

PRÁVNICKÁ FAKULTA
TRNAVSKEJ UNIVERZITY V TRNAVE





Peter Brabeck-Letford

**IUS ROMANUM
SCHOLA SAPIENTIAE**

**POCTA
PETROVI BLAHOVI
K 70. NARODENINÁM**



**PRÁVNICKÁ FAKULTA
TRNAVSKEJ UNIVERZITY V TRNAVE
2009**

Editori:

Mgr. Peter Mach
doc. JUDr. Matúš Nemeč, PhD.
Mgr. Matej Pekarík

Recenzovali:

Prof. JUDr. Jozef Prusák, CSc.
doc. JUDr. Katarína Váľková, CSc.
Mgr. Matej Pekarík

Obsah

Život a dielo profesora Petra Blaha	IX
Bibliografia profesora Petra Blaha.....	XV
Hans Ankum <i>Zur oratio Severi de praediis pupillorum</i> von 195 nach Chr.	1
Blažena Antalová Strážca pece pri ohni zaspal a vidiecky dom vyhorel (Ulp. D. 9, 2, 27, 9; Coll. 12, 7, 7).....	13
Helena Barancová Zákaz diskriminácie z dôvodu náboženstva, viery a rodinného stavu.....	21
Josef Bejček Právo jako právnictví a věda.....	39
Petr Bělovský Translační účinky tradice	51
Róbert Brtko Korene prirodzeného práva v starovekom Grécku	73
Kamila Bubelová <i>Actio Publiciana</i> pohľadom Justiniánských Digest.....	99
András Földi Einige Probleme der <i>lex Rhodia</i> im römischen Recht	111
Tomáš Gábriš, Ján Macej Postavenie československého parlamentu v rokoch 1948-1989.....	131
Richard Gamauf <i>Aliquid de iure gustare</i> : portrayal and criticism of lawyers in Petronius...	151

Gábor Hamza Die römischrechtliche Tradition und die Entwicklung des Privatrechts in Frankreich.....	167
Jan Hurdík Ekvita v systému zásad soukromého práva a realita Návrhu společného referenčního rámce (DCFR)	191
Georg Klingenberg Die Ersitzung von <i>partes fundi</i>	205
Daniel Krošlák, Katarína Šangalová Spor o kodifikáciu súkromného práva v Nemecku	225
Alexandra Krsková Grécke ideály v rímskom politickom myslení	235
Marek Kuryłowicz Rzyskie ustawodawstwo karne w kodyfikacji justyniańskiej	251
Miriam Laclavíková Majetkové vzťahy medzi manželmi v uhorskom stredovekom práve s prihliadnutím na inštitút obvenenia (<i>dos, dotalitium</i>)	265
Ján Lazar O základných zásadách slovenského občianskeho zákonníka.....	283
Karel Malý Obyčej – nález – zákon v právu doby předbělohorské	297
Ulrich Manthe <i>Per eminentiam</i> – Ulpiani <i>liber singularis regularum</i> und die prägnante Antonomasie.....	307
Peter Mosný Sedemdesiat rokov po vyhlásení Slovenského štátu (predovšetkým niektoré východiská a paralely)	317
Matúš Nemeč Princíp subsidiarity v doktríne katolíckej cirkvi.....	329

Martin Pennitz	
Zum servus „ <i>nox non solutus</i> “	343
Petra Příbelská	
Historický vývoj dokazovania a ostatných procesných inštitútov na území Slovenska – v práve rímskom, v práve uhorskom až po súčasnosť	365
Radoslav Procházka	
O ústavnosti ústavných zákonov.....	377
Dietmar Schanbacher	
Entwicklungen in der römischen Pfandrechtsdoktrin	401
Michal Skřejpek	
<i>Sententiae Pauli</i> a požáry.....	415
Adriana Švecová	
Štatúcia a jej zástoj v relačných listinách hodnoverných miest.....	429
Vojtech Vladár	
Vzťah cirkevného práva k rímskemu právu.....	449
Ladislav Vojáček	
Římské právo na meziválečné brněnské právnické fakultě	487
Andreas Wacke	
Pomponius D. 41,1,54,2: Ursprung der eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung	495
Gunter Wesener	
Zur Rechtsquellenlehre und zum Privatrechtssystem Georg Adam Struves (1619 – 1692).....	515
Markus Wimmer	
<i>Contemplatio</i> , Absicht und Auflage	531
Jan Zabłocki	
Le più antiche forme del testamento romano.....	549

Obsah

Michaela Židlická	
Antický svět a lidská práva	561
Prispeli do zborníka	567
Register prameňov	569

Život a dielo profesora Petra Blaha

Ius est ars boni et aequi
(Celsus, D. 1,1,1 pr.)

Právo je umenie slušnosti a spravodlivosti – táto veta rímskeho právnika Celsa patrí azda medzi najznámejšie latinské výroky. Zároveň však vyjadruje aj životné zásady a pravidlá konania človeka, ktorému je venovaný tento zborník – pána profesora Petra Blaha. Pripomeňme si na tomto mieste najdôležitejšie udalosti v jeho profesijnom živote, t. j. v povolani vysokoškolského učiteľa, ktorému venuje celý svoj život.

Profesor Peter Blaho sa narodil 1. januára 1939 v Nitre. V roku 1956 úspešne maturoval na gymnázium v Topoľčanoch a v tom istom roku sa začalo jeho štúdium na Právnickej fakulte Univerzity Komenského v Bratislave, ktoré, ako on asi nepredpokladal, sa nechcene a bez jeho zavinenia, predĺžilo. Z politických dôvodov, ktorým bol predovšetkým nevyhovujúci „triedny profil“ musel totiž v roku 1960 opustiť fakultu. Peter Blaho sa však nevzdal a prostredníctvom obnovy konania nakoniec dosiahol súdnym výrokom zrušenie rozhodnutia o vylúčení zo štúdia. Úspešne ho ukončil a v roku 1965 bol promován. Keďže už počas štúdia mal výborný prospech, neprekvapuje, že ešte v tom istom roku získal po úspešnom rigoróznom konaní stavovský titul *iuris utriusque doctor*.

Profesor Blaho vždy hovoril, že jeho jediným snom bolo venovať sa rímskemu právu. Ten, kto vie v akej dobe on a jeho súputníci vyrastali, pochopí logiku tohto cieľa. Ísť do právnickej praxe znamenalo v tých časoch pracovať ako prokurátor, resp. sudca v prostredí plnom komunistickej ideológie a triedneho zákonodarstva. Len univerzitné prostredie a ústranie právnej histórie umožňovalo vyhnúť sa v najhoršom prípade aj problémom dnes označovaným ako výhrada svedomia. V oných časoch však ochrana vlastného svedomia prinášala do života ľudí smutné následky o ktoré sa postaral politický režim. Ale predovšetkým a na prvom mieste bolo to, čo je pre niektorých až nepochopiteľné, nesmierny obdiv k rímskemu právu, túžba poznať ho čo najlepšie a svoje vedomosti odovzdávať svojim študentom. Tí, ktorí pána profesora poznajú, môžu s istotou povedať, že práca sa stala aj jeho celoživotnou záľubou.

Po krátkom pôsobení v úlohe podnikového právnika a súdneho čakatľa sa jeho sen začal plniť – v roku 1967 nastúpil ako asistent na Právnickú

fakultu Univerzity Komenského v Bratislave a na Katedre dejín štátu a práva sa začala jeho „pút' s rímskym právom“, ktorá stále trvá. Aj keď pozícia rímskeho práva sa v čase jeho nástupu dočasne upevnila aj vďaka politickému odmäku v rokoch 1968-69, onedlho nastal zvrät. Spolu so svojím dlhoročným učiteľom, profesorom Karolom Rebróm, s ktorým dva roky pôsobil na Katedre rímskeho práva, musel čoskoro prijať nedobrovoľný azyl opäť na Katedre dejín štátu a práva. Podľa jeho vlastných slov to však bol azyl na tú dobu prijateľný, pretože právní historici nepatrili k vtedajšej politickej elite, profesori sa usilovali svoj vedný odbor chrániť a asistentom dopriali primeranú voľnosť. Jednu bariéru však prelomiť nemohol nikto – ten, kto sa nestal členom komunistickej strany, nemohol sa stať profesorom. Len docentom. A keďže pán profesor Blaho nikdy nebol jej členom, vedel už vtedy, aké sú hranice jeho profesionálneho a kvalifikačného rastu.

Našťastie pán profesor bol a je večný optimista a stále, najmä mladším kolegom, hovorí: „*nenechajte sa znechutiť a stále pracujte, píšete, publikujte*“. V nepriaznivej dobe svoje slová dokázal svojou prácou. V roku 1978 obhájil kandidátsku dizertačnú prácu s názvom *Sociálna a triedna funkcia ochrany držby v antickom Ríme* a získal titul CSc. a už o dva roky, 28. augusta 1980, sa konala na Právnickej fakulte UK v Bratislave obhajoba jeho habilitačnej práce s názvom *Držba v predsocialistickom a socialistickom práve – rímskoprávna náuka o držbe a jej vyústenie v súčasnosti*.

V tom čase už mal profesor Blaho za sebou študijný pobyt na univerzite v Štrasburgu (rok 1969), na ktorom sa venoval najmä právnej komparatistike. V sedemdesiatych rokoch sa zúčastnil s vlastným príspevkom aj viacerých domácich a zahraničných vedeckých podujatí (Leipzig 1977, Rostock 1977, Warszawa 1978).

Po habilitácii sa opäť, v roku 1981, vedecky vzdelával v zahraničí, tentoraz na univerzite v Ríme. Ďalšie študijno-vedecké pobyty absolvoval v tomto období v Pécsi, v Halle a v Krakove. Ako docent prednášal pred rokom 1990 napríklad na konferencii v Prahe (1982), v Rostocku (1983) a v Heiligendamme (1987).

Najmä po roku 1989 však profesor Blaho využil možnosti, ktoré v demokratickej spoločnosti ponúka prostredie slobodnej výmeny vedeckých poznatkov v rámci univerzít a ďalších vedeckých pracovísk. Zúčastnil sa veľkého množstva konferencií, predniesol na nich viaceré príspevky a absolvoval, napriek tomu, že je od roku 1989 prakticky nepretržite v akademických funkciách, študijné pobyty vo Viedni, v Grazi, Amsterdame, v Mníchove na inštitúte Maxa Plancka a vo Frankfurte nad Mohanom. Lubyho právnické dni, od roku 1990 pravidelná vedecká konferencia nesie takisto pečať jeho organizačnej a tvorivej aktivity. Toto, v rámci Slovenska jedinečné

stretnutie nielen českých a slovenských právnych vedcov, počas už deviatich ročníkov privítala účastníkov z mnohých krajín Európy. Nadácia Štefana Lubyho takto aj zásluhou profesora Blaha dôstojným spôsobom uchováva a rozvíja odkaz tohto významného slovenského vedca a profesora.

Profesor Blaho dlhodobo spolupracuje s poprednými odborníkmi, ktorými sú nielen romanisti ale aj civilisti, pretože podľa jeho názoru „*dobrý romanista by mal byť aj dobrým civilistom*“. A tak jeho priateľmi z vedeckého prostredia (ak vynechám českých a slovenských právnych romanistov) sú napríklad holandský právny romanista a civilista profesor Hans Ankum, rakúsky právny romanista profesor Herbert Hausmaninger, profesori Andreas Wacke z Kolína, Gerhard Thür z Grazu, Marek Kuryłowicz z Lublina, Janez Kranjc z Ljubljany, profesorka Éva Jakab zo Szegedu a mnohí ďalší. Oni sú dôkazom toho, že profesor Blaho sa dokázal vedecky uplatniť aj v zahraničnom prostredí a to aj vtedy, keď to najmä z politických príčin naozaj nebolo jednoduché. Po vzniku Právnickej fakulty Univerzity P. J. Šafárika v Košiciach položil svojou pedagogickou prácou na nej základy pre rozvoj právnej romanistiky aj na tomto pracovisku.

Bibliografia profesora Blaha je samostatnou časťou tohto zborníka a preto ju nebudem na tomto mieste uvádzať. Nemožno však nespomenúť jednu jej časť, inými odbormi práva možno niekedy zanedbávanú. Pán profesor Blaho nezabúda na to, aby odkaz rímskeho práva nezapadol prachom a preto priebežne publikoval a publikuje bibliografie romanistických štúdií českých a slovenských autorov. Táto jeho práca je mimoriadne cenná a predstavuje ďalší rozmer jeho činnosti – vytvoriť niečo ako česko-slovenský právno-romanistický archív. Ak by to nerobil on, tak neviem...

Po roku 1989 sa ocitol v tom čase docent Peter Blaho v situácii, o ktorej si mnohí mysleli, že už sa jej ani nedožijú. Možnosť žiť a pracovať v slobodnej a demokratickej spoločnosti patrí k tomu, po čom aj on vždy prirodzene túžil. Rozhodol sa nečakať so založenými rukami a využil možnosť podieľať sa na obnove Právnickej fakulty UK v Bratislave v duchu jej demokratických tradícií z obdobia rokov 1919 až 1948. Stal sa prodekanom a čoskoro, od 1. februára 1991, jej dekanom. Podarilo sa mu zaviesť koncepciu blokového štúdia, ktoré síce vyžadovalo od študenta mimoriadne zodpovedný prístup k štúdiu, ale ponúkalo mu možnosť vypracovať si v rámci blokov verejného práva a súkromného práva vlastný plán plnenia študijných povinností, právo vybrať si termín skúšky a aj možnosť prerušiť štúdium a prípadne študovať v zahraničí. Do funkcie dekana ho Akademický senát Právnickej fakulty UK v Bratislave zvolil aj na druhé funkčné obdobie – do roku 1997. V tomto období založil na fakulte aj vydavateľské oddelenie, ktorého zoznam vydaných titulov je v súčasnosti už veľmi rozsiahly a obsahovo rozmanitý.

Musíme sa však ešte vrátiť späť. Na prelome rokov 1989-1990 sa uskutočnil ďalší sen pána profesora Blaha. Dekan Právnickej fakulty UK v Bratislave vtedy na jeho návrh zriadil, v histórii fakulty už po tretí raz, samostatnú Katedru rímskeho práva. Spolu s ním ako vedúcim katedry ju tvorili jeho dlhoročný učiteľ a priateľ profesor Karol Rebro a JUDr. Ivan Haramia ako odborný asistent. Všetky tieto mimoriadne udalosti dovŕšilo vymenovanie doc. JUDr. Petra Blaha, CSc. za profesora v roku 1991 vtedajším prezidentom ČSFR Václavom Havlom.

V roku 1995 sa podaril profesorovi Blahovi mimoriadny čin v oblasti českej a slovenskej právnej romanistiky. Spolu s kolegami z Brna založil medzinárodný romanistický časopis *Orbis Iuris Romani – Journal of Ancient Law Studies* a stal sa prirodzene členom jeho redakčnej rady. Opäť dôkaz toho, že profesor Blaho myslí aj na tých, čo kráčajú v jeho šľapajach a už pätnásť rokov ponúka im, ale aj ostatným domácim a zahraničným romanistom veľkorysú platformu na publikovanie svojich vedeckých štúdií. Patrí aj k iniciátorom myšlienky pravidelného stretávania sa právnych romanistov Českej a Slovenskej republiky, ktorá sa prakticky realizuje od roku 1998 striedavo na právnických fakultách oboch republík a počet tých, ktorí sa týchto konferencií zúčastňujú, neustále rastie.

Profesor Blaho dosiahol takmer všetko, čo človek v univerzitnom prostredí môže dosiahnuť. Stal sa profesorom, bol dekanom fakulty, spoluvorcom novej koncepcie výučby práva, etabloval sa v domácom aj zahraničnom vedeckom prostredí svojou publikačnou a pedagogickou prácou, je členom mnohých vedeckých rád a grémií, nadácií pre rozvoj právnej vedy, komisie pre prípravu nového Občianskeho zákonníka, dlhoročným garantom vedného odboru rímske právo a neskôr odboru teória a dejiny štátu a práva. V Slovenskej republike a v zahraničí získal viaceré ocenenia, napríklad zlatú medailu Právnickej fakulty UK v Bratislave (1989), pamätnú medailu Karlovej univerzity v Prahe (1998), pamätnú listinu a medailu Právnickej fakulty Masarykovej univerzity v Brne (1999) a v roku 2004 dostal zlatú plaketu mesta Topoľčany za celoživotnú prácu. Mimoriadne ocenenie dosiahol v roku 2001 – pápež Ján Pavol II. mu udelil rád rytiera commandatora sv. Gregora Veľkého. Prezident Slovenskej republiky mu udelil v roku 2004 Pribinov kríž I. triedy, vyznamenanie za významné zásluhy o hospodársky, sociálny a kultúrny rozvoj Slovenska. Pri príležitosti životného jubilea (65 rokov) jeho prácu ocenili okrem iných aj Právnická fakulta a Pedagogická fakulta Trnavskej univerzity. Nemožno nespomenúť aj zatiaľ poslednú významnú poctu – čestný doktorát *doctoris honoris causa scientiarum iuridicarum* Univerzity kardinála Stefana Wyszyńského vo Varšave z roku 2008. Je prirodzené, že v zozname inštitúcií, ktoré vyjadrili uznanie jeho práci na poli vedy je aj Slovenská akadémia vied.

Priaznivé spoločenské podmienky prispeli na Slovensku koncom 90-tych rokov ku vzniku ďalších právnických fakúlt. Jednou z nich je Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, ktorá po súhlase vlády Slovenskej republiky vznikla v októbri roku 1998. Na jej vzniku sa profesor Blaho podieľal mierou podstatnou a rozhodujúcou. Akiste nebude ďaleko od pravdy tvrdenie, že bez jeho autority by sa toto dielo asi nepodarilo uskutočniť. Vo februári 1999 sa stáva jej prvým dekanom a začína sa tým nové obdobie jeho života a práce. Sila jeho osobnosti sa prejavila už v nasledujúcom roku, v ktorom ho Akademický senát Trnavskej univerzity v Trnave, len rok po vzniku jej Právnickej fakulty, zvolil do funkcie rektora. Prezident Slovenskej republiky Rudolf Schuster ho vymenoval do tejto funkcie s účinnosťou od 1. februára 2000. A keďže história sa opakuje, do tejto funkcie bol zvolený aj druhý raz. Svoju činnosť počas tohto obdobia začína vydavateľstvo *Typi Universitatis Tyrnaviensis*. Až do konca funkčného obdobia v roku 2007 sa celou svojou prácou a váhou svojej osobnosti podpísal pod dobré meno Trnavskej univerzity v Trnave. Na konci 90-tych rokov 20. storočia ako člen komisie pre prípravu Základnej zmluvy medzi Svätou Stolicou a Slovenskou republikou prispel aj k tomuto významnému úspechu vtedajšej slovenskej diplomacie.

Rok 2008 – čas na oddych? Nie, profesor Blaho sa ani po skončení funkcie rektora Trnavskej univerzity v Trnave nemôže venovať už len práci na katedre rímskeho a cirkevného práva. V novembri 2009 je už druhý rok prodekanom pre vedeckovýskumnú a edičnú činnosť jej Právnickej fakulty.

Je viac možností, ako ukončiť tento krátky predslov. Ja som si vybral jeden významný moment v publikačnej činnosti jubilanta, ktorý však svojim významom presahuje povahu len publikačného výstupu. Je ním slovenský preklad najvýznamnejšieho diela, ktoré nám zanechali rímski právnici, *Corpus Iuris Civilis*. Po vydaní prekladu Justiniánskych Inštitúcií v roku 2000 publikoval v roku 2008 preklad prvého zväzku ďalšej časti tohto diela – *Digesta*. Preklad, na ktorom pracuje spolu s PhDr. Jarmilou Vaňkovou, vychádzal už od roku 2005 v časopise *Justičná revue*. Toto neprekonateľné dielo nadčasového právnického myslenia sa prostredníctvom slovenského prekladu dostáva takto k širokej právnickej verejnosti na Slovensku. Veríme, že onedlho budeme mať možnosť listovať v ďalšom zväzku tohto priekopníckeho diela.

Aj preto, ale nielen preto, vyslovujeme všetci, ktorí sme mohli byť v určitom čase v spoločnosti pána profesora Blaha, spoločné prianie: *Ad multos annos!* Nech Vám Pán dožičí ešte mnoho rokov a nech Vás sprevádza po všetky dni Vášho života.

V mene editorov tohto zborníka, v novembri 2009

Matúš Nemeč

Bibliografia profesora Petra Blaha

1. Blaho, Peter

Rf. Diestelkamp, B./Martens, M./De Kieft, C. van/Fritz, B.:
Elenchus fontium historiae urbanae,
in: Historický časopis 18 (1970), s. 136-137.

2. Blaho, Peter

Rf. Pólay, E.: Die Sklavenehe und das römische Recht,
in: Právny obzor 54 (1971), s. 978-980.

3. Blaho, Peter

Päťdesiate výročie otvorenia Právnickej fakulty Univerzity
J. A. Komenského,
in: Právny obzor 55 (1972), s. 64-75.

4. Blaho, Peter

Niektoré teórie o držbe a ich kritika,
in: Právny obzor 55 (1972), s. 759-773.

5. Blaho, Peter

Rf. Rebro, K.: Rímske právo súkromné,
in: Právny obzor 56 (1973), s. 231-233.

6. Blaho, Peter

Rf. Johansen, K.: Die lex agraria des Jahres 111 v.Chr.,
in: Právny obzor 57 (1974), s. 258.

7. Blaho, Peter

Rf. Diósdí, G.: Das Gespenst der Prädigesten,
in: Právny obzor 57 (1974), s. 177-178.

8. Blaho, Peter

Otázky rozvoja marxistickej vedy o rímskom práve a jej význam
v socialistickej spoločnosti,
in: Právny obzor 57 (1974), s. 814-821.

9. Blaho, Peter
Rf. Dzieje kodyfikacji prawa,
in: Právny obzor 58 (1975), s. 280-281.
10. Blaho, Peter
Rf. Svoboda, L. a kol.: Encyklopedie antiky,
in: Právněhistorické studie 19 (1975), s. 229-233.
11. Blaho, Peter
Rf. Dzieje kodyfikacji prawa,
in: Právněhistorické studie 19 (1975), s. 243-246.
12. Blaho, Peter
Rf. Diódsi, G.: A római jog világa,
in: Právněhistorické studie 19 (1975), s. 288-289.
13. Železkovová, Gertrúda/Blaho, Peter/Čarvaga, Vladimír
Všeobecné dejiny štátu a práva, Bratislava (1976), s. 173-191.
14. Blaho, Peter
Úvodné slovo k seriálu „Štát a právo“,
in: Príroda a spoločnosť, Bratislava 25 (1976), 5, s. 25.
15. Blaho, Peter
Záverčné slovo k seriálu „Štát a právo“,
in: Príroda a spoločnosť, Bratislava 25 (1976), 17, s. 7.
16. Blaho, Peter
Rf. Sójka-Zielińska, K.: Wielkie kodyfikacje cywilne XIX. wieku,
in: Právny obzor 59 (1976), s. 661-662.
17. Rebro, Karol/Blaho, Peter
Latinské právne definície, citáty a aforizmy, Bratislava (1976), 56 s.
18. Blaho, Peter
Tak súdili Rimania,
in: Príroda a spoločnosť, Bratislava 25 (1976), s. 11-15.

19. Blaho, Peter
Štát a právo antického Ríma. Bibliografia československých štúdií za roky 1945-1975,
in: Právněhistorické studie 20 (1977), s. 229-251.
20. Blaho, Peter
Rf. Kincl, J.: Servus suis nummis emptus,
in: Právněhistorické studie 20 (1977), s. 301-302.
21. Blaho, Peter
Rf. Kunkel, W.: Kleine Schriften. Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte,
in: Právněhistorické studie 20 (1977), s. 302-303.
22. Blaho, Peter
Rf. Vidman, L.: Psáno do kamene,
in: Historický časopis 25 (1977), s. 290-291.
23. Blaho, Peter
Renesancia štúdia rímskeho práva v NDR (Rf. Huchthausen, L./Härtel, G.: Römisches Recht),
in: Právněhistorické studie 21 (1978), s. 278-281.
24. Blaho, Peter
Štát a právo antického Ríma. Bibliografia československých štúdií za roky 1945-1975. Dodatok,
in: Právněhistorické studie 21 (1978), s. 347-349.
25. Blaho, Peter
Súčasný stav a ciele právnej romanistiky v Československu,
in: Zprávy Jednoty klasických filologů, Praha 20 (1978), 1-2, s. 33-44.
26. Blaho, Peter
Einige Glossen zur Methodologie marxistischer Romanistik,
in: Klio. Beiträge zur alten Geschichte, Berlin 61 (1979), 1, s. 41-47.
27. Blaho, Peter
Nadobudnutie držby prostredníctvom otrokov v rímskom práve klasicom,
in: Právněhistorické studie 22 (1979), s. 153-176.

28. Blaho, Peter
Spr. Správa z Antickej konferencie,
in: Právněhistorické studie 22 (1979), s. 354-357.
29. Blaho, Peter
Rf. Huchthausen, L.: Zum Problem der „Freiheitsbegünstigung“,
(favor libertatis) im römischen Recht,
in: Právněhistorické studie 22 (1979), s. 311.
30. Blaho, Peter
Rf. Huchthausen, L.: Zu kaiserlichen Reskripten an weibliche Adressaten
aus der Zeit Diokletians (284-305 u.Z.),
in: Právněhistorické studie 22 (1979), s. 312.
31. Blaho, Peter
Rf. Bartošek, M.: Verrinae. Význam Ciceronových řečí proti Verrovi
pro základní problémy státu a práva,
in: Právněhistorické studie 22 (1979), s. 266-271.
32. Blaho, Peter
Das römische Recht und die Methode der Rechtsvergleichung.
in: Aktuelle Fragen der Methodologie in den Altertumswissenschaften.
Beiträge zur Rechtsgeschichte, red. Schrage, B., Rostock (1979), s. 33-42.
33. Blaho, Peter
Rf. Třicet let výzkumu antiky v ČSSR,
in: Právny obzor 62 (1979), s. 415-417.
34. Blaho, Peter
Spr. Aktuálne otázky metodológie starovekých dejín v Rostocku,
in: Historický časopis 27 (1979), s. 331-332.
35. Blaho, Peter
Spr. Správa z medzinárodnej konferencie vo Varšave 1978,
in: Právny obzor 62 (1979), s. 586.
36. Blaho, Peter
Rf. Visky, K.: Geistige Arbeit und die „artes liberales“ in den Quellen
des römischen Rechts,
in: Právny obzor 62 (1979), s. 666-667.

37. Blaho, Peter
Rf. Kaser, M.: Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte
im römischen Recht,
in: Právněhistorické studie 23 (1980), s. 342-343.
38. Blaho, Peter
Spr. Medzinárodná konferencia romanistov a civilistov vo Varšave,
in: Právněhistorické studie 23 (1980), s. 363-365.
39. Blaho, Peter
Rf. Visky, K.: Geistige Arbeit und die „arten liberales“ in den Quellen
des römischen Rechts,
in: Právněhistorické studie 23 (1980), s. 319-322.
40. Blaho, Peter
Je obdarený manžel držiteľom podľa práva? Právne účinky darovania „*inter
virum et uxorem*“ v rímskoprávnej náuke o držbe,
in: Právněhistorické studie 23 (1980), s. 221-247.
41. Blaho, Peter
Rf. Rebro, K.: Socialistická spoločnosť a rímskoprávna kultúra,
in: Právny obzor 63 (1980), s. 362-364.
42. Blaho, Peter
Rf. Rebro, K.: Socialistická spoločnosť a rímskoprávna kultúra,
in: ZSS 97 (1980), s. 446-450 (nem.).
43. Karpat, Jozef/Blaho, Peter
Spr. Dve návštevy zahraničných právnych historikov v Bratislave,
in: Právny obzor 63 (1980), s. 459-460.
44. Blaho, Peter
Rf. Nikiforov, B. S.: Latinskaja juridičeskaja frazeologia,
in: Právněhistorické studie 24 (1981), s. 257-260.
45. Blaho, Peter
s.v. Rímske právo,
in: Encyklopédia Slovenska V, Bratislava (1981), s. 103.

46. Blaho, Peter
Spr. Konferencia na tému Sociálne revolúcie a právo,
in: Právny obzor 64 (1981), s. 393-395.
47. Blaho, Peter/Mates, Pavel
Spr. Sociální revoluce a právo,
in: Právník, Praha 120 (1981), s. 1148-1150.
48. Blaho, Peter
Rf. Rebro, K.: Rímske právo súkromné,
in: Právny obzor 64 (1981), s. 173-175.
49. Blaho, Peter
Spr. Le rivoluzioni sociali e il diritto: il convegno internazionale
di Smolenice,
in: Index. Quaderni camerti di studi romanistici, Napoli 10 (1981),
s. 322-326.
50. Blaho, Peter
Rf. Bender, P.: Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil
der deutschen Rechtswissenschaft,
in: Právněhistorické studie 25 (1982), s. 133-134.
51. Blaho, Peter
Rf. Pólay, E.: Privatrechtliche Denkweise der römischen Juristen,
in: Právněhistorické studie 25 (1982), s. 131-132.
52. Blaho, Peter
Rf. Očerki sravnitel'nogo prava,
in: Právny obzor 66 (1983), s. 156-158.
53. Blaho, Peter
Das römische und griechische Privatrecht. Eine Rechtsvergleichung
zweier antiken Rechtssysteme,
in: Concilium Eirene XVI, Vol. 1, Proceedings of the 16th International Eirene
Conference, ed. by P. Oliva and A. Frolíková, Praha (1983), s. 137-142.

54. Blaho, Peter
Rf. Hamza, G.: Az ügyleti képviselő. Dogmatikai és eméleti vizsgálatok az antik jogoktól napjainkig,
in: *Právny obzor* 66 (1983), s. 725-726.
55. Blaho, Peter
Lucrum cessans im römischen und gegenwärtigen tschechoslowakischen Recht,
in: *Studia Iuridica*, Warszawa 12 (1983), s. 221-225.
56. Blaho, Peter
In memoriam profesora Václava Budila,
in: *Právněhistorické studie* 26 (1984), s. 290-292.
57. Blaho, Peter
Rf. Kincl, J.: Všeobecné dějiny státu a práva,
in: *Právny obzor* 68 (1985), s. 301-303.
58. Blaho, Peter
Formen und Methoden der Rechtserziehung im archaischen Rom bis zum Zeitalter der drei fundatores,
in: *Studia in honorem Velimínie Pólay septuagenarii*, Acta Univ. Szegediensis. Acta Jur. et Pol., T. XXXIII, fasc. 6, Szeged (1985), s. 93-101.
59. Blaho, Peter/Rebro, Karol
Praktické cvičenia z rímskeho práva, Bratislava (1985), 108 s.
60. Blaho, Peter
Rf. Hamza, G. (red.): A magyar jogi szakirodalom bibliográfiája 1945-1984,
in: *Právny obzor* 68 (1985), s. 943-945.
61. Blaho, Peter
Súdna a mimosúdna ochrana držby v rímskom práve,
in: *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae* 7, 1983, (1986), s. 87-96.
62. Blaho, Peter
Rf. Hausmaninger, H.: Casebook zum römischen Sachenrecht; Casebook zum römischen Vertragsrecht; Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia,
in: *Právněhistorické studie* 27 (1986), s. 250-251.

63. Blaho, Peter
Rf. Sölner, A.: Einführung in die römische Rechtsgeschichte,
in: Právněhistorické studie 27 (1986), s. 249-250.
64. Blaho, Peter
Prof. JUDr. Karol Rebro, DrSc., 70. ročný,
in: Právněhistorické studie 27 (1986), s. 283-286.
65. Blaho, Peter
Rf. Gaius. Učebnice práva ve čtyřech knihách. K vyd. připravil, z lat. originálu přeložil a úvodní studii napsal Jaromír Kincl,
in: Právněhistorické studie 27 (1986), s. 226-228.
66. Blaho, Peter
Rf. Lieberwirth, R.: Eike von Repchow und der Sachsenspiegel,
in: Právněhistorické studie 27 (1986), s. 256-257.
67. Blaho, Peter
Rf. Urfus, V.: Receptce římského práva a římskoprávní kultura, za feudalismu a v počátcích kapitalismu,
in: Právny obzor 69 (1986), s. 570-571.
68. Blaho, Peter
Rf. Kuryłowicz, M.: Historia i współczesność prawa rzymskiego,
in: Historický časopis 34 (1986), s. 924-925.
69. Blaho, Peter
Štátne a právne teórie starovekého Ríma,
in: Bröstl, A. a kol.: Dejiny štátnych a právnych teórií, I. časť, Košice (1986), s. 34-46.
70. Blaho, Peter
Rímske právo nepatrí len histórii,
in: Príroda a spoločnosť, Bratislava 35 (1986), 24, s. 56-59.
71. Rebro, Karol/Blaho, Peter
Právnická fakulta Trnavskej univerzity, jej pôsobenie a význam (1667-1777),
in: Trnavská univerzita v dejinách školstva a vzdelanosti. Zborník Múzea a pedagogiky na Slovensku, red. M. Krejčová, Bratislava (1986), s. 217-231.

72. Blaho, Peter
Rf. Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny, red. W. Wołodkiewicz,
in: Právněhistorické studie 30 (1989), s. 187-189.
73. Blaho, Peter
Občianske právo,
in: Čič, M. a kol.: Československý socialistický stát a právo. Vznik a rozvoj,
Bratislava (1987), s. 96-100.
74. Blaho, Peter
Vznik a rozvoj československého socialistického občianskeho práva
(1944-1967),
in: Právnícké štúdie, Bratislava 32 (1987), 1, s. 88-110.
75. Blaho, Peter
Rf. Klíma, J.: Zákony Asýrie a Chaldeje. Pokračovatelé Chamurapiho,
in: Historický časopis, Bratislava 36 (1988), s. 300.
76. Blaho, Peter
Obsah štátnomocenského riadenia spoločnosti na príklade právnych inštitútov
držby a vlastníckeho práva,
in: Blaho, Peter/Holländer, Pavel: Postavenie práva v systéme metód štátneho
riadenia spoločnosti, Bratislava (1989), s. 162-294.
77. Blaho, Peter
Štát a právo antického Ríma. Bibliografia československých štúdií za roky 1976-
1985/Staat und Recht im antiken Rom. Bibliographie tschechoslowakischer
Studien in den Jahren 1976-1985,
in: Právněhistorické studie 30 (1989), s. 125-149.
78. Blaho, Peter
Z dejín pošty v starovekom Ríme,
in: Filatelistický výber 1989. Filatelistické state 28, ed. S. Zrubec, Bratislava
(1989), s. 10-19.
79. Blaho, Peter
Die Gestaltung des römischen Privatrechts im Vergleich mit neueren
Privatrechtssystemen. Eine Skizze,
in: Klio. Beiträge zur alten Geschichte, Berlin 72 (1990), 1, s. 234-245.

80. Blaho, Peter
Rf. Boras, M./Margetić, L.: Rimsko pravo,
in: Právněhistorické studie 31 (1990), s. 268-269.
81. Blaho, Peter
Rf. Einleitung in die klassischen Altertumswissenschaften,
in: Právněhistorické studie 31 (1990), s. 266-267.
82. Blaho, Peter
Rf. Härtel, G./Pólay, E.: Römisches Recht und römische Rechtsgeschichte,
in: Právněhistorické studie 31 (1990), s. 222-225.
83. Blaho, Peter
Rf. Gellius, A.: Atické noci,
in: Právněhistorické studie 31 (1990), s. 270.
84. Blaho, Peter
Spr. Rímske právo na konferencii v Rostocku,
in: Právněhistorické studie 31 (1990), s. 311-313.
85. Rebro, Karol/Blaho, Peter
Rímske právo súkromné, Bratislava (1991), s. 192-277.
86. Blaho, Peter
Spr. Seminár o rímskom práve v Badene,
in: Právny obzor 74 (1991), s. 561-562.
87. Blaho, Peter/Rebro, Karol
Praktické cvičenia z rímskeho práva, 2. dopl. vyd., Bratislava (1991), 140 s.
88. Blaho, Peter
O vzťahu občianskeho zákonníka k právu rímskemu,
in: Acta Univ. Brunensis-Iuridica. Spisy Právnické fakulty Masarykovy
univerzity v Brně (řada teoretická), sv. 112, Brno (1992), s. 17-25.
89. Blaho, Peter/Hausmaninger, Herbert
Praktické štúdie z rímskeho práva, Wien-Bratislava (1993), s. 15-51,
s. 52-220 preklad z nemeckého jazyka.

90. Blaho, Peter
Ciceronova súdna reč Pro A. Caecina a interdikt „*de vi armata*”,
in: Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae 14, 1992, (1993),
s. 31-43.
91. Blaho, Peter
Aequitas ako correctio iuris v rímskom súkromnom práve,
in: Slušnosť v práve. Anständigkeit im Recht. II. Lubyho dni,
Bratislava (1993), s. 97-109.
92. Blaho, Peter
Oratores a iuris consulti v ranom rímskom principáte podľa Marca Fábia
Quintiliána,
in: P. Blaho (ed.), Pocta Prof. Dr. K. Rebrovei k jeho 80.narodeninám. AFI 15,
1993, (1993), s. 41-48.
93. Blaho, Peter
Predslov,
Pocta Prof. Dr. K. Rebrovei, DrSc. k 80. narodeninám venovaná Právnickou
fakultou UK.
in: Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae 15, 1993, (1993),
s. 9-11.
94. Blaho, Peter
Právnická akadémia v Bratislave (1848-1914),
in: Univerzita Komenského a vysokoškolská edukácia – minulosť, prítomnosť,
budúcnosť, red. P. Hrnčiar, Bratislava (1995), s. 116-122.
95. Blaho, Peter
Mozaika spomienok na profesora Kincla,
in: In memoriam Jaromír Kincl, usp. V. Kindl/M. Skřejpek, Acta Univ.
Carolinae-Iuridica 4, 1993, Praha (1995), s. 23-25.
96. Blaho, Peter
Adpromissio a mandatum pecuniae credendae ako formy zaistenia pohľadávky
v rímskom klasickom práve,
in: Zmluvný a zodpovednostný systém v súkromnom práve. III. Lubyho dni,
Bratislava (1995), s. 39-44.

97. Blaho, Peter
Právo „tribunálu mŕtvych“. Marginálie k zákonu Teodosia II a Valentiniána III (C.Th. 1,4,3),
in: Pocta Prof. JUDr. K. Malému, DrSc. k 65. nar., usp. L. Soukup, Praha (1995), s. 42-50.
98. Blaho, Peter
Rímske právo na sklonku antiky,
in: Avriga. Zprávy Jednoty klasických filologů, XXXIV (1992), 1-3; XXXV (1993), 1-4, Praha (1995), s. 25-33.
99. Blaho, Peter/Židlická, Michaela
Einleitung,
in: OIR 1, Brno-Bratislava (1995), s. 5-18.
100. Bibliografia vedeckých a odborných publikácií učiteľov Právnickej fakulty UK 1990-1993, zost. J. Křápková a E. Vlková, upravil a úvod napísal Peter Blaho, Bratislava (1996), 144 s.
101. Blaho, Peter
Jan Vážný (1891-1942),
in: Právníci na Univerzite Komenského v Bratislave. 75 rokov činnosti Právnickej fakulty 1921-1996, zost. a uprav. P. Blaho a E. Vlková, Bratislava (1996), s. 162-164.
102. Blaho, Peter
Václav Budil (1894-1982),
in: Právníci na Univerzite Komenského v Bratislave. 75 rokov činnosti Právnickej fakulty 1921-1996, zost. a uprav. P. Blaho a E. Vlková, Bratislava (1996), s. 165-167.
103. Blaho, Peter
Výberová bibliografia k dejinám Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave,
in: Právníci na Univerzite Komenského v Bratislave. 75 rokov činnosti Právnickej fakulty 1921-1996, zost. a uprav. P. Blaho a E. Vlková, Bratislava (1996), s. 235-268.

104. Blaho, Peter
Sedemdesiatpäť rokov založenia Právnickej fakulty Univerzity Komenského v Bratislave,
in: Právny obzor 79 (1996), s. 453-457.
105. Československá právna romanistika v rokoch 1882-1945. BIBLIOGRAPHIA STUDIORUM AD IUS ROMANUM PERTINENTIUM IN BOHEMOSLOVENIA MDCCCLXXXII-MCMXLV. Vybral, zostavil a úvod napísal Peter Blaho,
in: Avriga. Zprávy Jednoty klasických filologů, Praha XXXIX (1997), 2, 68 s.
106. Rebro, Karol/Blaho, Peter
Rímske právo, 2. dopl. vyd., Bratislava (1997), 388 s. (174-242, 355-367)
107. Blaho, Peter/Haramia, Ivan/Židlická, Michaela
Základy rímskeho práva, Bratislava (1997), s. 23-94, s. 159-438.
108. Blaho, Peter
Za prof. Karolom Plankom, DrSc.,
in: Právny obzor 80 (1997), s. 466-467.
109. Blaho, Peter
Za prof. Floriánom Sivákom,
in: Právny obzor 80 (1997), s. 467-469.
110. Blaho, Peter
75. rokov činnosti Právnickej fakulty Univerzity Komenského,
in: Duševné vlastníctvo v procese transformácie právneho systému. IV. Lubyho právnické dni, zost. J. Švidroň a P. Vojčík, Bratislava (1997), s. 22-24.
111. Blaho, Peter
Rf. Wołodkiewicz, W./Zabłocka, M.: Prawo rzymskie. Instytucje,
in: OIR 4 , Brno-Bratislava (1998), s. 268-274 (nem.).
112. Blaho, Peter
Rf. Malenica, A.: Rimsko právo,
in: OIR 4, Brno-Bratislava (1998), s. 263-264 (nem.).

113. Blaho, Peter
Rf. Malenica, A.: Praktikum iz rimskog prava. Prvi tom,
in: OIR 4, Brno-Bratislava (1998), s. 262-263 (nem.).
114. Blaho, Peter
Rf. Żołnierczuk, M.: Zarys prawa rzymskiego,
in: OIR 4, Brno-Bratislava (1998), s. 274-275 (nem.).
115. Blaho, Peter
Einleitendes Wort,
in: OIR 4, Brno-Bratislava (1998), s. 149-150 (nem.).
116. Bibliografia Štefana Lubyho, zost. a vypr. Peter Blaho,
in: Štefan Luby. Výber z diela a myšlienok, zost. P. Blaho/J. Lazar/
K. Rybárik/K. Vrzgulová,
Bratislava (1998), s. 465-496.
117. Hausmaninger, Herbert/Blaho, Peter
Praktické prípady z rímskeho práva, 2. dopl. vyd., Bratislava (1998), s. 17-51,
219-242, 245-249; s. 52-218 a 243-244 (preklad z nem. jazyka).
118. Blaho, Peter
Rímskoprávna zásada “superficies solo cedit” a právo stavby,
in: K návrhu slovenského občianskeho zákonníka. V. Lubyho právnické dni,
vyd. J. Lazar, Bratislava (1999), s. 137-156.
119. Blaho, Peter
s.v. accessio; accessio cedit rei principali; actio; actio negatoria; adiudicatio;
adoptio; adversus legem; aequitas; agnatio; Alfenus; animus; Arangio-Ruiz;
audiatur et altera pars;
in: Encyclopaedia Beliana. Slovenská všeobecná encyklopédia v dvanástich
zväzkoch, I. zväzok, Bratislava (1999), s. 37, 41, 53, 55, 58, 60, 88, 155, 266,
333, 452.
120. Blaho, Peter
Rf. Földi, A./Hamza, G.: A római jog történeti és intéstitúciói,
in: OIR 5, Brno-Bratislava (1999), s. 216-218 (nem.).

121. Blaho, Peter

Rímske právo – osou života i práce (Prof. JUDr. Dr.h.c. Karol Rebro, DrSc.), in: Naša univerzita. Spravodaj Univerzity Komenského, Bratislava 45 (1999), 9, s. 15.

122. Blaho, Peter

Bona fides v rímskom záväzkovom práve, in: Sborník z II. konferencie českých a slovenských romanistů, usp. M. Skřejpek a P. Bělovský, Praha (2000), s. 12-24.

123. Corpus Iuris Civilis. Justiniánske Inštitúcie, prel., úvod a pozn. napísal, reg. a bibl. zost. Peter Blaho, Trnava (2000), 439 s.

124. Blaho, Peter

Príhovor dekana Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave, in: Ľudské práva na prahu tretieho tisícročia, zost. H. Barancová a A. Krsková, Trnava (2000), s. 10-11.

125. Blaho, Peter

Za profesorom Karolom Rebrom, in: Právny obzor 83 (2000), s. 516-517.

126. Blaho, Peter

Vývojové tendencie zákazu zneužitia práva v rímskom súkromnom práve, in: Zákaz zneužitia práva. VI. Lubyho právnické dni, zost. P. Blaho/J. Lazar/J. Prusák, Trnava (2001), s. 103-118.

127. Blaho, Peter

s.v. beneficium 1.; bis de eadem re ne sit actio; Boháček, Miroslav; bona fides; Bonfante, Pietro; Budil, Václav; Bulletino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"; capitis deminutio; casum sentit dominus; casus; causa 2.; cautio; Celsus; cessio; Codex Iustinianus; cogitationis poenam nemo patitur; collatio; commodatum; compensatio; concubinatus; condemnatio; condicio; consensus; constitutum possessorium; contra bonos mores; contractus; Corpus iuris civilis; creditor; Cujas; culpa; cura; custodia, in: Encyclopaedia Beliana, Slovenská všeobecná encyklopédia v dvanástich zväzkoch, 2. zväzok, Bratislava (2001), s. 29, 136, 183, 206, 208, 357, 377, 456, 482, 485, 486, 498, 525, 584, 585, 589, 598, 600, 602, 607, 608, 609, 621, 641, 655, 657, 659, 663.

128. Blaho, Peter
Peniaze vo svetle Justiniánskych Inštitúcií,
in: Význam peňazí vo vývoji rímskeho práva, zost. V. Vrana, Košice (2001),
s. 1-19.
129. Právnická bibliografia 1993-2000. Súpis publikovaných prameňov
práva a právnickej literatúry Slovenska, založili a redigujú P. Blaho/J. Svák,
Bratislava-Trnava (2001), 795 s.
130. Blaho, Peter
Luby, Štefan (1910-1976),
in: Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20.
Jahrhundert, hrsg. M. Stolleis, München (2001), s. 401-402 (nem.).
131. Blaho, Peter
Karol Rebro (27.10.1912-31.10.2000),
in: ZSS 119 (2002), s. 680-682 (nem.).
132. Blaho, Peter
Úvodné slovo k druhému vydaniu,
in: Luby, Š.: Dejiny súkromného práva na Slovensku, 2. vyd., Bratislava
(2002), s. 7-10.
133. Blaho, Peter
Od personálnej k majetkovej exekúcii. Procesnoprávne predpoklady výkonu
rozsudku v rímskom súkromnom práve,
in: Zabezpečenie pohľadávok a ich uspokojenie. VII. Lubyho právnické dni,
zost. J. Lazar, Bratislava-Trnava (2002), s. 159-168.
134. Rebro, Karol/Blaho, Peter
Rímske právo, 3. dopl. vyd., Bratislava-Trnava (2003), 497 s., bibl., tab., mp.,
reg.
135. Blaho, Peter
Punti di partenza legali-sociali e politici delle relazioni internazionali fra gli
Stati e la Santa Sede,
in: Šmid, M./Vasil', C. (zost.): Relazioni internazionali giuridiche bilaterali tra
la Santa Sede e gli stati: esperienze e prospettive/International Bilateral Legal
Relations between the Holy See and States: Experiences and Perspectives,
Vaticano (2003), s. 54-60.

136. Blaho, Peter

s.v. da mihi facta, do tibi ius; damnum; Damnum iniuria datum; datio in solutum; datio solutionis causa; debitor; de lege ferenda; de lege lata; delictum; depositum; derelictio; Digesta Iustiniani; dominium; donatio; Doneau; dos; dura lex sed lex,

in: Encyclopaedia Beliana. Slovenská všeobecná encyklopédia v dvanástich zväzkoch, 3. zväzok, Bratislava (2003), s. 182, 183, 218, 235, 265, 269, 301, 304, 377, 487-8, 491, 492-3, 509, 607.

137. Blaho, Peter

Rímske právo a súčasná Európa,

in: Acta Universitatis Tyrnaviensis Iuridica. Ročenka Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave, Trnava I (2003), s. 138-161.

138. Blaho, Peter

Rf. Zabłocka, M. : Romanistika Polska po II wojnie światowej,

in: OIR 8 (2003), s. 118-132 (nem.).

139. Blaho, Peter

Úvod,

in: Blaho, P. (zost.): Doprava a dopravné prostriedky v prameňoch rímskeho práva. Zborník príspevkov z V. konferencie právnych romanistov SR a ČR, Bratislava-Trnava (2003), s. 5-8.

140. Blaho, Peter

Cesty a cestné dopravné prostriedky za republiky a cisárstva a ich odraz v rímskom práve,

in: Blaho, P. (zost.): Doprava a dopravné prostriedky v prameňoch rímskeho práva. Zborník príspevkov z V. konferencie právnych romanistov SR a ČR, Bratislava-Trnava (2003), s. 22-40.

141. Blaho, Peter

Univerzity – vzdelanostný, duchovný a vedecký potenciál Európy,

in: Forum scientiae et sapientiae. Časopis pre otvorený a tvorivý dialóg, Bratislava 11 (2004), 1-2, s. 26-27.

142. Blaho, Peter

Básnik Homéros a pramene rímskeho práva,
in: R. Veselá/K. Schelle (usp.): Římske právo a neprávnické prameny, Sborník
z VI. mezinárodní konference právních romanistů ČR a SR. Acta Univ.
Brunensis Iuridica No. 278, Brno (2004), s. 9-20.

143. Blaho, Peter

Príhovor rektora Trnavskej univerzity v Trnave,
in: Studia Historica Tyrnaviensis, Trnava 5 (2004), s. 7-9.

144. Blaho, Peter

Justiniánske Digesta – základný prameň európskeho právneho myslenia,
in: Justičná revue 57 (2005), s. 77-86.

145. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila

Digesta. Constitutio Deo auctore; Constitutio Tanta,
in: Justičná revue 57 (2005), s. 288-306.

146. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila

Digesta. Liber 1, Titulus 1: De iustitia et iure; Titulus 3: De legibus, senatusque
consultis et longa consuetudine,
in: Justičná revue 57 (2005), s. 445-456.

147. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila

Digesta. Liber 1, Titulus 5: De statu hominum; Titulus 7: De adoptionibus
et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur; Titulus 8: De
divisione rerum et qualitate,
in: Justičná revue 57 (2005), s. 584-594.

148. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila

Digesta. Liber 2, Titulus 4: De in ius vocando; Titulus 14: De pactis,
in: Justičná revue 57 (2005), s. 744-758.

149. Blaho, Peter

Europa und das römische Recht nebst dessen Reflexion in der Literatur, Kunst
und Wissenschaft,
in: W. Ernst/É. Jakab: Usus Antiquus Juris Romani. Antikes Recht in
lebenspraktischer Anwendung, Berlin-Heidelberg (2005), s. 13-27.

150. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 2, Titulus 14: De pactis (altera pars),
in: Justičná revue 57 (2005), s. 944-960.
151. Blaho, Peter
Nová Európa a staré rímske právo. Dejiny, právne porovnanie, aktualizácia,
in: P. Blaho/J. Švidroň (ed.), Kodifikácia, europeizácia a harmonizácia
súkromného práva/Kodifikation, Europäisierung und Harmonisierung des
Privatrechts, Bratislava (2005), s. 57-81, Zsf. s. 75-81.
152. Blaho, Peter
s.v. ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat; emptio venditio; evictio;
exceptio; facultas alternativa; familia; Ferrini Contardo; Florentinus; fictio;
fiducia; fructus 2.; furtum; Gaius,
in: Encyclopaedia Beliana, 4. zväzok, Bratislava (2005), s. 18, 99, 254, 260,
286, 306, 374, 385, 386, 471, 626, 651, 692.
153. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 4, Titulus 1: De in integrum restitutionibus; Titulus 9: Nautae
caupones stabularii recepta restituant; Liber 6, Titulus 1: De rei vindicatione
(pars prima),
in: Justičná revue 57 (2005), s. 1153-1167.
154. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 6, Titulus 1: De rei vindicatione (altera pars),
in: Justičná revue 57 (2005), s. 1327-1338.
155. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 6, Titulus 1: De rei vindicatione (reliqua pars),
in: Justičná revue 57 (2005), s. 1506-1516.
156. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 6, Titulus 2: De Publiciana in rem actione,
in: Justičná revue 57 (2005), s. 1645-1653.
157. Blaho, Peter
Posledná úcta prof. Antonovi Hajdukovi,
in: Universitas Tyrnaviensis. Časopis Trnavskej univerzity, Trnava 1 (2005),
2, s. 4-5.

158. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 9, Titulus 2: Ad legem Aquiliam (prima pars),
in: Justičná revue 58 (2006), s. 172-191.
159. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 9, Titulus 2: Ad legem Aquiliam (altera pars),
in: Justičná revue 58 (2006), s. 387-404.
160. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 10, Titulus 1: Finium regundorum; Liber 12, Titulus 4: De
conditione causa data causa non secuta,
in: Justičná revue 58 (2006), s. 577-591.
161. Blaho, Peter
Die Verkehrsmittel in der lex Aquilia,
in: R. Gamauf (ed.): Festschrift für H. Hausmaninger, Wien (2006), s. 59-68.
162. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 12, Titulus 5: De conditione ob turpem vel iniustam causam;
Liber 12, Titulus 7: De conditione sine causa; Liber 13, Titulus 1: De
conditione furtiva,
in: Justičná revue 58 (2006), s. 746-757.
163. Blaho, Peter/Svák, Ján
Právnická bibliografia 2001-2004. Súpis judikatúry a právnickej literatúry
Slovenska, zal. a red. P. Blaho/J. Svák, zost. bibl. záz. D. Straková/J. Tereková,
Bratislava-Trnava (2005), 908 s.
164. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 13, Titulus 6: Commodato vel contra,
in: Justičná revue 58 (2006), s. 884-897.
165. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 13, Titulus 7: De pigneraticia actione vel contra,
in: Justičná revue 58 (2006), s. 1091-1109.
166. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 17, Titulus 1: Mandati vel contra (prima pars),
in: Justičná revue 58 (2006), s. 1342-1359.

167. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 17, Titulus 1: Mandati vel contra (altera pars),
in: Justičná revue 58 (2006), s. 1574-1591.
168. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 17, Titulus 1: Mandati vel contra (reliqua pars); Liber 17,
Titulus 2: Pro socio (prima pars),
in: Justičná revue 58 (2006), s. 1789-1808.
169. Blaho, Peter
Predhovor,
in: J. Lazar: Otázky kodifikácie súkromného práva, Bratislava (2006), s. 5-6.
170. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 17, Titulus 2: Pro socio (altera pars),
in: Justičná revue 59 (2007), s. 270-293.
171. Blaho, Peter
Praesumptio Muciana v teórii a praxi rímskeho práva,
in: R. Brtko (ed.), Rímska rodina v sociálnych a právnych vzťahoch. Medz.
konf. práv. romanistov Českej a Slovenskej republiky, Bratislava (2007),
s. 6-13.
172. Blaho, Peter
Rímske súkromné právo,
in: M. Novotná (ed.), Dejiny a kultúra antického Grécka a Ríma, Bratislava
(2006), s. 421-470, 582-583.
173. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 19, Titulus 1: De actionibus empti venditi (prima pars),
in: Justičná revue 59 (2007), s. 746-756.
174. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 19, Titulus 1: De actionibus empti venditi (altera pars),
in: Justičná revue 59 (2007), s. 967-980.
175. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 19, Titulus 1: De actionibus empti venditi (reliqua pars),
in: Justičná revue 59 (2007), s. 1179-1193.

176. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 20, Titulus 1: De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahuntur et de pactis eorum,
in: Justičná revue 59 (2007), s. 1348-1364.

177. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 20, Titulus 2: In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur; Titulus 3: Quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt; Titulus 4: Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt,
in: Justičná revue 59 (2007), s. 1529-1544.

178. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 20, Titulus 5: De distractione pignorum et hypothecarum; Titulus 6: Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur,
in: Justičná revue 59 (2007), s. 1702-1717.

179. Blaho, Peter
Rímske právo a jeho vyústenie v súčasnom súkromnom práve,
in: Hurdík, J./Fiala, J./Selucká, M.(ed.): Tradice a inovace v občanském právu, Spisy Právnické fakulty MU č. 318 (řada teoretická), Brno (2007), s. 9-18.

180. Blaho, Peter
Aequitas ako základná zásada súkromného práva,
in: Lazar, J./Blaho, P. (ed.): Základné zásady súkromného práva v zjednotenej Európe/Fundamentale Grundsätze des Privatrechts in vereinigten Europa, Bratislava (2007), s. 203-213, Zsf.

181. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Supplementum. 1. Constitutio Omnem. 2. Constitutio Tanta (altera pars),
in: Justičná revue 60 (2008), s. 150-164.

182. Blaho, Peter
s.v. hereditas; Hermogenianus; Heyrovský Leopold,
in: Encyclopaedia Beliana, 5.zväzok, Bratislava (2007), s. 612-613, 622, 645.

183. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Supplementum. Liber 1, Titulus 2: De origine iuris et omnium magistratum et successione prudentium,
in: *Justičná revue* 60 (2008), s. 327-341.
184. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 21, Titulus 3: De exceptione rei venditae et traditae; Liber 22, Titulus 2: De nautico faenore; Titulus 3: De probationibus et praesumptionibus,
in: *Justičná revue* 60 (2008), s. 512-527.
185. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 22, Titulus 4: De fide instrumentorum et amissione eorum; Titulus 5: De testibus; Titulus 6: De iuris et facti ignorantia,
in: *Justičná revue* 60 (2008), s. 697-710.
186. Blaho, Peter/Mach, Peter
Rímske právo na Slovensku. Bibliografický katalóg za roky 1986-2005,
in: *Acta Universitatis Tyrnaviensis, Iuridica*, 4 – 2007, Bratislava (2008), s. 276-303.
187. Blaho, Peter
Abgrenzung zwischen Kauf und Tausch in der Dichtung Homers,
in: E. Jakab/W. Ernst (ed.): *Kaufen nach Römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen*, Berlin-Heidelberg (2008), s. 53-60.
188. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 23, Titulus 1: De sponsalibus; Titulus 2: De ritu nuptiarum (pars prima),
in: *Justičná revue* 60 (2008), s. 877-890.
189. Blaho, Peter/Vaňková,
Digesta. Liber 23, Titulus 2: De ritu nuptiarum (altera pars),
in: *Justičná revue* 60 (2008), s. 1069-1082.
190. Blaho, Peter
Pojem držby v nemeckom a francúzskom stredovekom práve,
in: *Právní fórum. Měsíčník věnovaný soukromému právu*, Praha 5 (2008), s. 12-16.

191. Blaho, Peter
Vlastnícke právo a držba v československom občianskom práve v rokoch 1950-1983 (Historickoprávna štúdia),
in: Právny obzor 91 (2008), s. 267-282, Summ.
192. Blaho, Peter
Postavenie držby a vlastníctva v systéme vecných práv podľa nového návrhu slovenského Občianskeho zákonníka. Úvahy pre zákonodarcu,
in: J. Lazar (ed.): Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva. Materiály z odbornej konferencie, Bratislava (2008), s. 196-204.
193. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Corpus iuris civilis. Digesta, Tomus I., Bratislava (2008), 525 s.
194. Barancová, H./Blaho, P./Dianiška, G./Prusák, J./Šmid, M./Nevolná, Z.
in: H. Barancová/P. Blaho (zost.): Trnavská univerzita v Trnave. Právnická fakulta (1998-2008). Jubilejný pamätník, Trnava (2008), 118 s.
195. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 23, Titulus 3: De iure dotium (prima pars),
in: Justičná revue 60 (2008), s. 1292-1306.
196. Hausmaninger, Herbert/Blaho, Peter
Praktické prípady z rímskeho práva, 3.dopl. prepr. vyd., Bratislava-Viedeň (2008), 278 s., reg.
197. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 23, Titulus 3: De iure dotium (altera pars),
in: Justičná revue 60 (2008), s. 1791-1803.
198. Blaho, Peter /Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 23, Titulus 3: De iure dotium (reliqua pars),
in: Justičná revue 61 (2009), s. 157-168.
199. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 23, Titulus 4: De pactis dotalibus (pars prima),
in: Justičná revue 61 (2009), s. 316-325.

200. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 23, Titulus 4: De pactis dotalibus (altera pars); Liber 23, Titulus 5: De fundo dotali,
in: Justičná revue 61 (2009), s. 460-470.

201. Blaho, Peter
Slávnostný príhovor/Festrede,
in: P. Blaho (ed.): Homagium Iuris. Festreden für Andreas Wacke, OIR 13
Trnava (2009), s. 15-18.

202. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 24, Titulus 1: De donationibus inter virum et uxorem (pars prima),
in: Justičná revue 61 (2009), s. 593-601.

203. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 24, Titulus 1: De donationibus inter virum et uxorem (altera pars),
in: Justičná revue 61 (2009), s. 919-928.

204. Blaho, Peter
Cirkev a štát v antickom Ríme. Etymologické a politickoprávne problémy spojené s raným kresťanstvom,
in: Právněhistorické studie, Praha 40 (2008), s. 35-54, Zsf.

205. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 24, Titulus 1: De donationibus inter virum et uxorem (tertia pars),
in: Justičná revue 61 (2009), s. 1116-1128.

206. Blaho, Peter/Vaňková, Jarmila
Digesta. Liber 24, Titulus 1: De donationibus inter virum et uxorem (reliqua pars),
in: Justičná revue 61 (2009), s. 1301-1312.

207. Blaho, Peter
Parémia *beati bossidentes* v latinčine a v rímskom práve. Poznámky k prekladu antického právneho textu.
in: D. Škoviera/E. Juríková (ed.): Sambucus IV. Práce z klasickej filológie, Filozofická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave. 2009, s. 31-43.

V tlači:

Blaho, Peter

s.v. honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere; hypotheca,
in: Encyclopaedia Beliana, 6.zv., Bratislava

Blaho, Peter

Theodor Mommsen – editor justiniánskych Digest,
in: Sambucus V. Práce z klasickej filológie, latinskej medievalistiky
a neolatinistiky, Trnava, 15 rkp. s., Zsf.

Blaho, Peter/Skrejpek, Michal

Corpus iuris civilis. Iustiniani Institutiones. Justiniánské InSTITUTE, Praha,
(2009), 407 s., reg., bibl.

Blaho, Peter

Władza i prawo, prawo i władza, Warszawa (2009), 6 rkp. s.

Blaho, Peter

Das Fortleben des römischen Rechts in der Slowakei, in: Zeitschrift für Neuere
Rechtsgeschichte.
Wien (2009), 15 rkp. s.

Blaho, Peter

s.v. Institutiones Iustiniani; interpretatio; ipso iure; Irnerius; Iulianus; iuris
prudentia; ius; ius est ars boni et aequi; iustitia est constans et perpetua voluntas
ius suum cuique tribuendi; Jhering,
in: Encyclopaedia Beliana, 7. zv., Bratislava

Napísali o profesorovi Blahovi:

Mozolík, Peter

Obhajoba habilitačnej práce JUDr. Petra Blahu, CSc.,

in: Právňehistorické studie 25 (1983), s. 167-169.

Haramia, Ivan

Peter Blaho,

in: Právny obzor 83 (2000), s. 244-246.

Vrana, Vladimír

Právna romanistika a jej postavenie v súčasnej právnej vede na Slovensku,

in: F. Šimon (ed.): 10 rokov Slovenskej republiky – 10 rokov klasických štúdií, Košice (2004), s. 28-29.

Luby, Štefan

Pri prameni práva [stat' o P. Blahovi],

in: Š. Luby, Moji intelektuáli III., Bratislava (2006), s. 21-24.

sine autoris

Prof. JUDr. Peter Blaho, CSc.,

in: Univeristas Tyrnaviensis. Časopis Trnavskej univerzity, Trnava 5 (2007), 3, s. 6.

Katuninec, Milan (ed.)

Peter Blaho,

in: Trnavská univerzita v Trnave 1992-2007. 15. výročie obnovenia, Trnava (2007), passim.

Minarovič, Timotej

Rozlúčka s prof. JUDr. Petrom Blahom, CSc.,

in: J. Šimončíč (ed.): Fons Tyrnaviensis II. K dejinám Trnavskej univerzity. K 15. výročiu obnovenia Trnavskej univerzity, Trnava (2007), s. 15-16.

Hološová, Alžbeta

s.v. Blaho, Peter,

in: Rektori Trnavskej univerzity/Rectors of Trnava University 1635-1777|1922-2008, Trnava (2009), s. 127-129.

Bibliografia profesora Petra Blaha

Král, Ján

prof. JUDr. Dr.h.c. Peter Blaho, CSc.,

in: Župný spravodajca. Spoločenský časopis pre občanov Trnavského samosprávneho kraja, Trnava (2009), č. 3, s. 9.

Krsková, Alexandra

K sedemdesiatinám prof. JUDr. Petra Blahu, CSc.,

in: Právny obzor 92 (2009), s. 69-70.

Zur *oratio Severi de praediis pupillorum* von 195 nach Chr.

Hans Ankum

Wie bekannt, hat ein auf Initiative des Kaisers Septimius Severus¹ entstandener Senatsbeschluß Vormündern eines Mündels die Veräußerung und Verpfändung von ländlichen und stadtnahen Grundstücken verboten und diese im Ausnahmefall hoher den *pupillus* belastenden Schulden nur mit prätorischer Genehmigung gestattet. Der Text der *oratio*, die zu diesem Senatsbeschluß geführt hat, ist uns durch den Ulpiantext D. 27,9,1,2 überliefert worden. Wir haben hier mit einer nicht unwichtigen Verbesserung der Rechtslage der *pupilli* zu tun. Es ist darum auffallend, daß das Interesse, das die modernen Romanisten dieser *oratio* gegeben haben, ziemlich gering ist.² In diesem, meinem lieben Freunde Peter Blaho gewidmeten Aufsatz möchte ich einige Aspekte der *oratio Severi* behandeln.

Diese Abhandlung hat zwei Teile. Im ersten Teil werde ich den Text der *oratio* abdrucken und interpretieren. Im zweiten Teil will ich eine allgemeine Richtlinie, die Ulpian in D. 27,9,5,9-14 den Prätores für die Anwendung des Senatsbeschlusses gegeben hat, erörtern.

I. Text und Interpretation der *oratio Severi de praediis pupillorum*

1. Ulpian behandelt die Verwaltung des Mündelvermögens im 35. Buch seines Ediktskommentars. Dieses Buch³ enthält einen ziemlich großen Passus

¹ Dieser Kaiser hat auch in einer zusammen mit Caracalla erlassenen Konstitution eine in Rang privilegierte Legalhypothek an vom Vormund auf eigenen Namen mit Mündelgeld gekauften Sachen eingeführt; S. Ulp. D. 27,9,3 pr.: vgl. M. KASER, *Das Römische Privatrecht*². München 1971, S. 466.

² Ich erwähne hier die instruktive Abhandlung von A. BISCARDI, *L'oratio Severi e il divieto di obligare*, in *Studi Grosso*, III, Torino 1970, S. 247-288 und B. ALBANESE, *Le Persone nel diritto privato Romano*, Palermo 1979, S. 489-491.

³ Ulpian hat Buch 35 seines Ediktskommentars in einer mit dem 22. Buch beginnenden Periode (212-217) des Alleinkaisertums des Caracalla geschrieben, in der dieser, wenn er zusammen mit seinem Vater erwähnt wird, immer an erster Stelle erscheint; vgl. T. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford 1982, S. 134-135.

zum auf der *oratio Severi* basierenden Senatsbeschluß.⁴ Der Jurist beginnt damit, in D. 27,9,1 pr. mitzuteilen, daß es *tutores* und *curatores* in einer *oratio* des Kaisers Septimius Severus verboten ist, *praedia rustica et suburbana* zu veräußern, Diese Rede ist, so schreibt Ulpian in D. 27,9,1,1, unter den Konsuln Tertullius und Clemens am 13. Juni [195] vorgetragen worden. Die *oratio*⁵ hat nach Ulpian D. 27,9,1,2 den folgenden Wortlaut:⁶

(a) Praeterea⁷, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, (b) nisi ut id fieret parentes testamento vel codicillis caverint. (c) quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae (l. mit Lenel⁸: possessiones) possunt (l. mit Haloander: possint⁹) alienari obligarive debeant, (d) manente pupillo actione si postea potuerit probari obreptum esse. (e) si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius sequetur, nihil novandum censeo.

(a) Außerdem, Senatoren, will ich Vormündern und Pflegern untersagen, ländliche Grundstücke und stadtnahe Grundstücke zu veräußern, (b) es sei denn, die Aszendenten hätten im Testament oder in einem Kodizill bestimmt, daß dies geschehen dürfe. (c) Sind freilich die Schulden so hoch, daß sie aus dem übrigen Vermögen nicht bezahlt werden können, dann muß man sich an den Stadtprätor, einen Mann hochwürdigen Ranges, wenden, der in gewissenhafter Ausübung seines Amtes beurteilen wird, welche Besitzungen veräußert werden können oder verpfändet werden dürfen, (d) und zwar unter Vorbehalt einer Klage des Mündels, wenn später bewiesen werden kann, der Prätor sei hintergangen

⁴ In O. LENELS *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Lipsiae 1889 haben die Spalten 659 bis 662 den auf der *oratio Severi* basierenden Senatsbeschluß zum Thema.

⁵ Nach ALBANESE, *Le Persone* (Fn. 2), S. 490, Fn. 293 handelt es sich um einen Teil des Textes des Senatsbeschlusses. Meiner Meinung nach geht aus dem Worte *eius* in D. 27,9,1,1 hervor daß wir mit dem Text der kaiserlichen Rede zu tun haben. Ob der Text des Senatsbeschlusses länger war, wissen wir nicht.

⁶ Um die Auslegung des Textes zu erleichtern, haben wir ihn in fünf Teile gegliedert.

⁷ Dieses Wort weist darauf hin, daß der auf der Grundlage dieser *oratio* gefasste Senatsbeschluß auch noch andere Themen regelte: vgl. hierzu, BISCARDI, *L'oratio Severi* (Fn. 2), S. 247, Fn. 1 und D. SCHANBACHER, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht*, Berlin 1987, S. 182, Fn. 1003.

⁸ S. LENEL, *Palingenesia*, II (Fn. 4), Sp. 659, Fn. 4.

⁹ Auch BISCARDI, *L'oratio Severi* (Fn. 2), S. 254 korrigiert die Lesart *possunt* der *Florentina* in *possint*.

worden. (e) Für diejenigen Fälle, daß ein Grundstück gemeinschaftlich ist und ein Miteigentümer auf Teilung klagt oder daß ein Gläubiger, dem von einem Aszendent des Mündels ein Grundstück verpfändet worden ist, sein Recht geltend macht, soll durch meinen Antrag nichts geändert werden.¹⁰

2. Der Kaiser gibt im Textteile (a) als Hauptinhalt seiner Rede, die von einem Senatsbeschluß gefolgt wurde, daß er *tutores* und *curatores* unmündiger Personen untersagt ländliche und stadtnahe Grundstücke zu veräußern¹¹. Mit *tutores* sind vom Kaiser die Vormünder der Mündel, mit *curatores* (*adiuncti*) sind von ihm die vom Magistrat *periculo tutoris* für den Fall der Abwesenheit oder Verhinderung der Vormünder ernannten Pfleger¹² gemeint. Im spät- und nachklassischen Recht und nach dem Justinianischen Recht hatte das Wort *curatores* auch die Bedeutung von *curatores minorum*, an die das Veräußerungsverbot bezüglich der erwähnten Grundstücke auf extensive Weise angewendet worden ist¹³.

¹⁰ Es handelt sich hier zum größten Teil um die Übersetzung von Kupisch in *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung, IV, Digesten 21-27, hrsg. von R. KNÜTEL, B. KUPISCH, H. H. SEILER, [und] O. BEHREND, Heidelberg 2005, S. 514. Nur haben wir *parentes* und *parens* in den Zeilen 2 und 7 durch „Aszendent(en)“ und nicht durch „Erblasser“ übersetzt. Weiter haben wir *possiones* in Zeile 5 nicht durch „Besitz“ sondern durch „Besitzung“ = „Grundstück“ übersetzt und endlich haben wir den Unterschied zwischen *possint* und *debeant* in Zeile 5 in der Übersetzung hervortreten lassen.

¹¹ Wir haben hier mit einer wichtigen frühen Beschränkung der Veräußerungsbefugnis der Vormünder zu tun, In nachklassischer Zeit sind diese Beschränkungen ab Konstantin noch viel umfangreicher. In einer Konstitution dieses Kaisers vom 15. März 326, die sowohl in den Codex Theodosianus (C. Th. 3.30.3) als auch in den Codex Justinianus (C. 5.37.22) aufgenommen worden ist, sind die Befugnisse der Vormünder der Mündel und der Pfleger der Minderjährigen weitgehend beschränkt. Nach den §§ 6 und 7 dieser Konstitution konnten sie ohne Dekret des Magistrats oder des Richters nur alte Kleider und überflüssige Sklaven veräußern. Nach § 1 ist Veräußerung von Grundstücken und Sklaven nur in Fällen von *necessitas* (man denke an hohe Schulden) nach *inquisitio iudicis* und *interpositio decreti* gestattet. Justinian legt in einer Konstitution vom 21. Oktober 531 (C. 5.37.28.5) deutlich fest, daß es *tutores* und *curatores* freisteht, die Früchte der Sachen, die den Personen, deren Vermögen sie verwalten, gehören, *iusto pretio* zu verkaufen. S. über die nachklassische Rechtsentwicklung, P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, I, Diritto di Famiglia, Milano 1963, S. 605, BISCARDI, *L'oratio Severi* (Fn. 2), S. 257, M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, II², München 1975, S. 235 und ALBANESE, *Le Persone* (Fn. 2), S. 490-491.

¹² S. zu diesen *curatores* (*adiuncti*) *pupillorum*, E. SACHERS, *Tutela* in RE 2. Reihe, Band 7, Stuttgart 1948, Sp. 1526, P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (Fn. 11), S. 661-662, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I² (Fn. 1), S. 359 und 372 und A. GUARINO, *Diritto privato Romano*¹¹, Napoli 1997, S. 646.

¹³ S. KASER, *Das Römische Privatrecht*, II², (Fn. 11), S. 235.

Praedia rustica et suburbana sind bestellte, einen Ertrag abwerfende Grundstücke, die entweder außerhalb oder in der Stadt¹⁴ lagen. Wenn wir hiernach in diesem Aufsatz von „Grundstücken“ reden, meinen wir die *praedia*, von denen der Senatsbeschluß handelt.

Distrahere res bedeutet „eine Sache verkaufen und deren Eigentum¹⁵ übertragen“¹⁶. Von Verpfändung ist im Satzteil (a) nicht die Rede. Aus dem gleich zu besprechenden Textteil (c) geht jedoch hervor, daß der Prätor im Ausnahmefall der hohen, den *pupillus* belastenden Schulden untersuchen muß, ob Grundstücke veräußert werden können oder verpfändet werden müssen. Das kann nur bedeuten, daß in den im Textteil (a) gemeinten Fällen die Verpfändung ebenso verboten war wie die Veräußerung. Ein Veräußerungsverbot ohne ein Verpfändungsverbot wäre auch nicht effektiv gewesen, weil Pfandgläubiger in den meisten Fällen ein *ius distrahendi* hatten, und die Verpfändung in diesen Fällen zu einer Veräußerung führte. Der Kaiser hätte besser getan, das Verbot der Verpfändung auch im Satzteil (a) auszusprechen. Jedenfalls haben die Juristen und die Kaiser das Verbot nicht nur auf Grundstücksveräußerungen sondern auch auf Grundstücksverpfändungen angewendet, wie wir gleich bei der Besprechung der Sanktion des Verbots sehen werden.

Dieser Frage der Sanktion des Verbots des Textteiles (a) wenden wir uns jetzt zu¹⁷. Ich vermute, daß der auf der *oratio Severi* basierende Senatsbeschluß sich dazu nicht geäußert hat¹⁸. In der *oratio* finden wir darüber nichts. Aus Juristentexten und Kaiserkonstitutionen geht hervor, daß gegen den Senatsbeschluß verstoßende Veräußerungen und Verpfändungen als nichtig behandelt wurden¹⁹. Ich erwähne beispielshalber die folgenden Texte:

¹⁴ S. über die Bedeutung des Wortes *suburbanus*, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts*⁹, Jena 1907, S. 565.

¹⁵ Für die *res Mancipi* war wahrscheinlich von der Übertragung des prätorischen Eigentums die Rede, da Vormünder wohl nicht die Befugnis hatten, Eigentum nach *ius civile* an den *res Mancipi* ihres Mündels zu übertragen; vgl. hierzu E. BUND, Zur Veräußerungsbefugnis des Tutors, in *Studi Betti*, III, Milano 1962, S. 159-164.

¹⁶ S. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon* (Fn.14), *distrahere*, sub 3, S. 163.

¹⁷ M. KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien 1977, S. 57, Fn. 2 hat sich ausdrücklich für die Nichtigkeitssanktion ausgesprochen.

¹⁸ Wäre das der Fall gewesen, so hätte Ulpian in D. 27,9,1,4 nicht schreiben können: *non puto pignus valere*; der Jurist hätte sich dann nicht so vorsichtig ausgedrückt.

¹⁹ ALBANESE, *Le Persone* (Fn. 2), S. 490, Fn. 294 gibt eine lange Liste mit Quellen, die sich sowohl auf das im Textteile (a) erwähnte allgemeine Verbot als auch auf das Fehlen einer prätorischen Genehmigung, die im Textteile (c) erwähnt wird, beziehen. Wir sind der Meinung, daß es sich hier um zwei verschiedene Nichtigkeitsfälle handelt; vgl. auch unten, Fn. 25.

Ulpianus D. 27,9,5,14²⁰ und D. 27,9,10²¹ und Diocletianus und Maximianus C. 5,71,8 und 9 (beide von 285); Ulpianus D. 27,9,1,4²² und Diocletianus und Maximianus C. 5,71,9 (von 285). Die ersten vier der erwähnten Texte betreffen Veräußerungen, die letzten zwei beziehen sich auf Verpfändungen. Wenn der Ausnahmefall vom Textteile (c) nicht vorliegt, und also das allgemeine Verbot des Textteiles (a) anzuwenden ist, so kann in solchem Fall selbst eine (ungültig gegebene) Genehmigung des Prätors die Veräußerung nicht gültig machen. Dies legt Ulpian in D. 27,9,5,14 dar.

3. Im Textteil (b) formuliert der Kaiser dann eine Ausnahme. Hat ein Aszendent eines Mündels in seinem Testament oder in einem Kodizill geschrieben, daß ein Grundstück, das das Mündel als Erbe, Legatar oder Fideikommissar seinerseits erworben hat, veräußert oder verpfändet werden dürfe, so waren die Vormünder dazu befugt, ohne daß ein prätorisches Dekret notwendig war²³.

4. Von großer praktischer Bedeutung war die im Textteil (c) vom Kaiser erwähnte Ausnahme vom Veräußerungs- und Verpfändungsverbot des Textteils (a). Hat das Mündel so hohe Schulden, daß diese aus seinen anderen Vermögensteilen nicht befriedigt werden können, so haben die Vormünder sich an den Stadtprätor zu wenden; dieser muß dann beurteilen, welche Grundstücke veräußert werden können und welche verpfändet werden müssen. Auffallend ist der Unterschied zwischen *possint*, das sich auf die Veräußerungen und *debeant*, das sich auf die Verpfändungen bezieht. Man kann sich diesen Unterschied mit Biscardi so vorstellen²⁴, daß der Prätor nachgeht, ob ein nicht sehr fruchtbares Grundstück ohne Nachteil für den *pupillus* veräußert werden

²⁰ Aus diesem Text zitiere ich die Worte: *dicemus nullam esse venditione*.

²¹ Die Tatsache, daß die Möglichkeit der Vindikation durch das Mündel der *illicite* verkauften Sache erwogen wird, weist darauf hin, daß Ulpian von der Nichtigkeit des vom Vormund vorgenommenen Grundstücksverkauf ausgeht.

²² Aus diesem Text zitiere ich die Worte: *dicemus nullam esse venditionem*.

²³ Vgl. zu diesem Fall Paulus D. 27,9,14 und Diocletianus und Maximianus C. 6,72,3 (von 295 nach Chr.). Im ersten Text entscheidet der Jurist, daß die Tutoren eines Mündels auch zur Veräußerung eines Grundstücks befugt sind, wenn die Klausel, kraft der die Veräußerung gültig war in das Testament seines Vaters aufgenommen war, das, zum Beispiel durch eine *capitis deminutio des Erblassers*, *irritum* war. Nach dem Reskript von 295 konnte ein Grundstück ohne Dekret des Statthalters gültig veräußert werden, wenn der Aszendent oder der Erblasser, aus dessen Vermögen das Grundstück von einem Minderjährigen erworben worden war, in seinem Testament den Wille dazu zum Ausdruck gebracht hat.

²⁴ S. BISCARDI, *L'oratio Severi* (Fn. 2), S. 255.

kann, und wenn das sich nicht als möglich erweist, entscheidet, daß ein Grundstück verpfändet wird, so daß mit dem vom Pfandgläubiger geliehenen Geld die Schulden bezahlt werden können. Die hier gemeinte Veräußerung und Verpfändung müssen von den Tutoren nach prätorischer Genehmigung, die durch ein Dekret verliehen wird, vorgenommen werden.

Man kann sich auch hier fragen, was die Sanktion des Fehlens des prätorischen Dekrets war. Der Senatsbeschluß hat sich hierzu nicht geäußert. Kurz nach 195 hat sich Septimius Severus in einem zusammen mit Caracalla geschriebenen Reskript für die Nichtigkeitssanktion²⁵ ausgesprochen. Dieses Reskript kennen wir aus Ulpian D. 26,10,3,13: *Severus et Antoninus rescripserunt Epicurio tutores, qui res vetitas sine decreto distraxerunt, nihil quidem egisse, verum si per fraudem id fecerunt, remove eos oportere*. Auch die Juristen und die späteren Kaiser haben die von den Vormündern ohne prätorisches Dekret vorgenommenen Veräußerungen und Verpfändungen als nichtig betrachtet. Ich erwähne hier beispielshalber für die Veräußerungen Papin.-Paulus D. 27,9,13,1, Ulpianus D. 27,9,10, Valerianus und Gallienus C. 5,71,5 (von 260), sowie Diocletianus und Maximianus C. 5,71,10 (von 290), C. 5,71,11 pr. (von 290) und C. 5,71,15 (von 293) und für die Verpfändungen Papin.-Paulus D. 27,9,13,1, Ulpianus D. 27,9,7,3 und 5 und Valerianus und Gallienus C. 5,71,5 (260).²⁶

5. Im Textteile (d) sagt der Kaiser, daß für das Mündel eine Klage erhalten bleibt, wenn er (nach erworbener Mündigkeit) beweisen kann, daß der Prätor, als er sein Dekret, in dem er den Vormündern die Veräußerung eines Grundstücks erlaubte, gefasst hatte, hintergangen war, zum Beispiel dadurch, daß sie die anderen Vermögensteile als weniger wert und die Schulden als höher vorstellten als sie in Wirklichkeit waren. Der Kaiser sagt nicht, an welcher Klage er denkt. Ulpian gibt seine Meinung dazu im folgenden Text.

²⁵ Wenn man länger darüber nachdenkt, muß man feststellen, daß wir mit zwei Nichtigkeitsfälle zu tun haben. Wer gegen das im Textteile (a) erwähnte Verbot verstößt, zum Beispiel ein Mündelgrundstück veräußert, nimmt eine nichtige Veräußerung vor; das Rechtsgeschäft als solches ist nichtig. Wer in dem im Textteil (c) erwähnten Fall eines hohen *aes alienum* des Mündels ohne prätorisches Dekret ein Mündelgrundstück veräußert, nimmt ein Rechtsgeschäft vor, das wegen des Fehlens des prätorischen Dekrets nichtig ist. In der modernen Romanistik werden diese Fälle nicht klar unterschieden.

²⁶ Die zahlreichen von ALBANESE, *Le Persone* (Fn. 2), S. 490, Fn. 29 erwähnten Texte betreffen die Nichtigkeitsfälle der Textteile (a) und (c) der *oratio* durch einander.

D. 27,9,5,15 Ulpianus *l.35 ad edictum*:

Manet actio pupillo, si postea poterit probari obreptum esse praetori. sed videndum est, utrum in rem an in personam dabimus ei actionem. et magis est, ut in rem detur, non tantum in personam adversus tutores sive curatores.

Nach Ulpian gibt es sowohl eine persönliche Klage gegen die Tutoren (die *actio tutelae*) als auch eine dingliche Klage (die *rei vindicatio* oder die *actio Publiciana*) gegen denjenigen, der das Grundstück als Käufer oder als Pfandgläubiger erworben hat. Er gibt der dinglichen Klage aus verständlichen Gründen den Vorzug. Der *pupillus* wird auf diese Weise gut geschützt. Für den Dritterwerber, der sich auf das prätorische Dekret verlassen hat, ist dies eine üble Überraschung, Selbstverständlich können die beiden hier anwendbaren reipersekutorischen Klagen nicht kumulieren. Aus Ulpian D. 27,9,10 wissen wir, daß das mündig gewordene Mündel, wenn es einmal mit der *actio tutelae* gegen den Tutor geklagt hat, und dieser den vom Richter festgestellten Schätzwert bezahlt hat, nicht mehr mit Erfolg das veräußerte *praedium* herausfordern kann. Die Formulierung *vindicatio praedii ex aequitate inhibetur*, weist darauf hin, daß gegen die *rei vindicatio* die *exceptio doli* vorgebracht werden kann. Auch die Juristen der Kanzlei der Kaiser Valerian und Gallien haben sich in einem in C. 5,71,5 aufgenommenen, an Serenus gerichteten Reskript vom 29 April 260 zu diesem Fall geäußert:

Etsi praeses decrevit alienandum vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum praedium, tamen actionem pupillo, si falsis adlegationibus circumventam religionem eius probare possit, senatus reservavit, quam exercere tu quoque non vetaris.

Die Kanzlei hat entschieden, daß im Fall, in dem die Vormünder des unmündigen Serenus den Provinzstatthalter durch falsche Argumente dazu geführt hatten, ein Dekret zu fassen, kraft dessen sie ein Grundstück des Mündels veräußern oder verpfänden durften, der inzwischen mündig gewordene Serenus eine Klage erheben kann. Welche Klage es ist, wird nicht präzisiert.

6. Ich kehre jetzt zu der *oratio Severi* zurück und stelle fest, daß der Kaiser im Textteil (e) zwei Fälle erwähnt, für die er eine Erneuerung des Rechts nicht als notwendig betrachtet (*nihil novandum censeo*). Der erste Fall ist dieser, daß ein Unmündiger zusammen mit jemandem anderen ein Grundstück im Miteigentum hat und der Miteigentümer die *actio communi dividundo* erhebt. Im zweiten Fall hat ein Gläubiger des Vaters des Mündels ein Pfandrecht an einem Grundstück begründet, das das Mündel als Erbe erworben hat und will

er sein Recht ausüben. In beiden Fällen bedeutet die Fortsetzung des geltenden Rechtes²⁷, daß die Teilung²⁸ oder der Verkauf durch den Pfandgläubiger, die man beide als Fälle einer *alienatio* betrachten kann, gültig sind und daß dafür, auch wenn der *pupillus* im Sinne des Textteils (c) hohe Schulden hat, kein prätorisches Dekret notwendig ist. In beiden Fällen handelt es sich um ein notwendiges Rechtsgeschäft und ist Missbrauch seitens der Vormünder nicht zu befürchten.

II. Kommentar zu einer allgemeinen Richtlinie Ulpians an die Prätores für die Anwendung des auf der *oratio Severi* basierenden Senatsbeschlusses

1. Im zweiten Teil dieses Aufsatzes wende ich mich dem Passus aus dem 35. Buch des Ediktskommentars Ulpians zu, in dem dieser Jurist eine Art allgemeine Instruktion an die Prätores gibt über die Art und Weise, auf die sie den auf der *oratio Severi* basierenden Senatsbeschuß anzuwenden haben. Dieser in D. 27,9,5,9-14 aufgenommene Passus war gewiß für die Prätores und Statthalter seiner Zeit sehr instruktiv. Auch für den heutigen Rechtshistoriker ist er sehr lehrreich. Den Leser, der sich in diese Materie orientieren will, werde ich durch Paraphrase, Übersetzung²⁹ und Kommentar behilflich sein.

2. In D. 27,9,5,9³⁰ fängt Ulpian damit an, dem Prätor einzuschärfen, daß er

²⁷ Das Recht, das vor dem Senatsbeschuß gegolten hat und hier also in Geltung bleibt, wird von Ulpian D. 27,9,8,1 *ius vetus* genannt.

²⁸ Daß das Miteigentum ohne prätorisches Dekret aufgehoben werden kann, bedeutet nicht, daß auch die Verpfändung eines Grundstücks, das das Mündel zusammen mit jemandem anderen im Miteigentum hat, von dessen Tutoren ohne prätorisches Dekret vorgenommen werden konnte. Ulpian macht in D. 27,9,8,2 einen klaren Unterschied zwischen diesen beiden Sachverhalten. Auf die Frage, ob Grundstücke, die ein *pupillus* mit jemandem gemein hat, von seinen Vormündern verpfändet werden können, antwortet er: *sed non puto sine decreto obliganda. nam quod excepit oratio ad hoc tantum pertinet, ut perematur communio, non ut augeatur difficultas communionis.* Eine solche Verpfändung sei nicht möglich ohne prätorisches Dekret, da die von der *oratio* anerkannte Ausnahme dazu dient, die *communio* zu beseitigen, nicht deren Schwierigkeiten zu vermehren.

²⁹ Die hiernach zwischen Anführungszeichen abgedruckten Zeilen stammen aus KUPISCH⁴ Übersetzung in *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung, Band IV (Fn. 9), S. 518-520.

³⁰ *Non passim tutoribus sub optentu aeris alieni permitti debuit venditio: namque non esse viam eis distractionis tributam. et ideo praetori arbitrium huius rei senatus dedit, cuius officio in primis hoc convenit excutere, an aliunde possit pecunia ad extenuandum aes alienum expediri. quaerere ergo debet, an pecuniam pupillus habeat vel in numerato vel in nominibus,*

nicht ohne weiteres den Vormündern erlauben darf, Grundstücke zu verkaufen. Deshalb muß er „zu erfahren suchen ob dem Mündel Geldmittel zur Verfügung stehen, entweder in der Form von Bargeld oder Forderungen, die eingeklagt werden können, oder in der Form von Erntevorräten oder auch von künftigen Erträgen und Einkünften“. Ebenso muß der Prätor untersuchen, ob das Mündel außer Grundstücke andere Sachen hat, die veräußert werden können und aus deren Verkaufspreis die Schulden bezahlt werden können. Wenn das sich jedoch nicht als möglich erweist, und der Prätor „herausgefunden hat, daß auf andere Weise als durch Veräußerung von Grundstücken die Schulden nicht bezahlt werden können, dann soll er die Erlaubnis zur Veräußerung erteilen, jedenfalls wenn der Gläubiger auf Zahlung drängt oder die Hohe des Zinssatzes es ratsam erscheinen läßt, der Verbindlichkeit nachzukommen“. Man sieht, wie fest Ulpian davon überzeugt ist, daß die Veräußerung von Grundstücken so viel wie möglich vermieden werden muß. Er sieht sie wirklich als ein *ultimum remedium* zur Bezahlung der Schulden und der Zinsen.

3. Das Streben nach Beschränkung der Fälle von Veräußerung von Grundstücken und der Summen, wofür Grundstücke verpfändet werden, finden wir auch in D. 27,9,5,10³¹. Der Prätor muß beurteilen, ob er lieber zulassen will, ein Grundstück zu veräußern als es zu verpfänden und er muß darauf achten, daß nicht ein größeres verzinliches Darlehn aufgenommen wird als notwendig ist für die Befriedigung der Schuld. Entscheidet der Prätor sich für die Veräußerung eines Grundstücks, so muß er vermeiden daß für eine verhältnismäßig geringe Schuld ein großes Grundstück verkauft wird und muß er nachgehen, ob nicht dem Verkauf eines *praedium*, das weniger wertvoll ist, den Vorzug gegeben werden muß. Man fühlt hier schon auf dem Hintergrund, daß Ulpian vermeiden will, daß der Tutor aus dem durch Grundstückshypothek gesicherten Darlehn zu viel Geld in Händen bekommen wird, das er zu seinem eigenen Nutzen ausgeben wird. Das wird in D. 27,9,5,13 noch deutlicher zum Ausdruck kommen.

quae conveniri possunt, vel in fructibus conditis vel etiam in reddituum spe atque obventionum. item requirat, num aliae res sint praeter praedia quae distrahi possint, ex quarum pretio aeri alieno satisfieri possit. si igitur deprehenderit non posse aliunde exsolvi quam ex praediorum distractione, tunc permittit distrahi, si modo urgeat creditor aut usurarum modus parendum aeri alieno suadeat.

³¹ Idem praetor aestimare debet, utrum vendere potius an obligare permittat nec non illud vigilanter observare, ne plus accipiatur sub obligatione praediorum faenoris, quam quod opus sit ad solvendum aes alienum: aut si distrahendum arbitrabitur, ne propter modicum aes alienum magna possessio distrahatur, sed si sit alia possessio minor vel minus utilior pupillo, magis eam iubere distrahi quam maiorem et utilioerem.

4. In D. 27,9,5,11³² gibt Ulpian dem Prätor wichtige Hinweise über die Art und Weise, worauf er sich eine verlässliche Einsicht in die finanzielle Lage des Mündels verschaffen kann. Wenn Vormünder sich mit der Bitte um eine Erlaubnis für den Verkauf eines Mündelgrundstücks an den Prätor wenden, so muß er jemanden suchen, der ihm über das Mündelvermögen Auskunft erteilen kann. Den Tutoren habe der Prätor nach Ulpians Ansicht nicht zuviel Vertrauen zu schenken, da diese oft ihre eigenen Interessen haben. Er könne besser Verwandten oder Freigelassenen suchen, die das Vermögen des Mündels gut kennen. Findet er solche Personen nicht, oder sind die von ihm gefundenen Personen unzuverlässig, so muß der Prätor nach Ulpian verordnen, daß ihm Rechnungen und eine Übersicht des Mündelvermögens vorgelegt werden. Weiter muß der Prätor dem Mündel einen Anwalt geben, „der mit seinen Auskünften ihm, dem Prätor die gewissenhafte Entscheidung ermöglicht, ob er einen Verkauf oder eine Verpfändung zustimmen soll“.

5. In D. 27,9,5,12³³ stellt Ulpian sich die Frage, ob die Genehmigung, die der Prätor Vormündern gegeben hat, ein in der Provinz liegendes Grundstück zu veräußern, wirksam sei. Auf vorsichtige Weise trägt Ulpian als seine Meinung vor (*putem*), daß die vom Prätor gegebene Erlaubnis wirksam sei, wenn diese Vormünder die Tutel in Rom führten und auch die Verwaltung³⁴ dieses Grundstücks übernommen hatten. Offenbar war es zu dieser Frage noch nicht zu einer allgemein akzeptierten Meinung gekommen.

6. Ulpians Angst, daß Vormünder das Geld, das sie gegen Hypothek an einem Mündelgrundstück empfangen haben, für eigene Zwecke anwenden werden, macht Ulpian explizit in D. 27,9,5,13³⁵. Um zu vermeiden, daß die

³² In primis igitur quotiens desideratur ab eo, ut remittat distrahi, requirere debet eum, qui se instruat de fortunis pupilli, nec nimium tutoribus vel curatoribus credere, qui nonnumquam lucri sui gratia adseverare praetori solent necesse esse distrahi possessiones vel obligari. requirat ergo necessarios pupilli vel parentes vel libertos aliquos fideles vel quem alium, qui notitiam rerum pupillarum habet, aut, si nemo inveniatur aut suspecti sint qui inveniuntur, iubere debet edi rationes itemque synopsis bonorum pupillarum, advocatumque pupillo dare, qui instruere possit praetoris religionem, an adsentire venditioni vel obligationi debeat.

³³ Illud quaeri potest, si praetor aditus permiserit distrahi possessionem provincialem, an valeat quod fecit. et putem valere: si modo tutela Romae agebatur et hi tutores eam quoque administrationem subierant.

³⁴ S. über die Zuweisung der Verwaltung an einen Tutor oder an mehrere Tutoren, KASER, *Das Römische Privatrecht*, I² (Fn. 1), S. 362.

³⁵ Ne tamen titulo tenus tutores aere alieno allegato pecunia abutantur quam mutuum

Tutoren, sich berufend auf Schulden des Mündels, Geld, das sie als Darlehn empfangen haben, für sich selbst gebrauchen, muß der Prätor nach Ulpian dafür sorgen, daß das aufgenommene Geld an die Gläubiger des Mündels bezahlt wird. Er habe, um das kontrollieren zu lassen, einen Gerichtsdienner anzuweisen, der ihm Bericht erstatten muß, daß das Geld „zu dem Zweck verwendet wurde, für den die Veräußerung oder die Verpfändung beantragt worden war“. Ob diese *viatores* oft eingesetzt wurden, wissen wir nicht.

7. In dem letzten Text (D. 27,9,5,14³⁶) des Passus aus dem der *oratio Severi* gewidmeten Teil des Ediktskommentars Ulpians, den man als eine Art allgemeine Richtlinie für die Anwendung des auf der *oratio* basierenden Senatsbeschlusses betrachten kann, hebt der Jurist hervor, daß von einer allgemeinen Befugnis des Prätors, den Vormündern zu erlauben Mündelgrundstücke zu veräußern, nicht die Rede sei. Hat das Mündel keine hohe Schulden und behauptet der Tutor gegenüber dem Prätor, es sei nützlich, bestimmte Grundstücke zu verkaufen und andere zu kaufen, so ist die nach Ulpian als richtig betrachtete Meinung, daß der Prätor eine Erlaubnis zur Veräußerung nicht geben kann. „Dem Prätor ist nämlich nicht uneingeschränkt die Entscheidung überlassen, daß Mündelgrundstücke veräußert werden dürfen, sondern nur unter der Voraussetzung, das Schulden drücken“. Hat der Prätor trotz des Fehlens drückender Schulden eine Erlaubnis zum Verkauf eines Grundstücks gegeben, so sind nach Ulpian sowohl der Verkauf als auch die Erlaubnis nichtig. Am Ende des Textes wiederholt der Jurist noch einmal, daß dem Prätor nicht schlechthin das Recht erteilt worden ist, den Verkauf eines Mündelsgrundstücks anzuordnen, sondern nur wenn Schulden des Mündels dazu nötigen. Ulpian schließt sich mit dieser Auffassung dem Text der *oratio*³⁷ an. Aus *magis est* in Zeile 2 von D. 27,9,5,14 geht hervor, daß es eine breitere, von Ulpian nicht akzeptierte Auffassung gegeben hat, nach der es Tutoren gestattet war, auch wenn es keine hohe Schulden des Mündels gab, mit Genehmigung des Prätors ein Mündelsgrundstück zu veräußern. Diese

acceperunt, oportebit praetorem curare, ut pecunia accepta creditoribus solvatur et de hoc decernere dareque viatorem, qui ei renuntiet pecuniam istam ad hoc conversam, propter quod desiderata est alienatio vel obligatio.

³⁶ Si aes alienum non interveniat, tutores tamen allegent expedire haec praedia vendere et vel alia comparare vel certe istis carere, videndum est, an praetor debeat eis permittere. et magis est, ne possit: praetori enim non liberum arbitrium datum est distrahendi res pupillares, sed ita demum, si aes alienum immineat. proinde et si permiserit aere alieno non allegato, consequenter dicemus nullam esse venditionem nullumque decretum: non enim passim distrahi iubere praetori tributum est, sed ita demum, si urgeat aes alienum.

³⁷ D. 27,9,1,2.

für die Tutoren geschaffene Befugnis zur Veräußerung von unfruchtbaren, dem Mündel nicht nützenden Grundstücken³⁸ war ohne Zweifel für die Mündel wertvoll. Sie war jedoch mit der *oratio* im Widerspruch.

Am Ende dieser für Peter Blaho geschriebenen Abhandlung gekommen, möchte ich mit einigen allgemeinen Betrachtungen abschließen. Schon vor dem auf der *oratio Severi* basierenden Senatsbeschluß haben die klassischen Juristen auf der Grundlage der *bona fides* im Rahmen der *actio tutelae* dem Vormund was die Verwaltung des Mündelvermögens angeht Beschränkungen auferlegt. Der Tutor hatte das Geld des Mündels möglichst in Grundbesitz oder wenigsten zinsbringend anzulegen und verderbliche und entbehrlicher Sachen zu veräußern. Schenkungen aus dem Mündelvermögen mit Ausnahme der sozial üblichen waren dem Vormund versagt³⁹.

Der auf der *oratio Severi* basierende Senatsbeschluß von 195 hat an diese Rechtsentwicklung angeknüpft. Er hat den Vormündern von *pupilli* verboten, Veräußerungen und Verpfändungen von *praedia rustica et suburbana* vorzunehmen. Die Juristen und späteren Kaiser haben die Rechtsgeschäfte der Vormünder, die gegen dieses Verbot handelten, als nichtig betrachtet. Die im Senatsbeschluß gemeinten Grundstücke sollten so viel wie möglich im Vermögen der Mündel bleiben. Die wichtigste Ausnahme war die durch hohe Schulden des Mündels unvermeidbare Veräußerung oder Verpfändung eines solchen Grundstücks mit Genehmigung des Prätors. Die von Ulpian für die Prätores geschriebene Instruktion für die Anwendung des Senatsbeschlusses war darauf gerichtet, die Veräußerung dieser Grundstücke so viel wie möglich zu vermeiden. Wenn das Mündel hohe Schulden hatte, konnten die Vormünder mit prätorischer Erlaubnis ein Grundstück veräußern oder verpfänden. Das Fehlen der prätorischen Erlaubnis führte nach Septimius Severus und späteren Kaisern und nach den Juristen zur Nichtigkeit der von den Vormündern vorgenommenen Rechtsgeschäfte. Die hier studierte Beschränkung der Veräußerungsbefugnis der Tutoren hat, wie wir annehmen dürfen, zu einer wesentlichen Verbesserung der vermögensrechtlichen Position der Mündel geführt.

³⁸ Ulpian hat eine solche Möglichkeit nicht anerkannt. Man muß jedoch daran denken, daß ein *pupillus*, der *infantia maior* ist, mit *auctoritas* seines Vormunds ein solches Grundstück veräußern kann. Nur das Mündel, das noch *infans* ist, hat eine solche Veräußerungsbefugnis nicht.

³⁹ S. über die klassische Rechtsentwicklung, M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*¹⁹, München 2008, S. 338.

Strážca pece pri ohni zaspal a vidiecky dom vyhorel (Ulp. D. 9,2,27,9; Coll. 12,7,7)

Blažena Antalová

1. Úvod

Príspevok popisuje a rieši jeden z prípadov, ak ku škode na cudzom majetku došlo jeho spálením (*urere*), čo zakladalo zodpovednosť z deliktu protiprávne poškodenie cudzej veci (*damnum iniuria datum*)¹ podľa tretej kapitoly *legis Aquiliae*.²

Poznanie o myšlienkach, názoroch a rozhodnutiach klasických rímskych právnikov na prípady poškodenia cudzej veci spálením sa zakladá v podstate na nezvyčajne širokom rozsahu Ulpianovej 18. knihy komentára *Ad edictum* a na dokumente *Collatio legum Mosaicarum et Romanorum*.

Ulpian v uvedených textoch niekde akcentuje, na iných miestach konfrontuje svoje myšlienky s rozhodnutiami významných rímskych klasikov (Neratius, Proculus, Celsus, Labeo, Urserius, Sabinus, Julianus, Marcellus), ktorí sa v pramenných materiáloch zmienili o zodpovednosti za spálením spôsobenú škodu na živých objektoch (na otrokovi a na zvieratách), ako aj na objektoch neživých (spálenie sadeníc, vidieckeho domu, susedného domu, atď.).

2. Skutkový stav – problémy

Cieľom príspevku nie je analýza všetkých prípadov, v ktorých ku škode došlo spálením cudzích vecí, ale len poukázať na jeden **kontroverzný**³ konkrétny prípad: otrok nájomníka založil oheň, druhý otrok ho nedbanlivo strážil, v dôsledku čoho vidiecky dom vyhorel.

Pri skúmaní zodpovednosti za vyhorenie domu príspevok vychádza predovšetkým z pôvodných prameňov, ale aj z názorov a hľadísk súčasných

¹ V období rímskej republiky existovali štyri civilné delikty: protiprávne poškodenie cudzej veci (*damnum iniuria datum*), krádež (*furtum*), lúpež (*rapina*), urážka (*iniuria, contumelium*).

² Tretia kapitola riešila okrem spálenia (*urere*) aj zodpovednosť za zlomemie (*frangere*), zničenie (*rumpere, resp. corrumpere*). V prvej kapitole sú zahrnuté prípady, ak ku škode došlo zabitím (*occidere*) alebo spôsobením príčiny smrti (*mortis causam praestare*).

³ HAUSMANINGER, H.: Das Schadenersatzrecht der lex Aquiliae, Wien, 1990, s. 7.

právnych romanistov⁴. Základom skúmania je Ulpianov text, prevzatý do Justiniánskych Digest, uvedený v ich deviatej knihe, v druhom titule *Ad legem Aquiliam*, konkrétne vo fragmente 27, paragrafe 9. Ďalšie významné riešenie obsahuje Coll 12,7,7.

Analýzu skúmaného problému budeme orientovať na otázku zodpovednosti za zhorenie domu, vychádzajúc z riešenia klasika Neratia⁵ uvedeného v Ulp. D. 9,2,27,9:⁶

Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta. Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis fuit: ceterum si alius ignem subiecerit fornaci, alius negligenter custodierit, an tenebitur qui subiecerit? nam qui custodit, nihil fecit, qui recte ignem subiecit, non peccavit: quid ergo est? puto utilem competere actionem tam in eum qui ad fornacem obdormivit quam in eum qui negligenter custodit, nec quisquam dixerit in eo qui obdormivit, rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel ignem extinguere vel ita munire, ne evagetur.

Ak otrok, ktorého nájomník (vidieckeho domu) využíval ako kuriča (*fornicarius servus*), zaspal pri peci (v ktorej kúril) a dom vyhorel, Neratius píše: ak bol (nájomník) nedbanlivý pri výbere svojich pomocníkov, musí za to zodpovedať z nájomnej zmluvy. Ostatne, ak niekto zapáli v peci oheň a niekto iný ho bude nedbanlivo strážiť, bude tiež zodpovedný ten, kto oheň zapáli? Lebo kto stráži, nič nekonal, kto správne oheň zapálil, ten nič nezavinil. Ako to teda je? Domnievam sa, že náleží obdobná žaloba tak voči tomu, kto pri peci zaspal, ako aj voči tomu, kto oheň nedbanlivo strážil. A nech nikto nehovorí o tom, kto zaspal, že to, čoho sa dopustil, je úplne prirodzené a ľudské, veď bol povinný (skôr ako zaspal) oheň zahasit' alebo opatriť tak, aby sa nerozšíril.

Ulpianovo riešenie v prvej časti pojednáva o situácii, ak otrok – kurič nájomníka pri peci zaspal a dom vyhorel, v druhej časti Ulpian ozrejmuje situáciu, ak pri vyhorení domu pôsobili dve osoby. Prvá z nich v peci zapálila oheň, druhá mala oheň strážiť.

⁴ V slovenskej literatúre ku skúmanému problému pozri: BLAHO, P.: *Damnum iniuria datum*, in: BLAHO, P./HARAMIA, I./ŽIDLICKÁ, M.: *Základy rímskeho práva*, Bratislava 1997, s. 411 a nasl.

⁵ Lucius Neratius Priscus (pôsobil v 1. storočí).

⁶ Domitius Ulpianus – neskorý klasik, žil a pôsobil v prvej polovici 3. storočia (z celkového počtu 57 fragmentov Digest, venujúcim sa protiprávnemu poškodeniu cudzej veci, najdlhším je práve skúmaný fragment D. 9,2,27 – má 160 riadkov).

Strážca pece pri ohni zaspal a vidiecky dom vyhorel (Ulp. D. 9,2,27,9; Coll. 12,7,7)

Daný text evokuje k otázke, ktorá z osôb, uvedených v pôvodnom texte, je zodpovedná za zhorenie domu a v akom rozsahu.

Text ponúka viaceré možnosti: zodpovedným mohol byť nájomník, kurič alebo strážca ohňa. Druhou dôležitou otázkou je, či v prípade zodpovednosti viacerých osôb, by sa tieto mali zodpovedať rovnako; tretí problém je, či by mali byť zodpovedné zo zmluvy, z deliktu, resp., ktoré žaloby by v zmysle rímskeho *ius civile* „*Qualis est actio*“ mohli byť využité.

2. 1. Kurič nájomníka zaspal pri peci a dom vyhorel

Prvá časť Ulpianovho textu pojednáva o zodpovednosti, ak otrok – kurič (*fornicarius servus*) nájomníka vidieckeho domu založil oheň a pri peci zaspal, čím došlo k požiaru a vyhoreniu domu (Ulp. D. 9,2,27,9).

Text je typickým príkladom riešenia zodpovednosti za škodu spôsobenú inou osobou⁷. V danom kontexte v špecifickom vzťahu boli dve osoby – nájomník a otrok (kurič). Problémom je otázka, ktorá z nich a na základe čoho, akého procesného prostriedku, by mala byť zodpovedná za vyhorenie domu.

Základné riešenie je obsiahnuté v Ulp. D. 9,2,27,9 vo vyjadrení právnika Neratia:

... ex locato conventum praestare debere, si neglegens in eligendis ministeriis fuit...

podľa ktorého, ak bol nájomník nedbanlivý pri výbere svojich pomocníkov, musí sa zodpovedať z nájomnej zmluvy. Dôvodom je osobná vina *colona* pri výbere pomocníkov.

Podobné riešenie, zakladajúce zodpovednosť za nedbanlivosť pri výbere nevhodných osôb je obsiahnuté aj v Coll. 12,7,7:

Si forte servus, qui idem conductor est, coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratuis scribit ex locato conventum praestare debere, si neglegens in eligendis ministeriis fuit.

