck „angestrebte Rechtsfolgen“ zu betonen ist deshalb sehr wichtig, weil auch ein ungültiges Rechtsgeschäft gewisse Rechtsfolgen haben kann. Diese sind aber keine von den Parteien beabsichtigten, die Erfüllung des Vertrages bezweckenden Rechtswirkungen.

⁷⁵ Vgl. FÖLDI, Zur Frage der Gültigkeit und der Wirksamkeit, *passim*.

Niekoľko poznámok k prekladu a jazyku Digest

Nicol Sipekiová

Digesta predstavujú základný prameň poznania rímskeho práva, ktorých význam vnímame predovšetkým z právnohistorického aspektu. Avšak text Digest vzbudzuje záujem nielen právnych romanistov, ale aj klasických filológov – latinčinárov, a to nielen svojím úctyhodným rozsahom obsiahnutého jazykového materiálu, ale aj ako rukolapný dôkaz pretrvávajúceho písomného dedičstva antiky. Skúmanie pramenného materiálu Digest a jeho komplexné spracovávanie, pod čím rozumieme predovšetkým preklad a interpretáciu textov, predstavuje teda veľkú výzvu nielen vo vzťahu k rímskemu právu, ale aj vo vzťahu k jazykovede, v najširšom zmysle tohto slova. Pri prekladaní (nielen) starovekých odborných textov zachovaných v niektorom z klasických jazykov sa spravidla vynára otázka, kto má prekladať tieto latinské či grécke texty: filologicky vzdelaný odborník alebo odbornými poznatkami vyzbrojený filológ. Hoci už k tejto téme zazneli viaceré úvahy či poznámky z rôznych uhlov pohľadu, ako aj argumenty *pro* a *contra*, zrejme nie je možné, a azda ani nevyhnutné, túto otázku jednoznačne a uspokojivo zodpovedať. Nie je to našim cieľom ani v rámci tohto príspevku, ba práve naopak, obohatení prácou na Digestách nielen o praktické prekladateľské skúsenosti, ale aj o nové poznatky z oblasti rímskeho práva, si dovoľíme s vierou v každú prosperujúcu spoluprácu interdisciplinárneho charakteru konštatovať, že aj v prípade spomenutej otázky bude pravda asi niekde uprostred.

Od čias, keď sa *Digesta* stali stredobodom intenzívnych výskumov a predmetom rôznych prekladateľských iniciatív, bolo napísaných a vydaných nespočetné množstvo odborných prác a vedeckých článkov, ktoré sa venujú kardinálnym právnym otázkam i čiastkovým problémom tejto rozsiahlej zbierky. Ojedinele medzi nimi nachádzame aj také práce, ktoré si všímajú jazykovú stránku Digest, pričom v nich nejde v prvom rade iba o otázky odbornej terminológie, ale v rôznych rovinách jazyka skúmajú a hodnotia jednotlivé prvky, štýl a textové výrazové prostriedky charakteristické pre jazyk Digest. Z nevelkého počtu analytických prác týkajúcich sa jazyka Digest treba v tejto súvislosti spomenúť dielo Wilhelma Kalba,¹ ktoré možno považovať zrejme za jediné svojho druhu. Hneď v prvých riadkoch úvodu autor v kritickom tóne vyjadruje potrebu napraviť bežne rozšírenú mienku, podľa ktorej filológovia do veľkej miery

¹ KALB, W.: Das Juristenlatein. Versuch einer Charakteristik auf Grundlage der Digesten. Nürnberg (1888), 89 s.

nesprávne stotožňujú právnickú latinčinu s neskoroantickou latinčinou. Príčiny tohto javu vidí Kalb v absencii vyčerpávajúceho filologického výskumu Digest, preto s dôrazom na nevyhnutnosť systematického opisu právnickej latinčiny podáva v záujme želanaj nápravy svoj ucelený pohľad na ňu na základe Digest.² Jeho opis sa pritom dotýka nielen slovnej zásoby, ale venuje sa i morfolologickej a syntaktickej stránke jazyka s ohľadom na problematiku interpolácií, ktorých výskum sa koncom 19. storočia začal čoraz intenzívnejšie prejavovať.

Pri skúmaní a analýze jazykovej stránky Digest však každý bádateľ musí mať na zreteli špecifiká, ktorými sa text tohto monumentálneho diela vyznačuje. Na prvom mieste možno uviesť, že v prípade Digest nejde o literárne dielo jediného autora, ale o súborné dielo pochádzajúce zo 6. storočia, ktoré zahrnuje fragmenty zo spisov niekoľko desiatok rímskych právnikov. Väčšina z nich pôsobila v prvých troch storočiach po Kr., avšak v Digestách sa nachádzajú aj úryvky z omnoho dávnejších diel, a to z diel „starých právnikov“, ktorých pôsobenie spadá do posledných desaťročí rímskej republiky.³ Ak si tieto informácie premietneme do chronologických súvislostí, zistíme, že obdobie od najstarších excerptovaných autorov za Augustovej vlády – označovanej ako zlaté obdobie rímskeho písomníctva – po najmladšie právnické autority pôsobiace v časoch cisára Alexandra Severa predstavuje časové rozpätie takmer tristo rokov. V historickom vývoji⁴ každého jazyka je to dostatočne dlhá doba na to, aby v ňom nastali rozličné badateľné zmeny vo viacerých jeho rovinách. Iným pozoruhodným kritériom, ktoré pri hodnotení Digest treba vziať do úvahy, a to nielen z hľadiska formálneho, ale aj ich obsahovej interpretácie, sú zásahy do textov Digest, tzv. interpolácie, ktoré sa tam dostali najmä v dôsledku kompilačných prác zostavovateľov s cieľom aktualizovať pôvodné texty právnikov a adaptovať ich pre potreby svojej doby.⁵

² KALB, W.: *Das Juristenlatein. Versuch einer Charakteristik auf Grundlage der Digesten.* Nürnberg (1888), s. 1-7.

³ Pozri BLAHO, P.: Theodor Mommsen – editor justiniánskych Digest. In: Sambucus V. *Práce z klasickej filológie, medievalistiky a neolatinstiky.* Trnava (2010), s. 175.

⁴ Vzhľadom na sloh literárnych diel sa v literárnom období rímskeho písomníctva rozoznávajú viaceré obdobia: archaické od polovice 3. storočia pr. Kr. do Ciceronovho vystúpenia v 80. rokoch 1. storočia pr. Kr.; klasické, resp. „zlaté“ obdobie od Ciceronovho vystúpenia do Augustovej smrti v r. 14 po Kr.; „strieborné“ obdobie do nástupu cisára Hadriána v r. 117; „medené“ alebo „železné“ obdobie od prvých desaťročí 2. storočia do konca staroveku. NOVOTNÝ, F.: *Historická mluvnice latinského jazyka* 2. Praha (1955), s. 295-296. Porov. STIEBITZ, F.: *Stručné dejiny rímskej literatury.* Brno (1991), s. 72-73.

⁵ K vnímaniu interpolácií v dejinách právnej vedy pozri úvodnú štúdiu k slovenskému prekladu Digest: BLAHO, P./VAŇKOVÁ, J.: *Corpus iuris civilis, Digesta. Tomus I.* Bratislava (2008), s. 9-10.

Vzhľadom na uvedené osobitosti Digest, ako aj ich celkový rozsah 50 kníh, z ktorých boli do slovenčiny preložené a v bilingválnej podobe knižne vydané vybrané časti, by bolo nereálne a predčasné očakávať na týchto stránkach filologicky vyčerpávajúcu a úplnú charakteristiku jazykových prostriedkov a štýlu Digest. Opis takého enormného množstva jazykového materiálu, ktorý sa v Digestách nachádza, by určite presahoval možnosti nie jednej štúdie. Naším príspevkom by sme si preto želali započať publikovanie čiastočných výsledkov k jazykovej a štylistickej stránke Digest, ktoré postupne odkrývame pri práci na nich. V nasledujúcich riadkoch zachytené poznámky a ich ukážky sa vzťahujú na také javy z oblasti lexiky a gramatiky latinčiny, ktoré upútali našu pozornosť buď svojou „problematickosťou“ pretlmočenia do slovenčiny, alebo tým, že sa ich gramatické použitie vymyká z noriem klasickej latinčiny.

Seriózna prekladateľská a jazyková práca – najmä ak ide o odborné texty – je za každých okolností nepredstaviteľná bez spoľahlivej jazykovej literatúry. Pri sprístupňovaní odborného textu z mŕtveho jazyka do slovenčiny sa však otázka adekvátnosti dostupných prekladových slovníkov stáva oveľa pálčivejšou ako v prípade prekladov zo živého jazyka. Právnickú terminológiu totiž latinské slovníky domácej proveniencie takmer nezohľadňujú alebo na ňu prihliadajú v minimálnej miere, a tak je klasický filológ – prekladateľ pri náročnejších úskaliach prekladu väčšinou odkázaný na latinské slovníky v cudzom jazyku⁶, prípadne na inú doplňujúcu literatúru.

Zrejme tento citeľný deficit zohľadňovania právnickej terminológie v štandardných slovníkoch sa snažili kompenzovať publikácie zamerané výlučne na právnickú slovnú zásobu, ktoré stále ponúkajú praktickú oporu pri presnom terminologickom vymedzení právnych pojmov. Ide o odbornú prácu K. REBRA *Latinské právnické výrazy a výroky* (Bratislava, 1995) a útlý *Latinsko-český slovníček rímskeho práva* (Praha, 2000) od M. SKŘEJPKA. In *concreto* možno uviesť príklad slova *ratihabitio*⁷ s významom „(dodatocné)

⁶ Dlhodobou je u nás základnou slovníkárskou prácou ŠPAŇÁR, J./HRABOVSKÝ, J.: *Latinsko/slovenský – Slovensko/latinský slovník*, v ktorého úvode sa deklaruje, že slovník obsahuje aj niektoré základné právnické termíny. Z českých slovníkov patrí k štandardu PRAŽÁK, J. M./NOVOTNÝ, F./SEDLÁČEK, F.: *Latinsko-český slovník* (reprint z r. 1948). Praha (1999); KÁBRT, J. a kol.: *Latinsko-český slovník*, 4. vyd. Praha (1996), ktorého základný slovný fond bol doplnený o právnický materiál, ale iba v kontexte známejších výrazov. Nenahraditeľnú pomoc poskytuje teaurus FINÁLY, H.: *A latin nyelv szótára* (reprint z r. 1884). Budapest (2002), ako aj LEWIS, Ch. T.: *A Latin Dictionary*. Oxford (1879).

⁷ Výraz sa vyskytuje u Ulpiana v jednoslovnej podobe i ako dvojslovný výraz *rati habitio*. Porov.: *ratihabitionem mandato comparant* (Ulp D. 43,16,1,14); *rati enim habitio mandato comparatur* (Ulp D. 46,3,12,4).

schválenie, potvrdenie“, ktoré by sme v bežných slovníkoch hľadali márne, keďže nejde o slovo vyskytujúce sa v základnom fonde klasickej latinčiny, ale o výraz z neskoršieho úpadkového obdobia latinčiny. Avšak niekedy ani skutočnosť, že konkrétne heslo sa v slovníku nachádza, nemusí byť zárukou správnej interpretácie textu. Hoci nasledujúci príklad pochádzajúci z Digest nepredstavuje odborný termín z oblasti práva, predsa zreteľne ukazuje aj na dôležitosť poznania, ako sa to-ktoré slovo významovo rozvíjalo: adjektívum *missilis*, *e* s významom „hádzací, metací“ znamená v substantivizovanej forme *missile* (pl. *missilia*) hádzaciu kopiju. Má však aj druhý význam, ktorý s tým prvým na základe istej podobnosti úzko súvisí. *Missilia*, resp. *res missiles*, teda neznamenajú iba metacie zbrane, ale označujú aj predmety, ktoré sa ľuďom v dave hádzali ako dary v mene cisára.⁸

Z hľadiska výskytu rôznych foriem toho istého výrazu v pôvodine a možnosti jeho prekladu je pozoruhodné aj predložkové spojenie v akuzatívne *in solidum*, najčastejšie v spojení so slovesami *acquirere* „nadobudnúť“, *possidere*, *tenere* „vlastniť, držať“. V Ulpianovom fragmente⁹ v titule o nadobudnutí vlastníctva k veciam ho v tej istej vete nachádzame v rovnakej syntaktickej pozícii v dvojakej podobe, jednak s predložkou, jednak bez predložky. V zozname Rebrových právnických výrazov nachádzame tento výraz uvedený v predložkovej väzbe – mimo kontextu a bez lokalizácie miesta, odkiaľ výraz pochádza – s týmito slovenskými prekladovými ekvivalentmi: úplne, celkom, v celosti, na celok (oprávnený jeden a rovnako všetci), rukou spoločnou a nerozdielnou (byť zaviazaný).¹⁰ Z uvedenej ponuky voľnejších prekladov jasne vyplýva, že v predložkovom spojení *in solidum* (možno na základe *in solido* vo význame „určite; v bezpečnosti“) K. Rebro výraznejšie počítval funkciu príslovkového určenia spôsobu, na rozdiel od českého prekladu, ktorý v syntagme *in solidum appellare*,¹¹ pochádzajúcej z diela historika Tacita, prekladá uvedenú predložkovú väzbu ako „požadovať celú istinu“.

⁸ ... *qui missilia iactat in vulgus...* (Gai D. 41,1,9,7).

⁹ *Quam speciem Scaevola quoque tractat libro secundo quaestionum: ait enim, si alienus servus duobus bona fide serviat et ex unius eorum re adquirat, rationem facere, ut ei dumtaxat in solidum adquirat. sed si adiciat eius nomen, ex cuius re stipulatur, nec dubitandum esse ait, quin ei soli adquiratur, quia et si ex re ipsius stipularetur alteri ex dominis, nominatim stipulando solidum ei adquirit.* (Ulp D. 41,1,23,3). Porovnaj aj Paulus D. 41,2,1,7; D. 41,2,3,5; D. 43,16,9 pr.

¹⁰ REBRO, K.: Latinské právnické výrazy a výroky. Bratislava (1995), s. 152.

¹¹ KÁBRT, J. a kol: Latinsko-český slovník, 4. vyd. Praha (1996), s. 401.

V rovine vetnej skladby sme si doposiaľ všimli najmä používanie slovesných spôsobov¹² vo vedľajších vetách. Aj keď sa použitie konjunktívov v latinčine riadi istými pevnými normami, predsa nemožno hovoriť o absolútnej stálosti a nemennosti v tejto oblasti latinského jazyka. Pravidlá súslednosti časov (tzv. *consecutio temporum*), ktorými sa použitie konjunktívov v latinčine riadi, predstavujú normu klasického písomníctva. Tá však v rôznych obdobiach vývoja latinčiny neplatila rovnako. Sú početné prípady, ktoré sa od tejto normy odkláňajú a prejavuje sa v nich alebo parataktická samostatnosť konjunktívnej vety alebo samostatné vôľové použitie konjunktívu.¹³ Pre neskoršiu latinčinu bolo čoraz viac charakteristické arbitrárne používanie konjunktívov, cit pre pravidlá *consecutio temporum* sa vytrácal a v dôsledku toho napríklad tvary konjunktívu imperfekta ustúpili morfológicky výraznejším tvarom pluskvamperfekta, resp. konjunktív sa nahrádzal indikatívom. Príkladov na neregulárne použitie konjunktívov nachádzame dosť u nejedného autora aj v Digestách, napríklad v nepriamych otázkach, kde spomenuté odchýlky neraz objavíme hneď vedľa vzorových ukážok správneho uplatňovania konjunktívov.¹⁴

Na záver v nadväznosti na karhavé slová Wilhelma Kalba, ktoré kedysi vyslovil k problematike právnickej latinčiny, treba povedať, že stále nám znejú akosi aktuálne. Vďaka myšlienke sprístupniť *Digesta* odbornej i širšej verejnosti sa ponúkla príležitosť tento právnický klenot staroveku spracovať a zhodnotiť v kontexte medziodborového výskumu. Niet preto pochyb, že právnické texty tak významného formátu, ako sú justiniánske *Digesta*, budú predmetom aj širšieho jazykovedného skúmania.

Summary

The importance of Digest of Justinian as a basic source of knowing of Roman law may be appreciated primarily from juridical and historical point

¹² POFOV. KALB, W.: Das Juristenlatein. Versuch einer Charakteristik auf Grundlage der Digesten. Nürnberg (1888), s. 66-67.

¹³ NOVOTNÝ, F.: Historická mluvnice latinského jazyka 2. Praha (1955), s. 179-180.

¹⁴ *Num in factum dari oportet, quaero* (Proculus D. 41,1,55); *quaerebatur, utrum eius facti sint porci ... an nostri maneant* (Ulpianus D. 41,1,44); *nihil interest, pecuniam in meo an in alieno condidissem* (Papinianus D. 41,2,44); *Quaesitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaereretur.* (Papinianus D. 41,2,44,1); *quaesitum est, an emptori succurri debeat* (Papinianus D. 43,16,18); *quaesitum est, ... an usucapi possit* (Iulianus D. 41,3,35). Nepriame otázky s indikatívom: *quaeritur, ... utrum emptionis initium ... exigimus, an traditionis*(Ulpianus D. 41,3,10); *rerum mixtura facta an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpit, quaeritur* (Pomponius D. 41,3,30).

of view. But this compendium of Latin normative text is in the spotlight of classical philologists too. Some partial outcomes in connection with Slovak translations of the Digest are published by the author in this article. The main goal of the author's intention is to provide linguistic analysis of the Digest text and characterize the features of the Latin language used by Roman jurists of that time. The attention is drawn partially to the question of translating of selected Latin terms in the level of the vocabulary, partially to the grammatical problem of the correct using of conjunctives in Latin indirect questions (*consecutio temporum*). There are also specified some examples of the mentioned issues related to the selected titles: D. 41,1; D. 41,2; D. 41,3 and D. 43,16.

Pojetí věci a jejich vymezení v novém českém občanském zákoníku z pohledu římského práva

Michal Skřejpek

Od 1. ledna 2014 by měl vstoupit v účinnost nový český občanský zákoník, který byl schválen roku 2011. Začátek účinnosti tohoto nového kodexu však není v současné době zcela jistý, neboť je nezbytné, aby parlament České republiky schválil přibližně padesát zákonů. Ty by měly sladit novou občanskoprávní úpravu s dalšími oblastmi soukromého práva, do nichž výrazně zasáhl, jako je právo pracovní a zejména obchodní. Nejedná se přitom pouze o obsahové problémy, ale stejně tak i sjednocení terminologie zavedené novým občanským zákoníkem. Jako příklady lze uvést například zásadní změny označení některých smluv (*mutuum*, *commodatum*), nebo zavedení některých nových či staronových institutů, jako je například výprosa (*precarium*); dobrý hospodář; svépomoc nejen v podobě nutné obrany, ale přímo jako nástroje domáhání se svého práva;¹ nebo prosazení neplatnosti právního jednání, pokud je v rozporu s dobrými mravy.

Ve vlastním textu této kodifikace se setkáváme s mnoha stopami římského práva a její autoři se proto na římské právo odvolávají také na mnoha místech Důvodové zprávy k němu. V úvodní části důvodové zprávy části nazvané „Hlavní zásady“ se výslovně říká: „Vychází se mimo jiné z faktu, že základem evropské právní kultury je římské právo, jehož instituty mají zejména v oblasti majetkových práv rozhodující vliv i na moderní občanské zákoníky“ (s. 18). Kromě toho odvolání na jednotlivé instituty a právní zásady pocházející z římského práva nalezneme na mnoha místech Důvodové zprávy. Jedná se například o jednotné pojetí vlastnictví, kdy se nerozlišuje mezi vlastníkem a tzv. majitelem (s. 245), *animus revertendi* (s. 256), právo stavby na cizím pozemku (s. 308), služebnosti (s. 317), *laesio enormis* (s. 421), započtení (s. 442), úprava bezdůvodného obohacení (s. 554).

Pokusme se nyní to, že autoři považují římské právo za rozhodující činitel při tvorbě moderních občanských zákoníků, verifikovat na celkem jednoduché a zdánlivě nekomplikované problematice dělení věcí a jejich charakteristice. Protože autoři nového českého občanského kodexu považují

¹ § 14. Svépomoc je přitom omezena pouze dvěma okolnostmi: jednak subjektivním pocitem, že by zásah veřejné moci přišel pozdě, a pak povinností obrátit se neprodleně na orgán veřejné moci.

za primární východiska jejich legislativního díla jednak Všeobecný občanský zákoník z roku 1811 a pak Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník (č. 844 z roku 1937), který je přímo označen za základní ideový základ zkoumané rekodifikace (s. 17 Důvodové zprávy), nabízí se přímo samo srovnání s oběma texty. Přičemž zejména text jednotlivých paragrafů Vládního návrhu je často převzat bez jakýchkoli změn. Tento Vládní návrh byl výsledkem dlouhodobých snah o rekodifikaci občanského práva v meziválečném období, které se datovaly již od vzniku samostatného československého státu v roce 1918. Toto sjednocení občanského práva bylo přitom skutečně potřebné, protože na území Československé republiky platilo jednak právo rakouské v podobě Všeobecného občanského zákoníku a jednak právo uherské (na Slovensku). Tyto snahy nicméně nebyly z mnoha důvodů dovedeny do úspěšného konce, a to jednak z důvodů politických, protože kodifikační práce byly přerušeny událostmi, k nimž došlo v důsledku Mnichovské dohody. Věcným důvodem pak byla nutnost sladit úpravu věcných práv a konkrétně obligací, kdy se čekalo na konečnou verzi příslušných částí rekodifikace obchodního práva.

Úprava zkoumané problematiky v novém občanském kodexu je soustředěna v 1. dílu 4. hlavy nazvaném „Věci a jejich rozdělení“ (§§ 489 – 544). Ve srovnání s jinými kodexy občanského práva, které platily na našem území, se tato část věcných práv rozšířila, neboť má celkem 55 paragrafů, vždyť ABGB věnoval této problematice 25 paragrafů (§§ 285 – 308), následně pak tzv. „socialistický“ občanský zákoník z roku 1950 pak pouhých 7 paragrafů (§§ 23 – 29) a občanský zákoník z roku 1964, který s mnoha úpravami platí dodnes, pouhé 4 paragrafy (§§ 118 – 121). Zvláště zajímavé je v těchto souvislostech srovnání s úpravou obsaženou ve Vládním návrhu nového kodexu z roku 1937, kdy je zde úprava věcných práv soustředěna do 18 paragrafů (§§ 80 – 98).

Podívejme se nejdříve na základní otázku, a to vymezení samotného pojmu věc. K tomuto problému se v Důvodové zprávě k neuskutečněné rekodifikaci občanského práva z meziválečného období říká (s. 257), že přípravná komise, která se zabývala touto partií, dokonce navrhovala vzdát se snah o vytvoření definice věci, a tedy vypustit ustanovení § 285 ABGB, a přenechat vyřešení této otázky právní nauce. Tento návrh byl přitom racionálně zdůvodněn skutečností, že mnohotvárnost hospodářského života vytváří stále nové a nové instituty, které ve své podstatě mají charakter věcí, a které nelze dopředu v definici vystihnout. Vzácně tedy členové této komise z první poloviny 20. století nepodlehli iluzi vlastně všech kodifikátorů, že jsou schopni vytvořit zcela dokonalou a definitivně platnou normu bez mezer. Ostatně jak již řekl římský právník Iavolenus: *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset* (D. 50,17,202 – Každá definice v civilním právu je nebezpečná: neboť je

vzácné, že by nemohla být vyvrácena). Do definitivní podoby Vládního návrhu byl nakonec zařazen § 80, kde definici věci nalezneme. Není bez zajímavosti, (ale pro nový občanský zákoník je spíše typické), že vymezení pojmu věc, jak je obsaženo v § 489 nového kodexu, říká, že „Věc v právním smyslu je vše, co je rozdílné od osoby a slouží potřebě lidí“, je tak doslovným převzetím nejen již zmíněného § 80, ale stejně tak i § 285 ABGB.

Co ale podle návrhu nové kodifikace občanského práva věcí není. Především to jsou živá zvířata nadaná smysly (§ 494). Kromě toho věcmi nejsou samozřejmě také lidé, nebo použijeme-li dikce nového kodexu: „Lidské tělo, ani jeho části, třebaže jsou odděleny“ (§ 493). Toto jednoznačné ustanovení, které jinak zcela koresponduje s římskoprávním pojetím, má však jeden háček, a tím je jiné ustanovení skryté v 6. Oddíle Hlavy druhé kodexu nazvané „Osobnost člověka.“ Tam se totiž dočteme následující: „Člověk může přenechat část svého těla jinému jen za podmínek stanovených jiným právním předpisem. To neplatí, jedná-li se o vlasy nebo podobné části lidského těla, které lze bezbolestně odejmout bez znečitlivění a které se přirozenou cestou obnovují; ty lze přenechat jinému i za odměnu a hledí se na ně jako na věc movitou“ (§ 112). Co mohli mít kodifikátoři konkrétně na mysli? Snad kromě vlasů jen jiné druhy ochlupení a nehty. Smysl citovaného ustanovení je tedy poněkud nejasný a bude nepochybně záležet na výkladové soudní praxi, jak bude interpretováno.

Věnujme se nyní rozdělení věcí, respektive různým druhům věcí, s nimiž nový občanský zákoník počítá. Na prvním místě je třeba uvést dělení na věci hmotné a nehmotné.² Za hmotné věci jsou přitom považovány ovladatelné části vnějšího světa, které mají povahu samostatného předmětu (§ 496, odst. 1), přičemž takovou povahu mají také obchodovatelné přírodní síly (§ 497) – jejich vymezení je tedy téměř doslova převzato z Vládního návrhu (§ 82). Za nehmotné věci jsou pak označena práva, případně jiné věci bez hmotné podstaty (§ 496, odst. 2). Obojí vymezení je přitom v souladu s římskoprávním pojetím, jak ho nacházíme v justiniánských Institucích (2,2), ale také u Gaia (2,12 – 14) a v Digestech (Gai. D. 1,8,1,1).

Možná nejvíce kontroverzním vymezením je charakteristika movitých a nemovitých věcí. V § 498, odst. 2 se totiž říká, že všechny věci, které nejsou nemovité, jsou movitými. Tím, je vlastně řečeno, že také *res incorporales* jsou svou povahou movitostmi. Autoři se přiklání k pojetí ABGB, kde je výslovně řečeno, že „Práva se počítají k věcem movitým, nejsou-li spojena s držbou věci nemovité“ (§ 298). Vládní návrh z roku 1937 v § 83, z něhož autoři nového občanského zákoníku tak důsledně vycházejí, sice používá jinou

² Viz také § 292 ABGB.

dikci a říká, že „jiné věci jsou movité“, ale i on považuje za nemovitosti s nimi spojená práva.³ Spíše, než o římskoprávní pojetí se tedy jedná o pandektní či přesněji postpandektní charakter tohoto dělení věcí, což v kontextu této kodifikace není vůbec výjimkou, jako spíše pravidlem.

U dalších dělení na výraznější rozdíly od pojetí římského práva nenarážíme. Jedná se jednak o věci zastupitelné, což jsou věci, které lze nahradit jinou věcí téhož druhu (§ 499)⁴ a také věci zužitelné (§ 500). To jsou takové „movité věci, jejichž běžné použití spočívá v jejím spotřebování, zpracování nebo zcizení“.⁵ V tomto případě se jedná o výrazné odchýlení od „klasického“ pojetí zužitelných nebo také spotřebitelných věcí, neboť je vymezuje na základě jejich fyzických vlastností, kdežto nový občanský zákoník kombinuje fyzickou podstatu zužitelných věcí s jejich určením jako předmětu obchodu. Jednoduše řečeno, zužitelnou věcí by podle nového občanského zákoníku mohl být například také nábytek nebo nádobí.

V této souvislosti je třeba se zmínit o předmětech těch smluv, které římské právo řadilo mezi reálné kontrakty (nový občanský kodex reálné kontrakty vůbec nezná), a to s výjimkou ruční zástavy, která je v novém kodexu koncipována tak odlišně, že s římským právem souvisí opravdu jen velmi málo. Navíc je nezbytné předeslat, že v textu nového kodexu se vůbec neobjevují pojmy jako individuálně nebo druhově určená věc či plnění. Setkáme se s nimi pouze v textu Důvodové zprávy k novému kodexu (s. 439), věnované § 1851, který je zařazen do oddílu nazvaného „Ustanovení o závazcích ze smluv uzavíraných se spotřebitelem“ a má tak zcela obecný charakter. Říká se zde, že záleží na dohodě mezi stranami, jaké plnění bude předmětem závazku a pokud se bude jednat o věc určenou genericky, pak se má plnit věc s průměrnými vlastnostmi, což rovněž odpovídá římskoprávní úpravě.

Předmětem zápůjčky (*mutuum*) mohou být pouze zastupitelné věci (§ 2390), tedy samozřejmě zároveň i věci genericky určené. U výpůjčky (*commodatum*) se pak jedná o věci nezužitelné (§ 2193). V souvislosti s úschovou se pak hovoří pouze o věci (§ 2402) bez bližší specifikace předmětu této smlouvy, může se tedy jednat o věc jakoukoli, movitou i nemovitou, zastupitelnou i nezastupitelnou, zužitelnou i nezužitelnou. V jednoznačném souladu s římským právem je tedy pouze charakter zápůjčky, přičemž další dvě smlouvy jsou koncipovány zcela odlišně.

Druhy věcí jsou zmíněny také v souvislosti s požívacím a užívacím právem (§ 1294), kdy se setkáváme s institutem římského práva označovaným

³ Důvodová zpráva, s. 257.

⁴ Viz § 93 Vládního návrhu.

⁵ Vládní návrh § 92 a ABGB § 301 o zcizování nehovoří.

jako *quasi ususfructus*. Pokud jsou totiž takováto práva zřízena k užitelné zastupitelné věci, pak jak říká nový kodex: „Zřídí-li se užívací nebo požívací právo k užitelným zastupitelným věcem, může uživatel nebo poživatel s věcmi nakládat podle své libosti. Když jeho právo skončí, vrátí stejné množství věci téhož druhu a jakosti“.

V novém občanském kodexu nalezneme také úpravu věci hromadných, která je provedena následovně: „Soubor jednotlivých věcí náležejících téže osobě, považovaný za jeden předmět a jako takový nesoucí společné označení, pokládá se za celek a tvoří hromadnou věc“ (§ 501). Ve srovnání s ABGB (§ 302) i Vládním návrhem (§ 91) se objevuje navíc ještě jeden znak hromadné věci, a to, že se musí jednat o soubor věcí, které patří jedné a téže osobě.

Relativně podrobně je v novém občanském zákoníku upravena problematika součástí a příslušenství věci (Díl 3. §§ 505 – 513). Právě v této partii nového občanského kodexu je návrat k hodnotám a zásadám římského práva obzvláště zřejmý. Při úpravě součástí věci se tato skutečnost projevuje hned v několika směrech. Za prvé to je samotné vymezení součástí věci: „Součástí věci je vše, co k ní podle její povahy náleží a co nemůže být od věci odděleno, aniž se tím věc znehodnotí“ (§ 505), které ani nepotřebuje žádného dalšího komentáře.

V souvislosti s úpravou součástí věci také nejen autoři nového kodexu proklamují návrat k zásadě *superficies solo cedit*,⁶ ale také z ní vycházejí. V důsledku toho je stavba, pokud se ovšem nejedná o stavbu dočasnou, prohlášena za součást pozemku. Příslušné ustanovení § 506 opravdu stojí za to celé citovat, neboť z něho přímo dýchá duch římského práva: „Součástí pozemku je prostor nad povrchem i pod povrchem, stavby zřízené na pozemku a jiná zařízení (dále jen „stavba“) s výjimkou staveb dočasných, včetně toho, co je zapuštěno v pozemku nebo upevněno ve zdech.“

Princip, že „povrch ustupuje pozemku“ se v nové úpravě občanského práva týkající se pozemků a staveb na nich postavených, odráží ještě při dvou příležitostech, kdy je římské právo opět plně recipováno a tak je komentář následujících ustanovení zcela zbytečný: „Užije-li někdo cizí věc pro stavbu na svém pozemku, stane se stavba součástí pozemku“ (§ 1083) a „Stavba zřízená na cizím pozemku připadá vlastníkovu pozemku“ (§ 1084).

Zachování stejného pravidla nalezneme také u úpravy týkající se rostlin: „Součástí pozemku je rostlinstvo na něm vzešlé“ (§ 507).⁷ Na to navazuje ustanovení § 1067: „Strom náleží tomu, z jehož pozemku vyrůstá kmen“. A konečně § 1088 praví: „Při osetí pozemku cizím semenem nebo osázení cizími rostlinami náleží vlastníku pozemku, co takto přibude; rostliny mu

⁶ Důvodová zpráva s. 121.

⁷ Viz Inst. 2,1,31.

však náleží až poté, co zapustí kořeny“. Nelze než konstatovat, že ve všech těchto případech se jedná o zcela typické, až učebnicové, příklady na recepci římského práva.

Podívejme se nyní na úpravu příslušenství. To je v § 510 vymezeno jako vedlejší věc vlastníka u věci hlavní. Podmínkou pak je, aby bylo trvale užíváno společně s hlavní věcí v rámci hospodářského určení obou věcí. Charakter pertinence přitom vedlejší věc neztrácí ani tehdy, když bylo od hlavní věci odloučeno. Dále se zde říká, že právní jednání i práva a povinnosti, které se týkají věci hlavní, se bez dalšího vztahují také na příslušenství. Takto vymezený charakter příslušenství je navíc zdůrazněn i v Důvodové zprávě objasňující záměr zákonodárce takto: „Na rozdíl od příslušenství, které představují samostatné a samostatně obchodovatelné věci, jejichž účelem je, aby se jich trvale užívalo společně s hlavní věcí, nepředstavuje součást samostatný objekt práv“.⁸ Je zde tedy zachováno právní pravidlo *accessorium sequitur principale*. Je přitom zajímavé, že tento princip znal ještě občanský zákoník z roku 1950, který byl vytvořen v rámci tzv. Právníké dvouletky po vítězství komunistů v Československu, a opuštěno od něj bylo teprve v občanském zákoníku z roku 1964. Je třeba zdůraznit, že zakotvení principu *superficies solo cedit* patří mezi nejvýznamnější římskoprávní rysy a změny obsažené v novém kodexu občanského práva.

Zmíňme se ještě závěrem také o systematice zkoumané části nového občanského zákoníku, tedy té, která je věnována věcem a jejich dělení. Kromě vymezení pojmu věci a charakteristik jejich dělení jsou sem zahrnuta ještě další ustanovení, nejsou to jen paragrafy týkající se obchodního závodu a jeho pobočky (§§ 502 – 503), ale následuje také paragraf věnovaný obchodnímu tajemství (§ 504) a kromě toho je celý Díl 4. této hlavy věnovaný cenným papírům. Jedná se tedy o část svým způsobem značně heterogenní. S tímto faktem se setkáváme nejen na tomto místě nového kodexu, ale je to situace pro něj obecně typická.

Značným problémem, se kterým se budou všichni, kteří budou tento nový občanský zákoník používat, tedy nejen odborníci, ale ještě více laická veřejnost, která by se jím za pár měsíců měla řídit, je nová, respektive staronová terminologie, která se zde běžně užívá, včetně nejrůznějších archaizmů, jako je například výměnek. Nový občanský kodex pak v sobě skrývá ještě jedno nebezpečí, přestože jeho samotní autoři říkají, že vycházejí z římského práva, nemusí být znalost tohoto právního řádu vždy spolehlivým rádcem a pomocníkem. Na jedné straně se zde totiž setkáváme s celou řadou ryze

⁸ Důvodová zpráva s. 125.

římskoprávních institutů, jako je například *actio aquae pluvie arcendae*,⁹ nebo *societas leonina*.¹⁰ Zvlášť typickým příkladem na tuto skutečnost pak je úprava služebností, nejenže jsou upraveny způsobem římskému právu vlastním, tedy kazuisticky, ale nalezneme zde například služebnost okapu, právo na svod dešťové vody, služebnost stezky, průhonu a cesty, nebo služebnost pastvy.¹¹

Na druhé straně celá konstrukcí sice římské právo pouze připomíná. Typicky se jedná o vydržení a jeho podmínky. Vyžadovány jsou všechny, které požaduje také římské klasické právo, tedy *possessio*, *titulus*, *bona fides*, *tempus*, jen *res habilis* chybí. V důsledku toho je však možné vydržet vlastnické právo ke kradené věci. Druhým příkladem pak může být Falcidiánská quarta, obsažená v § 1598, i když je vyjádřena poněkud nešikovně. Říká se zde totiž toto: „Každému z dědiců musí zůstat z hodnoty dědictví alespoň čtvrtina odkazy nezatížená. Zatíží-li zůstavitel dědice více, má dědic právo na poměrné zkrácení odkazu“. V této podobě nedává citované ustanovení příliš smysl a znít by mělo spíše takto: „čtvrtina jeho dílu odkazy nezatížená“.

Některých z těchto problémů si byli vědomi patrně také autoři nového kodexu. Na jeho samotném počátku jsou totiž v § 10 stanovena interpretační pravidla, kde se doslova říká: „Nelze-li právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení, posoudí se podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému právnímu případu nejbližšího. Není-li takové ustanovení, posoudí se právní případ podle principů spravedlnosti a zásad, na nichž spočívá tento zákon“. Dále se má podle tohoto ustanovení přihlídnout ke zvyklostem soukromého života, ustálené rozhodovací praxi soudů a ke stavu právní nauky. Zásadní problém ovšem podle mého názoru spočívá v tom, že podle odhadu soudců bude ustálení rozhodovací praxe soudů v případě tohoto nového občanského zákoníku trvat až 20 let a právní nauka se vyznačuje tím, že je ve vztahu k tomuto ustanovení poněkud zlomyslná, jednotliví autoři totiž mívají odlišné názory. Ve světle této skutečnosti se tak interpretační pravidla obsažená v citačním zákonu Theodosia II. a Valentiniana III. z roku 426 n. l. mohou zdát ve srovnání s dikcí uvedeného § 10, daleko promyšlenější. Nepochybně ale teprve praxe a zejména judikatura ukáží, nakolik se nový občanský zákoník osvědčí, což se týká nejen části věnované povaze předmětů právních vztahů, ale textu této normy jako celku.

⁹ „Je-li pro níže položený pozemek nutný přítok vody, může soused na vlastníku výše položeného pozemku požadovat, aby odtoku vody nebránil v rozsahu, ve kterém vodu sám nepotřebuje“ (§ 1019, odst. 2).

¹⁰ „Ujednání vylučující právo společníka na podíl na zisku nemá právní účinky“ (§ 2728, odst. 2).

¹¹ § 1271, 1272, 1274, 1276.

Riassunto

Il primo giorno del 2014 si terrà nella Repubblica Ceca il nuovo Codice civile (legge n° 89/2012 Coll.). Questo codice completo di più di 3000 paragrafi sostituisce il vecchio codice civile, che era certamente dopo il 1989, modificata ed integrata più volte, ma è in vigore dal 1964 (legge n° 40/1964.). Grande attenzione è rivolta a lui naturalmente ai diritti di proprietà di cui sono inseparabili le cose che definiscono come oggetto di rapporti giuridici e la loro divisione, che si riflette in molte disposizioni. Questo codice è spesso presentato come un codice basato sul diritto romano. La carta è dedicata ad esaminare la questione se, in questo caso in realtà è, o quale influenza può essere visto in l'indirizzo di partenza questo problema dal concetto di diritto romano.

***Ius civile quod sine scripto in sola prudentium
interpretatione consistit (Pomp. lib. sing. enchir. D. 1,2,2,12)***
**– A Phenomenon of Positivation of Law
in Dogmatic Discourse of Roman Jurists¹**

Paulina Świącicka

« ... c'est que la notion de 'dogmatique', historiquement cruciale dans le sociétés relevant de la tradition ouesteuropéenne, permet de définir avec précision ce dont il s'agit, en même temps qu'elle oblige à prendre acte de l'opacité des fondement du discours, point négatif à partir duquel toutes les cultures ... s'organisent comme sociétés humaines, c'est-à-dire comme sociétés ne pouvant vivre ni se reproduire hors la loi de la parole. »

[Pierre Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*,
Paris 1999, p. 23-24]

The aim of the study is to present some remarks on the problem, important both in ancient and modern perspective, which arises with a necessity of an adequate description of diverse relations between legal doctrine and legal interpretation within practically orientated dogmatic discourse of jurists.

I.

In the 19th and 20th centuries, legal theory somehow too strongly emphasized differences between legal dogmatics (*scientia iuris*, legal science, legal doctrine, Rechtswissenschaft, dogmatyka prawa)² and legal

¹ The study is partially based on my unpublished lecture given during the session of the 18th Forum of Young Legal Historians, which took place in Vienna, 30. 6. – 2. 7. 2012, under the general theme: “Making things legal. Law-making and procedural reality in the European legal traditions”.

² When contemporary jurists talk about legal dogmatics, much remains unclear, especially a definition. Speaking about legal dogmatics, I – as a follower of multi-level approach towards the legal phenomena – understand it as a phenomenon which consists of professional legal writings whose task is to systematize and interpret valid law pursues knowledge of the existing law, but yet, in many cases, such activity leads to a change

practice³. The main argument of the contra-dogmatics fraction – traditionally understood as historically shaped by the German *Begriffsjurisprudenz* – consisted in the assumption that legal dogmatics had a preservative (even a conservative) character⁴, as well as it had any critical distance towards itself. In consequence the critics provided some conclusions, such as: legal dogmatics has no scientific character, or legal dogmatics has no legitimization to be regarded as having its proper place among legal sciences⁵. The opponents emphasized also that legal dogmatics did not take into consideration, and even disregarded and neglected the output of general methodology, having in the same time, somehow unfounded, claim for a particular scientific method – scientific and technical skills of interpretation and commenting of norms and rules linked with common sense. Finally, somehow strange or extraneous for empirically orientated social sciences, “tendency of legal dogmatics of purely practical attitude towards legal problems” was criticized, mostly because such an attitude was regarded as ephemeral cause objectively dependent

of the law. In other words, it is both a science of law and a practical jurisprudence. The reason is that legal dogmatics stands closest to legal practice in the context of multi-level study of law and is most directly linked to reality in cognitive sense. According to such approach legal dogmatics has traditionally two levels: the general level, where dogmatics is understood as scientific processing of all legal material; and the specific level, where dogmatics is understood as sentences forming a certain system, which enable to value conceptually and systematically the application of law. The former level is this one where dogmatics differentiates according to their subject areas. Thus, area-specific dogmatics is “saved” collections of right decisions, i.e. decisions that are reasonably grounded in the framework of the current legal order. See: A. PECZENIK, *Scientia Iuris. Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*. Dordrecht (2005), p. 1-2; IDEM, *Scientia Iuris – an Unsolved Philosophical Problem*, in: *Ethical Theory and Moral Practice* 3 (2000), p. 275-304; and more recently R. NARITS, *Principles of Law and Legal Dogmatics as Methods Used by Constitutional Courts*, in: *Juridica International* 12 (2007), p. 15-22; for a various aspects of the “nature of jurisprudence”, see: M. D. A. FREEMAN (ed.), *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, 8 ed. London (2011), p. 1-32 with some extracts from 20th century literature on legal theory and philosophy.

³ About this discussion, see in particular: F. STUDNICKI, *O dogmatyce prawa* [On Dogmatics of Law], in: *Państwo i Prawo* 7-8 (1957), p. 114-128; J. WRÓBLEWSKI, *Język prawny a teoria dogmatyki prawa* [Legal Language and a Theory of Legal Dogmatics], in: *Państwo i Prawo* 1 (1958), p. 57-69; K. OPALEK, *Problemy metodologiczne nauki prawa* [Methodological Problems of Legal Science]. Warszawa (1962), p. 1 f.; S. EHRlich, *O tak zwanej dogmatyce prawa* [About so-called Legal Dogmatics], in: IDEM (ed.), *Studia z teorii prawa* [Studies on Legal Theory]. Warszawa (1965), pp. 59-66.

⁴ See recently NARITS, *Principles of Law*, p. 15 f.

⁵ A. PECZENIK, *Wartość naukowa dogmatyki prawa* [A Scientific Value of Legal Dogmatics]. Kraków (1966), *passim*.

on the activity of a legislator⁶. The conclusion was that because of all these “errors”, as well as because of the lack of historical, comparative and general, cultural perspectives, it was impossible to integrate a legal science with other social sciences. The idea therefore was to overcome the formal-dogmatically orientated method as neglecting the need of making constant evaluations of (final or partial) solutions as results of interpretative activity⁷. In other words, the evaluation of effects of application of a legal regulation was regarded as indispensable in order to extend the field of legal dogmatics. *De facto* it meant a necessary inclusion of the axiological perspective into legal discourse⁸.

Such criticism, however, does not lead to successful questioning of a scientific character of legal dogmatics (because one can undertake axiological analysis without such necessary questioning), even though its non-practical character could be for some reasons asserted. It is also obvious that empirical research concerning the running of law cannot substitute or cancel the importance of juridical interpretation, as well as the activity of specialists in legal dogmatics, consisted in commenting and systematizing of law. What is more, the establishment of scientific criteria of “anything” is *de facto* an outcome of philosophical understanding of the exploited material, and, as such, must be subordinated to the constant evolution. Such a process

⁶ E.g. A. AARNIO, Reason and Authority. A Treatise on Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics. Aldershot (1997), p. 75 f.; from Polish authors, see: J. WOLEŃSKI, Semantyczne ujęcie dogmatyki prawa [A Semantic Vision of Legal Dogmatics], in: IDEM, W stronę logiki [Logical Studies]. Kraków (1996), p. 275 f. See also K. JASPERS, Krytyka pozytywizmu i idealizm [A Critic of Positivism and Idealism], in: IDEM, Filozofia egzystencjalna [The Philosophy of Existentialism], red. L. Kołakowski/K. Pomian, Warsaw (1965), p. 146 f., who claimed that legal dogmatics is – by force of its policy – contra-metaphysical.

⁷ Comp. J. AUSTIN, The Province of Jurisprudence Determined. London (1954), p. 27 f.; and, in opposition H. L. A. HART, Law’s Empire. London (1986), p. 50 f., 87 f.; see also M. ZIRK-SADOWSKI, Pozytywizm prawniczy a filozoficzna opozycja podmiotu i przedmiotu [Legal Positivism and philosophical opposition of subject and object], in: J. Stelmach (red.), Studia z filozofii prawa [Studies on Philosophy of Law]. Kraków (2001), p. 92; L. MORAWSKI, Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian [Major Problems of the Contemporary Philosophy of Law]. Warsaw (2005), p. 32 f.

⁸ See, e.g. N. MACCORMICK, On the ‘International Aspects of Norms’, in: IDEM, Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford (1978), p. 289 f., 291; and some postulates of a supporter of the “evaluative” approach towards legal dogmatics as: A. AARNIO, On Paradigm of Legal Dogmatics – Problems of Scientific Progress in Legal Research, in: P. Trappe (ed.), Contemporary Conceptions of Law: Proceedings of the 9th World Congress, Basel 27. 8.1979 – 1. 9.1979. Wiesbaden (1982), p. 141-142 and *passim*; IDEM, Paradigms in Legal Dogmatics, in: A. Peczenik (ed.), Theory of Legal Science. Dordrecht (1984), p. 30 f.; IDEM, Reason, p. 255 f.; J. PÖYHÖNEN, On Role of Theories in Legal Dogmatics, in: Rechtstheorie 2 (1981), p. 127-136.

started with a philosophical understanding of a science as Kantian *cognitio ex principiis*, and finished with the differentiation of formal science and philosophy. Finally, although every particular science searches for validation of its scientific character, it is not, in this particular case, scientific status that decides about social importance of legal dogmatics.

To sum up, as a consequence of the presented, inevitably in the form of the summary, discussion on the status and the character of legal dogmatics, one should regard a postulate according to which a normative text does not presume its fields of application as the most important conclusion for its practical dimension. Such view results from a particular understanding of the role of legal dogmatics and courts' and jurists' practice relevant to the aforementioned problem. This problem is also bounded with a particular tendency to recognize legal dogmatics as scientific discipline by jurists or practitioner lawyers themselves, as well as with a necessity of a historical self-reconstruction of legal discourse. Functions of legal dogmatics as a part of such discourse are considerably transcendental and for sure are not limited to the analysis of currently binding law or to the question concerning the possibility of expressing axiological opinions on the legal regulation. It is *a contrario* broadly understood function of stabilization of legal discourse, which is – because it has to be – operated in some formalized and ritually marked formulas. This process one may describe – following the concepts of Jan M. Broekman⁹ – as a process of positivisation of law¹⁰. Such positivisation of law can be realized only by legal dogmatics and courts' and lawyers' practice by way of a free and morally responsible discourse¹¹.

To explore a field of different relations between jurisprudence as legal science or legal dogmatics and legal practice *sensu largo* one must take into consideration some concepts external for dogmatics itself, such as those elaborated by philosophy and social sciences, even though some of such concepts might be regarded as marked by the so-called cognitive relativism. This is however a way to provide a cognitive (in some particular sense) and practical specificity of legal science. As Hans-Georg Gadamer, revoking the idea of Cartesian *Cogito*, answered to his opponents claiming that

⁹ J. M. BROEKMAN, The minimum content of positivism, in: *Rechtstheorie* 16 (1985), p. 349-366.

¹⁰ See, above all PECZENIK: *Scientia iuris, passim*; see also: J. LESZCZYŃSKI, *Pozytywizacja prawa w dyskursie prawniczym* [Positivisation of law in legal discourse]. Kraków (2010), *passim*; M. J. GOLECKI, *Między efektywnością a pewnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa* [Between efficiency and certainty. Institutional marginalism to in the course of application of law]. Warszawa (2011), p. 39 f. For a general view of such inner working of the judicial system, see: Lloyd's Introduction to Jurisprudence, p. 1531 f.

¹¹ AARNIO, *Paradigms*, p. 31.

hermeneutical reflection can make weaker a scientific objectivity – a process of straightening of a bent object must focus on bending into the opposite direction¹². This is also a way of straightening not only legal dogmatics itself but also its reflective self-consciousness.

II.

It is worth to emphasize that such problems of various relations between legal dogmatics and legal practice covering legal interpretation appeared about 2000 years ago, even though the people of the ancient times did not express and discuss them in such “technical” i.e. conceptual way. It does not, however, mean that the ancient people did not perceive such problems as the aforementioned one. *A contrario* – they did presume them.

Just as it is in the present times, also in the Antiquity, in particular the Ancient Roman, where for the first time a profession of a jurist (*iuris consultus, iuris peritus, iuris prudens*: Cic. de orat. 1,48,212; Pomp. lib. sing. enchir. D. 1,2,1,5, 13) appeared¹³, and because of that the first condition of legal dogmatics was fulfilled¹⁴, the main social function of legal dogmatics, indispensable for existence and functioning of the society, was to resolve legally relevant social problems (Cic. de orat. 1,45,200; idem de off. 2,19,65; idem Philipp. 9,10). Such assumption consists in a thesis that a normative text – in principle – cannot be directly applied for court’s or administrative solutions. One of the greatest philosophers of Antiquity, Marcus Tullius Cicero explained that *topos* of a directly accessible truth which needed no mediator (as Petronius wrote in sat. 107,15) did not apply in respect to law, as well as in respect to astrology or literature. It was, therefore, a translator – “a professional jurist” who was indispensable, because only he was able to indicate the way of understanding of the legal material (Cic. de div. 1,34; 2,92; idem de leg. 2,59)¹⁵. Roman jurists

¹² H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode – Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, cit. after the Polish edition: *Prawda i metoda. Zarys hermeneutyki filozoficznej*, transl. B. BARAN, Kraków (1993), p. 486-487.

¹³ C.A. CANNATA, *La Giurisprudenza Romana*. Torino (1974), p. 2; IDEM, *Histoire de la Jurisprudence Européenne*, vol. 1: *La jurisprudence romaine*. Torino (1989), p. 9-10; and more recently R. WESTBROOK, *The Early History of Law: A Theoretical Essay*, SZ 127 (2010), p. 10 f.

¹⁴ E.g. F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, 2 ed. Oxford (1953), p. 1-4, 94; F. WIEACKER, *Vom römischem Recht*, 2 Aufl. Stuttgart (1961), p. 288; CANNATA, *La Giurisprudenza*, p. 1-2; IDEM, *Histoire*, p. VII f., 3 f., 92-93.

¹⁵ T. GIARO, in: *Brills’s New Pauly. Encyclopedia of the Ancient World. Antiquity*, vol. 6.

agreed with Arpinate, seeing their own mission of mediators between *leges et mores* and *ius* (e.g.: D. 1,1,1,1; D. 1,2,2,13). Therefore, the law worked out by ancient legal dogmatics – the jurists – was (as still is) technically law operatively valued, what the Ancients labelled with syntagma of a validate character: *hoc iure utimur* (e.g.: Gai. Inst. 3,149; D. 18,1,79; D. 28,6,38,3; D. 35,2,73,1; D. 40,4,57; D. 41,1,23,3; D. 43,13,1,6), or *ius habemus* (e.g. Gai. Inst. 2,68; see also: Cic. de inv. 2,57; idem de leg. 2,52)¹⁶.

Still, the most important question for Roman jurists did not consist in a technical possibility of application of a legal rule, but it touched the problem bounded with a question: how to do this in the most acceptable way, with consideration of values and objectives of legal system namely *corpus iuris et regularum*. In other words, an opinion proposed as a solution of a legal problem had (as still has) to be argumentatively well-grounded and justified as important (for the Roman Antiquity: *sententia vera, verissima*, as well as *sententia recepta, opinio communis*; see: infra, section III), on the level of its coherence with a legal text, but also – what sometimes was regarded as absolutely indispensable – in coherence with elements posited outside the legal text (e.g.: *aequitas*: D. 50,17,90; D. 12,4,3,7; D. 49,15,19 pr.; D. 2,14,1 pr.; D. 37,5,1 pr.; D. 4,4,1 pr.; D. 17,2,63,5; D. 17,2,79; D. 19,1,13,17; D. 19,2,9 pr.; D. 19,2,54 pr.; D. 21,3,2; D. 23,3,16; D. 27,8,5; D. 36,1,3 pr.; D. 44,4,4,7; *humanitas*: D. 7,1,25,1; D. 13,5,24; D. 28,2,13 pr.; D. 29,1,38,1; *pietas*: D. 21,1,35; D. 27,10,4; D. 29,5,2; D. 38,5,1,10; D. 43,29,3,4; D. 48,5,23,4)¹⁷. It means that the importance of a solution was (as still is) justifiable because of the possibility of proof of its objectivity and possible universalization. Only a solution which fulfilled such requirements could have been judged as a solution which – as a model (*sententia recepta*) – played any role in the process of positivisation of law (*sententia communior ergo verior*).

A common topical field for both two spheres of legal activity of lawyers lets one differentiate and determine dogmatic discourse – both in Ancient and modern perspective – as a specific (sc. technical) field where legal dogmatics

Leiden-Boston (2005), col. 866, s.v. Interpretatio.

¹⁶ R. SCHREIBER, Die Geltung von Rechtsnormen. Berlin-Heidelberg-New York (1966), p. 43, 46 f.; T. GIARO, Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts, SZ 111 (1994), p. 70 f.; IDEM, Diritto come prassi. Vicende del discorso giurisprudenziale, in: Fides. Humanitas. Ius. Studi L. Labruna, vol. 6. Napoli (2007), p. 2234 f., 2257-2258; P. ŚWIĘCICKA, Źródła prawa i ich obowiązywanie – współczesność a prawo rzymskie [Sources of Law and Their Bindingness. Contemporary and Ancient Perspective], in: Forum Prawnicze 4-5 (2011), p. 65-84.

¹⁷ P. STEIN, rev.: «D. Nörr, Rechtskritik in der Römischen Antike (München 1974)», in: The Journal of Roman Studies 67 (1977), p. 190.

and legal practice are – at the same time and in a certain degree – two factors constituted two phenomena of positivisation of law¹⁸. It is, therefore, necessary to understand dogmatic discourse more broadly than any discourse conducted only in the internal field of any particular legal dogmatics. In consequence it is also necessary to differentiate a discourse concerning a formal process of law making, and a discourse of legal dogmatics which covers also a jurisprudential practice, in particular a process of application of law, *ex definitione* bounded with legal interpretation.

Therefore, to provide a definition of a phenomenon of positivisation of law in dogmatic discourse valid both for the Antiquity and the contemporaneity, one can propose to understand this phenomenon as a process of emergence and establishment of models of solutions of legal problems, through argumentation, bounded with two aspects of external character of such argumentation: a specifically understood structure of law, and dogmatic discourse with its history. Such specific structure of law covers some characteristics of normative text, legal language as technical language, and a systematically organized set of norms and rules, which are helpful with legitimization of rules of the legal method used during such dogmatic discourse, necessary to achieve the level of objectivity of legal solutions as high as possible. To speak, however, about complete positivisation, such legal structures are not sufficient enough, and what is necessary is precisely a discourse as well as some, elaborated within this discourse, lingual – textual conventions of dogmatic statements – glosses, commentaries, monographs, articles and studies, justification of courts' sentences etc. The revocation of the authorities, the imitation of somebody's ideas and concepts, understood as creative follow after the authority – what *de facto* means the follow after a history of dogmatic discourse – also shows that a process of positivisation of law is, first of all, a process of social dimension.

¹⁸ For some explanation of the possibility of description of jurisprudential law of Roman jurists as an example of jurisprudential dogmatic discourse, see: P. ŚWIECICKA, Prawo jurysprudencyjne jako prawniczy dyskurs argumentacyjny (zarys problematyki) [Ius iurisprudentiale as jurisprudential argumentative discourse. An introduction to the problem], in: Zeszyty Prawnicze UKSW 11 (2011) 1, p. 317-338; EADEM, The Formality of Topical Thinking. Problem of “procedural rules” of dogmatic discourse of Roman jurists], in: “Czasopismo Prawno Historyczne” 63.2 (2011), p. 209-240; EADEM, Le principe d’ouverture du discours au point de vue de sa publicité. Autour du problème de la communication intersubjective des ‘découvertes juridiques’ dans le ‘ius iurisprudentiale’, Revue Internationale des Droits de l’Anquité (in publ.).

III.

It is beyond doubts that one should regard a practical *interpretatio iuris* provided by Roman jurists of the pre-classical and classical period in the history of Roman jurisprudence as one of the most important features of jurisprudence of these times.

One can say that interpretation of law may consist in a simple explanation of legal material in order to make the law applicable. But it can also be a mode of creation of law, and as such it was present in the Roman Antiquity (D. 1,2,2,12; D. 1,1,2,5), mostly because of the reason that a practical discourse of Roman jurists, both oral and written one, was a particular *modus* of positivisation of law, understood as it was previously described. The interpretative activity, being par excellence a task of jurists, was in the past (as *de facto* still is) absolutely essential to let law live and rule in a society, and to fulfil properly its objectives, or – in other words – to help with achievement of the aim (or aims) of a legal order (Pomp. *lib. sing. enchir.* D. 1,2,2,13: *hoc post deinde de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*).

A formula of proposing solutions to legal problems by representatives of Roman jurisprudence, both late-republican *veteres* and jurists of the classical times, was discursive¹⁹, that is internally structurally based on a dialogue. In the optic of the same representatives of jurisprudence a discourse (*discursus*, i.e. “talk”, “speech”) – which can be specified as analysis and discussions of legal problems, considering *pro* and *contra* arguments for proposed solutions, and finally, also as the courts’ interpretation on specific “normative” legal discoveries finished with closing decisions – seemed to be both a way of investigation on the manifestations of law as a constitutive invention (e.g.: Clem. 5 ad l. Iul. et Pap. D. 24,1,25: *ius constitutum*; Iul. 29 dig. D. 28,2,13,1: *regula iuris civilis constitutum est*; Pomp. 5 ad Q. Muc. D. 50,16,120: *sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium*; comp. Cic. de off. 3,65). The purpose of such communication, having both the practical and the scientific dimension, from the “internal perspective” elucidated by discourse participants – jurists, was a translation of *leges et mores* (e.g.: Cic. ad fam. 10,11,3; idem de leg. 3,80-91: *interpretes* as “elucidator”, “commentator”; and *interpretari* as “to explain”, “to comment”²⁰), and its

¹⁹ See: GIARO, Diritto, p. 2233 f.; IDEM, Dal soft law moderno al soft law antico, in: A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*. Torino (2009), p. 89 f., 96-98; see also ŚWIĘCICKA, Formalność topicznego myślenia, p. 209 f.

²⁰ A. ERNOUT/A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des*

adaptation to the current needs of *civitas* of changing standards (Clem. 5 ad l. Iul. et Pap. D. 35,1,64,1: *interpretatione adiuvari*; Ped./Ulp. 1 ad ed. aedil. cur. D. 1,3,13: *suppleri*; Iul. 15 dig. D. 1,3,12: *ad similia procedere*; Gai. 11 ad ed. prov. D. 23,5,4: *plenius interpretari*; Iav. 13 epist. D. 1,4,3: *plenissime interpretari*; Iul. 90 dig. D. 1,3,11: *certius statuere*). In consequence, together with general awareness of jurists of the necessary variability of law (e.g. Ven. 1 stipul. D. 45,1,137,6: *ius mutari potest*), which eloquently testifies quite current jurisprudential antinomian *dicta: hodie - olim, nunc - tunc, olim - sed* (e.g. D. 9,2,1 pr.)²¹, giving advices, opinions and consultations, so, in a way, replacing the ancient legislator, Roman jurisprudence provided instantaneously a real normative *optimum*²². The goal for jurists was therefore to interpret operatively, but also adaptively the normative material – *leges et mores*, always in accordance with the ancient *dictum: ius est ars boni et aequi* (Cels./Ulp. 1 inst. D. 1,1,1 pr.)²³, which meant “to know how to do ‘law’ rightly and justly”. Therefore, the interpretation of Roman jurists done in dogmatic discourse with presupposed aptitude to modification had *ex definitione* a creative nature. In other words, a special dimension of such ancient jurisprudential discourse was bounded with the fact that it had for its object the law-making, and *de facto* precisely due to this latest feature,

mots. Paris (1959), p. 320; A. WALDE/J. B. HOFMANN, Lateinisches etymologisches Wörterbuch, Bd. 1. Heidelberg (1938/54), p. 710; M. FUHRMANN, Interpretatio. Notizen zur Wortgeschichte, in: Symptica Franz Wieacker Sexagenario Sasbachwaldeni a Suis Libata. Göttingen (1970), p. 80-110, with a collection of sources and a bibliography.

²¹ See: T. GIARO, Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz (estratto), in: *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, ter. ser. 29 (1987), p. 48 f.; D. NÖRR, Pomponius oder ‘Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen’, in: *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der Neuern Forschung*, Bd. II.15. Berlin-New York (1976), *passim*, in part. 585 f.

²² Jurists themselves understood and declared *explicite* that their interpretative activity is essential for the continuous development of the law. They argued that the interpretation, especially because of its adaptative character, aimed to improve the legal system, which, with full acceptance of its openness to new solutions, resulted in continued formation and replenishment. One of the jurists of the classical times, Sextus Pomponius, bluntly wrote that without jurists law could not have survived and still thrived: Pomp. lib. sing. enchir. D. 1,2,2,13, cit. *in extenso* in main text. Also, other jurists expressed the belief that in case of insufficient or unclear regulations doctrinal interpretation was sufficient and served as a “surrogate of the legislative act” (after T. GIARO, *Zivilistik als Geschichte und Theories*, in: *Rechtshistorisches Journal* 14 (1995), p. 356, 360), or as a concretization of a norm: Iul. 90 dig. D. 1,3,11: *interpretatione ... certius statuendum est*; Ulp. 1 ad ed. aedil. curul. D. 1,3,13: *suppleri interpretatione*.

²³ See, e.g.: L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano* (Corso di Lezioni). Torino (1989), p. 137-142: “il diritto giurisprudenziale come «ars boni et aequi»”.

a discourse can be specified as “dogmatic discourse”, and also as such, within which a solution once worked out in legal praxis, could have obtained, by subsequent practical applications, the ontological status of the right solution with the importance of *sententia recepta*. In other words, it had a valor *pro futuro*, analogical to today’s postulates *de lege ferenda*²⁴.

A discursive formula of normativisation of the social life had therefore consensual formula (e.g.: Ulp. 17 ad Sab. D. 7,2,1,3: *omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt*; Marcel. 5 dig. D. 11,7,35: *omnes constituerunt*; Pap. 7 quaest. D. 21,2,64,4: *secundum omnes sententias*; Ulp. 77 ad ed. D. 2,8,12: *inter omnes convenit*; Ulp. 32 ad ed. D. 19,1,11,8: *ab omnibus receptum*; comp.: Cic. de nat. deor. 2,10: *consensus sapientium*; 3,4,11: *consensus omnium*; idem in Cat. 61: *hunc unum plurimae consentiunt*)²⁵. The consequences of such consensual way of inventing “normative truths” was however a discursive uncertainty of jurisprudential *opiniones*, *sententiones* and *responsa*. Such “non-undisputed” status can be seen also in the optic of the same jurists and their attitude towards their authoritatively proposed solutions (e.g.: Iav. 1 ex post. Lab. D. 29,2,62 pr.: *ego puto*; Ulp. 7 ad Sab. D. 29,4,2,1: *mihi videtur*; Ulp. 4 disp. D. 29,1,19,1: *sed mihi videtur*; comp. Cic. pro Caec. 24,69)²⁶. Such attitude provokes, however, the question concerning a diversity of *rationes (decidendi)* of such solutions and was one of the reasons for limits of interpretation of the jurisprudential *ius controversum* (e.g.: Ulp. 26 ad ed. D. 12,6,26,13: *placuit autem, ut Celsus ... et Marcellus ... scripsit*; Afric. 4 quaest. D. 16,1,17 pr.: *nec id quod placeat ei contrarium videri debere*)²⁷.

²⁴ See A. GRABOWSKI, *Judicial Argumentation and Pragmatics. A Study on the Extension of the Theory of Legal Argumentation*. Kraków (1999), p. 31-32; comp. ŚWIECICKA, *Źródła prawa*, p. 67-70, 80-82.

²⁵ E.g. T. GIARO, *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*. Frankfurt am Main (2007), p. 108 f., 213-231.

²⁶ See: GIARO, *Geltung*, p. 84; IDEM, *Dogmatische Wahrheit*, p. 13 f.; IDEM, *Römische Rechtswahrheiten*, p. 205 f., 208-213, 226 f. Comp. the concept by Aristotle: *σαφῶς λεγόμενα λυβ σοφοῖς ἔν δοξα* rhet. 1357 a 13: *ἐν ἐνδόξων καὶ ὁμολογουμένων*; top. 100 b 21–29: *ἔνδοξον, φαινόμενον ἔνδοξον; σοφοῖς ἔνδοξα*; EE 1.1217 a 19 f.: *οὐ σαφῶς λεγόμενα*. J. M. LE BLOND, *Logique et méthode chez Aristote*. Paris (1939), p. 252, wrote about this concept: «Ces appels à l’opinion des sages et de la multitude ne constituent pas seulement, ni même principalement, un procédé eristique ou persuasif ad hominem, mais ils sont réellement pour lui une sorte d’expérience, une expérience indirecte, qui prolongue et amplifie l’expérience personnelle dans le temps aussi bien dans l’espace».

²⁷ See F. D’IPPOLITO, *Del fare diritto nel mondo antico*. Torino (2000), p. 125: “ogni diritto giurisprudenziale è per natura controversiale”; cfr. also M. BRETONE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in: *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei* 23, fasc. 3, Roma 2008, 755 f.

Because of this the jurists had to understand the need of achieving the universal acceptance of the proposed formula of solution, named by them as *placitum vel statutum (responsum)*, *communis (opinio)*, *recepta (sententia)* being a substitute for *ius certum* (e.g.: Paul. D. 19,2,7: *placet*; Paul. 27 ad ed. D. 6,1,43: *constat*; Afric. 8 quaest. D. 15,1,38,2: *placebat*; Iul. 15 dig. D. 18,1,39,1: *a plerisque responsum est*; Paul. 32 ad ed. D. 19,2,7: *placet*; Gai. 10 ad ed. prov. D. 19,5,22: *quantum inter nos statutum sit*; Lab. 2 post. a Iav. epit. D. 33,2,31: *quod et receptum est*; Pap. 2 quaest. D. 45,1,115, 2: *utilitatis causa receptum*; Cels. 12 dig. D. 47,2,68,4: *placet*)²⁸, which today, at least in theory, is provided by the introduction of a norm to the system by competent authority in accordance to the legislative procedure, i.e. the formal legal standards²⁹.

Being aware of a need of certitude of a solution as a product of a doctrinal consensus, Roman jurists tried in their writings to avoid such terms as: *ius dubium*, *ius varium* and *ius ambiguum*. *A contrario*, precisely these terms were used – as descriptive for *ius iurisprudentialia* (jurists' law, jurisprudential law, Juristenrecht³⁰) – by representatives of the other ancient *artes – disciplinae* (e.g. Cic. de off. 3,91: *ius controversum*; comp.: Quint. inst. 7,6,1; Cic. pro Mur. 28; idem de orat. 1,242; idem pro Caec. 69; Gell. 12,13,3)³¹.

The Roman jurists, while evaluating their “normative discoveries”, preferred also stronger statements mending somehow a particular character of their “optative norms”³², namely, they regarded the cognitive terms *verum – falsum*, derived from the process of verification and falsification, as the most appropriate (e.g.: Ulp. 16 ad ed. D. 6,1,13: *sententia quae vera est*; Ulp. 20 ad Sab. D. 33,7,12,43: *falsum est ... nemo dubitat*; Ulp. 57 ad ed. D. 47,10,7,1: *verum non est enim dubium est*; Ulp. 11 ad ed. D. 4,4,7,10: *non per omnia verum est ius ... sine dubio*; comp. Paul. 22 ad ed. D. 13,6,22:

²⁸ See: GIARO, *Diritto*, p. 2249, 2253; IDEM, *Dal soft law*, p. 96, in part. about “il grado di pienezza del consenso”; cfr. also ŚWIAĆICKA, *Źródła prawa*, p. 75-79.

²⁹ For a general view of such positivistic approach, see: Lloyd's Introduction to Jurisprudence, p. 246-303, with extracts from literature concerning this topic. For the Roman perspective, see ŚWIAĆICKA, *Źródła prawa*, p. 80 f.

³⁰ See, e.g.: A. A. SCHILLER, *A Definition of Jurists Law*, in: *Symbolae Iuridicae et Historicae Martino David Dedicatae*, vol. I. *Ius Romanum*. Leiden (1968), p. 181-200; also M. KASER, *Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre*, in: *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Bd. I, Köln (1978), p. 101 f., 118-121 [= IDEM, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*. Wien-Köln-Graz (1986), p. 9-41].

³¹ See in part. BRETONE, *Ius controversum*, p. 772.

³² On the “soft” nature of solutions proposed by the Roman jurists, see: L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano (1967), p. 17 f., 62 f.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, 12 ed. Roma-Bari (2008), p. 161 f., 211 f., and more recently GIARO, *Diritto*, p. 2246.

procul dubio est). Such process had in relation to this part of Roman law, named *ius iurisprudientiale*, the operative and a one-off – single character. It is clear that even the opinion specified once as *falsa*, in another, though a similar situation, so other *hic et nunc*, could have been taken again into account as a potential – in a precise case the most just (*sententia iustissima*) – solution (e.g. D. 5,3,18 pr.). Also, the precision of the extension of singular notions or even whole opinions present in jurisprudential discourse proved the longing of Roman jurists to produce *ius* which was, or could be declared the most *certum* (e.g.: D. 8,3,38; D. 10,3,14,1), provided the acceptance of a solution – as a normative discovery – once proposed verbalized in a legal language in the aforementioned formula *hoc iure utimur*. Undoubtedly, such a formula was truly particular while confirmative of the universal jurisprudential consent for a specific solution, closing, at least for some time, a possibility of its modification, and allowing the use of such a sentence as a point of departure for a subsequent discussion on the other legal issue. The opinion accepted by all or by many, either by philosophers, and, in the context of the legal reasoning – by jurists, in accordance with *lectio* by Aristotle (top. 1,100 b), as *communis* or *dominans opinio*, could even have been a basis (a major premise) for reasoning and the result could have been considered as true, even if in such case the acceptance of such a premise was transferred not because of the logical consequences, but under the consequence of its acceptance³³.

However, it should be pointed out, that, because of such discursive nature of Roman “creation” of norms, somehow naturally arises a question concerning the objectively relevant form of the discursive point of view, dependent, in the same time, on the right context of such communication. The question is of special importance, because for already a long time and that on, a purely logical formula of finding solutions to the emerging legal problems, undoubtedly the best one for the absolute – and in fact the formal one and thus able to avoid the interpretative relativism, which appears always in the moment when interpretation made by the unit at a certain time and context, is unattainable interpretative.

IV.

To sum up: the phenomenon of positivisation of law did not and still does not manifest itself only in the moment of the establishment of the text

³³ See, in part. J. M. BOCHENSKI, *Ancient Formal Logic*. Amsterdam (1951), p. 65-76.

of particular legal act (*de facto* – enactment of a bill), but also by way of acceptance and internalization of some paradigms of resolving legal problems. Such paradigms are created by references to the so-called “textuality” of law, as well as its “linguality”, its claim to systematization, and – finally – its historicity, which – *nolens volens* – all are diverse spheres of social effectiveness of law – substantially different but immensely connected between themselves. So than a problem of textual and extra-textual limits of juristic interpretation was and still is of such a great significance, particularly in consideration of the so-called discretionary power of those who create and apply the law, and it seems to have immense importance in the light of the idea of the “law-governed state”, as well as the idea of certainty of law. And, as it was noted by Cicero (de inv. 1,5), *sapientia moderatrix omnium rerum*, and as such, it could provide a balance between *verba* and *voluntas*, *littera* and *sententia*, *ratio certitudinis*, *ratio necessitatis* and *ratio aequitatis*. Therefore, the Roman jurists who provided *iuris interpretatio*, because precisely to them *permissum est iura condere* (Gai. Inst. 1,7), did search for an *optimum* between *strictum* and *aequum* in law, being conscious of the fact that this specific jurisprudential *libertas interpretationis* should have its limitations, and bearing in mind words by the same Cicero, who stated that *explanationem aequitatis in qua ius erat interpretatio* (Cic. de re publ. 5,2).

Riassunto

Lo scopo dello studio è quello di presentare alcuni osservazioni sul problema – importante nella prospettiva antica e quella contemporanea – che concerne il cosiddetto fenomeno di positivizzazione del diritto nel discorso dogmatico dei giuristi, e che si pone con una necessità di una descrizione adeguata dei diversi rapporti tra la giurisprudenza, l’interpretazione giuridica fatta nella pratica giuridica e la dogmatica giuridica.

Nei secoli XIX e XX la teoria del diritto in qualche modo troppo forte va sottolineato le differenze tra dogmatica giuridica e pratica giuridica. Di conseguenza, la più comune dovrebbe essere considerata un’opinione secondo la quale un testo normativo non pretende campi della sua applicazione. Tale visione risulta, tuttavia, da una precisa comprensione del ruolo della dogmatica giuridica e la pratica forense rilevante per il suddetto problema.

Un campo comune d’attualità per entrambe le due sfere di attività legali degli giuristi permette di differenziare e determinare un discorso dogmatico, come un campo specifico (sc. tecnico) dove la dogmatica giuridica e la pratica dogmatica sono – allo stesso tempo e in una certa misura – le due

fattori che costituiscono due fenomeni della positivizzazione del diritto. Tutto questo permette ipotizzare che la positivizzazione del diritto in senso generale non si manifesta soltanto nel momento di stabilizzazione del testo dell'atto giuridico particolare, ma anche via di accettazione e di interiorizzazione di alcuni paradigmi di risoluzione dei problemi legali. Tali paradigmi sono creati da riferimenti al cosiddetta "testualità" della legge, come pure la sua "lingualità", la pretesa di sistematizzazione, e – finalmente – sua storicità, che, *nolens volens*, tutte sono le varie sfere di efficacia sociale della legge – sostanzialmente diverse, ma collegate tra loro.

E' fuor di dubbio che si può considerare l'*interpretatio iuris* fatta nella pratica giuridica come una delle caratteristiche più importanti della giurisprudenza – sia quella romana e quella contemporanea. In passato e nei tempi nostri l'attività interpretativa fatta per gli giuristi è stata riconosciuta come essenziale per la vita del diritto e per il suo obiettivo cioè la regolazione della società. Si può dire che tale interpretazione delle leggi vigenti può consistere su una semplice spiegazione del materiale giuridico al fine di rendere applicabile la legge nel caso particolare. Ma anche, è ovvio che l'interpretazione giuridica può essere una particolare creazione di diritto. E' noto che nell'antica Roma una grande parte del diritto privato romano fu creata via l'interpretazione. Questa parte del "sistema giuridico romano", detta "il diritto dei giuristi" (jurisprudential law, Juristenrecht), è stata descritta come *ius quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit* (D. 1,2,2,12). Considerando questo, si può supporre che i giuristi romani che hanno fornito l'*interpretatio iuris* perché proprio a loro *permissum est iura condere* (Gai. Inst. 1,7), sono stati anche consapevoli del fatto che questo fenomeno di formazione del corpo giuridico è il fenomeno grande, creativo, ma anche un pericoloso, e che esso non avvenga senza limiti. In altre parole, i giuristi romani erano coscienti del fatto che la *libertas interpretationis* giurisprudenziale dovrebbe essere misurata con alcune costrizioni. Così ha fatto cercare un equilibrio tra *verba* e *voluntas*, *littera* e *sententia*, *ratio certitudinis*, *ratio necessitatis* e *ratio aequitatis*. In altre parole, i giuristi hanno ricercato per un *optimum* tra *strictum* e *aequum*, secondo le parole di Cicerone, che ha spiegato che *explanationem aequitatis in qua ius erat interpretatio* (Cic. de re publ. 5,2).