Ak otrok nájomníka zaspal pri peci a vidiecky dom zhorel, Neratius píše, že nájomník sa musí zodpovedať z nájomnej zmluvy – *ex locato* – ak bol nedbanlivý pri výbere svojich sluhov. Neratius síce nehovorí všeobecne

⁷ Pozri bližšie KNÜTEL, R.: Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht, SZ 100/1983, s. 397 a nasl.

o zodpovednosti kolóna za nedbanlivosť pri výbere nevhodných osôb, ale z textu sa dá usudzovať jeho zodpovednosť za výber konkrétneho otroka pre danú konkrétnu úlohu⁸ – ňou malo byť stráženie pece.

V riešeniach súčasníkov na názory rímskych právnikov v kontexte na *culpu* v nepriamej zodpovednosti sú viaceré rozpory: zatiaľ, čo staré právo uznávalo prísnu zodpovednosť za spáchanie činu inou osobou, neskorší právnici uprednostňovali nezodpovednosť bez osobnej viny.⁹ V riešení tohto prípadu sa väčšina z nich prikláňa k zodpovednosti nájomníka. Dôvodom bolo zlyhanie pri výbere do zamestnania otroka, alebo iných osôb, ku ktorým mal nadriadený vzťah. Ako argument zodpovednosti uvádzajú – mal si zistiť, či člen domácnosti, resp. otrok, poverený konkrétnou úlohou, mal alebo nemal schopnosti na jej splnenie¹⁰ – nemal si vybrať nespoľahlivú osobu.

2. 2. Pri spálení vidieckeho domu boli dve osoby

V prvej vete Ulpián v D. 9,2,27,9 ozrejmil Neratiovo riešenie prípadu, ak jedna osoba – kurič nájomníka vidieckeho domu rozložil oheň, zaspal pri peci, v dôsledku čoho dom vyhorel. V ďalšej časti Ulpián pozmenil vecný stav¹¹ – jednej osobe bolo prikázané založiť oheň, druhej bolo prikázané jeho ustráženie. V tejto časti sa právnik zamerl na situáciu, ak pri požiari pôsobili dve osoby – kurič, ktorý oheň založil a strážca, poverený strážením ohňa.

V tejto vete Ulpián riešil, ktorá z dvoch osôb bola zodpovedná za spálenie domu a čo bolo dôvodom jej zodpovednosti, resp. nezodpovednosti.

Aby sme správne ozrejmili tento konkrétny prípad, musíme vychádzať okrem základného paragrafu skúmania aj z iných častí Digest, obsahujúcich určité paralely k analyzovanému problému, ktoré sa zaoberajú približne rovnakou tematikou. Niektoré z nich budú v nasledujúcich častiach uvedené.

2. 2. 1. Zodpovednosť kuriča za vypálenie vidieckeho domu

Ako v predchádzajúcom bolo uvedené, prvou potenciálne zodpovednou osobou za vyhorenie vidieckeho domu mohol byť kurič – zakladateľ ohňa. Z pôvodných prameňov však vyplýva opak – Ulpián v D. 9,2,27,9 zdôrazňuje, že ten, kto zapálil oheň, ten nič nezavinil; podobné riešenie obsahuje aj Coll. 12,7,7.

⁸ MACCORMACK, G.: *Culpa in eligendo*, RIDA, 18, Brusel 1971, s. 539.

⁹ von LÜBTOW, U.: *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, s. 160.

¹⁰ MACCORMACK, G.: cit. d., s. 539, 527.

¹¹ von LÜBTOW, U.: cit. d., s. 160.

K jednoznačnému názoru rímskych právnikov sa pripájajú aj súčasní právní romanisti. Pre ilustráciu uvedieme aspoň jeden z nich: zakladateľ ohňa sa ničoho nedopustil (*qui recte ignem subiecit, non peccavit*) – on sa smel pokojne uložiť na spánok, pretože stráženie už založeného ohňa bolo povinnosťou iného.¹²

2. 2. 2. Zodpovednosť strážcu ohňa

Ďalším problémom, ktorý Ulpian ponúka pri riešení skúmaného textu, je zodpovednosť strážcu ohňa.

Podľa Justiniánskych Digest, ak osoba A (kurič) založila oheň a osoba B (strážca ohňa) ho nedbanlivo strážila, v dôsledku čoho došlo k požiaru cudzieho vidieckeho domu, je namieste otázka, ako sa vysporiadať so zodpovednosťou za škodu (vyhorenie domu) týchto dvoch osôb.

O zodpovednosti kuriča nájomníka sme sa zmienili už v predchádzajúcej časti – založenie ohňa bolo dovolené a ako také nie zavinené, pokiaľ ide o strážcu ohňa, v pôvodných prameňoch, ako aj v riešeniach súčasných právnych romanistov možno nájsť argumenty, ktoré jeho zodpovednosť za škodu vylučujú, ale aj protiargumenty, ktoré naopak, jeho zodpovednosť potvrdzujú.

Dôvodom, vylučujúcim zodpovednosť strážcu ohňa je v pôvodných prameňoch tvrdenie- on nič pozitívne nekonal, a teda nezavinil.¹³ Nasledujúce ustanovenia ale poukazujú na jednu z kontroverzií v riešeniach rímskych klasikov – na jednej strane strážca by nemal byť zodpovedný, v ďalších ustanoveniach práve naopak, právnik rieši možnosti jeho zodpovednosti. K takémuto stanovisku sa prikláňajú aj súčasní právní romanisti. Podľa nich strážca ohňa mal jednoznačnú povinnosť – strážiť oheň, mal naň dávať dostatočný pozor, nemal teda pri peci zaspáť. Strážca však svoju povinnosť porušil¹⁴ – pri peci zaspal, preto došlo ku škode (dom vyhorel).

Strážca sa nemohol vyvinieť tvrdením, že zaspanie je ľudské a prirodzené,¹⁵ pretože potenciálne mohol a mal predvídať vznik škody a tým aj povinnosť urobiť určité zábezpeky, aby ku škode nedošlo. Konkrétne mal uhasiť oheň alebo prijať opatrenia, ktoré by jeho rozšíreniu zabránili.

¹² von LÜBTOW, U., cit. d., s. 160.

¹³ Ulp. D. 9,2,27,9; Coll. 12,7,7.

¹⁴ Napr. von LÜBTOW, U., cit. d., s. 161.

¹⁵ Ulp. D. 9,2,27,9; Coll. 12,7,7 (posledná veta); von LÜBTOW, U.: cit. d., s. 161.

2. 3. Žaloby a porovnatel'ný prípad

Po predchádzajúcom skúmaní, či strážca ohňa má alebo nemá byť zodpovedný za vyhorenie domu, ďalšia časť príspevku by mala odpovedať na problém (v prípade jeho zodpovednosti) – aká žaloba v zmysle „*Qualis est actio*“ by mohla byť v danom prípade použitá.

Actio directa – nie je vhodná, lebo táto vyžaduje pozitívne konanie, samotné opomenutie nepostačuje.

Výnimkou je poskytnutie *actio utilis ad exemplum legis Aquiliae*, pri ktorej má význam aj opomenutie konania. Opomenutie ale nemôže existovať samostatne, ale musí mu predchádzať úkon, ktorý vyvolal stav nebezpečenstva pre iných, pričom tento stav prikazuje za účelom odvrátenia hroziaceho právneho neúspechu opätovný právny úkon.¹⁶

Klasici aplikovali *actio utilis ad exemplum legis Aquiliae* vtedy, ak niekto opomenul odvrátiť negatívne dôsledky povoleného činu, čo je aj predmetom nášho skúmania.

V riešenom prípade Ulp. D. 9,2,27,9 *actio directa* nemohla byť použitá, pretože kurič – otrok, zakladajúci oheň nekonal protiprávne (mal právo rozložiť oheň); strážca ohňa neurobil vôbec nič. Na strane strážcu nebolo pozitívne konanie, ale len opomenutie. Neurobil žiaden pozitívny čin, vedúci k vzniku požiaru, ale pri strážení pece zaspal, (t. j. nedával na oheň dostatočný pozor, čím nezabránil jeho vzniku).

Porovnatel'ný prípad zodpovednosti za opomenutie ponúkajú Justiniánske Digesta, v prípade doktora, nedbanlivého pri výkone služby. Ak doktor síce nekonal pozitívne, ale následne zanedbal svoju povinnosť, riešil právnik Gaius v D. 9,2,8, pr.:

... sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpae reus intellegitur.

(... ale ani ten, kto dobre operoval a zanedbal (následné) liečenie, nie je mimo zodpovednosti a pokladá sa za toho, kto nesie zodpovednosť za zavinenie.)

Kauza sa týka prípadu doktora, ktorý bol nedbanlivý pri výkone služby – dobre operoval otroka (*bene secuerit*), ale následne on sám, alebo niekto iný otroka zle opatroval¹⁷ (napr. nechal ho vykŕvacať alebo jeho ranu nechal zahnisieť), preto otrok zomrel alebo sa stal trvale invalidným.¹⁸

¹⁶ von LÜBTOW, U.: cit. d., s. 160.

¹⁷ Coll. 12,7,7; Gai. D. 9,2,27,8.

¹⁸ Tamtiež.

Nekonanie lekára, resp. opomenutie ďalšej starostlivosti možno považovať za jeho zavinenie. V tomto prípade nebol lekár, aj keď operoval dobre, zbavený zodpovednosti za zavinenie *culpa reus intellegitur* (Gai D. 9,2,8), ak zanedbal následnú starostlivosť po operácii.

Svojím spôsobom zaujímavý prípad je výnimočným príkladom zodpovednosti za opomenutie – napriek tomu, že pri deliktuálnej zodpovednosti sa brali do úvahy len komisívne správania, *actio directa* predpokladala len pozitívne konanie páchatel'a, samotné opomenutie nestačilo. Nekonanie bolo postačujúce len pri *actio utilis ad exemplum legis Aquiliae*, aj to iba v prípade, ako už bolo spomenuté, existencie predchádzajúceho úkonu, ktorý založil stav nebezpečenstva pre iných a tento stav prikazoval na odvrátenie hroziaceho neúspechu opätovný úkon.

Kauza je jednou zo situácií, keď kompilátori vyškrtli určitú časť z pôvodného textu – v justiniánskej verzii Gai. D. 9,2,8 pr. zmizla *actio ad exemplum legis Aquiliae*, ktorú priznávalo klasické právo proti lekárovi, *qui recte secuerit sed neglenter curaverit* (Coll. 12,7,7). Digesta obsahujú ustanovenie ... *securus non erit, sed culpa reus intellegitur*, čo sa podľa obsahu vzťahuje na priame použitie *actio legis Aquiliae*. Lekára, ktorý dobre operoval, ale z nedbanlivosti opomenul dodatočné ošetrovanie, už neponechávajú zodpovedať sa z *actio utilis ad exemplum legis Aquiliae* (ako to bolo v Coll. 12,7,7).

Z predloženého textu Gai. D. 9,2,8 pr. možno vyvodiť záver, že aj antické rímske právo poznalo zodpovednosť za opomenutie, aj keď len vo výnimočných prípadoch.

3. Záver

Príspevok je analýzou jedného z prípadov, ak ku poškodeniu cudzej veci došlo jej spálením – konkrétne vlastníku utrpel škodu, lebo jeho vidiecky dom vyhorel. Ako z príspevku vyplýva, určiť jednoznačnú zodpovednosť osôb, podieľajúcich sa na škode (na vyhorení domu), bolo v určitom zmysle aj pre rímskych klasikov problematické. Ulpian ponúkol viacero alternatív: zodpovedný mohol byť nájomník, kurič alebo strážca ohňa. Podobný, nie jednoznačný názor na riešenie poskytli aj súčasní právnici romanisti.

Skúmaná kauza je jednou z množstva prípadov, pri ktorých riešeníach sa prejavila kontroverzná mienka rímskych právnikov, čo ale nič nemení na konštatovaní, že aj dnes sa súčasní právnici môžu poučiť z logiky uvažovania ich starorímskych kolegov.

Použité skratky

- D. = *Digesta Iustiniani*, recognovit T. Mommsen, Berlin (1922)
Coll. = *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*
SZ = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung
RIDA = Revue internationale des droits de l'antiquité

Rezumé

Príspevok je stručnou analýzou prípadu, ak ku poškodeniu cudzej veci došlo spálením vidieckeho domu, spadajúcim pod zodpovednosť podľa tretej kapitoly legis Aquiliae. Jeho cieľom bolo skúmať, ktorá zo zúčastnených osôb – nájomník, kurič, strážca ohňa – bola za spôsobenú škodu zodpovedná a na základe akého procesného poriadku.

Resume

Contribution concerns about briefly analysis of case provided that if damage of extraneous thing take place by burnout of rural house which belongs to the responsibility under the third chapter of legis Aquiliae. Its intention was to investigate which of party concerned (tenant, heating engineer, watchman of fire) was responsible for it and on the basis for any procedural instrument.

Zákaz diskriminácie z dôvodu náboženstva, viery a rodinného stavu

Helena Barancová

I. Úvod

Rovnosť ako základné ľudské právo v zmysle dodatkového protokolu č. 12 Dohovoru o ľudských právach a základných slobodách sa aj oblasti pracovnoprávných vzťahov poníma ako princíp involvujúci v sebe požiadavku, aby sa s nositeľmi ľudských práv rovnako zaobchádzalo v rovnakých situáciách a odlišne zaobchádzalo v nerovnakých situáciách.

Zásada rovnakého zaobchádzania v pracovnoprávných vzťahoch nevyžaduje dodržiavanie rovnosti v sémantickom význame. Táto zásada má v oblasti pracovnoprávných vzťahov garantovať rovnosť následkov pri uplatňovaní určitých vecných predpokladov. Nie je príkazom zákonodarcu vo vzťahu k zamestnávateľovi, aby sa ku všetkým zamestnancom úplne rovnako správal, ale je skôr zákazom rozdielneho správania sa zamestnávateľa, ak ten nemá na takéto rozdielne správanie sa vecný dôvod. Absencia vecného dôvodu pre rozdielne správanie sa zamestnávateľa voči zamestnancovi svedčí najčastejšie o porušení zákazu diskriminácie zamestnancov. Za diskrimináciu v oblasti pracovnoprávných vzťahov by bolo treba považovať každú znevýhodňujúcu diferenciaciu medzi zamestnancami, ktorá sa v pracovnoprávných vzťahoch uskutočňuje bez oprávneného vecného dôvodu.¹

Zásada rovnakého zaobchádzania sa porušuje, ak je jedna skupina štandardných adresátov podrobená v porovnaní s inými štandardnými adresátmi inému zaobchádzaniu, aj keď medzi oboma skupinami neexistujú rozdiely takej povahy a takého druhu, žeby sa rozdielne zaobchádzanie medzi nimi dalo odôvodniť.

Zásada rovnakého zaobchádzania ako všeobecný princíp by sa mala uplatňovať vo všetkých opatreniach, rozhodnutiach a pokynoch zamestnávateľa. Zaväzuje zamestnávateľa k tomu, aby vo svojich vnútorných predpisoch ustanovil spoločné rovnaké pracovné podmienky pre všetkých zamestnancov alebo ustanovil tieto podmienky podľa určitých vecných kritérií.

K porušeniu zásady rovnakého zaobchádzania v pracovnoprávných

¹ LÖSCHNIGG, G., SCHWARZ, W.: Arbeitsrecht, Graz 2006 (10. Aufl.), s. 343 a n.

vzťahoch môže dôjsť nielen v rámci plnení s právnym nárokom, ale môže ísť aj o fakultatívne plnenia zo strany zamestnávateľa poskytované zamestnancom napríklad v súvislosti s podnikovou sociálnou politikou. Pritom nároky zamestnancov môžu vyplývať zo zákona, z kolektívnej zmluvy alebo z pracovnej zmluvy, resp. z pracovného poriadku, mzdového poriadku alebo iného vnútorného predpisu zamestnávateľa.

Zásada rovnakého zaobchádzania sa uplatňuje nielen v individuálnych pracovnoprávných vzťahoch, ale aj v kolektívnych pracovnoprávných vzťahoch.

Pri presadzovaní zásady rovnakého zaobchádzania má podstatný význam článok 13 Zmluvy o ES (ďalej len ZES), ktorý uzatvorením Amsterdamskej zmluvy podstatne rozšíril okruh dôvodov zákazu diskriminácie o náboženské presvedčenie a vieru, vek, zdravotné postihnutie a sexuálnu orientáciu. Legislatívny vývoj po prijatí Amsterdamskej zmluvy v oblasti zákazu diskriminácie bol zavŕšený dvoma veľmi významnými smernicami. Dňa 29. júna roku 2000 bola prijatá smernica č. 2000/43/ES o vykonávaní zásady rovnakého zaobchádzania s osobami bez ohľadu na rasový alebo etnický pôvod a dňa 27. novembra 2000 smernica č. 2000/78/ES, ktorá ustanovuje všeobecný rámec pre rovnaké zaobchádzanie v zamestnaní a povolani (ďalej len Rámcová smernica).

Obidve smernice majú pre oblasť pracovného práva mimoriadny význam, aj keď osobnou a vecnou pôsobnosťou prekračujú rámec pracovného práva. Transpozícia uvedených smerníc do slovenského právneho poriadku sa uskutočnila zákonom č. 365/2004 Z. z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len antidiskriminačný zákon).

Podľa Rámcovej smernice zamestnanie a povolanie sú kľúčové prvky záruky rovnakých príležitostí pre všetkých a rozhodujúcou mierou prispievajú k plnej účasti občanov na ekonomickom, kultúrnom a sociálnom živote. Rámcová smernica, ktorá zakotvuje zákaz diskriminácie s ohľadom na náboženstvo a vieru, vek, zdravotné postihnutie a odlišnú sexuálnu orientáciu sa ťažiskovo vzťahuje na zamestnanie a povolanie v rámci pracovnoprávných vzťahoch vrátane predzmluvných vzťahov. Svojou osobnou pôsobnosťou zahŕňa aj osoby samostatne zárobkovo činné.

Súdny dvor ES vytvoril v priebehu predchádzajúcich rokov od prijatia Rámcovej smernice vlastný dogmatický model zákazu diskriminácie osobitne v oblasti pracovnoprávných vzťahov.

Za priamu diskrimináciu Rámcová smernica súladne s judikatúrou Súdneho dvora ES považuje situáciu, ak sa s jednou osobou zaobchádza menej priaznivo ako sa zaobchádza, zaobchádzalo alebo by sa zaobchádzalo s inou

osobou v porovnateľnej situácii s ohľadom na náboženstvo alebo vieru, vek, zdravotné postihnutie alebo sexuálnu orientáciu.

Za nepriamu diskrimináciu Rámcová smernica považuje zjavne neutrálne ustanovenie, kritérium alebo prax, ktoré by priviedli osoby jednej skupiny do osobitnej nevýhody v porovnaní s osobami druhej skupiny, pokiaľ toto ustanovenie, kritérium alebo prax nie je objektívne zdôvodnené legitímnym cieľom a prostriedky na dosiahnutie tohto cieľa sú primerané a potrebné.

Podľa novej judikatúry Súdneho dvora ES „nepriama diskriminácia predpokladá aj situáciu, keď sa rôzne predpisy uplatňujú na rovnaké situácie alebo keď rovnaké predpisy uplatňujú na rôzne situácie bez objektívneho dôvodu.“²

Pre posúdenie, či ide o diskrimináciu alebo nie, je rozhodujúci objektívny stav. Úmysel zamestnávateľa nemá právny význam pri posudzovaní naplnenia skutkovej podstaty diskriminácie.

Obidve zo spomínaných smerníc prijatých v roku 2000 významne prispeli k rozvoju právnej kultúry celej Európskej únie.

II. Zákaz diskriminácie z dôvodu náboženstva a viery

Právo slobodne prejavovať vieru a náboženstvo zakotvuje článok 9 Dohovoru Rady Európy o ľudských právach a základných slobodách ako aj článok 18 Medzinárodného paktu o občianskych a politických právach. Obmedzenie výkonu týchto práv je možné len opatreniami, ktoré sú nevyhnutné v demokratickej spoločnosti.

V zmysle článku 10 Charty základných práv Európskej únie každý človek má právo na slobodu myslenia, svedomia a náboženského vyznania. Toto právo zahŕňa slobodu zmeniť svoje náboženské vyznanie či presvedčenie, ako aj slobodu prejavovať svoje náboženské vyznanie či presvedčenie sám či spoločne s inými na verejnosti, či v súkromí bohoslužbou, výučbou, uskutočňovaním náboženských úkonov a zachovávaním obradov.

Pri posudzovaní prípustnosti obmedzenia týchto práv sa podľa nie veľmi početnej judikatúry Európskeho súdu pre ľudské práva skúma, či sú stanovené zákonom, či sú legitímne a súčasne či ide o opatrenie nevyhnutné v demokratickej spoločnosti.³

² C-400/02 (*Merida*) zo dňa 16. 9. 2004.

³ HUBÁLKOVÁ, E.: *Europská úmluva o lidských právech a Česká republika – Judikatura a řízení před Evropským soudem pro lidská práva*, Linde, Praha 2003, s. 227 a n.; ŠTEFKO, M.: *Svátek, náboženská svoboda a zásada rovného zacházení*, in: *Revue církevního práva* č. 2/2006, s. 129-

Doteraz neexistuje žiadna legálna definícia pojmu náboženstvo ani pojmu náboženské presvedčenie. Preto posúdenie, či určité presvedčenie je náboženstvom, nie je jednoduché. V súdnej praxi krajín EÚ napríklad anglické a nemecké sudy nepriznávajú scientológii formu náboženstva a francúzske sudy ako aj americké sudy uznávajú scientológiu za náboženstvo.⁴

Prejavy viery a náboženského vyznania sa uskutočňujú aj v rámci pracovnoprávných vzťahov. Nie všetky sú pre zamestnávateľa vítané. Pri ich posudzovaní ide skôr o to, čo je povinný zamestnávateľ strpieť, aby zamestnanec mohol svoje ústavné právo na slobodu viery a náboženstva uplatniť aj v rámci pracovnoprávných vzťahov.

Podľa článku 6 písm. h) Deklarácie OSN o eliminácii všetkých foriem netolerancie a diskriminácie založených na náboženstve alebo viere, prijatej Valným zhromaždením OSN dňa 25. 11. 1981 má každý právo v rámci svojej zákonnej dovolenky zachovávať a sláviť sviatky, zodpovedajúce svojej viere alebo náboženstvu. Zákon č. 121/1993 Z. z. o štátnych sviatkoch, dňoch pracovného pokoja a pamätných dňoch v znení neskorších predpisov ani Zákonník práce túto možnosť mimo rámca štátom uznaných sviatkov neupravuje. Problémom je aj fakt, že ani o čerpaní pracovného voľna na vyššie uvedený účel alebo o čerpaní dovolenky nemôže podľa platného právneho stavu zamestnanec sám rozhodovať. Toto právo prislúcha do kompetencie zamestnávateľa, ktorý poskytuje pracovné voľno bez náhrady mzdy a v jeho kompetencii je aj určiť nástup na dovolenku.

Medzi časté prejavy náboženského vyznania a viery patria prestávky v práci pre modlitbu. Napríklad prestávku v práci na vyššie uvedený účel, ktorú v Nemecku zamestnávateľ zakázal pre zamestnancov- moslimov kvalifikoval nemecký súd ako diskrimináciu z dôvodu náboženstva a viery.⁵

Ako by sa mal zachovať zamestnávateľ, ak by zamestnanec uplatnil svoje ústavné právo na prejavy viery a náboženského vyznania, napríklad právo na modlitbu počas pracovného času?

Aj keď Zákonník práce neposkytuje výslovnú odpoveď na túto otázku, v prípade súdneho sporu by ústavné právo zamestnanca na slobodu náboženského vyznania a viery malo mať pri posudzovaní veci prednosť na základe akostnej priority právnych noriem.

V súvislosti s diskrimináciou podľa náboženstva alebo viery v praxi vznikajú skôr kolízne situácie najmä pri rovnakom zaobchádzaní s veriacimi

143; ŠTEFKO, M.: Právo zamestnanca projevovat své náboženské vyznání nebo přesvědčení, in: Právo pro podnikání a zaměstnání, 2006, roč. 14, č. 3, s. 10-15.

⁴ THÜSSING, G.: Was ist eine Religionsgemeinschaft?, GS Krüger, 2001, s. 12 a n.

⁵ Lag Hamm 5 Sa 1582/01 zo dňa 18.1. 2002 – 5 Sa 2002, s. 1090.

a neveriacimi zamestnancami. Tak napríklad ak by všetci zamestnanci boli povinní u zamestnávateľa pracovať v sobotu, pre zamestnancov – židov nemohol by byť tento deň dňom pracovného pokoja obdobne ani u zamestnancov – adventistov siedmeho dňa. Nemecké právo v tejto súvislosti počíta s možnosťami preradenia na inú prácu z dôvodu, že zamestnanec nemôže vykonávať určitú prácu z dôvodu svojej viery alebo náboženstva.⁶

Nemecký Spolkový ústavný súd riešil prípad zamestnanca – moslima, ktorý u zamestnávateľa pracoval ako mäsiar. Predmetom konania bol zákaz usmrcovať zvieratá bez omráčenia, ktorému sa zamestnanec nechcel podrobiť. Spolkový ústavný súd v tejto veci dospel k záveru, že aj keď v tomto prípade dochádza ku kolízii slobody výkonu povolania a náboženskej slobody, za meradlo skúmania prípustnosti obmedzenia výkonu povolania podľa výroku súdu je nevyhnutné viac prihliadať na náboženskú slobodu. Týmto rozhodnutím zrušil predchádzajúce rozhodnutia správnych súdov ako protiústavné.⁷

Súčasná aplikačná prax mnohých zamestnávateľov v Slovenskej republike neumožňuje zamestnancom do plnosti uplatniť svoje právo na prejavy svojej viery v nedeľu, keď u zamestnávateľa sa v nedeľu aj v iných dňoch pracovného pokoja systematicky pracuje. Zamestnávateľ sa často odkazuje na oprávnenosť svojho postupu v zmysle § 94 Zákonníka práce, argumentujúc súhlasom zamestnanca. Ak takáto práca sa vykonáva systematicky, je rozpore s účelom § 94 Zákonníka práce. Právna koncepcia uvedeného ustanovenia Zákonníka práce počíta s vykonávaním práce v dňoch pracovného pokoja ako s celkom výnimočným právnym nástrojom, ktorý zamestnávateľovi umožňuje aj jednostranne nariadiť výkon práce aj v dňoch pracovného pokoja, ak je pre túto potrebu splnený niektorý z taxatívnych dôvodov. Problémom je, že pri systematickej práci v nedeľu a v iných dňoch pracovného pokoja zamestnávateľ obchádza zákon. Neuskutoční jednostranné nariadenie práce v nedeľu, ale o výkone takejto práce sa so zamestnancom dohodne. Žiaľ, systematická celoročná práca v nedeľu a v iných dňoch pracovného pokoja najmä na staveniskách na celom území Slovenskej republiky v súčasnosti neumožňuje do plnosti uskutočniť právo mnohých občanov na oddych ani na svätenie nedele. Riešením situácie by bol v Zákonníku práce zakotvený zákaz práce v nedeľu alebo v iných dňoch pracovného pokoja, ktorý by zamestnávateľ nemohol obísť individuálnou dohodou so zamestnancom. Takýto zákaz obsahujú aj právne úpravy iných krajín. Pre slovenských zamestnávateľov by nemusel byť „katastrofou“, ak by bol v Zákonníku práce spojený so širším rozsahom výnimiek.

⁶ § 315 nemeckého GBG.

⁷ Rozsudok č. 8, 9, zo dňa 17. 7. 2002.

V práve ES sa v posledných rokoch sloboda náboženského vyznania a viery dostáva do určitej kolízie so základnými slobodami ES akou je napr. sloboda pohybu služieb a kapitálu.

Súdny dvor ES riešil prípad zákazu otvorenia obchodov v nedeľu a jeho rozpor so zákazom obmedzenia dovozu podľa článku 28 Zmluvy ES. Vo svojom rozhodnutí konštatoval, že zákaz obmedzenia dovozu sa nevzťahuje na obmedzenie otváraciej doby obchodov v nedeľu, pokiaľ obmedzujúce účinky týchto opatrení na obchod medzi členskými štátmi neprekračujú účinky priamo vyplývajúce z podstaty týchto opatrení. Test proporcionality Súdny dvor ES výslovne prenechal vnútroštátnemu súdu, čo v praxi neskôr viedlo k rozdielnym právnym interpretáciám, a tým aj k rozdielnym úpravám otváraciej doby nedeľného predaja v obchodoch nielen vo Veľkej Británii ale aj v iných členských krajinách EÚ.⁸

Na jednej strane mohlo by sa zdať povzbudzujúce, že Súdny dvor ES vo vyššie uvedenej veci neuprednostnil výlučne ekonomické dôvody spočívajúce v zákaze obmedzovania dovozu podľa článku 28 Zmluvy ES. Na druhej strane menej povzbudivým je fakt, že ekonomickými dôvodmi tohto druhu sa Súdny dvor ES zaoberal bez priamej nadväznosti na základné ľudské práva, akým je nepochybne právo fyzickej osoby na náboženské vyznanie a prejavy viery v deň pracovného pokoja ako aj na oddych v deň pracovného pokoja.

III. Oprávnené rozdielne zaobchádzanie z dôvodu náboženského vyznania alebo viery

Rámcová smernica ako aj antidiskriminačný zákon umožňujú výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania z dôvodu náboženstva a viery.

Z hľadiska osobnej pôsobnosti, okruhu oprávnených osôb, sa oprávnená výnimka z dôvodu náboženského vyznania alebo viery vzťahuje len na zamestnanie a nemožno ju použiť na prípravu na povolanie.

Výnimka zo zásady rovnakého zaobchádzania z dôvodu viery alebo náboženského vyznania by mala byť súladná s ústavou príslušného členského štátu EÚ a súčasne by nemala zakladať diskrimináciu na základe iného dôvodu.

Rámcová smernica ako aj § 8 antidiskriminačného zákona bližšie konkretizujú len vlastnosti požiadaviek legitímnosti výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania, posúdenie ktorých podľa platnej judikatúry Súdny

⁸ Právna vec C-145/88 (*Torfaen*) z roku 1989.

dvor ES deleguje na vnútroštátny súd. Sudca je oprávnený uskutočniť overenie primeranosti medzi požiadavkami zamestnávateľa a náboženským vyznaním alebo vierou.

Legitímnu výnimkou pre odlišné zaobchádzanie z dôvodu náboženstva a viery sú rozhodujúce a podstatné profesijné predpoklady pre výkon pracovnej činnosti. Z právnej konštrukcie tejto všeobecne formulovanej výnimky vyplýva, že rozdielne zaobchádzanie musí byť zdôvodnené povahou činností vykonávaných v zamestnaní alebo okolnosťami, za ktorých sa tieto činnosti uskutočňujú a dôvod rozdielného zaobchádzania je súčasne podstatná a rozhodujúca požiadavka zamestnania. Cieľ, ktorý sa sleduje rozdielnym zaobchádzaním, musí spĺňať požiadavku legitímnosti. Súdny dvor ES vykladá túto výnimku reštriktívne.⁹ Ide v zmysle článku 4 ods. 1 Rámcovej smernice o všeobecnú výnimku zo zásady rovnakého zaobchádzania, ktorá platí pre všetky dôvody diskriminácie upravené Rámcovou smernicou.

Nad obsahový rámec tejto všeobecnej výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania článok 4 ods. 2 Rámcovej smernice umožňuje v rámci pracovnoprávnych vzťahoch legitimizáciu inak zakázaného správania sa Cirkvi alebo náboženskej spoločnosti v právnej pozícii zamestnávateľa.

Osobitná výnimka zo zásady rovnakého zaobchádzania upravená v článku 4 ods. 2 Rámcovej smernice sa vzťahuje len na prípady oprávneného nerovnakého zaobchádzania z dôvodu viery alebo náboženského presvedčenia. Je zameraná na ochranu Cirkví a iných verejnoprávnych a súkromnoprávnych organizácií (spoločností), ktorých duch spočíva na náboženských princípoch a svetonázoroch.

Podľa článku 4 ods. 2 Rámcovej smernice členské štáty môžu zachovať vnútroštátne predpisy platné ku dňu prijatia smernice alebo prevziať v budúcich právnych predpisoch vnútroštátne zvyklosti existujúce ku dňu prijatia smernice, na základe ktorých nie je diskrimináciou rozdiel v zaobchádzaní na základe náboženského vyznania alebo viery, pokiaľ z povahy týchto pracovných činností alebo z podmienok ich výkonu vyplýva, že náboženské vyznanie alebo viera osoby predstavuje podstatnú, legitímnu a odôvodnenú požiadavku so zreteľom na etiku cirkvi ako zamestnávateľa, resp. náboženskej spoločnosti. Podľa právnej literatúry Rámcová smernica treba diferencovať medzi uvedenými výnimkami zo zásady rovnakého zaobchádzania z dôvodu náboženstva a viery. Na jednej strane je všeobecná výnimka (určujúce a podstatné profesijné požiadavky), ktorá sa vzťahuje aj na iné dôvody diskriminácie upravené Rámcovou smernicou a na druhej strane

⁹ C-318/86 (*Komisija vs. Francúzsko*).

osobitná výnimka *lex specialis*, pokiaľ ide osobitne o náboženské vyznanie a vieru.¹⁰ Ide hlavne o oblasť pracovnoprávných vzťahov, v rámci ktorých sa predpokladá uplatnenie predovšetkým výnimky *lex specialis*. Táto výnimka, umožňujúca zamestnávateľovi, cirkvi alebo náboženskej spoločnosti rozdielne zaobchádzať nie je doteraz premietnutá do slovenskej pracovnoprávnej úpravy.

Všeobecne v právnej literatúre sa usudzuje, že výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania z dôvodu náboženského presvedčenia alebo viery sú v Rámcovej smernici konštruované podstatne širšie ako v prípade ostatných dôvodov diskriminácie (s výnimkou veku).¹¹

Výnimka zo zákazu diskriminácie z dôvodu náboženského vyznania a viery sa vzťahuje z vecného hľadiska len na nerovnaké zaobchádzanie z dôvodu náboženstva a viery. Podľa článku 4 ods. 2 Rámcovej smernice cirkvi a svetonázorové spoločenstvá sú oprávnené požadovať od osôb, ktoré pre ne pracujú, aby sa správali lojálne a úprimne v súlade s etosom organizácie za podmienky, „že sú dodržané ustanovenia smernice v iných bodoch.“ Právna interpretácia „dodržania smernice v iných bodoch“ nie je v zahraničnej právnej literatúre jednotná.¹² Prevažná časť právnickej literatúry usudzuje, že výnimka z dôvodu náboženstva alebo viery sa nesmie rozšíriť na iné dôvody diskriminácie.¹³ Domnievame sa preto, že antidiskriminačný zákon prekročil prípustný rámec pre oprávnenú výnimku zo zákazu diskriminácie z dôvodu náboženského vyznania alebo viery, keď v § 8 ods. 2 zakotvuje na rozdiel od Rámcovej smernice možnosť oprávneného rozdielneho zaobchádzania aj z iných dôvodov. V zmysle citovaného ustanovenia u registrovaných cirkví, náboženských spoločností a u právnických osôb, ktorých činnosť súvisí s náboženstvom alebo vierou nie je diskrimináciou rozdielne zaobchádzanie nielen z dôvodu náboženského vyznania alebo viery ale aj z dôvodov veku, pohlavia a zisťovania sexuálnej orientácie, ak ide o zamestnanie v týchto organizáciách alebo vykonávanie činností pre tieto organizácie. Problémom je, že Rámcová smernica umožňuje oprávnenú výnimku len vo vzťahu k náboženskému vyznaniu alebo viere, nie vo vzťahu k ďalším dôvodom diskriminácie.

¹⁰ BOBEK, M., BOUČKOVÁ, P., KÜHN, Z.: *Rovnost a diskriminace*, C. H. Beck, Praha 2007, s. 86 a 87.

¹¹ LÖWISCH, M.: *Arbeitsrecht*, Werner Verlag, 2007, s. 35, obdobne THÜSSING, G.: *Europäisches Arbeitsrecht*, C. H. Beck 2008, s. 102-104.

¹² SCHINKELE, B., RUNGALDIER, U.: *Das Arbeitsrecht und die Kirche*, Wien, 1996, s. 155.

¹³ DÄUBLER, W.: *Das kirchliche Arbeitsrecht und grundlegende Rechte der Arbeitnehmer, das Recht der Arbeit*, 2003, s. 204; THÜSSING, G.: *Der grundlegende Schutz und das kirchliche Arbeitsrecht, Das Recht der Arbeit*, 2003, s. 210, s. 214.

Ide hlavne o otázku vecnej pôsobnosti Zákonníka práce vo vzťahu k postaveniu duchovných a všeobecne formulovanej výnimke, spočívajúcej v určujúcich a podstatných profesijných požiadavkách.¹⁴ Na základe nálezu Ústavného súdu ČR „ústavná sťažnosť nie je prípustná proti rozhodnutiu cirkevných orgánov ako orgánov verejnej moci, pretože orgány cirkvi takýmito orgánmi nie sú.“ Pre vznik a skončenie služobného pomeru nemožno použiť ustanovenia Zákonníka práce, pretože úprava jeho vzniku, zmeny a skončenia je komplexne upravená v cirkevných poriadkoch Cirkvi československej husitskej. Použitie Zákonníka práce je subsidiárne v prípadoch, ak takáto úprava nie je uskutočnená v cirkevnom predpise.¹⁵

Právne postavenie cirkvi a náboženských spoločností upravuje Ústava Slovenskej republiky a zák. č. 308/1991 Zb. o slobode náboženskej viery a postavení cirkvi a náboženských spoločností. Cirkvou alebo náboženskou spoločnosťou je v zmysle § 4 citovaného zákona dobrovoľné združenie osôb rovnakej náboženskej viery v organizácii utvorenej podľa príslušnosti k náboženskej viere na základe vnútorných predpisov príslušnej cirkvi alebo náboženskej spoločnosti. Ako široko možno vykladať pojem inej právnickej osoby, ktorej činnosť je založená na náboženstve alebo viere možno vyplynie aj budúcej judikatúry Súdneho dvora ES. V právnej pozícii zamestnávateľa môžu byť napríklad nielen cirkevné školy, ale aj cirkevné nemocnice a iní zamestnávateľa.

Podľa § 8 ods. 2 zákona č. 326/2007 Z. z., ktorým bol novelizovaný zákon č. 365/2004 Z. z. (antidiskriminačný zákon), slovenský zákonodarca obmedzuje výnimku zo zásady rovnakého zaobchádzania z dôvodu náboženstva a viery len na registrované cirkvi, náboženské spoločnosti a iné právnické osoby, ktorých činnosť je založená na náboženstve a viere. Ak by však došlo k súdному sporu a vnútroštátny súd by konštatoval diskrimináciu aj nad uvedený zákonný

¹⁴ Pozri nález ÚS ČR spis. zn. III. ÚS 136/2000, ktorý dospel k záveru, že v služobnom (pracovnom) pomere duchovných neprislúcha súdna ochrana vo veciach pracovných, na základe ktorého by sa na právny vzťah duchovných nevzťahoval zákaz diskriminácie v oblasti pracovnoprávných vzťahov.

¹⁵ Obdobne rozhodol Ústavný súd Českej republiky spis. zn. III. ÚS 136/2000 zo dňa 31. augusta 2000. Dotýkal sa sporu ohľadne neplatnosti skončenia pracovného pomeru kazateľa Jednoty bratskej. Na druhej strane celkom odlišne v podobnom prípade rozhodol Ústavný súd SR v právnej veci pod spis. zn. III. ÚS 64/2000, podľa ktorého vznik, zmenu a skončenie služobného (pracovného) pomeru duchovného katolíckej cirkvi má právo uskutočniť cirkev, nezávisle na štátnych orgánoch, to však nezabavuje cirkev povinnosti zachovávať pri všetkých svojich činnostiach vrátane vzniku, zmeny a skončenia pracovného vzťahu kňaza celý ústavný poriadok Slovenskej republiky.

osobný rozsah, nesmel by uplatňovať diskriminujúce vnútroštátne právo.¹⁶ Z hľadiska osobného rozsahu, subjektu právnej ochrany pred diskrimináciou, výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania z dôvodu náboženstva a viery sa nevzťahujú len na osoby v duchovenskej službe (napríklad kňazov), ale platia aj na iných zamestnancov. Pritom pracovná činnosť, ktorá môže byť v rozpore s étosom zamestnávateľského subjektu nemusí byť napríklad len výučba náboženstva. Môže ňou byť aj iná činnosť, pri ktorej by sa fyzická osoba sa dopustila alebo mohla dopustiť vážneho excesu vo svojom správaní a bolo by ho možné považovať z hľadiska zamestnávateľského subjektu za základnú oprávnenú a odôvodnenú požiadavku povolania. Ide o rôzne profesijné činnosti najmä pre cirkvi alebo iné právnické osoby, ktorých činnosť je založená na náboženstve alebo viere. Širšiemu výkladu nasvedčuje aj Rámcová smernica, ktoré používa plurál pre povahu vykonávaných pracovných činností. Zaiste viac jasnosti do výkladu osobnej a vecnej pôsobnosti tejto oprávnenej výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania z dôvodu náboženstva a viery vnesie budúca rozhodovacia činnosť Súdneho dvora ES.

Podľa právneho stavu *de lege lata* antidiskriminačný zákon v § 8 ods. 2 výslovne zakotvuje oprávnenie registrovaných cirkví, náboženských spoločností a iných právnických osôb, ktorých činnosť súvisí s náboženstvom alebo vierou vyžadovať, aby osoby, ktoré sú u nich zamestnané konali v súlade s ich náboženstvom alebo vierou a v súlade so zásadami a princípmi ich náboženstva alebo viery. Doteraz toto oprávnenie nebolo premietnuté do všeobecnej pracovnoprávnej úpravy Zákonníka práce. Zákonník práce nezakotvuje zatiaľ dostatočný právny základ pre oprávnenie cirkví a iných svetonázorových spoločenstiev požadovať lojálne správanie sa zo strany svojich zamestnancov. Len v širokom obsahovom rámci by sa toto právo dalo vyvodiť z § 81 ods. 1 písm. d) Zákonníka práce, podľa ktorého zamestnanec nesmie konať v rozpore s oprávnenými záujmami svojho zamestnávateľa.

Napríklad v cirkevnej škole by bolo možné pokladať za oprávnené rozdielne zaobchádzanie zo strany zamestnávateľa založené na náboženskom vyznaní alebo viere nielen vo vzťahu učiteľovi náboženstva ale aj vo vzťahu k učiteľom vyučujúcim iné učebné predmety.¹⁷ V týchto prípadoch by ani tak nešlo o to, či učitelia cirkevnej školy sú členmi príslušnej cirkvi, ktorej zriaďovateľom je cirkev, ale skôr o spôsob správania sa zamestnanca – učiteľa priamo na vyučovaní alebo v priamej či nepriamej spojitosti s vyučovaním. V cirkevnej škole sa predpokladá čistý osobnostný profil, súladný s príslušnou vierou

¹⁶ Pozri právnu vec C-144/2004 (*Werner Mangold*) zo dňa 22. novembra 2006.

¹⁷ Iný názor pozri: DEBRECÉNOVÁ, J.: Antidiskriminačný zákon. Komentár. Občan a demokracia, Bratislava 2008, s. 162 .

a náboženským vyznaním ako aj vyššia miera lojality zamestnancov voči svojmu zamestnávateľovi v porovnaní s iným zamestnávateľom. Obdobne by to platilo aj v prípade zamestnávateľa, nemocnice, zriaďovateľom ktorej je cirkev, ktorá by správanie sa lekára vykonávajúceho interrupcie z hľadiska viery a náboženského presvedčenia inak posudzovala ako iný zamestnávateľ. Na druhej strane treba povedať, že pre prípadnú výpoveď z pracovného pomeru zo strany zamestnávateľa aj na základe doterajšieho právneho stavu by platila všeobecná pracovnoprávna úprava Zákonníka práce. V jej rámci by sa dalo posudzovať, či vykonanie potratu zo strany lekára, napríklad zamestnanca cirkevnej nemocnice naplňuje skutkovú podstatu porušenia pracovnej disciplíny ako dôvodu pre výpoveď zo strany zamestnávateľa.

Na druhej strane ten istý typ cirkevných subjektov by však nebol oprávnený robiť rozdiely medzi uchádzačmi o zamestnanie podľa iných dôvodov, napríklad, podľa pohlavia, zdravotného postihnutia, veku.

Rámcová smernica ako aj antidiskriminačný zákon dávajú dôraz na charakter zamestnávateľa, pokiaľ ide o oblasť pracovnoprávných vzťahov. Napríklad homosexualita zamestnanca cirkevnej ustanovizne, ktorá je v právnej pozícii zamestnávateľa, môže byť chápaná ako problém, pretože ide o zamestnávateľov, ktorých činnosť je založená na náboženstve alebo viere. Napríklad v súdnej praxi Spolkovej republiky Nemecko sú vo vzťahu k cirkevným zamestnávateľským subjektom akceptované výpovede z dôvodu praktizovanej homosexuality.¹⁸

Je otáznne, či možno sexuálnu orientáciu fyzickej osoby považovať za lojálne správanie v zmysle étosu potenciálneho zamestnávateľa. Povinnosť lojality zamestnancov je základným a určujúcim znakom cirkevných pracovných pomerov, čo vyplýva z práva na sebaurčenie cirkvi. Európska komisia pre ľudské práva vo svojom rozhodnutí akceptovala záujmy cirkvi na osobitnom hodnotovom postoji svojich zamestnancov. Išlo o postoj lekára k prerušeniu tehotenstva.¹⁹ Komisia pritom vyjadrila, že povinnosti lojality zamestnancov nesmú byť nepomerne a neprimerané.²⁰ K vnútorným záležitostiam cirkvi prislúcha určiť, čo si vyžaduje hodnovernosť cirkvi a jej zvestovanie, čo požaduje učenie o viere ako aj posúdenie, či je určitý prejav porušením princípov učenia o viere a aká vážnosť sa prikladá tomuto cirkevnému učeniu. Či homosexualita zodpovedá cirkevnej náuke, musí podľa Komisie určiť cirkev sama. Lojalita zamestnancov voči cirkvi alebo voči právnickým

¹⁸ DÄUBLER, W.: Poznámka č. 13.

¹⁹ Európska komisia pre ľudské práva – rozhodnutie v právnej veci *Rommelfanger vs. Nemecko* zo dňa 6. 9. 1989.

²⁰ Rozhodnutie Európskej komisie pre ľudské práva č. 12242/86 zo dňa 6. 9. 1989.

osobám, ktorých činnosť je založená na náboženstve alebo viere možno podľa znenia Rámcovej smernice ako aj aktuálnej judikatúry Súdneho dvora ES požadovať do takej miery, aby neobsahovala diskrimináciu na základe zdravotného postihnutia, veku, pohlavia, rasy alebo etnického pôvodu alebo iného dôvodu.

Do budúcnosti je otázne, či Súdny dvor ES bude vo svojej rozhodovacej činnosti akceptovať diskrimináciu na základe odlišnej sexuálnej orientácie u zamestnancov cirkví alebo iných právnických osôb, ktorých činnosť je založená na náboženstve alebo viere. Pritom treba podotknúť, že medzi tieto fyzické osoby by nemali patriť len predstavitelia duchovných úradov (napr. biskupi, kňazi). Ich právne postavenie svojou kvalitou by malo byť odlišné od postavenia zamestnanca v pracovnom pomere, aj keď podľa slovenskej pracovnoprávnej úpravy aj tieto fyzické osoby sú vo vzťahu k príslušnej cirkvi v pracovnom pomere.

Keďže Rámcová smernica sa vzťahuje aj na predzmluvné vzťahy, bolo by možné do budúcnosti predpokladať aj takú právnu úpravu, ktorá by prijatie osôb do pracovného pomeru vo vzťahu k určitým typom zamestnávateľských subjektov, ktorých činnosť je založená na náboženstve alebo viere podmienovala ich náboženským vyznaním.

V. Posudzovanie oprávnenosti výnimky zo zákazu diskriminácie z dôvodu náboženstva a viery zo strany súdu

Výnimka na základe profesionálnych predpokladov, resp. určujúcich požiadaviek zamestnania predstavuje všeobecnú skutkovú podstatu pre všetky prípady diskriminácie podľa náboženského presvedčenia alebo viery. Podľa doterajšej rozhodovacej činnosti Súdneho dvora ES vo vzťahu k Rámcovej smernici profesijné predpoklady musia byť podstatné a rozhodujúce. Sledovaný cieľ musí byť oprávnený. Pri výklade primeranosti použitého prostriedku na dosiahnutie oprávneného cieľa Súdny dvor ES uplatňuje reštriktívny výklad. Súčasne výkladom podstatne redukuje okruh zamestnaní, pre ktoré napríklad rasa, etnická príslušnosť, náboženstvo, vek, zdravotné postihnutie predstavuje rozhodujúci a podstatný predpoklad.²¹

Posúdenie, čo treba považovať za podstatný, resp. určujúci predpoklad, Súdny dvor ES prenecháva vnútroštátnym sudcom. Napríklad nerovnaké zaobchádzanie na základe náboženskej príslušnosti osoby nepredstavuje

²¹ MOREAU, A. M.: Rechtfertigung für Diskriminierungen, In: Labour Congress 2002 Stockholm, s. 161 a n.

diskrimináciu, ak náboženská príslušnosť alebo osobné presvedčenie predstavuje pre zamestnávateľa, pre ktorého zamestnanec pracuje podstatnú a oprávnenú požiadavku. Jej danosť posudzuje vnútroštátny sudca. Vnútroštátny sudca preveruje aj primeranosť medzi požiadavkami zamestnávateľa a náboženskou angažovanosťou zamestnanca. Vnútroštátny sudca musí preveriť, či rozdiely v zaobchádzaní, ktoré sú zdôvodnené vierou alebo náboženským presvedčením, sú objektívne a únosným spôsobom zdôvodnené právne korektným cieľom a súčasne či prostriedky na dosiahnutie tohto cieľa sú potrebné a primerané. Pri uplatnení výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania Súdny dvor ES uskutočňuje kontrolu legitímnosti cieľa sledovaného zamestnávateľom, čím nepriamo núti vnútroštátnych sudcov v súdnych sporoch preskúmavať skutočné motívy zamestnávateľa pri uplatňovaní výnimiek zo zásady rovnakého zaobchádzania. Ako to vyjadril Európsky súdny dvor ES v právnej veci *Cordero Alfonso*²² v prípade zistenia diskriminácie, ktorá odporuje právu Spoločenstva je vnútroštátny súd povinný neuplatňovať diskriminujúce vnútroštátne právo, pokiaľ nie sú prijaté žiadne opatrenia na obnovu rovnosti v zaobchádzaní. Túto povinnosť má nezávisle od toho, či vnútroštátne právo obsahuje ustanovenie, ktoré ho oprávňuje takto konať.²³

Nie je to ľahká úloha pre sudcov vnútroštátnych súdov členských krajín EÚ najmä pokiaľ ide o posudzovanie oprávnenosti dôvodov rozdielneho zaobchádzania z dôvodu náboženského vyznania alebo viery. Nekorektné posúdenie najmä dôvodov ospravedlňujúcich rozdielne zaobchádzanie so zamestnancami môže v rámci celej Európskej únie viesť k veľmi rozdielnej orientácii súdnej praxe vnútroštátnych súdov. Rozdielne smerovanie súdnej praxe členských štátov Európskej únie môže obsahovať početné prvky skutočnej diskriminácie zamestnancov jednej krajiny v porovnaní so zamestnancami inej krajiny Európskej únie.

Súdny dvor ES pri delegácii posudzovania prípustnosti výnimiek z rovnakého zaobchádzania na sudcov vnútroštátnych súdov dáva súčasne relatívne široký priestor na zváženie. Súčasne však dôrazne od nich vyžaduje presvedčivé preukázanie vecného dôvodu oprávňujúceho k odlišnému zaobchádzaniu so zamestnancami. Sudca, rozhodujúci v spore, musí byť presvedčený o nutnosti, resp. nevyhnutnosti rozdielneho zaobchádzania.

²² C-81/05 (*Cordero Alfonso*) zo dňa 7. 9. 2007.

²³ Pozri podrobnejšie právnu vec C-144/2004 (*Werner Mangold*) zo dňa 22. novembra 2005, týkajúcu sa diskriminácie z dôvodu veku a prikazujúcu vnútroštátnemu súdu neaplikovať vnútroštátne zákonodarstvo v uvedených prípadoch ani vtedy, ak ešte neuplynula lehota na transpozíciu smernice.

Podľa doterajšej rozhodovacej činnosti Súdneho dvora ES sa zo strany národných súdov požaduje veľmi prísna kontrola priameho kauzálneho vzťahu medzi skutočným dôvodom výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania a sledovaným cieľom. Hodnotenie odôvodnenosti výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania prislúcha vnútroštátnym súdom. Už sudca na vnútroštátnej úrovni by mal posúdiť, či daný cieľ nemohol byť zamestnávateľom dosiahnutý inými prostriedkami, ktoré neovplyvňujú základné práva.²⁴ Táto požiadavka Súdneho dvora ES vo vzťahu k národným súdom je osobitne náročná. Súdny dvor ES uskutočňuje kontrolu legitímnosti cieľa sledovaného zamestnávateľom pri uplatnení výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania, čím nepriamo núti vnútroštátnych sudcov v súdnych sporoch preskúmavať skutočné motívy zamestnávateľa pri uplatňovaní výnimiek zo zásady rovnakého zaobchádzania.

V doterajšej slovenskej súdnej praxi doteraz neboli prijaté súdne rozhodnutia v právnych veciach diskriminácie v zamestnaní z dôvodu náboženstva a viery ani z dôvodu nerovnakého zaobchádzania na základe oprávnenej výnimky.

VI. Rozdielne zaobchádzanie z dôvodu rodinného stavu

V súvislosti so zásadou rovnakého zaobchádzania a jej uplatňovaním v aplikačnej praxi je právne významnou otázkou, či možno v rámci pracovnoprávných vzťahov rozdielne zaobchádzať so zamestnancami v závislosti od toho, či žijú v manželstve alebo či žijú v homosexuálnom alebo heterosexuálnom partnerstve. S týmito otázkami súvisí aj otázka oprávnenosti privilegovanosti manželstva nielen v súčasnosti ale aj do budúcnosti.

Sexuálna orientácia sa označuje ako preferencia pri sexuálnej voľbe. Má široký výklad a všeobecne sa chápe ako²⁵ heterosexuálna, homosexuálna a bisexuálna. Od pojmu sexuálna orientácia sa odlišuje pojem identita pohlavia, ktorý označuje pocit byť muž, žena alebo oboje. Ak sa identita pohlavia nezhoduje s anatomickým pohlavím, ide o transsexualitu.

Ešte pred prijatím Rámcovej smernice Súdny dvor ES v rozhodnutí C-249/96 (Grant) vyslovil názor, že zamestnávateľ nie je povinný plniť zamestnankyni, ktorá žiadala pre svoju životnú partnerku to isté zvýhodnenie ako iní zamestnanci pre svojich partnerov žijúcich v manželstve, ak takéto plnenia sú predpokladané len pre partnera v manželstve. Vyslovil, že právo Spoločenstva

²⁴ MOREAU, A. M.: Rechtfertigung für Diskriminierungen, In: Labour Congress 2002, Stockholm, s. 161-189.

²⁵ HOLZLEITHNER, E.: Právo, moc a pohlavie, Legal Gender Studies, Wien 2002, s. 128.

nepožaduje od zamestnávateľa rovnako posudzovať partnerstvá medzi osobami toho istého pohlavia ako manželské vzťahy medzi osobami rôznych pohlaví. Argumentoval, že poskytnutie zvýhodnenia zo strany zamestnávateľa len heterosexuálnym partnerom platí rovnakou mierou pre zamestnancov – mužov ako aj pre zamestnankyne – ženy, a preto nejde o diskrimináciu na základe pohlavia. V porovnaní s časom prijatia uvedeného rozhodnutia došlo síce z zmien primárneho práva (článok 13 a článok 6 Zmluvy o založení ES) a takisto k prijatiu Rámcovej smernice, ktorá zakotvila zákaz diskriminácie aj z dôvodu sexuálnej orientácie, tieto zmeny však neovplyvnili podľa nášho názoru otázku oprávnenosti privilegovanosti manželstva do budúcnosti. Domnievame sa, že manželstvo má byť aj naďalej privilegované v porovnaní s homosexuálnymi partnerstvami alebo aj heterosexuálnymi partnerstvami.

Podľa článku 9 Charty základných práv Európskej únie právo uzatvoriť manželstvo a založiť rodinu je zaručená legislatívou jednotlivých štátov EÚ, ktorá upravuje výkon týchto práv.

Privilegovanosť manželstva zo strany zamestnávateľa je aj po prijatí Rámcovej smernice správne a to nielen preto, že ochrana manželstva je pod ochranou samotnej Ústavy Slovenskej republiky, ale aj z dôvodu, že manželstvo ako súčasť rodinného práva prislúcha do kompetencie jednotlivých členských štátov EÚ a v tejto oblasti doposiaľ chýba kompetencia Spoločenstva.²⁶ Právo ES prenecháva úpravu rodinného práva členským štátom EÚ podľa národných zvyklostí. Preto aj možnosti registrovaných partnerstiev popri manželstve zostávajú v kompetencii členských štátov EÚ. Ak zamestnávateľ privileguje manželstvo na rozdiel od nemanželského životného partnerstva, nedochádza k priamej diskriminácii homosexuálneho zamestnanca, pretože z tohto privilegia vylučuje aj heterosexuálne nezosobášené životné páry. Rovnako ako pred prijatím Rámcovej smernice zakazujúcej diskrimináciu z dôvodu sexuálnej orientácie, nie je možné v oblasti pracovnoprávných vzťahov diferencovať v zaobchádzaní medzi heterosexuálnymi partnerstvami a homosexuálnymi životnými partnerstvami.²⁷ Zamestnávateľ by musel poskytovať svoje plnenia buď všetkým partnerstvám podobným manželstvu, alebo len manželským párom.²⁸ V takomto prípade nie je daná ani nepriama diskriminácia homosexuálnych životných partnerov, lebo nemožno vychádzať

²⁶ Pozri tiež bod 22 smernice 2000/78/ES, podľa ktorého zostávajú v platnosti právne predpisy členských štátov o rodinnom stave nedotknuté.

²⁷ WINDISCH-GRAETZ, M.: Zákaz diskriminácie na základe sexuálnej orientácie, *Zeitschrift fuer Arbeitsrecht und Sozialrecht*, č. 10, roč. 2004, s. 61.

²⁸ EGGER-PEITLER, Isabell: Neue antidiskriminierende Richtlinie ES, *Das Recht der Arbeit*, 2003, s. 302.

z toho, že životné partnerstvá sú vo väčšine prípadov homosexuálne. Preto aj na základe Rámcovej smernice ako aj doterajšej rozhodovacej činnosti Súdneho dvora ES zamestnávateľ môže aj v budúcnosti v oblasti pracovnoprávných vzťahov privilegovať manželstvo.

Podľa judikatúry Ústavného súdu Spolkovej republiky Nemecko manželstvo z hľadiska jeho ústavnoprávneho zakotvenia je iba manželstvo s partnermi rozdielneho pohlavia, čo patrí k základným znakom manželstva, ktoré nemôžu byť prenesené na iné životné partnerstvo.²⁹ Spolkový ústavný súd definuje manželstvo ako osobitnú formu ľudského spolužitia, ktorá požíva ústavnoprávnu ochranu. Životné partnerstvo osôb rovnakého pohlavia môže preto existovať len ako registrované životné partnerstvo upravené obyčajným zákonom. Preto ústavnoprávna úprava manželstva sa na takéto registrované partnerstvo nevzťahuje. Registrované partnerstvo podľa záverov Spolkového ústavného súdu neprislúcha pod ochranu manželstva. Manželstvo a jeho ústavnoprávna ochrana nie je dotknutá zákonom o registrovanom partnerstve.³⁰ Štát je povinný aj v budúcnosti aktívne pôsobiť pri ochrane manželstva a poskytovať rodine a manželstvu osobitnú ochranu.³¹ Ostatným formám ľudského spolužitia, ako konštatuje Spolkový ústavný súd, môže byť aj do budúcnosti priznaných menej práv ako manželstvu.

Ako vyplýva z obsahu rozhodnutia Súdneho dvora ES v právnej veci *Grant vs. South-West trains Ltd.* manželstvo má vo všetkých členských štátoch zásadne inú pozíciu ako heterosexuálne alebo homosexuálne životné partnerstvo. Vo väčšine členských štátov EÚ má životné partnerstvo medzi dvoma osobami rovnakého pohlavia obmedzený podstatne nižší objem právnych nárokov v porovnaní s manželstvom alebo nie je vôbec upravené.³²

Aj po prijatí Rámcovej smernice má každý členský štát Európskej únie právo priznať právne nároky na dávky spojené s manželstvom alebo inými registrovanými formami životného partnerstva, t.j. privilegovanie manželstva aj po prijatí Rámcovej smernice je prípustné, čo vyplýva aj z doterajšej judikatúry Súdneho dvora ES.³³

²⁹ Bundesverfassungsgericht – Entscheidungen, zv. 10, s. 59, 66, 67, rozsudok č. 79 zo dňa 17.7. 2002.

³⁰ Pozri tiež THÜSSING, G.: *Europäisches Arbeitsrecht*, C. H. Beck, München 2008, s. 107.

³¹ Bundesverfassungsgericht- Entscheidungen, zv. 6, s. 72, 114, 126, rozsudok č. 90 zo dňa 17.7. 2002.

³² C-249/96.

³³ C-267/06 (*Maruko*).

Z vyššie uvedeného možno vyvodiť, že zamestnávateľ je oprávnený privilegovať manželstvo aj v budúcnosti a to tým spôsobom, že plnenia zamestnávateľa v rámci pracovnoprávných vzťahov budú prislúchať buď všetkým životným partnerstvám alebo len zamestnancom, ktorí žijú v manželstve. Tento záver podporuje aj judikatúra Európskeho súdu pre ľudské práva.³⁴

Záver

Diskusia o oprávnenom rozdielnom zaobchádzaní z dôvodu náboženského presvedčenia, viery je v slovenskej právnej literatúre ešte len na počiatku. Do roku 1989 dochádzalo v oblasti pracovnoprávných vzťahov k početným prípadom diskriminácie z dôvodu náboženského presvedčenia. V terajšej dobe má problém diskriminácie z dôvodu náboženského presvedčenia a viery celkom inú dimenziu, aj vďaka smerovaniu práva ES zameraného na dodržiavanie zásady rovnakého zaobchádzania, ktoré považuje túto zásadu za základné ľudské právo. Treba predpokladať, že aj slovenská právna úprava bude v najbližšej budúcnosti reflektovať najmä široko koncipované výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania z dôvodu náboženstva alebo viery, ktoré reálne umožnia zamestnancom aj navonok prejavovať svoju vieru v rámci pracovnoprávných vzťahov.

Obdobne by bolo do najbližšej budúcnosti potrebné odborne diskutovať o takých hodnotách spoločnosti, akým manželstvo nepochybne je. Je celkom zjavné, že časť slovenskej spoločnosti sa obáva, či by prípadné uzákonenie registrovaných partnerstiev nenaruší doterajšiu privilegovanosť manželstva. Na základe doterajšej koncepcie práva ES právna úprava rodinného práva prislúcha do pôsobnosti členských štátov EÚ a ani v najbližšej budúcnosti sa nepredpokladá v uvedenej oblasti redukcia kompetencií členských štátov EÚ.

³⁴ Rozhodnutie Európskeho súdu pre ľudské práva č. 40016/98 vo veci *Karner vs. Rakúsko* zo dňa 24. 7. 2003, zaoberajúce sa nájomným právom pre homosexuálneho partnera.

Právo jako právnictví a věda

Josef Bejček

Peter Blaho je vzácný a vzdělaný člověk s jemným humorem, jenž ho posiluje v době, která jemným lidem příliš nepřeje. Měl jsem možnost poznat noblesu profesora Blaha, kterou nepozbyl ani v době výkonu náročných akademických funkcí.

Říká se, že v právu se vše mění, jen moudrost starých Římanů zůstává. Jakoby exkluzivní obor římského práva, jemuž se celý život věnuje, vyzbrojil jubilanta nadhledem a starověkou moudrostí, která tak v jeho osobě zůstává a přenáší se i na jeho okolí navzdory diametrálně odlišné době.

Je známá historka, jak Peter Blaho kdysi zaníceně vykládal o římském právu; jedna studentka po přednášce obdivně vzdychla: „Ako je to možné, pán profesor, že rímske právo je také dokonalé“? Peter Blaho odvětil: „Možno to bude tým, že ho nerobili v parlamente“.

Protože lehkovážný tón tohoto druhu mám rád, neboť o podstatě dokáže zhutněně říct často více než dlouhé a suchopárné traktáty (a navíc se dobře hodí k oslavám narozenin), připojím k poctě Petrových narozenin drobnou esej, která není moc vážná (a už vůbec ne vědecká), ale pokouší se o hledání odpovědi na otázku, čím se to my právníci vlastně zabýváme, a zda se tomu dá ještě říkat věda. Pokud bych se jubilanta dnes zeptal, jestli si myslí, že skutečné „právo“ („law in action“) dnes tvoří skutečně parlamenty, možná by zrozpačitěl. Netvoří je ve skutečnosti soudci? Nebo dokonce exekutivní politici? Není dnes tzv. právní věda z větší části komentářem k soudní praxi?

Nevím, jestli i pro Petera jako odborníka na „dokonalé římské právo“ platí to, co pro právníky, zabývající se platným právem (tedy čímsi velmi nedokonalým, co tvoří ony nechvalné parlamenty) – totiž ono polocynické a poloútešné konstatování, že každý právník se někdy tak trochu stydí za svoji profesi. Za tímto konstatováním se samozřejmě skrývá celá řada možných důvodů tohoto postoje – já se krátce zamýšlím jen nad jedním z nich, který je mezi ostatními méně nápadný, a sice na specifický charakter vědy o právu.

Právo jako předmět poznání

Setrvačnost tradičních způsobů kauzálního myšlení vede k podcenění práva jako předmětu poznání. V právu přitom nevystačíme s oněmi exaktními

formami, jimiž se zmocňujeme poznatků o přírodě. To vystihl již Antifon ve 4. stol. př. n.l. přiléhavou charakteristikou, že „zákon spočívá na dohodě, příroda naproti tomu je pravda“. Immanuel Kant se ostatně o nevhodnosti těchto metod v právní vědě také vyjádřil, a to drsnými slovy, že „s jejich použitím se právní věda podobá hlavě, jež snad je krásná, jen škoda, že v ní není mozku.“

Právo je vlastně narcistní disciplína, neboť na piedestal výsostného předmětu poznání staví samo sebe, a nikoliv znalost okolního světa jako empirického jevu. Jakmile se právní vědec začne zajímat o neprávní okolí, aby pochopil podmínky působení práva ve společnosti, dostává se do role neznalce jiných speciálních nenormativních (metajuristických) disciplín (zejména ekonomie, psychologie, sociální psychologie, sociologie). Dnes je takový přístup posuzován s nedůvěrou, byť v minulosti (a již od dob práva římského) právníci vlastně v právních normách (tedy zvláštním jazykem práva) zachycovali a odráželi podstatu člověka a společenské formy, které by dnes zkoumali sociologové (jak tvrdí G. Samuel).

Právo je sice „věcí přirozenou“ (Kallab), má však pro nás ještě jiný smysl, než který lze vystihnout metodami přírodních věd. Právní věda je vědou argumentativní, nikoliv axiomatickou. Je vědou, která musí rozlišovat mezi tím, co má být a tím, co nemá být, je tedy i vědou axiologickou. Snad i proto se tak běžně v právu zaměňuje výraz teorie a nauka (Dreier), nakolik se právě ne vždycky důsledně odlišuje, co býti má, a co jest, resp. se do toho, co jest, promítá hodnotové stanovisko, takže se vlastně vykládá, „co býti má“.

Právní věda může být samozřejmě jen vědou o platných normách, nebo o normách platných v minulosti (římské právo) nebo o normách všeobecně (ryzí nauka právní). Každá z nich je přitom legitimní disciplínou, ale používá jiné metody, a má jiná doporučení, zobecnění a eventuálně nějaká (nebo žádná) praktická vyústění. Jen proto však není ta či ona disciplína více či méně vědou. Nemá-li právo být jen pragmatickou dovednostně a aplikačně zaměřenou naukou (resp. pouhým praktickým výcvikem k výkonu konkrétního povolání), musí si v každé z těchto poloh postavit hypotézu, otestovat ji (verifikovat nebo falzifikovat) a vyvodit závěry.

Testovat normativní (neempirické) právní teorie je ovšem lehčí spíše právně politicky nebo axiologicky, nežli empiricky. Myslím, že římské právo je „stále živé“ (ač nejde o právo pozitivní) právě proto, že nevycházelo z žádné apriorní teorie nebo explicitního axiologického (právně principiálního) nebo právně politického přístupu, ale především zobecňovalo empirii, vycházelo vstříc potřebám praxe. Snad není daleko od pravdy, že právní principy byly v římském právu spíše ex post nalézány, byly z něho dedukovány, ale nebyly koncepčním hodnotovým základem jeho „výstavby“.

Změnitelnost práva, a tím i předmětu poznání

Právní věda je na druhé straně vědou o abstraktním systému pravidel, jimiž není právní vědec konečkonců neodvolatelně vázán tak, jako je vázán přírodovědec „tvrdým omezením“ zákonů přírodních. Právníkovy závěry mohou vést ke změně zákonů; přírodovědec takovou možnost nemá – on má „nanejvýš“ šanci objevit nový, ale objektivně existující zákon.

Určitý ostych právního vědce před přírodovědcem je založen na skutečnosti, že právní věda si sama svými doporučeními pro legislativu vytváří systém norem (normativních zákonitostí), které pak činí předmětem svého zkoumání. Přírodní vědec dnes pracuje svými technicky „prodlouženými smysly“ v takových patrech fyzicky existující reality, která jsou běžným lidem nedostupná, zatímco právník operuje s pojmy z uměle vytvořeného a abstraktního normativního světa.

Pragmaticčnost právní vědy

V některých směrech se ovšem právní věda vědám přírodním či lékařským podobá. Nikdo nepochybuje o tom, že je vědou, když lékař experimentálně zjistí, že určitý přípravek má ty či ony vedlejší účinky a že má určité kontraindikace. Není potom vědou, když právník zjistí empiricky či deduktivně, že určitá nová právní norma má ty či ony právní či mimoprávní vedlejší účinky, nebo že porušuje princip bezrozpornosti právního řádu, a najde právně souladné způsoby odstranění tohoto rozporu? Nová tvůrčí interpretace předpisu, která umožní vyřešení takového právního problému, je do značné míry srovnatelná s novým operačním nebo chemoterapeutickým postupem, který řeší problém medicínský.

Právní vědec ovšem nejen přispívá v rámci legislativních doporučení k tvorbě nových právních norem, ale svými výkladovými stanovisky též ovlivňuje judikaturu, a tedy nepřímou zpřesňuje obsah abstraktních norem. Ve smyslu Popperova kritického racionalismu jde vlastně o účast na testování hypotéz, které – odolají-li v procesu svého vyvracení – se dají považovat za osvědčené.

Stálá judikatura má v právní vědě hodnotu blízkou osvědčené hypotéze v Popperově pojetí. Účast na jejím vytváření je výzvou pro právního vědce a též jeho zadostiučiněním, neboť „zhmotňuje“ jeho názory.

Nepřesné a pohyblivé hranice předmětu zkoumání

Ostych právního vědce před vědcem exaktním vyplývá rovněž z neujasněnosti předmětu právníka zkoumání. Právní vědec se pohybuje současně nejméně ve třech oborech:

- 1) v příslušném oboru platného práva;
- 2) v oboru tzv. práva přirozeného, a to tam, kde se jím řešené otázky dotýkají katalogu základních práv a svobod stanovených v Listině základních práv a svobod, která je založena nikoliv na suverenitě zákona, ale na právech přirozených;
- 3) v mimoprávním okolí, v problematice ekonomické, etické, psychologické, sociologické a v dalších pro právníka pomocných oborech, v nichž je nutně jen více či méně dobře poučeným laikem;

Snahu „vyřešit“ tuto oborovou a s ní spojenou metodologickou různorodost právní vědy zavedením tzv. ryzí nauky právní (která měla silné pozice na předválečné brněnské právnické fakultě) chápu jako jeden z dílčích pokusů o řešení, ale rozhodně ne jako vyřešení problému. Normativní právní teorie je čistou normologií, která nebere zřetel na to co jest (na říši bytí, Sein) a zaměřuje se jen na to, co býtí má (na sféru mětí, Sollen).

O právních normách zjistila ryzí nauka právní leccos nového a podnětného, z čehož i dnes čerpáme, ale univerzální metodu právního zkoumání a poznání nenabídla a nabídnout nemohla. Vědomá rezignace na sociální a ekonomické prostředí, z něhož právní normy vyrůstají a v němž působí, vedla spíše k vytvoření jakési právně teoretické „věže ze slonoviny“. Paralelou exkluzivního přístupu normativistů k právu jakožto k jednomu z řady normativních společenských systémů by mohla být v medicíně např. nefrologie, která by se zajímala o ledviny nikoliv v jejich komplexní provázanosti s lidským organismem, ale jen jako o uměle ohraničený a z širšího kontextu vytržený předmět zkoumání.

Hodnotová podmíněnost práva

Právní jevy by měly být postihovány vždy v jejich širších společenských souvislostech. Přitom však právní vědec musí nutně, neustále a opakovaně narážet jakožto na nejzávažnější nikoliv na otázky formálně normologické (normativistické), ale na hodnotově podmíněné otázky právně filozofické a právně sociologické. Někdy se proto právo přirovnává teologii, protože pro oba obory je typická autoritativní exegeze, tedy výklad textu a jeho významu pomocí nejrůznějších metod, které ve svém celku umožňují pochopení poselství textu. Pro praktického právníka bez ohledu na jeho náboženské (ne)

vyznání může být takové porovnání iritující, protože on se pokládá za člověka, který řeší skutečné problémy, a analogie mezi jeho úvahami a teologickými disputacemi o tom, kolik andělů se vejde na špičku jehly, jej může (podle gusta) pobavit nebo podráždit.

Podobně ovšem může podráždit „tvrdého“ vědce, který se zabývá odhalováním podstaty světa a objevuje nové přírodní či společenské zákonitosti, pokud se za vědce prohlašuje i ten, kdo hlásá a „objevuje“ pravdy, odvoditelné jen z uzavřeného normativního souboru nepodléhajícího vědecké verifikaci a falzifikaci.

Mezi výkladem Bible a přístupem k výkladu římského práva, jehož základní texty byly a jsou svého druhu „právníckou biblí“, velký metodologický rozdíl asi nebude (pokud najdeme vůbec nějaký). Je asi troufalé považovat za vědu pouhou aplikaci sylogismu v rámci textového souboru (to by „vědou“ potom bylo i vyřešení rutinního početního příkladu). Složitější je už uplatňování sylogismu v rámci normativního souboru, což předpokládá dovozovat existenci norem a jejich zpřesňování v případech, kdy nejsou slovně vyjádřeny úplně jasně (což je velmi často, neboť právní normy jsou svojí povahou obecné a kvůli vyjádření jazykem nepřesné).

Hodnotově podmíněná a kontextuální interpretace obecné normy se od vytvoření nové normy nemusí moc lišit (je snad známo málo případů úplně opačné interpretace téhož zákonného ustanovení?). Nástrojem verifikace (falzifikace) je především autorita (obecně soudní, eventuálně ústavněsoudní, málokdy jen intelektuálně akademická), nikoliv vědecká metoda.

Ozvyky kvaziteologického přístupu ke „správnému“ výkladu (*Roma locuta, causa finita*) na nás intenzívně doléhají i v právu a vnucují analogii s fatvou, tedy s formou nábožensko-právního prohlášení ajatolláhů, zdůvodňujících či posvěcujících z náboženských (tedy axiologických) pozic určité jednání či politiku. Nadřazeně se tomuto způsobu vysmívat by bylo zpozdilé – jde jen o určitou (kulturně historicky a ideologicky podmíněnou) techniku řešení obecného a trvalého napětí mezi autoritou textu zákona a autoritou jeho racionální soudržnosti.

Soudím, že nemá valného smyslu (a že je poněkud samoúčelné) zkoumat právo z pohledu statického a pozitivistického, ale že je nezbytné hledat jednak obecnější příčiny vzniku právních norem v jejich konkrétní podobě a rovněž společensky determinované podmínky působení práva. V tom plní nezastupitelnou propedeutickou úlohu právě studium práva římského.

Dobrá právní norma nemůže být dobrá sama o sobě (jak tvrdili normativisté), ale jen tehdy, vyvolává-li za přijatelných sociálních nákladů společensky akceptované následky. Možná by právě ona proslavená ryzí nauka právní

(která si pro sebe vyhrazovala pozici jediné skutečné právní vědy) kritéria vědeckosti jakožto společenské vědy vůbec nenaplnila, a to právě pro svoji uzavřenost a izolovanost od věd o člověku a společnosti. Dalo by se snad hovořit o „čisté právní“ (ne tedy společenskovědní) disciplíně, zabývající se logickými a hermeneutickými vývody z uzavřeného normativního souboru; podobnost s teologií je ovšem neodbytná.

Obávám se, že platí druh nepřímé úměry mezi tzv. „právnickostí“ a „vědeckostí“: co je v právní doktríně méně „čistě právnícké“, je vlastně vědecktější, protože to míří na ekonomickou, psychologickou, sociální podstatu jevu, a naopak.

Ona sporná vědeckost nemusí mít samozřejmě nic společného s vysokou praktickou odborností a právníkou erudicí a zběhlostí „čistého“ právníka.

Snad by i Peter Blaho jako prominentní znalec římského práva souhlasil s názorem, že ani římské právo není dokonalé z hlediska věčnosti, ale především tím, že jen velmi dobře odpovídalo potřebám a stupni společenského rozvoje v době, v níž vzniklo.

Hodnotovou podmíněnost právních norem a nutnost jejich interpretace v souladu s konkrétními mimoprávními společenskými podmínkami je vhodné demonstrovat na příkladu smluvní svobody.

Iluze svobodné vůle v právu

Svoboda je někdy až zaklínadlem podnikatelů a politických liberálů, kteří nelibě nesou jakékoliv zásahy státu do svých aktivit. Metodologická potíž je ovšem už jen v tom, zda je naše vůle vůbec svobodná (a zda tedy vůbec může být svobodná smlouva jakožto projev vůle). Někteří vědci (např. biolog Edward Wilson nebo filozof a politolog Francis Fukuyama) tvrdí, že naše svoboda je pouze sebeklam, že v mozku neexistuje skutečně nezávislý činitel, neboť mozek sám je vytvořen interakcí genů a prostředí. Tvrdí se, že je na omylu teorie přirozeného práva, která předpokládá, že do lidské přirozenosti byly Bohem vloženy jakési nezměnitelné mandáty. Má jít naopak o biologické zákony sepsané přírodním výběrem, které vyžadují minimální podporu. Člověk nemá podle nich svobodnou vůli, ale jeho jednání je v každé chvíli předurčeno vnitřními i vnějšími popudy, na něž člověk nemá vliv.

Domnívám se, že podle této teorie by role pozitivního (lidského) práva musela spočívat jen v podpoře oněch přirozených biologických zákonů. Protože je však evolucionisticko – geneticky determinovaná i vůle zákonodárců, byly by i platné zákony vlastně jen výronem oněch biologicky podmíněných

přirozenoprávních zákonů. Rozdíl mezi platným a přirozeným právem by se demaskoval jako falešný a neexistující mýtus.

Navíc by byl zpochybněn odvěký základ smluvního práva, vyjadřovaný ustanoveními o tom, že právní úkon je projevem svobodné vůle. Právní úkony v tradičním slova smyslu by tedy sdílely předurčenost nesvobodou vůle a vlastně by přísně vzato neexistovaly, čímž by přestala existovat i základna soukromoprávních disciplín.

Od toho právo abstrahuje a pracuje s pojmem vůle svobodné, byť je každému jasné, jak „svobodná“ je např. vůle dnešního spotřebitele, vystaveného masivním reklamním kampaním a „masážím“, které zajistí, aby spotřebitel „úplně svobodně“ chtěl to, co se mu jako chtění do jeho hlavy „naprogramuje“.

Některé „ex post korektivy“ typu ochrany slabší smluvní strany, vzniknuvší zejména v důsledku informační asymetrie nebo jiných nepoměrů mezi stranami (a založené již v právu římském) sice kompenzují některé excesy při tvorbě smluvního konsensu (tíseň, nápadně nevýhodné podmínky, nátlak, lichva, zneužití závislosti nebo intelektuální nedostatečnosti, konec konců i „dobré mravy“ a „pocitivý obchodní styk“); nicméně neberou v potaz, že onen nátlak na svobodnou vůli individua a její doslovné modelování se odehrávají v psychologicko-marketingové rovině latentně a mnohem dříve než při vlastním smluvním aktu, takže na případnou korekci praktických důsledků tohoto vlivu už ony uvedené nástroje právní nedosáhnou.

Definice není definicí

Tyto absurdní důsledky vyloučíme, nebudeme-li v právu pojmy definovat esencialisticky, ale pouze zpřesňovat konvencionálně a nominalisticky. Tak je svobodná vůle pro potřeby práva dostatečně vymezena jako vůle prostá násilí, donucení, bezprávné vyhrůžky. Toto učení je římskoprávního původu a přetrvalo jako dostačující dodneška. Je docela dobře možné, že na vyšší úrovni přesnosti poznání ani takto vymezená vůle nemusí být svobodná a může být determinována (třeba fyziologicko-geneticky), ale to je už mimo obor práva a je to právně irelevantní. Pak jsou totiž takto ev. determinovány vůle všech bytostí (v tom se neliší a jsou si rovny) a právního významu nabývají jen výše uvedené jemnější rozdíly ve svobodě v rámci oné nesvobodné a determinované vůle. Psychologické nebo neurologicko-fyziologické aspekty tvorby vůle a její podstaty mohou být bez jakékoliv újmy na funkčnosti práva pod rozlišovací úrovní práva, ba tato abstraktnost může být nezbytná pro funkčnost právních pravidel jakožto obecných norem chování (srov. např. pojem objektivní nedbalosti).

Pro právo je proto nezbytný zvláštní pojmoslovný aparát s konvenčně posunutými (většinou pragmaticky zúženými) pojmy, které nemusí ladit s aparátem používaným v jiných vědách. Myslím, že právě římské právo je prototypem pragmatické věcnosti, a že právě ona stojí za jeho věcnou inspirativností, jakožto jakéhosi referenčního měřítka. Přitom se uznává, že právní kategorie, instituty a pojmy vyvinuté římským právem se staly základem terminologie některých společenských věd, jejichž vědeckost nebývá na rozdíl od vědy právní (tak často) zpochybňována – např. o sociologii se hovoří jako o „duchu minulosti právní vědy“ (Kelley).

Právo vytvořilo pojmové abstrakce a kategorie, v nichž se odehrával a odehrává společenská, ekonomický i individuální život bez ohledu na to, kdo a kdy konkrétně do těchto kategorií „vstoupí“.

„Prokrustovo lože“ soukromého práva: fikce rovnosti versus arbitrárnost ad hoc

Podobně jako svobodná vůle (která v pravém smyslu asi fakticky neexistuje, ale v právu se bez její presumpce neobejdeme) patří i rovnost stran do kategorie velkých pokrytectví, která však právo prostě musí akceptovat. Princip rovnosti stran v soukromém právu je zakotvením evidentní fikce. Rovnost stran neodpovídá realitě. Soukromé právo vychází z fikce rovnosti subjektů a na tomto základě staví smluvní svobodu. Každému přitom musí být zřejmé, že dva stejní lidé, absolutně si rovni ve svých intelektuálních, fyzických a volních předpokladech a schopnostech, na světě neexistují. To platí samozřejmě i o osobách právnických.

Právo je rovným měřítkem na nerovné, a proto *zásadně* tyto rozdíly vidět nemůže. Až od určitého stupně nerovnosti subjektů (a to stupně normativně, tedy opět vůči všem stejně-rovně vymezeného) vyrovnává a eliminuje důsledky příliš příkré nerovnosti stran. Právo je tedy nástrojem vyvažování hodnot a finguje rovnost před zákonem. Zásada, že všichni lidé jsou si rovni v právech, nahrazuje společensky přijatelným způsobem fakt, že fakticky jsou si lidé nerovni.

Rovnost není tedy skutečností, ale požadavkem v podstatě povahy politické, který je založen na morálním rozhodnutí (Popper), a který je prosazován právními prostředky. Důsledně vzato je požadavek rovného zacházení s nerovnými subjekty výrazem nerovnosti.

Klíčovým problémem je tedy určit, kdo je tzv. slabší stranou a z jakého hlediska se ona slabost posuzuje. Většinou je postavení každého subjektu složeno z více faktorů – v něčem si stojí lépe ta strana, v něčem zase druhá.

Charakter právní regulace vede k nutnosti používat normativní formalistická jednoduchá kritéria. Nerovnost mezi konkrétními subjekty v konkrétní situaci tak bývá nahrazována abstraktní nerovností na základě typových normativně vymezených (a eventuálně judikaturou rozvinutých a upřesněných) znaků. Tato hrubá a nepřesná kritéria mohou zase vést k absurdním důsledkům, že se právní ochrana slabšího zvrtné fakticky v možnost diktátu slabšího vůči původně silnějšímu (tak např. menšinový akcionář nemusí být jen bezbranným předmětem ochrany – může mít blokační minoritu, která jeho postavení činí ve skutečnosti mnohem významnější, nežli by odpovídalo výši jeho obchodního podílu. Původně slabé postavení nájemníka bytu se v důsledku právní úpravy, která byla původně považována za přechodnou vzhledem ke konkrétním historickým hospodářským poměrům, zvrtno v takové jeho posílení, že jej sotva lze pokládat za slabší stranu).

I na ochranu slabší strany se tedy musí vztahovat princip zákazu zneužití subjektivních práv – ochrana slabší strany jakožto výjimka ze zásady rovnosti stran podléhá tedy hodnotovému zvažování a vyvažování ochrany slabšího ve střetu s jinými ochranyhodnými zájmy v konkrétním případě.

Nejen zákonodárce při koncipování normativní úpravy, ale i soudce při jejím výkladu a aplikaci, si musí klást otázku, jaké faktory odůvodňují ochranu slabší strany a kde je hranice mezi akceptovanou „přirozenou nerovností“, nevyžadující žádnou korekturu a mezi onou nerovností, při níž je jedna ze stran označena za slabší a tudíž (!) za hodnou zvláštní ochrany.

Právní historie zná ostatně řadu případů, kdy obecně stanovená pravidla byla vyložena v neprospěch jejich pravděpodobně zamýšleného cíle, a kdy se „veřejné blaho“ nebo „veřejný zájem“ apod. vyvažovaly na vahách oproti soukromému prospěchu, přičemž nikdo neoznačil na stupnici vah „jednotlivé dílky“. Např. v USA se v minulosti mocensky (soudně) rozdělilo několik velkých úspěšných společností, jejichž „proviněním“ bylo, že vyrostly korektním interním růstem na základě tržního úspěchu nebo fúzí s prokazatelnými kladnými efekty pro spotřebitele, ale soud prostě jen bez věcné analýzy konstatoval, že újma pro společnost vyvážila prokázané přínosy.

Tato metoda, kterou soukromě zařazují mezi právní vědou neuváděné výkladové argumenty právní pod názvem „ar. ar. ar.“ (neboli argument arogantní arbitrárnosti) není však bohužel neznáma ani některým našim současným soudním a správním rozhodnutím.

Právní věda a právní politika

Dalším neexaktním specifikem práva, které musí brát v úvahu právní věda, je tedy funkce práva jako autoritativního hodnotového soudu a mocenského nástroje vyvažování různých hodnot.

Stejně tak jako je politickým požadavkem rovnost lidí, je jím i požadavek smluvní svobody a míry jejího omezení. Tyto dvě hodnoty jsou totiž v nepřímé úměře (zvýšení smluvní svobody znamená připuštění větší nerovnosti a naopak). Musí tedy dojít ke společenskému právně politickému konsensu o přijatelném vyvážení těchto hodnot. Právní „věda“ musí tedy zahrnovat i právní politiku.

Ani zákonodárce, ale zejména soudce se nemohou řídit radou G. Beckera, že pře se má ukončit tehdy, když tím, co strany rozděluje, se stanou preference. Soudce takovou otázku naopak nemůže nerozhodnout.

Formální svoboda a faktické ovládní

Liberální pojetí smluvní svobody charakterizují znaky abstraktně formální. Zejména s přechodem k monopolizaci ekonomiky se zvětšuje propast mezi formální smluvní svobodou a faktickou závislostí. Hovoří se metaforicky o „svobodě svobodné lišky ve svobodném kurníku“ (Garaudy) a o zrušení smluvní svobody smluvní svobodou.

Mezi příznaky krize patří především vznik obrovského rozdílu ve faktické moci účastníků vztahu, který je možné demonstrovat na příkladu uzavření smlouvy podle všeobecných – nikoliv dvoustranných – obchodních podmínek, které cestou „privátního zákonodárství“ mění *via facti* zákonné dispozitivní právo). Využívání intelektuální inferiority zákazníků při stále větší složitosti předmětu plnění za přispění reklamních psychologicko – manipulativních kampaní umožňuje vznik jakéhosi partikulárního práva (J. Schumpeter hovoří dokonce o „refeudalizaci“ práva).

Příkladem může být třeba jednostranná možnost banky měnit sazebníky za úkony, nebo uzavírání pojistných smluv podle standardních pojistných podmínek na pět stran hustě psaných, které přinese agent a máte na jejich prostudování pět minut, a v nichž jste navíc pokrytecky označováni za „navrhovatele“, aniž o obsahu podmínek cokoliv tušíte. O výhodách smlouvy vám napovídá a slíbí ledacos, a vy se poté v klidu večer při podrobnějším studiu podmínek dočtete, že eventuelní ústní ujednání nejsou právně závazná...

Potvrzuje se, že smluvní svoboda je strašná zbraň v rukou silného, ale

tupý nástroj v rukou slabého a volá se po soudní kontrole důsledků smluvní svobody. Zkrátka platí, že „právo silnějšího je největším bezprávím“.

Určitě je pravda, že mohu souhlasit s obsahem smlouvy, který jsem nespolyvytvářel, pokud skutečně jen souhlasit mohu, ale nemusím. Jakkmile mi však ekonomicky nic jiného než souhlas s vnucovaným obsahem nezbyvá, pak s obsahem souhlasit nikoliv mohu, ale musím (situace „take it or leave it“) a smluvní svoboda je pouze zbraní v rukou silnějšího.

Z toho je zřejmé, jak diametrálně se liší pojetí svobody v negativním smyslu („osvobození od zasahování“, k němuž se upíná ten silnější partner) od svobody v pozitivním smyslu (ve smyslu „svoboda k příležitosti“, k níž se obrací strana slabší). Právo musí balancovat mezi oběma těmito póly.

Svoboda a spravedlnost

Dalším a typickým předmětem střetu právně politických (nikoliv nutně právně vědeckých) názorů, s nímž se ovšem platné právo musí vypořádat, je poměr mezi požadavkem smluvní svobody a požadavkem smluvní spravedlnosti.

Spravedlnost a individuální svoboda jsou vůči sobě v napjatém vztahu. R. Jhering hovořil o souboji dvou egoismů, při němž nastane ekvivalence v indiferentním bodě rovnováhy těchto egoismů.

Konvenčně liberální pohled na smluvní svobodu ignoruje aspekt hospodářské moci. Pokud má silnější partner všeobecnou tržní moc, tzn., že slabší strana je na něj odkázána a nemá možnost volby jiného smluvního partnera za výhodnějších podmínek, je třeba vyrovnávací síly práva veřejného v podobě práva kartelového. Z tohoto pohledu však kartelové právo není omezením smluvní svobody, ale jejím funkčním korelátém, neboť alespoň zčásti nastoluje „svobodu k příležitosti“ slabšího, a to porušením „svobody od zasahování“.

Tato intervence ze strany státu nahrazuje samoregulační schopnosti soutěže. Její použití jakožto sociální regulace egoismu je namístě až tehdy, nepůsobí-li – parafrázováno s Jheringem – vzájemné potírání egoismů v rámci konkurence jako *sociální samoregulace* egoismu a kde proti egoistickému využívání přítomnosti nepůsobí ani ohled na budoucnost (*individuální samoregulace* egoismu).

Domnívám se, že moderní smluvní právo musí i navzdory krizi liberálních smluvních teorií nadále spočívat na zásadě smluvní svobody, kterou ve stále častějších případech jejího „proděravění“ musí funkčně zastupovat svými intervencemi právo veřejné i obecně formulované obsahové požadavky na

náležitosti soukromoprávních úkonů, při jejichž interpretaci poroste význam kasuistiky tzv. „soudcovského práva“.

Právo a mimopráví

Dříve byly smluvní závazky chápány nikoliv jako povinnosti ukládané stranami transakce, ale spíše komunitou sdíleným citem pro poctivost (P. Atiyah). Zdá se, že se – jsouce poučeni krizovými jevy ultraliberálního pojetí smluvní svobody – opět tomuto pojetí přibližujeme.

Smluvní svoboda tedy nemůže být chápána jako základní a sebestředná hodnota sama o sobě, která by byla nadřazena klasické maximě *ius suum cuique tribuere*.

Tyto poněkud vznosné úvahy vyústí u právníka v tak přízemní a pragmatické konkrétní výsledky v legislativní oblasti nebo v judikatuře, že je pro něj někdy až bolestivé srovnání s efektivními novými léčebnými nebo diagnostickými postupy nebo s odhalenými tajemstvími přírody pomocí exaktních věd.

Složitě úvahy právního vědce mají často doslova za důsledek drobnou změnu v textu zákona (např. záměnu spojky „a“ na spojku „nebo“), která však znamená podstatnou změnu v úpravě chování tisíců lidí a firem. Někdy právní vědec nedosáhne ani oné změny zákona, ale ovlivní alespoň judikaturu a výklad práva.

Toto přehavé sebeuspokojení v obou jeho podobách však bohužel nic nezmění na pravdivosti další všeobecně sdílené právnícké moudrosti – že totiž jediný škrt pera zákonodárcova stačí k tomu, aby se celé právnícké knihovny staly makulaturou. Tím nechci právní vědu, ba dokonce ani „právní vědu“ zlehčit, ale spíše zdůraznit její nezáviděníhodný a nevděčný sysifovský úděl.

Translační účinky tradice

Petr Bělovský

Tradici můžeme považovat za jeden z nejtrvalejších institutů kontinentálního práva v měřítku celé jeho historie sahající do novověku. Nepochybně existovala ještě před vznikem samotného vlastnického práva a po jeho zavedení se stala přirozenou formou jeho převodu. Nepřekvapí proto, že tento institut nalezneme ve všech právních kulturách světa, na území Evropy pak též ve feudálním právu germánském, stejně jako slovanském.¹

Římské právo proto také chápalo tradici jako institut přirozeného práva (Gaius: *ea, quae traditione nostra fiunt, naturali ratione nobis adquiruntur*,² ty (věci), které jsou naše prostřednictvím tradice, nabýváme na základě přirozeného rozumu; dále též Inst. Just.³), ačkoli současně z tohoto důvodu na ní dlouhou dobu bylo pohlíženo jako na právní skutečnost, tedy fakt, který právu nezbyvá než reflektovat (obdobně jako držba), spíše než právní jednání, kterým se stalo teprve postupem času. Tradice se tedy ve své původní podobě zohledňovala pouze na základě jejího vnějšího projevu, kterým bylo prosté odevzdání věci. V praxi však může mít odevzdání věci řadu významů. Nemohlo být sporu o tom, že takovým jednáním se stávající držitel dobrovolně zbavoval možnosti reálně ovládat věc, resp. že tuto možnost poskytl jiné osobě. Teprve klasické římské právo začalo reflektovat okolnosti tradice a kromě jejího vnějšího projevu také vůli převodce a nabyvatele, čímž se tradice institucionalizovala mimo jiné do jedné z forem převodu vlastnického práva. Přirozeným způsobem identifikace vůle subjektů vzhledem k možným translačním účinkům tradice se stala vazba na důvod realizace tradice, pro který římská jurisprudence vytvořila termín *iusta causa traditionis*. Od okamžiku, kdy se translační účinky tradice začaly posuzovat na základě právních okolností tradice můžeme rozlišovat tradici v širším významu, tedy

¹ SATURNÍK, P., Přehled dějin soukromého práva ve střední Evropě, Praha 1945, str. 46, 105. Pro tradici pozemků převažovalo ve feudálním středoevropském právu označení investitura nebo také *intermissio* či *introductio*.

² Gai. Inst. 2,66.

³ Inst. Just. 2,1,40: *Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. et ideo cuiuscumque generis sit corporalis res, tradi potest et a domino tradita alienatur.*

ve smyslu jakéhokoli odevzdání věci, a tradici v užším významu, tedy jako neformální převod vlastnického práva.

V tomto ohledu se dodnes setkáme v romanistické literatuře s rozdílným chápáním tradice, akcentujícím buďto její translační účinky nebo její faktický (tedy původní) charakter. Girard například o tradici říká, že slouží k převodu nejen vlastnictví, ale i držby a dokonce i detence, přičemž tradici chápe jako prosté předání věci z ruky do ruky.⁴ Heyrovský naproti tomu hovoří o tradici jako o institutu, jímž se převádí držba,⁵ aniž by upřesnil, zda držbou má na mysli také *possessio naturalis*, tedy detenci. Randa pak uvádí: „Tradice v technickém smyslu (odevzdání a přijetí) jest převedení držby věci nějaké s vůlí, vlastnictví k ní převést a přijati.“⁶ Vázný: „Tradice je převod vlastnictví, uskutečněný převodem držby.“⁷ Bonfante: „Tradice je obecným způsobem dobrovolného převodu vlastnictví – odevzdání věci s obapolnou vůlí stran, aby jeden pozbyl a druhý nabyl panství nad věcí na základě právního poměru, jež zákon uznává za způsobilý ospravedlniti převod vlastnictví.“⁸ Bartošek: „Převod vlastnictví, k němuž se vyžaduje faktické odevzdání věci, souhlasná vůle stran a *iusta causa traditionis*.“⁹ Vančura používá prostého předkladu slova *traditio* ve smyslu odevzdání a spojuje jí primárně s nabýváním držby.¹⁰ Pro srovnání, současný právní slovník tradici označuje za jednu z podmínek smluvního nabývání vlastnictví a současně „uvedení nabyvatele do držby k převáděné věci“.¹¹

Specifika tradice

Dáváme-li tradici do souvislosti s držbou, resp. je-li držba bytostně spjata s obsahem tradice, pak je to důsledek nejstarší představy o převodu majetku. Již ve své původní podobě akt tradice zcela jistě vyžadoval nejen jednání převodce, ale také jednání nabyvatele, tedy nejen odevzdání, ale i přijetí věci. Formy odevzdání i přijetí byly jednoznačně dané a jednalo se původně jen o skutečné předání z ruky do ruky. Ovšem tím, jak se tradice stala plnohodnotným prostředkem pro převod vlastnictví ve společnosti s rychle se

⁴ GIRARD, P., *Manuel élémentaire de droit Romain*, Paris 1901, s. 291.

⁵ HEYROVSKÝ, L., *Dějiny a systém soukromého práva římského*, Praha 1910 (5. vyd.), s. 329, 346.

⁶ RANDA, A., *Právo vlastnické dle rakouského práva*, 5. vyd., Praha 1900, str. 135.

⁷ VÁZNÝ, J., *Vlastnictví a práva věcná*, Brno 1937, s. 31.

⁸ BONFANTE, P., *Instituce římského práva*, Brno 1932, s. 291.

⁹ BARTOŠEK, M., *Encyklopedie římského práva*, Praha 1994, s. 268.

¹⁰ VANČURA, J., *Úvod do studia soukromého práva římského*, Praha 1923, s. 165, 182.

¹¹ MADAR, Z., *Slovník českého práva*, Praha 1999 (2. vyd.), s. 1467.

rozvíjejícím obchodem ztratily oba prvky tradice – odevzdání a přijetí – svojí původní striktně určenou podobu. V pokročilé fázi vývoje tradice v římském právu se dokonce odevzdání věci zcela vytratilo a akcentovalo se především možnost ovládnutí věci nabyvatelem (příkladem je *traditio ficta*, resp. *traditio symbolica*). V rozvinuté podobě pojetí tradice se tedy kladl důraz nikoli na vnější stránku předání, nýbrž na volní aspekt tohoto právního jednání. K provedení tradice navenek stačilo, aby převodce umožnil nabyvateli dispozici s věcí. Ve své vyvinuté podobě se považuje tradice za uskutečněnou, pakliže převodce přenechá držbu věci a nabyvatel držbu věci nabude (sám nebo zprostředkovaně).¹²

Nabytí držby je tedy podstatný znak tradice, která musí být rovněž zabarvena vůlí převést vlastnické právo. Můžeme se tedy ptát, zda vlastnictví nabude například osoba, která se *mala fide* zmocní věci, kterou její vlastník zamýšlí této osobě převést do vlastnictví. Římské právo takové jednání nepovažuje za krádež (*furtum*), neboť postrádá objektivní stránku tohoto deliktu (*contrectatio rei*), když nabyvatel nedisponoval věcí protiprávně (ačkoli subjektivně byl o tom přesvědčen), protože převodce s touto dispozicí souhlasil. Nedopouští se zde krádeže vlastní věci (*furtum rei suae*), jelikož předtím než začal dispozici s věcí nebyl jejím vlastníkem. Dispozicí (ač podle vlastního přesvědčení protiprávní) však nabývá držbu, ačkoli jde o *mala fide possessio*, čímž naplňuje hlavní znak tradice. Proto se lze ptát, zda nabytí věci do držby ve zlé víře může způsobovat převod vlastnictví, tedy, zda přesvědčení nabyvatele je relevantní vzhledem k platnosti tradice.

Souzeno z pohledu teoretických předpokladů tradice lze konstatovat, že převodce zamýšlel vlastnictví k věci převést a je tedy přítomna *voluntas domini transferendi*. Rovněž vůle *mala fide* držitele směřuje k ovládnutí věci jako by byla jeho vlastní (proto je také v teorii označován za držitele), ačkoli tato vůle nevyplývá přímo z vůle vlastníka, ale zcela nezávisle na ní. Lze tedy učinit závěr, že uvedený případ může vést k převodu vlastnictví. Hlavním argumentem je přitom převodcem daná možnost nabyvateli disponovat věcí spolu s nabytím držby (i když *mala fide*) a současně také vůle vlastníka převést vlastnické právo, což jsou dva objektivní znaky tradice. Držitel *mala fide* se tedy stává vlastníkem v okamžiku aprehenze věci, přičemž tímto se nedopouští protiprávního jednání, jelikož dispozice s věcí je v souladu s vůlí dosavadního vlastníka.

O tradici v souvislosti s protiprávním jednáním a tedy uskutečněným *mala fide* nabytím držby bychom však mohli hovořit v případě, kdy pořadí

¹² ARNDTS, L., Učební kniha pandekt, Praha 1886, s. 244.

obsahových elementů tradice bude opačné, tedy kdy se osoba zmocní cizí věci skutečně protiprávně, přičemž vůle převést vlastnictví na zloděje bude následovat. Takovým případem se zabývá právník Pomponius: *Si fur rem furtivam a domino emerit et pro tradita habuerit, desinet eam pro furtiva possidere et incipiet pro suo possidere*.¹³ Jestliže zloděj kradenou věc od vlastníka odkoupí, bude považovaná za tradovanou, přestává jí držet jako kradenou a začíná je držet jako vlastní. Jde tedy vlastně o *traditio brevi manu*, ačkoli tento druh tradice byl institucionalizován teprve v justiniánském právu. Dokazuje však, že pro provedení tradice nerozhoduje kvalita držby, ale pouze držba jako taková.

Držba však není pojmovým znakem pouze tradice, ale také některých originárních forem nabytí vlastnictví, zejména pak okupace a vydržení. To ovšem způsobuje problémy při určování způsobu nabytí v některých situacích, jejichž doporučným znakem je *aprehenze*, a tedy nabytí držby.

Již v republikovém období si například římská jurisprudence kladla otázku určení povahy nabytí vlastnictví k *derelinkvované* věci. Podle názoru Prokuliánů totiž opuštění věci (projevené subjektivně i objektivně) nevedlo k pozbytí vlastnictví k ní.¹⁴ K té doházelo teprve v okamžiku, kdy se držby takto *derelinkvované* věci ujala další osoba. Nabytí jejího vlastnického práva pak Prokuliáni považovali nikoli za originární, tedy za okupaci, ale za tradici, konkrétně pak *traditio in incertam personam*. Podle jejich učení se tedy opuštěním vlastník vzdává věci ve prospěch neurčité, avšak konkrétní osoby. Prokuliáni tedy tímto neřadili *res derelicta* do kategorie *res nullius*. Šlo ovšem o poměrně specifický názor, který byl v klasické době překonán.

Podobně sporným způsobem nabytí vlastnictví byl případ, kdy vlastník plodonosné věci dovolil jiné osobě, aby na jeho pozemku pro svojí potřebu např. posekala stromy, vytěžila kamení či hlínu nebo nabyla jiné druhy plodů. Klasické prameny o takto nabytých věcech říkají, že byly nabyty *quodammodo traditione*,¹⁵ tedy formou tradice. A to i přesto, že teprve *separací* se plody stávaly samostatným předmětem vlastnictví a tedy také vznikaly *coby* věc v právním smyslu. Oprávněný k těžbě plodů v tomto případě se tedy přičinil o vznik věci, přičemž však jím provedená *separace* nepřiznává vlastnické právo vlastníkovu plodonosné věci, jak praví primární pravidlo při *separaci* plodů. To proto, že *separaci* prováděl na základě souhlasu (resp. smlouvy) s vlastníkem. Římská právní věda tedy na nabytí plodů těžných se souhlasem vlastníka pohlížela stejně, jako na případ, kdy by vlastník plodonosné věci

¹³ Pomp. D. 41,3,32 pr.

¹⁴ BARTOŠEK, M., Encyklopedie, s. 198.

¹⁵ Ulp. D. 39,5,6; Pomp. D. 19,5,16 pr.

převáděl vlastnictví k plodům, které sám odtrhl. Těžba plodů (*fructus*) je v římském právu specifickým způsobem nabytí vlastnictví originární povahy. V případě, že ovšem plody těží osoba oprávněná k tomu vlastníkem (nikoli však pro vlastníka), jde o derivativní způsob nabytí a tedy o specifickou formu tradice.

Další otázkou formy nabytí vlastnického práva se římsí právníci zabývali nad svéráznou kauzou s politickým pozadím. Jednalo se o tzv. *iacus missilium*, rozhazování věcí. V pozdněrepublikovém období se totiž stávalo, že kandidáti na úřad se v rámci své předvolební kampaně procházeli po městě a rozhazovali peníze mezi voliče, římský lid.¹⁶ Římská jurisprudence se v této souvislosti zabývala otázkou, zda takový případ je zapotřebí považovat za derelikci s následnou okupací, anebo za zvláštní formu tradice. Převážil druhý názor považující uvedený případ za derivativní formu nabytí. Podle vyjádření Gaia šlo o *traditio in incertam personam*, kdy vlastník rozhazovaných peněz adresuje sice anonymní dav, avšak vlastnictví směřuje ke konkrétní osobě, neboť ví, že se peněz někdo ujme, tedy že nezůstanou ležet bez zájmu lidí. Oproti prokuliánskému pojetí tradice *in incertam personam*, kdy derelikcí se vlastník zbavuje vlastnictví a neuvažuje o jejím dalším osudu, se v tomto případě vlastník vzdává věci za účelem převedení jejího vlastnictví na konkrétní osobu, jejíž identita je však v okamžiku odevzdání nejasná, avšak doplní se dokonáním tradice, tedy její aprehenzí šťastlivcem, jemuž se hozenou minci podaří zachytit.

Vzhledem k tomu, že podstatným znakem vlastnictví je držba, která je tudíž také podstatným znakem nabytí vlastnického práva, stává se obtížným určit nejen konkrétní formu nabytí vlastnictví, ale také to, zda nabyvatel nabývá vlastnictví odvozeně, anebo originárně, jak jsme viděli na uvedených případech.

Držba se však jakožto podstatný rys tradice postupně vytrácel, a to již v římském právu. V justiniánském právu se setkáváme s variacemi tradice v podobě *traditio brevi manu* a *traditio longa manu*.¹⁷ Oba typy nevyžadují pro převod vlastnictví převedení držby a hovoříme zde proto o *traditio ficta*. *Traditio longa manu* slouží především pro převod pozemků (i když převod jiných věcí nebyl vyloučen), kdy pro převod vlastnictví stačí, aby převodce na předmět převodu pouze ukázal. *Traditio brevi manu* je spojena s dosavadní

¹⁶ Jednalo se především o konadidáty na některý z vysokých úřadů, zejména konzulskou magistraturu. Tento způsob získávání přízně voličů praktikoval dle pramenů také Gaius Caesar. Peníze byly lidu rozhazovány však také po volbách, jako projev vděčnosti.

¹⁷ Uvedené formy tradice se vyskytovaly sice již v justiniánské době, avšak plnohodnotnými právními instituty se zřejmě staly teprve v pojustiniánské době. Viz Gai. D. 41,1,9,5-6.

detenci věci nabyvatelem na základě předchozího právního vztahu. Pakliže tedy např. komodatář, který měl vypůjčenou věc, se během trvání smlouvy dohodl s komodantem (tj. vlastníkem věci) o odkoupení věci, pak na něj vlastnické právo mohlo přejít, aniž by musel věc nejprve vrátit a získávat zpět klasickou tradicí. Obdobou tradice *brevi manu*, jenomže v obrácené podobě – *constitutum possessorium* – se rovněž objevuje již v římském právu (zřejmě však až pojustiniánském). Vlastník věci může převést vlastnictví a podržet si věc z titulu např. obligačního vztahu jako detentor. Ani v takovém případě není zapotřebí, aby převod vlastnictví doprovázel akt fyzického předání věci, ale nabyvatel se stane vlastníkem *solo consensu*. Justinian rovněž zavedl *traditio tacita*, tj. převod vlastnictví bez odevzdání věci, který se vyskytuje zejména v souvislosti se *societas omnium bonorum*.¹⁸

Kauzální charakter tradice

Charakteristickým rysem římskoprávní tradice je její kauzální povaha. Kauzalita tradice, jakožto samostatného právního jednání, tedy vyjadřuje její závislost na zpravidla předcházejícím právním jednáním, které, jak se již běžně říká, tradici samotnou zabravuje. Tím určuje, zda tradice bude způsobovat translační účinky (tedy zda jde o tradici v užším významu) nebo bude zakládat jiná práva (např. detenci apod.). Lze tedy shrnout, že tradici lze v prvé řadě označit za prosté odevzdání věci, které pakliže je doprovázeno translačním úmyslem (*voluntas domini transferendi*) a je spojeno s právním vztahem, jenž převod vlastnictví ukládá, vede k převodu vlastnického práva.

Věcněprávní účinek tradice byl již v římském právu spojován s obligačním vztahem, kdy se mělo za to, že nabytí vlastnictví se má uskutečňovat na základě konkrétního právního jednání, které převodu zpravidla předchází (*praecesserit*, viz níže Paulus). Již římská jurisprudencí tedy poukazovala na určitou závislost právního jednání jímž se vlastnické právo převádí (tradice) na právním jednání, z něhož povinnost převést vlastnictví vyplývá.

Tato závislost byla již v antických pramenech pojmenována jako *iusta causa traditionis*, ačkoli teoretického zpracování se dočkala až po zániku Západořímské říše. Ve své době se jednalo o výjimečný přístup. Řecké právo, i přes vysoký stupeň rozvoje řecké společnosti a frekventovaný obchodní ruch, nikdy nedospělo k uznání převodu vlastnictví jakožto samostatného právního jednání a tak můžeme o tradici hovořit jako o specifiku římského

¹⁸ BONFANTE, P., Instituce, s. 295.

práva.¹⁹ Příčiny institucioalizace tradice jakožto způsobu převodu vlatnictví se spojují se společenským pokrokem a rozvojem obchodování. Podle jedné z hypotéz souvisí úzce se zavedením dalšího typického prvku římského práva, a sice s konsenzuálními kontrakty. Zatímco starší římské právo (zejména vyplývající ze Zákona 12 desek) bylo koncepčně založeno téměř výhradně na institutech, jejichž obsah byl určován jejich formou,²⁰ došlo postupně k oslabování důrazu na formu, a to na úkor samotného obsahu právního jednání. Je pravděpodobné, že vznik tradice tedy souvisí s pomalu narůstající vlnou neformálních institutů,²¹ k jejichž legislativnímu zakotvení došlo však mnohdy až v klasickém právu.

Ojedinelý přístup římské jurisprudence tedy spočíval v tom, že poukazovala na závislost tradice, jakožto samostatného a také specifického druhu právního jednání, vůči kauze, tedy vůči právnímu důvodu, na jehož podkladě se tradice realizovala. Právní důsledky uvedené závislosti se přitom týkají zejména účinnosti převodu, resp. nabytí vlastnictví. Účinky tradice jsou odvozeny od platosti právního důvodu, z něhož převod vychází. Na základě tohoto atributu byla tradice označena za kauzální způsob převodu vlastnictví, jako protiklad k abstraktním formám, které tuto závislost nezohledňovaly.

O tom, jakou přesně hraje roli spojitost mezi tradicí a kauzou, případně, jakou váhu přisuzovat takové spojitosti, se vedou v civilistice spory již od středověku. Nejsilněji se diskuze vedly v 18. a 19. století v souvislosti s kodifikačními procesy zejména v Německu, v Rakousku a ve Francii. V současné době je tato otázka nově aktuální, jelikož v rámci jednotlivých států Evropské unie je přístup k souvislosti mezi převodem a právním důvodem různý, což je překážkou plánované unifikace soukromého práva.

Koncepční rozdíly mezi různými přístupy k charakteru *iusta causa traditionis* se vztahují k novověké právní historii jednotlivých států. Přesto mají však tato rozdílná stanoviska určité společné kořeny, a to již ve starověkém římském právu, které položilo základy teorie, kterou německá právní věda 19. století, která jako první systematickým způsobem provedla vědecké zpracování této problematiky, pojmenovala označila za nauku o titulu a modu.

Vůdčí osobností německé jurisprudence, zabývající se problémem *iusta causa traditionis* byl Savigny. Savignyho systematické zpracování problematiky odvozenosti tradice od právního jednání, na něž navázali jeho následovníci, paradoxně vedlo k závěru, že mezi platností převodu vlastnictví

¹⁹ DEMEYERE, J., Le formation de la vente et le transfert de la propriété en droit grec classique, RIDA 1/1952, ss. 215 a násl.

²⁰ Např. *stipulatio*, *legatum*, *legis actiones*, *confareatio* ad.

²¹ Kromě tradice např. *fideicommissum*, *matrimonium sine manu*, *rei vindicatio* ad.

a právním jednáním, na jehož základě se toto vlastnictví převádí, neexistuje. Jeho přístup je proto označován jako teorií abstrakce, kdy nabytí vlastnického práva není závislé na žádném jiném právním jednání, tedy podobně, jako tomu je u římskoprávní mancipace a iniurecesse. A právě označení Savignyho teorie za abstraktní vedlo současně k jejímu odlišení od opačného přístupu, který byl označen za teorií kauzality. Mezi oběma teoriemi, tedy teorií abstrakce a kauzality (nebo též abstraktní a kauzální teorie), však není přímého protikladu. Tedy konstatování, že konkrétní právní řád neuplatňuje princip abstrakce nemůže vést současně k závěru, že vyznává kauzální teorii. Na základě dalších bádání totiž dospěla moderní právní nauka k dalším variantám souvislosti mezi kauzou a tradicí, o nichž bude podrobněji pojednáno.

Přestože většinu právních řádů evropského kontinentu spojuje společný základ v podobě římského práva, jsou spory a rozdílné konstrukce závislosti tradice na kauze (podle německého pojmosloví, závislosti modu na titulu) do značné míry vyvolány skutečností, že již římské prameny se v této otázce rozcházejí. Výchozí fragmenty zachycující názory klasických právníků na problematiku závislosti kauzy a tradice jsou uvedeny v Digestech. Jedná se o fragmenty tří klasických právníků: Paula, Juliana a Ulpiana. Jejich názory se rozcházejí, a to i přesto, že kompilátoři pověřeni sestavením Digest z fragmentů spisů klasických právníků byli výslovně instruováni k tomu, aby se vyhnuli rozporným ustanovením. Teoretické základy závislosti kauzy a tradice pak položili ve středověku glosátoři a komentátoři na základě právě těchto fragmentů.

Paulus ve fragmentu D. 41,1,31, excerpovaného z jeho spisu *Ad edictum* uvádí:

Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur,

tedy:

Pouhá tradice nikdy nepřevádí vlastnické právo, ale jen tehdy, když jí předchází prodej nebo jiný vhodný důvod (*iusta causa*) na nějž tradice navazuje.

Z toho jednoznačně vyplývá, že platný převod vlastnictví formou tradice se musí opírat o předchozí právní jednání, které musí být navíc kvalifikované, tedy *iusta*. Přívlastkem *iusta* ve vztahu ke kauze Paulus označuje právní jednání, která svým obsahem směřují k převodu vlastnictví, resp. která slouží k převodu vlastnického práva.

Paulův fragment nevyvolává sám o sobě vážnější interpretační spory.

Ty však vznikají, pokud se Paulův právní názor zařadí do kontextu dalších fragmentů uvedených v Digestech.

Jedná se zde o souvislost se dvěma známými fragmenty Juliana a Ulpiana, které jsou navíc vůči sobě ve vzájemném rozporu. Julianus vyjadřuje ve fragmentu D. 41,1,36 následující názor:

Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus,

tedy:

Pokud se shodneme na tom, že věc má být tradována, ale rozcházíme se v právním důvodu tohoto převodu, pak nevidím důvod, proč by tradice neměla být platná; například když já jsem přesvědčen, že jsem ti povinen převést pozemek tradicí z důvodu testamentu, zatímco ty se domníváš, že ti plním z důvodu stipulace. Nebo když ti tradicí převedu peníze jako dar, ačkoli ty je přijmeš jako půjčené. Skutečnost, že se neshodneme na důvodu odevzdání a přijetí není překážkou tomu, aby bylo na tebe převedeno vlastnické právo.

Oproti Paulovi, který platný převod vlastnického práva váže na předcházející právní jednání, tedy Julianus prosazuje názor, že převod vlastnictví nemusí být bezpodmínečně vázán na předchozí právní jednání směřující k převodu vlastnictví (*iusta causa*), ale stačí, pokud mezi převodcem a nabyvatelem panuje shoda v představě o převodu vlastnictví. Jinými slovy, pokud je převodce s nabyvatelem zajedno v tom, že se tradicí realizuje převod vlastnického práva vyplývající z obsahu předchozího právního jednání, pak tato tradice bude podle Juliana platná i když se se zakládá na omylu v povaze právního jednání (*error in negotio*).

Julianův názor však není v přímé opozici k Paulovu fragmentu. Julianus nepopírá, že tradici musí předcházet právní jednání, z níž následná tradice vychází. Paulus totiž pouze zdůrazňuje kauzální povahu tradice, tedy závislost tradice na předchozím právním jednání (kauze), což Julianus nepopírá. Pouze dodává, že platnosti převodu není na škodu, pokud se převodce s nabyvatelem neshodnou na povaze právního jednání směřujícího k převodu vlastnictví. To je však nutné, darování (*donatio*) i půjčka (*mutuum*) směřují k převodu vlastnického práva.

Podle Paula i Juliana tedy musí před tradicí dojít k určité právní skutečnosti, o kterou strany opírají následnou realizaci tradice. Lze tak usuzovat z Julianova příkladu, kdy hovoří o mylné představě o plnění z testamentu či stipulace, přičemž takto mylná představa se musí opírat o předcházející skutečný právní vztah založený buďto právním jednáním stran anebo konkrétní právní skutečností. Omyl obou stran pak pouze spočívá v představě o tom, že je jí plněno na základě jiné, avšak skutečné obligace. Ovšem platnost tradice Julianus neváže na konsenzus o uzavření smlouvy, nýbrž na konsenzus o převodu vlastnictví. Otázkou nicméně zůstává, zda toto rozlišování má skutečně reálné opodstatnění a zda není pouze umělým výtvorem, který celou problematiku jen komplikuje. Právě takto položená otázka se později stala hlavním argumentem proti Savignyho abstraktní teorii.

Julianus nicméně svým výrokem položil základy pro teorii, z níž později vyšli někteří komentátoři, zejména Donellus, ale především pak v novověku Savigny. Julianus tedy zdůrazňuje, že při posuzování kauzality tradice, je nutno rozlišovat mezi vůlí subjektů o povaze právního jednání a jejich vůlí převést, na základě tohoto právního jednání (o jehož povaze se mohou mýlit), vlastnické právo. Otevřel tímto prostor pro diskuzi o přesné povaze kauzy. Julianus totiž tím, že jednoznačně uznává platnost převodu vlastnictví při omylu v právním jednání naznačuje, a právě tato otázka se stala předmětem rozsáhlých diskuzí v právní teorii, že tradice bude platná i přes neplatnost kauzy. *Error in negotio* byl totiž již v římském právu jedním z důvodů absolutní neplatnosti právního jednání. Tím Julianus otevřel dveře nejen teorii abstraktní povahy tradice, ale také speciální kauzální teorii, podle níž se tradice váže na kauzu, ovšem pro platnost převodu postačuje, pokud je kauza alespoň domnělá, tzv. putativní, a nemusí být tedy bezpodmínečně skutečná, tj. objektivně platná.

Pakliže jsme dospěli k názoru, že Paulův a Julianův fragment nejsou v přímé názorové opozici, pak je zapotřebí doplnit závěry učiněné oběma právníky třetím názorem, který tuto názorovou homogenitu narušuje. Jedná se o vyjádření právníka Ulpiana, jehož obsah, tak jak byl zprostředkovaně zaznamenán v Digestech, však není z právního hlediska zcela srozumitelný, především pak v kontextu obou předchozích dvou fragmentů. Ulpianus uvádí ve fragmentu D. 12,1,18 pr.:

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti,

tedy:

Pokud ti dám peníze jako dar a ty je přijmeš jako půjčku (*mutuum*), Julianus píše, že nejde o darování. Ale bude to půjčka? Myslím, že nejde ani o půjčku a tedy k nabytí peněz nedojde, vzhledem k rozdílné představě při přijetí. Takže pokud je spotřebuje, může být žalován kondicí, kterou však může odrazit námitkou zlého úmyslu (*exceptio doli*), jelikož peníze byly spotřebovány podle vůle dárce.

Ulpianovo vyjádření směřuje proti Julianovu tvrzení o platnosti převodu vlastnického práva navzdory omylu v právním jednání. Julianus výslovně netvrdí, že takové právní jednání je neplatné a svojí argumentaci soustřeďuje především na platnost převodu vlastnictví. Ulpianus proto vznáší otázku, jakou povahu bude mít právní jednání, o němž Julianus tvrdí, že postačuje k platné tradici. Směřuje tím tedy ke zpochybnění platnosti převod vlastnictví, čímž se staví proti Julianově tvrzení.

K tomu je ovšem zapotřebí dodat, že názorový rozpor mezi Julianovým a Ulpianovým fragmentem doposud nebyl uspokojivě vysvětlen. Většina autorů se jej snaží vysvětlit buďto prostřednictvím interpretace (přesněji řečeno, exegeze) anebo na základě interpolačního bádání (tj. zkoumání autenticity textu). Většina romanistů se totiž odmítá smířit se závěrem, že by kompilátoři při sestavování Digest nevědomě porušili zákaz zařazování kontradiktorních fragmentů do sbírky, vydaný přímo císařem Justinianem a hledá v obou uvedených textech další skryté významy.

Ulpianus tedy napadá poslední část Julianova výroku, kde Julianus konstatuje: „... když ti tradicí převedu peníze jako dar, ačkoli ty je přijmeš jako půjčené. Skutečnost, že se neshodneme na důvodu odevzdání a přijetí není překážkou tomu, aby bylo na tebe převedeno vlastnické právo.“ Ulpianus se nejprve ptá na obligační stránku věci, tedy na povahu kauzy: „Julianus píše, že nejde o darování. Ale bude to půjčka? Myslím, že nejde ani o půjčku“. Zřejmě tedy souhlasí s Julianem, že v případě uvedeného omylu v právním jednání nepůjde o darování (ten ovšem z uvedeného Julianova fragmentu výslovně nevyplývá). Současně tvrdí, že nejde ani o půjčku, z čehož lze dovodit, že považuje právní jednání za neplatné, což mimo jiné vyplývá z toho, že převodci poskytuje kondici (žalobu z bezdůvodného obohacení – *condictio sine causa*).

Ulpianus dále tvrdí, že shodná vůle převodce a nabytvatele o převedení vlastnictví nemůže zhojit neplatnou smlouvu a tudíž tradici považuje za neplatnou. Tím dává najevo, že neuznává Julianem naznačenou koncepci, uznávající platnost tradice na základě putativního titulu a stavějící podstatu kauzy na konsenzu o převodu vlastnictví a nikoli vzniku smlouvy.

Přetrvávající diskuze o tom, zda a jakým způsobem je platnost tradice závislá na kauze, nicméně nemají svůj počátek v římském právu klasickém nebo justiniánském, ale teprve v období recepcce, ačkoli počátky systematicky rozvíjené teorie spadají *de facto* až do 19. století. Ačkoli příčinou těchto sporů byly právě uvedené prameny, zdá se, že mezi římskými právníky v tomto ohledu nebylo většího sporu. Římské právo tedy vyžadovalo pro platnost tradice *iusta causa traditionis*. Podstatou následných sporů se tedy stalo spíše pojetí samotné kauzy, resp. kauzální relevance.

Některé teorie kauzality tradice

Již v prvních fázích recepcce římského práva se setkáváme se snahou o systematickou analýzu problematiky kauzality tradice. Mezi prvními se vyjadřují k rozporům a povazu zmíněných fragmentů Juliána, Paula a Ulpiána ve 12. a 13. století glosátor Rogerius, a dále pak z téhož období např. Martinus Gosia²² či Accursius.²³ Z postglosátorské školy komentují kauzální povahu tradice především v 16. století Donellus, znatelně ovlivněný Accursiovým spisem *Glossa Ordinaria*, a také Cujacius či Duarenus.

Ačkoli se právní věda systematicky věnuje problematice *iusta causa traditionis* již od starověku, pak pohlédneme-li na jednotlivé názory a spory v obecném rozměru, zjistíme, že se do značné míry opakují. Obecně lze tedy všechny vyskytující se koncepce o charakteru souvislosti mezi tradicí a její kauzou shrnout do tří teorií o translačních účincích tradice:²⁴

1. *Kauzální teorie objektivní.* Jde o koncepci, která pro platnost tradice vyžaduje skutečný a platný právní důvod převodu vlastnictví, tj. skutečnou kauzu (*causa vera*). K převodu tedy nedojde, pokud např. kupní smlouva, o kterou smluvní strany opírají tradici je neplatná, a to i přesto, že ji převodce i nabyvatel mohou považovat za platnou. Domnělá platnost kauzy (tzv. *causa putativa*), tedy není pro platnost tradice dostačující a nezpůsobuje převod vlastnického práva.
2. *Kauzální teorie subjektivní.* Oproti objektivní teorii, která posuzuje platnost tradice z hlediska objektivního, tj. na základě skutečné existence kauzy, vychází subjektivní teorie z vůle nabyvatele a převodce. Zohledňuje totiž

²² DOLEZALEK, G., Der Glossenapparat des Martinus Gosia zum Digestum Novum, ZSS 84 (1967).

²³ LANGE, H., Die Glossatoren, Munich 1997, ss. 192n.

²⁴ VLIET, L. P. W., van, Iusta Causa Traditionis and its History in European Private Law, European Review of Private Law 3/2003.

přednostně projevenou vůli smluvních stran převést vlastnictví na jinou osobu, tj. *animus alieni transferendi*. To znamená, že za určitých okolností považuje tradici za platnou i v případě, kdy kauza tradice je objektivně neplatná, pokud existuje alespoň subjektivně, tj. v myslí smluvní stran. Pokud neexistuje objektivně kauza skutečná (*causa vera*), vyžaduje se vždy alespoň existence alespoň domnělé (putativní) kauzy.

3. *Teorie abstraktní*. Koncepce abstraktní povahy tradice stojí v přímém protikladu k teorii skutečné kauzy (*causa vera*). Její podstata spočívá v odmítnutí jakékoli souvislosti tradice s její kauzou. Zastánci teorie abstrakce proto uznávají platnost převodu vlastnictví bez ohledu na platnost či neplatnost jiného právního jednání, a to jak z objektivního, tak i subjektivního hlediska.

Je zapotřebí zdůraznit, že pokud hovoříme o zastáncích té či oné teorie, pak se jedná o pohled z perspektivy 20. století. Teoretické i terminologické rozlišení uvedených teorií bylo vytvořeno až v 19. století, kdy předtím bylo rozlišení mezi kauzální a abstraktní teorií zcela neznámé.

Podstatou subjektivní teorie, kterou zastával také Juliánus (viz výše), je odlišení vůle smluvních stran k uzavření smlouvy od vůle převést vlastnictví vzhledem k omylu v právním jednání (*error in negotio*). Principálně vychází z argumentace, že smluvní strany sice mohou být zajedno v tom, že mezi nimi vznikla smlouva, ovšem jejich představa o obsahu, resp. povaze této smlouvy se může lišit. Jedna strana např. přijme věc jako dar, zatímco druhá strana věc odevzdávala pouze do detence. V takovém případě smlouva nevznikla v důsledku omylu v právním jednání *error in negotio* a také vlastnické právo na nabyvatele nepřešlo, protože mezi stranami nepanoval konsensus ohledně převodu vlastnictví. Disenzus smluvních stran při uzavírání smlouvy je zde navíc podtržen především nedostatkem převodní vůle vlastníka, protože zejména jeho vůli zohledňuje římská jurisprudencce v podobě *animus domini transferendi*. Podle všech uvedených teorií v takovém případě k převodu vlastnictví nedojde.

Nicméně může nastat situace, kdy právní jednání bude neplatné, přestože mezi smluvními stranami panuje konsensus ohledně převodu vlastnictví tradicí. To může nastat v situaci, kdy právní jednání je neplatné např. ze zákona (např. v důsledku nedostatku formy). Pokud ovšem i přes absolutní neplatnost právního jednání strany zamýšlejí vlastnické právo převést, pak podle subjektivní teorie bude takový převod platný. Nevyžaduje totiž skutečnou kauzu a za dostatečné opodstatnění tradice považuje alespoň putativní kauzu. Podle objektivní teorie bude naproti tomu takový převod neplatný, protože objektivně chybí kauza. Podle abstraktní teorie vlastnictví rovněž přejde, a to dokoce i v situaci, kdy smluvní strany budou vědomě zákon porušovat,

pakliže budou usilovat o převod vlastnictví. V případě subjektivní teorie tedy nelegálního jednání může vést k převodu vlastnictví pouze za situace, kdy vlastník, tj. převodce bude přesvědčen o jeho platnosti. *Animus domini transferendi* musí při subjektivní teorii vycházet z přesvědčení o platnosti kauzy. Bude-li tedy vědomě porušovat zákon, vlastnictví nepřejde. Abstraktní teorie umožní převést vlastnictví i v případě vědomého protiprávního jednání.

Právě uvedené ilustruje, že konstatování platnosti převodu vlastnictví při objektivní neexistenci kauzy ještě neurčuje, zda se v daném právním řádu aplikuje kauzální či abstraktní teorie. Kauzální subjektivní teorie totiž připouští převod při neexistenci kauzy stejně jako abstraktní teorie. Subjektivní teorie tedy odlišuje vůli k uzavření smlouvy (tj. k založení kauzy) od vůle převést vlastnické právo. To je právě důsledek uznání putativní kauzy, která zohledňuje pouze vůli stran převést vlastnictví a nikoli již uzavřít tu či jinou smlouvu. *Error in negotio* proto nebude překážkou, protože strany se mylí v povaze právního jednání, které však nemusí být překážkou převodu vlastnictví, pakliže obě strany zamýšlí převést vlastnictví (i když z rozličných důvodů) anebo o převod vlastnictví usiluje alespoň vlastník.

Platnost smlouvy vyplývá ze souladu projevené vůle obou smluvních stran. Pakliže tato vůle je stížena vadou (např. v případě podvodu), pak podle subjektivní teorie nemůže vlastnické právo přejít, protože disenzus při uzavírání smlouvy je způsoben nedostatkem volní složky nejen pro uzavření smlouvy, ale také pro převod vlastnictví. Jestliže tedy vlastník převedl vlastnictví k věci na základě omylu, úmyslně vyvolaného či zneužitého jinou osobou (*dolus*), nemůže dojít k převodu vlastnictví, avšak nikoli z důvodu protiprávnosti takového jednání, nýbrž z důvodu vady vůle spočívající v pohnutce právního jednání. Podle subjektivní teorie tedy nemůže dojít k převodu vlastnictví v případě nedostatku vůle. V případě vady vůle tedy kauza neexistuje nejen objektivně, ale i subjektivně, protože přesvědčení smluvních stran o její existenci je založeno na vadě vůle (tím může být *error, dolus, metus ad.*). V takovém případě disenzu tedy neexistuje ani putativní kauza a není tedy splněna podmínka subjektivní teorie pro převod vlastnictví.

Jiná situace nastane v případě omylu ve vlastnictví při převodu, tedy např. v případě, kdy prodávající se mylně domnívá, že prodávající není vlastníkem, ačkoli ten ve skutečnosti vlastníkem je. Paulus k tomu uvádí v D. 22,6,9,4:

Plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur,

tedy:

fakta jsou důležitější než přesvědčení; proto navzdory přesvědčení, že kupuje od nevlastníka, pokud mu bude vlastníkem věc předána, stane se vlastníkem.

Navzdory nedostatku vůle nabyvatele k nabytí vlastnického práva (*animus accipiendi*) bude převod platný. Rozhoduje tedy vůle převodce (*animus tradendi*) a vůle nabyvatele nebude z hlediska translačních účinků právně relevantní, za předpokladu, že věc od vlastníka převzal.

Abstraktní teorie naproti tomu vychází z dokonalé nezávislosti tradice na kauze. S kauzální teorií má tedy společné to, že k převodu vlastnictví může dojít i při objektivní neexistenci kauzy, avšak v případě abstraktní teorie dojde k převodu i tehdy, jestliže k tradici došlo na základě disenzu smluvních stran. To proto, že abstraktní teorie činí vůli převést vlastnictví (*animus domini transferendi*) součástí samotné tradice a nikoli kauzy, z níž tradice vychází. Zastánci abstraktní teorie to zdůvodňují tím, že samotné tradici někdy nemusí předcházet žádná kauza.²⁵

Savigny takový případ demonstroval na situaci, kdy odevzdám žebrákovi peníz jako almužnu. V takovém případě tradici projevené odevzdáním a přijetím mince nepředchází žádná smlouva ani jiný právní titul. Z pohledu kauzální teorie by takový převod byl neplatný. Podle Savignyho je tedy darování obecně příkladem převodu vlastnictví bez předcházejícího (ani následného) právního důvodu.

Původně však Savigny nezpochybňoval potřebnost *iusta causa* ve vztahu k platnosti tradice. Svoji argumentaci směřoval spíše na posunutí významu pojmu *iusta causa traditionis* než na zpochybnění vztahu kauzy a tradice. Savigny tak došel k chápání *iusta causa* jako pouhé vůle vlastníka převést vlastnické právo a odmítl tedy slučovat vůli smluvních stran uzavřít platnou smlouvu s jejich vůlí (resp. s vůlí vlastníka) převést vlastnické právo.

Animus domini transferendi tedy není opomíjen ani v pojetí abstraktní teorie, ovšem oproti subjektivní teorii, která vůli převést vlastnictví činí součástí kauzy, spadá podle abstraktní teorie do samotné tradice, tedy druhé fáze alienačního právního jednání. Podle této teorie tedy i přes vadu pohunek (např. v důsledku podvodu) při uzavírání smlouvy může být tradice platná, jelikož vlastník usiluje převést vlastnické právo (i když třeba v důsledku záměrně vyvolaného omylu osobou nabyvatele).

Savigny však nevystavěl tuto teorii na zelené louce. Opřel se o učení

²⁵ Naráží zde přitom na doslovný text Paulova fragmentu, který uvádí *si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit*, tj. pokud koupě nebo jiný spravedlivý důvod předchází.

představitele středověké komentátorské školy Donella (ten sám ovšem vyšel ze studie glosátora Rogeria),²⁶ který právě poukazuje na potřebu chápání *iusta causa traditionis* spíše ve smyslu volním než ne smyslu ryze obligačním. Později se však Savigny od svého původního pojetí *iusta causa* odklonil a ve své své monografii *Das Obligationenrecht*²⁷ již konstatuje, že přestože mezi *iusta causa* a *animus domini transfeređni* existuje úzká spojitost, není správné oba pojmy považovat za totéž. V polovině 19. století tak Savigny chápe kauzu již jako právní vztah, z něhož se vůle převést vlastnictví odvozuje.

Je zajímavé, že výše uvedený Savignyho příklad s žebrákem převzalo, coby jeden z argumentů pro podporu abstraktní teorie, mnoho dalších zastánců, ale také kritiků abstraktní teorie.²⁸ Je přitom zarážející, jak výraznou roli sehrál tak marginální příklad v tak významné problematice. Je ovšem třeba konstatovat, že hlavní pilíř argumentce ve prospěch abstraktní teorie spočívala na institutech římského práva. Klíčovou roli v tomto směru sehrála *condictio indebiti*.

***Condictio indebiti* jako argument**

Základy argumentace zastánců abstraktní teorie, stejně jako subjektivní kauzální teorie jsou do značné míry vystavěny na jedné z žalob bezdůvodného obohacení – žalobě z nedluhu (*condictio indebiti*). Římské právo si nikdy nevytvořilo technický termín pro institutu bezdůvodného obohacení a římská jurisprudencce hovoří pouze o jednotlivých žalobách pro vymáhání konkrétních nároků. Souhrnně si získaly tyto žaloby označení *condictiones sine causa*, kterýžto termín se stal také základem pro české označení obohacení za „bezdůvodné“ (lat. *sine causa*).²⁹

Condictio indebiti slouží k vymáhání plnění z domnělého dluhu, kdy je příjemci plnění formou tradice plněno z mylného přesvědčení osoby poskytující plnění, že je vůči věřiteli zavázána. Taková situace může nastat zejména v případech, kdy obligace již dříve zanikla, např. v důsledku plnění solidárního dlužníka, o němž druhý dlužník poskytující stejné plnění neví. Předpokladem nároku na použití *condictio indebiti* je tedy nevědomost osoby poskytující plnění z neexistujícího dluhu (*animus solvendi*), stejně jako příjemce plnění.

²⁶ Na tuto souvislost poukazuje VLIET, L. P. W., van, cit. d., str. 363-364.

²⁷ SAVIGNY, F., C. von, *Das Obligationenrecht*, Berlin 1853, vol. 2, str. 258.

²⁸ Viz např. ROUČEK, F./SEDLÁČEK, J., *Komentář*, díl 2, str. 467; RANDA, A., *Vlastnictví*, str. 138; KRČMÁŘ, J., *Základy přednášek o právu občanském*, díl. II., část 2., Praha 1925, s. 73.

²⁹ D. 12,6 *De condictione indebiti*.

Pokud příjemce plnění totiž přijme plnění z nedluhu vědomě, pak namísto *condictio indebiti* bude mít poskytovatel plnění k dispozici *condictio furtiva*, tedy žalobu z krádeže.³⁰ Na druhou stranu, plnění poskytnuté s vědomím zániku nebo neexistence obligace považuje římské právo za darování, a to bez ohledu na dobrou nebo zlou víru příjemce plnění (tj. za předpokladu, že poskytovatel plnění je vlastníkem předmětu plnění).

Uvedený případ se tedy dokonale hodí pro demonstraci míry závislosti tradice na předchozí obligaci v souvislosti s otázkou, zda na příjemce plnění nedluhu přejde vlastnické právo či nikoli. Mezi nejstarší právníky, kteří používají *condictio indebiti* na podporu své teorie o kauzální povaze tradice patří již Accursius.³¹ Ten používá příklad plnění z nedluhu jako důkaz toho, že vlastnictví může na nabyvatele přejít i na základě objektivně neexistující kauzy. Podle Accursia je existence žaloby *condictio indebiti* důkazem toho, že vlastnictví může přejít i při neplatné kauze. Pakliže by totiž vlastnictví nepřešlo, mohla by osoba poskytující plnění použít vindikační žalobu na vrácení bezdůvodně poskytnutého plnění. Právě zavedení *condictio indebiti* podle Accursia dokazuje, že poskytovatel plnění z nedluhu vindikační žalobu podle římského práva k dispozici neměl, což může být, podle něj, jedině z toho důvodu, že již ztratil vlastnické právo k poskytnutému plnění, a to v důsledku přechodu vlastnictví na domnělého věřitele. Accursius zde tedy dokazuje, že k převodu vlastnictví již podle klasického římského práva stačila pouhá vůle převést vlastnictví, *animus domini transferendi*, která vyplývá z putativní, pouze subjektivně existující kauzy. Stejně stanovisko jako Accursius a další glosátoři zaujala k argumentaci s použitím *condictio indebiti* také většina komentátorů, Bartolus de Saxoferrato, Baldus de Ubaldis, Jacques de Révigny.³²

Tradičně se ve straší právnícké literatuře nepřipouští možnost, že by poskytovatel plnění měl k dispozici obě žaloby, *condictio indebiti* jako osobní žalobu a *reivindicatio* jako žalobu věcnou.³³ V novější době se nicméně objevují názory, že ani takovou možnost nelze zcela opomíjet.³⁴

Zásluhou glosátorů se tedy *condictio indebiti* stala již ve středověku všobecně rozšířeným důkazem na podporu subjektivní kauzální teorie

³⁰ BARTOŠEK, M., Encyklopedie, str. 72. *Condictio furtiva* bude moci poskytovatel plnění použít proti příjemci plnění oproti reivindikaci i v případě, kdy předmět plnění v mezidobí zanikne nebo jej příjemce zcizí.

³¹ ACCURSUS, *Glossa ordinaria*, glosa k Paul. D. 41,1,31.

³² VLIET, L. P. W., van, cit. d., str. 349.

³³ Tomu odporuje Vliet, který naopak nevylučuje, aby poskytovatel plnění měl k dispozici obě žaloby, *condictio indebiti* i vindikaci.

³⁴ VLIET, L. P. W., van, cit. d., str. 365; SCHOLTEN, P., *Zakenrecht*, Zwolle 1933, str. 153.

připouštějící putativní kauzu jako základ pro platnou tradici, a to na základě vůle vlastníka převést vlastnické právo na nabyvatele. Paradoxně se však v novověku právě z této žaloby stal prostředek také pro obhajobu zcela jiné teorie, a to teorie abstraktní, která závislost tradice na kauze zcela potírá.

Je zapotřebí si uvědomit, že abstraktní teorie svojí podstatou není protikladem teorie kauzální. Budeme-li zkoumat právní řád z hlediska kauzální povahy tradice a dospějeme k závěru, že se v daném právním řádu nevyžaduje pro platnost převodu vlastnictví tradicí platná kauza, není možné z toho učinit závěr, že se daný právní řád se řídí abstraktní teorií. Hranice mezi kauzálním a abstraktním pojetím tradice je užší než by se na první pohled mohlo zdát. Objektivní neplatnost kauzy, resp. přesvědčení stran o platnosti kauzy tradice vede k převodu vlastnictví jak v případě subjektivní kauzální teorie, tak i abstraktní teorie. Z tohoto důvodu také slouží *condictio indebiti* na podporu jak subjektivní, tak i abstraktní teorie. Jinými slovy, podle obou teorií může vlastnictví přejít na základě pouhého *animus domini transferendi* a tedy při objektivní nexistenci kauzy. Rozdíl ovšem spočívá v tom, že subjektivní teorie činí uvedený *animus* součástí kauzy, zatímco abstraktní teorie spojuje *animus* přímo s tradicí.

Aplikace jednotlivých teorií závislosti tradice také úzce souvisí s rozlišováním absolutní a relativní neplatnosti právního jednání. Je zapotřebí zdůraznit, že teoretická konstrukce odlišující neplatnost právního jednání *ipso iure* od tzv. nařikatelnosti (tj. kterou moderní nauka označuje za relativní neplatnosti³⁵), vyplývá teprve z právního učení 19. století, což je ovšem spojeno se samotnou teoretickou koncepcí právního jednání jako takového, které spadá do téhož období.³⁶ Přestože římské právo pojmové rozlišování absolutní a relativní neplatnosti právního jednání neznalo, přiznávalo možnost dovolání se neplatosti některých právních jednání, zatímco jiné označovalo za neplatné *ipso iure*. Mezi absolutně neplatná právní jednání tak v římském právu patří například veškerá právní jednání *contra legem* a *contra bonos mores*, dále právní jednání podstoupená osobami nezpůsobilými k právnímu jednání a právní jednání vadná z hlediska formálních náležitostí (to se týkalo zejména verbálních právních jednání). Za relativně neplatná pak můžeme z dnešního

³⁵ V římskoprávním pojetí se za relativní neplatné právní jednání považuje takové, jehož platnost může být napadena pouze určitým subjektem. Za nařikatelné se vedle toho považuje takové právní jednání, které je *ipso iure* platné, avšak lze se dovolávat jeho neplatnosti, viz např. KINCL J./URFUS V., Římské právo, Praha 1990, str. 143. V tomto ohledu, pro účely zjednodušení, je pojem relativní neplatnost užit ve smyslu moderní právní nauky.

³⁶ HAMMEN, H., Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savigny für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1983, s. 123n.

hlediska označit například jednání *vi ac metu* nebo *dolo*, tedy podstoupená násilným donucením, pod pohrůžkou újmy anebo vylákaná podvodem. Nařikatelnost právního jednání upravoval rovněž např. *lex Plaetoria*, který ochraňoval nezletilce proti zneužití jejich nezkušenosti v právním jednání. Nezletilec se mohl u praetora dovolat neplatnosti jednání, které sám podstoupil, přičemž takové právní jednání bylo označeno za neplatné *ex tunc* s doprovodným účinkem v podobě *restitutio in integrum*.

Kauzální teorie v novověku

Nauka o titulu a modu, která převládala v civilistické právní vědě od první poloviny 18. století v rámci období tzv. *usu modernu* v Německu, byla již na počátku 19. století podrobena kritice Savignyho. Jeho učení o abstraktní teorii ovlivnilo právní myšlení do té míry, že byla zahrnuta již do materiálů pro přípravu německého občanského zákoníku v 70. letech 19. století. Přesto, mezi členy komise pověřené k sestavení zákoníku nebyl jednotný názor na začlenění abstraktní teorie do konenčného znění a objevovaly se i názory na převzetí francouzského konsenzuálního systému.³⁷

Začleněním do BGB abstraktní teorie dokonale vytlačila tradiční německou nauku o titulu a modu. Arndts proto již v roce 1886 píše: „Aby kdo mohl nabýti vlastnictví a věcných práv požitečných, vyhledávalo se až do sklonku osmnáctého století vůbec, aby tu byl tak zvaný *titulus a modus acquirendi*. Tato theorie, jež ostatně nezůstala bez působení na novější zákonodárství, nyní vůbec se zvrhla jako křivá a dalšího zastávání nehodná.“³⁸

Leopold Heyrovský definuje *iusta causa traditionis* jako právní jednání, které má být provedeno odevzdáním věci.³⁹ Heyrovský uznává platnost převodu při objektivním nedostatku kauzy, jestliže kauza existuje alespoň subjektivně, tj. v putativní formě. Patří tedy mezi zastánce názoru, že plnění z nedluhu, zakládající *condictio indebiti*, vede k převodu vlastnického práva i přes objektivní neexistenci kauzy. Pro platnost tradice stačí, že převodce má *voluntas domini transferendi*.⁴⁰ Podle Heyrovského tak dojde k převodu dokonce tehdy, jestliže tradice byla provedena *ob iniustam vel turpem causam*, tedy z důvodu nečestného či nespravedlivého (např. zaplacení prostitutce). Poškozený převodce pak bude mít proti nabyvateli právní prostředky v podobě

³⁷ VLIET, L. P. W., van, cit. d., str. 368.

³⁸ ARNDTS, L., cit. d., str. 208.

³⁹ HEYROVSKÝ, L., Dějiny, str. 348.

⁴⁰ Gai. D. 41,1,9,3; Inst. Just. 2,1,40.

již zmíněné *condictio indebiti*, jako *condictio sine causa* z bezdůvodného obohacení. K platné tradici však bez ohledu na vůli stran nedojde z důvodu absolutní neplatnosti.

Také Vážný akcentuje pro platnost tradice význam vůle převodce k převedení vlastnictví, tedy *voluntas domini transferendi*.⁴¹ Avšak současně připouští, že rovněž nezbytným prvkem pro platnost tradice je consensus ohledně převodu vlastnictví věci. Nestačí tedy vůle převodce převést vlastnictví, ale tato jeho vůle musí být také v souladu s představou a vůlí nabyvatele. I když je zapotřebí upozornit na problém, kdy nabyvatel sice bude mít vůli nabýt vlastnictví, avšak z pohnutek, které jsou contra bonos mores. Tak tomu bude právě již ve zmíněném případě plnění nedluhu, kdy příjemce plnění si bude vědom toho, že převodce plní z obligace, která existuje pouze v jeho mysli. Přesto lze konstatovat, že mezi nabyvatelem i převodcem je consensus o převodu vlastnictví, i když se rozchází co do pohnutek.

Avšak vůle převést vlastnické právo na nabyvatele je kritériem platnosti převodu nejen u tradice, ale také u abstraktní mancipace a iniurecese, které představují samostatné právní jednání, vyžadující rovněž konsenzus.

Iusta causa traditionis se stala podstatným znakem římskoprávního pojetí tradice, jakožto neformálního způsobu vlastnického práva a také zásadním tématem diskuse středověkých recepčních škol. Přesto se lze dnes setkat s poměrně rozličnými důsledky dopadu teorií o pojetí neformálního převodu vlastnictví.

Ačkoli kauzalita tradice byla předmětem diskusí již v antickém Římě a teoretické počátky zpracování problematiky *iusta causa traditionis* lze vést do nejstaršího období recepce římského práva, můžeme o rozvinuté a systematicky pěstované teoretické nauce o pojetí tradice ve vztahu ke kauze hovořit teprve od 18. století. Zásadní podíl na ucelené vědecké koncepci má v tomto období především německá právní věda, která v polovině 18. století dospěla k teoretické koncepci titulu a modu, která se záhy stala součástí pruské civilní kodifikace z roku 1794. Titulus do jisté míry odpovídal pojetí kauzy v římském právu, přičemž modus byl oproti původnímu pojetí rozšířen vedle tradice i na další nabývací způsoby s věcněprávními účinky.

Oproti pozdějšímu vývoji v německém právu ovlivněném Savignym, vycházel nauka o titulu a modu z kauzálního pojetí tradice. Přestože teoretická koncepce vztahu titulu a modu dosáhla vysoké úrovně, paradoxně ani ona nedala jednoznačnou odpověď na fundamentální otázku, která doporučuje celou problematiku od samého počátku, tedy o přípustosti putativní kauzy

⁴¹ VÁŽNÝ, J., Vlastnictví, str. 31.

(titulu) pro převod vlastnictví, i když lze konstatovat, že převažoval názor připouštějící putativní kauzu, tedy prosazující subjektivní teorii kauzality.⁴²

Zásadní obrat do vývoje problematiky kauzálního vztahu tradice a nauky o titlu a modu přineslo učení Savignyho, který již počátkem 19. století odmítl zatím obecně akceptovanou nauku o titlu a modu.⁴³ Svě argumenty proti stávající nauce předložil teprve o desetiletí později, ve svém díle *System des heutigen römischen Rechts*,⁴⁴ ve kterém jako první odmítl kauzální pojetí tradice, když do té doby se veškeré diskuse na téma *iusta causa traditionis* soustředili pouze na otázku způsobu závislosti tradice na kauze.

Oproti Německu se od kauzálního pojetí tradice snad nejradikálněji odklonila naopak Francie, a to navzdory vlivu římského práva na Code Civil. Tradice zde ztratila povahu samostatného právního jednání a splynula se samotnou kauzou. Vlastnické právo se tak ve francouzském právu převádí solo consensu, tedy již uzavřením smlouvy. To ovšem ovlivňuje nejen pojetí převodu vlastnictví, ale také koncepci kontraktů, kdy již vznikem kontraktu uzavřeného s cílem převést vlastnické právo, dochází k věcněprávním účinkům. Francouzská právní věda tento účinek označuje za *effet translatif des obligations*. V důsledku toho lze o kupujícím hovořit jako o nabyvateli (tj. vlastníkovi) ihned po vzniku kontraktu, což ve svém důsledku znamená, že má k dispozici vindikační žalobu a nikoli *actio in personam*, jako je tomu podle klasického římskoprávního schématu. Proto můžeme konstatovat, že francouzské právo se i přes zřetelný vliv římského práva vydalo vlastní cestou, na níž však nezůstalo zcela osamocené. Pojetí převodu vlastnictví v Code Civil se opíralo o dosavadní praxi starého francouzského práva. V době přípravy Code Civil nebyla teoretická konstrukce kauzality či abstrakce tradice ještě dokončena. Během příprav francouzského zákoníku proto nebyla otázka vztahu tradice a kauzy ani diskutována a výsledná podoba tedy nemůžeme považovat za cílený koncepční odklon od římskoprávního učení.⁴⁵

Pojetí tradice v Code Civil zásadním způsobem ovlivnilo učení francouzského romanisty a civilisty 18. století Roberta-Joseph Pothiera. Ten dospěl ve své studii *condictio indebiti* k závěru, že *error in causa* nezpůsobuje neplatnost převodu vlastnictví. Pothier tedy odmítl abstraktní teorii a lze jej

⁴² RANIERI, F., Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in: COING, H. and WILHELM, W. (ed.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, vol. 2, Frankfurt a/M., 1977.

⁴³ Jedním z důvodů Savignyho kritiky nauky titulu a modu bylo, vzhledem k Savignyho příslušnosti k historické škole, překročení pojmového rámce *iusta causa traditionis* vytvořeného klasickou římskou jurisprudencí.

⁴⁴ SAVIGNY, F. C., von, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840.

⁴⁵ VLIET, L. P. W., van, cit. d., str. 372.

zařadit mezi přívržence subjektivní kauzální teorie. Dodatečná neplatnost kontraktu (např. následkem *laesio enormis*) má podle něj retroaktivní účinky a má se za to, jakoby nikdy nevznikl. Převodce se tedy stává opět vlastníkem předmětu převodu a to i tehdy, jetliže nabyvatel dále převedl věc třetí osobě. Takové účinky dodatečné neplatnosti kontraktu nejsou podle abstraktní teorie možné, protože platnost kontraktu nesouvisí s věcněprávními účinky převodu. Není přitom bez zajímavosti, že myšlenka konsenzuálního převodu vlastnictví je obsažena již v díle Hugo Grotia,⁴⁶ stejně jako v dílech dalších naturalistů 17. a 18. století.⁴⁷

⁴⁶ *De jure belli ac pacis*, lib. II., cap. VI, 1.

⁴⁷ Např. v díle Leonarda Lessia nebo Samuela Puffendorfa a také komentátorů. Viz ZIMMERMANN, R., *The Civil Law in European Codes*, in: *Regional Private Laws and Codification in Europe*, Cambridge 2003, str. 38.

Korene prirodzeného práva v starovekom Grécku

Róbert Brtko

Pán profesor Peter Blaho vo svojej publikácii *Rímske právo* na tému prirodzeného práva okrem iného hovorí: „v oblasti rímskeho civilného práva sa stretávame s kategóriou prirodzeného práva (*ius naturale*). Prijíma sa názor, že táto kategória má svoje korene v gréckej filozofii“.¹ Cieľom tejto štúdie je pokúsiť sa poodhaliť tieto korene, z ktorých vyrástli pôsobivo krásne myšlienky a formulácie rímskych právnikov a rétorov, ktoré používali pri riešení konkrétnych sporov najmä v spojitosti s pokrvným príbuzenstvom, prepustením na slobodu atď. Hovoriť o prirodzenom práve v starovekom Ríme je teda nemysliteľné bez predstavenia myšlienok gréckych filozofov a mysliteľov, ktoré rímski právnici implantovali do právnej doktríny a tak aj do praktického života.

Starí Gréci sa dopracovali vo vedeckom bádani a vo filozofických snaženiach naozaj ku skvelým záverom. Je pravdou, že filozofická a všeobecne vedecká terminológia je zakotvená v gréckej reči a v gréckom štýle myslenia. Kultúra a civilizácia veľkej časti sveta vyrastá z koreňov, ktoré sú zapustené do starovekého gréckeho spôsobu videnia existujúcej reality. Grécka filozofia pri svojom zrode spontánne preberala myšlienkové bohatstvá tak, ako prichádzala s nimi do styku pri prelínaní kultúr a civilizácií antického Orientu.² Grécka filozofia sa vyvíjala pod citelným vplyvom už nadobudnutých poznatkov z astronómie, zemepisu, matematiky, geometrie, stavebníctva, poľnohospodárstva, ale aj pod vplyvom poznatkov z usporiadania ľudskej spoločnosti a pod vplyvom umeleckých smerov v básnictve a hudbe.

Živé obchodné styky a spojenia po mori ale aj po súši najmä s Egyptom a Chaldejdom³ a ostatnými predstaviteľmi kultúr Blízkeho a Ďalekého

¹ REBRO, K./ BLAHO, P., *Rímske právo*, Bratislava-Trnava 2003, str. 65.

² Máme tu na mysli najmä filozofiu starých Babylončanov (*Chammurabiho mravný kódex*), Egypťanov (*Knihy Mŕtvych*), Peržanov (porov. *knihu Avesta* od Zoroastera), Židov (*Dekalóg, Tóra*), Číňanov (*taoizmus, konfucianizmus, mohizmus*) a Indov (*bráhmánizmus, hinduizmus, budhizmus, džinizmus*). Všetky spomenuté filozofické doktríny Východu majú spoločné to, že sú v podstate náboženské, čo má za následok skutočnosť, že v nich absentuje extrovertný, bádateľský a racionálne uvažujúci postoj týkajúci sa hlavných problémov človeka. Inými slovami povedané, absentuje v nich racionálnokritický postoj, ktorý je typický pre filozofické uvažovanie.

³ Starí Gréci nazývali Babylončanov aj Chaldejcami.

východu, priaznivé pôsobenie klimatického prostredia, stabilný poriadok v spoločenskom usporiadaní, všeobecný blahobyť a vysoká miera slobody vytvorili veľmi priaznivé podmienky pre rozvoj duchovnej aktivity a vo svojom dokonalom zladení potom umožnili plný rozkvet mimoriadnych schopností pre mnohých mužov starého Grécka. Inými slovami povedané, myslitelia Ďalekého Orientu (z Číny, Indie, Babylonu, Izraela, Egypta) svoj pohľad zameriavali introvertne na človeka a nevedeli sa nijako vymaniť zo svojej konceptuálnej strnulosti. Ale grécki filozofi si dokázali zachovať mieru myšlienkového slobody, vo svojom bádani prejavovali vitalitu a vyznačovali sa extrovertným nasmerovaním svojho bádania. Veľkosť gréckych filozofov sa prejavila aj v tom, že mali odvahu sa vyslobodiť z rámca starého spôsobu myslenia, ktoré bolo podstatne determinované prastarými mystickými a mýtickými prvkami a fantastickými výkladmi prírodných procesov, ktoré zaznamenali Homér a Hesiodus vo svojich v dielach.⁴

Taliansky romanista a filozof profesor Reginaldo Pizzorni vyslovil názor, podľa ktorého v Grécku, už od počiatkov filozofického uvažovania (t.j. medzi desiatym až ôsmym storočím pred Kristom) možno pozorovať rozdiely medzi pojmom prirodzeného práva a ľudským pozitívnym právom s odvolaním sa na večný boží zákon, pretože Gréci vychádzali z princípu, podľa ktorého nemôže existovať nejaký zaväzujúci zákon bez primeraného zdôvodnenia, ktoré tento zákon presahuje.⁵ Grécki myslitelia došli k úvahám, podľa ktorých absolútne má kozmickú a morálnu povahu. Absolútne existuje v podobe vesmírneho – svetového poriadku a v podobe morálneho zákona. Absolútne sa taktiež prejavuje ako *Zákon*⁶ alebo *Logos*⁷, ktorý obnovuje vesmír a rovnako usmerňuje život jednotlivca a štátu – *polis*.

⁴ Porov. ŠOKA, S., *Úvod do dejín filozofie. Starovek*, Bratislava 1993, str. 13-22.

⁵ PIZZORNI, R., *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*, Roma: Università Lateranense 1985, str. 33.

⁶ Zákon – z gréckeho slova *λέγειν* – čo znamená: zozbierať, usporiadať.

⁷ Výraz „*Logos*“ hral závažnú úlohu v gréckej filozofii. Prvý krát tento výraz použil okolo roku 500 pred n. l. grécky filozof Hérakleitos z Efezu a označil ním svetový poriadok. Stoická filozofia zasa rozumela pod ním panteisticky chápaný svetový rozum. Myšlienky a výrazy gréckej filozofie, predovšetkým stoickej, ktoré sa popri novoplatónskej filozofii najviac rozšírili vo vyšších vrstvách gréckeho kultúrneho sveta, prenikli aj do náboženského synkretizmu v posledných storočiach pred n. l.; porov. BAGIN, A., *Cirkevné dejiny. Starovek*, Bratislava 1983, str. 28.

1. Antickí básnici: Homér a Hesiodos

Dielo Homéra a Hesioda predstavujú ešte archaickú periódu gréckeho myslenia. Prví grécki básnici ponímali právo ako nebeský dar božstva adresovaný ľuďom, ako posvätný poriadok spravodlivosti, ktorý vytvoril Boh, ako večný a boží zákon (θεῖος – to čo je pevné, základy), nad zachovávaním ktorého prísne bdejú spravodliví, ktorí tiež prenasledujú a trestajú tých, ktorí zákon porušujú. Človek prostredníctvom svojho rozumu má podiel na tomto večnom zákone, ktorý nemôže zrušiť nijaký ľudský zákon (δίκη). Bohuš Tomsa o počiatkoch filozofických úvah týkajúcich sa spravodlivosti a práva veľmi výstižne hovorí: „kdy počína Řek filozofovati o právu a spravodlivosti, zjistiti se nedá; ale Homér a zejména Hesiod poskytli nám doklad, že se tak stalo velmi záhy. Názory, s nimiž nás seznamují, mluví však o tom, že problém práva a spravedlivosti byl řešen jen v nejhrubších obrysech a způsobem naivně realistickým. Jako veškeré ostatní představy mythologického období, projevují i ony důslednou personifikační tendenci řeckého ducha. Neboť Řek představuje si právo a spravedlnost jako bytosti, jež ztělesňují v sobě vlastnosti reprezentující podstatu spravedlivého a zákonného jednání. Ale při tom není dosti důsledným: přičkl tutěž vlatnost celé řadě bohů, takže vlastně není jediného Boha spravedlnosti, nýbrž celé božstvo spravedlnosti. V tom je již však stopa vědeckého, specialisujícího ducha řeckého: Řek analyzuje pojem spravedlnosti a jednotlivé její znaky rozděluje mezi bohy, které k sobě staví určitý poměr kognace“.⁸

Homér (9. stor. pred Kristom) je autorom slávnych diel – epických básní *Ilias* (alebo *Iliada*) a *Odysea* (alebo *Odyseia*). Vo svojich dielach preukazuje široký filozofický pohľad na ľudskú prirodzenosť a na večné zákony, ktoré riadia chod sveta a tiež životy jednotlivých ľudí. Napríklad v *Iliade* nám opisuje hnev Kronovca syna boha Krona,⁹ ktorý je namierený proti ľuďom, ktorí vynášajú nespravodlivé zákony a neslúžia spravodlivosti. Spravodlivosť týmto spôsobom dostávajú na scestie nedbajúc na pohľad bohov.¹⁰ Taktiež v celej *Odysei* dominuje viera v boží zákon spravodlivosti, prostredníctvom ktorého spravodlivý víťazí a nespravodlivý je potrestaný. V tejto básni

⁸ TOMSA, B., *Idea spravedlnosti a práva v řecké filozofii*, Plzeň 2007, str. 18.

⁹ Kronos – najmladší zo všetkých dvanástich Titanov, synov boha neba Urana a bohyně Gaie.

¹⁰ „[...] keď Kronovec zosiela prudké dažde, keď zanevrie na svet a prudko sa nahnevá na tých, ktorí na sneme násilne vyslovia rozsudky krivé, zaženú právo a vôbec nič nedbajú na tresty bohov“; HOMÉR, *Ilias*, XVI., 385-390.

napríklad vidíme ako Télemachos¹¹ chce vypočúvať múdreho radcu Nestora,¹² lebo najlepšie zo všetkých pozná spravodlivosť.¹³ V básni možno taktiež vyzozorovať skutočnosť, že usporiadanie spravodlivosti sa považuje za prvok civilizácie. Preto divokí Kyklopovia,¹⁴ ktorí nepoznajú spravodlivosť, nemajú zákony, sú vylúčení z ľudskej spoločnosti.¹⁵ Spravodlivosť sa takto javí ako charakteristika civilizovaného človeka.¹⁶

Hesiodos (8. stor. pred Kristom) ľudový básnik, napísal knihu *Theogonia* (o zrodení bohov) a knihu *Erga kai hémerai* (úkony a dni). V oboch dosvedčuje stav náboženského presvedčenia svojej doby, dotýka sa mnohých etických a spoločenských otázok a pokúša sa nájsť cestu na odstránenie krívd. Hesiodos vyzdvihuje Spravodlivosť a vidí v nej najvyššiu hodnotu: „Nastav ucho Spravodlivosti a úplne zabudni na Násilie“.¹⁷

Pre Hesioda božská spravodlivosť alebo Temis (lat. *Thémis*, druhá manželka Dia a dcéra boha neba Uránia a Gáje bohyne zeme) je vlastne „poradkyňou“ Dia. Z manželského zväzku Dia a Temidy sa zrodila Díké (δίκη) – bohyňa sudcov, ktorá sedí vedľa Dia a bdie, aby boli potrestaní ľudia, ktorí sa dopúšťajú nespravodlivosti, ktorá sa inými slovami nazýva spupnosť alebo násilnosť (ὕβρις).

Keď Zeus vykonával funkciu najvyššieho sudcu, stála vždy po jeho boku nielen jeho manželka Temida, ktorá bola bohyňou zákonného poriadku, ale aj

¹¹ Telemachos (lat. Telemachus) – syn kráľa Odysea a jeho manželky Penelopy. Odhodlal sa odísť do sveta a vyhľadať otca, lebo napriek všetkým správam o jeho smrti neveril, že zomrel. Odišiel preto k pylskému kráľovi Nestorovi, známemu múdrosťou, aby sa poradil.

¹² Nestor – pylský kráľ, najstarší z celej stotisícovej armády, ktorá sa vypravila proti Tróji. Bol najlepším a najodvážnejším radcom hlavného veliteľa Agamemnona.

¹³ „Teď bych jinou zas věc chtěl zvědět a na ni se zeptat Nestora znalého práva a moudrého nad jiné lidi, neboť tři lidské věky, jak říkají, národu vládne, takže se nesmrtným zdá, když takto se na něho dívám.“; HOMÉROS, *Odysea*, III., 244.

¹⁴ Kyplopovia (gr. Kyplopés, lat. Cyclopes) – obludní obri s jediným okrúhlym okom uprostred čela. Podľa Homéra tvorili celý národ, žili v ďalekej krajine Hyperii a na priľahlých ostrovoch, bývali v jaskyniach, boli suroví a nevzdelaní, nepoznali právo ani štát, neobrábali polia a nectili si bohov ani hosťov; porov. ZAMAROVSKÝ, V., *Bohovia a hrdinovia antických bájí*, Bratislava-Liptovský Mikuláš 1998, str. 247.

¹⁵ „Odtut jsme pluli pak dál ... až jsme se v Kyklópů zem dostali, násilných, zpupných, kteří na věčné bohy se úplně spoléhajíce, nechtějí orat půdy ni sazenic rukama sázet, nýbrž bez orby všecko a bez setí samo jim roste, ječmen a reř, též révový keř, jenž veliké hrozny rodí, a Diův deřť jim pomáhá růsti a silit. Nemají poradních sněmů a právních nemají řádů: vrcholky vysokých hor jsou stálým domovem jejich, bydlí v klenutých slujích a každý má nad vlastní ženou, nad dětmi právo a moc a jeden druhého nedbá“; HOMÉROS, *Odysea*, IX., 109 -112.

¹⁶ Porov. VANTUCH, A., *Homér a homérsky svet*, Bratislava 1960.

¹⁷ REALE, G./ANTISERI, D., *Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi*, I. vol., Brescia 1983, str. 6.

vyššie spomínaná dcéra – Diké, ktorá bola bohyňou spravodlivosti. Spoločná prítomnosť týchto bohýň mala hlboký symbolický význam: Gréci zrejme spoznali, že spravodlivosť a zákonný poriadok, nebývajú vždy to jedno a to isté. Obidve tieto bohyne boli ochrankyňami práva. Diké v zmysle spravodlivosti a Temis v zmysle zákonnosti. Pri správnom rozsudku musia zákonný poriadok a spravodlivosť splynúť v jedno. Pravdepodobne z tohto dôvodu u Rimanov Diké a Temis splynuli v jednu bohyňu spravodlivosti a práva – Justitiu.¹⁸

Zo zväzku Dia a Temidy sa zrodili aj bohyne Eunomia (εὐνομία) nazývaná aj Dobrým poriadkom, ktorá ochraňovala poriadok v prírode a v spoločnosti¹⁹ a Eirene (εἰρήνη) – bohyňa mieru a pokoja. Tieto bohyne boli podporovateľkami ľudských diel. Hesiodos zdôrazňuje, že človek nemôže dosiahnuť pravé šťastie a blahobyt prostredníctvom nespravodlivosti a násilia, ale môže byť šťastný len vtedy, ak podriadi svoje snaženia božskému poriadku, ktorý riadi svet. Preto hovorí, že medzi zvieratami platí zákon prírody oveľa silnejšie, lebo na základe neho ryby, divoké zvery a vtáci sa požívajú medzi sebou a to preto, lebo medzi nimi niet spravodlivosti. Medzi ľuďmi však nemá vládnuť násilie, ale spravodlivosť, ktorá je „najväčším darom, ktorý Zeus učinil pre ľudí“ a ktorá nakoniec vždy zvíťazí, nakoľko Zeus veľmi ľahko poníži toho, kto chce byť na výslni a pozdvihne toho, ktorý zostal v tieni. Zeus ľahko narovná to, čo je krivé a umŕtvi arogantného. Zeus veľmi ľahko dá silu ale aj ľahko dokáže týrať mocných.²⁰

Z diel Homéra a Hesioda možno vidieť, že pojem spravodlivosti je založený na mýticko-náboženskej koncepcii a obzvlášť u Hesioda aj na archaickom práve, ktoré je založené na bohyni Temis, teda na sakrálnom rozhodnutí, ktoré bohovia prostredníctvom snov alebo veštíeb zjavovali kráľom a vznešeným ľuďom. Taktiež možno spozorovať zaujímavú paralelu s rímskym prostredím: *Thémis* možno prirovnať k „*fas*“ (k prikázaniu alebo božskému zákonu) a *Dike* k „*ius*“ (k nariadeniu alebo ľudskému zákonu).

Na záver tejto časti môžeme konštatovať, že Gréci na právo a spravodlivosť mali rozmanité a neurčité predstavy. Z celej spleti týchto mytologických predstáv vystupujú do popredia najmä tieto tri:

a) predstava *kozmickeho práva a spravodlivosti*, ktoré majú svoj pôvod v jednote kozmu, t.j. objímajú celý vesmír s bohmi a ľuďmi. Kozmické právo a spravodlivosť splyvajú s predstavou prirodzenej nutnosti a sú zložkami svetového poriadku, ktorý bezpodmienečne vyžaduje poslušnosť

¹⁸ Porov. ZAMAROVSKÝ, V., *Bohovia a hrdinovia antických báji*, Bratislava-Liptovský Mikuláš 1998, str. 103.

¹⁹ Ibidem, str. 127.

²⁰ Porov. HESIODOS, *Erga kai hémerai*, 279-285; HESIODOS, *Theogonia*, 901-904.

od každého, tak od ľudí ako aj od bohov. Takéto poňatie zákona je vlastne Osudom, ktorý všetko ženie určeným smerom a kto sa mu vzoprie (či už boh alebo človek), bude kruto potrestaný bdejúcou spravodlivosťou. Preto veštica poslom kráľa Kroisa povedala: „súdenému osudu nemožno uniknúť“.²¹

- b) *právo a spravodlivosť, ktoré pramenia z božej vôle.* V gréckej mytológii možno postrehnúť tendenciu, ktorá stavia proti sebe svetový poriadok na jednej strane a božstvo na druhej strane. Zároveň však dochádzalo k zmierneniu tejto tenzie tým, že bohovia sú tí, ktorí svetový poriadok ochraňujú. Bohovia predovšetkým udržujú mravný poriadok u ľudí, vydávajú nariadenia, ktorých zachovávanie si vynucujú prostredníctvom trestov. Z toho vyplýva, že ten človek, ktorý koná v zmysle božích príkazov je zbožný a spravodlivý. Napriek vyššie spomenutému rozlíšeniu, grécky človek si často zamieňal a stotožňoval kozmickú spravodlivosť s božskou. Bolo to pravdepodobne spôsobené tým, že božstvo bolo odstupňované a na jeho vrchole stál Zeus – kráľ medzi bohmi. Takéto všemocné postavenie Dia veľmi ľahko zatiňovalo význam svetového poriadku, ktorému však podliehali všetci bohovia.
- c) *ľudské právo a spravodlivosť* sú prejavom vôle človeka, ale nie výlučne, pretože podľa Grékov aj ony boli spojené s obidvoma vyššími formami práva a spravodlivosti. Preto zákonodarcovia, ktorí dali gréckym mestám zákony boli v spojení s božstvom, ktoré im tieto zákony zjavilo. Napríklad Kréťania pripisovali zákony, ktoré vydal kráľ Minos bohovi Diovi. Spartania zasa prisudzovali zákony, ktoré vydal legendárny Lykurgos bohovi Apolónovi.²²

2. Solón (6. stor. pred Kristom)

Na prahu vlastného filozofického pohybu sa objavuje sedem gréckych mudrcov, ktorí pôsobili v Grécku a v Malej Ázii v období prvej polovice 6. storočia pred Kristom. Siedmi grécki mudrci neboli ani natoľko filozofi, ako skôr osobnosťami s veľkou vážnosťou medzi ľuďmi a s veľkým vplyvom na verejnú mienku, zákonodarcami a praktickými organizátormi. Zachovali sa

²¹ Kráľ Kroisos (560-546 pred Kr.) bol vládcom Lýdie (Gréci túto krajinu pôvodne volali Maeonia), ktorá za jeho panovania dosiahla najväčší vplyv. Kroisos sa údajne stal obeťou zle vyloženej veštby delfskej Pýtie, zaútočil na perského kráľa Kýra II., ktorému podľahol. Týmto sa skončila nezávislosť lýdskeho štátu, ktorý sa takto stal súčasťou Perzskej ríše.

²² Porov. TOMSA, B., cit. d., str. 22-24.

od nich stručné a výstižné výroky vyjadrujúce životnú múdrosť. Solón patrí medzi týchto siedmych gréckych mudrcov. Solón chápe zákon ako normu spravodlivosti, ktorá dohliada na život v meste. Solón vníma spravodlivosť ako racionálny poriadok, ktorý rešpektuje právo iného a riadi harmóniu celku. Spravodlivosť sa prejavuje normou, ktorá má za úlohu ohraničovať do správnych hraníc bezuzdné ľudské prania a taktiež má za úlohu oddialiť človeka od akéhokoľvek excesu. A tak Eunomia (εὐνομία) – nazývaná aj Dobrým poriadkom – činí to, aby každá vec bola v Štáte usporiadaná. Zatiaľ čo „δυσνομία“ alebo neporiadok spôsobuje veľké množstvo zla, t.j. nutne vedie ľudí k tyranii, vzbure a podmaneniu. Len Eunomia prinavracia pokoj občanom a stavia sa proti nespravodlivým súdom. Preto Solón hovorí: „naše mesto nezahynie z rozhodnutia Dia a ostatných blažených bohov, pretože Pallade Aténa, jeho druhá patrónka rozprestrela nad ním ruky. Ale samotní občania, ktorí v honbe za peniazmi z nerozumnosti chcú mesto priviesť do záhuby [...] lebo nerešpektujú posvätné nariadenia Spravodlivosti, ktorá v tichu hľadá (vidiac minulosť a budúcnosť) a jedného dňa sa vráti, aby si pýtala účet a dala celý účet zaplatiť“.²³

Solón teda ideu univerzálneho poriadku zaraďuje do náboženskej a politickej oblasti. Tento univerzálny poriadok je riadený zákonom, ktorý nemá priestorové, časové a etnické obmedzenia. Človek je vznešený vtedy, ak ostane v tomto poriadku.

3. Herakleitos z Efezu (576 – 480 pred Kristom)

Vo svojej filozofickej náuke presadzuje extrémne monistickú tézu, podľa ktorej neexistujú nijaké trvalé veci, ale že je len trvalý zákon o neprestajnej zmene: „všetko plynie a nič nestáva“ (*panta rei kai uden menei*). Podľa Herakleita obrazom sveta a jeho menlivosti je tečúca rieka, ktorá sa natoľko mení, že nie je možné dva krát vstúpiť do nej.²⁴ Veci vo svete sa raz progresívne, raz regresívne premieňajú na svoj opak: deň na noc, teplo na zimu, suché na mokré, mladosť na starobu, život na smrť, vznikanie na zanikanie a pod. Takouto permanentnou osciláciou vecí vo svete vznikajú a zanikajú. Vznikanie a rozpadávanie sa vecí predstavuje akýsi obraz dokonalej harmónie. Túto

²³ SOLON, *Eunomia*, 14-16; SOLON, *Frammenti*, 12, 7 in: PIZZORNI, R., cit. d., str. 37.

²⁴ V gnozeologickom učení Herakleitos je krajný relativista: človek vojde do rieky, ale už vyjde z inej rieky, ako bola tá, do ktorej vkročil; morská voda je najčistejšia pre morské ryby, ale je zároveň najšpinavšia a nepitná pre ľudí; dobro a zlo je jedno a to isté [...], porov. ŠOKA, S., cit. d., str. 44-45.

harmóniu, ktorá sa prejavuje v alternačnom rytmickom procese, považuje Herakleitos za dôkaz existencie svetového zákona, ktorý chápe v mystickom orientálnom zmysle. Svetový zákon je podľa neho, univerzálny princíp v dvoch podobách, a to ako Logos, zaručujúci poriadok, a ako nomos, čiže ako zákon, ako norma etického konania. Logos je rozumová zákonitosť totožná so svetovým poriadkom, ktorý je jednotný a zároveň protikladný a ktorý zaručuje stále vyrovnávanie sa protikladov. Nomos je etická zákonitosť, ktorá je totožná so spoločenským poriadkom. Čo je v ľudskom konaní zhodné s týmto poriadkom, je dobré. Podľa Herakleita Logos je vlastne Zákon, je vlastne Boh sám, je univerzálna pravda, svetový poriadok, všeobecný zákon, najvyšší a základný zákon, ktorý všetkým preniká a všetko riadi.²⁵

Filozofické uvažovanie Herakleita je významné najmä v tom, že snád ako prvý filozofickou rečou vyjadril dôvod prirodzeného práva: „kto hovorí inteligentne, musí sa pevne pridržať toho, čo je spoločné všetkým veciam, ako mesto svojmu zákonu, ba ešte oveľa silnejšie. V skutku všetky ľudské zákony sú živené (τρέφονται) a podopreté jediným božím zákonom, pretože on vládne toľko, koľko chce; on všetkým veciam postačuje a všetky veci prevyšuje“.²⁶ Na inom mieste Herakleitos hovorí, že zákon je pre mesto alebo štát tým, čím je inteligencia pre človeka. Nesúlady (nesvornosť) by zničil svet, pokiaľ by ho spravodlivosť nebrzdila. Aj Helios (slnko) nevybočí z dráhy, ktorá mu je predpísaná, ináč by ho Erínyes – strážkyne a pomocníčky Díke nevedeli nájsť.²⁷

V horeuvedených textoch už môžeme jasne vidieť prvé náznaky idey, ktorá sa týka absolútneho fundamentu pozitívnych zákonov. Táto idea sa neskôr bude nazývať prirodzené právo, na základe ktorého ľudské zákony už nie sú viac jednoduchým rozhodnutím kráľa. Ale je to práve boží zákon, ktorý je fundamentom všetkých ľudských zákonov a ktorý tieto ľudské zákony „vyživuje“.²⁸

²⁵ Porov. MAZZANZINI, C., *Eraclito*, Torino 1945.

²⁶ HERAKLEITOS, *Frammenti*, 114.

²⁷ *Ibidem*, 94.

²⁸ Herakleitus je hodnotený ako radikálny antidemokrat, pochmúrny mysliteľ, samotár, povýšenecký a hrdý individualista, ktorý si nenašiel žiakov a nasledovníkov. Neskôr sa však k jeho doktrínam vracali mnohí myslitelia a na mnohých jeho náuky mali účinný vplyv. Zjavné stopy tohto účinku nachádzame v dielach filozofov, akými boli napríklad Fichte (1762-1814), Hegel (1770-1831), Schopenhauer (1788-1860), Bergson (1859-1941), Heidegger (1889-1976), Nietzsche (1844-1900) a iní.

4. Pytagorejská racionalistická škola

Jej zakladateľom bol Pytagoras (asi 582 – 497 pred Kr.), vynikajúca ale aj sporná osobnosť gréckej antiky. Nezanechal po sebe nijaké písané dielo. Veľa sa však o ňom a o jeho učení dozvedáme zo spisov jeho žiaka Filolaa, potom zo spomienok Herodota, Platóna, Aristotelových žiakov – Eudema a Aristoxena. Filozofická pytagorejská škola zakorenila svoju náuku do troch základných téz. Prvá sa týka čísla ako podstatnej štruktúry vecí sveta. Druhá sa týka harmónie ako najvyššieho zákona v kozme. Tretia sa týka sťahovania duší ako vyrovnávajúceho činiteľa medzi senzitívnou a racionálnou zložkou v človekovi. Podľa tejto školy harmónia je teda najvyšším Zákonom v kozme, je Právom a Spravodlivosťou, ktorá tiež zahŕňa myšlienky ohraničenia, miery, správneho prostriedku, teda myšlienok, ktoré sú veľmi blízke helenistickému uvažovaniu. Jednoducho možno povedať, že grécky človek je hrdý na to, že môže poslúchať Poriadok, Zákon a nie človeka.

Medzi Pytagorejcami ako prvý formuloval základný aspekt spravodlivosti Archytas z Tarentu. Podľa neho hlavným a podstatným prvkom spravodlivosti je rovnosť (ισονομία), ktorá sa uskutočňuje prostredníctvom „výmeny“ (ἀντιπεπονός). Archytas rozlišuje medzi zákonmi písanými a nepísanými, ktoré zasadili bohovia do srdca ľudí a sú základom písaných zákonov.²⁹

5. Kynici: Antistenes a Diogénes

Ideálom tzv. kynickej školy bol múdry a nezávislý muž. Kynická škola sa zasadzovala o rovnosť všetkých ľudí, čím si proti sebe postavila aristokratické vrstvy. Svojím originálnym protestom proti spoločenským poriadkom svojej doby sa mocne postavila proti spoločenskej nespravodlivosti.

Zakladateľom kynickej školy bol vulgárny skeptik a empirik Antistenes z Atén (asi 445 – 369 pred Kr.), ktorý bol synom chudobnej otrokyne a ktorý po celý svoj život cítil dôsledky svojho spoločensky nižšieho pôvodu. Preto sa u neho vyvinula precitlivosť na nezrovnalosti v ľudských vzťahoch až sa napokon stal radikálnym individualistom a anarchistom. Civilizáciu pokladal za jedinú príčinu toho, že ľudia sú zlí a preto aj nešťastní. Proklamoval úplný návrat k prírodnému životu, k najhlbšej primitivite a vyhlasoval nutnosť absolútnej slobody. Šťastie človeka spočíva v autonómii, ktorá je založená na čnostnom živote, lebo čnosť zaručuje slobodu a samostatnosť pred svetom, pred rozkošami, pred zákonmi.

²⁹ REALE, G./ANTISERI, D., *Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi*, I. vol., Brescia 1983, str. 29.

Ešte dôslednejším predstaviteľom kynickej školy bol Diogénez zo Synopy (asi 410 – 323 pred Kr.), ktorý bol známy tým, že údajne býval v sude a mal vyhlásiť, že chce byť slobodný ako pes³⁰ (gr. *kyón*), ktorý sa pred ľuďmi nehanbí a na nikoho neberie ohľad. Diogénes hlásal totálny návrat k prírode, celkom opovrhoval kultúrou a mravmi. Podľa neho rozumný človek je ten, ktorý nežije podľa zákonov, ktoré vydalo mesto, ale podľa zákonov čnosti. Múdry človek je vlastne „kozmpopolitom“, teda obyvateľom sveta.³¹

Kynici originálnym spôsobom protestovali proti akýmkoľvek sociálnym konvenciám a to tak, že hlásali radikálny návrat k prírodnému spôsobu života v tom najnihilistickejšom zmysle slova. Kynik je akýsi permanentný tulák bez trvalého pobytu, pre ktorého jediným domom je príroda.

6. Demokritos z Abdér (asi 460 – 350 pred Kr.)

Matematik, filológ, historik, lekár, filozof a prvý polyhistor, ktorého si vážil aj Aristoteles, ale jeho filozofické názory neprijal. Demokritos zastával názor, podľa ktorého základ sveta spočíva na atómoch a na prázdnom priestore (nebytí). Keďže duša sa skladá z jemnejších atómov ako telo, Demokritos zastáva názor, že je správne vždy dať prednosť duševnému dobru pred telesným. Preto najvyšším cieľom nie je rozkoš, ale pohoda duše, spočívajúca v stave pokoja a vnútornej veselosti. Je múdre vo všetkom zachovať mieru a striednosť, chrániť sa nadbytku i nedostatku a nezakladať si na pomínutelných hodnotách. Ak človek poháda spravodlivosťou a neplní si povinnosti, je sklúčený, stiesnený a utrápený.

Podľa Demokrita zákon je dielo múdrosti a človek je povinný ho poslúchať nie z dôvodu strachu pred trestom, ale z povinnosti svedomia. Preto sa človek nemá hanbiť pred inými, ale sám pred sebou a má sa vyhýbať konaniu zla nie preto, aby to zistili iní, ale preto, aby sa nehanbil sám pred sebou. Hanba spôsobuje bolesť a roztrpčenosť duše.³² V etike Demokritos presadzuje vnútorný princíp morálneho zákona a takto robí rozdiel medzi morálkou a právom. Demokritos v etike už patrí do éry sofizmu.

³⁰ Pomenovanie „kynici“ pochádza z gréckeho „*κύν*“ čo znamená „pes“. Je to preto, lebo extrémny spôsob akým sa chceli títo myslitelia prinavrátiť k prírode bol podobný zvieratám.

³¹ Porov. ŠOKA, S., cit. d., str. 64-67.

³² Porov. DEMOCRITO, *Raccolta dei frammenti, interpretazione e commentario. Testi greci e latini a fronte. Versione russa in appendice*, Milano 2007, 68 B 264; PIZZORNI, R., cit. d., str. 44.

7. Sofisti (V. – IV. stor. pred Kr.)

V gréckej antickej filozofii v piatom storočí pred Kristom vzniklo mocné hnutie, ktoré sa usilovalo o konciliáciu všetkých existujúcich antagonizmov vo filozofii a o vytvorenie akéhosi nového druhu filozofie praktického života. Predstavitelia tohto druhu uvažovania dostali názov sofisti. Spočiatku sa tento názov (sofista – mudrc) používal na označenie filozofov, neskôr, približne od čias Platóna a Aristotela, dostal tento termín pejoratívny a sarkastický význam.

Sofisti dávali do pozornosti rozdiely medzi filozofmi pri riešení jedného a toho istého problému. Vyzdvihovali slabé stránky známych systémov a vyhlasovali pochybnosť o spoľahlivosti poznania. Napokon zosmiešňovali všetko to, čo iní učili a seba samých vyhlasovali za jediných a osvedčených učiteľov pravdy, najmä za učiteľov praktického rečníctva. Podujali sa učiť každého, kto mal peniaze a záujem o nadobudnutie moci. Sofisti sa stali predstaviteľmi špeciálnej praktickej múdrosti alebo lepšie prefikanosti a predavačmi svojich vedomostí. Zameriavali sa na vonkajší efekt (aj keď bol len efemérny) a na konkrétny dopad svojich vystúpení pred širokou verejnosťou. Tieto vystúpenia mali spravidla charakter agresívneho útoku proti vyčlenenej téze nejakého filozofa. Sofisti sa potom vyžívali v ničivej kritike protivníka a v oslnivom predstavovaní svojich vlastných tvrdení. Sofisti si boli vedomí toho, že súdny človek odhalí ich rafinovanosť a preto sa nezdržovali na jednom mieste a prechádzali z mesta do mesta. Popri negatívnych a deštruktívnych účinkoch hnutie sofistov malo aj mnohé pozitívne výsledky. Zásluhou sofistov sa obrátila pozornosť na problémy gramatiky, na skúmanie významu reči a synonymných slov. Začala sa viac zdôrazňovať precíznosť vo vyjadrovaní a otázka vhodnosti termínov a pod. Medzi sofistami možno nájsť množstvo astronómov, vojnových teoretikov, architektov, právnikov a filológov, ktorí sa stali hlásateľmi ušľachtilých mravných zásad.

Sofistika sa stala módnou filozofiou Grécka a prenikla všetky vrstvy gréckej spoločnosti, zvlášť mládež ňou bola oslnená. Sofistika vznikla v prostredí, v ktorom zanikajú staré grécke cnosti, upadá viera v národné božstvo a tradičná sebaobetavosť. Namiesto toho nastúpila náboženská indiferentnosť a egoizmus, ktorý hlásal plné užitie si vlastného ja aj za cenu ujmy iného.

Je zaujímavé, že to boli práve sofisti, ktorí si ako prví otvorene položili otázku, či spravodlivosť má prirodzený základ. Inými slovami povedané, či to, čo je spravodlivé zo zákona je taktiež spravodlivé aj z prirodzenosti. Na túto otázku sofisti odpovedali vo všeobecnosti negatívne, uvažujúc nasledovne. Ak by existovalo niečo spravodlivé z prirodzenosti, všetky zákony by boli

rovnaké a urobili by z prírody násilnú silu, ktorá sa vymyká vláde myšlienky. Príroda nie je normou práva ale sily a tak zákon je v protiváhe k prírode.

Pre lekárov je príroda normálnou fyzickou podmienkou, ktorá sa v prípade narušenia prostredníctvom liekov obnoví. Príroda je pre lekárov veľkou učiteľkou, ktorá im ukazuje cestu a je večne rovnaká. Na základe týchto úvah sofisti používali koncept prirodzenosti vo vzťahu ku konaniu človeka, kladúc ho nad zvyky jednotlivých národov a jednotlivých štátov, ktoré sa vždy menia a sú bez pravej záväznosti. Večná životaschopnosť prírody sa stala normou ľudského života, hodnotovou koncepciou, na ktorej sa môžu vážiť všetky idey týkajúce sa morálky a životných dobier. Takto je myšlienka prírody prenesená z vesmíru smerom k jednotlivému človeku, ktorý musí byť podriadený istým pravidlám, ktoré mu jeho vlastná príroda predpisuje tak pre jeho zdravý život ako aj pre osvojenie si správnej cesty.³³

Trasymachos z Chalkedona sa domnieva, že zákon v zmysle prirodzenosti je to, čo slúži mocným,³⁴ pretože aj vo fyzickom poriadku mocný víťazí nad slabým. Trasymachos sa javí ako zástanca individualistického utilizmu, ktorý považuje za mieru cnosti a spravodlivosti subjektívny záujem diktovaný pocitmi ľúbosti a nelúbosti. Oproti tejto prirodzenej spravodlivosti stojí spravodlivosť ľudská, ktorá je výtvorom ľudskej slabosti. V učení je možno teda vidieť dualizmus: prirodzený a pozitívny.

Kallikles vyhlasuje, že zákony obmedzujú práva mocných. Príroda sama ukazuje, že je správne, keď lepší má prevahu nad horším, viac schopný nad menej schopným a preto kritériom spravodlivosti je nasledovné: moc a nadvláda silnejšieho nad slabším. Naproti tomu ľudský zákon prehlasuje toto za ohavnosť a bezprávie. Týmto spôsobom Kallikles svojsky zdôrazňuje protiklad medzi prirodzeným a ľudským zákonom, medzi prirodzenou a ľudskou spravodlivosťou. Na jednej strane stojí zákon prírody, ktorý si robí nároky na absolútnu platnosť, na druhej strane stojí zákon davu a slabochov, ktorí sa snažia vyrovnáť prirodzenú nerovnosť medzi slabosťou a zdatnosťou.³⁵ To, na čo sa dav s pohrdaním pozerá ako na zločin, nie je nič iné ako prejav zákona, ktorá dala príroda mocnejšiemu jedincovi. Podľa sofistov pozitívne právo a ľudská spravodlivosť sú výrazom ľudskej slabosti a degenerácie a zastrášujú tých, ktorí sú lepší a spôsobilí mať viac, než horší. Sofisti takýmto spôsobom obrátili pojem spravodlivosti, t.j. namiesto vznešenej morálky, ktorá zodpovedá ľudskej prirodzenosti dávali do pozornosti úzku morálku rodených otrokov.

³³ PIZZORNI, R. cit. d., str. 45.

³⁴ PLATÓN, *La Repubblica*, I, 338.

³⁵ PLATÓN, *Gorgia*, XXXVIII-XXXIX, 483 b, 484 a.

Hippias z Elidy učil, že pozitívny ľudský zákon je pre človeka umele vytvoreným tyranom a základom práva, avšak takéto právo je človekovi cudzie a neprijateľné. Zasadzoval sa za prirodzený zákon, za spoločenskú rovnosť medzi ľuďmi: z dôvodu prirodzenosti všetci ľudia sú „pokrvní, príbuzní, spoluobčania“. „Tyranský ľudský zákon veľa krát spôsobuje násilie na prirodzenosti“.³⁶ Z tohto dôvodu Hippias odmietal donucovaciu moc pozitívneho práva.

Podobné názory zastával aj **Antifón** (pravdepodobne Aténčan), podľa ktorého všetci ľudia sú od prirodzenosti rovnakí: „rešpektujeme a ctíme si toho, kto je vznešeného pôvodu, ale toho kto má nejasný pôvod tiež rešpektuje a ctíme. Takýmto spôsobom sa správame jedni k druhým, pretože od prírody sme si všetci rovní vo všetkom, Gréci a barbari. Všetci dýchame vzduch prostredníctvom úst a nozdier.“³⁷

Kritias z Atén bol pesimista. Tvrdil, že len jedno je isté – kto sa narodil, že zomrie, a kto žije, nevyhne sa utrpeniu. Podľa neho bohov vymyslel nejaký chytrák, ktorý chcel strachom pohnúť ľudí k zachovávaniu zákonov. Ľudia boli na začiatku divokí a podliehali hrubej sile. Z tohto dôvodu boli ustanovené zákony, t.j. aby boli potrestaní tí, ktorí ich prestupujú. Kritias ako prvý mysliteľ vyjadril skutočnosť, že náboženstvo sa môže prepožičať na politické ciele, t.j. ono môže byť zredukované na šikovný výmysel politikov, aby držali na uzde národy prostredníctvom viery v bohov, ktorí sú vševediaci a všadeprítomní a ktorým nič neunikne, ani tajomné myšlienky.³⁸

Ďalším významným sofistom bol **Protagoras z Abér** (asi 481 – 411 pred Kr.). Učil na Sicílii a v Aténach. Vo svojej náuke vychádza z predpokladu existencie nemeniteľnej, istej pravdy a evidentnej premenlivosti vecí a pokúša sa tieto dva protipóly zladať. Riešenie vidí v priznaní trvalej menlivosti matérie telies, ale aj rozličných stavov človeka. Vyhlásil axiómu: „človek je mierou všetkých vecí“ (pantón chrématón metron anthrópos), a to existujúcich, že sú, a neexistujúcich, že nie sú.³⁹

Protagoras taktiež tvrdí, že ľudia na počiatku žili roztrúsene a nie v meste. Neskôr ľudia vyšli zo svojho stavu prirodzenosti, stavu neporiadku a anarchie, aby sa podriadili sociálnemu, právnemu a politickému poriadku. Pred vytvorením Štátu teda existoval akýsi prirodzený stav, ktorý sa zakladal na prirodzenom práve. Neskôr dochádza k transformácii, keď tento prirodzený stav sa postupne a historicky mení v inštitúciu, v akýsi sociálny organizmus,

³⁶ PLATÓN, *Protagora*, XXIV, 337 b.

³⁷ ANTIFONTE, *Frammenti*, 87.

³⁸ CRIZIA, *Frammenti*, 88, B, 25.

³⁹ PROTAGORA, *Frammenti*, 80, B, 1.

ktorý bol vytvorený na dosiahnutie určitých cieľov prostredníctvom dohody, úkonu ľudskej vôle, medzi najchudobnejšími.⁴⁰ Na rozdiel od ostatných sofistov, ktorí spravodlivosť chápali v prirodzenom zmysle, t.j. ako nadvládu silnejšieho nad slabším, Protagoras uznával pozitívnu ľudskú spravodlivosť a jej nenahraditeľnosť pre usporiadané občianske spolužitie.

V každom prípade na záver tejto časti môžeme konštatovať, že primitívny pojem spravodlivosti a mravnosti má dve základné a fundamentálne odlišné podoby: buď podobu prírody – prirodzenosti (φύσις) alebo podobu dohody (νόμος). Takéto rozdielne pohľady podnietili vznik úvah o existencii prirodzeného práva. Inými slovami povedané, existuje alebo neexistuje vo svete spravodlivosť sama o sebe, ktorá je nezávislá na pozitívnych zákonoch? Vo svete existujú ľudské túžby a náklonnosti, ktoré sú v súlade s ľudskou prirodzenosťou a sú dobré pre človeka a spoločnosť. Ale taktiež existujú túžby a náklonnosti, ktoré majú zhubné účinky na ľudskú prirodzenosť a na ľudstvo a preto sú zlé. Z toho vyplýva nasledovný sled myšlienok. Ľudský život ako taký je dobrý preto, lebo je v súlade s prírodou. Človek bude dobrý vtedy, ak bude konať dobro, ktoré sa chápe ako dielo, ktoré zodpovedá špecifickej ľudskej prirodzenosti a jej dvom požiadavkám: žiť podľa prírody (κατά φύσιν), bez existencie jednoduchej prírody (φύσιν). Dobrý život je teda zdokonalením prirodzenosti človeka a je životom podľa prírody. Normy, ktoré špecifikujú všeobecný charakter takéhoto dobrého života sa volajú prirodzeným zákonom.⁴¹ Dohoda (νόμος) sa takto stáva zdokonalením prirodzenosti (φύσις). Túto skutočnosť pôsobivo vyjadril neznámy sofista týmito slovami: „pretože ľudia nie sú v stave žiť sami (ale vždy poslušní Nutnosti) sa spojili, pretože všetky ich životné inštitúcie a technické vynálezy vznikli pod tlakom Nutnosti. Žiť spoločne bez zákonov sa javí ako nemožné [...]. Preto Zákon a Právo zvrchovane vládnu nad ľuďmi a nebudú nikdy odsunuté nabok , pretože oni sú pevne zakotvené v Prírode“.⁴² V opačnom prípade by sa ľudia vrátili k divokej forme svojej existencie.

⁴⁰ Táto myšlienka podnietila vznik náuky o kontraktualizme alebo sociálnom kontrakte.

⁴¹ Porov. STRAUSS, L., *Diritto naturale e storia*, Venezia 1957, str. 98; PIZZORNI, R., cit. d., str. 49.

⁴² *Sofisti, testimonianze, frammenti*, 6, a cura di M. Untersteiner, La Nuova Italia, Firenze 1958; D'AGOSTINO, F., *Il pensiero giuridico nella sofistica*, in: Rivista internazionale di filozofia del diritto LII (1975) 193-216.

8. Sokrates (470 – 399 pred Kr.)

Zakladateľ klasickej epochy gréckej filozofie, učiteľ Platóna, veľký reformátor mravov a spoločenských poriadkov sa narodil i zomrel v Aténach. Sokrates si v krátkom čase získal mnoho žiakov najmä svojimi vysokými etickými a intelektuálnymi kvalitami, svojou láskou k pravde, k dobru ako aj svojou prívetivosťou a veselou povahou a láskavosťou. Dosiahol azda najvyšší stupeň dokonalosti, k akému sa môže človek môže dopracovať svojimi prirodzenými schopnosťami. Sokrates nenapísal nijaké dielo. Obsah jeho náuky sa zachoval v Xenofontových pamätiach, v Platónovej Obrane Sokrata a vo viacerých Platónových dialógoch. Sokrates s veľkým rozhorčením kritizoval sofistov najmä metódu ich práce, pretože nemali zmysel pre zodpovednosť, nemali vedeckého ducha, brodili sa na povrchu otázok a strácali sa v plytčinách.

Sokrates vybudoval špecifickú metódu, ktorá má viesť k pravdivému poznaniu a čnostnému životu a ktorá je založená na analýze zrejmych daností. Cieľom analýzy je vlastné poznanie seba (poznaj sám seba – γνῶθι σεαυτόν), poznanie vlastných predsudkov, omylov a falošných mienok. Sokrates teda odkazoval človeka k poznaniu jeho vlastného ja, k poznaniu jeho svedomia, ktoré je vlastne jeho poslednou inštanciou, na ktorú keď koná, mal by hľadieť. Preto bol pevne presvedčený, že všetko závisí na vnútornej hodnote človeka a nie na verejnej mienke alebo rozhodnutí väčšiny.

Sokrates rozlišuje medzi zákonmi písanými (νόμοι πόλεως) a nepísanými (ἀγραφοι νόμοι). Písané zákony sú zákony tohto alebo iného mesta, podliehajú zmenám v závislosti od teritória, času a majú platnosť ako peniaz – teda platia len v presne vymedzenom teritórii a čase. Nepísané zákony platia pre všetky krajiny, v každej dobe a preto sú základom písaných zákonov. Tieto zákony nemôžu pochádzať od ľudí, majú mimozemský prameň a vznikajú z vôle bohov – príklad takýchto zákonov: úcta voči rodičom, zákaz telesného obcovania rodičov s deťmi a iné. Sankcia za prestúpenie nepísaného zákona je nezávislá od ľudskej vôle, lebo toho, kto takýto zákon poruší, stihne boží trest, pred ktorým sa nedá uniknúť. Naopak trestu za porušenie ľudského zákona možno uniknúť.⁴³ Nepísané zákony majú podobu istých a nemeniacich sa morálnych právd a tvoria prirodzený zákon, teda vnútorný zákon, ktorý je vpísaný do duše a svedomia ako obraz Boha. Sám Boh vložil do ľudí sklony, podľa ktorých žijú biologicky a morálne.⁴⁴

Na základe vyššie uvedenej dištinkcie Sokrates chápe spravodlivosť ako

⁴³ Porov. SENOFONTE, *Deti memorabili di Socratre*, IV, 4-19.

⁴⁴ Porov. *ibidem*. I, 4.

jednanie človeka, ktoré je v súlade s božimi a ľudskými zákonmi. Naopak nespravodlivosť chápe ako správanie priečiace sa týmto zákonom. Preto spravodlivosť je dvojaká: a) pozitívna, ľudská; b) prirodzená.

Tento dualizmus božského a ľudského, prirodzenej a pozitívnej spravodlivosti je rovnaký ako u sofistov, ale spôsob akým ho Sokrates hodnotí je celkom odlišný. Sokrates neponíma prirodzenú spravodlivosť len biologicky, ako to robili sofisti, podľa ktorých prirodzene spravodlivé konanie je také, ktoré poskytuje čo najväčší rozvoj žiadostiam a podporuje životnú zdatnosť jednotlivca. Podľa Sokrata prirodzená spravodlivosť má korene v kozmickom rozume, ktorý ako vševládny živel preniká prírodou a je totožný s bohom. Kto sa správa v súlade s ním, jedná podľa božej vôle, spravodlivo. Základom spravodlivosti nie je teda individuálny prospech, ale objektívna inteligencia. Skutok, ktorý sa jej prieči, je vlastne negáciou rozumu a preto je neprirodzený. Zákon prírody nie je právo silnejšieho, ale právo rozumnejšieho.

Sokrates videl ako v prirodzenom tak v štátnom zákone rovnaký princíp vševládneho rozumu, ktorý je postavený proti individuálnej ľubovôli. Týmto spoločným základom preklenul priepasť, ktorú jeho predchodcovia vykopali medzi pozitívnou mravnosťou a právom na jednej strane a prirodzeným poriadkom na strane druhej. Aj v ľudských zákonoch nachádzal obraz božstva a preto mal pred nimi posvätnú úctu.

9. Platón (428 – 347 pred Kr.)

Jeden z veľkých géniov ľudského pokolenia, zakladateľ objektívneho idealizmu a so Sokratom spoluzakladateľ starovekej metafyziky u Grékov. Vlastným menom sa volal Aristokles, ale pre jeho širokú hrud' a plecيا, alebo aj pre jeho široké čelo ho vo filozofickej škole začali nazývať Platónom (platys, gr. plošný, široký). Venoval sa približne 50 rokov vedeckej činnosti, ktorá mala niekoľko na seba nadväzujúcich etáp. Platón prevažne tvoril svoje diela formou dialógu, v ktorom predstavil jasnú diferenciaciu názorov, ľahký prechod medzi myšlienkami a systematické vedenie k určenému cieľu.

Platón vychádza zo Sokratovej doktríny o pojmoch a definíciách a pokúša sa preklenúť priepasť medzi Herakleitovým učením o ustavičnom pohybe vecí vo fyzickom svete ako o jedinej objektívnej realite na jednej strane a na druhej strane učením elejskej školy o absolútnej nemenlivosti jediného skutočného bytia, okrem ktorého neexistuje nič. Vo svojom konciliačnom úsilí rozumom poznáva stabilitu univerzálneho pojmu nemenlivej podstaty vecí, ale empiricky poznáva aj permanentnú menlivosť jednotlivých bytí v materiálnom svete.

V naliehavej potrebe určiť kde je skutočná realita, Platón vytvoril dualistickú doktrínu a svoju dialektickú náuku o ideách.⁴⁵

Platónova dialektika je v podstate logické vyvodzovanie dôsledkov z ontologického a už vopred existujúceho poriadku – reálneho poriadku. Platónove usudzovanie o ideách sa dá vyjadriť aj takto. Vo svete, ktorý je prístupný našim zmyslom, nie je nič trvalého čo by nepodliehalo zmene. Všetko sa nachádza v neustálom toku a premene, t.j. dnes sa nám to javí tak, zajtra zase ináč. Preto svetu, ktorý sa nám takto javí nemožno prisúdiť znak pravej reality a z toho dôvodu senzibilný svet nemôže byť predmetom pravého poznania. To, čo tvorí predmet poznania v pravom slova zmysle môže byť jedine len to, čo je nemeniteľné, trvalé a to sú idey, ktoré chápe ako číre podstaty, ktoré existujú mimo času, dejín a priestoru a nie sú ničím podmienené, ale naopak všetko podmieňujú. Idey majú znaky úplnej dokonalosti a absolútnej čistoty, sú nemeniteľné, večné a univerzálne. Existujú samostatne, nie sú závislé na senzibilných veciach, sú dokonalé, čisté, nemateriálne teda duchovné. Idey sú medzi sebou harmonicky usporiadané podľa hierarchického poriadku a to podľa stupňa dokonalosti, rodovej a druhovej naderadenosti a podradenosti. Naproti tomu, jednotlivé indivíduá umierajú a menia sa. Preto idey patria do reálneho poriadku a sú jedinou opravdivou realitou.

Inými slovami povedané, Platón usudzuje tak, že ak existuje poznanie, pred poznaním musí existovať poznateľný objekt. Nutnosť existencie objektu poznania Platón používa na dokazovanie reálnej existencie ideí. Platón rozlišuje dva svety: a) *reálny*, ktorý je svetom nemeniteľných a rozumom pochopiteľných večných ideí (*kosmos noétos*); b) *senzibilný*, ktorý je tvorený meniteľnými, nestálymi a zmyslami poznateľnými bytiami, ktoré sú závislé na bytí, ktoré je samo od seba. Tento svet senzibilných vecí človek vníma svojimi zmyslami. Úsudky, ktoré sú založené na zmyslovom vnímaní sú podľa Platóna len zdaním pravdy (*doxa aléthés*). Keďže človek túži po dokonalom poznaní, musí byť okrem sveta konkrétnych materiálnych vecí aj iný svet – ideálny svet, ktorý je objektom rozumového poznania. Cesta k takémuto rozumovému poznaniu ideí je nasledovná: od senzibilných vecí, t.j. ako od tieňa vedie cesta k poznaniu toho, čo je príčinou tieňa. Preto Platón nazýva senzitívny svet vecí svetom tieňov. Aj v senzitívnych veciach možno poznávať idey, ale len veľmi nedokonale, lebo sú to len ich tieň.

Na najvyššom stupni je idea ideí, najčistejšia idea – idea dobra. Dobro je vo svete ideí silou, krásou a príčinou poznania, ako slnko je príčinou existencie svetla a príčinou viditeľnosti senzibilných vecí vo svete. Nikto sa nepozera

⁴⁵ Platónova náuka nie je totožná so stredovekým poňatím dialektiky, ani s Hegelovou triadickou dialektikou, ani s Kantovou transcendentálnou dialektikou.

na slnko, ale sa pozerá na veci, ktoré sú viditeľné, keď ich ožaruje svetlo slnka. Podobne nikto nemôže vidieť ideu dobra, ktorá je nad múdrosťou a nad pravdou a je posledným dôvodom poznania múdrosti a pravdy.

Potom **idea múdrosti a idea pravdy je dobrá hodnota, ktorú jej prepožičiava idea dobra, ale ani idea pravdy a ani idea múdrosti nie je sama dobrom.**⁴⁶

V náuke o čnostiach Platón tvrdí, že cesta ku šťastiu vedie cez čnostný život. Prvou čnosťou je múdrosť (*sofia*), druhou statočnosť (*andreia*) a tretou miernosť (*sófrosyné*). Koordinujúcou čnosťou je spravodlivosť (*dikaiošyné*). Všetky čnosti sa zbiehajú v najvyššej čnosti, ktorou je múdrosť.

Platón chápe **spravodlivosť** alebo čestnosť (*δικαιοσύνη*) a nespravodlivosť (*ἀδικία*) ako čnosť a nerest, ktoré sa môžu týkať tak štátu ako aj jednotlivca. Spravodlivosť je princípom, ktorý riadi vzťahy medzi časťami duše⁴⁷ a tiež medzi časťami Štátu. Spravodlivosť je pre Platóna istou rovnováhou, teda podmienkou zdravej duše, človeka a štátu. Spravodlivosť ako koordinujúca a harmonizujúca čnosť uspôsobuje človeka, aby všetky svoje schopnosti a sily tak ovládal, že by vždy „konali to svoje“ (*ta heautú prattein*) vo vzájomnom rešpektovaní úloh a činností podľa im príslušného postavenia. Teda čnosť spravodlivosti chápe Platón **ako súlad s prírodou**, lebo čnosť je prejavom zdravia, krásy a dobrého stavu duše. Nerest je zasa jej chorobou.⁴⁸

Inými slovami Platón podstatu spravodlivosti človeka, štátu a vesmíru vidí v ideálnom poriadku, ktorý má dokonalý vzor v idei dobra. Spravodlivosť ako čnosť je putom, ktoré zjednocuje spoločnosť, je harmonickým spojením jednotlivcov, ktorí našli svoju úlohu podľa svojej náklonnosti a vzdelania – čo je najvyšším dobrom pre štát.

⁴⁶ Z atribútov, ktorými Platón označoval ideu dobra, možno usudzovať, že termín dobro vyjadroval pojem Boha. Platón sa na mnohých miestach zmiňuje o Bohu, božstve, nie však natoľko jasne a určite, aby bolo možno bezpečne tvrdiť, že má na mysli jedného osobného Boha, avšak ani nie natoľko určite a jasne, aby bolo Platóna možno považovať za ateistu, panteistu alebo polyteistu. V dialógu *Faidros* chápe Boha ako nutné bytie, v dialógu *Filébos* ako najvyšší rozum, v dialógu *Sofistés* ako personifikovanú bytosť, v dialógu *Timaios* ako pôvodcu sveta a dialógu *Nomoi* ako prvého hýbateľa; porov ŠOKA, S., cit. d., str. 70 – 74.

⁴⁷ Platón považuje dušu človeka za nesmrteľnú. Okrem tejto nesmrteľnej duše je však v človekovi aj ešte jedna telesná a preto smrteľná duša, ktorá je rozdelená na dve časti, takže sa vlastne jedná o troch dušiach, alebo presnejšie o troch funkciách jednej duše. Prvá, nesmrteľná duša je božský prvok v človekovi, je rozumná a Platón ju nazýva *logistikon* (mysel, rozum) Sídli v hlave, má ovládať celého človeka. Druhá je telesná a smrteľná; je žiadostivá; sídli v srdci a nazýva sa *thymoeidés* (vášnivost', srdce). Tretia, najnižšia duša je taktiež smrteľná a je to naruživá duša, ktorú Platón nazval *epithymétikon* (dychtivost', túžobnosť). Sídli v bruchu a smeruje k telesnému ovládaniu človeka.

⁴⁸ PLATÓN, *Republika*, IV, 444 d.

Platón myšlienky spravodlivosti rozoberá hlavne v dvoch dialógoch. V *Politei*, kde hovorí o spravodlivosti jednotlivca a štátu a v *Timaiovi*, kde proti ľudskému štátu stavia kozmický štát, aby poukázal ako sa v ňom uskutočňuje idea svetovej spravodlivosti. Ako to možno vidieť v *Timaiovi*, kozmická spravodlivosť je prírodným zákonom, ktorému všetko podlieha. Platón tento svetový poriadok nechápe len čisto fyzikálne, ako prejav imanentných prírodných síl, ale vidí ho aj pod zorným uhlom morálky. To znamená, že podľa Platóna vesmír má taktiež svoje mravné základy, ako jednotlivec a štát. Vesmír je teda mravnou bytosťou ako človek. V *Timaiovi* je vesmír opísaný ako oduševnený a inteligentný organizmus, stvorený podľa najdokonalejšieho obrazu (*Tim.* 29). Na inom mieste Platón opisuje kozmickú spravodlivosť ako imanentnú vládu inteligencie v kozmickej duši, ktorá v nej uskutočňuje dokonalú harmóniu a poriadok. Vesmír je takto dokonalý, nezničiteľný a chorobám nepodliehajúci organizmus (*Tim.* 33). U Platóna kozmická spravodlivosť je chápaná ako večný prírodný zákon, ktorý vládne v celom kozme a ktorý je nezmeniteľný a neporušiteľný.

Medzi spravodlivosťou kozmickou a spravodlivosťou ľudskou a štátnou nie je podstatný rozdiel, lebo každá spravodlivosť (nech je v kozme, štáte, jednotlivcovi) je odrazom idey spravodlivosti – spravodlivosti samej v sebe,⁴⁹ ktorá sídli v nadhviezdnych sférach a zosiela lúče svojej absolútnej existencie zmyslom prístupným bytiam. Preto spravodlivosť vo svojej ideálnej čistote nemožno poznať zmyslami, ale len čistým rozumom, ktorý môže preniknúť k pravej podstate bytia.⁵⁰ Inými slovami povedané, Platón dospel k poznaniu, že spravodlivosť je vlastnosťou duše, že medzi individuálnou dušou a kozmickou dušou nie je podstatný rozdiel, že ľudská spravodlivosť je obrazom harmonického kozmického poriadku, odkiaľ plynie pre človeka požiadavka podriadenia sa vesmírnej spravodlivosti a vytvorenia súladu duše človeka s harmonickými kozmickými pomermi. Tento stav ľudskej duše, t.j. byť v súlade s kozmickou harmóniou, odpovedá požiadavkám ideálnej dokonalosti a je **prirodzený**, naproti tomu opačný stav, t.j. popretie vesmírneho harmonického poriadku, je **neprirodzený**.⁵¹ Preto nespravodlivosť a páchanie bezprávia je najväčším zlom.⁵² Páchanie bezprávia je hriechom nie len proti poškodenému, ale aj proti bohu, lebo duša človeka páchajúceho bezprávie

⁴⁹ *Faidon*, 65 [dielo pojednávajúce o nesmrteľnosti duše a o ideách].

⁵⁰ *Ibidem*, 66.

⁵¹ Porov. *Zákony*, 728 a, b.

⁵² Porov. *Gorgias*, 469 b, 475 b, 477 e [dielo pojednávajúce o rečníctve namierené proti sofistom].

je v nedôstojnom a potupnom stave.⁵³ Pre odstránenie a vyličenie takéhoto zlého stavu duše človeka je potrebný trest.

Platón po nevydarenom pokuse, ktorý zažil v Syrakúzach, kde chcel založiť ideálny štát podľa svojich ideí priznáva zákonom supremáciu nad vládmami: dobrý vládca je služobníkom bohov a zákonov. Zákony a inštitúcie, ktoré sú cielene usporiadané, existujú prirodzene, lebo sú ovocím rozumu a pravých myšlienok, teda ľudskej duše.⁵⁴ Platón zákonom priznáva morálnu hodnotu i keď v nich vidí optimálny ale len druhoradý stav: „zákon alebo nariadenie nemá prevahu nad múdrosťou; spravodlivosť [...] riadi všetko ak je intelekt skutočne slobodný a ušľachtilý [...]; dnes nie sú intelektu s takými veľkými kvalitami a len niektorí ich užívajú v malej miere; preto my sa musíme uchýliť k tomu čo je po intelektu druhoradé: k politickému poriadku a k zákonom, ktoré môžu rozšíriť svoje vedenie na mnohoraké aspekty života, ale nie na všetky“.⁵⁵ A preto na inom mieste dodáva: „kde zákon je podriadený vládcovi a je zbavený autority, ja vidím hotovú skazu Štátu; ale kde zákon je paňou pre vládcov a vládcovia sú jeho služobníkmi, ja vidím spásu Štátu a nahromadenie sa nad ním všetkých dobier“.⁵⁶

Platón priznáva zákonom aj prirodzenú hodnotu, keď hovorí: „zákon ukazuje na to čo je spravodlivé“.⁵⁷ Takto máme „zákony nepísané [...], ktoré sú tradičnými zvyklosťami z dôb minulých a vzdialených, ktoré, ak sa aplikujú rozumne, obsahujú v sebe zákony písané“.⁵⁸ Nepísané zákony sú akýmsi pilierom alebo putom, ktoré spája písané zákony a taktiež ich ochraňuje.

10. Aristoteles (384 – 322 pred Kr.)

Bol Platónovým žiakom a jedným z najuniverzálnejších a najbystrejších duchov v dejinách filozofie. Jediným spôsobom sa mu podarilo zachytiť celkový stav poznania svojej doby. Právom sa označuje za otca logiky, za zakladateľa vedeckej zoológie, botaniky a psychológie. Zastával odmietavé stanovisko voči Platónovej náuke o ideách, lebo v nej videl zbytočné zdvojenie

⁵³ Porov. *Zákony*, 728 a, b.

⁵⁴ *Ibidem*, X., 892 c – 896 d.

V tejto súvislosti je vhodné pripomenúť, že predtým Platón vo svojich dielach *Republika* a *Politikos*, v ktorých opisoval ideálny štát, ignoroval hodnotu písaných zákonov v prospech filozofickej múdrosti: Porov. *Republika*, IV., 425 d – e; *Politikos*, XXXIII, 294 a.

⁵⁵ *Zákony*, IX, 875 c – d.

⁵⁶ *Ibidem* IV, 715 c – d.

⁵⁷ *Gorgias*, XXXIX., 483 d.