E' pure interessante che anche oggi si potrebbero trovare simili criteri di restrizione (formulati sia in modo formale e informale) della interpretazione giuridica come forma di creazione del diritto. Questo argomento è di grande importanza soprattutto nei tempi presenti, specialmente in considerazione di cosiddetta potere discrezionale di chi crea e applica la legge e sembra avere un'immensa importanza alla luce dell'idea dello "stato legale", così come dell'idea di certezza del diritto.

Historické aspekty opravného trestného konania

Ivan Šimovček

Účelom opravného konania trestného je zmena neprávoplatných a právoplatných trestných rozhodnutí tak, aby čo najlepšie zodpovedali skutočnosti a spravodlivosti. Existencia opravného konania trestného sa považuje za jeden zo základných atribútov spravodlivosti trestného konania v demokratickej spoločnosti, keďže každé rozhodnutie v trestnom konaní môže byť aj z hľadiska objektívnych, ale aj subjektívnych dôvodov nesprávne, a preto tu musia byť zákonné prostriedky na revíziu nesprávnych trestných rozhodnutí.

Historické aspekty vývoja trestného konania opravného poukazujú na tú skutočnosť, že opravné prostriedky sa do trestného konania zavádzali skutočne veľmi ťažko.

Tak napríklad už v období Sumerskej a Babylonskej ríše sa právoplatnosť sumerského rozsudku na rozdiel od babylonského mohla stať predmetom nového súdneho sporu. Strany sa však mohli vzdať nárokov na nový súdny proces v dvojakej formulácii. Bežná spočívala v prísahou potvrdenom vyhlásení strán, že sa v budúcnosti nevrátia späť k predmetu sporu, druhá bola symbolická, len gesto, vyjadrujúce zrieknutie sa niečoho alebo niekoho.¹ Sumerská tradícia upravovala aj možnosť raz navždy ukončiť súdne prípady, keďže na konci súdneho protokolu sa pridávala klauzula, v ktorej sa jedna alebo obidve procesné strany zaviazali, že spor považujú za vybavený a podmienky súdu, s ktorými je spojené ukončenie sporu, prijímajú ako záväzné.² Porušenie tejto prísaznej sankcie sa trestalo na cti alebo telesným trestom.

Naproti tomu Zákony Chammurapiho, babylonského vládcu v rokoch 1792 – 1750 pred Kr. nepripúšťali opravu už vydaného rozhodnutia. Babylonský súdny proces sa rozdeľoval na tri časti. Prvá časť procesu bola určená na vykonanie súdneho dôkazného konania, druhá na vydanie súdneho rozhodnutia a tretia na vyhotovenie písomného dokumentu na tabuľke s pečaťou. Vyhotovením písomného dokumentu skončila rozhodovacia úloha sudcu, ktorý oznámil svoje rozhodnutie stranám.³ Tým proces končil a sudca sám nebol oprávnený pripustiť opravu už vydaného rozhodnutia.

¹ KLÍMA, J.: Nejstarší zákony lidstva. Praha (1979), s. 309.

² KLÍMA, J.: Nejstarší zákony lidstva. Praha (1979), s. 10.

³ KLÍMA, J.: Nejstarší zákony lidstva. Praha (1979), s. 309.

Rímske trestné právo poznalo opravné prostriedky. Prvou zachovalou rímsko-právnou normou, ktorá obsahovala trestnoprávne ustanovenia, bol Zákon XII tabúl z polovice 5. storočia pred Kr. Verejnoprávne trestné činy stíhal štát svojimi orgánmi a prerokovávali sa vo verejnom trestnom konaní. Ak bol páchatel odsúdený, musel byť aj potrestaný.⁴

Verejné trestné konanie pred komíciami sa vzťahovalo len na najťažšie zločiny politickej povahy ako velezrada alebo zneužitie moci bývalým magistrátom a trestalo sa smrťou. Všetky trestné činy spáchané proti jednotlivcovi sa súdili v normálnom súdnom konaní pred pretórom, ktorý dozeral, aby súkromná pomsta poškodeného nevybočila z určených medzí. V hrdelných prípadoch bol pretor viazaný výrokom svojho poradného zboru (*consilium iudicium*).⁵

Magistrát s impériom mohol v rámci svojej disciplinárnej právomoci (*coercitio*) potrestať smrťou neposlušného občana, ktorý však od začiatku 3. storočia pred Kr. mal možnosť sa odvolať k ľudovému zhromaždeniu (*provocatio ad populum*). Posledné slovo o treste smrti však mali *comitia centuriata*. *Provocatio ad populum* však nemožno považovať za opravný prostriedok, ale za politický protest proti svojvôli magistráta.⁶ Právoplatný rozsudok nemohol zmeniť ani sudca, ktorý ho vyniesol.

Od začiatku princípátu sa aj v trestnom konaní uplatňovalo mimoriadne (cisárske) súdne konanie tzv. kogničné konanie, ktoré postupne vytlačilo predchádzajúce formulové konanie. Bolo neformálne a rýchle.⁷ Konanie riadil sudca ako štátny orgán, viazaný určitými predpismi a vôľou cisára a rozhodoval z úradnej moci a v mene štátu. Proti rozsudku v kogničnom procese sa odsúdený mohol odvolať (*appellatio*) k súdu vyššej inštancie. Odvolanie bolo vylúčené proti rozsudku cisára alebo pretórianskeho prefekta, ak súdil v mene cisára (*vice sacra*). Odvolanie bolo ústne, muselo byť urobené ihneď po vynesení rozsudku, alebo písomné v lehote 2 – 3 dní. V Ríme o odvolaniach rozhodoval v niektorých otázkach senát, inak *praefectus urbi* a v celej rímskej ríši *praefectus praetorio*. Rovnako mohol o všetkých odvolaniach rozhodnúť cisár (*princeps*) sám⁸.

Odvolací súd nebol viazaný revíznym princípom, rozhodoval samostatne ako v prvej inštancii a vynášal celkom nový rozsudok. Nerozlišovalo sa medzi pozmeňovacou (reformačnou) a zrušovacou (kasačnou) funkciou odvolania.

⁴ BARTOŠEK, M.: Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje). Praha (1995), s. 141.

⁵ BARTOŠEK, M.: Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje). Praha (1995), s. 80.

⁶ BARTOŠEK, M.: Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje). Praha (1995), s. 80.

⁷ REBRO, K./BLAHO, P.: Římske právo. Tretie doplnené vydanie. Bratislava (2003), s. 412.

⁸ BARTOŠEK, M.: Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje). Praha (1995), s. 95.

Rovnako tu neplatil zákaz *reformatio in peius* a odvolací rozsudok mohol dopadnúť pre odvolávajúceho sa horšie.⁹

V období raného feudalizmu súdna moc bola sústredená na kniežacom súde. Len knieža bol oprávnený meniť rozhodnutia svojho súdu, a to na žiadosť niektorej z dotknutých strán. V podstate išlo o mimoriadny opravný prostriedok blížiaci sa k inštitútu milosti, pričom jeho uplatnenie bolo závislé od individuálnej súkromnej iniciatívy a od politickej situácie. V tomto období nebola legálna možnosť revízie súdneho rozhodnutia a opravné prostriedky zákonná úprava nepoznala.¹⁰

V rovnakom období v mestskom práve bol už zakotvený inštitút odvolania proti rozsudku mestského súdu. Opravné konanie bolo potom buď na kráľovskom úradníkovi (*subcamerarius*) v prípade rozsudku súdu kráľovského mesta alebo na vrchnom kniežacom súde.

V období stavov (koniec 14. storočia) výkon sudcovskej moci prešiel na šľachtu. V Čechách bol najvyšší súd zemský súd. Proti rozsudku tohto súdu nebolo možné podať odvolanie a ani kráľ nemal možnosť meniť jeho rozhodnutia. Stále tu existovala možnosť zmeny rozhodnutia aj pri tomto súde, ale len formou milosti, súkromnej iniciatívy, resp. napadnutím sudcu pre nesprávny výrok, čo malo za následok nový samostatný proces medzi navrhovateľom a sudcom. V prípade usvedčenia sudcu z nesprávnosti výroku došlo k zmene rozsudku, v opačnom prípade išlo o zločin urážky sudcu s hrdelným trestom pre navrhovateľa.¹¹ V mestskom práve aj v období stavov bola zachovaná možnosť podať odvolanie, kde existovali dva odvolacie súdy. Pre oblasť norimberského práva to bol Súd Starého mesta pražského a pre tzv. magdeburskú oblasť Súd litomeřický, ktorý v sporných prípadoch vyžiadal o právny názor (právne naučenie) kmetskú stolicu magdeburskú.

V roku 1548 Ferdinand I. ustanovil radu nad apeláciami (apelačný súd) ako všeobecnú odvolaciu inštanciu proti rozsudkom mestských a vrchnostenských súdov (nie zemského súdu). Apelačný súd bol tiež súdom tretej inštancie v prípadoch, keď vybavoval odvolanie proti rozsudkom niektorých mestských súdov, ktoré rozhodovali o odvolaniach proti rozsudkom nižších súdov. Na čele apelačného súdu bol prezident, členovia tohto súdu boli len sudcovia

⁹ REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo. Tretie doplnené vydanie. Bratislava (2003), s. 411.

¹⁰ MUSIL, J./KRATOCHVÍL, V./ŠÁMAL, P.: Trestní právo procesní. 2. přepracované vydání. Praha (2003), s. 793. Rovnako aj MALÝ, K.: K historickému vývoji nápravy vadných rozhodnutí v našem právu. Problémy dějin a teorie státu a práva. Praha (1982), s. 11.

¹¹ MUSIL, J./KRATOCHVÍL, V./ŠÁMAL, P.: Trestní právo procesní. 2. přepracované vydání. Praha (2003), s. 794.

z povolania. Súd rozhodoval okrem viny a trestu aj o čiastkových otázkach ako bolo vzatie do väzby, použitie tortúry apod.

Konanie pred apelačným súdom bolo len písomné, revízy princíp v zmysle rímsko-kánonického práva sa obmedzoval len na preskúmanie skutkových zistení súdu prvej inštancie. Apelačný súd napadnutý rozsudok zrušil, potvrdil, zmenil alebo výnimočne vrátil súdu prvej inštancie na nové konanie. Rozsudok apelačného súdu mal panovník možnosť revidovať, čo bolo výrazom jeho zvrchovanej moci.

17. – 18. storočie znamenalo všeobecné zavedenie opravných prostriedkov do trestného konania. Najskôr to bol dvojinštančný a potom trojinštančný systém. Na základe obnovy krajinského územného usporiadania (zemské zřízení) pre Čechy v roku 1627 a pre Moravu v roku 1628 bola zakotvená revízia ako prostriedok nápravy nesprávnych rozhodnutí. Revíziu rozhodnutí šľachtických súdov vybavovala česká dvorská kancelária so sídlom vo Viedni, ktorá od roku 1640 vybavovala aj žiadosti o revíziu rozhodnutí mestských súdov v prípadoch, ak nebolo vyhovené odvolaniu k apelačnému súdu.

V zmysle jozefínskeho Hrdelného poriadku z roku 1707 bola možná apelácia, resp. provokácia k apelačnému súdu len proti odsudzujúcim rozsudkom všetkých nižších súdov. V hrdelnom poriadku Márie Terézie bolo odvolanie nahradené tzv. rekurzom k panovníkovi a žiadosť o milosť musela byť spojená s odvolaním.

V roku 1753 bol zriadený druhý apelačný súd v Brne. Obidva apelačné sudy získali postupne všeobecnú právomoc a boli predchodcami vrchných zemských súdov v Prahe a Brne ako druhoinštančných súdov. Neskôr vytvorený Najvyšší súdny úrad vo Viedni (*Oberste Justizstelle*) mal postavenie najvyššieho kasačného dvora a mal právomoc rušiť výroky nižších súdov.

Trestný poriadok Jozefa II. zaviedol ako nový opravný prostriedok tzv. zmätočnú sťažnosť (*Nichtigkeitsbeschwerde*), ktorým mali strany možnosť napadnúť rozsudok nižšieho súdu u Vrchného kriminálneho súdu, ktorý tiež povinne preskúmaval všetky rozhodnutia týkajúceho sa ťažkých zločinov.

Rakúsky Trestný poriadok z roku 1873 venuje opravnému konaniu veľkú pozornosť. Opravné prostriedky už boli rozlišované na riadne (odvolanie a zmätočná sťažnosť), smerovali proti neprávoplatným rozhodnutiam, a mimoriadne (obnova konania a zmätočná sťažnosť pre zachovanie zákona), využívané proti rozhodnutiam, ktoré už nadobudli právoplatnosť.

Odvolanie bolo materiálnym opravným prostriedkom, ktorým bolo možné napadnúť len výrok o treste a výrok o súkromnoprávných nárokoch, resp. niektoré vedľajšie výroky. Konanie na odvolacom súde bolo neverejné, písomné a s vylúčením strán. Odvolací súd buď odvolanie zamietol, alebo

rozsudok zrušil a znovu sám rozhodol, pričom bol viazaný skutkovým zistením a právnou kvalifikáciou preskúmaného rozsudku.

Zmätočnou sťažnosťou bolo možné napadnúť formálne nedostatky rozhodnutia alebo konania, ktoré mu predchádzalo, ak rozhodnutie alebo konanie odporovalo zákonu. Dôvody zmätočnej sťažnosti taxatívne určoval zákon a museli byť v nej precízne uvedené. O zmätočnej sťažnosti rozhodoval najskôr zmätočný zborový súd prvej inštancie. Proti jeho rozhodnutiu bola prípustná sťažnosť na kasačný súd, podaná v trojdňovej lehote. Sťažnosť nemala odkladný účinok.¹² Zmätočnú sťažnosť pre zachovanie zákona bol oprávnený podať len generálny prokurátor na kasačnom súde. Kasačný súd sťažnosť zamietol alebo jej vyhovel a zrušil napadnutý rozsudok alebo len jeho časť, rovnako mal právo vyniesť nové pozitívne rozhodnutie.

V danom opravnom konaní sa už uplatňovala zásada zákazu reformácie *in peius*, ktorá však nebránila zmene kvalifikácie na iný ťažší trestný čin s uložením prísnejšieho trestu. V prípade zrušenia rozhodnutia a vrátenia veci na nové konanie bol právny názor kasačného súdu pre prvoinštančný súd záväzný.

K riadnym opravným prostriedkom pribudol aj odpor, ako riadny opravný prostriedok, ktorým sa napadal rozsudok v tých prípadoch, ak sa konalo hlavné pojednávanie a vyhlásenie rozsudku v neprítomnosti obžalovaného. O odpore rozhodoval okresný súd, ktorý rozhodnutie vydal.

V prípade právoplatného rozsudku bolo možné žiadať o obnovu trestného konania, ak sa vyskytli nové skutočnosti alebo dôkazy.

Obdobne boli upravené opravné prostriedky aj v Glaserovom trestnom poriadku (č. 119/1873 ř. z.), ktorý obsahoval aj osobitnú sťažnosť proti výroku o náhrade nákladov trestného konania.

V Čechách daný systém opravných prostriedkov v trestnom práve s čiastkovými zmenami pretrval až do roku 1948, keď zákonom č. 119/1948 Zb. o zľudovení súdництва a Trestným poriadkom z roku 1950 bolo zavedené odvolanie ako jednotný opravný prostriedok proti všetkým rozsudkom prvej inštancie (okrem rozsudkov vydaných v stannom konaní). Odvolaním bolo možné napadnúť nesprávnosť všetkých výrokov rozsudkov z hľadiska skutkovej aj právnej. Odvolanie znamenalo aj podnet k všestrannému preskúmaniu rozsudku (uplatnenie úplného revízného princípu). Odvolacie konanie bolo výslovne apelačné, na ktorom sa mohli vykonávať nové dôkazy a malo charakter hlavného pojednávania vrátane jeho rozhodnutí, t.j. zamietnutia odvolania, zrušenia napadnutého rozsudku. Len výnimočne

¹² MALÝ, K.: K historickému vývoji nápravy vadných rozhodnutí v našom právu. Problémy dejín a teórie štátu a práva. Praha (1982), s. 21.

sa uplatnila kasácia a vec bol vrátená na nové konanie súdu prvej inštancie. Odvolacím súdom bol krajský súd, o odvolaniach proti rozsudkom štátneho súdu rozhodoval Najvyšší súd.

V odvolacom konaní sa uplatnili zásady zákazu *reformatio in peius* a *beneficium cohaesionis*.

Novým prostriedkom bola sťažnosť ako riadny opravný prostriedok proti uzneseniam štátneho a okresného prokurátora a okresného súdu. Sťažnosť bolo možné podať, len ak to zákon pripúšťal. Súčasne bola prípustná autoremedúra, keď o sťažnosti rozhodol orgán, ktorý napadnuté rozhodnutie sám vydal, inak sa uplatnil princíp devolutívny a o sťažnosti rozhodoval bezprostredne nadriadený orgán, ktorý mal právo sťažnosť zamietnuť, zrušiť napadnuté uznesenie, vydať nové alebo nariadiť aby podriadený orgán vec znovu prerokoval a rozhodol.

Okrem toho boli zakotvené mimoriadne opravné prostriedky, a to sťažnosť pre porušenie zákona a obnova konania.

Sťažnosť pre porušenie zákona mohol podať len generálny prokurátor na Najvyššom súde, a to proti rozhodnutiu prokurátora alebo súdu (s výnimkou Najvyššieho súdu). O sťažnosti pre porušenie zákona rozhodoval Najvyšší súd na verejnom zasadnutí. V prípade, ak konštatoval dôvodnosť sťažnosti, vyslovil rozsudkom porušenie zákona, napadnuté rozhodnutie zrušil a buď sám vo veci rozhodol alebo nariadil, aby orgán alebo súd, ktorý vydal napadnuté rozhodnutie, vo veci znovu konal a vydal rozhodnutie. Výnimkou bolo podanie danej sťažnosti v prospech obvineného po 6 mesiacoch od právoplatnosti rozhodnutia, keď Najvyšší súd mohol konštatovať len porušenie zákona bez možnosti napadnuté rozhodnutie zrušiť.

Obnova konania bola prípustná len ak vyšli najavo nové skutočnosti alebo dôkazy, ktoré neboli súdu skôr známe alebo vyšlo najavo že prokurátor alebo sudca v pôvodnom konaní sa dopustil trestného porušenia úradných povinností.

Daná úprava opravného konania bola prevzatá aj do trestného poriadku z roku 1956, kde bol rozšírený revízny princíp na všetky opravné prostriedky s výnimkou obnovy, ale aj na správnosť postupu v konaní, ktoré napadnutému rozhodnutiu predchádzalo, aj keď jeho chyby v odvolaní neboli uvedené.

Trestný poriadok z roku 1956 pri odvolaní apelačný princíp nahradil kasačným princípom, keď odvolací súd bol spravidla povinný napadnutý rozsudok zrušiť a prikázať nové konanie a rozhodnutie na súde prvej inštancie.

Po roku 1990 zásadné zmeny v opravnom konaní na území Čiech boli vykonané zákonom č. 265/2001 Sb.

V Uhorsku v období feudalizmu v podstate neexistovali opravné prostriedky v trestnom konaní. Súdnú moc vykonával panovník prostredníctvom svojich

súdov. Právo panovníka rušiť alebo meniť rozhodnutie súdov v našom ponímaní ešte nemožno považovať za opravný prostriedok. Bolo to skôr udelenie milosti formou agraciácie.

V tom období bolo trestné konanie založené na súkromnej žalobe, a preto aj po vynesení rozhodnutia existovala možnosť súkromnej iniciatívy smerujúcej k zmene alebo k zrušeniu tohto rozhodnutia. So súhlasom žalobcu mohol byť odsúdený prepustený z väzenia, mohol mu byť zmiernený trest alebo trest odňatia slobody zmenený na peňažnú satisfakciu.¹³

Univerzálne zavedenie opravných prostriedkov možno datovať do 17. a 18. storočia, keď bola zavedená možnosť, aby strana, ktorá nebola spokojná so súdnym rozhodnutím, mohla vyvolať nové konanie na súde vyššej inštancie. Apelácia a kasácia boli vytvorené počas Francúzskej revolúcie ako opravné prostriedky v rámci trojinštančného konania.

V období 11. – 13. storočia sa prvýkrát objavilo odvolanie v mestskom práve. Odvolaním sa dotknutá strana obracala na materské mesto. Zákonné pozadie pre odvolanie zaviedol kráľ Žigmund (menší dekrét č. 4/405 čl. 12). V tom istom čase bola zavedená aj obnova, ktorá umožnila vydanie nového rozsudku, ak boli predložené nové, rozhodujúce dôkazy. Obnova bola možná len výnimočne a musel na ňu dať súhlas kráľ. Pre zabezpečenie právnej istoty bolo zvykom pri vynesení konečného rozsudku alebo pri uzatváraní zmiernu vyhlásiť večné mlčanie (*perpetuum silentium*), čo znamenalo, že bez súhlasu kráľa nebolo možnú tú istú vec opätovne žalovať na súde a ten, kto porušil daný zákaz, bol potrestaný majetkovými trestami a stratou cti.¹⁴

V stavovskom období (14. – 16. storočie) Tripartitum umožňovalo obrátiť sa proti rozsudkom sudcov krajiny ku kráľovi. Rozsudky dcérskych miest bolo možné napadnúť odvolaním sa na súdoch materských miest. V prípade rozsudkov zemepanských súdov sa dalo sťažovať na župnom súde. Osobitným opravným prostriedkom bolo odvolanie advokátovho slova (*revocatio*), keď žalobca stiahol výrok svojho advokáta a žiadal nové pojednávanie. Obnova bola možná len na základe kráľovského mandátu a len výnimočne.¹⁵

Pôvodne Tripartitum neumožňovalo podať odvolanie. Zákonným článkom 41/1563 sa povolili určité výnimky. Najskôr mal právo podať odvolanie len odsúdený, od 18. storočia aj župný právny zástupca. Podať odvolanie mohol len šľachtic, nešľachtici len proti odsudzujúcemu rozsudku na viac ako tri roky žalára. Obhajca bol povinný podať odvolanie proti rozsudku smrti. O odvolaní

¹³ IVOR, J. a kol.: Trestné právo procesné. Druhé, doplnené a prepracované vydanie. Bratislava (2010), s. 691.

¹⁴ STIPTA, I.: Dejiny súdnej moci v Uhorsku do roku 1918. Košice (2004), s. 174.

¹⁵ STIPTA, I.: Dejiny súdnej moci v Uhorsku do roku 1918. Košice (2004), s. 184.

rozhodovala Kráľovská kúria, a to najskôr v druhej inštancii kráľovská tabula a následne (v trestnom stupni) sedmopanská tabula, ktorá vynášala potvrdzujúci alebo meniaci rozsudok. Ak sa v druhej a tretej inštancii potvrdil rozsudok smrti, spis bol predložený panovníkovi na zváženie udelenia milosti.

V prípade obnovy bol žalovaným župný právny zástupca, ktorý v pôvodnom konaní zastupoval obžalobu, žalobcom bol odsúdený. Obnova konania bola možná len na základe nových dôkazov.¹⁶

V trestnom súdnictve sa uplatňovala zásada, že každý má byť súdený na súde svojho spoločenského stavu (stavovské súdy). Politické trestné činy súdil sám panovník na Dvorskom súde – zjazde. Konanie bolo ústne a v češtine, neskôr zápis o konaní bol vyhotovený písomne v latinčine.¹⁷

Proti rozsudku súdu prvého stupňa sa musela najprv uplatniť apelácia, o ktorej rozhodoval súd druhého stupňa, a až proti rozhodnutiu druhostupňového súdu smerovala kasácia, o ktorej rozhodoval súd tretieho stupňa. Týmto spôsobom bolo upravené aj opravné konanie podľa uhorského zákonného článku XXXIII z roku 1896 o Trestnom poriadku súdnom, ktorý platil na Slovensku až do roku 1950.¹⁸

Zák. čl. XXXIII/1896, o trestnožalobnom pravotnom poriadku¹⁹ upravoval riadne opravné prostriedky (odvolanie, rekurz, zmätočná sťažnosť) a mimoriadne opravné prostriedky (opravný prostriedok pre zachovanie právnej jednoty a obnova konania). Daný trestný poriadok sa stal základným právnym predpisom trestného práva procesného v období dualizmu, ale aj v nasledujúcom období prvej ČSR a bol zrušený až zákonom č. 87/1950 Zb.

Rekurz (sťažnosť) proti uzneseniu bolo možné podať len v prípadoch zákonom taxatívne vymenovaných. Rekurz bolo možné podať osobou, ktorej sa uznesenie týkalo, teda aj svedkom, odborným znalcom a to ihneď pri jeho vyhlásení; odôvodnenie rekurzu bolo možné v lehote osem dní. O rekurze rozhodoval okrem prípadu odmietnutia žaloby nadriadený súd po tzv. vrchnom preskúmaní.

Apelácia (odvolanie) bola možná proti rozsudku súdnej stolice v prvom stupni a rozhodovala o ňom kráľovská súdna tabula. Apelácia nebola možná proti rozsudkom porotných súdov, proti rozsudkom súdnej stolice v pôsobnosti okresného súdu alebo administratívnej vrchnosti, proti rozsudku súdnej

¹⁶ STIPTA, I.: Dejiny súdnej moci v Uhorsku do roku 1918. Košice (2004), s. 192.

¹⁷ VLČEK, E.: Dějiny trestního práva v českých zemích a v Československu. Brno (2004), s. 15-16.

¹⁸ VLČEK, E.: Dějiny trestního práva v českých zemích a v Československu. Brno (2004), s. 701.

¹⁹ LACLAVÍKOVÁ, M./ŠVECOVÁ, A.: Pramene práva na území Slovenska II. 1790 – 1918. Trnava (2012), s. 571-590.

stolice v druhom stupni. Apelácia bola možná proti výroku aj odôvodneniu rozhodnutia a aj pre chyby, ktoré sa vyskytli na hlavnom pojednávaní a pri vynesení rozsudku.

Oprávnený podať odvolanie bol kráľovský zástupca v prospech aj v neprospech obžalovaného, obžalovaný, jeho manžel, v prípade nepľnoletého aj jeho zákonný zástupca, a to aj proti jeho vôli; obhajca tiež proti vôli obžalovaného a dedič obžalovaného proti výroku, ktorý sa vzťahoval na súkromno-žalobný nárok.

Okrem menovaných mali možnosť podania odvolania tiež hlavný a náhradný súkromný žalobca, poškodený (obrazený) a právny nástupca poškodeného.

Odvolanie bolo možné podať pre formálne nedostatky (napríklad nezákonná zostava súdu, zákonom vylúčený sudca bol členom súdiaceho súdu, neprítomnosť väzobne stíhaného obžalovaného na hlavnom pojednávaní, nezákonné vylúčenie verejnosti z pojednávania, nezrozumiteľnosť výroku rozsudku, ak odôvodnenie odporovalo výrokovej časti rozsudku a pod.) ako aj pre materiálne nedostatky (napríklad súd nesprávne určil zodpovedajúce ustanovenie trestného zákona na daný skutok, nesprávne posúdil pričetnosť obžalovaného, nesprávne vymeral trest a pod.).

Príčiny neplatnosti rozsudku mohli sa uplatňovať len keď slúžili na ujmu obžalovaného. Pri vrchnom preskúmaní sa uplatňoval revízny princíp, čiže sa preskúmavali len tie časti rozsudku, ktoré boli napadnuté odvolaním. Rovnako bol vymedzený aj odkladný účinok odvolania. Na podanie odvolania bola určená osemdňová lehota. V rámci odvolacieho konania kráľovská súdna tabula mohla potvrdiť alebo zmeniť skorší rozsudok, vydať nové rozhodnutie vo veci, vrátiť vec prvostupňovému alebo príslušnému súdu na ďalšie konanie alebo odvolanie zamietnuť.

Zástupca koruny v záujme právnej jednotnosti proti právoplatnému rozhodnutiu alebo proti inému výroku ktoréhokolvek trestného súdu, ktorým sa porušil (urazil) zákon, mohol u Kráľovskej kúrie použiť opravný prostriedok pre zachovanie právnej jednoty. Daný opravný prostriedok nebolo možné použiť proti právoplatnému rozhodnutiu Kráľovskej kúrie. Opravný prostriedok pre zachovanie právnej jednoty nebol viazaný lehotou a nemal odkladný účinok. Ak Kráľovská kúria vyslovila porušenie zákona, pre procesné strany to spravidla nemalo žiadny právny účinok, okrem možnosti oslobodenia už odsúdeného, zmiernenia jeho trestu, zrušenia napadnutého rozsudku a vrátenia veci príslušnej vrchnosti.²⁰

²⁰ §§ 441 – 442 Zák. čl. XXXIII/1896, o trestnožalobnom pravotnom poriadku.

Obnova konania v neprospech odsúdeného bola možná len v lehote premlčania veci, ak sa objavil nový usvedčujúci dôkaz a oprávnenou osobou na podanie bol kráľovský zástupca alebo hlavný súkromný žalobca. V prospech odsúdeného bola možnosť obnovy konania na návrh odsúdeného. Ako dôvody sa uvádzali falošné listiny, falošný odborný posudok, nové dôkazy, išlo o prípad vylučujúci protiprávnosť a pod. O obnove rozhodoval spravidla ten súd, ktorý rozhodoval v prvom stupni, ak išlo o obnovu rozsudku administratívnej vrchnosti alebo okresného súdu, bola príslušná tá súdna stolica, v obvode ktorej sa tieto nachádzali.

Výsledkom obnovy bolo buď potvrdenie pôvodného rozsudku, jeho celkové alebo čiastočné pozbavenie platnosti a vynesenie nového rozsudku. Platil tu už princíp zákazu *reformatio in peius*, keďže v prípade obnovy v prospech odsúdeného nebolo možné vymerať ťažší trest oproti trestu uloženého predošlým rozsudkom. Treba však uviesť, že aj v prípade obnovy v neprospech odsúdeného sa mohol podľa výsledkov hlavného pojednávania vyniesť oslobodzujúci rozsudok alebo určiť miernejší trest.²¹

Pri vzniku Československej republiky sa recepčným zákonom č. 11/1918 prevzal rakúsky a uhorský právny poriadok a na Hlučínsku sa zachovalo aj nemecké právo. Z recipovaných predpisov habsburskej monarchie boli zrušené niektoré pasáže svojím charakterom odporujúce republikovému zriadeniu. Recepčnou normou s ústavnoprávnou relevanciou sa konštituoval československý právny poriadok. Dualizmus práva sa v Československu prejavoval v tom, že v českých krajinách platili rakúske, na Slovensku zase uhorské právne predpisy, t.j. zákony, nariadenia, obyčajové právo, kuriálne, decízne právo, ako aj právna prax v stave, v akom platili k 28. októbru 1918²².

Na Slovensku aj napriek existencii československého štátu v trestnom konaní stále platil uhorský zák. č. XXXIII/1896, ktorý bol novelizovaný v roku 1908. Novela zaviedla podmienkové odsúdenie a postup pri trestných činoch mladistvých. Zákonným článkom VII/1914 bola zakotvená samostatná úprava trestného konania proti mladistvým.

Táto úprava platila v podstate až do roku 1950, keď bol Národným zhromaždením ČSR prijatý Trestný poriadok č. 87/1950 Zb. s účinnosťou od 1. augusta 1950, ktorý sa vzťahoval na celé územie Československého štátu a nahradil všetky dovtedy platné trestné poriadky, pričom platil aj pre vojenské súdnictvo.

Odhalenie nezákonností a extrémnych prípadov trestnej represie viedlo k vydaniu nového Trestného poriadku (zákon č. 64/1956 Zb.), ktorým sa

²¹ §§ 445 a 462 Zák. čl. XXXIII/1896, o trestnožalobnom pravotnom poriadku.

²² HUBENÁK, L.: Právne dejiny Slovenska do roku 1945. 2. diel. Banská Bystrica (2001), s. 207.

eliminovali najväčšie deformácie trestného procesu a postavili minimálne garancie dodržiavania jeho zákonnosti. Nasledoval Trestný poriadok z roku 1961 (zákon č. 141/1961), ktorý v rámci opravných prostriedkov obmedzil zásadu *reformatio in peius* a rozšíril revízny princíp v prospech oprávnenej osoby s cieľom dosiahnuť všestranné preskúmanie rozhodnutia na podklade odvolania.

Novela č. 48/1973 Zb. zakotvila trestný rozkaz a odpor ako nový opravný prostriedok proti nemu. Zmena politického a spoločenského režimu si vyžiadala podstatnú reformu trestného konania a Trestný poriadok bol novelizovaný zákonom č. 178/1990 Zb., ktorý priniesol podstatné rozšírenie procesných práv obvineného a jeho obhajcu. Trestný poriadok č. 141/1961 Sb. je v Čechách doteraz platný, bol však viackrát novelizovaný.

Významná je najmä tzv. veľká novela (zák. č. 265/2001 Sb.), ktorá upravila odvolanie, prehĺbila dispozičnú zásadu na úkor zásady oficiality, zrýchlila odvolacie konanie, zmenila kasačný princíp s prvkami apelácie na princíp výrazne apelačný s prvkami kasácie a došlo k zásadnému opusteniu úplného revízneho princípu. Rovnako boli stanovené náležitosti obsahu odvolania s priamym dopadom na rozsah preskúmania rozsudku. Uplatnil sa princíp zákazu *reformatio in peius* a zaviedol sa nový spôsob rozhodnutia o odvolaní jeho odmietnutím.

Novela súčasne zaviedla dovolanie ako nový druh mimoriadnych opravných prostriedkov. Oprávnený na podanie dovolania je najvyšší štátny zástupca a obvinený a o dovolaní rozhoduje Najvyšší súd Českej republiky.

Na Slovensku Trestný poriadok z roku 1961 bol nahradený rekodifikovaným Trestným poriadkom (Zák. č. 301/2005 Z. z.), ktorý nadobudol účinnosť 1. 1. 2006.

Literatúra

BARTOŠEK, M.: *Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje)*. Praha : Academia (1995), 280s.

HUBENÁK, L.: *Právne dejiny Slovenska do roku 1945*. 2. diel. Banská Bystrica : Univerzita Mateja Bela (2001)

IVOR, J. a kol.: *Trestné právo procesné*. Druhé, doplnené a prepracované vydanie. Bratislava : Iura Edition (2010)

KLÍMA, J.: *Nejstarší zákony lidstva*. Praha : Academia (1979), 384 s.

LACLAVÍKOVÁ, M./ŠVECOVÁ, A.: *Pramene práva na území Slovenska II. 1790-1918*. Trnava : Typi (2012)

MALÝ, K.: *K historickému vývoji nápravy vadných rozhodnutí v našem právu. Problémy dějin a teorie státu a práva*. Praha : Univerzita Karlova (1982)

MILOTA, A.: *Trestní řád platný na Slovensku a Podkarpatské Rusi se zákony vedlejšími*. Kroměříž : J. Gusek (1929)

- MUSIL, J./KRATOCHVÍL, V./ŠÁMAL, P.: *Trestní právo procesní*. 2. přepracované vydání. Praha : C.H. Beck (2003)
- NEČADA, V.: *Přehled novel trestních kodexů v období od listopadu 1989 do konce roku 1999*. Praha : Institut pro kriminologii a sociální prevenci (2000)
- OLEJ, J.: K novelám Trestného poriadku platného v Slovenskej republike. In: *Bulletin advokácie* (1999), č. 1, s. 41-45.
- OLEJ, J.: O novele Trestného poriadku Slovenskej republiky. In: *Bulletin advokácie* (2000), č. 1, č. 5, s. 97-103.
- PIPEK, J.: Novelizace úpravy odvolání v trestním řízení. In: *Bulletin advokace* (2001), č. 11-12, s. 93-98
- REBRO K./BLAHO, P.: *Rímske právo*. Tretie doplnené vydanie. Bratislava : Iura Edition (2003)
- SKŘEJPEK, M.: *Bibliographia Iuris Romani Criminalis*. Praha : C.H. Beck (2011), 888s.
- STIPTA, I.: *Dejiny súdnej moci v Uhorsku do roku 1918*. Košice : Univerzita PJŠ (2004)
- ŠÁMAL, P.: Dovolání – nový mimořádný opravný prostředek v trestním řízení. In: *Bulletin advokace* (2001), č. 11-12, s. 103-104.
- ŠÁMAL, P.: *Základní zásady trestního řízení v demokratickém systému*. Praha : Codex Bohemia (1999)
- VLČEK, E.: *Dějiny trestního práva v českých zemích a v Československu*. Brno : Masarykova univerzita (2004)
- VOJÁČEK, L./SCHELLE, K./KNOLL, V.: *České právní dejiny*. Plzeň : Aleš Čeněk (2008)

Summary

The existence of a criminal appeal proceeding is regarded as one of the basic attributes of the criminal justice proceedings in a mature democratic society. Any decision in criminal proceedings may be of objective and subjective reasons wrong and therefore there must be a legitimate means to revise the criminal wrong decision. Article highlights the progressive possibilities for revision of criminal decisions from the earliest times to the present. Particular attention is paid to individual correctional measures and possibilities of their use in criminal proceedings in the territory of Czech Republic and Slovakia from the Middle Ages to the present times. Historical aspects of the development of criminal appeal proceedings point to the fact that the correctional measures in criminal proceedings had been implemented only gradually and with great difficulties.

Bardejovský humanista Valentín Ecchius a rímske právo

Daniel Škoviera

V argumentačnej zložke rozpravy *De reipublicae administratione* (1520) sa novopečený Bardejovčan Valentín Ecchius z Lindavy (1494? – 3. 9. 1556)¹ opieral o tri zdroje: antickú učenosť, právo, Bibliu. Filozofia mu poskytovala zdôvodnenia založené na prirodzenom rozumovom poznaní, citáty z Písma náležite podčiarkovali transcendentný rozmer ľudského konania vrátane večnej sankcie, právne predpisy zakotvovali autoritu pravidiel usmerňujúcich život usporiadanej ľudskej spoločnosti. Pravda, mladý, vtedy asi 25-ročný autor, sa opakovane odvolával na pramene rímskeho práva iste aj preto, aby jednoznačne osvedčil svoju príslušnosť k humanistickému hnutiu. Podobne sa totiž s humanistami identifikoval v učebnici *De versificandi arte*, keď polemizoval so stredovekými teoretikmi a odkazoval na zástavnikov správneho veršovania podľa antických vzorov – teoretikov, akým bol napr. Poliziano, i praktikov, akým bol Mantuanus.

V zaalpských krajinách bol spojený intenzívnejší záujem o rímske civilné právo s talianskou renesanciou, dokonca jeho vyučovanie dlho ostávalo doménou, v ktorej panovali znalci pochádzajúci z Apeninského polostrova.² Hľadieť na štúdium rímskych zákonov, na záujem o rímske právne normy a ich preferovanie ako na číro módny jav sa dá iba z úzko prakticistického hľadiska. V skutočnosti išlo predsa len o viac. Prebojovanie univerzálneho a integrujúceho *ius civile* totiž vo vtedajšej Európe zároveň oslabovalo pozície partikularizmu, ktorý reprezentovala miestna právna prax. Tak sa najmä zásluhou renesančných humanistov stalo rímske právo pevnou súčasťou vzdelávacieho programu v Európe³ a spolu s antickým ideovo-estetickým dedičstvom a kresťanstvom nadobudlo nespochybniteľné postavenie jedného z pilierov európskej kultúry.

¹ Bližšie životopisné údaje prinášajú WESZPRÉMI, Š.: *Succincta medicorum Hungariae et Transilvaniae biographia*. II. Viennae (1781), s. 75-87; BARYCZ, H.: *Eck Walenty*: Polski Słownik Biograficzny, VI. Kraków (1948), s. 198 f. (s ďalšou literatúrou); ŠKOVIERA, D.: Bardejovčan Valentín Ecchius a jeho učebnica *Ars versificandi*. Bratislava (2002), s. 21-40; GŁOMSKI, J.: *Deutscher Humanismus 1480 – 1520. Verfasserlexikon*. Berlin (2006), s. v. Eck, Valentin, Sp. 589 – 600; GUITMAN, B.: *Adalékok Eck Bálint életéhez*. Századok, 145 (2011), Nr. 5, s. 1245-1252.

² BARYCZ, H.: *Historja Uniwersytetu Jagiellońskiego w epoce humanizmu*. Kraków (1935), s. 193 nn.

³ K téme viac WACKE, A.: *Die Rezeption römischen Rechts in Europa. Ein einführender Überblick*. OIR 1 (1995), s. 143-163; KISCH, G.: *Humanismus und Jurisprudenz*. Basel (1955), s. 15 nn.

Spoľahlivými údajmi, ako a kde sa náš Ecchius oboznamoval s rímskym právom, nedisponujeme. Pripísať v tomto smere rozhodujúcu úlohu krakovskej univerzite, kam sa zapísal na začiatku zimného semestra 1511/1512, však asi nemôžeme. Krakovskí kánonisti síce v priebehu 15. storočia získali veľmi dobrú povesť, ale okolo prelomu storočí zasiahol citeľný úpadok aj kedysi renomované cirkevnoprávne disciplíny a rímske právo bolo na tom vtedy ešte horšie. Na svoju prvú univerzitnú katedru muselo v Krakove čakať až do roku 1533. Zriadil ju humanisticky zameraný biskup a absolvent rímskej legistiky v Bologni Peter Tomicki s tým zámerom, aby sa lekcie z justiniánskych *Institutiones* konali konečne aj v Krakove. O skutočnej recepcii rímskeho práva sa v Krakove dá hovoriť až po roku 1542, keď sem prišiel Španiel Peter Roysius, avignonský žiak toho Andrea Alciata (1492 – 1550), ktorý zaznamenal úspech predovšetkým ako tvorca básnicko-výtvarného emblematického žánru. Ostatne aj sám Roysius zavše koketoval s básnickou múzou.

Nemecké univerzity držali v oblasti recepcie rímskeho práva citeľný náskok – už od roku 1461 sa prednášalo v Bazileji, od roku 1478 v Ingolstadte a od roku 1494 vo Viedni, kde prednášal humanistické disciplíny a právo Hieronym Balbus. Balbus je svojou hodnosťou prepošta Dómu svätého Martina priamo spojený aj s dejinami Bratislavy, ale *Academia Istropolitana* bola roku 1515, keď nastúpil do uvedenej cirkevnej funkcie, už celé desaťročia iba spomienkou na minulosť. Sám Balbus sa vyznačoval neobyčajnou neposednosťou a ani vo Viedni sa neusadil na dlhší čas. Po jeho odchode z Viedne roku 1498 prevzal univerzitný učiteľský úrad Ján Silvius Amatus.⁴

No ani jeho nástupca Silvius Amatus zrejme nevedel usadlejší spôsob života. Na začiatku 16. storočia sa objavil v Krakove, ale udomáčniť rímske právo na tamojšej univerzite sa nepodarilo ani jemu. Ostal rovnako neúspešný ako jeho predchodca Ján Ursinus, nadšený humanista a licenciát práv, ktorý sa o to pokúsil roku 1495. Z úspechu sa v Krakove netešil ani doktor obidvoch práv Ludovico d'Aliphio, ktorý prišiel roku 1518 z Itálie v sprievode novej kráľovnej Bony Sforzy ako jej kancelár.

⁴ BARYCZ, H.: Historia Uniwersytetu Jagiellońskiego, s. 194 a 209 nn.; GARBACIK, J.: Ohnisko nauki i kultury renesansowej (1470 – 1520). In: Lepszy, K.: Dzieje Uniwersytetu Jagiellońskiego w latach 1364 – 1764, I. Kraków (1964), s. 205 a WYCZAŃSKI, A.: Uniwersytet Krakowski w czasach złotego wieku. In: Lepszy, K.: Dzieje Uniwersytetu Jagiellońskiego w latach..., s. 133 n. Pomeri v krajinách českej koruny sa zaoberal BOHÁČEK, M.: Die Einflüsse des römischen Rechts in Böhmen und Mähren. In: *Ius Romanum Medii Aevi*, Pars V 11. Mediolani (1975). Pozri aj Antika a česká kultura. Praha (1978), s. 201 nn. Podrobný portrét Hieronyma Balba spracoval OKÁL, M.: Hieronymus Balbus. Zprávy Jednoty klasických filológů 13/1971, č. 3, s. 91-117.

V tom istom roku už bol Ecchius usadený v Bardejove a v tomto prosperujúcom meste rozbiehal svoju pedagogickú a najmä politickú kariéru. Je samozrejmé, že keď sa Ecchius usadil na severovýchode Uhorska, vonkoncom to neznamenalalo ukončenie alebo prerušenie stykov s krakovskou Alma Mater a tamojšími vzdelancami. Už aj preto nie, lebo vo vtedajšej metropole Poľska sa nachádzali k Bardejovu najbližšie funkčné tlačiarne. Nedá sa teda celkom vylúčiť vplyv Ludovica d'Aliphio na spracovanie dialógu *De reipublicae administratione*, ale nie sme schopní konkretizovať ho a vecne doložiť. Keďže aj vo svojej prozaiickej prvotine, v učebnici veršovania *De arte versificandi*, Ecchius presvedčivo ukázal, že disponuje solídnym poznaním prác italských humanistov,⁵ smieme predpokladať, že sa jeho takto smerovaný záujem vzťahoval aj na podnety právnej romanistiky. V takom prípade možno prítomnosť juridických argumentov v uvedenom politicko-teoretickom spise spájať s autorovou právnohistorickou lektúrou. Pochopiteľne, pokiaľ ide o možné vplyvy, nesmieme zabúdať, že v Nemecku v tom čase dorastala celá generácia žiakov vynikajúceho právnika Ulricha Zasía.

Kráľ Matej Korvín, ktorý bol moderným prúdom vzdelanosti viac ako naklonený, sa roku 1486 pokúsil v Uhorsku zhora presadiť recepciu rímskeho práva. Jeho *Decretum maius*, ktoré skoncipovali italskí humanisti činní na jeho dvore, však bolo roku 1492 zrušené. Rímske právo ako také sa potom stalo predmetom vedeckého štúdia, inšpirovalo teda iba teoretickú reflexiu a slúžilo ako vzor jasného právnického formulovania. Postavenie záväznej normy však nemalo.

Skutočnosť, že Ecchius zaradil do arzenálu svojich argumentov citáty z rímskych právnych zbierok, určite nemožno interpretovať len na prejav obdivu voči géniovi antického Ríma. Ako pravdepodobnejšie sa javí, že v prvom rade mu išlo o to, aby dal verejnosti signál podobný tomu, aký vnímame v spise *De arte versificandi*, kde Ecchius horlivo vystupoval v prospech čistej antickej latinčiny a proti barbarským príručiam, aké reprezentovala stredoveká gramatika Alexandra de Villa Dei: „Nech sa konečne poberú preč tí zlopovestní starci od Flegetóna, ktorí křčovito a v blúznivom ošiali lipnú na bradatých Alexandrových komentároch. Veď sú to doslova labyrintové bludiská! Z nich nielenže nenačerpali ani zamak čistej latinčiny, ale presne naopak – proti skutočným pravopisným pravidlám rozosievajú medzi všetok pospolitý ľud ohurujúce znetvoreniny svojej barbarskosti a zavše s'ľa slepci blúdú na šesť siah povedľa pravého chodníka.“⁶

⁵ ŠKOVIERA, D.: Bardejovčan Valentín Ecchius, s. 114-134.

⁶ „Abeant ergo phlegetontei illi senes barbasculis Alexandri commentariis – tamquam labyrinthis irritamentis – tenaciter atque delirabundi inherentes, ex quibus nil caste latinitatis hauserunt, contra veras orthographię regulas tam stupenda in omne vulgus

V uprednostňovaní rímskeho práva sťa práva univerzálneho na úkor miestneho práva sťa práva partikulárneho môžeme jasne vidieť autorov zámer degradovať miestne pravidlá na úroveň obyčají barbarov, zaostávajúce za ním rovnako výrazne, ako zaostávajú národné jazyky za skvostnou latinčinou. Smieme však aj v citátoch, ktoré Ecchius prevzal z rímskych zbierok, tušiť nejaký aktuálny polemický podtón a v jeho rámci – povedzme – nepriamu kritiku zbierky *Tripartitum*? Zbierka *Tripartitum opus iuris consuetudinarii Inclyti Regni Hungariae partiumque adnexarum* vyšla tlačou po prvý raz vo Viedni roku 1517, teda štyri roky pred Ecchiovým dialógom. Predstavovala zbierku obyčajového práva uhorskej šľachty a jej redigovanie dokončil roku 1514 Štefan Verbóczi, potom čo nadobudol vzorné juristické vzdelanie v Bologni a v Padove, takže svoje rímskoprávne školenie prirodzene uplatňoval aj pri formulovaní teoretických východísk *Tripartita*.⁷ Keďže dopracovanie diela sa časovo zhoduje s ukončením uhorského sedliackeho povstania (*bellum servile*) vedeného Jurajom Dóžom, hľadá sa v *Tripartite* odpoveď – aspoň čiastočná – na uvedené ťažké sociálne nepokoje.

Predpoklad, že Ecchius mal k *Tripartitu* kritický, až odmietavý postoj, spočíva na jednoznačných výhradách, ktoré vyslovil na adresu uhorskej šľachty práve v dialógu *De reipublicae administratione*, ale nemožno ho doložiť explicitným odmietnutím diela.⁸ Ecchius akiste ani nemienil zaujať vyslovene negatívny postoj voči stavovskému zaradeniu. Pri hodnotení *Tripartita* navyše musíme brať na vedomie, že uznávaný právnik a humanista Hieronym Balbus venoval chvále diela, ktoré hodnotil ako výsostne mierotvorné, 38 veršov v elégii *De laudibus Hungariae* a zásluhy autora prirovnal – nepochybne v topickej hyperbole – k zásluhám Kroisa, Solóna, Lykurga ap.⁹

Prejdime teraz od všeobecných úvah k samotným citátom. Je celkom pochopiteľné, že citáty zo zbierok *Institutiones* a *Digesta* boli sústredené v prvej časti dialógu, kde sa Ecchius zaoberal základmi práva. Na čele všetkých jeho juristických citátov stojí slávna sentencia z prvého titulu *Institutiones de iustitia et iure*, ktorú Ecchius reprodukoval takto: *Iuris naturalis praecepta multa sunt, sed haec praecipua, honeste vivere, alterum non laedere, et ius suum cuique tribuere*. Jej znenie je zároveň nepochybne

*suę barbariei monstra disseminant et sex aliquando ulnis a vero tramite tamquam caeci aberrant*⁶ – Ref. 5, 154; pozri aj s. 116.

⁷ SIVÁK, F.: Dejiny štátu a práva na území Slovenska do roku 1918. Bratislava (1998), s. 68.

⁸ Pozri ŠKOVIERA, D.: Der Dialog De reipublicae administratione von dem Humanisten Valentinus Ecchius. Graecolatina et Orientalia 23-24. Bratislava (1995), 82 n.

⁹ OKÁL, M.: Hieronymus Balbus, s. 99; text básne von RETZER, J.: Hieronymi Balbi Veneti, Geurcensis olim episcopi, Opera poetica, oratoria ac politico-moralia. Vindobonae (1791), zv. I, s. 237-238.

ovplyvnené morálno-právnymi zásadami prvého titulu Digest aj Inštitúcií.¹⁰ Zásada „počestne žiť, druhému neublížovať, každému priznať, na čo má právo“ je zároveň nosnou ideou celého dialógu o politickom živote.

Proti poklesnutej morálke predstaviteľov panujúcej vrstvy zákonite mierili ďalšie argumenty odvolávajúce sa na *Institutiones*. Chudobný mešťan Ecchius si tu dovoľil pranierovať nezmyselné mrhanie hmotnými statkami ako osobitnú nerosť a požadovať, aby štát každoročne kontroloval, ako kto hospodári so svojím súkromným imaním. Túto požiadavku zakladal na široko uplatnenej zásade *expedit reipublicae ne sua re quis male utatur*, štátu osoží, aby nikto neužíval svoj majetok zle. Tejto požiadavke dodal váhu tým, že na okraji upozornil na jej prameň, na ôsmy titul prvej knihy Inštitúcií *de his qui sui vel alieni iuris sunt*, založený na reskripte cisára Antonína Pia, ktorým boli otroci chránení pred neúmernou tvrdosťou zo strany majiteľa.¹¹

Aj ďalšia požiadavka hlavnej postavy dialógu má zároveň etický rozmer, keď úradníkovi s rozhodovacou právomocou dôrazne ukladá, aby za každých okolností zaujímal nepredpojatý postoj a pri výroku sa riadil výlučne právnymi normami. Ecchius pritom cituje zo štvrtej knihy Inštitúcií začiatok 17. titulu O úrade sudcu *nec aliter iudicet quam quod aut constitutionibus uel moribus sit proditum*.¹²

Ecchiova ideálna osobnosť politického života, pretože napĺňala najvyššie mravné kritériá, mala za úlohu udržiavať mier medzi vrstvami spoločnosti a tak bdieť nad verejným poriadkom. S tým súvisí viac ráz prízvukovaná zásada, že jednotlivé sociálne vrstvy musia oddeľovať presné a jasné hranice.¹³ V tomto postuláte smieme vidieť zároveň implicitnú kritiku osôb, ktoré sa veľmi rýchlo spoločensky vyšvihli. Týkalo sa to vtedy aj ostrihomského arcibiskupa Tomáša Bakóca, ktorého prehnané ambície – okrem iného vyvíjal iniciatívu, aby bol zvolený za rímskeho pápeža – mali v konečnom dôsledku nemalý podiel na vypuknutí katastrofálneho uhorského sedliackeho povstania r. 1514. Ecchius sa síce priamo nevyjadruje, ale k otázke *pax ordinum* píše: „*Insuper haec tam assidua conuersatio contemptum generare solet haud secus ac raritas admirationem*“,

¹⁰ Pokiaľ ide o Inštitúcie, odkazujeme na vydanie Justiniánske Inštitúcie. Preložil, úvod a poznámky napísal, registre a bibliografiu zostavil Peter Blaho. Trnava (2000) (= B). Paginácia Ecchiovoho spisu sa pridrižiava latinsko-slovenského vydania Valentína Ecchius Lindaviensis: *De reipublicae administratione dialogus ...* Edidit Daniel ŠKOVIERA. Bratislava (2006) (= RPA), s. 52; Inst. I,1,3 (B, s. 39 prekladá „čestne žiť, nikomu neublížovať, každému priznať, čo mu patrí“; latinský text s. 251); D. I,1,10. Por. Cicero, *De officiis* I 29,99 a III 19,76.

¹¹ RPA, s. 58; Inst. 1,8,2 (B, s. 48: „spoločenstvu je prospešné, že nikto nezneužíva svoju vec“; latinský text s. 257).

¹² RPA, s. 74; Inst. 4,17 (B, s. 231: „aby nerozhodol inak, ako nariaďujú zákony alebo konštitúcie alebo obyčaje“; latinský text s. 231).

¹³ K tomu ŠKOVIERA, *Der Dialog De reip. administratione*, s. 77.

navyše také spolunažívanie s bežným prostredím zvyčajne plodí pohrdanie celkom tak isto, ako zriedkavé vystupovanie prináša obdiv. Svoju výpoveď podopiera dvoma titulmi z prvej knihy Digest – ide o titul 18,19 *de officio proconsulis et legati: ex conversatione aequali contemptio dignitatis nascitur*, a titul 16,9 *circa advocatos patientem esse proconsulem oportet, sed cum ingenio, ne contemnibilis esse videatur*. Posledne citovaný titul figuruje iba v podobe marginálnej poznámky, ktorú Ecchius nezačlenil do vlastného textu dialógu.¹⁴ Aby svoje predstavy o tom, ako sa hodnostári majú správať, názorne ilustroval, doplnil viac-menej suché právnické postuláty o príklady z antiky. Ako vzor mali podľa neho slúžiť osobnosti typu Scipiona Staršieho, cisára Hadriana a Alexandra Veľkého.

Otázky autority sa týka aj ďalší citát z Digest, o ktorý sa opiera požiadavka, aby sa verejne činný muž vždy dokonale ovládal a vedel úplne potlačiť osobné emócie. Iba tak bude schopný účinne sa brániť proti nepriazni, pohrdaniu alebo nátlaku zo strany ľudu. Ecchius si želá, aby jeho príkladný sudca nadobudol cnosť, ktorá sa spravidla viaže na osobnostný profil pravého stoického mudrca: neotrasiteľná stálosť, *constantia*, *ataraxia*. Požiadavku krajnej sebakontroly podčiarkuje Ecchius lakonickým konštatovaním Digest: *Non est enim constans iudex, cuius animi motus vultus detegit*.¹⁵ V pozadí sa teda opätovne vynára predstava o vláde filozofov alebo filozofujúcich politikov, ku ktorej sa Ecchius – zrejme aj trochu hyperbolicky – prihlásil hneď v prvých slovách venovacieho predhovoru: *Plato, philosophorum deus, rempublicam instituens, nobilissime Thurso, beatas fore civitates dixit, ubi vel sapientes imperitarent vel principes ipsi iugem philosophiae operam impenderent*.¹⁶

Vzťahy k rímskoprávnym prameňom sa dotkli aj oblasti, ktorá s politickým životom súvisí iba veľmi vzdialene, s etymologizovaním. Táto záľuba bola vzdelancom stredoveku blízka a poznačila aj Ecchia, ktorý ju predviedol na určovaní pôvodu osobných mien. Jeho Filomathes, mladík natoľko prahnúci po poznaní, že donúti skúseného politika Etnearcha, aby obetoval svoj vzácny čas na inštruktívny rozhovor, totiž v závere dialógu cituje školskú poučku *debent enim specierum nomina rerum proprietatibus convenire*. Táto veta vlastne iba reprodukuje sentenciu, ktorú čítame v Inštitúciách *sed nos ... consequentia nomina rebus esse studentes constituimus*,¹⁷ ale využíva ju v odlišnom kontexte, ktorý je spojený s priestorom právnych predpisov iba veľmi voľne a inklinuje

¹⁴ RPA, s. 60; D. 1,18,19 a 1,16,9,2.

¹⁵ RPA, s. 72; D. 1,18,19,1: *id enim non est constantis et recti iudicis, cuius animi motum vultus detegit*.

¹⁶ RPA, s. 40.

¹⁷ RPA, s. 94; Inst. 2,7,3 (B, s. 94: „Želáme si doviest’ právne pravidlá k najvyššej dokonalosti a v úsilí veci nazvať správne, sme určili ...“, latinský text s. 289).

skôr k filozofii, možno v ňom zachytiť dávny spor stredovekých nominalistov a realistov. Na tomto mieste však sotva možno trvať na tom, že ide o priamy vplyv Inštitúcií. V rozpore s tým, čo vieme o spôsobe, akým pracoval a písal náš mladý humanista, sa text neoháňa autoritou Justinianovej príručky. Z toho vyplýva záver, že na ňu nebol v tomto prípade odkázaný.

Etymologizujúci prístup k reči však Ecchius určite miloval a pri hľadaní pôvodu slov mu vôbec neboli cudzie ani konštrukcie a hračky, ktoré sú z dnešného hľadiska komické. V čase vydania predmetného dialógu o spravovaní vecí verejných do základu prepracovával svoju učebnicu veršovania *De versificandi arte opusculum* (1521) a aj do jej druhého vydania zaradil celý rad pseudoetymológií. Pravda, za mnohé z nich – možno nevedomky – vďačí uznávanej zbierke Izidora zo Sevilly a k nemu sa dostali prostredníctvom sekundárnych textov, predovšetkým cez učebnice gramatiky.¹⁸ Aj v práve zmienenom prípade budeme teda stáť pravde bližšie, ak budeme predpokladať, že svoje etymologizovanie skôr prevzal z praxe stredovekého školstva, než že by vedome uplatnil humanistickú zásadu *ad fontes*.¹⁹ Žiada sa azda dodať, že Ecchius resp. jeho Filomathes spájal uvedené úvahy s Aristotelom a jeho Metafyzikou; naznačuje to marginálny odkaz *Aristo.lib.4.Metha*.²⁰ Hľadať za týmto výrokom čosi ako vyhranenú filozofickú orientáciu a prípadnú polemiku s líniou Platónovho Kratyla by však bolo nielen prehnané, ale aj celkom mylné.

Dôležitý podiel na juristických argumentoch pripadol v Ecchiovom spise zbierkam z cirkevného práva. No ak si všimame silu argumentov, ktoré z nich náš vzdelanec čerpal, za argumentmi opretými o rímske *Corpus Iuris Civilis* vonkoncom nezaostávajú, ba čo sa týka množstva, ďaleko ich predstihujú. Ecchius nemal v podstate nijaký dôvod, aby robil rozdiel medzi profánnym právom rímskeho impéria a právnou základňou rímskokatolíckej cirkvi. Dá sa povedať, že *ius utrumque* pokladal za súčasť spoločného práva, *ius commune*. Ecchius sa spravidla odvoláva na *Decretum Gratianum*, kým *decretales* sú zastúpené jediným citátom. Presnosť a sled týchto odkazov nás oprávňuje predpokladať, že mal pred sebou ich autentický text. V nápadne veľkom počte odkazov zasa môžeme vidieť snahu ulahodiť svojmu mecénovi Alexejovi Thurzovi a vzdelaným uhorským čitateľom, pretože kánonické právo sa v Uhorsku prijímalo ako súčasť právneho systému.

¹⁸ Pozri ŠKOVIERA, Bardejovčan V. Ecchius, s. 11 n.

¹⁹ Por. CURTIUS, E. R.: Evropská literatura a latinský středověk. Přel. Jiří Pelán/Jiří Stromšík/Irena Zachová. Praha (1998). – Exkurs XIV: Etymologie jako forma myšlení, s. 531-538; KALIVODA, J.: Isidor ze Sevilly a jeho pravda slov. In: Isidor ze Sevilly, Etymologiae I – III (paralelné latinsko-české vydanie, preklad pripravil Daniel Korte). Praha (2000), s. 11-33.

²⁰ Pozri RPA, s. 94 a 95.

Keďže dialóg o spravovaní štátu bol adresovaný Thurzovi a v neskorších prácach už Ecchius týmto spôsobom neexponoval svoju odbornú kompetenciu v oblasti práva, môžeme predpokladať, že početné odkazy na právne pramene mali Thurzovi, ktorý práve postúpil na miesto kráľovského sekretára, ukázať, že nášmu mladému vzdelancovi slobodno pomýšľať na lepšiu než iba na učiteľskú kariéru. Jeho vzostup sa napokon uskutočnil. Ecchius sa totiž v Bardejove vyšvihol z funkcie mestského notára tri razy až do richtárskeho kresla, ba od kráľa Ferdinanda dostával aj rozličné diplomatické poverenia.

Na záver treba povedať, že ani v dialógu *De reipublicae administratione* (1520) Ecchius navonok nehierarchizoval svoje pramene. Popri antických autoroch sa rovnocenne uplatňuje Biblia, popri *Corpus Iuris Civilis* cirkevné kánony – pravda, Gratianova zbierka sa dostáva k slovu oveľa častejšie ako Corpus.²¹ Smieme teda hovoriť o symbióze, ktorou sa náš Valentín Ecchius zaradil do erazmovského typu humanizmu. Kým generácia našich mladších humanistov – napr. Stöckel, Rakovský, Koppay – neaplikovala vo svojich politologických úvahách právne texty, podobnú metódu ako Ecchius použil poľský vzdelanec Andrej Frycz Modrevius v rozsiahlom spise *Commentariorum re publica emendanda* (1551, 1554).

Zusammenfassung

Ecchius gewann die im Dialog *De reipublicae administratione* (1521) verwendeten Argumente aus drei Hauptquellen. Es waren: die Gelehrtheit der Antike, das Recht, die Bibel. Durch die Argumente römisch-rechtlichen Ursprungs wollte er gleichzeitig seine Zugehörigkeit zu der damaligen renaissance-humanistischen Bewegung kundgeben. Er kritisierte nicht nur die lateinischen Grammatikbücher des Mittelalters, sondern auch die Unsitten des ungarischen Adels. Die ungarische Rechtssammlung *Tripartitum* (1517) bewunderte er offensichtlich nicht. Die von Ecchius aus den Justinianischen *Institutiones* und aus *Digesta* zitierten Stellen waren jedoch nicht besonders zahlreich und wurden in dem ersten Teil des Dialogs konzentriert. Wesentlich öfters berief er sich auf das *Decretum Gratianum*. Allerdings hielt er das römische Recht und Kirchenrecht für das *ius commune*.

²¹ Podrobnejšie ŠKOVIERA, D.: Antike Autoren als Quellen der Argumentation in dem Dialog *De reipublicae administratione* (1520) von Valentin Ecchius. Zborník FiF UK Graecolatina et Orientalia 25-26, s. 141-157; Die Bibel und Corpora iuris als Quellen der Argumentation *De reipublicae administratione* (1520) von Valentin Ecchius. Zborník FiF UK Graecolatina et Orientalia 27-28, s. 55-71.

Výkon rozhodnutia prostredníctvom *manus iniectio*

Michal Turošík

Tento článok sa zaoberá starorímskym inštitútom *manus iniectio*. Išlo o prostriedok výkonu rozhodnutia, ktorý spočíval v osobnej exekúcii žalovaného. V tomto príspevku túto osobu označujeme viacerými pojmami, ktoré sú pre ňu príznačné a pre výkon rozhodnutia určite aktuálne. Dlžník, teda ten, čo bol povinný alebo zodpovedný za plnenie povinností vyplývajúcich zo záväzku, ktorého po ich neplnení veriteľ žaluje, sa stal žalovaným a následne po vynesení kondemnačného rozsudku odsúdeným.

Prvý vývojový typ rímskeho procesu je známy ako legisakčné konanie, pozostávajúce zo systému 5 žalôb. Prvé tri z týchto žalôb slúžili na klasickú ochranu ohrozených alebo poškodených záujmov subjektov práva. Zvyšné dve boli koncipované ako prostriedky na uplatnenie nevykonaného rozhodnutia. Išlo o žaloby *legisactio per manus iniectioem* a *legis actio per pignoris capionem*.

Ako už napovedá názov prvej z uvedených exekučných žalôb, ide o žalobu ktorej základom bolo starorímske zmocnenie sa osoby do „područia“, *manus iniectio*. Na rozdiel od súčasnej formy výkonu právoplatných rozhodnutí, ktorá spočíva najmä v majetkovej exekúcii ako logického dôsledku nedotknuteľnosti osoby, vývoj základných práv jednotlivca v otrokárskejších štátoch samozrejme v tomto období dovoľoval siahať aj po osobnej, či možno dokonca povedať telesnej zodpovednosti za nesplnenie povinnosti vyplývajúcej z právneho alebo protiprávneho úkonu či súdneho rozhodnutia. Priebeh nastúpenia tejto zodpovednosti, teda samotného aktu *manus iniectio* upravuje už Zákon XII tabúl prostredníctvom III. tabule.¹

Samotné podružie, *manus iniectio* prichádzalo do úvahy v troch prípadoch. V prvom prípade išlo o situáciu, kedy bol zodpovedný odsúdený na plnenie. V druhom prípade povinný sám uznal nárok žalobcu resp. oprávneného². Posledným prípadom prípustnosti výkonu rozhodnutia bola situácia, ak bola jeho zodpovednosť nepochybná, aj napriek absencii rozsudku či dokonca samotnej žaloby, pretože ju potvrdil prétor už v konaní *in iure*. Spoločným menovateľom všetkých troch situácií, keď následne mohlo dôjsť k výkonu

¹ Lex duodecim tabularum, Tabula III,1-6. In: SKŘEJPEK, M.: Prameny římského práva. Praha (2004), s. 33.

² Napr. prostredníctvom *confessio in iure*.

rozhodnutia, bola absencia jeho dobrovoľného výkonu. Lehota dobrovoľného plnenia povinností bola v uvedených prípadoch v zásade 30 dní. Táto bola stanovená už samotným Zákonom XII tabúl' takto: „ Tým, ktorí uznali dlh a boli riadne odsúdení, nech je daných zákonných 30 dní“³. Ak sa tak nestalo, teda plnenie nenastalo alebo sa neplnilo riadne, predviedol oprávnený zodpovedného pred prétorom, ktorý mohol vysloviť potvrdenie, čím akt osobnej exekúcie získal podľa autora legitimáciu, keďže bol potvrdený prétorom ako zástupcom štátu. O tomto potvrdení sa budeme zmieňovať nižšie. Oprávnený vykonal symbolický akt polozenia ruky (*manus*) na povinného a vyriekol túto formulu: „*quod tu mihi iudicatus sive damnatus est sestertium decem milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium iudicati manum inicio*“⁴.

Vyrieknutie tejto formulky bolo prípustné, iba ak plnenie, ktoré nebolo dobrovoľne plnené, spočívalo v peniazoch. Ak to tak nebolo, muselo vykonávaciemu konaniu predchádzať oceňovacie konanie *arbitrium litis aestimandae*, na základe ktorého sa stanovila hodnota predmetného plnenia. Táto zásada súvisela s princípom oceníteľnosti plnenia. Len také plnenie mohlo byť predmetom záväzku, ktoré bolo možné oceniť v peniazoch. V podobnom duchu platila aj procesná zásada, na základe ktorej každý rozsudok musel znieť na peniaze⁵. Po vyrieknutí formulky a dokončení *manus iniectio* sa spod područia povinný nemohol oslobodiť prostredníctvom vlastného konania. Možno tak povedať, že na základe vykonávacieho konania došlo k obmedzeniu spôsobilosti právne konať a insolventný dlžník sa ocitol v moci oprávneného. V súlade so spomenutými podmienkami sa personálna exekúcia vykonávala 30 dní po rozsudku, či uznaní žalobcovho nároku. Dlžník mal ďalších 60 dní, počas ktorých mohol byť podľa vôle žalobcu spútaný okovami: „...spúta ho buď povrazom, alebo okovami nie ťažšími ako 15 libier, alebo ak bude chcieť, ľahšími“⁶. Počas tohto obdobia sa už dlžník nemohol vykúpiť sám, ale len prostredníctvom tretej osoby (*vindex*). Tento mohol vstúpiť do exekučného konania ako intervenujúci na strane dlžníka a formálne odbiť položenú ruku (*manum depellere*). Týmto úkonom vstúpil do sporového konania so

³ Lex duodecim tabularum, Tabula III,1 In: SKŘEJPEK, M.: Prameny římského práva. Praha (2004), s. 33.

⁴ V prípade, že išlo o situáciu, kedy bola zodpovednosť povinného nepochybná aj napriek odsudzujúcemu rozsudku, sa výraz *iudicati* nahrádzal spojením *pro iudicato*.. V preklade: „... pretože si mi bol odsúdený na zaplatenie 10 000 sesterciov, a pretože si nezaplatil, pokladám na základe rozsudku na 10 000 sesterciov ruku na teba...“. Gai. Inst. 4,21.

⁵ *Omnis condemnatio pecuniaria est*.

⁶ Lex duodecim tabularum, Tabula III,3 In: SKŘEJPEK, M.: Prameny římského práva. Praha (2004), s. 33.

žalobcom o zmocňovacie právo na osobu dlžníka. Ak vyhral *vindex*, bol dlžník voľný. Ak však prehral, suma výkupného sa zdvojnásobila (*infitiando lis crescit in duplum*). Neodôvodneným spochybňovaním sa predmet sporu násobí, čo nazývame tzv. litiskrescenzia.⁷ Zdvojnásobenie hodnoty ako následok nepremysleného konania, možno v rímskom práve badať ako častú formu sankcie. Okrem popisovaného pokusu o vykúpenie, sa s touto sankciou môžeme stretnúť aj pri neodôvodnenom popieraní žaloby, keď sa žalobný úmysel zdvojnásobí. Zdá sa že, že Rimania túto formu sankcie používali ako určitý typ prevencie pred nepremyslenými pokusmi subjektov práva o zmenu práv a povinností, ktoré samozrejme vyvolávali náklady, keďže tu dochádzalo k zbytočnej a bezvýslednej aktivite nielen na strane procesných strán (prípadne tretej osoby), ale aj na strane prétora. Takáto forma sankcie mala podľa názoru autora podporiť hospodárnosť konania.

Osobitným prípadom bolo tzv. *manus iniectio pura*. V tomto prípade nepotreboval dlžník na odvrátenie „položenej ruky“ žiadnu tretiu osobu, ale bol spôsobilý sám dosiahnuť tento stav, teda sa z *manus iniectio* vykúpiť.

Samozrejme mohla nastať aj opačná situácia, a síce, že *manus iniectio* nedokázal odvrátiť povinný sám, ani prostredníctvom tretej osoby. V takomto prípade prétor skúmal, či boli podmienky tohto inštitútu skutočne splnené. Ak zistil pozitívny výsledok, pririekol osobu insolventného dlžníka oprávnenému do svojej moci. Prétor v prípade potreby mohol vysloviť aj formálne potvrdenie tohto úkonu, *addictio*. Toto potvrdenie sa však udeľovalo iba v prípade splnenia 3 podmienok:

- a) oprávnenie zmocniť sa osoby podradujúceho sa subjektu muselo byť nepopierateľné. Tak to bolo, ak bolo toto oprávnenie potvrdené odsudzujúcim rozsudkom, alebo ručiaci dobrovoľne uznal nárok protistrany, prípadne ak bolo zo skutkového stavu veci toto oprávnenie bez akýchkoľvek pochybností jasné.⁸ Posledný prípad vystihujú najmä situácie, keď zodpovednosť podradujúcej sa osoby pochádza z literálnych zaväzovacích úkonov.
- b) druhou podmienkou bola už spomínaná pevne stanovená suma výkupného. To znamená, že ak bolo zmocnenie sa osoby následkom napr. poškodenia vecí, musel byť konkrétne vyčíslený rozsah škody, ktorá mala byť nahradená prostredníctvom výkupného. Ak bolo predmetom žaloby iné plnenie, stanoveniu sumy muselo predchádzať tzv. oceňovacie konanie, v ktorom sa nerozhodovalo o merite veci, teda či bol alebo nebol spáchaný skutok, ktorý sa vyčítal žalovanému, ale išlo tu o výšku rozhodnej sumy požadovanej ako výkupné.

⁷ KASER, M./KNÜTEL, R.: Römisches Privatrecht. München (2008).

⁸ KASER, M./KNÜTEL R.: Römisches Privatrecht. München (2008).

c) Treťou podmienkou udelenia súhlasu magistráta s výkonom osobnej exekúcie bolo uplynutie lehoty 30 dní, ktorá, ako sme spomínali, slúžila odsúdenému dlžníkovi ako lehota dobrovoľného plnenia. Slúžila odsúdenému dlžníkovi na zaplatenie predmetnej sumy, prepustenie či iné vyrovnanie sa so žalobcom.

Pokiaľ výkupné nebolo zaplatené, musel žalobca dlžníka predviesť prétorovi⁹ a verejne vyhlásiť dlhovanú čiastku. Okrem okov však musel žalobca povinného vyživovať. Podľa Zákona XII tabúl bol žalobca v prípade, že sa povinný nebude vyživovať sám, nútený dávať mu „libru múky“ alebo aj viac.¹⁰ Následne ho musel po tri za sebou nasledujúce trhové dni, predviesť pred prétora na súdne pódium. Tam muselo byť verejne oznámené, aká je dlžná suma, za ktorú mohol byť vykúpený. Ak sa počas týchto troch dní nenašiel nikto, kto by povinného vykúpil, mohol ho oprávnený formálne odvieť za riekou Tiber,¹¹ čím sa stal jeho otrokom. Ako takého ho mohol predat', a tak uspokojiť svoje záväzky. Starorímske právo hovorilo aj o usmrtení.¹² Zákon XII tabúl ho konkrétne uvádza v poslednom ustanovení, kde sa hovorí: „Tretieho trhového dňa, nech ho rozsekajú na časti. Ak si useknú menej, či viac, nech im to nie je na škodu.“¹³ Naráža sa tu v prvom rade na spomínanú lehotu troch dní, počas ktorých je insolventný dlžník predvádzaný na trh a pred prétora, ako sme spomínali. Samozrejme najdrastickejšie vyznieva ustanovenie, podľa ktorého, ak bolo na oprávnenej strane viacero subjektov, každý si mohol z dlžníka useknúť ľubovoľne veľký kus tela. Max Kaser však k tomuto ustanoveniu dodáva, že ide o veľmi záhadné a určite diskutabilné ustanovenie.¹⁴ Neisté je podľa neho to, či sa skutočne ide o delenie tela dlžníka. Pripúšťa, že by sa v tomto zmysle mohlo jednať aj o prípadné delenie dlžníkovho majetku (samozrejme ak nejaký mal). Treťou možnosťou, ktorú Kaser vníma, je delenie kúska medi, ktorá bola použitá pri mancipácii ako akte *per aes et libram*. Ako sám priznáva, v tomto prípade neexistuje uspokojivá odpoveď poskytujúca presvedčivé argumenty, na základe ktorých by sa dalo prikloniť ku ktorejkoľvek možnosti. Ak skutočne išlo o delenie mŕtvol, mohlo takéto ustanovenie pôsobiť v mnohých smeroch motivujúco.

⁹ Prípadne inému magistrátovi.

¹⁰ Lex duodecim tabularum, Tabula III,4 In: SKŘEJPEK, M.: Prameny římského práva. Praha (2004), s. 33.

¹¹ Použitie formálneho *trans Tiberim* označovalo vznik otroctva slobodného insolventného dlžníka.

¹² BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva. Praha (1994).

¹³ Lex duodecim tabularum, Tabula III,6 In: SKŘEJPEK, M.: Prameny římského práva. Praha (2004), s. 33.

¹⁴ KASER, M./KNÜTEL, R.: Römisches Privatrecht. München (2008).

Už samotný strach pred smrťou a potupením bol motiváciou dlžníka, aby sa nezadlžoval alebo v prípade svojej insolventnosti, aby sa pokúsil primäť iného, aby plnil. V prípade pozdržania vydania mŕtvoly dlžníka a jej delenia mohlo ísť podľa Kasera o motiváciu príbuzných alebo priateľov dlžníka na uspokojenie veriteľa alebo veriteľov. Týmto by mohli dosiahnuť vydanie mŕtvoly na jej klasické pochovanie v zmysle sakrálnych tradícií a ustanovení.¹⁵ Podľa autora tejto práce je však táto domnienka správna, len ak by išlo o vydanie mŕtvoly za čiastočné uspokojenie veriteľov. Ak by totiž príbuzní dlžníka mali možnosť uspokojiť veriteľa, je možné domnievať sa, že by tak urobili ešte v čase, keď bolo možné dlžníka vykúpiť živého prostredníctvom tretej osoby.

Už čoskoro po vydaní Zákona XII tabúl sa udomácnila prax, že dlžník si mohol sumu výkupného u žalobcu aj odpracovať. Vyššie spomenuté neľudské zaobchádzanie s dlžníkom pri osobnej exekúcii však odstránil až *Lex Poetelia* v roku 326 pred Kr., ktorý sa označuje ako jeden zo základných vývojových pilierov vo vzťahu k rímskym obligáciám.¹⁶

Podľa nášho názoru pôsobilo *manus iniectio* skutočne motivujúco. Táto hrozba prepadnutia do moci iného sa zdala byť dobrým dôvodom, ako prinútiť dlžníka hľadať iné východiská, ako osobný výkon rozhodnutia. Samozrejme v istých prípadoch sa mohlo stať, že ani veriteľ nemal záujem na usmrtení dlžníka, čo mu v konečnom dôsledku nemuselo priniesť náhradu plnenia, ktoré mu dlžník dlhoval. Osobná exekúcia bola veľmi nepraktická aj z iného dôvodu. Rebros a Blahos vidia jej nevýhodu najmä v tom, že keďže bola naviazaná na osobu dlžníka, ten často jednoducho utiekol, a tak sa stala jednoducho nevykonateľnou.¹⁷ Preto Rimania hľadali iné východiská ako vykonať rozhodnutie, pričom genéza postupovala smerom k majetkovej exekúcii, ktorá je príznačná aj pre dnešok.

Literatúra

- BARTOŠEK, M.: *Encyklopedie římského práva*. Praha : Academia, (1994).
BLAHO, P./HARAMIA, I./ŽIDLICKÁ, M.: *Základy římskeho práva*. Bratislava : Manz a Vyd. oddelenie PrF UK (1997), 483 s. ISBN 80-7160-0865
BLAHO, P./REBRO, K.: *Rímske právo*. Bratislava : Iura Edition, (2003), 486 s. ISBN 80-89047-53-X.
BORKOWSKI A./DU PLESSIS P.: *Textbook on Roman Law*. New York : Oxford University Press, (2005), 415 s. ISBN 978-0-19-927607-3.

¹⁵ KASER, M./KNÜTEL, R.: *Römisches Privatrecht*. München (2008).

¹⁶ LIEBS, D.: *Römisches Recht*. Göttingen (1999).

¹⁷ BLAHO, P./REBRO, K.: *Rímske právo*. Bratislava (2003), s. 126.

BURDICK, W.: *The principles of Roman Law and their relation to the modern law*. New Jersey : Lawbook Exchange Ltd., (2004), 748 s. ISBN-13: 978-1-58477-253-8.

FILIP-FROESCHL, J./MADER, P.: *Latein in der Rechtsprache*. Wien: Braumueller (1999), 222 s. ISBN 3-7003-1264-4.

FILIP-FROESCHL, J./RAINER, M.: *Texte zum Römischen Recht*. Wien, New York : Springer (1998), 300 s. ISBN 3-211-83051-0.

GAIUS: *Učebnice práva ve čtyřech knihách*. (Preložil JAROMÍR KINCL). Brno : Masarykova Univerzita, Doplněk (1981), 274 s. ISBN 90-8576-18-7.

LIEBS, D.: *Römisches Recht*. Göttingen : Vandenhoe & Ruprecht (1999).

KASER, M./KNÜTEL, R.: *Römisches Privatrecht*. München : C.H. Beck (2008).

SKŘEJPEK, M.: *Prameny římského práva*. Praha : Lexis Nexis (2004).

Summary

This article deals with the execution in form of personal execution, which was enforced against the debtor who was not able to fulfil his debts against its creditor. In this article we will deal with the reasons, the procedure and the consequences of these form of execution, which is very common described as a cruel act of justice. *Manus iniectio* was a part of the Twelve tables act, which was issued in 450 B.C.

Cirkevné právo na Veľkej Morave*

Vojtech Vladár

Úvod - 1 Príchod Slovanov a kresťanstvo na území Slovenska do 9. storočia - 2 Veľká Morava - 2.1 Vznik štátu a byzantská misia - 2.2 Založenie Ríše a Metodova činnosť - 3 Zánik Veľkej Moravy - 4 Pramene práva - 4.1 Zápovede svätých Otcov - 4.2 Súdny zákonník pre laikov - 4.3 Nomokánon - Záver

Úvod

Veľká Morava predstavovala v každom ohľade klasický ranofeudálny štát, ktorý bol z politickej stránky ovplyvňovaný silnými susedmi a z pohľadu náboženstva v Európe dominujúcim kresťanstvom. Podobne ako v susedných ríšach, aj tu dochádzalo k čoraz užšiemu prepájaniu svetského s duchovným, čo postupne nachádzalo svoju reflexiu takmer vo všetkých aspektoch vtedajšieho verejného i súkromného života. Aj keď boli politické vzory staršej karlovskej Ríše a silnej Východofranskej ríše v slovanskom prostredí od začiatku konfrontované a napodobňované, po ich prevládnutí sa začali objavovať čoraz intenzívnejšie snahy o ich zbavenie sa, čo viedlo k opakujúcim sa konfliktom a vojenským zrážkam. Východofranské vplyvy sa posilňovali aj vďaka pôsobeniu bavorských duchovných, ktorí považovali Veľkú Moravu, podobne ako východofranskí politickí predstavitelia, za územie spadajúce pod ich jurisdikciu. Myšlienka silnej Rímskej ríše sa aj v tomto období prejavovala nielen v obnovenom západnom cisárstve, ale taktiež v pokusoch Byzantskej ríše o rozšírenie svojho vplyvu do Európy. Byzancia spočiatku uspela najmä na jej východe, keď sa jej podarilo získať do svojej obehodencie silnejúcu Bulharskú ríšu, pričom neskôr sa jej naskytla príležitosť prehĺbenia kontaktov s predstaviteľmi Veľkej Moravy. Práve do tohto prostredia vstúpili v siedmej dekáde 9. storočia¹ výnimočné osobnosti byzantských vierozvestov Konštantína a Metoda, ktorých **1 150. výročie príchodu** sme v uplynulom roku oslávili. Tí mali byť na jednej strane nápomocní pri zbavení

* Príspevok je výstupom z vedeckého projektu VEGA s názvom „Teológia a právo – Prínos kresťanstva k rozvoju európskej právnej kultúry“, registrovaného pod číslom 1/0495/11.

¹ V prípade všetkých časových údajov uvedených v tomto článku ide o roky, respektive storočia „po Kristovi“ (po Kr.).

sa veľkomoravských Slovanov východofranskej nadvlády a zároveň prispieť k definitívnemu oprostenu tamojšieho života od pohanských prvkov. Boj, ktorý na tomto pozadí vypukol, sa preto netýkal len politiky, ale vedený bol taktiež v oblasti náboženskej a kultúrnej. Autorita a invencia oboch osobností sa osobitným spôsobom prejavila i v práve, ktoré bolo dovtedy na Veľkej Morave vystavané predovšetkým na starších právnych obyčajach. Aj keď sa napokon s najväčšou pravdepodobnosťou nepodarilo presadiť všetky vierozvestami koncipované normy vo veľkomoravskej súdnej praxi, v skutočnosti ďalekosiahlym spôsobom ovplyvnili neskorší právny vývoj okolitých štátov a stali sa tiež vzorom rozvoja pravoslávneho cirkevného práva slovanských národov východnej Európy. Keďže väčšina veľkomoravských prameňov bola podrobená dôkladným filologickým a literárnym analýzám, snahou tohto článku je zasadiť jednotlivé materiálne i formálne pramene práva do celkového historickoprávneho kontextu a poukázať na ďalšie možné východiská pri vedeckom skúmaní tejto problematiky.²

1 Príchod Slovanov a kresťanstvo na území Slovenska do 9. storočia

Začiatkom 1. storočia žili na území dnešného Slovenska keltské, dácke a germánske skupiny obyvateľstva, ktorých susedom sa v tomto období stali Rimania. Tí po zlomení postavenia Ilýrov položili základy novej rímskej provincie Panónia (*Pannonia*, najmä Zadunajsko a Dolné Rakúsko), s hlavným strediskom v Karnunte (*Carnuntum*), ku ktorému sa po jej rozdelení koncom 1. storočia na juhu pridalo Aquinkum (*Aquincum*, Starý Budín).³ Rímske vojská neskôr len s námahou odrážali postup Gótov na dolnom Dunaji a teritórium južného Slovenska sa tak stalo miestom častých vojenských zrážok. Už koncom 4. storočia sa aj v tejto oblasti začali prejavovať dôsledky sťahovania národov a vystriedalo sa tu viacero nových germánskych kmeňov.⁴ Napriek doloženým kontaktom tunajších obyvateľov s kresťanstvom, ktoré sa šírilo najmä z cirkevných centier severoitalského patriarchátu v Akvileji (*Aquileia*) a panónskeho arcibiskupstva v Sirmie (*Sirmium*, Sirmska Mitrovica), sa novému náboženstvu nepodarilo

² Viacerí bádatelia totiž vo svojich dielach osobitne poukazujú na nedostatočné preskúmanie prameňov cirkevného práva a ich dôslednejšiu analýzu zo strany právnikov, predovšetkým kánonistov. Porov. napríklad ZÁSTĚROVÁ, B.: Über zwei großmährische Rechtsdenkmäler byzantinischen Ursprungs. In: Vavřínek, V. (ed.): Beiträge zur byzantinischen Geschichte im 9. – 11. Jahrhundert. Praha (1978), s. 361-385.

³ Porov. DOLINSKÝ, J.: Cirkevné dejiny Slovenska I. Bratislava (2001), s. 7-8.

⁴ Porov. RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 13n.

v predslovanskom období u nás presadiť.⁵ S veľkou pravdepodobnosťou až v 5., respektíve 6. storočí sa začali v Naddunajskej usídľovať kmene **západných Slovanov** (Praslovanov), ktorí opustili svoju pravlast', ležiacu na sever od Karpát a na východ od rieky Visly, a začali asimilovať pôvodné obyvateľstvo.⁶ Slované kmene pritom patrili do indoeurópskej skupiny národov a ich jednotným dorozumievacím jazykom bola praslovančina.⁷ Už koncom 4. storočia však zlomil germánsku nadvládu v strednej a východnej Európe na jedno celé storočie vojenský zväz turkotatárskych Hunov, ktorí si podmanili i pôvodné keltsko-germánske obyvateľstvo žijúce na našom území, vrátane slovanských prisťahovalcov. Po smrti hunského vodcu Attilu (434 – 453) ale v Európe opätovne prevládol germánsky element, reprezentovaný najmä východnými Gótmami, na čele s kráľom Teodorichom I. Veľkým (471 – 526).⁸

V prvej polovici 6. storočia nadobudli Slovania v Naddunajskej početnú prevahu a pre nedostatok obživy prekračovali na korisťnícke výboje Dunaj. V tomto období sa v našich krajoch obyvatelia s kresťanstvom stretávali najmä vďaka stykom s byzantskými a franskými obchodníkmi. Už okolo roku 568 došlo v súvislosti s príchodom turkotatárskeho kmeňa Avarov, ktorý si podmanil slovanské obyvateľstvo, opätovne k zmene celkového rozloženia síl v strednej a východnej Európe.⁹ Na základe odbojných akcií proti Avarom, ku ktorým dochádzalo v priebehu 7. storočia, nachádzame aj prvé správy o politickom organizovaní sa stredodunajských Slovanov. Po víťazstve nad Avarmi si totiž najbližší Slovania zvolili za kráľa franského kupca Sama (623 – 658), ktorý sa uvedených bojov zúčastnil spolu so svojou družinou.¹⁰ Tzv. „**Samova ríša**“ existovala 35 rokov a až do vládovej smrti v roku 658 odolávala vonkajším nepriateľom vrátane vojsk Franskej ríše.¹¹ Po jej zániku sa však Slovania dostali opätovne pod avarskú nadvládu a tento stav pretrval až do roku 796,

⁵ POFOV, ŠMÁLIK, Š.: Boží ľud na cestách. Cirkev v 49 pokoleniach. Bratislava (1997), s. 229 a MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 35.

⁶ POFOV, ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny II. Martin (1943), s. 221 a KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 2. Raný kresťanský stredovek. Levoča (2001), s. 140.

⁷ Bližšie k tejto problematike pozri napríklad WEINGART, M.: O politických a sociálnych súkľúčoch v starších dejinách spisovných jazykú slovanských, zvlášt' cirkevne-slovanského. In: Weingart, M./Dobiáš, J./Paulová, M. (eds.): Z dejín východní Evropy a slovanstva. Sborník v'ňovaný Jaroslavu Bidlovi, profesorovi Karlovy university k šesdesiatým narodeninám. Praha (1928), s. 157-187; CHROPOVSKÝ, B.: Slované. Historický, politický a kultúrny vývoj a význam. Praha (1989) a DEKAN, J.: Velká Morava. Doba a umění. Praha (1980), s. 50-66.

⁸ POFOV, RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 16-17.

⁹ POFOV, RATKOŠ, P. (ed.): Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava (1964), s. 18 a 292.

¹⁰ POFOV, RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 22-25 a MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 22.

¹¹ Porov. Fredegarius Scholasticus, Chron. IV,68.

keď boli Avari definitívne porazení vojskami Karola Veľkého (*Carolus Magnus, Charlemagne*, 768/800 – 814) a postupne úplne asimilovaní.¹² Od čias výbojov tohto kráľa do strednej Európy sa tak Slovania dostali do silného a bezprostredného styku s vojenskou a kultúrnou mocou Franskej ríše. Po zániku Avarskej ríše zároveň stúpol mocenský význam Ríše turkotatárskeho národa Bulharov, ktorá bola založená koncom 7. storočia a od tohto času mala časté hraničné spory s panónskymi Slovanmi na severe a západe svojho územia.¹³ Napriek tomu, že už počas avarskej nadvlády začali medzi Slovanmi šíriť kresťanské náboženstvo írsko-škótski misionári, výhodné podmienky pre rozsiahlu misijnú prácu v celej Panónii vznikli až po avarsko-franských vojnách (791 – 796).¹⁴ Na zničení avarskeho panstva mali totiž záujem aj cirkevné kruhy Akvileje, Salzburgu (*Iuvavum*, Solnohrad) a Pasova (*Castra Batava, Passau*), ktoré mali už v tomto období za sebou úspešnú misijnú činnosť medzi Korutáncami (Slovinci).¹⁵ Avari navyše trpeli v Panónii arianizmus, čoho dôkazom sú závery cirkevnej synody, vedenej v roku 796 na brehu Dunaja akvilejským patriarchom Paulinom II. (776 – 802).¹⁶

Panónia bola napokon začlenená do Franskej ríše ako samostatná marka (*Ostmark*), pričom z hľadiska misijného pôsobenia bola rozdelená medzi spomenuté tri cirkevné centrá. Pravdepodobne už v tomto období začali na západe i východe rieky Moravy vznikať dva **slovanské (slovienske) nadkmeňové útvary** vo forme kniežatstiev, ktoré boli Franskou ríšou akceptované zrejme kvôli spojenectvu pri oslobodzovacích protiavarských bojoch.¹⁷ Kým na západe sa utvorilo Staromoravské kniežatstvo Moravanov, na východe to bolo Nitrianske kniežatstvo s centrom v Nitre (*Nitrava*). Napriek tomu, že obe vykazovali viaceré znaky samostatnosti, v skutočnosti ich kniežatá museli uznávať zvrchovanosť franského kráľa. Prvými panovníkmi, o ktorých máme zachované správy, sú knieža Mojmír I. (okolo r. 830 – 846), vládnucci v Staromoravskom kniežatstve a Pribina I. (*Priuvina*, 825 – 833), ktorý panoval slovenským kmeňom usadeným v kotline rieky Nitry. Jeho zvrchovanosť však uznávali aj iní slovenskí veľmoži, ktorých sídla sa nachádzali na Považí, v Pohroní a krajoch dnešného stredného Slovenska.¹⁸ Základom moci oboch kniežat pritom už v tomto období nebola

¹² Porov. ŘÍČAN, R./MOLNÁR, A.: Dvanáct století církevních dějin. 3. vyd. Praha (2008), s. 251 a DEKAN, J.: Velká Morava. Doba a umění. Praha (1980), s. 68-120.

¹³ Porov. ŠPIRKO, J.: Církevné dějiny II. Martin (1943), s. 221.

¹⁴ Porov. MALÝ, R.: Církevní dějiny. Olomouc (2001), s. 88 a KUMOR, B.: Církevné dějiny 2. Raný křesťanský středověk. Levoča (2001), s. 136 a 142.

¹⁵ Porov. FRÖHLICH, R.: Dva tisíce let dějin církve. Praha (2008), s. 68.

¹⁶ Porov. RATKOŠ, P. (ed.): Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava (1964), s. 150.

¹⁷ Porov. MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 22.

¹⁸ Porov. ŠPIRKO, J.: Církevné dějiny II. Martin (1943), s. 221.

náhodne získaná korist', ale súkromné alebo verejné vlastníctvo a z neho vyplývajúce užívacie právo výrobcov na obrábanie panskej alebo verejnej pôdy, ako i povinnosť dávok voči vrchnosti.¹⁹ Ešte na základe rozhodnutí Karola Veľkého z roku 811 sa z hľadiska teritoriálnej pôsobnosti misijných centier stal strediskom kristianizácie pre oblasť starej Moravy (vrátane Moravského poľa) Pasov a medzi nitrianskymi Slovienmi Salzburg.²⁰ Toto pokresťančovanie sa pritom šírilo zdola, keďže vládnuce vrstvy ho prijímali až po jednoduchom ľude (avarskí kagani v rokoch 796 – 805; Pribina pred rokom 828; a Mojmir I. okolo roku 830).²¹ Napriek snahe franských a bavorských misionárov, podporovaných aj misionármi z Akvileje i Byzancie, malo počiatkové kresťanstvo nízku úroveň, ktorú v roku 852 franská hierarchia na synode v Mohuči (*Mogontiacum, Mainz*) charakterizovala ako „*rudis*“ (z lat. „hrubú“)²².

2 Veľká Morava

2.1 Vznik štátu a byzantská misia

Na pozadí neznámych sporov zosadil v roku 833 staromoravské knieža Mojmir I. nitrianskeho Pribinu a pripojil jeho doménu k svojmu územiu.²³ Keďže franskí feudáli považovali oboch panovníkov za urodzené kniežatá (*duces*), do ich konfliktu nezasiahli. Práve v tejto politickej udalosti treba oprávnenne vidieť vznik Veľkej Moravy (*ἡ μεγάλη Μοραβία*), ako ju okolo roku 949 vo svojom diele „*Πρὸς τὸν ἴδιον υἱὸν Ρωμανόν*“ (*De administrando imperio*) nazval byzantský cisár Konštantín VII. Porfyrogenet (*Κωνσταντῖνος Πορφυρογέννητος*, 913 – 959).²⁴ Hranice nového štátneho útvaru pramene stanovujú približne v rozsahu územia od Labe po Tisu, pričom pre ich obyvateľov sa postupne zaužíval geografický termín „Moravia“, prípadne etnický „Slovieni“.²⁵ Prvým slovanským kultúrnym jazykom bola bulharčina

¹⁹ POPOV, RATKOŠ, P. (ed.): Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava (1964), s. 269² a RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 35.

²⁰ POPOV, DOLINSKÝ, J.: Cirkevné dejiny Slovenska I. Bratislava (2001), s. 17.

²¹ POPOV, ŠMÁLIK, Š.: Boží ľud na cestách. Cirkev v 49 pokoleniach. Bratislava (1997), s. 227 a POULÍK, J.: Veľká Morava. Cyrilo-metodějská mise. Praha (1987), s. 17.

²² Annales Fuld. 852.

²³ Conversio Bagoar. et Carant. 10.

²⁴ Bližšie k tejto problematike pozri DEKAN, J.: Veľká Morava. Doba a umění. Praha (1980), s. 121-160 a KADLEC, J.: Cirkevní dějiny. II. Raný středověk. 3. přepracované vydání. Praha (1983), s. 57.

²⁵ POPOV, RATKOŠ, P. (ed.): Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava (1964), s. 9 a 17.

blízka staroslovienčina.²⁶ Vyhnaného Pribinu prijal v roku 840 do svojich vazalských služieb Ľudovít II. Nemeč (829/843 – 876) a daroval mu, spočiatku na doživotné užívanie (*beneficium*), neskôr ako dedičné léno (*proprietas*), pôdu v okolí Blatenského jazera (*Biliasseo, Lacus Pelso, Balaton*).²⁷ Pribina I. (840 – 861) tu vystaval svoje nové sídlo zvané Blatnohrad (*Mosaburg*) a spolu s ním viacero kostolov. Novovzniknutý **veľkomoravský štát** vrátane okolitých krajín obývaných Korutáncami, Čechmi a Avarmi, sa ešte pred oficiálnym rozdelením Franskej ríše (r. 843) dostal pod politický vplyv východofranského panovníka a pod náboženský vplyv tamjších cirkevných predstaviteľov. Na tomto pozadí odstránil v roku 846 Ľudovít II. Nemeč nespoľahlivé knieža Mojmíra I. a na jeho miesto dosadil jeho synovca a najstaršieho člena kniežacieho rodu, Rastislava (*Rastic*, 846 – 870).²⁸ Ten čoskoro po ujatí sa vlády prepustil panstvo v Nitrianskom kniežatstve (územie od Malých Karpát po Tisu) ako údel svojmu synovcovi Svätoplukovi (*Suetopelek*), ktorý od toho času posilňoval svoje postavenie a stával sa prakticky Rastislavovým spoluvládcom. Mojmírovská dynastia sa napokon udržala pri moci (okrem krátkej franskej okupácie v rokoch 870 – 871) až do zániku Veľkej Moravy v roku 907.²⁹

V politickom živote ranofeudálneho veľkomoravského štátu sa najdôležitejšou zložkou vnútornej správy stali predovšetkým hradské županstvá (*civitates*), budované podľa franského vzoru.³⁰ Hlavné strediská tak predstavovali hradiská, v okolí ktorých boli zriaďované hradské farnosti, predstavujúce začiatky rozvoja riadnej cirkevnej organizácie.³¹ Už v tomto období existovali na Veľkej Morave súkromné (vlastnícke) kostoly, pričom aj prvý kostol vysvätený okolo roku 828 na našom území v Nitre salzburským arcibiskupom Adalramom (821 – 836) mal tento charakter.³² Podobne ako Mojmír I., i Rastislav I. odvádzal panovníkovi východných Frankov tribút (*tributum pacis*), čím obaja fakticky uznávali jeho nadvládu. Toto platilo až do roku 855, keď sa Rastislav pokúsil

²⁶ Porov. RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 25-26 a 132. Jednu z najpertraktovanejších otázok predstavovala od čias zintenzívnenia výskumu historickej Veľkej Moravy téma určenia hlavného sídla tamjších kniežat, ktorá zostáva nezodpovedaná dodnes. Bližšie k tejto problematike pozri napríklad Poláček, L. (Hrsg.): Studien zum Burgwall von Mikulčice. Band 6. Brno (2005).

²⁷ Porov. ŘIČAN, R./MOLNÁR, A.: Dvanáct století církevních dějin. 3. vyd. Praha (2008), s. 252; KADLEC, J.: Církevní dějiny. II. Raný středověk. 3. přepracované vydání. Praha (1983), s. 52 a MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 25.

²⁸ Annales Fuld. 846.

²⁹ Porov. ŠPIRKO, J.: Církevné dejiny II. Martin (1943), s. 222-223.

³⁰ Porov. POULÍK, J.: Velká Morava. Cyrilo-metodějská mise. Praha (1987), s. 16.

³¹ Porov. RATKOŠ, P. (ed.): Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava (1964), s. 11-12.

³² Porov. Conversio Bagoar. et Carant. 11.

vyslobodiť spod franského vplyvu a proti Ľudovítovi II. Nemcovi zrejme povstal.³³ Nasledujúce vojenské odvety Východofranskej ríše, za občasného spojenectva s Bulharmi, zostali bez úspechu a veľkomoravský panovník tak od toho času vládol nezávisle od susedných mocností. Zasahovanie Ľudovíta II. Nemca do celorišských sporov a konflikty so západofranským kráľom Karolom II. Lysým (843 – 877) napokon uvoľnili priestor bavorskej vysokej šľachte na odboj (858 – 862) a Rastislavovi na vedenie **vlastnej zahraničnej politiky**.³⁴ Keďže Moravia sa cítili ohrozovaní expanziou Bulharov na východe, predovšetkým však východných Frankov na západe, knieža považoval za prvoradú úlohu zbavenie sa bavorského vplyvu na poli nábožensko-politickom. Bavorskí kňazi totiž pokladali Veľkú Moravu za domínium Východofranskej ríše a popri vykonávaní misijných úloh boli aj nebezpečnými exponentmi franskej politiky.³⁵ Vybudovanie samostatnej cirkevnej organizácie s vlastným administratívnym centrom bolo napokon v prostredí ranofeudálneho štátu rovnako dôležité, ako utvorenie a fungovanie riadnych orgánov štátnej správy. Kde totiž nebola táto podmienka splnená, dochádzalo, aj v prípade silnejších štátov, k zásahom zvonka prostredníctvom cirkevnej sféry, ktoré potom výrazne naštrbovali suverenitu štátu.³⁶

V roku 861 sa preto knieža Rastislav I. obrátil so žiadosťou o výklad viery, vyslanie misionárov a biskupa na pápežský Rím.³⁷ Keďže pápež Mikuláš I. (*Nicolaus*, 858 – 867) mu z politických dôvodov nemohol vyhovieť, oslovil v roku 862 **byzantského cisára Michala III.** (*Μιχαήλ ὁ Μέθυσος*, 842 – 867), prosiac o misionárov hovoriacich moravskému ľudu zrozumiteľným jazykom a „kresťanský zákon“.³⁸ Štyri roky na to sa napokon obrátili na byzantského cisára s podobnou požiadavkou, prostredníctvom chána Borisa (*Борис*, 852 – 889), aj Bulhari, ktorí pred núteným príklonom k Byzancii v roku 867 dovtedy prechádzali striedavo od rímskej oboediencie ku Konštantínopolu.³⁹ Byzantský dvor, ktorý videl v misijnej akcii zároveň nástroj politického boja nad Dunajom proti vplyvom franských štátov a Bulharska, spolu s protirímsky naladeným konštantínopolským patriarchom Fótiom (*Φώτιος*, 857 – 867

³³ POPOV, MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 33-34.

³⁴ POPOV, RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 38.

³⁵ POPOV, KRAJČI, J.: Historické pramene a všeobecné normy cirkevného práva. I. časť. Banská Bystrica (1997), s. 18.

³⁶ POPOV, ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny II. Martin (1943), s. 223-224.

³⁷ POPOV, MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 12.

³⁸ „Lebo od vás na všetky strany vždy dobrý zákon vychádza“. Vita Constant. XIV.

³⁹ POPOV, DOLINSKÝ, J.: Cirkevné dejiny Slovenska I. Bratislava (2001), s. 30-31 a RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 38.

a 877 – 886), moravskú misiu ochotne podporili.⁴⁰ V prípade Bulharska i Veľkej Moravy sa tak do misionárskej horlivosti zamiešala i konkurencia medzi kresťanským Západom a Východom, keďže rozširovanie cirkevnej organizácie so sebou nieslo aj expanziu sféry moci a vplyvu. Tieto udalosti zároveň poukazujú na skutočnosť, že samotná Veľká Morava bola už v tomto čase významným štátnym útvarom, ktorý sa stal predmetom mocenských aspirácií vtedajších najvýznamnejších mocností.⁴¹ Michal III. na Veľkú Moravu vyslal mužov hlbokej viery a skúsených diplomatov, bratov **Konštantína** (*Κωνσταντῖνος*, *Constantinus*, † 869) a **Metoda** (*Μεθόδιος*, *Methodius*, † 885), ktorí pochádzali zo Solúna (*Θεσσαλονίκη*) a ovládali miestne macedónske nárečie, blízke reči moravského ľudu. Solúnski bratia, neskôr pomenovaní ako „apoštoli Slovanov“, mali už v tomto čase za sebou viaceré misijné skúsenosti (Konštantínove polemiky s obrazoborcami, misie u Arabov a židov a spoločná u fínsko-tatárskeho národa Chazarov).⁴² Presbyter Konštantín, ktorý bol pre svoju učenosť nazývaný „Filozofom“, pôsobil spočiatku ako bibliotekár (*χαρτοφύλαξ*) konštantínopolského patriarchu a neskôr ako učiteľ filozofie (*διδάσκαλος*) na cisárskej dvornej škole (*Ἀκαδημία*, *Academia*).⁴³ Laik Metod bol vyštudovaný právnik a za istý čas spravoval provinciu pri rieke Strymon (*Στρυμόνας*, *Struma*) v Macedónii, ktorá bola v prevažnej miere obývaná (pôvodom východnými) Slovanmi. Neskôr sa však vzdal svetskej kariéry, prijal diakonské svätenie, vstúpil do kláštora Polychron (*Μονή Πολυχρονίου*, *Polichnion*) na maloázijskej hore Olym a čoskoro na to sa stal jeho predstaveným (*ἡγούμενος*).⁴⁴

Ešte pred príchodom na Veľkú Moravu zostavil Konštantín v spolupráci s Metodom na základoch egejsko-macedónskeho nárečia nový ortografický systém kultúrneho slovanského jazyka, zložený z 38 znakov gréckej minuskuly a niektorých orientálnych písiem (najmä hebrejsko-samaritánskych, sýrskych a koptských), nazvaný „**hlaholikou**“ (*glagolika*).⁴⁵ O kvalitách vôbec prvého slovanského písma vypovedá predovšetkým skutočnosť, že z fonologického

⁴⁰ Porov. TOMKINS, S.: *Stručné dějiny křesťanství*. Praha (2009), s. 121 a KUMOR, B.: *Cirkevné dejiny 2. Raný kresťanský stredovek*. Levoča (2001), s. 137.

⁴¹ Porov. FRÖHLICH, R.: *Dva tisíce let dějin církve*. Praha (2008), s. 68 a MARSINA, R.: *Metodov boj*. Bratislava (1985), s. 11.

⁴² Porov. VAŠICA, J.: *Literární památky epochy velkomoravské*. Praha (1996), s. 19-20 a 263 a KADLEC, J.: *Cirkevní dějiny. II. Raný středověk. 3. přepracované vydání*. Praha (1983), s. 51.

⁴³ Porov. ŘÍČAN, R./MOLNÁR, A.: *Dvanáct století církevních dějin. 3. vyd.* Praha (2008), s. 252-253; RATKOŠ, P. (ed.): *Pramene k dejinám Veľkej Moravy*. Bratislava (1964), s. 225^a a KADLEC, J.: *Cirkevní dějiny. II. Raný středověk. 3. přepracované vydání*. Praha (1983), s. 51.

⁴⁴ Porov. KUMOR, B.: *Cirkevné dejiny 2. Raný kresťanský stredovek*. Levoča (2001), s. 137.

⁴⁵ Porov. RATKOŠ, P.: *Slovensko v dobe veľkomoravskej*. Košice (1988), s. 9, 43 a 115 a KUMOR, B.: *Cirkevné dejiny 2. Raný kresťanský stredovek*. Levoča (2001), s. 137.

hľadiska značne prevýšilo gréčtinu i latinčinu.⁴⁶ Za jeho použitia bratia začali s prekladom častí Evanjelia (*Aprakos*, Evanjeliár), breviára (Horológia, Časoslov), menších kníh (Služobník, Trebník), súdneho občianskeho zákonníka (*Zákon súdnyj ľjudem*) a zrejme tiež niektorých bohoslužobných textov podľa byzantského rítu.⁴⁷ Väčšina z týchto diel však bola dokončená až po ich príchode na Veľkú Moravu. Najmä preklad bohoslužobných kníh bádatelia považujú za najlepšie filologické dielo 9. storočia, ktoré značne prevýšilo aj chronologicky starší Wulfilov preklad.⁴⁸ V sprievode žiakov

⁴⁶ Porov. VAŠICA, J.: Literárni památky epochy velkomoravské. Praha (1996), s. 21-22 a 24.

⁴⁷ POROV, DOLINSKÝ, J.: Cirkevné dejiny Slovenska I. Bratislava (2001), s. 23 a KADLEC, J.: Cirkevní dějiny. II. Raný středověk. 3. přepracované vydání. Praha (1983), s. 53.

⁴⁸ POROV, TKADLČÍK, V.: Cyrilometodějský překlad Bible. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 85 a ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny II. Martin (1943), s. 224. V období sťahovania národov totiž zohrávali hlavnú úlohu v politických a náboženských záležitostiach Germánov spočiatku gótske kmene, konkrétne Západní Góti (Vizigóti). Práve oni ako prví prijali ariánske kresťanstvo (resp. umiernené ariánstvo), ktoré sa prostredníctvom ich misijnej činnosti od 4. storočia šírilo v národnom jazyku aj medzi ostatnými germánskymi národmi. Veľkou mierou k tomu prispel práve tzv. „apoštol Gótov“, biskup Wulfila (*Ulphilas*, † 383), ktorý prijal svätenie z rúk známej postavy ariánskej kontroverzie Prvého nicejského koncilu (*Concilium Niceaenum Primum*, r. 325), ariánskeho konštantínopolského biskupa Eusebia z Nikomédie († 341). Wulfila začal s misiami v štyridsiatych rokoch 4. storočia a svoje dielo podporil prekladom Svätého Písma do gótciny. Kvôli nemu napokon vytvoril i vlastnú abecedu, väčšinou z latinských a gréckych písmen a sčasti z germánskych rún. Svojmu národu tým nielenže daroval základné náboženské dielo v národnom jazyku, ale tento jazyk zároveň zaviedol do liturgie. Porov. FRÖHLICH, R.: Dva tisíce let dějin církve. Praha (2008), s. 61. Na základe týchto krokov prestalo byť kresťanstvo v mysliach prostých Gótov stotožňované s Rímom a prestalo tak zrejme predstavovať citlivú politickú tému gótskej spoločnosti. Národné ariánske cirkvi s kráľom ako svojou hlavou mohli navyše zabezpečiť rýchlejší rast kráľovskej moci, a tým prispieť k upevneniu raných európskych germánskych štátov. Keďže medzi bojujúcimi Germánmi bolo kresťanstvo vnímané ako náboženstvo víťazov, Wulfila zhrnul zásady kresťanskej dogmatiky do jednoduchých schém a z evanjelií povyberal pasáže súvisiace s morálkou sily, energie a hrdinstva. Aj keď týmto krokom zabezpečil svojim misiám úspech, na druhej strane germánske národy poväčšine prijímali kresťanstvo v skutočnosti nie kvôli presvedčeniu o jeho pravde, ale skôr kvôli jeho moci (*fortissimus est deorum, pontentissimus deorum*). O prijatí novej viery totiž vo vojenských víťazstvách. Porov. DOLEŽAL, S.: Interakce Gótů a římského impéria ve 3. – 5. století n. l. Praha (2008), s. 277. Ariánske kresťanstvo hlásané Wulfilom sa rozširovalo veľkou rýchlosťou a od Západných Gótov prešlo čoskoro na východogótske (ostrogótske) kmene a ku Gepidom. Potom ho prijali i Burgundi, Svébi, Durinkovia, Rugijci, Vandali, Herulovia a Longobardi. Tieto kmene pri sťahovaní národov ovládli celú južnú Galiu a Hispániu (Vizigóti a na severozápade Hispánie Svébi), juhovýchodnú Galiu (Burgundi), severnú Afriku (Vandali), Britské ostrovy (Anglosasi), Itáliu (Ostrogóti, v severnej a strednej časti neskôr vystriedaní Longobardmi). Postupne takmer všetky germánske kmene, ktoré prenikli na územie Rímskej

napokon Konštantín s Metodom dorazili na Veľkú Moravu v roku 863, pričom knieža Rastislav im na výučbu ihneď zveril viacerých adeptov kňazstva.⁴⁹ Činnosť vierozvestov bola od začiatku zameraná predovšetkým na prehlbenie náboženského života a jeho zbavenie pohanských povier a životných návykov. Svojím pôsobením však podstatne ovplyvňovali aj formovanie verejnej správy (vrátane súdnictva), právneho systému a cirkevnej organizácie.⁵⁰ Na základe výslovného schválenia byzantským cisárom a podľa zaužívaného východného zvyku boli po príchode vierozvestov bohoslužby na Veľkej Morave vysluhované v národnom staroslovienskom jazyku, ktorý možno označiť za kanonizovanú formu staroslovenčiny.⁵¹ Na Veľkej Morave sa však s najväčšou pravdepodobnosťou neslúžila východná liturgia sv. Jána Zlatoustého, ale rímsko-orientálna liturgia svätého Petra, ktorá vznikla v prvej polovici 9. storočia a predstavovala grécky preklad rímskej omše pápeža Gregora I. Veľkého (*Gregorius Magnus*, 590 – 604) s byzantskými prvkami.⁵² Tá bola bežná medzi Grékmi žijúcimi v Itálii, u Gruzíncov, ale i v Ilýrii (*Illyria*, *Illyricum*, stredný Balkán), kde sa s ňou zrejme zoznámil aj Konštantín.⁵³ Najmä z toho dôvodu sa vierozvestovia dostali od začiatku do konfliktu s bavorským kňazstvom, keďže na kresťanskom Západe boli v súlade s nariadením na Kristovom kríži (Jn 19,20) ako bohoslužobné jazyky akceptované len hebrejčina, gréčtina a latinčina.⁵⁴

S podporou kniežaťa Rastislava I. založil Konštantín **prvé slovienske učilište** na rozvoj slovanského písomníctva, vzdelávanie a rozšírenie počtu domáceho duchovenstva, čo opätovne vzbudilo námietky východofranského kléru.⁵⁵ Podľa cirkevného práva totiž nemohol cudzí presbyter pôsobiť na území dotknutej diecézy bez súhlasu príslušného diecézneho biskupa po dobu dlhšiu ako tri mesiace.⁵⁶ I keď knieža Rastislav musel už v roku 864 po

ríše prijali ariánske kresťanstvo a arianizmus u nich pretrval najdlhšie do 7. storočia. Porov. BUŠEK, V.: Učebnice dejín práva cirkevného I. Praha (1946), s. 128.

⁴⁹ Porov. MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 44.

⁵⁰ Porov. KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 2. Raný kresťanský stredovek. Levoča (2001), s. 137.

⁵¹ Porov. VAVŘÍNEK, V.: Původnost a historický význam kulturního díla cyrilometodějské misie. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 142.

⁵² Porov. VAŠICA, J.: Literární památky epochy velkomoravské. Praha (1996), s. 48 a 296.

⁵³ Bližšie k tejto problematike pozri PROKOP, S.: Staroslověnská liturgie. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 114 a 116-117.

⁵⁴ Porov. ŘIČAN, R./MOLNÁR, A.: Dvanáct století církevních dějin. 3. vyd. Praha (2008), s. 253.

⁵⁵ Porov. KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 2. Raný kresťanský stredovek. Levoča (2001), s. 137.

⁵⁶ Bližšie k tejto problematike pozri SNOPEK, F.: O pravomocnosti sv. Cyrilla a Methoděje roku 863 a 867. In: Časopis katolického duchovenstva 1/1900. Praha (1900), s. 53n.

porážke franskými vojskami opätovne uznať nadvládu východných Frankov, jej predstavitelia napokon do pôsobenia byzantskej misie výraznejším spôsobom nezasiahli.⁵⁷ V nasledujúcom období tak solúnski bratia pripravili výber z latinského penitenciálu (Zápovede svätých Otcov), zaradeného do Trebníka, a dokončili tiež Súdny zákonník pre laikov. Oba tieto pramene sa zrejme dočkali súbežného používania v cirkevnej i svetskej právnej praxi.⁵⁸ Aj keď najdôležitejšou postavou pri vyučovaní vo veľkomoravskom učilišti bol nepochybne Konštantín, Metodova pomoc nespočívala iba v pasívnom vykonávaní jeho príkazov. Právnické vzdelanie ho totiž priamo predurčovalo pre prípravu a vypracovanie noriem zavádzajúcich nový právny poriadok postavený na nových prameňoch a uznaných starších obyčajach.⁵⁹ Po tri a pol ročnej práci sťažovanej iniciatívami východofranského duchovenstva sa napokon Konštantín s Metodom rozhodli Veľkú Moravu opustiť. I keď sa väčšina historikov zhoduje v závere, že hlavným cieľom ich cesty bolo získanie kňazského svätenia pre svojich žiakov, podľa iných bádateľov sa už neplánovali na Veľkú Moravu vrátiť, keďže svoju misiu považovali za skončenú. Väčšina okolností pritom naznačuje, že ich kroky nesmerovali do Konštantínopolu, ale do iného bližšie ležiaceho mesta, v ktorom mohli byť veľkomoravskí žiaci ordinovaní, prípadne priamo do Ríma.⁶⁰

Týmto cieľom sa napokon stali Benátky (*Venetiae*), ktoré v tom čase patrili ku Konštantínopolu naklonenému Gradskému patriarchátu. Keďže cesta do Itálie viedla cez Zadunajsko (západné Maďarsko), veľkomoravský sprievod sa zastavil v Blatnohrade u syna kniežaťa Pribinu I., Kocelja (*Kocelj*, 861 – 876). Ten bol taký nadšený slovanským písmom, že vierozvestom ihneď zveril na výučbu 50 žiakov.⁶¹ Do Benátok napokon dorazili v roku 867, pričom aj tu sa opakovala námietka poukazujúca na povinnosť používania len jedného z troch dovolených bohoslužobných jazykov. Tento tzv. „trojjazyčný blud“ však Konštantín s Metodom prísne odmietli argumentmi založenými na Svätom Písme⁶². I keď sa im v Benátkach pravdepodobne nepodarilo

⁵⁷ POROV. KADLEC, J.: *Církevní dějiny. II. Raný středověk. 3. přepracované vydání.* Praha (1983), s. 55.

⁵⁸ POROV. RATKOŠ, P.: *Slovensko v dobe veľkomoravskej.* Košice (1988), s. 47.

⁵⁹ POROV. RATKOŠ, P. (ed.): *Pramene k dejinám Veľkej Moravy.* Bratislava (1964), s. 267.

⁶⁰ POROV. MARSINA, R.: *Metodov boj.* Bratislava (1985), s. 46 a 48.

⁶¹ *Vita Const.* XV,19.

⁶² POROV. Ž 66,4; 96,1; 117,1; Mt 5,45; 28,19-20; 1Kor 14,5n a Flp 2,11. Konštantín mal pritom argumentovať i skutočnosťou používania národných jazykov pri bohoslužbách viacerými východnými cirkvami, ktoré túto tradíciu zachovávali napriek tomu, že vo všetkých kostoloch Byzantskej ríše sa liturgie slúžili prakticky výlučne v gréckom jazyku. Porov. Slav. Apost. IV,12 a V,17. V tejto súvislosti mal Konštantín priamo odkázať na

dosiahnuť vysvätenie svojich žiakov za kňazov, ešte toho istého roku ich zastihlo posolstvo pápeža Mikuláša I. s pozvaním do Ríma.⁶³ Po príchode ich ale so všetkými poctami privítal už nový pápež **Hadrián II.** (867 – 872), keďže so sebou niesli v Chersone (Krym) nájdené relikvie (*reliquiae*) starovekého rímskeho biskupa Klementa I. Rímskeho (*Clemens Romanus*, 92 – okolo r. 101).⁶⁴ Pápež napokon akceptoval a potvrdil bohoslužby rímskeho obradu v slovienskej reči (tzv. „hlaholská bohoslužba“)⁶⁵ a slovanské bohoslužobné knihy, podľa ktorých dovolil celebrovat' v rímskych kostoloch.⁶⁶ Troch učeníkov nechal zároveň vysvätiť za kňazov a dvoch za lektorov, pričom spolu s nimi prijal kňazské svätenie aj Metod.⁶⁷ Pápeža ku kladnému postoju viedlo zrejme sklamanie zo straty Bulharska v prospech Konštantínopolu a s tým súvisiace snahy o získanie slovanských etnických území v Zadunajsku a Naddunajsku. Dôvodom dlhšieho zotrávania Konštantína a Metoda v Ríme po splnení ich úlohy boli predovšetkým politické zmeny v Konštantínopole, ktoré sa odohrali v rokoch 867 až 868, najmä však Konštantínov zhoršujúci sa zdravotný stav. Ten napokon vstúpil do benediktínskeho kláštora sv. Klementa, prijal rehoľné meno Cyril (*Κύριλλος*, *Cyrillus*) a v roku 869 umrel.⁶⁸

Na základe posolstva od kniežat'a Kocel'a odišiel ešte v roku 869 Metod do Blatnohradu s listom pápeža Hadriána II., v ktorom mu dovoľoval používanie slovienskeho jazyka pri bohoslužbách s podmienkou, aby sa najskôr čítali vybrané pasáže „Apoštola“ (*Απόστολος*)⁶⁹ a Evanjelia po latinsky a až potom po sloviensky. Metod sa napokon po krátkom pobyte u neho vrátil späť do Ríma s Kocel'ovou novou žiadosťou pápežovho vymenovania a vysvätenia Metoda za biskupa.⁷⁰ Aj za týmto krokom možno pritom pozorovať politické pozadie, keďže Kocel'ovo územie spadalo pod cirkevnú jurisdikciu Salzburského arcibiskupstva a už dlhší čas boli aktuálne viaceré aktivity východofranských kňazov, ktoré

dvanásť východných národov patriacich do okruhu byzantského kresťanstva. Konkrétne uviedol Arménov, Peržanov, Abasgov, Iberov, Sugdov, Gótov, Avarov, Tyrsov, Chazarov, Egypt'ňanov, Arabov, Sýrčanov a všeobecne odkazoval i na mnohých ďalších. Porov. VÍTA CONST. XVI,8. Bližšie k tejto problematike pozri VAŠICA, J.: Literární památky epochy velkomoravské. Praha (1996), s. 273-274.

⁶³ Porov. MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 50.

⁶⁴ Vita Constant. VIII,16-18.

⁶⁵ KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 2. Raný kresťanský stredovek. Levoča (2001), s. 145.

⁶⁶ Porov. ŘÍČAN, R./MOLNÁR, A.: Dvanásť století církevních dějin. 3. vyd. Praha (2008), s. 254.

⁶⁷ Porov. Vita Meth. VI.

⁶⁸ Porov. MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 51 a 54.

⁶⁹ V tomto prípade ide o výňatky zo Skutkov apoštolov a z apoštolských listov, teda knihy Nového Zákona nezahŕňajúce štyri evanjeliá (*tetrum*). Porov. VAŠICA, J.: Literární památky epochy velkomoravské. Praha (1996), s. 32 a 39.

⁷⁰ Porov. ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny II. Martin (1943), s. 225-226.

ohrozovali jeho zvrchovanosť. Keďže Kocel mal na zreteli dbanie Ríma na cirkevných tradíciách, pápežovi v liste navrhol, aby Metoda vymenoval na stolec sv. Andronika⁷¹, bývalého starovekého arcibiskupstva so sídlom v Srieme.⁷² Táto cirkevná provincia zanikla po avarských výbojoch v roku 582, pričom dovtedy zahŕňala teritória celej Panónie a Ilýrie. Práve Metodovým dosadením malo dôjsť k jej faktickému obnoveniu, na základe čoho by sa Kocelovi podarilo dosiahnuť vyňatie svojho teritória spod vplyvu cudzieho duchovenstva. Pápež Hadrián II. s týmto návrhom súhlasil, a to najmä z dôvodu, že Srieem bol od roku 825 pod nadvládou Byzanciou podrobených Bulharov a možnosť obnovenia Panónskej cirkevnej provincie s ich súhlasom neprichádzala do úvahy.⁷³ Metodovi tak v roku 870 vydal novú odporúčajúcu a ochrannú listinu (bula *Gloria in excelsis Deo*), ktorá mala charakter privilégia a bola adresovaná kniežatám Rastislavovi, Svätoplukovi a Kocelovi.⁷⁴ Jej obsahom bolo menovanie Metoda za metropolitu (s hodnosťou arcibiskupa) a splnomocneného pápežského legáta v krajinách ovládaných spomínanými tromi panovníkmi.⁷⁵ Práve knieža Kocel bol teda iniciátorom vzniku samostatnej a nezávislej **slovanskej cirkevnej provincie**, ku ktorej bolo pápežom pripojené i územie Veľkej Moravy.⁷⁶

Už pred príchodom do Blatnohradu sa pravdepodobne Metod dozvedel o vypuknutí nových bojov medzi východnými Frankami a Veľkou Moravou, ale aj o vážnych rozporoch medzi Rastislavom a Svätoplukom.⁷⁷ Po uzavretí mierovej zmluvy a obnovení veľkomoravskej nezávislosti (r. 869) sa totiž knieža Svätopluk dal v roku 870 bez súhlasu Rastislava dobrovoľne pod ochranu Ľudovíta II. Nemca a stal sa jeho lénnikom.⁷⁸ Konflikt napokon skončil zajatím Rastislava Svätoplukom a jeho vydaním grófovi Východnej marky a synovi východofranského kráľa, Karolmanovi do Bavorska, kde bol oslepený a uvrhnutý do väzenia.⁷⁹ Podobne dopadol cestou z Blatnohradu na Veľkú Moravu aj Metod,

⁷¹ Porov. Rim 16,7.

⁷² POROV. KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 2. Raný kresťanský stredovek. Levoča (2001), s. 138 a VAŠICA, J.: Literárni památky epochy veľkomoravskej. Praha (1996), s. 56 a 295.

⁷³ POROV. ŠMÁLIK, Š.: Boží ľud na cestách. Cirkev v 49 pokoleniach. Bratislava (1997), s. 240-241.

⁷⁴ POROV. PROKOP, S.: Staroslověnská liturgie. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 109; KADLEC, J.: Cirkevní dějiny. II. Raný středověk. 3. přepracované vydání. Praha (1983), s. 56 a MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 85.

⁷⁵ Vita Meth. VIII.

⁷⁶ POROV. RATKOŠ, P. (ed.): Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava (1964), s. 79 a ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny II. Martin (1943), s. 225.

⁷⁷ POROV. ŘÍČAN, R./MOLNÁR, A.: Dvanáct století církevních dějin. 3. vyd. Praha (2008), s. 254.

⁷⁸ Bližšie k analýze vzťahov medzi oboma kniežatami pozri DEKAN, J.: Velká Morava. Doba a umění. Praha (1980), s. 162-168.

⁷⁹ Annales Bertin. 870.

ktorého nechali zajat' bavorskí duchovní, pričom pápežom potvrdené nároky odmietli slovami: „V našej zemi učíš“⁸⁰. Po ponižujúcom súde pred kráľom Ľudovítom II. v Regensburgu (*Castra Regina, Ratisbona*) ho napokon ešte v roku 870 internovali vo švábskom kláštore Ellwangen, kde zostal približne tri roky.⁸¹ Iniciatíva na Metodovu záchranu vyšla zrejme najskôr od Svätopluka I. (870/871 – 894), ktorý sa po krátkom zajatí bavorskými vojskami stal v roku 871 opäť zvrchovaným panovníkom Veľkej Moravy, ešte intenzívnejšia však od nového pápeža Jána VIII. (*Ioannes*, 872 – 882).⁸² Ten potrestal bavorských biskupov, ktorí mali podiel na Metodovom zajatí, zároveň mu ale v záujme predchádzania nedorozumeniam v osobnom liste z roku 873 zakázal používanie slovienskeho jazyka pri bohoslužbách.⁸³ V nadväznosti na tieto udalosti a ostré kontroverzie musel pápež okrem toho tiež brániť **práva Apoštolskej Stolice** pred nárokmi východných Frankov na jurisdikciu nad územím Veľkej Moravy a celej Panónie, s odvolávaním sa na neprerušenú právnu kontinuitu Sriemskeho arcibiskupstva, ktoré bolo Metodovým menovaním obnovené len fakticky.⁸⁴

2.2 Založenie Ríše a Metodova činnosť

Po Metodovom príchode na Veľkú Moravu v roku 873 mu Svätopluk I. odovzdal do správy celú cirkevnú organizáciu, pričom podľa všetkého boli v tom čase už bavorskí kňazi z krajiny vyhnaní.⁸⁵ Po likvidácii franskej okupácie v roku 871 a porazení bavorských vojsk sa Svätoplukovi navyše podarilo na rokovaníach vo Forchheime (r. 874) vymedziť svoj politický vzťah k Východofranskej ríši. Tento tzv. „Forchheimský mier“ možno pritom chápať ako Svätoplukovo uznanie zvrchovanosti kráľa Ľudovíta II. Nemca, za podmienky, že nebude zasahovať do vnútorných pomerov na Veľkej Morave.⁸⁶ Vnútorne konsolidovaná situácia zo svetského i cirkevného hľadiska pripravila pre Metoda vynikajúce podmienky

⁸⁰ Vítá Meth. IX.

⁸¹ Porov. KUMOR, B.: *Cirkevné dejiny 2. Raný kresťanský stredovek*. Levoča (2001), s. 138; VAŠICA, J.: *Literární památky epochy velkomoravské*. Praha (1996), s. 294-295 a POULÍK, J.: *Velká Morava. Cyrilo-metodějská mise*. Praha (1987), s. 21.

⁸² Porov. RATKOŠ, P.: *Slovensko v dobe veľkomoravskej*. Košice (1988), s. 49 a 56 a MARSINA, R.: *Metodov boj*. Bratislava (1985), s. 58-59.

⁸³ Porov. KADLEC, J.: *Církevní dějiny. II. Raný středověk. 3. přepracované vydání*. Praha (1983), s. 58.

⁸⁴ Porov. RATKOŠ, P.: *Slovensko v dobe veľkomoravskej*. Košice (1988), s. 48.

⁸⁵ Porov. MARSINA, R.: *Metodov boj*. Bratislava (1985), s. 72.

⁸⁶ Porov. KADLEC, J.: *Církevní dějiny. II. Raný středověk. 3. přepracované vydání*. Praha (1983), s. 57.

na ďalšiu činnosť a toto obdobie možno z pohľadu jeho aktivít označiť za najplodnejšie.⁸⁷ Počas neho predovšetkým doplnil preklady všetkých kníh Svätého Písma do slovienskeho jazyka (okrem kníh makabejských)⁸⁸, preložil byzantský Nomokánon a v súvislosti so Svätoplukovými úspešnými výbojmi rozvíjal na nových územiach rozsiahlu misijnú činnosť. Podobne ako expanzia Franskej ríše bola totiž aj moravská expanzia navonok ospravedlňovaná šírením kresťanstva do susedných pohanských krajín.⁸⁹ Veľkomoravský panovník začal svoju moc rozširovať na sever už v rokoch 875 až 878, keď sa mu podarilo dobyť územie vislanského kniežat'a (*dux Wislanorum*) a hornosliezsku oblasť, ktoré pripojil k Veľkej Morave.⁹⁰ Týmto krokom sa začalo pôvodné kniežatstvo meniť na **Veľkomoravskú (Svätoplukovu) ríšu**, t. j. na rozsiahly štátny útvar, skladajúci sa z viacerých územných alebo etnických celkov. Po roku 882 boli na východe pripojené od Bulharov vydobyté územia nachádzajúce sa v medzirieči Dunaja a Tisy vrátane Zátisia; v roku 884 to bolo na juhu bývalé Kocel'ovo Panónske kniežatstvo; a v rokoch 889 až 890 na západe i Čechy a Srbmi obývané Lužice.⁹¹

Ani v tomto období nepredstavovala Veľká Morava klasický centralizovaný štát, ale išlo skôr o súbor autonómnych kniežactiev uznávajúcich zvrchovanosť veľkomoravského kniežat'a. Medzi nimi boli uzatvorené ústne dohody, ktoré popri vymedzení základných vzájomných práv a povinností obsahovali i záväzky obyvateľov jednotlivých kniežatstiev k odvádzaniu rôznych dávok v prospech panovníka. Na čele novopripojených krajín zase stál miestodržiteľ veľkomoravského kniežat'a, ktorý obvykle pochádzal z Mojmirovskej dynastie. Úžitku Ríše prospievalo aj obnovené Moravsko-panónske arcibiskupstvo, ktoré ochránilo Veľkú Moravu, a po pokrstení kniežat'a Bořivoja (r. 874) Metodom taktiež Čechy, od dosadzovania biskupov východofranskými panovníkmi, a z toho vyplývajúcej kontroly cirkevnej organizácie zo zahraničia.⁹² Už od čias uzavretia Forchheimského mieru však mohli na Veľkej Morave opätovne pôsobiť i bavorskí kňazi, ktorí boli síce formálne podriadení Metodovi, avšak predstavovali istý rozkladný prvok. Z nich vynikal predovšetkým benediktínsky mních švábskeho pôvodu **Wiching**, ktorému sa neskôr ako skrytému exponentovi východofranskej politiky podarilo na Svätopluka získať značný vplyv. Po pokojnom účinkovaní na Veľkej Morave bol zrejme na popud východofranského episkopátu v roku 878 Metod v Ríme opätovne

⁸⁷ POROV. KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 2. Raný kresťanský stredovek. Levoča (2001), s. 146.

⁸⁸ POROV. Vita Meth. XV.

⁸⁹ POROV. ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny II. Martin (1943), s. 226

⁹⁰ POROV. MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 73-74 a 96.

⁹¹ POROV. RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 155.

⁹² POROV. POULÍK, J.: Velká Morava. Cyrilo-metodějská mise. Praha (1987), s. 38.

obvinený z používania „barbarského“ slovienskeho jazyka pri bohoslužbách a herézy týkajúcej sa Svätej Trojice (kontroverzia ohľadom „*Filioque*“). Z toho dôvodu bol panónsky arcibiskup v roku 879 povolaný pápežom Jánom VIII., aby sa zodpovedal zo vznesených obvinení. Metod pápežovu výzvu uposlúchol a v roku 880 prišiel v sprievode vedenom veľmožom Zemežizňom (*Semižizeň*) do Ríma.⁹³ Hlavnou úlohou predstaviteľa svetskej moci bolo pritom tlmočenie rozhodnutia kniežat'a Svätopluka stať sa vazalom stolice sv. Petra, čím sledoval predovšetkým definitívny zánik nárokov franských panovníkov považujúcich veľkomoravské knieža len za svojho lénnika.⁹⁴ Vo veľkomoravskom sprievode sa nachádzal aj Wiching, ktorého Svätopluk navrhol ako kandidáta na biskupské svätenie pre Nitriansku diecézu.⁹⁵

Po vypočutí Metoda a nasledujúcich siahodlhých rokovaniach, vydal pápež v roku 880 bulu (pápežský dokument najslávnejšieho charakteru) s charakterom privilégia *Industriae tuae*, ktorú možno vo všeobecnosti považovať za najvýznamnejší úspech Metodovej činnosti na Veľkej Morave.⁹⁶ Prostredníctvom nej dal pápež Svätoplukovi na vedomie, že Metod je pravoverný, potvrdzuje ho v hodnosti arcibiskupa a, zrejme v snahe upokojiť bavorské duchovenstvo, kňaza Wicinga vysvätil za biskupa pre Nitriansku diecézu. Okrem toho dovolil slúžiť liturgiu v slovienskom jazyku za podmienky, že pri omši sa najskôr musí prečítať Evanjelium po latinsky. Ján VIII. zároveň explicitne vylúčil spod jurisdikcie franskej cirkvi územie Moravsko-panónskej provincie a z dôvodu zjednotenia cirkevnoprávnej praxe pre ňu určil ako záväznú tzv. „Rozšírenú Dionýzianu“, ktorá sa obsahom čiastočne odlišovala od staršej Dionýziany, respektíve Dionýzio-Hadriany.⁹⁷ Na pozadí rozporov medzi franskými

⁹³ Porov. MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 74-78.

⁹⁴ Porov. RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 108.

⁹⁵ Porov. KADLEC, J.: Církevní dějiny. II. Raný středověk. 3. přepracované vydání. Praha (1983), s. 58.

⁹⁶ Porov. MALÝ, R.: Církevní dějiny. Olomouc (2001), s. 88.

⁹⁷ Porov. RATKOŠ, P. (ed.): Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava (1964), s. 192 a 268 a RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 141. Kánonickoprávna kompilácia „Dionýziana“ (*Collectio Dionysiana, Codex Canonum*) predstavuje jednu z najlepších západných zbierok obdobia raného stredoveku. Túto kompiláciu zostavil skýtsky mních (*Scythia minor*, dnešná rumunská Dobruža) Dionýz Exiguus (*Dionysius Exiguus*, † okolo r. 544), ktorý koncom 5. storočia po svojom príchode do Ríma chronologicky usporiadal dve zbierky. Porov. PEJŠKA, J.: Církevní právo I. Ústavní právo církevní. Semily (1932), s. 21. Prvá z nich (neskôr nazývaná ako „*Liber Canonum*“) obsahuje latinské preklady 165 kánonov významných siedmich východných snemov, 27 kánonov ekumenického Chalcedónskeho koncilu (r. 451), 20 kánonov Serdickej synody (r. 343), 138 uznesení Kartáginského snemu (r. 419) a 50 apoštolských kánonov (zo zbierky *Canones Apostolorum* z obdobia 4. až 5. storočia). Druhá zbierka, neskôr označovaná ako „*Liber Decretorum*“, pozostáva z 39

Karlovcami, neustálej hrozbe útokov Saracénov (Arabov) v južnej Itálii a snáh o udržanie rovnováhy politických síl v Európe pápež navyše ochotne vyhovel Svätoplukovej žiadosti a prijal ho, spolu s veľmožmi a ostatným ľudom, pod ochranu stolice sv. Petra ako „patróna, pomocníka a ochrancu vo všetkom“. Týmto patronátom bolo panstvo kniežacieho rodu Mojmirovcov z hľadiska medzinárodnoprávného statusu uznané na úrovni nezávislého panovníka vládnuceho v nezávislej krajine.⁹⁸ Keďže Ján VIII. zároveň Svätoplukovi priznal titul „apoštolského panovníka“ (kráľa) a „zástupcu pápeža“, od tohto času ho bolo možné považovať za zvrchovaného kráľa Moravanov (*Rex Marahensium Sclavorum*). V tomto období, v rozmedzí rokov 879 až 881, sa podobný úspech napokon podarilo dosiahnuť i dalmátskemu veľmožovi Branimírovi (879 – 892), ktorého pápež uznal za samostatného vojvodu Chorvátska (*Dux Croatorum*).⁹⁹

Nitriansky biskup Wiching (880 – 891), ktorý sledoval od začiatku záujmy východných Frankov neodíšiel z Ríma s Metodovým sprievodom, ale až o čosi neskôr. Aj napriek tomu sa mu ale podarilo prísť na Veľkú Moravu skôr a po príchode predložil Svätoplukovi falošnú listinu, ktorú vydával za nové pápežské rozhodnutie vo veci predtým rozsúdenej kauzy.¹⁰⁰ Tzv. „Wichingovo falzum“ obsahovalo odsúdenie Metoda ako heretika a výslovný zákaz vysluhovania bohoslužieb v slovienskom jazyku. Po Metodovom obrátení sa na Rím, uviedol pápež listom *Pastoralis sollicitudinis tuae* z roku 881 veci na pravú mieru a situácia sa opätovne vyjasnila v jeho prospech, zatiaľčo Wiching mal byť

pápežských dekretálií od Siricia (384 – 399), do Anastázia II. (496 – 498). Porov. HRDINA, A.: Prameny ke studiu kanonického práva. Plzeň (2007), s. 20 a MRKÝVKA, P./VESELÁ, R.: Vybrané otázky z dejín kanonického práva. Brno (1992), s. 33. Tieto dve kompilácie, spojené po úpravách do jednej, sa potom spoločne nazývali ako „*Collectio Dionysiana*“. V 8. storočí k nim bola po ich opätovnom prepracovaní a doplnení pripojená ešte zbierka *Avellana* obsahujúca viaceré cisárske konštitúcie, na základe čoho vznikol *Codex Dionysii*, ktorý pápež Hadrián I. daroval v roku 774 listom *Divina fulgens doctrina* Karolovi Veľkému. Franský cisár potom tento kódex promulgoval v roku 802 ako ríšsky zákon pod názvom „*Codex Hadrianus*“, známy tiež ako „Dionýzio-Hadriana“ (*Dionysio-Hadriana, Liber Canonum Dionysio-Hadrianus*). Táto kompilácia bola preukázateľne používaná v Itálii, Franskej ríši, Hispánii, Afrike i Írsku, a nadobudla značný vplyv na cirkevnoprávny vývoj na Západe. Veľkej obľube sa však tešila aj na Východe a stala sa predlohou pre mnohé ďalšie zbierky cirkevného práva. Porov. MICHAL, J.: Stručný prehľad vývoje kanonického práva do r. 1917. In: Teologické studie, Litera slovem oživená. Sborník semináře v Hradci Králové r. 1984. Praha (1985), s. 21. Samotný Dionýz, ktorý je zároveň autorom kresťanského letopočtu počítaného od narodenia Ježiša Krista (r. 540), sa jej zostavením natrvalo zaradil medzi najdôležitejšie osobnosti histórie kánonického práva. Porov. SOMERVILLE, R./BRASINGTON, B. C.: Prefaces to Canon Law Books In: Latin Christianity. London (1998), s. 23-24 a 27.

⁹⁸ Porov. ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny II. Martin (1943), s. 228.

⁹⁹ Porov. RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 84.

¹⁰⁰ Porov. POULÍK, J.: Velká Morava. Cyrilo-metodějská mise. Praha (1987), s. 22.

potrestaný.¹⁰¹ Do tohto obdobia spadá tiež Metodova návšteva Konštantínopolu, ku ktorej malo dôjsť ešte v roku 881 na základe pozvania cisára Bazila I. Macedónskeho (*Βασίλειος ὁ Μακεδών*, 867 – 886).¹⁰² V súvislosti s ňou bol zrejme Metod ako pápežský legát poverený rokovaniami ohľadom **rozdelenia cirkevného vplyvu** medzi Rímom a Konštantínopolom v juhovýchodnej Európe, a to predovšetkým vo vzťahu k Bulharsku. Konkrétnejšie výsledky, ktoré by boli na tomto stretnutí dosiahnuté však nie sú známe.¹⁰³ Z pohľadu vnútornej i zahraničnej politiky Svätopluka I., došlo v období rokov 880 až 882 k značnému upevneniu postavenia Veľkej Moravy. Jeho sebavedomie vzrástlo najmä po pápežskom uznaní jeho vazalstva voči Svätej Stolicy a od toho času preto neváhal otvorene vystupovať ani voči najmocnejším predstaviteľom Východofranskej ríše. Na druhej strane sa ale usiloval o zachovanie dobrých vzťahov s vtedajším cisárom Karolom III. Tučným (*Carolus Crassus*, 881 – 887), ako to vyplýva z veľkomoravského posolstva z roku 882. Výsledkom rokovaní s ním bolo napokon aj mierové vyrovnanie sa s cisárovým synovcom Arnulfom Korutánskym a jeho bavorskými veľmožmi, ktoré bolo po viacerých konfliktoch uzavreté v roku 885.¹⁰⁴

Popri upevňovaní politickej situácie a moci Veľkej Moravy však zároveň dochádzalo k zhoršovaniu vzťahov medzi Svätoplukom a Metodom, ktorý s najväčšou pravdepodobnosťou ostro a otvorene kritizoval pomery panujúce na veľkomoravskom dvore (najmä mnohoženstvo a surové mravy). Svätopluk bol navyše proti Metodovi popudzovaný Wichingom, ktorý zostal naďalej pôsobiť na kráľovskom dvore. Aj z toho dôvodu mu pravdepodobne Metodovi žiaci už v čase Metodovej návštevy Konštantínopolu nedovolili vrátiť sa späť do Nitry na biskupský stolec. Na pozadí vyostrejujúceho sa konfliktu bol napokon v roku 884 Metod donútený voči Wichingovi uplatniť trest exkomunikácie.¹⁰⁵ Rok na

¹⁰¹ POROV, MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 94.

¹⁰² Keďže podľa zachovaných prameňov (Vita Meth. XIII) mal Metod v Konštantínopole zanechať jedného kňaza a diakona s knihami v starosloviencine, vďaka tejto skutočnosti malo podľa niektorých autorov dôjsť k záchrane cyrilo-metodského literárneho diela. Práve z hlavného mesta Byzantskej ríše mali totiž vychádzať ďalšie iniciatívy na ich prepisovanie a šírenie medzi Bulharmi, kde malo dôjsť k značnému rozkvetu slovanskej literatúry počas vlády cára Simeona I. (893 – 927). POROV, TKADLČÍK, V.: Cyrilometodějský překlad Bible. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 82; RATKOŠ, P. (ed.): Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava (1964), s. 288; VAŠICA, J.: Literárni památky epochy velkomoravské. Praha (1996), s. 94 a KADLEC, J.: Církevní dějiny. II. Raný středověk. 3. přepracované vydání. Praha (1983), s. 58.

¹⁰³ POROV, VAŠICA, J.: Literárni památky epochy velkomoravské. Praha (1996), s. 298.

¹⁰⁴ POROV, RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 110 a MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 97.

¹⁰⁵ POROV, VAŠICA, J.: Literárni památky epochy velkomoravské. Praha (1996), s. 300.

to, v snahe zaručenia kontinuity svojho diela, už zrejme vážne chorý Metod označil spomedzi približne 200 slovanských kňazov a diakonov za svojho želaného nástupcu Gorazda, ktorý pochádzal z územia Slovenska.¹⁰⁶ Ten sa mal neskôr osobne dostaviť kvôli získaniu biskupského svätenia do Ríma. I keď Metod zanechal svoju metropolu v usporiadanom stave, jeho dielo sa začalo na pozadí Wichingových aktivít čoskoro po jeho smrti rozpadáť. Wiching sa totiž ešte v roku 885 vybral do Ríma, kde sa pokúsil opätovne zvrátiť celú situáciu vo svoj prospech, použijúc argument Metodovho **protizákonného vymenovania** biskupského nástupcu.¹⁰⁷ Novozvolený pápež Štefan VI. (*Stephanus*, 885 – 891) bez vedomosti o Metodovej smrti Wichingovi uveril a v tom istom roku vydal novú bulu *Quia te zelo fidei*, ktorou potvrdil patronát Ríma voči Veľkej Morave, celú cirkevnú organizáciu zveril Wichingovi a liturgiu v slovienskom jazyku pod hrozbou exkomunikácie zakázal. Sloviensky jazyk pritom dovolil len v kázňach a pri výklade biblických textov.¹⁰⁸ Vykonaním buly poveril listinou (*Commonitorium Dominico*) osobitného legáta biskupa Dominika a kňazov Jána so Štefanom, ktorí mali zároveň osobne presvedčiť Gorazda, aby sa dostavil do Ríma a celú záležitosť vysvetlil.¹⁰⁹ Keďže Gorazd si uvedomoval pápežovu nedôveru voči svojej osobe, do Ríma nešiel a minimálne v tomto období sa s určitosťou nestal právoplatným Metodovým nástupcom. Po svojom návrate z Ríma, pravdepodobne ešte pred príchodom pápežských vyslancov, ovládol správu moravskej cirkvi Wiching a opätovne začalo dochádzať k prevládaniu východofranských vplyvov.¹¹⁰

¹⁰⁶ Porov. Vita Meth. XVII. Metod však nemohol Gorazda priamo ustanoviť svojím nástupcom, keďže cirkevné právo takéto konanie zakazovalo. Toto ustanovenie bolo napokon obsiahnuté aj v 23. kánone antiochijskej synody, ktorý je zahrnutý v VI. titule Metodovho Nomokánonu. Rovnaké ustanovenie možno nájsť už v zbierke Apoštolských konštitúcií (*διατάξεις τῶν ἁγίων Ἀποστόλων, Constitutiones Apostolicae*) z obdobia 4. alebo 5. storočia, v súlade s ktorou prislúchalo právo kánonickej voľby nového biskupa susedným biskupom a kňazom uprázdnenej diecézy, pričom ľudu sa ponechávalo len právo vydania verejného svedectva o riadnom priebehu voľby. Podľa viacerých autorov možno preto uvedenú dikciu prameňa interpretovať len ako vyslovenie želania Metoda ohľadom svojho nástupcu. Porov. KUZMÍK, J.: Gorazd Sloviensky. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročiu úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 90 a JANHUBA, F.: Žáci svatých Cyrila a Metoděje. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročiu úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 96.

¹⁰⁷ Porov. ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny II. Martin (1943), s. 227.

¹⁰⁸ Bližšie pozri RATKOŠ, P. (ed.): Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava (1964), s. 195n a POULÍK, J.: Velká Morava. Cyrilo-metodějská mise. Praha (1987), s. 24-25.

¹⁰⁹ Porov. MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 101 a 104.

¹¹⁰ Porov. FRÖHLICH, R.: Dva tisíce let dějin církve. Praha (2008), s. 69 a KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 2. Raný kresťanský stredovek. Levoča (2001), s. 138.

Podľa literárnych prameňov fungovalo slovanské učilište po smrti arcibiskupa Metoda pod Gorazdovým vedením ešte takmer rok. Keďže Svätopluk I. stál od začiatku na strane Wichinga, v nádeji na získanie podpory proti staromadžarským kmeňom (Uhri), ktoré sa koncom 9. storočia objavili pri hraniciach Veľkej Moravy, súhlasil s opätovným zverením cirkevnej organizácie východofranskému duchovenstvu.¹¹¹ Všetci Metodovi prívrženci, ktorí neboli ochotní zrieknuť sa používania liturgie v slovienskom jazyku a akceptovať nových cirkevných predstavených, museli pritom opustiť Veľkú Moravu. Keďže viacerí z nich boli dokonca na tomto pozadí zajatí a predaní do otroctva, mnohí ďalší radšej volili dobrovoľný odchod. Časť z Metodových žiakov odišla k Bulharom, kde ich s nadšením prijal už spomenutý panovník Boris, snažiaci sa o osamostatnenie tamojšej cirkvi od byzantských vplyvov.¹¹² Práve tu sa im napokon podarilo zachrániť obrady s liturgiou v slovienskom jazyku.¹¹³ Aj napriek nepriaznivým pomerom bola cirkevná staroslovienčina naďalej používaná ešte takmer po dve storočia v Čechách, Chorvátsku i Poľsku¹¹⁴ a napokon sa jej podarilo natrvalo presadiť medzi Bulharmi, Rusmi, Macedóncami, Moldavcami, Rumunmi i Srbmi, pričom dodnes zostáva najpoužívanejším liturgickým jazykom pravoslávnych cirkví.¹¹⁵ V skutočnosti sa však neudržala pôvodná metodská liturgia založená na latinskom obrade, keďže tú postupne nahrádzala rímska, respektíve byzantská liturgia. V starobulharskom učilišti v Preslave bolo napokon okolo roku 894 vytvorené nové písmo „*cyrilika*“ (*kyrilliza*, *asbuka*) predstavujúce grécku abecedu doplnenú hlaholskými znakmi pre rýdzo slovanské fonémy. Tá sa v praxi osvedčila a všeobecne ju akceptovali južní a východní Slovania,

¹¹¹ Porov. RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 53-54 a 114.

¹¹² Porov. POULÍK, J.: Velká Morava. Cyrilo-metodějská mise. Praha (1987), s. 27 a ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny II. Martin (1943), s. 227.

¹¹³ Porov. Bios Klim. XVI,47-48 a XX,65-66.

¹¹⁴ Porov. ŘÍČAN, R./MOLNÁR, A.: Dvanáct století církevních dějin. 3. vyd. Praha (2008), s. 255; DOLINSKÝ, J.: Cirkevné dejiny Slovenska I. Bratislava (2001), s. 26 a ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny II. Martin (1943), s. 234-235. Na ilustráciu možno uviesť, že archeologické nálezy na poľskom území svedčia v prospech hypotézy, že v Poľsku existovala v období 10. až 11. storočia slovanská cirkevná hierarchia, ktorá mala byť dosadená ešte veľkomoravskými cirkevnými predstavenými. Bližšie k tejto problematike pozri JANHUBA, F.: Žáci svatých Cyrila a Metoděje. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 100.