⁵⁸ *Zákony*, VII, 793.

predmetov súcna – v ideách a jednotlivinách. Platón zastával názor, že podstatné je to, čo je všeobecné, univerzálne. Napríklad podstatným znakom Sokrata, Kallia, Faidra je ich ľudstvo. Aristoteles proti tomu namieta: to, čo v nich je skutočné, nie je ľudstvo, lebo Sokrates nie je Sokratom preto, čo mu je spoločné s ostatnými, ale tým, čo je v ňom zvláštneho. Preto pre Aristotela podstatou v prvom a vlastnom zmysle slova nie je všeobecné, ale to, čo je vlastné jednotlivine a čo nemá spoločné s inými. Len v prenesenom zmysle slova možno všeobecné nazvať substanciou. Avšak všeobecninám⁵⁹ neprislúcha separátne bytie (Platón mal opačný názor), ale ich existencia je výlučne viazaná na jednotliviny, od ktorých ju nemožno odlúčiť.⁶⁰ Inými slovami povedané, Aristoteles zrealizoval Platónove idey a tak obrátil pozornosť od všeobecného k jednotlivému. Na druhej strane Aristoteles nepopiera poznanie všeobecného, ale kladie značný dôraz na empirické poznanie, čím vlastne podnietil vznik nových vied: etike, logike, psychológii, politike a estetike.

Aristoteles analyzoval učenie svojich predchodcov a porozumel, že pri riešení otázky podstaty bytia je dôležité, aby neuviazol v osídlach rozporností medzi stálosťou a menlivosťou, medzi mnohosťou a jednotou v bytiach. Preto skúmal bytie, ktoré sa pred ním viditeľne mení a pozoroval to, čo sa v ňom nemení. Takto prišiel k objavnému poznaniu, že podstata vecí nie je v ich konkrétosti a singularite ako takej, lebo ona nemá trvácnosť, ale ani v absolutizovanej realite univerzality, pretože formálne a objektívne sú poznateľné pojmy len v konkrétnych, singulárnych bytiach, poznateľné ako realita. Takto Aristoteles vytvoril svoju vlastnú teóriu abstrakcie.

Pri dôkladnej analýze súcna Aristoteles vyhlasuje, že základom všetkého existujúceho sú štyri základné princípy: a) forma (podstata); b) hmota (substrát); c) príčina; d) cieľ.⁶¹ Aristoteles vidí v prírode dokonalý poriadok a účelnosť, t.j. všetko, čo sa deje vo svete, nie je len výsledkom náhodnej hry prírodných síl, ale je výsledkom určitého plánu, ktorý je hlboko zakorenený v lone prírody. Preto v prírode nie je nič bezo zmyslu.⁶² Každý pohyb má príčinu v inom pohybe, ten zasa v inom pohybe až napokon dôjdeme k prvej nezapríčinenej príčine všetkého pohybu, ktorý neprijíma pohyb od nikoho iného, ale je jeho zdrojom. Túto prvú príčinu Aristoteles stotožňuje s Bohom, ktorý je čistou formou, absolútnym bytím, bez akejkolvek stopy hmotného, či potenciality.⁶³

⁵⁹ „Všeobecnina“ (filoz.) – všeobecná stránka veci, javu, ktorú nemožno vnímať zmyslami, ale ju môžeme poznať rozumom.

⁶⁰ ARISTOTELES, *Metafyzika*, 1038 b; porov. TOMSA, B., cit. d., str. 124 – 125.

⁶¹ ARISTOTELES, *Metafyzika*, I. 3.

⁶² Ibidem, XII, 6.

⁶³ Ibidem, XII, 6-7.

Aristoteles zastával názor, že právo a spravodlivosť majú základ v prirodzenosti alebo metafyzickej realite. Prirodzenosť má dynamickú povahu a ukazuje nám na cieľ, pre ktorý je človek stvorený a ku ktorému má smerovať: šťastie alebo blaženosť. Tento cieľ sa dosahuje prostredníctvom čností, ku ktorým je človek prirodzene predurčený: „my sme prirodzene predurčení, aby sme nadobudli čnosti [...]“.⁶⁴ K nadobudnutiu dokonalej čnosti sa vyžaduje nielen myšlienková aktivita, ale aj „**prirodzená náklonnosť k dobru**“.⁶⁵ Vskutku „prirodzenosť je cieľom každého a akéhokoľvek objektu [...]“.⁶⁶

Človek dosiahne svoje šťastie, ak dosiahne svoj cieľ – plnosť svojho bytia, ktorý nemôže existovať v pozemských a vonkajších veciach, ale vo vykonávaní svojej špecifickej funkcie – racionality. Teda v rozvoji svojich vyšších schopností prostredníctvom intelektuálnych a morálnych čností, ktoré robia život človeka blaženým, pekným a dobrým podľa helenistického ideálu.

Človek nosí v sebe imanentné určenie (osud), ktoré môže dosiahnuť len prostredníctvom úplného rozvoja svojich schopností. Človek sa teda musí teda prispôbiť vlastnej podstate. Prirodzenosť bude normou, ktorá človekovi bude ukazovať čo je pre neho dobré. Čnosť nie je nič iné ako rozvoj prirodzených náklonností a dispozícií v tom zmysle, že sú nasmerované na správny cieľ, sú obsiahnuté v správnej miere a vyváženosti. Najvyšším morálnym zákonom je slobodne a racionálne ísť cestou, ktorú vytýčila prirodzenosť. Preto Aristoteles na inom mieste hovorí, že skutočne vzdelaný človek so zmyslom pre povinnosť nepotrebuje písané normy správania sa, pretože „on sám je živým zákonom“⁶⁷, „je sám sebe zákonom“⁶⁸.

Aristoteles vníma prirodzenosť v subjektívnom a objektívnom zmysle. Prirodzený zákon je diktovaný prirodzenosťou človeka a vecí. Najvyšší morálny zákon je: realizuj podstatu, prirodzenosť. Inými slovami povedané, čo je prirodzené je morálne; podstata je nemeniteľná. Preto vláda zákona je tá istá vláda pravdy, morálky a prirodzenosti. V tejto optike pre Aristotela je zákon nutnou podmienkou morálneho a občianskeho života. Ak človek dosiahol svoju dokonalosť v súlade s prirodzenosťou, je lepší ako zvieratá, ale ak sa neriadi zákonmi a neinšpiruje sa myšlienkami spravodlivosti, je horší ako zvieratá. Človek má k dispozícii všetky prostriedky k tomu, aby používal čnosti, ale tieto prostriedky môže využiť aj na perverzné ciele.

⁶⁴ ARISTOTELES, *Etica Nicomachea*, II, 1, 1103 a.

⁶⁵ ARISTOTELES, *Grande etica o Magna Moralia*, II, 3, 1200 a.

⁶⁶ ARISTOTELES, *Politika*, I, 2, 1252 b.

⁶⁷ Ibidem, *Politika*, III, 8, 1284 a.

⁶⁸ ARISTOTELES, *Etica Nicomachea*, IV, 8, 1128 a.

Preto človek bez čností je najhoršie a najdivokejšie zviera, ktorý sa uchýľuje zlým spôsobom k sexuálnym potešeniam a k jedlu. Spravodlivosť je prvkom a podmienkou občianskej spoločnosti, pretože právo je normou občianskeho spolužitia a praktizovanie práva spočíva v rozhodnutí pre to, čo je správne.⁶⁹

Aristoteles rozlišuje medzi spravodlivosťou prirodzenou a pozitívnou. Spravodlivosť sama v sebe alebo v prirodzenom zmysle je založená na samotnej prirodzenosti a je nezávislá od vplyvov a mienok. Prirodzený poriadok spravodlivosti má všeobecnú platnosť a je nadradený pozitívnemu právu, ktoré je partikulárne.⁷⁰ Pozitívna spravodlivosť má význam pre tých, ktorí sú žijú spoločne s cieľom byť nezávislí, slobodní a rovni⁷¹, je stanovená Štátom, je len vymedzená zákonom, t.j. je legálna, nie je stanovená prirodzenosťou, ale zákonodarcom. Na tému pozitívnej spravodlivosti Aristoteles hovorí: „nedovolíme, aby vládol taký človek, ktorý by konal vo svoj prospech a stal by sa tyranom. Naproti tomu, kto vládne, je len strážcom spravodlivosti [...]. Civilná spravodlivosť má jednu časť pochádzajúcu z prirodzenosti a druhú založenú na zákone. Prirodzená (φυσικόν), je taká spravodlivosť, ktorá platí všade. Legálna (νόμιμον) spravodlivosť je taká, ktorej nezáleží na spôsobe jej podstaty, avšak jej záleží vtedy, keď bola schválená [...]. Normy ľudskej spravodlivosti nie sú rovnaké všade, pretože aj vlády nie sú všade tie isté“.⁷²

Prirodzené právo je právo absolútne, podstatné, nemeniteľné, najlepšie a nadradené. Pozitívne právo alebo len ľudské, je naopak právo relatívne, akcidentálne, menlivé. Preto Aristoteles inými slovami na túto tému hovorí: „prirodzená spravodlivosť je to čo ostane trvalé vo väčšine prípadov“.⁷³ A proti sofistom, ktorí negovali akúkoľvek existenciu prirodzeného práva výstižne tvrdí, že oni sami zabudli na to, že práve tá istá prirodzenosť pozná varianty a variácie svojich zákonov: „z prirodzenosti pravica je silnejšia ako ľavica a aj napriek tomu je možné stať sa ľavákom“.⁷⁴ Dokonca všetky ľudské veci, aj tie, ktoré pochádzajú z prirodzenosti, sú podrobené premenám a len vo svete bohov môže existovať absolútna nemeniteľnosť.⁷⁵

Vo svojom praktickom diele o rečníctve rozlišuje písaný zákon, ktorý je vlastný každému národu a nepísaný, ktorý sa zhoduje s univerzálnou prirodzenosťou a platí pre všetkých ľudí: „Pod zákonom rozumiem zákon

⁶⁹ Porov. ARISTOTELES, *Politika*, I, 2, 1253 a.

⁷⁰ ARISTOTELES, *Etica Nicomachea*, V, 10, 1137 b.

⁷¹ Ibidem, V, 6, 1134 a.

⁷² Ibidem, V, 6-7, 1134 ab.

⁷³ ARISTOTELES, *Etica*, I, 33, 1195 a.

⁷⁴ ARISTOTELES, *Etica Nicomachea*, V, 7, 1134 b.

⁷⁵ Porov. ibidem, V, 7, 1134 b.

partikulárny a taký, ktorý je spoločný [...]. Pod spoločným zákonom rozumiem taký, ktorý je druhou prírodou. Vskutku existuje spravodlivý a nespravodlivý z prirodzenosti, ktorú všetci majú ako intuíciu a ktorá je všetkým spoločná, aj napriek tomu, že tu neexistuje žiadne vzájomné spoločenstvo a tiež dohoda [...]. Zákon, ktorý je všetkým spoločný sa rozprestiera všade prostredníctvom vzduchu, ktorý priestorne kraluje a prostredníctvom nekonečnej zeme“.⁷⁶

Aristoteles polemizujúc s Platónom si kladie otázku, ktorý zákon má prednosť – ten písaný (spravodlivosť neživá) alebo ten jednotlivca (spravodlivosť živá) – odpovedá takto: „zákony, ak by boli rozumne napísané, musia byť zvrchované, a kto má moc je zvrchovaný vo všetkých tých prípadoch, o ktorých sa zákony nevyslovujú jasne, lebo nie je jednoduché, vyhlasovať všetky zákony týkajúce sa všetkých prípadov“.⁷⁷

Záver

Prvé náznaky týkajúce sa prirodzených zákonov sú už v diele Herakleitosa z Efezu. Vyjadrenia prirodzeného práva boli objektom polemík medzi sofistami a nasledovníkmi Sokrata. Aristoteles sa sústredil na rozdiely medzi spravodlivosťou legálnou a prirodzenou. Kynici zasa hlásali radikálny návrat k prírodnému spôsobu života, atď. Na záver môžeme synteticky vyjadriť myšlienky gréckych mysliteľov týkajúce sa prirodzeného práva týmto spôsobom:

- 1) grécki básnici videli fundament zákonov vo vôli bohov;
- 2) sofisti videli tento fundament v ľudskej vôli, ktorá je často krát zredukovaná len na rozhodovanie, triumf násillia a na právo silnejšieho;
- 3) klasickí grécki filozofi odhalili tretí element, na ktorom je postavené právo a to je prirodzenosť (φύσις).

Bibliografia

- BAGIN, A., *Cirkevné dejiny. Starovek*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave 1983.
BARTOŠEK, M., *Encyklopedie římského práva*. Praha: Panorama 1981.
D'AGOSTINO, F., *Il pensiero giuridico nella sofistica*, in: Rivista internazionale di filozofia del diritto LII (1975) 193 – 216.

⁷⁶ ARISTOTELES, *Retorica*, I, 10, 1368.

⁷⁷ ARISTOTELES, *Politica*, III, 11, 1287 a.; porov. PIZZORNI, R., cit. d., str. 58-66.

- DEMOCRITO, *Raccolta dei frammenti, interpretazione e commentario. Testi greci e latini a fronte. Versione russa in appendice* (preklad Krivushina A., Fusaro D.). Milano: Bompiani 2007.
- HOMÉROS, *Ílias*, Bratislava: Pravda 1962.
- HOMÉROS, *Odysseia*, Praha: Státní nakladatelství krásné literatury, hudby a umění 1956.
- PIZZORNI, R., *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino* (2. vyd.). Roma: Università Lateranense 1985.
- REALE, G./ANTISERI, D., *Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi*, I. vol., Brescia 1983.
- REBRO, K./BLAHO, P., *Rímske právo*. Bratislava-Trnava: Iura edition 2003.
- STRAUSS, L., *Natural Right and History*, Chicago-London: The University of Chicago Press 1953; trad.it. di N. Pierri, *Diritto Naturale e Storia*, Neri Pozza, Venezia 1957.
- ŠOKA, S., *Úvod do dejín filozofie. Starovek*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave 1993.
- TOMSA, B., *Idea spravodlnosti a práva v řecké filozofii* (2. vyd.). Plzeň: Aleš Čeněk 2007.
- ZAMAROVSKÝ, V., *Bohovia a hrdinovia antických bájí*, Bratislava-Liptovský Mikuláš 1998.

Actio Publiciana pohledem Justiniánských Digest

Kamila Bubelová

I. Úvodem obecně o publiciánské žalobě

Pro ochranu vlastnického práva (eventuelně oprávněné držby) byly v průběhu římských dějin vytvořeny tři hlavní právní prostředky, jejichž význam je do dnešních dnů tak velký, že jejich obdoby najdeme téměř ve všech evropských právních systémech: jedná se o žalobu reivindikační, negatorní a publiciánskou. V této drobné stati se chci zamyslet nad způsobem, jakým završila římsko-právní vývoj publiciánské žaloby justiniánská kodifikace.

V důsledku toho, že v římském právu nalézáme už od dávných dob dvě kategorie vlastnictví, existovaly také dvě možnosti jeho ochrany, které se vzájemně vylučovaly. Kvíritský vlastník použil proti odejmutí držby své věci žalobu reivindikační, bonitární vlastník žalobu publiciánskou. Dualita římského vlastnictví byla dána striktním rozlišováním civilního práva mezi římskými občany a jinými subjekty, a dále ekvitalní funkcí práva honorárního, které zmírňovalo nebo odstraňovalo tvrdosti civilního práva.

O přesné době vzniku žaloby zvané *actio Publiciana*¹ není mezi vědci jednotné mínění. Starší české a slovenské práce uvádějí, že ji prétor Publicius zavedl asi v posledním století republiky,² mladší kolísají mezi rokem 69 a 70 př. Kr., eventuelně 76 př. Kr.³ V každém případě můžeme říci, že publiciánská žaloba pochází z doby konce římské republiky. Mezi její charakteristiky patří, že byla honorární (*actio honoraria*), žalobou s fikcí (*actio ficticia*) a že patřila mezi žaloby věcné (*actio in rem*). Jako honorární se označují žaloby, které zavedl prétor. Dělo se tak vyhlášením v prétorském ediktu. Prétor jím zavedené žaloby neoznačoval zpravidla ve svých textech slovem *actio*, ale

¹ Monografie k tématu APATHY, P.: Die publizianische Klage. Das relative dingliche Recht des rechtmässigen Besitzers, Wien 1981.

² Např. HEYROVSKÝ, L.: Dějiny a systém soukromého práva římského, Praha 1902, s. 398.

³ Např. Jaromír KINCL v kolektivním díle TUREČEK, J. a kol.: Světové dějiny státu a práva ve starověku, Orbis, Praha 1963, s. 344, nebo BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva, Panorama, Praha 1981, s. 78; nejnověji uvádí rok 76 př. Kr. prof. Peter Blaho v komentáři k druhému titulu šesté knihy Justiniánových Digest in: BLAHO, P./VAŇKOVÁ, J.: Corpus iuris civilis – Digesta, Tom. I., Eurokódex, Bratislava 2008, s. 168.

výrazem „*iudicium dabo*“ (poskytnu soudní ochranu, povolím řízení), neboť jeho soudní funkce spočívala mimo jiné v tom, zda konkrétnímu žadateli povolí žalobu (opakem bylo *denegatio actionis*,⁴ což byl rovněž prostředek právní ochrany, ovšemže pro opačnou spornou stranu).

Druhé označení publiciánské žaloby, které říká, že je fiktivní, upozorňuje na další zvláštnost některých honorárních žalob, a to na skutečnost, že určitá fakta si soudce podle prétorova příkazu musel přimyslet či odmyslet jako existující či neexistující, ačkoli to bylo v rozporu s realitou. Neznamenal to však v žádném případě, že by sama žaloba byla fikcí. Bylo možno fingovat např. skutečnost, že *familiae emptor* („kupec rodinného majetku“) je dědicem – to nastávalo u serviánské žaloby (*actio Serviana*⁵), nebo římské občanství u neřímána, který se dopustil krádeže („pročež on, kdyby byl občanem římským, měl by povinnost hradit škodu...“⁶ Podrobněji se o fikci u publiciánské žaloby můžeme poučit v Gaiových Institucích:⁷

Gai. Inst. 4,36:

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

Překlad:

té žalobě, která se nazývá publiciánská, se zase finguje vydržení. Tato žaloba se pak dává tomu, kdo ztrativ držbu vymáhá navrácení té věci, jež mu byla z řádného důvodu předána a k níž zatím vydržením nenabyl vlastnického práva (kvíritského). Protože totiž nemůže vznést nárok, ŽE MU VĚC PATŘÍ PODLE KVÍRITSKÉHO PRÁVA, finguje se, že ji nabyt vydržením a tak vznáší nárok, jako by se (již) kvíritským vlastníkem stal, například tímto způsobem: BUDIŽ SOUDCEM! KDYBY AULUS AGERIUS TOHO OTROKA, KTERÉHO

⁴ O denegační pravomoci římských magistrátů viz POLÁČEK, V.: *Denegatio*, V. Linhart, Ostrava 1947.

⁵ Gai. Inst. 4,35, in fine.

⁶ Gai. Inst. 4,37.

⁷ Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách, přeložil Jaromír KINCL, Aleš Čeněk, Plzeň 2007, s. 259-260.

KOUPIL A KTERÝ MU BYL PŘEDÁN, DRŽEL PO JEDEN ROK, TU BY MU TEN OTROK, O KTERÉHO SE JEDNÁ, PATŘIL atd.

Tu skutečnost, že *actio Publiciana* je *in rem actio*, můžeme spojit s tím, že je to žaloba podle obdoby reivindikace. Jedná se o absolutní nárok z věcného práva, ne o obligační nárok ze smlouvy či z deliktu. Bonitární vlastník, označovaný obratem „*in bonis habere*“ nebo *bonorum possessor*, se publiciánskou žalobou mohl domáhat nazpět věci, jejíž držbu ztratil, tak jako by se díky vydržení (*usucapione*) stal jejím kvíritským vlastníkem. Skutečný *dominus ex iure Quiritium* měl sice proti publiciánské žalobě možnost použít *exceptio iusti dominii* (námitku řádného vlastníka), ale dobromyslný bonitární vlastník ji vítězně odrazil *replicatione rei venditae ac traditae* (protinámitkou věci prodané a předané), případně *replicatione doli* (protinámitkou podvodu).⁸

Klasické římské právo znalo vydržení odlišné u movitostí a u nemovitostí. K nemovitostem bylo možno nabýt kvíritské vlastnictví (za současného dodržení známých podmínek *res habilis – titulus – fides – possessio – tempus*) za 2 roky, k movitostem za 1 rok.⁹ Ve vztahu dvou držitelů měl přednost relativně lepší vztah k věci (dřívější nabytí, přítomná držba). V justiniánském právu setrvala *actio Publiciana* jen k ochraně lepší držby, neboť Justinián odstranil dualitu vlastnického práva (stejně jako např. dělení věci na mancipační a nemanipační).

Právní ochrana publiciánskou žalobou byla poskytována nabyvateli věci, jehož nabytí bylo nedokonalé podle civilního práva pro formální vadu (opominutí mancipace) nebo materiální (nabytí od nevlastníka) a mohlo být ozdraveno teprve zmíněným vydržením. Pro oba tyto případy byl vydán jediný edikt a jediná *formula actionis Publicianae*. Podle toho, jak zní její formule, předpokládá *actio Publiciana*, že žalobce (aktivně procesně legitimovaný) musí mít věc *in bonis esse* a nabytí jí *ex iusta causa* a *bona fide*. Žaloba však není podmíněna tím, že kupní cena by už musela být zaplacená. V zásadě je nutné pouze to, aby žalobce věc nabytí a poté její držbu zase pozbyl, čili byl připraven o držbu. U věci, kde je vydržení vyloučeno (až na výjimku uvedenou dále), nelze publiciánskou žalobu použít.¹⁰

Žalovaným (pasivně procesně legitimovaným) byl stejně jako u reivindikace

⁸ Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách, přeložil Jaromír KINCL. Aleš Čeněk, Plzeň 2007, s. 210-211.

⁹ Zákon dvanácti desek, deska VI., ustanovení 3.: *Pozemků se řádně nabývá po dvou letech užívání, u všech ostatních věcí je užívání roční.* (Překlad převzat z publikace: SKŘEJPEK, M.: Texty ke studiu římského práva, Orac, Praha 2001, s. 37.)

¹⁰ BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva, Panorama, Praha 1981, s. 78.

ten, kdo držel věc proti vůli oprávněného, nebo byl *fictus possessor* (ten, kdo věc nedrží, ale zlovolně předstíral, že ji drží a uzavřel s vindikantem litiskontestaci <*qui liti se obtulit*>, nebo kdo ze zlého úmyslu, aby se vyhnul procesu, zcizil nebo zničil požadovanou věc <*qui dolo disiiit possidere*>).¹¹

Cílem *actionis Publicianae* je odsouzení žalovaného na vydání věci *cum omni causa*. Druhá strana se může bránit podle stejných zásad jako při reivindikaci *exceptione doli* pro náklady učiněné na věc. Co se týče účinnosti proti držiteli, rozcházejí se *actio Publiciana* žalobce, který nabyl mancipační věc od vlastníka bez provedení mancipace nebo injurecese, a *actio Publiciana* toho, kdo nabyt *bona fide* od nevlastníka. Žaloba toho, kdo nabyt *rem Mancipi* tradicí od vlastníka, působí proti každému držiteli (jak *bonae fidei*, tak *malae fidei*) i proti kvíritskému vlastníkovi. Naopak *actio Publiciana bonae fidei possessoria*, který nabyt od nevlastníka, je neúčinná proti vlastníkovi věci, protože ten ji může odrazit *exceptione dominii*. *Actio Publiciana* je neúčinná též proti držiteli, který není vlastníkem, ale držbu nabyt také *ex iusta causa* a *bona fide*. Jen tehdy je účinná a proti takovému poctivému držiteli, pokud žalobce i žalovaný odvozují své nabytí od téhož převodce a věc byla předána dříve žalobci. Římský právník Neratius však zastával názor, že jsou-li žalobce i žalovaný *bonae fidei possessores*, má ten, komu byla věc odevzdána dříve, mít přednost vždy, tedy i když převodci byli různí.¹² Z obou uváděných případů je starší případ ochrany bonitárního vlastníka, který získal od kvíritského vlastníka ze spravedlivého důvodu mancipační věc prostým odevzdáním (*traditione*). Novější byl případ žaloby pro ochranu každé držby způsobilé k vydržení, i když držitel nabyt od nevlastníka.¹³

Důvod vzniku publiciánské žaloby můžeme tedy najít v potřebě remedury nedokonalého vlastnického nabytí. Nabyt-li kdo věc již zmíněným nedokonalým způsobem, mohl získat kvíritské vlastnictví držbou trvající rok či dva. Co však v případě, že držba byla přetržena a možnost získat řádné vlastnictví podle civilního práva ztracena? Právě v této situaci se uplatnila velmi důležitá opatření prétorského ediktu. Edikt zněl:

D. 6,2,1, pr. (Lenelova rekonstrukce):¹⁴

Ulpianus libro XVI. ad edictum:

Si quis id quod Mancipio datur traditum ex iusta causa et nondum usucaptum petet, iudicium dabo

¹¹ HEYROVSKÝ, L.: Dějiny a systém soukromého práva římského, Praha 1902, s. 398.

¹² Ibidem, s. 399.

¹³ Ibidem, s. 400.

¹⁴ Ibidem, s. 401.

Překlad:

Ulpian v 16. knize svých komentářů K ediktu:

Když někdo nezískal kvíritské vlastnictví vydržením toho, co na něj z právoplatného důvodu přešlo od nevlastníka, povolím soudní řízení (žalobu)¹⁵

Prétor zde slíbil ne pouhou possessorní ochranu (proti držiteli věci), ale petitorní žalobu. Je zřejmé, že k citovanému ediktu se musela pojit také zvlášť formulovaná žaloba, neboť pokud by prétor udělil uvedenému nabyvateli normální vindikaci s intencí *rem eius esse ex iure Quiritium*, musel by soudce žalobu zamítnout, protože držitel se kvíritským vlastníkem ještě nestal. Prétor tedy povolil takovému nabyvateli zvláštní vindikaci. Prétor chtěl připojit ke skutkové podstatě, že někdo nabyt spravedlivým způsobem, ale bez mancipace, i praktické účinky nabytí vlastnictví. Žalobní formule zněla: „*Si quem hominem (jedná se o prétorskou vindikaci otroka) Aulus Agerius bona fide emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem quo de agitur eius ex iure Quiritium esse oporteret, si ea res arbitrio tuo Aulo Agerio non restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret, absolve.*“¹⁶

Prétor tím zavedl důležitou reformu vlastnických nabývacích způsobů, jak vyžadoval obchodní život, ovšem reformu pouze nepřímou: k uvedené skutkové podstatě nepřipojuje vznik kvíritského vlastnictví (to prétor – nejsa zákonodárcem – nemohl), ale stejně intenzivní soudní ochranu, takže nabyvatel a všichni jeho nástupci mají zabezpečeno naprosto nerušené užívání věci v každém směru. Nabyvatel mohl žalovat o vydání držby každého, i toho, kdo zůstal nominálně kvíritským vlastníkem, jenž měl *nudum ius Quiritium*.¹⁷

II. *Actio Publiciana* v Justiniánských Digestech

Justinián zařadil pojednání o publiciánské věcné žalobě v Digestech hned za pojednání o rei vindikaci, a to do druhého titulu šesté knihy. Název zní *De Publiciana in rem actione*. Pojednejme o podmínkách pro použití publiciánské žaloby:

¹⁵ Slovenský překlad ve znění „Ak niekto vymáha čo sa mu odevzdalo z právoplatného dôvodu od nevlastníka a ešte nebolo vydržané, dám (mu) žalobu“ viz BLAHO, P./VAŇKOVÁ, J.: *Corpus iuris civilis – Digesta*, Tom. I., Eurokódex, Bratislava 2008, s. 168.

¹⁶ TUREČEK, J. a kol.: *Světové dějiny státu a práva ve starověku*, Orbis, Praha 1963, autor části KINCL, J., s. 344.

¹⁷ VÁŽNÝ, J.: *Vlastnictví a práva věcná – díl 2.*, Právník, Brno 1937, s. 86.

D. 6,2,3,1-6:

Paulus libro sexto decimo ad edictum: Ait praetor: Ex iusta causa petet, qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana. Et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana, sed et aliis, ut puta ei cui dotis nomine tradita res est necdum usucapta: est enim iustissima causa, sive aestimata res in dotem data sit sive non. Item si res ex causa iudicati sit tradita.

Překlad:

Prétor říká: Kdo má držbu věci ze spravedlivého důvodu, ten oprávněně žaluje její vydání, když použije publiciánskou žalobu. Tato žaloba přísluší ne pouze kupci v dobré víře, ale i jiným, jako například tomu, komu byla vydána věc jako věno a ještě ji nevydržel; to je totiž spravedlivý právní důvod, ať už byla věc daná věnem oceněna, nebo ne. Dále pokud byla věc přisouzena nebo předána z důvodu právoplatného rozsudku, nebo z důvodu plnění (placení) nebo (otrok) vydán z důvodu náhrady škody (poškozenému), může být důvod skutečný nebo falešný. Stejně tak, pokud si z prétorského příkazu přivedu otroka, kterého ve sporu o způsobenou škodu nikdo neobhajoval a potom ztratím držbu, náleží mi publiciánská žaloba.¹⁸

Tento text osvětluje, jakému okruhu osob – pokud vyhoví požadavkům *iusta causa traditionis* a *bona fides* – může prospět publiciánská žaloba na vydání věci, kterou měly předtím ve své držbě. Mimo koupi, což byla situace nejčastější, se připouští ještě jakýkoli spravedlivý právní důvod nabytí, jak nabytí věci přisouzením, vydáním z důvodu plnění obligace (kontrakt i delikt), tak i ostatní nabývací důvody, příkladmo uvedené získání věna.

Existují i další důvody spravedlivého nabytí. Když je uzavřena smlouva mezi osobou způsobilou a nezpůsobilou (např. osobou bez způsobilosti k právním úkonům), kontrakt platně nevznikne, avšak držba, kterou kupec získá, je oprávněná. Ulpianus se výslovně zmiňuje, že publiciánská žaloba je obdobná vlastnictví, nikoli držbě.¹⁹ Marcellus vyjmenovává několik možných dalších důvodů spravedlivého nabytí: dobromyslná koupě od duševně chorého (bez vědomí o tom, že je duševně nemocný), stejný typ koupě od nezletilce, směna (*permutatio*) nebo lukrativní nabytí, u kterého je *actio Publiciana* účinná i proti samotnému dárci.²⁰ V podstatě tedy každý spravedlivý nabyvatel (*iustus*

¹⁸ Český překlad upraven podle slovenského překladu prof. Blaha (viz BLAHO, P./VAŇKOVÁ, J.: *Corpus iuris civilis – Digesta*, Tom. I., Eurokódex, Bratislava 2008, s. 169.)

¹⁹ D. 6,2,7,6: *Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.*

²⁰ D. 6,2,7,2-5: *Marcellus libro septimo decimo digestorum scribit eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere: ergo et Publicianam habebit. Sed et si quis ex*

possessor), který může podle práva vydržet vlastnické právo *usucapione*, může s úspěchem použít publiciánskou žalobu.

Z Digest můžeme studiem vypreparovat základní podmínky pro použití publiciánské žaloby, jak je vidělo justiniánské právo, které nechtělo chránit každého dobromyslného držitele proti kvíritskému vlastníkovi, ale dát oprávněnému držiteli v dobré víře ochranu proti ostatním osobám.²¹ Odnímat vlastníkovi držbu se považovalo za jednání proti *aequitas* a proto se publiciánské žalobě mohl kvíritský vlastník bránit námitkou řádného vlastnictví (*exceptio iusti dominii*).²² Podmínky byly tedy stanoveny takto:

1. Oprávněným se stane držitel, pokud získal držbu **na základě platného právního důvodu**. Za takový důvod je v Digestech považována tradice (zejména při koupi), odkaz, darování *mortis causa*, věno, adjudikace, soluce, vydání otroka z důvodu noxálního ručení, bezúplatné nabytí od dárce, nabytí *ignorans* od nedospělce, *permutatio* (směna), dědictví, koupě prostřednictvím otroka, správce, poručníka nebo opatrovníka. U otroka dokonce dovozoval Pomponius tak daleký důsledek, že i když je otrok na útěku (*in fuga*) a koupí nějaký předmět od nevlastníka, stane se pán tohoto otroka držitelem zakoupené věci, ačkoli o tom ani neví.²³ U všech těchto držitelů platí, že jim publiciánská žaloba prospěje, jen pokud ještě nezískali kvíritské vlastnictví vydržením (*nondum usucaptum*²⁴), neboť v opačném případě by měli nárok na civilní reivindikační žalobu.

2. **Dobrá víra držitele** se vyžaduje u osoby, která věc získala, nikoli už u jejího právní nástupce. Prétor totiž použil při proponování ochrany dikci „kdo dobromyslně koupil“²⁵ a dobrá víra se posuzovala u této osoby.

lucratis causis rem accepit, habet Publicianam, quae etiam aeversus donatorem competit: est enim iustus possessor et petitor, qui liberalitatem accepit. Si a minore quis emerit ignorans eum minorem esse, habet Publicianam. Sed et si permutatio facta sit, eadem actio competit.

²¹ D. 6,2,17: Neratius libro tertio Membranarum: Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio „si eares possessionis non sit“: sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.

²² D. 6,2,16: Papiniani libro decimo quaestionum Paulus notat: Exceptio iusti dominii Publicianae obicienda est.

²³ D. 6,2,15: Pomponius libro tertio ad Sabinum: Si servus meus, cum in fuga sit, rem a non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditae per eum nactus non sim.

²⁴ Tj. dokud ještě nebylo vydrženo, viz: D. 7,2,1,1.

²⁵ D. 6,2,7,11: Praetor ait: „qui bona fide emit“.

Ulpian výslovně uvádí, že u publiciánské žaloby neškodí, pokud je žalobce nedobromyslným právním nástupcem osoby, která získala držbu v dobré víře. Naopak dobrá víra právního nástupce, pokud nabyvatel byl obmyslný, nárok na použití publiciánské žaloby podle něj nezakládá.²⁶ Vnitřní psychologický stav (dobrá nebo špatná víra, bezelstnost nebo obmyslnost) je rozhodující u osoby, která skutečně fyzicky kupovala, ne u osoby, pro kterou bylo kupováno. Jde tu o ty případy, kdy za někoho kupuje jeho tutor, curator, procurator nebo dokonce otrok. Zde se jedná o obzvlášť delikátní situaci, když se dobrá nebo špatná víra nabyvatele posuzuje podle vědomí a úmyslu jeho otroka, který byl de iure považován jen za předmět práv a neměl právní subjektivitu. Dobrá víra otroka pánovi prospěje, špatná mu uškodí.²⁷

Podle Pomponia je pro posouzení víry natolik důležitá doba koupě, že se neposuzuje (a v žalobě ani neuvádí), co se stalo se zlým nebo dobrým úmyslem před koupí, ani po koupí.²⁸ Koupí byl ale míněn nejen okamžik dohody stran, nýbrž i **odevzdání** věci. Pokud nedošlo k odevzdání věci, nemá publiciánská žaloba místo.²⁹ Po celou dobu (od uzavření smlouvy až do předání věci) musel být kupující dobromyslný, tj. nevědět, že kupovaná věc je cizí. Svou dobromyslnost musel nabyvatel ve sporu podle publiciánské žaloby dokazovat: pokud např. koupil od nedospělce (*pupillus*), musel prokázat souhlas poručníka a soulad úkonu se zákonem; dobromyslnost a tedy i nárok žalovat mu však zůstaly zachovány i tehdy, pokud byl při úkonu podveden nepravým poručníkem.³⁰

Problematická situace u určování aktivní procesní legitimace mohla nastat tehdy, když prodávající prodal věc více různým osobám (ne tedy osobám, které věc kupovaly společně). Publiciánskou žalobu mohl použít pouze jeden z nich – hledalo se proto vodítko, podle čeho rozhodnout o preferenci. Ulpian potvrzoval Juliánův názor, že pokud dva rozdílní lidé koupili tutéž věc od jednoho konkrétního nevlastníka, přednost práva má ten, kterému byla věc

²⁶ D. 6,2,7,12: In hac actione non oberit mihi, si successor suum et dolo feci, cum is, in cuius locum successio, bona fide emisset: nec proderit, si dolo careo, cum emptor, cui successio, dolo fecisset.

²⁷ D. 6,2,7,13: Sed enim si servus meus emit, dolus eius erit spectandus, non meus, vel contra.

²⁸ D. 6,2,7,14: Publiciana tempus emptionis continet, et ideo neque quod ante emptionem neque quod postea dolo malo factum est in hac actione deduci Pomponio videtur.

²⁹ D. 6,2,7,16, in fine: Ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit.

³⁰ D. 6,2,13,2: Qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore lege non prohibende se emisit, sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisit videtur.

jako prvnímu odevzdána.³¹ Ještě dalšímu subjektu císařské zákonodárství (konkrétně císař Septimius Severus³²) reskriptem výslovně přiznalo právo na podání publiciánské žaloby. Byl jím držitel, který věc nekoupil, ale věc mu byla odevzdána se souhlasem osoby, která věc koupila.³³ Stejně tak bylo možno žalovat publiciánskou žalobou, pokud po koupi nebyla věc odevzdána kupujícímu, ale jeho dědici.³⁴

Na rozdíl od odevzdání věci **nebylo nutnou** podmínkou publiciánské žaloby **zaplacení** hodnoty věci. Gaius říká, že prétor zjišťování zaplacení kupní ceny nevyžadoval³⁵ (tj. nemohla to být podmínka užití publiciánské žaloby), ale Ulpian se na jiném místě Digest odvolává na stanovisko Juliána,³⁶ podle kterého náleží publiciánská žaloba žalovanému, který zaplatil cenu sporné věci v soudním řízení o přiřčení (adjudikaci) cizí věci.³⁷ Je proto pravděpodobné, že o nutnosti zaplacení ceny věci rozhodovala povaha důvodu získání držby. Držbu adjudikované věci získal претендент až po zaplacení aestimace, zatímco držbu věci koupené mohl získat (a v praxi se to stávalo) před zaplacením kupní ceny. Obzvláště v případě, že cena předmětu vůbec nebyla požadována – typicky u bezúplatného získání věci od dárce – by bylo nespravedlivé zaplacení hodnoty věci žádat. Výjimky se tedy podle povahy věci připouštěly.

3. Způsobilý předmět. Každá věc (movitá i nemovitá, ba i nehmotná /právo/), která je komerční³⁸ a není vyloučena z vydržení (např. věc kradená nebo otrok na útěku³⁹) může být vymáhána publiciánskou žalobou,⁴⁰ pokud

³¹ D. 6,2,9,4: ... et Iulianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sic cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis, quae sententia vera est.

³² Septimius Severus žil v letech 145 – 211 po Kr., vládl od roku 193 do své smrti.

³³ D. 6,2,11, pr.: Si ego emi et mea voluntate alii res sit tradita, imperator Severus rescripsit Publicianam illi dandam.

³⁴ D. 6,2,9, pr.: Sive autem emptori res tradita est sive heredi emptoris.

³⁵ D. 6,2,8: Gaius libro septimo ad edictum provinciale: De pretio vero soluto nihil exprimitur: unde potest coniectura capi, quasi nec sententia praetoris ea sit, ut requiratur, an solum sit presitum.

³⁶ D. 6,2,7,1: ... si optulit reus aestimationem litis, Publicianam competere.

³⁷ D. 6,2,7, pr.: Sed et si res adjudicata sit, Publiciana actio competit.

³⁸ D. 6,2,12,4: Si rer talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, ...

³⁹ D. 6,2,9,5: Haec actio in his quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet.

⁴⁰ Výjimku tvořily pozemky vektigální (dědičně propachtované od státu či obce), které nebylo možno vydržet, a přesto je nájemce mohl vymáhat publiciánskou žalobou (D. 6,2,12,2: In vectigalibus et in alii praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est.).

byla alespoň krátkou dobu v držbě žalobce.⁴¹ Mohlo se např. stát, že uschovatel nebo vypůjčitel (depozitář nebo commodatář) po určité době uschovanou/vypůjčenou věc koupil, ale k předání poté nedošlo, protože už z dřívějšíka měl věc v detenci. Okamžikem koupě se detence změnila na držbu a právníci věc považovali za odevzdanou.⁴² Příklad, kdy žalobce věc **ještě neměl v držbě** a přesto je oprávněn použít publiciánskou žalobu, řeší např. Ulpian v D. 6.2.11.2. Popisuje zde situaci, kdy dobromyslný kupec, který koupil otrokyni od zloděje, aniž věděl, že je kradená, žaluje publiciánskou žalobou o vydání dítěte, jež bylo počato během jejího pobytu u dobromyslného kupce, ačkoli toto dítě v držbě neměl. I ten, kdo získal dědictví podle senatusconsulta Trebelliana,⁴³ může vznést publiciánskou žalobu, přestože držbu ještě nezískal.⁴⁴ A do třetice uveďme ještě případ, kdy vlastník nařídil z vlastní vůle svému správci (procuratoru) prodání konkrétní věci, ale poté zakázal (nebo neumožnil či přímo zabránil) předmět předat kupujícímu – i tento vlastník bude oprávněně žalován osobou, která věc dosud do držby nezískala, pomocí publiciánské žaloby.⁴⁵ Nabyvatel se totiž proti vlastníkovu v tomto případě bude moci bránit námitkou „prodeje zástupcem se souhlasem vlastníka“.⁴⁶

Podle třetího paragrafu předchozího Ulpianova fragmentu (D. 6.2.11.3) publiciánskou žalobu může pro vymožení dítěte otrokyně užít dobromyslný nabyvatel otrokyně i tehdy, když ji získal bezúplatně, ale pouze za podmínky, že o odcizení otrocké matky nevěděl ani v době porodu dítěte. Pomponius přiznává možnost vydržení otrokyně i jejího dítěte a tím pádem i použití publiciánské žaloby (vázané na dobromyslnost držitele) rovněž pro vymáhání další generace otrockých potomků (vnuci atd.), dokonce i pro dítě otrokyně, které se narodilo po její smrti (císařským řezem),⁴⁷ ale jen do doby jednoho

⁴¹ D. 6,2,12,7: Sed etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experiretur.

⁴² D. 6,2,9,1: Si quis rem apud se depositam vel sibi commodatam emerit vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit.

⁴³ Podle *SC Trebelliana* z roku 56 po Kr. získal civilní dědické žaloby i fideikomisář jako osoba *heredis loco* (viz BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva, Panorama, Praha 1981, s. 290).

⁴⁴ D. 6,2,12,1: Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana.

⁴⁵ D. 6,2,14: Si quis prohibuit vel denunciavit ex causa venditionis tradi rem, quae ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta, et si nihilo minus tradiderit, emptorem tuebatur praetor, sive possideat sive petat rem. ...

⁴⁶ D. 6,2,14, in fine: ... quia per ignorantiam non est usus exceptione, quam debuit oponere, veluti „si non auctor meus ex voluntate tua vendidit“.

⁴⁷ D. 6,2,11,5: Idem est et si ex partu partus est et si non natus, sed post mortem matrix exsecto ventre eius extractus est, ut et Pomponius libro quadregensimo scripsit.

roku věku dítěte.⁴⁸ Známe též případ, kdy publiciánskou žalobou byly úspěšně vymáhány **zaniklé** věci: váže se k domu, jenž byl zbořen a tím zničeny i věci, které byly uvnitř budovy. Julián odkazuje na Pomponiovo stanovisko, podle kterého věci ze zbořeného domu vymáhat lze, zatímco naplaveninu (*alluvio*) na pozemku nikoli. Přesto však může být publiciánskou žalobou získána i naplavenina, pokud nebude samostatným předmětem žaloby, ale součástí vymáhaného pozemku.⁴⁹ Problematika částí věci, vymáhaných publiciánskou žalobou, byla ale ještě širší. Samostatně nebylo sice možno žádat o vydání naplaveniny, ale bylo možno žalovat na vydání odlomené části koupené sochy (a obecně každé součásti věci⁵⁰), byť Pomponius v tomto konkrétním případě nehovoří výslovně o publiciánské žalobě, ale o žalobě „podobné publiciánské žalobě“.⁵¹

Změnil-li se po získání držby charakter věci, nebyla to překážka pro použití publiciánské žaloby, ani když ke změně došlo úmyslným lidským jednáním – na koupeném pozemku byl vystavěn dům, nebo naopak kupec nechal zakoupený dům zbořit; mohl potom vymáhat vrácení i holého pozemku.⁵²

Publiciánská žaloba mohla sloužit i k vymožení určitých věcných **práv**, např. práva poživacího (*usufructus*), případně městských pozemkových služebností, služebností vodovodu i venkovských služebností, pokud u nich docházelo k odevzdání a jejich obsahem byla povinnost vlastníka strpět užívání věci oprávněným,⁵³ nebo k vydání budovy, která byla koupena jako dědičné právo stavby (*superficies*).⁵⁴

III. Slovo závěrem

Z předchozího výkladu, který se zmiňuje o mnoha specifikách publiciánské žaloby, jak je viděla justiniánská kodifikace, je zřejmá neobvykle široká možnost jejího užití. Obzvláště zajímavá je skutečnost, že k vymožení nemovitých věcí jejich oprávněný držitel nebyl nucen spoléhat jen na ochranu

⁴⁸ D. 6,2,12,5: Publiciana actionem etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus.

⁴⁹ D. 6,2,11,7: Quod tamen per alluvionem fundo accessit, simile fit ei cui accedit: et ideo si ipse fundus Publiciana peti non potest, non hoc petetur, si autem potest, et ad partem, quae per alluvionem accessit: et ita Pomponius scribit.

⁵⁰ D. 6,2,12,6: Si pro parte quis rem petere vult, Publiciana actione uti potest.

⁵¹ D. 6,2,11,9 a 10: Idem scribit, si aream emero et insulam in ea aedificavero, recte me Publiciana usurum.

⁵² Item, inquit, si insulam emi et ad aream ea pervenit, aeque potero uti Publiciana.

⁵³ D. 6,2,11,1: ...nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

⁵⁴ D. 6,2,12,3: Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.

rekuperačními držebními interdikty, ale úspěšně mohl vznést žalobu (*actio Publiciana*) umožňující vymáhání jak věci movité, tak nemovité.

Einige Probleme der *lex Rhodia* im römischen Recht

András Földi

1. Nebst dem Seedarlehen betrachten manche Romanisten¹ als einer der Vorläufer der modernen Versicherung auch die Regeln, die von den Kompilatoren der Digesten unter dem Namen *lex Rhodia de iactu* zusammengefasst wurden (D. 14,2: *De lege Rhodia de iactu*). Diese Regeln können mit jenen des Seedarlehens auch in der Hinsicht verglichen werden, dass sie ebenfalls auf das griechische (hellenistische) Recht zurückgeführt werden können, was bereits aus der Bezeichnung klar hervorgeht.² Die *lex Rhodia*, das Seerecht von Rhodos, hatte natürlich nicht nur die Regeln des Hinauswerfens von Waren bei Seegefahr zum Inhalt, sondern auch viele andere Bestimmungen, die im ganzen Mittelmeer weitgehend zur Geltung kamen.³ In das römische Recht sind aber von diesen Regeln auf explizite Art und Weise nur die unten darzustellenden Regeln des Seewurfs eingebaut, und die römischen Juristen haben unter *lex Rhodia* im engeren Sinne gerade diese Regeln verstanden. Nachstehend werde ich einfachheitshalber über *lex Rhodia* sprechen, und ich verstehe darunter nur die römischrechtlichen Regeln des Seewurfs.⁴

¹ R. BRÓSZ/E. PÓLAY, *Római jog* [= Römisches Recht], Budapest 1984³, 437.

² Anders KRELLER, DE MARTINO und OSUCHOWSKI, derer auf einer übertriebenen Interpolationkritik beruhende Ansicht unten kurz dargestellt wird.

³ K. M. T. ATKINSON, *Rome and the Rhodian Sea Law*, Iura 25 (1954), 78.

⁴ Das Seerecht von Rhodos und seine Rezeption im römischen Recht stellt ein seit langem und oft gestrittenes Problem in der Fachliteratur dar, das nicht mal bis heute auf beruhigende Weise gelöst werden konnte. Die im Text vorgestellte „Version“ geht davon aus, dass der einschlägige Digestentitel (D. 14,2) die Überschrift *De lege Rhodia de iactu* trägt, und die Mehrheit der dort befindlichen Fragmente die Regeln des Seewurfs behandelt. Von den sich nicht mit diesem Gegenstand beschäftigenden Fragmenten betrachte ich das 10. (Lab. apud Paul.) als eine *lex fugitiva*, das seinem Inhalt nach vielmehr im Titel über die *locatio conductio* (D. 19,2) befindlich sein sollte, demgegenüber weisen der Herkunftsnachweis (*ex lege Rhodia*) sowie der Text des berühmten Fragmentes von Volusius Maecianus (D. 14,2,9) – wonach sich auch der Herr der Welt, der römische Kaiser vor der auf dem Meer beherrschenden *lex Rhodia* verbeugt (in Bezug auf diese in der Fachliteratur außerordentlich viel behandelte und gestrittene Quellenstelle siehe etwa F. M. DE ROBERTIS, *Lex Rhodia. Critica e anticritica su D. 14,2,9*, Studi V. Arangio-Ruiz, III, Napoli 1952, 155ff.; A. MANFREDINI, *Il naufragio de Eudomene*, SDHI 49 (1983); G. PURPURA, *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Soveria Mannelli 1996) wohl darauf hin, dass die Bezeichnung „*lex Rhodia*“ –

auch für die römischen Juristen – nicht nur die Regeln des Seewurfs bedeutete (dies war ja die Bedeutung *par excellence*), sondern darunter hatte man im weiteren Sinne auch das gesamte Material des vom römischen Recht Seerecht von Rhodos verstanden. Vgl. mit gewissen Meinungsdivergenzen untereinander G. TEDESCHI, *Il diritto marittimo dei Romani comparato al diritto marittimo italiano*, Montefiascone 1899, 188; R. DARESTE, *La « lex Rhodia »*, NRH 29 (1905), 429; HEUMANN/SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1907⁹, s. v. Rhodius; P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris 1929, 39; S. PŁODZIEŃ, *Lex Rhodia de iactu. Studium historyczno-prawne z zakresu rzymskiego prawa handlowo-morskiego*, Lublin 1961; G. PURPURA, 'Ius naufragii', 'sylai' e 'lex Rhodia'. *Genesi delle consuetudini marittime mediterranee*, Annali Palermo 47 (2002), zitiert von P. CERAMI/A. DI PORTO/A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, Torino 2004², 266. Jedenfalls warnt TEDESCHI, a. a. O. 188f., wohl mit Recht, vor der Vermutung, dass die Römer ihr ganzes Seerecht vom Ausland importiert hätten, er meint nämlich, dass die Römer im Wesentlichen nur die Regeln des *iactus* vom rhodischen Seerecht übernahmen.

Zuerst setzte sich H. KRELLER, *Lex Rhodia. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechts*, ZgHR 85 (1921), 258ff., der Mehrheitsauffassung entgegen, der zu beweisen strebte, dass das unter dem Namen *lex Rhodia* bekannte Seerecht – unter Beachtung von allgemeinen „mediterranen“ (also nicht von spezifischen Rhodier) seerechtlichen Regeln – die Römer selbst ausgearbeitet haben. Zu dieser Ansicht schloß sich F. DE MARTINO, *Note di diritto romano marittimo. Lex Rhodia*, Rivista del diritto della navigazione (im weiteren: RDN) 3 (1937) 335ff., Teil II, ebenda 4 (1938), 209, der meint, dass von der vorklassischen Zeit an der Schiffer auf Grund der die objektive Haftung einschließenden *locatio conductio* (bzw. wenn angenommen, auf Grund der *receptum*-Haftung) von vornherein für den *iactus* haftete, und die Regeln der Schadenverteilung gemäß der *lex Rhodia* nur in dem nachklassischen Recht eingeführt wurden. Laut DE MARTINO, RDN 4 (1938), 211, konnte man im klassischen Recht gegen die Eigentümer der geretteten Waren nur auf Grund eines diesbezüglichen besonderen *pactum* auftreten. Nach seiner Ansicht haben die Römer noch andere Normen von Rhodos nicht rezipiert (a. a. O. 214). Ähnlich skeptisch ist W. OSUCHOWSKI, *Appunti sul problema del 'iactus' in diritto romano*, Iura 1 (1950), 292ff., der es auch zweifelhaft findet, ob es im Recht von Rhodos überhaupt eine Regel über den Seewurf gab. Für weitere Ansichten siehe A. PÓKECZ KOVÁCS, *Les problèmes du « iactus » et de la « contributio » dans la pratique de la « lex Rhodia »*, Festgabe für János Zlinszky, Miskolc 1998, 171ff.; J. L. ZAMORA MANZANO, *Averías y accidentes en derecho marítimo romano*, Madrid 2000 [non vidi].

Meinerseits nehme ich an, mit Rücksicht auf die in D. 14,2 erwähnten vorklassischen Juristen, dass die Rezeption der *lex Rhodia* – aber mindestens die der Regeln des Seewurfs – bereits in der vorklassischen Zeit stattfand. ATKINSON, a. a. O. 84, vermutet auf plausible Weise, dass der *praetor peregrinus* die Regeln des Seerechtes von Rhodos als *ius gentium* anzuwenden begann, und dass man dadurch die strenge *receptum*-Haftung des Schiffers mindern wollte, und zwar noch vor der Einführung der sog. *exceptio Labeoniana* (Ulp. D. 4,9,3,1). Siehe im ähnlichen Sinne E. NEGRI DI LAMPORO, *De lege Rhodia de iactu*, AG 27 (1881), 350. ATKINSON, a. a. O. 52 meint übrigens, dass die Überschrift des D. 14, 2 inadäquat sei, was damit zu erklären sei, dass die Kompilatoren das Material des Seerechts von Rhodos nicht mehr genau kannten. Es ist zu bemerken, dass die Erwähnung der *lex Rhodia* unter diesem Namen in den Quellen äußerst selten begegnet (Maec. D. 14,2,9; Paul. II *sent. eod.* 1; Paul. *Sent.* 2,7), und dies ermahnt zweifellos zur Vorsicht in Bezug auf die Beurteilung der Rezeption des Seerechts von Rhodos

2. Paulus hat das Wesen der *lex Rhodia* folgendermaßen zusammengefasst:

Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est. (D. 14,2,1)

Diese Abfassung ist so allgemein, dass es sogar die Übersetzung der ursprünglichen griechischen Regel sein könnte. Die römischen Juristen mussten diese allgemeine Regel in ihr privatrechtliches Aktionensystem einbauen, d. h. sie mussten den von der *lex Rhodia* anerkannten materiellrechtlichen Anspruch mit einer Klage versehen. Wegen der Formsparsamkeit und des Formkonservatismus⁵ des römischen Rechts ist aber doch keine „*actio legis Rhodiae*“ entstanden, obwohl eine solche Bezeichnung ganz gut zur *actio legis Aquiliae* gepasst hätte. Eine Klagenbezeichnung, die auf ein fremdes Gesetz hinweist, wäre für die stolzen Römer auch ansonsten nicht vorstellbar gewesen.⁶ Die römischen Juristen lösten die Aufgabe mit genialem Verständnis. Sie hielten sich die typischen Fälle vor Augen, nämlich wenn zwischen dem Schiffer und den Befrachtern eine *locatio conductio* entstanden ist, und sie haben den gemäß der *lex Rhodia* bestehenden materiellrechtlichen Anspruch zur *actio locati* und zur *actio conducti* zugeordnet. Auch in diesem Fall ist es also den römischen Juristen gelungen, einen neueren, sich aus dem Wirtschaftsleben ergebenden, materiellrechtlichen Anspruch durch elastische Verwendung von bereits bestehenden prozessrechtlichen Konstruktionen zu decken, während die Schaffung einer neuen juristischen Form vermieden werden konnte. Dabei ist es auch gelungen, die vom griechischen Recht importierte Regel möglichst perfekt⁷ in die Regeln der *locatio conductio* einzubauen.⁸

Der einzige Schönheitsfehler dieser Lösung ist, dass sie die Durchsetzung

im römischen Recht. Jedenfalls finde ich die Zugrundelegung des im 8. Jahrhundert (so DARESTE, a. a. O.; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, 697; nach anderen Ansichten im 9. Jahrhundert) entstandenen νόμος Ροδίων ναυτικός zur Forschung der fast tausend Jahre früheren Rezeption der *lex Rhodia* im antiken römischen Recht unbedingt riskant.

⁵ Diesbezüglich siehe F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin/Leipzig 1934, 47.

⁶ Vgl. G. HAMZA, *Comparative Law and Antiquity*, Budapest 1991, 18f.

⁷ Laut OSUCHOWSKI, a. a. O. 297, stellt gerade der perfekte Einbau ins römische Aktionensystem den überzeugendsten Beweis dafür dar, dass die Römer die Schadenverteilungsregel nicht von dem Recht von Rhodos entnahmen.

⁸ F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I, München 1989, 349²², weist anschaulich darauf hin, dass „bezeichnend für die Selbstsicherheit der römischen Juristen werden diese Usancen durchweg einer strikten *interpretatio Romana* unterworfen“. DE MARTINO, RDN 3 (1937), 10, stellt es immerhin mit Recht fest, dass es eigenartig ist, dass die Quellen es nicht begründen, warum eben die Konstruktion der *locatio conductio* als Form der Regelung der *lex Rhodia* gewählt wurde.

der Regeln der *lex Rhodia* in den Fällen nicht ermöglicht, wenn zwischen dem Schiffer und den Reisenden keine *locatio conductio*, sondern ein anderer Vertrag, z. B. ein *contractus innominatus* oder ein *mandatum* entstanden ist. Wir wissen es nicht, ob in diesen Fällen die Möglichkeit zur analogen Anwendung der *lex Rhodia* vorhanden war.⁹ Es ist vorstellbar, dass die römischen Juristen den Seewurf, wenn außerhalb der *locatio conductio*, dann nur im deliktsrechtlichen Kontext betrachten konnten. Ulpian spricht nämlich im XLI. Buch seines Sabinus-Kommentars über *furtum* darüber, dass wenn jemand um seine eigenen Waren zu retten, die Waren eines anderen ins Meer warf, nur dann haftet, wenn er ohne ausreichenden Grund oder böswillig handelte:

Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare proiecit, nulla tenetur actione: sed si sine causa id fecisset, in factum, si dolo, de dolo tenetur.
(Ulp. D. 19,5,14 pr.)

Es ist aber auch ziemlich leicht vorzustellen, dass diese Regel nicht dazu bestimmt war, eine mit der *lex Rhodia* zusammenhängende Rechtslücke, die im Bereich der *contractus innominati* aufgetreten hat, auszufüllen, sondern sie ergänzte einfach die Regeln der *lex Rhodia* mit einer deliktsrechtlichen Regel.¹⁰ Es steht außer Zweifel, dass diese deliktsrechtliche Regel auch im Bereich der *locatio conductio* geltendgemacht wurde: nämlich wenn die Waren ohne ausreichenden Grund hinausgeworfen wurden.¹¹ In diesem Fall war die Schadenverteilung gemäß der *lex Rhodia* nicht anzuwenden, weil das rhodische Gesetz sich nur auf den zum Zweck der Rettung des Schiffes vorgenommenen Seewurf bezog.¹²

⁹ Laut HUVELIN, a. a. O., 189, war es in diesen Fällen ohne weiteres möglich, durch *praescriptis verbis actio* oder *mandati actio* zu klagen.

¹⁰ Wenn jemand die Sache eines anderen vom Schiff in die See warf, dann war die *actio legis Aquiliae* wegen Fehlens des Elementes *corpori* ursprünglich nicht statthaft, das klassische Recht hat aber die Klage *utiliter* gewährt, siehe Proc. D. 41,1,55 i. f., vgl. H. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht der „lex Aquilia“*, Wien 1996⁵, 18.

¹¹ Nach J. ROUGÉ, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire Romain*, Paris 1966, 399, war zur Feststellung der Gefahr und zur Verordnung des Seewurfs der *gubernator*, also der Steuermann berechtigt, richtiger erscheint aber die Ansicht von B. SIRKS, *Food for Rome*, Amsterdam 1991, 27, und A. WÄCKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick*, ZSS 111 (1994), 301⁸⁶, die meinen, dass die endgültige Entscheidung auch in dieser Frage in den Händen des Schiffskapitäns, also des *magister navis* war. Laut NEGRI DI LAMPORO, a. a. O. 335, hat die Rechtsprechung im Allgemeinen vermutet, dass die den *iactus* rechtfertigende – sich auch rechtlich schwer bestimmen lassende und noch schwieriger zu beweisende – Gefahr vorlag.

¹² Laut G. BONOLIS, *La responsabilità derivante dal 'receptum nautarum' in diritto romano*

Es ist eigenartig, dass laut dem oben zitierten Ulpiantext der die Waren eines anderen willkürlich ins Meer werfende Reisende mit „keiner Klage“ (*nulla actione*) haftet. Es ist möglich, dass etwas aus dem Text ausgeblieben ist,¹³ bzw. dass Ulpian daran gedacht hat, dass jede *poenalis actio* ausgeschlossen ist. Es ist aber auch vorstellbar, dass Ulpian nur verneint hat, dass das im XLI. Buch seines Ediktskommentars behandelte *actio furti* erhebt werden kann, denn im Fall von dem Schaden, der durch Seewurf verursacht worden war, gewährte bereits das frühklassische Recht eine *utilis actio legis Aquiliae*.¹⁴

3. Der nicht auf Grund der *locatio conductio* geleistete Warentransport stellte aller Wahrscheinlichkeit nach eine seltene Ausnahme dar, und diese Fälle konnten in der Praxis keine Probleme verursachen. Es kann diesem Umstand zugeschrieben werden, dass unsere Quellen diese Rechtslücke übergehen. Diente als Form des Beförderungsvertrags die *locatio conductio*, so ergaben sich die folgenden Fallvariationen.

a) Der Schiffer hat den Vertrag im einfachsten Fall in Form von *locatio conductio operis*¹⁵ abgeschlossen, wobei er sich verpflichtet hat, den Reisenden mit seinen Waren, oder nur den Reisenden, oder nur dessen Waren von einem Hafen in den anderen zu befördern. Die Frachtgebühr (*naulum, vectura*) wurde in einer Summe festgesetzt.¹⁶ Dieser Sachverhalt kann mit

e in diritto bizantino, Annali Macerata 5 (1929), 493, fand die Schadenverteilung auch in demjenigen Fall nicht statt, wenn das Schiff wegen *culpa* des Schiffers in Gefahr geraten ist. Dies ist wahrscheinlich auf Grund der von ihm zitierten Stellen Paul. D. 6,1,16,1 und Ulp. D. 19,2,13,2, obwohl es in der *sedes materiae*, also im D. 14,2 keinen solchen Hinweis gibt.

¹³ DE MARTINO, RDN 4 (1938), 183f., nimmt Interpolation an.

¹⁴ Vgl. Fn. 10 oben.

¹⁵ Ich benutze zur Bezeichnung der einzelnen Typen der *locatio conductio* hier und im Folgenden die in moderner Literatur üblichen *termini technici*. Obwohl sie natürlich nicht quellenmäßig sind, ist jedoch ihre Anwendung einerseits zweckmäßig, andererseits findet diese Differenzierung in den Quellen eine gewisse Unterstützung. Die Fachliteratur ist nicht einheitlich in der Beurteilung der Frage, ob die Trichotomie der *locatio conductio* in das antike römische Recht zurückprojiziert werden kann. Laut L.-R. MÉNAGER, « *Naulum* » et « *receptum rem salvam fore* », RHD 38 (1960), 187, „il est vain de vouloir partir dans les sources juridiques romaines en quête d'une distinction trichotomique“, siehe dagegen z. B. O. LENEL, *Kritisches und Antikritisches*, ZSS 49 (1929), 2, der diese Kategorien auch für die Schifffrachtverträge des antiken römischen Rechts für anwendbar hält. Überzeugend ist für mich die Ansicht von I. MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung bei der „locatio conductio“ zur Zeit des Prinzipats*, ANRW II, 14, 584, der die Trichotomie mit gewisser Vorbehaltung akzeptiert. Siehe neuerdings R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, passim; A. PÓKECZ KOVÁCS, *Quelques observations sur la division de la « locatio conductio »*, Festschrift Ferenc Benedek, Pécs 2001, 217ff.

¹⁶ Scaev. D. 19,2,61,1; siehe auch ROUGÉ, a. a. O. 361ff.; MÉNAGER, a. a. O. 180ff.

Rücksicht auf den Schiffer und auf den Warentransport, im Wesentlichen den Quellen entsprechend, auch *conductio rerum vehendarum* genannt werden (siehe Ulp. D. 14,1,1,3; eod. 1,12; Paul. D. 14,2,2 pr.; Lab. eod. 10 pr.; Ulp. D. 19,2,13,1). Dieser einfachste Fall stellte gleichzeitig den am häufigsten verwendeten Normalfall dar, wie es der Stelle Paul. D. 14,2,2 pr. klar zu entnehmen ist.

- b) Der Schiffsfrachtvertrag konnte auch in Form von *locatio conductio rei* abgeschlossen werden, wobei der Schiffer als *locator (navis)* galt, während die Reisenden als *conductores* galten, die auf dem Schiff Plätze mieteten.¹⁷ Diese Konstruktion, wie darauf Meyer-Termeer aufmerksam macht, war für den Reisenden vorteilhaft, weil er auf diese Weise einen gewissen Platz auf dem Schiff seinen eigenen nennen konnte, und daher durfte nicht mal der Schiffer andere Personen oder die Sachen von anderen dahin senden bzw. ablegen.¹⁸ Der Reisende ist also in eine stärkere rechtliche Position geraten, aber ähnlich wie in dem vorigen Sachverhalt ist das Schiff auch in diesem Fall unter Kontrolle des Schiffers geblieben.
- c) Es kam auch oft vor, dass ein Kaufmann – oder mehrere Kaufleute zusammen¹⁹ – ein ganzes Schiff abheuert (Scaev. D 19,2,61,1). Auch in diesem Fall waren mehrere Variationen vorhanden. Erstens kann man unterscheiden, ob der Schiffer die Führung des Schiffes für sich vorbehalten, oder dem Mieter übergeben hat. Andererseits konnten auch in dem ersten Fall die Parteien eine *conductio rerum vehendarum* oder *locatio (totius navis)* abschließen. Die Quellen erwähnen meistens die *locatio totius navis*, wo der Schiffer als *locator (navis)*, und der das Schiff abheuernde Kaufmann als *conductor* gilt. Der Kaufmann übernimmt in diesen Fällen nicht unbedingt die Führung des Schiffes.²⁰ Der Fall,

¹⁷ Ulp. D. 14, 1, 1, 12: *vectoribus locet*; Paul. D. 14,2,2 pr.: *vectores, qui loca in navem conduxerunt*.

¹⁸ A. J. M. MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht*, Zutphen 1978, 180^o.

¹⁹ Laut MÉNAGER, a. a. O. 182, haben im Allgemeinen mehrere Kaufleute zusammen ein Schiff geheuert. Dies wird auch von den archäologischen Untersuchungen unterstützt, siehe TH. PEKÁRY, *Die Wirtschaft der griechisch-römischen Antike*, Wiesbaden 1979, 137.

²⁰ Nach den Tatbeständen in Ulp. D. 4,9,3,1 sowie in Lab. D. 14,2,10,1 behält der Schiffer die Führung des Schiffes, und er ist auch verantwortlich dafür; siehe diesbezüglich MÉNAGER, a. a. O. 399f., vgl. auch R. FERCIA, *La responsabilità per fatto degli ausiliari nel diritto romano*, Padova 2008, 308ff. Nach MEYER-TERMEER, a. a. O. 194³⁰ liegt in diesen Fällen ein kombinierter Miet- und Frachtvertrag vor, meines Erachtens ist es aber richtiger, diesen Fall als eine Manifestierung der komplexen Natur der *locatio conductio* anzusehen. In den Tatbeständen, die in Lab. D. 14,2,10,2 i. f. und Scaev. D. 19,2,61, 1 behandelt sind, übernimmt der Kaufmann die Führung des Schiffes, die detaillierte Analyse dieser Stellen siehe bei MEYER-TERMEER, a. a. O.

wenn der Kaufmann das Schiff in Form von *conductio per aversionem*²¹ abheuert, stellt eine qualitative Abweichung dar. Dann wird er nämlich zum *exercitor navis*, während der Schiffer nur die Position des *dominus navis* behält. Dieser Vertrag konnte sowohl auf bestimmte Zeit als auch auf „ewige Zeit“ abgeschlossen werden (Ulp. D. 14,1,1,15; Lab. D. 14,2,10,2 i. f.). Im letzteren Fall hat sich der Mieter eine eigentümerähnliche Stellung verschafft.²²

4. Wie es aus den oben Geschriebenen hervorgeht, galt der Schiffer – der höchstpersönlich handelnde Schiffsunternehmer, oder aber meist eher der *magister navis*²³ – typisch als *conductor (rerum vehendarum)*, demgegenüber galten die Besteller als *locatores*. Dementsprechend konnte

180^o. Auf Grund der Stellen Ulp. D. 14,1,1,3,12 und Paul. D. 14,2,2 pr. erfahren wir nur soviel, dass in den dort behandelten Fällen die *locatio totius navis* stattfand.

²¹ Zum Begriff der *aversio* siehe aus der alten Literatur etwa B. BRISSONIUS, *De verborum significatione*, Halae Magdeburgicae 1743, s. v.; neuerdings siehe É. JAKAB, „*Aversione venire*“ — Verkauf in «*Bausch und Bogen*»?“, in W. Ernst/É. Jakab (hrsg.), *Usus antiquus juris Romani*, Berlin/Heidelberg 2005, 87ff., F. DE MARTINO, *Exercitor*, NDI VI (1960), 1089, meint, dass die *conductio in aversionem* eigentlich kein Mietvertrag ist, sondern kann eher als Kauf betrachtet werden.

²² Vgl. J. VÉLISSAROPOULOS, *Les naulères grecs*, Genève/Paris 1980, 273ff.; HAMZA, a. a. O. 165ff. – Hierbei stellt sich die Frage, warum man keinen Kaufvertrag anstatt der *locatio per aversionem* abgeschlossen hat. Der tatsächliche Hintergrund des von den ägyptischen Papyri bekannten *μισθοπρασία* (der ebenfalls einen auch als Kauf funktionierenden Mietvertrag darstellte) ist ebenfalls umstritten, siehe G. PURPURA, ‘*Misthoprasiarum*’ ed ‘*exercitores*’, *Annali Palermo* 40 (1988), passim, und die dort zitierten Quellen und Literatur. Purpura weist darauf hin, dass man die gut erhaltenen Schiffe sogar nach 60 Jahren benutzen konnte, andererseits der in einem Betrag bestimmte, aber durch Teilzahlung getilgte Mietzins sich an den Kaufpreis des Schiffes angenähert wurde, den Kaufpreis doch nicht erreicht hat. Die *aversio* bzw. die *μισθοπρασία* werden in der Fachliteratur auf drei Arten ausgelegt: einige Verfasser führen diese hybriden Vertragstypen auf die Aufbewahrung der sich auf das Schiffseigentum beziehenden Privilegien, andere auf das Übereignungsverbot (das ist am wenigsten wahrscheinlich), und wiederum andere (wie Purpura selber) auf die den Mieter bevorzugenden Bedingungen zurück. Die zuerst und zuletzt erwähnten Gründe schließen einander meines Erachtens nicht aus (vgl. Call. D. 27,1,17,6), aber vielleicht war es noch wesentlicher, dass die Schiffseigentümer das fruchtbringende Schiff einfach nicht verkaufen wollten, und auf dem „Schiffsmarkt“ waren sie in Überlegenheit. Im Gegensatz zum Purpura meine ich also, dass der Mietzins den Kaufpreis manchmal übersteigen konnte.

²³ In den Quellen über die *lex Rhodia* (D. 14,2; Paul. 2,7) ist der *exercitor* nicht erwähnt, da im Allgemeinen nicht der Schiffsunternehmer selbst, sondern der *magister navis* mit den Reisenden im Rechtsverhältnis stand, indem meistens er mit ihnen die *locatio conductio* abschloß. Vgl. A. FÖLDI, *Die Entwicklung der sich auf die Schiffer beziehenden Terminologie im römischen Recht*, TR 63 (1995), 1ff.

von den Eigentümern der hinausgeworfenen Waren gegen den Schiffer im Allgemeinen eine *actio locati* erhoben werden. In diesem Fall konnten die *conductores* vom Schiffer verlangen, dass er mittels Zurückbehaltung (*retentio*) der geretteten Waren oder nötigenfalls durch Verklagung ihrer Eigentümer deren Anteil eintreibe, und die so eingegangenen Summen den Beschädigten verhältnismäßig auszahle. Der Schiffer konnte seinerseits die Eigentümer der geretteten Waren mit *actio conducti* klagen. Im Fall anderer Konstruktionen (also wenn der Schiffer als *locator*, während die Besteller als *conductores* galten), ergab sich eine ähnliche Lage, nur die Bezeichnungen der Klagen wurden vertauscht (Paul. D. 14,2,2 pr.).

Die Eigentümer der hinausgeworfenen Waren konnten weder die Eigentümer der erhalten gebliebenen Waren, noch den von dem Reeder verschiedenen Schiffseigentümer (*dominus navis*) klagen, weil sie nur mit dem *magister navis* in Rechtsverhältnis standen. Gegen die Eigentümer der geretteten Waren und den *dominus navis* konnte man auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung ebenfalls nicht auftreten, denn ihr Vermögen hat durch die Rettung des Schiffes bzw. der Waren nicht gewachsen, und das „*damnum cessans*“ war im römischen Recht nicht zu berücksichtigen.²⁴ Doch wenn der Schiffseigentümer den *magister navis* präponierenden *exercitor* war, konnten die Eigentümer der hinausgeworfenen Waren ihn als solche mit *actio exercitoria* klagen. Aufgrund dieser Regeln lässt sich zweifellos die Mangelhaftigkeit der Konstruktion feststellen. Im Falle der Schaffung einer *sui generis* Klage („*actio legis Rhodiae*“) wäre es nämlich vorstellbar gewesen, dass die Eigentümer der hinausgeworfenen Waren unmittelbar die Schuldner klagen, und die Geltendmachung ihrer Rechte nicht von der Tätigkeit des Schiffers abhängt. Dagegen hat diese Lösung zweifellos eine gewisse Zweckmäßigkeit, da der Schiffer eine verhältnismäßig gute Übersicht über die Wareneigentümer sowie über die Waren hat, und nicht zuletzt die erhalten gebliebenen Waren besitzt.

²⁴ Das „*damnum cessans*“ wurde nicht einmal dann berücksichtigt, wenn das Schiff wegen der Verschöpfung von den Waren beschädigt wurde (Paul. D. 14,2,2,1). Die Schiffer waren dadurch angetrieben, den *iactus mercium* zu verordnen, daher sehe ich diese Regel als problematisch an, obwohl eine gegensätzliche Lösung vielleicht noch mehr Sorgen machen würde. Immerhin stellt es G. MARTON, *A polgári jogi felelősség* [= Die zivilrechtliche Haftung], hrsg. J. ZLINSZKY, Budapest 1992, 157, mit Recht fest, dass die innerhalb der Risikogemeinschaft bestehende Haftung, deren Modell die *lex Rhodia* ist, eigentlich auf dem Verbot der ungerechtfertigten Bereicherung beruht. MOLNÁR, *Fejezetek a klasszikus kori locatio conductio köréből* [= Abschnitte aus dem Kreise der „locatio conductio“ des klassischen Zeitalters], Szeged 1982 [= Acta Szeged tom. XXIX fasc. 2], 41, betont in dieser Hinsicht die Rolle der *bona fides*.

5. Der Schiffer haftete für die Eigentümer der geretteten Waren nicht: er war zwar verpflichtet zu versuchen, den Anspruch geltendzumachen – nötigenfalls durch Prozess –, aber im Falle von Erfolglosigkeit haftete er nur im Verhältnis seines eigenen Anteils (Paul. D. 14,2,2,6).²⁵ Zur Sicherung der Forderungen stand dem Schiffer über die (geretteten) Waren in seinem Besitz *retentio* zu.²⁶ Wenn die hinausgeworfenen Waren gerettet wurden, und ihr Eigentümer sie zurückerlangen hat, war er verpflichtet in der Schadenverteilung genauso teilzunehmen, wie die Eigentümer, deren Waren nicht hinausgeworfen wurden (Paul. D. 14,2,2,7).²⁷

Die Verpflichtung, die Schulden verhältnismäßig zu tragen, erstreckte sich nicht nur auf den Schiffer und die Wareneigentümer, sondern auf alle, die Interesse daran hatten, dass das Schiff durch den Seewurf gerettet wird. Auf diese Weise waren auch diejenigen Reisenden verpflichtet, ihren Anteil zu bezahlen, die keine Waren hatten (Paul. D. 14,2,2,2).

Die im Meer ertrunkenen Sklaven waren so zu betrachten, als ob sie auf dem Schiff wegen Krankheit gestorben wären, oder von sich selbst ins Meer gesprungen hätten (Paul. D. 14,2,2,5). Im Hintergrund dieser Regel ist vielleicht die Erwägung zu suchen, dass so den sich aus dem Tod der Sklaven ergebenden Verlust nicht die anderen tragen mussten. Ich denke nicht, dass der Hinauswurf

²⁵ HUVELIN, a. a. O. 193, stellt es zutreffend fest, dass bei der *lex Rhodia* der Schiffer „est traité plutôt comme un liquidateur de la contribution que comme un obligé en première ligne à la contribution ... comme le *paterfamilias* est le liquidateur naturel et légal de *pécule*“.

²⁶ Siehe ausführlich A. BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, Zürich 1979, 206ff.

²⁷ Nach den Quellen wurden die hinausgeworfenen Waren oft von darauf spezialisierten *urinatores* (siehe diesbezüglich ROUGÉ, a. a. O. 200; J. L. ZAMORA MANZANO, *El salvamento y la asistencia marítima en el derecho romano*, RIDA 48 [2001], insbesondere 385ff.) aus dem Meer zurückerworben, und für ein gewisses Entgelt zurückgegeben. Die hinausgeworfenen Waren galten nicht als *res derelictae*, sie konnten nicht okkupiert werden, und ihre willkürliche Wegnahme wurde als *furtum* betrachtet, siehe Paul. D. 14,2,2,8; Iul. eod. 8; Gai. D. 41,1,9,8; Iul. D. 41,7,7; Ulp. D. 47,2,43,11; I. 2,1,48. Vgl. F. BENEDEK, *Derelictio, occupatio, usucapio*, in: *Jogtörténeti tanulmányok* [= Rechtsgeschichtliche Studien], V, Budapest 1983, 10f.; L. VACCA, *'Derelictio' e acquisto delle 'res pro derelicto habitae'*, Milano 1984, 90ff. Im Mittelmeerraum, insbesondere in der griechischen Inselwelt war es seit alters natürlich – dabei kann man sogar über eine „Rechtsgewohnheit“ sprechen – dass diejenige Person, die im Falle eines Schiffbruches eine verlorene Sache findet, zum Eigentümer wird, siehe J. ROUGÉ, *Navi e navigazione nell'antichità*, Firenze 1977, 20, 148f, 162 und 188. Die römischen Kaiser konnten die regelmäßige Aneignung der Sachen der Schiffbrüchigen nicht mal mit harten strafrechtlichen Sanktionen (in einem *rescriptum* von Antoninus Pius liest man bezüglich der gewaltsamen Handlungen gegen die Schiffer die Worte *severissime puniatur* [Marc. D. 48,7,1,2]; siehe auch Paul. D. 47,9,4,1; CTh 13,5,29 = C. 11,2,3 [a. 400]) zurückdrängen, siehe diesbezüglich etwa L. FRIEDLÄNDER, *Sittengeschichte Roms*, Wien 1934, 291.

von Sklaven, die kleines Gewicht, aber meistens verhältnismäßig großen Wert hatten, in Frage kam. Dabei kann man nicht nur mit humanitären, sondern auch mit praktischen Gründen rechnen, jedenfalls waren die Eigentümer am Hinauswurf von Sklaven bei einer solchen Regelung nicht interessiert.²⁸

Keine von den Regeln des Seewurfs abweichenden Regeln bezogen sich auf Bestandteile des Schiffes, die um das Schiff zu erleichtern hinausgeworfen wurden (Pap. D. 14,2,3; Herm. eod. 5,1). Wenn aber die Bestandteile nicht freiwillig²⁹ hinausgeworfen wurden, sondern sie zum Opfer des Sturmes fielen, dann musste der Schiffer diese Schäden tragen (Paul. D. 2,7,2). Die Kosten der Wiederherstellung des Schiffes musste genauso ausschließlich der Schiffer selber tragen (Iul. D. 14,2,6). Der Schaden, der sich aus der Verschlechterung des Schiffes wegen des Sturmes ergab, gehörte nämlich zum Geschäftsrisiko des Schiffers, welches die Besteller (in der Form der Frachtgebühr) bereits bezahlt hatten. Doch stellte ein Schaden, der wegen Wunsch der Reisenden oder begründeter Angst entstand, den Gegenstand der Schadenverteilung dar (Paul. D. 14,2,2,1).³⁰ Man kann also in Bezug auf die Beschädigung des Schiffes sowohl die einschränkende, als auch die ausbreitende Auslegung der *lex Rhodia* erfahren.

6. Im Fall eines Schiffbruchs war die *lex Rhodia* nicht anzuwenden. Wenn vor dem Schiffbruch keine Waren hinausgeworfen worden sind, dann konnten die Eigentümer der verlorenengegangenen Waren auch darum keine Schadenverteilung verlangen, weil kein Hinauswurf stattfand (Call. D. 14,2,4 pr.; Herm. eod. 5 pr.; Paul. eod. 7). Wenn vor dem Schiffbruch ein *iactus mercium* stattfand, dann gab es zwei Möglichkeiten:

a) wenn die hinausgeworfenen Waren gerettet wurden, und die weiteren

²⁸ Laut J.-M. PARDESSUS, *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII^e siècle*, I, Paris 1828, 106, war der Hinauswurf von Sklaven ausdrücklich verboten. An einer Cicero-Stelle (*De off.* 3, 89) liest man auch darüber, dass im Falle von Seegefahr der Wurf eines geringwertigen Sklaven anstatt eines wertvollen Pferdes von den Römern erwägt wurde. R. GAMAUF, *Sklavenschutz und römische Jurisprudenz*, OIR 6 (1998) 26, 40⁷⁶, weist darauf hin, dass bei den antiken Römern das Leben der Sklaven manchmal als Gegenstand von kalter wirtschaftlicher Erwägung in Betracht kam, ich meine aber – auch mit Rücksicht auf das Fehlen von einschlägigen juristischen Quellen – dass die sich auf die Seegefahr beziehende Äußerung von Cicero für ein rein theoretisches Beispiel zu halten ist, vgl. H. HONSELL, „*Quod interest*“ im „*bonae-fidei-iudicium*“, München 1969, 11; D. NÖRR, *Causa mortis*, München 1986, 8.

²⁹ ROUGÉ, *Recherches* (zit.), 404, betont mit Recht das Element der Freiwilligkeit. Wenn nämlich der vom Sturm durchgebrochene Mastbaum hinausgeworfen wurde, ging es um keinen freiwilligen Seewurf, sondern um vom Schiffer zu tragenden „Sturmschaden“.

³⁰ Laut NEGRI DI LAMPORO, a. a. O. 336, bezieht sich der von Paulus erwähnte *metus* nicht auf unbegründete Angst.

Waren zusammen mit dem Schiff verloren gegangen sind, dann konnten die Eigentümer der letzteren keine Schadenverteilung verlangen (Call. D. 14,2,4,1 [Satz 2]), weil *iactus in tributum nave salva venit* (Call. eod. 4 pr.), d. h. die *lex Rhodia* war nur dann anzuwenden, eine Schadenverteilung konnte nur dann stattfinden, wenn das Schiff erhalten geblieben war.³¹

b) dagegen im Fall wenn das durch Seewurf gerettete Schiff später anderswo versank, und es gelungen ist, einige Waren zu retten, waren die Eigentümer der früher hinausgeworfenen Waren immer noch berechtigt zu verlangen, dass die Eigentümer der geretteten Waren – einschließlich der Eigentümer von der nach dem Schiffbruch aus dem Meer zurückerworbenen Waren – mit ihnen den Schaden teilen (Sab. apud Call. D. 14,2,4,1 [Satz 1]; Paul. D. 2,7,3).

Die Anforderung der Unversehrtheit des Schiffes hat also nur bedeutet, dass das Schiff durch den Seewurf gerettet werden musste. Anders formuliert hat die *lex Rhodia* zwar nur den „erfolgreichen“ Seewurf honoriert, aber der später anderswo eingetretene Untergang des Schiffes hat den auf die vorige Weise erlangten Anspruch auf Schadenverteilung nicht beeinflusst.

Dieselben Regeln fanden Anwendung, wenn die Waren nicht hinausgeworfen wurden, sondern man hat sie zum Zweck der Rettung in Boote gelegt. Wenn die Umladung deshalb vorgenommen wurde, um das Schiff zu retten, dann wurden diese Waren – abhängig von deren Schicksal (z. B. wenn sie wegen Unfalls des Bootes versanken) – als hinausgeworfene Waren betrachtet (Call. D. 14,2,4 pr.; Paul. D. 2,7,4).

Wenn ein von Piraten (*piratae*) geraubtes Schiff ausgelöst wurde, musste jeder zur Lösegeldsumme beitragen, wenn aber jemand seine von den Räubern (*praedones*) weggenommenen Waren ausgelöst hat, konnte er die Verteilung seines Schadens nicht verlangen. Dies ist einem Paulus-Fragment zu entnehmen, in dem sich der große Spätklassiker auf Servius, Ofilius und Labeo berief (D. 14,2,2,3). Diese Regel zeigt, dass die *lex Rhodia* bereits in der spätvorklassischen Zeit weitgehend angewendet wurde, und zwar auch mittels Analogie.³²

³¹ Auch Paulus (2, 7, 5) legt dieses Prinzip fest: *Collatio intributionis ob iactum salva nave fieri debet*. Vgl. F. WIEACKER, *Iactus in tributum nave salva venit* (D. 14, 2, 4 pr.). *Exegese zur „lex Rhodia de iactu“*, Studi in memoria di Emilio Albertario, I, Milano 1953, 515ff.

³² Die Piraterie hat ihren Höhepunkt gerade in dieser Epoche (ganz genau in den ersten Jahrzehnten des 1. Jahrhunderts v. Ch.) erreicht, siehe E. MARÓTI, *Die Rolle der Seeräuberei zur Zeit der römischen Bürgerkriege*, Das Altertum 7 (1961), 32ff.; DERS., *Die Rolle der Seeräuber in der Zeit des Mithridatischen Krieges*, in *Ricerche storiche ed economiche in memoria di Corrado Barbagallo*, I, Napoli 1970, 479ff. Für die hervorragende Bedeutung der einschlägigen Forschungen von Egon Maróti siehe PH. DE SOUZA, *Piracy in the Graeco-Roman World*, Cambridge 2000, 117.

7. Im Kontext der *lex Rhodia* wird in den Quellen die Schadenverteilung *collatio*, und der der *collatio* zugrunde liegende Anteil *portio* genannt. Wie bereits oben erwähnt, mussten in der *collatio* alle teilnehmen, die am Seewurf Interesse hatten, also auch der Schiffseigentümer sowie diejenigen Reisenden, die keine Waren hatten. Die Größe der *portio* wurde nach dem Wert der Dinge bestimmt. Sogar der Wert von Kleidung und Sachen zum persönlichen Gebrauch (z. B. Schmuckstücke) wurden in Betracht gezogen, aber die zum Verbrauch auf das Schiff gebrachten Sachen (z. B. Lebensmittel) ließ man außer Acht (Paul. D. 14,2,2,2). Die Berücksichtigung der Sachen zum persönlichen Gebrauch war nötig, denn ein allgemeines Prinzip des römischen Rechts hat es ausgeschlossen, dass der Körper eines freien Menschen zum Gegenstand von Wertschätzung wird,³³ deshalb konnte die *portio* im Fall solcher Reisenden, die keine Waren hatten, nur auf Grund des Wertes der Sachen zum persönlichen Gebrauch bestimmt werden. Da sich das Verbot der *aestimatio* nur auf freie Menschen bezog, musste man die mit den freien Menschen zusammen reisenden Sklaven nach ihrem Wert in Betracht ziehen.

Den Obenstehenden entsprechend musste bei dem *dominus navis* grundsätzlich der ganze Wert des Schiffes maßgebend sein.³⁴ In dieser Hinsicht ist den Quellen leider keine Auskunft zu entnehmen. Es ist vorstellbar, dass aus Gründen der Billigkeit im Fall des *dominus navis* die Herabsetzung der *portio* möglich war, wenn auf Grund des Wertes des Schiffes seine *portio* allzu groß gewesen wäre.³⁵

³³ *Corporum liberorum aestimationem nullam fieri posse* (Paul. D. 14,2,2,2). Dieses Prinzip wurde auch an mehreren anderen Stellen festgelegt (Gai. D. 9,1,3; idem D. 9,3,7). Man hielt auch die Freiheit (*libertas*) und die hochwertige geistige Arbeit (*artes liberales*) für unschätzbar. Es geht hier nicht nur um das Verbot der prozessualen *aestimatio*. Diese waren nach der römischen Auffassung grundlegende Werte. Tatsächlich ziehen sich hinter den schönen römischen Prinzipien manchmal kleinliche finanzielle Überlegungen zurück, wie im Fall des *partus ancillae*. Bei der *lex Rhodia* befand sich hinter dem Verbot der *aestimatio* keinerlei solche Überlegung: wenn nämlich in diesem Fall die *aestimatio* genehmigt worden wäre, das hätte gerade die *portio* der Reisenden mit geringem Gepäck erhöht, und wäre also für sie unvorteilhaft gewesen. Hier kommt der Grundsatz wirklich in seiner prinzipiellen Reinheit zur Geltung.

³⁴ PARDESSUS, a. a. O. 69; TEDESCHI, a. a. O. 203.

³⁵ Laut K. HOPKINS, *Models, Ships and Staples, in Trade and Famine in Classical Antiquity* (edd. P. Garnsey/C. R. Whittaker), Cambridge 1983, 101, betrug der Wert – bzw. die Kosten der Erbauung – eines mittelgroßen römischen Frachtschiffes (mit einer Tragfähigkeit von 400 Tonnen) mindestens 250 000 – 400 000 HS, während der Wert von der Ladung (wenn es um Weizen ging) gegen 185 000 HS war. Der Wert des Schiffes konnte also das Doppelte des Wertes der Ladung übersteigen, und dies galt keineswegs als ein übertriebenes Verhältnis.

Der Wert der Dinge musste auf Grund von Schätzung bestimmt werden. Im Falle der geretteten Waren wurde die *portio* auf Grund desjenigen Wertes gebildet, für den sie verkauft werden konnten:

Sed in his rebus, quarum nomine conferendum est, aestimatio debet haberi non quanti emptae sint, sed quanti venire possunt (Paul. D. 14,2,2,4).

Dagegen diente im Falle der hinausgeworfenen Waren zum Grund der Schätzung wahrscheinlich der Anschaffungspreis, dass erheblich niedriger war, als der mögliche Verkaufspreis.³⁶ Diese Folgerung lässt sich aus Paulus' Erläuterung ziehen, nach welcher im Bereich der *lex Rhodia* nicht das *lucrum* (*cessans*), sondern nur das *detrimentum* (d. h. das *damnum emergens*) zu ersetzen war:

Portio autem pro aestimatione rerum, quae salvae erunt, et earum, quae amissae sunt, praestari solet, nec ad rem pertinet, si hae, quae amissae sunt, pluris veniri poterunt, quoniam detrimenti, non lucri fit praestatio (Paul. D. 14,2,2,4).

8. Für wen war diese zweifache Beurteilung vorteilhaft? Wir sollten mal das Wirken dieser Regel durch ein ganz einfaches Beispiel untersuchen. Nehmen wir an, dass die Waren von Titius und Seius auf dem Schiff sind, der Anschaffungswert von den Waren der beiden beträgt 40 000 sestertius (HS), und ihr Wert kann während des Verkaufs 60 000 HS erreichen.³⁷ Wenn der *iactus* stattfindet, nur Seius' Waren werden ins Meer geworfen, und sie gehen alle verloren. Bei der *collatio* muss in Bezug auf Titius der Verkaufswert (60 000 HS), bei Seius aber nur der Kaufpreis in Betracht gezogen werden. Der auf diese Weise gerechnete Gesamtwert ist 100 000 HS,

³⁶ Die Quellen (Ulp. D. 15,3,5 pr.; idem 47,2,50 pr.) setzen gegen den Verkaufspreis, bzw. gegen den *interesse*-Wert den tatsächlichen Wert der Sache (*verum rei pretium*) entgegen. Der Letztere entsprach im Fall der hinausgeworfenen Waren vermutlich deren Anschaffungspreis.

³⁷ Die beispielsweise erwähnte Preisspanne von 50 % ist keineswegs übertrieben, denn die römischen Kaufleute haben die Waren, um das erhebliche Risiko zu kompensieren, mit ziemlich hohem Gewinn weiterverkauft, siehe PEKÁRY, a. a. O., 99. IOHANNES VOET zählt übrigens in seinem Beispiel (*Commentarius ad Pandectas*, Coloniae Allobrogum 1757, I, 559) mit einer noch höheren Preisspanne (von 60 %), aber er bemerkt, dass wegen des Geschäftsrisikos der beim Kauf erreichbare Preis weniger als der Kaufpreis sein konnte, und dann dieser niedrigere Wert musste berücksichtigt werden. Zum Problem der künstlichen Steigerung der Preise siehe E. HÖBENREICH, *Annona. Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat*, Graz 1997, insbesondere 206ff.

wobei die *portio* von Titius 60 %, während die von Seius 40 % beträgt.³⁸ Auf Grund der *collatio* ist also Titius verpflichtet, dem Seius 40 % des Wertes der erhalten gebliebenen Waren, also höchstens (d. h. unter Berücksichtigung des höheren Verkaufswertes) 24 000 HS zu zahlen. Auf diese Weise erlitt Seius ein *damnum emergens* im Wert von 16 000 HS (Kaufpreis minus Schadenverteilungssumme), ferner erlitt er ein *lucrum cessans* im Wert von 20 000 HS (der beim Verkauf erreichbare Gewinn entfällt), also am Ende der Schadenverteilung beträgt sein Verlust insgesamt 36 000 HS. Titius, aber wenn er seine Waren erfolgreich (mit dem bei der *collatio* ausgerechneten Gewinn) verkaufen kann, erhält 60 000 HS für seine Waren, also durch seinen eingegangenen Gewinn (man könnte sagen: „*lucrum emergens*“) wird sein wegen der Schadenverteilung erlittener Verlust fast völlig ausgeglichen, deshalb beträgt sein Nettoverlust nur 4 000 HS, während sein Bruttoverlust 24 000 HS war.

Das Beispiel ist natürlich willkürlich, und in der Realität lag ein so großer Unterschied zugunsten der Eigentümer der geretteten Waren bestimmt nicht immer vor. Jedenfalls steht es außer Zweifel, dass durch die erwähnte Regel die Eigentümer der geretteten Waren bevorzugt sind. Die Begründung der Regel, wonach bei der *lex Rhodia* nicht das *lucrum cessans*, sondern nur das *damnum emergens* zu ersetzen ist, scheint im Licht der obigen falsch zu sein. Die Unbilligkeit dieser Regel wird auch dadurch nicht beseitigt, dass sich die Eigentümer der geretteten Waren, durch Risiko belastet, um den Verkauf bemühen mussten, während die Eigentümer der hinausgeworfenen Waren „ohne Arbeit“,³⁹ und grundsätzlich garantiert zu der Entschädigungssumme kamen, da der entgangene Gewinn der Eigentümer der hinausgeworfenen Waren kein Nettogewinn gewesen wäre, insofern er zum Teil zur Deckung der Lieferungs- und weitere Kosten gedient hätte, abgesehen davon, dass der Profitverlust im gegebenen Fall enorm sein konnte. Man kann also feststellen, dass die Zweiermaß verwendende, einseitig die Eigentümer der geretteten Waren bevorzugende Regel dem schönen Prinzip widerspricht, wonach *omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est*.⁴⁰

³⁸ Einfachheitshalber lasse ich die *portio* des Schiffers außer Betracht.

³⁹ Diesbezüglich ist es zu bemerken, dass die antike Auffassung die Tätigkeit der Kaufleute nicht als Arbeit (*πóνοϋς, labor*) betrachtete, weil sie mit keiner körperlichen Anstrengung verbunden war. Die antiken Quellen betonen in Zusammenhang mit dem Handel das Risiko (*ἐμπορίας κινδύνου, damna*), oft im negativen Sinne; siehe etwa A. GIARDINA (cur.), *L'uomo romano*, Roma/Bari 1993, 272.

⁴⁰ KRELLER, a. a. O. 315, ging davon aus, dass sich der von den Eigentümern der geretteten Waren erlittene Verlust (also der während der *collatio* von ihnen zu bezahlende Betrag [C]) zu dem von den Eigentümern der vernichteten Waren erlittene Verlust (der Kaufswert ihrer Waren

Unter den Regeln der *collatio* muss man noch erwähnen, dass diejenigen Eigentümer daran teilzunehmen verpflichtet waren, derer Waren erhalten geblieben sind, aber beschädigt wurden. Sie waren immerhin berechtigt, die durch die Beschädigung verursachte Wertminderung von dem Wert ihrer Waren abzuziehen, und wenn der Wert des Schadens ihre *portio* überstieg, mussten sie sich nicht den Schaden der anderen teilen (Call. D. 14,2,4,2).⁴¹

9. Nach den oben auf Grund der Quellen geschilderten dogmatischen und teilweise auch wirtschaftlichen Problemen lassen sich noch einige weitere, und zwar allgemeinere Fragen stellen, wenn man die *lex Rhodia* des antiken römischen Rechts vom Gesichtspunkte des modernen Juristen aus betrachtet:

- a) Kann man die *lex Rhodia* des römischen Rechts als ein selbständiges Rechtsinstitut betrachten, oder gilt sie eher als eine spezifische Regelgruppe der *locatio conductio operis*?
- b) Ist diese erste Frage bejahend zu beantworten, so ergibt sich die weitere Frage: kann man *lex Rhodia* des römischen Rechts als ein handelsrechtliches Rechtsinstitut betrachten?
- c) Kann man die *lex Rhodia* des römischen Rechts als eine archaische Form der Versicherung betrachten?

Ad a) Der Begriff des Rechtsinstituts lässt sich nach Savigny⁴² im Großen

minus C) so verhält, wie der in der Hinsicht der *collatio* zu berücksichtigende Verkaufswert (S) dieser Waren zu dem Kaufswert (A) der letzteren, und er hat von der Verhältnisgleichung die folgende Formel abgeleitet: $C = (S \times A) / (S + A)$. Auf Grund der Krellerschen Formel kommen wir zu demselben Ergebnis, wie oben (24 000 HS). Ich bemerke, dass VOET, a. a. O. 559, die Schadenverteilungsregel der *lex Rhodia* für gerecht hielt. Er ging nämlich davon aus, dass die Eigentümer der geretteten Waren *ceteris paribus* die Hälfte des Verkaufswertes ihrer Waren (dies betrug nach dem von ihm geschilderten Beispiel im Fall von Waren im Wert von 500 Goldstücken, die aber für 800 verkaufbar waren, von 400, und im Fall wenn sie nur für 300 verkaufbar waren, von 150 Goldstücken) den Eigentümern der vernichteten Waren zu zahlen verpflichtet sind. Diese Auslegung ist zwar gerecht, aber sie spiegelt nicht den – sich aus den untersuchten Quellen ergebenden – Standpunkt des römischen Rechts (und auch nicht etwa des alten niederländischen Rechts, siehe VOET, ebenda) wider, sondern vielmehr Voets individuelle Ansicht. NEGRI DI LAMPORO, a. a. O. 344, übt vorsichtige Kritik an der oben dargestellten, von den modernen Rechtssystemen nicht mehr gefolgteten Regel des römischen Rechts aus.

⁴¹ Siehe noch zum Problem der *collatio* H. HONSELL, *Ut omnium contributione sarciatur quo pro omnibus datum est. Die Kontribution nach der Lex Rhodia de iactu*, in *Ars boni et aequi*, Festschrift für W. Waldstein, Stuttgart 1993, 141 ss., zitiert von S. TAFARO, *Navi e naviganti nell'antico Mediterraneo*, *Diritto e storia* 2006/5 [= www.dirittoestoria.it], Fn. 24.

⁴² C. F. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1840, 9; B. WINDSCHEID [TH. KIPP], *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main 1906⁹, I, 166; E. PÓLAY, *Ursprung, Entwicklung und Untergang der Pandektistik*, Szeged 1981 [= *Acta Szeged tom. XXVIII fasc. 10*], 42ff.

und Ganzen so definieren, als Gesamtheit von Rechtsnormen, die ein gewisses Rechtsverhältnis regeln. Was für ein Rechtsverhältnis regelt die *lex Rhodia*? Förmlich liegen zwei Rechtsverhältnisse vor: Erstens das Rechtsverhältnis zwischen den Eigentümern der hinausgeworfenen Waren und dem Schiffer, und andererseits das Rechtsverhältnis zwischen den Eigentümern der geretteten Waren und dem Schiffer. Dies sieht aber nur wegen der verwendeten Konstruktion, der *locatio conductio* so aus. Inhaltlich standen die Eigentümer der hinausgeworfenen Waren allen entgegen, die außer ihnen am Hinauswurf von Waren Interesse hatten, also dem Schiffer, den Eigentümern der geretteten Waren, und den Reisenden, die keine Waren hatten. In diesem Rechtsverhältnis gelten im inhaltlichen Sinne die vorigen Personen als Gläubiger und die letzteren als Schuldner. Diese Rechtssubjekte sind also in der Hinsicht der Schadenverteilung nicht durch die *locatio conductio*, sondern vielmehr durch den eigenartigen Tatbestand der *lex Rhodia* verbunden.

Auf Grund alledem denke ich, dass obwohl die *lex Rhodia* im römischen Recht förmlich eine spezielle Regel der *locatio conductio* darstellt, sie gilt aber inhaltlich vielmehr als ein selbständiges Rechtsinstitut, das ein konkretes Rechtsverhältnis regelt. Der Tatbestand kann eigentlich als eine Art *communio incidens* betrachtet werden, und auf diese Weise besteht zwischen den Eigentümern der hinausgeworfenen Waren und den auf *collatio* verpflichteten Personen ein quasi-vertragliches Schuldverhältnis.⁴³ Das römische Recht schuf aber dogmatische Konstruktionen *sui generis* nur im Notfall, nämlich wenn im Arsenal der *contractus* und *delicta* keine verwendbare Konstruktion vorhanden war.⁴⁴ Dieser Haltung, also der Formsparsamkeit der Römer und nicht etwa einer immanenten Eigenschaft der *lex Rhodia* ist es zuzuschreiben, dass die Regeln des Seewurfs im römischen Recht förmlich kein selbständiges Rechtsinstitut bilden, sondern als Element eines anderen Rechtsinstituts, nämlich der *locatio conductio* geprägt worden sind.⁴⁵

⁴³ Siehe im solchen Sinne G. MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile*, Paris 1938, 293. Hierbei ist es auf die Unrichtigkeit derjenigen in zahlreichen Lehrbüchern des römischen Rechts stehenden Feststellung hinzuweisen, wonach die *communio incidens* eine zufällig entstandene Miteigentumsgemeinschaft darstelle.

⁴⁴ Laut HUVELIN, a. a. O. 188, hätten die römischen Juristen grundsätzlich auch *actio communi dividundo utilis* oder *actio pro socio in factum* vorschlagen können.

⁴⁵ Dass die *lex Rhodia* nicht einmal in den Augen der römischen Juristen einfach als eine spezielle Regel der *locatio conductio* galt, geht bereits auch daraus hervor, dass nur Paulus und Hermogenian die *lex Rhodia* im Rahmen der *locatio conductio* behandelten, und in den Digesten der *lex Rhodia* ein eigener Titulus gewidmet wurde. Dieser Titel wurde von den Kompilatoren nicht in der Nähe der *sedes materiae* der *locatio conductio* (D. 19,2) eingefügt, sondern nach demjenigen Titulus, der um die *actio exercitoria* geht, und wohin übrigens auch

Ad *b*) Was die andere Frage, die eventuelle „handelsrechtliche“ Qualität der *lex Rhodia* des römischen Rechts betrifft, steht es außer Zweifel, dass die Subjekte der *lex Rhodia* typischerweise Kaufleute waren, aber sie stehen einander nicht als Kaufleute entgegen. Die Wareneigentümer und der Schiffer treten zwar gegenseitig als Kaufleute auf, aber das Wesen der *lex Rhodia* liegt nicht in diesem „handelsrechtlichen“ Verhältnis, sondern vielmehr darin, dass alle den durch den Seewurf verursachten Schaden zu tragen verpflichtet sind, die am Seewurf Interesse hatten. Die Waren erscheinen hier nicht als Gegenstände des Handels, und das Interesse an ihrem Hinauswurf stellt auch nicht bloß eine Art Handelsinteresse dar, sondern die Vorbeugung einer auch Menschenleben drohenden Katastrophe.

Man könnte ebenso wenig sagen, dass die Regeln der *lex Rhodia* den Ansprüchen des Handels entsprechend erheblich von den allgemeinen privatrechtlichen Regeln abweichen.⁴⁶ Der Gedanke der Risikoverteilung war im römischen Recht auch nicht allein dank der *lex Rhodia* präsent.⁴⁷ Die speziellen Regeln der *lex Rhodia* sind vor allem mit dem speziellen Tatbestand in Zusammenhang. Dieser Tatbestand stellt – grundsätzlich, *in abstracto*, nicht ausschließlich, aber im Wesentlichen doch – eine „handelsrechtliche“ Situation dar, die in den modernen Rechtssystemen einen eminenten Gegenstand der seehandelsrechtlichen Regelung bildet. Die *lex Rhodia* gilt zweifelsohne als Vorläufer entsprechender Regeln des modernen Seehandelsrechts. Es ist keineswegs zu übersehen, dass die *lex Rhodia* im römischen Recht, überhaupt in den Rechtsordnungen des antiken Mittelmeerraums insbesondere als ein Rechtsinstitut des Seehandels funktionierte. Letzten Endes lässt sich sagen, dass von einem modernen Gesichtspunkt aus bzw. in funktionellem Sinne kann die *lex Rhodia* des römischen Rechts eindeutig ein handelsrechtliches Rechtsinstitut genannt werden.⁴⁸

solche Fragmente mit „seerechtlichem“ Inhalt aufgenommen wurden, die nichts mit dem *iacus mercium* zu tun haben. Vgl. E. VALIÑO, *Las «acciones adiecticiae qualitatis» y sus relaciones básicas en derecho romano*, AHDE 37 (1967), 344.

⁴⁶ Die einzige, ausdrücklich eine kaufmännische Sicht widerspiegelnde Regel der *lex Rhodia* ist diejenige, im Rahmen der *collatio* behandelte und bewertete Regel, die die Berechnung der *portio* der Wareneigentümern regelt.

⁴⁷ Siehe etwa im Kreise der *societas* Ulp. D. 17,2,52,4, siehe dazu neuerdings F.-S. MEISSEL, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt a. M. 2004, 135f. Zum Problem der Risikoverteilung im römischen Recht ist aufschlussreich aus der älteren Literatur HUVELIN, a. a. O. 186.

⁴⁸ Der pauschale Hinweis auf den handelsrechtlichen Charakter der *lex Rhodia* in meinem Artikel *Eine alternative Annäherungsweise: Gedanken zum Problem des Handelsrechts in der römischen Welt*, RIDA 48 (2001), 76, ist in diesem Sinne zu korrigieren.

Ad c) Zum Schluß stellt sich die Frage: Kann die *lex Rhodia* als eine Konstruktion der Versicherung betrachtet werden? Das Wesen der Versicherung liegt darin, dass einer bestimmten Gefahr ausgesetzte Gesamtheit von Versicherungsnehmer dem Versicherer eine gewisse Summe (Prämie) zahlt, und wenn das vorherhin bestimmte Versicherungsereignisse eintreten, zahlt der Versicherer den Beschädigten eine dem Schaden entsprechende (im idealen Fall damit gleichwertige) Summe. Im römischen Recht entspricht diesen Kriterien vor allem das Seedarlehen. Bei der *lex Rhodia* gibt es dagegen keine Prämie, und keinen Versicherer. Die *lex Rhodia* hat zweifelsohne eine gewisse Risikoverteilungsfunktion erfüllt, trotzdem kann man dabei nur über eine solche Risikogemeinschaft, Gefahrgemeinschaft sprechen, derer Mitglieder bestimmte Schäden gegenseitig verteilen.⁴⁹ Es ist wahr, dass auch das Versicherungsverhältnis eine Risikogemeinschaft unter den Versicherungsnehmern zustande bringt, aber diese beiden Risikogemeinschaften sind ziemlich unterschiedlich. Im Falle der *lex Rhodia* geht es um eine auch physisch existierende, konkret und eng umgegrenzte Risikogemeinschaft, die wirklich, also auch unabhängig von den Rechtsvorschriften und Rechtsverhältnissen besteht, das Recht kann diese Gefahrgemeinschaft in gewissem Sinne nur konstatieren.

Andererseits, während im Falle der *lex Rhodia* die Gefahrgemeinschaft „*uno ictu*“ und *ex lege* (aber man könnte auch so formulieren: *ipso facto*, also auf Grund der Tatsache, dass die Reisenden zusammen auf dem Schiff fahren) entsteht, wird unter den Versicherungsnehmern die Risikogemeinschaft durch die mit dem Versicherer gesondert abgeschlossenen Versicherungsverträge zustande gebracht. Die Gemeinschaft der Versicherungsnehmer gilt, im Gegensatz zu dem beinahe auch physisch existierenden *communio* der *lex Rhodia*, nur als eine abstrakte, im wirtschaftlichen und rechtlichen Sinne bestehende Risikogemeinschaft. Aber auch wenn wir keinen Unterschied zwischen den beiden Risikogemeinschaften machen würden, auch dann könnten wir nur über ein *genus proximum* sprechen, unter welchem sowohl die *lex Rhodia*, als auch die moderne Versicherung eingeordnet werden können, im Vergleich zueinander bleiben sie aber immernoch von sehr unterschiedlichem Charakter.