¹¹⁵ Porov. TOMKINS, S.: Stručné dějiny křesťanství. Praha (2009), s. 123. V dejinnom vývoji Slovanov východného obradu tak mala táto reč podobný význam ako latinčina na Západe. V týchto národoch sa však v skutočnosti udržala ešte dlhšie – čiastočne až do 19. storočia – a mala oveľa priamejší vplyv na vytváranie národných literárnych jazykov, predovšetkým vďaka svojej blízkej príbuznosti s nimi. Porov. Slav. Apost. VI,22 a VII,24.

z ktorých väčšina neskôr prijala pravoslávie. Cyrilika sa tak stala základom písma Bulharov, Srbov, Chorvátov, Rumunov i Rusov.¹¹⁶ V literárnej škole v starobulharskom Ochride sa však ešte po vyše jedno storočie od vyhnania Metodových žiakov z Veľkej Moravy používalo naďalej hlaholské písmo, odkiaľ bolo neskôr prenesené do Kyjevskej Rusi.¹¹⁷ Do posledných rokov panovania Svätopluka I. spadá žiadosť pápeža Štefana VI. adresovaná na Veľkú Moravu v roku 890, ktorá mala vyvinúť nátlak na východofranského kráľa Arnulfa Korutánskeho (887 – 899), aby uskutočnil ťaženie proti Saracénom ohrozujúcim južnú Itáliu. Samotný Wiching napokon v roku 891 na pozadí nového sporu medzi Svätoplukom a Arnulfom dobrovoľne opustil Nitru, odišiel na Arnulfov dvor a v roku 898 sa stal na dva roky pasovským biskupom.¹¹⁸

3 Zánik Veľkej Moravy

Počas vlády Svätopluka I. bola Veľkomoravská ríša silným mocenským činiteľom v strednej Európe. Cirkevná organizácia sa však prakticky rozpadla už odchodom Metodových žiakov a vnútorná politická jednota Ríše bola výrazne oslabená v súvislosti s vlnou odporu miestnych kniežat a ich družín v dobytých krajinách po Svätoplukovej smrti (r. 894).¹¹⁹ Táto skutočnosť je zrejماً na príklade českých přemyslovských kniežat Svyatopluk (894 – 915) a Vratislava (915 – 921), ktorí už v roku 895 na sneme v Regensburgu obnovili vazalstvo voči východofranskému kráľovi Arnulfovi Korutánskeму a ponúkli mu proti Veľkej Morave spojenectvo a vojenskú pomoc. V roku 897 zložili rovnaký vazalský sľub Arnulfovi napokon aj lužickí Srbi. Z dobytých území tak Veľkej Morave zostalo len Vislansko a definitívne stratila charakter ríše. Neustále bola navyše ohrozovaná zo strany Východofranskej ríše, ktorej predstavitelia neváhali hľadať pomoc ani u staromaďarských kmeňov obsadzujúcich od roku 896 východné a neskôr i južné časti Veľkej Moravy. Svätoplukovým nástupcom sa stal jeho prvorodený syn **Mojmír II.** (894 – 907), kým druhému synovi Svätoplukovi II. bol pridelený tradičný údel v podobe Nitrianskeho kniežatstva.¹²⁰ Okolo roku 899 sa Mojmír II. v snahe o záchranu nezávislosti štátu obrátil na pápežský Rím so žiadosťou o znovuoobnovenie cirkevnej

¹¹⁶ POŘOV. VAŠICA, J.: Literární památky epochy velkomoravské. Praha (1996), s. 22 a 94.

¹¹⁷ POŘOV. RATKOŠ, P. (ed.): Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava (1964), s. 10.

¹¹⁸ POŘOV. KADLEC, J.: Církevní dějiny. II. Raný středověk. 3. přepracované vydání. Praha (1983), s. 59.

¹¹⁹ POŘOV. ŠPIRKO, J.: Církevné dějiny II. Martin (1943), s. 227 a 229.

¹²⁰ POŘOV. RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 58-59, 86, 118 a 121.

hierarchie na Veľkej Morave.¹²¹ Pápež Ján IX. (896 – 906), ktorý stále považoval veľkomoravského panovníka za vazala stolice sv. Petra a teritoriálne zmenšenú Veľkú Moravu za samostatnú cirkevnú provinciu, podliehajúcu bezprostredne Rímu, žiadosti vyhovel. Úlohou zriadenia novej hierarchie poveril arcibiskupa Jána a biskupov Daniela a Benedikta, ktorí po príchode na Veľkú Moravu vysvätili a vymenovali arcibiskupa a troch biskupov, čo opätovne vyvolalo protesty zo strany východofranského duchovenstva.¹²² Predpokladá sa, že za arcibiskupa bol vysvätený Gorazd, ktorý mal potom spravovať tamojšiu cirkev až do pádu Veľkej Moravy (r. 907). Okolo roku 900 bolo teda územie štátu rozdelené na arcidiecézu na čele s arcibiskupom a na ďalšie diecézy na čele s biskupmi. Samotný biskupský úrad, ktorý bol vystavaný na cirkevnoprávnej koncepcii beneficiátneho zriadenia, bol zrejme i v tomto období spojený s vykonávaním niektorých dôležitých štátnických funkcií.¹²³

V roku 901, keď bola ústredná moc reprezentovaná nedospelým východofranským kráľom Ľudovítom IV. Dieťaťom (900 – 911), dohodli poslovia Mojmirá II. podmienky mierového urovnania sporov s východnými Frankami, ktorí v tom čase rovnako potrebovali pomoc proti staromaďarským kmeňom.¹²⁴ Pod ich tlakom, ktorý urýchlil aj hospodársky a politický úpadok moci Mojmiróvcov, sa napokon Veľká Morava okolo roku 907 vnútorne rozpadla.¹²⁵ Bezprostrednou príčinou bola s najväčšou pravdepodobnosťou bitka pri Bratislave (*Brezalauspurc*), v ktorej maďarské družiny rozdrvili bavorské vojská podporované zrejme i Moravanmi.¹²⁶ Kým časť Moravy vrátane zlomku severného Slovenska čoskoro pripadla Čechám, odkiaľ boli aj cirkevne spravované (neskoršia *Provincia Bohemica*), územie dnešného východného a južného Slovenska bolo **obsadené Maďarmi**.¹²⁷ Odôvodnene teda možno predpokladať, že staromaďarské výboje nepostihli až do takej miery hornaté územia severného Slovenska a ešte menej západnú a severnú Moravu, ktorú k roku 942 deklaruje ako nezávislú krajinu nedávno objavený arabsko-hispánsky

¹²¹ Porov. RATKOŠ, P. (ed.): *Pramene k dejinám Veľkej Moravy*. Bratislava (1964), s. 207.

¹²² Porov. ŠMÁLIK, Š.: *Boží ľud na cestách. Cirkev v 49 pokoleniach*. Bratislava (1997), s. 242 a KADLEC, J.: *Cirkevní dějiny. II. Raný středověk. 3. přepracované vydání*. Praha (1983), s. 59.

¹²³ Porov. KUZMÍK, J.: *Gorazd Sloviensky*. In: Pokorný, L.: *Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje*. Praha (1987), s. 91-92 a SILVÁK, F.: *Dejiny štátu a práva na území Slovenska do roku 1918*. Bratislava (1999), s. 24.

¹²⁴ Porov. RATKOŠ, P.: *Slovensko v dobe veľkomoravskej*. Košice (1988), s. 123.

¹²⁵ Porov. ŘÍČAN, R./MOLNÁR, A.: *Dvanáct století církevních dějin. 3. vyd.* Praha (2008), s. 255.

¹²⁶ *Aventinus, Annales Boior. IV,21; Annales Iuvaven. max. 907; Annales Sancti Rudberti Salisburg. 907; Annales Sancti Emmerami Ratispon. min. 907 a Annales Ratisbon. min. 907.*

¹²⁷ Porov. ŠPIRKO, J.: *Cirkevné dejiny II. Martin* (1943), s. 228.

prameň.¹²⁸ Predkovia Slovákov v Podunajskej nížine i Zadunajsku a Matre sa však stali preukázateľne závislými od maďarských náčelníkov.¹²⁹ Veľkomoravské dedičstvo v oblasti materiálnej, a do istej miery i duchovnej kultúry, ešte niekoľko desaťročí dožívalo, kým sa na jeho tradícii nevytvorila svojská kultúra priemyslovských Čiech a podobne i ranofeudálneho Poľska a Uhorska, v ktorých sú jeho stopy ešte zreteľnejšie.¹³⁰ Podobne napokon skončila i Východofranská ríša, ktorá sa po smrti kráľa Ľudovíta IV. v roku 911 rozpadla na niekoľko samostatných vojvodstiev (bavorské, saské, franské a švábske).¹³¹

4 Pramene práva

Rovnako ako v iných krajinách, aj na území Veľkej Moravy dochádzalo po prijatí kresťanstva k postupnému rušeniu starých obyčají, ktoré boli spojené s pohanskými kultmi. Potreba ich zmeny a novej interpretácie však vyvstala aj v súvislosti s procesom pošťátňovania a sociálneho rozvrstvenia ranofeudálnej spoločnosti.¹³² Právna prax vyžadovala transformáciu i v dôsledku ďalších prevratných spoločenských zmien, medzi ktoré možno zaradiť najmä súkromné vlastníctvo pôdy v rukách kniežat a veľmožov, s tým súvisiace dedičské právo i postupne sa upevňujúce súkromné vlastníctvo poddaných. Aj samotným veľkomoravským kniežatám od začiatku preukázateľne záležalo na posilnení feudálnych vzťahov, ako i na potlačení prežitkov predfeudálneho obdobia.¹³³ Z toho dôvodu začalo byť najneskôr za vlády Rastislava I. a Svätopluka I. obyčajové právo čiastočne nahrádzané právom písaným a obaja panovníci vydali po vzore franských kráľov viaceré zákony. Aj napriek tomu však mala väčšia časť veľkomoravského práva naďalej obyčajový charakter. Z hľadiska

¹²⁸ Porov. RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 10 a 128.

¹²⁹ Porov. RATKOŠ, P. (ed.): Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava (1964), s. 10.

¹³⁰ Bližšie k tejto problematike pozri BAGIN, A.: Rozvoj cyrilometodskej tradície na Slovensku. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročiu úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 174-175; VANĚČEK, V.: Pronikání římského a kanonického práva na území dnešního Československa od 2. pol. 9. století do 1. pol. 14. století. In: Právněhistorické studie 12. Praha (1966), s. 29 a PROCHÁZKA, M.: Zánik metropole sv. Methoda a jeho liturgie slovanské v bývalé říši Velkomoravské. In: Časopis katolického duchovenstva 1/1882. Praha (1882), s. 129n.

¹³¹ Porov. KELLER, H.: Otoni. Jindřich I. Ptáčník, Ota I., II., III., Jindřich II. Praha (2004), s. 95-96.

¹³² Porov. SILVÁK, F.: Dejiny štátu a práva na území Slovenska do roku 1918. Bratislava (1999), s. 27.

¹³³ Bližšie k tejto problematike pozri RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 90n.

trestného práva sa už pred príchodom byzantskej misie po franskom príklade presadilo na Veľkej Morave verejnoprávne ponímanie trestného činu, ktorý začal byť vnímaný nielen ako porušenie svetského zákona a ohrozenie celej spoločnosti, ale i ako urážka Boha. Z toho dôvodu bolo každé prekročenie trestného zákona trestané popri svetskej sankcii aj cirkevným trestom verejného pokánia (*epitímia*), ktoré sa v tom čase už, na rozdiel od kresťanského Západu, v Byzantskej ríši neuplatňovalo.¹³⁴ Čo sa týka **cirkevného práva**, jeho normy platili nezávisle od vôle kniežat, na základe čoho sa na Veľkej Morave mohlo tiež voľne šíriť franské cirkevnoprávne zriadenie. Aj z toho dôvodu mala misia solúnskych bratov od začiatku, okrem náboženského, i politický podtext. Keďže Konštantín s Metodom od začiatku akceptovali príslušnosť Veľkej Moravy do rímskej obehencie, všetky svoje aktivity vyvíjali na západných základoch a tradíciách.¹³⁵ Práve preto zaviedli sloviensky jazyk do rímskej

¹³⁴ Verejné pokánie bolo od 2. storočia v súdnej praxi v širokej miere previnilcom ukladané ako trest za niektoré prehrešky. Týmto inštitútom Cirkev stíhala predovšetkým zločiny proti viere, vraždu, smilstvo a iné závažné hriechy, zásadne považované aj za cirkevnoprávne delikty. Práve verejné pokánie zároveň umožňovalo verejným hriešnikom zmierenie s Cirkvou a ich znovuprijatie do cirkevného spoločenstva (*κοινωνία, communio*). V prípade jeho aplikovania musel najskôr veriaci vyznať svoj omyl pred celou obcou a potom konať pokánie dostatočne dlhý čas, postiac sa a modliac, často až do svojej smrti, povzbudzovaný vo svojich námahách modlitbami komunity, aby sa mohol zmieriť s Bohom. Porov. DOLINSKÝ, J.: *Dejiny Cirkvi. Prvý diel. Kresťanský starovek*. Bratislava (1996), s. 79. Jeho prítomnosť závisela najmä od závažnosti spáchaného deliktu, ale samozrejme tiež od statusu člena cirkevnej obce (prísnejšie boli trestaní klerici). Na opätovné prijatie do spoločenstva bolo potrebné, aby bolo pokánie vykonané celé, pričom výnimka sa pripúšťala len v prípade ťažko chorých. Prvým príznakom stále vypracovanejšieho cirkevného zákonodarstva v tejto oblasti bolo konštituovanie štyroch stupňov pokánia, ktoré sa vyvinuli na kresťanskom Východe v priebehu 3. storočia. Ďalším znakom bola fixácia troch „klasických úkonov pokánia“ (modlitba, pôst a almužna) v synodálnych kánonoch, prostredníctvom ktorých boli bežne odpúšťané ľahšie hriechy. Porov. MARKCHIES, Ch.: *Mezi dvěma světy. Dějiny antického křesťanství*. Praha (2005), s. 172. Samotný priebeh verejného pokánia mali v Ríme na starosti presbyteri, pričom v Konštantínopole sa v 4. storočí spomínajú kňazi označovaní ako „penitenciári“ (*poenitentarii*). Od uvedeného obdobia sa zároveň začalo na Východe od verejného pokánia upúšťať a uprednostňované bolo tajné vyznávanie hriechov, na základe čoho nadobúdali inštitút pokánia súkromný charakter (tzv. „ušná spoveď“). Na Západe sa pridŕžovali starokresťanskej tradície ešte dlhšie a od 5. storočia sa začala dovtedajšia prísna kajúčna disciplína zmierňovať. Inštitút verejného pokánia napokon v niektorých západných partikulárnych cirkvách pretrval prakticky až do obdobia novoveku. Porov. BRUNDAGE, J. A.: *Medieval Canon Law*. London (1995), s. 24. Bližšie k problematike disciplíny v prvotnej Cirkvi pozri PŘIBYL, S.: *Církevněprávní studie*. Praha (2012), s. 237n.

¹³⁵ Porov. VAŠICA, J.: *Literární památky epochy velkomoravské*. Praha (1996), s. 47-48, 72 a 270.

liturgie a akceptovali tiež normy západného cirkevného práva, ktoré sa v tom čase vo viacerých ohľadoch líšilo od práva východného. Z toho dôvodu sa napokon v sťažnostiach proti ich pôsobeniu zo strany východofranského duchovenstva poukazuje len na jazykové novoty, a nie na rozdiely liturgické, či cirkevnoprávne.¹³⁶

Aj keď v čase príchodu vierozvestov na území Veľkej Moravy preukázateľne platila z Franskej ríše rozšírená zbierka Dionýzio-Hadriana, tí ihneď po príchode vyhotovili, popri najdôležitejších knihách teologického a liturgického charakteru, aj preklady dvoch právnych zbierok, ktoré mali mať regulatívnu funkciu a prispieť k presadeniu sa spoločenského poriadku postavenému na kresťanských zásadách.¹³⁷ Keďže Konštantín a Metod nedisponovali z hľadiska svetského ani cirkevného práva zákonodarnou právomocou (*auctoritas legalis*), zavádzanie nových noriem ponechávali zrejme výlučne na autorite veľkomoravských panovníkov, pričom i v návrhoch vierozvestov ovplyvnených rímskym a byzantským právom boli vždy prísne zohľadňované relevantné západné predpisy. Keďže pri väčšine týchto prameňov boli vedené zložité vedecké diskusie už len o správne určenie ich pôvodu, objasnenie ich reálneho uplatňovania vo veľkomoravskej právnej praxi je o to zložitejšie. Podľa názoru viacerých bádateľov navyše tamojší sudcovia popri uznaných prameňoch práva aplikovali aj normy diel neprávnického (teologického, resp. teologicko-právneho) charakteru. V týchto intenciách sa zmýšľala predovšetkým o penitenciále Zápovede svätých Otcov, na ktorý nadväzoval Súdny zákonník pre laikov, a Metodovej **Adhortácii k sudcom – kniežatám**, zostavenej v reakcii na nekresťanský spôsob života veľkomoravskej elity.¹³⁸ Z tohto predpokladu je zrejmé, že hlavný podiel pri príprave prameňov mal Metod, ktorý bol vzdelaním právnik a mal aj skúsenosti so správou slovanskej provincie v Macedónii. Najmä on bol zároveň zodpovedný za výber pôvodom východných noriem, ktoré mohli byť, po zohľadnení potrieb veľkomoravskej právnej praxe, eventuálne zakomponované i do západného práva. Na ich základe sa mali zmiernovať i zaužívané svetské sankcie a nahrádzať trestami cirkevnými, ktoré boli oproti západným štandardom miernejšie. Hotové preklady zákonníkov do staroslovienčiny potom Metod s najväčšou pravdepodobnosťou predkladal na sankcionovanie (podľa byzantských vzorov) veľkomoravskému panovníkovi.

¹³⁶ POFOV. KIZLINK, K.: Právo Veľkej Moravy. In: Právnické štúdie XVII – 3. Bratislava (1969), s. 440.

¹³⁷ POFOV. MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 46.

¹³⁸ POFOV. POKORNÝ, L.: Staroslověnské kající řády a penitenciály. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 169.

Podľa názorov iných bádateľov však na území Veľkej Moravy platilo aj počas pôsobenia byzantskej misie výlučne západné cirkevné právo a právne zbierky zostavené vierozvestami (najmä Súdny zákonník pre laikov, prípadne i Nomokánon) slúžili len ako vyučovacie pomôcky v slovanskom učilišti. S určitosťou však môžeme minimálne konštatovať, že o recepcii byzantského práva nemohlo byť ani reči, keďže každý takýto pokus by nevyhnutne vyvolal bezprostredný zákrok východofranského duchovenstva v Ríme.¹³⁹ Vo viacerých zachovaných hlaholských odpisoch staroslovienskych liturgických prameňov pochádzajúcich z 10. až 12. storočia je však zreteľný istý rímsko-konštantínopolský synkretizmus, ktorý sa vo viacerých ohľadoch realizoval práve na Veľkej Morave.¹⁴⁰ Táto skutočnosť je zrejmá z Trebníka zachovaného v Sinajskom euchológii (*Euchologium Sinaiticum*), textu Sinajských zlomkov, najmä však z Kyjevských listov, ktorých predlohou bol text západnej liturgie svätého Petra.¹⁴¹ Aj keď dosiahnutím biskupského svätenia a úradu metropolitu mohol Metod s určitosťou rozhodovať o partikulárnom cirkevnom práve platnom na území jeho provincie, zároveň musel rešpektovať univerzálne právo, ktoré od roku 880 oficiálne predstavovala zbierka **Rozšírenej Dionýziany**. Z toho dôvodu možno odôvodnene predpokladať, že ostatné pramene západno-východného synkretického charakteru (najmä Metodov Nomokánon) mohli byť pôvodne určené pre iné územia, ktoré boli, respektíve mali byť Svätoplukom podmanené na východe jeho Ríše. Obdobne preto nemožno vylúčiť ani jednotné vydanie troch hlavných prameňov (Zápovede svätých Otcov, Súdny zákonník pre laikov a Nomokánon) v jednotnom kódexe, ktorého kópie mali byť zhotovené už ku koncu Metodovho života. Problematickým však naďalej zostáva určitý mieru autorstva a skutočné účinky týchto prameňov na súdobú právnu prax. Vo všeobecnosti však môžeme konštatovať, že okrem práce spojenej so šírením a upevňovaním kresťanstva na Veľkej Morave, boli solúnski bratia u našich slovienskych predkov aj jednými z prvých priekopníkov práva.¹⁴²

¹³⁹ Porov. KIZLINK, K.: Právo Veľkej Moravy. In: Právnické štúdie XVII – 3. Bratislava (1969), s. 486.

¹⁴⁰ Porov. RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 142.

¹⁴¹ Porov. MARTINEC, A.: Literárno-písomné a materiálne cyrilometodské pamiatky. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 59 a POKORNÝ, L.: Staroslověnské kající řády a penitenciály. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 168 a 172.

¹⁴² Porov. KRAJČÍ, J.: Historické pramene a všeobecné normy cirkevného práva. I. časť. Banská Bystrica (1997), s. 24 a MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 7.

4.1 Zápovede svätých Otcov

Zápovede svätých Otcov (Ustanovenia svätých Otcov o pokání za vraždu a každom hriechu) nie sú v pravom zmysle slova zákonnikom. Ide totiž o penitenciál veľkomoravského pôvodu, ktorý bol zostavený zrejme už čoskoro po príchode vierozvestov na Veľkú Moravu (r. 863).¹⁴³ Pod pojmom **penitenciály** (*libri poenitentiales*) prítom vo všeobecnosti rozumieme vnútrocirkevné príručky určené pre spovedníkov, ktoré obsahovali súpis skutkových podstatí hriechov a cirkevnoprávnych deliktov, a odporúčané druhy pokánia za ne. Prvé zbierky tohto charakteru vznikli v prostredí írsko-škótskych kláštorov a prostredníctvom ich mníšskych misíí sa rozsiahle šírili aj na európskej pevnine. I keď tieto pramene spočiatku pozostávali len zo synodálnych kánonov (*canones poenitentiales*), neskôr boli prispôsobované právnym obyčajom tej-ktorej partikulárnej cirkvi.¹⁴⁴ Ich záväznosť závisela od autority, ktorá ich vydala, prípadne schválila, v prípade väčšiny z nich však išlo o kompilácie súkromného charakteru. Aj z toho dôvodov sa na synodách bežne ozývali sťažnosti na bludy v nich obsiahnuté. Medzi najznámejšie z týchto zbierok zaraďujeme penitenciál pripisovaný arcibiskupovi Teodorovi z Canterbury (*Theodorus Cantuariensis*, 668 – 690), dva od mnícha Bedu Venerabilis († 735) a jeden od arcibiskupa Egberta z Yorku (732/735 – 766). Penitenciály napokon zostali v praxi v používaní až do 13. storočia, keď boli čiastočne nahradené obšírnymi kazuistickými príručkami známymi ako „*summae confessorum*“ (z lat. „spovedné príručky“).¹⁴⁵ Predovšetkým írsko-škótska a anglosaská kajúcna disciplína do značnej miery ovplyvnila aj franskú partikulárnu cirkev, kde vznikol **Merseburský penenciál**, ktorý bol koncipovaný predovšetkým

¹⁴³ POROV, KIZLINK, K.: Právo Veľkej Moravy. In: Právnické štúdie XVII – 3. Bratislava (1969), s. 454.

¹⁴⁴ POROV, VAŠICA, J.: Literární památky epochy velkomoravské. Praha (1996), s. 57.

¹⁴⁵ Vo všeobecnosti možno konštatovať, že penitenciály sa nachádzali na rozmedzí kánonického práva a liturgiky a opierali sa o cirkevné, prípadne i civilné právo. V ich prípade totiž išlo o praktické príručky pre spovedníkov a preto zároveň náležali i k liturgii. Svojím pôsobením prenikali hlboko do mravného a spoločenského života veriacich, čo sa navonok najvýraznejšie prejavovalo práve v období stredoveku (predovšetkým vrcholného). Penitenciály však poväčšine predstavovali len polooficiálne príručky. Bližšie k tejto problematike pozri POKORNÝ, L.: Staroslovenské kající řády a penitenciály. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 165n; RATKOŠ, P. (ed.): Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava (1964), s. 267; MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 274-275; WIEL, C. Van de: History of Canon Law. Louvain (1991), s. 59n; BERMAN, H. J.: Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition. London (1983), s. 70 a VAŠICA, J.: Literární památky epochy velkomoravské. Praha (1996), s. 57n, 89n a 222n.

na zásadách Mohučskej synody z roku 847.¹⁴⁶ Ten bol pritom už pred príchodom vierozvestov preukázateľne používaný východofranským duchovenstvom i na území Veľkej Moravy a jeho dnes už nezachovaná redakcia s určitou poslúžila aj ako predloha pre staroslovienske Zápovede svätých Otcov.¹⁴⁷

Aj napriek tomu, že Konštantín a Metod nedisponovali po príchode na Veľkú Moravu cirkevnoprávnou jurisdikciou, nechali pre potreby svoje a svojich učeníkov neovládajúcich latinčinu, preložiť do staroslovienčiny aspoň vybrané časti Merseburského penitenciálu. Penitenciály sa totiž do ľudovej reči bežne neprekladali, keďže nebolo prípustné, aby sa dostali do rúk laikov.¹⁴⁸ V tomto prípade však nešlo o preklad doslovný, keďže prekladatelia jeho obsah a výšku trestov prispôbovali veľkomoravským potrebám, inšpirujúc sa pritom relevantnými východnými normami. Pri porovnaní s byzantskými penitenciálmi však zostali epitimijné predpisy Zápovedí svätých Otcov prísnejšie, a to aj napriek tomu, že západná prax bola oproti východnej podstatne miernejšia. S hotovým prekladom penitenciálu vierozvestovia zrejme oboznámili veľkomoravské knieža, nie je však známe, že by ho nechali odobriť nejakej vyššej cirkevnej autorite. Jeho obsah je vo všeobecnosti zameraný najmä na boj s pozostatkami starých pohanských zvykov a predchádzanie hriechom i deliktom spadajúcich do sexuálnej oblasti.¹⁴⁹ Okrem toho je jeho súčasťou i viacero charakterom rýdzo trestnoprávných skutkových podstát, ako vražda príbuzných, vražda novorodenca, či krádež. Podľa viacerých bádateľov predstavuje tento penitenciál najstarší veľkomoravský prameň, ktorý bol pôvodne koncipovaný ako **cirkevnoprávna časť** výraznejšie sekulárne zameraného Súdneho zákonníka pre laikov. V jeho prípade teda malo ísť o dve časti, respektíve dva úryvky jedného textu, v ktorom sa vedľa seba nachádzali zákony cirkevné i svetské. V tejto súvislosti pritom nemožno

¹⁴⁶ Porov. RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 141 a KIZLINK, K.: Právo Veľkej Moravy. In: Právnické štúdie XVII – 3. Bratislava (1969), s. 456.

¹⁴⁷ Biskupstvo v Mersebugu bolo založené ako sufragánne Magdeburskému biskupstvu v roku 962 alebo 968. Prvým biskupom sa stal mních Boso z Regensburgu (968 – 970), ktorý bol známy svojimi rozsiahlymi misiami medzi polabskými Slovanmi. Biskupstvo bolo napokon zrušené už v roku 981, aby v roku 1004 došlo k jeho obnoveniu. Od toho času pokrývalo menšie územie a jeho jurisdikcii bolo podriadené takmer výlučne slovanské obyvateľstvo. Najmä z toho dôvodu možno predpokladať, že všetci misionári museli ovládať i staroslovienčinu. Porov. POKORNÝ, L.: Staroslověnské kající řády a penitenciály. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 169-170.

¹⁴⁸ Responsa Nicolai ad consulta Bulgar. LXXV. Bližšie k tejto problematike pozri POKORNÝ, L.: Slovanská liturgie v Čechách. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 196.

¹⁴⁹ Porov. KIZLINK, K.: Právo Veľkej Moravy. In: Právnické štúdie XVII – 3. Bratislava (1969), s. 453n.

poprieť, že spomínané dva pramene sa skutočne vo viacerých ohľadoch vzájomne dopĺňajú. Spovedný poriadok Záповедí svätých Otcov, ktorý sa zachoval v najstaršom odpise hlaholského Sinajského euchológia z konca 11. storočia, svojím vplyvom na súdobú prax neskôr sprostredkoval viaceré vplyvy západného práva aj na bulharské a staroruské cirkevné právo.¹⁵⁰

4.2 Súdny zákonník pre laikov

Autorstvo zbierky Súdny zákonník pre laikov (*Zákon súdnyj ľjudem*) je prisudzované vierozvestovi Konštantínovi, ktorému bol zrejme poradcom a pomocníkom právnik Metod. Tento zákonník bol s najväčšou pravdepodobnosťou v základnej verzii pripravený ešte pred príchodom vierozvestov na územie Veľkej Moravy, kde bol čiastočne prepracovaný a dokončený.¹⁵¹ Práve táto zbierka zrejme predstavovala zákonník určený pre potreby veľkomoravských súdov, o ktorý Rastislav žiadal byzantského cisára. Aj z toho dôvodu je považovaný za najstarší slovanský písomný prameň rýdzo právnického charakteru.¹⁵² Z formálneho hľadiska ide z väčšej časti o preklad byzantského trestného zákonníka **Ekloga** (*Εκλογή των νομων, Ecloga*), ktorý pozostával zo 17 titulov vychádzajúcich najmä z justiniánskej kodifikácie s úpravami odvodenými z byzantského obyčajového práva.¹⁵³ Ten bol pôvodne vydaný pravdepodobne ešte v roku 726 cisárom Levom III. Sýrskym (717 – 741) a v praxi uplatňovaný i za panovania Konštantína V. Kopronyma (741 – 775).¹⁵⁴ Za vzor uvedenému moravskému zákonníku však slúžila predovšetkým jeho prepracovaná verzia, známa ako „*Ησζημένη εκλογή*“ (*Ecloga privata aucta*).¹⁵⁵ Podobne ako v prípade predchádzajúceho prameňa však nešlo ani v prípade

¹⁵⁰ POROV, VAŠICA, J.: Literárni památky epochy veľkomoravské. Praha (1996), s. 57 a 90.

¹⁵¹ POROV, RATKOŠ, P. (ed.): Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava (1964), s. 267 a MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 20.

¹⁵² KRAJČI, J.: Historické pramene a všeobecné normy cirkevného práva. I. časť. Banská Bystrica (1997), s. 18-19.

¹⁵³ POROV, BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva. Praha (1994), s. 100 a VANĚČEK, V.: Pronikání římského a kanonického práva na území dnešního Československa od 2. pol. 9. století do 1. pol. 14. století. In: Právněhistorické studie 12. Praha (1966), s. 27.

¹⁵⁴ POROV, VOJÁČEK, L.: Dejiny verejného práva v Európe. Vývin verejného práva v USA. Bratislava (2004), s. 133; VLČEK, E./SCHELLE, K.: Právní dějiny 3. Státy střední a východní Evropy. Brno (1998), s. 15-16 a BALÍK, S.: Právní dějiny evropských zemí a USA. Dobrá Voda (2002), s. 77-79.

¹⁵⁵ POROV, KADLEC, J.: Církevní dějiny. II. Raný středověk. 3. přepracované vydání. Praha (1983), s. 54.

Súdneho zákonníka pre laikov o preklad doslovný. Jeho ustanovenia boli totiž citlivo upravené, doplnené dodatkami západného (najmä germánskeho) práva a prispôbené tak veľkomoravskému prostrediu. Aj keď niektoré jeho sankcie pôsobia oproti byzantským vzorom prísnejšie, na druhej strane bola väčšina jeho trestných ustanovení zahŕňajúcich hrdelné a mrzačiace tresty, nahradená cirkevným pokáním. Vo všeobecnosti možno konštatovať, že i keď ide o dielo výnimočné a významné, z obsahového hľadiska nepredstavovalo komplexnú právnu zbierku. Väčšina bádateľov tak zastáva názor o jeho spísaní narýchlo, poukazujúc najmä na neúplnosť, nesystematickosť a viaceré prekladateľské chyby.¹⁵⁶

Z uvedeného dôvodu možno akceptovať domnienku, že pôvodným cieľom autora bolo zrejme len poskytnutie istého provizórneho zákonníka (*ad hoc*), prípadne doplnku k existujúcemu právnemu poriadku, kým nebude spísaný nový komplexný zákonník.¹⁵⁷ Niekoľko bádateľov preto zastáva názor, že tento prameň nebol vo veľkomoravskej právnej praxi nikdy uplatňovaný a predstavoval iba učebnú pomôcku, používanú vierozvestami v tamajšom učilišti pri výchove kňazského dorastu.¹⁵⁸ Niektoré časti chronologicky mladšej Adhortácie k sudcom – kniežatám, ktorá obsahovo súvisí nielen s týmto prameňom, ale i so Zápovedami svätých Otcov, však poukazujú na skutočnosť jeho praktického používania.¹⁵⁹ Z obsahového hľadiska pozostáva Súdny zákonník pre laikov z 30 článkov a zahŕňa normy majetkového, rodinného, manželského, trestného a procesného práva (vrátane práva azylu uplatňovaného aj na Veľkej Morave).¹⁶⁰ I keď sú jeho ustanovenia vo všeobecnosti zamerané predovšetkým na posilnenie feudálnych vzťahov (napríklad delenie koristi či dávok) a čistotu manželského monogamného života, najmä jeho **procesnoprávne koncepcie** (rovnosť postavenia osôb, definície svedka a dovolených dôkazných prostriedkov) vykazujú viaceré znaky moderného práva. Keďže tento zákonník sa neskôr s určitosťou rozšíril

¹⁵⁶ PROV. VAŠICA, J.: Literární památky epochy velkomoravské. Praha (1996), s. 81-82 a 199n a KIZLINK, K.: Právo Velké Moravy. In: Právnické štúdie XVII – 3. Bratislava (1969), s. 470.

¹⁵⁷ POROV. KRAJČI, J.: Historické pramene a všeobecné normy cirkevného práva. I. časť. Banská Bystrica (1997), s. 19.

¹⁵⁸ POROV. KIZLINK, K.: Právo Velké Moravy. In: Právnické štúdie XVII – 3. Bratislava (1969), s. 480.

¹⁵⁹ Bližšie pozri POKORNÝ, L.: Staroslověnské kající řády a penitenciály. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 169 a VAŠICA, J.: Literární památky epochy velkomoravské. Praha (1996), s. 78-81.

¹⁶⁰ Bližšie k tejto problematike pozri BALÍK, S.: Právní dějiny evropských zemí a USA. Dobrá Voda (2002), s. 133.

aj do Bulharska a Kyjevskej Rusi, kde bol obohatený o viaceré nové právne normy, viacerí bádatelia ho dlhodobo považovali za starobulharské, respektíve staroruské dielo.¹⁶¹ Na základe vykonaného filologického a lingvistického rozboru však vyplynul jednoznačný záver o jeho veľkomoravskom pôvode. Z viacerých zachovaných manuskriptov pochádzajúcich z obdobia 13. a 14. storočia je najznámejší asi Novgorodský rukopis z roku 1280.¹⁶²

4.3 Nomokánon

Rozsiahlu zbierku Nomokánon, ktorá obsahuje súbežne usporiadané normy cirkevného i svetského práva, pripravil po svojom návrate z Konštantínopolu niekedy v rozmedzí rokov 882 až 884, toho času už arcibiskup, Metod.¹⁶³ Ako základ mu poslúžil v gréckom jazyku spísaný byzantský **Nomokánon Jána Scholastika** (*Nomocanon Quinquaginta Titulorum Ioannis Scholastici*)¹⁶⁴, keďže

¹⁶¹ POROV, VANĚČEK, V.: Pronikání římského a kanonického práva na území dnešního Československa od 2. pol. 9. století do 1. pol. 14. století. In: Právněhistorické studie 12. Praha (1966), s. 28.

¹⁶² Bližšie k tejto problematike pozri ΠΑΠΑΣΤΑΘΗΣ, Χ.: Το νομοθετικόν έργον της Κυριλλομεθοδιανής Ιεραποστολής εν Μεγάλη Μοραβία. Θεσσαλονίκη (1978), s. 43n.

¹⁶³ Porov. Vita Meth. XV.

¹⁶⁴ Táto kompilácia vznikla okolo 6. storočia na základoch Zbierky 50 titulov (*Συναγωγή κανόνων εις πενήκοντα τίτλους διηρημένη*, *Collectio Quinquaginta Titulorum*), ktorá predstavuje najvýznamnejšiu východnú zbierku od konštantínopolského patriarchu Jána III. Scholastika (*Ιωάννης Σχολαστικός*, 565 – 577). Ten zrejme na základe požiadavky cisára Justiniana I. (*Ιουστινιανός*, *Iustinianus*, 527 – 565) a podľa vzoru justiniánskych Digest usporiadal systematicky do 50 titulov 85 apoštolských kánonov, kánony desiatich východných koncilov a 68 kánonov Bazila Veľkého († 379). Zbierka hovorí najmä o požiadavkách kladených na úrady patriarchu, metropolitov a biskupov, neopomínajúc ani úrady ostatných duchovných. Okrem toho tiež obsahuje ustanovenia týkajúce sa pôstu, deliktov, cirkevného majetku, nedeľnej omše, provinčných synod, spoločných modlitieb, rehoľníkov, katechumenov a novopokrstených (neofytov). V nadväznosti na toto dielo Scholastikus neskôr zostavil v 87 kapitolách cisárske konštitúcie týkajúce sa cirkevných záležitostí (z Justiniánových Noviel), ktoré približne v roku 570 priložil k prvej kompilácii ako dodatok pod názvom „Zbierka 87 kapitol“ (*Octoginta septem Capitula Ioannis Scholastici, Collectio LXXXVII Capitulorum*). K tejto rozšírenej redakcii navyše pridal viaceré kánony zo spisov cirkevných Otcov. Až táto verzia, neskôr neznámym autorom doplnená o nové kánony, bola spracovaná ako osobitný nomokánon obsahujúci cirkevné i štátno-cirkevné zákonodarstvo. POROV, WIEL, C. Van de: History of Canon Law. Louvain (1991), s. 42-44; MARTINEC, A.: Literárno-písomné a materiálne cyrilometodské pamiatky. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 64 a VAŠICA, J.: Literární památky epochy velkomoravské. Praha (1996), s. 72-73, 77 a 299.

práve symbióza civilného a cirkevného práva mala v tom čase štátom zaručiť samostatnosť a nezávislosť. Podobne ako pri predchádzajúcich prameňoch však ani v tomto prípade nešlo o doslovný preklad, ale o nové a samostatné dielo.¹⁶⁵ Podľa vzoru byzantského zákonníka pozostával aj Metodov Nomokánon z 50 titulov, pričom pri každom z nich je vždy uvedený pôvod jednotlivých kánonov, t. j. na ktorej synode bol prijatý a v ktorej právnej zbierke sa nachádza. Keďže Metod mal na zreteli v prvom rade praktickú stránku svojho diela, jeho verzia je oproti pôvodnej o tretinu kratšia, čím sa tiež jasne odlišovala od východnej tradície. Z tohto pohľadu išlo o radikálny zásah do pôvodnej Scholastikovej zbierky, pretože v gréckej rukopisnej tradícii sa počet kánonov v jednotlivých tituloch pri opisoch nemenil a rozdiely sa týkali nanajvýš poriadku ich usporiadania. Pokiaľ však Scholastikovo dielo uvádzalo k istej materii viacero kánonov z rôznych prameňov, Metod vybral len jeden, ktorý uviedol ako záväzný a patrične ho aj vysvetlil.¹⁶⁶ Nomokánon obsahuje normy týkajúce sa cirkevnej hierarchie, rehoľníkov i laikov, s osobitným zameraním na cirkevné správne (administratívne) právo, ktoré bolo pre bezproblémové fungovanie každej partikulárnej cirkvi najdôležitejšie. Pozornosť je však venovaná i trestnému právu (napríklad pokánia za vraždu, potrat, krádež, simóniu, či nepotizmus)¹⁶⁷ a zo súkromnoprávneho hľadiska právu manželskému.

Ako sme už naznačili, keďže na Veľkej Morave platila od roku 880 zbierka Rozšírenej Dionýziany, je vysoko pravdepodobné, že dôvodom zostavenia tohto zákonníka bola nevyhnutnosť prípravy zbierky pre územia ovplyvnené cirkevne i mocensky Byzanciou, ktoré Svätopluk I. na východe získal, respektíve ich plánoval získať.¹⁶⁸ Z toho dôvodu možno oprávnene predpokladať, že Nomokánon **nemal podstatnejší vplyv** na moravské cirkevné právo. Pri jeho zostavení totiž Metod nepomýšľal na vymanenie Veľkej Moravy spod pápežského vplyvu a pre toto teritórium nepotreboval

¹⁶⁵ Porov. KRAJČÍ, J.: Historické pramene a všeobecné normy cirkevného práva. I. časť. Banská Bystrica (1997), s. 22.

¹⁶⁶ Porov. VAŠICA, J.: Literární památky epochy velkomoravské. Praha (1996), s. 74.

¹⁶⁷ Pod pojmom „simónia“ rozumieme hriech i kánonickoprávny delikt kupčenia s mocou udeľovať Ducha Svätého, teda svätokupectvo. Porov. Sk 8,9-24, can. 149 § 3, 188, 1380 CIC 1983 a 946, 968 a 1461 CCEO 1990. Výrazom „nepotizmus“ (lat. „nepos“, t. j. „synovec“) zase označujeme obsadzovanie cirkevných úradov kompetentnou cirkevnou autoritou svojimi príbuznými.

¹⁶⁸ Je totiž jednoznačne preukázané, že nadvláda nad inými národmi sa v tom čase prejavovala i v oktrojovaní práva, uplatňovaného v štáte vládnucom. Táto skutočnosť je zrejmä aj z prípadu Bulharskej ríše, ktorej boli nanútené viaceré právne zbierky zo strany Ríše byzantskej. Bližšie k tejto problematike pozri VLČEK, E./SCHELLE, K.: Právní dějiny 3. Státy střední a východní Evropy. Brno (1998), s. 222-224.

ani preberať zo západného pohľadu už zastarané byzantské právne normy.¹⁶⁹ Ak by sme predsa len pripustili, že Nomokánon tvoril spolu so Súdnyim zákonom pre laikov jeden celok, je nepochybné, že v tomto prípade prvá zbierka upravovala cirkevné pomery, kým druhá sa týkala prevažne záležitostí laikov. Viaceré jeho časti totiž minimálne naznačujú, že Metod pri redakčných prácach na Nomokánone zohľadňoval aj ustanovenia Súdneho zákonníka pre laikov. Vo všeobecnosti možno konštatovať, že v prípade Nomokánonu ide o vynikajúce dielo skúseného kánonistu Metoda, ktorého kultúrny dosah si možno overiť v časovom období dlhšom než tisíc rokov u všetkých slovanských národov, najmä u tých, ktoré prijali pravoslávie.¹⁷⁰ Značný vplyv táto zbierka zaznamenala predovšetkým v Rusku, kde sa od 14. storočia označovali jej preklady názvom „*Kormčaja kniga*“ (z rus. „Kormidelníkova kniha“), pričom samotný text obvykle sprevádzal text Súdneho zákonníka pre laikov. Tieto kompilácie obdobného názvu i charakteru však boli značne obľúbené i v Bulharsku. Najstaršie slovanské znenie Metodovho Nomokánonu sa zachovalo v rukopise z ruského kláštora pochádzajúceho z 13. storočia.¹⁷¹

Záver

Napriek tomu, že nadvláda Maďarov a ich zahranično-politická a kultúrna orientácia postupne spôsobili takmer úplný zánik tradície o činnosti a diele Konštantína a Metoda u nás, v ďalšom období sa stali voľnými pokračovateľmi cyrilo-metodskej myšlienky i nositeľmi slovesnej kultúry členovia benediktínskej rehole.¹⁷² Po istom úpadku národnej svätoplukovskej tradície sa od konca 14. storočia začalo opätovne s odhaľovaním kultúrneho bohatstva cyrilo-metodského odkazu.¹⁷³ Konkrétnejšie doklady jeho výraznejšieho oživenia a rozvíjajúceho sa kultu svätých Cyrila a Metoda sa však viažu až na obdobie 17. storočia.¹⁷⁴ **Cyrilo-metodská tradícia** neskôr poskytovala významnú oporu obrannej argumentácii v období národného obrodovania (najmä Bernolákovci a Štúrovci) a stala sa tak v pravom zmysle slova celonárodnou

¹⁶⁹ POROV. MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 20.

¹⁷⁰ POROV. KIZLINK, K.: Právo Veľkej Moravy. In: Právnické štúdie XVII – 3. Bratislava (1969), s. 462.

¹⁷¹ POROV. RATKOŠ, P. (ed.): Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava (1964), s. 268.

¹⁷² POROV. MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 8.

¹⁷³ POROV. RATKOŠ, P.: Slovensko v dobe veľkomoravskej. Košice (1988), s. 10.

¹⁷⁴ POROV. BAGIN, A.: Rozvoj cyrilometodskej tradície na Slovensku. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročiu úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 178.

slovenskou tradíciou.¹⁷⁵ Aj keď bolo veľkomoravské obdobie výrazným predmetom bádania v barokovej, osvietenskej, romantickej i pozitivistickej historiografii, najvýznamnejšie podnety na výskum v tejto oblasti boli dané až v 19. storočí v súvislosti s objavmi viacerých listín súvisiacich s Veľkou Moravou a byzantskou misiou.¹⁷⁶ Cyrilo-metodský odkaz však pôsobil i mimo územia Slovenska a vo všeobecnosti sa javil ako jeden z najvýznamnejších prostriedkov na preklopenie existujúcich nezhôd medzi kresťanským Východom a Západom. V roku 1248 tak pápež Inocent IV. (*Innocentius*, 1243 – 1254) v snahe o zjednotenie povolil slúženie slovanskej liturgie s podmienkou zhody slovienskych liturgických kníh s knihami Latinskej cirkvi. Napriek mnohým ťažkostiam sa od toho času slovanská liturgia ďalej rozširovala a udržala sa až do dnešných čias. V nadväznosti na tento vývoj bola napokon dovolená aj v samotnom Ríme (Kostol sv. Klementa), Benátkach (Kostol sv. Juraja), pričom pápež Lev XIII. (1878 – 1903) v roku 1900 umožnil jej používanie všade tam, kde bola uvedená v roku 1868.¹⁷⁷ Ten istý pápež ešte v roku 1880 vydal encykliku *Grande munus*, ktorú venoval apoštolom slovanských národov.

O nadčasovosti diela Konštantína a Metoda vypovedá najmä skutočnosť, že Druhý vatikánsky koncil (*Concilium Oecumenicum Vaticanum Secundum*, 1962 – 1965) podľa príkladu Konštantínovho diela 4. decembra 1963 oficiálne povolil používanie **národných jazykov v liturgii**.¹⁷⁸ Ich prínos pripomína i apoštolský list *Egregiae virtutis*, ktorým boli v roku 1980 pápežom Jánom Pavlom II. (1978 – 2005) vyhlásení za spolupatrónov Európy. Význam Konštantína a Metoda pre evanjelizáciu slovanských národov snáď ešte lepšie vyjadruje encyklika toho istého pápeža s názvom „*Slavorum Apostoli*“ z roku 1985, ktorá okrem iného uvádza, že práve byzantskí vierozvestovia predstavujú akýsi duchovný most medzi východnou a západnou tradíciou, splývajúcich

¹⁷⁵ Porov. MARSINA, R.: Metodov boj. Bratislava (1985), s. 110.

¹⁷⁶ Z celkového hľadiska možno z najvýznamnejších slovenských a českých osobností vyzdvihujúcich dôležitosť cyrilo-metodského dedičstva uviesť najmä Bohuslava Balbína († 1688), Daniela Sinapia Horčičku († 1688), Martina Szentiványiho († 1708), Jána Baltazára Magina († 1735), Samuela Timona († 1736), Adama Františka Kollára († 1783), Juraja Sklenára († 1790), Juraja Papánka († 1802), Juraja Fándlyho († 1811), Jozefa Dobrovského († 1829), Jána Hollého († 1849), Pavla Jozefa Šafárika († 1861) a Františka Palackého († 1876). Bližšie k tejto problematike pozri napríklad MARTINEC, A.: Literárno-písomné a materiálne cyrilometodské pamiatky. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročiu úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 58 a 65; BAGIN, A.: Rozvoj cyrilometodskej tradície na Slovensku. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročiu úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 179-180 a RATKOŠ, P. (ed.): Pramene k dejinám Veľkej Moravy. Bratislava (1964), s. 19-22.

¹⁷⁷ Porov. ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny II. Martin (1943), s. 235

¹⁷⁸ Porov. ŠMÁLIK, Š.: Boží ľud na cestách. Cirkev v 49 pokoleniach. Bratislava (1997), s. 230.

vo veľkej tradícii Katolíckej cirkvi (XXVII). Najmä na tomto pozadí možno oboch slovanských apoštolov označiť za predchodcov ekumenizmu, keďže pri svojej misionárskej činnosti sa neustále snažili o prekonávanie alebo znižovanie každého skutočného alebo zdanlivého rozdelenia medzi jednotlivými spoločenstvami všeobecnej Cirkvi. Horlivá snaha oboch bratov, hlavne Metoda v jeho zodpovednosti ako moravsko-panónskeho biskupa, o uchovanie jednoty viery a lásky medzi cirkvami, ktorých členmi boli, to znamená Cirkvi konštantínopolskej a Cirkvi rímskej na jednej strane a mladými cirkvami na slovanskej pôde na strane druhej, tak zostáva do dnešných čias ich veľkou zásluhou.¹⁷⁹ Keďže obaja zostali za osobne nesmierne ťažkých podmienok verní rímskemu veľkňazovi, dodnes zároveň predstavujú symbol úsilia o obnovenie komúnia medzi kresťanským Východom a Západom.¹⁸⁰ V tejto súvislosti je obdobne nevyhnutné spomenúť, že solúnskych bratov uctieva ako svätých nielen Latinská cirkev, ale taktiež východné cirkvi, pričom začiatky tejto úcty siahajú až do druhej polovice 9. storočia.¹⁸¹

Čo sa týka práva, ako už bolo spomenuté, nie je isté, či pramene cirkevného práva vytvorené Konštantínom a Metodom boli skutočne v cirkevnoprávnej praxi na Veľkej Morave uplatňované. Je však jednoznačne preukázané, že značný vplyv zaznamenali na viaceré oblasti tamojšieho verejného i súkromného života, pričom osobitne možno spomenúť stále viac sa prehľbujúce prepojenie štátu s náboženstvom. Ako už bolo spomenuté, hlavný podiel na príprave nových cirkevnoprávnych prameňov mal bez akýchkoľvek pochybností Metod, ktorý bol vzdelaním právnik a mal skúsenosti s výkonom administratívnych funkcií medzi Slovanmi v Macedónsku. Rovnako je vysoko pravdepodobné, že ak mali predmetné zbierky na území Veľkej Moravy platiť (aspoň do času prikázania zbierky Dionýziany Metodovi zo strany Apoštolskej stolice), predkladal pripravené normatívne texty na sankcionovanie panovníkovi. Do úvahy však prichádza i možnosť, že pramene synkretického (západno-východného) charakteru mohli byť Svätoplukom I. nariadené pre **iné územia moravsko-panónskej provincie**, ktoré boli vojensky podmanené, respektíve mali byť získané neskôr. Keďže na uvedených územiach totiž dlhodobo prevládali byzantské vplyvy, nebolo by logické očakávať, že by sa na nich presadilo naoktrojované západné cirkevné právo. Ideálny čas však pre pôvodom veľkomoravské zákonníky paradoxne nastal až

¹⁷⁹ Porov. Slav. Apost. IV,14.

¹⁸⁰ Porov. VAŠICA, J.: Literární památky epochy velkomoravské. Praha (1996), s. 108.

¹⁸¹ Porov. BAGIN, A.: Účinkovanie sv. Cyrila a Metoda vo svetle historických prameňov a systematických archeologických výskumov. In: Pokorný, L.: Odkaz soluňských bratří. Sborník k 1100. výročí úmrtí sv. Metoděje. Praha (1987), s. 71.

po zániku Veľkej Moravy, keďže v tom čase sa najväčšieho úspechu dočkali medzi východoeurópskymi Slovanmi. Je navyše vysoko pravdepodobné, že tieto pramene boli osobitne sankcionované jednotlivými bulharskými svetskými predstaviteľmi a skutočne sa tak dočkali svojho uplatňovania v tamojšej cirkevnoprávnej praxi. V tejto súvislosti je totiž potrebné mať na zreteli, že bulharským panovníkom vyhovovala byzantská césaropapistická koncepcia vládnej moci i celkového usporiadania spoločnosti a prekážali im len potenciálne zásahy zo strany Byzancie do vnútorných záležitostí ich Ríše. Najmä na tomto pozadí napokon došlo medzi oboma ríšami k enormnému množstvu ozbrojených konfliktov.

Summary

Great Moravia was the ninth-century early-feudal state that in short time, although for a short time, expanded into strong Central European Empire. A lot of scientists find in its existence one of the most ideal examples to typical state-political and religious-ecclesiastical development and their mutual close connection in the period of the Early Middle Ages. Whereas the written sources from the Great Moravian period were subject to careful philological and literary examination during 20th century, certain vacuum still remains especially in the field of legal science. Since the most important figures of local cultural development, apostles Constantine and Method, did not contribute only to the establishment of new Slavonic language recorded in Glagolitic writing system, but helped simultaneously to the assertion of new and in a lot of aspects modern conception of law and individual legal institutes in the Great Moravian territory, namely from the secular as well as ecclesiastical point of view. In addition, the symbiosis of western and eastern elements provided new state with independence and prefigured in significant way also the next ecclesiastical-political development in Central and Eastern Europe. The main goal of this study is the summarization of the most important up to now known and in scientific community generally accepted knowledge on Great Moravia, with individual emphasis on the relevant sources of Church law and their potential application in the practice in time of mission of Byzantine apostles. Several related questions are open until nowadays and their setting into the overall legal-historical context may help to another elaborate legal analyses naturally evolved following the studies of philologists and historians.

Romanisté a spory o budoucí podobu právníckého studia v první ČSR*

Ladislav Vojáček

„Nic není tak nebezpečné, jako experimentovati v těchto věcech“ - Jan Vážný: reforma ano, ale ne „na úkor historickoprávního bloku“ - Miroslav Boháček: obrana zavedených pořádků - Otakar Sommer: „reforma studenta a profesora“ - „Nic není tak nebezpečné, jako experimentovati v těchto věcech.“ Opravdu?

Když jsem na podzim roku 1992 nastoupil na bratislavskou právnickou fakultu, jejímž děkanem byl vážený pan profesor Peter Blaho, setkal jsem se s organizací studia, jakou jsem ze svých studií neznal. Zcela zřetelně se inspirovala úpravou, utvářenou u nás již od dob habsburské monarchie a později dílčím způsobem modifikovanou: nejdříve po vzniku první Československé republiky¹ a pak výrazněji za druhé Česko-Slovenské republiky, respektive v době válečné Slovenské republiky. Druharepubliková úprava² ovšem platila jen pro české země a zůstala bez většího uplatnění, protože nacisté brzy po vzniku Protektorátu Čechy a Morava české vysoké školy zavřeli a po válce se pomnichovské předpisy neaplikovaly. Na Slovensku na prvorepublikové předpisy a reformní snahy navázala nová úprava, provedená formou vládních nařízení.³ V českých zemích i na

* Článek vznikl ve vazbě na projekt PF MU v Brně s názvem *Konfliktní společenství*, jehož řešitelkou je Mgr. et. Mgr. Naďa Štachová, Ph.D.

¹ Rakouský zákon o právovědeckých a státovědeckých studiích a státních zkouškách (č. 68/1893 ř. z.) hned v roce 1919 československý parlament novelizoval zákonem č. 290 Sb. z. a n. o prozatímní úpravě studia a státních zkoušek na fakultách věd právních a státních, který doplňovalo nařízení č. 510/1919 Sb. z. a n., vydané k provedení tohoto zákona a měnící ustanovení rakouského nařízení č. 204/1893 ř. z. Rakouský rigorózní řád (zákon č. 57/1872 ř. z.) doplnilo nařízení č. 235/1919 Sb. z. a n. a nařízení č. 324/1920 Sb. z. a n.

² Vládní nařízení č. 16/1939 Sb. II. o prozatímní úpravě studia a státních zkoušek na fakultách věd právních a státních, vydané na základě zmocňovacího ústavního zákona č. 300/1938 Sb. z. a n. a platné jen v českých zemích. Podrobnosti stanovilo vládní nařízení č. 31/1939 Sb. II., vydané k provedení tohoto nařízení s mocí zákona. Na tuto úpravu navázala změna rigorosního řádu na fakultách věd právních a státních, obsažená ve vládním nařízení č. 66/1939 Sb. I.

³ Vládní nařízení č. 258/1940 Sl. z. o štúdiu a o štátnych skúškach na Právnickej fakulte Slovenskej univerzity v Bratislave, č. 194/1944 Sl. z., ktorým sa mení vládne nariadenie

Slovensku se podle nových předpisů prodloužila studijní doba na nejméně devět semestrů a nerozdělovala se na dva, nýbrž na tři studijní oddíly: historickoprávní, judiciální a státovědecký.

Po válce k platným předpisům přibýlo vedle nařízení SNR, uvedených v poznámce, vládní nařízení č. 14/1947 Sb. o státních zkouškách a o přísných zkouškách doktorských na fakultách věd právních a státních. To se však již začínala připravovat reforma celého vysokého školství. Po únoru 1948 vyústila do řešení, které na domácí tradici prakticky vůbec nenavazovalo. Proto když v polistopadovém období začaly právnické fakulty hledat inspiraci v předúnorové právní úpravě, nastala na nich malá revoluce.

Vzpomínka na mé začátky na bratislavské Právnické fakultě mne přivedla k tomu, abych na počest tehdejšího děkana pana profesora Petera Blaha připomenul zapojení jeho tří předchůdců, bratislavských romanistů Jana Vážného, Miroslava Boháčka a Otakara Sommera, do prvorepublikových sporů o podobu právnického studia.

„Nic není tak nebezpečné, jako experimentovati v těchto věcech“

V západní části habsburské monarchie volala zainteresovaná veřejnost po reformě právnického studia, upraveného předpisy ze sedmdesátých a devadesátých let 19. století, už před první světovou válkou. Avšak, řečeno s Horatiem (Satiry), *quot capitum vivunt, totidem studiorum milia*, takže konkrétní představy se – ostatně jako dodnes – často výrazně lišily. Podrobný návrh nové úpravy tak vznikl až bezprostředně před vypuknutím první světové války. Na podkladě ministerské ankety jej připravila Komise pro reformu veřejné správy, pracující v letech 1911 až 1914.⁴ Zůstalo však jen u něj, k reálné změně platné právní úpravy ve vypjaté válečné době nedošlo.⁵

Po vzniku Československa se recipované a novelizované rakouské předpisy upravující studium na právnických fakultách aplikovaly nejen v českých

o štúdiu a štátnych skúškach na Právnickej fakulte Slovenskej univerzity v Bratislave, a č. 69/1941 Sl. z. o skúšobnom poriadku na právnickej fakulte Slovenskej univerzity v Bratislave. První dvě později novelizoval Sbor pověřenců nařízením č. 120/1945 Zb. n. SNR a poslední nařízením č. 121/1945 Zb. n. SNR.

⁴ O obsahu návrhů právnickou veřejnost kriticky informoval František Weyr (WEYR, F.: Reforma studií právo- a státovědeckých. In: Zprávy Právnické jednoty moravské, roč. 22 (1913), s. 259-268).

⁵ K předválečným reformním snahám stručně například VOJÁČEK, L.: Příprava reformy právnického studia v první ČSR a učitelé brněnské právnické fakulty. In: Notitiae ex Academiae Bratislavensi Iurisprudentiae. Roč. 1 (2007), s. 28-49.

zemích, na starodávné Karlově univerzitě a nové brněnské Masarykově univerzitě, ale i na právnické fakultě bratislavské Komenského univerzity, která podobně jako Masarykova univerzita vznikla až po válce.⁶ Novelizace se nedotkly ničeho podstatného, výuku jen přizpůsobovaly československým poměrům. Zásadní reforma se měla i s využitím předválečných diskusí nejdříve důkladně připravit, protože „*nic není tak nebezpečné, jako experimentovati v těchto věcech*“.⁷ Podle platných předpisů tedy studium trvalo nejméně osm semestrů a rozdělovalo se na dva oddíly. Třisemestrální první oddíl završovalo složení historickoprávní zkoušky. Po absolvování druhého oddílu se studenti podrobovali dvěma státním zkouškám – judiciální a státopědecké. Aby získali doktorát, museli ještě absolvovat tři přísné zkoušky (rigorosa) – historickoprávní, judiciální a státopědecké.⁸ Výuka probíhala především formou přednášek, k nimž postupně přibývaly semináře a praktická cvičení. Na bratislavské právnické fakultě byla praktická cvičení dokonce moderně zavedena jako povinná součást výuky.⁹

V čem se stávající systém výuky jevil jako překonaný? Z názorů jednotlivých kritiků lze vytknout především již dotčenou neefektivní metodu výuky, *via facti* (v Bratislavě i *de iure*) modifikovanou zaváděním efektivnějších forem, tj. povinných seminářů a praktických cvičení. Změna měla zabránit neutěšenému stavu, kdy nezanedbatelná část posluchačů přednášky příliš nenavštěvovala a místo oficiálních učebnic používala pokoutně sestavené pomůcky, často přímo účelově koncipované s ohledem na zkušební zvyklosti jednotlivých examinátorů. Jeden z protagonistů mého výkladu, Otakar Sommer, si dal práci se zkoumáním toho, jak se v zimním semestru 1935/1936 pražští studenti připravovali a jak uspěli u historickoprávní státní zkoušky, završující první oddíl studia. Pro nás je zajímavé, že podle toho, jak navštěvovali praktická cvičení a kolokvovali (tj. podrobovali se nepovinnému hodnocení znalostí jednotlivých vyučovaných předmětů), rozdělil studenty na nedbalé a dbalé (pilné, velmi pilné a vytrvale pilné). Za nedbalé, to znamená nekolokvující a nenavštěvující praktická cvičení,

⁶ Jen připomínáme, že v uherské části se právu vyučovalo dvojím způsobem: právnická akademie připravovala své absolventy „prakticky“, zatímco univerzita „vědecky“.

⁷ Důvodová zpráva k vládnímu návrhu zákona o prozatímní úpravě studia a státních zkoušek na fakultách věd právních a státních. Zasedání Národního shromáždění československého roku 1919. Tisk 902 (www.psp.cz).

⁸ O organizaci studia více VOJÁČEK, L.: Právnické fakulty v právní úpravě meziválečného Československa (se zvláštním zřetelem na poměry v Brně). In: Časopis pro právní vědu a praxi, roč. 15, č. 2 (2007), s. 147-158.

⁹ Seminární stanovy, schválené výnosem MŠANO ze dne 28. listopadu 1922 č. 127450. Srov. LAŠTOVKA, K.: První třiletí právnické fakulty. In: Bratislava: Nákl. Akademického senátu UK s podporou MŠANO (1925), s. 185.

případně kolokvující jen ojediněle pro potřebu osvobození od kolejného, přitom označil ze 765 posluchačů 437, tj. asi 58%.¹⁰

Překonanou se jevila nejen metoda výuky, ale též podoba studijního plánu, způsob zkoušení a stávající pojetí doktorátu. Objevovaly se proto návrhy na rozdělení druhého oddílu studia na dva (judiciální a státovědecký) a na zavedení některých nových povinných předmětů. Zejména se však diskutovalo o úloze, místu a rozsahu výuky historickoprávních disciplín. K zefektivnění studia mělo vést zavedení povinných ročníkových zkoušek a uvažovalo se o zrušení zkušebních tax.¹¹ Výtky k doktorátu reflektovaly skutečnost, že se jeho úloha a pojetí v průběhu doby v právnické praxi poměrně radikálně změnily, zejména že se jeho získání stalo podmínkou pro přijetí k výkonu některých exkluzivních právnických profesí.

První informace o připravovaných změnách začaly z ministerstva školství a národní osvěty (MŠANO) prosakovat v letech 1923 a 1924. Ministerstvo chtělo značně ztížit udělování doktorátu a jako nový zkušební předmět zavést právní filozofii.¹² Po nepřilíš pozitivních reakcích na navrhovanou úpravu doktorátu ministerstvo v roce 1925 ustavilo komisi složenou ze zástupců jednotlivých právnických fakult. Předsedal jí profesor Augustin Miříčka a pražskou fakultu UK v ní dále zastupovali profesori Jan Kapras a Emil Svoboda, pražskou německou fakultu profesori Heinrich Rauchberg, který zasedal už ve výše zmíněné rakouské předválečné komisi,¹³ Robert Mayr-Harting a Otto Peterka, brněnskou profesori František Weyr, Bohumil Baxa a Jaromír Sedláček a bratislavskou profesori Bohuš Tomsa, Karel Laštovka a můj druhý protagonista – Jan Vážný.¹⁴ Velký efekt však tento krok nepřinesl. Členové komise se rozhodli vycházet z platného právního stavu a soustředit se jen na odstranění hlavních nedostatků fungujícího systému.¹⁵ Opatrný přístup k reformě však nebyl hlavním problémem, i když

¹⁰ SOMMER, O.: Příprava k státní zkoušce historicko-právní. In: Všeherd, roč. 18 (1936 – 1937), s. 146.

¹¹ Zkušební taxy se vyplácely učitelům za zkoušení a tvořily nezanedbatelnou součást jejich příjmů. František Weyr v nich viděl „nejvážnější překážku, která se stavěla v cestu každému vážnému úsilí o reformu právnického studia u nás“. WEYR, F.: Paměti 2. Za republiky (1918 – 1938). Brno (2001), s. 113.

¹² Noticka Reforma právnického studia (zkratka je.). In: Všeherd, roč. 5 (1923 – 1924), s. 105; dále Právnický doktorát (značka V–). In: Všeherd, roč. 6 (1924 – 1925), s. 145.

¹³ K reformě právnického studia v Československu později publikoval dvoudílnou stať v Prager juristischen Zeitschrift. Vydána byla i jako separát: RAUCHBERG, H.: Die Reform des Rechtsstudiums in der Tschechoslowakei. Sonderabdruck aus Prager juristischen Zeitschrift, Heft Nr. 22/1935 a 1/1936, 9 s.

¹⁴ Reforma právnického studia (značka –n–). In: Všeherd, roč. 7 (1925 – 1926), s. 111.

¹⁵ Reforma právnického studia (značka –e–). In: Všeherd, roč. 7 (1925 – 1926), s. 89.

mnozí za něj komisi kritizovali. Komise především pracovala velmi pomalu, navíc její předseda pro zásadní rozpory členů komise záhy na svou funkci rezignoval. Pak hospodářská krize posunula do popředí jiné problémy, takže ministerstvo předložilo konkrétní návrhy až po deseti letech.

Jeden nesporně pozitivní důsledek ministerských aktivit se ovšem dostavil okamžitě. Na stránkách odborných právnických periodik, ale i v denním tisku, se rozvířily intenzivní diskuse o právnickém studiu. Redakční kruh časopisu Všehrd dokonce zorganizoval dotazníkovou akci („anketu“).¹⁶ O její výsledky se opíral návrh, který v roce 1926 zformulovala ve Všehrdu speciálně ustavená *Komise pro reformu právnického studia*.¹⁷ Z našeho současného praktického pohledu stojí za připomenutí závěr, že studijní řád by měl být na všech fakultách v podstatných věcech jednotný, aby bylo možné bez problémů přestupovat z jedné fakulty na druhou.

MŠANO poskytlo právnickým fakultám a dalším zainteresovaným institucím svou osnovu „*zákona, obsahujícího základní ustanovení o studiu a zkouškách právnických*“ a osnovu na něj navazujícího vládního nařízení „*o podmínkách nabytí doktorátu práv*“ (dále zkráceně „*ministerské osnovy*“) teprve v roce 1935.¹⁸ Vedení ministerstva k tomu možná popostrčil záměr profesorského sboru brněnské právnické fakulty věnovat reformě právnického studia celé číslo *Vědecké ročenky Právnické fakulty MU* (roč. 13, 1934/1935). To nakonec vyšlo až po zveřejnění uvedených návrhů. Redakční rada v něm proto mohla otisknout texty osnov a většina zúčastněných s ohledem na ně přepracovat své příspěvky.¹⁹ Profesorské sbory pražské²⁰ a bratislavské²¹ fakulty

¹⁶ „Anketa o reformě studia právnického“ (zkratka Ča.). In: Všehrd, roč. 5 (1923 – 1924), s. 161-162.

¹⁷ 58. výroční zpráva Spolku československých právníků „Všehrd“ za r. 1926, s. 19-21.

¹⁸ Jistě není bez významu, že MŠANO v té době vedl skvělý civilista, pražský profesor Jan Krčmář (ministr v letech 1934 – 1936 a už předtím v roce 1926 v úřednické vládě Jana Černého). Osnovy se rodily zajímavě. Základ vypracoval na základě prací ministerské komise ministerský rada dr. Václav Paleček. Po jeho smrti je objevili v jeho spisech. Do konečné podoby návrh upravili odborový rada dr. Emil Kobosil a sám ministr. Ten zejména chtěl – nepříliš šťastně – vedle římského práva vytvořit „komplexní“ historickoprávní disciplínu „*Vývoj práva ve středověku*“, zahrnující i právo církevní. K tomu ČECHUROVÁ, J./ KUKLÍK, J. (eds.): Jan Krčmář. Paměti. Díl II. Skoro státníkem, III. Praha – Pelhřimov (2007), s. 187.

¹⁹ Vědecká ročenka Právnické fakulty MU (roč. 13 (1934 – 1935), Brno, 1935, s. 481-497, resp. 3-19).

²⁰ Posudek fakulty k osnovám in: Právník 75 (1936), s. 1-15. Konkrétní návrhy, připravené komisí a schválené většinou profesorského sboru pražské fakulty publikoval prof. A. WENIG v článku K reformě právnických studií (Právník 76 (1937), s. 1-13 a 73-86).

²¹ Vyjádření profesorského sboru právnické fakulty university Komenského v Bratislavě o osnově zákona o základních ustanoveních o studiu a zkouškách právnických a o úpravě

zformulovaly k reformním návrhům oficiální stanoviska. Vůči schválenému pražskému stanovisku, respektive návrhům, které na základě něj schválil pražský profesorský sbor, uplatnili někteří profesoři výhrady, mezi nimi i pro nás zajímavý Otakar Sommer.²²

Vzhledem k profesnímu zaměření našich protagonistů bylo nejpodstatnější změnou, kterou osnova zákona přinášela, zkrácení a přeorganizování historickoprávního oddílu studia na dva semestry, protože se bezprostředně dotýkalo i výuky římského práva. Místo historickoprávní státní zkoušky mělo být možné za jistých okolností konat nejdříve dílčí zkoušku z římského práva a pak zkoušku ze zbylých historickoprávních disciplín. Měly se také výrazně změnit podmínky pro udělování doktorátu. Nové pojetí vyžadovalo předložení písemné disertace. Rigorózní zkouška se však měla konat jen z oboru, z něž rigorosant psal disertaci, a z právní filosofie (pokud by byla hlavním předmětem, další předmět by si student volil). K tomu jen doplníme, že dosavadní oficiální označení „*fakulta věd právních a státních*“ měl nahradit název „*právnícká fakulta*“ a že osnova jako nové obligatorní kolegium předepisovala právní a hospodářskou metodiku.

Jan Vážný: reforma ano, ale ne „na úkor historickoprávního bloku“

Nejdříve pražský docent, pak bratislavský a nakonec brněnský profesor Jan Vážný (*1891 v Praze – †1942 Mauthausen) se stal už v roce 1925 členem ministerské komise pro reformu právnického studia.²³ V nepříliš aktivní komisi zřejmě nepatřil k neaktivnějším, protože do veřejné diskuse o žádoucích změnách právní úpravy nevstupoval. Příčinou bylo zřejmě jeho důsledné soustředění na pedagogickou a vědeckou práci v oboru římského práva, kterou u něj oprávněně zdůrazňoval prof. Peter Blaho v medailonu pro pamětní publikaci bratislavské právnické fakulty.²⁴ V jeho

právnického doktorátu. Zvláštní otisk z redakční části právnické fakulty university Komenského v Bratislavě při Právnom obzore, roč. 19, čís. 7. O obsahu informoval i Štefan LUBY v časopisu Všechno (roč. 17 (1935 – 1936), s. 200-204 a 250-253).

²² SOMMER, O.: K reformě právnických studií. In: Právní obzor, roč. 20 (1937), s. 210-216; tištěno i jako separát.

²³ Reforma právnického studia (značka –n–). In: Všechno, roč. 7 (1925 – 1926), s. 111.

²⁴ Právníci na Univerzite Komenského v Bratislave. 75 rokov činnosti Právnickej fakulty UK (1921 – 1996). PF UK, Bratislava (1996), s. 162-164. K osobnosti a dílu Jana Vážného srovnej vedle této práce a níže citovaných medailonů také VOJÁČEK, L.: Římské právo na meziválečné brněnské právnické fakultě. In: Ius Romanum Schola Sapientiae. Pocta Petrovi Blahovi k 70. narozeninám. Trnava (2010), s. 487-494.

publikovaných bibliografiích,²⁵ tak najdeme pouze příspěvek do zmíněného monotematického čísla brněnské Vědecké ročenky, nazvaný *Reforma právnického studia*.²⁶

Jeho stručný výklad zcela zřejmě vznikl nadvakrát a je také rozdělený do dvou jen volně spojených částí: první, věnované úvahám o římském právu a historickoprávním bloku v kontextu dlouhodobých úvah o reformě, a druhé, reagující přímo na ministerské osnovy z roku 1935.

První část se koncentruje na postižení „významu a životnosti“ římského práva. Je tedy obhajobou stávající podoby výuky římského práva, a to obhajobou velmi kultivovanou, opírající se o zřejmá fakta a nesnažící se snižovat význam jiných právních disciplín. A také obhajobou konstruktivní, přihlížející k jiným názorům a snažící se – pokud to bude nezbytné – ukázat, jak by bylo možné dospět k všestranně přijatelnému kompromisu. Profesor Vážný v ní tedy nejen hájil pozici římského práva, ale také ve světle návrhů, které v dlouholetých diskusích o reformě právnického studia zaznívaly, prezentoval vlastní představu o akceptovatelných změnách výuky své disciplíny.

Ze začlenění římského práva v program právnického studia dovedl, že jeho účelem je „býti úvodem do našeho práva soukromého, zvláště občanského“, protože justiniánské právo je „historické prius dnešního občanského práva“ a „velká většina ustanovení občanského zákoníka jest v organickém vztahu k právu římskému“. Význam přikládal i znalosti dějin římského práva (a to nejen vývoje starověkého římského práva, ale zejména pozdějšího procesu jeho recepce), protože jsou současně dějinami našeho soukromého práva, a využití právnické literatury římských právníků na praktických a seminárních cvičeních. Uznal argument, rezonující v reformních návrzích, že státovědecké obory jsou do jisté míry potlačeny. Odmítal však, aby se tento problém řešil „na úkor historickoprávního bloku“,²⁷ tedy jeho zkrácením o jeden semestr. Jako kompromis navrhl nové rozdělení státních zkoušek tak, aby se skládaly vždy po třech semestrech přednášek dotyčného oboru. S tím by ovšem bylo spojeno prodloužení základní doby studia. Jako krajní řešení, které by stanovenou základní dobu studia neprodlužovalo, připustil konání historickoprávní státní zkoušky už na začátku třetího semestru, tedy zkrácení prvního oddílu studia.

²⁵ KADLECOVÁ, M./ŽIDLICKÁ, M./SCHELLE, K.: Život a dílo prof. JUDr. Jana Vážného. Brno (1993), s. 9-13; FALADA, D.: Jan Vážný (1. 1. 1891 v Praze – 18. 4. 1942 v Mauthausenu). In: Antologie československé právní vědy v meziválečném období (1918 – 1938). Uspořádala a sestavila P. Skřejpková. Praha (2009), s. 196-199. K sestavení první z uvedených bibliografií přispěl také náš oslavenec.

²⁶ VÁŽNÝ, J., *Reforma právnického studia*. In: Vědecká ročenka Právnické fakulty MU, roč. 13 (1934 – 1935). Brno (1935), s. 42-49.

²⁷ Ref. 26, s. 44.

Aby se alespoň z části eliminovaly negativní dopady tohoto řešení, k rigorózu měli být posluchači připuštěni až po dalších čtyřech měsících. V mezidobí, ve „smíšeném“ třetím semestru, by se vedle přednášek z judičiálních disciplín přednášel i římský proces a konaly semináře a praktická cvičení, sloužící speciálně jako příprava k rigorózu. Proti výtce, že rigorózní zkouška je vlastně jen opakováním státní zkoušky, Jan Vážný hájil stávající způsob zkoušení, neboť podle něj se zkoušení u státní zkoušky a u rigoróza kvalitativně lišilo (alespoň u římského práva).

Ve druhé části se vyjádřil k ministerským osnovám a opět se koncentroval na otázky bezprostředně se dotýkající jeho milované disciplíny, tedy na organizaci prvního oddílu studia a úpravu doktorátu. Hned v úvodu konstatoval, že „*nutno s velkým povděkem zdůrazniti kladný vztah osnovy k historii právní a jmenovitě i k právu římskému*“. Zároveň však vyslovil obavy z důsledků, které by mohlo mít zkrácení historickoprávního bloku na dva semestry bez možnosti cvičit a seminarizovat předměty prvního oddílu ve třetím semestru. Ocenil sice snahu ulehčit studentům zvládnutí zkoncentrované materie umožněním předběžné zkoušky z římského práva, ale současně upozornil, že se tím naruší žádoucí organické spojení všech historickoprávních disciplín. Znovu se proto vrátil ke své myšlence z první části příspěvku a navrhl, aby se historickoprávní rigorózní zkouška konala až na konci třetího semestru, který by byl smíšený, tedy naplněný jak judičiálními předměty, tak cvičeními z historickoprávních disciplín a speciální přednáškou z římského práva.

Nové pojetí doktorátu považoval za nejdůležitější novum osnov. Přivítal je, ale rozumně navrhl, aby kandidát nemusel nutně skládat zkoušku z právní filosofie, ale aby si mohl vybrat předmět, který by se s jeho hlavní disciplínou, tj. disciplínou, z níž psal disertaci, dal organicky zkombinovat.

Dodejme, že J. Vážný neobešel ani nejasné stanovisko osnovy k církevnímu právu. Upozorňovali na ně i další autoři, zejména právní historici.²⁸ V té souvislosti navrhoval, aby se v jeden celek spojily církevní dějiny a výklad platných právních poměrů, dosud roztržštěný v ústavním, správním a mezinárodním právu.

Jan Vážný tedy rozhodně nepatřil k těm, kteří považovali stávající systém studia za zcela nevyhovující a chtěli by jej rychle a radikálně změnit. Rozumným změnám se však nebránil. Ovšem nechtěl připustit, aby se děly na úkor výuky římského práva.

²⁸ Například ČADA, F.: Právnícké studium. Několik poznámek k jeho reformě. In: Vědecká ročenka Právnícké fakulty MU, roč. 13 (1934 – 1935). Brno (1935), s. 539.

Miroslav Boháček: obrana zavedených pořádků

Bratislavský a později pražský romanista (a od padesátých let minulého století „z nezbytí“ kolega Františka Čády při sepisování a editování starších právních památek) profesor Miroslav Boháček se reformou studia prakticky nezabýval. Považoval však za nutné reagovat na článek, který v časopise publikoval konstitucionalista Zdeněk Peška (Poznámky o reformě právnických studií. In: *Nová doba*, roč. 38/1931; vydáno i jako separát). Proto v časopise *Bratislava*, vydávaném nákladem Učené společnosti Šafaříkovy v Bratislavě, napsal krátkou polemiku.²⁹ Reagoval v ní na tři Peškovy návrhy. Jistě nepřekvapí, že na prvním místě bránil historickoprávní oddíl studia. Podle Z. Pešky byly tehdejší československé právnické fakulty „*ve srovnání s jinými universitami pravými fosiliemi*“ (citováno ze s. 916), přičemž Z. Peška poukazoval výslovně na změny provedené dokonce i v Itálii. M. Boháček, znalý italských poměrů, kontroval tím, že Italové právnické studium reformovali, ale povinná kolegia zůstala zachována ve stejném složení a rozsahu jako dříve. Poukázal také na to, že v Německu přičítají tehdejší „*pokleslou úroveň právnického vzdělání*“, s níž se v posledních letech potýkají, mimo jiné omezení rozsahu výuky historickoprávních disciplín.

I v druhé části příspěvku M. Boháček hájil status quo. Ohradil se proti tomu, že Z. Peška s poukazem na zvýhodnění majetných studentů požadoval všeobecnou kolokvijní povinnost, tedy v podstatě pravidelné prověřování vědomostí studentů. Odmítavé stanovisko zaujal též k Peškovu návrhu, jen letmo zmíněnému v závěru polemiky, aby profesori ve stanovené době vydali své přednášky tiskem.

Otakar Sommer: „reforma studenta a profesora“

Říká se, to nejlepší nakonec. Proto na bratislavského a později pražského profesora římského práva Otakara Sommera přichází řada teprve teď. Tento „*vynikající akademický učitel, výborný vědecký pracovník a hluboce vzdělaný, roztomilý a vtipný člověk*“³⁰, který se významnou měrou zasloužil o budování bratislavské fakulty,³¹ totiž na rozdíl od Miroslava Boháčka i Jana Vážného,

²⁹ BOHÁČEK, M.: K reformě právnických studií. In: *Bratislava*, roč. 5 (1931), s. 916-918.

³⁰ ČECHUROVÁ, J./KUKLÍK, J. (eds.): Jan Krčmář. Paměti. Díl II. Skoro státníkem., III. Praha – Pelhřimov (2007), s. 226.

³¹ V obdivné stati v časopise *Všehrd* (roč. 10 (1928 – 1929), s. 194-197) to v souvislosti se Sommerovým odchodem do Prahy vyzvedl autor, skrytý za značkou „-il“ (zřejmě pozdější

pohrouženého do své disciplíny, reformou přímo žil. A byl povahou bojovník, takže to kolem něj – nejen při této příležitosti – občas dosti vřelo. Zájem o problematiku reformy u něj zajisté podnítilo působení na MŠANO, kam ve funkci referenta vysokoškolského odboru nastoupil v roce 1919 a kde setrval i po jmenování profesorem.³² Při sestavování ministerské komise v roce 1925 se na něj ovšem nedostalo. Stalo se tak zřejmě pro jeho angažmá na ministerstvu a též proto, že v inkriminované době vykonával v Bratislavě akademické funkce (v akademickém roce 1924/1925 byl děkanem, a jak bylo zvykem, v následujícím roce proděkanem bratislavské právnické fakulty). O to aktivnější byl ve veřejném vystupování a v publicistice. Na rozdíl od většiny ostatních své reformní představy neopíral jen o osobní zkušenosti, ale i o důkladnou analýzu, neboť byl přesvědčen, že jen tak, nikoliv na základě osobních zkušeností jednotlivých profesorů, lze dospět žádoucímu efektu.

Výsledkem Sommerova snažení o zkvalitnění právnického studia byla řada přednesených přednášek, drobných glos a časopiseckých článků,³³ ale i obsáhlejší práce. V nejpropracovanější publikaci k problematice reformy z roku 1925 (*Reforma právnických studií*),³⁴ původně připravované jako příspěvek ke druhému právnickému sjezdu v Brně, se komplexně zabýval historií reformních snah a velmi podrobně rozebral snad všechny aspekty reformního snažení i všechny reálně se nabízející alternativy.

My jen stručně shrneme, že hlavní závady existujícího systému viděl ve studiu *in absentia*, nedostatečné přípravě právníků pro praxi a nevyhovující úpravě zkoušek. Těžiště výuky se proto podle něj mělo přenést do povinných repetitorií a praktických cvičení. V té souvislosti poukázal na neochotu ministerstva povolovat právnickým fakultám asistentské síly. Zdůrazňoval, že výuka má studenty naučit vlastním úsudku, takže „*z fakulty nemají vycházeti lidé napěchovaní jen vědomostmi*“, neboť při rychlém zastarávání konkrétních

Sommerův pokračovatel Václav Budil, pracující tehdy na rektorátu Univerzity Komenského). Napsal, že „*bylo šťastnou hvězdou právnické fakulty Komenského university, že jejím budováním byl pověřen prof. O. Sommer*“, že při tom uplatnil „*nejenom dary své bohaté osobnosti: hluboké koncepce, rozsáhlé odborné znalosti, praktické zkušenosti, houževnatost, vytrvalost a nezlomnou energii, nýbrž i to, co mnohdy chybívá, lásku*“ (s. 194), a že na poli vědecké práce jej zdobily „*neúporná energie, organizační talent, pile, nelekající se ničímých překážek, a vysoké cíle*“ (s. 196). Ocenil také Sommerův přístup ke studentům.

³² SKŘEJPEK, M.: Otakar Sommer (7. 6. 1885 v Příbrami – 15. 8. 1940 v Praze). In: Antologie československé právní vědy v meziválečném období (1918 – 1938). Uspořádala a sestavila P. Skřejpková. Praha (2009), s. 173.

³³ Vedle výše i níže citovaných statí ještě například SOMMER, O.: Reforma právnických studií v Rakousku. In: Všehrd, roč. 17 (1935 – 1936), s. 49-52.

³⁴ SOMMER, O.: Reforma právnických studií. Bratislava (1925).

právnických informací „*právníci musí se umět vypořádat s každým novým zákonem*“.³⁵ Na rozdíl od Jana Vážného uznával, že v praxi se státní a rigorózní zkoušky příliš neliší, a zasazoval se o odstranění jejich nivelizace. Kritizoval také členy ministerské komise, že si nechtějí přiznat, o jak naléhavý problém jde, a koncentrují se jen na odstranění zjevných vad současného systému.³⁶ Poukazoval při tom na nepromyšlenost navrhovaných řešení a na rozpory v nich. Zejména však zdůrazňoval, že by nemělo jít především o reformu „*učebné osnovy, nýbrž hlavně o reformu studenta a profesora*“.³⁷

Reforma právnického studia se stala Sommerovou srdeční záležitostí. Nepřestal se jí proto věnovat ani později a často o ní přednášel a psal. V roce 1935, kdy se po vydání ministerských osnov spory o reformu právnického vzdělávání rozhořely jako táborák v červencovém podvečeru, nešlo profesora Sommera opět přehlédnout: plameny kolem něj zase šlehalo vysoko. Nejdříve na sebe upozornil novou, tentokrát stručnější, studií *Úprava právnických studií v Československu*.³⁸ Jejím podkladem byla jeho přednáška z cyklu, zorganizovaného spolkem československých právníků *Všehrd*.³⁹ Konstatoval v ní, že tři hlavní problémy, které zdůraznil v polovině dvacátých let, (studium in absentia, nedostatečná příprava pro praxi, nevyhovující úprava zkoušek) zůstaly stále živé a jejich řešení se stalo ještě aktuálnější. Opět se obracel k historii reformních snah, a to zejména proto, aby na pravou míru uvedl argument některých kritiků, že používaný studijní řád je po věcné stránce platný téměř sto let a „*vychází z ideí dnes opuštěných a ... nevyhovuje zájmům státním*“.⁴⁰ Poukázal na to, že podstatu zásadní Thunovy reformy z poloviny 19. století, k níž se tato výtka pojila, nelze vyvozovat z jednotlivých ustanovení, ale z jejího moderního pojetí. Oproti předbřeznové době totiž znamenala zásadní přelom: přinášela svobodu vědeckého bádání a svobodu vyučování, tedy ideje, které určitě nebylo radno opouštět ani téměř po sto letech a které zajisté nebyly v rozporu se státními zájmy. Podpořil tím i svou hlavní ideu, že při reformě studia nelze hledat spásu jen v textu – třeba dobrého – zákona, ale že úspěch závisí především na lidech, kteří zákon provádějí, tedy na posluchačích a profesorech (opět tedy „*reforma studenta a profesora*“). Avšak na druhé straně špatný zákon

³⁵ SOMMER, O.: *Reforma právnických studií*. Bratislava (1925), s. 178.

³⁶ Například předseda ministerské komise A. Miříčka o její práci psal 7. a 14. prosince 1924 v *Národních listech*.

³⁷ Z referátu o jeho vystoupení v bratislavském spolku Právník (Prof. Dr. Sommer o reformě právnického studia (značka –IK.). In: *Všehrd*, roč. 9 (1927 – 1928), s. 177).

³⁸ SOMMER, O.: *Úprava právnických studií v Československu*. Praha (1935), 28 s.

³⁹ V rámci toho cyklu dále přednášeli profesori Karel Engliš, Josef Drachovský, Antonín Hobza, Augustin Miříčka a Emil Svoboda.

⁴⁰ SOMMER, O.: *Úprava právnických studií v Československu*. Praha (1935), s. 6.

sám o sobě může způsobit řadu problémů. Z toho vyvozoval, že při prosazování nových opatření je třeba postupovat důsledně, ale zároveň obezřetně.

Celá práce je pojata jako reakce na ministerské osnovy. Profesor Sommer kritizoval už neujasněnost výchozích hledisek celého konceptu. Odmítal snahu ministerstva zkrátit úvodní studijní oddíl na dva semestry a rozbít historickoprávní zkoušku, která jej uzavírá. Navrhované zkrácení prvního studijního oddílu a s ním souvisící změny, zejména možnost skládat samostatně zkoušku z římského práva, by podle něj zničily dvě důležité hodnoty platného studijního řádu: „*mezitímní zkoušku*“ (rozuměj historickoprávní státní zkoušku) a možnost vědeckého studia římského práva. Na ministerské osnovy se tedy v tomto ohledu díval daleko přísnějším zrakem než jeho bývalý bratislavský kolega Jan Vážný. Přivítal však zavedení obligatorních cvičení, které mohlo alespoň částečně eliminovat studium *in absentia* a využívání služeb soukromých „*nalejváren*“ („*repetitorských škol*“). V souvislosti s tím se zamyslel nad nedořešenou otázkou asistentů, využitelných při přípravě a vedení praktických cvičení. Opět upozornil na škodlivou tendenci ministerstva v rámci úspor bránit jejich přijímání. Navrhoval využívat jako asistenty zkušenější právníky z praxe, kteří by nebyli závislí na profesorech a zajišťovali by soustavný kontakt posluchačů s právní praxí. Ocenil snahy o nové pojetí doktorátu, protože dosavadní rigorózní řád považoval za špatný. Proto kvitoval snahu tvůrců osnovy o nové řešení rigoróza, ale k jeho konkrétní podobě uplatnil dílčí výhrady. Kritizoval zavedení nových zkušebních tax (místo zrušených dřívějších) a upozornil, že osnova opomenula důslednou vědeckou kontrolu disertací.

Věhlasný romanista tuto příležitost zároveň využil k polemice s tehdejšími názory a argumenty jednoho z dalších přednášejících – profesora Antonína Hobzy, pro nějž byl hlavní překážkou efektivního studia právě velký rozsah historickoprávního oddílu. Hobzovo vystoupení, které bylo otištěno v Právniku, vnímal jako prudký útok proti římskému právu opřený o zpochybnitelné argumenty.⁴¹ Zde nemá smysl věnovat se detailům této polemiky, jen bych chtěl upozornit na to, že v Sommerově argumentaci proti Hobzovým výtkám vůči římskému právu hrálo významnou roli mimo jiné to, že na začátku minulého století se, jistě i v souvislosti s vydáním BGB v Německu, přístup k římskému právu jako učební disciplíně změnil: zatímco dříve se za tímto označením skrývalo především pandektní právo, postupně se akcent přesunul k římskému právu klasické doby. O. Sommer upozorňoval také na Hobzův

⁴¹ Jeho přednášku publikoval Právník, roč. 74 (1935), s. 445-449. O. Sommer též poukazoval, že Hobzovy názory v mnohém nekorespondovaly s tím, co tvrdil před deseti lety; srovnej informaci O reformě studia práv (značka J. B.). In: Všehrd, roč. 8 (1926 – 1927), s. 274-275.

odpor proti obligatorním cvičením, překvapivý proto, že v polovině 20. let se A. Hobza za ně naopak vehementně zasazoval.⁴²

Agilní profesor nepolemizoval jen s kolegou Hobzou. Jak jsme již uvedli, v roce 1936 nesdílel názor většiny svých kolegů z fakulty, s nimiž se ostatně neshodoval i v jiných věcech, a nepodpořil společné fakultní návrhy, vypracované v reakci na ministerské osnovy.⁴³

Co mu nekonvenovalo na většinovém názoru jeho kolegů? Na prvním místě odmítal jejich představu doktorátu a prezentoval svou. Bojovný profesor při tom navázal na své dříve publikované názory, ale nechal se inspirovat i Janem Vážným. Získání doktorátu spojoval s vypracováním disertace, absolvováním vědeckého semináře a vlastní rigorózní zkouškou z předmětu disertace, jemu příbuzného předmětu a právní filozofie. Neomezil se však jen na tento problém. Svým kolegům dále vytýkal, že se sice v zásadě nestaví proti praktickým cvičením, ale odmítají reglementovat jejich závaznost, resp. závaznost některých z nich. S pražskými kolegy se naopak shodoval v prodloužení studia na devět semestrů, ale připojil k tomu i vlastní představu. První studijní oddíl měl být podle něj pojat nejen jako historickoprávní, ale jako přípravný. V tom se od ostatních nijak nelišil, požadoval však, aby se v něm přednášelo i ústavní právo a aby byl zakončen postupovou (nikoliv státní) zkouškou z římského práva, kanonického práva a československých a středoevropských právních dějin. Ve druhém, šestisemestrovém, bloku se měly vždy po dvou semestrech konat státní zkoušky (první z ústavního, mezinárodního a trestního práva, druhá z občanského, obchodního a směnečného práva a z civilního procesu a třetí ze správního práva, finančního práva s finanční vědou, politické ekonomie a případně i ze statistiky). Zkoušelo by se tak vždy v zimě, přičemž „by studujícím byly k dispozici velké prázdniny k soukromému studiu na základě

⁴² Je to zřejmě z již zmíněné zprávy značky J. B. ve Všehrdu (O reformě studia práv. In: Všehrd, roč. 8 (1926 – 1927), s. 274-275). Z ní plyne, že pro pražského internacionalistu i tehdy byl hlavní překážkou efektivního studia velký rozsah historickoprávního oddílu studia. Celá výuka by proto byla přeorganizována tak, že by se historickoprávní předměty vyučovaly současně s platným právem a všechny dosavadní zkoušky by se v důsledku toho přenesly až na konec studia. Neměně mu však vadil systém přednášek, který nenutí studenty k větší aktivitě. Novou formou přípravy se proto měla stát praktická cvičení. Každý posluchač by byl povinen absolvovat minimálně po jednom historickoprávním, judiciálním a státovědeckém. K státním a rigorózním zkouškám chtěl přidat ještě závěrečné roční („výroční“) zkoušky, jejichž složení by bylo podmínkou postupu do vyššího ročníku. Pro udělení doktorátu by se vyžadovalo vedle složení rigoros také předložení písemná práce a absolvování alespoň tří seminárních cvičení.

⁴³ Prezentoval je Arnošt WENIG v článku K reformě právnických studií. In: Právník 76 (1937), s. 1-13 a 73-86.

přednášek, absolvovaných v letním semestru“.⁴⁴ Podmínkou připuštění ke všem zkouškám mělo být absolvování povinného praktického cvičení.

Prozatím jsme, i když jen ve zkratkách, prezentovali především Sommerovy názory na jednotlivé problémy úpravy právnického studia. Jistě s nimi lze polemizovat a předkládat jiné – také možné – varianty, které by třeba v praxi také dobře fungovaly, a možná i lépe. Argumentum ad oculos pochopitelně chybí, to by přinesla jen praxe. Na závěr chci ale prezentovat jeho obecnější charakteristiku potřebné reformy, jíž z mého pohledu není co vytknout. Nabídne nám ji nahlédnutí do ročníku 17 (1935 – 1936) časopisu Všeohr. Ten otiskl rozhlasovou přednášku Otakara Sommera *Reformuje se studium práv?*,⁴⁵ která jasně a ve stručnosti vyjadřuje jádro autorova názoru na reformu právnického studia. Zaznělo v ní například konstatování, že „*reforma studií právnických je věc obsáhlá a tak spjatá se životem na právnických fakultách, že ji sotva lze vyřešiti jen změnou předpisů*“ (s. 142), v čemž jasně zní nám už známé „*reforma studenta a profesora*“. Za hlavní vadu dosavadního studia O. Sommer oprávněně označil skutečnost, „*že se práva nestudují na fakultě, nýbrž soukromě a to nejhorším myslitelným způsobem, bez vědecké literatury a namnoze i bez znalosti textu zákona*“ (s. 143). Úpravy navrhované osnovami z roku 1935 tento problém podle jeho názoru neřešily dost důsledně, proto je považoval za nedostatečné. Na druhé straně musel konstatovat, že na „*velkou*“ reformu se nedostává peněz, protože by vyžadovala zvýšení počtu profesorů a pomocných vědeckých sil, náležitě vybavené knihovny a studovny, více peněz na předplatné časopisů a literaturu atp. Za velký omyl, z nějž vycházely i připravené osnovy, a to je bohužel stále velmi aktuální, označil přesvědčení, že „*ke zrození právníka*“ je zvlášť vhodné studium platného práva. Za daleko důležitější považoval „*vzbuzení smyslu pro právní problém a osvojení si metody právnického myšlení*“, a toho se nejlépe dosáhne dvojí cestou: „*spekulativně, právní filosofii, a empiricky, právní historií*“ (vše s. 144). Vyjádřil se také k tomu, proč se profesori nemohou shodnout na reformě studia. Především šlo skutečně o obtížný úkol, protože vyžadoval vhodně skloubit vyučovací a badatelskou funkci fakult. „*Nedohodu*“ přitom prohlubovalo, že „*profesor, mluví-li za svůj obor, myslí na fakultu jako na ústav vědecký, mluví-li o cizích oborech, vidí ve fakultě jen ústav vyučovací*“ (s. 145). Při reformě tedy mělo jít o nalezené vhodné kompromisu mezi těmito základními funkcemi fakult, nikoliv o kompromis mezi profesory.

⁴⁴ SOMMER, O.: K reformě právnických studií. In: Právny obzor, roč. 20 (1937), s. 213.

⁴⁵ SOMMER, O.: Reformuje se studium práv? In: Všeohr, roč. 17 (1935 – 1936), s. 142-145.

**„Nic není tak nebezpečné, jako experimentovati v těchto věcech.“
Opravdu?**

Když jsem větu citovanou v rubrice této části použil poprvé, vyjadřovala skutečnost, že se československý zákonodárce po vzniku republiky nechtěl ukvapit a bez náležité přípravy rasantně zasáhnout do velmi složité a citlivé materie, přestože problémy v ní byly evidentní. Naopak rozumně zvolil cestu pečlivé přípravy, do níž zapojil i významné představitele právní vědy, k nimž se v časopiseckých diskusích spontánně přidali další.

Vracím-li se znovu k uvedené větě v závěru svých výkladů o jednom dílčím aspektu prvorepublikového klopýtání na cestě za reformou právnického studia, musí v tom již zaznít jistá rezerva. Jak totiž víme od začátku, za dvacet let první republiky v reformě právnického studia, alespoň na první pohled, nula od nuly pošla. K citované větě jsem proto přidal pochybovačnou otázku. Neboť nedomyšlené experimentování je sice velmi nebezpečné a může mít nedozírné následky, ale jak se v průběhu dvacátých a třicátých let ukázalo, nebezpečné je i stále opakování již vyřčených argumentů a nekonečné odsouvání obecně očekávaných změn.

Na druhé straně „nula od nuly pošla“ skutečně jen na první pohled. Všechny ty dlouhé diskuse totiž zcela bez efektu nezůstaly. Jak správně zdůrazňoval Otakar Sommer, zákon je jen prostředek, důležité jsou lidé, kteří jej uvádějí do života. Zda bude vypisována dostatečně pestrá škála přednášek, zda na ně studenti budou chodit a zda budou moci navštěvovat na fakultě také semináře a cvičení, zda rigorózní zkouška bude skutečně rigorózní či zda se studenti budou učit z učebnic nebo jen utilitárně z různých pokoutně získaných příruček, bylo i v rukou profesorů, posluchačů či ministerských úředníků. Mnohé sice v meziválečném období zůstalo při starém (a něco se v principu asi nezmění nikdy): stále převažovaly monologické přednášky, studenti je navštěvovali málo a na zkoušky se často učili čistě účelově. Ale na pozadí probíhajících diskusí a předložených návrhů se alespoň semináře a cvičení staly běžnou součástí výuky, stejně jako řada dříve nevypisovaných přednášek. Studenti také do rukou dostávali nové kvalitní učebnice a bylo jen na nich, zda z nich budou studovat.

I když odhlédneme od tohoto praktického efektu, musíme ocenit osobní angažovanost všech, kdo se do diskusí zapojili. Nesli svou kůži na trh a vystavovali se nebezpečí veřejné kritiky. Navíc ve vyostřených diskusích, do nichž se promítaly osobní zájmy zúčastněných (a tak tomu v případě reformy právnického studia bylo), se spory občas přenášely i do osobní roviny a sahalo se v nich i k ne zcela korektním argumentům.

Na našem ocenění nic nemění, že Miroslav Boháček a v zásadě i Jan Vážný do diskusí přispěli jen takřkajíc „z úřední povinnosti“, tedy především

proto, aby hájili zájmy své disciplíny. O to více musíme vyzvednout vervu a vytrvalost, s nimiž prosazoval svou propracovanou (a vyvíjející se) představu o efektivní úpravě právnického studia a státních a rigorózních zkoušek Otakar Sommer.

Summary

The contribution focuses on three Romanists connected with the Faculty of Law in Bratislava – Jan Vážný, Miroslav Boháček and Otakar Sommer – and their participation in the dispute over the law studies reform. Jan Vážný and Miroslav Boháček did not pay their attention to the reform systematically, they only joined the discussion in order to defend their professional interest – Roman law. In contrast, Otakar Sommer dealt with the topic continually and comprehensively. This was also due to his position of an officer of the Ministry of Education (Ministerstvo školství a národní osvěty). He presented his complex idea of the reform in his 1925 study called Reform of Law Studies (Bratislava: PF UK, 1925). In the late 1930s he took part in the discussions on the draft laws concerning law studies prepared by the Ministry. His attempts to improve the quality of law studies resulted in number of lectures, comments and articles. Studying in absentia, lack of practical training and inadequate examination system were the three points he named as the main deficiencies in the then existing system. Anyway, he emphasized that, first and foremost, „reform of a student and a professor“ is needed.

Panem et circenses

Vladimír Vrana

„Ak osud jednotlivej bitky priviedol štát k úpadku, tak tu iste bola príčina, ktorá spôsobila, že tento štát musel po jednej prehratej bitke zahynúť,“ tvrdil Montesquieu. Tých príčin zániku rímskeho impéria bolo určite niekoľko, išlo o celý rad súvislostí, ktoré ani nie je možné všetky úplne pochopiť. Skutočne však zanikla iba idea antického sveta o hrdom samostatnom človeku, rímskom občanovi, ktorý musel v ďalekej cudzine sám a rýchlo rozhodnúť v mene celku, ktorého bol súčasťou. Zanikla občianska spoločnosť, vznikla spoločnosť nesamostatného stredovekého človeka spútaného príkazmi a zákazmi. Veril v svoju malosť a čakal na príkazy. Za to však, že Rím dokázal nielen prežiť, presadiť sa, ale dokonca výrazne napredovať v prvých storočiach od svojho založenia, nepochybne vďačil predovšetkým osobným vlastnostiam svojich občanov.

Prvé generácie Rimanov boli individualisticky, pragmaticky zamerané a spoliehali sa na svoju politickú a ekonomickú sebestačnosť. Životaschopné obchodné mestečko, ktoré vyrastalo na siedmich pahorkoch, oddávna priťahovalo z okolia ľudí dobrodružnej a podnikavej povahy. Mestské štátiky v oblasti strednej Itálie medzi sebou neustále viedli vojny, čo však posilňovalo rímsku povahu a odhodlanie, pre ktoré boli typické disciplína a nekompromisná vernosť vlasti (Coriolanus), rodinným väzbám (bratia Horáciovci) a štátnym autoritám – na čo rád spomínal aj Marcus Porcius Cato Censorius. Rimania si postupne vytvorili vlastný národný mýtus, akúsi predstavu o svojom výnimočnom poslaní, v ktorom boli pokračovateľmi vládcov Tróje a predurčení priniesť celosvetový poriadok. Bazálnou časťou Ríma boli drobní roľníci, ktorí podľa potreby vymenili pluh za meč, postupne si podrobujúť okolité mestá. Oni tvorili hlavné jadro občianskej armády, ktorá znášala bremeno rímskej expanzie až do 2. stor. pred Kr., keď ju postupne nahradila profesionálna armáda.¹

Zo začiatku Rím bojoval, aby prežil, zaistil si vlastnú bezpečnosť. Neskôr bojoval, aby zaistil bezpečnosť dobytých území. A práve v cyklickej logike tejto imperiálnej politiky treba hľadať prvotnú príčinu, od ktorej sa odvíjali všetky ďalšie problémy Rimanov. Ich mesto a neskôr ríša sa stali obeťou vlastného

¹ HASKELL, H. J.: *New Deal in Old Rome*. New York (1939), s. 19 n.

úspechu. Mechanizmus sebazničenia vyzeral takto: Rím bol neustále nútený bojovať a väčšinou víťazil. Víťazstvá zabezpečovala občianska armáda, ktorej jadro tvorili najmä drobní roľníci. Keďže však roľníci museli kvôli vojnám často opúšťať svoje majetky, ich pozemky zostávali neobhospodarované, rodiny bez ochrany a oni sami upadali do dlhov. Aby sa z dlžôb vyhrabali, predávali svoje farmy veľkostatkárom a odchádzali do miest, kde však toho nemali veľa na práci. Stávala sa z nich bezprizorná spodina. Na druhej strane, výboje znamenali prisun množstva otrokov, ktorí boli nasadzovaní na rozširujúcich sa veľkostatkoch latifundistov. Konkurencia masovo nasadzovanej otrockej práce v poľnohospodárstve ďalej podkopávala pozíciu drobných roľníkov. Existoval teda jasný vzťah medzi postupným úpadkom poľnohospodárskej výroby v Itálii a štátnou potravinovou politikou.² Rím počas skoro celých svojich dejín trpel chronickou nezamestnanosťou, ktorú sa snažil riešiť známym „chlieb a hry“.

Počas obdobia republiky vznikol ostrý, vyhranený sociálny konflikt medzi bohatou pozemkovou aristokraciou a zbedačenými mestskými masami. Bola tu aj akási neveliká obchodnícka stredná vrstva, ktorá vytvorenie impéria vzala ako trhovú príležitosť. Zo začiatku v zásade podporovala reformné snahy chudobných, no po ich radikalizovaní sa pridala na stranu konzervatívneho senátu. Z ľudu sa v podstate stala úplatná masa, ktorá bola ochotná voliť ktoréhokoľvek demagóga, čo jej sľúbil viac štátnej pomoci. Republika tento hlboko zakorenený sociálny konflikt nemohla úspešne vyriešiť. Na jej sklonku stačilo k uchváteniu moci, ak mal ambiciózny populista za sebou súkromnú žoldniersku armádu a masy skorumpovanej mestskej spodiny.

Za prvého „sociálneho experimentátora“ rímskej republiky sa považuje plebejský tribún Gaius Licinius Stolo, ktorý v roku 367 pred Kr. zaviedol moratórium na dlhy a obmedzil množstvo pôdy, ktoré jednotlivec mohol nadobudnúť od štátu. Zároveň spolu s Luciom Sextiom Lateranom³ sprístupnil konzulský úrad plebejcom. Licinius Stolo sa reguláciami dlhov a prerozdeľovania štátnej pôdy snažil vyriešiť problém malých roľníkov. Súčasne však nepovažoval vlastné pravidlá za dostatočne záväzné, aby sa nimi sám riadil. O pár rokov neskôr sa totiž prišlo nato, že cez svojho syna protiprávne nadobúdaval nadmerné množstvo štátnej pôdy a prispieval tým ku koncentracii pozemkového vlastníctva. Vyviazol s vysokou pokutou...⁴

² K tomu pozri známe dielo Catona st. *De agricultura*. Podľa neho štát vždy predával obilie pod reálnu cenu, preto sa stredným a veľkým pestovateľom obilia neoplatilo pestovať pšenicu a postupne sa začali orientovať na iné, ekonomicky ziskovejšie komodity.

³ *Leges Liciniae Sextiae*.

⁴ HASKELL, H. J.: *New Deal in Old Rome*. New York (1939), s. 32 n.

V pol. 4. stor. pred Kr. sa Rimania pokúsili riešiť roľnícky problém vytvorením akejsi štátnej „banky“, ktorej cieľom bolo úverovať zadlžených drobných poľnohospodárov.⁵ Už menej úspešnými boli jednotlivé regulácie úrokových sadziieb z toho istého obdobia. V súlade so zákonom veriteľom bolo zakázané požičiavať za vyšší ako 8 % úrok. Neskôr bola horná úroková miera znížená dokonca až na 4 %, čo viedlo v praxi k tomu, že záujemcovia o pôžičku nenašli nikoho, kto by im bol ochotný požičať. A tak sa neskôr všetko vrátilo k pôvodným 8 %, hoci táto právna úprava nebola vôbec zákonom sankcionovaná (*lex imperfecta*).

Kvôli štátom riadenej politike zvýhodňovania dlžníkov r. 342 pred Kr. došlo k úplnému zákazu brania úrokov, no zákon bol verejnosťou v podstate ignorovaný. Praktizujúci rímski právnici si boli vedomí skutočnosti, že zákony by mali byť jednoduché, zrozumiteľné, vynútiteľné a hlavne v súlade s každodenným životom, aby boli prevažnou väčšinou spoločnosti zachovávané. No mnohí politici na čele štátu to v podstate nepochopili ani do úplného zániku Západorímskej ríše. Každopádne, rímsku republiku začala postupne rozožierať korupcia a pribúdalo prípadov zneužívania moci verejne činnými osobami.⁶ Rastúca chamtivosť a bezohľadnosť vyšších vrstiev sa stala vo vtedajšom Ríme prísloučnou.

Špecifický termín *annona* znamená širšie chápanú množinu významov úzko súvisiacu so zásobovaním hlavného mesta impéria potravinami, obilím, bezplatnou distribúciou obilia a chleba pre ľudí na to odkázaných, ďalej zásobovania rímskej armády jedlom, vládny predajom jedla občanom za peniaze, výberom štátnych daní v naturáliách a všeobecne centrálnou administráciou zásobovania potravinami.⁷ Ústredné zásobovanie Mesta bolo najskôr pridelené nižším republikánskym úradníkom – edilom, neskôr (na konci republiky a v období cisárstva) mal túto agendu vo svojej kompetencii *praefectus annonae*.

Aj keď fráza „chlieb a hry“ pochádza až z prelomu 1. a 2. stor. po Kr.,⁸ zvyk politikov kupovať si masy obdobia dnešných „sociálnych dávok“ začal už na sklonku republiky. Postupný rozklad roľníckeho stavu sa štátu zastaviť

⁵ K tomu porov. HASKELL, H. J.: *New Deal in Old Rome*. New York (1939), s. 36 n. Toto opatrenie však nebolo celkom úspešné.

⁶ V 4. stor. pred Kr. nechal napr. generál Postumius 2 000 vojakov pod jeho velením robiť poľnohospodárske práce na svojom veľkostatku. Tým spôsobil pohoršenie verejnosti, lebo vojaci jednak nedostali za prácu zaplatené a jednak to boli zväčša drobní roľníci, ktorí kvôli vojenskej službe opustili vlastné usadlosti. Postumius bol za čin obžalovaný a odsúdený na zaplatenie pokuty.

⁷ BERGER, A.: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia (1953), s. 363.

⁸ Jej pôvodcom bol rímsky básnik Decimus Iunius Juvenalis (60-133).

nepodarilo. V hlavnom meste impéria začali narastať masy nemajetných. R. 123 pred Kr. na základe zákonodarnej iniciatívy Gaia Sempronia Graccha došlo k prijatiu *lex Sempronia frumentaria*, ktorá priznala právo každému rímskemu občanovi na presne určenú kvantitu pšenice (*triticum*).⁹ Prídel nebol určený iba chudobným, ale v zásade všetkým občanom.¹⁰ V praxi síce majetnejších občanov odradzovalo od uplatnenia si prídelu to, že každý občan (*pater familias*) tak mal urobiť osobne, pre zrakmi verejnosti, ale niektorí zámožní, dokonca štátni úradníci s tým nemali žiadny problém – napr. konzul Gaius Calpurnius Piso.¹¹

Dobré príklady priťahujú... Zákon prijatý z (pragmatickej, demagogickej) iniciatívy Gaia Graccha bol natoľko vábivý a „neodolateľný“, aby zostal bez nasledovníkov, hoci jeho neblahým dôsledkom bolo jednak vyprázdnenie eráru, ale rovnako aj demotivujúca skutočnosť pre chudobných – byť závislými od štátnej pomoci. O 23 rokov neskôr navrhol plebejský tribún, politický spojenec populárov Gaia Maria, Appuleius Saturninus zákon, podľa ktorého by jeden modius stál iba symbolickú cenu – jeho prijatie (ale predovšetkým vykonanie) by znamenalo skoro istý „štátny bankrot“. Zákon nakoniec s vysokou pravdepodobnosťou ani nebol ľudovým zhromaždením prijatý.¹² Zodpovednejšiu výdavkovú politiku štátu začal postupne presadzovať plebejský tribún Marcus Octavius¹³ (*lex Octavia de frumentaria*). Podľa znenia tohto zákona, cesta k znižovaniu výdavkov štátu sa mala realizovať buď cestou znižovania poskytovaných dávok obilia občanom resp. samotným zvýšením prídelovej dávky.

Touto politikou sa riadil aj Lucius Cornelius Sulla (*lex Cornelia de frumentaria*), ktorý r. 82 pred Kr. prídelu úplne zrušil. Zákonná úprava však vydržala iba necelú jednu dekádu. Už r. 73 pred Kr. ale bola prijatá *lex Terentia Cassia*,¹⁴ ktorá v podstate vychádzala z právnej úpravy Gaia Graccha. Najväčšie bremeno tak zaťažovalo jednotlivé rímske provincie. Obdobie postupného úpadku a nakoniec definitívneho zániku republiky tak úplne ovládol trend (skoro) bezplatného poskytovania obilia. Plebejský tribún Publius Clodius Pulcher (*lex Clodia de frumentaria*) stál za prijatím zákona,

⁹ Za jeden *modius* (necelých 10 litrov) asi 7 assov.

¹⁰ Tento zákon negatívnym spôsobom zasahujúci štátnu pokladnicu vo svojich rečiach viackrát ostro kritizoval aj M. T. Cicero.

¹¹ SMITH, W.: Dictionary of Greek and Roman Antiquities. New York (1890), s. 546 n.

¹² V tom istom roku totiž navrhovateľ zákona aj zomrel. Podobne (neprijatím) skončila aj snaha Marka Livia Drusa.

¹³ Z politického tábora „pravice“ – optimátov.

¹⁴ Navrhovateľmi zákona boli rímski konzuli zastávajúci tento úrad v r. 73 pred Kr. – Marcus Terentius Varro Lucullus a Gaius Cassius Longinus.

podľa ktorého na základe zoznamu zostaveného *curator annonae*, vybraní chudobní občania získali dávku obilia úplne zadarmo.¹⁵

V období na začiatku politických turbulencií v Ríme bol Gnaeovi Pompeiovi¹⁶ pridelený najvyšší dozor nad obchodovaním s obilím na obdobie piatich rokov. Okrem iných ustanovení zákona, *lex* rozšírila počet adresátov bezplatnej pomoci, pretože rozhodujúci nebol už ani zoznam vypracovaný zodpovedným rímskym štátnym úradníkom. Ekonomicky neudržateľný stav financií štátu sa pokúsil zvrátiť Caesar¹⁷ svojimi opatreniami – a to predovšetkým podstatnou redukciou adresátov bezplatnej štátnej pomoci.

Pre politikov bola *annona* neodolateľným spôsobom ako si kupovať „za lacný peniaz“ popularitu ľudových más. Okolo roku 60 pred Kr. dostávalo túto pomoc už okolo 200-tisíc ľudí. Už o niekoľko rokov neskôr, keď sa k moci dostal Július Caesar, bolo však od potravinovej pomoci priamo závislých vyše 300-tisíc ľudí. Caesar opäť riešil tento negatívny trend cestou politiky vysídľovania a asi 80-tisíc ľudí odišlo z Ríma preč ako kolonisti. Po jeho čiastkovej reforme malo podporu dostávať už iba 150-tisíc ľudí a navyše bol zavedený prieskum majetkových pomerov vybraných občanov, ktorý mal preukázať, či poberateľ skutočne štátnu pomoc potrebuje. 90-tisíc pôvodných poberateľov zostalo v Ríme úplne bez štátnej podpory, no nezachovali sa žiadne záznamy, že by po uskutočnení tejto reformy zomierali od hladu. Po Caesarovej smrti však počet poberateľov *annony* opäť narástol na vyše 300-tisíc.

Lúživá politika hesla „obilie zadarmo“ prežila republiku a pokračovali v nej aj jednotliví rímski cisári. Augustus dosiahol opätovné zníženie počtu poberateľov podpory na 200-tisíc osôb tým, že z nej vylúčil cudzincov, s výnimkou lekárov a učiteľov. Augustus dokonca uvažoval o úplnom zrušení obilnej podpory, ale dospel k rozumnému záveru, že by to bolo v podstate zbytočné, pretože skôr alebo neskôr by ju niekto opäť obnovil, len aby sa zapáčil masám. Potravinové prídelý sa postupne rozrastali a Rimania dostávali k obilii zadarmo aj olivový olej, soľ, ba dokonca i víno či bravčové mäso. Za panovania prvého princepsa dochádza aj k zriadeniu stálej magistratúry, na čele ktorej stál *praefectus annonae*. Tento úradník mal aj všeobecnú civilnú a trestnú právomoc vo všetkých záležitostiach spojených so zásobovaním a obchodovaním s potravinami.¹⁸

¹⁵ R. 58 pred Kr.

¹⁶ Na základe *lex Cornelia Caecilia de cura annonae* – r. 57 pred Kr.

¹⁷ Prijatou *lex Iulia de frumentaria* r. 46 pred Kr.

¹⁸ Tento úrad pretrval až do zániku Západorímskej ríše, hoci postupne stratil podstatnú časť svojich právomocí.

Cisár Aurelián r. 274 ustanovil túto sociálnu podporu dokonca právne nárokovateľnú dedične a keď Konštantín r. 327 zakladal nové hlavné mesto impéria – Konštantínopol, rozšíril pomoc aj na tzv. druhý Rím, aby tak urýchlil jeho osídľovanie. Rimania mali totiž od začiatku skúsenosť, že tieto bezplatné dávky prilákali do ich metropoly nespočetné davý.¹⁹ Keďže ľud bolo treba nielen živiť, ale aj baviť, väčšina cisárov prehajdákala obrovské sumy zo štátnej pokladnice na veľkolepé gladiátorské zápasy, či preteky vozov.²⁰ Ukázalo sa však, že sociálne opatrenia zvyčajne nevyriešili spoločenský problém, ale naopak ho často prehľadli vytvorením dodatočných stimulov na problémové správanie. Inými slovami, keď niekto je platený za to, že je chudobný, nebude chudobných menej, ale viac, pretože vedia, že za to dostanú peniaze. Podobne deštruktívne boli aj dôsledky *annony* v starom Ríme. Kým republika aspoň vo svojich počiatkoch znamenala sebestačnosť a individualizmus, cisárstvu vládol silný duch paternalizmu. Rímskych občanov postupne predchla všeobecná atmosféra pesimizmu, straty sebadôvery, úsilia a sústredili sa výlučne na pôžitok a holú prítomnosť. Stará mravnosť mizla pod náporom šíriaceho sa pocitu, že ľudové vrstvy majú akýsi nárok na niečo za nič.²¹

Kým nepracujúce živly z celej Itálie lákal Rím a jeho štátna podpora, životaschopní jednotlivci odchádzali pokúšať šťastie do rímskych provincií, kde na obchode, remeslách a farmárčení stále profitovali. Romanizácii Galie, Hispánie, severnej Afriky a ďalších provincií napomáhala aj usádzanie bývalých legionárov v pohraničí. Veteráni všeobecne na verejnosti požívali veľkú vážnosť a vo svojich komunitách hrali rolu dôležitých autorít. Zatiaľ čo schopní občania odchádzali do provincií, opačným smerom prúdili masy otrokov. V období vojenských ťažení ich bolo nezanedbateľné množstvo a cena na trhu nízka. Vzácnnejší sa stávali v časoch mieru. Rímski občania boli postupne nahradení populáciou otrokov a cudzincov.

Podľa odhadov v zlatom veku cisárstva tvorili tieto dve skupiny 90 % obyvateľov večného mesta. Ako poznamenal filozof Seneca v 1. stor. po Kr., otrokov bolo toľko, že keď sa pre nich mal nariadiť spoločný odev, ktorý by svedčil o ich podradnom postavení, senátori cúvli, lebo sa báli, že by si otroci mohli začať uvedomovať svoju početnú prevahu. Keď otroci zostarli,

¹⁹ Appiános (90 – 165): Krize Rímskej republiky. Praha (1989), ich výstižne pomenoval ako: „lenivcov, žobrákov a povalčavcov z celej Itálie“ (s. 127).

²⁰ Možno išlo o naplnenie existujúceho „štátu blahobytu“.

²¹ ROSTOVITZEFF, M.: The Social and Economic History of the Roman Empire. Oxford (1926), považovaný za priekopníka ekonomického výskumu antiky: „Hlavným cieľom (štátu) bolo zabezpečiť pre jednotlivca a jeho rodinu pokojný a nečinný život na istom, i keď neveľkom príjme“.

majitelia im často dávali slobodu, len aby im neboli na ťarchu. Samozrejme, toto bremeno prešlo na štát a z prepustencov sa ihneď stali poberatelia *annony*. Asimilácia týchto más bola však pomalá. Nie nadarmo sa zaužívalo porekadlo, že Rím je „hostinec sveta“.

Keďže štát rozdával obilie pod cenu, italským latifundistom sa neoplatilo produkovať pšenicu a namiesto toho preferovali výsadby ekonomicky výhodnejších plodín – viniča a olív. *Annona* tiež bránila vzniku efektívneho veľkoobchodu so základnými poľnohospodárskymi komoditami. V roku 91 po Kr., za vlády cisára Domiciána, sa urodilo síce málo pšenice, no oveľa väčšia bola úroda viniča. Štát teda prijal opatrenie, aby sa v Itálii nevysádzali už žiadne ďalšie plochy viničom a aby sa v provinciách zlikvidovala približne polovica vinohradov. Opatrenie malo jednak podporiť pestovanie pšenice a jednak zbaviť italských producentov konkurencie z provincií. V 1. stor. sa dokonca vinári ako nátlaková skupina snažili úradne zakázať pestovanie viniča v provinciách. Vinohradníci mali tiež prístup k výhodným vládnym pôžičkám za polovičný úrok.

Cicero označoval rímsku chudobu za „Romulovu žumpu“; Juvenalis zase za „Removu zberbu“. Za priaznivých okolností by nemajetné mestské masy pohltil priemysel a postupne ich pretvoril na robotníkov, pričom v mzdách a výrobkoch by sa spoločenské bohatstvo prerozdeleno rovnomernejšie. No akýkoľvek rozvoj technologických postupov bol zásadne brzdený práve inštitúciou otroctva.²² Neschopnosť zbaviť sa otroctva, či dokonca vidieť v ňom niečo zavrhnúťhodné, spôsobila, že Rimania sa ocitli uzavretí v pasci svojich vlastných problémov. Lenže otroctvo vysvetľovalo iba ekonomicko-sociálnu stagnáciu rímskeho impéria. Rozhodujúcu a definitívnu príčinu pádu rímskeho impéria treba teda hľadať inde.²³

Opätovné, pravidelne sa opakujúce hospodárske krízy výrazným spôsobom oslabovali ekonomické zdravé fungovanie impéria. Augustus sa snažil urýchliť hospodárske zotavenie Ríma po občianskej vojne a z tohto dôvodu cielene zaviedol politiku lacných peňazí. Zlato z úspešného vojenského ťaženia, ktoré získal v Egypte po definitívnej porážke Kleopatry a Marka Antonia, sa premenilo na mince dávané do obehu cez veľké verejné projekty. Výdavky štátu na verejné vodovody, cesty, kúpele a rôzne verejné budovy viedli k poklesu úrokových sadzieb z 12 % na 4 %. Množstvo peňazí v obehu spôsobilo infláciu a zvyšovanie cien. Ku koncu Augustovej vlády štátne zdroje skoro vôbec neboli k dispozícii a tak jeho nástupca Tiberius nemal inú voľbu ako drasticky

²² JOHNSON, P.: v diele *Nepriatelia spoločnosti*. Praha (1999) napr. uvádza, že: „Rím stál na potokoch ľudského potu“.

²³ HASKELL, H. J.: *New Deal in Old Rome*. New York (1939), s. 98 n.

zredukovať verejné výdavky. Razenie mincí sa znížilo na zanedbateľné minimum. Infláciu vystriedala deflácia, čo viedlo k hospodárskej kríze r. 33 po Kr., keď ceny nehnuteľností klesli prudko nadol. Štát situáciu riešil poskytnutím bezúročných pôžičiek majiteľom nehnuteľností z verejných zdrojov.

Tiberius sa podobne snažil o vyrovnaný rozpočet, nechcel však zvyšovať dane. Dokonca pristúpil k ich čiastočnému zníženiu. A keď v Egypte sa vybralo viac, než štát očakával, cisár napísal miestodržiteľovi, že „...chce svoje provincie strihať a nie zdierať z kože...“. Hoci vyberači daní boli všeobecne nepopulárni, rímske dane spravidla ani v provinciách nepohltili viac ako 10 % príjmov obyvateľstva. Daňové zaťaženie radikálne narástlo až v období neudržateľného úpadku Ríma.

Každopádne Augustus stabilizoval rímske impérium a nastolil relatívne trvalý „*pax Romana*“. Súčasťou Augustovho stáleho mieru mala byť nepochybne aj efektívna poľnohospodárska politika štátu – prijatím osobitného zákona,²⁴ ktorý navyše zakotvoval aj skutkovú podstatu nového trestného činu – *crimen annonae*.²⁵ Možno určitým vzorom pre tento trestný čin bola už existujúca právna úprava *crimen peculatus* – upravujúca spreneveru verejného majetku a zločin falšovania mier a váh – *crimen falsi*. Podľa tohto zákona sankcia sa vzťahovala na osobu, ktorá poškodila záujmy štátu pri zásobovaní potravinami alebo ktorá bezdôvodne profitovala zo zvýšenia ceny obilia.²⁶ Podobne sa trest vzťahoval aj na tie osoby, ktoré úmyselne spôsobili oneskorenie potravinovej dodávky (prisvojili si ju), alebo ju zadržali v prístave: Ulp. D. 48,12,2,1-2: „*Eadem lege continetur, ne quis navem nautamve retineat aut dolo malo faciat, quo magis detineatur: et poena viginti aureorum statuitur*“.²⁷ Procesne legitimovaným na strane žalobcu mohol byť dokonca aj otrok, manželka, vojak alebo osoba postihnutá infámou, ak chceli obžalovať rímskeho občana zo spáchania predmetného trestného činu.

Systém zásobovania obilím zavedený Augustom v podstate nasledovali aj jeho nástupcovia – hoci s menšími zmenami. Vrchol rímskeho bohatstva a moci nastal v rokoch 96 – 180, počas vlády cisárov Nervu, Trajána, Hadriána, Antonia Pia a Marka Aurélia. Markus Aurélius a Lucius Verrus stanovili zákaz predaja obilia, ktorý by ekonomicky poškodzoval dodávateľov obilia.²⁸ No prvé známky rozkladu hospodárstva boli už aj tak zreteľné. Nikto z vládnicich cisárov sa však neodvážil zrušiť verejné prídely obilia pod cenu – maximálne

²⁴ *Lex Iulia de annonae* prijatej r. 18 pred Kr.

²⁵ Bližšie pozri D 48,12 „*De lege Iulia de annonae*“.

²⁶ Ulp. D. 48,12,2 pr.

²⁷ Pri preukázaní viny bol páchatel odsúdený na zaplatenie pokuty 20 zlatých.

²⁸ Pap. D. 48,12,3,1 – spomína konkrétne dekuriónov.

sa snažil nejakým spôsobom (mierne) zvýšiť ich cenu.²⁹ Nasledovala kríza vlečúca sa v podstate celým 3. stor., keď sa pri moci striedali rôzni vojenský uzurpátori. V roku 284 sa k moci dostal cisár Dioklecián, ktorý pretvoril rímske impérium na totalitný štát, pripomínajúci východné despocie. Cisári vládnucci v 2. stor. po Kr. mŕňali obrovské peniaze na verejné stavby po celom impériu. Mestá v provinciách napodobňovali sociálny systém Ríma, čím priťahovali proletariát zo širokého okolia. Problém však nastal vtedy, keď sa peniaze z vojnových koristí minuli a pripojenie každého ďalšieho územia bolo spojené s prílišnými ľudskými a materiálnymi nákladmi. Poslednú veľkú vojnovú korisť získal Traján r.106 porážkou Dácie a použil ju okrem iného aj na podporu detí chudobných, ktorá však nebola veľmi úspešná. V 2. stor. boli dane ešte vždy relatívne nízke, no v 3. stor. výrazne stúpili. Bolo treba financovať armádu, aj neustále narastajúcu byrokraciu. Za vlády cisárov Trajana a Hadriána vznikol úrad osobitných úradníkov, tzv. *curatores a frumentarii*, ktorí mali dohliadať na obchodovanie s obilím v jednotlivých mestách a informovať o všetkých podstatných skutočnostiach cisára.

Cisár Claudius sa rozhodol priznávať určité ekonomické privilégia osobám, ktoré zabezpečovali svojimi loďami prepravu obilia počas celého roka do Ríma – obzvlášť v zimných mesiacoch a štát navyše niesol nebezpečenstvo za *vis maior* pri preprave tovaru (napr. možnosť búrok). Na základe týchto výhod nadobúdali Latinovia rímske občianstvo a ich ženy známe výhody spočívajúce na práve tzv. štyroch detí. Postupom času však „klasické“ prídely potravín predsa len vymizli a nahradili ich prídely na základe tzv. *tessera frumentaria* – určitých poukazov na odber presne stanoveného množstva obilia. Tento poukaz bol oprávnený vlastniť resp. disponovať ním (odkázať závetom a pod.) každý rímsky občan – okrem senátorov.

Absolútny prelom nastal však za vlády Diokleciána. Cisár tak rozšíril štátnu správu vrátane tajnej polície, že možno až polovica ľudí v impériu bola na výplatnej listine štátu. V podstate každý každého sledoval a dane viac ľudí prerozdeľovalo, než platilo. Všetko negatívne tak zavŕšil Diokleciánov edikt o cenách z r. 301, v ktorom sa okrem iného uvádzalo: „...nekontrolovaná hospodárska činnosť je náboženstvom nevercov...“ Tento edikt zavádzal precizovanú, detailnú reguláciu cien a miezd, ktorá bola sankcionovaná až trestom smrti. Rôzne väčšie alebo menšie zásahy štátu do regulácie a stanovenia cien tovarov sprevádzali Rím už od čias založenia republiky. Nikdy však nedosiahli zamýšľané účinky a často ich občania odignorovali. No

²⁹ Niektorí autori uvádzajú, že po zničení časti Ríma veľkým požiarom za Neróna cisár prídely úplne zrušil. Iní sú opačného názoru: SMITH, W.: Dictionary of Greek and Roman Antiquities, s. 548 n.

čím bol štát silnejší a regulácie detailnejšie, tým viac podkopávali slobodný ekonomický život. Ekonomiku impéria rozvrátilo spoločné pôsobenie cenových regulácií a opätovné znehodnocovanie peňazí, ktorých sa dopúšťali cisári. Aby si zabezpečili dodatočné príjmy, zbavovali mince množstva vzácnych kovov. Tým nepochybne spôsobovali veľkú mieru inflácie. Denár, kedysi čisto strieborná minca, ktorá bola k zlatej minci v pomere 25:1 bola postupne devalvovaná prímiešaním medi na úroveň 833:1. Diokleciánov edikt o cenách spôsobil zvyšovanie cien a stagnáciu miezd, keďže zlatá minca už mala hodnotu blížiacu sa až k hranici 2 000 denárov.

Z nekontrolovanej inflácie boli obviňovaní obchodníci a špekulanti, ktorým sa zakázalo sťahovanie a zarátavanie prepravných nákladov do konečných cien tovarov. Remeselníci boli nútení zaraďovať sa do už existujúcich cechov, členstvo v ktorých sa postupne stávalo dedičným. Z rímskych občanov sa postupne stávali nevoľníci. Hospodársky systém feudalizmu, ktorý mal pretrvať viac ako tisíc rokov, bol v podstate vytvorený ekonomickými nariadeniami posledných rímskych cisárov. Ešte v 2. stor. oblasť Stredomoria profitovala z rozsiahleho medzinárodného obchodu, deľby práce a vzájomnej ekonomickej previazanosti na celom obrovskom území pod kontrolou Ríma. Situácia sa zmenila, keď sa účinky inflačnej politiky znižovania obsahu vzácnych kovov v minciach stretli s reguláciou cien. Keďže mince s prímiesou medi boli menej hodnotné, logicky ich bolo treba viac na zaplatenie bežných tovarov. Obchodníci však nemali povolené zvyšovať ceny tovarov. To viedlo k vzniku rozsiahleho čierneho trhu, ktorý bol štátom nemilosrdne potláčaný. A začal bludný kruh – aby teda roľníci vôbec prežili, prestali úplne dodávať potraviny do miest. Obyvatelia ich začali opúšťať v snahe sami si dopestovať niečo na vidieku. Veľkí výrobcovia potravín si na svojich veľkostatkoch začali dorábať aj remeselné predmety, ktoré predtým kupovali v mestách. Provincie upadli do hospodárskej autarkie. Impérium pre ne stratilo ekonomický zmysel a štátoochranárske opatrenia vlády ju odcudzili vlastným obyvateľom. Mnohí Rimania utekali na germánske územia, pretože tam mohli ekonomicky slobodnejšie pôsobiť. Nebolo ničím prekvapujúcim, že takto vnútorne oslabenú ríšu rozvrátili barbárske kmene, ktoré v predchádzajúcich storočiach rímska mašinéria v podstate bez veľkých ťažkostí porážala.³⁰

Rímska civilizácia mala na svojom vrchole určité znaky liberálneho politicko-ekonomického systému, ktoré jej umožnili vybudovať dovtedy neporovnateľne fungujúcu spoločnosť. Išlo najmä o komplexnú právnu úpravu vlastníckych a záväzkových vzťahov vykonanú rímskym súkromným právom, kvantitatívne neobmedzený obchod, zahŕňajúci celé Stredomorie, bezpečné

³⁰ HASKELL, H. J.: *New Deal in Old Rome*. New York (1939), s. 104 n.

a relatívne rýchle cesty (či už po mori alebo hustej cestnej sieti), deľbu práce a vitálny obchod, vládu zákona, nízke daňové zaťaženie a do veľkej miery kultúrnu toleranciu. Avšak ich usporiadanie malo aj inštitucionálne limity v podobe otroctva, nerozvinutého bankovníctva, či relatívnej právnej nedôvere voči právnickým osobám – najmä korporáciám „s ručením obmedzeným“ a obchodným kapitálom, oddeleným od súkromného majetku. Na zničení rímskej civilizácie sa v jej posledných storočiach výrazne spolupodieľali aj regulácia cien, úrokov a miezd, inflačná politika cisárov, vysoké dane, skorumpované štátne úradníctvo a politika vtedajšieho sociálneho štátu. Edward Gibbon v tejto súvislosti trochu pesimisticky skonštatoval: „...úpadok Ríma bol prirodzeným a nevyhnutným dôsledkom jeho nesmiernej veľkosti. Prosperita dozrela k začiatku jeho úpadku; a hneď ako čas alebo náhoda odstránila jeho umelú podporu, ohromná štruktúra sa zrútila pod vlastnou ťarchou. Príbeh jeho ruín je jednoduchý a zjavný; a namiesto skúmania, prečo sa Rímska ríša zrútila, mali by sme byť radšej prekvapení, že zotrvala tak dlho“.³¹

Summary

Ancient Rome was an agrarian and slave based economy whose main concern was feeding the vast number of citizens and legionaries who populated the Mediterranean region. Agriculture and trade dominated Roman economic fortunes, only supplemented by small scale industrial production. Farmers could donate surplus crops to the government in lieu of a monetary tax. This system allowed both Republican and Imperial rulers to gain popularity with the masses through free grain distribution and also help to feed the legions at no direct monetary cost. If the grain was offered to Rome as tribute or had been commandeered directly by Roman authorities, then the movement of grain was redistribution. If the movement resulted from sales of grain by farmers, it was composed of a series of market exchanges even if the grain was purchased from tax revenues. Around the start of the third century CE, the early Roman Empire came to an end under the pressure of a number of problems: several emperors who were exceptionally autocratic and excessive and a series of revolts by the army which in turn led to Rome being ruled by a series of short-term emperors. From an economic point of view, the important characteristic of the early Roman Empire was the relatively large role played by market forces, certainly as compared to the medieval economy that would follow.

³¹ GIBBON, E.: Úpadok a zánik Rímskej ríše. Bratislava (2012), s. 412.

Non est sine iudice iudex.
**Der Tod als Richter über dem Richter
und die Nichtachtung des Ansehens der Person**

Andreas Wacke

Über die Rechenschaftspflicht des Richters für seine Urteile vor dem Jüngsten Gericht Gottes als des höchsten Richters stellte ich unlängst einige von mir kommentierte Quellen samt einschlägiger Literatur zusammen.¹ Auf seit dem 15. Jh. in Ratsstuben und Gerichtssälen dargestellten Gerechtigkeitsbildern wurden die mit richterlicher Gewalt Ausgestatteten dazu ermahnt, ihr Amt so auszuüben, dass ihre Entscheidungen letztlich vor Gottes Gericht bestehen konnten. Derartige Appelle an die richterliche Tugend begegnen in zwei Varianten. Teils wird dem Richter angedroht, er werde sich am Ende seines irdischen Lebens vor Gottes Richterstuhl verantworten müssen. Nach einer anderen Version heißt es sogar, dass schon in demselben Augenblick (*in ipso momento*), in dem der irdische Richter sein Urteil verkündet, über dessen Gerechtigkeit auch vom Gericht Gottes (vor dessen Auge kein Geschehen verborgen bleibt) ein Urteil gefällt werde. Zu der ersten Variante sei hier ein kleineres Bild samt einer Inschrift auf einer hölzernen Totentafel nachgetragen, worauf ich im Mai 2013 anlässlich der Tagung der Internationalen Gesellschaft für Rechtliche Volkskunde auf der Insel Lindau im Bodensee gestoßen bin. Auf ihm erscheint der personifizierte Tod als Knochenmann in doppelter Gestalt: als Ankläger und zugleich als Richter über den Richter. Beigefügt ist auf der unteren Bildhälfte seine Warnung in rhythmischem Versmaß.

Lindaus Stadtmuseum beherbergt einige ehemals auf dem alten Aeschacher Friedhof (außerhalb der Insel auf dem Festland) anstelle von Grabkreuzen

¹ A. WACKE, Rechtsprechen im Angesicht des Jüngsten Gerichts nach Gemälden und Inschriften in Ratsstuben und Gerichtssälen, in: L. Carlen (Hrsg.), *Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde* 24, Zürich (2007) 43-56, auch in: *Studia in honorem Pelayia Yessiou-Faltsi*, Athen-Thessaloniki (2007) 773-785. Weiterführende Hinweise im Art. Jüngstes Gericht in: *Brockhaus-Enzyklopädie* 14 (2006) 198 und bei G. KOCHER, Art. Gerechtigkeits- und Gerichtsbilder, *HRG² II* (2009) 127 ff.; insbes. W. PLEISTER/W. SCHILD (Hrsg.), *Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst* (Köln 1988) 44-171. Die Abkürzung HRG bedeutet: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (1. Auflage 5 Bände, Berlin (1964-1997); 2. Aufl. ab (2004), 17. Lieferung (2013)).

aufgestellte Totentafeln, die als Ausdruck protestantischen Bestattungskultes gelten.² Im 17. Jahrhundert stifteten vornehme und wohlhabende Bürger Lindaus für ihre Familien Gemälde als Grabdenkmäler. Sie sind sehr selten; außerhalb Lindaus wurde diese Art des Totenkultes anscheinend kaum gepflegt.³ Es sind auf Holztafeln gemalte altarbildartige Werke, deren äußere Flügeltüren normalerweise geschlossen gehalten wurden. Auf den Innenseiten haben sich dadurch die Bilder samt Beschriftungen gut erhalten, während die auf den Außenseiten stark verwittert sind. Das Zentrum des Mittelbildes ist meistens eine Golgatha-Szene mit dem gekreuzigten Jesus; darunter befinden sich in einer Art Predella Bilder aller Angehörigen des Stifters, sowohl der noch lebenden als auch der schon gestorbenen. Das theologische Programm dieser Tafeln wird beherrscht von Todesallegorien. Die Gestalt des Todes als Skelett steht im Zusammenhang mit der in der Reformationszeit hervortretenden Bußliteratur.

Diejenige Tafel, von der wir im Folgenden einen kleinen Ausschnitt betrachten wollen, wurde um 1650 von Andreas Bartsch gestiftet. Er war zweimal verheiratet; die Wappen beider Gattinnen sind auf einer Tafel abgebildet. Aus beiden Ehen gingen zahlreiche mitabgebildete Kinder hervor, von denen jedoch einige früh verstarben. Die Abmessungen der auf der unteren Hälfte der linken inneren Flügeltür abgebildeten Gerichtsszene sind 63 mal 43,5 cm; davon beanspruchen die unteren schriftlichen Zeilen etwa ein Drittel der Fläche. Bild und Text zusammen nehmen ein knappes Achtel der im geöffneten Zustand 176 mal 282 cm großen Totentafel ein.

Auf dem hier zu erläuternden Bild sitzen elf schwarz gekleidete Ratsherren auf Bänken (den Schranken)⁴ an drei Seiten eines perspektivisch dargestellten (etwas unproportional erhöhten) Saales. Durch drei hohe Bogenfenster geht der Blick auf den leicht bewölkten Himmel: vielleicht Ausdruck eines überirdischen Bezuges, erwecken sie auch Assoziationen an die Gerichtslaube,⁵ weil Gerichtssitzungen nicht hinter verschlossenen Türen stattfinden sollten. Zwei hohe Landschaftsbilder an den Seitenwänden, die Bodendielen und die Kassettendecke betonen die Perspektive. Der in der Mitte etwas erhöht am

² Der Museumsleiterin, Frau Barbara Reil, danke ich sehr für die Übermittlung einer detaillierten Beschreibung der Totentafel aus dem Kulturstadamt der Stadt, Linggstraße 3, D-88131 Lindau. Die hier interessierende Tafel (mit der Inventarnummer ÖAKD 44) ist abgebildet mit einem knappen Kommentar unter <http://www.kultur-lindau.de/museum/sammlungen/stadtgeschichte/>. Besonderen Dank schulde ich Frau Rechtsanwältin Rose Bilfinger (Konstanz) für vielfältige hilfreiche Bemühungen um weitere Unterlagen.

³ Vielleicht noch in Augsburg. Die Lindauer Tafeln wurden um 2010 nach Kassel ausgeliehen zu der Ausstellung „Mit Fried und Freud fahr ich dahin“, <http://www.sepulkralmuseum.de/>.

⁴ A. ERLER, Art. Schranne, HRG¹ I 1488.

⁵ H. LÜCK, Art. Gerichtslaube, HRG² II 162 ff.

Tisch sitzende Versammlungsleiter hält einen über seine Schulter gelegten Stab und zugleich die linke Hand auf ein aufgeschlagenes Buch. Die Körper der übrigen Ratsherren sind seriell gemalt; nur ihre Häupter unterscheiden sich etwas durch ihre Haartracht, ihre Neigung oder ihre Blickrichtung. Ihre Schnabelschuhe und ihre Kragen (Koller) sind zeittypische Zeichen für ihre Vornehmheit. Alle legen stereotyp ihre gefalteten Hände in den Schoß. Sie studieren nicht Akten, Gesetz oder Kommentar, sondern sind (wie Geschworene) nur Zuhörer und Beobachter. Ihre Aufgabe besteht (wie sich zeigen wird) vermutlich in der Kontrolle, dass nicht parteiisch entschieden wird. Doch ist das Verfahren nicht rein mündlich, denn Tintenfass, Feder und Papierblatt stehen dem Vorsitzenden für Notizen zur Verfügung, und links hinten führt der Schreiber auf erhöhtem Pult Protokoll. Da der Maler für Pult und Podest des Schreibers Platz benötigte, blieb vom links außen sitzenden Ratsherrn nur noch sein linkes Bein übrig. Künstlerisch ist die Darstellung darum vielleicht nicht besonders wertvoll. Sein Aussagewert liegt jedoch in der Kombination von Bild und Schrift.

„Jedem Richter in der Welt, Ist sein Richter auch bestellt“, lautet die Überschrift in gereimtem vierfüßigem Versmaß. Gemeint ist der außerhalb der sichtbaren Welt schwebende, der überirdische Richter. *Non est sine iudice iudex*, lautet dazu passend die in den Bogen des mittleren Fensters gemalte lateinische Kurzform.

Wichtig ist nun, obwohl nur schemenhaft angedeutet, der zweifach auftretende Tod als menschliches Gerippe. Im Vordergrund stehend und dem Richter zugewandt verliert er ein Schriftstück, auf dem der Betrachter mit einiger Mühe die Worte von Psalm 82 Vers 7 entziffern kann: „Ihr werdet sterben wie die Menschen.“⁶ Im Hintergrund erhaben dem Betrachter zugewandt noch einmal der Tod, wie er mit beiden Händen über dem Haupt des Richters den Stab bricht. Das Zerbrechen eines Stabes ist ein alter, zum Sprichwort gewordener Gerichtsbrauch, eine symbolischen Handlung anlässlich der Verkündung eines Todesurteils. Meist zerbrach der Richter (später zuweilen der Staatsanwalt) den Stab und warf ihn dem Verurteilten vor die Füße.⁷ Auf unserer Abbildung bricht ihn der im Zentrum stehende Tod mit einer entschlossenen Geste; aber er hält ihn (nur angebrochen) noch in den Händen. Die Erscheinung des Knochengerippes

⁶ Nach diesem Psalm 82 muss sich ein ungerechter Richter vor Gottes Richterstuhl verantworten. Darin heißt es insbesondere (Verse 3-4): „Schaffet Recht dem Armen und dem Waisen und helfet dem Elenden und Dürftigen zum Recht. Errettet den Geringen und Armen und erlöset ihn aus der Gewalt der Gottlosen“.

⁷ E. KAUFMANN, Art. Stabbrechen, HRG¹ I 1844 ff.; G. KOCHER, Zeichen und Symbole des Rechts, München (1992) nach Register S. 197.

im Gerichtssaal hat etwas Visionäres, Gespenstisches, Bedrückendes. Es erzeugt das Gefühl im Richter, ihm sitze der Tod im Nacken. Beschwichtigend lässt sich jedoch einwenden: So weit ist es noch nicht. Einstweilen ist noch etwas Zeit. Die Beschlussfassenden sollen sich allerdings ihres bevorstehenden Endes bewusst werden. Der Tod ist auch der Verkünder des in der unteren Bildhälfte in schöner Frakturschrift gemalten Gedichts in der Ich-Form:

Ob ihr gleich gebt gesätz, und Richter seyt auff Erden,
So müsst ihr alle doch, von mir Gerichtet werden,
Sterben heisst mein gesätz, mein G'fängnus ist das grab,
nichts hülfft, ihr müsset fort, wann ich brich meinen stab.
Daß Urtheil ist gefällt, daß Ihr auch müsset sterben,
wie ander Menschen kind, da ihr nun wolt Ererben,
vom Richter Allgemein, die schöne HimmelsCron,
so machts wie Ich, und secht im G'richt an kein Person.

In diesem Gedicht sind zwei Zeilen jeweils durch Komma getrennt auf eine Linie gesetzt. Majuskeln und Minuskeln sind willkürlich verwendet. Verteilt man je eine Zeile anstelle des zuweilen sinnstörenden Kommas auf zwei Zeilen, so liest sich das Gedicht in heutiger Orthographie wie folgt:

Ob Ihr gleich gebt Gesetz
und Richter seid auf Erden,
so müsst Ihr alle doch
von mir gerichtet werden.
Sterben heißt mein Gesetz,
mein G'fängnis ist das Grab.
Nichts hilft, ihr müsset fort,
wenn ich brech' meinen Stab.
Das Urteil ist gefällt,
dass ihr auch müsset sterben,
wie and'rer Menschen Kind.
Da ihr nun wollt ererben,
vom Richter Allgemein
die schöne Himmelskron',
so macht's wie ich, und seht
im G'richt an kein' Person.

Das Gedicht klingt versöhnlich aus als gereimtes Gebet im gleichen doppelt dreifüßigen Versmaß:

Gib das ich from hie Leb, Und schlafe selig ein,
Herr Jesu Christ und dort, mög ewig bey dir seyn.

Auch dies lautet als Vierzeiler in heutige Orthographie transkribiert, unter Korrektur des am Schluss stehenden Subjektwechsels:

Gib daß ich fromm hier leb'
und schlafe selig ein,
Herr Jesu Christ und dort,
mög' ewig bei mir sein.

Dargestellt ist also eine Ratssitzung, in der sowohl Gesetze (Satzungen) als auch Urteile zu beschließen sind. Die Teilung zwischen gesetzgebender Gewalt und richterlicher Urteilsfindung ist noch nicht vollzogen. Auch Gesetze sollen mithin ohne Ansehen einer Person erlassen werden. Diese Ermahnung richtet sich gegen Einzelfallgesetze; zu verwirklichen ist vielmehr das Gleichheitspostulat (die Isonomie, *aequalitas*).⁸ An die Richter gerichtet, wendet sich der Aufruf vor allem gegen „Klassenjustiz“.⁹ Adressaten sind alle zur Beschlussfassung Berufenen oder Versammelten, sowohl Gesetzgeber als auch Richter: „Ihr alle“ werdet von mir gerichtet, sagt der Tod. Gewöhnliche Attribute des personifizierten Todes sind ansonsten vor allem die Sanduhr (das Stundenglas) und/oder die Sense (ursprünglich die Sichel).¹⁰ „Die Sense erfasst unerbittlich alles, ohne Ansehen der Person.“¹¹ Sämtliche Halme mäht sie ab. Passend zu einer Totentafel enthalten Bild und Schrift mithin ein aufrüttelndes *Memento mori*.¹²

Im Angesicht des Todes sind alle Menschen gleich. Nackt müssen sie vor Gottes Richterstuhl treten. „Das Urteil ist gefällt“: so beginnt der zweite Teil unseres Gedichts (*certus an*). Unbestimmt ist einstweilen nur der Zeitpunkt seiner Vollstreckung (*incertus quando*).

⁸ B. FRENZ, Art. Gleichheit, HRG² II 402 ff.

⁹ R. SCHRÖDER, Art. Klassenjustiz, HRG² II 1870 ff. Der marxistische Begriff sei hier in anachronistischer Weise verwendet.

¹⁰ Zu Darstellungen des Todes in der Geschichte der Bildenden Kunst K. BERGDOLT, in: H. Wittwer/D. Schäfer/A. Frewer, *Sterben und Tod. Ein interdisziplinäres Handbuch* Stuttgart-Weimar (2010) 215-219 m. Lit.

¹¹ H. ROSENFELD, Art. Tod, in: M. Lurker (Hrsg.), *Wörterbuch der Symbolik*⁵, Stuttgart (1991) 756 f.

¹² *Memento mori*: vermutlich im mittelalterlichen Mönchslatein verballhornt aus *Memento moriendum esse*. Wurde in der Antike beim Triumph eines siegreichen Feldherrn während der Krönung mit dem Lorbeerkranz ihm von einem Priester ins Ohr geflüstert als Warnung vor der Hybris, sich für göttlich (und damit für unsterblich) zu halten. Ausführlich beschrieben mit reichen Nachw. in: http://de.wikipedia.org/wiki/Memento_mori (aufgerufen 1. Juni 2013). Zur seelischen Vorbereitung auf den Tod (*ars moriendi*) in Philosophie und Christentum das von mehreren Autoren verfasste Kap. 2 in Wittwer u. a. (o. Fn. 10) 150-174.

Darum wird auch der irdische Richter am Schluss dazu aufgerufen, es dem Tode gleichzutun und die Menschen ohne Ansehen der Person abzuurteilen. Urteilsfällung ungeachtet des Ansehens der Person ist der Inbegriff richterlicher Tugend sowohl nach dem Alten als auch nach dem Neuen Testament; sie zeichnet den göttlichen ebenso wie den gerechten irdischen Richter gleichermaßen aus.

5. Mose 10,16-17: ...richtet recht zwischen jedermann und seinem Bruder und dem Fremdlinge... Nicht die Person sollt ihr im Gericht ansehen, sondern sollt den Kleinen hören wie den Großen, und vor niemandes Person euch scheuen; denn das Gerichtsamt ist Gottes...

5. Mose 16,19: Du sollst das Recht nicht beugen und sollst auch keine Person ansehen noch Geschenke nehmen; denn die Geschenke machen die Weisen blind und verkehren die Sachen der Gerechten.

2. Chronik 19,7: denn bei dem Herrn, unserem Gott, ist kein Unrecht noch Ansehen der Person noch Annehmen des Geschenks.

Sprüche Salomos 24,23: ... Die Person ansehen im Gericht ist nicht gut.

Apostelgeschichte 10,34: Petrus tat seinen Mund auf und sprach: Nun erfahre ich mit der Wahrheit, dass Gott die Person nicht ansieht...

Römer 2,10-11: Preis, Ehre und Friede all denen, die Gutes tun, vornehmlich den Juden und auch den Griechen, denn es ist kein Ansehen der Person vor Gott.

Kolosser 3,25: Wer unrecht tut, der wird empfangen, was er unrecht getan hat; und gilt kein Ansehen der Person vor Gott.

Eindringlich warnt der Brief des Jakobus 2,1-9 davor, zwischen arm und reich in der Gemeinde Unterschiede zu machen:¹³

1 Meine Brüder, haltet den Glauben an unseren Herrn Jesus Christus, den Herrn der Herrlichkeit, frei von jedem Ansehen der Person.

2 Wenn in eure Versammlung ein Mann mit goldenen Ringen und prächtiger Kleidung kommt, und zugleich kommt ein Armer in schmutziger Kleidung,

3 und ihr blickt auf den Mann in der prächtigen Kleidung und sagt: Setz dich hier auf den guten Platz!, und zu dem Armen sagt ihr: Du kannst dort stehen!, oder: Setz dich zu meinen Füßen! –

¹³ Hier nach der Einheitsübersetzung. Zu dem beliebten Predigttext finden sich etliche Kommentare im Internet. Außerdem R. A. WARD, in: D. Guthrie/J. A. Motyer, Kommentar zur Bibel (6. Aufl. der deutschen Übersetzung aus dem Englischen, Wuppertal (2006)) NT 519 ff. Der Jakobusbrief gehört zu den ältesten Teilen des Neuen Testaments: Rienecker u. a. (u. Fn. 18) 775 ff.

4 macht ihr dann nicht untereinander Unterschiede und fällt Urteile aufgrund verwerflicher Überlegungen?

5 Hört, meine geliebten Brüder: Hat Gott nicht die Armen in der Welt auserwählt, um sie durch den Glauben reich und zu Erben des Königreichs zu machen, das er denen verheißen hat, die ihn lieben?

6 Ihr aber verachtet den Armen. Sind es nicht die Reichen, die euch unterdrücken und euch vor die Gerichte schleppen?

7 Sind nicht sie es, die den hohen Namen lästern, der über euch ausgerufen worden ist?

8 Wenn ihr dagegen nach dem Wort der Schrift: *Du sollst deinen Nächsten lieben wie dich selbst!* das königliche Gesetz erfüllt, dann handelt ihr recht.

9 Wenn ihr aber nach dem Ansehen der Person urteilt, begeht ihr eine Sünde, und aus dem Gesetz selbst wird offenbar, dass ihr es übertreten habt.