Auf paradoxe Art und Weise macht aber gerade die römischrechtliche Konstruktion der *lex Rhodia* dieses Rechtsinstitut zu der modernen Versicherung

⁴⁹ Die Stelle Bas. 53, 3, 1 sowie der νόμος Ροδίων ναυτικός (ed. Ashburner, 16) aus dem 8. Jahrhundert weisen ebenfalls auf die Gefahrgemeinschaft hin, siehe DE MARTINO, RDN 3 (1937), 11, der meint, dass der Gedanke der *communio periculi* nachklassischen Ursprungs sei. Zur Risikogemeinschaft siehe auch NEGRI DI LAMPORO, a. a. O. 353 und DARESTE, a. a. O. 447.

als rechtliche Konstruktion ein bisschen ähnlich. Förmlich erinnert nämlich der Schiffer an den heutigen Versicherer, der die Prämie einkassiert, und davon den Beschädigten zahlt, andererseits wenden sich die beschädigten Mitglieder der Risikogemeinschaft zu dem Schiffer, dessen Aufgabe ist die „Prämie“ von den anderen Teilnehmern der Risikogemeinschaft einzutreiben, und davon den Beschädigten ihre Forderungen zu zahlen. Hierbei handelt es sich natürlich nur um eine scheinbare, förmliche Ähnlichkeit, da der Schiffer kein Versicherer ist, und auch die *contributio* kann nicht als Prämie betrachtet werden.

10. Zusammenfassend lässt sich die *lex Rhodia* des antiken römischen Rechts so beschreiben, als ein typisch im Seehandel verwendetes, eine auf Risikogemeinschaft beruhende Schadenverteilung durchsetzendes Rechtsinstitut, das förmlich als eine spezifische Regelgruppe der *locatio conductio* erscheint. Sie erinnert ihrer speziellen Konstruktion zufolge einigermaßen an die Versicherung des modernen Rechts, obwohl sie kaum als Vorläufer der modernen Versicherung betrachtet werden kann.

Die sich auf den Seewurf beziehenden Regeln der *lex Rhodia* leben auch in dem modernen Seehandelsrecht weiter;⁵⁰ sogar ist der Grundgedanke der *lex Rhodia* im § 1043 des österreichischen ABGB⁵¹ sowie etwa im § 107 des

⁵⁰ Die Art. 397ff. sowie 410ff. des napoleonischen *Code de commerce* sind seit 1967 nicht mehr in Kraft, anstatt dieser Regeln finden einerseits die „loi n. 67-545 du 7 juillet 1967“ über die „événements de mer“ Anwendung, andererseits aber, und zwar wohl öfter die *York Antwerp Rules/Règles d'York et d'Anvers*, derer geltende Fassung an der XXXVIII. Konferenz des Comité Maritime International (CMI) in Vancouver im J. 2004 angenommen worden ist. (Das napoleonische *Code de commerce* ist überhaupt im J. 2000 außer Kraft gesetzt worden. Das durch die „Ordonnance n. 2000-912 du 18 septembre 2000“ eingeführte sog. „nouveau Code de commerce“ hat keine seerechtlichen Regeln zum Inhalt). Die §§ 700ff. des deutschen HGB über die große Haverei sind nach wie vor in Kraft (zum Vergleich der *lex Rhodia* mit der geltenden deutschen Regelung siehe etwa H. WAGNER, *Die „lex Rhodia de iactu“*, RIDA 44 [1997], 357ff.). Zum Fortleben der *lex Rhodia* siehe zusammenfassend H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I-II, München 1985-1989, insbesondere I, 554f.; ausführlicher R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996³, 409ff.; A. BOGLIONE, *Avaria comune*, in Digesto. Quarta edizione, disc. priv. sez. comm. II, Torino 1988, 38; zum Fortleben im Mittelalter siehe neuerdings J. W. SHEPHARD, *The 'Rôles d'Oléron': A 'lex mercatoria' of the Sea*, in V. Piergiovanni, *From 'lex mercatoria' to commercial law*, Berlin 2005, 207ff. Vgl. noch C. A. CANNATA, *Le disavventure del capitano J. P. Vòs*, Labeo 41 (1995) 387ff. Zum Fortleben im brasilianischen Recht siehe S. A. B. MEIRA, *A 'lex Rhodia de iactu'. Sua repercussão no direito brasileiro*, Revista do Tribunal Regional do Trabalho 1969, 12ff., zitiert von TAFARO, a. a. O.

⁵¹ Der § 1043 des österreichischen ABGB lautet folgendermaßen: „Hat jemand in einem Notfalle, um einen größern Schaden von sich und andern abzuwenden, sein Eigentum

geltenden ungarischen Zivilgesetzbuches vom J. 1959⁵² in verallgemeinerter Form zu finden. Die Untersuchung des Fortlebens der *lex Rhodia* könnte aber den Gegenstand einer weiteren Studie bilden.

aufgeopfert; so müssen ihn alle, welche daraus Vorteil zogen, verhältnismäßig entschädigen. Die ausführlichere Anwendung dieser Vorschrift auf Seegefahren ist ein Gegenstand der Seegesetze.“ Es ist zu bemerken, dass das ABGB diese verallgemeinerte Regel bereits zur Zeit seiner Entstehung im Jahre 1811 zum Inhalt hatte.

⁵²Der Absatz(3) des § 107 des geltenden ungarischen ZGB vom J. 1959 lautet folgendermaßen: „Wird eine das Leben oder Vermögen mehrerer Personen bedrohende Gefahr durch das Opfern einzelner gefährdeter Gegenstände abgewendet, so wird der sich daraus ergebende Schaden, sofern die Opferung dieser Gegenstände notwendig war, von allen Personen im Verhältnis ihrer gefährdeten Interessen getragen; diese Regel ist auch bei der Aufteilung der zur Abwendung der Gefahr aufgewendeten notwendigen Kosten anzuwenden.“ Der Entwurf des neuen ungarischen ZGB dehnt diese Regel auf die Gefährdung von körperlicher Unversehrtheit aus, siehe L. VÉKÁS (hrsg.), *Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez* [= Expertenvorlage eines neuen Zivilgesetzbuches für Ungarn] Budapest 2008, 614f.

Postavenie československého parlamentu v rokoch 1948-1989¹

JUDr. et Mgr. Tomáš Gábriš, PhD.
Mgr. Ján Macej

1. Úvod – všeobecný teoretický prehľad

Predkladaný príspevok má za cieľ poukázať na niektoré špecifiká postavenia celorepublikového zákonodarného orgánu (Národného zhromaždenia, resp. od roku 1969 Federálneho zhromaždenia) a zmeny v jeho postavení v rokoch 1948-1989. Zamyslíme sa nad skutočnou úlohou a funkciou parlamentu v porovnaní s hlásanými ideami, nad zložením parlamentu, nad existenciou a pomerom k iným zastupiteľským orgánom a ďalším orgánom štátnej moci a správy, konkrétne nad jeho statusom ako jedného z orgánov výkonu jednotnej štátnej moci, ktorej koncepcia mala byť narušená v roku 1968, a napokon bola opustená až v roku 1989.

Parlament má v klasickom, westminsterskom parlamentarizme dominantnú pozíciu vyjadrovanú často v britských podmienkach heslom: „*Parlament môže všetko, iba nemôže zmeniť muža na ženu.*“ Takéto postavenie parlamentu však nebolo recipované v iných krajinách – či už kontinentálnej Európy alebo amerického kontinentu. Tam bol zavedený systém brzd a protiváh na zabezpečenie rovnováhy síl jednotlivých zložiek moci v montesquieuovskom chápaní delby moci. Parlament, kreovaný v demokratických voľbách, predstavuje realizáciu suverenity ľudu. Rovnako však z vôle ľudu vyjadrenej vo voľbách vzchádza aj vláda. Tretia zložka moci nie je kreovaná priamo ľuďom – je to kontrolná zložka, zabezpečujúca riadny chod činnosti predchádzajúcich dvoch mocí, resp. zložiek štátnej moci, a súlad ich činnosti s najvyšším predpisom, ústavou. V skúmanom období, a to najmä v rokoch 1948-1989 došlo k podstatným deformáciám takéhoto chápania parlamentarizmu, čomu chceme na tomto mieste venovať pozornosť.

¹ Príspevok bol vypracovaný v rámci projektu podporeného grantom agentúry VEGA č. 1/4620/7 UK program 0771202 s názvom: „Vývoj práva a právnej vedy v rokoch 1948-1989“ a grantom Rektorátu UK v Bratislave 71/2009 s názvom: „Vývojové zmeny obsahu a realizácie československého parlamentarizmu v r. 1945-1992“.

2. Zákonodarné orgány v rokoch 1945-1992 a ich kreácia – právnohistorický prehľad

Zo stručného historického úvodu do problematiky² vyplýva, že zákonodarnú moc po roku 1945 vykonávalo na celoštátnej úrovni jednokomorové Dočasné národné zhromaždenie, ktoré malo 300 členov, z toho 100 zo Slovenska. Pokiaľ ide o otázku jeho kreácie, bolo zvolené v delegačných voľbách; išlo teda o nepriamu voľbu. V roku 1946 bol tento orgán nahradený Ústavodarným národným zhromaždením, ktoré malo 300 členov (z toho 69 zo Slovenska), ktoré už vzniklo na základe relatívne demokratických volieb. Volebné právo nebolo priznané príslušníkom iných národností ako bola česká, slovenská alebo iná slovanská. Volebného práva boli tiež pozbavení tí Česi a Slováci, ktorí sa exponovali vo fašistických stranách a organizáciách. Na druhej strane sa však znížil vekový cenzus na 18 rokov a volebné právo získali vojaci, ktorí ho boli v období 1. ČSR pozbavení. Po roku 1948 však navyše pribudla tiež prekážka výkonu volebného práva vo verejnom záujme – totiž keby sa pripustenie k voľbe priecilo prirodzenému citeniu ľudu. Poslednými prekážkami výkonu volebného práva bolo pozbavenie spôsobilosti a výkon trestu odňatia slobody, prípadne väzba, čo predstavuje štandardnú úpravu, resp. obmedzenie volebného práva.

Po prevrate v roku 1948 však prišlo k podstatnému diskontinuitnému zlomu v československom parlamentarizme – totiž k čistkám v parlamente. Takýto postup je úplne v rozpore so základnými princípmi parlamentarizmu – konkrétne princípom kreácie parlamentu v demokratických voľbách so všeobecným, rovným a priamym volebným právom s tajným hlasovaním, a princípom nezávislosti a imunity členov parlamentu. „Očistený“ zákonodarný zbor sa stal v podmienkach ľudovodemokratického Československa úplne nástrojom KSC, pričom návrhy zákonov boli vopred prerokúvané právnymi expertmi KSC združenými v právnej komisii ÚV KSC, v Ústrednom sekretariáte, príp. aj v Predsedníctve ÚV KSC.³

Aj podľa ústavy 9. mája bolo Národné zhromaždenie jednokomorové, malo 300 poslancov, volených na 6 rokov, a vláda bola zodpovedná Národnému zhromaždeniu zdanlivo v duchu klasického parlamentarizmu tradičného v Československu. Slovenskými národnými orgánmi bola 100-členná SNR volená na 6 rokov a Zbor povereníkov, do roku 1956 menovaný a odvolávaný

² Podľa ŠVECOVÁ, A./GÁBRIŠ, T.: Dejiny štátu, správy a súdnictva na Slovensku. Plzeň : Aleš Čeněk, 2009.

³ PEŠEK, J./LETZ, R.: Štruktúry moci na Slovensku 1948-1989. Prešov : Vydavateľstvo Michala Vaška, 2004, s. 259.

centrálnou pražskou vládou. Pre volebné právo, na základe ktorého bolo Národné zhromaždenie aj SNR kreované, platí, že šlo o voľby fakticky bez politického pluralizmu. Pre poslancov navyše platil princíp imperatívneho mandátu, boli teda viazaní jednak pokynmi stranického vedenia a na druhej strane mohli byť svojimi voličmi odvolaní, resp. pozbavení mandátu.

V roku 1954 boli prijaté až tri zákony upravujúce volebné právo:

1. zákon č. 14/1954 Zb. o voľbách do národných výborov (nahradený neskôr zákonom č. 39/1960 Zb. o voľbách do národných výborov, potom zákonom č. 34/1964 Zb. o voľbách do Národného zhromaždenia a do národných výborov, neskôr zákonom č. 114/1967 Zb. o voľbách do národných výborov a poslednou bola úprava SNR – ústavný zákon č. 127/1970 Zb. o voľbe poslancov krajských národných výborov v SSR),
2. ústavný zákon č. 26/1954 Zb. o voľbách do Národného zhromaždenia a o voľbách do Slovenskej národnej rady a
3. zákon č. 27/1954 Zb. o voľbách do Národného zhromaždenia.

Najdôležitejším v tejto súvislosti je fakt, že sa definitívne prešlo od systému pomerného zastúpenia k voľbám, pri ktorých bol v obvode volený len jeden kandidát Národného frontu vo všeobecných, rovných, priamych voľbách s tajným hlasovaním s aktívnym volebným právom podmieneným vekom 18 rokov a pasívnym volebným právom obmedzeným vekom 21 rokov. Zvolený bol ten kandidát, ktorý obdržal nadpolovičnú väčšinu všetkých odovzdaných hlasov. Platil imperatívny mandát, teda zvolený mohol byť odvolaný hlasovaním voličov daného obvodu.

Pritom treba upozorniť na to, že za socializmu voľby podľa oficiálnej doktríny (a aj de facto) nemali charakter boja o politickú moc. Okrem KSČ, resp. KSS, existovali na Slovensku už iba Strana slobody a Strana slovenskej obrody a v Čechách Československá strana socialistická a Československá strana lidová. Otázka moci bola jednoznačne a trvalo rozhodnutá v prospech robotníckej triedy a ostatných pracujúcich. Voľby preto nemohli rozhodnúť o možnej zmene mocenských pomerov. Mali iný zmysel – vybrať a zvoliť do zastupiteľských výborov najlepších predstaviteľov robotníckej triedy, družstevného roľníctva a pracujúcej inteligencie. Občania mali vo voľbách „príležitosť“ vyjadriť svoj aktívny postoj k socialistickému spoločenskému zriadeniu, k politike marxisticko-leninskej strany.⁴

Po prijatí socialistickej ústavy z roku 1960 sa ústavou predpokladaný zákonodarný zbor zišiel 23. júna 1960 na základe volieb konaných 12. júna toho roku. Ďalšie voľby – v roku 1964 – sa uskutočnili na základe zákona č. 34/1964

⁴ ZDOBINSKÝ, S./MATOUŠEK, S.: Státní právo ČSSR. Praha : Panorama, 1985, s. 184.

Zb. o voľbách do Národného zhromaždenia a do národných výborov. Podľa ústavného zákona o československej federácii (č. 143/1968 Zb.) bol vytvorený nový celoštátny zákonodarný zbor – Federálne zhromaždenie – tvorený dvoma snemovňami: Snemovňou ľudu (200 poslancov) a Snemovňou národov (mala 150 poslancov, z toho 75 z Českej a 75 zo Slovenskej republiky).

V 70. a 80. rokoch mal parlament v podstate dvojjedinú úlohu: plniť poslušne pokyny stranického vedenia a jeho aparátu a súčasne čo najpresvedčivejšie predstierať, že je zhromaždením slobodne volených zástupcov všetkého obyvateľstva a že jeho záujmy háji. Volebné zákony z roku 1971 zverili dokonca aj tvorbu volebných programov Národnému frontu, ktorý prijal za svoj program XV. zjazdu KSČ, čím vlastne formálne stotožnil snahy všetkého obyvateľstva so snahami komunistov.⁵ Od leta 1971 do jesene 1988 nastali v parlamente zmeny len z dôvodu úmrtia niektorých poslancov. Navyše, pre parlament bolo úplne paralyzujúce, že orgány KSČ a ich aparát detailne posudzoval návrhy zákonov ešte pred finálnym (a viac-menej formálnym) prejednáváním vo Federálnom zhromaždení.⁶

Až ústavným zákonom č. 183/1989 Zb. došlo k rekonštrukcii parlamentu úpravou kooptácie a odvolania poslancov zastupiteľských orgánov. Postavenie poslancov významne zasiahol ústavný zákon č. 46/1990 Zb., ktorým bol odstránený imperatívny mandát. Zákon 47/1990 Zb. zasa zaviedol namiesto väčšinového volebného systému opäť systém pomerný. Rozdielom oproti prvorepublikovej úprave bolo iba zavedenie 5 % prahu – požiadavky na počet získaných hlasov ako kvóra na pripustenie vstupu politickej strany (hnutia) do parlamentu (v podmienkach SNR to boli iba 3 %).

3. Analytická časť

3.1 Parlament a zastupiteľský princíp

Parlament je najvýznamnejším zastupiteľským orgánom v štáte, vzhľadom na kompetencie, ktorými je vybavený. V socialistických pomeroch predstavoval iba najvyšší zo zastupiteľských orgánov – početnú skupinu tvorili národné výbory na miestnej, okresnej a krajskej úrovni. Zastupiteľská idea vo všeobecnosti realizuje koncepciu suverenity ľudu, ktorá sa vo voľbách

⁵ BIANCHI, L.: Význam volieb v socialistickej spoločnosti, in: Právny obzor, roč. 59, 1976, č. 10, s. 867-868.

⁶ CIGÁNEK, F.: Předlistopadový parlament ve světle archivní dokumentace, in: Dvě desetiletí před listopadem 89. Praha : Maxdorf, 1993, s. 59-62.

prenáša legálne na zástupcov ľudu – najmä poslancov parlamentu. Ako už bolo uvedené, v období socializmu však voľby nepredstavovali politický boj. Účelom volieb bolo vypracovať program práce zastupiteľských orgánov a realizovať výber poslancov na jeho vykonanie.⁷ Podľa vyjadrenia G. Husáka vo voľbách „*Ľudia schvaľovali nielen konkrétnych kandidátov do rozličných zastupiteľských orgánov, ale súčasne to bol plebiscit za politiku našej strany a Národného frontu.*“⁸ Výsledky mali naznačovať, že všetky triedy a zložky spoločnosti sa vyjadrili jednotne za spoločné ciele. Dokazovali to aj oficiálne čísla volebnej účasti – vo voľbách v roku 1971 sa zúčastnilo 99,45 % voličov, v roku 1976 až 99,70 %, a na Slovensku dokonca až 99,81 %.⁹

Vo voľbách mali byť podľa teórie vyberaní zástupcovia ľudu, ktorí na rozdiel od buržoáznych parlamentných systémov boli nielen reprezentantmi záujmov svojich voličov, ale súčasne reprezentantmi spoločenských záujmov a potrieb a svojou činnosťou mali prispievať k ich vzájomnému zosúladovaniu.¹⁰ Nepredpokladal sa teda politický ani osobný názor iný ako celospoločenský.

Na príprave a organizácii volieb sa podieľali socialistické Národné fronty, ktoré boli v období federácie až tri – federálny a dva republikové. Nielenže sa podieľali na príprave a organizácii volieb, na výbere, navrhovaní a registrácii kandidátov, na zisťovaní výsledkov volieb, na odvolávaní poslancov, ale vypracúvali aj volebné programy do volieb do zastupiteľských orgánov.¹¹ Tým sa malo zabezpečiť, že suverenita ľudu sa realizovala sprostredkovane vo vzťahu „občan–kolektív–zastupiteľský orgán.“ Zároveň sa tým zabezpečilo, že zastupiteľské orgány vyjadrovali iba takú vôľu jednotlivcov, ktorá neprotirečila záujmom celej spoločnosti, výstavby socializmu a komunizmu.¹²

Národný front (NF) pritom predstavoval akýsi tieňový zastupiteľský orgán. Od ústavy z roku 1960 bol oficiálne zakotveným ústavným orgánom. V rámci NF mala vedúcu úlohu KSČ. Jeho členstvo bolo kolektívne; na rozdiel od niektorých iných socialistických krajín sa nepripúšťalo individuálne členstvo. NF si vytváral svoje vlastné orgány – výbory, do ktorých organizácie združené

⁷ HOUSER, J.: Vývoj volebného práva v socialistickém Československu, in: Právnik, roč. CXI, 1972, č. 12, s. 1049.

⁸ CHOVANEC, J.: Demokratizmus volebného systému Československej socialistickej republiky, in: Právny obzor, 64, 1981, 6, s. 532-533.

⁹ CHOVANEC, J.: cit. d. v pozn. 8, s. 532-533.

¹⁰ CIBULKA, Ľ.: K obsahu pojmu socialistický zastupiteľský orgán, in: Právny obzor, 66, 1983, 8, s. 656.

¹¹ Národný front pritom prijal za svoj program KSČ.

¹² CIBULKA, Ľ.: cit. d., s. 654-655.

v NF delegovali svojich členov.¹³ Postavenie NF ako ústavného orgánu predstavujúceho korporatívny zastupiteľský orgán s tieňovými funkciami parlamentu sa prejavovalo napr. v právomoci navrhovať kandidátov na sudcov z povolania a ľudu, či dokonca členov vlády ČSSR a národných republík, pričom NF mohol navrhovať aj odvolanie jednotlivých členov vlád.¹⁴ Tým sa prekonala základná zásada parlamentarizmu, podľa ktorej kabinet ministrov je zodpovedný parlamentu, a závisí na dôvere väčšiny členov parlamentu.¹⁵ Vláda teda bola zodpovedná tieňovému zastupiteľskému orgánu, akoby parlament neposkytoval KSC dostatok záruk k realizácii kontroly vlády.

Ďalším rozdielom oproti dobovým buržoáznym parlamentným systémom bola neexistencia zákazu imperatívneho mandátu. Práve naopak, zástupcovia ľudu boli ľudom volení, ľudu zodpovední a ľudom aj odvolateľní. Poslanci boli povinní svojim voličom skladať účty zo svojej činnosti. Právna úprava národných výborov (nižšia úroveň zastupiteľských orgánov) stanovila povinnosť poslancov miestnych národných výborov skladať účty dvakrát ročne a u poslancov okresných národných výborov a krajských národných výborov raz za rok, neupravovala však formu a obsah takéhoto skladania.¹⁶ Korporativizmus sa prejavoval aj v teoretických návrhoch skladania účtov spoločenskej organizácii, ktorá poslancov navrhla.¹⁷ Aj rokovací poriadok – zákon č. 107/1960 Zb. – poslancom uložil povinnosť skladať účty zo svojej činnosti ich voličom, podávať im správy a vysvetľovať význam zákonov. Ich úlohou bolo taktiež spolupracovať s pracujúcimi, ale aj s národnými výbormi tak, aby sa zabezpečil plný rozvoj socialistickej spoločnosti. Aj § 1 zákona o rokovacom a pracovnom poriadku Národného zhromaždenia č. 183/1964 Zb., podobne ako predchádzajúci zákon, stanovil, že prvoradou úlohou NZ je aktívne pôsobenie na to, aby sa plnili úlohy socialistického štátu.

Na druhej strane poslanci boli viazaní pokynmi voličov, ale i námetmi a názormi voličov.¹⁸ Tak treba chápať vyjadrenia dobových teoretikov, že voľby sa nekončili aktom voľby. Bol to začiatok procesu, v ktorom pracujúci ľud ako nositeľ moci uplatňoval svoju účasť na riadení spoločnosti a správe

¹³ CHOVANEC, J.: Postavenie Národného frontu v politickom systéme Československej socialistickej federácie, in: Právny obzor, 59, 1976, č. 10, s. 880.

¹⁴ Tamže, s. 882.

¹⁵ BOGUSZAK, J./JIČÍNSKY, Z.: Struktura státní moci, in: Právnik, roč. CV, 1966, č. 5, s. 396.

¹⁶ PALÚŠ, I.: Účasť občanov na riadení socialistického štátu, in: Právny obzor, 66, 1983, 10, s. 851-852.

¹⁷ Tamže, s. 857.

¹⁸ CIBULKA, L.: cit. d., s. 657.

štátu.¹⁹ Ďalším aspektom otvorenosti volebného procesu bol fakt, že volebný program, schvaľovaný po voľbách národnými výbormi, mal byť priebežne dopĺňaný o podnety, ktoré prišli v priebehu volebného obdobia.²⁰

Zastupiteľské zbory ako nositelia „úplnosti moci“²¹ mali mať postavenie najsilnejšieho orgánu štátu, ktorý odvodzuje svoju legitimitu priamo od ľudu, a od ktorého sa priamo alebo nepriamo odvodzuje postavenie ostatných orgánov. Táto myšlienka nepredstavuje zásadný odklon od tradičného chápania postavenia parlamentu v parlamentarizme, ako základného inštitútu zastupiteľskej demokracie, ktorému sú zodpovedné aj ďalšie orgány, najmä vláda. Rozpor však nachádzame v triednom ponímaní suverenity ľudu a v triednom nazeraní na zastupiteľské zbory. „*Princíp suverenity pracujúceho ľudu znamená predovšetkým ústavnú zodpovednosť všetkých zastupiteľských zborov, celej sústavy zastupiteľských zborov pracujúcemu ľudu. Ale taktiež – okrem iného – (napríklad zodpovednosť výkonných orgánov zastupiteľským zborom) zodpovednosť všetkých štátnych orgánov vrátane zastupiteľských zborov marxisticko-leninskej strane...*“²²

Až v roku 1968 sa ozvala kritika takéhoto systému zastupiteľstva, ktorému sa vyčítala depersonalizácia parlamentného mandátu závislosťou od politických strán a masových organizácií, ktoré poslancovi bránili vyjadriť svoju vôľu determinovanú poznaním politickej vôle voliča.²³ Vedúca úloha strany mala byť nahradená vedúcou úlohou parlamentu. Akčný program KSCĽ túto myšlienku vyjadril nasledovne: „*Národné zhromaždenie chápe strana ako socialistický parlament so všetkými funkciami, ktoré parlament v demokratickej republike musí mať...Z tohto hľadiska je potrebné v najbližšej dobe vyriešiť predovšetkým vzťahy NZ a straníckych orgánov a taktiež rad problémov vnútornej činnosti NZ, vrátane otázok organizačných a technických. Výsledkom musí byť Národné zhromaždenie, ktoré skutočne rozhoduje o zákonoch a dôležitých politických otázkach, a nie len schvaľuje predložené návrhy. Strana podporuje posilnenie kontrolnej funkcie NZ v celom našom verejnom živote...*“²⁴

Napokon je potrebné podotknúť, že podiel ľudu na moci sa nere realizoval

¹⁹ CHOVANEC, J.: cit. d. v pozn. 8, s. 529-530.

²⁰ BIANCHI, L.: Význam volieb v socialistickej spoločnosti, in: Právny obzor, 59, 1976, 10, s. 869.

²¹ PAVLÍČEK, V. a kol.: Ústavní právo a státovéda II. díl. Praha : Linde, 2008, s. 216.

²² ZDOBINSKÝ, S./ZLATOPOLSKIJ, D. L.: Ústavní systémy socialistických zemí. Praha : Panorama, 1988, s. 215.

²³ MATOUŠEK, S./GROSPÍČ, J./ZDOBINSKÝ, S.: Základní referát z oboru státního (ústavního) práva pro oborovou konferenci, in: Právnik, roč. CXIV, č.4, s. 223.

²⁴ GRONSKÝ, J.: Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa III 1968-1989. Praha : Karolinum, 2007, s. 98.

iba zastupiteľským princípom – vo voľbách. Už spomenuté národné výbory nepredstavovali totiž spolu s parlamentnom jediné prvky účasti občanov na štátnej moci. Teoretici socialistického štátneho práva považovali aj pracovné kolektívy za „nezastupiteľnú formu realizácie ústavného práva občanov zúčastňovať sa riadení socialistického štátu.“²⁵ Ludové hlasovania a porady pracujúcich, rovnako ako spoločenské organizácie všeobecne predstavovali organický doplnok činnosti zastupiteľských orgánov a prvok priamej demokracie.²⁶

3.2 Korporatívny (profesijný) parlamentarizmus?

V predchádzajúcej kapitole sme viackrát poukázali na korporativizmus československého parlamentarizmu. V celej Európe sa už v 30. rokoch 20. storočia objavili úvahy o prekonaní parlamentného systému. Krajná pravica aj ľavica parlamentarizmus odmietli a volali po diktatúre jednej silnej ruky alebo jednej spoločenskej triedy alebo po stavovskom parlamentarizme ako jeho reforme.²⁷ Malo ísť o snahy o korporatívny – profesionálny parlament, alebo kombináciu politického a profesionálneho parlamentu.²⁸ Podľa nášho názoru k naplneniu týchto ideálov istým spôsobom došlo v československom socialistickom parlamentarizme – triednou a profesijnou podstatou rozlišovania voličov a poslancov, ako aj rolou spoločenských (často profesijných) organizácií pri vyberaní kandidátov do zastupiteľských orgánov, ako sme na to poukázali už v predchádzajúcej kapitole.

Na štruktúru parlamentu v období socialistického Československa možno totiž nahliadať z dvoch uhlov – vonkajšieho a vnútorného pohľadu. Pre vonkajšiu podobu Národného zhromaždenia v období unitárnej republiky po roku 1945 je rovnako ako pre národné (české a slovenské) zákonodarné

²⁵ PALÚŠ, I.: cit. d. v pozn. 16, s. 859.

²⁶ HOUSER, J.: Přímá a zastupitelská demokracie v evropských socialistických ústavách, in: Právník, roč. CXIII, 1974, č. 3, s. 184.

²⁷ VAVŘÍNEK, F.: Parlament a politické strany. Praha : Jednota čsl. matematiků a fysiků, 1930, s. 39.

²⁸ Tamže, s. 49. K ďalšiemu vývoju parlamentarizmu v 2. polovici 20. storočia, pozri napr. KLUXEN, K. (ed.): Parlamentarismus. Kolín, Berlín: Kiepenheuer & Wirtsch, 1967; RITTER, G. A.: Föderalismus und Parlamentarismus in Deutschland in Geschichte und Gegenwart. Mníchov : Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 2005. Z pera českých autorov najmä: KLOKOČKA, V.: Ústavní systémy evropských států. 2. vyd. Praha : Linde, 2006; KLOKOČKA, V.: Vývojové tendence evropského parlamentarismu, in: Aktuální problémy parlamentarismu. Zost. ŠIMÍČEK, V.: Brno : Nadace mezinárodního politologického ústavu, 1996.

orgány (v prípade českých až po roku 1968) charakteristická jednokomorovosť najvyššieho zastupiteľského zboru. Argumentovalo sa tým, že ide o popretie systému brzd typického pre buržoázne štáty, kde sa dve komory majú navzájom obmedzovať ako nástroj obmedzovania demokracie.²⁹ Dvojkomorovosť sa v socialistických krajinách pripúšťala iba ako spôsob riešenia národnostnej otázky.³⁰ Aj v prípade federácie sa však bolo možné rozhodovať medzi viacerými alternatívami:

1. jednokomorový parlament s paritným zložením
2. dvojkomorový parlament skladajúci sa zo snemovne ľudu a snemovne národov a
3. kuriálny systém, v ktorom sa federálny parlament tvorí spojením národných zastupiteľských orgánov.³¹

Viac ako vonkajšia organizácia však bola významnejšia organizácia vnútorná – tzv. triednopolitická štruktúra.³² Tá znamenala, že pomer jednotlivých vrstiev v parlamente – roľníkov, robotníkov, pracujúcej inteligencie – odzrkadľoval pomer početnosti týchto vrstiev v spoločnosti. Napr. v roku 1981 bolo vo Federálnom zhromaždení z celkového počtu 350 poslancov 100 robotníkov, 51 členov JRD a roľníkov, 69 príslušníkov inteligencie, 99 stranických a verejných pracovníkov a 31 poslancov z ostatných sociálnych skupín. Podobne v prípade SNR z celkového počtu poslancov bolo 34 % robotníkov, 12,7 % roľníkov, 29,3 % žien, 28 % mladých ľudí do 35 rokov.³³ Už z tohto vyplýva dôkaz o umelom spôsobe kreácie „zástupcov ľudu“ v parlamente. Na druhej strane aj dnes politické strany zohľadňujú pohlavie, zamestnanie, či vek svojich kandidátov na poslancov v záujme vyváženosti a atraktívnosti kandidátnej listiny. Voliči však majú právo svojimi prednostnými hlasmi zmeniť poradie kandidátov na kandidátnej listine, a tým vyberať podľa vlastných kritérií.

Cieľavedomé rozdeľovanie kandidátov podľa profesií jednoznačne nesie podobnosť s ideálmi 30. rokov o korporatívnom parlamente, kde by boli zastúpené jednotlivé profesie. Pôvodne to bola idea vychádzajúca z fašistického talianskeho korporativizmu v záujme potlačania rozdielov medzi

²⁹ ZDOBINSKÝ, S. a kol.: Státní právo evropských socialistických zemí. Praha : Orbis, 1976, s. 209.

³⁰ Tamže, s. 209-210.

³¹ NIKODÝM, D.: Federatívna úprava štátoprávnych vzťahov Čechov a Slovákov, in: Právny obzor, roč. 51, 1968, č. 8, s. 690. Pozri tiež CHOVANEC, J.: Federálne zhromaždenie Československej socialistickej republiky, in: Právny obzor, roč. 54, 1971, č. 6, s. 540-541, pozn. č. 3.

³² ZDOBINSKÝ, S. a kol.: cit. d. v pozn. 29, s. 212.

³³ ZDOBINSKÝ, S./MATOUŠEK, S. a kol.: cit. d. v pozn. 4, s. 257.

triedami pracujúcich a ich zamestnávateľov. Aj na Slovensku sa v období Slovenského štátu počítalo v ústave s takýmto tzv. stavovským systémom, ktorého reprezentantom mala byť nikdy nefungujúca Slovenská pracujúca pospolitosť. Tieto ideály naplnil až ľudovodemokratický, resp. socialistický systém, a to vďaka osobitnému spôsobu volieb a výberu kandidátov, v ktorom mala jedinú a hlavnú slovo KSČ. Otvorene sa hlásalo: „*Treba dosiahnuť, aby zloženie zastupiteľských zborov vyjadrovalo triednu štruktúru socialistickej spoločnosti a vedúcu úlohu robotníckej triedy v spoločnosti, ako aj triedne vzťahy s ostatnými pracujúcimi.*“³⁴ Korporativizmus sa teda skryl pod rúško „triednosti.“

3.3 Pracujúci parlament?

V súčasnej teórii sa rozlišujú dva základné typy parlamentu – rečníaci parlament („*parlament proslovů*“) a pracujúci parlament („*pracovní parlament*“). Ich kombináciou je pracovný parlament prejavov.³⁵ V prípade diskutujúceho parlamentu dochádza k podstatnej časti rozhodnutí a parlamentných prác na pôde parlamentného zákulisia, napr. vo výboroch. Na druhej strane, v prípade tzv. pracujúceho parlamentu, sa podstatná časť prác odohráva v pléne parlamentu.

Leninovým ideálom bol tzv. pracujúci parlament. Neodmietal parlament ako taký, ale žiadal, aby sa premenil zo „žvanírny“ na pracujúcu inštitúciu. Skutočnú štátnu činnosť totiž dovtedy podľa neho nevykonával parlament, ale departmenty, kancelárie a štáby. „*V parlamentech se pouze žvaní, a to jen proto, aby „prostý lid byl voděn za nos.*“³⁶ Naoko boli tieto požiadavky na „socialistický parlament“ v socialistickom Československu napĺňané. Napr. Federálne zhromaždenie malo nielen zákonodarné a kontrolné právomoci, ale zároveň malo uskutočňovať celoštátne riadenie hospodárskeho, sociálneho a kultúrneho rozvoja krajiny.³⁷ V skutočnosti však parlament nebol pracujúcim. Veď aj samotní socialistickí právnici uznávali, že „*Federální shromáždění realizuje politiku Komunistické strany Československa,*“³⁸ čo sa prejavovalo tým, že všetky podstatné otázky smerovania a riadenia krajiny sa rozhodovali nie v „departmentoch, kanceláriách a štáboch“, ale v ÚV KSČ – a realizovali

³⁴ BIANCHI, L.: cit. d. v pozn. 5, s. 865.

³⁵ KLOKOČKA, V.: Ústavní systémy evropských států. 2. vyd. Praha : Linde, 2006, s. 341-342.

³⁶ ZDOBINSKÝ, S./MATOUŠEK, S. a kol.: cit. d. v pozn. 4, s. 196.

³⁷ Tamže, s. 197.

³⁸ Tamže.

sa na rôznych úrovniach štátnej správy – vládnej alebo na úrovni národných výborov. Už vieme, že dokonca aj volebný program zostavoval Národný front pod vedením KSČ.

KSČ v najvyššom zastupiteľskom orgáne ČSSR – vo FZ – utvárala klub poslancov-komunistov, a rovnako v oboch snemovniach a vo výboroch vytvárala stranické skupiny. Podľa stanov KSČ sa tento klub a skupiny mali vo svojej činnosti spravovať politikou a stanovami strany, boli podriadené príslušným stranickým orgánom a boli povinné riadiť sa vo všetkých otázkach ich uzneseniami.³⁹ To by samo osebe nemuselo byť problémom vzhľadom na prirodzenú snahu politických strán o vnútrostranícku disciplínu a napĺňanie cieľov strany. Ako problematický však vnímame fakt, že užšie stranické vedenie prerokúvalo prípravu schôdzí Predsedníctva FZ,⁴⁰ čo bolo možné iba vzhľadom na dominanciu jednej politickej strany. V súčasnosti by sa takéto „predrokovanie“ muselo konať na úrovni koalíčných strán. Potvrdenie absolútnej dominancie KSČ potvrdzuje nasledujúci citát: *„Formy a metódy uplatňovania vedúcej úlohy KSČ v zastupiteľských orgánoch Československej socialistickej republiky umožňujú stranickým orgánom na jednej strane posúdiť navrhované a prerokované opatrenia zastupiteľskými orgánmi a na druhej strane im umožňujú rozvinúť vlastnú iniciatívu a politicko-organizátorskú činnosť na podporu plnenia úloh, ktoré vytýčila Komunistická strana Československa pre zastupiteľské orgány pri výstavbe našej socialistickej spoločnosti a štátu.“*⁴¹ Potvrdzuje sa tu teda, že KSČ bola tou silou, ktorá vymedzovala úlohy a činnosť parlamentu. Bližšie na to poukážeme v nasledujúcich kapitolách.

Praktická stránka nečinnosti „pracujúceho“ parlamentu je zrejماً zo stenografických záznamov z rokovaní Národného zhromaždenia alebo Federálneho zhromaždenia. Všetky rozhodnutia sa zásadne prijímali jednodhlasne a bez pripomienok. Zvláštnosťou zákona o rokovanom a pracovnom poriadku Národného zhromaždenia (č. 183/1964 Zb.) bolo, že pri hlasovaní, ktoré sa uskutočňovalo spravidla zdvihnutím rúk, sa sčítavali hlasy len vtedy, ak výsledok nebol zjavný bez ich počítania (z toho vyplýva, že výsledok hlasovania bol vopred dobre známy, predvídateľný, a že NZ len viac-menej schvaľovalo vopred pripravené návrhy zákonov z „dielne“ KSČ).

³⁹ CHOVANEC, J.: Vedúca úloha Komunistickej strany Československa v zastupiteľských orgánoch Československej socialistickej republiky, in: Právny obzor, roč. 56, 1973, č. 4, s. 293.

⁴⁰ Tamže, s. 295.

⁴¹ Tamže.

3. 4 Parlament ako orgán výkonu jednotnej štátnej moci

Už sme spomenuli, že za socializmu dochádzalo k narušeniu klasickej del'by moci medzi zákonodarnou a výkonnou mocou. Ideálom malo byť úplné splynutie zastupiteľských orgánov s výkonnými, resp. správnymi tak, aby jeden orgán nielen prijímal zásadné uznesenia všeobecnej povahy, ale ich aj vykonával.⁴² Tým by sa zaviedla v podstate vláda parlamentu, akú predstavovali v plnej miere revolučné orgány – Národný výbor pri vzniku ČSR v roku 1918 a Slovenská národná rada počas Slovenského národného povstania.

Princíp jednoty štátnej moci, tak ako je tu načrtnutý, predstavuje jeden zo základných ústavných pilierov, na ktorom bola založená činnosť orgánov štátnej moci a na podklade ktorého mal byť vyjadrený vzťah zastupiteľského orgánu k ostatným orgánom štátnej moci v ľudovej demokracii a socializme. Tento princíp predstavuje negáciu nielen tradičného princípu del'by moci, ktorý sa v našich podmienkach realizoval od prijatia Ústavnej listiny z roku 1920, ale aj mechanizmu brzd a protiváh.

Podstatou myšlienky o jednote štátnej moci je téza, že štátna moc a ľud sú v socialistickom štáte vzájomne neoddeliteľné.⁴³ Táto korelácia štátnej moci a ľudu zakladala v nadväznosti na princíp suverenity pracujúceho ľudu mechanizmus jednoty štátnej moci. Suverenita ľudu sa prejavovala v jeho vrcholnom postavení a v jeho nezávislosti. Základným predpokladom týchto atribútov suverenity ľudu však musela byť jednota jeho vôle.⁴⁴

Princíp suverenity ľudu okrem iného vyjadruje skutočnosť, že existuje len jedna zvrchovaná vôľa, ktorej nositeľom je ľud a táto vôľa ľudu je jediná a jednotná, vnútorne nerozporná, a preto nemôže byť ani deliteľná. Preto je pre úpravu vzťahov štátnych orgánov neprípustná akákoľvek del'ba moci a s ňou súvisiaci mechanizmus brzd a protiváh, ktorými sa mali jednotlivé zložky moci navzájom kontrolovať a vyvažovať.

Táto teoretická konštrukcia však neznamena, že sa mala likvidovať doterajšia sústava štátnych orgánov, ktorú mal nahradiť len jeden orgán vyjadrujúci vôľu ľudu. „*Sama okolnosť nedeliteľnej štátnej moci nebráni možnosti, aby sa na nej nepodielali najrôznejšie orgány štátnu – parlament, vláda, súdy, prokuratúra.*“⁴⁵ Preto sa v socialistických krajinách, ako aj

⁴² BOGUSZAK, J./JIČÍNSKY, Z.: Struktura státní moci, in: Právnik, roč. CV, 1966, č. 5, s. 397.

⁴³ ZDOBINSKÝ, S./ZLATOPOLSKIJ, D. L.: Ústavní systémy socialistických zemí, s. 177.

⁴⁴ Tamže.

⁴⁵ VEBERA, Z.: Právní záruky ústavnosti a zákonnosti v ČSSR. Brno : Univerzita J. E. Purkyně, 1975, s. 40.

v Československu, ponechala sústava orgánov, ktoré sú vonkajším výrazom deľby moci, no ich vnútornou náplňou činnosti bola iba deľba práce. Zásadná zmena oproti predchádzajúcemu vývoju charakterizovanému deľbou moci spočívala v upravení vzájomných vzťahov medzi týmito orgánmi.

Základnou zásadou pri určovaní vzťahov medzi štátnymi orgánmi je vymedzenie ich postavenia. Každý štátny orgán (vrátane sústavy najvyšších štátnych orgánov) tvoril súčasť politickej a právnej nadstavby nad hospodárskou základňou, ako aj sociálnou podstatou spoločnosti, determinovanou jednotou úloh a funkcií. V tomto zmysle teda štátne orgány vyjadrovali jednotu vôle a záujmov všetkého pracujúceho ľudu a tvorili tak jednotnú sústavu.⁴⁶ Tá sa prejavovala v spoločnej spolupráci týchto orgánov, vzájomnej súčinnosti a závislosti, vzťahoch subordinácie a pod.

Táto konštrukcia sa začína naplno prejavovať v činnosti Národného zhromaždenia od začiatku šesťdesiatych rokov. Nachádzame ju napríklad pri rokovaní a schvaľovaní programového vyhlásenia Lenártovej vlády⁴⁷ v roku 1960. Novozložená vláda predstúpila pred Národné zhromaždenie s prejavom jej predsedu Jozefa Lenárta,⁴⁸ a následný postup NZ bol len potvrdením koncepcie jednotnej štátnej moci. K prednesenému prejavu predsedu vlády nielenže neboli vznesené žiadne námietky alebo pripomienky, ale objavuje sa tu aj návrh poslanca Jurana na vyslovenie súhlasu s prejavom predsedu vlády bez rozpravy. S prejavom vyslovilo NZ jednomyseľný súhlas.⁴⁹

Rovnako sa táto metóda uplatňuje o štyri roky neskôr. Novovytvorená vláda na čele s Lenártom síce predstupuje pred Národné zhromaždenie so žiadosťou o vyslovenie dôvery, ale konštatuje zároveň jednotu záujmov predstaviteľov oboch zložiek moci: *„Vláda republiky predstupuje podľa ústavy našej socialistickej republiky pred Národné zhromaždenie, aby predniesla svoje vyhlásenie a požiadala vás o dôveru a aktívnu podporu vo svojej práci. Predstupujeme pred vás – volených zástupcov ľudu – vedomí si zodpovednosti vlády k Národnému zhromaždeniu a povinnosti skladať mu účty*

⁴⁶ MATOUŠEK, S./ZDOBINSKÝ, S. a kol.: Štátne právo socialistických krajín, Bratislava : Obzor, 1984, s. 312.

⁴⁷ „Predseda Fierlinger: Soudružky a soudruzí, pořadí přihlášených řečníků je vyčerpáno. Hlásí se ještě někdo do rozpravy? (Nikdo.) Do rozpravy se nikdo nehlásí, je tedy skončena. Přistoupíme proto k hlasování o programovém prohlášení vlády, které v dnešní schůzi předseda vlády přednesl. Kdo souhlasí s programovým prohlášením vlády, jak je předseda vlády v dnešní schůzi přednesl, nechť zvedne ruku! (Děje se.) Je někdo proti? (Nikdo.) Zdržel se někdo hlasování? (Nikdo.) Děkuji. Tím Národní shromáždění vyslovilo podle čl. 71 ústavy s programovým prohlášením vlády svůj jednomyslný souhlas. (Dlouhotrvající potlesk.).“

⁴⁸ Viac na : <http://www.nrsr.sk/nrdk/Download.aspx?MasterID=53886>.

⁴⁹ Tamže.

*z činnosti tak, ako nás k tomu zaväzujú zásady Ústavy. Chcem menom vlády povedať, že vo svojom postupe budeme tieto princípy dôsledne dodržiavať, lebo vidíme v nich účinnú pomoc a jeden z predpokladov správneho konania... Vychádzame pritom zo základnej skutočnosti našej spoločnosti, že tak Národné zhromaždenie ako i vláda plnia vôľu ľudu, reprezentujú jeho záujmy a vyjadrujú jeho presvedčenie.*⁵⁰ Tento koncept je teda vyjadrený už hneď na prvom zasadnutí novozvoleného Národného zhromaždenia (a nie po prvýkrát) a určuje celkovú líniu činnosti parlamentu v tomto období (programové vyhlásenie vlády je nakoniec jednohlasne schválené).

3.5 Vzťah parlamentu k ostatným orgánom štátnej moci a ku KSČ

Praktická realizácia systému jednoty štátnej moci bola založená na dvoch základných princípoch:

1. Zodpovednosť Národného zhromaždenia Komunistickej strane.
2. Zodpovednosť všetkých orgánov Národnému zhromaždeniu.

Prvý princíp bol v praxi determinantom pri úprave vzťahov medzi štátnymi orgánmi. Vedúca úloha strany v spoločnosti, ako aj v štáte bola vyjadrená v článku 4 Ústavy ČSSR, a práve toto ustanovenie ústavy bolo determinantom pre úpravu vzťahov medzi parlamentom a vládou, ako aj ostatnými orgánmi moci.

Komunistická strana pritom predstavovala kvalitatívne nový typ politickej strany, ktorú tvorili „*najaktívnejší a najvedomejší občania z radov robotníkov a pracujúcich, predstavovala progresívny prvok v spoločnosti, ktorý vystupoval ako predvoj robotníckej triedy a ostatných pracujúcich.*“⁵¹ Pritom vedúca úloha strany predstavovala „*najvýznamnejšiu objektívnu zákonitosť prechodu od kapitalizmu ku komunizmu.*“⁵² Vedúca úloha strany v Československu bola vymedzená nasledovne: „*KSČ je jedinou organizovanou, zjednotenou a aktívnou silou v spoločnosti, ktorá je schopná cieľavedome viesť celú spoločnosť k vytýčeným socialistickým a komunistickým cieľom. Je takou silou preto, lebo sa spravuje revolučným marxisticko-leninským učením, čo jej umožňuje poznávať na prísne vedeckom základe zákonitosti spoločenského vývoja, čeliť tendenciám živelnosti a orientovať tvorbu a realizáciu politicko-sociálnej a ekonomickej vývojovej*

⁵⁰ Pozri <http://www.nrsr.sk/nrdk/Download.aspx?MasterID=54830>.

⁵¹ Porovnaj s čl. 4 Ústavy ČSSR, čl. 6. Ústavy ZSSR a pod.

⁵² MATOUŠEK, S./ZDOBINSKÝ, S.: cit. d. v pozn. 46, s.118.

*linie, ako aj riešiť neantagonistické protirečenia v súlade s týmito objektívnymi zákonitosťami...*⁵³

Aj keď strana mala byť v zmysle ideológie marxizmu-leninizmu jadrom moci, nikdy nemala nahrádzať činnosť štátnych orgánov. Táto základná Leninova myšlienka bola rozpracovaná na VIII. Zjazde KSR v nasledovnom zmysle: „*Zmiešavať funkcie stranických kolektívov s funkciami štátnych orgánov, akými sú soviety, sa v žiadnom prípade nesmie. Svoje uznesenia musí strana uskutočňovať prostredníctvom sovietskych orgánov, v rámci sovietskej sústavy. Strana sa snaží riadiť činnosť sovietov, ale nie ich nahradzovať.*“⁵⁴ Lenin sa už od počiatku snažil o odčlenenie strany od štátu a stanovenie deliacej čiary medzi nimi. Touto tézou sa zaoberal aj na IX. zjazde strany, kde sa vyjadril nasledovne: „*Konečne je nutné omnoho presnejšie vymedziť funkcie strany a sovietskej moci, zvýšiť zodpovednosť a samostatnosť sovietskych pracovníkov a sovietskych inštitúcií a strane ponechať celkové riadenie práce všetkých ostatných orgánov dohromady, bez doterajšieho príliš častého, nepravidelného, často povrchného zasahovania.*“⁵⁵ V zmysle týchto princípov tak strana mala vystupovať ako riadiaca sila spoločnosti, ktorá však nemala zasahovať, alebo preberať kompetencie štátnych orgánov.

Ústavná prax v Československu v sledovanom období však neakceptovala túto tézu, na čo poukázal aj Akčný program KSČ z 4. apríla 1968: „*Nahradzovanie a zmiešavanie štátnych orgánov, orgánov hospodárskeho riadenia a spoločenských organizácií stranickými orgánmi je potrebné naďalej úplne odstrániť.*“⁵⁶ Realizácia tohto princípu však bola v nasledujúcom období normalizácie opätovne zatlačená do úzadia a strana zotrvala aj naďalej vo svojej mocensky neobmedzenej vedúcej úlohe.

Pokiaľ ide o princíp zodpovednosti všetkých orgánov parlamentu, možno poukázať na paradox, že kým právomoc Národného frontu navrhovať členov vlád a ich odvolanie rovnako ako právomoc prezidenta odvolávať predsedu a členov vlády a menovať nových znamenalo oslabenie NZ, na druhej strane jeho posilnenie predstavovalo zbavenie prezidenta práva vrátiť NZ zákon s pripomienkami, odročovať a rozpúšťať parlament. Vo vzťahu k vláde zasa

⁵³ MATOUŠEK, S./TRELLA, R./KÁČER, L.: Československé štátne právo. Bratislava : Obzor, 1980, s. 85.

⁵⁴ KSSS v rezolúciách a usneseniach sjezdů, konferencií a plenárních zasedání ÚV. zv. I. Praha : SNPL, 1954, s. 386. Citované podľa: ZDOBINSKÝ, S./ZLATOPOLSKIJ, D. L.: Světová socialistická soustava a státní výstavba v evropských socialistických zemích I. díl. Praha : Orbis, 1977, s. 231.

⁵⁵ Tamtiež.

⁵⁶ GRONSKÝ, J.: cit. d. v pozn. 24, s. 93.

ústava z roku 1960 priniesla právomoc rušiť nariadenia aj uznesenia vlády v rámci parlamentnej kontroly ústavnosti.⁵⁷

V období federácie kontrolnú funkciu vykonávalo Federálne zhromaždenie (FZ) nielen voči vláde – interpeláciami, či preverovaním plnenia národohospodárskych plánov štátneho rozpočtu – ale vykonávalo ju aj voči prezidentovi republiky tým, že prezident bol FZ zodpovedný. Navyše FZ prerokovalo správy o stave ČSSR a o závažných politických otázkach, ktoré prezident podával FZ. Podobne FZ vykonávalo kontrolnú právomoc aj voči Najvyššiemu súdu a generálnemu prokurátorovi – tá sa tiež uskutočňovala formou prerokovania správ o stave socialistickej zákonnosti. FZ mohlo tiež zrušiť nariadenie alebo uznesenie vlády, všeobecne záväzný predpis federálneho ministerstva, federálneho výboru alebo iného ústredného orgánu štátnej správy na federálnej úrovni, ak odporovali ústave alebo inému zákonu FZ. Federálne zhromaždenie bolo teda zároveň orgánom kontroly ústavnosti.⁵⁸

Federálne zhromaždenie disponovalo okrem zákonodarnej, kreačnej a kontrolnej funkcie zároveň aj kompetenciami v oblasti zahraničnej a vnútornej politiky – napr. schvaľovalo strednodobý plán rozvoja národného hospodárstva, štátny rozpočet federácie, vyslovovalo súhlas s ratifikáciou medzinárodných zmlúv, prejednávalo však tiež prejavy ministra zahraničných vecí o zásadných otázkach zahraničnej politiky ČSSR.⁵⁹

Aj napriek týmto teoretickým možnostiam parlamentu si však je nutné uvedomiť, že v praxi stále nepretržite dominovala idea spolupráce a súčinnosti všetkých zložiek moci, nie ich vzájomná kontrola. Koncepcia parlamentarizmu s reálnym uplatnením supremácie moci parlamentu nad ostatnými zložkami moci nadobudla reálnejšie kontúry iba v roku 1968. Keď novovymenovaná vláda predstúpila pred parlament so svojim programovým vyhlásením a žiadosťou o vyslovenie dôvery, predseda vlády Černík vyhlásil, že vláda bude viac ako doteraz umožňovať kontrolu svojej činnosti Národným zhromaždením a umožňovať mu ovplyvniť činnosť vlády napr. pri predkladaní vládnych návrhov zákonov.⁶⁰ V nadväznosti na

⁵⁷ BOGUSZAK, J./JIČÍNSKY, Z.: *Struktura státní moci*, in: *Právnik*, roč. CV, 1966, č 5, s. 399.

⁵⁸ CHOVANEC, J.: *Federálne zhromaždenie Československej socialistickej republiky*, in: *Právny obzor*, roč. 54, 1971, č. 6, s. 552-553.

⁵⁹ ZDOBINSKÝ, S./MATOUŠEK, S. a kol.: cit. d. v pozn. 4, s. 202.

⁶⁰ „Vláda bude plně vykonávat všechny své ústavní pravomoci a cítí se před Národním shromážděním také odpovědna za plnění svých povinností, jež vyplývají z postavení a funkcí nejvyššího výkonného orgánu státní moci, které jí ukládá ústava a ostatní zákony...Vrcholným orgánem, jemuž vláda za svou práci odpovídá, je Národní shromáždění. Vláda bude vyvíjet takové metody a formy své práce, aby nejvyšší zastupitelský sbor mohl celou její činnost plně

predchádzajúce obdobie sumarizuje postavenie a činnosť vlády nasledovne: „V dosavadnom systéme nebyly dostatečné záruky proti působení osobní moci a jeho centralistické direktivní metody řízení nepříznivě ovlivňovaly rozvoj společnosti a hospodářství... V tomto systéme ani vláda republiky neplnila všechny své ústavní funkce. Neuplatňovala vždy svou samostatnou pravomoc a odpovědnost, ve vládní politice se málo uplatňovala politická role Národní fronty. Důsledkem tohoto stavu bylo, že se nevytvářely správně ani vztahy mezi vládou a Národním shromážděním.“⁶¹ Obsah tohto pokrokového vyhlásenia vlády vychádzal z Akčného plánu KSČ, v ktorom sa snád' po prvý raz objavuje ako jeden z hlavných bodov programu potreba deľby moci ako záruky proti svojvôli.⁶² Prijímanie uznesenia k tomuto vládnemu programu predstavovalo najdlhšiu parlamentnú rozpravu, v rámci ktorej vystúpilo 72 poslancov počas štyroch dní (23.- 24. apríl a 3.-4. máj). Z prednesených príspevkov si osobitnú pozornosť zaslúži vystúpenie prvého tajomníka ÚV KSČ Alexandra Dubčeka, ktorý sa vo svojom príspevku ako prvý na pôde parlamentu (od prijatia ústavy v roku 1960) postavil proti koncepcii jednotnej štátnej moci a zasadil sa za uplatňovanie princípu deľby moci a rešpektovanie suverenity ľudu realizovanej prostredníctvom Národného zhromaždenia.⁶³

kontrolovať. Vúči Národnému shromáždění bude vláda více než dosud vystupovat jako kolektiv, zejména při přípravě návrhů zákonů. Vláda bude častěji než dosud předstupovat před Národní shromáždění se zprávami o závažných otázkách vnitřní i zahraniční politiky, s prohlášeniami k celkové linii vládní politiky, aby mohl nejvyšší zastupitelský sbor lidu reálně působit na řešení koncepčních otázek. Vládní návrhy, zejména návrh státního rozpočtu, bude vláda připravovat tak, aby Národní shromáždění mělo možnost rozhodnutí opravdu ovlivnit. Odpovědnost vlády i jednotlivých jejích členů Národnému shromáždění je hlavní formou odpovědnosti vlády občanům, lidu.“ (Pozri <http://www.nrsr.sk/nrdk/Download.aspx?MasterID=55481>.)

⁶¹ Tamtiež.

⁶² „Také komunisté ve vládě musí v nejbližší době zajistit, aby byl konkrétně rozpracován princip odpovědnosti vlády NS v celé její činnosti...Politika strany vychází z požadavku, aby v celém státním mechanismu nedocházelo k přílišnému soustřeďování moci v jednom článku, v jednom aparátu nebo u jednotlivce. Je nutno zajistit takové rozdělení pravomoci a systému vzájemné kontroly mezi jednotlivými články, aby případné chyby a přehmaty jednoho článku byly včas napraveny činností druhého. Tomu musí odpovídat nejenom vztahy mezi volenými a výkonnými orgány, ale i vztahy uvnitř mechanismu výkonu státní moci a správy a rovněž postavení a funkce soudů.“. Pozri GRONSKÝ, J.: cit. d. v pozn. 24, s. 98-100.

⁶³ „Neoddeliteľnou súčasťou nášho demokratizačného procesu je uplatňovanie účinnej deľby moci. Jedným z vážnych nedostatkov doterajšieho politického systému bola neobyčajná koncentrácia moci, ktorá spôsobila podceňovanie celej sústavy zastupiteľských orgánov. Dôsledné uskutočnenie deľby moci je nutnou podmienkou socialistickej demokracie. Musíme všetci, ale predovšetkým parlament, usilovať o to, aby sme nielen prijali, vytvorili, ale tiež trvale zabezpečovali sústavu účinných záruk, aby vláda skutočne vládla a parlament v rámci svojej pôsobnosti zákonnými opatreniami rozhodoval. Som presvedčený, že náš parlament má

V nadväznosti na prijaté vyhlásenie vlády bolo schválených viacero zákonov, ktorých cieľom bolo odstrániť nedemokratické črty predchádzajúcich rokov a nastoliť nový smer v politike, ekonomike, kultúre a pod. Nastúpený proces demokratických reforiem však bol zastavený augustovou intervenciou piatich krajín Varšavskej zmluvy.

Pri zhrnutí činnosti posledného Národného zhromaždenia v našich dejinách – totiž pred jeho premenou na Federálne zhromaždenie – si možno vypožičať slová jeho posledného predsedu Josefa Smrkovského, ktorý ho hodnotil nasledovne: *„Padesátá léta přinesla však vážné problémy i do práce NS, které bylo postupně vyřazováno z aktivního působení na řešení základních problémů nové společnosti, bez tvůrčího přístupu schvalovalo politická rozhodnutí, stávalo se pouhou převodovou pákou a kulisou pro slavnostní projevy. Formálností své práce bylo NS degradováno a výsledkem toho byla i lhostejnost voličů.... Je nesporné, že vůle a úsilí poslanců i vedení NS přineslo v letech 1964 až 1967 mnohé pozitivní výsledky, i když se neustále naráželo na polovičitost a nedůslednost.... Přes tyto nesporné pokroky v letech 1964-1967 však zůstávaly výsledky úsilí orgánů Národního shromáždění a poslanců odtrženy od podstatných, rozhodujících problémů politiky a ekonomiky...“*

K náprave takéhoto postavenia parlamentu však nedošlo ani v podmienkach federácie. Skutočnosťou zostáva, že činnosť Národného zhromaždenia sa iba v období prvej polovice roku 1968 vo svojej podstate najviac priblížila demokratickému európskemu poňatiu parlamentarizmu, a že takúto tendenciu možno v dejinách československého parlamentarizmu opätovne sledovať až na sklonku osemdesiatych rokov.

Záver

V našom príspevku sme sa zamerali na ústavnoprávne a štátovedné „úchylky“ obdobia rokov 1948-1989 v dejinách československého parlamentarizmu. Poukázali sme na rozdiely voči západnému „buržoáznemu“ parlamentarizmu,

všetky predpoklady presadiť sa ako najvyšší zákonodarný orgán a že bude uplatňovať svoje právo kontrolovať činnosť vlády a jej orgánov, konfrontovať ich prácu s programom, obhajovať záujmy a požiadavky obyvateľov. Národné zhromaždenie sa tak môže plne stať skutočným predstaviteľom vôle ľudu, vyjadrovateľom záujmov rôznych sociálnych skupín obyvateľov, ktoré sa na pôde parlamentu budú iste prejavovať a ktoré parlament bude svojim rokovaním zjednocovať a vyrovnávať. Bude záležať predovšetkým na práci samotného parlamentu, ako sa budú vytvárať predpoklady pre to, aby mohol svoje poslanie v politickom systéme socialistickej demokracie stále plnšie uplatňovať.“ (Pozri <http://www.nrsr.sk/nrdk/Download.aspx?MasterID=55488>).

ktoré spočívali najmä v nedemokratickom kreovaní zastupiteľských orgánov vrátane parlamentu a v absencii poslaneckej nezávislosti a imunity (čo sa prejavilo najmä zbavením poslancov ich poslaneckých mandátov rozhodnutím akčného výboru pôsobiaceho na pôde parlamentu v roku 1948, ale tiež v podobe imperatívneho mandátu a závislosti na voličoch, resp. korporáciách, ktoré kandidátov na poslancov navrhovali a mohli ich aj odvolať). Parlament mal ďalej na rozdiel od západných ideálov predstavovať odraz triedneho zloženia spoločnosti, čo predstavuje skrytú formu ideálov korporativistických a profesijných parlamentov, ktorá sa objavila v 20. a 30. rokoch 20. storočia. Osobitnú pozornosť venujeme socialistickej „špecialite“ – idei jednotnej štátnej moci, vyplývajúcej z jednoty (pracujúceho) ľudu a jeho suverenity. Tá nemala dovoliť vzájomnú kontrolu medzi orgánmi štátnej moci, a mala znamenať podriadenosť všetkých orgánov parlamentu, resp. súladnú spoluprácu parlamentu s ostatnými orgánmi štátnej moci. V skutočnosti však všetky orgány vrátane parlamentu zodpovedali politickej strane, ktorá zasahovala do činnosti parlamentu a fakticky ho paralyzovala napriek hlásaným ideálom „pracujúceho“ parlamentu.

Aliquid de iure gustare: portrayal and criticism of lawyers in Petronius

Richard Gamauf

1. The *Satyricon* is a unique masterpiece of ancient literature that combines many outstanding qualities.¹ Its author² created a multi-layered work of fiction, alternating scenes of highly fantastic character with episodes in settings which *prima facie* appear like realistic representations of everyday life among the lower classes of Roman society.³ In episodes of the latter kind, Petronius leads modern readers into a world that is rarely documented in ancient literature outside the *Satyricon* and hardly recoverable from other sources. The reader is confronted with the spectacular business career and the peculiar world views of the obscenely wealthy freedman Trimalchio, who epitomizes the literary figure of the newly rich but unrefined upstart.⁴ Furthermore, one can overhear

¹ Modern scholars agree on *Satyricon* as the more likely title, but for reasons of convenience the commonly known title *Satyricon* will be retained. Good starting points to the vast literature are J. PRAG/I. REPATH (eds.): *Petronius: A Handbook*. Oxford 2009 and E. COURTNEY: *A Companion to Petronius*. Oxford 2001; online resources are listed on the Petronian Society Ancient Novel Page <http://www.chss.montclair.edu/classics/petron/PSNNOVEL.HTML> (visited on June 22, 2009).

² The authorship of T. Petronius Niger, the *arbiter elegantiae* of Nero's court (cf. Tac. ann. 16,17-20), is generally accepted nowadays; see E. COURTNEY: *Companion* (note 2) 5-11 and J. PRAG/I. REPATH: *Introduction*. In: J. PRAG/I. REPATH (eds.): *Petronius* (note 1) 5-9. For evidence in the text indicating a composition in Neronian times see C. VOUT: *The Satyricon and Neronian Culture*. In: J. PRAG/I. REPATH (eds.): *Petronius* (note 1) 101-113.

³ As a confession of the author's 'realistic' intentions one could read Eumopos' statement in § 132,15: *quodque facit populus, candida lingua refert*; see V. RUDICH: *Dissidence and Literature under Nero. The price of rhetoricization*. London/New York 1997, 230. On the crucial problem of Petronian realism in general e.g., E. LO CASCIO: *La vita economica e sociale delle città romane nella testimonianza del Satyricon*. In: L. CASTAGNA/E. LEFÈVRE (eds.): *Studien zu Petron und seiner Rezeption/Studi su Petronio e sulla sua fortuna*. Berlin/New York 2007, 3-14 and E. OLSHAUSEN: *Soziokulturelle Betrachtungen zur Cena Trimalchionis*. *Ibid.*, 15-31.

⁴ In the *cena Trimalchionis* (§§ 26-78); on the *cena* see E. COURTNEY: *Companion* (note 2) 72-126 and M. S. SMITH (ed.): *Petronii Arbitri Cena Trimalchionis*. Oxford 1975. The seminal study of Trimalchio's biography still is P. VEYNE: *Vie de Trimalcion*. *Annales E.S.C.* 16 (1961) 213-247; to what extent Trimalchio can be regarded as a typical freedman is shortly discussed by J. ANDREAU: *Freedmen in the Satyricon*. In: J. PRAG/I. REPATH (eds.): *Petronius* (note 1) 115s. and E. COURTNEY: *Companion* (note 2) 115. For the close personal relations between noble Romans and their freedmen and slaves that may explain Petronius' intimate knowledge of such circles see V. RUDICH: *Dissidence* (note 3) 189.

the chit-chat of other, less wealthy but equally vulgar, members of his class⁵ or get to know details of Roman slavery that, had it not been for the *Satyricon*, would have remained unknown to us.⁶

For a number of reasons, the *Satyricon* does not lend itself to an easy interpretation.⁷ Due to the fragmentary nature of the surviving text the original composition can only be roughly reconstructed, hence the correct context of one or the other scene remains enigmatic to some degree. In addition to this, the original placement of some smaller fragments can only be guessed. Setting such general textual problems aside, for a historian Petronius' text poses a number of further problems. Petronius wrote in order to amuse an educated readership and not to document contemporary everyday life. He composed a satire, not a social study. As a consequence, Petronius' text can not be simply read as an objective eyewitness account of his time (if something of that kind is conceivable anyhow).

However, low life environments of the first century A.D. are the stage on which Petronius unfolds his satirical story and they provide the indispensable background to the narrative. The characters depicted in the *Satyricon* are not only distorted by the inevitable bias of a member of the Roman nobility towards the lower echelons of society but also in order to achieve literary effects: Petronius frequently satirizes by exaggerating the realities of his days into grossly out of scale enormities when he wishes to create absurd situations or to ridicule his characters. In addition, the position taken by the narrator adds a further problem to a historical interpretation of the text: The first person story teller is Encolpius, an idler and petty criminal.⁸ His opinions must not be mistaken for Petronius' own attitudes nor do they present an outlaw's world view in a reliable manner.

Nevertheless, to a legal historian the world of the *Satyricon* offers a rich yield.⁹ Petronius' text sometimes employs legal language in a quite technical meaning. The education of this highly cultured courtier surely had equipped

⁵ On the freedmen in the *Satyricon* cf. J. ANDREAU: Freedmen (note 4) 114-124 and E. OLSHAUSEN: Soziokulturelle Betrachtungen (note 3) 15-31.

⁶ Cf. A. BRAVO GARCÍA: El 'Satiricón' como reflejo de la esclavitud de su tiempo. In: Cuadernos de filología clásica 6 (1974) 195-208 and G. PUGLISI: Il microcosmo di C. Pompeius Trimalchio Maecenatianus. Schiavi e liberti nella casa di un mercante romano (Petr. 27-78). In: Index 15 (1987) 207-226.

⁷ See e.g., N.W. SLATER: Reading the *Satyricon*. In: J. PRAG/I. REPATH (eds.): Petronius (note 1) 16-31.

⁸ He mentions his crimes in §§ 130, 2 and 133,3.

⁹ On the references to the law see L. DEBRAY: Pétrone et le droit privé romain In: RHDE 43 (1919) 5-70 and 127-186.

him with a solid background of legal learning so that the interpretation of the text can rely on the assumption that Petronius, in such cases, knowingly employed the language of the law (and that he expected his equally educated readership to comprehend what he intended to convey).¹⁰ Taking this into account sometimes helps to detect an additional dimension in an episode that can highlight its social background.¹¹

2. This paper will analyze passages in which Petronius portrays lawyers or allows his protagonists to voice critical opinions on courts or the local administration. In these instances the author uses persons from the bottom of Roman society, destitute free¹² or freedmen, as spokesmen to direct criticism against the legal system or the local power-holders. Given the special literary character of the source, the central aim of this study is to explore Petronius' intentions behind this criticism.

3. In the first remaining chapters of the novel, Petronius takes his readers to the Campanian port town of Puteoli (today's Pozzuoli north of Naples) and allows glimpses at the daily life of a small but prosperous Roman town during the time of emperor Nero's reign. This picture, however, seems to be out of focus. One hears nothing about the accomplishments of the rich and important families, local politics¹³ or regular town life. Instead, Petronius points at corruption and shortcomings both in the administration of justice and the town government.

The setting in §§ 12-15 is a sinister market place at Puteoli.¹⁴ Ascylos

¹⁰ On the level of education of the ancient readership see R. HUNTER: Ancient readers. In: T. WHITMARSH (ed.): *The Cambridge Companion to the Greek and Roman Novel*. Cambridge 2008, 261-271.

¹¹ See e.g., § 8: A person, first introduced as a trustworthy *pater familias*, tries to seduce/rape Ascylos. In the description of the immoral request – *prolatoque peculio coepit rogare stuprum* – Petronius unmasks the pretensions of the assailant: Calling the money offered for the intercourse *peculium* Petronius shows his status as son-in-power or slave (or in case of the *Satyricon* possibly freedman as well; see §§ 75 and 76 for freedmen talking about their *peculia*). On the passage cf. E. LEFÈVRE: Die novellistische Struktur der drei Erzählungen in Petron. 6-15. In: L. CASTAGNA/E. LEFÈVRE (eds.): *Studien* (note 3) 156-158 and TH. BAIER: *Encolpis Phantasiae*. In: L. CASTAGNA/E. LEFÈVRE (eds.): *Studien* (note 3) 151.

¹² The *status* of Encolpius and Ascylos does not become clear; see J. ANDREAU: Freedmen (note 4) 117s. and A. RICHLIN: Sex in the *Satyricon*. Outlaws in Literatureland. In: J. PRAG/I. REPATH (eds.): *Petronius* (note 1) 86-88.

¹³ Only broken through the lens of the freedmen's criticism in §§ 44-45 (see *infra* after note 45).

¹⁴ A literary analysis of the passage is provided by E. LEFÈVRE: *Novellistische Struktur* (note 11) 163-170; an economic interpretation presents K. VERBOVEN: *A Funny Thing Happened*

and Encolpius arrive there one evening to sell a stolen cloak (*pallium*). They encounter a peasant couple who is offering a shabby *tunica* for sale. Upon inspection of the threadbare *tunica*, Ascyrtos recognizes it as the one they had lost in a previous (non-extant) episode of the novel and finds out that some coins which they had hidden in the seam of the *tunica* (their so-called *thesaurus*) are still in place. Now the retrieval of the *tunica* becomes their goal. While they discuss the best means to repossess the *tunica*, Ascyrtos recommends some sort of trick, whereas Encolpius insists on legal means: Since the skeptic Ascyrtos resists a lawsuit they agree on buying back the *tunica* with the proceeds from the intended sale of the cloak. But this plan fails because the peasants turn out to be the rightful owners of the cloak. To end the resulting quarrel, Ascyrtos proposes an out-of-court settlement: He suggests an exchange of cloak and *tunica*. Although the peasants agree, this solution is frustrated by the intervention of *advocati nocturni*¹⁵ who try to seize both contended items, allegedly to allow a hearing of the case on the following day. At the same time, a bizarre part-time barrister¹⁶ offers himself as fiduciary and clearly plans to exploit the situation. The scene ends when the enervated peasant throws the worn-out *tunica* into Ascyrtos' face and the scoundrels escape with their 'treasure'.¹⁷

4. The value of this episode for the study of Roman criticism towards the law and the legal profession has not escaped the attention of (legal) historians: D. Nörr quotes the scene as an example of criticism against corrupt judges in his book on *Rechtskritik* in Roman antiquity.¹⁸ For K. Verboven it can be either interpreted as “a bleak picture of how Roman law affected – or failed to affect – market practices”, showing “the lack of effective legal institutions”, or as

on My Way to the Market. Reading Petronius to Write Economic History. In: J. PRAG/I. REPATH (eds.): Petronius (note 1) 125-129.

¹⁵ Most translators see them as some sort of night guard, comparable to the *tres viri capitales/nocturni*; on the other hand it could be some less respectable advocates (so e.g., A. ARAGOSTI: Petronio Arbitro: Satyricon¹³. Milano 2007, 161: *alcuni avvocati – o piuttosto dei ladri, vista l'ora ed il luogo*). For the different interpretations see E. LEFÈVRE: Novellistische Struktur (note 11) 166.

¹⁶ According to E. LEFÈVRE: Novellistische Struktur (note 11) 167 he belongs “*offensichtlich zu der zweifelhaften juristischen Halbwelt.*”

¹⁷ There follows a lacuna of the text and the money is never mentioned in the remaining work. Most probably they faced a bitter disappointment. In this sense E. COURTNEY: Companion (note 2) 64s.

¹⁸ D. NÖRR: Rechtskritik in der römischen Antike. München 1974, 150 note 48.

a reflection of “the limitations of the justice system rather than its defects”.¹⁹ However, the *Rechtskritik* in the scene is more complex than that. In order to fully appreciate Petronius’ intentions, the criticism has to be analyzed within its literary context, before an attempt can be made to explore its background and its possible justifications.

The criticism is embedded in the context of Encolpius’ and Ascyltos’ attempt to retrieve the *thesaurus* in the *tunica*. For Petronius’ protagonists two ways seem possible: Encolpius favours a lawsuit, whereas Ascyltos recommends illegal manoeuvres. As Encolpius’ lays out his legal strategy he displays some quite thorough legal knowledge (not only for a self-confessed outlaw): He is well aware of the alternatives *interdictum*²⁰ or *rei vindicatio*²¹. Ascyltos is not interested in such details, because he regards legal means as hopeless.

It seems quite surprising that Encolpius considers going to court at all, since Petronius’ protagonists profess themselves outlaws²² and one would expect them to evade contact with the authorities. While Encolpius’ proposal constitutes a break with the self-assumed role of his literary character, Ascyltos remains true to his outlaw nature by rejecting any appeal to the law.²³ But in the discussion between the two the legitimacy of the law (*leges*) is never questioned: Ascyltos opts for trickery (*circuitu agendum*) because he does not expect a fair hearing. His scepticism is by no means based on their outlaw-status; he rather believes that no judge will trust the words of aliens (*quis habebit dicentibus fidem?*).²⁴ Furthermore he puts no trust in the courts assuming that the venality of judges excludes poor men *per se* from victory.²⁵

Since the case never goes to trial, the novel itself contains no further indications as to the validity of Ascyltos’ suspicions. The tumultuous events during the ‘pre-trial’ phase at the market and the way Petronius’ characterizes

¹⁹ K. VERBOVEN: A Funny Thing Happened (note 14) 126 prefers the second interpretation.

²⁰ § 13,4: ... *sed plane iure civili dimicandum, ut si nollet alienam rem domino reddere, ad interdictum veniret.*

²¹ § 13,3: ... *quo iure rem nostram vindicamus?*

²² § 125,4: ... *quam male est extra legem viventibus.*

²³ § 14,1: *Contra Ascyltos leges timebat ...*

²⁴ A quite realistic estimation, given the way Roman *iudices privati* reached their judgments.

²⁵ § 14,2: *Quid faciant leges, ubi sola pecunia regnat/ aut ubi paupertas vincere nulla potest?/ ipsi qui Cynica traducunt tempora pera/ non numquam nummis vendere vera solent./ ergo iudicium nihil est nisi publica merces,/ atque eques in causa qui sedet empti probat.*

No existing manuscript places the verses in the context of the market-scene; this is only a widely accepted reconstruction; see N. W. SLATER: Reading the *Satyrice*. In: J. PRAG/I. REPATH (eds.): Petronius (note 1) 21s.

the members of the legal profession therein do not foster optimism in this regard.

Whether the administration of justice during the first century A.D. really warranted such allegations is hard to determine: Petronius' picture could be a mere stereotype as well as a Roman nobleman's frowning judgement on the Campanian courts or even a veiled attack on courts of the capital. The highly sophisticated literary character of the source does not allow judgement on this question by a simple straightforward reading of the text.

As to the retrieval of the *thesaurus*, however, Petronius' position is clear: He sides with Ascylos. The author's special irony lies in the fact that he decides to prove Ascylos – and not the this time law-abiding Encolpius – right by letting him recuperate the tunic from its unlawful possessors. This victory is not won by legal means, but quite on the contrary: It is only achieved because Encolpius' idea to rely on the law proves a complete disaster from the outset. At least in the world of the novel, the day is won by the more realistic approach of Ascylos, the unrepentant villain. Encolpius' idealistic world view is no longer valid after the ruthless disclosure of the shortcomings of the legal system in this episode.

Petronius' carefully composed satire reaches its literary climax when Ascylos negotiates the bargain with the peasants. They should return the *tunica* in exchange for the cloak:

'Videmus', inquit, 'suam cuique rem esse carissimam; reddant nobis tunicam nostram et pallium suum recipiant.' (§ 15,1)

In a writer of Petronius' sophistication the allusion to the famous *suum cuique*-formula in these lines is hardly incidental. As a matter of fact, the formula was already well known in learned circles at his time.²⁶ Its use can be traced back as far as Cato the Elder; it frequently appears in Cicero's writings and also once in Petronius' contemporary Seneca.²⁷

Suum cuique represents, according to Ulpian's famous definition of *iustitia*, one of the central elements of justice.²⁸ In Ulpian's opinion, justice provides

²⁶ On the history of the formula see U. MANTHE: Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes I: Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles. In: ZRG rom. Abt. 113 (1996) 1-31 and *idem*: Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes II: Stoische Würdigkeit und die iuris praecepta Ulpian's. In: ZRG rom. Abt. 114 (1997) 1-26.

²⁷ Cato in Gell. 13.24: *Suum cuique per me uti atque frui licet*; for the evidence in Cicero see U. MANTHE: Beiträge II (note 26) 11; Sen. epist. 81.7: *'Hoc certe inquis, iustitiae convenit, suum cuique reddere, beneficio gratiam, iniuriae talionem aut certe malam gratiam.'*

²⁸ D. 1,1,10 pr. (Ulp. 1 reg.) *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.* (1) *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

the necessary moral guideline for the application of the law: In order to fulfil their function properly, lawyers should hold a firm intention (*voluntas*) to give everyone his due in accordance with the law. Only if applied according to the principles of justice can the law function as it should.²⁹

Bearing in mind the meaning of the *suum cuique*-formula, the market scene can be read as a sharp satire on the application of the law in this case. It is not by coincidence that Petronius uses the law-sceptic Ascyltos as the advocate of *suum cuique tribuere* when he proposes the reciprocal transfer of the clothes, and by this the accomplishment of justice. But in a world as upside down as that of the *Satyricon* no such thing must be allowed to happen. This attempt to realize the *suum cuique* is frustrated by the meddling of some ‘lawyers’: The *advocati nocturni* intervene to keep cloak and *tunica* for themselves (*qui volebant pallium lucri facere*) and a suspicious looking part-time attorney (seemingly some sort of Roman forerunner of the ambulance-chaser) adds to the chaos by trying to impose his services on them. Encolpius and Ascyltos keep their property only by getting out of reach of these ‘lawyers’.³⁰

5. Petronius did not design this travesty as a representation of the Roman judicial system. The crude exaggerations definitely exclude such a *prima facie* reading of the passage.³¹ The warning against a decline in the administration of justice caused by selfishness and greed however should not be lightly set aside. The same theme recurs later in the novel when Encolpius praises the miraculous powers of money in a sarcastic poem (§ 137, 9):

*Quisquis habet nummos, securo naviget aura
fortunamque suo temperet arbitrio.
uxorem ducat Danaen ipsumque licebit
Acrisium iubeat credere quod Danaen.
carmina componat, declamet, concrepet
omnes et peragat causas sitque Catone prior.*

²⁹ D 1,1,1 pr. (Ulp. 1 *inst.*) *Est autem (sc. ius) a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

³⁰ Martial (2,13) once advises an out of court settlement to escape corrupt judges and greedy attorneys: “*Et iudex petit et petit patronus: solvas censeo, Sexte, creditori.*” According to A. A. DIMOPOULOU: *La rémunération de l’assistance en justice. Étude sur la relation avocat-plaideur à Rome.* Athens/Komotini 1999, 281 the Romans regarded judicial corruption and exorbitant attorney’s fees as “deux façades de la même déviation de la justice.”

³¹ See F. SCHULZ: *History of Roman Legal Science.* Oxford 1946, 109 (= *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft.* Weimar 1961, 129) and E. LEFÈVRE: *Novellistische Struktur* (note 11) 168.

*iurisconsultus 'parret, non parret' habeto
atque esto quicquid Servius et Labeo.
multa loquor: quod vis, nummis praesentibus opta,
et veniet. clausum possidet arca Iovem.*

From a have-not's and outlaw's perspective the rich man's life promises success in any field. His ships master the seas and increase his wealth. His wife is worthy of Jupiter³². Furthermore he has success in art (*carmina componat*) as well as in court where he argues with better success than the prototype of a Roman *vir honestus*, Cato, because – even in the absence of rhetorical brilliance or legal expertise – his money will buy the judges' favourable decisions.³³

This indirect criticism does not sound like the caricature of small-town situations like in the market-scene. Petronius' readers could detect a more general reproach against declining ethical and professional standards in the Roman legal profession.³⁴ For this, the author contrasted the days gone by when *responsa* of eminent jurists had held authority in court with a present in which bribery replaced legal learning or forensic skills. By referring to jurists like Cicero's teacher Servius Sulpicius or the Augustan jurist Antistius Labeo, Petronius showed that things had been better not too long ago.³⁵

Our state of knowledge about the actual state of the administration of

³² This might also be a satirical side blow to Trimalchio. In spite of his business success his artistic aspirations were ridiculous and the relationship to his wife Fortunata was surely no reason for envy. On Petronius' characterization of their relationship see S. STUCCHI: Su alcuni esempi di *ekphrasis* relativi alla caratterizzazione dei personaggi petroniani. In: L. CASTAGNA/E. LEFÈVRE (eds.): Studien zu Petron und seiner Rezeption/Studi su Petronio e sulla sua fortuna. Berlin/New York 2007, 241.

³³ *Paret – non paret* clearly refers to the verdict of the *iudex privatus* (Festus p. 262 Lindsay: *Parret, quod est in formulis, ...*); see U. BABUSIAUX: Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß, München 2006, 8-10. If one would accept interpretation of L. DEBRAY: Pétrone (note 9) 34 of the passage, Petronius would be accusing Servius and Labeo of venal *responsa* and law-bending!

³⁴ D. NÖRR: Rechtskritik (note 18) 86; see also J. ANDREAU: Freedmen (note 4) 124.

On the question whether the modern term 'profession' can rightfully applied to Roman advocates see A. J. CROOK: Legal Advocacy in the Roman World. London 1995, 41-45.

³⁵ Cf. also the confrontation of *causidici* and *iurisconsulti* in Sen.apocol. 12.2: *Omnes laeti, hilares: populus Romanus ambulabat tanquam liber; Agatho et pauci causidici plorabant, sed plane ex animo. iurisconsulti e tenebris procedebant, pallidi, graciles, vix animam habentes, tanquam qui tum maxime reviviscerent. ex his unus cum vidisset capita conferentes et fortunas suas deplorantes causidicos, accedit et ait: "dicebam vobis: non semper Saturnalia erunt."* See E. LEFÈVRE: Novellistische Struktur (note 11) 168.

justice in Petronius' time does not put us in an easy position to assess the validity of such charges. One must not take Petronius' criticism too literally, but his scepticism was also no singular opinion. Similar diatribes against the type of the venal attorney³⁶ ("*o causidici, venale genus*") can be found in other authors as well.³⁷ And for conservative contemporaries the waning respect for the *exempla* of the *veteres* was a reason for concern.³⁸

6. Both in the market scene and Encolpius' poem, Petronius draws a direct connection between the declining ethical standards and the increasing importance of money. In order to put such reproaches into perspective one has to read them as elements of the *Satyricon*'s fictional cosmos. For any understanding of the author's intentions with the whole work the *cena Trimalchionis* plays a crucial role. It captures a prominent part in the extant text and may have done so as well in the original composition. Recently J. Andreau pointed out its prominence for any understanding of Petronius' views by stressing "that the *Cena* is a satire on the entirety of Roman life at the time, and not only of the world of the freedmen."³⁹

The *cena* presents a picture of society in which money constitutes the supreme value.⁴⁰ Its main protagonist, the upstart freedman Trimalchio, mocks his inherited senatorial fortune (*patrimonium laticlavium*) as a mere nullity that he will never be content with: *Nemini tamen nihil satis est*.⁴¹ For an ex-slave money is the sole measure of success. But neither his money-fixation nor his vulgarity prevent Trimalchio from taking a leading role within the 'parallel-

³⁶ The Roman jurists, however, were exempt from this sort of critique; see D. NÖRR: Rechtskritik (note 18) 86.

³⁷ The quote is in Sen.apocol. 12,3; cf. also Tac.ann. 11,5,2: *Nec quicquam publicae mercis tam venale fuit quam advocatorum perfidia, ...* See also A.A. DIMOPOULOU: La rémunération (note 30) 310-317.

³⁸ See Gaius Cassius' famous rhetorical outburst in connection with the murder of Pedanius Secundus in Tac.ann. 14,42-45. On which see D. NÖRR: C. Cassius Longinus: Der Jurist als Rhetor (Bemerkungen zu Tacitus, Ann. 14,42-45. In: *idem*, *Historiae iuris antiqui*. Gesammelte Schriften 3. Goldbach 2003, 1585-1620 (first published in *Althistorische Studien*. FS Bengtson. Wiesbaden 1983, 187-222)

³⁹ J. ANDREAU: Freedmen (note 4) 124.

⁴⁰ V. RUDICH: Dissidence (note 3) 186 states that the author unfolds the "not unfamiliar drama of a society where a spiritual quest is replaced by material pursuits." On criticism of materialism in Petronius and other contemporary authors see RUDICH *ibid.* 202s., 232-237.

⁴¹ § 76,3. On the economic and social background R. GAMAUF: Slaves doing business: the role of Roman law in the economy of a Roman household. In: *European Review of History – Revue européenne d'histoire* 16 (2009) 336.

society' of freedmen.⁴² Devoid of regular prospects of social rise freedmen adopted a value system in which wealth was highly esteemed.⁴³ To a nobleman of Petronius' social standing, however, Trimalchio's career provided a source of amusement and ridicule. On the other hand, for slaves or less prosperous freedmen it represented the fulfilment of their wildest dreams.

Among the freedmen gathered at his house, Trimalchio's wealth was unique. Most of his freedmen guests were less prosperous;⁴⁴ some faced a daily struggle for survival.⁴⁵ A down-to-earth example of a freedman's aspirations gives Echion, a rag dealer,⁴⁶ when he describes the future he has in mind for his pet-slave (*deliciae*)⁴⁷ Primigenius⁴⁸. The boy, so he hopes, will learn a trade either – and the hierarchy is telling!⁴⁹ – barber, *praeco* (town crier, auctioneer) or at least barrister (*causidicus*).⁵⁰ For Echion the attractiveness of the 'law career' lies in the prospect of a steady income (*habet haec res panem.*). The 'legal education' to serve that purpose has to be equally cheap. As it seems, it shall consist of nothing more than the study of a few textbooks (*libra rubricata!*).⁵¹

⁴² On Trimalchio's circle see J. ANDREAU: Freedmen (note 4) 120.

⁴³ *E. Courtney*: Companion (note 2) 87; J. ANDREAU: Freedmen (note 4) 124 and S. HALES: Freedmen's Cribbs. Domestic Vulgarity on the Bay of Naples. In: In: J. PRAG/I. REPATH (eds.): Petronius (note 1) 170.

⁴⁴ In § 43 a certain Chrysantus is mentioned who left a considerable estate.

⁴⁵ Their various sources of income are discussed by J. ANDREAU: Freedmen (note 4) 118s.; on the economy in the Satyricon K. VERBOVEN: A Funny Thing Happened (note 14) 125-139.

⁴⁶ On Echion's occupation see J. ANDREAU: Freedmen (note 4) 119.

⁴⁷ On *deliciae/pueri delicati* see CHR. LAES: Desperately Different? *Delicia* Children in the Roman Household. In: D. L. BALCH/C. OSIEK: Early Christian Families in Context. An Interdisciplinary Dialogue. Gran Rapids, Mich./Cambridge, UK 2003, 298-324; E. HERRMANN-OTTO: *Ex ancilla natus*. Untersuchungen zu den „hausgeborenen“ Sklaven und Sklavinnen im Westen des römischen Kaiserreiches. Wiesbaden 1994, 310-312.

⁴⁸ § 46,7 and 8: "... *Emi ergo nunc puero aliquot libra rubricata, quia volo illum ad domusionem aliquid de iure gustare. habet haec res panem. nam litteris satis inquinatus est. quod si resilierit, destinavi illum artificii docere, aut tonstreinum aut praeconem aut certe causidicum, quod illi auferre non possit nisi Orcus. ideo illi cotidie clamo: „Primigeni, crede mihi, quicquid discis, tibi discis. vides Phileronem causidicum: si non didicisset, hodie famem a labris non abigeret. modo, modo, collo suo circumferebat onera venalia; nunc etiam adversus Norbanum se extendit. „litterae thesaurum est, et artificium nunquam moritur“.*

⁴⁹ On this M. S. SMITH (ed.): Cena (note 4) 124 and E. COURTNEY: Companion (note 2) 92s.

⁵⁰ Cf. E. HERRMANN-OTTO: *Ex ancilla natus* (note 47) 315 Fn. 49; *E. Courtney*: Companion (note 2) 92s.; E. OLSHAUSEN: Soziokulturelle Betrachtungen (note 3) 26f.; J. ANDREAU: Freedmen (note 4) 119; K. VERBOVEN: A Funny Thing Happened (note 14) 130.

⁵¹ W. KUNKEL takes this as an indication that some lawyers' education consisted of book learning only; W. KUNKEL: Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung². 1967 (reprint Köln/Weimar/Wien 2001), 344 note 729. A Roman jurist admitting a slave boy into the circle of his *auditores* is indeed hardly imaginable.

But the freedman does not regard this as a shortcoming, because neither famous advocates of Cicero's calibre⁵² nor respected Roman jurists shall serve as role models for the boy, but the rather humble local *causidicus*⁵³ Phileros. He too was a self-made lawyer who had not received any education during his youth but picked up some law later in his life (one wonders how and how much?) while he worked as a porter.⁵⁴ Otherwise, Echion declares, Phileros would not be able to earn a living (*hodie famem a labris non abigeret*).⁵⁵

In the freedmen-world the legal profession is one possible occupation among many. In Primigenius' case it shall not be chosen as a vocation for its intellectual merits or as a means to foster a career in politics but exclusively because it promises a steady income.⁵⁶ This is what counts for Echion, and not the hope for the boy's brilliant career as an attorney or a social rise.⁵⁷

These impressions of the education and the economic situation of small town legal practitioners – which seem quite reliable – shed a different light on the presentation of the advocate in § 15,4: Petronius introduces him as a *cocio* (dealer, broker) and occasional barrister (*qui solebat aliquando etiam causas agere*). In contrast to Phileros, this un-named member of the 'bar' obviously could not live off the money he made from his legal practice alone. Therefore he was active in more than one profession and not very particular in his attempts to attract new clients.

In Pompeii may have existed 'law schools' run by local *causidici*. See J. KEPARTOVÁ: Kinder in Pompeji. Eine epigraphische Untersuchung, *Klio* 66 (1984) 204. A singular opinion is E. OLSHAUSEN: Soziokulturelle Betrachtungen (note 3) 27 who reads Trimalchios's statement in § 48.4 (*Ego autem si causas non ago, in domusionem tamen litteras didici*) as a reference to some basic law studies for home use on his part: "Er hat sich aber auch für den Hausgebrauch in die Rechtswissenschaften eingearbeitet" (footnotes omitted).

⁵² On Cicero as an advocate see e.g., F. WIEACKER: Cicero als Advokat. Berlin 1965 and J. POWELL/J. PATERSON: Cicero the Advocate. Oxford 2004.

⁵³ On the status of *causidici* see A. A. DIMOPOULOU: La rémunération (note 30) 61s and 258s.

⁵⁴ For examples of similar careers in Martial see A.A. DIMOPOULOU: La rémunération (note 30) 314.

⁵⁵ If he can be identified with Phileros, the speaker in § 43, who displays intimate knowledge of the estate of a recently deceased rich freedman, then, if he had handled the estate, his income might not have been so meagre. E. COURTNEY: Companion (note 2) 93, however, denies the identity.

⁵⁶ On this see also E. LO CASCIO: La vita (note 3) 10s. Roman tradition (not practice) until the early principate was opposed to monetary rewards for advocates; this may have been different on lower levels; cf. A.J. CROOK: Legal Advocacy (note 34) 129-131; for a full treatment of the question of remuneration see A.A. DIMOPOULOU: La rémunération (note 30).

⁵⁷ A. J. CROOK: Legal Advocacy (note 34) 44 excludes that "advocacy in itself conferred high social status".

Petronius' sneering representation of greedy lawyers in § 15 can very well reflect the economic situation of small town legal practitioners, possibly from a freedmen background. They may have used means to land cases for which a Roman nobleman lacked any understanding. From the moralizing upper class perspective a professional habitus that was necessary to survive under such circumstances indicated character flaws, such as thievishness, greed or money fixation. But within the different value system in the lower social strata an outwardly concern for money was nothing to be ashamed of, given the everyday struggle for survival.⁵⁸

7. The meagre economic situation of the average freedmen less lucky than Trimalchio dominates the political discussions during the *cena*.⁵⁹ Not the top level political life⁶⁰ but their everyday upkeep occupies the speakers' minds most. Hence the *aediles* who are in charge of the grain supply⁶¹ bear the brunt of criticism:⁶² They are accused of acting in collusion with the *pistores* (millers/bakers) to keep the prices of flour and bread up during a drought and to profit from enormous bribes.⁶³ The speakers feel themselves as victims of these malversations (§ 44.3: *itaque populus minutus laborat*):⁶⁴ They find it hard to procure bread⁶⁵ and are even forced to sell their small belongings to afford the expensive grain⁶⁶ while the leading families exploit their misery. Their deep-going discontent makes the freedmen even blame the drought itself

⁵⁸ A. J. CROOK: Legal Advocacy (note 34) 43 assumes that advocates who did not belong to the top levels of society could make only a precarious living out of litigation.

⁵⁹ § 44 and 45. V. RUDICH: Dissidence (note 3) 242s. sees the freedmen suffering from an "inferiority complex".

⁶⁰ A *praetor* (another term for *duumvir* cf. e.g., E. COURTNEY: Companion, note 2, 108) is mentioned once in § 65,4; J. ANDREAU: Freedmen (note 4) 123 stresses that in general the elite is absent from the *Satyricon*. On the role of politics in the *cena* cf. E. OLSHAUSEN: Soziokulturelle Betrachtungen (note 3) 20 and V. RUDICH: Dissidence (note 3) 244s.

⁶¹ On the organization of the grain supply see B. SIRKS: Food for Rome: The legal structure of the transportation and processing of supplies for the imperial distributions in Rome and Constantinople. Amsterdam 1991 and E. HÖBENREICH, Annona: Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat. Graz 1997.

⁶² See also E. OLSHAUSEN: Soziokulturelle Betrachtungen (note 3) 21.

⁶³ On food crises during the early principate see P. GARNSEY: Famine and Food Supply in the Graeco Roman World. Response to Risk and Crisis. Cambridge 1989, 220-225.

⁶⁴ On the victims of food shortages and popular reactions P. GARNSEY: Famine (note 63) 32 and 240-243.

⁶⁵ § 44,2: *Non mehercules hodie buccam panis invenire potui*.

⁶⁶ § 44,15: *Quod ad me attinet, iam pannos meos comedi, et si perseverat haec annona, casulas meas vendam*. On the social background see J. ANDREAU: Freedmen (note 4) 119; see also P. GARNSEY: Famine (note 63) 33.

on the moral decline of the better circles that enrich themselves but ignore the religious rituals.⁶⁷

In this passage, Petronius paints the picture of a general moral decline: Both the top families and the ordinary citizenry no longer live up to the standards of the past. In the speakers' self-criticism the utter lack of political influence of the ordinary freedmen unveils itself.⁶⁸

8. As already stated at the beginning, the study of the *Satyricon* as a historical source rests on the reliability of the seemingly 'naturalistic' elements of the story. Even though the novel was by no means intended as a colportage, its author presents a surprisingly coherent picture of life at the margins of Roman society. Cohesiveness alone – though arguably intended by Petronius⁶⁹ – does not suffice to qualify the text as a reliable historical source. It may very well be that “the *Satyricon* informs us not about reality, but about ways of representing reality in a given period.”⁷⁰ In order to understand Petronius' position towards lawyers one must differentiate the various layers of the narrative: A simple, *prima facie* realistic interpretation of the market scene would exploit it for highlighting shortcomings of the Roman judicial system of the time.⁷¹ Although the points raised by Petronius' were criticised by other writers of the time as well,⁷² the criticism in itself remains too unspecific to warrant any attempt to link it to specific contemporary developments. Read in that way, the market scene expresses no more than a general suspicion vis-à-vis the legal profession, a stereotype that can be found at almost any time in history.⁷³

Upon closer scrutiny of the literary techniques employed by the author and by contextualizing the scene, the genuinely Petronian points of view can be discovered. Petronius' criticism is not *Rechtskritik* but *Juristenkritik*.

⁶⁷ § 44,17s. On this see E. OLSHAUSEN: *Soziokulturelle Betrachtungen* (note 3) 23.

⁶⁸ § 45,1-4. On the 'impotence' of freedmen in the public sphere cf. S. HALES: *Freedmen's Cribbs* (note 43) 178s. M. KLEIJWEGT: *Freed Slaves, Self-presentation and Corporate Identity in the Roman World*. In: M. KLEIJWEGT (ed.): *The Faces of Freedom: The Manumission and Emancipation of Slaves in Old World and New World Slavery*. Leiden 2006, 89-115 provides examples of freedmen acting in public roles.

⁶⁹ On self-referentiality in Petronius see C. PANAYOTAKIS: *Petronius and the Roman Literary Tradition*. In: J. PRAG/I. REPATH (eds.): *Petronius* (note 1) 61s.

⁷⁰ C. VOUT: *The Satyricon* (note 2) 102.

⁷¹ See *supra* at note 19.

⁷² See *supra* note 37.

⁷³ Cf. the judgement of E. LEFÈVRE: *Novellistische Struktur* (note 11) 168: “*Das ist eine Satire auf die gegenwärtige Justiz. Sie ist zeitlos ...*“

Even when Ascyrtos favours fraud to get the tunic back, he never disputes the legitimacy of the *leges* as such. In order to affirm the moral superiority of the outlaw's position, Petronius, the brilliant stylist and satirist, lives up to the highest literary standards by weaving in an allusion to the *suum cuique*-formula. When he allows Ascyrtos to succeed, the author dooms Encolpius' naïve trust in the law and sides with the one outlaw who has remained true to his assigned role. But he expects a reader who recognizes the idea of *suum cuique tribuere* behind Ascyrtos' proposal to do the same on moral grounds. Petronius, the 'immoral immoralist' (*V. Rudich*), paints a bleak picture of a society in which the laws are (unintentionally, one supposes) upheld only by outlaws such as Encolpius and Ascyrtos. The professional 'lawyers' show no such intentions at all. Petronius portrays them as a much greater danger to law and society than the two outlaws, as those responsible for the fact that one can not trust lawful means to achieve *suum cuique*.

For this demise of the legal profession Petronius singles out avarice as the determining factor. As the poem in § 137,9 again confirms, in the world of the *Satyricon* everyone assumes that success in court can and has to be bought. The author presents the *iudicium* not as the place where one may expect *suum cuique tribuere*, but as a market where justice is turned into a *publica merces* that goes to the party placing the highest bid. By "*quid faciant leges, ubi sola pecunia regnat?*" Ascyrtos laments the loss of authority of the laws and denounces the preponderance of materialistic interests. But not all characters in the *Satyricon* share this opinion. *Pecunia regnat* could also sum up the quintessence of Trimalchio's crudely materialistic outlook. In the *cena* the nouveau-riche freedman demonstrates his firm conviction that he can buy whatever he wants. But as *P. Veyne*⁷⁴ has demonstrated, by this Petronius unmasks Trimalchio's shallowness because he never internalized the ethical standards necessary for a 'sensible' use of his wealth. He epitomizes the immoral rich that is the target of the narrator's implicit criticism in § 137,9. Undoubtedly Trimalchio would not have had any scruples to buy court rulings in his favour. Both passages bitterly censure a society that has lost its ethical foundations.⁷⁵

In the *cena* Petronius targets the freedmen as a group. The discussions of the professional prospects of attorneys in the *cena* provide the social background⁷⁶ of the *Juristenkritik* the market scene. Petronius' avaricious

⁷⁴ P. VEYNE: *Vie* (note 4).

⁷⁵ V. RUDICH: *Dissidence* (note 3) 187 holds that Petronius' "oeuvre must be firmly related to the crisis in the *mos maiorum* ... threatened at this point with ultimate disintegration".

⁷⁶ According to E. COURTNEY: *Companion* (note 2) 87 (quoting E. AUERBACH: *Mimesis*).

lawyer surely comes from the lower social strata; he may be a freedman with a background similar to that of Phileros⁷⁷ or a freeborn person of equally low standing.

So one can see that the depicted decline of the legal profession is not a merely moral phenomenon but related to contemporary social phenomena, in this case, the rise of the freedmen and their likes during the first century A.D. who in small Italian towns were taking over functions previously held by the local nobility. The *arbiter elegantiae* observed their business practices disapprovingly because he ignored their everyday miseries that caused them. For him this remained a strange world and he amused his audience by showing them what they usually ignored right before their eyes. Even if naturalistic or social critical tendencies were far from his mind, his carefully styled presentation still allows us to learn a lot about the meaner aspects of the world that surrounded him and his readers.

Bern 1946, 9th ed. Bern 2001) in the representation of Trimalchio's guests surpasses all ancient literature in its realism.

⁷⁷ *Supra* after note 53.

Die römischrechtliche Tradition und die Entwicklung des Privatrechts in Frankreich

Gábor Hamza

I. Mittelalter

Schrifttum

L. Beauchet: Origines de la juridiction ecclésiastiques et son développement en France jusqu'au 12e siècle. Paris, 1883.; A. Esmein: Études sur les contrats dans le très ancien droit français. Paris, 1883.; C. Ginoulhiac: Cours élémentaire d'histoire générale du droit français public et privé. Paris, 1884.; Les Établissements de Saint Louis, accompagnés des textes primitifs et de textes dérivés avec une introduction et des notes publiés par Paul Viollet. I-IV. Paris, 1881-1886.; E. Glasson: Histoire du droit et des institutions de la France. Paris, 1891.; H. Auffroy: Évolution du testament en France, dès origines au XIIIe siècle. (Thèse) Paris, 1899.; P. Collinet: L'ancienne Faculté de Droit de Douai (1562-1793). Lille, 1900.; R. Caillemer: Origines et développement de l'exécution testamentaire (Époque franque et moyen âge). Lyon, 1901.; F. Olivier-Martin: L'esprit de tradition et l'esprit critique ou novateur dans les oeuvres de Dumoulin. Paris, 1908.; P. Van Wetter: Le droit romain et Beaumanoir. In: Mélanges H. Fitting. II. Montpellier, 1908. S. 533-582.; E.M. Meijers: De universiteit van Orléans in de XIIIe eeuw. TR 1 (1918-1919) S. 108 ff. und 443 ff.; ders.: De universiteit van Orléans in de XIIIe eeuw. TR 2 (1920-1921) S. 460 ff.; L. Falletti: Le retrait lignager en droit coutumier français. Paris, 1923.; R. Génestal: Le privilegium fori en France du Décret de Gratien à la fin du XIVe siècle. I-II. Paris, 1921-1924.; J. Declareuil: Histoire générale du droit français des origines à 1789. Paris, 1925.; R. Génestal: Le retrait lignager en droit normand. Caen, 1925.; F. Olivier-Martin: La Coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes. Paris, 1925.; M.E. Bridley: La réserve héréditaire dans l'ancien droit normand. Caen, 1926.; E. Chénon: Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815. I. Paris, 1926.; R. Besnier: La représentation successorale en droit normand. (Thèse Caen) Paris, 1929.; J. Yver: Les contrats dans le très ancien droit normand. Paris, 1929.; R. Besnier: Les filles dans le droit successoral normand. TR 10 (1930) S. 488-506.; L. Fabre: Les successions testamentaires et ab intestat en pays de droit écrit. Toulouse, 1930.; R. Tison: Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit. Paris, 1931.; R. Carabie: La propriété foncière dans le très ancien droit normand (XIe-XIII siècle). I. La propriété domaniale. (Thèse) Caen, 1934.; A. Fliniaux: Le manuscrit 141 de la bibliothèque municipale d'Avranches et le problème de l'introduction en France au Moyen-Âge du texte des compilations de Justinien. In: Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano. Bologna, I. Pavia, 1934. S. 313-327.; R. Besnier: La coutume de Normandie. Histoire externe. Paris, 1935.; P. Paillot: La représentation successorale dans les coutumes du nord de la France ; contribution à l'étude du droit familial. Paris - Lille, 1935.; E. Fournier: L'accueil fait par la France du XIIIe siècle aux décrétales pontificales, leur traduction en langue vulgaire. In: Acta Congressus Iuridici Internationalis. III. Roma, 1936. S. 247 ff.; R. Filhol: Le premier Président Christofle de Thou et la Réformation des coutumes. Paris, 1937.; F. Olivier-Martin: Le Roi de France et les mauvaises coutumes au moyen âge. ZSS GA 58

(1938) S. 108-137.; J. Pinatel: L'emphytéose dans l'ancien droit provençal. (Thèse) Marseille, 1938.; Y. Bongert: Recherches sur les cours laïques du Xe au XIIe siècles. Paris, 1948.; A. Buisson: Michel de l'Hopital (1503-1573). Paris, 1950.; J. de Malafosse: Contribution à l'étude du crédit dans le Midi aux Xe et XIe siècles: les sûretés réelles. *Annales du Midi* 63 (1951) S. 105-148.; L. Chevailler: Le président Faure et la jurisprudence du Sénat de Savoie. *TR* 20 (1952) S. 263-289. und 456-478.; P. Ourliac: Le retrait lignager dans le sud-ouest de la France. *RHD* 30 (1952) S. 328-355.; J. Yver: Les caractères originaux du groupe de coutumes de l'Ouest de la France. *RHD* 30 (1952) S. 18-79.; L. Palazinni Finetti: Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus Iuris giustiniano. Milano, 1953.; G. Sicard: Aux origines des sociétés anonymes : les moulins de Toulouse au Moyen âge. (Thèse) Toulouse, 1953.; G. Lepointe: Histoire des institutions et des faits sociaux. Paris, 1956.; J.-Ph. Lévy: La pénétration du droit savant dans les coutumiers angevins et bretons au moyen âge. *TR* 25 (1957) S. 1-53.; J.M. Turlan: Recherches sur le mariage dans la pratique coutumière (XIIe-XVIIe siècle) *RHD* 35 (1957) S. 477-528.; M. Castaing-Sicard: Les contrats dans le très ancien droit toulousain (Xe-XIIIe siècle). Toulouse, 1959.; G. Sicard: Observations sur quelques chapitres du Livre de justice et de plet concernant le droit des obligations. In: *Etudes d'histoire du droit privé offertes à P. Petot*. Paris, 1959. S. 519 ff.; P. Ourliac-J. Malafosse: Histoire du droit privé I-III. Paris, 1957-1969.; P. Petot: Le droit commun selon les coutumiers. *RHD* 38 (1960) S. 412-429.; P. Legendre: La France et Bartole. In: *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario*. I. Milano, 1961. S. 131-172.; F. Pegues: The Lawyers of the Last Capetians. Princeton (N.J.), 1962.; V. Piano-Mortari: Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI. Milano, 1962.; B.A. Pocquet de Haut-Jussé: La genèse du législative dans le duché de Bretagne. *RHD* 40 (1962) S. 354 ff.; P. Duparc: La pénétration du droit romain en Savoie (Première moitié du XIIIe siècle). *RHD* 43 (1965) S. 22-86.; R. Filhol: La preuve de la coutume dans l'ancien droit français. In: *Recueils de la Société Jean Bodin*. Bruxelles, 17 (1965) S. 357-373.; B. Perrin: Hommes et choses des Facultés utriusque iuris de l'Université de Douai. Lille, 1965.; J. Yver: Essai de géographie coutumière, égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés. Paris, 1966.; M.-L. Carlin: La pénétration du droit romain dans les actes de la pratique provençale. Paris, 1967.; J. Poumarède: La Chaire et l'enseignement du droit français à la Faculté des droits de Toulouse. In: *Recueils de l'Académie de Toulouse* 4 (1967); P. Craveri: Ricerche sulla formazione del diritto consuetudinario in Francia (sec. XIII-XVI). Milano, 1969.; A.-J. Arnaud: Les origines doctrinales du Code Civil français. Paris, 1969.; H. Gilles: Les coutumes de Toulouse (1286) et leur premier commentaire (1296). Toulouse, 1969.; V. Guizzi: Il diritto comune in Francia nel XVII secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario. *TR* 37 (1969) S. 1-46.; A.F. Barreiro: La suerte del «mos Gallicus» en la Francia contemporánea. *AHDE* 40 (1970) S. 109-138.; J. Yver: Le Très ancien coutumier de Normandie, miroir de la législation ducale? *TR* 29 (1971) S. 333-374.; R. Gräfe: Das Eherecht in den Coutumiers des 13. Jahrhunderts. Eine rechtsvergleichende Darstellung des französischen Ehepersonen- und Ehegüterrechts im Mittelalter. Göttingen u.a. 1972.; J. Poumarède: Recherches sur les successions dans le sud-ouest de la France au moyen-âge. Paris, 1972.; H.E. Troje: Humanistische Kommentierungen klassischer Juristenschriften. *IC* 4 (1972); A.A. Schuering: Un civiliste orléanais peu connu; Jean de Mâcon, sa vie et son oeuvre. *TR* 42 (1974) S. 283-316.; P. Ourliac: L'esprit du droit méridional. In: *Droit privé et institutions régionales. Etudes historiques offertes à J. Yvert*. Paris, 1976. S. 577-594.; F. Carpintero: "Mos italicus", "mos gallicus" y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica. *IC* 6 (1977) S. 108-171.; P.C. Timbal – J. Metman – H. Martin: Les obligations contractuelles dans le droit français des XIIIe et XIVe siècles d'après la jurisprudence du Parlement. I-II. Paris, 1973-1977.; A. Gouron:

La science juridique française aux XIe et XIIe siècles. IRMAE I 4 d, 1978.; P. Ourliac: Les coutumes du Sud Ouest de la France. In: Etudes d'histoire du droit médiéval. Paris, 1979. S. 3-15.; J.-L. Thireau: Charles du Moulin (1500-1566). Étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance. Genève. 1980.; P. Ourliac: 1210-1220 : la naissance du droit français. In: Studi in onore di A. Biscardi. III. Milano, 1982. S. 488-510.; D.J. Osler: Budaeus and Roman Law. IC 13 (1985) S. 195-213.; J.F. Poudret: Réflexions sur la preuve de la coutume devant les juridictions royales françaises aux XIIIe – XIVe siècles, notamment le rôle de l'enquête par turbe. RHD 65 (1987) S. 71-86.; A. Gouron: Sur les origines de l'expression "droit coutumier". Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo 1 (1988) S. 179-188.; J. Imbert: Les références au droit romain sous les Carolingiens. RHD 73 (1995) S. 163-175.; H. Gilles: Le traité de la coutume de Guillaume de Ferrières. In: Université de Toulouse et enseignement du droit. Toulouse, 1992. S. 127-138.; J. Poumarède: Droit romain et rédaction des coutumes dans le ressort du Parlement de Bordeaux. In: Droit romain, jus civile et droit français. (Ed. J. Krynen) Toulouse, 1999. S. 329-345.; J.-L. Thireau: L'alliance des lois romaines avec le droit français. In: Droit romain, jus civile et droit français. (Ed. J. Krynen) Toulouse, 1999. S. 347-374.; J. Bart: La *lex mercatoria* au Moyen Age : mythe ou réalité? In: Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn. Paris, 2000. S. 9 ff.; J.-M. Carbasse: Coutume, temps, interaction. DROITS 31 (2000) S. 15-28.; Q. Epron: La représentation successorale, réalité coutumière, fiction savante. DROITS 31 (2000) S. 127-158.; W. Uruszczak: Enseignants du droit à Reims au XIIe siècle. In: Excerptiones iuris: Studies in Honor of A. Gouron. (Ed. by B. Durand and L. Mayali) Berkeley, 2000. S. 741 ff. und N. Zemon Davis: The Gift in Sixteenth-Century France. Oxford, 2000.