Ein gerechter Richter darf also nicht unterscheiden zwischen seinem Bruder und einem Fremden, zwischen Kleinen und Großen (5. Mose 10,16-17), zwischen Juden und Griechen (Römer 2,10-11), zwischen arm und reich (Jak. 2,1-9). Geschenke darf er nicht annehmen (2. Chronik 19,7), denn Geschenke anzubieten fällt einem Reichen um ein Vielfaches leichter als einem Armen, und wegen der Dankspflicht eines Beschenkten¹⁴ erwartet der Schenker ein ihm günstiges – aber oft objektiv ungerechtes – Urteil.¹⁵ Dass Gott die Person nicht ansieht, erfuhr Petrus als Neuigkeit mit der Wahrheit (Apg. 10,34),¹⁶ denn die Juden erwarteten, wegen ihrer strengen Befolgung der Gesetze hätten sie von Gott eine Bevorzugung verdient.¹⁷ Einem Rechtsbrecher droht jedoch die Widervergeltung, er sei klein oder groß (Kol. 3,25). Auch Große dürfen sich Rechtsbrüche nicht herausnehmen. Tritt eine große Person vor Gericht auf, darf sich der Richter nicht vor ihr scheuen, denn das Richteramt ist Gotteswerk (5. Mose 10,17); darum möge der irdische Richter gleichen Mut beweisen. Einem Mächtigen nicht gefällig zu sein, erfordert einen couragierten Richter; ein ängstlicher Richter ohne Selbstbewusstsein würde sich liebedienerisch vor ihm ducken. In Strafprozessen gegen hochstehende Politiker ist die Ermahnung von ungeahnter Aktualität.

¹⁴ Ausgedrückt in zahlreichen Sprichworten, siehe A. WACKE, Europäische Spruchweisheiten über das Schenken, in: R. Zimmermann u. a. (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg (1999) 325-369, 334 ff. „Mit der Annahme eines Geschenks verkauft man seine Freiheit“: *Chi dono prede, libertà vende*.

¹⁵ „Geschenke bestechen, das glaub’ mir, Menschen und Götter“: so schon Ovid, *Ars amandi* 3,653. „Schenken heißt angeln“: A. WACKE (wie vor) 333 ff.

¹⁶ F. F. BRUCE in Guthrie/Motyer, Kommentar (Fn. 13) NT 227 r.

¹⁷ Vgl. DAVIDSON/MARTIN in Guthrie/Motyer, Kommentar (Fn. 13) NT 265 r.

Unter ‚Person‘ versteht die Bibel den Menschen vorwiegend nach seiner äußeren Erscheinung.¹⁸ Der Begriff entstammt dem antiken Theater, wo auf der Bühne jeder Darsteller eine Rolle zu spielen hat.¹⁹ Legt der Schauspieler nach dem Applaus sein Kostüm ab, ist er wieder der private Mensch. Nach dem Jakobusbrief zeigt sich der Unterschied zwischen Arm und Reich an der Kleidung. „Kleider machen Leute“, lautet ein altbekanntes Sprichwort.²⁰ Gottfried Keller wählte es zum Titel einer (auch verfilmten) Erzählung.²¹ Sich glanzvoll auszustaffieren, gehört zur Taktik von Hochstaplern. Ein pflichtbewusster Richter darf sich aber vom schönen Schein nicht blenden lassen. Denn der Mensch sieht, was vor Augen ist, aber Gott schaut das Herz an (1. Samuel 16,7). Das hier gemeinte Ansehen der Person bezieht sich jedoch nicht nur auf ihr äußerliches Aussehen. Gemeint sind ihr soziales Prestige, ihre Reputation, ihren Rang und Namen. Von der Obrigkeit verfügte Kleiderordnungen schrieben seit dem 14. Jh. für jeden Stand unterschiedliche Kleidung vor.²² Das äußere Erscheinungsbild war Ausdruck unterschiedlicher Wertvorstellungen innerhalb der sozial differenzierten Gesellschaft. Den Richter an das biblische Gebot zu erinnern, war in einer damaligen hierarchisch strukturierten Gesellschaft wichtiger als heutzutage.

Eigentlich ist der Tod aber nicht Richter, sondern Vollstrecker. Der Tod kann niemanden freisprechen.²³ Daher erkennt auch der Tod Gott als den Obersten Richter an.²⁴ Gott gleicht der Tod nur partiell, weil auch er keinen

¹⁸ Art. „Person“ in: F. Rienecker/G. Maier, Lexikon zur Bibel, 8. Aufl., Witten (2010) Sp. 1216.

¹⁹ Vermutlich von *per-sonare* ‚hindurchtönen‘, weil die Theatermasken trichterförmige Verstärkungen für die Stimmen der Schauspieler hatten.

²⁰ Zuweilen auf satirische Weise abgewandelt in dem Sinne, dass man auch eine Säule oder einen Besen ähnlich herausputzen könnte; reiche Nachweise bei K. F. W. WANDER, Deutsches Sprichwörter-Lexikon II (1867, Neudr. 1987) s. v. Kleid Nr. 136 ff.

²¹ Aus Gottfried KELLERS Novellensammlung Die Leute von Seldwyla (1874). Inhaltsangabe mit Lit. in: Harenbergs Lexikon der Weltliteratur III (1995) 1625 f.

²² HRG² II Artt. Kleid, Kleidung (A. KREY) und Kleiderordnungen (K. D. SIEVERTS), Sp. 1872 ff. und 1877 ff.

²³ Der Tod kann nur sagen: Jetzt bist Du dran! Aber er urteilt nicht (wie Gott) nach Verdienst oder individueller Schuld. Die Heimsuchung aller durch ihn erfolgt für den einen früher, für den anderen später. Ob ein Leben verdienstvoll war, zeigt sich nur im Nachruhm. Aber selbst im Tode sind doch nicht alle Menschen gleich. Wohlhabende beanspruchten ein standesgemäßes Begräbnis, im Unterschied zum anonymen Armengrab, siehe A. WACKE, Artt. Begräbnis und Grab, HRG² II 498 ff. und 504 ff.; H. SCHEMPF, Art. Friedhof, HRG² II 1824 ff.

²⁴ Mit Friedrich DÜRRENMATTS Kriminalroman Der Richter und sein Henker, mit dem er 1952 schlagartig berühmt wurde, besteht nur dem Titel nach eine gedankliche Verbindung.

Unterschied macht je nach dem Ansehen einer Person. Gott ist gemeint mit dem „Richter Allgemein“, der die „schöne Himmelskrone“ nach den letzten Zeilen unseres Gedichts demjenigen Richter verleiht, der pflichtbewusst keine Unterschiede macht nach dem Ansehen der Person. *Iudex generalis* heißt der „Richter Allgemein“ in einer anderen Quelle, nämlich in der ersten Zeile einer ehemaligen Rathausinschrift zu Kindelbrück (nördlich von Erfurt, am Kyffhäuser); sie lautet: *Judicabit iudices iudex generalis...*²⁵ Und mit der Himmelkrone ist die „Krone der Gerechtigkeit“ gemeint, die *corona iustitiae*, welche Gott am jüngsten Tag allen als Belohnung für gerechtes Handeln verleiht.²⁶ Darum trägt die personifizierte Justitia auf ihrem Haupt eine Krone, und oft sind ihr die Augen verbunden zum Zeichen, dass das Ansehen der Person für gerechtes Urteilen nicht bestimmend sein darf. „Ohne Ansehen der Person“ heißt danach soviel wie unparteiisch urteilen. Denn ein Richter muss zwei gleiche Ohren haben. Unter den Parteien muss Waffengleichheit herrschen.

Das im Alten wie im Neuen Testament enthaltenen Rechtsprinzip rezipierte das kanonische Recht als *Regula iuris* im Liber Sextus 5,13,12 (von Bonifaz VIII.): *In iudiciis non est acceptio personarum habenda*. Die Formulierung ist nachgebildet dem Römerbrief 2,11 (der kürzesten Fassung aller einschlägiger Stellen) auf lateinisch: *non enim est acceptio personarum apud Deum*.²⁷ In einem alten Kommentar zu dieser *regula* heißt es unter anderem, der *iudex* dürfe nicht *propter aliquam qualitatem, meritum aut dignitatem* urteilen. Er muss mit gleichem Maße messen.

Aus den römischen Quellen ist auffallender Weise kein entsprechender sprichwörtlicher Grundsatz überliefert.²⁸ Dies ist vielleicht kein Zufall, denn bei der Strafzumessung wurden die Angehörigen der oberen Stände (*honestiores*) durchweg milder bestraft als die Mitglieder der Unterschichten (*humiliores*).²⁹ Gegen den schädlichen Einfluss der Mächtigen auf gerichtliche

²⁵ A. WACKE (wie Fn. 1) 48 ff.

²⁶ Paulus, 2. Brief an Timotheus 4,8.

²⁷ Statt *acceptio* (Annahme, Empfang, willkommen heißen, freundlich begrüßen) wäre *conspicatio* passender. Spätlat. *conspicius* ins Auge fallend, hervorstechend, ansehnlich; entspr. ital. *conspicuo* ansehnlich, stattlich; engl. *conspicuous*.

²⁸ Einem parteiischen Richter drohte vermutlich die Verurteilung wegen *lis sua facta* (ein schwer definierbarer Tatbestand), siehe M. KASER/K. HACKL (u. Fn. 31) nach Sachregister.

²⁹ Zu dieser Dichotomie bei der Strafzumessung (für die es kaum eine Rechtfertigung gibt) TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (1899) 245, 1035 ff.; neuerdings etwa R. RILINGER, *Humiliores – Honestiores: Zu einer sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit* (München 1988), allerdings würdigt Rilinger die Quellen allzu kritisch. Vielleicht hatten die *honestiores* dieses Privileg im Zuge der Ständekämpfe nur für sich erstritten.

Verfahren brachte immerhin schon das spätantike Kaiserrecht eine größere Zahl von Maßnahmen.³⁰ Das noch heute nicht ganz überwundene Problem ungleicher Machtlage besteht darin, dass manche Rechtsverletzungen gar nicht vor die Ohren des Richters gelangen, weil der schwächere Teil sich nicht getraut, einen einflussreichen Gegner vor Gericht zu laden. Die Verwirklichung des gleichen Zugangs zum Recht ist nicht nur eine Frage der Prozesskosten. Schon im Vorfeld muss jeder Eindruck vermieden werden, dass der Beginn eines Rechtsstreits mit einem Mächtigen zwecklos wäre. Und auch nach Prozessbeendigung müsste gewährleistet sein, dass ein kleiner Mann, wenn er denn obsiegt, nicht den Schikanen und Repressalien des unterlegenden Großen ausgesetzt wird.

Dass bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit einer Parteibeauptung oder Zeugenaussage die persönliche Reputation berücksichtigt werden darf,³¹ ist hingegen mit der Waffengleichheit vereinbar und nicht immer ein Verstoß gegen das Gebot der Unparteilichkeit.

Zum hier beschriebenen Appell an die richterliche Tugend bringt der sarkastisch formulierende Volksmund aber schließlich seit alters leider auch zahlreiche, auf ungueter Lebenserfahrung beruhende Gegenbeispiele, etwa: „Die kleinen Diebe henkt man, die großen lässt man laufen.“ *Quod licet Iovi, non licet bovi.*³² *Si duo faciunt idem, non est idem.* „Mit großen Herren rechten ist wie mit zehn Mannen fechten.“³³

Unsere Darstellung in Bild und Schrift enthält nach alledem mehr an tiefsinniger Symbolik als ein flüchtiger Betrachter auf den ersten Blick ahnt. Altes und Neues Testament sowie das kanonische Recht erwiesen sich als Quelle und Wegbereiter des Präzeptums von der Nichtachtung des Ansehens der Person vor Gericht – eine später auch an den Gesetzgeber gestellte Anforderung.

³⁰ Einige dieser Abhilfen finden sich bereits in den Digesten; ausführlich A. WACKE, Die potentiores in den Rechtsquellen: Einfluss und Abwehr gesellschaftlicher Übermacht in der Rechtspflege der Römer, in: H. Temporini (Hrsg.), Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt II 13 (Berlin 1980) 562-607, 589 ff.

³¹ Nachweise bei M. KASER/K. HACKL, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. (1996) S. 363 Fn. 12.

³² Vermutlich ein im Mittelalter als Reim umgeformtes Zitat von Terenz, Heauton timorumenos 797: *Aliis si licet, tibi non licet.*

³³ Dazu die Nachweise bei A. WACKE, Die potentiores (wie Fn. 30) 607 mit Fn. 218.



Ob ihr gleich, gebt gelärs, vnd Richter seyt auff Erden,
 So müß it ihr alle doch, von mir Berichtet werden,
 Sterben heit it mein gelärs, mein gfangnis ist das grab,
 nichts hülfft, ihr müßtet fort, wann ich brich meinen stab,
 Das Urtheil ist gefällt, das Ihr auch müßtet sterben,
 wie ander Menschen kind, da ihr mir wolt Erben,
 vom Richter Allgemein, die schöne Himmels Kron,
 So machts wieder, vnd secht, im Bricht an kein Person,

Wib das ich trouw wie Leb, Vnd schlaffe selig ein,
 Herz Best. Thritt vnd dort, mög ewig bei dir seyn.

Gustav Hanausek (1855 – 1927) und seine Schüler. Das Hanausek-Seminar

Gunter Wesener

I. Leben und Werk - II. Hanausek als Lehrer und Förderer des wissenschaftlichen Nachwuchses. Das „Hanausek-Seminar“. - III. Hanauseks Schüler - IV. Hanauseks Bemühungen um die Juristenausbildung, um die „juristische Bildung“

I. Leben und Werk

Gustav Hanausek¹ wurde am 4. September 1855 als Sohn eines deutschen Richters in Nagy-Rőcze (Groß-Rauschenbach) in Ungarn (heute Revúca, Slowakei) geboren. Sein Vater Richard Hanausek wurde im Jahre 1860 Kreisgerichtsrat in Jičín (Böhmen), später in Znaim (Mähren), wo er 1867 verstarb. In Jičín besuchte Gustav Hanausek die vier Volksschulklassen und die beiden ersten Gymnasialklassen an Schulen mit tschechischer Unterrichtssprache. Nach dem Tode der Eltern lebte er bei einer Schwester

¹ Vgl. G. HANAUSEK, Erlebtes und Gedachtes. Rede gehalten bei der Feier seines 70. Geburtstages am 10. Okt. 1925 in der Aula der Universität Graz. Mit Zusätzen und Anmerkungen (Graz 1926); L. WENGER, Ansprache bei der 70. Geburtstagsfeier des Herrn Hofrates Prof. Dr. Gustav Hanausek (Graz o. J., 1925); O. LIEBMANN, DJZ vom 15. 9. 1925, Sp. 1425; L. WENGER, Nachruf, ZRG Rom. Abt. 48 (1928) 803 f.; DERS., FS Koschaker III (1939) 3; DERS., Selbstbiographie, in: Österr. Geschichtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen, hrsg. von N. Grass, I (= Schlernschriften 68, Innsbruck 1950) 133 ff., 135; P. KOSCHAKER, Selbstbiographie, in: ebd., II (= Schlernschriften 69, Innsbruck 1951) 108 f.; M. RINTELEN, Selbstbiographie, in: ebd., II, 149; A. STEINWENTER, Selbstbiographie, in: Österr. Rechts- u. Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen, hrsg. von N. Grass (= Schlernschriften 97, Innsbruck 1952) 187; M. KASER, Grazer Lehrer des römischen Rechts seit der Jahrhundertwende, in: 400 Jahre Akademisches Gymnasium in Graz 1573-1973. Festschrift (Graz 1973) 115ff., 119; K. EBERT, Die Pflege der Rechtsgeschichte an der Universität Graz im Zeichen der Historischen Schule, ZRG Germ. Abt. 87 (1979) 239 ff., 271 f.; G. WESENER, Römisches Recht und Naturrecht (= Geschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz, Teil 1, Graz 1978) 98-101 (mit w. Lit. und Belegen); G. OBERKOFER, Die Vertreter des Römischen Rechts mit deutscher Unterrichtssprache an der Karls-Universität in Prag (Frankfurt am Main 1991) 43 f.; ÖBL II (1959) 173 f.; K. ACHAM, Vorbemerkung. Jurisprudenz und Rechtswissenschaften in Graz – ein summarischer Überblick, in: K. Acham (Hrsg.), Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften aus Graz (Wien – Köln – Weimar 2011) 207.

seines Vaters in Wien, wo er von der vierten Gymnasialklasse an das Schottengymnasium in Wien besuchte und wo er 1872 die Matura (Reifeprüfung) ablegte.

Die beiden ersten Semester seines Rechtsstudiums verbrachte er an der Universität Heidelberg, wo er römisches Recht bei Otto Karlowa (1836-1904)² hörte, deutsches Recht bei Siegfried Brie (1838-1931)³ und Rechtsphilosophie bei Karl David August Röder (1806-1879)⁴. Dekan war Bernhard Windscheid⁵. Vom dritten Semester an studierte Hanausek an der Universität Wien. Seine Lehrer im engeren Sinne waren Adolf Exner⁶, Franz Hofmann⁷ und Leopold Pfaff⁸, ferner Heinrich Siegel⁹, Lorenz von Stein¹⁰, Friedrich Bernhard Maassen¹¹, Wilhelm Emil Wahlberg¹², C. S. Grünhut¹³ und J. A. Tomaschek¹⁴. Am 2. Juli 1877 wurde Gustav Hanausek an der Wiener Universität zum Doktor der Rechte promoviert.

Mit einem vom österreichischen Unterrichtsministerium verliehenen Reisestipendium von 800 Gulden studierte er im Studienjahr 1877/78 in Berlin und in Göttingen. In Berlin waren Heinrich Dernburg¹⁵ und Karl Georg Bruns¹⁶

² Vgl. K.-P. SCHROEDER, „Eine Universität für Juristen und von Juristen“. Die Heidelberger Juristische Fakultät im 19. und 20. Jahrhundert (Tübingen 2010) 243 ff.

³ K.-P. SCHROEDER, Universität, 329 ff.

⁴ Vgl. P. LANDAU, NDB 21 (2003) 709; G. KLEINHEYER/J. SCHRÖDER (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 5. Aufl. (Heidelberg 2008) 529; K.-P. SCHRÖDER, Universität, 101 ff.

⁵ K.-P. SCHROEDER, Universität, 239 ff.

⁶ H. HOYER, Adolf Exner 1841-1894, in: W. Brauneder (Hrsg.), Juristen in Österreich 1200-1980 (Wien 1987) 205 ff., 317 f.; OBERKOFER, Die Vertreter des Römischen Rechts (Fn. 1) 29 f.

⁷ P. BLAHO, Einleitendes Wort zum Symposium 100. Todestag von Franz Hofmann (1997), OIR 4 (1998) 149 f.; D. F. PUGSLEY, Franz Hofmann (1845-97), ebd., 70 ff.; Referate von TH. MAYER-MALY, M. PENNITZ, D. F. PUGSLEY u. a., ebd.

⁸ G. OBERKOFER, Leopold Pfaff (1837-1914), in: Brauneder, Juristen in Österreich, 199 ff., 342; G. WESENER, Leopold Pfaff (1837 bis 1914) – Zivilrechtler, Pandektist, Rechtshistoriker, in: FS für H. Koziol zum 70. Geburtstag (Wien 2010) 1511 ff.

⁹ G. WESENER, ÖBL XII (2005) 236.

¹⁰ E. V. HEYEN, Lorenz von Stein (1815-1890), in: Brauneder, Juristen in Österreich, 160 ff., 357 f.

¹¹ G. WESENER, Römisches Recht und Naturrecht, 48 ff.

¹² W. SCHILD, W. E. Wahlberg (1824-1901), in: Brauneder, Juristen in Österreich, 171 ff., 369.

¹³ H. DEMELIUS, NDB 7 (1966) 199.

¹⁴ H. LENTZE, Die germanistischen Fächer an der juristischen Fakultät der Universität Wien, in: Studien zur Geschichte der Universität Wien II (1965) 71 ff.

¹⁵ G. WESENER, NDB 3 (1957) 608 f.; KLEINHEYER/SCHRÖDER, Juristen, 493.

¹⁶ E. LANDSBERG, ADB 47 (1903) 306 ff.; H. DEGENKOLB, Archiv f. d. zivilist. Praxis 64 (1881) 476 ff.; R. BRUNS, NDB 2 (1955) 685.

sowie Levin Goldschmidt¹⁷ seine Lehrer; in Göttingen studierte er bei Rudolf von Jhering¹⁸ und Heinrich Thöl¹⁹. Vor allem Jhering hatte starken Einfluss auf Hanausek. In Berlin studierte zur selben Zeit Moriz Wlassak²⁰, später Professor für Römisches Recht in Graz, dann in Breslau, Straßburg und Wien.

Im Frühjahr 1879, knapp zwei Jahre nach der Promotion, habilitierte sich Hanausek an der Wiener juristischen Fakultät mit der Untersuchung „Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht“ (Erlangen 1879) für Römisches Recht. Erster Referent war Adolf Exner. Gleichzeitig habilitierte sich Heinrich Singer²¹ für Kirchenrecht (später Professor in Innsbruck und Prag) und Moriz Wlassak für Römisches Recht.

Nachdem Hanausek einen Ruf nach Erlangen als Nachfolger von Ch. G. Adolf von Scheurl²² abgelehnt hatte, wurde er mit a. h. Entschließung vom 5. April 1883 zum unbesoldeten außerordentlichen Professor für römisches Recht an der Universität Wien ernannt, 1885 zum besoldeten außerordentlichen Professor. Mit a. h. Entschließung vom 5. April 1892 wurde Hanausek zum ordentlichen Professor des römischen Rechts an der Deutschen Universität in Prag als Nachfolger von Karl von Czyhlarz²³ ernannt. Sein Fachkollege in Prag war Ludwig Mitteis²⁴. In seiner Prager Zeit knüpfte Hanausek Kontakte²⁵ zu dem Zivilrechtler Horaz Krasnopolski (1842-1908)²⁶, zum Verwaltungsrechtler Josef Ulbrich (1843-1910)²⁷ und zum Nationalökonom Friedrich von Wieser (1851-1926)²⁸.

¹⁷ KLEINHEYER/SCHRÖDER, Juristen, 500; K.-P. SCHROEDER, Universität, 174 ff.

¹⁸ KLEINHEYER/SCHRÖDER, Juristen, 230 ff.

¹⁹ B.-R. KERN, HRG V(1998) Sp. 179 ff., KLEINHEYER/SCHRÖDER, Juristen, 538.

²⁰ Vgl. G. WESENER, Römisches Recht und Naturrecht, 60 ff.

²¹ H. REITTERER, ÖBL XII (2005) 295 f.

²² E. SEHLING, ADB 54 (1908) 3 ff.; Chr. A. STUMPF, NDB 22 (2005) 716 f.

²³ OBERKOFER, Die Vertreter des Römischen Rechts, 31 ff.

²⁴ Vgl. Nekrolog von M. WLASSAK, Almanach der Akademie der Wissenschaften in Wien 72 (1922) 227 ff.; L. WENGER, Ludwig Mitteis und sein Werk (Wien – Leipzig 1923); E. WEISS, Erinnerung an L. Mitteis (Leipzig 1922); E. RABEL, In der Schule von Ludwig Mitteis, Journal of Juristic Papyrology 7/8 (1953/54) 157-161; R. ZIMMERMANN, In der Schule von Ludwig Mitteis: Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge, in: Rabels Zs. f. ausländ. u. internat. Privatrecht 65 (2001) 1 ff.; W. SELB, ÖBL VI (1975) 323 f.; DERS., NDB 17 (1994) 576 f. (m. w. Lit.).

²⁵ Vgl. HANAUSEK, Erlebtes und Gedachtes (Fn. 1) 14 f.

²⁶ Vgl. MAYRHOFER, ÖBL IV (1969) 212.

²⁷ Vgl. BRAUNEDER, Juristen in Österreich, 140 f., 362 f. (m. w. Lit.).

²⁸ E. SCHAMS, Friedrich Freiherr von Wieser und sein Werk, in: Zs f. d. gesamte Staatswissenschaft 81 (1926) 432 ff.; A. MENZEL, Friedrich Wieser als Soziologe (Wien 1927).

Schon im Dezember 1892 erfuhr Hanausek, dass Emil Strohal²⁹ als Nachfolger Jherings von Graz nach Göttingen gehen werde; sein sehnlicher Wunsch war es, nach Graz berufen zu werden³⁰. Im Herbst 1893 ging sein Wunsch in Erfüllung; er wurde Nachfolger des Freiherrn von Schey³¹ auf der zweiten römischrechtlichen Lehrkanzel. Josef Frh. von Schey wechselte über auf das Ordinariat für österreichisches Zivilrecht. Hanauseks Nachfolger in Prag wurde der Grazer außerordentliche Professor Emil Pfersche³².

Hanausek lehrte dreiunddreißig Jahre römisches Recht in Graz, zunächst neben August Tewes³³, dann neben seinem ehemaligen Schüler Leopold Wenger (s. u.) und schließlich neben Ivo Pfaff³⁴ und a. o. Professor Artur Steinwenter (s. u.).

Hanausek stand 1899 secundo loco auf der Wiener Liste für das Ordinariat für Römisches Recht (Nachfolge L. Mitteis); der Ruf erging an den Erstgereihten Moriz Wlassak (Straßburg).

Im Jahre 1900 wurde Hanausek Präses der Judiziellen Staatsprüfungskommission. Seit Wintersemester 1911/12 las Hanausek nach dem Tode von Raban Freiherrn von Canstein (1845-1911)³⁵ auch Handels- und Wechselrecht. Mit Ministerial-Erlass vom 11. Juni 1916 wurde Hanausek auf Antrag der Fakultät das Handels- und Wechselrecht als zweites Nominalfach zugewiesen.

Mit Ende September 1926 wurde Hofrat Hanausek nach Vollendung des 71. Lebensjahres in den dauernden Ruhestand versetzt. Für das Studienjahr 1926/27 wurde er zum Honorarprofessor für Handels- und Wechselrecht bestellt.

²⁹ H. HOFMEISTER, in: Brauneder, Juristen in Österreich, 217 ff., 358 f.; G. WESENER, Emil Strohal (1844-1914). Über die Pandektistik zum neuen bürgerlichen Recht, in: *Jurisprudentia universalis*, FS für Th. Mayer-Maly (2002) 853 ff.; DERS., Österreichisches Privatrecht an der Universität Graz (= Geschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz, Teil 4, Graz 2002) 32 ff.; DERS., ÖBL XIII (2010) 420; M. AVENARIUS, NDB 25 (2013) 570 f.

³⁰ Vgl. HANAUSEK, *Erlebtes und Gedachtes* (Fn. 1) 14 f.

³¹ WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht*, 67 ff.; DERS., Österreichisches Privatrecht an der Universität Graz (Graz 2002) 52 ff.; E. BERGER, NDB 22 (2005) 719 f.

³² WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht*, 73 ff.; DERS., Österreichisches Privatrecht an der Universität Graz, 48 ff. (m. w. Lit.); DERS., ÖBL VIII (1983) 36 f.; OBERKOFER, *Die Vertreter des Römischen Rechts*, 44 ff.

³³ L. WENGER, *Zum 101. Semester im akademischen Lehramt August Tewes, Professor an der Universität Graz, gewidmet* (Graz 1909); WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht*, 51 ff.; DERS., ÖBL XIV (im Druck).

³⁴ WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht*, 86 ff.; DERS., ÖBL XIII (2010) 420; OBERKOFER, *Die Vertreter des Römischen Rechts*, 46 ff.

³⁵ Vgl. K. ALAND, *Canstein, Freiherren von* (ursprünglich westfälisches Adelsgeschlecht), NDB 3 (1957) 126.

In den Studienjahren 1898/99 und 1921/22 war Hanausek Dekan der Grazer Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, im Studienjahr 1907/08 Rektor der Universität Graz. Im Jahre 1900 wurde Hanausek auf Empfehlung von Franz Klein (1854-1926)³⁶ zum Mitglied der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages gewählt.

Am 11. September 1927 starb Hanausek in Karlsbad (Böhmen), wo er wie alljährlich auf Kur weilte.

Hanausek war Pandektist und Dogmatiker des Privatrechts auf der breiten gemeinrechtlichen Basis. Leopold Wenger³⁷ zählt ihn zur Schule Jherings.

Neben der Habilitationsschrift „Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht“³⁸ ist vor allem das große Werk „Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht mit besonderer Berücksichtigung des Handelsrechts“³⁹ zu nennen.

Mit dem Ende der Geltung des Gemeinen Rechts in Deutschland (1900) wandte sich Hanausek dem österreichischen bürgerlichen Recht sowie dem Handels- und Wechselrecht zu, wobei seine Interessen in starkem Maße legislativpolitischen Fragen galten⁴⁰. Zu dem Entwurf betreffend Änderungen und Ergänzungen einiger Bestimmungen des ABGB nahm er in mehreren kritischen Abhandlungen Stellung und wirkte in einigen Punkten erfolgreich auf die endgültige Fassung der Teilnovellen ein⁴¹.

In zahlreichen Schriften befasste sich Hanausek mit hochschulpädagogischen Fragen und Problemen, vor allem mit inhaltlichen Reformen der juristischen Studien und Prüfungen (dazu unten IV).

Zum 70. Geburtstag am 4. September 1925 brachten Freunde und Schüler Gustav Hanausek eine Festschrift dar: „Abhandlungen zur antiken Rechtsgeschichte“ (Graz 1925; Neudruck Aalen 1975).

Gustav Hanausek war ein begeisterter akademischer Lehrer und hat sich in hohem Maße um den wissenschaftlichen Nachwuchs in verschiedenen Rechtsgebieten verdient gemacht.

³⁶ ÖBL III (1965) 378 f.

³⁷ Ansprache bei der 70. Geburtstagsfeier (wie Fn. 1) 7; ZRG Rom. Abt. 48 (1928) 803.

³⁸ Erlangen (1879); dazu E. STROHAL, Grünhuts Zs. 7 (1880) 403; G. HARTMANN, Krit. Vjschr. N. F. 3 (1880) 518 ff.

³⁹ I. Abth. Berlin (1883), II. Abth. 1. H. (1884), 2. H. (1887). Dazu F. REGELBERGER, Grünhuts Zs. 11 (1884) 429 ff.; W. ENDEMANN, Deutsche Literaturzeitung 4 (1883) 638 f.

⁴⁰ Zu seinen Schriften HANAUSEK, Erlebtes und Gedachtes, Anm. 8, 24 u. 31; vgl. ÖBL II 173 f.; WESENER, Römisches Recht und Naturrecht, 100, Anm. 19.

⁴¹ Vgl. ÖBL II 173 f.

II. Hanausek als Lehrer und Förderer des wissenschaftlichen Nachwuchses. Das „Hanausek-Seminar“.

Gustav Hanausek hat neben seinen Vorlesungen und Übungen („Lectüre ausgewählter Pandektentitel“ bzw. „Lectüre ausgewählter Titel der Institutionen Justinians“) durch viele Jahre, ja Jahrzehnte, regelmäßig im Wintersemester ein Seminar mit der Bezeichnung „Romanistische Übungen im Seminar“ abgehalten, das nur für Studierende, welche die rechtshistorische Staatsprüfung bereits abgelegt hatten, zugänglich war.

Zunächst sollen Schüler Hanauseks⁴² selbst zu Wort kommen.

LEOPOLD WENGER, Selbstbiographie (wie Fn. 1) S. 135:

Dann kam Gustav Hanausek, jung, lebendig, Wiener, bei Dernburg und Jhering zum modernen Romanisten erzogen, aber auch er Dogmatiker und fest mit dem Corpus Iuris vertraut, als einer noch in den weiten Gebieten des Gemeinen Rechts positiv geltenden Satzung. Wir hörten von Interpolationen in den Pandekten nicht viel, auch Rechtsgeschichte und Zivilprozeß standen mehr abseits; kurzum wir wurden, wie recht und billig, in Vorlesung und Übung generell zu praktischen Privatrechtsjuristen, und nicht zu gelehrten historisch gerichteten Spezialisten erzogen.

Damals schon hatte Hanausek ein romanistisches Seminar für Vorgerücktere aufgebaut, in dem Vorträge aus Rechtsgeschichte und modernem Recht gehalten und besprochen wurden. Es war eine echte Gelehrten-Pflanzschule, deren Grundlage wohl die Pandektistik, aber in der der Blick von da aus frei nach allen Seiten war. Aus diesem Seminar gingen manche Dozenten hervor, die an österreichischen und reichsdeutschen Universitäten zum Lehramt berufen, dem universellen Geist jenes Seminars treu und Historiker blieben, mochte gleich ihr Nominalfach anders lauten. So lange wir auch nach formellem Abschied von der Universität in Graz als junge Doktoren dann in der Praxis standen, versäumten wir, wenn der Besuch nur irgend möglich, nie das Seminar. Dort bekam ich zuerst das „Reichsrecht und Volksrecht“ von Ludwig Mitteis in die Hand, dort erfuhr ich zuerst von den neuen Rechtsquellen auf den ägyptischen Papyri. Dort reichte ich als Rechtspraktikant meinen ersten rechtshistorischen Versuch über die Arrha ein, der Hanausek veranlasste, mich in die Liste jener aufzunehmen, die eventuell für die akademische Laufbahn in Betracht kämen.

⁴² Zu diesen unten III.

JOSEF LUKAS, Vorrede zu: Die rechtliche Stellung des Parlamentes in der Gesetzgebung Österreichs (Graz 1901) p. VI:

Übergroßen Dank schulde ich ferner meinen hochverehrten Lehrern an der rechts- und staatswissenschaftlichen Facultät in G r a z. ... Wenn ich hierbei tiefbewegt, mit dem Gefühle wärmsten Dankes, speciell des Herrn Professor H a n a u s e k Erwähnung thue, so geschieht das im Hinblick auf die Thatsache, dass er es war, welcher mir in seinem romanistischen Seminare Lust und Liebe zu selbständiger wissenschaftlicher Arbeit erweckte, mich zu ernstem wissenschaftlichen Streben anspornte und mir so den Weg wies, den ich seither eingeschlagen

PAUL KOSCHAKER, Selbstbiographie (wie Fn. 1) S. 108 f.:

Zur entgegengesetzten Gruppe gehörten die romanistischen Übungen, die der Pandektist Hanausek hielt und in die ich schon in meinem zweiten Semester geriet. Er war alles eher als ein guter Dozent. Aber er war ein ausgezeichneter Jurist, der seine Fähigkeiten bei Behandlung des einzelnen Falles und von Einzelproblemen entfaltete. Wir lasen Institutionen. Aber das waren keine Quellenexegese(n) im landläufigen Sinn. Die Institutionenstelle bildete vielmehr nur den Ausgangspunkt zur Erörterung von Einzelfragen des Pandekten- und modernen Rechts. Hier lernte ich das erste Mal, was Jurisprudenz sei, und das sprach mich sofort an. Der Tag, an dem mich Hanausek wegen einiger guter Antworten, die ich gegeben hatte, nach meinem Namen frug, war mein Geburtstag als Professor. Ludwig Mitteis hat ihn einmal etwas boshaft als den Mann charakterisiert, der sich freue, wenn andere arbeiten. Aber die Charakterisierung ist nicht erschöpfend. Denn Hanausek hat sich nicht bloß gefreut, er hat vielmehr diejenigen, die er für begabt hielt, in selbstlosester Weise gefördert und das war für einen jungen Menschen wie mich, der weder Professorensohn war, noch sonst persönliche Beziehungen zu Universitätskreisen hatte, von größter Bedeutung. Hanausek hat keine Schule gehabt. Er hat seinen Schützlingen das juristische Denken beigebracht, im übrigen war es ihm gleichgültig, welcher Disziplin sie sich zuwandten, ob dem öffentlichen oder Privatrecht, der Rechtsgeschichte oder Dogmatik. Soweit sie zum Ziele gelangten, taten sie es als Schüler anderer Meister. Hanausek hat sie gefördert allein um ihrer Begabung willen und das ist etwas Großes und Selbstloses an diesem Manne, das festgehalten zu werden verdient.

MAX RINTELEN, Selbstbiographie (wie Fn. 1) S. 149:

Mein Vorhaben, die akademische Laufbahn einzuschlagen, wurde aber wesentlich unterstützt durch meinen Lehrer Gustav Hanausek. Dieser hielt, wie bereits Wenger im ersten Band des vorliegenden Sammelwerkes darlegt,

eine Pandektenexegese ab, in welcher ausgehend von der Lektüre des Corpus juris civilis Fragen aus den verschiedenen Zweigen der Rechtswissenschaft behandelt wurden. Auf diese Weise versuchte Hanauseks universeller Geist uns den Zusammenhang zwischen mehr als 1000 Jahr altem und neuem Recht, zwischen Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik anschaulich zu machen. Er gab den Teilnehmern an den Übungen, mochten sie noch so verschiedene juristische Interessen haben, Gelegenheit, durch Referate über einzelne Fragen und darüber erschienenes Schrifttum Neigung und Anlage zu wissenschaftlicher Arbeit zu erweisen. Und er hat jene Schüler, bei denen nach seiner Überzeugung solche Voraussetzungen gegeben waren, auch weiterhin mit der ihm eigenen Energie gefördert. So kam er in vorbildlicher Weise und in seltenem Umfang der Verpflichtung des akademischen Lehrers nach, auch für akademischen Nachwuchs zu sorgen, und tat dies für alle Gebiete der Rechts- und Staatswissenschaften.

MARIANO SAN NICOLÒ, Vorwort zu: Ägyptisches Vereinswesen zur Zeit der Ptolemäer und Römer I (München 1913)

Ferner spreche ich den innigsten Dank meinen hochverehrten Lehrern an der Grazer Universität aus, insbesondere dem Herrn Hofrat Prof. Dr. Gustav Hanausek, in dessen juristischem Seminar ich, wie viele andere, die erste Anregung zu wissenschaftlicher Tätigkeit bekam, sowie Herrn Prof. Dr. Ivo Pfaff, der mich auf romanistischem Gebiete oft durch seinen geschätzten Rat unterstützte. ... München, am Weihnachtstag 1912.

ARTUR STEINWENTER, Selbstbiographie (wie Fn. 1) S. 187:

So inskribierte ich, dem Wunsche meines Vaters folgend, an der Grazer Juristenfakultät, hörte bei H a n a u s e k , W e n g e r und als dieser 1908 von Graz nach Heidelberg ging, auch bei Ivo P f a f f römisches Recht, ohne zu ahnen, dass dieses Fach einmal meinen Lebensweg so sehr beeinflussen werde. Nach dem guten Erfolg der rechtshistorischen Staatsprüfung fühlte ich mich verpflichtet, an dem berühmten Hanausek-Seminar teilzunehmen, in dem dieser große Menschenkenner eine Auslese unter den Hörern zu selbständigen Juristen heranbildete. Gleich zu Beginn gab er mir, nachdem ich gerade zwei Wochen bürgerliches Recht bei S t e i n l e c h n e r gehört hatte, ein knifflisches Referat aus dem modernen Schadensersatzrecht, das ich nicht bewältigen konnte. Ich bat ihn daher, mir lieber eine romanistische Seminararbeit zu geben - und damit war ich, ohne es zu wollen ganz dem römischen Rechte verfallen. Denn als H a n a u s e k meine fertige Arbeit durchgesehen hatte, ließ er meinen Widerstand und meine ernstlichen Bedenken einfach nicht gelten, sondern erklärte, ich müsse nach dem Doktorate nach Leipzig

zu *Mitteis* gehen, um mich dort für die Habilitation aus römischem Recht vorzubereiten. Für das nötige Reisestipendium werde er schon sorgen.

MAX KASER, Grazer Lehrer des römischen Rechts (wie Fn. 1) S. 19:

Seiner Forschungsrichtung nach war er (Gustav Hanausek) noch Pandektist alten Stils. Er war mit Leib und Seele Jurist, ein Mann von hohem Gerechtigkeitsgefühl und einer ins Überschwengliche reichenden Begeisterungsfähigkeit. Wer sich von dem Schwung seiner Begeisterung mitreißen ließ, wie der Verfasser, der ihn in seinen ersten Studiensemestern noch hören durfte, wird die Eindrücke, die von dieser starken Persönlichkeit und zugleich von einem Weltmann, der auf weiten Reisen andere Völker und Rechtsordnungen kennengelernt hatte, nicht vergessen.

Die wohl stärkste Nachwirkung ging jedoch von Hanauseks Fähigkeit aus, schon unter seinen Studenten Kräfte zu erkennen, die für den künftigen akademischen Nachwuchs in Betracht kamen, sie tatkräftig zu fördern und auf den akademischen Weg zu bringen. Seine alljährlichen „Romanistischen Übungen im Seminar“ (nur für Studierende, welche die rechtshistorische Staatsprüfung mit gutem Erfolg abgelegt haben), in denen er die römische Rechtsdogmatik mit moderner Privatrechtsvergleichung verband, waren der Ort, an dem ihm die Entdeckung juristischer Begabungen gelang. Eine Reihe von Gelehrten verschiedener Disziplinen, die später auf Österreichs und Deutschlands juristische Lehrstühle kamen, sind aus dieser Schule hervorgegangen; ich nenne nur die Romanisten Leopold Wenger, Paul Koschaker, Mariano San Nicolò, Artur Steinwenter und Julius Lautner.

Noch einmal soll LEOPOLD WENGER, einer der frühesten Grazer Schüler Hanauseks, zu Wort kommen (Nachruf, ZRG Rom. Abt. 48 (1928) 893 f.):

Er (G. Hanausek) war Lehrer mit Leib und Seele. Die österreichische alpenländische Juristengeneration von heute und gestern ist durch seine Schule gegangen und verehrt ihn. In seinem Seminar gab er Anregung weit über das romanistische Fachgebiet hinaus. Mit rührender Fürsorge geleitete er bei so vielen die ersten Schritte auf wissenschaftlicher Bahn, mit Umsicht lenkte er seine Schüler in die Seminare erster Fachgelehrter, mit Treue begleitete er die Lebensbahn aller, die später seine Kollegen geworden sind und seine Freunde werden durften. Selten wird ein so inniges Band den *einen* Lehrer mit so vielen Schülern dauernd verbinden.

Wie aus all diesen wertvollen Erinnerungen hervorgeht, hat sich Professor Hanausek in vorbildlicher, durchaus selbstloser Weise um das Fortkommen und die akademische Laufbahn seiner Schüler gekümmert. Er schickte sie

nach der Promotion mit einem österreichischen Reisestipendium an eine deutsche Universität, wo führende Rechtshistoriker wirkten, nach Leipzig zu Ludwig Mitteis und Emil Strohal, nach Berlin zu Heinrich Brunner⁴³ und Otto von Gierke⁴⁴, später nach München zu Leopold Wenger. Die Habilitation erfolgte dann in den meisten Fällen an der Grazer Rechtsfakultät.

III. Hanauseks Schüler

Zu Hanauseks Schülern zählen die bedeutenden Romanisten und Vertreter der Rechtsgeschichte des Altertums Leopold Wenger (studierte an der Universität Graz von 1893 bis 1897; Promotion 20. 12. 1897, Habilitation Graz 1901), Paul Koschaker (Promotion sub auspiciis Imperatoris 25. 6. 1903, Habilitation Graz 1905), Mariano San Nicolò (Promotion 9. 12. 1910, Habilitation Graz 1913), Artur Steinwenter (Promotion 9. 3. 1912, Habilitation Graz 1914) und Julius G. Lautner (Promotion 11. 7. 1919, Habilitation Graz 1921), die Germanisten Karl Rauch (Promotion 10. 8. 1903, Habilitation Breslau 1907) und Max Rintelen (Promotion 28. 3. 1903, Habilitation Leipzig 1907), die Staatsrechtslehrer Josef Lukas (Promotion 18. 1. 1899, Habilitation Graz 1902) und Max Layer (Promotion 18. 6. 1889, Habilitation Graz 1902) sowie der Zivilrechtler Ernst Swoboda (Promotion 26. 1. 1912, Habilitation Graz 1919). Auch Max Kaser (studierte an der Universität Graz von 1924 bis 1928; Promotion Graz 19. 11. 1928; Habilitation Gießen 1931) hat Hanausek noch in seinen ersten Studiensemestern gehört.

In den beiden ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts erlebte die Romanistik und Rechtsgeschichte der Antike in Graz eine wahre Blütezeit. Dies hängt naturgemäß eng zusammen mit dem allgemeinen Aufschwung der juristischen Papyrologie und Altertumswissenschaft. Die führende Universität auf diesem Gebiet war damals Leipzig, wo seit 1899 Ludwig Mitteis⁴⁵ und von 1906 bis 1912 der Althistoriker und Papyrologe Ulrich Wilcken (1862 – 1944)⁴⁶ wirkten. Von L. Mitteis war 1891 das aufsehenerregende Werk „Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen

⁴³ K. S. BADER, NDB 2 (1955) 682; G. SCHUBART-FIKENTSCHER, in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte I (1971) 523 ff.; K.-P. SCHROEDER, ebd. I² (2008) 695 f.; G. WESENER, in: R. Domingo (ed.), *Juristas universales III* (Madrid – Barcelona 2004) 478 ff.

⁴⁴ K. S. BADER, NDB 6 (1964) 374 f.; KLEINHEYER/SCHRÖDER, *Juristen*, 152 ff.

⁴⁵ Siehe oben Fn. 24.

⁴⁶ Vgl. L. WENGER, Ulrich Wilcken †, ZRG Rom. Abt. 65 (1947) p. XI-XX; W. SCHUBART, Ulrich Wilcken †, in: *Gnomon* 21 (1949) 88 ff.

Kaiserreiches“ erschienen⁴⁷. Von Wilcken und Mitteis stammen „Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde“ (I/II, Leipzig 1912). In Leipzig lehrte von 1929 bis 1935 auch der Orientalist Benno Landsberger⁴⁸, mit dem Paul Koschaker in engem fachlichen Kontakt stand. Koschaker war von 1915 bis 1936 Professor für deutsches bürgerliches Recht und römisches Recht in Leipzig⁴⁹, Nachfolger seines Lehrers Emil Strohal⁵⁰.

Mit der Gründung des „Seminars für Papyrusforschung“ in München im Jahre 1909 durch Leopold Wenger, das vierzehn Jahre später den Titel „Institut für Papyrusforschung und antike Rechtsgeschichte“ erhielt⁵¹, wurde schließlich die Universität München zum Zentrum der deutschen Papyrologie, mit Mariano San Nicolò, Professor in München von 1935 bis zu seinem Tode 1955, auch das der juristischen Keilschriftforschung⁵².

Leben, Werk und Bedeutung der Hanausek-Schüler sollen in kurzen Umrissen dargestellt werden, um Hanauseks Einfluss auf ihre Entwicklung aufzuzeigen.

Zu den ältesten und zweifellos bedeutendsten Schülern Hanauseks zählt Leopold Wenger (1874 – 1953)⁵³. Am 4. September 1874 zu Ober-Vellach

⁴⁷ Nachdruck 1935 u. 1963.

⁴⁸ Vgl. W. von SODEN, NDB 13 (1982) 516 ff.

⁴⁹ WESENER, Römisches Recht und Naturrecht, 112 ff.; G. RIES, NDB 12 (1979) 608 f. Weitere Lit. unten Fn. 67.

⁵⁰ Vgl. zu diesem oben Fn. 29.

⁵¹ Dazu höchst instruktiv A. STEINWENTER, 50 Jahre Institut für Papyrusforschung und antike Rechtsgeschichte an der Universität München (Ansprache in einer Feierstunde des Leopold-Wenger-Instituts der Universität München am 6. Okt. 1958), ZRG Rom. Abt. 76 (1959) 692 ff.; vgl. WESENER, Röm. Recht und Naturrecht, 81.

⁵² Vgl. WESENER, Röm. Recht und Naturrecht, 117.

⁵³ L. WENGER, Selbstbiographie (wie oben Fn. 1) 133 ff.; A. STEINWENTER, Jahrbuch der Bayer. Akad. Wiss. 1955, 157 ff.; H. KRELLER, Almanach der Österr. Akad. der Wiss. 103 (1953) 320 ff. (Schriftenverzeichnis 332 ff.); sehr eingehend E. SEIDL, SDHI 19 (1953) 452 ff. (Schriftenverzeichnis 461 – 473); M. KASER, ZRG Rom. Abt. 71 (1954) p. XIII ss.; DERS., Grazer Lehrer des röm. Rechts (wie oben Fn. 1) 119 ff.; W. KUNKEL, Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte, in: Geist und Gestalt. Biographische Beiträge zur Geschichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften I (München 1959) 255 ff.; G. WESENER, Röm. Recht und Naturrecht, 79 ff. (mit w. Lit.); E. HÖBENREICH, A propos „Antike Rechtsgeschichte“: Einige Bemerkungen zur Polemik zwischen Ludwig Mitteis und Leopold Wenger, ZRG Rom. Abt. 109 (1992) 547 ff.; DIES., Der „Königsgedanke“, in: Gedächtnis des 50. Todesjahres Leopold Wengers (= SB Österr. Akad. Wiss., phil.-hist. Kl., 741 Bd., Wien 2006) 17 ff.; G. THÜR, Leopold Wenger. Ein Leben für die Antike Rechtsgeschichte, in: ebd., 1 ff.; D. NÖRR, Leopold Wenger (1874-1953), Rechtshistoriker,

(Kärnten) auf Schloss Trabuschgen, einem Familienbesitz mütterlicherseits, geboren, studierte er an der Grazer Universität von 1893 bis 1897 Rechtswissenschaften. Das römische Recht, das er bei August Tewes und Gustav Hanausek hörte, faszinierte ihn sehr bald. Im Hanausek-Seminar reichte er, schon Rechtspraktikant, seinen ersten rechtshistorischen Versuch, eine Arbeit über die Arrha, ein. Hanausek zog ihn daraufhin für die akademische Laufbahn in Betracht. Als Doctor juris ging Wenger mit einem Reisestipendium des österreichischen Unterrichtsministeriums nach Leipzig. Ludwig Mitteis riet Wenger zu einer prozessrechtlichen Arbeit und empfahl dringend als erste Vorbereitung Moriz Wlassaks⁵⁴ Prozessgesetze und Otto Lenels⁵⁵ Edictum perpetuum. Aus diesen Studien erwuchs die Studie „Zur Lehre von der actio iudicati“ (Graz 1901). Mit dieser Arbeit habilitierte sich Wenger 1901 an der Grazer juristischen Fakultät für Römisches Recht (18. März 1901). Noch Ende desselben Jahres wurde Wenger von der Grazer Fakultät primo et unico loco zum Nachfolger von August Tewes als Extraordinarius vorgeschlagen; mit Wirkung vom 1. April 1902 erfolgte seine Ernennung zum außerordentlichen Professor⁵⁶.

Am 31. Januar 1902 hielt Wenger im Grazer Juristenverein einen Vortrag über „Papyrusforschung und Rechtswissenschaft“ (erschieden Graz 1903). Wenger wollte die Aufmerksamkeit auf die allgemeine wissenschaftliche und insbesondere juristische Bedeutung der Papyrusforschung lenken. Noch 1902 erschienen seine „Rechtshistorischen Papyrusstudien“, gewidmet seinem Lehrer Gustav Hanausek.

Schon im Jahre 1904 wurde Wenger zum ordentlichen Professor des römischen Rechts an der Wiener Universität ernannt (als Nachfolger von

Altetumswissenschaftler und Akademiepräsident 1932-1935, in: D. Willoweit (Hrsg.), Denker, Forscher und Entdecker, eine Geschichte der Bayer. Akad. der Wiss in zwanzig Porträts (München 2009) 269 ff.; G. RIES, NDB 12 (1979) 608 f.; P. FUENTESECA, in: R. Domingo (ed.), *Juristas universales III* (Madrid – Barcelona 2004) 917 f.; F. FELLNER/D. A. CORRADINI, *Österreichische Geschichtswissenschaft im 20. Jahrhundert. Ein biographisch-bibliographisches Lexikon* (Wien-Köln-Weimar 2006) 448 f.; K. ACHAM, Vorbemerkung (oben Fn. 1) 207 f.

⁵⁴ WENGER, Nachruf, ZRG Rom. Abt. 60 (1940) p. IX ss. (mit Schriftenverz.); WESENER, Röm. Recht und Naturrecht, 60 ff. (mit w. Lit.); R. DOMINGO, in: R. Domingo (ed.), *Juristas universales III* (Madrid – Barcelona 2004) 650 ff.

⁵⁵ L. WENGER, Otto Lenel †, ZRG Rom. Abt. 55 (1935) p. VII ss.; M. WLASSAK, Erinnerungen an Otto Lenel, in: *Almanach der Akademie der Wissenschaften in Wien* 85 (1935) 1 ff. (mit Bibliographie); KLEINHEYER/SCHRÖDER, *Juristen*, 516.

⁵⁶ Vgl. WESENER, Röm. Recht und Naturrecht, 80.

Karl von Czyhlarz⁵⁷). Am 26. Oktober 1904 hielt er seine berühmt gewordene Antrittsvorlesung „Römische und antike Rechtsgeschichte“ (Graz 1905).

In der Großstadt Wien fühlte sich Wenger nicht wohl; er sehnte sich „in die stillen und beruhigenden Grazer Verhältnisse“ zurück⁵⁸. Auf einhelligen Beschluss der Grazer Juristenfakultät wurde Wenger mit Rechtswirksamkeit vom 1. Oktober 1905 in Graz zum Ordinarius ernannt. Hier wirkte er bis Sept. 1908, wo er einem Ruf an die Universität Heidelberg Folge leistete.

Zu Wengers Schülern aus seiner Grazer Zeit gehören Paul Koschaker, Mariano San Nicolò und Artur Steinwenter. Wenger begann in Graz eine Papyrusabteilung des römischrechtlichen Seminars zu schaffen, den legendären „Papyruskasten“⁵⁹.

Im Jahre 1909 wurde Wenger Professor in München (Ernennung vom 8. Januar 1909). An der Universität München wirkte Wenger insgesamt 25 Jahre, von 1909 bis 1926 und von 1927 bis 1935. In München begründete Wenger schon 1909 das Seminar für Papyrusforschung, das 14 Jahre später den Titel „Institut für Papyrusforschung und antike Rechtsgeschichte“ erhielt. Dieses Papyrusseminar wurde zum Zentrum der deutschen Papyrologie.

1935 folgte Wenger nochmals einem Ruf an die Universität Wien. Zur Zeit des Nationalsozialismus erfolgte am 29. Juni 1938 seine vorzeitige Emeritierung. Wenger nahm in seinem Schloss Trabuschgen in Ober-Vellach seinen ständigen Wohnsitz. Nach Kriegsende erfolgte mit 15. Oktober 1945 seine Bestellung zum Honorarprofessor an der Wiener Universität. Mit 31. Mai 1946 kam es zur Versetzung in den bleibenden Ruhestand. Eine Emeritierung war damals rechtlich nicht vorgesehen.

Wengers wissenschaftliches Interesse galt von jeher den Rechtsquellen; jede neu entdeckte oder neu edierte Quelle regte ihn zur Stellungnahme an⁶⁰. Der Quellengeschichte galt auch sein letztes und bedeutendstes Werk; in den „Quellen des römischen Rechts“⁶¹, das gegen eintausend Seiten in Großformat umfasst, legt er in breiter Form das Gesamtwissen seiner Zeit dar.

Besonders geprägt ist Wengers Wirken durch sein Konzept einer „Antiken Rechtsgeschichte“⁶². Schon in seiner Wiener Antrittsvorlesung im Jahre 1904 hat er diesen Gedanken entwickelt und immer wieder neu und schärfer

⁵⁷ ÖBL I, 165; OBERKOFER, Die Vertreter des Römischen Rechts (wie Fn. 1) 31 ff.

⁵⁸ Brief Wengers an Gustav Hanausek vom 1. Mai 1905 (Beilage in: Universitätsarchiv Graz, Jur. Fak. Zl. 1461 ex 1904/05).

⁵⁹ Vgl. A. STEINWENTER, ZRG Rom. Abt. 76 (1959) 693, 696.

⁶⁰ Vgl. M. KASER, ZRG Rom. Abt. 71 (1954) p. XXV s.

⁶¹ Österr. Akad. der Wiss., Denkschriften der Gesamtakademie 2 (1953), XVIII u. 973 Seiten.

⁶² Lit. oben Fn. 53.

formuliert. Sein Konzept ist vielfach auf Ablehnung und Bedenken gestoßen, so auch bei Ludwig Mitteis, Paul Koschaker⁶³ und Max Kaser⁶⁴. Koschaker⁶⁵ hält eine „unabhängige Parallelgestaltung aus ähnlichen äußeren Bedingungen noch immer für das wahrscheinlichste“. Seine Bedenken gegen die „antike Rechtsgeschichte“ betreffen primär die Entlehnungsfrage.

Einen wohl abgewogenen, vermittelnden Standpunkt vertritt Artur Steinwenter in seinem Nachruf auf Leopold Wenger⁶⁶: „Aber als heuristisches Prinzip wissenschaftlicher Forschung, das in der antiken Urkundenlehre schon mit Erfolg Verwendung gefunden hat, wird Wengers Theorie [sc. einer „antiken Rechtsgeschichte“] immer ihren Wert behalten, auch neben der Methode der vergleichenden Typenforschung, wie sie Koschaker postuliert hat. Denn immer wird sich jeder Rechtshistoriker, der ein Institut eines antiken Rechtsquellenmäßig darstellen will, nicht nur fragen müssen, ob es Parallelerscheinungen dazu in anderen Ordnungen gibt, sondern auch ob wechselseitige Beziehungen oder gar direkte Beeinflussungen möglich und nachweisbar sind.“

Einer der bedeutendsten Gelehrten des 20. Jahrhunderts auf dem Gebiete der Rechtsgeschichte des Altertums ist zweifellos Paul Koschaker⁶⁷. Am 19.

⁶³ Vgl. dazu WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht*, 84; DERS., Paul Koschaker (1879-1951), Begründer der altorientalischen Rechtsgeschichte und juristischen Keilschriftforschung, in: *Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften aus Graz*, hrsg. von K. Acham (Wien-Köln-Weimar 2011) 273 ff., insbes. 278 ff.

⁶⁴ Das römische Privatrecht, I² (1959) 9 f.; *Grazer Lehrer des röm. Rechts* (oben Fn. 1) 120 f.

⁶⁵ Selbstbiographie (oben Fn. 1) 114.

⁶⁶ In: *Jahrbuch der Bayerischen Akademie der Wissenschaften* 1955, 161 f. – Verteidigt wird Wengers Konzept in jüngster Zeit von E. HÖBENREICH, *Der „Königsgedanke* (oben Fn. 53) 17 ff.; vgl. auch G. HAMZA, „Antike Rechtsgeschichte“ und rechtsvergleichende Forschungen auf ethnischer Basis, in: *Studia Iuridica Caroliniensia I* (Budapest 2006) 87 ff. Zuletzt H. BARTA, *Antike Rechtsgeschichte – Heute?* In: *Zs. f. Altorientalische u. Biblische Rechtsgeschichte* 18 (Wiesbaden 2012) 249 ff.

⁶⁷ KOSCHAKER, Selbstbiographie (oben Fn. 1) 105-125; L. WENGER, *In memoriam*, IVRA 3 (1952) 491 ff.; K.-H. BELOW u. A. FALKENSTEIN, in: *ZRG Rom. Abt.* 68 (1951) IX-XIX.; K.-H. BELOW, Nachruf, in: *Zeitschrift der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft* 104 (1954) 1-44 (mit vollständigem Schriftenverzeichnis); KUNKEL, *Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte* (oben Fn. 53) 249-268; KASER, *Grazer Lehrer des röm. Rechts* (oben Fn. 1) 122 ff.; WESENER, *Röm. Recht und Naturrecht* (1978) 112-115; DERS., Paul Koschaker (1879-1951) (oben Fn. 63) 273-285 (mit Literaturverz. 284 f.); G. RIES, *NDB* 12 (1980) 608 f.; G. OBERKOFER, *Studien zur Geschichte der österreichischen Rechtswissenschaft* (Frankfurt am Main 1984) 315-318; FELLNER/CORRADINI, *Österreichische Geschichtswissenschaft* (oben Fn. 59), 232 f.; H. LÜCK, *Koschaker, Paul (1879-1951)*, in: *HRG*, 2. Aufl., 17. Lfg. (2013) Sp. 200 f. – Einen guten Überblick über die Rechtsgeschichte des Alten Orients gibt W. SELB, *Antike Rechte im Mittelmeerraum* (Wien – Köln – Weimar 1993) 130 ff.

April 1879 zu Klagenfurt geboren, besuchte er dort das Gymnasium, legte 1897 die Reifeprüfung ab, bezog dann die Universität Graz und wollte zunächst Mathematik studieren, wandte sich aber nach einigen Semestern dem Studium der Rechtswissenschaften zu. Römisches Recht hörte er noch beim alten Professor August Tewes und bei Gustav Hanausek. Im Seminar von Gustav Hanausek empfing er die ersten Anregungen zu selbständiger wissenschaftlicher Tätigkeit. Im Sommersemester 1901 inskribierte er die einstündige Vorlesung des Privatdozenten Leopold Wenger über „Ergebnisse der Papyrusforschung“. Am 25. Juni 1903 erfolgte Koschakers Promotion zum Doktor der Rechte *sub auspiciis Imperatoris*.

Bereits im Herbst 1902 war Koschaker, so wie schon vor ihm Leopold Wenger, mit einem Reisestipendium des österreichischen Unterrichtsministeriums nach Leipzig gegangen, wo er in Ludwig Mitteis und Emil Strohal ausgezeichnete Lehrer fand. Beiden stand er als Assistent zur Seite. Von Mitteis wurde er in die Papyrologie eingeführt.

Koschaker habilitierte sich 1905 an der Grazer rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät mit einer Studie zum römischen Zivilprozess: *Translatio iudicii* (Graz 1905). Koschaker hatte sich das Thema selbst gewählt. Es ist charakteristisch für Koschaker, dass er die ihm von Mitteis gestellte Untersuchung der augusteischen Ehegesetze abgelehnt hatte, da sie ihm „zu stark historisch“, d. h. zu wenig juristisch war, und stattdessen ein prozessrechtsgeschichtliches Thema mit dogmatischer Fragestellung wählte⁶⁸. Bald folgte eine papyrologische Abhandlung über den alexandrinischen *Archidikastes*⁶⁹.

Schon während seiner Privatdozentenjahre in Graz wandte sich Koschaker der altorientalischen Rechtsgeschichte zu. Mit Hilfe des Grazer Semitisten Nikolaus Rhodokanakis (1876 - 1945) begann er in die Sprache der Keilschriftquellen einzudringen.

Mit 1. Oktober 1908 erfolgte Koschakers Ernennung zum außerordentlichen Professor für römisches Recht an der Universität Innsbruck, schon im Frühjahr 1909 zum ordentlichen Professor an der Deutschen Universität Prag als Nachfolger von Ivo Pfaff⁷⁰, der einem Ruf nach Graz Folge leistete. Im Jahre 1914 folgte Koschaker einem Ruf an die neu gegründete Universität

⁶⁸ KOSCHAKER, Selbstbiographie (oben Fn. 1) 109 f.

⁶⁹ Beiträge zur Geschichte des Urkunden- und Archivwesens im römischen Ägypten, in: ZRG Rom. Abt. 28 (1907) 254 ff. und 29 (1908) 1 ff.

⁷⁰ Zu diesem WESENER, Röm. Recht und Naturrecht, 86 ff.; DERS., ÖBL VIII (1983) 23 f.; OBERKOFER, Die Vertreter des Römischen Rechts (oben Fn. 1) 46 ff.; E. BERGER, NDB 20 (2001) 295 f.

Frankfurt am Main. Doch schon nach einem halben Jahr (1915) wurde er Nachfolger seines Lehrers Emil Strohal an der Universität Leipzig. Dort lehrte er einundzwanzig Jahre (1915 bis 1936) deutsches bürgerliches Recht und römisches Recht. Für Keilschriftrechtliche Forschungen war Leipzig mit seinem semitistischen Institut und dessen ausgezeichnete Bibliothek ein vorzüglicher Boden.

Im Jahre 1936 folgte Koschaker einem Ruf auf den Lehrstuhl Savignys in Berlin. Dort hielt er mit dem Sumerologen Adam Falkenstein⁷¹ gemeinsame Übungen über Keilschrifturkunden juristischen Inhalts. Persönlich fühlte sich Koschaker aber in Berlin nicht wohl⁷². 1941 nahm er daher einen Ruf in die ruhige schwäbische Gelehrtenstadt Tübingen an, wo er sich 1946 emeritieren ließ. Nach seiner Emeritierung war Koschaker noch als Gastprofessor tätig, 1946/47 in München, im Sommersemester 1948 in Halle an der Saale, 1949/50 in Ankara und im Wintersemester 1950/51 in Bonn. Im Frühjahr 1951 unternahm Koschaker eine Vortragsreise in die Schweiz, hielt einen Vortrag in Zürich bei seinem alten Schüler und Freund Julius G. Lautner⁷³ und erlag völlig unerwartet am 1. Juni 1951 im 73. Lebensjahr in Basel einem Herzschlag.

Zu Koschakers zahlreichen Schülern zählen neben anderen Mariano San Nicolò⁷⁴, der ihn noch in Graz hörte, Julius G. Lautner (Zürich, †1972), Martin David (Leiden, †1986)⁷⁵ und Karl-Heinz Below (Heidelberg und Mannheim, †1984).

Koschakers Forschungsgebiet reicht von den Keilschriftrechten über das römische Recht und das Recht der Papyri bis zur neueren Privatrechtsgeschichte und zur historischen Rechtsvergleichung. Zu Recht wird Koschaker als der eigentliche Begründer der altorientalischen Rechtsgeschichte und Keilschriftrechtsforschung angesehen⁷⁶. Aufsehen erregte schon die erste, 1911 erschienene Arbeit aus diesem Bereich: „Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht. Ein Beitrag zur Lehre von Schuld und Haftung“. Ein Rechtsinstitut wird hier durch die gesamte babylonische Geschichte verfolgt, weist aber über die Keilschriftrechte hinaus in die indogermanische Rechtswelt. Eine zusammenfassende Darstellung der grundsätzlichen Fragen

⁷¹ Nachruf auf A. Falkenstein von H. PETSCHOW, in: ZRG Rom. Abt. 84 (1967) 630 ff.

⁷² KOSCHAKER, Selbstbiographie (oben Fn. 1) 118.

⁷³ Zu diesem unten.

⁷⁴ Zu diesem unten.

⁷⁵ Nachruf auf M. David von H. PETSCHOW u. H. ANKUM in: ZRG Rom. Abt. 105 (1988) 989 ff.

⁷⁶ So M. SAN NICOLÒ, in: Jahrbuch der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 1952, 164; KUNKEL, Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte (oben Fn. 53) 265; G. RIES, in: NDB 12 (1980) 608.

hat Koschaker 1935 in seinem Aufsatz „Keilschriftrecht“⁷⁷ gegeben; er (S. 38) betrachtet die „Geschichte des Keilschriftrechts, das selbst wieder ein System verschiedener Rechte darstelle“, „als eine selbständige rechtsgeschichtliche Disziplin“.

Koschakers Bestreben war es, mit seiner rechtsvergleichenden Forschung die Grundlagen einer Rechtstypologie zu schaffen⁷⁸.

Koschakers Buch „Europa und das römische Recht“ (1. Aufl. 1949, 4. unveränderte Aufl. München 1966) wurde zu einem Standardwerk der neueren Privatrechtsgeschichte.

Nach dem Tode Koschakers war anerkanntes, unbestrittenes Haupt der juristischen Keilschriftforschung und tatkräftiger Vertreter der antiken Rechtsgeschichte Mariano San Nicolò⁷⁹. In Rovereto (Südtirol) am 20. August 1887 geboren, aus einer italienischen Adelsfamilie stammend, besuchte er das Gymnasium seiner Heimatstadt und begann 1905 das Studium der Rechtswissenschaften in Graz. Römisches Recht hörte er bei Hanausek, Wenger und Tewes sowie bei dem soeben habilitierten Privatdozenten Paul Koschaker.

Nach Ablegung der rechtshistorischen Staatsprüfung diente er sein Militärjahr bei den Tiroler Kaiserjägern in Bozen ab und kehrte dann an die Grazer Universität zurück. Er trat in das Seminar bei Hanausek ein. Nach der Promotion Dez. 1910 schickte ihn dieser mit einem Staatsstipendium nach München, wo Wenger gerade das Seminar für Papyrusforschung gegründet hatte. Auf Anraten Wengers wählte er als Thema seiner Habilitationsschrift das Vereinswesen der Papyri. Mit dem I. Band des „Ägyptischen Vereinswesens zur Zeit der Ptolemäer und Römer“ habilitierte sich San Nicolò im Wintersemester 1912/13 an der Grazer Juristischen Fakultät für Römisches Recht. Habilitationsväter waren Gustav Hanausek und Ivo Pfaff. De facto las

⁷⁷ In: Zs. der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft 89, N. F. 14 (1935) 1 ff.

⁷⁸ Vgl. A. STEINWENTER, Paul Koschaker zum 70. Geburtstag, in: Anzeiger für die Altertumswissenschaft 2 (1949) 68.

⁷⁹ So A. STEINWENTER, Almanach der Österr. Akad. der Wiss. 105 (1955) 377 ff., 383. Nachrufe: STEINWENTER (unter Mitwirkung von A. FALKENSTEIN), ZRG Rom. Abt. 72 (1955) 493 ff.; J. HECKEL, Jahrb. Bayer. Akad. der der Wiss. 1955, 185 ff.; E. SEIDL, Studia et Documenta Historiae et Iuris 21 (1955) 487 ff. (Schriftenverz. 483-490); DERS., Labeo 1 (1955) 244 f.; DERS., Zs. der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft 106 (1956) 7 ff.; E. BERNEKER, IVRA 7 (1956) 617 ff.; G. BOYER, RH 33 (1955) 627 f. Vgl. ferner KUNKEL, Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte (oben Fn. 53) 259 ff.; WESENER, Röm. Recht und Naturrecht, 116 ff.; OBERKOFER, Die Vertreter des Römischen Rechts (Fn. 1) 54 ff.; G. RIES, NDB 22 (2005) 430 f.; G. PFEIFER, in: Reallexikon der Assyriologie und Vorderasiatischen Archäologie 12 (Berlin 1911).

San Nicolò in Graz nur bis zum Kriegsausbruch 1914. Durch seine Arbeiten war er voll ausgewiesen auf dem Gebiet der juristischen Papyrologie; andauernd erweiterte er seine Sprachkenntnisse, beherrschte das Koptische und schließlich auch das Demotische.

Von August 1914 an leistete San Nicolò als Kaiserjäger-Leutnant, später Oberleutnant, Kriegsdienst und kam schließlich nach Albanien, wo er bis September 1918 bleiben sollte. Jede Freizeit nützte er für die Wissenschaft; auf Anregung Koschakers wandte er sich dem Keilschriftrecht zu; er erlernte die Keilschrift und die akkadische Sprache.

Schon September 1917 war San Nicolò zum außerordentlichen Professor auf die seit Koschakers Weggang 1914 vakante Lehrkanzel für römisches Recht an der Deutschen Universität Prag ernannt worden. Doch erst Oktober 1918 konnte er sein Amt antreten. Mit Wirkung vom 1. Oktober 1920 wurde er zum Ordinarius ernannt. In den Studienjahren 1931/32 und 1932/33 wirkte er als Rektor der Deutschen Universität Prag und vertrat mit Festigkeit und Besonnenheit deren Rechte.

1935 folgte er einem Ruf an die Universität München auf die Lehrkanzel seines Lehrers Leopold Wenger. Im Studienjahr 1952/53 fungierte er als Rektor und setzte sich mit aller Kraft für den Wiederaufbau der schwer geschädigten Universität ein.

Am 15. Mai 1955 erlag San Nicolò im 68. Lebensjahr völlig unerwartet einem Herzinfarkt.

Alle Forschungen San Nicolòs „waren einem Grundkonzept untergeordnet, einer auf vergleichender Methode beruhenden synthetischen Betrachtung der Rechtskreise des Altertums. Dieser Gedanke ist nichts anderes als der Versuch einer praktikablen Durchführung des Forschungsprogramms seines Lehrers Wenger, der ‚antiken Rechtsgeschichte‘, mit der sich San Nicolò ...auch theoretisch auseinandergesetzt hat.“⁸⁰

Eine enge, aufrichtige Freundschaft verband San Nicolò seit seiner Studienzeit mit Artur Steinwenter.

Der vierte bedeutende Vertreter des römischen Rechts und der antiken Rechtsgeschichte, der aus dem Hanausek-Seminar hervorging, war Artur Steinwenter⁸¹. Am 17. Mai 1888 in Marburg an der Drau (Untersteiermark)

⁸⁰ So STEINWENTER, Almanach der Österr. Akad. der Wiss. 105 (1955) 181 f.; vgl. WESENER, Röm. Recht und Naturrecht, 118 f.

⁸¹ STEINWENTER, Selbstbiographie (oben Fn. 1) 187-200; M. KASER, in: A. Steinwenter, Recht u. Kultur 1958, 7-13; DERS., Grazer Lehrer des röm. Rechts (oben Fn. 1) 126-128; Th. MAYER-MALY, in: Anz. f. d. Altertumswiss. 11, 1958, 127 f.; DERS., in: FS f. A. Steinwenter

geboren, genoss Steinwenter schon im Elternhaus eine humanistische Bildung. Im Jahre 1907 begann er an der Grazer Universität das Studium der Rechtswissenschaften, hörte römisches Recht bei Leopold Wenger, Gustav Hanausek und nach dem Weggang Wengers (1908) bei Ivo Pfaff⁸². Nach der rechthistorischen Staatsprüfung besuchte Steinwenter das Seminar Hanauseks, wo dieser aufgrund einer Seminararbeit „Zur Geschichte der ‚arra‘ bis auf Justinian“ auf ihn aufmerksam wurde und ihm ein staatliches Reisestipendium vermittelte. Nach erfolgter Promotion zum Doktor der Rechte am 9. März 1912 ging Steinwenter, wie schon vor ihm San Nicolò, nach München, wo in Wengers Seminar für Papyrusforschung in einundeinhalb Jahren die Habilitationsschrift „Studien zum römischen Versäumnisverfahren“ (München 1914) entstand. Am 17. Jänner 1914 erwarb Steinwenter an der Grazer Juristenfakultät die *venia legendi* für Römisches Recht.

Während des Ersten Weltkrieges kam Steinwenter, nach Ablegung der Militärrichteramtprüfung, als Oberleutnantauditor nach Krakau, wo er den Papyrologen Raphael Taubenschlag⁸³ kennenlernte. Nach Rückversetzung nach Graz wurde Steinwenter mit Entschließung vom 16. Juli 1918 zum unbesoldeten außerordentlichen Professor für römisches Recht und 1920 zum besoldeten außerordentlichen Professor in Graz ernannt. Im Jahre 1926 erhielt er das Ordinariat für römisches Recht nach Ivo Pfaff. In den dreißiger Jahren wurde seine Lehrverpflichtung auf österreichisches bürgerliches Recht ausgedehnt. Eine Berufung an die Universität Münster in Westfalen im Jahre 1932 lehnte er ab.

Mit 30. September 1958 erfolgte seine Emeritierung. Völlig unerwartet erlag er am 14. März 1959 einem Schlaganfall.

zum 70. Geb. (1958); - Nachrufe: M. KASER, in: ZRG Rom. Abt. 76 (1959) 670-677; DERS., in: Almanach der Österr. Akad. der Wiss. 109. Jg., 1959, 349-355; W. KUNKEL, in: Jahrbuch d. Bayer. Akad. d. Wiss. 1959, 155-160; Th. MAYER-MALY, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 25 (1959) 515-524; DERS., *Labeo* 5 (1959) 257 f.; DERS., in: *Journ. of Jur. Papyrology* 13 (1961) 17-27; G. WESENER, *IVRA* 10 (1959) 152-155; DERS., in: *Jur. Bll.* 81 (1959) 274 f.; *Romanitas* 2 (1959) 300 f.; H. BALTL, in: Grazer „Südost-Tagespost“ vom 18. 3. 1959; *Novissimo Digesto Ital.* 18 (1971) 427; G. WESENER, *Römisches Recht u. Naturrecht* (1978) 89-97; DERS., *Österr. Privatrecht an der Univ. Graz* (oben Fn. 32) 90 u. 94; DERS., *NDB* 25 (2013) 233-235; N. GRASS, *Österr. Kirchenrechtslehrer der Neuzeit, bes. an den Univ. Graz u. Innsbruck* (1988) 199 f. u. 352; G. THÜR, A. Steinwenter als Gräzist, *ZRG Rom. Abt.* 115 (1998) 426-437; K. ACHAM, *Vorbemerkung* (oben Fn. 1) 208 f.

⁸² Siehe oben Fn. 34.

⁸³ Vgl. Nachruf von E. SEIDL, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 24 (1958) 478 ff.; ferner H. KUPISZEWSKI, R. Taubenschlag (1881-1958), *BIDR* 88 (1985) 103 ff.

In besonderem Maße befasste sich Steinwenter mit der spätantiken Rechtsentwicklung, vor allem mit dem römischen Kognitionsprozess, insbesondere dem justinianischen Libellprozess, mit dem Recht der koptischen Urkunden sowie mit dem spätantiken Staatskirchenrecht. Weitere Forschungsschwerpunkte waren Grundbegriffe der römischen Rechtsquellenlehre und des juristischen Denkens, griechisches Prozessrecht, das Problem der historischen Kontinuität. Aber auch Fragen der österreichischen Privatrechtsgeschichte und des österreichischen Privatrechts fielen in seinen Forschungsbereich⁸⁴. Steinwenter beherrschte auch Rand- und Nachbargebiete der Romanistik in vollem Maße⁸⁵.

Einen Höhepunkt in Steinwenters Schaffen stellt die Gesamtdarstellung des „Rechts der koptischen Urkunden“ für das Handbuch der Altertumswissenschaft (X. Abt. 4. Teil. 2. Bd., München 1955) dar, die als Ergänzung zum Recht der gräko-ägyptischen Papyri gedacht ist. Steinwenter war neben A. Arthur Schiller (1902-1977; Columbia University in New York, später Columbia Law School)⁸⁶ einer der ganz wenigen Rechtshistoriker, die Koptisch konnten und sich mit koptischen Rechtsurkunden befassten.

Die Untersuchung „Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischem Rechte“ (München 1925, 2. Aufl. 1971) widmete Steinwenter seinen Lehrern Gustav Hanausek und Ivo Pfaff.

Einer jüngeren Generation gehört Julius Georg Lautner⁸⁷ an. Am 10. Dezember 1896 in Wien geboren besuchte Lautner die oberen Klassen des Gymnasiums in Graz, studierte ab 1915 an der Grazer Universität Rechtswissenschaften und wurde am 11. Juli 1919 zum Doktor der Rechte promoviert. Seine Lehrer Gustav Hanausek, Ivo Pfaff und Artur Steinwenter hatten sein Interesse für römisches Recht geweckt. Nach der Promotion Juli 1919 verbrachte er ein Studienjahr an der Universität Leipzig, wo ihn Ludwig Mitteis, Paul Koschaker und der Orientalist Benno Landsberger⁸⁸ in den Bereich der Rechtsgeschichte des alten Orients, insbesondere des

⁸⁴ Dazu WESENER, *Röm. Recht und Naturrecht*, 95 f.

⁸⁵ Vgl. die schöne Würdigung durch M. KASER, in: Steinwenter, *Recht und Kultur* (oben Fn. 81).

⁸⁶ Vgl. R. S. BAGNALL/W. V. HARRIS (Hrsg.), *Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller* (Leiden 1986), mit Schriftenverz. und Nekrolog.

⁸⁷ Vgl. Nachruf von M. KASER, *ZRG Rom. Abt.* 89 (1972) 518 ff.; DERS., *Grazer Lehrer des röm. Rechts* (oben Fn. 1) 128; DERS., *Nachwort zu: J. G. Lautner, Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur* (Zürich 1976) 203 ff.; Nachruf von H. PETER, in: *Jahresbericht der Universität Zürich 1972/73*, 97 f.; WESENER, *Römisches Recht und Naturrecht*, 102-105; Cl. SOLIVA, in: *Historisches Lexikon der Schweiz* (Bern).

⁸⁸ Siehe oben Fn. 48.

babylonischen Rechtskreises, einführten. Durch Erwin Jacobi wurde Lautner mit Problemen des modernen Arbeitsrechtes vertraut⁸⁹.

Während des Leipziger Jahres entstand die Arbeit „Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabylonischen Prozessrechte“, mit welcher sich Lautner 1921 an der Grazer Rechtsfakultät für römisches Recht habilitierte. Im Jahre 1924 erfolgte die Erweiterung der *venia legendi* auf das Gebiet des Arbeitsrechtes.

Nach der Pensionierung Hanauseks im Jahre 1926 wurde dessen Ordinariat für römisches Recht in Verbindung mit Handels- und Wechselrecht durch zwei Extraordinariate ersetzt; das Extraordinariat für römisches Recht und Arbeitsrecht erhielt Lautner, die Lehrkanzel für Handels- und Wechselrecht bekam Ernst P. Kohler⁹⁰.

Im Frühjahr 1929 folgte Lautner einer Berufung auf ein Ordinariat für bürgerliches und Arbeitsrecht an der Handelshochschule Mannheim⁹¹. 1930 wurde er als Nachfolger von Andreas B. Schwarz⁹² zum ordentlichen Professor für römisches Recht, Arbeitsrecht und Schweizerisches Obligationenrecht (Mitvertretung) an der Universität Zürich gewählt. Hier wirkte er bis zur Erreichung der Altersgrenze im Jahre 1967. Er verstarb nach langem Leiden am 16. März 1972 in Zürich.

Der aus der Züricher Antrittsrede vom 13. Juni 1931 hervorgegangene Aufsatz über „Die Methoden einer antik-rechtsgeschichtlichen Forschung“⁹³ setzt sich mit dem Konzept der „Antiken Rechtsgeschichte“ im Sinne Wengers auseinander und „tritt für eine weitgespannte und zugleich vertiefende Betrachtungsweise ein, die einerseits der Eigenart jeder einzelnen Rechtsordnung, andererseits aber auch ihren Wechselwirkungen und -beziehungen gerecht zu werden versucht“⁹⁴.

⁸⁹ Leipziger rechtswiss. Studien, Heft 3 (Leipzig 1922). Vgl. A. STEINWENTER, Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischem Rechte (1925) 7 ff.

⁹⁰ Dazu WESENER, Römisches Recht und Naturrecht, 102. – Ernst Kohler, geb. 2. 9. 1890 in Kirchberg, Württemberg, gest. Mai 1975.

⁹¹ Nachfolger auf dem Extraordinariat für römisches Recht (in Verbindung mit einem modernen Fach) wurden Erich Sachers (1929 – 1950), Hubert Niederländer (1952 – 1956), Theo Mayer-Maly (1957 – 1959) und schließlich Franz Bydliński (1960 – 1963). Vgl. dazu WESENER, Römisches Recht und Naturrecht, 105-111. Zu E. Sachers auch A. R. HERDLITCZKA, in: Anzeiger f. d. Altertumswissenschaft 2 (1949) 97 f. - Zu H. Niederländer (gest. 14. 11. 1991) Nachruf von F. STURM, in ZRG Rom. Abt. 111 (1994) 765 ff. und in IVRA 42 (1991) 233 ff.; K.- P. SCHROEDER, Eine Universität für Juristen und von Juristen. Die Heidelberger Juristische Fakultät im 19. und 20. Jahrhundert (Tübingen 1910) 669-673.

⁹² Vgl. Nachruf von F. WIEACKER, ZRG Rom. Abt. 71 (1954) 591 ff.

⁹³ In: Zs. f. vergl. Rechtswiss. 47 (1931) 27 ff.

⁹⁴ So M. KASER, ZRG Rom. Abt. 89, 519.

Lautners „Grundsätze des Gewährleistungsrechtes“ (Zürich 1937) stellen einen wertvollen Beitrag zur neueren Privatrechtsgeschichte dar.

Hanausek und seinem Seminar sind auch die beiden Rechtshistoriker germanistischer Richtung Karl Rauch⁹⁵ und Max Rintelen⁹⁶ verpflichtet. Zwischen den Lebenswegen dieser beiden Juristen bestehen starke Parallelen. Beide wurden 1880 in Graz geboren, beide besuchten das Lichtenfelsgymnasium und studierten an der Grazer Universität Rechtswissenschaften. Angeregt durch Paul Puntschart⁹⁷ und unter dem Einfluss von Arnold Luschin von Ebengreuth⁹⁸ entschlossen sich beide schon früh, sich der Geschichte des deutschen Rechts zu widmen. Bei beiden erfolgte 1903 die Promotion zum Doktor der Rechte; beide habilitierten sich im Jahr 1907.

Durch Gustav Hanausek entscheidend gefördert gingen beide nach erfolgter Promotion an die Universität Berlin, wo Heinrich Brunner⁹⁹, Otto von Gierke¹⁰⁰ und der Philologe und Historiker Karl Zeumer¹⁰¹ deutsches Recht lehrten. Karl Rauch stand besonders Karl Zeumer nahe, dem Meister der Edition von Rechtsquellen.

⁹⁵ Geb. 27. 3. 1880 als Sohn des Finanzprokuratorsadjunkten Karl Rauch sen. Vgl. F. BEYERLE, ZRG Germ. Abt. 70 (1953) 239 ff.; M. RINTELEN, Almanach der Österr. Akad. der Wiss. 103 (1953) 402 ff.; FELLNER/CORRADINI, Österreichische Geschichtswissenschaft (oben Fn. 53) 35 f.

⁹⁶ Geb. 23. 2. 1880 als Sohn des Hof- und Gerichtsadvokaten Anton Rintelen (des Älteren). Die Familie Rintelen stammt aus Westfalen (Deutsches Geschlechterbuch 82, 1934, S. 417-491). Vgl. M. RINTELEN, Selbstbiographie (oben Fn. 1) 139-162; H. BALTL, Jur. Bll. 72 (1950) 83 f.; F. KLEIN, ZRG Germ. Abt. 83 (1966) 557 ff.; R. FEENSTRA, Tijdschrift v. Rechtsgeschiedenis 34 (1966) 318; H. LENTZE, Almanach der Österr. Akad. der Wiss. 116 (1966) 277 ff.; G. WESENER, Jur. Bll. 1966, 244 f.; DERS., Zs. d. Hist. Ver. f. Steiermark 61 (1970) 255 ff.; DERS., NDB 21 (2003) 642 f.; FELLNER/CORRADINI, Österreichische Geschichtswissenschaft (oben Fn. 53) 346.

⁹⁷ M. RINTELEN, Nachruf, ZRG Germ. Abt. 67 (1950) 513-524, insbes. 523; G. KOCHER, ÖBL VIII (1983) 336.

⁹⁸ P. PUNTSCHART, Almanach der Akad. der Wiss. in Wien 83 (1933) 191 ff.; DERS., ZRG Germ. Abt. 53 (1933) XXIX-LIV; N. GRASS, ÖBL V (1972) 373 f.; M. RINTELEN, HRG III (1984) Sp. 103 f.; M. LUSCHIN-DREIER, Arnold Luschin Ritter von Ebengreuth – ein Leben im Zeichen der Rechtsgeschichte (jur. Diss. Univ. Graz 1992); FELLNER/CORRADINI, Österreichische Geschichtswissenschaft (oben Fn. 53) 264; G. WESENER, Arnold Luschin von Ebengreuth (1841 – 1932), Rechtshistoriker und Numismatiker, in: Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften aus Graz, hrsg. von K. Acham (Wien-Köln-Weimar 2011) 255 ff.

⁹⁹ KLEINHEYER/SCHRÖDER, Juristen, 488; G. WESENER, in: R. Domingo (ed.), Juristas universales III (Madrid – Barcelona 2004) 478 ff.

¹⁰⁰ KLEINHEYER/SCHRÖDER, Juristen, 152 ff.; J. M. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, in: R. Domingo (ed.), Juristas universales III (Madrid – Barcelona 2004) 501 ff.

¹⁰¹ A. ERLER, HRG V (1998) Sp. 1697 ff.

Schon 1906 wurde Rauch mit der Supplierung des germanistischen Extraordinariats in Breslau betraut, neben Herbert Meyer¹⁰² als Ordinarius, mit dem eine enge Freundschaft entstand. Im folgenden Jahr reichte er in Breslau seine Habilitationsschrift ein, aus der seine Arbeit über „Spurfolge und Anfang in ihren Wechselbeziehungen“ (Weimar 1908) hervorging. In dieser Arbeit wird das Verfahren der Fahnisverfolgung, insbesondere nach fränkischem Recht, überzeugend behandelt. Bereits 1908 wurde Rauch als außerordentlicher Professor nach Königsberg berufen; 1910 kehrte er in dieser Funktion nach Breslau zurück. 1912 erhielt er ein Ordinariat in Jena.

Während und nach dem Ersten Weltkrieg war Rauch in Thüringen mit wirtschaftlichen Angelegenheiten befasst; 1921 wurde er erster Ministerialdirektor des gesamthüringischen Wirtschaftsministeriums. Zu Beginn der dreißiger Jahre kehrte Rauch zur akademischen Laufbahn zurück. Nach einem kurzen Zwischenspiel in Kiel erhielt er 1933 die germanistische Lehrkanzel in Bonn.

1942 wurde Rauch zum ordentlichen Professor für Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht, zivilgerichtliches Verfahren und Germanische Rechtsgeschichte an der Grazer Universität ernannt. Hier fand er sich nun mit seinem Studienkollegen und alten Freund Max Rintelen in einer Fakultät. Schon während der Kriegszeit als Dekan und Prorektor tätig, wurde Rauch für das Studienjahr 1945/46 zum Rektor gewählt und konnte die Universität vor größeren Eingriffen bewahren. Leider wurde er nicht in das österreichische Beamtenverhältnis übernommen. Im Jahre 1950 berief ihn die Bonner Universität als Honorarprofessor, wo er bis zuletzt eine Lehrtätigkeit ausübte.

Karl Rauch verstarb am 26. Februar 1953 in Bad Godesberg.

Max Rintelen¹⁰³ beschreibt Rauchs wissenschaftliche Leistungen in folgender feinsinniger Weise: „Überblicken wir Rauchs wissenschaftliches Lebenswerk, so können wir sagen, dass er weniger bestrebt war, noch wenig oder nicht bearbeitete Gebiete zu behandeln, dass er sich vielmehr in der Hauptsache Problemen zuwandte, die Gegenstand wissenschaftlicher Meinungsverschiedenheiten sind, zu deren Erledigung er durch feinsinnige, seiner kritisch-polemischen Natur gelegene Kleinarbeit Beiträge leisten wollte; durch Kleinarbeit, ohne den Blick auf größere Entwicklungen zu verlieren.“

Einem Rate Heinrich Brunners folgend habilitierte sich Max Rintelen 1907 an der Universität Leipzig mit einer dann 1908 unter dem Titel „Schuldhaft und Einlager im Vollstreckungsverfahren des

¹⁰² E. HEYMANN, ZRG Germ. Abt. 62 (1942) XIII-XXX; G. GRILL, NDB 17 (1994) 307 f.

¹⁰³ Almanach (oben Fn. 95) 410.

altniederländischen und sächsischen Rechtes“ erschienenen Arbeit, einer grundlegenden Untersuchung der Personalhaftung und Personalexekution. In Leipzig wirkten die angesehenen Kanonisten und Rechtshistoriker Emil Friedberg¹⁰⁴ und Rudolph Sohm¹⁰⁵.

Nach einem Vorlesungssemester als Privatdozent an der Universität Königsberg (Wintersemester 1909/10) folgte Rintelen einem Ruf (1909) als außerordentlicher Professor an die Deutsche Universität Prag. Im Jahre 1916 wurde er Ordinarius für deutsches Recht und österreichische Reichsgeschichte an der Universität Graz (Nachfolger von Arnold Luschin von Ebengreuth¹⁰⁶), wo er bis zu seiner Emeritierung im Jahre 1951 und auch noch darüber hinaus wirkte.

Max Rintelen hat als einer der Ersten die Bedeutung der Neueren Privatrechtsgeschichte erkannt. Ihm verdanken wir die vorzügliche Edition der privatrechtlichen Traktate Bernhard Walthers (1516-1584), des „Vaters der österreichischen Jurisprudenz“ (so Luschin-Ebengreuth)¹⁰⁷.

Neben seinen rechtshistorischen Untersuchungen befasste sich Max Rintelen mit dem Rechtsschutz für geistiges Eigentum. 1958 erschien das grundlegende Werk „Urheberrecht und Urhebervertragsrecht nach österreichischem, deutschem und schweizerischem Recht“.

Karl Rauch und Max Rintelen wurden beide Mitglieder der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (Rauch korrespondierendes Mitglied 1947, M. Rintelen korrespondierendes Mitglied 1951, wirkliches Mitglied 1954).

Auch zwei Staatsrechtslehrer sind als begeisterte Hanausek-Schüler anzusprechen, Josef Lukas¹⁰⁸ und Max Layer¹⁰⁹. Josef Lukas (geb. 3. 8.

¹⁰⁴ Professor des Kirchenrechts, des Staatsrechts und des deutschen Rechts. Vgl. R. SOHM, in: Dt. Juristenzeitung 15 (1910) 1061 ff.; A. ERLER, NDB 5 (1961) 443 f.

¹⁰⁵ Professor des deutschen Rechts und des Kirchenrechts. Vgl. H. FEHR, ZRG Germ. Abt. 38 (1917) LIX-LXXXVIII; A. THIER, NDB 24 (2010) 539 ff.

¹⁰⁶ Siehe oben Fn. 98.

¹⁰⁷ Vgl. G. WESENER, in: Brauneder, Juristen, 39 ff., 369 ff.

¹⁰⁸ M. STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, III (München 1999) 289; vgl. H. KELSEN, Werke, Bd. 3 (2010) 427 f.; Kürschners deutscher Gelehrtenkalender 1928/29; L. STEVELING, Juristen in Münster. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, Westf. (Münster 1999) 137.

¹⁰⁹ E. MELICHAR, ÖBL V (1972) 55; P. PUNTSCHART, in: Almanach der Akad. der Wiss. in Wien 91 (1941) 251 ff.; R. WALTER, Die Lehre des öffentlichen Rechts an der Universität zu Graz von 1827 bis 1938, in: Jur. Bl. 1966, 546 ff.; DERS., Die Lehre des Verfassungs- und Verwaltungsrechts an der Universität Wien von 1810-1938, in: Jur. Bl. 1988, 609 ff., insbes. 619 u. 621 f.; H. BALTL, in: Brauneder, Juristen in Österreich, 276 ff., 331 f.; K. ACHAM, Vorbemerkung (oben Fn. 1) 216 f.

1875 in Graz) habilitierte sich 1902 für allgemeines und österreichisches Staatsrecht¹¹⁰, Max Layer, am 17. 9. 1866 in Graz geboren, habilitierte sich, im selben Jahr wie Lukas (1902), für Verwaltungslehre und österreichisches Verwaltungsrecht¹¹¹ an der Grazer Rechtsfakultät.

Josef Lukas ging mit einem Reisestipendium nach Heidelberg, wo er bei dem Staatsrechtslehrer Georg Jellinek¹¹² studierte. Schon 1904 wurde Lukas außerordentlicher Professor in Czernowitz, 1909 in Königsberg, 1910 ordentlicher Professor für Staats- und Völkerrecht in Münster in Westfalen. Er verstarb am 23. November 1929. Die „Königliche Akademie Münster“ war erst 1902 zur Volluniversität erhoben worden.

In seinem Beitrag „Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers“¹¹³ zeigt Lukas, dass die naturrechtliche Doktrin die theoretische Grundlage für die Formulierung des Art. 4 Code civil gebildet hat.

Max Layer wurde bereits 1903 außerordentlicher Professor für Allgemeines und Österreichisches Staatsrecht, Verwaltungslehre und Österreichisches Verwaltungsrecht an der Universität Wien, wurde dort 1908 ordentlicher Professor, folgte im selben Jahr einem primo et unico-Vorschlag der Grazer Fakultät als Ordinarius für die genannten Fächer (als Nachfolger von Ludwig Gumpłowicz¹¹⁴). Zwanzig Jahre lehrte er in Graz Im Jahre 1928 berief ihn die Wiener Fakultät auf den nach Adolf Menzel¹¹⁵ frei gewordenen Lehrstuhl für öffentliches Recht. Zuzufolge von Auseinandersetzungen um das kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz wurde Layer 1933 zwangsweise in den Ruhestand versetzt. Nach längerer Krankheit verstarb Max Layer am 24. Januar 1941 in Wien.

¹¹⁰ Mit der Arbeit „Die Rechtsstellung des Parlaments in der Gesetzgebung Österreichs und der constitutionellen Monarchien des deutschen Reiches“ (Graz 1901) bzw. der Schrift „Über die Gesetzes-Publikation in Österreich und dem Deutschen Reiche. Eine historisch-dogmatische Studie (Graz 1903).

¹¹¹ Mit der Untersuchung „Prinzipien des Enteignungsrechtes“ (Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen 3, Leipzig 1902).

¹¹² KLEINHEYER/SCHRÖDER, Juristen, 225 ff.

¹¹³ In: Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband (Tübingen 1908) 424; vgl. HANAUSEK, Erlebtes und Gedachtes (oben Fn. 1) 26 Anm. 19.

¹¹⁴ R. WALTER, Jur. Bl. 1966, 551 f., 553; H. REIMANN, NDB 7 (1966) 307 f.; K. ACHAM, Wien und Graz als Stätten einer frühen soziologischen Forschungs- und Vereinstätigkeit, in: K. Acham (Hrsg.), Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften aus Graz (Wien – Köln – Weimar 2011) 409 ff., insbes. 423 f.; G. MOZETIČ, Ludwig Gumpłowicz – ein Grazer Pionier der Soziologie, ebd., 433 ff.

¹¹⁵ R. WALTER, Jur. Bl. 1988, 617.

Auch Ernst Swoboda (1879-1950)¹¹⁶, ein Vertreter des Privatrechts, ist als Schüler Hanauseks anzusehen¹¹⁷. Sein Opus magnum „Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants“ (Graz 1926)¹¹⁸ hat Swoboda seinem „hochverehrten Lehrer und Wegweiser auf dem Gebiete des Rechts“ Gustav Hanausek zum 70. Geburtstag zugeeignet.

Am 18. Juni 1879 in Tachau im Egerland geboren besuchte Ernst Swoboda das Staatsgymnasium in Mies (Westböhmen), studierte anschließend Rechtswissenschaften an der Deutschen Universität in Prag sowie an der Innsbrucker Universität, legte im Jahre 1910 die Richteramtprüfung ab und wurde Bezirksrichter in Graz. Die Promotion zum Doktor der Rechte erfolgte am 26. Januar 1912 an der Grazer Universität. Mit der Untersuchung „Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem nach österreichischem Recht mit Ausblicken in das deutsche Recht“ (Wien u. Leipzig 1919) habilitierte er sich 1919 an der Grazer Rechtsfakultät für allgemeines bürgerliches Recht. 1924 wurde ihm der Titel eines außerordentlichen Universitätsprofessors verliehen. Nach fünfzehnjähriger Lehrtätigkeit an der Grazer Universität wurde er, inzwischen Rat des Oberlandesgerichtes Graz, mit Juni 1934 ordentlicher Professor für bürgerliches Recht an der Deutschen Universität Prag. In den Jahren 1939 bis 1945 war Ernst Swoboda ordentlicher Professor für zivilgerichtliches Verfahren und bürgerliches Recht sowie Vorstand des Instituts für Rechtsvereinheitlichung an der Universität Wien. Er verstarb am 24. April 1950 im 71. Lebensjahr in Wien.

Ernst Swoboda griff in vielen seiner Arbeiten zum Bereicherungsrecht und zur Geschäftsführung ohne Auftrag auf die naturrechtlichen Grundlagen des ABGB zurück, wobei er die Entstehungsgeschichte des Gesetzbuches in starkem Maße berücksichtigte¹¹⁹. Er strebte eine Neugestaltung des bürgerlichen Rechts im Sinne der naturrechtlichen Philosophie Kants auf deutschrechtlicher Grundlage an¹²⁰.

¹¹⁶ P. GOLLER, Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? (1997) 292 ff.; G. WESENER, Österr. Privatrecht an der Univ. Graz (oben Fn. 29) 79-84; DERS., ÖBL XIV (63. Lief. 2012) 84 f.; H. SLAPNICKA, Die juristischen Fakultäten der Prager Universitäten 1900-1939, in: Universitäten in nationaler Konkurrenz (= Veröff. des Collegium Carolinum 86, München 2003), 63 ff.

¹¹⁷ Vgl. HANAUSEK, Erlebtes und Gedachtes (oben Fn. 1) 18.

¹¹⁸ Den praktischen Einfluss der Lehren Kants auf das ABGB hat Swoboda wohl stark überschätzt. Vgl. dazu WESENER, Österr. Privatrecht an der Univ. Graz (oben Fn. 29) 82 f. (mit w. Lit.).

¹¹⁹ Dazu WESENER, Österr. Privatrecht an der Univ. Graz (oben Fn. 29) 81.

¹²⁰ E. SWOBODA, Die Neugestaltung des bürgerlichen Rechts (Brünn – Prag – Leipzig - Wien 1935) 17 ff.

IV. Hanauseks Bemühungen um die Juristenausbildung, um die „juristische Bildung“

Zur Zeit Hanauseks kam dem Römischen Recht im juristischen Studienplan eine herausragende Stellung zu¹²¹. Nach der Rechts- und staatswissenschaftlichen Studien- und Staatsprüfungsordnung von 1893¹²² und der Verordnung des Ministeriums für Cultus und Unterricht vom 24. Dezember 1893 (RGBl. Nr. 204) betrug die Studiendauer mindestens acht Semester, von welchen mindestens drei vor, die übrigen, jedoch mindestens vier, nach Ablegung der rechtshistorischen Staatsprüfung zurückzulegen waren. Die rechtshistorische Staatsprüfung konnte frühestens in den vier ersten Wochen des vierten Semesters abgelegt werden. Die judizielle und die staatswissenschaftliche Staatsprüfung konnten erst am Ende des Studiums abgelegt werden, ebenso alle drei Rigorosen. Die alte Rigorosenordnung vom Jahre 1872 blieb weiterhin in Geltung. Ein Studierender musste also am Ende seines Studiums alle Rechtsgebiete, den gesamten Prüfungsstoff aller Fächer, beherrschen. Neben die Fächer römisches Recht, Kirchenrecht und deutsches Recht trat nunmehr bei der rechtshistorischen Staatsprüfung, nicht beim Rigorosum, als viertes Fach die „Österreichische Reichsgeschichte (Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechtes)“.

Im I. Studienabschnitt waren Vorlesungen über römisches Recht durch 20 Stunden, verteilt auf mindestens zwei Semester, zu hören. Die Ministerialverordnung (§ 4) führte dazu aus: „Es bleibt dem Ermessen des Dozenten des römischen Rechtes anheimgestellt, ob er die historische mit der dogmatischen Darstellung verbinden oder in der üblichen Weise Institutionen und Pandekten getrennt vortragen will. Wenn die historische Darstellung mit der systematischen verbunden werden soll, so ist dieses bei der Ankündigung des Kollegiums in entsprechender Weise ersichtlich zu machen; die für ein Semester in Aussicht genommenen Abschnitte sind in allen Fällen genau zu bezeichnen.“

Zu einer Neufassung der juristischen Studien- und Staatsprüfungsordnung kam es im Jahre 1935 (BGBl. Nr. 378/1935). Entsprechend den drei Staatsprüfungen wurde das Studium in drei Studienabschnitte gegliedert und auf neun Semester ausgedehnt; jeder Abschnitt umfasste drei Semester. Im rechtshistorischen Studienabschnitt waren Vorlesungen über „Geschichte und

¹²¹ Dazu H. LENTZE, Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein (SB Akad. Wiss. Wien, phil.-hist. Kl. 239/2, Wien 1962); WESENER, Röm. Recht und Naturrecht, 41 ff., 77 f.

¹²² Gesetz vom 20. April 1893, RGBl. Nr. 68.

Institutionen des römischen Rechtes durch zwölf Wochenstunden, verteilt auf zwei Semester“ zu hören. Aus einem der vier Staatsprüfungsfächer waren Pflichtübungen zu absolvieren. Die juristische Rigorosenordnung vom Jahre 1872 wurde 1936 (BGBl. Nr. 48/1936) dahingehend novelliert, dass das judizielle Rigorosum nun schon ab bestandener judizieller Staatsprüfung abgelegt werden konnte.

Um die große Bedeutung des römischen Rechts für das Studium zu demonstrieren, sollen die romanistischen Lehrveranstaltungen an der Grazer Juristenfakultät im Studienjahr 1903/04 angeführt werden.

Winter-Semester 1903/1904

Institutionen des römischen Recht, 6 Stunden wöchentlich, o. ö. Prof. Dr. Gustav Hanausek.

Römische Rechtsgeschichte, 4 Stunden wöchentlich, a. ö. Prof. Dr. Leopold Wenger.

Pandekten, Erbrecht, 3 Stunden wöchentlich, o. ö. Prof. Dr. Gustav Hanausek. Lektüre ausgewählter Titel der Institutionen Justinians, 2 Stunden wöchentlich, von demselben.

Romanistische Übungen im Seminar (für Studierende, welche die rechtshistorische Staatsprüfung abgelegt haben; Inskription nur gegen vorherige Meldung beim Dozenten), Donnerstag 4-5 Uhr, im rechtsgeschichtlichen Seminarsaale, von demselben, unentgeltlich.

Pandekten, Familienrecht, 2 Stunden wöchentlich, a. ö. Prof. Dr. Leopold Wenger.

*Lesen und Erklären ausgewählter lateinischer und griechischer Rechtsdenkmäler, insbesondere Papyrusurkunden (Inskription nur gegen vorherige Meldung beim Dozenten), 2 Stunden wöchentlich, Samstag von 4-6 Uhr, im rechtsgeschichtlichen Seminarsaale, von demselben, unentgeltlich.

Einführung in das Studium der Jurisprudenz mit Besprechung und Unterweisung in den Grundlehren des römischen Privatrechts, 2 Stunden wöchentlich, Honorar-Professor Hofrat Dr. August Tewes.

Spezieller Teil des römischen Obligationenrechts in rechtsvergleichender Darstellung mit der neuesten Gesetzgebung, 3 Stunden wöchentlich, von demselben.

Sommer-Semester 1904

Pandekten, Allgemeiner Teil, 5 Stunden wöchentlich, o. ö. Prof. Dr. Gustav Hanausek.

Pandekten, Sachenrecht und Pfandrecht, 4 Stunden wöchentlich, von demselben.

Lektüre ausgewählter Pandektentitel, 2 Stunden wöchentlich, von demselben.
Pandekten, Obligationenrecht, 4 Stunden wöchentlich, a. ö. Prof. Dr. Leopold Wenger.

Römischer Civilprozeß, 3 Stunden wöchentlich, von demselben.

Konversatorium auf dem Gebiete des römischen Rechts mit praktischen Übungen, fünfstündig, o. ö. Prof. i. R., Honorar-Professor Hofrat Dr. August Tewes.

In diesem Studienjahr lehrte neben Hanausek und Wenger auch noch der im Ruhestand befindliche Prof. August Tewes als Honorarprofessor¹²³. Institutionen und Pandekten wurden getrennt gelesen.¹²⁴

In einer Reihe von Schriften befasste sich Gustav Hanausek mit hochschulpädagogischen Problemen, insbesondere mit der juristischen Ausbildung¹²⁵ und Bildung.

In der Programmschrift „Römisches Recht an österreichischen Universitäten“¹²⁶ vertritt er den Standpunkt, dass die Institutionen- und Pandektenvorlesungen zugleich Einführungskollegien in das österreichische Privatrecht sein sollen und daher auch die Aufgabe eines Elementarunterrichtes aus dem Privatrecht hätten.

Noch im Jahre 1926, in seiner Rede anlässlich der Feier seines 70. Geburtstages, äußerte sich Hanausek¹²⁷ höchst positiv zur bestehenden juristischen Studienordnung¹²⁸: „Unsere Studien- und Prüfungsordnung ist eine ausgezeichnete. Falls an eine Reform derselben herangetreten werden sollte, müssten jedenfalls ihre Grundlagen unverändert bleiben. Von höchstem Werte ist es, dass bei uns die ersten Semester rechtshistorischen Disziplinen, dem Römischen Recht, dem Deutschen Recht, dem Kirchenrecht, der österreichischen Reichsgeschichte gewidmet sind und dass

¹²³ Siehe oben Fn. 33.

¹²⁴ Siehe oben.

¹²⁵ Hanausek sprach sich 1918 gegen die Einführung eines staatswissenschaftlichen Doktorates (Dr. rer. pol.) aus. Vgl. dazu W. HÖFLECHNER, Wissenschaft zwischen Tradition und Neuorientierung. Beispiele aus der Frühzeit der Ersten Republik, in: DOMUS AUSTRIAE. Eine Festgabe Hermann Wiesflecker zum 70. Geburtstag. Hrsg. von W. Höflechner u.a. (Graz 1983) 216 ff., insbes. 223, Anm. 14.

¹²⁶ Ein Beitrag und Vorschläge zur Studienreform (Wien und Leipzig 1917) 17.

¹²⁷ Erlebtes und Gedachtes (oben Fn. 1) 18.

¹²⁸ Vgl. auch J. G. LAUTNER, Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur und zu seiner Stellung im Rechtsunterricht (Zürich 1976), insbes. 130 ff.

die rechtshistorische Staatsprüfung als Zwischenprüfung vor dem Eintritt in den für das heutige Recht und für die Wirtschaftswissenschaften bestimmten zweiten Studienabschnitt abgelegt werden muss. Auf Grund langjähriger und vielfacher Beobachtungen darf ich auch aussprechen, dass die Ausbildung der österreichischen Juristen in keiner Beziehung der Ausbildung der Juristen im Deutschen Reiche nachsteht.“

Zur Frage der „juristischen Bildung“ führte er aus¹²⁹: „Es handelt sich nicht nur darum, den Hörern der Rechte eine Fülle positiver Rechtskenntnisse zu vermitteln, sondern ihnen juristische Bildung zu geben. Der gebildete Jurist wird sich auch bei einer völligen Änderung der Rechtsverhältnisse eines Landes rasch in den neuen Bestimmungen zurechtfinden. Ich habe selbst beobachtet, mit wie erstaunlicher Raschheit sich österreichische Juristen in amerikanischen Rechtsverhältnissen zurechtzufinden wussten. Die rechtshistorischen Studien haben sich nun, wie wir aus vieljähriger Erfahrung wissen, als hervorragend geeignet erwiesen, juristische Bildung zu vermitteln.“

Die zweite Aufgabe des akademischen Lehrers, neben der juristischen Ausbildung, sah Hanausek¹³⁰ darin, künftige akademische Lehrer zu entdecken und zu fördern. Dies ist ihm in vollem Maße gelungen. In völlig selbstloser Weise hat er jungen Talenten den wissenschaftlichen Weg erschlossen, sie auch nach erfolgter Habilitation betreut und gefördert.

Gustav Hanausek, selbst noch aus der Zeit der Pandektistik stammend und dieser stark verhaftet, stand den neuen Forschungsrichtungen und Wissenschaftsgebieten durchaus aufgeschlossen gegenüber. Seine Schüler haben diese neuen Strömungen, insbesondere im Bereich der Rechtsgeschichte des Altertums, teilweise begründet, ausgebaut und zu ungeahnten Höhen geführt.

¹²⁹ Erlebtes und Gedachtes, 30 Anm. 28.

¹³⁰ Erlebtes und Gedachtes 18.

Ergänzendes zum Surrogat¹

Markus Wimmer

Stellen zum Surrogat – oder wenn man dies lieber will, zum stellvertretenden Vorteil, – begegnen in den Quellen verstreut. Bekannt sind sie im Dotalrecht, beim *peculium*, systematischer immerhin im Erbrecht zum *SC Iuventianum* und allgemeiner zu dem, was wir heute Eigentümer–Besitzer–Verhältnis nennen². Auf eine weitere Stelle, Marcell D. 17,1,49, möchte ich noch aufmerksam machen, monographische Bearbeitungen zur Surrogation erwähnen den Text nicht, man findet ihn wohl eher zufällig.

Eine versteckte Stelle zum Surrogat:

D. 17,1,49 (Marcell. 6 dig.)

Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo: mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse, vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset: de iure evictionis et de mandatu quaesitum est. et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati eum non teneri, sed contra mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur et adversus venditorem testatoris sui habet ex empto iure hereditario actionem.

¹ Prof. Peter Blaho's Liebe zu Exegesen gewidmet.

² Gründlich erschlossen liegen uns die Texte vor in den Untersuchungen von Francisco Javier Andrés SANTOS, *Subrogación real y patrimonios especiales en el derecho clásico*, Valladolid (1997), Arno WELLE, *In universalibus pretium succedit in locum rei, res in locum pretii*, Berlin (1987). Im einzelnen nun noch zum Dotalrecht: Kauft der Mann mit Mitteln der Mitgift eine Sache, wird diese „automatisch dotal“: J. F. STAGL, *Favor dotis*, Wien, Köln, Weimar (2009) 220. Zu der bei WELLE, 75 angesprochenen „Selbstentwicklungsfähigkeit von universitates“ wie jene der *hereditas, dos* und *grex*, vgl. zur *hereditas* in den Fällen des Verkaufes einer Erbschaftssache Julians Differenzierung, ob der Verkauf im Interesse der Erbschaft lag (so surrogiert der Preis, andernfalls bleibt es bei der Haftung auf den Wert der weggegebenen Sache) eingehend M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, Köln (1998) 251 ff. Zu dogmengeschichtlichen Fortwirkungen siehe H. H. JAKOBS, *Lucrum ex negotiatione*, Tübingen (1993), insbes. 109 zur gedanklichen Nähe zur unechten Geschäftsführung ohne Auftrag. Dazu SCHERMAIER, *Rez. Jakobs*, SZ 115 (1998), insbes. 557.

Ich habe den Sklaven des Titius von einem anderen gutgläubig gekauft und besitze ihn.

- a) In meinem Auftrag hat ihn Titius verkauft, weil er nicht wusste, dass er ihm gehört, oder umgekehrt
- b) ich habe ihn in dessen Auftrag verkauft, nachdem ihn zufällig derjenige, dessen Erbe Titius geworden war, [von einem nichtberechtigten Vierten] gekauft hatte.

Gefragt worden ist hinsichtlich der Eviktion und des Auftrags.

Die Zuordnung eines Surrogats begegnet in der Version a):

Der Ersitzungsbesitzer (*ego*), der den Sklaven von einem *alius* gekauft hatte, erteilte (ausgerechnet) dem Eigentümer (*Titius*) den Auftrag, diesen Sklaven zu verkaufen. *Titius*, der von seinem Eigentum am Sklaven nichts wusste, führte diesen Verkaufsauftrag aus, er verkaufte und übergab den Sklaven an einen Dritten (Käufer).

Variierend dazu ist b) verwickelter und so zu denken: Der Sklave befindet sich zunächst bei einem Nichteigentümer, dem späteren Erblasser, der den Sklaven seinerzeit von einem Vierten gekauft hatte. Vom Erblasser „erbt“ dann der Eigentümer (*Titius*) seinen Sklaven, von dem er – gleich wie oben zu a) – jedoch nicht wusste, dass er ihm gehörte und beauftragte den *ego*, den „ererbten“ Sklaven zu verkaufen.

Die Version b) ist in unserem Zusammenhang nicht weiter zu erörtern³.

³ Die Konsequenz aus Variante b) ist: Will Titius, nachdem ihm bekannt wird, dass der Sklave in Wahrheit nicht ererbt ist, sondern ihm bereits gehörte, vom Käufer vindizieren, so scheidet er an der *exceptio doli* (das könnte übrigens auch die *exceptio rei venditae et traditae* sein, die der Käufer beim Verkaufsauftrag dem Auftraggeber, der vindizieren will, entgegenhält, beispielsweise D. 21,3,1,2 u.a.). Doch hat Titius hier die *actio empti* des Erblassers gegen den *venditor testatoris* (- sprachlich ein Genitivus objektivus: Verkäufer an den Testator, also gegen den Vierten, der dem Erblasser seinerzeit die Sache verkauft hatte) geerbt (*ex empto iure hereditario*). Die ererbte *actio empti*, vermutlich auf Preisrückzahlung, ergibt sich hier aus der umgekehrten Fallkonstellation zu *concursum causarum* (cc)-Fällen, und zwar so: Ziehen wir einen cc-Fall vergleichsweise heran: Ein Nichteigentümer verkauft und übergibt an den Käufer, der daraufhin den Eigentümer beerbt. Mit dem Erbgang des Käufers nach dem Eigentümer kann es zu keiner Eviktion mehr kommen, doch hat der Käufer gegen den Verkäufer die *actio empti* auf Preisrückzahlung (- dies ist ausreichend belegt, beispielsweise in D. 21,2,9 u.a.). Drehen wir den Fall um: Nicht der Eigentümer stirbt, sondern umgekehrt, der Käufer stirbt und der Eigentümer beerbt ihn. Wieder kann es nicht mehr zu einer Eviktion kommen und der Eigentümer hat die ererbte *actio empti* des Käufers gegen den Verkäufer auf

In der Version a) ist zunächst fraglich, ob Titius nun wieder zu seinem Sklaven kommt. Aus seiner Sicht verfügte der verkaufsbeauftragte Titius aus der Verfügungsermächtigung des *ego*⁴ und nicht aus seinem Eigentum. Das Verfügungsgeschäft ist somit fehlgeschlagen, weder konnte Titius aus der unwirksamen Verfügungsermächtigung eines bloßen Ersitzungsbesitzers verfügen, noch wollte er aus seinem Eigentum verfügen, von dem er zum Zeitpunkt der *traditio* nichts wusste. Bei der Übergabe aus Kauf aufgrund (unwirksamer) Verfügungsermächtigung irrte Titius sowohl über sein eigenes als auch über das Rechtsverhältnis des *ego* zur Sache. Dinglich dringt er dennoch gegen den Käufer nicht durch, er scheitert obligatorisch an seiner Bindung an den Kaufvertrag (*obstrictum emptori*). Gegen die Vindikation des Titius, wenn sie nicht sogleich zu denegieren ist, hat der Käufer die *exceptio rei venditae et traditae*. Man zögert zu sagen, dass der Käufer damit prätorisches Eigentum erlangte. Dieses ist bei einem Verkaufsauftrag sonst nur bei wirksamer Verfügungsermächtigung durch den Auftraggeber belegt (mithin in Fällen, in denen dem Auftraggeber die Sache gehörte). An einer *res Mancipi* überträgt der Verkaufsbeauftragte in einem solchen Fall bonitarisches (prätorisches) Eigentum an den Käufer, während der Auftraggeber bloß ziviles Eigentum (*nudum ius ex iure Quiritium*) und damit die Vindikation behielt. Vindizierte der Auftraggeber dann vom Käufer, stünde diesem die Einrede der verkauften und übergebenen Sache entgegen:

D. 21,3,1,2 (Ulp. 76 ad ed.)

Si quis rem meam mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocebit haec exceptio ...

Preisrückzahlung, ausgelöst durch den Erbgang des Eigentümers nach dem Käufer, so wie zuvor die *actio empti* ausgelöst wurde durch den Erbgang des Käufers nach dem Eigentümer. Beide Fälle muss man wertungsmäßig gleich behandeln: Zu einer durch Eviktion ausgelösten Rechtsmangelhaftung kommt es nicht, aber der Verkäufer soll den Preis nicht behalten dürfen. Eben diese Fallkonstellation (der Eigentümer Titius beerbt den Erblasser, der seinerzeit vom Vierten kaufte) liegt in der Version b) vor. Gleich mit der zum cc umgedrehten Fallkonstellation soll Titius den seinerzeit vom Erblasser an den Vierten bezahlten Preis zurückbekommen. Die Fragen „*de iure evictionis et de mandatu quaesitum*“ sind also so gelöst: Keine Eviktion vom nunmehrigen Käufer, aber der (frühere) Verkäufer (= der Vierte) soll wie sonst bei einem Rechtsmangel den Preis zurückzahlen müssen (ererbte *actio empti* gegen ihn). Und hinsichtlich des Mandats tritt die gewöhnliche Folge ein, dass *ego* als Beauftragter den vom Dritten Käufer erlangten Preis an Titius ausfolgt.

⁴ Zum Handeln des Beauftragten *proprio nomine* kraft Ermächtigung des Prinzipals vgl. J. MIQUEL, *Traditio rei alienae voluntate domini*, in: Nörr/Nishimura (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes*, Berlin, Heidelberg, New York (1993) 275.

Es fällt auf, dass in Marcell D. 17,1,49, obwohl die sachenrechtliche Position des Käufers hinter der dinglichen Stellung des Käufers in Ulp. D. 21,3,1,2 eigentlich zurückbleiben müsste, weil der Beauftragte aus unwirksamer Ermächtigung verfügte, der Prätor den Käufer gegen die Vindikation sogar noch stärker schützt als mit einer *exceptio*, indem die Vindikation denegiert wird (*neque, ... vindicationem ei concedendam*)⁵. Will man in allen Fällen, in denen der Prätor einen Erwerber gegen die Vindikation des zivilen Eigentümers schützt, von prätorischem Eigentum sprechen, so mag dies auch in Marc. D. 17,1,49 annehmbar sein, obgleich man eher versucht ist zu sagen, dass dem Titius genau genommen nur die Vindikation gegen den Käufer wegen seiner Bindung an den Verkauf genommen ist und er es damit hinnehmen muss, sein Eigentum durch Ersitzung an den Käufer zu verlieren. An seine Sache kommt Titius nicht mehr heran. Dann muss man ihm aber den Kaufpreis geben.

Wendete der Beauftragte auf die Ausführung des Verkaufsauftrages die eigene Sache auf, von der er nicht wusste, dass sie ihm gehörte, so wird ihm an Stelle seiner Sache, die er nun nicht mehr dinglich herausverlangen kann, der Erlös zugeordnet.

Den Surrogats-Gedanken sehen wir – etwas verdeckt – in der Antwort auf die Frage *de mandatu quaesitum est* mittelbar erörtert: Wohin gehört der Veräußerungserlös, zum Auftraggeber oder zum Beauftragten? Die *actio mandati directa* des ego auf Herausgabe des erlangten Kaufpreises dringt nicht durch (*mandati eum⁶ non teneri*), das *pretium* gehört zu Titius. Wir kennen diese Konsequenz auch sonst als eine bereicherungsrechtliche Folge: Ein *locupletior ex re aliena* des Ersitzungsbesitzers auf Kosten des Eigentümers soll vermieden werden. Der Erlös gehört dorthin, wohin auch die Sache gehörte, die sich nicht mehr dinglich verfolgen lässt.

Heikler ist umgekehrt die Klage des Titius gegen *ego*, die Marcellus befürwortet. Im Textteil *sed contra mandati agere posse*, *rell.* ist weiterer Aufwandsatz offenbar selbst dann noch denkbar, wenn Titius ohnedies das *pretium* schon hat. Es fragt sich daher, wie dies zum

⁵ Doch ist dies wohl damit zu erklären, dass die Sachlage vor dem Prätor unstrittig gewesen sein wird. Sind Einredetatsachen *in iure* nicht mehr beweisbedürftig, kann man gleich mit der von Marcellus empfohlenen Denegation verfahren. Sind sie strittig, so ist der Fall aber doch gleich gelagert mit einer Situation, in der man sonst die *exceptio rei venditae et traditae* gibt. Dabei fällt auf, dass der Irrtum des Titius (*error in domino*), der im Motiv liegt, nicht Perfektionshindernis für den Kauf war. Dies bemerkte bereits der Postglossator Albericus de Rosciate in seinem Digestenkommentar mit Unterscheidungen zwischen *error in causa dominii* und *error in ipso dominio*: M. J. SCHERMAIER, Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB, Wien, Köln, Weimar (2000) 74 f. Doch dazu noch näher unten.

⁶ Scilicet: Titium.

Eigentümer–Besitzer–Verhältnis passt, wonach der redliche Besitzer dem Eigentümer nur auf das Surrogat der Sache (also auf nicht mehr als das *pretium*) haftet. Freilich ist Aufwendersatz nicht in jedem Fall geltend zu machen (arg.: *forte*), sondern beispielsweise dann, wenn Titius nicht verkaufen wollte (*quia forte venditurus non fuerit*)⁷. Das ist typischerweise der Fall, wenn der Kaufpreis nicht sonderlich attraktiv war. Hat Titius teuer verkauft, wird er gegen den Kauf und das Behalten des Erlöses nichts haben⁸. Hat er zu billig verkauft, etwa gerade weil der Verkaufsauftrag so lautete⁹, so hat er die *actio mandati contraria* auf das Interesse am Behalten der Sache, oder näher am Text gesagt, dass der Verkauf unterblieben wäre. Hier richtet sich alles nach Auftragsrecht, das Eigentümer–Besitzer–Verhältnis korrigiert in Richtung der *contraria* nichts. Das ist mit dem Eigeninteresse des Mandanten bei der Verfolgung des Verkaufsauftrages zu erklären: Ist das *pretium* hoch, weil der Mandant vom teuren Preis profitieren wollte, so hat es damit sein Bewenden, dass der Mandant den Preis nicht bekommt. Die Surrogatszuordnung zu Titius korrigiert hier (in Richtung der *directa*) das Mandatsrecht. Ist das *pretium* niedrig, weil der Mandant wollte, dass der Käufer günstig zur Sache kommt, so liegt darin das Eigeninteresse des Mandanten. Für die *contraria* bleibt es beim Auftragsrecht: Der Beauftragte hatte die eigene Sache aufgewandt, deren Wert zu ersetzen ist¹⁰. Daran ändert auch nichts, dass der Mandant darüber irrte¹¹, dass nicht „seine“ Sache, sondern tatsächlich die fremde Sache des Beauftragten auf seinen Auftrag verwendet wurde¹².

⁷ Damit ist jedenfalls auch – wenn nicht sogar in erster Linie - gemeint: Zu *diesem* Preis nicht verkaufen wollte.

⁸ Dazu passt die vorsichtige *si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit* – Formulierung: Also nicht in jedem Fall ist die Klage auf das Interesse zu geben, sondern nur dann, wenn beispielsweise ein Interesse am Unterbleiben des Kaufes bestand. Im oben erwähnten Fall wäre das Interesse wohl Null, will man nicht Erwägungen zum Affektionsinteresse vorschlagen.

⁹ Etwa: *ego* hatte dem Titius einen billigen Preis vorgegeben.

¹⁰ Nach dem Muster der Fälle, in denen der Beauftragte auf den Auftrag die eigene Sache aufwendet, von der er weiß, dass sie ihm gehört. Solche Fälle kommen beispielsweise bei der Bürgschaft vor (leistete der Bürge als Ersitzungsbesitzer eine fremde Sache, so bekommt er erst nach Ersitzung durch den Gläubiger mit der *actio mandati contraria* Wertersatz vom Schuldner: D. 17,1,47,1).

¹¹ Oder eben beide, Mandant und Mandatar darüber irrten.

¹² Und für den Irrtum des Titius zeigt sich an der Interesseformulierung *si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit* (sc: wenn Titius gewusst hätte, dass ihm die Sache gehörte, so wäre er möglicherweise nicht zum Verkauf bereit gewesen), dass der Irrtum des Titius nur im Verhältnis Auftraggeber – Beauftragter geltend zu machen war, nicht aber zwischen Verkäufer und Käufer. Der Irrtum des Titius im Motiv (*error in domino*) wirkte nicht

Marcell D. 17,1,49 haben wir also als weiteren Beleg hinzuzunehmen, wonach das *pretium* an Stelle der nicht mehr verfolgbaren Sache dem vormals dinglich Berechtigten gehört.

Dazu aufkommende Gedanken finden sich im Eigentümer–Besitzer–Verhältnis mit Julian in D. 12,1,23 und D. 6,1,17 pr. Wir wissen nicht, ob D. 12,1,23 erst den Anstoß gab, auch im Vindikationsprozess zu entscheiden, es sei „gerecht“ (*aequum esse*), dass der Vindikationsbeklagte, der die herausverlangte Sache verkauft hatte, nun den Kaufpreis herausgeben müsse, wenn die verkaufte Sache beim Dritten (Käufer) untergegangen ist, wie Julian im sechsten Buch seiner Digesten schrieb:

D. 6,1,17 pr. (Ulp. 16 ad ed.)

Julianus libro sexto digestorum scribit, si hominem, qui Maevii erat, emero a Titio, deinde cum eum Maevius a me peteret, eundem vendidero eumque emptor occiderit, aequum esse me pretium Maevio restituere.

Es ist gut möglich, dass der Rechtsgedanke der Herausgabe des Surrogats durch die Interpretation des *restituere*-Prinzips¹³ aufkam, dessen Inhalt die Juristen so verstanden, dass dem Beklagten aus der vindizierten Sache keine Bereicherung verbleiben soll (D. 6,1,17,1; D. 6,1,35,1 u.a.). Wodurch dieser Gedanke zunächst in D. 12,1,23 nahe gelegt wurde, gilt es zu erwägen.

D. 12,1,23: Die Surrogatkondiktion des Vindikationslegatars

Die *condictio pretii* in Afr. D. 12,1,23 nannte Kaser¹⁴ „vermutlich eine Neuerung Julians“, sie dürfte mit dessen Kommentierung zum *SC Iuventianum* zusammengehangen haben¹⁵. Anlehnungen an die *vindicatio caducorum* sind plausibel¹⁶, aus eigenem Recht stand die Kaduzitätsvindikation bereits

als Perfektionshindernis für den Kauf, weil nicht der Käufer an Irrtum im Beweggrund beteiligt war, sondern nur der Auftraggeber und der beauftragte Verkäufer.

¹³ Das bekanntlich sowohl für die *hereditatis petitio* (die Universalklage) als auch die *rei vindicatio* (also die Einzelklage) galt.

¹⁴ M. KASER, RP I² (1971), 598.

¹⁵ Eine eigenständige Surrogationsidee vertreten: A. SANTOS (o. Anm. 2), 121, Anm. 272 und R. ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, Oxford (1996) 898 f. mit Hinweis auf Ulp. D. 12,6,26,12.

¹⁶ Zu Streitpunkten der Entwicklung im einzelnen MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* (o. Anm. 2), insbes. 338 ff.

ursprünglich den *heredes patri* und den *legatarii patres* offen, denen kaduzierte Güter vor dem Staatsschatz zugewiesen waren (Gai. Inst. 2,207; Ulp. 25,17; Frag. Vat. 195 u.a.)¹⁷. Schon Provera hat uns gezeigt: Der Besitzer von *caduca* darf auf keinen Fall *facere lucrum*¹⁸. Bei Verkauf einer Erbschaftssache ist die *vindicatio caducorum* gegen den Veräußerer anzustellen „perché costui [l’alienante] possedeva in luogo dei *caduca* il *pretium*, quanto perché il suo patrimonio si era arricchito in danno dell’*aerarium*“¹⁹ (D. 5,3,20,6b). Der Besitz des *pretium* an Stelle der *res (hereditaria)* begründet die Haftung des Besitzers nach dem *SC Iuventianum* „sulla base dell’arricchimento“²⁰. Die Bereicherungshaftung des redlichen Besitzers bezeugt D. 5,3,20,6b: „... *eo dumtaxat, quo locupletiores ex re facti essent*“. Für Julian ist bei Verkauf eines Erbschaftssklaven die Passivlegitimation des Besitzers zur *hereditatis petitio* und Restitution des *pretium* an Stelle des Sklaven belegt in D. 5,3,33,1. Diese Vorbilder für die Herausgabe des Surrogats sind zu berücksichtigen für die erwähnte Afrikanstelle, die auf Julian zurückgeht:

D. 12,1,23 (Afr. 2 quaest.)

Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.

Tu ist ein mit dem Sklaven bedachter Vindikationslegatar, *ego* ein (offenbar redlicher²¹) Scheinlegatar, der meinte, ihm wäre der Sklave vermacht und der den Sklaven an einen Dritten verkaufte, bei dem der Sklave starb.

Julian gibt dem *tu* gegen *ego* die *condictio pretii* (Surrogatkondiktion) auf den Verkaufserlös²², wohl weil *tu* nach Tod des Sklaven beim Käufer –

¹⁷ Mit PROVERA: KASER, Rez. Provera, Iura 16 (1965), 169.

¹⁸ G. PROVERA, La *vindicatio caducorum*, Torino (1964) 38.

¹⁹ PROVERA, 38.

²⁰ PROVERA, 41.

²¹ Vermächtnisrechtstitel hat er keinen, aber der Putativtitel reicht offenbar dafür aus, dass er redlich ist.

²² Anders verstehen *pretium* hier nicht als Preis, sondern als Wert zuletzt S. HEINE, *Condictio sine datione*, Berlin (2006,)87 f. Zustimmend J. D. HARKE, *Argumenta Iuventiana – Argumenta Salviana*, Berlin (2012) 205, Anm. 239 für Eingriffskondiktion, doch DERS. in IURA 54 (2003) 84 für den Redlichen privilegierende Beschränkung auf den Veräußerungserlös. Gegen *pretium* als „Wert“ ist einzuwenden, dass bei Verkauf unter Wert die bereicherungsrechtliche Begründung nicht passen würde. Für Veräußerungserlös wiederum statt Vieler jüngst: S. HÄHNCHEN, *Die causa condictiois*, Berlin (2003) 78 ff. mit dem Hinweis auf den Parallellfall Afr. D. 3,5,48 (49) und Lösung über die *actio negotiorum gestorum* (funktional: unechte GoA). Vgl. ferner auch die Parallele Julians in D. 6,1,17 pr.

und damit nach Wegfall der Vindikationslage gegen den Dritten – sonst leer ausginge und *ego* aus der fremden Sache um den Erlös bereichert wäre (*quasi ex re tua locupletior factus*).

Eine Anlehnung an die *vindicatio caducorum* nach dem Vorbild der aktivlegitimierte *legatarii patres* ist möglich. Eine der Kaduzitätsvindikation auf das *pretium* nachgebildete Klage auch dem Vindikationslegatar zu geben scheint freilich um nichts wahrscheinlicher als eine Analogie, oder doch eine Anregung, die von der *hereditatis petitio* nach dem *SC Iuventianum* ausging. Die Frage, wie der Gedanke einer Direktklage auf das *pretium* gegen den Besitzer des *pretium* an Stelle der *res* auftauchen konnte, könnte überraschenderweise aus einer zu Ende gedachten Variante zum bloß schuldrechtlich wirkenden Vermächtnis hervorgegangen sein. Bei einem Damnationslegat wäre die Direktklage ausgeschlossen, es läge aber im Verhältnis Erbe – Scheinlegatar ein unmittelbarer Fall des *SC Iuventianum* vor, also ein Muster für die bereicherungsrechtliche Herausgabe des *pretium*, das man schon kannte. Der Fall wäre über das Dreieck abzuwickeln: Der legatsbeschwerte Erbe hat nach D. 5,3,20,6b gegen den Scheinlegatar die *hereditatis petitio* auf das *pretium* als Surrogat für die Erbschaftssache und der Damnationslegatar kann dann den stellvertretenden Vorteil des Vermächtnisses (das *pretium*) vom Erben herausverlangen²³; behielte der Erbe das *pretium*, wäre dies gegen den erblasserischen Willen.

Hat man die Surrogatkondiktion des Vindikationslegatars gegen den Scheinlegatar bereits einmal ersonnen, würde man die Variante eines Damnationslegats wohl so überlegen: Das *pretium* gehört dem, dem auch die Sache gehörte, wer Eigentümer ist, hat auch die Surrogatkondiktion, wenn es die Sache dann nicht mehr gibt. Bei einem Damnationslegat wäre dies – bei sonst gleicher Fallkonstellation – der Erbe. Aber hier sieht man sogleich, dass der Erbe noch eine andere Klage gegen den Verkäufer hat, nämlich die eben erwähnte *hereditatis petitio* auf das *pretium* nach dem *SC Iuventianum*, da immer noch eine Erbschaftssache verkauft wurde. Diese Konsequenz lag Julian bereits

Hat ein redlicher Besitzer zu billig verkauft, so hat er nur den geringen Preis herauszugeben, er haftet nicht auf die Differenz zum höheren Sachwert.

²³ Eine elastische Anwendung der *actio ex testamento* finden wir beispielsweise in D. 30,34,7 bezeugt, wo es um einen *concursum causarum* (cc-) Fall ging und die *actio ex testamento* des Legatars auf Preisersatz gegen den vermächtnisbeschwerten Erben zu richten war, damit der Legatar die Sache letztlich unentgeltlich hat. Die Klage ging offenbar nicht nur streng ausschließlich auf das *dare* der vermachten Sache, sondern bisweilen allgemeiner auf die Herstellung des Legatsvorteils, auf das, was zum Legat fehlte (*quod deest*). Dies belegt ausdrücklich auch die Institutionenstelle Inst. 2,20,6 in einem cc-Fall: „... *ex testamento actione pretium consequi potest*“.

vor, an dieses Muster konnte er anknüpfen für einen variierend unterstellten Fall, dass eine schuldrechtlich vermachte Erbschaftssache von einem Dritten verkauft wurde. Dann lag es aber nahe, dass beim Vindikationslegat der Legatar das *pretium* direkt verfolgt (dem Erben gehört es nun nicht). Es ist also möglich, dass Julian vom Damnationslegat mit der Vorlage des *pretium ex re hereditaria* nach dem *SC Iuventianum* ausging und die Konsequenz daraus für das Vindikationslegat zog. Immerhin fällt auf, dass Julian in D. 5,3,33,1 bei Verkauf eines für die Erbschaft nicht notwendigen Sklaven – und das wäre wertungsmäßig auch ein vermachter Sklave – auch auf Herausgabe des *pretium* entschied, der Gedanke also einer variierenden Vorlage entborgt sein konnte, was dann die neue *condictio* (ohne irgendeine *datio*²⁴) auf das *pretium* nun im Eigentümer–Besitzer–Verhältnis motiviert haben könnte.

Die Direktklage des *tu* gegen *ego* als Folge des dinglichen Vermächtnisses, nachdem sich die Sache nicht mehr verfolgen lässt, erscheint uns heute als Rechtsfortwirkungsgedanke. Im rechtfertigenden Schlusssatz des Fragments *quasi ex re tua locupletior factus sim* kann die *res tua* entweder als der Sklave oder als das *pretium* aufzufassen sein. Lehnte sich die *condictio pretii* beim Vindikationslegat (Direktklage gegen *ego*) an eine Variantenbildung zum schuldrechtlichen Vermächtnis an (wo das *pretium* über das Dreieck herauszugeben ist), so ist dort das *pretium* als *res* des Erben zu deuten, indem selbst noch der Erlös aus einer von einem Dritten verkauften Erbschaftssache immer noch zur *hereditas* gehört (D. 5,3,20,6b). Möglicherweise hat dieser Gedanke es erst begünstigt, dann im Sinne eines eigentlichen Rechtsfortwirkungsgedankens zu entscheiden: wem der Sklave gehörte, dem ist nun das *pretium* zuzuordnen.

Wie weit in Fällen des Verkaufs einer Erbschaftssache surrogiert, zeigt sich im Fall einer Surrogationskette. Ersatzgegenstände surrogieren in die *hereditas* nur begrenzt.

D. 5,3,25,1: Surrogationskette

D. 5,3,25,1 (Ulp. 15 ad ed.)

Item si rem distraxit et ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hereditatis, non res quam in patrimonium suum convertit. sed si res minoris valet quam comparata est, hactenus locupletior factus videbitur;

²⁴ Vgl. zum Verständnis der Glossatoren J. HALLEBEEK, *Developments in Mediaeval Roman Law, A condictio in spite of the lack of negotium*, in: *Unjust Enrichment*, E. J. H. Schrage (Hrsg.), Berlin (1995) 108 f.

quatenus res valet: quemadmodum si consumpsisset, in totum locupletior factus non videbitur.

Locupletior ex re hereditaria wird fortschreitend interpretiert²⁵ für den Fall, dass der redliche Erbschaftsbesitzer eine *res hereditaria* verkaufte und um das *pretium* eine andere Sache kaufte. Sehen wir zunächst auf das erste Glied der Kette. Übersteigt das *pretium* den Wert der Erbschaftssache, so ist der gesamte Preis zu restituieren (D. 5,3,22 u.a.). Dies stimmt auch mit der dinglichen Singularklage (Vindikation) überein. Stets ist so zu restituieren, dass dem Besitzer aus der fremden Sache keine Bereicherung verbleibt²⁶. Demnach ist auch ein hoher Veräußerungserlös Inhalt des *restituere*, selbst bei einem späteren Wegfall des Wertes der *res hereditaria*, weil das *pretium* nach der Wertung des *SC Iuventianum* noch zur *hereditas* gehört (D. 5,3,20,6b)²⁷. Verkauft dagegen der redliche Besitzer die Erbschaftssache unter Wert, so haftet er nicht für die Differenz zum höheren Sachwert, weil er die vermeintlich eigene Sache sogar beschädigen oder zerstören könnte ohne zu haften, erst recht also billig verkaufen.

Das Fragment 20, 6b bestimmt: „... *pretia, quae ... rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaevae fuissent, restituere debere.*“ Der Wegfall des Wertes der *res hereditaria* wirkt sich nicht als Wegfall der Bereicherung beim *pretium* aus, weil der Wegfall des Wertes an der verkauften Erbschaftssache bei einem Dritten eintritt²⁸.

Die Surrogation von *pretium succedit in locum rei* liegt im ersten Glied der Kette vor²⁹. Bekanntlich wirkte das *SC Iuventianum* in beide Richtungen, auch – wenn auch zurückhaltender – im Sinne von *res succedit in locum pretii* (D. 5,3,20 pr. - 1 u.a.)³⁰. In diesem umgekehrten Sinn surrogiert aber nicht in

²⁵ Solche Interpretationen zum *locupletior* finden wir gehäuft, etwa in D. 5,3,25,17: Hat der Scheinerbe Erbschaftssachen verkauft, um Nachlassschulden zu zahlen, so ist er nicht bereichert.

²⁶ Vgl. die oben bereits beispielsweise erwähnten Stellen D. 6,1,17,1; D. 6,1,35,1; ferner noch D. 6,1,20 und zur *hereditatis petitio* 5,3,55 (Iul. 60 dig.).

²⁷ Motiv für das *SC Iuventianum* war der Fall der Nachlassauflösung durch Verkauf. Der Erlös rechnet noch zur *hereditas*. SCHWARZ, TR 24 (1956) 297. Auch ein redlicher Erbschaftsbesitzer soll nicht von der Zerschlagung der Erbschaft profitieren.

²⁸ In der Stelle ist gemeint: die *res venditae* sind beim Dritten Käufer *deminutae* oder *deperditae* vor Anstellen der *hereditatis petitio* gegen den Erbschaftsbesitzer und Verkäufer auf das *pretium*.

²⁹ Das ist weithin unstrittig, vgl. A. SANTOS (o. Anm. 2) 94, Anm. 185 m.w.N.

³⁰ Für engere Fassung: WELLE (o. Anm. 2) 35: es galt nicht „*res succedit in locum pretii*“, sondern „*res, quae hereditatis causa comparata est, venit in hereditatis petitionem*“.

jedem Fall eine *alia res* dem Erbschaftsgeld, die Vermögenszuordnung zur *hereditas* ist hier schon gelockert. Bei der Surrogation von *res succedit in locum pretii* ging man vom Kauf mit Erbschaftsgeld aus und ließ die *alia res* nur dann dem Geld surrogieren, wenn die gekaufte Sache für die Erbschaft von Nutzen war (D. 5,3,20 pr. und 1), andernfalls blieb es bei der Herausgabe des Erbschaftsgeldes. Ulpian D. 5,3,20,1 stimmt darin mit Julian überein.

In Fragment 25,1 nun, wo der redliche Erbschaftsbesitzer eine Erbschaftssache verkaufte und um das *pretium* die *alia res* kaufte, ist dies jedenfalls kein reiner Fall mehr von *res succedit in locum pretii*. Weder ist das *pretium* im eigentlichen Sinne Erbschaftsgeld, auch wenn es surrogierend nach *SC* der *hereditas* zuzurechnen ist („*quodammodo ipsum hereditarium factum*“³¹), noch ist über die zweite Wertung entschieden, ob die *alia res* für die *hereditas* nützlich war. Offenbar ist die gekaufte Sache dann überhaupt nur noch dem *patrimonium* des Erbschaftsbesitzers zugehörig. Freilich wäre eine Vermögenszuordnung zur *hereditas* in Sonderfällen noch denkbar, selbst dann noch, wenn der Besitzer mit eigenem Geld eine für die Erbschaft besonders nützliche Sache kauft, wie D. 5,3,20 pr. diesen Fall belegt: ... *si magna utilitas hereditatis versetur*; eigenes, vom Erbschaftsbesitzer aufgewendetes Geld muss der Erbe freilich erstatten: *pretium scilicet herede restituturo*³². Eine solche Vermögenszuordnung³³ müsste dann um so mehr gelten, wenn der redliche Besitzer eine besonders nützliche oder für die Erbschaft notwendige Sache um das *pretium ex re hereditaria* kaufte, also mit wertungsmäßig fremdem Geld, das noch zur *hereditas* gehört. An einen solchen Fall scheint Fr. 25,1 aber nicht zu denken, die *alia res ex pretio ex re hereditaria* surrogiert der *hereditas* offenbar nicht. Ist die gekaufte Sache mehr wert als das *pretium*, so ist nicht die *alia res* zu restituieren, sondern nur das *pretium*.

Für die Haftung auf die noch vorhandene Bereicherung – so wird *locupletior* interpretiert – kann es auf den Wegfall des Wertes der *res hereditaria* bei einem Dritten nicht ankommen (D. 5,3,20,6b)³⁴, sondern nur auf einen Wegfall des Wertes im Vermögen des redlichen Besitzers. Im Fall der Kette von *pretium ex re hereditaria* und *alia res ex pretio* ist die *alia res* Bereicherungsobjekt aus

³¹ Paul. D. 5,3,22. Zum Text noch näher unten.

³² Der Fall hat eine sachliche Nähe zur unechten GoA.

³³ Die freilich in Fr. 20 pr. bei Ulpian nur eher vorsichtig anklängt mit *puto etiam haec venire* (sc. *in hereditatem*). Die Frage dürfte strittig gewesen sein, arg.: *si vero non pecunia hereditaria, videndum erit*.

³⁴ Vgl. auch D. 5,3,20,21: Nachträgliche Wertminderung der *res hereditaria* bei einem Dritten mindert nicht das *locupletior* beim Scheinerben.

dem Surrogat (*ex pretio*) im Vermögen des Besitzers, dessen Wegfall des Wertes ebenso zu berücksichtigen ist wie im Fall von *res succedit in locum pretii*.

Man sieht also, dass die Kette zwar nicht für die Bestimmung der herauszugebenden Sache eine Rolle spielte, wohl aber für den Wegfall der Bereicherung beim *pretium*, indem der Wegfall des Wertes bei der *alia res* im Vermögen des Besitzers (und nicht eines Dritten) eintrat und ihn nur noch *hactenus locupletior* (sc. *ex pretio*) machte³⁵.

Man kann es bei der Surrogationskette auch so sagen: Der Wegfall der Bereicherung beim *pretium* geschieht durch den Wegfall des Wertes bei der *alia res*.

Eine weitere Frage zu den erörterten Stellen ist noch kurz zu streifen: Ist das *pretium* auch dann herauszugeben, wenn sich die Sache beim Dritten noch verfolgen lässt?

Konkurrenzen zwischen Herausgabe von *res* und *pretium*

In Marcell. D. 17,1,49 und den Überlieferungen zu Julian, Ulp. D. 6,1,17 pr. und Afr. D. 12,1,23 stellte sich die Frage nicht, ob die *condictio pretii* gegenüber der Vindikationslage nur subsidiär ist. Bei Marcellus scheiterte die Vindikation und in den Julian-Stellen war die Sache beim Dritten untergegangen. Es ist daher schwer zu sagen, ob Julian in D. 12,1,23 die *condictio pretii* auch dann gegeben hätte, wenn die Sache beim Käufer noch vindizierbar gewesen wäre. Sucht man nach Konkurrenzen zwischen der Herausgabe des *pretium* und der *res* in dreipersonalen Verhältnissen, so kommt Ulp. D. 5,3,20,21 zum *SC Iuventianum* teils für das zweipersonale und teils für das dreipersonale Verhältnis in Betracht, in Paul. D. 5,3,22 kehrt die Konkurrenz wieder in das zweipersonale Verhältnis zurück.

D. 5,3,20,21 (Ulp. 15 ad ed.)

Restituere autem pretia debet possessor, etsi deperditae sunt res vel deminutae. sed utrum ita demum restituat, si bonae fidei possessor est, an et si malae fidei? et si quidem res apud emptorem exstent nec deperditae nec deminutae sunt, sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor aut, si recipere eas ab emptore nullo modo possit, tantum quantum in litem esset iuratum. at ubi deperditae sunt et deminutae, verum pretium debet

³⁵ Gegen Itp-Vermutung und für Echtheit: M. MÜLLER-EHLEN (o. Anm. 2), 363 ff. Die entlastende Folge der Bereicherungshaftung wird heute kaum mehr angezweifelt.

praestari, quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset et verum pretium rei non perderet.

Ist die Erbschaftssache beim Käufer noch vorhanden, so muss sie sich der Bösgläubige zurückverschaffen. Der Erbe erspart sich damit die Vindikation gegen den Käufer. Verschafft sich der Unredliche die Sache nicht zurück, obwohl dies möglich ist, wird er in das klägerische *ius iurandum in litem (iil)* verurteilt, also in den sehr hohen Wert, auf wie viel der Kläger seine Sache eidlich schätzt und der zweifellos das *pretium* übersteigt. Ist die Rückverschaffungspflicht des Unredlichen zunächst durch den pönalisierenden Druck des *iil* abgesichert³⁶, so reduziert sich dessen Haftung auf das *verum pretium*³⁷, wenn die Sache vom Käufer nicht mehr – oder nicht mehr sinnvollerweise – zurückverschafft werden kann, etwa weil sie dort untergegangen oder schlechter geworden ist. Der letzte Satz dazu führt nur ein bekanntes Argument³⁸ aus, warum in diesen Fällen der Beklagte nicht einwenden kann, der Untergang oder die Verschlechterung der Sache hätte ohnedies auch den Kläger getroffen. Der Kläger hätte ja verkaufen und sich damit das *verum pretium* erhalten können. Der Schutz des abstrakten Dispositionsinteresses des Klägers zerstört hier den Kausalitätseinwand. Im ersten Teil des Textes kommt die Konkurrenz zwischen der Herausgabe des *pretium* und der *res* im zweipersonalen Verhältnis vor: Die *hereditatis petitio* gegen den Unredlichen geht auf die zurückverschaffte³⁹ *res* oder das *iil*. Im dreipersonalen Verhältnis gilt: Bleibt die Sache beim Dritten, so geht sie auf das *iil*. Entsprechend müsste demnach für den Redlichen gelten⁴⁰: Die erste Alternative stellt sich nicht, weil der Redliche nicht rückverschaffungspflichtig ist. Und bleibt die Sache beim Dritten, so geht die *hereditatis petitio* auf das *pretium*.

³⁶ Dieser besondere Schutz der Naturalrestitution besteht nur gegen den Bösgläubigen.

³⁷ Die Stelle geht erkennbar davon aus, dass der Kläger in erster Linie die Sache wieder haben will, möglicherweise geht sie von einem niedrigen Preis oder vom üblichen Marktpreis (*verum pretium*) aus. Es ist dann Auslegungsfrage, ob auch ein hoher Preis als ein tatsächlich erzielt *verum pretium* zu interpretieren ist (das immer noch geringer sein kann als das klägerische *iil*).

³⁸ Das Argument findet sich für die *hereditatis petitio* in Paul. D. 5,3,40 pr. als abändernde Erwägung zur *oratio Hadriani* (also zum *SC Iuventianum* vorbereitenden Gesetzesantrag) eben für die Fälle des Sachuntergangs: dennoch ist zu verurteilen „*secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea*“ mit Hinweis auf die gleiche Folge bei den Singularklagen. Zu diesen Ulp. D. 6,1,15,3 zum Vindikationsprozess, wobei dort allerdings das konkrete Dispositionsinteresse des Klägers geschützt wird, während es in D. 5,3,40 pr. das abstrakte Dispositionsinteresse ist.

³⁹ Die Situation ist nur noch zweipersonal, weil die Sache dann nicht mehr beim Dritten ist.

⁴⁰ Das ist hier freilich nicht belegt, sondern nur erschlossen.

Hat man mit Anlehnungen der *condictio pretii* Julians an die *res perditae*-Fälle des *SC Iuventianum* zu rechnen, so bildet die Stelle zumindest ein stilles Indiz dafür, dass dem Eigentümer eine *condictio pretii* möglicherweise nicht nur aushilfsweise für den Fall zu geben ist, dass seine Sache beim Dritten nicht mehr vorhanden ist⁴¹.

In D. 5,3,22 hat der redliche Besitzer beides, *res* und *pretium*. Welches von beiden ist zu restituieren?

D. 5,3,22 (Paul. 20 ad ed.)

Si et rem et pretium habeat bonae fidei possessor, puta quod eandem redemerit: an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? in praedone dicimus electionem esse debere actoris: an hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere licet deteriolem factam, non petitor, si pretium desideret, quod inverecundum sit tale desiderium: an vero, quia ex re hereditaria locupletior sit, et id quod amplius habet ex pretio restituere debeat, videndum. nam et in oratione divi Hadriani ita est: „dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum.“ oportet igitur possessorem et rem restituere petitori et quod ex venditione eius rei lucratus est.

Der Rückkauf der Erbschaftssache durch den Redlichen ist denkbar, wenn etwa die Marktpreise gefallen sind und ein weiteres Nachgeben der Preise erwartet wird, oder die Sache inzwischen beim Käufer verschlechtert ist, so dass verständlich ist, dass der Käufer die Sache wieder los werden will. Dann

⁴¹ Dazu kommt das weitere bekannte Argument, dass der Eigentümer, der das *pretium* will und nicht seine Sache vom Dritten, nur nachträglich zu genehmigen brauchte, ohnedies also sogleich durch *ratihabitio* zum *pretium* käme. Den Redlichen belastet diese Lösung (*condictio pretii* gegen den redlichen Verkäufer in elektiver Konkurrenz zur Vindikation gegen den Käufer) nicht. Vindizierte der Eigentümer vom Käufer, verlöre der redliche Verkäufer das *pretium* im Eviktionsregress. Ob er das *pretium* also an den Eigentümer herausgibt und es nicht zur Vindikation gegen den Käufer kommt, oder es dort zur Vindikation kommt und der Verkäufer das *pretium* an den Käufer zurückzahlt, kommt mehr oder weniger auf das Gleiche heraus. Klar ist damit aber, dass die *condictio pretii* gegen den Redlichen nur solange anzustellen ist, solange der Käufer noch nicht ersessen hat. Das wirft nochmals ein Licht auf D. 12,1,23: Der Untergang der Sache beim Käufer geschah dort noch während aufrechter Ersitzungslage. Eine *condictio pretii* n a c h Ersitzung durch den Dritten ist uns nicht belegt.

hat der Redliche ein hohes *pretium* erzielt und nun die Sache wieder, für deren Rückerwerb er wenig zahlen musste.

Der Redliche steht auf dem Standpunkt, dass er die *res* restituieren muss und nicht das *pretium*⁴².