1. Das Land der Westfranken spaltete sich im Mittelalter in zwei Rechtsgebiete. Zum einen lebte das Vulgarrecht des *Breviarium Alaricianum* im Süden, auf dem Gebiet des einstigen Westgotischen und Burgundischen Königreiches, weiter, und zwar bis zum 12. Jahrhundert inhaltlich und formal, später ausschließlich dem Inhalt nach. Daher gab es in dieser Region eine Art Rechtseinheit, weshalb es als *pays de droit écrit* („Land des geschriebenen Rechts“) genannt wird, wobei unter dem *droit écrit* (*ius scriptum*) das römische Recht verstanden wird. Das römische Recht hatte Geltung auf den Gebieten von Gascogne, Rousillon, Navarra und Béarn, Guyenne, Saintonge, Limousin, Lyon, Languedoc, der Provence und größtenteils in Burgund. Savoyen gehörte zwar anfangs nicht zum französischen Königreich, war aber dennoch Teil des *pays de droit écrit*.

Zum anderen waren im Norden des Landes die germanischen Gewohnheitsrechte, die *coutumes*, in Kraft, von denen es etwa 360 verschiedene gab. Aufgrund dessen trugen diese Gebiete den Namen *pays de droit coutumier* („Land des Gewohnheitsrechts“). Unter den einzelnen *coutumes* (auf Lateinisch: *consuetudines*) unterscheidet man zwischen einerseits denjenigen, deren Gültigkeit sich auf eine größere Region ausstreckte (*coutumes générales*) und denjenigen, die nur örtliche Geltung besaßen (*coutumes locales*). Zudem wurden auch die Sammlungen (*recueils*) der Ortsrechte (Lokalrechte) -

der südfranzösischen Städte, die zumeist römischen Ursprungs waren, als *coutumiers* bezeichnet, obwohl sie sich auf dem Gebiet des *pays de droit écrit* befanden.

2. Aus Italien brachten die Schüler der Glossatoren die Kenntnis und die Verehrung des justinianisch-römischen Rechts mit sich. Der durch sie vermittelte römischrechtliche Einfluß hinterließ in ganz Frankreich deutlich merkbar seine Spuren, und zwar sowohl in den Gebieten des *droit écrit* als auch in den Regionen des *droit coutumier*. In dieser Zeit waren für die Pflege des römischen Rechts die Universitäten von Montpellier, Toulouse und Orléans von immenser Bedeutung.

Auch mit europäischem Maßstab gemessen ist die Bedeutung der Universität von Montpellier groß. Der erste Juraprofessor an der Universität von Montpellier war Placentinus (Placentin), der wahrscheinlich Student von Bulgarus in Bologna war. Placentinus begann seine juristische Laufbahn als Lehrer (*magister, praeceptor*) in Mantua. Spätestens Mitte der 60-er Jahre des 12. Jahrhunderts zog er für mehr als zwanzig Jahre nach Montpellier, um dort zu unterrichten. Mitte der 80-er des 12. Jahrhunderts verließ er Montpellier und wirkte zwei Jahre lang in Bologna, um danach nach Piacenza zu ziehen und dort zu lehren. Im Jahre 1190 kehrte er nach Montpellier zurück, wo er im Jahre 1192 starb. Placentinus hat für alle Teile des *Corpus iuris civilis* Glossen verfaßt. Hervorzuheben ist seine Interpretation des Kommentars von Bulgarus zum letzten Titel des letzten Buches der Digesten *De diversis regulis iuris antiqui* (D. 50,17.). Ebenfalls herausragend ist sein Werk über die Klagen *Libellus de actionum varietatibus*, das gegen 1160 verfaßt wurde. Placentinus hat auch noch Summen (*summae*) zum justinianischen *Codex* und zu den justinianischen Institutionen geschrieben, die im Jahre 1536 auch im Druck erschienen sind. Nach seiner Rückkehr nach Montpellier (1191) begann er seine unvollendet gebliebene *Summa Trium Librorum* zu den letzten drei Büchern des *Codex Iustinianus* zu verfassen. Dieses Werk wurde von Pilius während seines Aufenthaltes in Modena weitergeführt, aber von ihm ebenfalls nicht vollendet. Zusammen mit den Summen von Azo, der etwa zwei Generationen später lebte, wurden die *Summa Trium Librorum* im 16. Jahrhundert gedruckt. Seine *Distinctiones* und *Disputationes (Quaestiones disputatae)* sind ebenfalls bedeutend.

3. Das Entstehen der Rechtsschule von Orléans ist eine Folge der Konstitution *Super speculam* von Papst Honorius III. (1216-1227) aus dem Jahre 1219; im dritten Teil dieser *constitutio* wurde nämlich der Unterricht des römischen Rechts (*ius civile*) an der Universität in Paris verboten. Die

Rechtsschule (*École de Droit*) von Orléans erhielt 1234/1235 eine päpstliche Genehmigung für den Unterricht des römischen Rechts (*ius civile*). Die Universität selbst ist erst im Jahre 1306 entstanden.¹ Jacobus de Ravanis (Jacques de Révigny, um 1210/1215-1296) hat ab nach 1260 bis gegen 1280 an der Rechtsschule von Orléans gelehrt. Er begründete die Lehre vom *ius ad rem*. Jacobus de Ravanis sichert einen dinglichen Rechtsanspruch zur Besitznahme auch in dem Fall zu, wenn der Besitzer (*possessor*) den Besitz tatsächlich noch nicht erhalten hat, d.h. wenn – nach der Terminologie des langobardischen Rechts – die *Investitura propria* noch nicht erfolgt ist.

Petrus de Bellapertica (Pierre de Belleperche, um 1250-1308) studierte Jura in Orléans, sein Lehrer war Raoul d'Harcourt, der wiederum Schüler von Jacobus de Ravanis war. Petrus de Bellapertica war etwa 15 Jahre lang Professor der Universität von Orléans. Unter seinen Schülern befand sich der Überlieferung nach auch Cinus (Cino da Pistoia). (Cinus gebührt vorwiegend das Verdienst, die Lehren und Schriften der beiden französischen *doctores ultramontani* in Italien verbreitet zu haben.) Petrus de Bellapertica war zunächst Mitglied des Parlaments von Paris; im Jahre 1296 hörte er mit dem Unterrichten auf und diente König Phillip IV. (dem Schönen) (1285-1314) als *clericus regis*. Am Ende seiner Laufbahn, ab dem Jahre 1306, war er Bischof von Auxerre und gleichzeitig damit auch Kanzler (*chancellor*) von Frankreich. Von seinen Werken sind die *Commentaria* bedeutend, die in Wahrheit aus seinen Vorlesungen zu den einzelnen Digestentiteln und aus seinen *repetitiones* ebenfalls zu einzelnen Digestentiteln und zum justinianischen *Codex* bestanden. Bedeutend sind auch seine Vorlesungen, die sich mit den justinianischen Institutionen und dessen prozeßrechtlichen Teilen (*De actionibus*) beschäftigen, sowie die Kommentare zum *Digesta vetus* und zum *Digesta novum*.

Jacobus de Ravanis und Petrus de Bellapertica, die auch zusammen *doctores ultramontani* genannt werden, waren herausragende Vorgänger der italienischen Kommentatorenschule (*Scuola dei commentatori*).

¹ H. DENIFLE: Die Entstehung der Universitäten des Mittelalters bis 1400. Berlin, 1875. und R. FEENSTRA: L'École de droit d'Orléans au XIIIe siècle: un état de la question. In: El dret comú i Catalunya. Barcelona, 1991. S. 285-307. Über die *constitutio* von Papst Honorius III. siehe: S. KUTTNER: Papst Honorius III. und das Studium des Zivilrechts. In: Festschrift für M. Wolff: Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht. Tübingen, 1952. und M. FOURNIER: Histoire de la science du droit en France, III. Les universités françaises et l'enseignement du droit en France au moyen-âge. Paris, 1892. (Neudruck: Aalen, 1970.)

II. Modernes Zeitalter

Schrifttum

Ch.D. Erhard: Napoleons I. Handelsgesetzbuch. Dessau – Leipzig, 1808.²; J.A.L. Seidensticker: Einleitung in den Codex Napoleon. Tübingen, 1808.; J.-M. Pardessus: *Éléments de jurisprudence commerciale*. Paris, 1811.; idem: *Cours de droit commercial*. I-IV. Paris, 1813-1817.; A.F. Fenet: *Pothier analysé dans ses rapports avec le Code civil*. Paris, 1829.; J.G. Loqué: *La législation civile, commerciale et criminale de la France*. I. Paris, 1827.; H. Klimrath: *Études sur les coutumes*. *Revue de législation et de jurisprudence*. VI. Paris, 1837.; A. de Saint-Joseph: *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*. Paris, 1840.; H. Zoepfl: *Über das germanische Element im Code Napoléon*. *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft* 5 (1840) S. 117 ff.; A. de Saint-Joseph: *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*. Paris, 1856.; Ch. Ginoulhiac: *Cours de droit coutumier français dans les rapports avec le droit actuel, leçon d'ouverture au cours de doctorat à la faculté de droit de Toulouse*. *RHD* 5 (1859) S. 66-79.; F. Monnier: *Le chancelier d'Aguesseau, sa conduite, et ses idées politiques*. Paris, 1860.; F. Monnier: *Guillaume de Lamoignon et Colbert: essai sur la législation au XVII^e siècle*. Paris, 1862.; H. Eloy: *M. Pardessus, sa vie et ses œuvres*. Paris, 1868.; P. Gide: *Histoire de la condition privée de la femme*. Paris, 1887.; C. Crome: *Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft*. Mannheim, 1892.; ders.: *Handbuch des französischen Zivilrechts*. (Gegründet von Zachariae von Lingenthal) Mannheim, 1894⁸.; H. Reverdy: *Les donations dans la législation de Justinien et dans les pays de droit écrit*. Poitiers, 1897.; E. Picard: *L'évolution historique du droit civil français*. Paris, 1898.; Ph. Sagnal: *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*. Paris, 1898.; J. Favre: *Le prêt à intérêt dans l'ancienne France*. Paris, 1900.; C. Crome: *Les Similitudes du Code civil allemand et du Code civil français*. In: *Le Code civil 1804-1904. Livre du Centenaire*. Paris, 1904. S. 585-614.; P. Huvelin: *Histoire du droit commercial*. Paris, 1904.; M. Leroy: *Le Code et le droit nouveau*. Paris, 1904.; R. Saleilles: *Le code civil et la méthode historique*. In: *Le code civil. Livre du centenaire*. I. Paris, 1904. S. 97-129.; J. Brisset: *L'adoption de la communauté comme régime légal dans le Code civil*. Paris, 1907.; J. Brissaud: *Manuel d'histoire du droit privé*. Paris, 1908.; C. Crome: *Intensive und extensive Bedeutung des französischen Privatrechts*. *Rheinische Zeitschrift* 1 (1909) S. 1 ff.; F. Dessoudeix: *Les origines de l'hypothèque dans notre ancien droit*. Bordeaux, 1909.; E. Blum: *Les essais de réforme hypothécaire sous l'ancien régime*. Paris, 1913.; M. Decroix: *Essai sur le gage contractuel dans l'histoire du droit coutumier de la Flandre, du Hainaut et de l'artois*. (Thèse) Lille, 1914.; L. Duguit: *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris, 1920².; J. van Kaan: *Une seconde tentative de codification sous Louis XV*. *TR* 5 (1923); J. Bonnecase: *L'École de l'Exégèse en droit civil*. Paris, 1924².; J. de Laplanche: *La réserve coutumière dans l'ancien droit français*. Paris, 1925.; F. Olivier-Martin: *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*. Paris 1925.; J. Ray: *Essai sur la structure logique du Code civil français*. Paris, 1926.; L.H. Dunoyer: *Blackstone et Pothier*. Paris, 1927.; J. van Kaan: *Les efforts de codification en France: Études historiques et psychologique*. Paris, 1929.; F. Latour: *Jacques de Malleville (1741-1824)*. (Thèse) Bordeaux, 1929.; H. Regnault: *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau, Les donations et l'ordonnance de 1731*. Paris, 1929.; G. Hubrecht: *Les droits seigneuriaux dans la région sedanoise à la fin de l'Ancien Régime*. Bordeaux, 1930.; J. Bonnecase: *La pensée juridique française, de 1804 à l'heure actuelle. Les variations et ses traits essentiels*. I-II. Paris, 1932.; A. Lebrun: *La coutume*. Paris, 1932.; H. Lévy-Bruhl: *Un projet de Code de commerce à la veille de la Révolution. Le projet de*

Miromesnil (1778-1789). Paris, 1932.; P. Coste-Floret: La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil. (Thèse) Montpellier, 1935.; E. Gaudemet: L'interprétation du Code civil en France depuis 1804. Paris, 1935.; J. Thiry: J.-J.-R. de Cambacérès. Paris, 1935.; M. Reulos: Études sur l'esprit, les sources et les méthodes des Institutes coutumières d'Antoine Loisel. Paris, 1935.; ders.: Les Institutes coutumières de Loisel. Paris, 1935.; L. Adolphe: Portalis et son temps : "Le bon génie de Napoléon". Paris, 1936.; H. Capitant: L'évolution du droit de la famille depuis le Code civil. In: Le droit civil français. Livre-souvenir des journées du droit civil français (Montréal – 31 août – 2 septembre 1934). Paris - Montréal, 1936. S. 1-20.; R. Demogue: Les transformations du droit des successions et donations en France depuis 1804. In: Le droit civil français. Livre-souvenir des journées du droit civil français (Montréal – 31 août – 2 septembre 1934). Paris - Montréal, 1936. S. 21-27.; L. Josserand: La transformation du droit des obligations et des contrats depuis la promulgation du Code civil français. In: Le droit civil français. Livre-souvenir des journées du droit civil français (Montréal – 31 août – 2 septembre 1934). Paris - Montréal, 1936. S. 29-57.; M. Picard: L'évolution du régime des biens depuis le Code civil. In: Le droit civil français. Livre-souvenir des journées du droit civil français (Montréal – 31 août – 2 septembre 1934). Paris - Montréal, 1936. S. 59-67.; G. Ripert: Le régime démocratique et le droit civil moderne. Paris, 1936.; L. Schimsewitsch: Portalis et son temps : l'homme, le penseur, le législateur. Paris, 1936.; A. Piret: La rencontre chez Pothier des conceptions romaine et féodale de la propriété foncière. (Thèse) Paris, 1937.; M. Ancel: Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938. Paris, 1938.; H. Lévy-Bruhl: Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècles. Paris, 1938.; ders.: Les origines du Code de commerce français. In: Studi in memoria di A. Albertoni. III. Storia del diritto italiano e diritti stranieri. (A cura di P. Ciapessoni) Padova, 1938. S. 221-224.; P. Nourrisson: Un ami de Pascal: Jean Domat. Paris, 1939.; J.P. Dawson: The Codification of the French Customs. Michigan Law Review 38 (1940); M. Folain-Le Bras: Un projet d'ordonnance du chancelier Daguesseau. Paris, 1941.; R. Gonnard: La propriété dans la doctrine et dans l'histoire. Paris, 1943.; G. Morin: La révolte du droit contre le Code, la révision nécessaire des concepts juridiques, contrat, responsabilité, propriété. Paris, 1945.; P. Bello: Portalis et les travaux préparatoires du Code Civil. (Thèse) Nancy, 1949.; J. Portemer: Un jurisconsulte bourguignon : Berlier et l'élaboration du Code Civil. Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignon, comtois et romands 12 (1948-1949) S. 141-158.; H. Conrad: Die Grundlegung der modernen Zivilrecht durch die französische Revolution. Ein Beitrag zur modernen Geschichte des Familienrechts. ZSS GA 67 (1950) S. 336-372.; H. Mariage: Évolution historique de la législation commerciale. De l'ordonnance de Colbert à nos jours. 1673-1949. Paris, 1951.; I. Zajtay: Les destinées du Code civil. RIDC 6 (1954) S. 792-810.; R. Houin: Reform of the French Civil Code and of the Code of Commerce. AJCL 4 (1955) S. 485-505.; R. Spilman: Sens et portée de l'évolution de la responsabilité civile depuis 1804. Paris, 1955.; A. Dejace: Les règles de la dévolution successorale sous la Révolution (1789-1794). Bruxelles – Liège, 1957.; J. Portemer: Un essai de la méthode du Chancelier d'Aguesseau: l'édit d'Août de 1729. Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignon, comtois et romands 19 (1957) S. 1-16.; G. Lepointe: Droit romain et l'ancien droit français: Régimes matrimoniaux, libéralités, successions. Paris, 1958.; R. Derine: Le droit de propriété en France et en Belgique au 19^e siècle: droit absolu et quasi illimité. Léopoldville, 1959.; M. Garraud: La Révolution et la propriété foncière. Paris, 1959.; J. Gilissen: Le privilège du cadet ou droit de maineté dans les coutumes de la Belgique et du nord de la France. In: Études d'histoire du droit privé offertes à P. Petot. Paris, 1959. S. 231-250.; I. Zajtay: Rechtsvergleichende

Bemerkungen über den Code civil und das Bürgerliche Gesetzbuch. AcP 157 (1958-1959) S. 479-494. (=In: I. Zajtay: Beiträge zur Rechtsvergleichung - Ausgewählte Schriften, (Eingeleitet und hrsg. von K.F. Kreuzer) Tübingen, 1976. S. 129-144.); C. Dupouy: Le droit des faillites en France avant le Code de Commerce. Paris, 1960.; S. Ginossar: Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux. Paris, 1960.; J. Gilissen: Le privilège de masculinité dans le droit coutumier de la Belgique et du nord de la France. Revue du Nord 43 (1961) S. 201-216.; P. Ourliac: La formation du droit de la France méridionale. Coimbra, 1961.; F. Papillard: Jean-François Régis de Cambacérés juriste et homme d'État (1753-1824). Paris, 1961.; P. Craveri: Ricerche sulla formazione del diritto consuetudinario in Francia (sec. XIII- XVI). Milano, 1962.; R. Filhol: La rédaction des coutumes en France aux XVe et XVIe siècles. In: La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent. Bruxelles, 1962. S. 63-85.; V. Piano Mortari: Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI, Milano, 1962.; R. Savatier: Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. I-III. Paris, 1959-1964³.; Y.-L. Hufteu: Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi. Paris, 1965.; V. Piano Mortari: La sistemática come ideale umanistica dell'opera di Francesco Connano. In: La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Firenze, 1966.; C. Aboucaya: Les applications de la donatio mortis causa dans les pays de droit écrit et de coutumes du XVIe siècle aux ordonnances du Chancelier Daguesseau. TR 35 (1967) S. 1-53.; O. Ionescu: Le problème de la partie introductive du Code civil. RIDC 19 (1967) S. 579-618.; W. Wilhelm: Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert. IC 1 (1967) S. 241-270.; I. Zajtay: Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Entwicklung des ehelichen Güterrechts in Frankreich. In: Festschrift für H.G. Ficker zum 70. Geburtstag am 20. Juli 1967. Frankfurt am Main, 1967. S. 473-497. (=I. Zajtay: Beiträge zur Rechtsvergleichung - Ausgewählte Schriften, (Eingeleitet und hrsg. von K.F. Kreuzer) Tübingen, 1976. S. 152-179.); A. Levasseur: Code Napoleon or Code Portalis? TLR 43 (1969); U. Jahn: Die 'Subtilité du Droit Romain' bei Jean Domat und Robert-Joseph Pothier. (Diss. Frankfurt am Main) 1971.; R. Martinage-Baranger: Bourjon et le Code civil. Paris, 1971.; A. Dumas: Histoire des obligations dans l'ancien Droit français. Paris, 1972.; V. Piano Mortari: Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento. QF 1 (1972); G. Tarello: Sistemazione e ideologia nelle 'Loix civiles' di Jean Domat. In: Materiali per una storia della Cultura Giuridica 2 (1972) S. 134 ff.; H.J. König: Pothier und das römische Recht. (Diss. Frankfurt am Main) 1976.; Chr. Bergfeld: Savigny und Donellus. IC 8 (1979) S. 24-35.; A.H. Huusen: Le droit du mariage au cours de la révolution française. TR 47 (1979) S. 9-51. und 99-127.; Sh. Herman - D. Hoskins: Perspectives on Code Structure: Historical Experience, Modern Formats, and polics Considerations. TLR 54 (1980) S. 992 ff.; B. Oppetit: La Décodification du droit commercial français. In: Etudes offertes à R. Rodières. Paris, 1981. S. 197-207.; X. Martin: L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme. RHD 60 (1982) S. 590-594.; A. Padoa-Schioppa: Napoleone e il Code de commerce. In: Diritto e potere nella storia europea. Atti del quarto Congresso Internazionale della Società italiana di storia del diritto in onore di B. Paradisi. Firenze, 1982.; W. Wilhelm: Portalis et Savigny - Aspects de la Restauration. In: Aspekte Europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für H. Coing. Frankfurt am Main, 1982. S. 445-456.; O. Motte: Savigny et la France. Berne, 1983.; P. Endres: Die französische Prozeßrechtslehre vom Code de procédure civile (1806) bis zum beginnenden 20. Jahrhundert. Tübingen, 1985.; X. Martin: Nature humaine et Code Napoléon. DROITS 2 (1985); R. Sacco: Diritto romano e 'Code Napoléon'. Index 14 (1986) S. 99-108.; X. Martin: Aux sources thermidorienues du Code civil. Contribution à un'histoire politique du droit privé. DROITS 6 (1987); B. Beignier: Portalis et le droit naturel dans le Code civil. RHFD 6 (1988)

S. 77-101.; E. Leduc: Une grande figure d'histoire napoléonienne. Portalis. Paris, 1990.; E.M. Theewen: Napoléons Anteil am Code civil. Berlin, 1991.; J.-L. Halpérin: L'impossible Code civil. Paris, 1992.; A. Padoa-Schioppa: Napoleone e il Code de commerce. In: A. Padoa-Schioppa: Saggi di storia del diritto commerciale. Milano, 1992. S. 89-112.; J.-M. Poughon: Le Code civil. Paris, 1992.; A.-J. Arnaud: Da giureconsulti e tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai nostri giorni. Napoli, 1993.; A. Bürge: Der Code de commerce in Frankreich – traditionaler Geits im liberalen Umbruch. In: Modernisierung des Handelsrechts im 19. Jahrhundert. (Hrsg. von K.O. Scherner) Heidelberg, 1993. S. 119 ff.; A. Desrayaud: École de l'Exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du Code civil. RTDCiv. 1993 S. 535-549.; J.-L. Thireau: La doctrine civiliste avant le Code civil. In: La doctrine juridique. Paris, 1993. S. 13-51.; D. Gaurier: La revendication d'un droit national contre le droit romain : le droit commun coutumier en France (de la fin du XVIe au début du XVIIIe siècle). In: Droit romain et identité européenne. Actes du colloque organisé les 12, 13 et 14 mai 1992 à Bruxelles. RIDA Suppl. au tome 41 (1994) S. 29-47.; G. Hanard: La cause dans les contrats: données romaines et codes civils français et allemand. In: Droit romain et identité européenne. Actes du colloque organisé les 12, 13 et 14 mai 1992 à Bruxelles. RIDA Suppl. au tome 41 (1994) S. 103-119.; G. Viney: Introduction à la responsabilité. Paris, 1995.; A. Bürge: Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Frankfurt am Main, 1995².; J.-M. Carbasse: Contribution à l'étude du processus coutumier : La coutume de droit privé jusqu'à la Révolution. DROITS 15 (1996) S. 25 ff.; M. Gläser: Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts. Frankfurt am Main, 1996.; A. Bürge: Ausstrahlungen der historischen Rechtsschule in Frankreich. ZEuP 5 (1997) S. 643-653.; J. Moreau-David: La coutume et l'usage en France de la rédaction officielle des coutumes au Code civil: les avatars de la norme coutumière. RHFD 18 (1997) S. 125 ff.; M.A. Plessier : Jean Étienne Marie Portalis und der Code civil. Berlin, 1997.; P. Dubouchet: La pensée juridique avant et après le Code civil. L'Hermès. Paris, 1998.; S. Goyard-Fabre: La rationalisation de la loi en France au XVIIIe siècle. In: Gesetz und Gesetzgebung im Europa der frühen Neuzeit. (Hrsg. von B. Dölemeyer und D. Klippel) Zeitschrift für Historische Forschung. Beiheft 22. Berlin, 1998. S. 55-70.; H. Petronio: La nozione di Code civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa 'completezza'. QF 27 (1998) S. 83-115.; S. Solimano: Verso il Code Napoléon. Il progetto di Codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799). Milano, 1998.; O. Beaud — E. Volkmar Heyen: Une science juridique franco-allemande? Bilan critique et perspective d'un dialogue culturel. Baden-Baden, 1999.; J.L. Halpérin: Le Code Napoléon et le droit romain. In: La question agraire à Rome : droit romain et société. Perceptions historiques et historiographiques. (Éd. E. Hermon) Côme, 1999. S. 143-151.; Ph. Malaurie: Le droit civil français des contrats à la fin du XXe siècle. In : Mélanges M. Cabrillac. Paris, 1999. S. 187-203.; A. Bürge: Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral. RTDCiv. 2000. S. 1-24.; G. Sicard: L'utilisation du droit romain par les rédacteurs du Code civil: Le droit de la famille. In: Excerptiones iuris. Studies in Honor of A. Gouron. (Ed. by B. Durand and L. Mayali) Berkeley, 2000. S. 679-692.; M. Stolleis: Deutsch-Französische Debatten um den Ursprung der Menschenrechte. In: Excerptiones iuris. Studies in Honor of A. Gouron. (Ed. by B. Durand and L. Mayali) Berkeley, 2000. S. 729-740.; A. Cavanna: Mito e destini del Code Napoléon in Italia. Europa e diritto privato 4 (2001) S. 85-129.; J.-L. Halpérin: Histoire du droit privé français depuis 1804. Paris, 2001.; U. Petronio: Diritti particolari e codificazione. Il caso del Code civil. In: Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica. Atti del Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto. (Torino, 19-21 novembre 1998) Roma, 2001. S. 351-387.; J. Rückert: Code civil, Code Napoléon und Savigny. In: 200 Jahre Allgemeines Landrecht

für die preußischen Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext. (Hrsg. von B. Dölemeyer und H. Mohnhaupt) Frankfurt am Main, 2001.; R. Ferrante: Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'Illuminismo giuridico. Milano, 2002.; N. Hakim: L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^{ème} siècle. Paris, 2002.; X. Martin: Nature humaine et Révolution française. Du Siècle des Lumières au Code Napoléon. Bouère, 2002². S. 143-177.; B. Fages: Einige neuere Entwicklungen des französischen Vertragsrechts im Lichte der Lando-Kommission. ZEuP 11 (2003) S. 514-524.; G. Hamza: A francia magánjog fejlődése és a római jog. (Le développement du droit privé français et le droit romain) In: Magister artis boni et aequi. Studia in honorem Németh János. Budapest, 2003. S. 341-354.; X. Martin: Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France. Bouère, 2003.; M. Poumarède: Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile. (Thèse) Toulouse, 2003.; X. Blanc-Jouvan: L'influence du Code civil sur les codifications étrangères récentes. In: Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire. Paris, 2004. S. 477-512.; ders.: Le rayonnement international d'un Code bicentenaire. In: La science du droit : réalités et perspectives. Collection d'études dédiées au Professeur V. Duculescu. Bucarest, 2004. S. 37-53.; J.-L.A. Chartier: Portalis père du Code civil. Paris, 2004.; G. Cornu: Réflexions en attendant le tricentenaire. In: Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire. Paris, 2004. S. 709-714.; A. Guzmán-Brito: La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de la leyes. Revista Chilena de Derecho 31 (2004) S. 39 ff.; J. Hilaire: Pratique et doctrine au début du XIX^e siècle. L'œuvre de Jean-Marie Pardessus (1772-1853). In: Figures de justice. Études en l'honneur de J.-P. Royer. (Éd. A. Deperchin, N. Derass et B. Dubois) Lille, 2004. S. 287-294.; K. Mbaye: Le destin du Code civil en Afrique. In: Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire. Paris, 2004. S. 516-538.; M. Pedamon: Le code civil et la doctrine juridique allemande du XX^e siècle. In: 1804-2004. Le code civil. Un passé, un présent, un avenir. Paris, 2004. S. 803-822.; Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon. Paris, 2004.; F. Valente: Contribution à l'histoire de la codification en droit commercial: le projet de la Chambre de commerce de Paris (1804). RHD 82 (2004) S. 79-96.; P. Alvazzi del Frate: Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico. Torino, 2005.; X. Blanc-Jouvan: Le rayonnement du Code civil français dans le monde à l'aube du nouveau millénaire. In: Ius unum Lex Multiplex. Essays in Theory of Law and State, and Comparative Law. Liber amicorum Péteri Z. Budapest, S. 37-65.; Ph. Brun: Responsabilité civile extracontractuelle. Paris, 2005.; A. Domanski: Domat's Distinction between Immutable and Arbitrary Laws. THRHR 68 (2005) S. 11-19.; Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil. (Sous la direction de G. Pignarre) Paris, 2005.; A. Guzmán-Brito: La doctrina de Robert Joseph Pothier sobre la interpretación de las leyes. In: Liber amicorum J. Miquel. Barcelona, 2005. S. 433 ff.; W. Wolodkiewicz: « Livre préliminaire » dans le projet et dans le texte définitif du Code Napoléon. RHD 83 (2005) S. 441-455.; O. Berg: L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française. RTDCiv. 2006 S. 53-62.; A. Guzmán-Brito: Las normas sobre interpretación de las leyes contenidas en el "Projet de Code Civil" de l'an VIII (1800). In: Tradizione romanistica e Costituzione. Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana. Napoli, 2006. S. 1809-1840.; V. Forray: Le consensualisme dans la théorie générale du contrat. Paris, 2007.; V. Lasserre-Kiesow: L'esprit du Code de commerce. In: 1807-2007. Le Code de commerce. Livre du bicentenaire. Paris, 2007. S. 19-36.; A. Lefebvre-Teillard: Cambacérès et le Code de commerce. In: 1807-2007. Le Code de commerce. Livre du bicentenaire. Paris, 2007. S. 3-17.; C. Angelici – M. Caravale – L. Moscati – U. Petronio – P. Spada: Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce. Milano, 2008.; Introduction to French Law. (Ed. by G.A.

Bermann and E. Picard) *Alphen aan den Rijn*, 2008; A. Lefebvre-Teillard: *Autour de l'enfant. Du droit canonique et romain médiéval au Code Civil de 1804*. Leyden –Boston, 2008. und ders.: *Cambacérés*. In: *Études de droit privé. Mélanges offerts à P. Didier*. Paris, 2008. S. 221-235.

4. Guilhelmus Budaeus (Guillaume Budé, 1467/1468-1540) war zweifelsohne der bedeutendste Wegbereiter der Humanistischen Schule (*École Humaniste*). Als Begründer der Humanistischen Schule wird der aus Mailand stammende Andreas Alciatus (Alciato, 1492-1550), der auch an der Gründung der Universität zu Bourges mitwirkte, angesehen. Alciatus war Schüler des Jason de Mayno und Philipps Decius (beide waren die letzten bedeutenden Vertreter der Kommentatorenschule) in Pavia und wurde von Zasius zurecht als „Reformator der Rechtswissenschaft“ bezeichnet. Die Gedanken des als Anhänger der stoischen Lehren bzw. der Stoa geltenden Alciatus übten selbst auf Jean Calvin (1509-1554) ihren Einfluß aus, dessen erstes Werk der Kommentar zu Senecas *De Clementia* war.

Die drei herausragenden Vertreter der französischen Humanistischen Schule (*mos iura [docendi] Gallicus*) waren der Alciatus-Schüler Franciscus Duarenus (François le Douaren) (1509-1559), der in Bourges lehrende Iacobus Cuiacius (Jacques Cujas) (1520/1522-1590) und Hugo Donellus (Hugues Doneau) (1527-1591).

Als Schüler des Duarenus erhielt Donellus im Jahre 1551 in Bourges den Titel des *Doctor iuris civilis*. Seine Laufbahn als Lehrer begann Donellus in Bourges, wo er als Kollege Cuiacius' tätig war. Der Hugenotte Donellus floh im Jahre 1572 vor der Protestantenverfolgung nach Genf und kam ein Jahr später der Einladung der Universität von Heidelberg nach, wo er Professor des *Codex*-Lehrstuhls der juristischen Fakultät wurde. Im Jahre 1579 übernahm er eine Professur an der erst kurz zuvor (1575) gegründeten Universität von Leiden. Donellus nahm im Jahre 1588 Abschied von Leiden und lehrte bis zu seinem Tode an der Universität in Altdorf (nahe Nürnberg), die sich zu dieser Zeit europaweiten Rufes erfreute.

Als herausragender Vertreter des in Frankreich blühenden juristischen Humanismus (*Humanisme juridique*) analysierte Donellus die Quellen des römischen Rechts (*fontes iuris Romani*) unter Anwendung der philologischen Methode kritisch. Außerdem sah er es als der größte Dogmatiker des 16. Jahrhunderts als seine Aufgabe an, das Material des *Corpus iuris civilis* in einem kohärenten System darzustellen. Dieses Bestreben wird in erster Linie bezeugt durch sein monumentales, acht Bände umfassendes Werk *Commentarii de iure civili*, das in gedruckter Form teilweise erst nach seinem Tode erschienen ist.

Donellus leistete einen bedeutenden Beitrag zur Ausarbeitung des modernen *ius civile*-Konzepts. Er war es, der das im Sinne des ‚subjektiven Rechts‘ verwendete *ius nostrum* klar von der *ius nostri persecutio* unterscheidet, welches der Geltendmachung des subjektiven Rechts dient. Für Donellus bildet das *ius* den primären Inhalt der Rechtsordnung und bedeutet nicht die Bestimmungen des positiven Rechts, sondern jene subjektiven Rechte, die dem Einzelnen zustehen und die das Individuum durch die bestehende Rechtsordnung geltend machen kann. Mit den subjektiven Rechten beschäftigte sich Donellus auf einem sehr hohen Abstraktionsniveau, wobei er unter Verwendung der justinianischen Institutionen als Grundlage ein neues System und neue juristische Termini erschuf. Donellus’ Lehren übten auch zwei Jahrhunderte nach seinem Tode einen bedeutenden Einfluß auf die deutschen Pandektisten, unter ihnen in erster Linie auf Friedrich Carl von Savigny aus.

Von den Werken von Cuiacius (*Opera omnia I-X*, Parisiis, 1658) haben in erster Linie die auf den Quellenanalysen beruhenden Textkommentare besondere Bedeutung. Von den Werken des Donellus erwarben die *Commentarii iuris civilis I-V* (Francofurti, 1595-1597) besonderes Ansehen.

Die Interpolationenforschung geht auf den Humanisten Antonius Faber (Antoine Favre, 1557-1624) aus Savoyen – der Präsident des Senats in Chambéry war – zurück, dessen Werk *Rationalia ad Pandectas* von der juristischen Romanistik erst ab dem 19. Jahrhundert gebührend gewürdigt wurde. Wegweisende Vertreter der Humanistischen Richtung waren auch noch Dionysius Gothofredus (D. Godefroy) (1549-1622) und sein Sohn Iacobus Gothofredus (A. Godefroy) (1587-1652). Dionysius Gothofredus gab das *Corpus iuris civilis* und die *Hexabiblos*, Iacobus Gothofredus den *Codex Theodosianus* heraus.

Wäre die französische Schule ausschließlich auf den Spuren von der eher theoretisch ausgerichteten Arbeit des Cuiacius gefolgt, hätte sie auf die Verbreitung des justinianisch-römischen Rechts in Frankreich kaum Einfluß genommen. Der ursprünglich als Bartolist geltende Donellus dagegen nahm selbst aktiv an der juristischen Praxis teil. Aus diesem Grund konnte er die Annäherung des *droit coutumier* an das *droit écrit* (das praktisch mit dem römischen Recht gleichbedeutend war) besser vorantreiben. Seine Bedeutung und seine Wirkung auf die moderne Rechtswissenschaft zeigt auch der Umstand, daß Savigny selbst viel aus den Werken des Donellus schöpfte.

Aus demselben Grund verdient Carolus Molinaeus (Charles Dumoulin oder Du Moulin) (1500-1566) Erwähnung, der in seinen Kommentaren zu dem *Coutume de Paris* (das auch *Coutume maîtresse* genannt wurde) vom Jahre 1510 (*In consuetudines Parisienses commentarii*, 1539) das römische Recht als *obligatorisch* anwendbares Recht beschrieb. Laut der zweiten,

im Jahre 1554 veröffentlichten Fassung seiner Kommentare jedoch war das römische Recht als *ratio scripta*² nur in dem Falle anzuwenden, wenn weder ein entsprechendes Gewohnheitsrecht in Paris und Umgebung noch ein allgemeines Gewohnheitsrecht zur Verfügung stand, das geeignet gewesen wäre, die lückenhaften oder unbestimmbaren örtlichen *coutumes* zu ersetzen.

5. Der in den ersten Kommentaren von Dumoulin dargelegten Lehre folgend billigt auch Jean Domat (1625-1696), Autor des Werkes *Les lois civiles dans leur ordre naturel* aus den Jahren 1689-1694³, dem römischen Recht normative Kraft zu. Domat widersetzte sich auf diese Weise den Bestrebungen der französischen Könige, die lieber ein eigenes französisches Rechtssystem (*ius patrium*) zustande bringen wollten, das nicht vorwiegend im römischen Recht gewurzelt hätte. Auch war es Domat, der als erster das Erbrecht, das in der Rechtswissenschaft bis dahin nur als ein Titel (*titulus* bzw. *causa*) zum Eigentumserwerb betrachtet wurde, vom eigentlichen Eigentumsrecht trennte. Demzufolge wird er zurecht als Vorläufer sowohl des modernen Institutionen- als auch des Pandektensystems angesehen. Erwähnung verdient die Tatsache, daß man in dem umfangreichen Vorwort, welches Domat zu den *Les lois civiles dans leur ordre naturel* verfaßte und das auch als eigenständiges Werk (*Traité des lois*) betrachtet werden könnte, zum ersten Male den Begriff *esprit des lois* findet, welcher später von Montesquieu zum grundlegenden Konzept ausgestaltet wurde.

Mit Hilfe der königlichen Macht, der richterlichen Praxis und der Jurisprudenz bildete sich aus dem justinianischen Recht als Ergebnis eines langwierigen Entwicklungsprozesses das vorerst nur subsidiär geltende französische *ius commune* (*droit commun*) heraus. Bemühungen zur

² Die Ansicht, nach welcher das römische Recht als *ratio scripta* über Landesgrenzen hinaus universelle Gültigkeit besitzt, wurde noch von den Kommentatoren Butrigarius [1274-1348] und Baldus bei der Erläuterung einer Stelle des Codex (7,45) formuliert (*ratio naturalis non circumscibitur loco, quum ipsa cum humano genere nata est [sic!] a principio*). Demnach kann das römische Recht als "gemeinsamer Verstand" der gesamten Menschheit auch dort in der Rechtsprechung angewandt werden, wo es z.B. aus politischen Gründen keine verbindliche Kraft hat. Jean Bodin (1530-1596) hält das römische Recht in seinem Hauptwerk *Les six livres de la république* vom Jahre 1576 sowohl in Frankreich als auch in den Anrainerstaaten Savoyen, Italien und Spanien nur für eine *ratio scripta* (*raison écrite*). Das römische Recht wird seiner Auffassung nach nur dadurch zum normativen Recht, daß es der jeweilige Herrscher als bindendes Recht anerkennt.

³ Dieses Werk Domats wurde in der Übersetzung von Strahan auch in englischer Sprache (London, 1720) herausgegeben. Dies zeugt von der Verbreitung dieses Werkes auch außerhalb Frankreichs.

Rationalisierung des französischen Rechts, dessen Voraussetzung die Beseitigung der Rechtszersplittertheit war, waren bereits zu dieser Zeit – beispielsweise bei Charondas (Louis le Caron), dem Verfasser des *Pandectes du droit français* (Livre I., chap. IV. In: Œuvres, Paris, 1637) – bemerkbar. François Bourjon (?-1751) wagte den Versuch, das in Frankreich geltende Recht in einem einheitlichen System zusammenzufassen, als er in seinem im Jahre 1747 herausgegebenen Werk *Droit commun de la France et la coutume de Paris réduite en principes* das in Frankreich geltende römische Recht bzw. Gewohnheitsrecht in einer Struktur vorstellte, die sogar die Redaktion des *Code civil* beeinflusste. Erwähnenswert ist auch die Tatsache, daß die Arbeiten zur Zusammenfassung der *coutumes* in eine einheitliche Struktur bereits im 16. Jahrhundert begannen. Auf diesem Gebiet ragte die Arbeit Guy Coquilles (1523-1603) hervor.⁴

Die aus dem Jahre 1731 stammende *ordonnance* über die Schenkungen (*Ordonnance sur les donations*) weist sowohl römischrechtliche als auch gewohnheitsrechtliche Elemente auf. Auch die im Jahre 1735 verabschiedete *ordonnance* über die Testamente (*Ordonnance sur les testaments*) ist eine Synthese der römischrechtlichen und gewohnheitsrechtlichen Traditionen. Die aus dem Jahre 1747 stammende *ordonnance* über die fideikommissarische Nacherbfolge (*Ordonnance sur les substitutions fidéicommissaires*) regelte dieses Rechtsinstitut in Anlehnung an die römischrechtliche Tradition. Das Ziel der drei Verordnungen war es, mittels der in ihnen (neu-)geregelt Rechtsinstitute zur Vereinheitlichung des Privatrechts beizutragen. Erwähnenswert ist auch jener Umstand, daß D'Aguesseau beabsichtigte, eine *ordonnance* über die Handlungsfähigkeit (*Ordonnance sur les incapacités de donner et de recevoir*) zu verabschieden, wozu es allerdings nicht gekommen ist. Später, während der Redaktion des *Code civil*, fanden alle drei zivilrechtlichen *ordonnances* des Kanzlers D'Aguesseau Beachtung.

Für die Vorbereitung des *Code civil* war der Pandektenkommentar von Robert-Joseph Pothier (1699-1772), der zunächst Richter und später Professor für französisches Recht (*ius patrium*) in Orléans war, von großer Bedeutung. Bevor er seine Monographie *Traité des obligations* (Paris, 1761) herausgab, beschrieb er in seinem zwischen 1748 und 1754 herausgegebenen Werk *Pandectae Iustinianae in novum ordinem redactae* das römische Recht als rationelles und naturrechtliches System.⁵ Pothier gelang es,

⁴ Guy Coquille (auf Lateinisch: Conchylius) war Verfasser zweier bedeutender Werke im Bereich des im Norden Frankreichs gültigen Gewohnheitsrechts: *L'Institution du droit des Français* und *Coutumes du pays et duché de Nivernais*.

⁵ J. E. G. MONTMORENCY: Robert Joseph Pothier and French Law. In: Great Jurists of the

eine Brücke zwischen dem römischen Recht und den lokalen (örtlichen) Gewohnheitsrechten (*coutumes locales*) zu schlagen. Dies ist vor allem in dem Werk ersichtlich, in welchem er das Recht seiner Geburtsstadt Orléans kommentiert, woraus später auch die Redaktoren des *Code civil* schöpften. Ihm kommt auch das Verdienst zugute, die oftmals unübersichtlichen *coutumes* in einem dogmatisch fundierten System dargestellt zu haben. In vielen Ländern und sogar in England berief man sich vor Gericht noch lange Zeit nach seinem Tode auf seine Werke.

6. Nach dem Sieg der französischen Revolution konnte die Vereinheitlichung des Rechts nicht mehr länger hinausgezögert werden. In der Periode des revolutionären Rechts bzw. der revolutionären Gesetzgebung (genannt „vorübergehendes Recht“, *droit intermédiaire*) spielte Jean-Jacques Régis de Cambacérès (1753-1824) bei der Vorbereitung des *Code civil* eine herausragende Rolle. Drei, auf verschiedenen Konzepten beruhende und dadurch auch von ihrem Ausmaß her stark variierende Entwürfe (*projets*) sind mit seinem Namen verbunden. Der erste *Projet de Code civil* wurde von ihm im Sommer 1793 erarbeitet. Der aus 719 Artikeln bestehende Entwurf folgt dem justinianischen Institutionensystem und trägt weitgehend dem revolutionären Recht („*acquis révolutionnaire*“) Rechnung. Es wird z.B. die Gleichstellung der Ehegatten angenommen. Der als zu komplex, abstrakt und weitschweifig beurteilte Entwurf erlangte nicht Gesetzeskraft. Gleichermaßen verhielt es sich mit dem zweiten, wesentlich kürzeren, aus nur 297 Artikeln bestehenden Entwurf von Cambacérès, den der Rechtsgelehrte im Jahre 1794 erstellte. Sein dritter, im Jahre 1796 veröffentlichter *Projet de Code civil*, der länger und von seinem Inhalt her weniger revolutionär war, wurde ebenfalls nicht in Kraft gesetzt.⁶

In der Periode des *droit intermédiaire* kam es zur Regelung der Volljährigkeit, der Hypothek (*hypothèque*) sowie einzelner familienrechtlicher Institute; der Regelungsgehalt hinsichtlich dieser Rechtsinstitute wurde später auch vom *Code civil des Français* übernommen.

Das französische Zivilgesetzbuch gründete in entscheidendem Maße auf

World. (Ed. by Sir J. MACDONELL/E. MANSON) Boston, 1914. (reprint: New Jersey, 1997) S. 447-476.

⁶ In der Zeit des Direktoriums war Cambacérès Mitglied des *Conseil des Cinq-Cents*. Er wurde zum Vorsitzenden der *Commission de classification des lois*, die vom *Conseil des Cinq-Cents* zwecks Vorbereitung und Redaktion von Gesetzen ins Leben gerufen wurde, gewählt. Das Inkraftsetzen des unter dem Vorsitz von Cambacérès erarbeiteten dritten Entwurfs des *Code civil* scheiterte daran, daß das Direktorium noch vor der Verkündung des *Projet* aufgelöst wurde.

dem römischen Recht und auf dem französischen Gewohnheitsrecht. Die offizielle Benennung des *Code civil des Français* war zwischen 1807 und 1814 sowie zwischen 1852 und 1870 *Code Napoléon*.⁷ Offiziell wurde die Benennung *Code Napoléon* nicht einmal im Jahre 1870 abgeschafft.

Von den vier Redaktoren, den vier „Vätern“ des *Code civil* („*Pères du Code civil*“) waren Jean-Etienne-Marie Portalis (1745-1807) und Jacques de Maleville (1741-1825) Spezialisten des römischen Rechts und Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu (1747-1825) sowie Francois-Denis Tronchet (1726-1806) Experten auf dem Gebiet des *droit coutumier*. Die Sichtweise des aus Bordeaux stammenden Maleville war von denen der vier wohl am traditionsbewußtesten. Maleville war der Auffassung, daß die Übernahme einiger Institute der im südwestlichen Teil Frankreichs geltenden, römischrechtlich geprägten *coutumes* in den *Code civil* sinnvoll wäre. Der aus Aix-en-Provence stammende Portalis, der einer eher unwahrscheinlichen literarischen Meinung zufolge ein Anhänger des Jansenismus war, setzte sich für eine Kodifizierung des im Süden Frankreichs geltenden römischen Rechts ein. Portalis war ein überzeugter Verfechter der Notwendigkeit der sozialen Veränderungen in jener Zeit. Portalis akzeptierte auch die Notwendigkeit der Säkularisation des Rechts, zum Beispiel die Möglichkeit der Ehescheidung. Tronchet, der im Jahre 1789 in Paris als Anwalt tätig war, hielt die Übernahme von Rechtsinstituten aus den *coutumes* von Orléans und Paris für angebracht. Der aus der Bretagne stammende Bigot de Préameneu setzte sich für eine Übernahme der in den *coutumes* Westfrankreichs geltenden Rechtsinstitute in den Kodex ein.

Das grundlegende Anliegen Portalis' war es, das französische Zivilrecht, aufbauend auf den Arbeiten von Domat, Guillaume de Lamoignons und D'Aguesseau⁸, zu vereinheitlichen. Portalis wollte das Recht systematisieren, was allerdings weder eine „Vereinfachung“ noch ein Bestreben nach der „vollkommenen Regelung aller zukünftigen Fälle“⁹ bedeuteten sollte. Portalis

⁷ Napoleon, der sich aktiv an der Redaktion des *Code civil* beteiligte, äußerte sich am Ende seines Lebens im Exil wie folgt: „Ma vrai gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles. Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil“. Siehe: C. F. T. de MONTHOLON: *Récit de la captivité de l'empereur Napoléon à Sainte-Hélène*. I. Paris, 1847. S. 401.

⁸ H. REGNAULT: *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau. Les testaments et l'Ordonnance de 1735*. Paris, 1965.

⁹ Die Werke von J. E. M. PORTALIS: *Discours et Rapports sur le Code Civil*. Bibliothèque de philosophie politique et juridique. Caen, 1989. Die sämtlichen Werke von Portalis hatte Pierre Antoine Fenet in seinem fünfzehnbändigen *Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil* (Paris, 1827-1828) und Jean Guillaume Loaré in den ersten 16 Bänden *Législation*

bezeichnete den *Code civil* zurecht als „*l'esprit de siècles*“.

Die Struktur des *Code civil* gründet auf dem Institutionensystem. Der aus 6 Artikeln bestehende erste Teil des Kodex (*Titre préliminaire*) enthält die allgemeinen Bestimmungen bezüglich Verkündung, Wirkung und Anwendung der Gesetze (*des lois*). Der dritte Artikel gilt bis zum heutigen Tage als Grundlage des internationalen Privatrechts (*droit international privé*). Das Erste Buch (Art. 7-515) des Kodex enthält das Recht der Personen (*Des personnes*), wobei aber der Kodex keine Bestimmungen über juristische Personen enthält. Das Zweite Buch (Art. 516-710) handelt von den Sachen, dem Eigentum und den dinglichen Rechten (*Des biens et des différentes modifications de la propriété*).¹⁰ Das Dritte Buch des Gesetzbuches (Art. 711-2281) enthält die verschiedenen Arten des Eigentumserwerbs (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*). Dieses Buch des *Code civil* regelt auch das Erbrecht – zu erben gilt als ein Rechtstitel (*titulus adquirendi*) des Eigentumserwerbs – und das Schuldrecht.¹¹

7. Im 19. Jahrhundert verfaßte Professor Charles-Bonaventure Toullier (1752-1835) aus Rennes einen grundlegenden Kommentar zum *Code civil*, nämlich das Werk *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*. Die erste Auflage dieses Werkes wurde in acht Bänden zwischen 1811 und 1818 veröffentlicht. Toullier gab später, zwischen den Jahren 1819 und 1824 drei weitere Auflagen heraus. In den späteren, in 14 Bänden veröffentlichten Ausgaben seines Kommentars gelangte Toullier bis zu den Artikeln über den Ehevertrag (*contrat de mariage*). Nach seinem Tod wurde *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code* durch Jean-Baptiste Duvergier (1792-1872) in zwei weiteren Auflagen (1830-1843 und 1845-1847) fortgesetzt.

Der erste vollständige Kommentar zum *Code civil*, der zwischen 1825 und 1837 in 22 Bänden herausgegeben wurde, ist das Werk von Alexandre Duranton.¹²

civile commerciale et criminelle de la France (Paris, 1827-1832) publiziert. Siehe: E. LEDUC: *Une grande figure de l'histoire napoléonienne*. Portalis, 1746-1804. Paris, 1990. und M. LONG/J.-C. MONIER: Portalis. *L'esprit de justice*. Paris, 1997.

¹⁰ M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ: *Origines théologiques du concept moderne de propriété*. Genève, 1987.

¹¹ A.-J. ARNAUD: *Essai d'Analyse structurale du Code civil français*. Paris, 1973.

¹² Der erste Band seines 22-bändigen Kommentars *Cours de droit français suivant le Code civil* wurde im Jahre 1825 veröffentlicht. Für der Kommentar von Duranton ist charakteristisch, daß der Verfasser bei der Interpretation der Artikel des *Code civil* kaum Wert auf die historischen und philosophischen Grundlagen legte. In seinem im Jahre 1819 publizierten vierbändigen Werk *Traité des contrats et des obligations en général* versuchte Duranton, die Doktrin von

Die französische Privatrechtswissenschaft stand im 19. Jahrhundert unter dem Einfluß der *École de l'Exégèse* wider.¹³ Die meisten Privatrechtler waren die Anhänger dieser Schule bzw. Richtung. Allerdings war die *École de l'Exégèse* bei weitem keine einheitliche Richtung. Unter ihren Vertretern sind Universitätsprofessoren - zum Beispiel Delvincourt, Bugnet, Claude-Denis-Auguste Valette (1805-1878) und Alexandre Duranton (1783-1866) - ebenso zu finden wie Richter (zum Beispiel Troplong und Pont) und Anwälte (z.B. Marcadé). Von ihnen wirkten mehrere, beispielsweise Jean-Charles Demolombe (1804-1887), Charles Aubry (1803-1883) und Frédéric-Charles Rau (1803-1877), sowohl als Universitätsdozenten als auch als Anwälte.

Jean-Joseph Bugnet (1794-1866), der Schüler Claude-Étienne Delvincourts (1762-1831)¹⁴ war und vor dem der berühmte Spruch „*je ne connais pas le droit civil, j'enseigne le Code Napoléon*“ stammt, war einer der einflußreichsten Vertreter der *École de l'Exégèse*. Bugnet gab auch die Arbeiten Robert-Joseph Pothiers in kommentierter und mit dem *Code Napoléon* vergleichender Weise heraus. Diese Arbeit erlebte drei Auflagen (*Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par Bugnet*, 1845-1848). Bugnet vertrat die Ansicht, daß das Verständnis des französischen Rechts die Kenntnis des römischen Rechts voraussetzt. Allerdings hält es Bugnet – im Gegensatz beispielsweise zum Zivilisten Athanase-Jean-Léger Jourdan (1791-1826) – für nicht notwendig, bei der Interpretation der Institute des *Code Napoléon* den historischen Hintergrund, die Philosophie und die Literatur zu berücksichtigen.¹⁵

Jean-Charles Demolombe, der als „Leiter der *École de l'Exégèse*“ betrachtet wurde, hat in seinem *Cours de Code Napoléon* die Artikel des *Code civil* in erster Linie mithilfe der Gerichtspraxis (*jurisprudence*) interpretiert. Sein *Cours de Code Napoléon* bestand aus 31 Bänden und behandelte 1400

Robert-Joseph Pothier in Bezug auf die die Verträge und Obligationen weiterzuentwickeln.

¹³ J. BONNECASE: *La science de droit privé en France au XIXe siècle*. Paris, 1914.; ders.: *La notion de droit en France au XIXe siècle. Contribution à l'étude de la philosophie du Droit contemporaine*. Paris, 1919.; ders.: *L'école de l'Exégèse en droit civil*. Paris, 1924.2; Ph. Rémy: *Éloge de l'exégèse*. *DROITS* 1 (1985) S. 115-123.; P. DUBOUCHET: *La pensée juridique avant et après le code civil*. 1994.; J.-L. HALPÉRIN: *Histoire du droit privé français depuis 1804*. Paris, 2001. und M. XIFARAS: *L'École de l'Exégèse était-elle historique? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny*. In: *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*. (Hrsg. von B. DÖLEMAYER und H. MOHNHAUPT) Frankfurt am Main, 2001. S. 177-211.

¹⁴ X. DEPORTETS: *Notice sur la vie et les ouvrages de Delvincourt*. Paris, 1832.

¹⁵ C. LECOMTE: *La Faculté de droit de Paris dans la tourmente politique, 1830-1848*. *RHFD* 10-11 (1990) S. 59-98.

Artikel von den 2281 Artikeln des *Code civil*. Der im Jahre 1879 angefangene 32. Band blieb wegen des Ablebens seines Verfassers unbeendet.

Der erste Kritiker der *École de l'Exégèse* war Julien-François Oudot (1804-1864), der darum bemüht war, in seinem im Jahre 1846 veröffentlichten Werk *Premiers essais de philosophie du droit et d'enseignement méthodique des lois françaises* die praktische Anwendung des französischen *Code civil* auf eine von der philosophischen und exegetischen Interpretation abweichende Basis zu stellen.

Erwähnenswert ist, daß die *École de l'Exégèse* in der neueren Literatur einer differenzierteren Bewertung unterzogen wird. Es wird in der Literatur darauf hingewiesen, daß einige Vertreter der *École de l'Exégèse* neben dem Text des *Code civil* auch das römische Recht, die ausländischen Zivilrechtscodices, die französische und ausländische Jurisprudenz (*doctrine*) sowie die Rechtspraxis (*jurisprudence*) berücksichtigten.¹⁶

Um eine kritische Revision des *Code civil* durchzuführen, wurde im Jahre 1866 eine aus namhaften Juristen (J. Favres, J. Simon, J. Ferry und Floguet) bestehende Kommission gebildet. Erwähnenswert ist hierbei der Zivilist Emile-Pierre-René-Paul Acolas (1826-1891), der Verfasser des Werkes *Nécessité de refondre l'ensemble de nos Codes et notamment le Code Napoléon, au point de vue de l'idée démocratique*. Acolas wollte den Kodex im Bereich des Vermögensrechts (*droit patrimonial*) und des Familienrechts einer tiefgreifenden Reform unterziehen. Die Kritik Acolas' am *Code civil* erinnert in vielerlei Hinsicht an die Kritik Anton Mengers am Ersten Entwurf des deutschen BGB.¹⁷

Die Wirkung der Historischen Rechtsschule (*École historique*) machte sich erst nach der Jahrhundertwende bemerkbar.¹⁸ Ihr bedeutendster Vertreter ist

¹⁶ Der namhafte Zivilist Claude Bufnoir (1832-1898) betonte die Bedeutung des römischen Rechts und der Rechtsvergleichung in der Juristenausbildung. Siehe: M. BOUDOT: Présentation. In: *Propriété et contrat. Claude Bufnoir 1832-1898. Réédition de l'ouvrage imprimé en 1924. Poitiers, 2005.* S. I-XV. Bufnoir wurde im Jahre 1867 der Nachfolger von Bugnet in Paris.

¹⁷ Im Hinblick auf das Leben und Œuvre von Acolas siehe: G. DEVILLE: *Biographie du citoyen E. Acolas.* Paris, 1876., E. SCHNEIDER: *Emile Acolas, un juriste atypique.* *Annales de la faculté de droit de Strasbourg* 3 (1999) S. 287-325. und F. GARNIER: *Émile Acolas et la codification napoléonienne.* In: *Codifications et compilations juridiques* (im Druck). Siehe noch: M. DOMMANGET: *L'Introduction du marxisme en France.* Lausanne, 1969. und C. NICOLET: *L'Idée républicaine en France, 1789-1924.* Paris, 1982.

¹⁸ J. GAUDEMET: *Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIXe siècle.* *RHFD* 19 (1998) S. 87-124.; F. Ranieri: *Le droit civil français et la culture juridique française dans la doctrine allemande d'aujourd'hui: un éloignement définitif?* *DROITS* 32 (2000) S. 157-169. und A. RIGAUDIÈRE: *Introduction Historique à l'étude du Droit et des Institutions.* Paris, 2001.

Raymond Saleilles (1855-1912), der in erster Linie mit seinen Arbeiten über das deutsche BGB Bekanntheit erlangte. Im 20. Jahrhundert wird die *École de l'Exégèse* von der *École scientifique*, die von der texttreuen Interpretation des *Code civil* abweicht, in den Hintergrund gedrängt.

8. Nach dem Zweiten Weltkrieg, im Jahre 1945 wurde die *Commission de réforme du Code civil* ins Leben gerufen¹⁹, deren Präsidentschaft der renommierte Zivilrechtler, Léon Julliot de La Morandière (1885-1968) wahrnahm.²⁰ Diese Kommission hat die eingehende Revision des *Code civil* vorgenommen. Der Vorentwurf (*Avant-Projet*) vom Jahre 1953 hat den *Livre préliminaire*, das Personenrecht und das Familienrecht des *Code civil* neugeregelt bzw. einer Revision unterzogen.²¹ Die Mitglieder der Reformgesetzgebungskommission wollten durch die Einfügung eines Allgemeinen Teils (*Partie générale*) auch die Struktur d.h. Systematik des *Code civil* ändern, wobei sie dem Modell des deutschen BGB folgten. Die Kommission hatte außerdem vorgeschlagen, Termini wie das Rechtsgeschäft (*acte juridique*) in den Text des *Code civil* aufzunehmen. Der französische Gesetzgeber hat aber diesen *Avant-Projet* nicht angenommen.

Gleich der im Jahre 2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform in Deutschland, ist der französische Gesetzgeber bestrebt, eine weitgehende Reform des Obligationenrechts durchzuführen.²² Im Jahre 2005 wurde in Frankreich der *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* veröffentlicht, der von der von Professor Pierre Catala geleiteten Kommission vorbereitet wurde („*Projet Catala*“)²³. Der eine Teil dieses *Avant-projet* wurde durch den französischen Gesetzgeber angenommen. Bei der Neuregelung des Verjährungsrechts (*droit de la prescription*)²⁴ wurde

¹⁹ Die *Commission de réforme du Code civil* wurde durch Dekret vom 7. Juni 1945 etabliert.

²⁰ Julliot de La Morandière nahm in der 20-er Jahren an der Vorbereitung des *Projet franco-italien de Code des Obligations et des Contrats* teil.

²¹ Jean Niboyet (1886-1952) erarbeitete die 115 Artikel über den Status der Fremden (*condition des étrangers*) und das Internationale Privatrecht (*conflict des lois*) des *Avant-Projet*.

²² Siehe zusammenfassend: J. BEAUCHARD: Le projet de réforme du Code civil français. Europa e diritto privato 9 (2006) S. 903 ff.

²³ Siehe: La réforme du droit des contrats : Projet et perspectives (Actes du colloque du 25 octobre 2005). Revue des contrats 2006/1 S. 1-195. Die Arbeitsgruppe unter der Leitung von Pierre Catala hat die Reform (Revision) der Art. 1101-1386 und Art. 2234-2281 des *Code civil* unternommen.

²⁴ Hier sei darauf verwiesen, daß dieser Teil (Art. 2234-2281 des *Code civil*) des *Avant-projet* von Professor Philippe Malaurie redigiert wurde.

dem „*Projet Catala*“ im Wesentlichen Rechnung getragen. Eine Arbeitsgruppe unter der Leitung von Professor François Terré innerhalb der *Académie des sciences morales et politiques* hat auch einen Entwurf zwecks Reform des Vertragsrechts („*Propositions de réforme du droit des contrats*“) erarbeitet.²⁵ Das Justizministerium („*Ministère de la Justice* oder *Chancellerie*“) nimmt bei der Neuregelung des Vertragsrechts auf beide Entwürfe Rücksicht.²⁶

9. Die starke Wirkung des *Code civil* ist an mehreren europäischen (italienisches[1865und1942], belgisches, niederländisches[1838], rumänisches Zivilgesetzbuch) und außereuropäischen (in erster Linie südamerikanischen) Zivilrechtscodices ersichtlich. Der französische *Code civil* übte auch auf die Kodifizierung des Zivilrechts mehrerer früherer asiatischer (beispielsweise Laos, Kambodscha, Vietnam) und afrikanischer (beispielsweise Tunesien, Marokko, Algerien, Guinea, Senegal) Protektorate, beziehungsweise Kolonien Wirkung aus. Der Einfluß des *Code civil* läßt sich auch am ägyptischen Zivilgesetzbuch vom Jahre 1949²⁷ deutlich erkennen. Zudem diente der *Code*

²⁵ Siehe: Pour une réforme du droit des contrats. Réflexions et propositions d'un groupe de travail sous la direction de François Terré. Paris, 2009.

²⁶ Der vom Justizministerium erarbeitete Entwurf heißt *Projet de réforme du ministère de la Justice* oder *Projet de la Chancellerie*. Dieser Entwurf stammt vom Juli 2008.

²⁷ Das aus 1149 Artikeln bestehende ägyptische Zivilgesetzbuch wurde am 16. August 1948 promulgiert und am 15. Oktober 1949 in Kraft gesetzt. Das ägyptische ZGB hat die folgende Struktur: Einleitende Bestimmungen und zwei Teile. Die zwei Teile des ZGB gliedern sich in je zwei Bücher. Im Einleitenden Teil (Art. 1-88) wird auch das Personenrecht geregelt. Das Erste Buch des Ersten Teiles (Art. 89-417) regelt den Allgemeinen Teil des Obligationenrechtes. Das Zweite Buch (Art. 418-801) regelt die einzelnen Verträge. Das Sachenrecht wird im Dritten Buch (mit diesem Buch beginnt der Zweite Teil des ZGB) geregelt (Art. 802-1029). Im Vierten Buch (Art. 1030-1149) finden sich die Bestimmungen unter anderem über das Pfandrecht. Das ägyptische ZGB enthält auch das Internationale Privatrecht. An der Erstellung des ägyptischen Zivilgesetzbuches hatte der namhafte ägyptische Zivilist Abdel-Razzak el-Sanhuri oder Abd al-Razzaq al-Sanhuri (1895-1971), der nach Rechtsstudium in Kairo in Frankreich promovierte, maßgeblichen Anteil. Das ägyptische Zivilgesetzbuch hat auf die Kodifikation des Zivilrechts in den arabischen Ländern in der Region maßgeblichen Einfluß ausgeübt. Das ägyptische ZGB, das im Wesentlichen eine Kodifizierung des in den vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts in Ägypten geltenden Vermögensrechts (Schuld- und Sachenrechts) darstellt, wurde beinahe ohne Änderung in Syrien (im Jahre 1949), im Irak (im Jahre 1951), in Libyen (im Jahre 1953), in Somalia (im Jahre 1973) und Algerien (im Jahre 1975) übernommen. Das Zivilgesetzbuch Jordaniens aus dem Jahre 1976, das ZGB von Afghanistan vom Jahre 1977 und das Zivilgesetzbuch von Kuwait aus dem Jahre 1980 basieren – unter Einbeziehung der Medjelle, die die Redaktoren als Ausgangsbasis der Kodifikation nahmen - auf dem ägyptischen ZGB. Der handelsrechtliche Kodex Ägyptens wurde im Jahre 1883 verabschiedet. Das ägyptische Handelsgesetzbuch wurde mehrfach novelliert. Das Gesellschaftsrecht wurde im Jahre 1981 durch Gesetz weitgehend

civil auch der Kodifikation der auf dem Gebiet des Osmanischen Reichs entstandenen französischen und englischen Mandatsgebiete zum Modell.²⁸ Dies bezieht sich besonders auf den Libanon und den Irak.²⁹ In Äthiopien hat das aus 3367 Artikeln bestehende Zivilgesetzbuch vom Jahre 1960 sowohl von seiner Struktur (Systematik) als auch seinem Inhalt her viele Elemente des französischen *Code civil*.³⁰ Auf das Zivilgesetzbuch Äthiopiens hatte

geändert. In Bezug auf die Ausstrahlung des ägyptischen Zivilgesetzbuches siehe: G. Moursi BADR: *The New Egyptian Civil Code and the Unification of the Laws of the Arab Countries*. TLR 30 (1956) S. 30 ff. und G. BECHOR: *The Sanhuri Code, and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932 to 1949)*. Leiden u.a., 2007. Hinsichtlich des wissenschaftlichen Œuvre von Al-Sanhuri siehe: E. HILL: *Al-Sanhuri and Islamic Law*. Cairo, 1987.

²⁸ Siehe zusammenfassend: F. CASTRO: *La codificazione del diritto privato negli Stati arabi contemporanei*. RDC 31 (1985) S. 387-447.

²⁹ P. ARMINJON: *Le Code civil et l'Égypte*. In: *Le Code civil 1804-1904. Livre du Centenaire*. Paris, 1904. S. 733-760.; J.M. MOUSSERON: *La réception au Proche-Orient du droit français des obligations*. RIDC 20 (1968) S. 37-78.; P.: *L'influence du Code civil sur les codifications des États du Proche-Orient*. In: *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*. Paris, 1804. S. 595-612. und Harith AL-DABBAGH: *La réception du modèle juridique français par le Code civil irakien*. RIDC 57 (2005) S. 263-290. An der Vorbereitung der Kodifikation des Obligationenrechts in Libanon (*Code des obligations et des contrats libanais*) vom Jahre 1932 hat sich Louis Josserand (1868-1941), Professor für Zivilrecht an der Universität Lyon, maßgeblich beteiligt. In Bezug auf von Josserand entwickelte Doktrin im Bereich des Vertragsrechts siehe: J.-P. CHAZAL: *L. Josserand et le nouvel ordre contractuel*. *Revue des contrats* 2003 S. 325-332.

³⁰ Der Entwurf des Zivilgesetzbuches Äthiopiens wurde von René David erstellt. In Bezug auf die Charakterzüge und das Problem der Rezeption des „fremden“ Rechts siehe aus der Literatur: R. DAVID: *Les sources du Code civil éthiopien*. RIDC 14 (1962) S. 497-506.; ders.: *A Civil Code for Ethiopia: Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries*. TLR 37 (1963) S. 187-204.; P.H. SAND: *Die Reform des äthiopischen Erbrechts: Problematik einer synthetischen Rezeption*. *RabelsZ* 33 (1969) S. 413-456.; J. BECKSTROM: *Transplantation of Legal Systems: An Early Report on the Reception of Western Law in Ethiopia*. *AJCL* 21 (1973) S. 557 ff. und M. BUSSANI: *Tort Law and Development: Insights into the Case of Ethiopia and Eritrea*. *Journal of African Law* 40 (1995) S. 43-52. In Äthiopien war die Gesetzessammlung bzw. Rechtsbuch *Fetha Nagast (Fetha Negast)* („Recht der Könige“, „Gesetze der Könige“ oder auf Lateinisch: „Canon regum“), die viele Elemente des byzantinisch-römischen Rechts (*ius Graeco-Romanum*) besaß, geltendes Recht. Diese Kompilation, wie die meisten byzantinischen Rechtsquellen, enthielt sowohl kirchliches als auch weltliches Recht (*Nomokanon*). Siehe: I. GUIDI: *Il Fetha Nagast o Legislazione dei Rè, Codice ecclesiastico e civile di Abissinia, tradotto e annotato*. Napoli, 1899.; E. CERULLI: *Il nuovo codice penale etiopico ed I suoi principii fondamentali*. *Oriente Moderno* 12 (1932) S. 392 ff.; G. A.. COSTANZO: *L'Ecloga araba nel Fetha Nagast e la sua prima versione in italiano*. *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi* 1 (1947); J. VANDERLINDEN: *An Introduction to the Sources of Ethiopian Law from the 13th to the 20th Century*. *Journal of Ethiopian Law* 3 (1966) S. 227 ff.; *The Fetha Nagast. The Law of the Kings*. (Translated from the Ge'ez by P. Tzauda, Edited by P.L. Strauss. Addis Abeba, 1968. (Second printing: Durham (N.C.),

auch die moderne französische zivilrechtliche Doktrin maßgeblichen Einfluß ausgeübt.³¹

Das kodifizierte französische Zivilrecht gilt auch in den Außengebieten der *République Française*. Die *Départements d'outre-mer* (D. O. M.) – Französisch-Guyana (*Guyane française*), Guadeloupe, Martinique und Réunion – sind auch in der französischen Gesetzgebung (sowohl in der Nationalversammlung als auch im Senat) vertreten. Dasselbe bezieht sich auch auf die *Collectivité départementale* (C. D.) – Mayotte –, bzw. auf die *Collectivité territoriale* (C. T.) – Saint Pierre und Miquelon (*Saint-Pierre-et-Miquelon*) –, die ebenfalls Vertreter in der französischen Gesetzgebung haben. Auf den *Territoires d'outre-mer* (T. O. M.) – Französisch Polynesien (*Polynésie française*), Neukaledonien (*Nouvelle Calédonie*), sowie Wallis (*Wallis-et-Futuna*) –, die ebenfalls in der französischen Nationalversammlung und im Senat Repräsentanten haben, ist das französische Zivilrecht, ähnlich den Bestimmungen der anderen Rechtszweige, nur in dem Fall anwendbar, wenn der französische Gesetzgeber dies ausdrücklich erwähnt.³²

10. Die Redaktoren des im Jahre 1807 verabschiedeten und in Kraft getretenen Handelsgesetzbuches, des *Code de commerce*, waren Gorneau, Vital Roux und Mourgues. Eine Quelle des mit Veränderungen immer noch gültigen *Code de commerce* ist der 1673 verabschiedete *Code Savary*, der von Colbert und Jacques Savary – dem Verfasser des zu seiner Zeit wohlbekannten Werkes *Le parfait négociant* – erstellt worden war. Diese *ordonnance* (*Ordonnance du commerce*), wurde vom Vorsitzenden der Redaktionskommission Pussort als *Code Savary* tituliert. Diese *ordonnance*, welche den Festlandhandel regelte, ist bereits in technischer Hinsicht als Kodex anzusehen. Sie diente dem ersten

2009.); P. H. SAND: Roman Law in Ethiopia. In: Problèmes de droit contemporain. Mélanges L. Baudouin. (Ed. A. Popovici) Montréal, 1974. S. 511-526.; H. SCHOLLER: La réception du droit occidental en Éthiopie. *Verfassung und Recht in Übersee* 32 (1999) S. 296 ff. und A. JEMBERRA: An Introduction to the Legal History of Ethiopia, 1434-1974. Münster, 2000. In Bezug auf den Rechtsquellencharakter des *Fetha Nagast* siehe noch: E. HABERLAND: Untersuchungen zum äthiopischen Königtum. Wiesbaden, 1965. S. 44 ff. und W. SELB: Kodifikationen im älteren orientalischen Kirchenrecht: Prolegomena einer Rechtsgeschichte des christlichen Orients. In: Österreichische Landesreferate zum XIII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Pescara. Wien, 1970. S. 22 ff.

³¹ Über die aktuelle "Exportfähigkeit" des französischen Rechts siehe: P. BÉZARD: Le droit français est-il encore exportable? In: *Propos impertinents de Droit des Affaires*. Mélanges en l'honneur de Chr. Gavaldà. Paris, 2001. S. 43-56.

³² M. BOGDAN: The Law of Mauritius and Seychelles. A Study of Two Small Mixed Legal Systems. *Acta Societatis Juridicae Lundensis* 106 (1989).

und zweiten Buch des im Jahre 1807 verabschiedeten *Code de commerce* als Quelle. Den Seehandel hingegen regelte die im Jahre 1681 verabschiedete *Ordonnance de la marine*, die neben dem *Code Savary* ebenfalls Einfluß auf die Redaktionsarbeiten des zweiten Buches des *Code de commerce* hatte.

An dieser Stelle sei erwähnt, daß König Karl IX. (1560-1574) bereits im Jahre 1563 auf ausdrücklichen Wunsch des Kanzlers Michel de l'Hôpital hin für die Stadt Paris ein ständiges Handelsgericht aufstellen ließ. In der Rechtsprechung dieses Gerichts wurden in den Rechtsstreitigkeiten unter Kaufleuten (*mercatores*) vom *ius commune* abweichende, ausschließlich auf Handelsleute bezogene Rechtsvorschriften verwandt.

Obwohl der weitgehend modifizierte (neukodifizierte) *Code de commerce* auch heute noch als eigenständiges Gesetz in Kraft ist, wird in der französischen Doktrin jene Ansicht immer stärker, wonach das Zivilrecht und das Handelsrecht vereinheitlicht werden sollten.³³

Der französische *Code de commerce* hatte auf die handelsrechtliche Gesetzgebung zahlreicher europäischer und außereuropäischer Länder bedeutenden Einfluß.³⁴

³³ L. MAZEAUD: L'unification du droit civil et du droit commercial. In: *Problèmes Contemporains de Droit Comparé*. II. Tokio, 1962. S. 215-230.

³⁴ K. Nagyné SZEGVÁRI: A Code de Commerce hatása az európai kereskedelmi jogi kodifikációra. (Der Einfluß des Code de Commerce auf die handelsrechtliche Kodifikation in Europa) In: *JT VII*. Pécs, 2001. S. 311-331.

Ekvita v systému zásad soukromého práva a realita Návrhu společného referenčního rámce (DCFR)

Jan Hurdík

I. Vymezení problému

Profesor Blaho – ač romanista – patří ke skupině historiků, kteří dokáží mimořádně působivě oslovit právní současnost a z historických bádání formovat aktuální závěry, které potvrzují, že kdo nezná minulost, nedokáže předvídat budoucnost. Tento příspěvek se pokouší navázat na významnou a inspirativní roli prof. JUDr. Petra Blaha, CSc. v procesu propojení klasické romanistiky se soudobým bádáním v oblasti soukromého práva, v jejímž rámci se s pozoruhodnými výsledky věnoval historické a současné roli ekvity jako jedné ze základních charakteristik práva v rozvinutém právním systému. Na tomto základě autor formuloval model systému zásad soukromého práva, v němž ekvitní principy hrají rozhodující roli a posuzuje z tohoto pohledu potenciál ekvitních zásad obsažených v Návrhu společného referenčního rámce (DCFR).

Soukromé právo kontinentální Evropy je již několik desetiletí postaveno před nová zadání, vyplývající ze společenských změn sahajících za obzor modernity. Již od poloviny 20. století upozorňuje řada autorů¹ na projevy krize kontinentálního systému práva a hledají se cesty jejího řešení. Současné právu přicházejí interdisciplinární signály o změnách struktury, povahy a cílů společenských vztahů, tvořících sociálně ekonomický základ právní regulace, v nichž globalizace je pouze jeden z faktorů tohoto procesu².

Je nepochybné, že žádný z projektů změn soukromoprávní regulace, tedy ani projekt Návrhu společného referenčního rámce (*Draft of common Frame of Reference* – dále jen DCFR), zpracovaný a uveřejněný studijní skupinou

¹ OPPETIT, B., *Droit et modernité*, Paris: P.U.F., 1998, p. 99n., CARBONNIER, J., *Flexible droit*, 8e édition, Paris: L.G. D. J., 1995, s. 95n., WILBURG, W., *The Development of a Flexible System in the Area of Private Law*, Wien: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2000; BYDLINSKI, F. et al., (eds.), *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, 1986.

² RIFKIN, J., *Access, Das verschwinden des Eigentums*, Frankfurt am Main: Campus Verlag GmbH, 2000, s. 9n.

pro evropský občanský zákoník (SGECC) nemůže být a není vůči takovým výzvám netečný.

Projekt DCFR reaguje na výzvy současnosti zejména svým hlavním posláním, kterým je unifikace soukromého práva v jeho výchozích strukturách, tj. unifikací obsahu pojmů a modelových pravidel (Definitions and Model Rules) soukromého práva.³ Vedle tohoto deklarovaného cíle má projekt význam systémově strukturní. Ten v současné etapě projektu spočívá v tvorbě modelového systému pravidel smluvního a deliktního práva (*Contract Law and Tort Law*). Od modelových pravidel lze jen obtížně oddělit – a projekt CFR je toho důkazem – hodnoty sledované evropeizujícím se civilním právem a jejich výraz v textu projektu. Naopak text projektu je důkazem, že evropské pojetí civilního práva je založeno na hlubších hodnotách a cílech, než je pouhá existence systému právních pravidel a jejich dodržování. V textu projektu jsou hodnoty a cíle promítnuty do vlastních pravidel a jednotlivé skupiny pravidel jsou poměřovány hodnotami a cíly, jejichž naplnění je projekt určen. Zpracovat takto zaměřený projekt modelových pravidel civilního práva je tedy neoddělitelně spojeno s potřebou zvolit optimální systémové začlenění principů civilního práva do rámce projektu a vyřešit tak především tisícileté dilema o vzájemné pozici („standardních“, „obyčejných“) pravidel práva na jedné straně a právních principů na straně druhé.

Cílem tohoto příspěvku je posoudit roli principů ve smyslu hlavních cílů a hodnot (aims and underlying Values) soukromého práva, jak je reflektuje DCFR⁴ v kontextu snah o dobudování metodologie tvorby a fungování dynamického a flexibilního systému obecných právních principů i na nich budovaného systému modelových právních pravidel a zvýšit efektivnost dosahování cílů soukromoprávní regulace tváří v tvář výzvám k její flexibilitě a dynamice. Zvláštní pozornost je věnována principům soukromého práva založeným na ekvité a jejich jednotlivých projevech, které se ukazují být z řady hledisek klíčové pro limitaci práva a jeho společenských, zejména mravních determinant.

Příspěvek vychází z konceptu cílů a hodnot, jak je pojímá DCFR a jeho autoři⁵. V této souvislosti si klade otázku, zda lze dosáhnout hlubší

³ Cf. Christian von BAR, Eric CLIVE and Hans SCHULTE-NÖLKE and Hugh BEALE, Johnny HERRE, Jérôme HUET, Peter SCHLECHTRIEHM, Matthias STORME, Stephen SWANN, Paul VATUL, Anna VENEZIANO and Frederyk ZOLL (eds.), *Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DGFR)*. Munich: Sellier, European Law Publisher, 2008.

⁴ *Principles. Definitions and Model Rules...*, s. 13.

⁵ *Principles. Definitions and Model Rules...*, s. 13.

uspořádanosti a funkčnosti systému principů evropského soukromého práva⁶, a tím posílit jeho vnitřní souladnost a současně dynamiku a flexibilitu působení na společenské vztahy. Zvláštní pozornost věnuje příspěvek zakotvení zásad ekvitní povahy v systému zásad a pravidel soukromého práva.

II. Zdroje, vývoj a současná role ekvity a ekvitních zásad v soukromém právu

Recentní doba koncentrovala do jednoho proudu celou skupinu společenských požadavků na změny:

- a) tlaky na – často spontánní – změny v právu (zejména autoregulace, lex contractus, podřízení práva ekonomickým zájmům...), vyvolané globalizací a změnou ekonomických paradigmat,
- b) obecné konstatování krize kontinentálního typu práva a požadavky na posílení jeho flexibility,
- c) institucionální i spontánní evropeizace práva,
- d) s tím spojené posílení role judikatury, hledající zdroje pro rozhodování kauz překračujících národní jurisdikci v zásadách právních,
- e) a s tím spojené projekty moderní koncepce soukromoprávní legislativy jak na národních, tak evropské i nadevropské úrovni.

V tak uzlové situaci nabývají logicky zcela mimořádného významu právní principy jako jednotící prvek, působící jak v časové, tak prostorové kontinuitě.

Aprávě v této situaci se ukazuje, jaké “tekuté písky” z pohledu pregnantnosti právních pojmů i jejich funkce zásady soukromého práva představují. Zvláště zřetelně se to projevuje u principů odvozených z římskoprávní aequitas.

Společný římskoprávní základ pojetí ekvity a jejích jednotlivých nástrojů jako paralelního systému, modifikujícího, interpretujícího, resp. doplňujícího systém pravidel stricti iuris prošel v dalším vývoji procesem odklonů a návratů, které sice hledají inspiraci v řecké filozofii a římském právu jako kořenech evropské kultury, současně však volí vlastní cesty pro dosažení výsledku odpovídajícího požadavkům recentního vývoje a názorům na podobu právního výrazu těchto východisek.

⁶ Zdá se, že do jisté míry je stále aktuální povzdech Waltera WILBURGA, cit. d., s. 3: „*Legal science has spared no efforts to capture the basic ideas underlying legal rules. In particular the philosophers of Natural Law had sharp controversies concerning the principles of law. The uncertainty resulting from these controversies had a damaging effect on the reputation of Natural Law.*“

V oblasti uplatnění a podoby zásad ekvitní povahy se jejich vývoj ubíral cestou podmíněnou řadou faktorů:

- a) Celá období dominujícího ekonomického liberalismu, právního pozitivismu, ústupu od práva přirozeného aj., uplatnění ekvity a jejích nástrojů potlačovala a pokud takové zásady byly součástí právního řádu, vyhýbala se jejich aplikaci.
- b) Nejednotnost panuje o míře implikace ekvity a jejích zásad do rámce vlastního právního systému, tj. v otázce, zda ekvita je v rozhodující míře vnitřní vlastností práva, nebo zda jde – podobně jako je to zřetelné v prétorském uplatňování práva – o dva systémy, které je třeba uplatňovat postupně⁷.
- c) Z předchozího plyne i otázka, zda, případně jak ekvitní požadavky vyjádřit v právu: jsou presumovány, aniž by bylo nutno je vyjádřit, mají být součástí soudcovských zásad (přirozeného práva), mají být vyjádřeny jako jediná generální klauzule, nebo mají být zakomponovány do textu právních předpisů jako kritérium posuzování jednotlivých skupin řešených vztahů a dílčích situací?
- d) Ekvitní zásady mají tendenci se vyvíjet ve dvou podobách, které se vzájemně podmiňují: jednak jako společenský požadavek, pro který se hledá odpovídající pojem (slovní výraz), jednak jako pojem, který v průběhu vývoje, diferencovaně v závislosti na času a prostoru posuzování, mění svůj obsah a rozsah.

Takto se vyvinula

- a) jednak celá skupina zásad, které mají společný (směřující k ekvitě), byť zpravidla více či méně významově posunutý cíl a funkci, tedy jde často a do značné míry o synonyma,
- b) současně však právo v různém času a prostoru pracuje se zásadami užívajícími téhož pojmu pro vyjádření odlišného obsahu a rozsahu, tedy s homonymy (srov. zejm. samotný pojem ekvita-aequitas, dobrá víra, ale i další).

Tento faktor nabyl na významu v současnosti, kdy právní vývoj intenzivně – z důvodů identifikovaných výše – hledá společné (mj. hodnotové) základy a společné instrumentarium sblížení, resp. univerzalizace zejména soukromého práva. Tento proces začíná determinovat celé evropské právní prostředí a klade před nás nová zadání, která v dosavadní legislativě, judikatuře

⁷ Tento přístup se projevuje i v právní praxi, jak o tom svědčí např. judikatura českých soudů.

ani odborné literatuře nemají vždy dostatečné tradice a pevný základ a alespoň aproximativně blízké uchopení obsahu těchto zásad a jejich jazykové vyjádření v jednotlivých právních řádech.

III. Nová paradigmatata a univerzalizace vědeckého poznání obohacují i právní vědu

Autoři a komentátoři DCFR vycházejí ze správného předpokladu o výchozí pozici svobody, zejména svobody smluvní a o minimálně omezující roli regulace obsahu smluv⁸. Přesto se zdá, že koncepce cílů a hodnot, které sleduje soukromé právo, se u komentátorů DCFR omezuje na jejich výčet a pokud jde o jejich funkční vazby, na závěr o jejich nezbytném vyvažování (of balancing of conflicting aims and values)⁹.

Principles in the sense of aims and values však naznačují hlubší systémové souvislosti. Zejména rámec jejich začlenění do textu DCFR evokuje otázku, zda se lze spokojit se současným stavem pojetí principů soukromého práva, jak s nimi pracuje právní věda, legislativa i praxe ústavního i obecného soudnictví, či zda lze obecné principy ve smyslu aims and values soukromého práva uspořádat do vertikálně i horizontálně budovaného systému, podřídít funkčním a relativně jednotným systémovým pravidlům a na základě těchto výchozích systémových vazeb je integrovat do rámce celé právní úpravy soukromého práva.

Ukazuje se, že takové řešení může nabídnout využití současných poznatků obecné metodologie vědy, která usiluje o obnovení své univerzální aplikovatelnosti na všechny oblasti věd, včetně společenských a včetně práva.

Pokusme se o stručnou rekapitulaci dosavadního úsilí o vytvoření koncepce zásad (soukromého) práva:

Počátek cesty, vedoucí ke tvorbě systému zásad soukromého práva (hmotného), je již prošlapán badatelským úsilím více autorů a výzkumných týmů: řešeny jsou otázky principů ve smyslu hodnot, právních principů a norem, principů a pravidel, principů a metod právní regulace, pojetí zásad v dimenzích iusnaturalismu a pozitivismu, vazeb zásad a základních lidských práv, pojetí právních zásad jako pramenů práva v systému psaného práva, funkce zásad jako kritéria existence samostatných systémových celků právního řádu, funkcionální uplatnění zásad v systému právní regulace, zejména funkce

⁸ Cf. Principles. Definitions and Model Rules..., ss. 14-15.

⁹ Cf. Principles..., s. 13.

zásady v konfliktu s právním pravidlem a v konfliktu s jinou zásadou.¹⁰ Co má klíčový význam pro formulaci systému zásad hmotněprávního odvětví, je vymezení podstaty a cíle zásad a jejich způsobu fungování, závislého na této podstatě a cílech, jinak řečeno, jde o způsob ukotvení zásad v širším společenském rámci.

Tyto otázky nacházíme, pravda, řešeny v literatuře i justiční praxi (snad nejobecněji přijímané je pojetí zásad jako hodnot či normativního odrazu hodnot a jedna z nejcitovanějších je funkce zásad jako příkazů k optimalizaci).¹¹

Když se však pokusíme tato východiska uplatnit na uspořádání katalogu zásad soukromého práva, přes vyslovené názory naznačující opak¹² narazíme na pocit jejich nedostatečnosti či zaměření mimo cíl naší pozornosti, který nám brání odpovědět na otázky:

Existuje či může být vytvořen takový systém zásad soukromého práva, který má:

- svá východiska a své ukotvení,
- své cíle,
- své konstanty,
- svou infrastrukturu,
- uspořádanost vnitřní struktury,
- určitou podobu této uspořádanosti, zejména existenci horizontálních či vertikálních vazeb jednotlivých zásad, vzájemnou odvozenost zásad, možnost působení zásad jako hodnotových solitérů či ve vzájemně protikladných pozicích, mezi nimiž se hledá funkcionální poměr pravidlo – výjimka či vyvažování?

Z pohledu ústavních východisek řešení vazeb principů posuzuje v české literatuře problém P. Holländer, když v návaznosti na Dworkina, Alexyho, Rawlse a další autory hovoří o hierarchii dober a opírá se o vazby spravedlnosti a svobody¹³. Uvedené otázky však mají širší rozměr a evokují potřebu pokračovat na takto položených základech dále.

¹⁰ Srov. BARUZZI, A., *Rechtsphilosophie der Gegenwart*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2006; DWORKIN, R., *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenh, 2001; HÖFFE, O., *Principes du droit*. Paris: Le Cerf, 1993; HOLLÄNDER, P., *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007 (1. vyd.); BOGUSZAK, J. a kol. (ed.), *Právní principy*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999.

¹¹ Viz ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1994 (2. Aufl.), s. 99.

¹² Např. RAWLS, J., *A Theory of Justice*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1971, zejm. s. 317n.

¹³ HOLLÄNDER, P., cit. d., s. 267-269 a literatura citovaná tam v pozn. 624 a 626.

Jestliže zrekapitulujeme výchozí zadání, lze je zformulovat do otázky: Je známo, že historicky se zásady – s výjimkami typickými pro některá přelomová období, která dokázala formulovat svůj politický, ergo právní program, jako období právně politických deklarací počátku moderní epochy – tvořily spontánně, ex post, jako výraz potřeby řešení rozporu mezi *summum ius* – *summa iniuria* a tento trend – vytvářet zásady jako zobecnění potřeby řešení partikulárních situací – stále trvá. Otázka zní, zda je možné a odůvodnitelné za této situace, která spíše pragmaticky než koncepčně produkuje další a další zásady, tyto zásady produkuje své deriváty v podobě dílčích zásad, avšak rovněž v podobě zásad generalizujících, tyto principy uspořádat a to dokonce do fungujícího systému?

Máme zato, že taková možnost existuje, pokud překročíme rámec právní vědy a využijeme prostoru vytvořeného trendy k univerzalizmu práva:

V obecné metodologii vědy došlo v uplynulých desetiletích k významnému posunu v oblasti paradigmat vědy: Jak se ukazuje, paradigma vědy není jejím stabilním prvkem, nýbrž jeho vývoj prošel několika zásadními etapami, které významně ovlivnily jeho uplatnění ve společenských vědách, včetně práva.

Newtonovsko-descartovským substančním paradigmatem byla prosazena myšlenka o samostatném výkladu dění v hmotné substanci ve sledovaném prostoru.¹⁴ Díly uvedených autorů bylo podle pozdějších hodnocení zahájeno období samostatné, teoreticky konstituované přírodní vědy. Věda se stala metodologií (pouze) přírodních věd, založenou na materialismu. To vedlo k oddělení od filosofie a vůči hmotné skutečnosti se sama stala garancí pravdy. Tento proces se stal počátkem diferenciaci dalších oborů zkoumání světa a společnosti a jejich osamostatnění až izolovanosti.

Paradigma přírodních věd se původně neprosazovalo pouze ve vědách přírodních, nýbrž postupně i společenských a současně se odrazilo i v systému přírodních a společenských věd v další diferenciaci až atomizaci jednotlivých vědních oborů.

Zároveň nové paradigma přírodních věd vyvolalo opačné reakce, spočívajících ve výhradách až odmítání uplatnění nového paradigmatu přírodních věd v dalších vědních oborech¹⁵. Zejména společenské vědy, včetně ekonomie, ztratily z významné části vazby na metodologii vědy, orientovanou na vědy přírodní, a pokoušely se formovat vlastní paradigma a metodologii,

¹⁴ Blíže KRÁL, M., Změna paradigmatu vědy. Praha: Filosofia, 1994, s. 15.

¹⁵ K tomuto procesu v právu srov. DUFOUR, A., Droits de l'homme. Droit naturel et historie. Paris: PUF, 1991, s. 93n.

kteřé ovšem (jako důsledek paradoxu paradoxů) zůstaly poplatné přírodovědné metodě redukcionismu a dominance materiální substance.¹⁶

Paradigma klasické novodobé vědy navázalo na antickou představu světa, založeného na neměnné podstatě (substanci), jejíž poznání by mělo umožnit vysvětlení celé zbývající skutečnosti. Řečeno dnešním jazykem, skutečnost má velkou redundanci, kterou lze odstranit redukcí nepodstatných jevů, vedoucí k izolování podstaty. Tradice evropské kultury ukazují, že redukcionismus jako metoda a paradigma poznání světa je jedním z nejhloběji zakotvených pilířů gnozeologie všech oborů: ukazuje to i způsob studia práva a zejména jeho základů.

Vliv změn paradigmat obecné vědy na právo – nehledíc na problém vlastní aplikovatelnosti koncepčních základů přírodních věd na vědy společenské – je jedním z nejkomplicovanějších procesů: Právo nezkoumá vnější svět bezprostředně: jeho metody poznání jsou mnohonásobně zprostředkovány skrze ekonomiku, sociologii, filosofii a další vědní osoby zabývající se chováním osob a následně je reflektuje právo jako normativní odraz takového poznání společenské reality. Rozchod současné vědy se substančním paradigmatem a metodou redukcionismu, jak je popsán dále, tedy může mít vždy pouze relativní charakter. Tento závěr platí o to více pro právo, v němž jsou tyto přístupy několikanásobně zprostředkovány: v právu má změna paradigmatu ještě výrazně relativnější povahu než změny paradigmatu přírodních věd a dokonce než změny paradigmatu věd společenských.

V současnosti autoři z oblasti obecné filosofie a metodologie přírodních věd konstatují, že moderní věda opustila substanční paradigma klasické vědy a zdá se, že substanční paradigma vůbec, protože neobstálo vůči nové zkušenosti, s níž bylo konfrontováno a kterou nebylo schopno redukcionisticky vysvětlit¹⁷. Přiznáním nezpůsobilosti prosadit společnou redukcionistickou vědeckou metodu v nových podmínkách byl svým způsobem i pokus doplnit redukcionistickou a kauzální metodu metodou statistickou, umožňující ověřit souslednosti na statistické, tj. pravděpodobnostní četnosti. I tato metoda byla však odmítnuta. Paradoxně však v oblasti věd o člověku doznala metoda statistické pravděpodobnosti značného rozšíření, zejména v takových oborech typicky nepodřiditelných klasické redukcionistické metodě, jako je sociologie, odkud již vedla přímá cesta k jejímu uplatnění v právu.

Ani kauzálně-statistický redukcionismus nebyl způsobilý implikovat

¹⁶ Blíže též HURDÍK, J., *Institucionální pilíře soukromého práva v dynamice vývoje společnosti*. Praha: C. H. Beck, 2007.

¹⁷ Srov. KRÁL, M., cit. d., s. 49-50.

ty teorie, které se zabývají mezisubjektivními vztahy¹⁸. Vědy o člověku byly a dodnes jsou vylučovány z oblasti skutečného vědeckého poznání, neboť dosavadní paradigma vědy na ně nebylo možno úspěšně aplikovat a verifikovat. Ukázalo se, že pokud by věda nezměnila své celkové paradigma, byly by poznatky těchto teorií a dokonce i poznatky matematiky, logiky a humanitních věd z jiného než vědeckého světa.

Změněné paradigma – see below – však mění možnosti integrace vědy. Pro moderní vědu je příznačné opětovné vřazení člověka do vědou zkoumané skutečnosti, z níž byl původně vyloučen kartézským substančním řezem.

Úsilí současné vědecké teorie o formulování nového paradigmatu však vyvolalo řadu relativizujících a skeptických soudů a teorií.

Rezignace na hledání pravdy a zdůrazňování kritéria účelovosti, rezignace na mocensky indiferentní poznání a přechod k mocenskému uplatnění vlastního názoru prezentovaného jako relevantní skutečnost patří mezi paradigmatu moderního ekonomického myšlení. Hegemon soudobé společnosti – ekonomicky jednající a k ekonomicky determinovaným cílům směřující subjekt zaujímá dominantní postavení, které se postupně přenáší z ekonomické teorie do dalších oborů. Paradoxně se zdá, že v tomto vztahu byl docílen efekt, ve vědě překvapivý: iniciativu při formulování teorie vědeckého poznání a paradigmatu vědy převzala ekonomická teorie a prosadila ji do suspektní a kritizované, nicméně vlivné – postmoderní filozofie vědy a vědeckého poznání.

Ekonomie učinila pokus o ovládnutí vědy, která je v jejích intencích prezentována jako výrobní síla, vektor v procesu reprodukce kapitálu¹⁹ a stává se specifickým argumentačním systémem, směřujícím k prosazení ekonomických paradigmat do pozice paradigmatu vědy jako celku.

Možnosti překonání krizového stavu popsaného výše prostřednictvím vnitřního potenciálu obecné teorie vědy a současně další zdroj specifické inspirace pro paradigma a metody práva, vyplývající z obecných trendů metodologie vědy, představuje tzv. procesně genetické paradigma, které formulovala novodobá věda ve druhé polovině dvacátého století. Věda v něm pozoruje vesmír jako proces probíhající v nevratných časových dimenzích a současně jako základ řádu vyvinuvšího se z chaosu a vytvořila tak předpoklady pro obecné uplatnění svých závěrů v dalších oborech lidského poznání.

Právě poznatek o nevratném času jako genetickém prvku poznání skutečnosti dal základ uplatnění tohoto paradigmatu na oblast vědy jako celku,

¹⁸ KRÁL, M., cit. d., s. 53.

¹⁹ LYOTARD, J. F., O postmodernismu. Praha: Filosofický ústav AV ČR, 1993, s. 154.

včetně věd o člověku. Ukazuje se, že dílčí teorie jednotlivých vědních oborů jsou sjednotitelné, mohou tvořit fungující systém a mohou se uplatnit mimo – staletí vědu omezující – substanční paradigma tím, že mají platnost i pro vědy „nepřirodní“. Vědecké poznání se uplatňuje na základě nového paradigmatu na biologický, sociální, kulturní vývoj bez metodologického omezení.²⁰

Jestliže uvedené paradigma platí obecně pro všechny obory, pak musí platit i pro právo jako vědecky podloženou reflexi reality společenských vztahů v modelech skutečnosti.²¹ Ve smyslu procesně genetického paradigmatu je právo vektorem, majícím svá východiska a svou časoprostorovou orientaci.²² Na základě procesně genetického paradigmatu, které akcentuje genetický a současně komplexní prostorový přístup ke studiu zásad, lze nalézt alternativní prizma pohledu na otázky, které byly formulovány výše.

IV. Možnosti využití obecného paradigmatu a metodologie vědy ve vědě o právu

Jestliže cíl práva vidíme v nalezení a regulování dimenzí člověka a dimenzí jeho místa ve společnosti, pak právě tyto dimenze (tj. individuální a sociální) jsou dialektickým základem, v němž spočívá jak určující rozpor práva, tak podstata a cíl soukromého práva: dynamická rovnováha ve vztazích zúčastněných osob. Zde spočívá též zdroj uspořádání jeho zásad.

Každé z uvedených dimenzí osoby v právu (tj. individuální a vztahové-sociální) náleží výchozí hodnota (princip):

- svoboda jako moderní výraz individuality osoby vstupující do společnosti,
- rovnost jako moderní výraz podmínek společenské integrace osoby.

Ve vztahu k systému výchozích principů soukromého práva to znamená:

- a) Klíčové hodnoty, na nichž je budováno soukromé právo, nevznikly současně, nýbrž: primární je svoboda, která je (jevově) následně limitována rovností či rovnováhou, potažmo solidaritou.
- b) Svoboda je tedy východisko, svou existencí stojící mimo vlastní právní regulaci; rovnost sice bývá chápána na jediné horizontální úrovni jako její prostý antipod, viděno procesně geneticky; v podmínkách modernity však je derivátem svobody.
- c) Podstatná část principů soukromého práva sleduje toto schéma, když

²⁰ KRÁL, M., cit. d., s. 60.

²¹ HURDÍK, J., *Institucionální pilíře ...*, s. 12n.

²² Blíže např. KRÁL, M., cit. d., s. 15.

náleží k jedné ze dvou skupin: podporujících svobodu osoby či tuto svobodu limitující, byť často mnohonásobně zprostředkovaně právními technikami.

Hodnotový základ soukromého práva spočívá na třech pilířích:

- svobodě,
- rovnosti (s tendencí k solidaritě), přičemž tyto dva pilíře představují antipod, který je moderován
- přiměřeností (ekvitou, spravedlností) jako nástrojem vyvažování míry zásahů do svobody osoby a rozsahu uplatnění principu rovnosti

Uvedené pilíře nejsou souřadné: mají – v intencích úvah uvedených výše – hierarchické uspořádání, vyplývající z hierarchie celého právního systému, zásady právní nevyjímajíc. Logika těchto závěrů, založená na procesně genetickém paradigmatu, vede k systémové otázce, která však představuje jedno z klíčových dilemat logického odvozování v právu vůbec: V teorii i praxi se toto dilema projevuje jako problém (ne)rovnosti, resp. problém vyvažování prostřednictvím celé plejády principů či institutů: spravedlnost, ekvita, dobré mravy, dobrá víra, zákaz zneužití, ochrana minorit a další. Tento institut se někdy systematicky řadí na úroveň principu rovnosti a je doprovázen snahami o modifikaci rovnosti, jindy je uváděn jako třetí klíčový princip za svobodou a rovností, které modifikuje *en bloque*.

Právní vztah je podle názoru autorů příspěvku geneticky primárně podmíněn principem svobody, sekundárně principem rovnosti a takto limitován je podroben působení ekvity.

Nelze ovšem přehlédnout zpětnou vazbu, jejímž prostřednictvím působí vztahová dimenze na svobodu a limituje ji. Výsledkem je tedy dialektické ovlivňování obou dimenzí, na nichž je budována (soukromo)právní regulace.

Současně však do tohoto systému vstupuje klíčová hodnota a současně institut: odpovědnost. Jeho vliv determinuje funkci tohoto systému, zásadně však potvrzuje předešlé úvahy:

Zatímco nabytí svobody je podmíněno převzetím odpovědnosti osoby za sebe samu, tedy odpovědnosti individuální, vstup do vztahových dimenzí lidské existence je provázen převzetím odpovědnosti vztahové, tedy sociální. Sociální odpovědnost však působí nikoli jako důsledek vstupu do vztahových dimenzí osoby, nýbrž jako apriorní požadavek (maxima) vyváženosti sociálních, potažmo právních vztahů.²³ Toto schéma se pokouší vysvětlit

²³ Srov. LÉVINAS, E., *Ethique et Infini*, Paris: Fayard, 1982. Podle Lévinase etika předchází bytí; jedinec je identifikován mírou své apriorní (nikoli reciproční) odpovědnosti vůči jiným.

genezi principu vyvažování: Vyvažování zájmů je uplatňováno potenciálně již v apriorním rámci svobody (individuální dimenze existence osoby), reálně je zakomponováno ve vztahové dimenzi, která je již při svém vzniku konfrontována s primární lidskou svobodou.²⁴

Je-li vztahová dimenze právní regulace budována na pouhé formální konfrontaci s dimenzí individuální, navíc na stejné systémové úrovni, vzniká obtížně řešitelný konflikt dvou principů (tj. svobody a rovnosti) s důsledky, které provázejí kontinentální právní regulaci po celou modernitu a jejichž důsledkem je přikládat na tuto ránu záplaty ekvity, zákazu zneužití, dobrých mravů atd. a co více, v intencích římského přetorského práva stále považovat ekvitu za prvek cizího systému právních pravidel, která se uplatňuje v procesu aplikace formálních právních pravidel *ex post*, jako důsledek konstatování rozporu formálně právního řešení s řešením spravedlivým.

Odtud složité úvahy o nezbytné nerovnosti, ekvité, mravech, morálce, které bývají chápány jako třetí dimenze, stojící relativně samostatně vedle svobody a rovnosti.

Z předcházejících úvah je zřejmé, že:

- Ekvita, stejně tak jako rovnost či nerovnost mají vztahový základ: z pohledu naší metodiky jde o kategorie stejné úrovně,
- tento vztahový základ je však (zprostředkovaně) geneticky limitován individuální dimenzí jedince, resp. svobodou.
- Je-li svoboda individua základem soukromého práva,
- pak vztahová dimenze je jádrem a ohniskem střetu koncepcí, ideologií, ekonomických východisek i praktických právních postojů. Příkladem může být zákaz zneužití, který může právě tak působit jako nástroj směřující k nerovnosti (u smluvních vztahů) jako nástroj směřující k rovnosti (u absolutních práv).²⁵

V dynamickém a genetickém procesu uplatnění principů je zdroj hybných sil systému soukromého práva, ať má povahu principů, pravidel či institutů. Zde se rovněž konstituuje podoba základní funkce právní regulace, tedy odpovědnosti v obou jejích podobách – individuální i sociální.

²⁴ Přijetí tohoto závěru odůvodňuje některá dosud dosud existující dilemata, např. mezi vnitřní a vnější teorií zneužití práva.

²⁵ Srov. MAZIÈRE, P., cit. d. sub 21, s. 97n. a s. 127n.

V. Stav, trendy a možnosti evropských projektů soukromého práva

Na základě obecných úvah uvedených výše autor formuluje ve vztahu k DCFR otázky:

1. Integrita a jednota principů (hodnot a cílů)
2. Systematická pozice principů vzájemně i v systému soukromého práva jako celku

Ad 1) Podle názoru autora je první otázka řešena v DCFR výrazně extenzivně: autoři se vyhnuli formování dvojího systému práva (*strictum ius* a *aequitas*). Z hlediska četnosti výslovného uplatnění principů v textu: se poněkud stírá rozdíl mezi ekvitními hodnotami jako obecnými (hodnotovými) principy a mezi jejich ztotožněním s neurčitými pojmy. V tomto smyslu lze považovat za pozitivní, že se autoři DCFR vyhnuli v komentářích pregnatnímu začlenění principů do systému Draftu;

Ad 2) Autor příspěvku je přesvědčen, že další cesta doktrinálního a legislativního dotváření funkčního systému principů soukromého práva je možná, a to na základě shora popsaných systémových přístupů. Tento přístup umožňuje – jak ukazují i řešení přijatá autory DCFR – i vyšší úroveň integrace soukromého práva, zahrnujícího do jednotného a společně fungujícího systému budovaného na novém paradigmatu obecné vědy všechny nástroje právní regulace: hodnoty, cíle, metody i tzv. obyčejná pravidla právní.

Souborně k uvedeným otázkám autor vyjadřuje přesvědčení, že koncepce DCFR přispěla nejen k dalšímu sjednocení tisíciletí přetrvávající dichotomie *stricti iuris* a ekvitního práva a jejich systémové integraci v rámci komplexní právní úpravy. Učinila významný krok k vyššímu stupni systémové jednoty soukromého práva jako celku. Nová paradigmata a nové integrující přístupy obecné metodologie vědy ukazují tomuto procesu cestu dalšího vývoje.

Die Ersitzung von *partes fundi*

Georg Klingenberg

1. *Fundus* als terminus technicus bezeichnet eine landwirtschaftliche Produktionseinheit („*aliquid integrum*“)¹. Zu den *partes fundi*² gehören in erster Linie³ die zugeordneten Parzellen, die technisch als *regiones*⁴ oder *loci*⁵ bezeichnet werden. Bezüglich des *pars*-Begriffes berichtet Paulus von einer Divergenz bei den *veteres*: Nach der engeren Definition des Mucius fällt darunter nur der ideelle Anteil (*pars pro indiviso*), nach der von Paulus als elegant bezeichneten weiteren Definition des Servius darüber hinaus auch der reale Sachteil (*pars pro diviso*).⁶ Fallkonstellationen, in denen bei einem *fundus* eine *pars* Gegenstand der Ersitzung ist, finden sich in den Quellen sowohl hinsichtlich realer Parzellen (*loci*)⁷ als auch hinsichtlich ideeller Anteile,⁸ die beiden Varianten werden oft vergleichsweise nebeneinandergestellt.⁹

2. Eine Ersitzung kann nur erfolgreich verlaufen, wenn der Besitz am Ersitzungsobjekt besteht.¹⁰ Das hat in den Quellen seinen Niederschlag in der Frage der *possessio pro parte* gefunden, worauf wir zunächst eingehen (I). Den weiteren Quellenbefund gliedern wir danach, ob schon der Veräußerungsvorgang und der dazugehörige Titel nur die *pars* betrifft und daher die Ersitzung der *pars* erörtert wird; dazu gibt es nur wenige Quellen (II). Häufiger werden Konstellationen behandelt, in denen der Kauf den *fundus*

¹ D. 50,16,60 pr (Ulp. 69 *ad ed.*; Text unten bei III 2); A. STEINWENTER, *Fundus cum instrumento* (Wien-Leipzig 1942) 11ff; B. W. FRIER, SZ 96 (1979) 214ff; P. DE NEEVE, TR 52 (1984) 3ff, 6.

² Dazu STEINWENTER, *Fundus cum instrumento* 86ff.

³ Hinsichtlich der *dolia defossa* bereitet die Frage Schwierigkeiten, ob sie zu den *partes fundi* oder zum *instrumentum fundi* gehören. Dazu STEINWENTER, *Fundus cum instrumento* 94ff.

⁴ D. 6,1,8 (Pomp. 12 *ad ed.*); D. 8,3,23,3 (Paul. 15 *ad Sab.*); D. 10,3,7, pr + 1 (Ulp. 20 *ad ed.*).

⁵ D. 50,16,60 pr (Ulp. 69 *ad ed.*): „*locus*“ *est non fundus, sed portio aliqua fundi* (vollständiger Text unten III 2); O. BEHREND, RIDA 21 (1974) 179; B. W. FRIER, SZ 96 (1979) 216; U. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus* (Berlin 1982) 220.

⁶ D. 50,16,25,1 (Paul. 21 *ad ed.*).

⁷ D. 41,4,4 pr (Iav. 2 *ex Plautio*); D. 41,4,7,1 (Iul. 44 *dig.*); C. 7,26,5 (a. 238).

⁸ D. 41,4,4,1 (Iav. 2 *ex Plautio*); D. 41,4,14 (Scaev. 25 *dig.*).

⁹ So z.B. in D. 41,4,4, pr + 1 (Iav. 2 *ex Plautio*); D. 41,2,26 (Pomp. 26 *ad Qu. Muc.*); D. 41,2,43 pr (Marci. 3 *reg.*)

¹⁰ D. 41,3,25 (Lic. Ruf. 1 *reg.*).

als solchen erfasst und die Frage der *usucapio* sich deswegen stellt, weil der Verkäufer nicht Allein-, sondern nur Teil- oder Miteigentümer war (III). Hierbei kommt dem Wissensstand des Käufers entscheidende Bedeutung zu (IV). Die Ergebnisse des Quellenbefundes fassen wir am Ende zusammen (V).

Ich freue mich, diese Ausführungen dem verehrten Jubilar¹¹ widmen zu können.

I. Zur *possessio pro parte*

1. Eine *possessio in solidum* mehrerer an derselben Sache ist nicht möglich¹². Sehr wohl aber kann es geteilte Besitzpositionen mehrerer an derselben Sache geben, bei einem *fundus* einerseits als Teilbesitz (*possessio pro diviso*), andererseits als Mitbesitz (*possessio pro indiviso*):

D. 6,1,8 (Paulus libro duodecimo ad edictum)

Pomponius libro trigensimo sexto probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere: quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse: et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili neque in hereditatis petitione locum habet: numquam enim pro diviso possideri potest.

Nach der Rekonstruktion von Lenel bringt Paulus die Stelle im Zusammenhang mit der *pluris petitio*¹³, Pomponius im Zusammenhang mit der *rei vindicatio*¹⁴. Unter dieser Rubrik hat sie auch Justinian in den Titel D. 6,1 aufgenommen.

Ego und Tu sind je zur Hälfte¹⁵ ideelle Miteigentümer eines *fundus*.

¹¹ Für mich beeindruckend ist sein breit angelegter Zugang zum Römischen Recht und seiner Wirkungsgeschichte. Vgl. jüngst P. BLAHO, Europa und das römische Recht nebst dessen Reflexion in der Literatur, Kunst und Wissenschaft, in: W. ERNST/E. JAKAB (Hg.), *Usus Antiquus Juris Romani* (Berlin-Heidelberg-New York 2005) 13 ff.

¹² Vgl. D. 13,6,5,15 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 41,2,3,5 (Paul. 54 *ad ed.*); B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano* (Palermo 1985) 20.

¹³ LENEL, Pal. Nr. 238.

¹⁴ LENEL, Pal. Nr. 78.

¹⁵ Wie H.-D. SPENGLER, *Studien zu interrogatio in iure* (München 1994) 147 gezeigt hat, kann sich die Passage *ex aequis partibus* im Einleitungssatz grammatikalisch sowohl auf die

Dieser befindet sich jedoch im Besitz des (teilberechtigten) Tu und des (nichtberechtigten) Titius. Liegt zwischen diesen eine *possessio pro indiviso* vor, bedarf es zur prozessualen Abwicklung¹⁶ nur einer Klage, nämlich der Hälftevindikation (*totum semissem*) des Ego gegen den nicht berechtigten Titius, und nicht etwa je einer *vindicatio* auf ein Viertel gegen beide Mitbesitzer. Liegt zwischen Tu und Titius hingegen eine *possessio pro diviso* vor, geteilt nach *certis regionibus*, so erfolgt die prozessuale Abwicklung durch insgesamt drei Klagen: Bezüglich der im Besitz des Tu befindlichen Parzelle erhebt Ego die *vindicatio* auf die daran zustehende ideelle Hälfte, bezüglich der im Besitz des Titius stehenden Parzelle gehen sowohl Ego als auch Tu jeweils mit einer *vindicatio pro parte* vor, wobei das mit „*quadrantem petere*“ (¼ rechnerisch bezogen auf den *fundus*) umschriebene Klagsziel den ideellen Hälfteanteil an der konkreten *regio* meint.

Der Schlusssatz ist vielfach als späterer Zusatz verdächtigt worden, der freilich keine substantielle Änderung gebracht hat¹⁷. Aus ihm für *res mobiles* die Ablehnung einer *communio pro diviso* herauszulesen¹⁸, geht freilich zu weit, denn ausdrücklich abgelehnt wird – wie vor allem Schermaier klargestellt hat¹⁹ – nur die *possessio pro diviso*²⁰. Unabhängig von der Frage der Authentizität des Schlusssatzes ist jedenfalls klar, dass es an Grundstücken sowohl eine *possessio pro diviso* wie auch die *possessio pro indiviso* mehrerer Personen geben kann.

Dies wird bestätigt durch eine Klarstellung von Ulpian im Rahmen seiner Kommentierung des *interdictum uti possidetis*: Dieses schützt – neben der *possessio am fundus totus* – sowohl den realen Teilbesitz wie auch den ideellen Mitbesitz: *sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat*²¹.

Eigentumssituation zwischen Ego und Tu als auch auf die Besitzsituation zwischen Tu und Titius beziehen, wobei Spengler letzterer Deutung den Vorzug gibt. Die hälftige Eigentumsteilung zwischen Ego und Tu ergibt sich aber aus den in der Folge genannten Rechengrößen.

¹⁶ Vgl. dazu auch K. MEFFERT, Die Streitgenossenschaft im klassischen römischen Recht (Berlin 1974) 32; G. ARICO ANSELMO, APal 42 (1992) 392 Fn. 47; P. VAN WARMELO, TR 25 (1957) 138, H.-D. SPENGLER, Interrogatio in iure 147.

¹⁷ G. v. BESELER, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen III (Tübingen 1913) 85; F. PRINGSHEIM, SZ 45 (1925) 224 = Ges. Abhandlungen I (Heidelberg 1961) 405; G. GROSSO, Studi Albertario I (Milano 1953) 489; P. BONFANTE, Corso II/1² (Milano 1996) 114; P. VAN WARMELO, TR 25 (1957) 138.

¹⁸ So das Verständnis von GROSSO (vorige Fn.) und BONFANTE (vorige Fn.).

¹⁹ J. SCHERMAIER, SZ 111 (1993) 186.

²⁰ So das Verständnis von BESELER (oben Fn. 17) und Van WARMELO (oben Fn. 17).

²¹ D. 43,17,1,7 (Ulp. 69 *ad ed.*)

2. Die eben vorgeführten Belege stehen thematisch nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der *usucapio*. Hingegen ist das folgende Pomponius-Fragment palinogenetisch dem einschlägigen *sedes materiae*²² zuzuordnen:

D. 41,2,26 (Pomponius libro vicensimo sexto ad Quintum Mucium):
Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emptione vel ex donatione vel qualibet alia ex causa. incerta autem pars nec tradi nec capi potest, veluti si ita tibi tradam: „quidquid mei iuris in eo fundo est“: nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id, quod incertum est, potest.

Die Stelle wurde von Justinian – der bekanntlich den Begriff *usucapio* nur mehr für bewegliche Sachen verwendet²³ – an die neue Terminologie und Rechtslage angepasst. Im klassischen Original ist statt [*per longam possessionem*] *capi* bzw. statt *capi* jeweils <usu>*capi* zu lesen; die Hinweise auf die *traditio* sind durch solche auf die *mancipatio* zu ersetzen²⁴.

Pomponius betont für den Ersitzungsbesitz sowohl hinsichtlich eines *locus* als auch hinsichtlich einer *pars pro indiviso* das Bestimmtheiterfordernis. Daraus folgt, dass eine *incerta pars* nicht Gegenstand der Ersitzung sein kann²⁵. Das Beispiel, welches Pomponius in der Folge bringt („*quid mei iuris in eo fundo est*“) deckt dabei sowohl den Fall der unbestimmten Quote als auch des nicht bestimmten realen Ausmaßes²⁶, mag auch der Duktus der Stelle mit ihrer Gegenüberstellung von *locus* und *pars* zunächst den Eindruck erwecken, als sei mit *incerta pars* nur eine unbestimmte Quote angesprochen²⁷.

3. Dieselbe Regel von der Unmöglichkeit einer *possessio* an einer *incerta pars* findet sich bei Pomponius auch an anderer Stelle²⁸, nämlich in

²² Vgl. LENEL, Pal. Nr. 295, der es unter die Rubrik [*De usucapione (et non utendo)*] 4] stellt.

²³ C. 7,31,1 (a. 531).

²⁴ LENEL, Pal. II Sp. 73 Fn. 2, 3, 4 und 5; St. BRASSLOFF, *Possessio in den Schriften der klassischen Juristen* (Wien-Leipzig 1928) 12; KRÜGER, ad h.l.; VAN WARMELO, TR 25 (1957) 142. Gegen die zu weitgehende Kritik von BESELER, SZ 44 (1924) 379 insbesondere F. WIEACKER, SZ 69 (1952) 339 Fn. 104.

²⁵ Vgl. ALBANESE, *Situazioni possessorie* 112 Fn. 425.

²⁶ So F. C. v. SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*⁷ (Wien 1865) 262.

²⁷ So WIEACKER, SZ 69 (1952) 339; dagegen M. KASER, SDHI 41 (1975) 302 Fn. 95, der an einen realen Grundstücksteil denkt.

²⁸ Vgl. LENEL, Pal. Nr. 658, unter der Rubrik [*De possessione et usucapione*].

D. 41,3,32,2 (Pomponius libro trigensimo secundo ad Sabinum):

Incertam partem possidere nemo potest: ideo si plures sint in fundo, qui ignorant, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera suptilitate possidere Labeo scribit.

Das Beispiel, welches Pomponius mit dem Labeo-Zitat untermauert, hat eine Situation zum Gegenstand, in der sich mehrere Personen auf einem Grundstück befinden, ohne zu wissen welche Quote ihnen zukommt²⁹. In konsequenter Anwendung („ideo“) der geschilderten Regel hat keiner Besitz. Die Passage *mera suptilitate* wird als kompilatorische Kritik an den Klassikern vielfach gestrichen³⁰ oder als Kritik des Pomponius an Labeo gesehen³¹. Sieht man die Passage entsprechend ihrer Stellung im Satzgefüge als Ergänzung zu *neminem eorum possidere* (und nicht als Ergänzung zu *Labeo scribit*), dann kann der kritische Unterton schon Labeo selbst zugeschrieben werden. Es handelt sich dabei, worauf schon Savigny hingewiesen hat, nicht um eine Kritik an der Regel, sondern um die Formulierung von Bedenken dagegen, sie auch in diesem Fall anzuwenden³².

4. Auch bei Paulus ist diese Regel überliefert:

D. 41,2,3,2 (Paulus libro quinquagensimo quatro ad edictum)

Incertam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente sis, ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere.

Die Stelle folgt unmittelbar auf Paulus berühmte Äußerung zum Besitzerwerb *corpore et animo*. § 1 endet dabei mit dem erläuternden Beispiel, wonach zum Besitzerwerb an einem *fundus* das Betreten einer *pars fundi* ausreichend ist, sofern nur die *mens* darauf gerichtet ist, den *fundus* in seiner gesamten Ausdehnung (*usque ad terminos*) zu besitzen³³. Daraus können wir ersehen, dass das Bestimmtheitserfordernis vor allem den *animus* anspricht: Beim Erwerb muss daher eine klare Vorstellung über das Objekt und seine

²⁹ ZB es handelt sich um Miterben, die das Grundstück in Besitz genommen haben, aber noch nicht ihre Erbquote kennen; das wird von SAVIGNY, *Recht des Besitzes*⁷ 262 Fn. 4 am Ende, als „einfacher und natürlicher Fall“ gesehen.

³⁰ Vgl. Ind. Itp; P. VOGLI, *L'errore nel diritto romano* (Milano 1937) 19 Fn. 1; WIEACKER, SZ 69 (1952) 339; P. BONFANTE, *Corso III*² (Milano 1972) 275;

³¹ Vgl. H. HAUSMANINGER, *Iuris Professio*, Festgabe für M. Kaser (Wien-Köln-Graz 1986) 71: „Juristenkritik aus schulmeisterlicher Distanz“.

³² SAVIGNY, *Recht des Besitzes*⁷ 262 Fn. 4.

³³ P. ZAMORAMI, *Possessio e animus* (Milano 1977) 162f.

Ausdehnung vorhanden sein³⁴. Auch in § 2 ist es die *mens*, die – wie das einleitende *quidquid* zum Ausdruck bringt – als zu unbestimmt anzusehen ist.

II. Die Ersitzung nach Veräußerung einer pars

1. Im Schlussteil des bereits oben behandelten Fragments D. 41,2,26 bringt Pomponius folgendes Beispiel: *veluti si ita tibi tradam „quidquid mei iuris in eo fundo est“*. Es dient zur Illustration, dass eine *traditio*³⁵ und *usucapio* an einer *incerta pars* nicht möglich ist. Das Geschäft, das von den Parteien intendiert war, betraf hier von vornherein nur die *pars*. Fraglich ist, ob das auch für den ersten Teil des Fragments zutrifft, wo Pomponius eine *usucapio* an einer *certa pars pro indiviso* bejaht, *quae introducitur vel ex emptione vel ex donatione vel qualibet alia ex causa*. Der Ausdruck *introducitur* lässt anklingen, dass aufgrund der genannten *causae* die *possessio pro parte* überhaupt erst begründet wird³⁶. Damit kann sowohl ein Vorgang erfasst sein, in dem ein bisheriger alleiniger Besitzer eines *fundus* lediglich eine *pars pro indiviso* zum Gegenstand eines Verkaufs oder einer Schenkung gemacht hat, es ist aber auch an den Fall zu denken, in dem mehrere Personen gemeinsam einen *fundus* erwerben wollen³⁷.

2. Eine Konstellation, in der aus einem größeren Grundstückskomplex eine reale *pars* verkauft worden war, liegt folgendem Reskript zugrunde:

C. 7,26,5 (Imp. Gordianus A. Marino)

(pr) Si partem possessionis mala fide possessor venundedit, id quidem, quod ab ipso tenetur, omnimodo cum fructibus recipi potest, portio autem, quae distracta est, ita demum recte petitur a possidente, si sciens alienam comparavit vel bona fide emptor nondum complevit usucapionem.

Das Verkaufsobjekt wird hier zwar nicht als *pars fundi*, sondern als *pars possessionis* bezeichnet. Die Verwendung von *possessio* im Sinn von

³⁴ P. LAMBRINI, L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico (Padova 1998) 23; 151.

³⁵ Im klassischen Original ging es wahrscheinlich um die *mancipatio*: Siehe oben Fn. 24.

³⁶ Ich halte *introducitur* daher für echt. Generell verdächtigt wird *introducere* von F. PRINGSHEIM, SZ 52 (1932) 153; speziell zu unserer Stelle siehe Ind. Itp. und KASER, SZ 59 (1939) 88 Fn. 1.

³⁷ So VAN WARMELO, TR 25 (1957) 142.

Grundstück – vergleichbar dem deutschen Ausdruck „Besitzung“ – begegnet ab der Spätclassik im kaiserlichen Kanzleistil³⁸. Von dieser *possessio* hatte ein *malae fidei possessor* eines Grundstücks einen (realen) Teil verkauft, den anderen behalten. Während bezüglich der beim *mala fidei possessor* verbliebenen *pars* die Vindikation dem Eigentümer uneingeschränkt offen steht, muss hinsichtlich der veräußerten *portio* mit der Möglichkeit einer *usucapio* durch den gutgläubigen Käufer gerechnet werden. Der ursprünglich als wirtschaftliche Einheit vorhandene Grundstückskomplex ist schon vom *malae fidei possessor* in zwei Teilflächen zerlegt worden, die im Reskript nun als selbständige Rechtsobjekte auch rechtlich getrennt beurteilt werden.

III. Die Ersitzung nach Veräußerung des *fundus totus* durch einen Teil- oder Miteigentümer: Der Besitz

1. Hat jemand den *fundus totus* gekauft, ist der Verkäufer aber nur Teil- oder Miteigentümer gewesen, so stellt sich die Frage, ob mit der *possessio* am *fundus* insgesamt auch die *possessio* an einer realen Parzelle oder an einer ideellen Quote vorliegt, um deren Ersitzung es geht? Diese Fragestellung entfällt freilich, wenn im konkreten Fall dann doch wieder die Ersitzung am *fundus totus* geprüft wird³⁹. Savigny hat in seiner einlässlichen Erörterung dieser Problematik zunächst eine allgemeine Regel formuliert („Wer den Besitz des Ganzen erwirbt, besitzt nur das Ganze, nicht jeden Theil für sich“⁴⁰) und als deren zweite Anwendung ausgeführt: „Wer ein Grundstück kauft, besitzt dieses Grundstück im Ganzen und nicht einzelne Stücke für sich“⁴¹, relativiert das allerdings dadurch, dass sich „die Anwendung unserer Regel auf die *justa causa*“ beschränkt⁴², und führt zum Kauf eines teilweise fremden Grundstücks aus: „..., so kann ich diesen fremden Theil gewiss *usucapiren*, insofern besitze ich ihn als eine besondere Sache“⁴³.

ME sind diejenigen Juristen, die in der geschilderten Konstellation die Ersitzung einer *pars* (und nicht des *fundus totus*) erörtern, offensichtlich

³⁸ Vgl. dazu C. A. CANNATA, „Possessio“ „Possessor“ „Possidere“ nelle fonti giuridiche del basso impero romano (Milano 1962) 16ff; A. WATSON, TR 41 (1973) 25.

³⁹ So in D. 41,4,14 (Scaev. 25 *dig.*). Dazu unten IV 4.

⁴⁰ SAVIGNY, Recht des Besitzes⁷ 264.

⁴¹ SAVIGNY, Recht des Besitzes⁷ 266. Als Belegstelle führt er D. 41,4,2,6 (Paul. 54 *ad ed.*) an. Text unten bei III 4.

⁴² SAVIGNY, Recht des Besitzes⁷ 266.

⁴³ SAVIGNY, Recht des Besitzes⁷ 267 Fn. 1.

davon ausgegangen, dass derjenige, der den *fundus* besitzt, auch bezüglich der in Frage stehenden *pars* die *possessio* ausübt, sei diese *pro indiviso* oder *pro diviso*. Insbesondere ist ein in mehrere *loci* gegliederter *fundus*, auch wenn er *aliquid integrum* darstellt⁴⁴, nicht mit einer zusammengesetzten Sache vergleichbar, bei der es keinen separaten Besitz (und auch keine Ersitzung) am eingebauten Bestandteil geben kann⁴⁵. Er ist aber auch keine Gesamtsache, bei der es eine *possessio* und *usucapio* nur an den einzelnen Elementen, nicht aber an der *universitas* gibt⁴⁶. Es ist ein Charakteristikum von Immobilien, dass eine Teilfläche auch als selbständiges Ganzes angesehen werden kann⁴⁷.

2. Dazu passt auch eine von Justinian in den Titel „*De verborum significatione*“ aufgenommene Stelle, die palingenetisch zur Kommentierung des *interdictum uti possidetis* gehört⁴⁸:

D. 50,16,60 pr (Ulpianus libro sexagensimo nono ad edictum)
„Locus“ est non fundus, sed portio aliqua fundi: „fundus“ autem integrum aliquid est. et plerumque sine villa „locum“ accipimus: ceterum adeo opinio nostra et constitutio locum a fundo separat, ut et modicus locus possit fundus dici, si fundi animo eum habuimus. non etiam magnitudo locum a fundo separat, sed nostra affectio: et quaelibet portio fundi poterit fundus dici, si iam hoc constituerimus. nec non et fundus locus constitui potest: nam si eum alii adiunxerimus fundo, locus fundi efficietur.

Da es für die Abgrenzung des *fundus* vom *locus* nicht auf die *magnitudo*, sondern auf die *affectio* ankommt, kann aus einem *locus* ein *fundus* werden

⁴⁴ D. 50,16,60 pr. Dazu P. de NEEVE, RH 52 (1984) 6.

⁴⁵ D. 41,1,7,11 (Gai. 2 *rer. cott.*); D. 6,1,23,7 (Paul. 21 *ad ed.*); D. 41,3,23 pr (Iav. 9 *epist.*); S. PEROZZI, *Scritti giuridici I* (Milano 1948) 637ff; Th. MAYER-MALY, *SDHI* 26 (1960) 176ff; P. MADALENA, *Syntelexia Arangio-Ruiz I* (Napoli 1964) 366ff; E. HOLTHÖFER, *Sachteil und Sachzubehör im römischen und gemeinen Recht* (Berlin-New York 1972) 57. Zu der ebenfalls dazu zitierten Stelle D. 41,2,30 pr (Paul. 15 *ad Sab.*) hat P. APATHY, *Festschrift Wesener* (Graz 1992) 3 die Deutung vorgezogen, dass mit den *singulae res quae in aedificio sunt* nicht die eingebauten Materialien, sondern die im Haus befindlichen Sachen gemeint sind.

⁴⁶ D. 41,3,30,2 (Pomp. 30 *ad Sab.*).

⁴⁷ Vgl. auch D. 30,34,15 (Ulp. 21 *ad Sab.*): „... *nam et pars fundi fundus recte appellatur.*“ Ein ähnlicher Gedanke liegt auch hinter Mucius Beschränkung des Begriffes *pars* auf die *pars pro indiviso* in D. 50,16,25 (Paul. 21 *ad ed.*): *nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse.*

⁴⁸ Vgl. LENEL, Pal. Nr. 1537.

und umgekehrt ein hinzuerworbener *fundus* in dem bestehenden *fundus* als *locus* aufgehen.

3. In diesem Zusammenhang ist es lohnend, in einem Exkurs auch auf die Frage der Ersitzung einer hinzuerworbenen Fläche einzugehen:

D. 41,4,7,1 (Iulianus libro quadragensimo quarto digestorum)

Si fundum Cornelianum pro emptore longa possessione capiam et partem ex vicini fundo ei adiciam, utrum eam quoque partem reliquo tempore pro emptore capiam an integro statuto tempore? respondi: partes, quae emptioni fundi adiciuntur, propriam ac separatam condicionem habent, et ideo possessionem quoque earum separatim nancisci oportere et longam possessionem earum integro statuto tempore impleri.

Das *adicere* der *pars* des Nachbargrundstücks macht diese nun entsprechend der Absicht des Erwerbers zur *pars* des bereits in seinem Ersitzungsbesitz befindlichen *fundus Cornelianus*, tritt damit aber nicht in dessen aktuelle Ersitzungslage ein, Julian geht daher von zwei getrennten Ersitzungsvorgängen⁴⁹ aus. Der Besitz an einer *pars adiecta* muss *separatim* begründet werden, und die Ersitzungsfrist für die *pars* beträgt die vollen zwei Jahre ab diesem Moment, so dass die Ersitzung am ursprünglichen *fundus* und der hinzuerworbenen Fläche zu verschiedenen Zeitpunkten ihren Abschluss findet. Julian leitet dies daraus ab, dass *partes adiectae* bezüglich der Ersitzung ihre *propria ac separata condicio* behalten⁵⁰.

4. Eine andere Situation findet sich hingegen in

D. 41,4,2,6 (Paulus libro quinquagensimo quarto ad edictum)

Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. Priscus ait usu me eum non capturum, quia id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest: sed si fundus emptus sit et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi, quoniam universitas eius possideatur, non singulae partes.

⁴⁹ Die mehrfache Verwendung des Terminus *longa possessio* ist eine justinianische Anpassung, die bei Grundstücken an die Stelle der klassischen *usucapio* getreten ist, vgl. oben bei Fn. 23; LENEL, Pal. I Sp. 438 Fn. 1, 5 und 7 (zu Nr. 618); BESELER, SZ 45 (1925) 479, BRASLOFF, Possessio 12.

⁵⁰ Dass mit dem *adicere* nicht automatisch ein Aufgehen im Besitz verbunden ist, findet sich auch bei einer Legatsauslegung in D. 31,10 (Iav. 1 ex Plaut.): „... ,si modo testator eam partem non separatim possedit, sed universitati prioris fundi adiunxit.“

Im ersten Teil des Fragments lehnt Paulus unter Berufung auf Priscus⁵¹ einen Putativtitel *pro emptore*⁵² mit der Begründung ab: *quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest*⁵³: Wird daher aus Versehen anstelle des verkauften Sklaven Stichus der Sklave Dama übergeben, so findet an diesem keine Ersitzung statt. Für uns von Interesse ist der mit *sed si* eingeleitete Kontrastfall, in dem eine *usucapio*⁵⁴ bejaht wird. Diese Passage wird zwar von Pflüger und Beseler den Kompilatoren zugeschrieben und für die Klassik ins Gegenteil verkehrt⁵⁵, wobei Pflüger vor allem die „tautologische Begründung“⁵⁶ stört. Dagegen hat Jakobs⁵⁷ darauf hingewiesen, dass es sich hier um ein „bemerkenswertes Zeugnis römischer Jurisprudenz“ handelt.

Zu *fundus* führt Ulpian in Fortführung seiner Abgrenzung zum *locus* weiters aus, dass er *suos quidem habet fines*⁵⁸, daher ist mit dem Kaufobjekt *fundus* eine genau abgegrenzte Bodenfläche umschrieben. Aus diesem Grund zählt auch das *fines demonstrare* zur üblichen Vorgangsweise bei der Abwicklung von Grundstücksveräußerungen und zu den Verkäuferpflichten⁵⁹.

Fr. 2,6 lässt offen, ob die Mehrfläche dem Verkäufer oder einem von diesem verschiedenen *vicinus* (oder auch mehreren *vicini*) gehört, der typische Fall

⁵¹ Wer mit dem Priscus angesprochen ist, ist strittig: Auf Neraz wird das Cognomen bezogen von: LENEL, Pal. Ner. Nr. 180; Th. MAYER-MALY, SDHI 26 (1960) 187, ders., Das Putativtitelproblem bei der usucapio (Graz-Köln 1962) 44 Fn. 69; H. HAUSMANINGER, Die bona fides des Ersitzungsbesitzers (Wien-München 1964) 46 Fn. 25; ZAMORAMI, Possessio e animus 170 Fn. 9; R. KNÜTEL, SZ 125 (2008) 731. An Javoleni denken S. RICCOBONO, APal 3/4 (1917) 468 Fn. 3, P. VOCI, TR 32 (1964) 93, B. ECKART, Iavoleni epistulae (Berlin 1978) 216 Fn. 74, H. H. JAKOBS, Festschrift Flume I (Köln 1978) 61 und ALBANESE, Situazioni possessorie 100 Fn. 364; vorsichtiger K. BAUER, Ersitzung und Bereicherung im klassischen römischen Recht (Berlin 1988) 83 Fn. 54.

⁵² Zur begrifflichen Klarstellung der Verwendung des Terminus *pro emptore* und den verschiedenen Bedeutungen von *causa* vgl. E. H. POOL, Een kwestie van titels. Causa van bezit, verjaring en eigendom naar klassiek Romeins Recht (Amsterdam 1995) 1ff; 56 ff; 64 ff; 157 ff.

⁵³ Dazu J. FAURE, Juste cause et bonne foi (Lausanne 1936) 162f; P. VOCI, Modi di acquisto della proprietà (Milano 1952) 181; MAYER-MALY, SDHI 26 (1960) 187; JAKOBS, Festschrift Flume I 61; W. FLUME, Rechtsakt und Rechtsverhältnis (Paderborn 1990) 60.

⁵⁴ Für die klassische Fassung ist [*longa possessione*] *capi* durch <usu>*capi* zu ersetzen: LENEL, Pal. I Sp. 1068 Fn. 2; E. ALBERTARIO, Studi di diritto romano IV (Milano 1946) 77; MAYER-MALY, SDHI 26 (1960) 187.

⁵⁵ BESELER, SZ 66 (1948) 318; H. H. PFLÜGER, Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht (München-Leipzig 1937) 48.

⁵⁶ PFLÜGER, Erwerb des Eigentums 48.

⁵⁷ JAKOBS, Festschrift Flume I 61.

⁵⁸ D. 50,16,60,2 (Ulp. 69 *ad ed.*).

⁵⁹ Vgl. D. 18,1,18,1 (Pomp. 9 *ad Sab.*); eod. 63,1 (Iav. 7 *ex Cass.*); D. 19,1,48 (Scaev. 2 *resp.*).

dürfte jedoch der sein, dass sich die hier zugelassene Ersitzung im Ergebnis nicht gegen den Verkäufer, sondern gegen die *vicini* richtet. Unabhängig von dieser Frage setzt die Bejahung der *usucapio* voraus, dass die Besitznahme an der Mehrfläche – ähnlich wie im Stichus-Dama-Fall – *per ignorantiam* (und nicht etwa bewusst und eigenmächtig durch den Käufer) erfolgt ist, dh es war der Verkäufer, der die *fines* zu weit demonstriert hat, und der Käufer hat den *fundus* in diesem Umfang als einheitliches Ganzes in Besitz genommen, wobei für diese als *universitas* empfundene Gesamtfläche eine zwar nicht vollständige, aber doch weitgehende Abdeckung durch die *causa* vorliegt. Darin liegt der Unterschied zum Stichus-Dama-Fall, in dem *possessio* und *causa* gänzlich aneinander vorbeigehen.

Die Schlusspassage *quoniam universitas eius possideatur, non singulae partes* ist nicht als eine allgemeine Regel, sondern nur als Beschreibung der gegebenen Situation zu verstehen, die eben darin besteht, dass *fundus* und Mehrfläche in einem einheitlichen Akt in Besitz genommen worden sind und daher – anders als in der zuvor behandelten Julian-Stelle D. 41,4,7,1 – nur ein Ersitzungsvorgang zu beurteilen ist.

IV. Der Wissensstand des Käufers und die *bona fides*

1. Eine umfangreiche Stellungnahme findet sich in

D. 41,4,4 (Iavolenus libro secundo ex Plautio)

(pr) Emptor fundi partem eius alienam esse non ignoraverat: responsum est nihil eum ex eo fundo longa possessione capturum. quod ita verum esse existimo, si, quae pars aliena esset in eo fundo, emptor ignoraverat: quod si certum locum esse sciret, reliquas partes longa possessione capi posse non dubito.

(1) Idem iuris est, si is, qui totum fundum emebat, pro indiviso partem aliquam alienam esse scit; eam enim dumtaxat non capiet, ceterarum partium non impiedietur longa possessione capio.

Im pr wird nach der Schilderung des Sachverhalts zunächst ein *responsum* des Plautius wiedergegeben, dem Iavolenus seine eigene differenzierende Stellungnahme folgen lässt⁶⁰. Ein *fundus*, der aus mehreren Parzellen

⁶⁰ Aufgrund dieses Aufbaus besteht auch kein Anlass, mit S. RICCOBONO, BIDR 6 (1893) 153 Fn. 2 [*responsum est*] durch <*respondi*> zu ersetzen. Hingegen ist – vgl. schon oben Fn. 23, 24, 49 und 54 – sowohl im pr als auch in § 1 die Passage [*longa possessione*] durch <*usu*> zu ersetzen: BRASSLOFF, Possessio 12; LENEL, Pal. I Sp. 298 Fn. 4 und Sp. 299 Fn. 1 (zu Nr. 153); KRÜGER ad h.l.

(*loci*) besteht, wird von V an K verkauft. Der Eingangssatz beschreibt den subjektiven Wissensstand des Käufers wie folgt: *non ignoraverat partem eius alienam esse*. Zu klären ist, ob damit auch die objektiven Rechtsverhältnisse am *fundus* hinreichend beschrieben sind. Der Ausdruck *non ignorare* zeigt üblicherweise die Übereinstimmung der subjektiven Wissenslage mit der objektiven Realität an. Bleiben wir bei diesem Verständnis („Der Käufer war nicht in Unkenntnis darüber, dass ein Teil fremd ist“), müssen wir die objektiven Verhältnisse am *fundus* so sehen, dass auch tatsächlich nur ein Teil des *fundus* nicht dem Verkäufer gehörte, wobei das zunächst gebrauchte *partem* (nicht: *locum*) auch den Fall einschließt, dass nicht bloß eine, sondern sogar mehrere Parzellen in Fremdeigentum stehen. Einige Parzellen haben jedenfalls dem V gehört⁶¹.

Ich darf die im pr denkbare Situation an einem Beispiel illustrieren. Der *fundus* besteht aus 10 *loci*, wobei die *loci* (1), (2), (3), (4), (5) und (6) dem V gehören und die *loci* (7), (8), (9) und (10) *alieni* sind. K weiß vom *locus* (10), dass er fremd ist.

An den *loci* (1) – (6) konnte der K derivativ das Eigentum erwerben. Damit würde sich, wenn der *fundus* auch manzipiert worden ist, die Frage der Ersitzung nur für die nicht dem V gehörigen Parzellen stellen, in unserem Beispiel also hinsichtlich der *loci* (7) – (10). Wurde das Grundstück nur tradiert, so ist K an den Parzellen (1) – (6) bonitarischer Eigentümer geworden, so dass es auch für diese der *usucapio* bedarf, um ziviles Eigentum zu erlangen. Bei dieser Art der Ersitzung spielt allerdings die *bona* oder *mala fides* grundsätzlich keine Rolle, da ja bezüglich dieser Parzellen Rechte Dritter nicht tangiert sind.

Nach dem *responsum* des Plautius ist eine Ersitzung durch K generell ausgeschlossen. Dem stellt Iavolenus eine Differenzierung gegenüber⁶²: Ein bloßes vages (und örtlich nicht auf eine bestimmte Parzelle bezogenes) Wissen des K schließt die Ersitzung aus. Bezieht sich das Wissen des K hingegen auf einen *certus locus* – in unserem Beispiel auf den *locus* (10) –, kann er die *reliquae partes* ersitzen. In diesem Fall ist die durch sein Wissen begründete *mala fides* örtlich eingegrenzt, während bei vagem Wissensstand des K die

⁶¹ Anders M. KASER, TR 44 (1976) 274 Fn. 251 = Studien zum römischen Pfandrecht (Napoli 1982) 42 Fn. 251 und 59 Fn. 1, der – ebenso wie zu D. 41,2,43 pr – davon ausgeht, dass V ein zur Gänze fremdes Grundstück an K verkauft hat.

⁶² Von T. GIARO, Labeo 36 (1990) 198f und 199 Fn. 74, wird das zu den Beispielen „schlimmer Pedanterie“ gezählt, mit denen „schulmeisterlich“ auf eine allgemeine Regel – nämlich die Unmöglichkeit der *possessio* an einer *incerta pars* – hingewiesen wird. ME geht es Javolen hier nicht um diese Regel, sondern um die Klärung der Frage, inwieweit *bona fides* vorliegt.

mala fides hinsichtlich des gesamten *fundus* besteht, was eine Ersitzung der *loci* (7), (8), (9), (10) ausschließt, nicht aber eine der ohnedies dem V gehörigen Parzellen (1) – (6) für den Fall, dass eine bloße *traditio* erfolgt ist.

Im § 1 überträgt Javolen die zuletzt entwickelte Gedankenführung auf eine Situation des ideell geteilten Miteigentums⁶³. Es ist zB an eine Situation zu denken, in der V zu $\frac{1}{4}$ Miteigentümer ist und daneben aber auch A, B und C zu je $\frac{1}{4}$ berechtigt sind. An der *pars* des V hat K ohnedies derivativ Eigentum erlangt. Auch hier hängt die Frage der Ersitzbarkeit vom Wissensstand des K ab. Ist ihm nur die Mitberechtigung einer Person bekannt, so kann er die *ceterae partes* ersitzen. Mit dem einleitenden *idem dicendum est* verweist Javolen auf das im pr entwickelte *certum-incertum*-Kriterium. Auf eine *certa pars* lässt sich das Wissen des K dann beziehen, wenn er den rechnerischen Umfang der Quote und wohl auch die Zuordnung zu einer bestimmten Person (zB zu A) kennt. Dann ist seine *mala fides* auf diese eindeutig bestimmbare *pars* beschränkt und er kann die *ceterae partes* (in unserem Beispiel also die von B und C) ersitzen. Liegt hingegen bei K auch hier nur ein vages, nicht einer bestimmten *pars* zuordnungsfähiges Wissen vor, so ist er generell *mala fide* und kann überhaupt keine *pars aliena* ersitzen.

2. Als zweites Fragment untersuchen wir

D. 41,2,43 pr (Marcianus libro tertio regularum)

Si quis fundum emerit, cuius particulam sciebat esse alienam, Iulianus ait, si pro diviso sciat alienam esse, posse eum reliquas partes longa possessione capere: sed si pro indiviso licet ignoret quis sit locus, aequè eum capere posse, quod sine ullius damno pars, quae putatur esse vendentis, per longam possessionem ad emptorem transit⁶⁴.

Im Aufbau schildert Marcian zunächst den Fall. Wieder handelt es sich um den Kauf eines *fundus*, bei dem aber nur eine *particula* fremd ist. Während in D. 41,4,4 pr der Ausdruck *pars* nichts über den quantitativen Umfang der Fremdberechtigung aussagt, ist durch *particula* klargestellt, dass eine

⁶³ Anders freilich M. KASER, TR 44 (1976) 274 Fn. 251 = Studien zum römischen Pfandrecht (Napoli 1982) 42 Fn. 251, der hier den Ausdruck *pro indiviso* nicht technisch im Sinn von Miteigentum nach Quoten versteht.

⁶⁴ Für die [*longa possessione*] <usu>capere bzw. per [*longam possessionem*] <usucapionem> ad emptorem transit, LENEL, Pal. I Sp. 254 Fn. 2 und 4 (zu Nr. 254); Pal. I Sp. 438 Fn. 1 und 3 (zu Nr. 616); G. SCHLICHTING, Die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders im klassischen römischen Recht (Karlsruhe 1973) 56 Fn. 1.

Fremdberechtigung nur in geringem Ausmaß besteht⁶⁵, was der Käufer auch weiß. Dass auch Julian, dessen Entscheidung Marcian dann auswertet, dabei den Fall einer kleinen *particula* im Auge gehabt hat, lässt sich daraus aber nicht ableiten. Für den Julianischen Teil können wir daher zunächst von einer ähnlichen Situation wie in D. 41,4,4 pr ausgehen.

Schwierigkeiten bereitet dabei der Umstand, dass in der von Julian vorgenommenen Gliederung (*pro diviso – pro indiviso*) die Passage *licet ignoret quis sit locus* sich beim Fall der *pars pro indiviso* befindet. Lenel und ihm folgend Schlichting verlegen daher diese Passage zum Fall der *pars pro diviso* und kommen damit zum Ergebnis, dass Julian die von Javolen vorgenommene Differenzierung nach dem *certum-incertum*-Kriterium wieder aufgegeben hat⁶⁶. Kaser dagegen lässt die Worte *licet ignoret quis sit locus* zwar an ihrem Platz im Text, hat aber – wegen der angenommenen Sinnlosigkeit dieser Passage – in einer ersten Stellungnahme den Ausdruck *pro indiviso* nicht im Sinn von Miteigentum, sondern auch als unbestimmte reale Parzelle aufgefasst⁶⁷. In einer späteren Nachbemerkung hat er das teilweise modifiziert und ist zum Ergebnis gelangt, dass der Käufer eine Miteigentumsquote ersitzt⁶⁸.

Die *pro diviso*-Variante ist unproblematisch und entspricht in der vorliegenden Textfassung⁶⁹ der Lösung von Javolen⁷⁰: Der Käufer kann die *reliquae partes* ersitzen, nicht aber den konkreten *locus*, auf den sich sein Wissen bezieht. Auch in der mit *sed si pro indiviso* eingeleiteten Passage geht es um die Ersitzung eines *locus* („*eum capere posse*“ und nicht *eam*, wie es bei einer Bezugnahme auf *pars* zu erwarten wäre). Das ist dann verständlich, wenn Julian einen Fall im Auge hat, in dem objektiv eine reale

⁶⁵ Anders KASER, TR 44 (1976) 274 Fn. 251 = Studien zum römischen Pfandrecht (Napoli 1982) 42 Fn. 251 und 59 Fn. 1, der von einem zur Gänze fremden *fundus* ausgeht.

⁶⁶ LENEL, Pal. I Sp. 438 Fn. 2 (zu Nr. 616); SCHLICHTING, Verfügungsbeschränkung 56 Fn. 3.

⁶⁷ KASER, TR 44 (1976) 274 Fn. 251 = Studien zum Pfandrecht 42 Fn. 251.

⁶⁸ KASER, Studien zum römischen Pfandrecht 59 Fn. 1: „Eine Nachbemerkung zu TR 44 (1976) 174 A. 251: Das zu Marci. D. 41,2,43 pr Gesagte bedarf der Berichtigung. Hat jemand ein Grundstück veräußert, das vollständig einem anderen gehört, und weiß der Käufer nur von einer bestimmten Parzelle, dass sie dem Verkäufer nicht gehört, kann er die übrigen ersitzen. Weiß er dagegen zwar, dass dem Veräußerer eine Parzelle nicht gehört, aber nicht, welche, kann er eine Miteigentumsquote (*pro indiviso*) in der – als feststellbar unterstellten – Größe ersitzen, in der er den Veräußerer für den Eigentümer hält (ebenso Iav. D. 41,4,4,1). Fr. 43 pr hat also wirklich vom Miteigentum gehandelt und dieses zum *ususfructus*, der bisweilen als *pars dominii* verstanden wird (S. 275 A. 252), in Parallele gesetzt.“

⁶⁹ Anders LENEL und SCHLICHTING (oben Fn. 66).

⁷⁰ So auch KASER (oben Fn. 67).

Parzelle im Fremdeigentum gestanden ist, der Wissensstand des Käufers von der Fremdberechtigung zwar vorhanden ist, aber von der Vorstellung einer *pro indiviso*-Berechtigung des Dritten geprägt ist. Vor diesem Hintergrund gewinnt auch die Passage *licet ignoret quis sit locus* einen Sinn: Geht der Käufer von einer *pro indiviso*-Fremdberechtigung aus, gibt es keine örtliche Zuordnung seines Wissensstandes. Mit dem *licet*-Satz gibt Julian zu erkennen, dass er sich mit der Meinung seines Lehrers Javolen (der in einer *pro diviso*-Situation bei fehlender örtlicher Zuordnung des käuferischen Wissensstandes eine *bona fides* verneint) auseinandersetzt. Dennoch besteht kein Widerspruch Julians zu Javolen, weil bei einem Käufer, der von einer *pro indiviso*-Situation ausgeht, eine örtliche Zuordnung seines Wissens gar nicht in Betracht kommen kann. Daher kann der Käufer *aeque* (dh in gleicher Weise, wie es in der zuvor geschilderten *pro diviso*-Variante für die *reliquas partes* zutrifft) diesen *locus* in dem Ausmaß ersitzen, in dem er eine Mitberechtigung annimmt (*pars quae putatur esse vendentis*)⁷¹.

3. Ein ähnliches *certum*-Kriterium, wie es Javolen und Julian im Zusammenhang mit der Ersitzung von Grundstücksparzellen verwenden, findet sich auch bei Pomponius im Zusammenhang mit dem Verkauf einer ganzen Gruppe von Sklaven:

D. 41,4,6,1 (Pomponius libro trigensimo secundo ad Sabinum)

Si ex decem servis, quos emerim, aliquos putem alienos et qui sint sciam, reliquos usucipiam: quod si ignorem, qui sint alieni, neminem usucapere possum.

K hat von V 10 Sklaven gekauft, wobei dem K bewusst ist, dass einige fremd sind. In der ersten Variante weiß er auch, welche konkreten *servi* das sind. Die Passage *et qui sint sciam* vermittelt den Eindruck, dass die anderen ohnedies dem Verkäufer gehören. Es fragt sich dann, warum es bezüglich dieser überhaupt einer Ersitzung bedarf (*reliquos usucipiam*), da an diesen ohnedies ein derivativer Erwerb gelingen kann. Zu denken wäre wieder daran, dass die Sklaven bloß tradiert (und nicht manzipiert) worden sind. Bei der *usucapio* des bonitarischen Eigentümers spielt aber die *bona fides*,

⁷¹ Nicht ganz verständlich ist freilich die Passage *sine ullius damno*, weil sich eine Ersitzung einer *pars aliena* stets zu Lasten des zuvor Berechtigten auswirkt. Trotzdem besteht kein Anlass den gesamten Text ab [*licet* – fin] mit BESELER, SZ 44 (1924) 379 als „Zusatz eines törichten Unbefugten“ anzusehen. Gegen Beselers Verdächtigungen auch SCHLICHTING, Verfügungsbeschränkung 56 Fn. 3.

auf die Pomponius wohl abstellt⁷², ohnedies keine Rolle. Beseler versucht daher in einer sehr ausführlichen Befassung⁷³ diese Schwierigkeit dadurch zu beseitigen, dass er [*et qui sint sciam*] streicht. ME bedarf es der Streichung nicht, wenn man bedenkt, dass Pomponius den subjektiven Bewusstseinsstand zunächst mit *putem* beschreibt, eine Ausdrucksweise, die eine Abweichung der Vorstellung von der Realität zum Ausdruck bringt. Erst daran schließt sich im weiteren Aufbau des Fragments die Variantenbildung *si sciam – si ignorem*.

Es darf daher für die erste Variante (*et qui sint sciam*) nicht unterstellt werden, dass das Wissen des K sich auch von der Zahl her mit den tatsächlich fremden Sklaven deckt. Damit entfällt auch Beselers Folgerung, dass die Frage der Ersitzung nur für den Fall der unterbliebenen *mancipatio* relevant werden kann. Bezüglich der tatsächlich fremden Sklaven, die K aber nicht als solche eingeschätzt hat, ist er zum Eigentumserwerb auf die *usucapio* angewiesen; Pomponius gesteht sie ihm auch zu. *Mala fides* (hinsichtlich der als fremd erkannten) und *bona fides* (hinsichtlich der *reliqui*) lassen sich gegenständlich klar abgrenzen.

In der zweiten Variante (*si ignorem qui sint alieni*) lässt sich der Wissensstand des K nicht eindeutig zuordnen, er ist somit bezüglich aller Sklaven *mala fide*. Aus diesem Grund⁷⁴ ist eine Ersitzung bei allen Sklaven ausgeschlossen (*neminem usucapere potest*), freilich wieder nur eine solche Ersitzung, bei denen die *bona fides* überhaupt eine Rolle spielt. Dass dadurch etwa die *usucapio* jener ohnedies dem V gehörigen Sklaven, die dem K bloß tradiert worden sind, auch ausgeschlossen sein soll, ist wohl trotz des *neminem* nicht anzunehmen. Auf jeden Fall korrekt ist *neminem*, wenn Pomponius eine Konstellation im Auge hatte, in der sämtliche 10 Sklaven nicht dem V gehört haben.

4. Als Letztes betrachten wir das folgende *responsum*:

D. 41,4,14 (Scaevola libro vicensimo quinto digestorum)

Intestatae sororis hereditas obvenit duobus fratribus, quorum alter absens erat, alter praesens. praesens etiam absentis causam agebat, ex qua hereditate suo et fratris sui nomine fundum in solidum vendidit Lucio Titio bona fide ementi: quaesitum est, cum scierit partem fundi absentis esse, an totum fundum longa

⁷² So schon P. VOCI, *L'errore nel diritto romano* (Milano 1937) 18f.

⁷³ BESELER, SZ 44 (1924) 380f.

⁷⁴ Anders freilich T. GIARO, *Labeo* 36 (1990) 199 Fn. 174, der den Grund für die Ablehnung in der Regel *incertam partem possidere nemo potest* sieht.

possessione ceperit. respondit, si credidisset mandati fratris venisse, per longum tempus cepisse.

Eine Frau, die kein Testament errichtet hat, wird von ihren beiden Brüdern beerbt. Als *proximi agnati* teilen die Brüder den Nachlass ihrer Schwester *per capita*, somit haben sie an dem zum Nachlass gehörigen *fundus* Miteigentum je zur Hälfte erlangt. Ein Bruder ist abwesend, der anwesende besorgt auch die mit der Nachlassabwicklung verbundenen Geschäfte für den abwesenden Bruder: *etiam absentis causam agebat*. Aus dieser Formulierung kann mE nur die Tatsache des Einschreitens, aber nicht das Vorliegen eines „generico incarcio“⁷⁵ seitens des *absens* herausgelesen werden. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der *praesens* eigenmächtig gehandelt hat⁷⁶. Der *praesens* verkauft den *fundus* als Ganzes (*in solidum*) an den Lucius Titius. Diesem sind die geteilten Eigentumsverhältnisse am Kaufobjekt durchaus bekannt, aber er meint, dass der Verkauf *mandatu fratris* durchgeführt wird. Scaevola bejaht in seinem *responsum* eine Ersitzung des Grundstückes durch den Käufer; die *bona fides* liegt hier im Glauben an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers⁷⁷.

Auffällig ist, dass sowohl in der Anfrage als auch im *responsum* als Ersitzungsobjekt der *fundus* als solcher (und nicht bloß die *pars pro indiviso* des *absens*) genannt ist. Der Verkäufer ist sowohl *suo nomine* (nämlich bezüglich seiner *pars*) als auch *fratris nomine* (bezüglich dessen *pars*) aufgetreten, hat den Kaufvertrag über den *fundus* als solchen abgeschlossen und wohl auch abgewickelt. Eine Verfügungsbefugnis ermöglicht dem damit Ausgestatteten freilich nur eine *traditio*, eine *mancipatio* und *in iure cessio* kann nur der *dominus* selbst vornehmen⁷⁸. Ist die *traditio* des gesamten Grundstückes erfolgt – woran in unserem Fall aufgrund des geschilderten Sachverhalts kein Zweifel besteht –, dann ist Lucius Titius Besitzer des *totus fundus*, aber nur bonitarischer Hälfteigentümer geworden. Für den Erwerb des zivilen Eigentums bedarf es somit der *usucapio* des *totus fundus*. Es ist daher diese Konstellation anzunehmen und nicht zu unterstellen, dass auch zusätzlich eine *mancipatio* (sei es des *totus fundus*, sei es *pro parte*) vorgenommen worden ist; denn dann bedürfte es einer *usucapio* nur mehr bezüglich der *pars* des *absens*.

⁷⁵ So A. BURDESE, Autorizzazione ad alienare in diritto romano (Torino 1950) 74; 75.

⁷⁶ So auch HAUSMANINGER, Bona fides 12.

⁷⁷ Vgl. D. 50,16,109 (Mod. 5 *pand.*); HAUSMANINGER, Bona fides 10f.

⁷⁸ BURDESE, Autorizzazione ad alienare 56.

V. Ergebnisse und Zusammenfassung

Die Frage der Ersitzung von *partes fundi* stellt sich vor allem dann, wenn der Verkäufer eines *totus fundus* nur Teileigentümer bestimmter Parzellen oder ideeller⁷⁹ Miteigentümer des verkauften *fundus* war. Als Gegenstand der Ersitzung sehen die Juristen in den eben beschriebenen Situationen regelmäßig die nicht dem Verkäufer gehörigen (realen oder ideellen) *partes*, nur vereinzelt den *fundus totus* an. Letzteres erklärt sich jeweils aus der besonderen Konstellation des Falles, in dem es um einen einheitlichen Ersitzungsvorgang am gesamten Komplex geht, so zB weil der Käufer den *fundus* samt den *ampliores fines* als *uno actu* erworbene *universitas* besaß⁸⁰ oder weil – abgesehen von der fehlenden Vollberechtigung des Veräußerers – die *mancipatio* unterblieben war⁸¹; daher kann in diesen Belegen auch kein Indiz für eine grundsätzliche Ablehnung der Ersitzung einer *pars* gesehen werden. Soweit ein einheitlicher Ersitzungsvorgang nicht in Betracht kommt, hat schon Julian das Prinzip von der *propria ac separata condicio* eines realen Teilkomplexes formuliert, etwa wenn dieser erst später dem *fundus* hinzugefügt wird⁸².

Pomponius hat schon seine bekannten *tria genera corporum* im Zusammenhang mit der Ersitzung entwickelt und ist dabei auf die Frage eingegangen, inwieweit auch Teilobjekte Gegenstand der *usucapio* sein können⁸³. Ein *fundus* ist im Verhältnis zu seinen *loci* weder mit einer zusammengesetzten noch mit einer Gesamtsache vergleichbar. Daher kommt ein Besitz und eine *usucapio* sowohl am *totus fundus* wie auch an einzelnen Parzellen in Betracht. Pomponius hat weiters klargestellt, dass an einem *fundus* sowohl Teilbesitz (*possessio pro diviso*) als auch Mitbesitz (*possessio pro indiviso*) bestehen kann. In dem entsprechenden Fragment, in dem Pomponius dazu von Paulus zitiert wird, geht es allerdings nicht um die Ersitzung, sondern um die richtige Klagsführung im Rahmen einer *rei vindicatio*⁸⁴. Aber auch am eigentlichen *sedes materiae* anerkennt Pomponius die *usucapio* sowohl eines *certus locus* als auch einer *certa pars pro indiviso*⁸⁵, wobei er das *certum-*

⁷⁹ Die Frage der Ersitzung einer *pars* stellte sich hingegen nicht bei der alten *societas ercto non cito*, wo ohnedies jeder Einzelne rechtswirksam über die Sache insgesamt verfügen konnte. Gai. Inst. 3,154 a und b, dazu jüngst F.-St. MEISSEL, *Societas* (Frankfurt 2004) 81f.

⁸⁰ D. 41,4,2,6 (Paul. 54 *ad ed.*); dazu III 4.

⁸¹ D. 41,4,14 (Scaev. 25 *dig.*); dazu IV 4.

⁸² D. 41,4,7,1 (Iul. 44 *dig.*); dazu III 3.

⁸³ D. 41,3,30 (Pomp. 30 *ad Sab.*).

⁸⁴ D. 6,1,8 (Paul. 12 *ad ed.*); dazu I 1.

⁸⁵ D. 41,2,26 (Pomp. 26 *ad Qu. Muc.*); dazu I 2.

Erfordernis auch an anderer Stelle wie folgt betont: *incertam partem nemo possidere potest*⁸⁶; Paulus greift diesen Satz auf⁸⁷.

Der Fall, in dem nur die *pars* Gegenstand eines fehlgeschlagenen Veräußerungsgeschäfts ist, wird von Pomponius mitbedacht⁸⁸ und findet sich in einem Reskript Gordians.⁸⁹

Wenn ein *fundus totus* von einem bloßen Teil- oder Miteigentümer verkauft worden ist, dann hängt die Frage der Ersitzung vom Wissensstand des Käufers ab. Plautius hat noch jede Ersitzung ausgeschlossen, wenn dem Käufer der Umstand bewusst war, dass der Verkäufer nicht alleiniger Eigentümer war; Javolen hat dem eine Differenzierung entgegengesetzt⁹⁰: Lässt sich der Wissensstand des Käufers einem bestimmten *locus* oder einer bestimmten Quote zuordnen, dann ist die Ersitzung der übrigen *loci* bzw. *partes pro indiviso* möglich; ein bloß vager Wissensstand des Käufers verhindert die Ersitzung hinsichtlich aller *partes*. Auch Julian folgt – vor allem im Fall einer *particula*, deren Fremdheit der Käufer kannte – der Lösung Javolens⁹¹. Ebenso verwendet Pomponius zwar nicht im Zusammenhang mit einem *fundus*, aber in einer vergleichbaren Situation – es geht um den Kauf von 10 Sklaven, von denen der Käufer wusste, dass ein Teil fremd ist – die von Javolen entwickelte Differenzierung.⁹²

Die Ablehnung der *usucapio* bei vagem Wissensstand kann schon damit begründet werden, dass der von den Juristen diskutierte Ersitzungsgegenstand eine *pars incerta* ist⁹³. Dieser Gedanke trägt aber nicht die Fälle, in denen der Käufer die fremden Teile genau zuordnen kann: Hier kann die Ablehnung der *usucapio* gerade nicht auf den Gedanken der *incerta pars* zurückgeführt werden, mE haben Javolen, Julian und Pomponius mit ihrer differenzierenden Betrachtungsweise in den genannten Fällen auch eine Frage der *bona fides* gesehen⁹⁴, die für sie genauso – nämlich unter der Voraussetzung des *certum-*

⁸⁶ D. 41,3,32,2 (Pomp. 32 *ad Sab.*); dazu I 3.

⁸⁷ D. 41,2,3,2 (Paul. 54 *ad ed.*); dazu I 4.

⁸⁸ D. 41,2,26 (Pomp. 26 *ad Qu. Muc.*), dazu II 1.

⁸⁹ C. 7,26,5; dazu II 2.

⁹⁰ D. 41,4,4 pr + 1 (Iav. 2 *ex Plaut.*); dazu IV 1.

⁹¹ D. 41,2,43 pr (Marci. 3 *reg.*) mit Julian-Zitat; dazu IV 2.

⁹² D. 41,4,6,1 (Pomp. 32 *ad Sab.*); dazu IV 3.

⁹³ ALBANESE, *Situazioni possessorie* 112 Fn. 425 unter Berufung auf D. 41,4,4 (Iav. 2 *ex Plaut.*), eod. 6,1 (Pomp. 32 *ad Sab.*), D. 41,2,3,2 (Paul. 54 *ad ed.*), eod. 26 (Pomp. 26 *ad Qu. Muc.*); vgl. auch GIARO, *Labeo* 36 (1990) 199 Fn. 74.

⁹⁴ So auch P. VOCI, *L'errore nel diritto romano* (Milano 1937) 18f in seiner Gegenüberstellung von D. 41,4,6,1 (Pomp. 32 *ad Sab.*) einerseits und D. 41,3,32,2 (Pomp. 32 *ad Sab.*) und D. 41,2,26 (Pomp. 26 *ad Qu. Muc.*) andererseits. Auch ALBANESE, *Situazioni possessorie* 97 Fn.

Kriteriums – teilbar ist wie die *possessio*. Das entspricht dem Gedanken der *propria ac separata condicio* jeder *pars*.

351 zitiert eine der für seine in 112 Fn. 425 für die *incerta pars*-These angeführten Stellen (siehe vorige Fn.), nämlich D. 41,4,4 pr unter dem Gesichtspunkt der fehlenden *bona fides*.

Spor o kodifikáciu súkromného práva v Nemecku

JUDr. Daniel Krošlák
JUDr. Katarína Šangalová

Obdobie osvietenstva, kapitulácia starého režimu (*ancien régime*) a jeho nahradenie novým spoločenským poriadkom mali obrovský význam aj z hľadiska vývoja práva v Nemecku. Myšlienky humanity, tolerancie, slobody a rovnosti žili svoj život na základe predstavy, že každý človek – tak v paláci, ako i v chatrči – môže dosiahnuť šťastie v pozemskom svete. Stredobodom myslenia sa stala individualita. Hlavnou otázkou zase, ako zmeniť podmienky života, aby sa ľudom žilo čo najpohodľnejšie.

Hoci bol okruh osvietencov v Nemecku čo do počtu malý, ich vystúpenie v spoločnosti rezonovalo. Nemali ale dostatočnú silu, aby naplno zasiahli aj právnu prax. Aj v tejto oblasti síce došlo k zmenám, napríklad boli zrušené procesy s čarodejnicami a tortúra, žiadna revolúcia sa však nekonala. Staré rímske právo získalo pod vplyvom filozofie postavenej na báze rozumu novú systematickejšiu tvár spísaním Všeobecného zemského práva pruských štátov v roku 1794 (*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*). Tento dokument, pravda, zďaleka nedosahoval parametre francúzskej kodifikácie súkromného práva *Code civil* o desať rokov neskôr.

Keď sa 6. augusta 1806 cisár František II. (1768-1835) vzdal svojej koruny, Svätá rímska ríša národa nemeckého v podstate prestala existovať. Toto symbolické gesto bolo reakciou na založenie tzv. Rýnskeho spolku (*Rheinbund*), v ktorom sa zjednotilo 16 nemeckých kniežat pod protektorátom francúzskeho cisára Napoleona. Neskôr sa k nim postupne pridalo ešte ďalších dvadsaťtri.

V zmysle zakladajúceho aktu Rýnskeho spolku bolo právo ríše pre kniežatá, ich poddaných a ich teritória vyhlásené za neplatné. Nové ústavné právo bolo namierené proti starému právu ríše, problémom však zostalo spoločné súkromné právo. Napísať novú ústavu bolo možné pomerne rýchlo a jednoducho, ťažšie bolo uskutočniť revolúciu v súkromnom práve. To bolo jasné i kniežatám zjednoteným v Rýnskom spolku, aj keď sa snažili predstierať úplne nový začiatok.

Významný právny učenec tej doby *Johann Ludwig Klüber* (1762-1837) k tejto otázke poznamenal: „*Doterajšie nemecké súkromné právo nestratilo*

*zrušením ríšskej ústavy svoju praktickú platnosť. Ríšske súkromné zákony platia odvtedy v rýnskych spolkových štátoch ako recipované právo, pokiaľ nebudú odstránené domácimi zákonmi, alebo ich tieto nederogujú*¹

Ako vyplýva z uvedeného, obsah súkromného práva zostal zachovaný, zmenil sa však dôvod jeho platnosti. Ďalej už neplatilo ako právo svätej ríše, ale z titulu suverénnej vôle kniežat združených v Rýnskom spolku. Z toho potom vychádzalo i nové oprávnenie kniežat meniť ho spôsobom, aký náleží suverénovi. Klüber ďalej poukazuje, že toto oprávnenie nezostalo nevyužitú: S účinnosťou od 1. januára 1808 bol napríklad v novovzniknutom Vestfálskom kráľovstve (*Königreich Westphalen*) prijatý nový zákonník – do nemčiny preložený *Code Civil*.²

Napoleonov kódex bol dieťaťom francúzskej revolúcie. Aj keď prevzal mnohé inštitúty starého rímskeho práva, vo svojich 2281 článkoch obsahoval v zákonnej forme osvietenké výdobytky: rovnosť pred zákonom, slobodu darovania a dedenia, civilný sobáš, rovnaký dedičský podiel, zrušenie feudálneho vlastníctva pozemkov, zákaz fideikomisárnej substitúcie atď. Vďaka francúzskemu dôrazu na *clarté* (zrozumiteľnosť) a *raison* (rozum) rezonoval jeho vplyv po celom svete. Výraznú úlohu pri rozširovaní kódexu nepochybne zohralo i Napoleonovo víťazné vojenské ťaženie a francúzsky kolonializmus.³

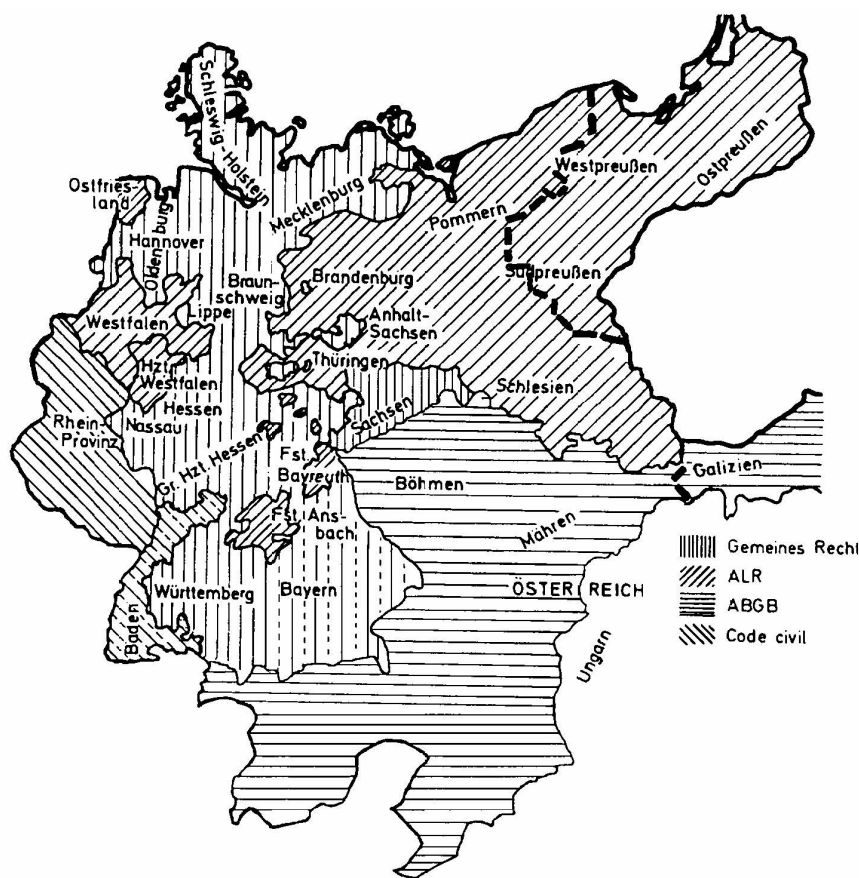
Po Napoleonovej porážke v „bitke národov“ pri Lipsku roku 1813 bola nastolená otázka nového mierového poriadku, určenia územného usporiadania a prerozdelenia politickej moci v Európe. To malo pochopiteľne vplyv i na ďalší vývoj práva.

Ako dokumentuje nasledujúci obrázok, roztrieštenosť súkromného práva na nemeckých územiach bola v tom čase obrovská. Jednak tu platilo *ius commune* (*Gemeines Recht*), ktoré vzniklo na báze stredovekého rímskeho a kánonického práva. Rímske právo bolo čiastočne preformované tzv. partikulárnymi právami (napríklad *Württembergisches Landrecht* z roku 1555, *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* z roku 1756). Pruské štáty sa riadili už vyššie spomenutým Všeobecným zemským právom z roku 1794 (*Allgemeines*

¹ „Das bisherige deutsche Privatrecht hat, durch Auflösung der Reichsverfassung, seine praktische Gültigkeit nicht verloren. Die Reichsprivatgesetze gelten seitdem in den rheinischen Bundesstaaten, als recipiertes Recht, so lang sie durch einheimische Gesetze nicht abgeschafft sind, oder ihnen durch solche nicht derogirt ist.“ KLÜBER, J. L.: Staatsrecht des Rheinbundes. Lehrbegriff. Tübingen : Cotta, 1808, s. 35-36.

² KLÜBER, J. L.: cit. d., s. 36.

³ Bližšie pozri napr. ZWEIGERT, K., KÖTZ, H.: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. Band I: Grundlagen. Tübingen : J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, s. 92 a nasl.



Privatrecht im Deutschen Bund

Landrecht für die preußischen Staaten). V Rheinprovinz a Baden ešte stále platil *Code civil*.

Nemeckí právnici intenzívne rozmýšľali, ako vyriešiť uvedenú situáciu a ďalšie smerovanie nemeckého práva. V časoch francúzskej nadvlády dokázali mnohí z nich oceniť kvality francúzskeho zákonníka. Iste v tom mohol byť i kus politického oportunistizmu, ale značná časť literatúry, ktorá v tej dobe k novému zákonníku vznikla, nebola takto motivovaná. Po Napoleonovom páde sa zdvihla v Nemecku vlna národného sebedomia a kódex začal niektorým prekážať už len preto, že bol francúzsky.

Ako prvý verejne vystúpil k uvedenej téme **August Wilhelm Rehberg (1757-1836)** so spisom „*Über den Code Napolen und dessen Einführung*

in Deutschland“⁴. V ňom zastáva názor, že je potrebné vrátiť sa do obdobia pred Napoleonovou hegemoniou, nemožno to však robiť bezhlavo: „*Ak bude bez ohľadu na všetky tieto sčasti zložité a náročné otázky len ľahkovážne ustanovené, že Napoleonov kódex už neplatí, a ak bude nová ústava súdov bez ďalšej modifikácie zrušená, aby sa urobilo miesto opäť nastolenej starej, bude to viesť k epoche galamity: a po dlhom čase budú naši potomkovia pre nerozvážnosť súčasnej doby pykať neočakávanými spormi o veciach, ktorých počiatok možno hľadať v dobe panstva Napoleonovho kódexu, pre neriešiteľný zmätok ich pomerov a nebezpečenstva pre ich majetok.*“⁴

Prakticky hneď po publikácii napadol tieto tvrdenia v rozsiahlej kritickej recenzii heidelberský profesor **Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840)**.⁵ Hoci bol rovnakého názoru, že recepcia *Code civil* nie je pre Nemecko vhodná, spis sa mu javil „*príliš často horký, a niekedy nie práve spravodlivý; na druhej strane vypracovaný príliš ľahko, málo rázne, málo hanlivo a postavený na zásadách, proti ktorým sa musí skutočná zákonodarná múdrosť v mnohých ohľadoch vzoprieť.*“⁶

Thibautovi sa vtedajší čas javil ako veľmi vhodný na riešenie diskutovaného problému smerovania nemeckého práva. Ako píše: „*Nemci sú už po veľa storočí ochromení, determinovaní, od seba oddelení pestrým, čiastočne zmysluprázdnym labyrintom škodlivej praxe. Práve teraz, ako nikdy, sa ponúka nečakaná vhodná príležitosť na zlepšenie občianskeho stavu, ktorá sa najbližšie vyskytne možno za tisíc rokov. Všetky nemecké národy vidia teraz jeden význam, všetky sú zjednotené veľkým účelom, so sebou a pre seba bojujú.*“⁷

⁴ „*Wird ohne Rücksicht auf alle diese zum Theil sehr verwickelten und schwierigen Fragen, blos leichtsinniger Weise decretiert, der Code Napoleon gelte nichts mehr; und wird neue Gerichtsverfassung ohne alle Modification aufgehoben, um einer wiederhergestellten alten Platz zu machen, so wird diese Herstellung zu einer Epoche neuer Galamität: und nach einer langen Reihe von Jahren werden die Nachkommen in unerwarteter Streitigkeiten über Dinge, die bis in ihren Ursprung unter der Herrschaft des Code Napoleon hinauf nachgesucht werden, durch unauf lösliche Verwirrung ihrer Verhältnisse und Gefahr ihres Vermögens, für die Unbedachtsamkeit der gegenwärtiger Zeit büßen.*“ REHBERG, A. W.: *Ueber den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland*. Hannover : Hahn, 1814, s. 314.

⁵ In: *Heidelberger Jahrbücher der Literatur*, 1814, č. 1 a 2, s. 1-32.

⁶ „*Auf einer Seite scheint sie uns vielfach zu bitter, und zuweilen geradezu ungerecht; auf andern Seite aber zu leicht gearbeitet, zu wenig angreifend, viel zu wenig tadelnd und dabei auf Grundsätze gebauet, wogegen wahre gesetzgebende Klugheit sich in vieler Hinsicht auflehnen muß.*“ Podľa: HATTENHAUER, H. (Hrsg.): *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*. 2. vyd., München : Franz Vahlen, 2002, s. 27.

⁷ „*Die Deutschen sind viele Jahrhunderte durch ein Labyrinth buntscheckiger, zum Theil sinnloser, verderblicher Gebräuche gelähmt, herabgestimmt, voneinander getrennt. Gerade*

Ako by táto vhodná chvíľa mala byť využitá, je jednoznačné: „*Ak by sa nemecké vlády teraz dohodli na spisani všeobecného občianskeho, trestného a procesného zákonníka, a následne ich používali päť rokov, čo by stálo polovicu regimentu vojakov, tak by nebolo možné pochybovať, že sme dostali niečo nutné a dôkladné;...*“⁸

Tak sa stala Thibautova recenzia Rehbergovho spisu prvou verejnou výzvou na vytvorenie národnej kodifikácie. Aby nezapadli jeho myšlienky prachom,⁹ vydal Thibaut o niečo neskôr pamflet „*Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*“, v ktorom už len širšie rozvádza myšlienky obsiahnuté v uvedenej recenzii a opätovne vyzýva na prijatie jednotného zákonníka: „*Ked' toto všetko zhrnieme, musí si každý priateľ vlasti želať, aby jednoduchý zákonník, dielo vlastnej sily a pôsobenia, konečne príslušným spôsobom podložil a upevnil náš občiansky stav podľa potrieb národa, a patriotické spojenie všetkých vlád ríše by prinieslo dobrodenie takejto občianskej ústavy na večné časy.*“¹⁰

Thibaut počítal s tým, že jeho spis vyvolá kritiku, preto sa snažil priniesť čo najviac argumentov vo svoj prospech. Avšak zrejme nečakal, že proti nemu tak ostro vystúpi **Friedrich Carl von Savigny (1779-1862)**.

Vzťah Savignyho a Thibauta sa zhruba do roku 1807 pohyboval v rovine vzájomného vedeckého rešpektu oboch týchto popredných právnych romanistov. Posielali si vydané diela, Thibaut dokonca v roku 1803 po vydaní Savignyho „*Das Recht des Besitzes*“ (Právo držby) napísal na túto knihu nadšenú recenziu.¹¹

Situácia sa zmenila, keď sa Savigny uchádzal o riadnu profesúru na

jetzt bietet sich für die Verbesserung des bürgerlichen Zustandes eine unerwartete günstige Gelegenheit dar, wie sie sich nie dargeboten hat, und vielleicht in tausend Jahren wiederkehren wird. Alle deutschen Völker sind jetzt eines Sinnes, alle zu einem großen Zweck vereinigt, alle mit und für einander kämpfend.“ Podľa: HATTENHAUER, cit. d., s. 27.

⁸ „*Wollen sich die deutschen Regierungen jetzt über die Abfassung eines allgemeinen deutschen Civil-, Criminal- und Prozeßgesetzbuchs vereinigen, und nur fünf Jahre hindurch darauf verwenden, was ein halbes Regiment Soldaten kostet, so könnte es nicht fehlen, daß wir etwas Tüchtiges und Gediegenes erhalten würden;...*“ Podľa: HATTENHAUER, cit. d., s. 27.

⁹ Porovnaj predhovor z diela THIBAUT, A. F. J.: *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*. Heidelberg : Mohr und Zimmer, 1814.

¹⁰ „*Nehmen wir nun dies alles zusammen, so muß jedem Vaterlandsfreunde der Wunsch sich aufdrängen, daß ein einfaches Gesetzbuch, das Werk eigener Kraft und Tätigkeit, endlich unsern bürgerlichen Zustand, den Bedürfnissen des Volks gemäß, gehörig begründen und befestigen möge und daß ein patriotischer Verein aller deutschen Regierungen dem ganzen Reich die Wohlthaten einer gleichen bürgerlichen Verfassung auf ewige Zeiten angedeihen lasse.*“ THIBAUT, cit. d., s. 24-25.

¹¹ Bližšie pozri HATTENHAUER, cit. d., s. 16.

univerzite v Heidelbergu, kde v tom čase pôsobil aj Thibaut. Nevedno presne z akého dôvodu, bol však odmietnutý. Ako sa zdá na základe Savignyho korešpondencie, pravdepodobne si nemyslel, že sa o to nejako zaslúžil práve Thibaut. Vďaka svojim kvalitám sa však stal pre Savignyho zosobnením tejto neprijemnej záležitosti a Savigny mu plánoval dokázať, že on je ten významnejší a lepší právny vedec. Aj preto sa zrejme po prečítaní Thibautovej knihy vyjadril: „*Thibaut napísal hanlivý spis, návrh na všeobecný zákonník, okrem iného ho prevalcujem, za dva alebo tri týždne bude moja knižka vytlačená.*“¹²

Savigny nebol žiadnym politickým diletantom. Práve on mal v tej dobe, viac ako ktokoľvek iný, duchovnú silu zastávať právno-politickú líniu konzervativizmu.¹³ Uverejnením knihy „*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*“ ešte v tom istom roku (ako boli publikované diela Rehberga a Thibauta) položil základ sporu o kodifikáciu.

Hattenhauer na adresu spisu poznamenáva: jasnosť jazyka, nadväznosť myšlienkových pochodov, istota vo forme a štýle, šikovnosť používania veľkých hesiel tej doby a cit pre pretvorenie zdanlivo protichodných myšlienok na podmanivý návrh – to všetko robí „*Beruf*“ dielom, ktorým sa mnohí nechali očariť, aj keď nezdieľali Savignyho politickú pozíciu.¹⁴

Základným východiskom knihy je odmietnutie povolnosti svojej doby ku kodifikácii. Správnosť tohto postulátu potvrdzuje Savigny historickoprávnu analýzou dvoch momentov, ktoré sú rozhodujúce pri skúmaní potrebnosti vlastnej národnej kodifikácie.

Prvý omyl podľa neho spočíva v tom, že osvietenci očakávali „... *nové zákonníky, ktoré by úplnosťou právnej úpravy umožnili mechanickú istotu, v ktorej je sudca, zbavený vlastného úsudku, obmedzený len na automatickú aplikáciu: zároveň by však obsahovali všetky historické osobitosti a mali v čistej abstrakcii pre všetky národy a všetky doby rovnakú použiteľnosť...*“¹⁵

¹² „*Thibaut hat eine Schandschrift geschrieben, Vorschlag eines allgemeinen Gesetzbuchs, ich fahre unter anderen über ihn los, in zwey bis drey Wochen ist mein Büchlein gedruckt.*“ STOLL, A.: *Friedrich Karl v. Savigny*. Berlin : Carl Heymanns Verlag, 1929, s. 117.

Savignyho bojovné naladenie malo aj inú, osobnejšiu príčinu. Niekoľko rokov predtým sa snažil získať profesúru na univerzite v Heidelbergu, bol však odmietnutý. V tom čase tam už pôsobil Thibaut a zodpovední chceli zabrániť prípadným konfliktom medzi týmito dvoma osobnosťami. Navyše boli s Thibautovým pôsobením spokojní.

¹³ HATTENHAUER, cit. d., s. 30.

¹⁴ Hattenhauer uvádza ako príklad Savignyho žiaka Jacoba Grimma; pozri cit. d., s. 30.

¹⁵ „... *neue Gesetzbücher, die durch ihre Vollständigkeit der Rechtspflege eine mechanische Sicherheit gewähren sollten, indem der Richter, alles eigenen Urtheils überhoben, bloß auf die buchstäbliche Anwendung beschränkt wäre: zugleich sollten sie sich aller historischen Eigenthümlichkeit enthalten und in reiner Abstraction für alle Völker und alle Zeiten gleiche*“

Ďalším je, že vraj podľa rozhodujúcej väčšiny nemeckých právnikov „... pozostáva všetko právo za normálnych okolností zo zákonov, tzn. výslovných predpisov najvyššej štátnej moci. Právna veda má za svoj predmet len obsah zákonov. Samotná legislatíva má následne, rovnako ako právna veda, úplne náhodný, meniaci sa obsah, a je viac ako pravdepodobné, že právo zajtrajška sa vôbec nebude podobáť tomu dnešnému. Komplexný zákonník je následne najvyššou potrebou, a len v prípade medzier tohto si možno pomôcť obyčajovým právom ako nestálym doplnkom.“¹⁶

Následne sa Savigny snaží ukázať chybnosť oboch uvedených predpokladov: Dôvod na kodifikáciu je minimálny, keďže možno ponúknuť niečo lepšie ako zákonník – a to právnu vedu zrodenú z rímskeho práva. Rímske právo so svojimi údajne jasnými pojmami a systematickou je pre neho ideálnou pomocou na zlepšenie pomerov v občianskom práve. Všetky eventuálne nedostatky pochádzajú vlastne len z toho, že sa s týmto právom zachádzalo nedostatočne, úplne nevedecky. Teraz však on otvoril svojej dobe oči a ukázal jej krásu právnej vedy.

Právna veda bola pre neho objektívnym prameňom práva, niečím dopredu daným, čomu možno veriť, presahujúc pritom ľudský rozum. Úlohou právnikov bolo rozpoznať využitím prísne logickej metódy objektívne právne pojmy existujúce ako pravdivé a nemenné.

Spis uzatvára slovami: „*V účele sme jednotní [s prívržencami prijatia zákonníka]: chceme základ istého práva, istého proti zásahu svojvôle a nespravodlivého zmýšľania; toho istého národného spoločenstva a koncentrácie jeho vedeckých snáh na ten istý predmet. Pre tento účel oni požadujú zákonník, ktorý by ale priniesol želanú jednotu len polovici Nemecka, druhá polovica by sa oddelila ostrejšie ako kedykoľvek predtým. Ako správny prostriedok vidím organicky sa rozvíjajúcu právnu vedu, ktorá by mohla byť spoločná pre celý národ.*

Aj v hodnotení súčasného stavu sa zhodneme, lebo ho spoločne považujeme za chybný. Oni však vidia dôvod tohto neduhu v prameňoch práva a veria, že

Brauchbarkeit haben.“ SAVIGNY, F. C., von: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg : Mohr und Zimmer, 1814, s. 5.

¹⁶ „... entsteht im normalen Zustande alles Recht aus Gesetzen, d.h. ausdrücklichen Vorschriften der höchsten Staatsgewalt. Die Rechtswissenschaft hat lediglich den Inhalt der Gesetze zum Gegenstand. Demnach ist die Gesetzgebung selbst, so wie die Rechtswissenschaft, von ganz zufälligem, wechselndem Inhalt, und es ist sehr möglich, daß das Recht von morgen dem von heute gar nicht ähnlich sieht. Ein vollständiges Gesetzbuch ist demnach das höchste Bedürfniß, und nur bey einem lückenhaften Zustande desselben kann man in die traurige Nothwendigkeit kommen, sich mit Gewohnheitsrecht, als einer schwankenden Ergänzung, behelfen zu müssen.“ SAVIGNY, cit. d., s. 6-7.

[v tejto situácii] pomôže zákonník: ja ho vidím oveľa viac v nás a verím, že práve preto nie sme povolaní na prijatie zákonníka.¹⁷

Záver

Keďže politický vývoj po porážke Napoleona smeroval k reštaurácii starých pomerov, bolo nereálne, aby sa v Nemecku začal proces kodifikácie. Pri tom by totiž bolo nutné sa kriticky vysporiadať s *Code civil*, čo za črtajúcej sa konštelácie neprichádzalo do úvahy. Tak sa stala Savignyho predstava zhodou historických a spoločenských okolností prijateľnou a otvorila mu cestu akceptácie i v najvyšších spoločenských a politických kruhoch.

V roku 1817 bol menovaný za člena pruskej Štátnej rady a stal sa tým súčasne i členom ministerstva spravodlivosti. Údajne sa v tejto funkcii vyznamenal najmä tým, že sa zaslúžil o zvýšenie kvality jazyka schvaľovaných predpisov.

V roku 1842 si ho pruský kráľ Friedrich Wilhelm IV. vybral za ministra pre revíziu zákonodarstva. Očakávania, že tento krok prinesie pre zákonodarstvo pozitívne zmeny, však nakoniec zostali nenaplnené. Savigny počas šiestich rokov ministrovania v intenciách svojho učenia tvrdošijne blokoval plánovanú revíziu Všeobecného zemského práva pruských štátov (*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*).¹⁸

Kodifikácia ani neskôr neprichádzala veľmi do úvahy, nepriala jej

¹⁷ „In dem Zweck sind wir einig: wir wollen Grundlage eines sicheren Rechts, sicher gegen Eingriff der Willkür und ungerechter Gesinnung; desgleichen Gemeinschaft der Nation und Konzentration ihrer wissenschaftlichen Bestrebungen auf dasselbe Object. Für diesen Zweck verlangen sie ein Gesetzbuch, was aber die gewünschte Einheit nur für die Hälfte von Deutschland hervorbringen, die andere Hälfte dagegen schärfer als vorher absondern würde. Ich sehe das rechte Mittel in einer organisch fortschreitenden Rechtswissenschaft, die der ganzen Nation gemein seyn kann.

Auch in der Beurtheilung des gegenwärtigen Zustandes treffen wir überein, denn wir erkennen ihn beide für mangelhaft. Sie aber sehen den Grund des Übels in den Rechtsquellen und glauben durch ein Gesetzbuch zu helfen: ich finde ihn vielmehr in uns, und glaube, daß wir eben deshalb zu einem Gesetzbuch nicht berufen sind.“ SAVIGNY, cit. d., s. 161.

¹⁸ Sám sa v tom čase vyjadril: „Der wünschenswerte Zustand der Rechtspflege zeigt sich in dem wissenschaftlichen Geist, welchen die Richter in ihr Geschäft legen, und wodurch sie ihren Beruf heben und veredeln.“ (Želateľný stav právnej úpravy sa ukazuje v tom vedeckom duchu, ktorý sudcovia vkladajú do svojej činnosti a tým povyšujú a zušľachtujú svoje povolanie.) Vorschläge zu einer zweckmäßigen Einrichtung der Gesetzesrevision, abgedruckt bei STÖLZEL, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, Bd. 2, Berlin 1888, s. 733 a nasl. Podľa: HATTENHAUER, cit. d., s. 19.

faktická rozdrobenosť Nemeckého zväzu (*Deutscher Bund*). Prípravné práce na kodifikácii sa tak mohli začať až po zjednotení Nemecka v roku 1871. Samotné znenie občianskeho zákonníka (*Bürgerliches Gesetzbuch*) schválil Ríšsky snem nakoniec až 1. júla 1896.

Grécke ideály v rímskom politickom myslení

Alexandra Krsková

Vydanie zborníka k jubileu významného romanistu dávalo tušiť, že v ňom budú prevažovať úvahy o rímskom práve súkromnom. Tento legitimus thesaurus svojou žiarou zatieňuje význam verejného práva, ktoré je výsledkom rímskeho politického myslenia. Priviedlo ma to k zamysleniu nad niekoľkými otázkami: odkedy možno v Ríme hovoriť o politickom myslení, či dokonca o politickej filozofii a ideológii? Aké témy v ňom dominovali? Z akých ideových zdrojov čerpalo svoju bohatú tvárnosť? Nakoľko ovplyvnilo západnú politickú kultúru?

Plne som si vedomá metodologických ťažkostí, ktoré budú komplikovať pokus odpovedať na tieto otázky: ako odlíšiť historické fakty a konkrétne politické inštitúcie od politickej filozofie? Ako sa zaoberať bez analýzy ekonomických či sociologických aspektov historických podmienok? Sociológia, propaganda, politika, právo, všetko kráčalo ruka v ruke. Ako ich uviesť na spoločného menovateľa? Ak pod týmto nánosom nájdeme politické idey, ako ich treba interpretovať, nakoľko sú kompletne a koherentné? Bolo by treba nechať hovoriť tých, ktorí ich tvorili, ktorí nimi žili. Ale ak nám ich poznanie rímski autori zo začiatku sprístupňujú len skúpo a nepresvedčivo, neskôr je problémom vybrať z bohatstva prameňov a ohraničiť sa na pár odkazov, ktoré majú filozofickú povahu.

V popredí mojej pozornosti bude otázka, čo by zo seba vydali jednoduché latinské myšlienkové štruktúry bez kultivujúceho vplyvu Grékov, teda čo by Rimania dokázali, keby boli odkázaní sami na seba, akej sebareflexie by boli schopní vo vzťahu k vlastnej moci. Tento problém nestráca na aktuálnosti, pretože „akokoľvek dali Európe meno Gréci, o jej duchovnom osude bolo po prvýkrát predbežne rozhodnuté na helénskom Východe. Teda v tej východnej oblasti neskorej rímskej ríše, v ktorej bola tiež po prvýkrát duchovne koncipovaná a politicky zakúšaná Európa“.¹ Obrátenie sa k antike ostáva najhlbším základom, z ktorého vyrastá naše myslenie o štáte, súčasťou hľadania funkčných politických princípov, špičkových výkonov umenia vládnuť, úsilia porozumieť súčasnému stavu európskej a národnej politiky, schopnosti predvídať ich vývoj a vyhliadky do budúcnosti. Je dôležité mať na

¹ HEER, F.: Evropské duchovní dějiny, Vyšehrad, Praha 2000, s. 13.

pamäti, že „existuje niečo ako princíp európskej duchovnosti, ktorý ju odlišuje od všetkých ostatných kultúr“ a že ním je podľa Jana Patočku „starosť o dušu, vláda rozumu, duchovna a duchovných ľudí.“² Rovnako dôležité je však včleniť do svetonázorového zázemia ľudí, ktorí až teraz majú vlastný, samostatný štát a učia sa zaň preberať zodpovednosť, povedomie, že to nie je len spoločenstvo ľudí, ktorých spojila spoločná krv, história, jazyk či mentalita, že to nie je len priestor, na ktorom o moc a o majetok bojujú jednotlivé záujmové skupiny a kde zasa bez úcty k vlasti vyrastajú naše deti. Inými slovami, že štát nie je len mocenská organizácia, ale aj duchovné spoločenstvo, spoločenstvo snáh a cieľov, hoci aj nejasných, podmienka dosiahnutia maxima individuálnej aj kolektívnej výkonnosti.³ Práve o tom nás presviedčajú antickí autori, pred očami ktorých problémy, ktoré sú dnes pre svoju komplikovanosť takmer neriešiteľné, stáli v priehľadnej jednoduchosti, ktorá nám umožňuje orientovať sa v nich ešte dnes.⁴

Prvá republika na svete

Originálnym vkladom do európskeho fondu politického myslenia bolo vytvorenie Republiky v roku 509 pr. Kr. Akoby čin predišiel myšlienku, že Rimania vyhnaní etruských kráľov, ktorí ich zneisťovali svojou síce miernou, ale imponujúcou mocou, a demonštrovali, že sa monarchistická myšlienka prežila.

Ústavné prvky a inštitúcie Republiky boli založené na posvätných mravoch predkov (*mores maiorum*), ktoré sa považovali za základ všetkého práva a morálky. Rím nepotreboval písanú ústavu, ako bolo zvykom v ostatných antických štátoch, ani jej teoretické, doktrínálne zdôvodnenie.

Teda približne v rovnakej dobe, keď myšlienka demokracie pretvárala politický život v Aténach a iných gréckych polis, zakoreňovalo v mestskom štáte starého Ríma republikánstvo. Nebolo opätovným potvrdením ideálov a praxe gréckej demokracie. Po prvýkrát v dejinách vznikla zmiešaná vláda, koexistencia troch zdrojov moci. Svoje miesto v nej mal monarchistický, aristokratický i demokratický prvok.

Šesťnásť rokov po vyhnaní kráľov sa plebs presťahoval na Svätú horu. Nedošlo ku krviprelievaniu, hoci k tomu nebolo ďaleko. Jednoducho odopreli spoluprácu a zoči-voči dusivej prísnosti magistrátov sa dožadovali garancií

² PATOČKA, J.: *Evropa a doba poevropská*, Lidové noviny, Praha 1992, s. 28.

³ KALLAB, J.: *Československá vlastivěda. Díl V. Stát. Sfinx*, B. Janda, Praha 1931, s. 7.

⁴ KALLAB, J.: *cit. d.*, s. 9.

najprv v oblasti civilného práva a potom aj kolektívnej ochrany v oblasti práva verejného. Išlo možno o prvé uplatnenie *ius resistendi* v dejinách. Výrazným a osobitným tónom ľudových požiadaviek bol teda nárok na rovnaké občianske a neskôr aj politické práva. Patricijovia boli nútení vyjednávať, urobiť kompromis a obdarit' politickými právami populus. Rimania nikdy nehovorili o demokracii, ale o *potestas populi* či *potestas pleibeiorum*. Chceli tak vyjadriť účasť ľudového prvku na vládnutí.

Je možné, že už v tomto období začal Rím echo diskusie, ktorá sa odohrávala v gréckych mestách? V 5. storočí pr.Kr. zostúpila grécka filozofia z výšin kozmologických úvah a prihovorila sa človeku, navždy ho postavila do centra hodnotovej hierarchie európskej kultúry. V tomto antropocentrickom období sa formuje politická filozofia, pre ktorú je charakteristické presvedčenie, že človek je od podstaty spoločenská bytosť a dobré politické zriadenie nemôže z účasti na vládnutí vylúčiť ľud. Štát poskytuje všetkým „bratstvo, právo a krb“ (Aristoteles), formuje morálny charakter občanov podľa spoločného cieľa (*summum bonum*) a z toho čerpá svoju legitimitu.

Správnou funkciou rímskeho ľudu však nie je vládnuť, ako tomu bolo v Aténach, ale vybrať si schopných vodcov, ktorí ho budú vo vláde zastupovať. Rímska spoločnosť bola úzko oligarchická, hierarchizovaná, viac pod váhou tradície a tak demokracia akoby tu bola prefiltrovaná cez rôzne predsudky.⁵ Na vládnutí sa teda zúčastňovali všetky vrstvy spoločnosti a bola medzi nimi možno krehká a dočasná, ale concordia. Viacerí historici tvrdia, že rímska solidarita bola len mýtom, že politické inštitúcie mali vyslovene oligarchickú povahu a hoci ľudové zhromaždenie robilo rozhodnutia a vyberalo úradníkov, množstvo komplikovaných procedúr a pravidiel umožňovalo ovládnuť voľby bohatým.

Áno, Republika bola víťazstvom elitnej menšiny, aristokracie, senátorskej oligarchie, ale jej dominancia bola akceptovaná preto, že bola strážcom morálky a starých rímskych hodnôt. Rím cítil dôvody svojej veľkosti. Zároveň sa nedá poprieť skutočnosť, že *res publica* bola *res populi*, zákonom garantovala rovnaké politické slobody, teoreticky umožnila rovnaký prístup k verejným úradom. Politická kariéra aristokracie závisela na pravidelných voľbách v ľudovom zhromaždení rímskych občanov, ale táto kolektívna investitúra musela byť doplnená o *dignitas*, majestátnosť úradu, s ktorou sa viazalo viac povinností a práv.

⁵ NICOLET, C.: Les idées politiques á Rome sous la République, Armand Colin, Paris 1964, s. 15.

Začína sa politická diskusia

Akokoľvek bola demokracia limitovaná oligarchiou, predpokladala verejnú diskusiu, favorizovala myslenie, argumentáciu, konfliktné myšlienky. Zoči-voči novým ideám, prichádzajúcim z Grécka, nemohli aristokratické rodiny uplatňovať starú latinskú koncepciu moci a úradov. Rivalita klanov, ktorá bola dlho v popredí, prispela k formovaniu základných politických tendencií: jednej priaznivej pre demokratický prvok, druhej trvajúcej na prvenstve tradičnej aristokracie. Ešte nemôžeme hovoriť o politických ideách, stále je tu prítomný empirizmus, každodenná prax politického života, ktoré sa len zriedka vyplí k pojmovému mysleniu. A už vôbec sa nedá hovoriť o schopnosti formulovať argumenty pre politické konanie, ktoré by vyplývali z určitej hierarchie hodnôt, o ucelenom súbore myšlienok či racionálnych konštrukcií, ktorý by mohol byť východiskom pri riadení spoločnosti. Ale bola to cesta, po ktorej išli grécke mestá a na ktorej sa formoval potrebný myšlienkový rámec a slovník.

Pravda, nebola to hladká cesta. Rimania nemali v úmysle zamilovať si duchovný svet iných národov a zo začiatku boli rezervovaní aj ku kultúre porobených Grékov. Ako to ten greculus esuriens, ten smiešny dekadentný Gréčik, pristupuje k životu? Akosi abstraktne, teoreticky, okolo všetkého robí priam myšlienkové akrobacie. Najprv treba žiť, bojovať, zarábať, potom premýšľať, študovať, diskutovať...K takejto strate času cítili inštinktívne pohrdanie. Čo ak by to odvrátilo synov Ríma od povinnosti a ohrozilo rímsku veľkosť?

Ešte v prvej polovici 2.storočia sa snaží ťažkopádna, roľnícka spoločnosť vypudiť rétorov a filozofov. Politické preferencie, rozšírené v konzervatívnych kruhoch, vyjadrovali hlbokú vernosť *mores maiorum*. Do tejto pevnej zakorenenej morálky, do tohto hlasu praotcov, ktorý dokázal skrotiť požívачnosť a primitívnu krutosť, muselo subtilne grécke myslenie vstupovať po špičkách.

Od konca 3. storočia pr.Kr. sú kontakty s gréckym svetom intenzívne. A tri storočia po Aténach začala byť Rimanom zrejماً aj súvislosť medzi filozofiou a politikou. Pravda, nikdy sa nepovzniesli na filozofickú úroveň Grékov a zdá sa, že realizmus, vlastný rímskej povahe, sťahoval politickú reflexiu z úrovne metafyzickej špekulácie na úroveň praktickej využiteľnosti poznatkov. Rimania sa neumárali bádáním nad podstatou sveta, ale siahli k tým filozofickým systémom, ktoré sa hodili na ich praktické potreby, predovšetkým k stoicizmu, epikureizmu a skepticizmu Novej Akadémie. Boli presvedčení, že filozofické úvahy majú svoje reálne bytie len v živote rímskeho štátu. A tak sa filozofia stala akousi teoretickou súčasťou rímskej štátnosti, súčasťou spoločenského zápasu, historiografie a umenia. Pomohla

aj politická rétorika. Optimus orator „vycvičený v klasickej dialektike bol jediným typom vzdelanca. Takýchto mužov nebolo veľa a Rím si ich vážil.⁶ Napokon tam, kde sa bolo treba preukázať vynikajúcim vzdelaním, podať skvelé výkony v rétorike a v politike, neskrývali rímski právnici, že sa učili od Grékov, píše Hattenhauer v Európskych dejinách práva.⁷ Zdá sa, že jedna filozofia inšpirovala myslenie dvoch protikladných politických strán, populárov i konzervatívcov.

Odlíšné predstavy o dobrej ústave

Politická filozofia v Grécku bola predovšetkým normatívnou disciplínou, zakotvenou v morálnej filozofii. Etika a politika, individuálne mravné konanie a politický život boli v koncepciách gréckych autorov neoddeliteľne späté. Politická filozofia sa preto pýtala najmä na podmienky správneho či spravodlivého spoločenského poriadku.

Idea spravodlivosti, ako plod historickej a filozofickej tradície, konvergovala v diele Platóna a Aristotela. Diké bola ideálom, o ktorý treba usilovať v reálnej politike, mystikou mudrcov, ktorí podľa nej majú riadiť polis, univerzálnym modelom každej dobrej organizácie, zábezpekou proti ľubovôli štátu. Na úrovni štátu sa tento pojem interpretoval ako idea rozdeľovania, na základe ktorej sa každý môže dožadovať toho, čo mu patrí, bez toho, aby prekročil svoje práva. Jej základným kameňom bola teda idea rovnosti a vzájomných povinností.

Spravodlivosť ako pravidlo verejného života umožňovala prekonávať protiklad medzi heterogénnosťou spoločnosti a unitárnosťou štátu, pretože bola potvrdením práva každej spoločenskej vrstvy, každého jednotlivca, ktoré mu patrí podľa prirodzeného zákona. Polis prežíva práve vďaka tomu, že zmieruje protiklady podľa zákonov kosmu a udržiava tak spoluprácu tried, harmóniu a spoluprácu.

O takejto spravodlivosti prišli poučiť rímskych politikov najlepšie hlavy troch veľkých filozofických škôl, ktorých Aténčania poslali v rokoch 155 až 154 pred Kr. do Ríma s diplomatickým poslaním: Kritoláa, šéfa Lýcea, Karneáda, zakladateľa Novej akadémie a stoika Diogéna. Všetci svoj pobyt využili na prednáškovú činnosť, ktorá už budila viac obdivu ako odporu.

Zo začiatku poznali vodcovia ľudu len hrubé popieranie filozofie, pohrdanie doktrínami a žiadali pre plebs materiálne výhody. Postupne sa

⁶ JOHNSON, P.: *Nepřátelé společnosti*, Rozmluvy, Praha 1999 s. 47.

⁷ HATTENHAUER, H.: *Evropské dějiny práva*, C. H. Beck, Praha 1998, s. 57.

v ich argumentácii objavujú jemnejšie tóny. Pravda, ich priamy a autentický výraz, jazyk či slovník nepoznáme, pretože právne texty sa nezachovali, iba dodatočná verzia rímskych annalistov a klasických spisovateľov, ktorí o prvom boji plebsu hovorili takmer vždy v súvislosti so stranou populárov, používajúc anachronickú terminológiu. Aj z tej je však zrejmý inšpirujúci dotyk gréckeho myslenia. Na archaické udalosti aplikujú koncepcie helenistických spisovateľov a používajú mentálne schémy gréckej filozofie. Prostredníctvom nich sa šírili kľúčové pojmy politického slovníka, ako *concordia*, *legalita*, *imperium*, *dignitas*, *auctoritas*, *fides*, *libertas*, *iura populi* a pod.

Tradičnou témou prvých diskusií bol konflikt medzi plebejcami a patricijmi. Túžba po slobode bola veľká, rozpínala sa na úkor rodovej aristokracie a v zábleskoch revolvy počas histórie Republiky boli oligarchické štruktúry stále viac potláčané.

Už obnovenie a rozšírenie kontrolných práv plebsu, jeho zastúpenie v Senáte, bolo veľkým výdobytkom na patriciáte. Ľudoví tribúni boli nedotknuteľní a okolo ich kompetencií, ktorými mohli korigovať privilégiá aristokracie (*provocatio*, *veto*, *intercessio* a pod.) sa odohrával tvrdý boj. Stále väčšie právomoci plebsu prešli do spoločného dedičstva Rimanov a len málo bolo tých, ktorí sa ich opovážili spochybňovať. Aj oligarchia v nich videla antické potvrdenie slobody v porovnaní s helenistickými monarchiami.

Bratia Grakchovci boli žiakmi stoikov, vedeli veci interpretovať filozoficky a mali výborné rečnícke nadanie. Rekonštituovali stranu populárov a pod priamym vplyvom gréckych ideí a doktrín vypracovali pre ňu politický program, ktorý sa pokúsili realizovať. V Senáte aj pred ľudom sa odohrávali veľké diskusie a oligarchia na túto výzvu nenašla pohotovú odpoveď. Kým populári zdôrazňovali suverenitu ľudu, nobilita poukazovala na porušovanie zákonov. Na oboch stranách sa uvádzali grécke príklady.

Tiberius Gracchus zapísal do srdca ľudového myslenia spravodlivosť ako *ius aequum*, ktorá bola stoickému ideálu bližšia ako čokoľvek iné. Nebola to tá istá požiadavka rovnosti, ktorá zaznievala z gréckych polis, ale Gracchovci našli v gréckom svete príklad spoločensko-ekonomickej rovnováhy, v prospech ktorej mal štát vyvinúť obrovský morálny, psychologický aj sociálny tlak. *Concordia*, ktorá potom vošla do prvých kníh Tita Lívia, mala byť šťastnou rovnováhou v štáte, v ktorom si jednotlivé vrstvy nekonkurujú, ale navzájom spolupracujú a dopĺňajú sa. V jej mene sa ľud dožadoval agrárneho aj súdneho zákona, ktoré Grakchovci prezentovali ako liek na verejnú čistotu, vojenské cnosti a zachovanie prestíže Ríma. Pred očami mali idylický Rím, v ktorom mal každý to, čo mu patrí. Aj správanie samotného Tibéria, založené na morálnej motivácii a vypätom zmysle pre povinnosť, bolo stoické.

Za globálnym programom Gracchovcov už stálo prinajmenšom logické, ak nie teoretické zdôvodnenie.

Zdá sa však, že stoická filozofia inšpirovala aj opačný politický prúd konzervatívov. Skryté stĺporadie boli síce v tej dobe prosté akýchkoľvek revolučných a reformátorských snažení, jeho žiaci si nechceli dať rozrušiť pokoj politikou. Zároveň však mali pred očami cosmopolis, ako realizáciu najvyššieho rozumu, na čele s dobrým vládcom. Filozofia stoicizmu umožňovala svojou pružnosťou veľké vnútorné odchýlky. Práve tak bola nejednotná aj rímska nobilita. Vzrušená reformátorským dynamizmom populárov, snívala o zachovaní poriadku, prestížnej morálky helenistických monarchií.

Pubius Cornelius Scipio Aemilianus, víťaz nad Kartágom, vytváral okolo seba krúžok filhelénov, v ktorých sa spájal rímsky charakter s jemnosťou gréckej kultúry. Od konca 2.storočia pr.Kr. ovplyvňoval veľkú skupinu politikov v tomto krúžku Panaitios z Rodu, hlava stoickej školy, ktorý žil v Ríme viac ako pätnásť rokov. Zachovali sa zlomky jeho pojednania O ústave (Peri politeiás), dosvedčujúce jeho veľkú rozhladenosť.

V Scipionovom krúžku bol aj mladý muž z Arkádie, ktorý bojoval na čele kavalérie proti italským oddielom, Polybios. Po porážke pri Pydne ho ako člena aristokratickej strany odľifrovali do Ríma. Vzdelanému, šarmantnému rukojemníkovi sa podarilo preniknúť do rímskej elity, stať sa priateľom významných ľudí. Nevyužil možnosť vrátiť sa do vlasti, cestoval po impériu a vytvoril monumentálne dielo, v ktorom opísal nezadržateľný rozmach mesta na siedmich pahorkoch. Robí lichotivú, ale zároveň presvedčivú analýzu rímskeho úspechu, ktorý pripisuje vynikajúcim politickým inštitúciám, mentalite Rimanov, ich občianskemu étosu a vojenskej technike.

Komentovanie rímskej ústavy už predpokladalo nielen nekonečne trpezlivo analyzovať konkrétne podmienky rôznych štátov, ale aj aplikovať filozofické úvahy na ich povahu, hodnotu, inštitúcie. Na osud Ríma aplikoval učenie svojich učiteľov Platóna a Aristotela o dekadencii foriem vlád. Uchýlil sa k tvrdeniu, že prevenciou deštrukcie je zmiešaná forma vlády.

Isteže, realita bola zložitejšia, to vedel aj Polybios, ale v jeho skratke treba vidieť prvé úsilie o analýzu rímskej politickej reality na základe kritérií gréckeho politického myslenia⁸.

⁸ NICOLET, C.: cit. d. s. 13.

Morálny ideál koroduje, Republika upadá...

Rimania dobývajú nesmierne priestory v Španielsku, v Afrike, mocné orientálne monarchie padajú jedna po druhej. Rím sa otvára všetkým cudzincom, zbiehajú sa k nemu ľudia, tovar, dane a on riadi, spravuje, zabezpečuje poriadok a právo, ešte prísne a spravodlivo. Tradičné politické štruktúry pôvodného mestského štátu sú neuveriteľne odolné a dlho sa adaptujú na potreby rodiaceho sa impéria. Ale ostré sociálne, politické a inštitucionálne krízy, ktoré prišli ku koncu 2.storočia, si vyžadujú zmeny na všetkých úrovniach. Ukazujú jasne, že republikánska ústava stále menej vyhovuje obrovskému impériu. Je treba hľadať nové prostriedky vládnutia, sformovať adekvátnejšiu, silnejšiu, zovretejšiu vládu. Pre nekonečné telo impéria je potrebná jedna hlava, jedna vôľa.