Der Text wechselt sogleich zum Bösgläubigen, in welchem Fall der Kläger das Wahlrecht zwischen *pretium* und *res* hat⁴³. Anders als oben in D. 5,3,20,21 ist hier die Rückverschaffungspflicht des Unredlichen nicht im Interesse des Klägers gelegen⁴⁴. Die Alternative bei der Verurteilung aus der *hereditatis petitio* gegen den Unredlichen bestand somit nicht zwischen *res* und *uil*, sondern nur noch zwischen *res* und *pretium* (dem seinerzeit erzielten Veräußerungserlös, also auch nicht dem gegenwärtigen *verum pretium*). Der Text scheint überarbeitet, offenbar ist er nach dem thematischen Abbruch verkürzt, wirkt aber nach dem Einschleissel zur *oratio Hadriani* insgesamt gestrafft, indem die Frage nach der Restitutionspflicht des Redlichen wieder aufgenommen wird.

Erwägen wir Normalfälle und atypische Fälle.

a) Zunächst zum Wahlrecht des Klägers gegenüber dem Unredlichen: Die *res* ist wenig wert und das *pretium* hoch:

Typisch ist: Der Kläger wählt das *pretium*. Damit surrogiert das *pretium* der *res*. Die Restitution geschieht über die Surrogation und nicht über die Naturalrestitution.

Atypisch wäre: Der Kläger wählt dennoch die *res* (und nicht das *pretium*), etwa weil er die künftige Wertentwicklung der Sache so einschätzt, dass sie das *pretium* übersteigen wird. Hier erhält das Wahlrecht dem Kläger die Wertentwicklung der Sache.

⁴² A. SANTOS (o. Anm. 2) 93 sieht, dass Paulus gerade umgekehrt entscheidet, nämlich dass das *pretium* Teil der Erbschaft geworden ist („*quodammodo ipsum hereditarium factum*“) mit stützendem Hinweis auf die *oratio Hadriani*. Versteht man den Text so: Der Beklagte will die *res* restituieren, nicht das *pretium*; Paulus: das *pretium* muss er restituieren, nicht die *res*, dann böte sich keine Alternative, dass er die *res* restituieren und vom *pretium* nur die Differenz. Man müsste den letzten Satz als verfälscht streichen.

⁴³ MÜLLER-EHLEN (o. Anm. 2), 352 sieht das Wahlrecht des Erben gegenüber dem Bösgläubigen „auch das Surrogat, den Kaufpreis, zu verlangen, falls dies günstiger sei, als auf Basis des *SC Inventionum* nicht selbstverständlich“, weil der Bösgläubige nach § 6c so haftet, als ob er die Nachlasssache noch besäße. Vgl. ferner F. SCHWARZ, Studien zur *hereditatis petitio*, TR 24 (1956) 307 mit der Frage, ob man vom *malae fidei possessor* nicht auch „allgemein statt des Wertes den Preis verkaufter und noch vorhandener Sachen fordern dürfe, wenn der höher ist als der Wert.“

⁴⁴ Zu einem denkbaren – wenn auch atypischen Sonderfall – sogleich noch unten.

b) Zum Redlichen, der beides hat, *res* und *pretium*, und der wählen kann bei verschlechterter *res*:

Wohl eher typisch ist: er gibt die *res* heraus. Dann muss er aber die Differenz auf das höhere *pretium* restituieren. Das *restituere* wird nach dem *non facere lucrum* interpretiert. Auch der Redliche muss so restituieren, dass er nach Restitution bereicherungslos verbleibt. Eine Wahl „nur *res* oder nur *pretium*“ ist nicht richtig. Auch nicht richtig ist, dass der Redliche meinte, er müsse *nur* die *res* selbst restituieren und nicht das *pretium*.

Damit kommt es zu beidem, zur Naturalrestitution und zur Restitution eines Teiles des Surrogats im Ausmaß der Differenz zum höheren *pretium* (*et rem restituere petitori et quod ex venditione eius rei lucratus est*). Nicht das ganze *pretium* herauszugeben und sich deswegen die Sache sogar vom Käufer zurückverschafft zu haben⁴⁵, ist etwa sinnvoll, wenn der Redliche das *pretium* bereits investiert hat⁴⁶ und die Sache weiter an Wert verlieren wird.

Oder es kommt zur eher atypischen Alternative: Der Redliche restituiert das ganze *pretium* und behält die verschlechterte/beschädigte *res*, etwa weil er sie billig reparieren kann. Das wäre sinnvoll, wenn etwa das *pretium* nicht besonders hoch war und sich die Sache nach billiger Reparatur teuer verkaufen lässt. Könnte der Kläger die Sache billig reparieren und sie dann über dem *pretium* verkaufen, so wird hier aber sein Interesse an der Naturalrestitution nicht berücksichtigt.

Man sieht also: Beim Unredlichen gibt es – wegen des klägerischen Wahlrechtes und der Rückverschaffungspflicht – weniger Fälle eines *restituere* durch das Surrogat und mehr Naturalrestitutionsfälle als beim Redlichen.

⁴⁵ Man sehe, dass es nicht darum ging, dass der Käufer schlicht eine schlechte Sache los werden wollte. Denn diese ist er schon los, dazu brauchte er sich die Sache vom Käufer einfach nicht mehr zurückverschaffen. Dann müsste er aber das ganze *pretium* restituieren.

⁴⁶ Man denke etwa an die weit verbreitete Beteiligung an Publikanengesellschaften, die auch kleines Kapital anzogen und an denen bekanntlich „fast jeder Römer irgendwie beteiligt war“.

Nie tylko *emptio spei*. O niektórych przypadkach sprzedaży aleatoryjnej

Karolina Wyrwińska

Określone przez pandektystów mianem kontraktów aleatoryjnych (z łac. *alea*¹) umowy nie tworzyły kategorii homogenicznej, co więcej – trudno byłoby wskazać więcej niż jedną wspólną im wszystkim cechę, stanowiącą zarazem podstawę konceptualnego wyróżnienia ich jako grupy. Cechę tę stanowi niewątpliwie tkwiący w ich strukturze element ryzyka, który powodował uzależnienie spełnienia świadczenia okoliczności losowych. Dodać należy, że kontrakty, o których mowa nie stanowiły, mimo swoistego konstrukcyjnego podobieństwa ani gry losowej (*alea*), ani czynności z taką grą powiązanej (*negotium in alea gestum*)².

Omawiana kategoria kontraktów, której dotychczas poświęcono kilkanaście szczegółowych opracowań³, wydała się uczonym interesująca z wielu przyczyn, w tym w szczególności z uwagi na oryginalność konstrukcji prawnej,

¹ Pojęcie *alea*, *-ae* było wieloznaczne. Przyjmuje się, że łacińskie *alea* stanowi odpowiednik greckiego *kybe...a* (zob. Ch. DAREMBERG/E. SAGLIO/E. POTHIER, *Le Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, Paris (1877-1919), t. I, vol. 1, s. 179-180, s.v. *alea*), którym posługiwali się Rzymianie na oznaczenie gier w kości lub – bardziej ogólnie – na oznaczenie wszelkich gier, związanych z losem. Zob. R. LEONHARD, *RE*, t. I, szp. 1358, s.v. *alea*; R. NICOLÓ, *ED*, t. I, s. 1024, s.v. *alea*). W kontekście zagadnień omawianych w niniejszym opracowaniu, dotyczących konstrukcji kontraktów o charakterze losowym, pod pojęciem *alea* przyjęto rozumieć niepewny skutek zawisły od losu, ryzyko, niepewną wygraną. Zob. A. BOSELLI, *NNDI*, t. I¹, s. 469, s.v. *alea*; J. SONDEL, *Słownik łacińskopolski dla prawników i historyków*, Kraków (2001), s. 47, s.v. *alea*, *-ae*. Pod pojęciem *alea* rozumiano również: 1) grę hazardową (w kostki), 2) kostkę do gry, 3) rozgrywkę, spór, 4) wypadek. J. SONDEL, *loc. cit.*

² Na ten temat zob. M. KASER, *Erbschafts Kauf und Hoffnungs Kauf*, *BIDR* (1971), nr 74, s. 50; M. KURYLOWICZ, 'Alea' i kontrakty aleatoryjne w prawie rzymskim, *CPH* (1984) t. 36, z. 2, s. 87 i n.

³ Zob. w szczególności: F. DE VISSCHER, *La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel*, Bruxelles (1914), *passim*; M. BARTOŠEK, *La 'spes' en droit romain*, *RIDA* (1949) nr 2, s. 19 i n.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli (1956), vol. I, s. 117 i n.; F. VASSALLI, *La vendita di eredità e la dottrina dell'emptio spei*, in: *Studi giuridici*, vol. III, t. 1, Milano (1960), s. 366 i n.; A. CALONGE, *La compraventa civil de cosa futura. Desde Roma al la doctrina europea actual*, Salamanca (1963), *passim*; M. KASER, *ref. 2*, s. 46 i n.; M. KURYLOWICZ, *ref. 2*, s. 77 i n.

warunkującej realizację intencji stron w kwestii posłużenia się ryzykiem dla osiągnięcia zamierzonego celu kontraktu. Nie sposób nie zauważyć, że spośród grupy kontraktów aleatoryjnych najwięcej uwagi poświęcono dotychczas dwóm odmianom aleatoryjnego kontraktu kupna-sprzedaży (*emptio spei* i *emptio rei speratae*⁴) oraz pożyczce morskiej (*pecunia traiecticia*)⁵, natomiast tylko incydentalnie analizowano w doktrynie niezwykle interesujące pod względem konstrukcji prawnej, odrębne od *emptio spei* oraz *emptio rei speratae* przykłady sprzedaży aleatoryjnej⁶, mianowicie: *emptio quasi spes hereditatis*, *emptio servi fugitivi*, *emptio servi alieni qui heres institutus est*. Z tej przyczyny niniejsze opracowanie zostanie poświęcone omówieniu ich konstrukcji z uwzględnieniem doktrynalnych rozbieżności odnośnie do kwalifikowania tych instytucji jako przykładu sprzedaży aleatoryjnej.

Analiza fragmentu źródłowego, pochodzącego z D. 18,4,7 (Paul. 14 Plaut.):

„Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur”,

pozwała stwierdzić, że kontrakt kupna spadku (*emptio hereditatis*) dla swojej skuteczności wymagał istnienia przedmiotu kontraktu, a zatem konkretnego spadku⁷. Jurysta wskazuje, że przedmiotem kupna nie jest niepewny wynik, lecz rzecz (*nec enim alea emitur (...) sed res*). Taka *emptio hereditatis* nie nosiła cech kupna aleatoryjnego, bowiem jeśli przedmiot sprzedaży (spadek) nie istniał, kontraktu nie uznawano za zawarty, a w konsekwencji kupującemu

⁴ Szczegółowo na ten temat zob. literatura wskazana w przyp. 3 oraz D. DAUBE, Purchase of a Prospective Haul, in: Studi in onore di Ugo Enrique Paoli, Firenze (1955), s. 203 i n.; V. KURZ, 'Emptio rei speratae' «pura» oder «sub condicione»? , Labeo (1974), nr 20, s. 194 i n.; J. BENKE, Aleatorischer Kauf nach römischem Recht, OIR (2006), nr 11, s. 7 i n.; R. KNÜTEL, Hoffungskauf und Eviktionshaftung, in: E. Jakab/W. Ernst (red.), Kaufen nach Römischem Recht, Springer-Verlag Berlin Heidelberg (2008), s. 139 i n.; K. WYRWIŃSKA, Kazus złotego trójnoga a przedmiot sprzedaży w kontrakcie 'emptio spei', Zeszyty Prawnicze UKSW (2011), z. 11.1, s. 403 i n.

⁵ Zob. M. KURYŁOWICZ, ref. 2, s. 89; A. WACKE, Athleten als Darlehensnehmer nach römischem Recht, SDHI (1978), nr 44, s. 439 i n.; Z. BENINCASA, Periculi pretium. Prawne aspekty ryzyka związanego z podrózami morskimi w starożytnym Rzymie (II w. p.n.e.-II w.n.e.), Warszawa (2011), s. 115 i n.; G. Blicharz, Prawne aspekty finansowania transportu morskiego w starożytnym Rzymie, CPH (2012), t. 64, s. 2, s. 291 i n.

⁶ Zob. w szczególności J.A.C. THOMAS, Venditio hereditatis and emptio spei, TLR (1959), nr 33, s. 541 i n.; F. SENN, La notion romaine d'avenir et ses applications dans le domain du droit, RHD (1956), nr 34, s. 163 i n.

⁷ J. A. C. THOMAS, ref. 6, s. 547.

przysługiwał zwrot zapłaconej tytułem ceny kwoty. Niemniej jurisprudencja знаła przypadki kupna – sprzedaży „jakby nadziei spadku” (*emptio quasi spes hereditatis*), któremu bez wątpienia można przypisać aleatoryjny charakter. Zobrazowanie tej instytucji wymaga uwzględnienia następujących fragmentów źródłowych:

D. 18,4,10 (Iav. 2 ex Plaut.)

„*Quod si in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri: quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen eo praestabitur, quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret*”,

oraz

D. 18,4,11 (Ulp. 32 ed.)

„*Nam hoc modo admittitur esse venditionem, si qua sit hereditas, est tibi emptae, et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retribus*”.

Lektura przedstawionych fragmentów pozwala wnioskować, że w przypadku, gdy przedmiotem sprzedaży miał być uzyskany w przyszłości spadek, a sprzedawca zawierając kontrakt stosował się do następujących warunków: „*si quid iuris esset venditoris, venire*” lub „*si qua sit hereditas, est tibi emptae*”⁸, nie odpowiadał wobec kupującego, nawet jeżeli spadku w ogóle nie otrzymał. U podstawy takiego rozstrzygnięcia można upatrywać założenia, zgodnie z którym kupujący zawierając kontrakt, przejmował na siebie niepewność związaną z zaistnieniem przedmiotu sprzedaży, ponieważ, stosownie do zawartego porozumienia, to jemu miały przypadać korzyści i jego miały obciążać straty wynikające z kontraktu („*quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret*”)⁹. W kontekście lektury fragmentu autorstwa Ulpiana, pochodzącego z D. 18,4,11 (Ulp. 32 ed.), interesujące są dwie kwestie zasadnicze, mianowicie: przyczyna posłużenia się przez jurystę wyrażeniem „*quasi spes hereditatis*” zamiast po prostu „*spes hereditatis*” oraz powód, dla którego Ulpian nie

⁸ F. Vassalli uznał te wyrażenia jako synonimiczne, co spowodowało konieczność rozważenia problemu *hereditas delata*, a tym samym odejścia od idei *spes*, postrzeganej przez pryzmat *emptio spei*. Zob. szerzej na ten temat J. A. C. THOMAS, ref. 6, s. 548.

⁹ J. BENKE, ref. 4, s. 25, A. CALONGE, ref. 3, s. 44, M. KASER, ref. 2, s. 57; F. SENN, ref. 6, s. 173. M. Kaser oraz F. Senn kwalifikowali ten przypadek jako „czystą” *emptio spei*.

zdecydował się na wykorzystanie wprost instytucji *emptio spei*, tyle tylko, że w odniesieniu do sprzedaży spadku. Wskazane zagadnienia są od siebie pozornie tylko odległe – wydaje się, że można wskazać jedno prawdopodobne rozstrzygnięcie dla obydwu. Przede wszystkim należy zaznaczyć, że powodu wykorzystania sformułowania „*quasi spes hereditatis*” można się tylko domyślać. Być może wyraz *quasi* miał wskazywać na fakt, że w przypadku zawarcia tego typu transakcji nie zachodziła „czysta” *emptio spei*, która miałaby miejsce, gdyby niepewność dotyczyła faktu zaistnienia spadku (w ogóle albo ze sprzedawcą jako spadkobiercą). Wyrażenie „*quasi spes hereditatis*” mogłoby zatem oznaczać niepewność odnoszącą się do zawartości spadku¹⁰. Można przypuszczać, że z tej samej przyczyny Ulpian nie odniósł się bezpośrednio do *emptio spei*, a jedynie nawiązał do niej przez wskazanie tożsamej cechy konstrukcyjnej dla obydwu kontraktów – niepewności, losowości, nadziei na szczęśliwy traf. Zgodnie z innym prezentowanym w literaturze poglądem *emptio quasi spes hereditatis* stanowiła rezultat prac kompilatorów justyniańskich, którzy być może w tym zakresie korzystali w niewielkim stopniu ze spuścizny jursprudencej klasycznej¹¹. Z kolei zdaniem A. Calonge, koncepcja kontraktu *emptio quasi spes hereditatis* ma klasyczny rodowód, natomiast podstawową przyczyną, dla której zdecydowano się na zastosowanie analogii do *emptio spei*, była funkcja, którą ów kontrakt pełnił¹². W obydwu kontraktach, w *emptio spei* oraz w *emptio quasi spes hereditatis*, wyraźnie dostrzegalna jest cecha losowości, niemniej w literaturze trafnie wskazano, że w tym ostatnim *alea* nie osiąga tak wysokiego stopnia przypadkowości¹³, jak to miało miejsce w kontrakcie sprzedaży, mającej za przedmiot *iactus retis*¹⁴ bądź *iactus missilium*¹⁵. Jako

¹⁰ J. A. C. THOMAS, ref. 6, s. 549.

¹¹ J. A. C. THOMAS, ref. 6, s. 541.

¹² A. CALONGE, ref. 3, s. 44.

¹³ A. CALONGE, ref. 3, s. 44.

¹⁴ Cfr. D. 19,1,12 (Cels. 27 dig.). Zdaniem D. Daubego sama konstrukcja *emptio spei* była początkowo utożsamiana przez jurystów z kupnem połowu. Autor twierdzi, że pierwszą formą *emptio spei* było właśnie kupno *iactus retis*. Zob. IDEM, ref. 4, s. 203.

¹⁵ Cfr. D. 18,1,8,1 (Pomp. 9 Sab.). *Missilia*, zwane również *sparsio*, oznaczały jedną z wielorakich form *largitio* (*congiarium, donativum, epulum, sportula*). Zob. S. MROZEK, Prywatne rozdawnictwa pieniędzy i żywności w miastach Italii w okresie wczesnego cesarstwa, Warszawa-Poznań (1973), s. 35-40. *Missilia* różniły się od wszystkich pozostałych tym, że żadna część nie była przeznaczona dla konkretnej osoby, ich nabycie następowało drogą *traditio in incertam personam* (Inst. 2,1,46). Wcześniej prezentowano w literaturze pogląd, w świetle którego *missilia* stanowiły *res derelictae*, wobec czego własność na nich przypadła temu, kto zdołał je pochwytać (D. 41,7,5,1 (Pomp. 32 Sab.)). Zob. A. CALONGE, ref. 3, s. 34. Wydaje się, że *missilia* stanowiły obyczaj bardzo dawny, być może istniejący już powszechnie w czasach późnej republiki (Cic., Philip. 3,6,16).

kontrakt losowy *emptio quasi spes hereditatis* miała pozostać instytucją trwale związaną z niepewnością, ryzykiem, co zbliża ją do *emptio spei*. Natomiast z uwagi na nakreślone w precyzyjny sposób podstawy odpowiedzialności sprzedawcy, omawiany kontrakt nie mógł, w przeciwieństwie do *emptio spei*, służyć celom spekulacyjnym. Otóż sprzedawca, który zdecydowałby się zawrzeć kontrakt, wiedząc, że nie istniały żadne szanse na uzyskanie spadku, odpowiadał z tytułu podstępu: „*Hoc autem sic intellegendum est, nisi sciens ad se non pertinere ita vendiderit: nam tunc ex dolo tenebitur*¹⁶”.

Kolejnym przykładem kontraktu kupna – sprzedaży, który można kwalifikować jako przykład sprzedaży aleatoryjnej była sprzedaż zbiegłego niewolnika. Podstawowych wiadomości, dotyczących dopuszczalności zawarcia takiego kontraktu, dostarcza tekst autorstwa Ulpiana¹⁷: „*Sciendum est legem Fabiam ad eos non pertinere, qui, cum absentes servos haberent,*

Zob. D. DAUBE, ref. 4, s. 206. Współcześni badacze podkreślają, że przejawy szczodrości w postaci rozrzucania podarków wśród tłumu nie należały do rzadkości (Inst. 2,1,46). Piastujący najwyższe urzędy: konsulowie i pretorzy, przy okazji tryumfów albo różnego rodzaju świąt, rozrzucali wśród tłumu nie tylko monety, lecz także żywność, bony zbożowe, drogocenne kamienie i perły. Zob. F. BENEDEK, *lactus missilium*, in: *Sodalitas*. Scritti in onore di A. Guarino, Napoli (1984), vol. V, s. 2109. W literaturze wskazuje się, że rozdawnictwo w formie *missilia* obejmowało także zwierzęta, niewolników, a nawet nieruchomości. Wówczas w tłumie rozrzucano żetony, przedstawiające symbolicznie rzecz, do której odbioru był uprawniony okaziciel żetonu. R. KNÜTEL, ref. 4, s. 144.

¹⁶ D. 18,4,12 (Gai. 10 ed. prov.).

¹⁷ D. 48,15,2 (Ulp. 9 off. proc.). Cytowany fragment stanowił źródło kontrowersji między uczonymi, które dotyczyły dwóch wykorzystanych w nim wyrażeni: *servum fugitivum* oraz *fugam servorum suorum vendiderunt*. Podstawowe wątpliwości dotyczyły tego, co stanowiło przedmiot kontraktu, mianowicie czy była to *emptio fugae*, czy też *emptio servi fugitivi*, wreszcie czy można uznać te wyrażenia za synonimiczne, mówiące zawsze o sprzedaży zbiegłego niewolnika, jak wskazywali, bez żadnych uwag krytycznych, H. Heumann i E. Seckel („*fugam servi (=servum fugitivum) vendere*”). Zob. H. HEUMANN/E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena (1914), s. 224. Opinię wskazanych autorów podzielił A. Berger, którego zdaniem użytemu w tekście wyrażeniu *fugam vendere* można przypisać pochodzenie klasyczne, w tym znaczeniu, że w Rzymie odróżniano dwie kategorie zbiegłych niewolników. Pierwszą z nich stanowili ci niewolnicy, na których ciążyło piętno ucieczki, tacy, którzy zostali schwytani. Sprzedaż tych niewolników była w pełni dopuszczalna, pod warunkiem, że sprzedawca oznajmił o tej wadzie kupującemu, przy zawieraniu umowy sprzedaży. Zob. A. BERGER, *Note critiche ed esegetiche in tema di plagio*, BIDR (1938), nr 45, s. 288. Drugą kategorię stanowili niewolnicy zbiegli, w trakcie ucieczki. Dlatego, zdaniem Bergera, Ulpian pisząc o *fugam servorum suorum vendere* miał na myśli właśnie niewolnika zbiegłego, w trakcie ucieczki, zatem niewolnika, którego sprzedaż była zabroniona najpierw przez postanowienia *Lex Fabia*, a następnie, przez wspomniane w tekście *senatus consultum*, rozszerzono zakaz sprzedaży także wobec właściciela niewolnika, znajdującego się w trakcie ucieczki. Zob. A. BERGER, *Ibidem*.

eos vendiderunt: aliud est enim abesse, aliud in fuga esse. Item non pertinere ad eum, qui mandavit servum fugitivum persequendum et distrahendum: nec enim fugam vendidit. Amplius dicendum est et si quis Titio mandaverit servum fugitivum adprehendendum, ut si adprehendisset, eum emptum haberet, cessare senatus consultum. Hoc autem senatus consulto domini quoque continentur, qui fugam servorum suorum vendiderunt.” W omawianym fragmencie źródłowym jest mowa o jednym z zakazów, wprowadzonym przez *Lex Fabia de plagiariis*¹⁸, mianowicie o zakazie sprzedaży niewolnika, będącego w trakcie ucieczki. Jurysta wspomniał (D. 48,15,2,1), że zakaz wynikający z ustawy nie znajdował zastosowania w przypadku, gdy zawarto kontrakt zlecenia obejmujący poszukiwanie i odnalezienie zbiegłego niewolnika, a następnie, w razie skutecznego pochwycenia zbiega, jego sprzedaż. Przebieg tego typu transakcji drobiazgowo przedstawił Gaius: „*Si quis amico peregre eunti mandaverit, ut fugitivum suum quaerat et si invenerit vendat, nec ipse contra senatus consultum committit, quia non vendidit, neque amicus eius, quia praesentem vendit: emptor quoque, qui praesentem emit, recte negotium gerere intellegitur*”¹⁹. We wskazany sposób obchodzono ustanowiony przez *Lex Fabia* zakaz, ponieważ ustawa nie zabraniała udzielania tego typu zlecenia, a nadto sprzedaży nie dokonywał właściciel, tylko zleceniobiorca, natomiast schwytywany niewolnik nie mógł być już traktowany jako *servus fugitivus*, ponieważ był obecny w trakcie sprzedaży.

Przedstawiony wyżej kontrakt *emptio-venditio* wykazuje znaczące podobieństwo do „typowej” *emptio spei*. Bez wątplenia elementem, który występuje w obydwu kontraktach jest niepewność, dotycząca jego wyniku. Aleatoryjna natura kontraktu *emptio servi fugitivi* miałby się przejawiać w uzależnieniu wyłącznie od szczęśliwego trafu, szansy na odzyskanie zbiegłego niewolnika. Obydwa kontrakty zdają się być do siebie istotnie

¹⁸ Ustawa zakazująca porywania i traktowania wolnych ludzi jak niewolników, jak również zakazująca podżegania niewolnika do porzucenia jego pana. Za przestępstwo popełnione wbrew zakazowi tej ustawy (*crimen plagii*) odpowiadał nie tylko bezpośredni sprawca, ale także pomocnik (*socius*). W dalszym rozwoju, przestępstwem *plagium* objęto także wszelkie transakcje, których przedmiotem miał być wolny człowiek (D. 48,15,4 (Gai. 22 ed. prov.)). Penalizacja w przypadku takiej transakcji obejmowała obydwie strony, jednak pod warunkiem, że znany był im *status civitatis* osoby, stanowiącej przedmiot dokonywanej transakcji oraz, że ich działanie miało charakter oszukańczy (*scientes dolo malo*). Zob. D. 48,15,1 (Ulp. 1 reg.). Datacja ustawy jest niepewna, najczęściej wskazuje się drugi lub pierwszy wiek przed Chrystusem. Zob. na ten temat P. KOŁODKO, Ustawodawstwo rzymskie w sprawach karnych. Od ustawy XII Tablic do dyktatury Sulli, Białystok (2012), s. 223 i n. wraz z analizowaną tam wcześniejszą literaturą. Szersza analiza fragmentu D. 48,15,2 (Ulp. 9 off. proc.) zob. A. BERGER, ref. 17, 283 i n.

¹⁹ D. 18,1,35,3 (Gai. 10 ed. prov.).

podobne, ponieważ przedmiot jednego i drugiego *de facto* już istnieje, natomiast niepewność dotyczy rezultatu działania człowieka (szansa na udany połów bądź szansa na ujęcie zbiegłego niewolnika). Cechę tę dostrzegł A. Bechmann, który przyjął, że wyrażała się ona w przejściu całości ryzyka przez kupującego, podobnie jak miało to miejsce w przypadku zawarcia kontraktu *emptio spei*, przy której niepewność, dotycząca ilości i jakości rzeczy spodziewanej obciążała w pełni nabywcę, tak również w kontrakcie *emptio servi fugitivi*, całkowite ryzyko schwytania zbiegłego niewolnika spoczywało na kupującym²⁰. W tym kontekście istnieją podstawy do przyjęcia poglądu, w świetle którego kontrakt sprzedaży zbiegłego niewolnika był niczym innym, jak tylko typem kontraktu *emptio spei*²¹, którego przedmiotem jest choćby przyszły połów ryb. Niemniej, wyraźnie dostrzegalna jest zasadnicza różnica między przedmiotami sprzedaży w obydwu kontraktach. Otóż, przy kupnie połowu sprzedawca (rybak) miał dopiero nabyć własność przedmiotu objętego kontraktem, podczas gdy w przypadku sprzedaży zbiegłego niewolnika, własność na nim stale przysługiwała sprzedawcy²². Kolejną różnicą, na którą wskazują przeciwnicy stanowiska uznającego *emptio servi fugitivi* za odmianę kontraktu *emptio spei*, jest fakt odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu ewikcji, która była zasadniczo wyłączona w odniesieniu do *emptio spei*²³, natomiast w pełni przyjmowana w przypadku zawarcia drugiego z wymienionych kontraktów²⁴.

²⁰ A. BECHMANN in: Der Kauf nach gemeinem Recht, Teil 2, (1884) (Nachdruck Aalen 1965), s. 144.

²¹ Tak wydaje się wnioskować V. Arangio-Ruiz, którego zdaniem nie istnieją powody, dla których nie powinno się traktować tak samo jak *iactus retis* kupna zbiegłego niewolnika, w znaczeniu przekazania kupującemu nadziei odzyskania tego niewolnika. IDEM., ref. 3, vol. I, s. 120.

²² Dlatego zdaniem F. Vassalliego sprzedaż zbiegłego niewolnika nie ma nic wspólnego ze sprzedażą *iactus retis* lub sprzedażami jemu podobnymi, które rozważali klasycy. Zdaniem tego autora sprzedaje się nabycie ewentualne rzeczy, która pozostawała i pozostaje w majątku sprzedawcy. IDEM., ref. 3, s. 373, przyp. 1.

²³ D. 18,1,8,1 (Pomp. 9 Sab.): „(...) *et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur.*” Problem odpowiedzialności z tytułu ewikcji można rozpatrywać właściwie wyłącznie w odniesieniu do *missilia*, ponieważ tylko w tej sytuacji mogło dojść do sytuacji, w której darczyńca rozrzucał wśród tłumu rzeczy, które mogły nie stanowić jego własności. W pozostałych przypadkach, a więc wówczas, gdy chodziło o kupno połowu albo zwierząt lub ptaków, które miały zostać schwytane w sieci, własność nabywano drogą *occupatio*. Zob. D. DAUBE, ref. 4, s. 206 i n. Pozostali autorzy albo uznawali ten fragment tekstu za interpolowany w całości (A. GUARNERI, Di un criterio postclassico per la determinazione della res iudicata, BIDR (1923) nr 33, przyp. 1, s. 219 i n.) albo za pozbawiony sensu (V. ARANGIO-RUIZ, ref. 3, vol. I, s. 118).

²⁴ F. VASSALLI, ref. 3, s. 373.

Cechy kontraktu aleatoryjnego przypisać można także kontraktowi kupna – sprzedaży cudzego niewolnika ustanowionego spadkobiercą (*emptio servi alieni qui heres institutus est*). Wykazywał on istotne podobieństwo do wyżej analizowanej *emptio quasi spes hereditatis*. Wskazana instytucja stanowiła przedmiot analizy Gaiusa, który pisał: „*Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, iussu domini hereditatem adire debet, si vero alienatus ab eo fuerit aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam cernat, debet iussu novi domini cernere, si vero manumissus est, suo arbitrio adire hereditatem potest*²⁵”. W przywołanym tekście jurysta rozważał przypadek sprzedaży cudzego niewolnika, który został ustanowiony spadkobiercą. Jeżeli właściciel tego niewolnika postanowił go sprzedać, czy to za życia testatora, czy też po jego śmierci, kupujący nabywał ekspektatywę prawa do spadku. Ów spadek, przy założeniu, że wola testatora pozostała niezmienna²⁶ w odniesieniu do ustanowienia niewolnika spadkobiercą, przypadła przez niewolnika jego właścicielowi²⁷. Oświadczenie o przyjęciu spadku musiało zostać złożone na polecenie nowego właściciela (*alienus quoque servus (...) iussu domini hereditatem adire debet*²⁸). W literaturze wskazywane są liczne korzyści, które wynikały dla właściciela niewolnika, którego ktoś inny ustanowił spadkobiercą²⁹. Przede wszystkim podkreśla się, że ekspektatywa nabycia spadku, związana trwale z niewolnikiem, znajdowała swój wyraz przy oznaczaniu ceny w kontrakcie sprzedaży, którego był przedmiotem³⁰. Właściciel niewolnika nie mógł sprzedać prawa do sukcesji, jednak czyniąc przedmiotem kontraktu *emptio - venditio* niewolnika ustanowionego spadkobiercą przekazywał *de facto* swoje prawo do spadku z tym niewolnikiem związane (*hereditas ambulat cum dominio servi*)³¹. Wspomniana ekspektatywa nabycia spadku była uwzględniana przy każdej kolejnej sprzedaży niewolnika ustanowionego spadkobiercą, co mogło skutkować znaczącym wzrostem jego wartości. W tym kontekście doskonale widoczny staje się aleatoryjny charakter *emptio servi alieni qui*

²⁵ Gai. Inst. 2,189.

²⁶ D. 34,4,4 (Ulp. 33 Sab.): „(...) *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.*”

²⁷ A. CALONGE, ref. 3, s. 47.

²⁸ Gai. Inst. 2,189.

²⁹ Obszerny komentarz poświęcił temu zagadnieniu P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, Paris (1906), s. 818-819. Dodatkowo autor wskazywał jeszcze inne korzyści, wynikające z ustanowienia niewolnika spadkobiercą, mianowicie sytuacje, w których jego właściciel był *infans* albo *furiosus*, *Ibidem*, s. 869.

³⁰ A. CALONGE, ref. 3, s. 47.

³¹ P. F. GIRARD, ref. 29, s. 818 i n.

heres institutus est. Można wskazać na liczne elementy zależne od przypadku, trafu. Pierwsza dotyczy potencjalnej możliwości zmiany woli przez testatora, w wyniku czego niewolnik przestawał być *heres institutus*. W takiej sytuacji jego wartość, jako przedmiotu sprzedaży spadała, natomiast nabywca, który uiścił był za niego wyższą kwotę, z racji przysługującego niewolnikowi prawa, ponosił stratę. Kolejny element losowy, związany z wspomnianą ekspektatywą nabycia spadku, dotyczył czasu jej trwania i wymagał uwzględnienia przez potencjalnych zbywcę i nabywcę czynników takich jak wiek i stan zdrowia testatora, w oparciu o które szacunkowo zakładano wcześniejszy lub późniejszy moment otrzymania spadku przez niewolnika. Wszystkie wskazane okoliczności wpływały nie tylko na sferę motywacyjną kontrahentów, ale znajdowały, jak się wydaje, realne odzwierciedlenie w cenie, którą uzgadniali, natomiast ich losowy charakter stwarzał pole dla spekulacji tak nieodłącznej kontraktom aleatoryjnym.

Zagadnienie losowości w prawie jest interesujące ponieważ pozwala dostrzec jak dalece w antycznym Rzymie ten element był wykorzystywany w procesie kreowania instytucji prawnych, w tym poszczególnych typów kontraktu *emptio-venditio*, które można określić mianem „sprzedaży aleatoryjnej”. Dotychczas w literaturze romanistycznej wiele uwagi poświęcono dwóm spośród nich – kontraktom: *emptio spei* oraz *emptio rei speratae*. Ponieważ w odniesieniu do obydwu zaistnienie przedmiotu sprzedaży zależało, w mniejszym lub większym stopniu od przypadku, w poświęconych im pracach akcentuje się i analizuje ich losowy charakter. Równie zajmujące z tego punktu widzenia wydają się być inne typy sprzedaży aleatoryjnej, stanowiące przedmiot rozważań jurystów klasycznych – kontrakty: *emptio quasi spes hereditatis*, *emptio servi fugitivi* oraz *emptio servi alieni qui heres institutus est*, które nie cieszyły się dotychczas tak dużym zainteresowaniem badaczy, jak wspomniane *emptio spei* oraz *emptio rei speratae*. Na uwagę zasługuje zarówno ich wyszukana konstrukcja prawna, ujmująca los (ryzyko, szansę na szczęśliwy traf) jako immanentną cechę, jak i rozpiętość i potencjalna skala praktycznego wykorzystania losowości, wzbogacające typową umowę *emptio-venditio*, a przez to znacząco rozszerzające jej gospodarcze znaczenie.

Summary

Plenty of attention has been paid to extraordinarily interesting contracts *emptio spei* and *emptio rei speratae* in Romanistic literature. By dint of the fact that in relation to both mentioned agreements, coming of the object of a sale into existence depended more or less on an occurrence, their aleatory nature is

accentuated in works dedicated to them. Other kinds of the aleatory sale which so far have not been of such strong interest of scholars as the mentioned *emptio spei* and *emptio rei speratae*, seem to be as much curious from this point of view. The study presents contracts analyzed by classical jurists: *emptio quasi spes hereditatis*, *emptio servi fugitivi* or *emptio servi alieni qui heres institutus est*. Either their sophisticated legal construction including fate (the risk, a chance of good luck) as the immanent feature of a contract or a wide range of using randomness enriching a typical *emptio-venditio* agreement and due to it considerably expanding its economic importance, deserve one's attention.

Register prameňov (Peter Mach)

1 Právne pramene	16,2,30	40 ¹⁰
	16,2,31	45 ²⁰
1.1 Predjustiniánske pramene	16,2,32-33	44
	16,2,34	40 ¹⁰
Codex Theodosianus	16,2,36	40 ¹⁰
1,27,1	38, 42	16,2,37
3,5,3	339 ¹²⁷	40 ¹⁰
4,11,1	348	16,2,40
4,7,1	42	16,2,41
9,3,1	524 ²⁰	42
9,3,3	524 ²¹	16,2,44
9,3,7	525 ²²	45
9,11,1	526 ²⁷	16,2,46
9,43,1,3	319 ³⁷	16,2,47
10,1,1	348 ¹⁴⁹ , 351 ¹⁷⁰	16,3,1-2
10,1,2	348 ¹⁵⁰ , 351 ¹⁷⁰	45
10,8,3	348 ¹⁵¹ , 351 ¹⁷⁰	16,3,13
10,18,2	512	40 ⁹
12,11,1,2	348 ¹⁴⁸ , 351 ¹⁷⁰	16,5,5
16,1,2	44	16,5,6
16,2,1	39 ⁸ , 40 ¹⁰	16,5,7
16,2,2	40 ^{10, 12}	44
16,2,6	40 ¹¹	16,5,65
16,2,7	40 ¹⁰	16,7,1
16,2,8	40 ^{10, 11}	44
16,2,9	40 ¹¹	16,8,1
16,2,10	40 ¹⁰	41
16,2,11	40 ¹⁰	16,8,2
16,2,12	42	40 ⁹
16,2,13	40 ¹⁰	16,8,3
16,2,14	40 ¹⁰	41
16,2,15	40 ¹⁰	16,8,6
16,2,16	40 ¹⁰	16,8,21
16,2,17	40 ¹¹	41
16,2,18	40 ¹⁰	16,8,28
16,2,19	40 ¹¹	41
16,2,21	40 ¹¹	16,8,29
16,2,23	42	16,9,1-5
16,2,24	40 ¹⁰	41
16,2,25	44, 45	16,10,19
16,2,27-28	45	43
16,2,29	40 ¹⁰	16,11,1
		42
		16,11,3
		38
		Gai Institutiones
		1,7
		589, 590
		1,53
		174 ⁸⁶ , 423 ¹¹
		1,100
		470 ³⁷
		1,122
		514 ¹¹
		1,129
		469 ³³
		2,12-14
		571
		2,15
		489 ²²
		2,16
		489, 489 ^{21, 24}
		2,35
		302 ⁵⁷ , 306 ⁶⁹ , 308 ⁷⁵
		2,54
		306 ⁶⁹
		2,68
		582

2,111	478 ⁸⁰	4,63	412 ⁶³
2,124	476 ⁶⁸	4,64	413 ⁶⁴
2,144	478 ⁸⁰ , 550 ³²	4,66	413 ^{66, 67} , 414 ⁷²
2,147	549	4,67	414 ⁷⁰
2,150	474 ⁵⁸	4,76	415 ⁷⁹
2,153	283 ¹³ , 477 ⁷³	4,77	415 ⁸⁰
2,157	284 ¹³ , 305 ⁶⁵ , 477 ⁷³		
2,189	746 ^{25, 28}		
2,203	480 ⁸⁴	Fragmenta Vaticana	
2,206	473 ⁵⁷	195	729
2,207	729		
2,286	473 ⁵⁷ , 478 ⁸⁰	Lex XII Tab.	
3,1	291 ³⁷	III,1	612 ³
3,2	291 ³⁸	III,1-6	611 ¹
3,9	296 ⁴³	III,4	614 ¹⁰
3,10	296 ⁴³	III,6	614 ¹³
3,11	296 ⁴⁴	V,4	291 ³⁷ , 296 ⁴³ , 305 ⁶³
3,12	297	V,5	298 ⁴⁷ , 299
3,13	291 ³⁴ , 296 ⁴⁴	V,6	300
3,17	299 ⁴⁹		
3,22	297	Pauli Sententiae	
3,85	302 ⁵⁸ , 306 ⁶⁹ , 308 ⁷⁵	1,15,1	293 ²
3,87	304 ⁶²	2,5,3	414 ⁶⁹
3,129	410 ⁴⁹	2,17,13	170 ⁵⁷
3,130	410 ⁴⁹ , 412 ⁶¹	3,6,17	482 ¹⁰¹
3,133	412 ⁶²	4,8,4	478 ⁴⁶
3,138	405 ²³	4,8,21	299
3,139	1 ¹		
3,140	7 ¹⁴	Ulpiani Epitome	
3,147	514	19,13	302
3,149	582	22,14	305 ⁶⁶
3,157	111	23,1	550
3,168	403 ⁸	23,2	550 ³²
3,169	409 ⁴²	25,17	729
3,169-171	408 ⁴¹	26,1	291 ³⁷
3,170	409 ⁴³	26,1a	298 ⁴⁷ , 299 ⁴⁹
3,172	409 ⁴⁴	26,5	282 ⁸ , 298, 308, 308 ⁷⁶
3,173	403 ¹¹ , 405 ¹⁹		
3,173-174	404 ¹⁴	1.2 Corpus Iuris Civilis	
3,174	403 ¹¹ , 405 ^{20, 21}	Institutiones Iustiniani	
3,175	405 ²²	1,1,3	607 ¹⁰
3,176	410 ⁵⁴ , 411 ⁵⁷	1,8,2	174 ⁸⁶ , 607 ¹¹
3,179	411 ⁵⁸	2,1,12	23 ³
3,180	406 ^{26, 27}	2,1,31	573 ⁷
3,180-3,181	406 ²⁵	2,1,46	742 ¹⁵ , 743 ¹⁵
3,181	406 ^{28, 29} , 412 ⁵⁹	2,2	571
4,21	612 ⁴	2,7,3	608 ¹⁷

Register prameňov

2,14,5	290 ³⁰	10,3,1	335 ¹¹³
2,17 pr.	549	10,3,2	335 ¹¹³
2,20,6	730 ²³	10,3,3	335 ¹¹¹
3,1	290 ³²	10,15,1	512
3,1,7	293 ⁴⁰	11,33,2,2	348 ¹⁴⁸ , 351 ¹⁷⁰
3,1,8	296 ⁴²		
3,2,6	310 ⁸⁰		
3,23,1	2 ² , 5, 7 ¹³ , 8 ¹⁵	Digesta Iustiniani	
3,23,2	3 ^{4, 5}	1,1,1 pr.	585
3,29,2	401 ¹ , 402 ^{2, 4, 5, 6}	1,1,1,1	582
4,3,1	486 ⁷	1,1,2,5	584
4,6,28	121	1,1,10	607 ¹⁰
4,8 pr.	415 ⁷⁶	1,1,10 pr.	XVII, XIX
4,8,1	415 ⁷⁷	1,1,10,1	397
4,8,3	415 ⁸¹	1,2,1,5	581
4,8,7	415 ^{82, 83}	1,2,1,13	581
4,9	25 ⁸	1,2,2,12	577, 584, 590
4,9 pr.	24 ⁴	1,2,2,13	582, 584, 585 ²²
4,17	407 ¹²	1,2,2,21	177 ³
		1,2,2,26	177 ⁵
		1,2,2,32	178 ⁷
Codex Iustinianus		1,3,2	542 ¹²
1,2,1	40 ¹³	1,3,1	542 ¹²
1,2,5	40	1,3,11	585, 585 ²²
1,2,21	45	1,3,12	585
1,3,10	45 ²⁰	1,3,13	585, 585 ²²
1,3,42	45	1,4,3	585
1,3,44	528 ³⁶	1,5,7	319 ⁴⁰
1,3,48	45	1,6,1,2	174 ⁸⁶
1,4,25	43	1,6,2	174 ⁸⁶
1,4,27	43	1,7,15,2	478 ⁷⁹
1,18,11	339 ¹²⁷	1,7,46	468, 469, 469 ³²
3,43,1	43	1,8,1,1	571
4,44,2	4	1,14,3	172 ⁶³
4,44,3	335 ¹¹²	1,16,9,2	608 ¹⁴
4,44,7	335 ¹¹¹	1,18,19	608 ¹⁴
4,46,2	129	1,18,19,1	608 ¹⁴
4,58,3 pr.	170 ⁵⁵	2,8,12	586
6,1,3	172 ⁶⁵	2,14,1	407 ³⁰
9,4,1	524 ²⁰	2,14,1 pr.	582
9,4,3	524 ²¹	2,14,1,2	407 ³¹
9,4,6	526 ²⁵	2,14,1,3	407 ^{32, 33} , 542 ¹¹
9,5,1	527 ²⁸	2,14,1,4	407 ^{33, 34}
9,5,2	527 ²⁹	2,14,2	407 ³⁵
9,47,6	522 ⁵	2,14,2 pr.	408 ³⁶
9,47,8	319 ³¹	2,14,4 pr.	408 ³⁷
9,51,2	319 ³⁴	2,14,4,1	408 ³⁸
9,51,13,3	319 ³⁷	2,14,7,4	408 ⁴⁰

Constans et perpetua voluntas - Pocta Petrovi Blahovi k 75. narodeninám

2,14,7,5	408 ³⁹	7,1,18	58 ³⁷
3,2,2,5	182 ⁴²	7,1,19,1	58 ³⁸
3,5,48 (49)	729 ²²	7,1,25,1	582
4,1,6	483 ¹⁰⁵	7,1,44	54 ²²
4,2,1	322 ⁵⁵	7,1,47	58 ³⁹
4,3,9,3	406 ²⁴	7,2,1,3	586
4,4,1 pr.	582	7,4,8	56 ²⁸
4,4,7,10	587	7,4,10,6	514, 514 ¹²
5,3,18 pr.	588	7,4,12 pr.-1	53
5,3,20 pr.	733, 733 ³³	7,4,13	59
5,3,20 pr.-1	732	7,4,22	54 ²¹
5,3,20,1	733	7,4,29 pr.	463 ¹³
5,3,20,6b	729, 730, 731, 732, 733	7,4,30	55
5,3,20,21	733 ³⁴ , 734, 737	7,4,31	52
5,3,22	732, 733 ³¹ , 734, 735	7,5,1	49 ³
5,3,25,1	731	7,6,1,2	53 ¹⁹
5,3,25,17	732 ²⁵	7,6,1,4	57 ³²
5,3,33,1	729, 731	7,6,5	49 ⁵
5,3,40 pr.	735 ³⁸	7,6,5,4	55 ²⁴
5,3,55	732 ²⁶	7,6,5,4a	56 ²⁶
6,1,13	587	7,8,2	53 ²⁰ , 54 ²³
6,1,15,3	735 ³⁸	7,8,5	53 ²⁰ , 54 ²³
6,1,17 pr.	728, 729 ²² , 734	7,8,6	53 ²⁰ , 54 ²³
6,1,17,1	728, 732 ²⁶	7,8,12,2	51
6,1,20	732 ²⁶	7,8,12,6	52 ¹⁷
6,1,35,1	728, 732 ²⁶	7,8,19	50 ¹⁰
6,1,43	587	7,9,1 pr.-1	50 ⁶
6,1,67	513 ⁶	7,9,7 pr.	49 ⁵
7,1,1	49 ¹	7,9,9,3	50 ⁶
7,1,7	56 ²⁷	7,9,12	50 ^{6, 8}
7,1,7,1	50 ¹¹	8,3,38	588
7,1,8,3	54	9,1,1,1	24 ⁴
7,1,9	56 ²⁹	9,1,1,3	24 ⁵ , 25 ⁸
7,1,9,3	59 ⁴³	9,1,1,4	26 ¹⁰
7,1,9,4	56	9,1,1,5	26 ¹¹
7,1,9,5	57 ³⁰ , 59 ⁴⁴	9,1,1,6	26 ¹²
7,1,9,6	57 ³¹	9,1,1,7	26 ¹³
7,1,9,7	57 ³³	9,1,1,10	26 ¹⁵
7,1,11	57 ³⁴	9,1,1,11	26 ¹⁴
7,1,12 pr.	57 ³⁵	9,1,1,12	27 ¹⁶
7,1,12,1	50 ⁷	9,1,2 pr.	27 ¹⁷
7,1,13,4	58 ³⁶	9,1,4	26 ⁹
7,1,13,6	57 ³²	9,2,1 pr.	585
7,1,15,1	53 ¹⁸	9,2,1,1	487
7,1,15,2	58 ⁴⁰	9,2,2,2	485 ^{1, 3} , 488, 490, 490 ²⁵
7,1,17,1	58 ⁴¹	9,2,2,3	490
7,1,17,3	58 ⁴²	9,2,4,1	243 ³⁴

Register prameňov

9,4,19,1	463 ¹³	18,1,79	582
10,3,14,1	588	18,4,7	740
10,4,9,1	29 ²⁸	18,4,10	741
11,3,1 pr.	175 ⁹¹	18,4,11	741
11,3,5 pr.	176	18,4,12	743 ¹⁶
11,4,1 pr.	175 ⁹⁰	19,1,3,1	473 ⁵⁴
11,4,1,3	176 ⁹⁶	19,1,11,8	586
11,4,1,5	164 ²³ , 165 ²⁸	19,1,12	742 ¹⁴
11,4,2	172 ^{68, 69}	19,1,13,13	473 ⁵⁴
11,7,35	586	19,1,13,17	582
12,1,23	728, 729, 734, 735 ⁴¹	19,1,21	478 ⁷⁹
12,4,3,7	582	19,2,7	587
12,6,7,1	467 ²⁴	19,2,9 pr.	582
12,6,26,12	728 ¹⁵	19,2,9,6	463 ¹⁰
12,6,26,13	586	19,2,22,3	3
12,6,30 pr.	414 ⁷³	19,2,54 pr.	582
13,5,24	582	19,5,14,3	29 ²⁹
13,6,18 pr.	466 ²¹	19,5,22	587
13,6,18,1	467 ²⁴	20,1,15,2	431
13,6,3,1	467 ²³	20,1,29 pr.	535 ²⁰
13,6,3,3	415 ⁸⁴	20,1,34 pr.	531
13,6,5,6	466	20,4,12,7	431 ⁶
13,6,22	587	21,1,1,1	165 ²⁶
13,7,35,1	463	21,1,17	164 ²² , 165
13,7,37	463 ¹³	21,1,17 pr.	165 ²⁹
15,1,3,8	172 ⁶⁸	21,1,17,1	174 ⁸³
15,1,38,2	587	21,1,17,2	165 ³⁰
16,1,17 pr.	586	21,1,17,3	164, 164 ²⁵ , 165 ³¹
16,2,6 pr.	413 ⁶⁸	21,1,17,4	168 ⁴⁰
16,2,10 pr.	413 ⁶⁵	21,1,17,4-5	166
16,2,10,1	414 ⁷⁴	21,1,17,8	165 ³¹
16,3,15	462 ⁹	21,1,17,12	167 ³⁵
16,3,31	120 ¹⁵	21,1,17,14	169
16,3,31 pr.	119 ⁸	21,1,17,16	172 ⁶⁸
17,1,47,1	727 ¹⁰	21,1,35	582
17,1,49	723, 726, 728, 734	21,1,40,1	27 ¹⁹
17,2,63,5	582	21,1,41	27 ²³
17,2,79	582	21,1,42	28 ²⁵
18,1,1,1	2 ³ , 486 ⁷	21,1,43 pr.	28 ²⁴
18,1,5	173 ⁷⁴	21,1,43,1	166
18,1,7,1	6 ¹⁰	21,1,58,2	170 ⁵⁶
18,1,8,1	415 ⁸⁶ , 742 ¹⁵ , 745 ²³	21,2,9	724 ³
18,1,27	120 ¹⁵	21,2,64,4	586
18,1,35,1	6	21,3,1,2	724 ³ , 725
18,1,35,3	744 ¹⁹	21,3,2	582
18,1,38	5	22,1,38,7-8	473 ⁵⁴
18,1,39,1	587	22,3,4	170 ⁵⁴

22,3,7	170 ⁵⁷	29,2,62 pr.	586
23,3,16	582	29,2,69	282 ⁴
23,5,4	585	29,2,80,1	283 ⁹
24,1,25	584	29,2,84	282 ⁴
24,2,1	469 ³⁵	29,2,94	283 ¹¹
27,8,5	582	29,4,2,1	586
27,10,4	582	29,5,2	582
28,2,9,2	291 ³⁵	30,14	468 ²⁸
28,2,11	305 ⁶⁷	30,34,7	730 ²³
28,2,13 pr.	582	32,73,2	470 ³⁹ , 471 ⁴³
28,2,13,1	584	33,2,31	587
28,2,14 pr.	281 ²	33,7,12,43	587
28,2,16	281 ²	34,4,4	548, 560 ⁶⁶ , 746 ²⁶
28,2,18	477 ⁷²	35,1,19	112 ²⁹
28,2,30	550	35,1,64,1	585
28,3,1	550 ³¹	35,2,73,1	582
28,3,6,3	282 ⁴	36,1,3 pr.	582
28,4,3 pr.	474	36,1,20,2	472 ⁵³
28,5,9,7	281 ²	37,4,11,1	476 ⁶⁸
28,5,13[15,17]	476 ⁶⁶	37,5,1 pr.	582
28,5,19	475	38,5,1,10	582
28,5,50,1	287 ²⁵	38,16,1 pr.	282 ⁴ , 290 ³²
28,5,60,4	288 ²⁵	38,16,1,8	292, 293, 295
28,5,60,6	287 ²⁴	38,16,2,2	282 ⁴
28,6,38,3	582	38,16,2,4	282 ⁴ , 299 ⁵⁰
28,6,42	282 ⁴	38,16,2,5	297 ⁴⁵
28,7,13	286 ²²	38,16,2,6	291 ³⁵ , 293
28,7,15	112	38,16,5	297 ⁴⁵
28,7,27 pr.	111	38,16,6	295
29,1,6	476 ⁶⁷	38,16,7	295
29,1,19,1	586	38,16,8 pr.	296 ⁴²
29,1,38,1	582	38,16,9	282 ⁴ , 288 ²⁶
29,2,3	286 ²³	38,16,14	283 ¹³ , 477 ⁷³
29,2,4	476	38,17,1,9	282 ⁴
29,2,7,2	281 ²	38,17,1,11	282 ⁴
29,2,13 pr.	283 ¹⁰ , 286 ²⁰	39,4,14	477
29,2,13,2	286 ²³	40,4,57	582
29,2,18	283 ¹⁰	40,12,10	172 ^{68, 71}
29,2,21,2	283	40,12,11	172 ⁶⁸
29,2,25,13	282 ⁴	41,1,9,7	566 ⁸
29,2,27	283 ¹¹	41,1,20 pr.	482
29,2,35 pr.	282 ⁴	41,1,23,3	566 ⁹ , 582
29,2,37	303 ⁶⁰	41,1,31,1	511 ¹ , 512
29,2,39	282 ⁴ , 291 ³⁶	41,1,44	567 ¹⁴
29,2,42 pr.	281 ²	41,1,55	567 ¹⁴
29,2,44	281 ²	41,2,1	108
29,2,53,1	281 ²	41,2,1,7	566 ⁹

Register prameňov

41,2,3,5	566 ⁹	48,13,5,3	513 ⁶
41,2,3,10	172 ^{68, 72}	48,15	175 ⁹²
41,2,44	567 ¹⁴	48,15,1	744 ¹⁸
41,2,44,1	567 ¹⁴	48,15,2	743 ¹⁷ , 744 ¹⁸
41,3,10	567 ¹⁴	48,15,2,1	744
41,3,10 pr.	120 ¹⁵	48,15,4	744 ¹⁸
41,3,15,1	172 ⁶⁸	48,19,8,9	521 ³
41,3,30	567 ¹⁴	48,19,35	522 ⁴
41,3,35	567 ¹⁴	48,19,41	477 ⁷⁴
41,7,5,1	742 ¹⁵	48,20,1 pr.	318 ²⁹
43,13,1,6	582	48,20,7,3	319 ³⁹
43,16,1,14	565 ⁷	48,20,8,3	319 ³¹
43,16,9 pr.	566 ⁹	48,22,4	319 ³²
43,16,18	567 ¹⁴	48,22,6	523 ¹²
43,26,6,4	463, 464	48,22,7,4	319 ³³
43,29,3,4	582	48,22,17,1	318 ³⁰
44,1,8	189	48,23,2	319 ³⁵
44,4,4,7	582	48,23,3	319 ³⁶
44,7,1,11	415 ⁸⁵	49,15,8	469 ^{33, 35}
44,7,31 pr.	415 ⁸⁵	49,15,19 pr.	582
44,7,34,2	467 ²⁴	50,16,24	303 ⁶⁰
45,1,18 pr.	410 ⁵³	50,16,64	290 ³³
45,1,61	112	50,16,109	109, 120 ¹⁵ , 129
45,1,115,2	587	50,16,120	584
45,1,137,6	585	50,16,151	281 ¹
46,2,1 pr.	410 ^{48, 50}	50,16,208	282 ⁵
46,2,8,5	411 ⁵⁵	50,16,225	164 ²³
46,3,12,4	565 ⁷	50,17,1	478 ⁷⁷
46,3,19	172 ⁶⁸	50,17,3	476
46,3,34,5	172 ⁶⁸	50,17,7	475, 290 ³⁰ , 478 ⁷⁶
46,3,34,7	412 ⁶⁰	50,17,9	467
46,3,60 pr.	403 ⁷	50,17,10	470, 472
46,3,75 pr.	409 ⁴⁵	50,17,11	482
46,6,12	129	50,17,15	470, 479 ⁸¹
47,2,10	480 ^{84, 86}	50,17,23	542 ¹²
47,2,12,2	479, 480	50,17,25	478, 479, 481
47,2,43,8	175 ⁹³	50,17,34	467
47,2,63	173 ⁷⁷	50,17,43 pr.-1	465
47,2,66	175 ⁹⁵	50,17,43,1	466
47,2,68,4	587	50,17,45	463 ¹⁰
47,10,7,1	587	50,17,45 pr.	462, 463, 462 ⁹
47,10,15,45	172 ⁶⁸	50,17,54	481
47,11,11	29 ³³	50,17,62	303 ⁶⁰
48,5,23,4	582	50,17,80	477
48,12,2 pr.	676 ²⁶	50,17,89	291 ³⁶
48,12,2,1-2	676	50,17,90	582
48,12,3,1	676 ²⁸	50,17,120	483

50,17,144 pr.	424 ¹²	Liber Extra	
50,17,175 pr.-1	470	3,50,3	228 ¹⁴
50,17,185	207	3,50,5	276 ¹⁸
50,17,192	474	3,50,10	228 ¹⁵
50,17,192 pr.-1	473	5,1,21	271 ³
50,17,202	570	5,3,31	271 ³
50,17,204	479, 479 ⁸³ , 480, 481	5,7,9	272 ⁴
50,17,209	468	5,32,1	226 ⁸
		5,33,28	229 ¹⁶

Novellae Iustiniani

10	530 ⁴⁸
42	528 ³⁵
117,13	529 ⁴¹
123	42, 45
123,10	528 ³⁸
123,11	528 ³⁷
123,20	528 ³⁹
123,30	528 ⁴⁰
127,4	529 ⁴¹
131,14	529 ⁴³
134,9	524 ¹⁷ , 529 ⁴⁴
134,11	529 ⁴¹
134,12	529 ⁴²

1.3 Stredoveké pramene

Basilicae

60,3,1	487, 490, 491
60,3,2	485 ³

1.4 Kánonické právo

Codex Iuris Canonici/1917

c. 6	230
------	-----

Codex Iuris Canonici/1983

c. 149 § 3	648 ¹⁶⁷
c. 188	648 ¹⁶⁷
c. 277	499 ²⁹
c. 285 § 3	453 ⁶
c. 1380	648 ¹⁶⁷

Codex canonum ecclesiarum orientalium

c. 383	453 ⁶
c. 804	496 ¹⁴
c. 946	648 ¹⁶⁷
c. 968	648 ¹⁶⁷

Liber Sextus

5,13,12	689
---------	-----

1.5 Moderné pramene

Brazília

Código civil	
Art. 1939	560 ⁷⁰

Česká republika

Občanský zákoník (2012)

§ 3 odst. 1	115
§ 3 odst. 2	190
§ 4	191
§ 10	575
§ 10 odst. 2	187
§ 14	569 ¹
§ 112	571
§ 489	571
§§ 489-544	570
§ 493	571
§ 494	571
§ 496 odst. 1	571
§ 496 odst. 2	571
§ 497	571
§ 498 odst. 2	571
§ 499	572
§ 500	572
§ 501	573
§§ 502-503	574
§ 504	574
§ 505	573
§§ 505-513	573
§ 506	573
§ 507	573
§ 510	574
§ 1019 odst. 2	575 ⁹

Register prameňov

§ 1067	573	Art. 1035	560
§ 1083	573	Art. 1133	113
§ 1084	573	Art. 1134	543 ¹²
§ 1088	573	Art. 1135	123
§ 1271	575 ¹¹	Art. 1271-1281	557
§ 1272	575 ¹¹		
§ 1274	575 ¹¹	Medzinárodné právo	
§ 1276	575 ¹¹	Charta OSN	
§ 1294	572	čl. 13 ods. 1	
§ 1598	575	písm. a)	253, 265
§ 1851	572		
§ 2193	222, 572	Medzinárodný pakt o občianskych	
§ 2390	222, 572	a politických právach	
§ 2402	572	čl. 18 ods. 2	455
§ 2728 odst. 2	575 ¹⁰		
§ 2971	189	Štatút MSD	
§ 2976 odst. 1	190	38 ods. 2	249
§ 2988	191		
Československo		Nemecko	
Občiansky zákonník (1950)		BGB	
§ 9	219	§ 130 Abs. 2	536, 538
§§ 23-29	570	§ 138	113
§ 30	219	§ 153	536, 538
§ 410	222	§ 185	537, 538
§ 419	222	§ 185 Abs. 2	
§ 551	220	Satz 1 Fall 3	536, 537
		§ 305c Abs. 1	537
Občiansky zákonník (1964)		§ 305c Abs. 2	537
§ 18	144	§ 1922 Abs. 1	537 ³²
§ 18 ods. 2	150	§ 2253	560
§§ 18-21	135	§ 2254	560
§ 20f a nasl.	137,139	§ 2255	560
§ 39	114	§ 2256	561
§ 43	114	§ 2257	561
§§ 118-121	570	§ 2258	560
§ 257	222	§ 2258 Abs 2	561
§ 341	222		
§ 387	222	HGB	
§ 657	222	§ 27	536 ³⁰
§ 659	222	§§ 348f.	123 ²⁵
§§ 829-841	140	§ 363	123 ²⁵
		§ 368	123 ²⁵
Francúzsko		§§ 371f.	123 ²⁵
Code civil		§ 375	123 ²⁵
Art. 5	188	§377	123 ²⁵
Art. 895	559		

Rakúsko

ABGB

§§ 1-14	198
§ 4	219
§§ 15-284	198
§ 285	570, 571
§§ 285-308	570
§§ 285-1341	198
§ 292	571 ²
§ 298	571
§ 301	572 ⁵
§ 302	218,573
§ 367	314
§ 398	517, 517 ²⁰
§ 399	516, 516 ¹⁸ , 517
§ 401	518 ²⁶
§ 545	294 ⁴¹
§ 703	294 ⁴¹
§ 713	560
§ 717	560
§§ 762nn	220
§ 799	285 ¹⁷
§ 863	123
§ 971	222
§ 974	218
§983	222
§§ 1342-1502	198

Slovenská republika

Trestný poriadok

§ 163 ods. 1	276 ¹⁵
--------------	-------------------

Ústava Slovenskej republiky

čl. 1	451
čl. 1 ods. 1	147 ³⁵ , 354, 363
čl. 2 ods. 1	453 ³
čl. 7 ods. 5	354
čl. 12 ods. 1	355
čl. 12 ods. 2	355, 356
čl. 12 ods. 3	140
čl. 13 ods. 3	355, 359
čl. 13 ods. 4	147 ³⁵
čl. 20	137
čl. 20 ods. 1	147, 147 ³⁵
čl. 24	144 ²⁷ , 149 ³⁸ , 451
čl. 24 ods. 1	455
čl. 24 ods. 2	457

čl. 24 ods. 3	456, 457, 457 ¹⁶ , 459
čl. 24 ods. 4	455 ¹²
čl. 29	140, 145, 145 ²⁹
čl. 30 ods. 1	453 ⁵
čl. 30 ods. 4	453, 453 ⁵
čl. 34 ods. 1	140
čl. 46 ods. 1	457, 459
čl. 48 ods. 2	457 ¹⁶
čl. 66 ods. 1	141
čl. 68-71	148 ³⁷
čl. 154c ods. 1	354

Zákon o slobode náboženskej viery a postavení cirkví a náboženských spoločností

§ 1 ods. 3	455
§ 2 ods. 1	454

Zákonník práce

§ 3	458 ²¹
-----	-------------------

Španielsko

Código civil

Art. 737	559 ⁶⁵
----------	-------------------

Švajčiarsko

ZGB

Art. 1	188
Art. 509 II	559 ⁶⁵
Art. 510 II	559

Taliansko

Codice civile

Art. 40	181 ³⁰
Art. 587	559 ⁶⁵
Art. 680	559 ⁶⁵
Art. 681	561 ⁷²
Art. 1230	557 ⁵⁹
Art. 1230-1235	557
Art. 1372	543 ¹²

2 Neprávne pramene

Appianus

Bellum Civile

1,26,119	523 ¹³
2,3,94	327 ⁷²

Register prameňov

2,19,140	327 ⁷³	2 Krn 19,7	686, 687
3,1,4	328	Mk 10,11	494
3,8,57	328 ⁷⁶	Mt 5,32	494
3,22,80	329 ⁸³	Mt 5,45	627 ⁶²
3,22,81	329 ⁸⁵	Mt 7,16	424 ¹⁴
3,22,88	329 ⁸⁴	Mt 7, 20	424 ¹⁴
3,57,235	328 ⁷⁷	Mt 25,35-36	525 ²⁴
4,31,134	329 ⁸⁷ , 331 ⁹¹	Mt 28,19-20	627 ⁶²
Aristoteles		Rim 2,10-11	686, 686
Ars Rhetorica		Rim 2,11	689
1357 a 13	586 ²⁶	Rim 16,7	629 ⁷¹
Politica		1 Sam 16,7	688
57,3	244 ³⁹	Sk 8,9-24	648 ¹⁶⁷
Topica		Sk 10,34	686, 687
1,100 b	588	Sk 16,23-39	523 ¹⁶
100 b 21-29	586 ²⁶	Sk 24,23-27	523 ¹⁰
Athenaeus		1 Tim 3,1	493 ²
Deipnosophistae		1 Tim 3,2	494 ⁴
265d-266e	171 ⁵⁸	1 Tim 3,2-7	494 ³
Aurelius Augustinus		1 Tim 3,5	495 ¹⁰
De civitate Dei		1 Tim 3,12	494 ⁴ , 495 ¹⁰
V,12	36 ²¹	1 Tim 3,14-15	495 ¹¹
Aventinus		1 Tim 5,14	495
Annales ducum Boiariae		2 Tim 4,8	689 ²⁶
IV,21	638 ¹²⁶	Tit 1,6	495 ¹⁰
Biblia sacra		Tit 1,7a	493 ¹
Dt 10,16-17	686	Ž 66,4	627 ⁶²
Dt 10,16-17	687	Ž 82,3-4	683 ⁶
Dt 10,17	687	Ž 82,7	683
Dt 16,19	686	Ž 96,1	627 ⁶²
Ez 18,23	271 ¹	Ž 117,1	627 ⁶²
Flp 2,11	627 ⁶²	M. T. Cicero	
Gn 1,26-27	500	Ad Atticum	
Jk 2,1-9	686, 687	9,12	177 ⁶
Jn 19,20	626	Ad familiares	
Kol 3,25	686, 687	10,11,3	584
1 Kor 6,1	42 ¹⁵	13,8,2	327, 351 ¹⁶⁷
1 Kor 9,5	498	13,77	172 ⁷⁰
1 Kor 14,5n	627 ⁶²	Cato Maior de Senectute	
2 Kor 5	42 ¹⁵	61	586
		De divinatione	
		1,34	581
		2,92	581

Constans et perpetua voluntas - Pocta Petrovi Blahovi k 75. narodeninám

De domo sua		Epistulae ad Quintum fratrem	
17,43	320 ⁴³	I 1,21	322, 323 ⁶²
		I 2,2,7	323 ⁶²
De haruspicum responsis		I 2,14	171 ⁵⁸
23,4	182 ⁵²		
24,20	179 ¹⁷	In Catilinam I	
		1,3	67 ²⁵
De inventione		2,4	65 ¹⁵
1,5	589	2,5	71 ³⁹ , 74 ⁵³
2,57	582	5,13	71 ⁴¹
		6,14	73 ⁴⁹
De lege agraria contra Rullum		6,16	73 ⁵¹
2,21,56	320 ⁴⁵		
3,2,6	320 ⁴⁶	In Verrem	
		II 1,121	71 ⁴⁰
De legibus		II 2,7	69 ³³
2,9	33 ¹¹	II 3,15	322
2,52	582	II 3,81	320 ⁴⁵ , 326, 351 ¹⁶⁷
2,59	33 ¹¹ , 581	II 5,14,36	179 ¹⁹ , 180 ²⁴
3,7	177 ⁶		
3,11	34 ¹³	Laelius de amicitia	
3,80-91	584	22,82	480 ⁸⁹
		23,86	480 ⁸⁹
De natura deorum		Philippicae	
2,10	586	2,64	328 ⁷⁵
3,4,11	586	2,75	328 ⁷⁵
De officiis		3,6,16	742 ¹⁵
1,43	327, 350 ¹⁶⁵ , 351 ¹⁶⁷	9,10	581
2,8,27	320 ⁴⁵	13,10-11	328 ⁷⁸
2,19,65	581	13,11	329 ⁸¹
3,14-15	402 ³	13,12	329 ^{79, 81}
3,19,76	607 ¹⁰		
3,65	584	Pro Archia	
3,91	587	32	70 ³⁶
De oratore		Pro Caecina	
1,45,200	581	24,69	586
1,48,212	581	69	587
1,57	177 ⁶		
1,242	587	Pro Cn. Plancio	
		83	181 ³³
De re publica		Pro Murena	
2,51	36 ¹⁹	28	587
2,54	34 ¹²	40	181 ³⁰
5,2	589, 590		

Register prameňov

Pro Sestio		Fredegarius Scholasticus	
78	182 ³⁹	IV,68	619 ¹¹
134	181 ³² , 182 ⁴⁰ , 182 ⁴¹ , 182 ⁴⁶		
Pro S. Roscio		A. Gellius	
43,125	320	Noctes Atticae	
		4,2,1	165 ²⁶
		11,18,14	173 ⁷⁷
Tusculanae disputationes		12,13,3	587
I,3,6	68 ³⁰	17,21,11	177 ²
IV,3,6	69 ³²	18,2,11	179 ²⁰
		18,4,4	326
		20,7	34 ¹⁴
Cassius Dio		Horatius	
43,50,2	328	Saturae	
45,9,4	329 ⁸⁰	2,2,14 ff.	166 ³²
47,14,1	330		
47,17,2-3	329 ⁸⁷	Iuvenalis	
60,3,5	331 ⁹³	Saturae	
60,4,1	331	10,81	177 ¹
60,6,3	331		
60,17,2	332	Lactantius	
65,6,1	334, 351 ¹⁶⁸	De morte persecutorum	
68,1,2	334 ¹⁰⁶	48,2	338 ¹¹⁶
68,2,1	334, 351 ¹⁶⁸	48,7,7-9	351 ¹⁶⁹
		48,7-9	336
Eusebius Pamphili			
Historia Ecclesiae		Livius	
9,10,7-11	341 ¹⁶⁵	Ab Urbe Condita	
9,10,11	342, 351 ¹⁶⁹	1,33	522 ⁸
10,5,1	338 ¹¹⁹	3,31	32 ⁷
10,5,3	338 ¹¹⁷	3,34	32 ⁵ , 33 ⁸
10,5,9-11	336, 351 ¹⁶⁹	3,54	35 ¹⁷
10,5,11	340 ¹³¹	3,55	35 ¹⁷
10,5,15b-17	340, 351 ¹⁶⁹	6,42	177 ⁴
		10,23	181 ³⁷
Vita Constantini		10,47	179 ¹⁵
2,24-42	343 ¹³⁹	22,9,7	487 ¹²
2,36	344 ¹⁴³	22,9,8-10	487 ¹³
2,37	343, 344	22,10,1	487 ¹⁵
2,37-41	351 ¹⁶⁹	22,10,2-6	487 ¹⁶
2,38	344 ¹⁴⁴ , 345	23,30	179 ¹⁵
2,39	346	27,23	180 ²⁶
		32,7	179 ¹⁵
Florus		33,25	179 ¹⁵
Epitome		34,44	184 ⁵⁵
2,11,1	325, 350 ¹⁶⁶	34,54	179 ¹⁶

39,22	181 ³⁶	8,17,64	27 ¹⁸
40,20	515	16,5,15	28 ²⁷
40,44	181 ³⁵	36,4,40	27 ²²
40,59	179 ¹⁵		
45,1	179 ¹²		
MGH		Plinius Minor	
50,3,2	226 ⁵	Epistulae	
		9,21	163 ²⁰
		9,24	163 ²⁰
		10,29-30	171 ⁵⁸
		10,74	173 ⁷⁴
Ovidius Naso		Plutarchus	
Ars amandi		Marius	
3,653	687 ¹⁵	12	523 ¹⁴
Petronius		Otho	
Satyricon		1,4	332, 351 ¹⁶⁸
107,4	174 ⁸²		
107,15	581		
Plato		Quintilianus	
Nomoi		Institutio oratoria	
624a	235 ²	7,6,1	587
853b-c	235 ¹²		
854b	235 ¹¹	Pindaros	
856b-c	237 ¹³ , 240	Olympia XI, 5-6	106 ⁹
857c-e	235 ⁸	Pythia IX, 95-96	106 ⁶
865a	240	Polybios	
865a-874e	240 ²⁴	2,12,7-8	33 ¹⁰
865b	242 ³⁰	5,2a	499 ³⁰
865d-e	243 ³¹	Sallustius	
865d-866a	242 ²⁹	Bellum Catilinae	
866c	237 ¹³	8,2-4	67 ²⁴
866e	241 ²⁷	14,1-3	66 ²¹
871b	237 ¹³	16,4	66 ¹⁷
872a	242	46,2	71 ⁴²
873-4	25 ⁷	55	522 ⁷ , 523 ¹⁵
874c	243, 245	Historiae	
875	240	1,55,17	320 ⁴⁵
907d-e	238 ²⁰	1,55,18	321 ⁵¹ , 345 ¹⁴⁵
914a	237 ¹³	4,1	326
933a	242	Seneca Minor	
959b-c	239 ²³	De ira	
961a-b	237 ¹⁴	3,40,2	167 ³⁹
964e	237 ¹⁵		
Plinius Maior			
Naturalis historia			
7,14	478 ⁷⁹		

Register prameňov

SHA

Albin. 12	335 ¹⁰⁹
Alex. 46,4	335 ¹⁰⁹
Aur. 24,9	335 ¹⁰⁹
Avid.Cass. 7,7	335 ¹⁰⁹
Avid.Cass. 7,9	335

Slavorum Apostoli

IV,12	627 ⁶²
IV,14	651 ¹⁷⁹
V,17	627 ⁶²
VI,22	636 ¹¹⁵
VII,24	636 ¹¹⁵

Suetonius

Aug. 3,2	323 ⁵⁹
Caes. 1,41	178 ⁷
Claud. 11,1	331 ⁹³
Dom. 10	335 ¹⁰⁸
Dom. 11,2	335 ¹⁰⁸
Tib. 75	523 ¹¹
Titus 7	27 ²¹

Tacitus

Annales	
3,28,3	474 ⁵⁸
6,3	529 ⁴⁵
15,46	172 ⁷³

Historiae

1,20	332, 332 ⁹⁵
1,90	332, 351 ¹⁶⁸
2,92	334 ¹⁰⁵

Theophylactus Achridensis

Vita sancti Clementis Achridensis	
XVI,47-48	636 ¹¹³
XX,65-66	636 ¹¹³

Thomas Aquinas

Summa theologiae	
I-II q. 90 a. 3	
ad 3	457 ¹⁸
II-II q. 11 a. 3	
arg. 3	274 ¹⁰
II-II q. 11 a. 3 co. 274 ¹¹	

Varro

De lingua latina	
5,135	461 ¹
De re rustica	
2,10,4	317

Vita Constantini

XV,19	627 ⁶¹
XVI,8	628 ⁶²
VIII,16-18	628 ⁶⁴

Vita Methodii

VI	628 ⁶⁷
VIII	629 ⁷⁵
IX	630 ⁸⁰
XIII	634 ¹⁰²
XV	631 ⁸⁸
XV	647 ¹⁶²
XVII	635 ¹⁰⁶

Vitruvius

De architectura	
1,2,2	461 ²
1,6,6	461 ²
5,2,1	522 ⁹
5,10,3	461 ²

Editori:

Peter Mach
Matej Pekarík
Vojtech Vladár

CONSTANS ET PERPETUA VOLUNTAS
POCTA PETROVI BLAHOVI K 75. NARODENINÁM

Jazykové korektúry Jitka Madarásová
Grafická úprava a zalomenie Oľga Svetlíková
Obálka Marek Petržalka

Vydala Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta.
Vytlačila VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied.
Prvé vydanie, 2014.
Náklad 150 ks.

ISBN 978-80-8082-764-9