Tradície Ríma nie je možné vštepiť národom, ktoré žili svoju vlastnú históriu, republikánske ideály sa už nedajú uplatňovať vo sfére reálnej politiky a pred očami súčasníkov sa menia na mýtus. Ale paradoxne, práve teraz, v dobe nostalgie za slobodou, dostávajú koherentnejšiu, celistvejšiu formu.

Nobilita dospieva k programu s pevnou štruktúrou v dobe diktatúry Lucia Cornelia Sullu. Tento vzdelaný, nesebecký človek, bez samolúbosti a bez ilúzií o ľuďoch, neveril na zdravý rozum masy, s nikým sa opilo nebratříčkoval, bol to proste konzervatívec⁹. Po mnohých úspešných vojnách sa dal v roku 82 vymenovať za diktátora bez časového obmedzenia, čo bolo porušenie ústavy. Za niekoľko mesiacov vydal na základe svojej diktátorskej moci *republicae constituendae* zo dvadsať ťažiskových zákonov z oblasti verejného aj súkromného práva. Corpus týchto zákonov vytvoril základnú os rímskeho práva. Od doby Zákonov dvanástich tabúl nikto nevyvinul také obrovské úsilie.

Keďže Sullove memoáre sa stratili, z politických diskusií sa môžeme domnievať, že cieľom týchto zákonov bolo reštaurovať vo vnútri štátu *dignitas* a navonok *auctoritas*. Jeho zákony limitovali, ba až paralyzovali ľudového tribúna, upevnili moc zdecimovaného Senátu, tým, že mu vrátili súdnicstvo a úradníkov degradovali na jeho poslušné orgány. Táto legislatíva bola protiváhou a vlastne likvidáciou reforiem populárov.

Sulla odstránil korupciu, kupčenie s úradmi, právnu neistotu. Po Ríme sa zasa dalo chodiť aj v noci. Chcel byť Zakladateľom, novým Romulom, túžil zachrániť Republiku, „no tak ju a jej základné myšlienky podmínoval, že vošiel do dejín ako jeden z jej hrobárov“¹⁰.

⁹ FERNAU, J.: *Zdraví vás Caesar*, Brána, Praha 2001, s. 38.

¹⁰ *Lexikón antiky, Actuell*, Bratislava 2008, s. 30.

Keď Sulla ukončil občiansku vojnu, vzdal sa diktatúry a utiahol sa do súkromia, kde sa venoval literárnej práci. Žil už len rok, ale zanechal silnú stopu morálnej autority. Na jeho pohreb putovala celá Itália. Naposledy pred ním nastúpila armáda. Populári rýchlo vyšli do ofenzívy, ale krvavá represia Senátu skoro ukončila ich aktivitu.

Noblesu, s akou Sulla opustil svoju moc, zhodnotil Gaius Iulius Caesar ako nepochopenie pravidiel hry v politike. Neváhal použiť pragmatické spojenectvo, peniaze, vojenské úspechy, pokrytectvo, intrigy, ale aj obozretnosť, autenticnosť a talent, aby sa dostal na vrchol politickej moci. Nie k hocijakej, ale absolútnej moci: Senát a ľud rímsky ho vymenoval najprv na desať rokov, potom doživotne za neobmedzeného diktátora. Práve on bol tým skalpelom, ktorý urobil rázny rez a popretím občianskych slobôd zasadil smrteľný úder Republike.

Rím ale ešte nechce kráľa, ani boha. Vodca tradičnej senátorskej politiky Cato z Utique, sa pokúša vrátiť do hry veľké témy konzervatívneho myslenia. Prináša na Forum svoje stoické filozofické a morálne presvedčenie, z ktorého čerpá obrovskú prítomnosť voči skorumpovaným senátorom, vojenským vodcom i populárom. Vo svojom sne o čistote ostáva osamotený. V jeho tradičnej aristokratickej morálke je nostalgia za slobodou, slobodou vznešeného jedinca, či Senátu, už ostro postaveného proti ľudu. V jej mene sa ponáhlal Cato do občianskej vojny proti Caesarovi. Jeho obeť bola obeťou stoika, ktorý hľadá posledné útočisko pred tyraniou v smrti. No rímska oligarchia v nej našla už len rezignáciu, ktorá skrývala bezmocnosť a dlhú agóniu.

Senátori radšej konšpirujú proti Caesarovi, snujú plán politického atentátu. Vojak, ktorý sa presekal stovkami bitiek, je na smrť dobodaný v centre starorímskej štátnickej múdrosti, v Senáte. Porušenie ústavnej tradície prinieslo tomuto sebaistému, výnimočnému mužovi smrť.

Režim, ktorý sa sformoval po jeho smrti, po dvadsiatich rokoch krutých občianskych vojen, po skúsenostiach s triumvirátmi, ktoré nemali žiadny právny podklad, zrušil republikánske slobody. V roku 27 pr.Kr. sa Rím vracia k monarchii.

Rím sa vracia k monarchii

Jediný víťaz v občianskych bojoch, Caesarov adoptívny syn Octavianus, si dáva titul princeps. Zámerne sa vyhol označeniu kráľ. Presahuje kráľa v majestátnosti, pretože rešpektuje slobodu Rimanov.

Dáva si kultovné meno Augustus, aby zdôraznil, že je inkarnáciou božej sily na zemi a v štáte udržiava jednotu, ktorá je obrazom univerzálnej harmónie.

Akú právnu povahu mal režim, ktorý nazývame principátom? Aké boli právomoci panovníka? Bol imperator, mal imperium (z latinského slova „*imperium*“, čo znamená moc nad slobodnými ľuďmi), bol najvyšším veliteľom ozbrojených síl. Počítal s brutálnou silou: armádou, ale titulom princeps trval na civilnom, nielen na vojenskom charaktere svojej moci. A urobil všetko, aby tomuto vojenskému režimu, ktorý sa zatiaľ opiera o moc práva, nasadil masku republiky. Nevytváral nové úrady, navonok rešpektoval a zachovával tradičné inštitúcie, len ich zbavoval zmyslu.

Spomeňme si, že pád Republiky bol spôsobený konfliktom populárov so senátorskou stranou: tribúni a konzuli stáli proti sebe. Augustus sa rozhodol prezieravo v sebe zlúčiť ducha Grakchovcov s tradíciou Senátu, oprieť sa o plebs aj o skrotený Senát. Bol konzulom aj tribúnom. Obe moci tým zbavil ich podstaty, teda republikánskeho obsahu.

Od roku 46 pr.Kr. je rímske štátne zriadenie Republikou len podľa názvu, ale Augustus je natoľko listivý, že dáva republikánsku ideológiu do služieb cisárstva. Raný principát celkom vedome a dôsledne zaodieva svoj monarchistický obsah do quasi republikánskej formy. Ale aj v dobe jeho upevnenia si zachováva význam ideál, utkaný z republikánskych predstáv. Cisári sa úporne a demonštratívne snažili prejavovať úctu k republikánskej tradícii, pretože ich režimu dávala morálnu legitimáciu. Znamenala vernosť rímskej politickej tradícii a zjednávala konsolidáciu v ideologickej oblasti.

Kľúčovým faktorom ideovej histórie Ríma sa stáva roztržka medzi reálnym politickým vývojom spoločnosti v novom cisárskom režime a úporným konzervovaním morálnych hodnôt, orientovaných na republikánsku minulosť.

Rimania chceli vedieť, v čom žijú

Každý sa nedal oklamať, neprijal túto fikciu. Režim narážal aj na ideologických oponentov, ktorí trvali na tom, že poslaním filozofie je hľadať pravdu a nemôže sa zmieriť s klamstvom, pokrytectvom totalitnej politiky. Bol to boj osobností, ktorý mal často dramatické vyústenie, ale napodiv prispel ku koherentnému vyjadreniu republikánskych ideálov, k ideológii. Ich zásluhou vzniká v Ríme politická filozofia v pravom slova zmysle, odpútaná od náboženstva, postavená na prepracovaných teoretických základoch.

Iste, história Ríma je plná širokých programov, inšpirovaných politickým presvedčením, aj ich konzistentnou realizáciou (Gracchovci, Lívius Drusus, Cato, Sulla, Caesar). Panaitos a Polybios kliesnili cestu teórii, doktríne, všetko to však bolo posunuté do sveta praxis. Žiadny text, žiadne teoretické

spracovanie, ktoré by zodpovedalo kritériám kladeným na politickú filozofiu, sa nám nezachovalo a asi ani nebolo.

O politickej filozofii v Ríme môžeme hovoriť od chvíle, kedy Marcus Tullius Cicero prekladá do latinčiny Platónove diela Ústava a Zákony a aplikuje grécke paradigmy na špecifické rímske pomery.¹¹ Tu začína politická sebareflexia národa, ktorý sa z poľnohospodárskej osady zmenil na svetovú ríšu.

Jeho pôvod, bohatý temperament, výnimočná inteligencia a politické ambície, ho viedli ku kontroverzným reakciám: bol priťahovaný aj odpudzovaný konzervatívnou aristokraciou, ktorá mu celý život dávala pocit, že je homo novus, votrelec, parvenu a neušetrila ho žiadneho poníženia. Obdiv k osobnostiam, myslenie živé gréckou filozofiou a rétorské umenie ho zasa vzdŕaľovalo od vidieckeho ideálu Ríma. A tak bol tupený aj rozmaznávaný ľuďom.

To, čo sa z jeho diela zachovalo, nám dovoľuje tvrdiť, že bol prvým rímskym mysliteľom, ktorý systematicky konfrontoval idey gréckych filozofov, najmä Platóna, Aristotela, stoikov a Novej akadémie s potrebami politickej praxe. Na nevyhnutnosť permanentného dialógu medzi tým, čo je, a tým, čo by malo a mohlo byť, nikdy nezabúdal. Preto v jeho diele nájdeme politické myslenie prezentované na úrovni každodennej praxe, ktorú získal v priebehu oslňovej, ale nešťastnej kariéry a ktorú dokázal uviesť do širokej filozofickej perspektívy.

Pred každým uvažovaním o politike upozornil Cicero na to, že nie je nejakou neracionálnou praxou, ale pod jej rozporuplnými aspektmi možno odhaliť hlboké pramene. V základe každej politiky videl Cicero, tak ako Platón, potrebu skúmania povahy ľudskej spoločnosti, ktorá nie je výsledkom náhody, ale globálneho osudu, pravého rozumu Božstva, prirodzeného zákona. Môžeme sa k nemu priblížiť namáhavým úsilím a postupne ho dešifrovať ako morálku. Bola to aj stoická koncepcia, ktorá kládla začiatok spoločnosti do citu pre spravodlivosť, imanentného človeku. Optimistická a vznešená koncepcia, spočívajúca na metafyzických základoch a popierajúca utilitarizmus sofistov.

Celá III.kniha Republiky je zasvätená spravodlivosti, ktorú štáty uskutočňujú vo vzťahoch medzi občanmi i vo vzťahoch s ostatnými štátmi. Diskutujú tu o nej grécki filozofi, najmä Panaitios a Polybios, so skúsenými rímskymi politikmi. Cicero vnáša do verejného práva princíp aequity (aequabilitas), z ktorého odvodzuje základné práva občanov. Právo na spravodlivosť pre každého je rímskym vyjadrením prirodzeného práva a pokusom o právnu definíciu štátu. Chce presne určiť pravidlá, práva a povinnosti, ktoré povedú ku

¹¹ DOSTALÍK, P.: Vliv řecké filosofie na formování římských představ o státu. In: Knoll, V. (ed.): Pocta Stanislavu Balíkovi k 80. narozeninám, Aleš Čeněk, Plzeň 2008, s. 71.

concordii ordinum alebo podľa platónskej metafory k „harmonickej piesni“. Precizuje kompetencie jednotlivých zložiek zmiešanej vlády Republiky. Svornosť stavov umožňuje účasť všetkých vrstiev spoločnosti na vláde, pričom zachováva vládu a privilégiá „popredných mužov v štáte“ (*De Republica* 1, 39), bývalých magistrátov, ktorí majú skúsenosti s riadením štátu, výkonom súdnictva či vojenským velením.

Morálka a politika idú u Cicera ruka v ruke. Štát musí byť ľudskou kópiou Diké. Originálnosť Republiky bola v tom, že dôležitú časť svojho života postavila na morálke a urobila z toho takmer princíp. Politika bola *virtus*, teda preložené: chcem sa pozrieť sám sebe do tváre, pretože Rím, to som ja. Súčasťou súkromnej morálky bola aj služba verejnému životu, štátu. Cicero pripomínal svojim súčasníkom humanitas, zmysel pre ľudskú slušnosť a ľudomilné cítenie, spojené so stoickou vierou vo všeobecné bratstvo ľudí. Cicera odlišuje od úsilia jeho predchodcov a súčasníkov, ktorí tiež pociťovali nevyhnutnosť zaviesť poriadok, reštrukturalizovať štát, to, že ani jeden z nich nemohol či nechcel prezentovať politické reformy ako skutočný teoretický korpus, odvodený z filozofie.

Pevnosť republikánskej moci bola podporovaná tradičným, neopakovateľným systémom hodnôt, predovšetkým vyváženosťou hybnej energie osobnosti s harmonizujúcou silou štátu, oddanosťou a službou rei publicae, rímskou solidaritou, hrdosťou na veľkosť a tradície Ríma. Republika bola postavená na cnosti a poctivosti. Nič nebolo také nepredajné ako volebný hlas a súdny rozsudok. Výchova občanov bola podporovaná výchovou a náboženstvom. Rímska mládež sa od malička učila Vergíliovu Aeneidu, aby pochopila veľkosť a tradície Ríma, učila sa oddanosti štátu. Zdá sa, že Rím nemilovali občania preto, že bol veľký, ale Rím bol veľký, pretože ho občania milovali (Chesterton).

Politiku Cicero definuje vo vzťahu k spravodlivosti, ktorá musí svojim argumentom podriaď aj dynamiku moci. Politik je sluha verejnosti (*De Legibus*, III.2), ktorý by mal byť obetavý, predvídavý, meditatívny, v období krízy rozhodný a odvážny. Mal by mať noblesu a vážnosť, filozofickú kultúru a výrečnosť, za sebou vojenskú slávu. Nesmie vybočiť z rámca práva. Človek by nemal ísť do politiky kvôli verejnému uznaniu, bohatstvu a moci, ale aby zlepšil život komunity, v ktorej žije. Mal by to byť princeps, prvý medzi rovnými, pričom jeho primát nie je daný funkciou, ale autoritou jeho názorov a schopnosťou integrovať sociálny celok.

Cicero je presvedčený, že liekom na občiansky rozvrat je spojenie slávnych rímskych ústavných tradícií s princípmi gréckej filozofie a náuky o štáte. Od Platóna, ktorý ho inšpiruje, sa odlišuje tým, že jeho myslenie je hlbokým dialógom medzi myslením a činom, čo je základom každej skutočnej politiky. Rímska ústava má byť pevne zakotvená v ústavnej tradícii, jej inštitúcie

modifikované tým najlepším, k čomu došla grécka filozofia, ale aj historickou skúsenosťou, praxou.

Cicero nielen systematicky analyzoval problém harmonického fungovania ústavy. Jeho faktická moc v Ríme mu dávala morálnu a sociálnu základňu pre program občianskej solidarity. Cicero používa pojem *consensus universum*, precizuje a zdôvodňuje jeho obsah.

Táto politika však v roku 60 pr. Kr. padla a opustený, zradený Cicero odchádza do exilu. Keď skončila doba nedobrovoľnej utiahnutosti, bol úpadok Republiky ešte zrejmejší a on hľadá možnosti jej záchranu. Vypracováva najkrajšiu obranu republikánskej politiky, aká bola kedy urobená. Bol to najdôležitejší pokus založiť filozofiu politiky od Platónových čias, v ktorom sa podarilo spojiť dva najvýznamnejšie kultúrne odkazy staroveku.

Keď Cicero videl, že Republika, tak ako ju videl vo svojich predstavách, sa prepadá hlboko do minulosti, dal sa zavraždiť katanmi Marka Antónia. Na rečníckom pulte v Senáte boli pribité jeho ruky, na výstrahu všetkým, ktorým by hádam napadlo trúsiť po Senáte filipiky. Potom bola jeho hlava vystavená na Fóre. Takto zomrel najlepší ideológ starých rímskych inštitúcií, ich veľkosti i biedy, intelektuál v politike a muž činu zároveň. Ním sa završuje história rímskeho politického myslenia. Znamená to, že ho viac nebude?

Prichádzajú cisári, bohovia

Keď si Augustus dal titul princeps, musel si spomenúť na Cicerona, ktorý v slávnom texte Republiky (II, 51) použil tento pojem na označenie tutora a procurora Republiky, najstaršieho zo senátorov, ktorý je aj cenzorom, zmierňuje vášne rôznych záujmových skupín a zabezpečuje stabilitu inštitúcií. Tieto pojmy nemali žiadny právny obsah, vychádzali skôr z politickej filozofie a ich účelom bolo vyjadriť ducha inštitúcií. Osvietený a prešibaný politik ich využíva na to, aby svoju absolútnu moc dostal pod baldachýn Republiky a zároveň mohol uhnúť.

Áno, Augustus sa prezentoval ako človek, poverený chrániť Republiku a ochraňovať mravy (*cura morum*).¹² Zmocnil sa moci, *politus rerum*, a to spôsobom, ktorý bol charakteristický pre režimy, ktoré grécki filozofi už od Xénofonta opisovali ako tyranie. Vedel to, ale chcel dať svojej moci legitimitu, počestný a legálny charakter. A tak to urobil na základe všeobecného konsensu (*consensus omnium*). Potom odovzdal vládu Senátu a uskutočňoval iba

¹² Bližšie pozri: MICHEL, A.: *La Philosophie politique á Rome d'Auguste á Marc Aurel*, Armand Collin, Paris 1969, s. 23.

funkcie, ktoré na neho Senát delegoval ako na prvého, najlepšieho občana štátu. Sústredil vo svojich rukách oba typy moci: stál na čele Senátu a zároveň bol ľudovým tribúnom. Mal teda absolútnu moc, ale napríklad V *Res gestae* tvrdil, že svojich úradníkov prevyšuje nie v potestas, ale v auctoritas, teda v morálnej prestíži. A *iustitia*, *clementia* či *pietas* nepotrebujú právny základ. Ak si spomenieme, že Cicero v diele *De Republica* zakladá existenciu politickej spoločnosti na všeobecnom konsense, začíname tušiť, že základné pojmy augustovskej ideológie sa objavovali už v republikánskom politickom myslení. Principát garantuje občianske slobody aj v monarchistickom režime. No Augustus nezdiedal optimizmus, ktorý u Platóna pramenil v ideáloch a u Ciceróna v tradícii slobody a legality v Republike. Vedel, že aj najmorálnejší vládca musí riadiť štát, v ktorom sú aj zlí ľudia a tým treba jednoducho násilím vnútiť morálny poriadok. Poznal Cicerónovu nechúť a pohrdanie k davu, také protikladné s jeho úctou k osobnosti, a dobre ju chápal. Ak morálka upadla a medzi občanmi boli spory, pokojne obmedzil slobody.

Augustus celkom vedome zaodieval elementy svojej absolutistickej moci do noblesného šatu Republiky. Principát prikrýval všetky atribúty kráľovstva a bol klamstvom. Bola to možno svätá lož, pretože ponechala ľudu ilúziu slobody a stratenej dôstojnosti

Skutočnosť, že totalitný režim sa neznáša so slobodným myslením, nás vedie k očakávaniu, že táto doba nepriala politickej filozofii. Veľa Sallustiových spisov však dokazuje, že Augustus poznal gréckych filozofov. V mladosti bol žiakom peripatetika Athénodóra a v dospelosti dával prednosť Ariovi Didymovi, eklektikovi so stoickými sklonmi. V okolí jeho adoptívneho otca Caesara stretal filozofov, vzdelancov, vedcov, ako boli Strabón či Varro. Na začiatku svojej politickej kariéry navštevoval Ciceróna a po tom, čo ho nechal umrieť, obnovil kontakt s jeho priateľmi. Zasadzoval sa o rozvoj literatúry, poézie, vedy. Zo všetkých týchto prúdov čerpal názory, ktoré mu umožnili definovať rôzne aspekty imperiálnej ideológie.

Vynikajúcou propagandou dokázal svoj násilný režim prezentovať ako vysoko morálny a mierový. V rámci propagandy používal slová v ich nepravom význame, vypožičané pojmy modifikoval a zradil, ba dá sa povedať, že lož bola pre neho pracovnou metódou. Nebola tu však len propaganda, ale aj široká, koherentná doktrína, politická filozofia, aplikovaná na všetky aspekty Augustovej vlády.

Augustovi nemožno uprieť široký rozhľad. Pochopil svoj režim, zrodený v krízach a vedel, že fikcia principátu je nádejou na prekonanie kríz a návrat k cnosti. Pravdaže, svoj plán mohol realizovať nielen vďaka hlbokej znalosti histórie Ríma a gréckej filozofie, ale aj vďaka tomu, že občianske vojny zničili všetky spoločenské štruktúry, ktoré sa mohli postaviť na odpor.

Pokoj a blahobyt za cenu slobody

Pestovanie vlastnej dignitas, služba veľkým povinnostiam, sa stali poslaním imperátora. Veď vládol najlepší: optimus et unus. Občania sa mohli venovať vlastným záujmom, súkromný priestor všetko sťahoval na svoju obežnú dráhu a akoby odkrivil priestor verejný. Ale bolo to pre všetkých prijateľné? Neoberala rezignácia na politiku, strata ambícií participovať na verejnom živote, (okrem snáh povinnosti solidarity v prípade ohrozenia štátu) rímskeho občana o dôstojnosť? Môže si dopriať otium, pokoj, rezignáciu? Čo radia grécki mudrci?

Stoici boli presvedčení, že dobrý občan je ako vojak na stráži a nesmie dezertovať. Epikurejci považovali politické ambície za stratu duševného pokoja. Kynici mali pre verejnú činnosť len pohrdanie.

Prototypom vznešeného Rimana bol Seneca (*De tranquillitate animi*), ktorý sa nemohol zmieriť s pokrytectvom, dvojtvárnosťou Augustovho režimu. Veď bol senátorom, príkladom, normou mravov! Stačilo, keď sa objavil v Senáte a znamenalo to súhlas, komplotivo s cisárom. Nejaký čas skúsil kolaborovať a voliť menšie zlo: stal sa Neronovým poradcom. Ale keď jeho duša nebola pokojná a kredit sa pri dvore zmenšoval, zvolil si otium. Nie, nepodnikal nijaké kroky proti panovníkovi a ostal verný prísaha, nechcel zmeniť politický poriadok, iba prestal viesť dialóg s nespravodlivou mocou. Vystavil sa pomste vládcu, ktorý potreboval nielen lojálnosť, ale aj podporu. Východiskom bola iba samovražda, únik do „sladkej smrti“ (Tacitus).

V dobe filozofa na tróne, Marka Aurélia, sa otázky svedomia vo vzťahu k režimu dostávajú do trošku inej perspektívy. Sám panovník, inšpirovaný morálkou služby bývalého otroka Epiktéta, povzbudzoval k svätému plneniu poslania, ku ktorému nás predurčila naša prirodzenosť, bez toho, aby sme čakali veľkú slávu, bez nárokov a ilúzií. Isteže netreba podceňovať slobodu, ale netreba ju zamieňať s privilegiom ignorancie verejných záujmov.

Režim sa vyvíja k stále dokonalejšej monarchii: žiadne pokusy o návrat k Republike, žiadne stopy inštitúcií zmiešanej vlády v imperiálnej ideológii. Rimania uznali, že potrebujú kráľa. Ak nie na iné, tak na zastavenie dekadencie.

Rétorom, historikom, satirikom je drahý motív dekadencie mravov. Vypočítavajú kazy rímskeho charakteru, najmä obrovskú korupciu vo verejnom živote a stavajú proti nej prísnu poctivosť starých Grékov a Rimanov. A nie sú to len žalostné a prázdne lamentácie. Bilancia Augustovej snahy postaviť principát na ich reforme nebola veľmi priaznivá. Veľa sa hovorilo o tom, že civilizácia luxusu zničila úprimnosť, odvahu, disciplínu. Senátori mysleli na odpočinok a zábavu, ľudu stačil chlieb a hry. Šťastie malo nebezpečnú príchut', priveľa bohatstva neprialo tradičnej múdrosti.

Neúspech augustovského moralizmu odhalil slabiny ideológie principátu. K slovu sa dostávajú eklektizmus a neoplatonizmus. Stúpenci Platóna, sklamaní Aristotelovým, Polybiovým a Ciceronovým ideálom zmiešanej vlády, sa vracajú k doktríne tzv. liberálneho césarizmu.¹³ Malo ísť o akúsi „demokratickú monarchiu“, nastolenie demokratických pravidiel v rámci absolutistickej monarchie. Rím akceptoval monarchiu a akceptoval ideológiu, ktorá mu to uľahčila: platonizmus a pytagoreizmus, ktoré umožňovali zmierenie sa s absolutistickou monarchiou, aristokratickou svojimi cnosťami, a demokratickou svojimi prejavmi.

Áká bola za tým politická filozofia? Zodpovednosť za zachovanie kultúry, civilizačné poslanie Ríma, jeho filozofický a právny univerzalizmus. Už Augustus sa prezentoval ako univerzálny zákonodarca, reprezentant civilizácie. Tacitus túžil po jednote rímskeho sveta a bol presvedčený, že rímske panstvo zabezpečí mier a prosperitu všetkým. Keď videl bezbrehý kolonializmus Ríma, domnieval sa, že podrobené národy sú vďačné za pevnú ruku. Veď Rím barbarov zjemňoval, učil ich menej milovať slobodu a tým ich pacifikoval. Aj grécky rétor Aelianus Aristid v Chvále Ríma, ktorú predniesol pred Markom Auréliom, tvrdil, že Rím nepotrebuje zbrane, aby si podmanil svet, prináša zmierenie Východu a Západu. V rímskej ríši videl realizáciu jednoty civilizovaného sveta – oikuméné.

Politická filozofia Ríma prostredníctvom svojich veľkých humanistov priniesla západnej kultúre pretrvávajúce témy, vynikajúce politické a právne inštitúcie. Komplexná, rozporuplná tradícia Ríma, pružný empirizmus, vlastný rímskemu géniu, to všetko umožnilo realizovať to, o čom helenistický svet dávno sníval: zrušenie polis a jej nahradenie cosmopolis, štátu, ktorý prekonal partikularizmy a ktorého právo sa meralo prirodzeným zákonom. Veď impérium integrovalo do neobyčajne dokonalého, ekonomického a kultúrneho celku, do prestížneho helenistického sveta, v ktorom sa prelínajú ľudia, jazyky, tovary. Tam, kde neuspeli Gréci, uspeli Rimania. Veľkosť Ríma, spoločná Cisárstvu aj Republike, bola v „schopnosti rozpoznať božské v ľudskom, transcendentné v činoch, slobodu v otroctve“¹⁴.

¹³ MICHEL, A. cit. d., s. 77.

¹⁴ MICHEL, A. cit. d., s. 117.

Rzymskie ustawodawstwo karne w kodyfikacji justyniańskiej

Marek Kuryłowicz

1. Rzymskie prawo karne rozwijało się głównie poprzez ustawy (*leges*), określające zarówno rodzaj przestępstwa, jak i kary oraz postępowanie przed powołanym państwowym sądem dla takich spraw (*iudicia publica*).¹ Pewne znaczenie miały również uchwały senatu (*senatus consulta*), a w okresie pryncypatu, po zaniku działalności zgromadzeń ludowych (*comitia*) i osłabieniu pozycji senatu, decydującą rolę zaczęły odgrywać rozporządzenia cesarskie (*constitutiones*), wprowadzające wiele nowości do dotychczasowego katalogu przestępstw, głównie jako tzw. *crimina extraordinaria*.

Ważne znaczenie miał również ścisły związek prawa karnego z procesem karnym. Ustawy w sprawach karnych miały z reguły charakter procesowy, określając zarówno odpowiedzialność, jak i postępowanie za oznaczone przestępstwa przed powołanym państwowym trybunałem dla takich spraw (*iudicia publica*). Dotyczyło to zwłaszcza *quaestiones perpetuae* z okresu republiki i pryncypatu, ale ustawy te zostały w większości utrzymane w mocy także po wyparciu *quaestiones* z początkiem III w. n.e. przez sądownictwo cesarskie.² Mniejsze było natomiast zainteresowanie jurystów rzymskich prawem i procesem karnym. W okresie republiki i początkach pryncypatu była to domena raczej mówców sądowych, ponadto zmienność ustawodawstwa

¹ Podstawowe wiadomości o rzymskim prawie karnym zawiera dzieło Th. MOMMSENA, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899; przedruk Graz 1955. Z innych wymienić należy m.in. A. H. M. JONES, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford 1972; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1989; 1998, także w przekładzie na język niemiecki przez E. HÖBENREICH: *Verbrechen und ihre Verfolgung im antiken Rom*, Lecce 1997; ponadto O. ROBINSON, *The Criminal Law of Ancient Rome*, London 1995 oraz R.A. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, London-New York 1996. Tu zostanie przytoczona literatura przede wszystkim w języku polskim. Ostatnio patrz też L. GAROFALO, *Pojęcia i żywotność rzymskiego prawa karnego*, Zeszyty Prawnicze UKSW 3.1, Warszawa 2003, s. 7-39.

² Obszerne przedstawienie u W. LITEWSKIEGO, *Rzymski proces karny*, Kraków 2003 (z dalszą literaturą). Patrz też W. MOSSAKOWSKI, *Powolywanie sędziów *quaestiones perpetuae* w okresie republiki rzymskiej*, *Acta Universitatis Nicolai Copernici (AUNC)*, Prawo XXXV, zeszyt 304, Toruń 1996, s. 66-77.

karnego i większa swoboda sędziowska nie sprzyjały rozwojowi nauki prawa w tym zakresie.³

Nie było też osobnych kodyfikacji prawa karnego. Ustawa XII Tablic (451-450 r. p.n.e.), Kodeks Teodozjański (438 r. n.e.) czy kodyfikacja justyniańska (528-534 p.n.e.) obejmowały głównie materiał z zakresu prawa prywatnego. Przegląd ustaw karnych dodany został jednak w tytule 4,18 Instytucji Justyniańskich (*De publicis iudiciis*), zaś w najobszerniejszej części justyniańskiej kodyfikacji, tj. w Digestach (D.) wśród 50 ksiąg czynom bezprawnym prawa prywatnego (*delicta*) i prawa publicznego (*crimina*) poświęcone zostały dwie księgi 47 i 48, nazwane przez samego Justyniana dwiema księgami budzącymi postrach (*duo terribiles libri – Constitutio Tanta* 8a). Po jednej księdze poświęcają prawu karnemu Kodeks Teodozjański (księga 9) oraz Kodeks Justyniański (również księga 9).

Wcześniejszy rozwój rzymskiego ustawodawstwa karnego przebiegał w różnych i różniących się od siebie etapach. Szczególne znaczenie miały ustawy z czasów dyktatury Korneliusza Sulli (82-79 p.n.e.), określane jako *leges Corneliae* oraz ustawodawstwo wydane za panowania cesarza Augusta (27 p.n.e. – 14 n.e), tak zwane *leges Juliae*. Te dwa kompleksy ustawodawcze: *leges Corneliae* i *leges Juliae* tworzą w sumie trzon rzymskiego ustawodawstwa karnego końca republiki oraz pryncypatu.⁴ Uzupełniają je pojedyncze ustawy oraz uchwały senatu z okresu republiki.⁵

Próby periodyzacji w tym zakresie są ciągle dyskusyjne. Punkt wyjścia stanowi podział określony przez Th. Mommsena, który wyróżnił sadownictwo magistraturalne, proces komicjalny oraz postępowanie przed sądami przysięgłymi (*quaestiones*). Podział ten opiera się jednakże przede wszystkim na kryteriach procesowych, nie uwzględnia przemian w okresie cesarstwa (pryncypatu i dominatu), a także roli ustawodawstwa w kształtowaniu

³ Por. W. BOJARSKI, Prawo rzymskie, Toruń 1983, s. 349; W. Litewski, Jurysprudencja rzymska, Kraków 2000, s. 59; 63.

⁴ O *leges Corneliae* patrz K. AMIELAŃCZYK, Ustawodawstwo Korneliusza Sulli na rzecz restauracji republiki i zaprowadzenia porządku publicznego, *Annales UMCS sectio G Ius* 38, Lublin 1991, s. 1-14; o ustawach Augusta (*leges Juliae*) H. D. ZIEGLER, *Untersuchungen zur Strafrechtsgesetzgebung des Augustus*, München 1964.

⁵ Por. R. A. BAUMAN, The '*Leges iudiciorum publicorum*' and their Interpretation in the Republic, Principate and Later Empire, w: *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* (ANRW), Band II.13, Berlin 1980, s. 103-233; M. ELSTER, *Die Gesetze der mittleren römischen Republik. Text und Kommentar*, Darmstadt 2003 (recenzją K.-J. Hölkeskampfa w *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt. /ZSS/*, Bd. 122, 2005, s. 258-267). D. FLACH, *Die Gesetze der frühen römischen Republik. Text und Kommentar*, Darmstadt 1994; Przegląd również u Litewskiego, *Rzymski proces karny*, s. 39-45.

rzymskiego prawa karnego.⁶ W tym ostatnim kierunku zmierzała synteza W. Kunkela (rozwój w okresie przedsullańskim), choć i on kierował się zasadniczo rozwojem procesu karnego.⁷ Inne próby periodyzacji opierają się na kryterium ustrojowym, ewentualnie z uwzględnieniem także etapów rozwoju prawa rzymskiego oraz ustawodawstwa karnego.⁸ Nie wchodząc tu w szczegóły można na podstawie dotychczasowych ustaleń przyjąć następującą periodyzację rzymskiego prawa karnego:

- 1) Okres prawa archaicznego – królestwo i początki republiki z ustawą XII Tablic.
- 2) Okres ustawodawstwa epizodycznego po ustawie XII Tablic do objęcia władzy przez Sullę.
- 3) Okres rozwoju ustawodawstwa w sprawach karnych od Sulli (*leges Corneliae*) do Augusta (*leges Juliae*) – okres ustawodawstwa systemowego.
- 4) Okres rozwoju za pryncypatu drogą twórczej interpretacji ustaw karnych przez senat (*senatus consulta*) i jurysprudencję klasyczną oraz prawodawstwo cesarskie (*constitutiones*), wprowadzające m. in. nowe *crimina extraordinaria*.
- 5) Okres dominatu (dalsze ustawodawstwa cesarskie oraz próby systematyzacyjne i kodyfikacyjne – *Codex Teodozjański*).
- 6) Rzymskie prawo karne w kodyfikacji justyniańskiej.

2. Zwięzłą charakterystykę prawa i postępowania karnego zawiera tytuł 4,18: *De publicis iudiciis* w Instytucjach Justyniana.⁹ Jest on o tyle nowością, że Instytucje Gajusa (II w. n.e.), na których justyniańskie są wzorowane, o prawie karnym i postępowaniach publicznych w ogóle nie wspominają.

Nazwa *iudicium publicum* oznacza postępowanie publiczne w sprawach

⁶ G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, [w:] *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, Bd. II, 14, Berlin 1982, ss. 723; 731. Ponadto L. FANIZZA, *Giuristi crimini leggi nell'età degli Antonini*, Napoli 1982.

⁷ W. KUNKEL: *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München 1962; Por. także R. PESARESI, *Studi sul processo penale in età repubblicana*, Napoli 2005 (recenzja M. Peinhopf w ZSS 124, 2007, s. 666-668).

⁸ Por. na ten temat ostatnio K. AMIELAŃCZYK, *Z historii ustawodawstwa rzymskiego w sprawach karnych. Próba periodyzacji*, w: *Acta Universitatis Wratislaviensis No 3063. Prawo CCCV*, Wrocław 2008, s. 11-24; wcześniej także W. MOSSAKOWSKI, *Problematyka periodyzacji rzymskiego prawa karnego*, AUNC Prawo 34, Toruń 1994, s. 3-14.

⁹ Instytucje justyniańskie ukazały się również w przekładzie Petera Blaha na język słowacki: *Justiniánske Inštitúcie*, Trnava 2000; patrz recenzje: L. VOJÁČEK, *Orbis Iuris Romani (OIR) VII*, 2002, s. 163; E. ŽAK, *Czasopismo Prawno-Historyczne (CPH) 53*, 2001, zesz. 2, s. 238-241.

karnych (proces karny). Regulację ustawową procesów cywilnych oraz karnych przypisuje się już cesarzowi Augustowi, z którego inspiracji uchwalone zostały w 17 r. p.n.e. dwie ustawy sądowe (tzw. *leges Juliae iudicariae*), a mianowicie *lex Julia iudiciorum privatorum* (w odniesieniu do postępowania cywilnego) oraz *lex Julia iudiciorum publicorum* (o postępowaniach karnych). Prace o postępowaniach publicznych (*De iudiciis publicis*) pisali również juryści klasyczni, tak samo zatytułowana jest księga 48 Digestów *De publicis iudiciis*, do której zresztą Instytucje justyniańskie odsyłają.¹⁰

Większą część tytułu Inst. 4,18 stanowi przegląd obowiązujących ustaw karnych.¹¹ Jako pierwszą wymienia Justynian w Instytucjach (4,18,3) *lex Julia maiestatis*. Chodzi tu o ustawę z r. 8 p.n.e o obrazie majestatu. Zastąpiła ona poprzednią *lex Cornelia de maiestate* (r. 81 p.n.e.) oraz prawdopodobnie ustawę Cezara (*lex Julia de maiestate*) z r. 46 p.n.e.¹² Następne w kolejności Instytucji to ustawodawstwo przeciwko cudzołóstwom i występkom obyczajowym (Inst. 4,18,4). Głównie chodzi tu o *lex Julia de adulteriis coërcendis* z r. 18 p.n.e. – ustawę o karaniu cudzołóstw, które stały się przestępstwem ściganym publicznie właśnie od tej ustawy Augusta. Objęte były tym ustawowym zakazem również inne przypadki uwiedzenia niezamężnej kobiety nawet bez użycia siły (*stuprum*).¹³

Ważną ustawą była *lex Cornelia de sicariis et veneficis* (Inst. 4,18,5) – ustawa o skrytobójcach i trucicielach z 81 r. p.n.e. Skierowana była przeciwko mordercom, bandytom, skrytobójcom, trucicielom, podpalaczom i tym podobnym „terrorystom”.¹⁴

¹⁰ Inst. 4,18,12. Por. R. A. BAUMAN, I libri „*de iudiciis publicis*”, INDEX. Quaderni camerti di studi romanistici, vol. 5, Napoli 1975, s. 39-48; M. KURYŁOWICZ, *De publicis iudiciis*. Instytucje justyniańskie o postępowaniach sądowych publicznych, w: Problemy stosowania prawa sądowego. Księga ofiarowana profesorowi Edwardowi Skrętowiczowi, Lublin 2007, s. 561-571.

¹¹ W. MOSSAKOWSKI, Systematisation of Roman Crimes under Institutiones of Justinian, w: *Leges sapere*. Studia i prace dedykowane profesorowi Januszowi Sondlowi, Kraków 2008, s.339-350; O. ROBINSON, Some Thoughts on Justinian's Summary of Roman Criminal Law, w: *Bulletino dell'Istituto del Diritto Romano* (BIDR), vol. 94-95, Milano 1991-1992, s. 89-104.

¹² O przestępstwie obrazu majestatu por. ostatnio M. DYJAKOWSKA, Postępowanie w sprawach o '*crimen maiestatis*' w okresie republiki rzymskiej, *Zeszyty Prawnicze UKSW* 6.1, 2006, s. 27-46; także R. SAJKOWSKI, Julia Augusta a prawo o obrazie majestatu, w: *Religia i prawo karne w starożytnym Rzymie* (pod red. A. Dębińskiego i M. Kuryłowicza), Lublin 1998, s. 127-138.

¹³ O *stuprum* i innych występkach obyczajowych patrz A. SOKALA, „*Licentiam stupri volgare*,” *Acta UNC* 304, *Prawo* 35, 1996, s. 83-87; tenże, „*Probrum*.” Z badań nad występkami przeciwko obyczajności w prawie rzymskim, *Acta UNC* 309, *Historia* 29, 1996, s. 37-45. Patrz również niżej przypis 18.

¹⁴ Por. K. AMIELAŃCZYK, *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, *Annales UMCS sectio G Ius*

Następne przepisy obejmują przestępstwo zabójstwa krewnego (*parricidium* – Inst. 4,18,6). Chodzi tu o republikańską ustawę *lex Pompeia de parricidiis* z r. 55 p.n.e. – o zabójstwie krewnych (o ojcobójstwie). Uzupełniały ją późniejsze ustawy Sulli i Augusta, dotyczące odpowiedzialności za zabójstwo.¹⁵

Kolejna wymieniona w Inst. 4,18,7 ustawa dotyczy przestępstwa fałszerstwa (*falsum*) w różnych jego postaciach. *Lex Cornelia de falsis* z r. 81 p.n.e. – ustawa o fałszerstwach, nazywana była również ustawą testamentową – *lex Cornelia de testamentis*, najczęściej fałszowane były bowiem testamenty. Zakres jej był szeroki i obejmował właściwie wszelkiego rodzaju fałszerstwa testamentów, dokumentów, pieczęci i monet oraz posługiwanie się nimi. Z czasem zastosowanie tej ustawy uległo dalszemu rozszerzeniu drogą wykładni jurystów i cesarzy.¹⁶

Następne (Inst. 4,18,8) to ustawy przeciwko przemocy w życiu publicznym i prywatnym. Były prawdopodobnie dwie ustawy przeciwko przemocy: *lex Julia de vi privata* oraz *lex Iulia de vi publica*, obie z r. 17 p.n.e., chociaż nie jest do końca pewne, czy nie łączyły się w jednej ustawie Cezara lub Augusta.¹⁷ Ustawa miała zastosowanie również do porwania przemocą „dziewicy, wdowy albo kobiety świętobliwej, noszącej welon lub innej” (Inst. 4,18,8).¹⁸

Lex Julia peculatus – ustawa julijska o sprzeniewierzeniach (Inst. 4,18,9), należała do przepisów wydanych przeciwko urzędnikom, sprzeniewierzającym publiczne pieniądze lub rzeczy publiczne. Łączyła się w treści z wymienioną w Inst. 4,18,11 *lex Julia repetundarum* (o wymuszeniach i nadużyciach

43, Lublin 1996, s. 273-295 oraz ostatnio monografię K. AMIELAŃCZYKA, Rzymskie prawo karne w reskryptach cesarza Hadriana, Lublin 2006, s. 53-63 (rozdział II: *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis*. Interpretacja ustawy w reskryptach karnych Hadriana).

¹⁵ Patrz ostatnio obszerną monografię M. JOŃCY, *Parricidium* w prawie rzymskim, Lublin 2008.

¹⁶ Por. E. KOCHER, *Überlieferter und ursprünglicher Anwendungsbereich der lex Cornelia de falsis*, München 1965; LITEWSKI, Rzymski proces karny, s. 41-42.

¹⁷ Osobno ujęte w tytułach D. 48, 6 i 7 oraz przez Macera w D. 48, 1, 1. Łącznie – jako *lex Julia de vi publica seu privata* – traktują o nich późniejsze kodeksy: Teodozjański (C. Th. 9,10) i justyniański (C. 9,12) oraz właśnie Instytucje justyniańskie. Por. E. LOSKA, Ustawa julijska o przemocy publicznej – 6 tytuł 48 księgi Digestów. Tekst-tłumaczenie-komentarz, *Zeszyty Prawnicze UKSW* 5.2, 2005, s. 229-241; też: Ustawa julijska o przemocy prywatnej – 7 tytuł 48 księgi Digestów. Tekst-tłumaczenie-komentarz, *Zeszyty Prawnicze UKSW* 6.1, 2006, s. 301-308.

¹⁸ Por. B. SITEK, ‘*Crimen rapti mulieris*’. Studia nad fragmentem Marcjanusa 14 Inst. D. 48,6,5,23, w: *Contra leges et bonos mores*. Przestępstwa obyczajowe w starożytnej Grecji i Rzymie, Lublin 2005, s. 293-308. Instytucje odsyłają tu uzupełniająco do C. 9,13,1. Por. nadto A. DĘBIŃSKI, Komentarz do ustawy julijskiej o bezprawnych zabiegach wyborczych – 14 tytuł 48 księgi Digestów, *Zeszyty Prawnicze UKSW* 8.2, 2008, s. 339-346.

władzy przez urzędników). Ta ustawa Juliusza Cezara z r. 59 p.n.e. zastąpiła podobne przepisy Sulli (*lex Cornelia de repetundis*)¹⁹. Łączy się z nimi w kręgu przestępstw urzędniczych *lex Julia de residuis* – o przywłaszczeniu pieniędzy publicznych (z obrachunków). Wymienia ją Justynian w fragmencie Inst. 4,18,11, w którym zbiorczo ujmuje również takie ustawy jak *lex Julia ambitus* z r. 18 p.n.e. – ustawa o przekupstwie wyborczym²⁰ oraz *lex Julia de annonae*, prawdopodobnie z r. 18 p.n.e. – ustawa o zaopatrzeniu w zboże, skierowana przeciw praktykom spekulacyjnym.²¹ Wcześniej (Inst. 4,18,10) – *lex Fabia de plagiariis*, prawdopodobnie z r. 209 p.n.e. – ustawa o porywaczach wolnych ludzi²².

Z powyższego przeglądu wynika, że ostatecznie utrzymane zostało w Instytucjach Justyniańskich pięć ustaw z okresu republiki (*leges Corneliae Sulli* oraz *lex Fabia*, *lex Pompeia* i *lex Julia repetundarum*), zaś pozostałe to ustawy z czasów panowania cesarza Augusta. Jest interesujące, że justyniańscy kompilatorzy posłużyli się poszczególnymi ustawami, chociaż najpóźniej z chwilą wejścia w życie kodyfikacji straciły one moc obowiązującą. Mimo to utrzymali oni nazwy ustaw i traktują je jako podstawy prawa karnego.

3. Przegląd ustawodawstwa karnego w Instytucjach Justyniana miał według samego cesarza charakter wstępny. W szczegółach odsyła on, jak już wspomniano, do Digestów (Inst. 4,18,12):

Sed de publicis iudiciis haec exposuimus, ut vobis possibile sit summo digito et quasi per indicem ea tetigisse. alioquin diligentior eorum scientia vobis ex latioribus digestorum sive pandectarum libris deo propitio adventura est.

(Wyłożyliśmy to o postępowaniach sądowych publicznych, abyście zetknąć się z nim mogli w najogólniejszym zarysie i jakby w postaci wskazania. Pod

¹⁹ Por. MOSSAKOWSKI, *Accusator* w rzymskich procesach ‘*de repetundis*’ w okresie republiki, Toruń 1994.

²⁰ Zamyka ona historyczny szereg kilku ustaw przeciwko nadużyciom i nieuczciwym metodom przy wyborach na urzędy. Por. H. KOWALSKI, Odpowiedzialność karna za przestępstwa wyborcze w Rzymie (II-I wiek p.n.e.), «Biuletyn LTN» 34, nr 1, Lublin 1993, s. 73-83; A. ZANDBERG, *Leges de ambitu*. Rzymskie ustawodawstwo wyborcze u schyłku republiki I, Meander nr 1-2, 2001, s. 103-126) i II, Meander nr 3-4, 2001, s. 277-294.

²¹ Por. M. KURYŁOWICZ, Zur Tätigkeit der römischen Ädilen. Teil III (Die *cura annonae*; *falsa mensura*; das *crimen annonae*): OIR IX. 2004, s. 89-104; tenże, *Zur Marktpolizei der römischen Ädilen*, w: Au-dela des frontieres. Mélanges de droit romain offerts a Witold Wołodkiewicz, Varsovie 2000, tom I, s. 439-456 (z dalszą literaturą). Patrz też niżej przypis 38.

²² O *plagium* patrz SITEK, *Crimen rapti mulieris* – wyżej przypis 18.

innym względem dokładniejsze ich poznanie przyjdzie do was z Bożą pomocą z obszerniejszych ksiąg Digestów lub Pandektów”).²³

W najobszerniejszej części justyniańskiej kodyfikacji, tj. w Digestach (D.) wśród 50 ksiąg czynom bezprawnym prawa prywatnego (*delicta*) i prawa publicznego (*crimina*) poświęcone zostały dwie księgi 47 i 48 (*terribiles libri*).²⁴

Zawartość wymienionych ksiąg Digestów zasługuje na szczególne rozpatrzenie, w ten sposób bowiem można zorientować się wstępnie zarówno w rodzajach przestępstw, jak i w ich systematyce.²⁵

Księga 47 Digestów zawiera 22 tytuły, obejmujące mieszaną materię czynów niedozwolonych (*delicta privata*) oraz przestępstw karnych (*crimina publica*), zwłaszcza nadzwyczajnych (*crimina extraordinaria*). Tu ograniczymy się do kilku wybranych zagadnień związanych z *crimina* i ustawodawstwem karnym.

Pierwszy tytuł D. 47,1: *De privatis delictis* (o deliktach prywatnych) zawiera krótkie, wstępne uwagi o roszczeniach z niektórych deliktów oraz o konkurencji skarg, ale ponadto rozróżnienie *delictum* i *maleficium* od *crimen* (Ulpianus D. 47,1,3). Następny (D. 47,2 *De furtis*) koncentruje się na *furtum* jako delikcie prawa prywatnego, ale w późniejszym okresie (poklasycznym) cięższe postacie kradzieży uznane zostały za *crimina extraordinaria*, ścigane w procesie karnym.²⁶ Wśród czynów, uznanych za bezprawne i podobnych do kradzieży przykładowo przytoczyć można D. 47,7: *Arborum furtim caesarum* (o odpowiedzialności za bezprawne ścięcie drzew). Skarga była deliktowa, ale Gaius (D. 47,7,2) zwraca uwagę w komentarzu do ustawy XII tablic, że w tamtych czasach osoby wycinające w szczególności krzewy winne, karane były jak rozbójnicy (*latrones*). Ponadto D. 47,8: *Vi bonorum raptorum et de turba* (o rabunku rzeczy i o tłumie). *Actio vi bonorum raptorum* wprowadzona została w edyktie pretorskim jako kwalifikowana postać kradzieży i służyła do dochodzenia roszczeń prywatnoprawnych (deliktowych). Już jednak Ulpian zauważa (D. 47,8,2,1), że bezprawne użycie siły (*vis*) może narazić sprawcę

²³ Instytucje Justyniana. Z języka łacińskiego przełożył i przedmowa opatrzył C. Kunderewicz, Warszawa 1986.

²⁴ M. KURYLOWICZ, *Libri terribiles*. Z historii rzymskiego prawa karnego, w: W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska, Lublin 2005, s. 745-755.

²⁵ Szczegółowo systematykę Digestów podają W. BOJARSKI/W. DAJCZAK/A. SOKALA, *Verba Iuris*, Reguły i kazusy prawa rzymskiego, Toruń 2007 (wydanie III), s. 186-188.

²⁶ Por. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, Bd. I, München 1971, s. 619; W. WOŁODKIEWICZ/M. ZABŁOCKA, *Prawo rzymskie*. Instytucje, Warszawa 2005 (wyd. 4), s. 241-245.

na odpowiedzialność karną na podstawie *lex Julia de vi privata*. Rabunek za dominatu traktowany był już zdecydowanie jako przestępstwo ścigane karnie, niezależnie od odpowiedzialności deliktowej.

D. 47,10: *De iniuriis et famosis libellis* (o zniewagach i pismach zniesławiających). Delikt określany jako *iniuria* obejmował różnorodne przypadki zniesławienia i znieważenia już od ustawy XII Tablic. Określała ona odpowiedzialność za okaleczenia i inne przypadki naruszenie nietykalności cielesnej, a także za skierowane wobec konkretnej osoby praktyki magiczne. Ustalone były sztywne stawki odszkodowania pieniężnego.²⁷ Znaczne reformy wprowadziło prawo pretorskie w I w.p. n.e., ale też *iniuria* dość wcześnie została objęta dodatkową regulacją prawnokarną. W 81 r. p.n.e. *lex Cornelia de iniuriis* ustanowiła stały trybunał karny (*quaestio perpetua*) dla odpowiedzialności kryminalnej za uderzenie pięścią (*pulsare*), wychłostanie kijem lub biczem (*verberare*) oraz za najście domu przy użyciu siły (*vi domum introire*). W okresie cesarstwa nastąpiło dalsze przejmowanie cięższych przypadków iniiurii do postępowania karnego (*extra ordinem*), chociaż można było skorzystać również ze skargi cywilnej.²⁸

D. 47,11: *De extraordinariis criminibus* (o przestępstwach nadzwyczajnych). Tytuł ten otwiera część poświęconą odpowiedzialności karnej za różne przestępstwa, określone przede wszystkim rozporządzeniami cesarskimi. *Crimina extraordinaria* oznaczały bowiem przestępstwa publiczne, określone uchwałami senatu i rozporządzeniami cesarskimi w odróżnieniu od *crimina publica*, wynikających z ustaw. Należały tu cięższe przypadki deliktów (takich jak *furtum* czy *iniuria*), kwalifikowane obecnie również jako przestępstwa karne, ponadto rozszerzenia stanów faktycznych z niektórych ustaw karnych, wreszcie nowe *crimina*, wprowadzane nowymi przepisami. *Crimina extraordinaria* ścigane były ponadto w postępowaniu nadzwyczajnym (kognicyjnym), opartym na władzy cesarskiej, a nie w zwyczajnym procesie karnym. Postępowanie mogło być wszczęte na wniosek pokrzywdzonego lub z urzędu, kary wymierzane były arbitralnie, według uznania sądu.²⁹

²⁷ Por. A. KOCH, Ewolucja deliktu *iniuria* w prawie rzymskim epoki republikańskiej, *Czasopismo Prawno-Historyczne* (CPH) z 1967 r. tom 19, zesz. 2, s. 51-74; M. KURYŁOWICZ, Ochrona nietykalności cielesnej we wczesnym prawie rzymskim, CPH z 1987 r., tom 39, zesz. 1, s. 197-204; tenże, Paul. D. 47,10,26 i obyczajowo- prawne zagadnienia rzymskiej iniiurii, w: *Annales UMCS, sectio G*, vol. 31, Lublin 1984, s. 275-285; M. i J. ZABŁOCCY, *Ustawa XII Tablic. Tekst-tłumaczenie-objaśnienia*, Warszawa 2003, s. 50-51.

²⁸ Por. ostatnio C. L. LEHMANN, *Die sullanische Strafgesetzgebung und ihr Verhältnis zur lex Cornelia de iniuriis*, Berlin 2005; także recenzja K. JAHNA w *ZSS*, Bd. 123, 2006, s. 500-502.

²⁹ W. MOSSAKOWSKI, Pojęcie *crimina extraordinaria* według D. 47,11 – w: *Salus rei publice*

Przestępstwa nadzwyczajne wprowadzone zostały jako rozszerzenie sankcji karnych na nowe, dotychczas nieuwzględniane czyny, często o charakterze wykroczeń przeciwko porządkowi publicznemu. Nowe przestępstwa pojawiły się również w konsekwencji rozszerzania państwa rzymskiego na nowe terytoria, włączane jako prowincje. Tam władza rzymska mogła zetknąć się z lokalną praktyką karną, dotychczas prawu rzymskiemu nieznaną, najczęściej ze skutkiem w postaci włączenia jej do systemu rzymskiego stosownym rozporządzeniem cesarskim.³⁰ Ustawodawstwo cesarskie we współpracy z jurysprudencją wyodrębniło ponadto z niektórych obszernych pojęciowo deliktów postacię kwalifikowaną, uznawaną za odrębne czyny bezprawne. Takie czyny ścigane były już w postępowaniu karnym (*extraordinaria cognitio*) na mocy administracyjnej władzy cesarskiej. Kolejne tytuły dotyczyły więc m.in. zbeszczeszczenia grobu (D. 47,12 *De sepulchro violato*), obrabowania cudzego spadku (D. 47,19 *Expilatae hereditatis*), oszustwa na szkodę majątkową (D. 47,20 *Stellionatus*)³¹, zaostżenia kar przeciwko złodziejom w łązniach (D. 47,17: *De furibus balneariis*) i złodziejom bydła (D. 47,14: *De abigeis*). Na uwagę zasługują tu również przepisy o wymuszeniu (D. 47,13: *De concussione*). Chodziło tu przede wszystkim o wymuszenie korzyści majątkowej przez urzędnika państwowego, nadużywającego swej władzy. Początkowo takie czyny objęte były zakresem *crimen repetundarum* (zdzierstwa, nadużycia i malwersacje, popełniane przez urzędników rzymskich), za cesarstwa wyodrębniono m. in. *concussio* jako osobne przestępstwo (*crimen extraordinarium*).³² Ponadto D. 47,15 (*De praevaricatione*) o sprzeniewierzeniu się obowiązkom oskarżyciela poprzez znowę między oskarżycielem a oskarżonym, zmierzającą do uchronienia oskarżonego przed odpowiedzialnością lub jej złagodzenia.³³ Przestępstwo określone częściowo ustawami (*lex Julia iudiciorum publicorum*), jeśli chodzi o znowę w procesie publicznym (*iudicium publicum*), częściowo

suprema lex. Ochrona interesów państwa w prawie karnym starożytnej Grecji i Rzymu, Lublin 2007, s. 155-172.

³⁰ Np. „skopelimos” (podłożenie na polu sąsiada ostrych kamieni) w prowincji Arabii (D. 47,11,9) czy „chomata” (zerwanie grobli na Nilu) w Egipcie (D. 47,11,10). Por. BOJARSKI, Prawo rzymskie, s. 348.

³¹ Por. R. MENTXACA, *Stellionatus*, *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano (BIDR)* 91, 1988, s. 277-335; L. GAROFALO, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova 1992.

³² W. LITEWSKI, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, s. 51 (*concussio*); por. też s. 225 (*repetundae*); tenże, *Rzymski proces karny*, s. 55.

³³ Termin trudny do przetłumaczenia dosłownie: *praevaricatio* oznacza w ogóle sprzeniewierzenie się, zaniedbanie obowiązków, znowę z oskarżycielem Patrz BOJARSKI/DAJCZAK/SOKALA, *Verba Iuris*, s. 187. O zakresie przestępstwa LITEWSKI, *Rzymski proces karny*, s. 109-111.

zaś uchwałami senatu i reskryptami cesarskimi (w procesie kognicyjnym lub w innych przypadkach zмовy).

D. 47,21: *De termino moto* to z kolei odpowiedzialność za naruszenie granic i znaków (kamieni) granicznych między gruntami. Przesłępstwo to (*crimen termini moti*) zagrożone było surowymi karami i karane od najdawniejszych czasów (ustawa króla Numy Pompiliusza).³⁴

4. Następna księga (D. 48) z *duo terribiles libri* obejmuje w zasadzie tylko przestępstwa karne, ścigane w procesie publicznym. Rozpoczyna ją zatem tytuł D. 48,1: *De publicis iudiciis* czyli o publicznych postępowaniach sadowych (procesach karnych). Ich cechą charakterystyczną była podstawa prawna w postaci konkretnej ustawy (*lex*), regulującej oznaczone przestępstwo i postępowanie w sprawie o takie przestępstwo.

D. 48,1,1 (Macer libro primo de publicis iudiciis): Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur. et publica sunt, sed ea tantum, quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt, ut Julia maiestatis, Julia de adulteriis, Cornelia de sicariis et veneficis, Pompeia parricidii, Julia peculatus, Cornelia de testamentis, Julia de vi privata, Julia de vi publica, Julia ambitus, Julia repetundarum, Julia de annona.

(Nie wszystkie postępowania, które zajmują się przestępstwami, są postępowaniami publicznymi, lecz tylko te, które wywodzą się z ustaw, określających procesy publiczne, jak np. ustawie Julijskiej o obrazie majestatu, ustawie julijskiej o cudzołóstwach, ustawie kornelijskiej przeciwko skrytobójcom i trucicielom, ustawie Pompejusza o ojcołójcach, ustawie julijskiej o przywłaszczeniu mienia państwowego, ustawie kornelijskiej o testamentach, ustawie julijskiej o przemocy prywatnej oraz ustawie julijskiej o przemocy publicznej, ustawie julijskiej o przestępstwach wyborczych, ustawie julijskiej o zdzierstwach, ustawie julijskiej o zaopatrzeniu w żywność).

Rzymski jurysta Macer zwraca uwagę, że *iudicia publica* wywodzą się od ustaw, którymi określone zostały postępowania w sprawach oznaczonych przestępstw.³⁵ Podstawy prawa karnego tworzyły zatem ustawy, których kilka jurysta przykładowo wymienia.

³⁴ R. ŚWIGOŃ-SKOK, *Crimen termini moti*. Ochrona znaków granicznych w państwie rzymskim, w: *Salus rei publicae suprema lex...*, cit., s. 325-357.

³⁵ Por. Por. M. KURYŁOWICZ, Ustawodawstwo rzymskie w sprawach karnych, *Annales UMCS, sectio G Ius 35*, Lublin 1988, s. 29-38; idem: La législation romaine pénale, *Cuadernos Informativos de Derecho Historio Publico, Procesual y de la Navegacion 14*, 1992, s. 3301-3309; tenże, *Prawo rzymskie: historia-tradycja-współczesność*, Lublin 2003, s. 48-49.

Księga D. 48 zawiera łącznie 13 tytułów, dotyczących poszczególnych ustaw karnych oraz uchwał senatu. Są to:

D. 48,4: *Ad legem Juliam maiestatem* (odnośnie do ustawy julijskiej o obrazie majestatu).³⁶

D. 48,5: *Ad legem Juliam de adulteriis coercendis* (do ustawy julijskiej o karaniu cudzołóstw).

D. 48,6: *Ad legem Juliam de vi publica* (do ustawy julijskiej o przemocy publicznej).

D. 48,7: *Ad legem Juliam de vi privata* (do ustawy julijskiej o przemocy prywatnej).

D. 48,8: *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficiis* (do ustawy korneliańskiej o skrytobójcach i trucicielach).³⁷

D. 48,9: *De lege Pompeia de parricidiis* (o ustawie pompejańskiej o ojcobójcach).

D. 48,10: *De lege Cornelia de falsis et de senatusconsulto Liboniano* (o ustawie kornelijańskiej o fałszerstwach i o liboniańskiej uchwale senatu).

D. 48,11: *De lege Julia repetundarum* (o ustawie julijskiej o zdziercach).

D. 48,12: *De lege Julia de annona* (o ustawie julijskiej w sprawie spekulacji żywnością).³⁸

D. 48,13: *Ad legem Juliam peculatus, et de sacrilegiis, et de residuis* (do ustawy julijskiej o kradzieży pieniędzy państwowych, o świętokradztwie i o przywłaszczeniu przez urzędnika pieniędzy z kasy państwowej).

D. 48,14: *De lege Julia ambitus* (o ustawie julijskiej o przestępstwach wyborczych).

D. 48,15: *De lege Fabia de plagiariis* (o ustawie fabiańskiej o porywaczach wolnych ludzi).

D. 48,16: *Ad senatusconsultum Turpilianum et de abolitionibus criminum* (do

³⁶ Polską literaturę z zakresu rzymskiego prawa karnego zestawia M. ZABŁOCKA, *Romanistyka polska po II wojnie światowej*, Warszawa 2002, s. 123-134 z uzupełnieniami: M. ZABŁOCKA, *Stan badań polskiej romanistyki*, *Studia Prawnoustrojowe* 7. Olsztyn 2007, s. 9-22; także: *Osiągnięcia polskich romanistów w ciągu ostatnich dwóch lat (2006/2007 – 2007/2008)*, *Zeszyty Prawnicze UKSW* 8.2, 2008, s. 7-35. Patrz także literatura podana w odniesieniu do poszczególnych ustaw wyżej w przypisach 12 do 22.

³⁷ Na ten temat K. AMIELAŃCZYK, *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* w okresie późnej republiki rzymskiej *Rozprawa doktorska* nie publikowana (Lublin 1994); ZABŁOCKA, *Romanistyka polska...*, s. 132.

³⁸ Patrz wyżej przypis 21, a ponadto M. KURYŁOWICZ, *Przestępstwa spekulacji contra annonam* w prawie rzymskim, *Biuletyn LTN. Humanistyka* vol. 34, nr 1, 1993, s. 5-14; tenże, *Działalność karno-administracyjna edylów rzymskich w sprawach handlowych*, w: *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze*, zes. 125, Kraków 1989, s. 65-78.

turpiliańskiej uchwały senatu i o cofnięciach oskarżenia publicznego). *Senatus consultum Turpilianum* określało odpowiedzialność za celowe odwołanie lub nieuzasadnione odstępstwo od skargi karnej (penalnej); odniesiono to również do cofnięcia oskarżenia publicznego (tzw. *tergiversatio*).³⁹

Następne tytuły dotyczą zagadnień procesowych i wykonawczych, m. in. o śledztwach z torturami (D. 48,18 *De quaestionibus*)⁴⁰, o karach (D. 48,19 *De poenis*), o majątkach skazanych (D. 48,20: *De bonis damnatorum*) czy o zwłokach skazańców (D. 48,24: *De cadaveribus punitorum*).⁴¹

W sumie z dwudziestu czterech tytułów księgi D.48 większość (13) stanowią komentarze do ustaw karnych. Odniesienia do takich ustaw znajdują się również w innych tytułach (np. D. 48,1,1).

5. Księga IX Kodeksu justyniańskiego składa się z 51 tytułów, zawierających konstytucje i ustawy cesarskie z zakresu prawa karnego. Można i tu zauważyć jeszcze pewne pomieszanie materii procesowej oraz prawa karnego materialnego, a więc kwestie poszczególnych przestępstw, kar, aspektów proceduralnych i wykonawczych. Dwa pierwsze tytuły dotyczą wnoszenia oskarżenia (C.9,1 *Qui accusare non possunt*; 9,2 *De accusationibus et inscriptionibus*) oraz postępowania wobec oskarżonych, zwłaszcza zabezpieczenia ich obecności w procesie (9,3 *De exhibendis vel transmittendis reis*; 9,4 *De custodia reorum*; 9,5 *De privatis carceribus inhibendis*; 9,6 *Si reus vel accusator mortuus fuerit*). Następne dwa dotyczą naruszenia majestatu cesarskiego – 9,7 *Si quis imperatori maledixerit*; 9,8 *Ad legem Juliam maiestatis*. Od tego tytułu rozpoczyna się seria komentarzy do dawnych ustaw karnych, znanych już z Instytucji i Digestów. Obok wymienionej *lex Julia maiestatis* są to ponadto tytuły: C. 9,9 *Ad legem Juliam de adulteriis et de stupro*, C. 9,12 *Ad legem Juliam de vi publica seu privata*; C. 9,16 *Ad legem Corneliam de sicariis*; C. 9,20 *Ad legem Fabiam*; C. 9,21 *Ad legem Viselliam*; C. 9,22 *Ad legem Corneliam de falsis*; C. 9,26 *Ad legem Juliam de ambitu*; C. 9,27 *Ad legem Juliam repetundarum*. Dodatkowo występuje C. 9,45 *Ad senatus consultum Turpilianum*.

Między tytułami, odnoszącymi się do wymienionych z nazwy ustaw, znajdują się teksty, poszerzające ich zakres. Tak np. ustawę *lex Julia maiestatis*

³⁹ LITEWSKI, Słownik, s. 256 (*tergiversatio*); Rzymski proces karny, s. 109-111.

⁴⁰ O stosowaniu tortur ostatnio B. SITEK, 'Quaestionem' intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem, w: *Crimina et mores*. Prawo karne i obyczaje w starożytnym Rzymie, Lublin 2001, s. 161-168.

⁴¹ M. KURYŁOWICZ, D. 48,24: *De cadaveribus punitorum*. Prawo rzymskie o zwłokach osób skazanych za przestępstwa przeciwko państwu, w: *Salus rei publicae ...*, s. 115-125.

(9,8) uzupełnia ustawa Teodozjusza *Si quis imperatori maledixerit* (9,7,1); ustawę *lex Juliam de adulteriis et de stupro* uzupełniają cesarskie konstytucje o nadużyciu seksualnym podopiecznych przez opiekuna (C. 9,1): *Si quis eam cuius tutor fuerit corruperit* – 9,10) oraz o związkach wolnych kobiet z własnymi niewolnikami (*De mulieribus quae servis propriis iunxerunt* – 9,11). Zakres ustawy o przemocy publicznej i prywatnej (*lex Julia de vi publica seu vi privata*) poszerzają tytuły o porwaniu kobiet (*De raptu virginum seu viduarum nec non sanctimonialium* – 9,13)⁴², o granicach karcenia niewolników (*De emendatione servorum* – 9,14)⁴³ oraz młodzieży w rodzinie (*De emendatione propinquorum* – 9,14). Pojęcie kradzieży rozszerzone zostało – tak samo jak w Digestach – na przestępstwa rabunku (9,33), majątkowego oszustwa (*stellionatus* – 9,34), bezprawnego zawładnięcia cudzym spadkiem (9,32) oraz kradzież bydła (9,37: *De abigeiis*). Wskazane są liczne przypadki fałszerstw, w tym nawet zmiana nazwiska, jeśli została dokonana w oszukańczym celu (9,25). Szczegółowa analiza księgi 9 Kodeksu dostarcza wielu dalszych takich przykładów poszerzania katalogu przestępstw lub rozszerzania ich zakresu.

6. W posumowaniu można zatem podkreślić, że rzymskie prawo karne rozwijało się wokół ustaw (*leges*) z okresu republiki i pryncypatu. Z czasem uzupełnione zostały, zmienione lub rozszerzone przez *senatus consulta*, komentarze jurystów oraz cesarskie *constitutiones*, ale zachowały swoją dominującą, przewodnią rolę.⁴⁴ Zostały też przejęte do kodyfikacji justyniańskiej. Trudno tu mówić o przemyślanej systematyce, bardziej widoczne są nawarstwienia ustawodawstwa, uchwał senatu, komentarzy jurystów oraz ustawodawstwa cesarskiego. Ale ponieważ osobnej kodyfikacji rzymskiego prawa karnego nie było, to w rezultacie księgi D. 47 i 48 Digestów), tytuł 4,18 Instytucji oraz księga 9 justyniańskiego Kodeksu tworzą podstawy rzymskiego prawa karnego.

⁴² Por. SITEK, *Crimen rapti mulieris...*(wyżej przypis 18).

⁴³ Por. A. WILIŃSKI, *Ustawy Konstancyjna Cod. Th. 9,12 De emendatione servorum* na tle historycznego rozwoju *iuris vitae ac necis* pana niewolnika, *Roczniki Teologiczne*, tom X, zesz. 4, 1963, s. 177-195.

⁴⁴ Znanych później zasad w rodzaju *nullum crimen sine lege* czy *nulla poena sine lege* prawnicy rzymscy wprawdzie nie sformułowali, ale niewątpliwie myśl taka nie była im obca, dostrzegali bowiem i uznawali wyraźny związek przestępstwa, kary i postępowania karnego z określającymi je ustawami (patrz np. Por. D. 50,16,131,1: .. *poena non inrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est.*). Na ten temat już KURYLOWICZ, *Ustawodawstwo rzymskie w sprawach karnych ...* (wyżej przypis 35), s. 29-38; LITEWSKI, *Rzymski proces karny*, s. 40.

Majetkové vzťahy medzi manželmi v uhorskom stredovekom práve s prihliadnutím na inštitút obvenenia (dos, dotalítium)

Miriam Laclavíková

Úvod

Vznik osobitného súboru noriem, ktoré podľa predmetu ich regulácie a s prihliadnutím na právno-historickú akceptáciu tohto pojmu, nazývame manželským majetkovým právom, možno na našom území datovať až do druhej polovice 19. storočia, pričom zaradenie jednotlivých inštitútov do oblasti manželského majetkového práva sa ustálilo len v prostredí právnej vedy a práva súdnych rozhodnutí. V období stredoveku boli jednotlivé inštitúty manželského majetkového práva zaradované najmä medzi tzv. „*osobitné práva ženského pohlavia*“ vecnoprávnej povahy¹ pertraktované spolu so zvláštnymi ustanoveniami dedičského práva, ktoré sa týkali dcér poručiťľa a jeho vdovy.² Medzi základné inštitúty stredovekého manželského majetkového práva patrili: koakvizícia (spolunadobudnutý majetok manželov) uplatňujúci sa len u poddaných a mešťanov; osobitný (výlučný) majetok manželov (u ženy často chápaný spolu s venom a parafernálnym majetkom), obvenenie (v tomto období uplatňujúce sa najmä v manželstvách šľachticov), veno a parafernálny majetok. Predmetná štúdia sa pokúsi o prienik do počiatkov majetkových vzťahov medzi manželmi do vydania najvýznamnejšieho diela uhorského

¹ ŠORL, R.: Manželské majetkové právo na Slovensku a ABGB v rokoch 1848-1949. In: Vývoj právnych kodifikácií. Sborník z mezinárodnej vedeckej konferencie. SCHELLE, K. (ed.). Brno : Masarykova univerzita, 2004, s. 167.

² „*Náhradou za to, že k nemovitostem neměly ženské zpravidla žádného spoluvlastnického práva, náležela jim jistá speciální práva, jimiž se jim zabezpečovala slušná existence jednak, dokud se neprovdaly a žily na statcích otcovských, jednak když se provdaly a pak ovdověly. Jsou to právo čtvrtinné, právo vlasové, právo vdovské, právo k obvěnění, právo k věnu, právo k snubnímu daru. Možno sem přiřaditi právo manželky k polovici jmění nabytého společně s mužem za trvání manželství (coaquisitio conjugalis).*“ KADLEC, K.: Verböczyovo Tripartitum a soukromé právo uherské a chorvatské šlechty v něm obsažené. Praha, 1902, s. 246-247.

stredovekého práva – Opus Tripartitum³ s osobitným zreteľom obvenenie⁴ ako na jeden z najvýznamnejších stredovekých inštitútov šľachtického manželského majetkového práva.

Úprava majetkových vzťahov medzi manželmi do vydania diela Opus Tripartitum

Počiatky manželského majetkového práva sú úzko prepojené na formovanie vecnoprávných vzťahov, konkrétne v ich najstaršej forme kolektívneho vlastníctva širšej rodiny (rodu), ktoré len ako výnimku pripúšťalo individuálne vlastníctvo, najmä k veciam osobnej potreby – šaty, šperky či zbrane. Neskôr dochádza k emancipácii užšej rodiny, avšak vzťahy k širšej rodine, najmä k rodovému majetku, v istých formách pretrvávajú po celý stredovek a novovek. Zmienku o existencii uvedeného modelu vecnoprávných vzťahov nachádzame v zákonoch sv. Štefana v § 1 a 2 článku 26 prvej knihy nazvanom „O vdovách a sirotách“⁵. Podľa uvedeného ustanovenia, ak vdova

³ V štúdiu vychádzame z nasledovných vydání diela Opus Tripartitum: Opus Tripartitum Stephani de Verböcz. KOLOSVÁRI, A./ÓVÁRI, C. (ed.). Lipsiae : Suptibus Duncker et Humblot, 1902. Stephen Werböczy: The customary Law of the Renowned Kingdom of Hungary in Three Parts (1517). BAK, J. M./BANYÓ, P./RADY, M. (Ed. and trans.). Budapešť: Charles Schlacks, Jr., Idyllwild CA, CEU, 2005. Pre porovnanie uvádzam aj slovenský preklad: Tripartitum. ŠTENPIEN, E. (ed., prekl.). b.m.: EURO KÓDEX Žilina, 2008.

⁴ Polemizovať o pôvode obvenenia v tejto štúdiu nebudeme, azda len na okraj staršia literatúra (Ráth, Osváth, Hajnik a i.) uvádza, že obvenenie sa vyvinulo z kúpnej ceny manželky (*pretium puellae*) s tým, že cieľom obvenenia bolo poskytnutie určitej majetkovej zábezpeky žene z nedielneho rodinného majetku, či už počas života muža alebo po jeho smrti. Ráth citujúc Hajnika (HAJNIK, I.: Magyar alkotmány és jogtörténelem. Pest, 1872, s. 297) konštatuje, že obvenenie nepatrilo medzi uhorské starobylé obyčaje, ale bolo do Uhorska prenesené na miesto kúpnej ceny platenej kedysi za nevestu. Viacerí autori hľadali vplyv germánskeho práva, konkrétne inštitútu Morgengabe. Kadlec na druhej strane konštatuje, že obvenenie „vyrostlo z právni pôdy slovanskej.“ Pozri RÁTH, A.: Práva medzi mužom a ženou v Uhorsku. Praha, 1906, s. 31-32. OSVÁTH, J.: Stredoveké právne ustanovizne na Slovensku. Prešov, s.a., s. 67. KADLEC, K.: dielo cit. v pozn. 2, s. 254.

⁵ Zákony sv. Štefana, I. kniha, XXVI. článok, § 1: „*De viduis et orphanis. Volumus quidem ut et vidue et orphanis nostre legis sint participes, tali tenore, ut si qua vidua cum filiis filiabusque remanserit, atque nutrire eos, et remanere illis quamdiu uixerit promiserit, habeat potestatem a nobis sibi concessam hoc faciendi, et a nemine iterum cogatur in coniugium. Si vero mutato voto iterato nubere voluerit, et orphanos deserere, de rebus orphanorum nihil omnino sibi vendicet, nisi tantum congrua sibi vestimenta.* § 2 *Item de viduis. Si autem vidua sine prole remanserit, et se innuptam in sua viduitate permanere promiserit, volumus ut potestatem habeat omnium bonorum suorum, et quidquid velit inde facere faciat. Post obitum autem eius eadem*

chcela uzavrieť nové manželstvo (t.j. opustiť svoje deti a tiež aj majetkové spoločenstvo rodiny svojho manžela) „nech z majetku sirôt nič nedostane, iba svoje šaty (výbavu, rúcho)“⁶. V prípade, ak bezdenná vdova sľúbila, že neuzavrie nové manželstvo, zostalo jej právo užívať a požívať majetok patriaci zomrelému manželovi (a jeho rodine)⁷, po jej smrti sa však tento majetok mal vrátiť späť rodine (predkom) manžela, ak ich nebolo, dedičom sa stal kráľ. Zákony kráľa sv. Ladislava obsahovali v rámci trestnoprávnej úpravy krádeže (III. kniha, čl. 6)⁸ len strohú zmienku o existencii majetku ženy, manželky, vdovy, ktorý patril len jej a po smrti manžela si ho mohla vziať (do ďalšieho manželstva)⁹. Už najstaršie právo teda poznalo existenciu určitého majetku, ktorý, či už z povahy veci, účelu využitia, právneho titulu nadobudnutia ženou – dar od svojej rodiny atď., patril len žene a po zániku manželstva sa mal žene aj odovzdať či vrátiť. Ak však zákonodarca, čo na danú dobu nebolo celkom bežné, zasiahol aj do oblasti rodinného, dedičského a vecného (pre lepšie pochopenie manželského majetkového) práva, možno predpokladať, že buď išlo o zavedenie nového inštitútu do právnu obyčajou ovládaného právneho poriadku, alebo vznikla potreba existujúci inštitút a jeho úpravu pozmeniť, či inak upraviť, alebo naopak aj fixovať v žiaducej podobe.

Zlatá bula Ondreja II. z roku 1222 v článku 12 spomínala už konkrétne inštitút obvenenia (*dos*)¹⁰. Podľa tohto článku manželky zomrelých bez potomkov alebo zákonite odsúdených na smrť, padlých v boji, v súboji alebo ovdovelých z iných príčin, nesmú byť oklamané na svojom obvenení (*non fraudentur*

bona ad sui redeant parentes mariti, si parentes habet, sin autem rex sit heres.” ENDLICHER, S. L. (ed.): *Rerum Hungaricarum Monumenta Arpadiana*. Sangalli: Scheitlin et Zollikofer, 1849, s. 317-318. Porovnaj aj ZAVODSZKY, L. (ed.): *A szent István, szent László és Kálmán korabeli törvények és zsinati határozatok forrásai*. (Függelék: A törvények szövege). Budapest: Kiadja a Szent – István -Társulat tud. és irod. osztálya, 1904, s. 149.

⁶ LACLAVÍKOVÁ, M./ŠVECOVÁ, A.: *Pramene práva na území Slovenska: od najstarších čias do roku 1790*. 1. vyd. Trnava : Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2007, s. 65-66.

⁷ Osváth konštatuje v uvedenom ustanovení počiatky uhorského vdovského práva. OSVÁTH, J.: dielo cit. v pozn. 4, s. 66.

⁸ Zákony sv. Ladislava, III. kniha, VI. článok: „*De muliere in furto inventa. Si que mulier habens maritum furum fecerit, nasum perdat et venundetur; et cum tota substantia sua, cum qua post viri sui mortem maritari alii posset, pereat. Et si vidua idem fecerit, alterum perdat oculum, et exceptis partibus filiorum suorum, cum parte sua annichiletur.*” ENDLICHER, S. L. (ed.): dielo cit. v pozn. 5, s. 343. Porovnaj aj ZAVODSZKY, L. (ed.): dielo cit. v pozn. 5, s. 175.

⁹ LACLAVÍKOVÁ, M./ŠVECOVÁ, A.: dielo cit. v pozn. 6, s. 77.

¹⁰ I. dekrét Ondreja II., zákonný článok XII/1222: „*Uxores decedencium vel damnatorum ad mortem per sentenciam vel in duello succumbencium vel ex quacunqve alia causa, non fraudentur dote sua.*” ENDLICHER, S. L. (ed.): dielo cit. v pozn. 5, s. 414.

dote sua).¹¹ Potvrdenie Zlatej buly z roku 1231 spomína obvenenie v dvoch súvislostiach. Prvou je procesnoprávne ustanovenie čl. 17,¹² podľa ktorého manželské spory a spory týkajúce sa obvenenia mali patriť do pôsobnosti cirkvi¹³. V článku 24¹⁴ nachádzame podobné ustanovenie ako už spomínaný článok 12 Zlatej buly z roku 1222, že manželky zomrelých bez potomkov alebo odsúdených na smrť, alebo padlých v boji, porazených v súbojoch, alebo ovdovelých z akejkoľvek príčiny, nech nestratia svoje obvenenie (*non frustrentur dote sua*)¹⁵. V konfirmácii Zlatej buly kráľom Belom IV. z roku 1267 sa ustanovenie o obvenení nenachádzalo. Dekrét Ondreja III. z roku 1291 v článku 30¹⁶ obsiahol ochranu nárokov na obvenenie u manželiek cudzincov – Sasov. Podľa tohto ustanovenia dedičia zomrelého bez potomkov stojaci k nemu v najbližšom pokolení, mohli tieto majetky vykúpiť (získať späť) podľa spravodlivého ocenenia v zmysle krajinskej obyčaje.

Ustanovenia Zlatej buly Ondreja II. boli, s výnimkou testovacieho práva šľachty pre prípad vymretia zákonných dedičov, potvrdené Ľudovítom I. Veľkým Anjou v dekréte z roku 1351. V nezmenenej podobe bolo teda potvrdené právo manželiek na obvenenie a povinnosť dedičov zomrelého manžela toto právo rešpektovať.

Väčší dekrét Žigmunda Luxemburského z roku 1435 panovník vydal v situácii „rozvratu krajiny“ s cieľom zabezpečenia právnej istoty. Majetkových práv manželky, konkrétne obvenenia sa týkajú dva na seba nadväzujúce

¹¹ LACLAVÍKOVÁ, M./ŠVECŇOVÁ, A.: dielo cit. v pozn. 6, s. 87. Pozri tiež Beňko, J. a kol.: Dokumenty slovenskej národnej identity a štátnosti I. Bratislava: Národné literárne centrum, 1998, s. 124-126. č. 30.

¹² II. dekrét Ondreja II., zákonný článok XVII/1231: „*Palatinus vero omnes homines indifferenter discuciat, preter personas ecclesiasticas et clericos, et preter causas matrimoniales et dotes et alias ecclesiasticas, quacunq[ue] ratione videntur ad ecclesiasticum examen pertinere.*” ENDLICHER, S. L. (ed.): dielo cit. v pozn. 5, s. 431.

¹³ LACLAVÍKOVÁ, M./ŠVECŇOVÁ, A.: dielo cit. v pozn. 6, s. 94. MARSINA, R.: Codex diplomaticus et epistolaris Slovaciae I., (CDSI I.), Bratislavae 1971, s. 267-269. č. 375.

¹⁴ II. dekrét Ondreja II., zákonný článok XXIV/1231: „*Uxores decedencium vel condemnatorum per sentenciam ad mortem, vel in duello succubencium aut alia quacunq[ue] ex causa, non frustrentur dote sua.*” ENDLICHER, S. L. (ed.): dielo cit. v pozn. 5, s. 432.

¹⁵ LACLAVÍKOVÁ, M./ŠVECŇOVÁ, A.: dielo cit. v pozn. 6, s. 94. Pozri tiež MARSINA, R.: Codex diplomaticus et epistolaris Slovaciae I., (CDSI I.), Bratislavae 1971, s. 267-269. č. 375.

¹⁶ Dekrét Ondreja III., zákonný článok XXX/1291: „*Item in possessiones nobilium seu Saxonum predictorum non possit introire extraneus racione dotis, aut racione quarte filiabus debite. Sed heredes decedencium, vel proximores de generacione sua, redimant eas secundum extimacionem iustam, regni nostri consuetam.*” ENDLICHER, S. L. (ed.): dielo cit. v pozn. 5, s. 620.

zákonné články 17 a 18.¹⁷ Z zmysle ich ustanovení manželke zomrelého bez mužských potomkov sa nesmela odňať držba majetkov, ak však išlo o majetky, ktoré nespádali pod ženské právo (napr. donačné majetky patriace mužskému pokoleniu) patrilo jej zadosťučinenie (*satisfactio*) v podobe obvenenia (dcéram sa poskytovalo bývanie v otcovskom dome až do uzavretia manželstva a dievčenská štvrtina¹⁸ (*quarta puellaris*)). Podobne obvenenie upravil aj Väčší dekrét Mateja Korvína z roku 1486 (zák. čl. 26-27/1486¹⁹), možno dokonca hovoriť o prevzatí ustanovení Väčšieho dekrétu Žigmunda Luxemburského. Povinnosť zachovať, a teda aj plniť, obvenenie manželke zomrelého bez mužských potomkov stanovil aj Väčší dekrét Vladislava Jagellonského z roku 1492 (zák. čl. 64/1492).²⁰

¹⁷ *Decretum maius* Žigmunda Luxemburského, zákonný článok XVIII/1435: „*Ubi autem uxores vel filie huiusmodi absque heredibus masculinis decedentium in talibus possessionibus et iuribus remanserint, extunc possessiones eedem et iura a manibus earum occupari et auferri non debeant, priusquam se earum iuribus, videlicet an hereditarie et perpetuo ad ius femineum pertineant, aut ne, veritas inquiratur. Quod si repertum fuerit eadem iura iuri femineo non competere, extunc dictis uxoribus talium decedentium, antequam de dominio dictarum possessionum excludantur, per regiam maiestatem vel alios, ad quos reperte fuerint esse devolute, de earum dotibus et iuribus plena satisfactio impendatur...*“ DÖRY, F./BÓNIS, G./BÁCSKAI, V.: *Decreta Regni Hungariae. Gesetze und Verordnungen Ungarns. 1301-1457.* Budapešť: Akadémiai Kiadó, 1976, s. 272.

¹⁸ LACLÁVIKOVÁ, M./ŠVECOVÁ, A.: dielo cit. v pozn. 6, s. 140. Pozri tiež BARTL, J. a kol.: *Pramene k dejinám Slovenska a Slovákov V. Prvý cisár na uhorskom tróne.* Bratislava: Literárne informačné centrum, 2001, s. 252-264. č. 114.

¹⁹ VI. dekrét Mateja Korvína (*Decretum maius*), zákonný článok XXVI/1486 § 6: „*Ubi autem uxores, vel filiae huiusmodi hominum absque haerede masculo decedentium, in illis possessionibus remanserint; possessiones eadem a manibus earum occupari, et auferri non debeant, priusquam de earum iuribus, videlicet; an haereditarie, et perpetuo ad jus foemineum pertineant, nec ne? Veritas inquiratur.*“ § 7 „*Quam quidem veritatem foeminae ipsae, infra unum annum, ut praefertur, ostendere debebunt, et tenebuntur.*“ § 8 „*Et si repertum fuerit, easdem possessiones juri foemineo non competere: extunc, dictis uxoribus talium decedentium, antequam de dominio illarum excludantur, per regiam majestatem, aut alios, ad quos repertae fuerint devolutatae; vel etiam quibus majestas sua easdem possessiones forte donaverit; de earum dotibus, et iuribus, plenaria satisfactio impendatur.*“ Zák. čl. XXVII/1486 „*Uxor, decedente marito, nulla ratione contradote sua fraudetur.*“ § 4 „*Item dos uxorum qualitercunque decedentium maritorum, salva semper maneat, et illa nunquam fraudentur.*“ Citované podľa *Corpus Iuris Hungarici. Magyar Törvénytár 1000-1895. Millenniumi Emlékiadás.* Budapešť: Franklin-Társulat, 1899, s. 426-428.

²⁰ I. dekrét Vladislava II. Jagellonského (*Decretum maius*), zákonný článok LXIV/1492: „*Dotes uxorum, quomodocunque decedentium, salvae sint. Dotes uxorum, qualitercunque decedentium, etiam juridice interimendorum, semper salvae maneat, et illaesae.*“ Citované podľa: *Corpus Iuris Hungarici. Magyar Törvénytár 1000-1895. Millenniumi Emlékiadás,* s. 522.

V stredovekej právnej praxi²¹ sa pomerne často vyskytovali solúcie obvenenia, pričom charakter listín o plnení obvenenia, ale aj dievčenskej štvrtiny, podáva obraz o často problematickom uplatňovaní nároku vdovy²² (v tom čase sa rozluky manželstva takmer nevyskytovali) voči dedičom zomrelého manžela (synom, švagrom a ich potomkom atď). Praktické plnenie obvenenia, v skutočnosti rozdelenie majetku, presnejšie rozdelenie jeho užívania, medzi vdovu a bratov jej zomrelého manžela nám priblíži ukážka z listiny z roku 1255, podľa ktorej sa „vdova, manželka komesa Preslava, z jednej strany a z druhej strany jeho bratia, Buh a Ananiáš, sa v našej prítomnosti (premonštrátsky konvent v Šahách – pozn.) tak dohodli, že koľko mal spomenutý Preslav sluhov a služok, skrotených a neskrutených koní, volov, kráv, oviec a prasiat, všetko má vlastniť spomínaná pani. Polovicu zeme, ktorá sa volá Krňa s miestom, na ktorom spomínaný Preslav sídlil s celým svojím domom, dostane spomínaná pani ako obvenenie“²³. Uvedená ukážka dokumentuje bežnú prax danej doby, totiž plnenie obvenenia jednak v ľahko oceníteľných hnutel'ných veciach predstavujúcich do značnej miery aj peňažný ekvivalent, a tiež možnosť ako obvenenie, prípadne jeho časť, poskytnúť dočasnú držbu nehnuteľnosti s prihliadnutím na úžitky z nich plynúce. O výške obvenenia z tohto obdobia nám chýbajú relevantné pramene, môžeme sa teda len domnievať, že jeho výška bola zrejme stanovená právnou obyčajou. K presnejšiemu právnemu vymedzeniu inštitútu obvenenia, dovtedy totiž môžeme vzhľadom na medzerovitosť zákonnej úpravy konkrétnejší obsah inštitútu obvenenia len predpokladať, dochádza na našom území až v diele Opus Tripartitum z roku 1514, ktorým boli spísané nielen platné právne obyčaje javiace sa aj v súdnych rozhodnutiach, ale aj zozbierané, podľa mienky jeho zostavovateľa Štefana Verböczyho relevantné, kráľovské dekréty.

²¹ K stredovekej právnej praxi v činnosti hodnoverných miest pozri aj ŠVECOVÁ, A.: Listinné dôkazy stredovekých práv a povinností pochádzajúce z prvotnej praxe hodnoverných miest. In: Acta historico-iuridica Pilsnensia 2006. Sborník príspevků ze setkání pracovníků kateder právních dějin z České a Slovenské republiky, Plzeň 21.-23.9. 2006. KNOLL, V. (ed.). Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2007, s. 29-47.

²² Ako príklad možno spomenúť listiny vydané Spišskou kapitulou sv. Martina a listiny magistra Bekeho, abovského župana týkajúce sa plnenia obvenenia pani Margaréty, vdovy po Serafinovi a plnenia dievčenskej štvrtiny pre ich dcéry. Stručné registry pozri In: LACLAVÍKOVÁ, M. – ŠVECOVÁ, A.: dielo cit. v pozn. 6, s. 246-247. Pozri tiež SEDLÁK, V.: Regesta diplomatica nec non epistolaria Slovaciae II., (RDSI II.), Bratislava: Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1986. s. 168, 172 – 173, 174, 199 – 200. č. 342, č. 352, č. 356, č. 421.

²³ LACLAVÍKOVÁ, M./ŠVECOVÁ, A.: dielo cit. v pozn. 6, s. 243-244. Pozri tiež MARSINA, R.: Pramene k dejinám Slovenska a Slovákov III. V kráľovstve svätého Štefana. Bratislava: Literárne informačné centrum, 2003, s. 193. č. 90.

Úprava inštitútu obvenenia v diele Opus Tripartitum

Inštitút obvenenia bol upravený vo viacerých článkoch diela Opus Tripartitum²⁴, na ktoré budeme v nasledujúcich výkladoch odkazovať, pričom z hľadiska terminológie sa stretávame s jeho označením ako „dos“ alebo „dotalitium“²⁵. Zo znenia článku 93 § 2 vyplýva, že obvenenie bolo do vydania Tripartita upravené, podľa konštatovania Verböczyho, starobylými krajinskými obyčajami („*quod de regni nostri veteri, aprobataque consuetudine*“). Prvá konkrétna zákonná úprava obvenenia pochádza z roku 1222, možno však predpokladať, že tento inštitút už v danom čase existoval v úprave právnej obvyčaje, nakoľko ho Zlatá bula nijak necharakterizuje, obmedzuje sa len na úpravu povinnosti jeho plnenia.

Vymedzenie inštitútu obvenenia nachádzame v článku 93, podľa ktorého bolo obvenenie dar, ktorý dostáva manželka z manželovho majetku ako odmenu za stratu panenstva a plnenie manželských povinností.²⁶ Z právneho hľadiska presnejšiu definíciu obvenenia podal Kadlec²⁷, podľa ktorého obvenením bola peňažná suma zabezpečená pre ovdovelú vernú manželku antichretickým záložným právom²⁸ viaznúcim na nehnuteľnostiach manžela. Pri antichretickom záložnom práve mal záložný veriteľ (manželka, vdova) postavenie podobné postaveniu vlastníka s tým rozdielom, že toto postavenie bolo obmedzené len na istý čas, preto sa o antichretickom záložnom práve

²⁴ Konkrétne ide o články: I. časť (čl. 27 § 2, čl. 28, čl. 29 § 4, čl. 30 § 7, čl. 59 § 2, čl. 67 § 2, čl. 78 § 5, čl. 88, čl. 93, čl. 94 § 3, čl. 95, čl. 96, čl. 97, čl. 98 § 1-3, čl. 100, čl. 101 § 3, čl. 102 § 2, čl. 103, čl. 104, čl. 105, čl. 106, čl. 109, čl. 111 § 7, čl. 129 § 1, čl. 134 § 3-4), 2. časť (čl. 24 § 7, 43 § 4, čl. 60 § 4, čl. 70 § 3, § 5, čl. 85 § 4), 3. časť (čl. 3 § 3-5, § 9, čl. 7 § 3,5).

²⁵ Na výskyt terminologickej nepresnosti (či nejednotnosti) upozornil aj sám Verböczy v Trip. I. knihe čl. 93 Úvod: „*Item, super solutione dotum, et rerum paraphernalium, id occurit animadvertendum; quod quanquam dos (unde dotalitium descendit) ad donatio et paraphernum longe differant, non tamen confuso vocabulo dotem, et donationem simul permiscentes; dotalitium, vel solummodo dotem dicimus*” Pozri aj PEKARIK, M.: Právna úprava vena v Tripartite a v rímskom práve: komparatívny pohľad. In: Zborník príspevkov z vedeckej konferencie doktorandov a školiteľov Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave [elektronický dokument]. 3. zväzok. BLAHO, P. (ed.). Trnava : Trnavská univerzita, 2007, s. 6-7.

²⁶ Trip. I/93 Úvod: „... *dotalitium vel solummodo dotem dicimus: Et est quae uxori propter eius deflorationem, et concubitum, de bonis mariti datur.*” Trip. I/93 § 2: „... *dotalitium est merces foeminarum legitime conjugatarum, ob debitum matrimonii, de bonis, et juribus possessionariis maritorum, juxta status illorum exigentiam dari consueta.*”

²⁷ KADLEC, K.: dielo cit. v pozn. 2, s. 254.

²⁸ V prípade antichretického záložného práva manželky (vdovy) zabezpečujúceho vydanie jej obvenenia išlo o zákonné antichretické záložné právo k nehnuteľnostiam, ktoré boli vo vlastníctve manžela.

hovorí ako o „*dočasnom vlastníctve, kúpe a predaji nehnuteľnej veci s výhradou spätnej kúpy*“ (*impignoratio bonorum est temporaria emptio venditio*)²⁹, o „*vlastníckej zástave, či starej zástave*“³⁰, príp. o „*záložnej držbe*“.³¹ Záložný dlžník mal len holé vlastníctvo (*nudum dominium*). Záložný veriteľ mal právo založenú nehnuteľnosť užívať spolu s výkonom vrchnostenských právomocí. Úžitky z nehnuteľnosti patrili veriteľovi, ktorý nemal povinnosť započítavať ich s pohľadávkou.³²

Výška obvenenia, išlo o tzv. zákonné obvenenie, *dos legalis*, bola v Tripartite pomerne precíznym spôsobom stanovená a závisela od spoločenského stavu manžela a veľkosti jeho majetku³³. Ohľadom majetku Verböczy takmer vždy uvádza súčasne pojmy (donačný) majetok a pozemkové práva³⁴. U manželky baróna (*baro regni*) bolo obvenenie stanovené (čl. 93 § 4) sumou 100 mariek (400 zlatých) a u manželky magnáta a popredného šľachtica sumou 50 mariek³⁵ (200 zlatých). Manželky ostatných šľachticov, t. j. šľachticov nižšieho postavenia a menej majetnejších, mali dostať primerane nižšie obvenenie³⁶

²⁹ LUBY, Š.: Dejiny súkromného práva na Slovensku. Bratislava : Nákladom knižnice Právnickej Jednoty v Bratislave, 1946, s. 361 ako aj KADLEC, K.: dielo cit. v pozn. 2, s. 263.

³⁰ STIEBER, M.: Dějiny soukromého práva ve střední Evropě. Praha, 1930, s. 36. Ako autor uvádza „*starší literatura zvala tuto zástavu také zástavou starou (alte Satzung), v jakési protivě k zástavě bez držby zvané zástavou novou (neue Satzung).*“ Saturník na vysvetlenie dodáva, že pri tomto druhu záložného práva „*dlužník podržel své právo vlastnické a na věřitele převedl zástavní držbu (Satzungs gewere) a právo pobíratí užítky z pozemku.*“ SATURNÍK, T.: Přehled dějin soukromého práva ve střední Evropě. Nástin přednášek. (Tišteno jako rukopis). Praha, 1945, s. 94.

³¹ FAJNOR, V./ZÁTURECKÝ, A.: Nástin súkromného práva platného na Slovensku a v Podkarpatskej Rusi so zreteľom aj na banské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme (s príslušnými časťami návrhu čl. všeobecného zákoníka občianskeho, zhotoveného superrevíznou komisiou). III. vydanie pôvodného diela. Šamorín, 1998, s. 182.

³² FERANCOVÁ, M.: Zabezpečenie pohľadávok zriadením záložného práva v historickom vývoji. In: Zabezpečenie pohľadávok a ich uspokojenie (Sicherheit von Forderungen und deren Befriedigung). 7. Lubyho právnické dni : medzinárodná vedecká konferencia, Smolenice 17. a 18. september 2002. LAZAR, J. (ed.). Bratislava : Iura Edition, 2002, s. 180.

³³ Trip. I/93 § 3: „*Nam secundum status, et dignitas maritorum praeminentiam, ac bonorum et iurium possessionariorum eorundem quantitatem variatur, fitque solutio dotalitiorum*“

³⁴ Trip. I/96 § 2 „*Solvuntur autem dotalitia mulieribus, de bonis et iuribus possessionariis maritorum, ad que fuerint traductae.*“

³⁵ V zmysle ustanovenia – Trip. I/133 § 18 – bola (obývaná) poddanská usadlosť ocenená na hodnotu 1 marky (t. j. 4 zlaté). Obvenenie manželky bohatšieho šľachtica (magnáta a popredného šľachtica), ktorý mal 50 a viac obývaných poddanských usadlostí, bolo teda Tripartitom stanovené na pomerne značnú sumu – 50 mariek, t. j. 200 zlatých. Vo všeobecnosti mala vdova získať takú sumu obvenenia (počítanú v markách), koľko obývaných poddanských usadlostí vlastnil jej manžel. Pozri aj KADLEC, K.: dielo cit. v pozn. 2, s. 255 a s. 126.

³⁶ LUBY, Š.: dielo cit. v pozn. 29, s. 275.

vychádzajúce z ocenenia majetku ich manželov³⁷, pričom sa v zmysle článku 134 oceňovali len šľachtické dvory a poddanské usadlosti k nim patriace³⁸. Ak však manželka po smrti manžela neuzavrela nové manželstvo a ako vdova užívala majetky bývalého manžela, súbor majetku podliehajúci oceneniu sa rozšíril aj o pozemky, lesy, záhrady, lúky a mlyny ležiace mimo dedín, pričom do držby a užívania mala dostať len toľko, koľko dosahovala hodnota obvenenia³⁹. Dôležitou pri výške obvenenia bola tiež skutočnosť počtu ženou uzavretých manželstiev, nakoľko sa jeho výška uzavretím každého ďalšieho manželstva znižovala o polovicu, t.j. pri druhom manželstve manželke patrila len polovica Tripartitom stanoveného obvenenia, pri treťom už len štvrtina a pri štvrtom osmina sumy obvenenia⁴⁰. Výška obvenenia sa však mohla zmeniť, a to buď na základe zmluvy, ktorou sa manžel zaviazal manželke poskytnúť vyššiu sumu obvenenia, alebo na základe závetu. Možnosť poskytnúť žene tzv. sľúbené alebo zmluvné obvenenie (*dos scripta vel contractualis*⁴¹) sa vyvinula v prostredí obyčajového práva. Prijatie sľúbeného (zmluvného) obvenenia kozumovalo nárok na obvenenie v zmysle ustanovení Tripartita (*dos legalis*). Dôležitou skutočnosťou však bolo, že tzv. sľúbené obvenenie sa viazalo len na majetok nadobudnutý v manželstve, nezaťažovalo majetok rodiny manžela viazaný aviticitou. Nárok na plnenie sľúbeného obvenenia podliehal premlčaniu, na rozdiel od obvenenia zákonného, ktorého plnenie bolo nepremlčateľné. Nárok na plnenie zákonného obvenenia bol nárokom

³⁷ Pozri vyššie citované – Trip. I/96 § 2.

³⁸ Trip. I/134 § 3: „*Tertio, in dotalitiorum restitutione. In qua solummodo curiae nobilitares, ac sessiones jobagionales populosae, et desertae, atque praediales, in ordine aliarum sessionum sitae aestimantur; et extra corpus possessionis nulla in hac parte aestimatio admittitur.*”

³⁹ I. časť čl. 134 § 4: „*Hoc tamen advertendum est; quod, si qua mulierum, mortuo marito suo, in bonis, ac juribus ejusdem mariti possessionariis, titulum et nomen ipsius ferendo, vita sibi comite, permenerit, et filius, vel frater, aut alter successor ejusdem mariti legitimus, ipsi mulieri ad quantitatem, et valorem dotalitii sui, jura aliqua possessionaria, vita ejusdem durante possidenda, et utenda sequestrare, excindereque, et dare decreverit; tunc in tali casu, non solum curiae nobilitares, sessionesque jobagionales populosae, et desertae, ac praediales, sed etiam extra villam, terrae, sylvae, pomaria, ac foenilia, et molendina, que mulieri dabuntur ... et tantum duntaxat sibi de iuribus illis possessionariis, quantum se ad valorem ipsius dotalitii sui extendet, deputabitur utendum, atque possidendum.*”

⁴⁰ Trip. I/96 Úvod: „*Item advertendum; quod qualibet foeminarum, a primo marito (ratione floridae virginitatis, in qua nuptui tradita fuit) integram dotem: a secundo vero, post deflorationem scilicet nubendo; mediam duntaxat dotem: a tertio quartam partem; a quarto, octavam solum partem dotis habet.*” Trip. I/96 § 1 „*Si que autem etiam quinto, vel sexto marito nupserit; dos sua in tantum minuetur; ut admodum exigua sit futura.*”

⁴¹ Podľa ustanovení právnej obyčaje sa tzv. sľúbené (zmluvné) obvenenie uplatňovalo aj u manželiek mešťanov a poddaných.

prednostným, dokonca aj voči starším pohľadávkam veriteľov manžela. Obvenenie sľúbené však toto prednostné postavenie nemalo⁴².

Manželka mala možnosť na základe zmluvy alebo závetu poskytnúť manželovi protiobvenenie (*contrados*), čo však bolo pomerne zriedkavé⁴³. Protiobvenenie (*contrados*) bolo analogickým s právom manželky na sľúbené (zmluvné) obvenenie. Aj tento inštitút sa vyvinul z právnej obyčaje. V prípade poskytnutia protiobvenenia manžel mal právo užívať a požívať majetky manželky po jej smrti, až do času plnenia protiobvenenia jej dedičmi⁴⁴.

Plnenie obvenenia sa zvyčajne uskutočňovalo v peniazoch a v hnutel'ných veciach, ktoré boli v postavení peňažného ekvivalentu ľahko obchodovateľné na trhu (zväčša dobytok)⁴⁵, pričom Tripartitum (čl. 95 § 1) vylúčilo isté veci ako nespôsobilé k výplate obvenenia, napr. zaplátané šaty, chromý dobytok, zbrane.

Nárok na obvenenie vznikal len manželke šľachtica, obvenenie stanovené Tripartitom patrilo z donačných majetkov a práv⁴⁶, ak bolo uzavreté platné manželstvo (v zmysle čl. 106 a 107 sa pripúšťalo aj manželstvo putatívne⁴⁷), ktoré bolo aj konzumované (obvenenie bolo chápané ako odmena za stratu panenstva a za plnenie manželských povinností⁴⁸). Nárok na obvenenie vznikal pri zániku manželstva. Ak manžel zomrel bezdetný a bez dispozície so svojím majetkom v testamente, vdova (aj napriek vyplateniu obvenenia) do času, kým neuzavrela nové manželstvo, mala právo užívať majetky a pozemkové práva svojho zomrelého manžela⁴⁹. Výnimkou bol prípad, ak majetky a pozemkové

⁴² KADLEC, K.: dielo cit. v pozn. 2, s. 258.

⁴³ LUBY, Š.: dielo cit. v pozn. 29, s. 276.

⁴⁴ PUTZ, K.: System des ungarische Privatrechtes. Wien, 1870, s. 317.

⁴⁵ Trip. I/95 § 2: „*Res autem mobiles, et venales, in hac parte tales esse debent: quae in foro quotidiano vendi possunt, prout sunt: oves, boves, equi, caprae, vaccae, vituli, et porci, qui se movere de loco in locum commode possunt.*” Pozri aj Trip. I/134 § 3: „*Et demum juxta ejusmodi possessionariae aestimationis seriem, restitutio dotalitorum, partim pecuniis paratis: partim vero rebus mobilibus (etiam jumentis inclusis) fieri solet, juxta verum pretium illarum, prout videlicet in foro vendi possent, acceptari debebunt.*”

⁴⁶ Trip. I/93 § 2: „*...de bonis, et iuribus possessionariis maritorum...*”

⁴⁷ Trip. I/106 Úvod: „*Item, si inter virum, et uxorem, propter consanguinitatem, vel affinitatem ignoratam, divortium factum fuerit; tunc foemina tam dotem, quam res paraphernales a viro rehabebit ...*” Pozri aj Trip. I/106 § 2 (vedomosť manželov o existencii pokrvného príbuzenstva bola dôvodom straty nároku na obvenenie), citovaný nižšie.

⁴⁸ Pozri vyššie citované – Trip. I/93 Úvod a Trip. I/93 § 2.

⁴⁹ Trip. I/98 § 1: „*Quae de bonis et iuribus possessionariis, domoque residentiae, et curia mariti, quamdiu sub nomine, et titulo defuncti mariti, viduitatis tempora peregerit, et ad alia vota se non transtulerit; etiam cum restitutione dotis suae excludi non poterit.*” Porovnaj aj Trip. I/30 § 7: „*Uxor etiam, seu relicta defuncti ex domo, et curia ipsa mariti, quosque*

práva boli omnoho výnosnejšie ako suma predstavujúca obvenenie manželky, zákonný dedič mal potom právo ponechať vdovu v užívaní len časť zodpovedajúcu obveneniu a z užívania ostatných majetkov a práv vdovu vylúčiť.⁵⁰ Zákonný dedič však nemohol vyhnať manželku (vdovu) z domu a dvora jej manžela.⁵¹ V prípade, ak vdova uzavrela nové manželstvo, zákonný dedič mal právo, po plnení obvenenia vdovu z užívania majetkov bývalého manžela úplne vylúčiť.⁵² V tomto ohľade sa inštitút obvenenia stretáva s iným spôsobom zabezpečenia vdovy po smrti manžela osobitným tzv. vdovským právom. Po smrti ženy mohol o vydanie obvenenia požiadať jej najbližší pokrvný príbuzný.⁵³

Právo manželky (vdovy) na plnenie obvenenie bolo teda vymáhateľné od každého právneho nástupcu manžela,⁵⁴ zaťažovalo všetok (donačný) majetok

ad secundas nuptias se non transtulerit, excludi non poterit: sicuti infra, ubi de solutionibus dotalitiorum, clarius dicitur."

⁵⁰ Trip. I/98 § 3: „*Imo, si bona, et jura possessionaria viri ipsius praemortui, adeo copiosa, fructiferaque fuerint, ut dotalitium uxoris longe excedere videantur; tunc is, in quem bona ipsa derivabuntur, poterit mulierem illam, si etiam nomen, et titulum mariti sui gereret, de reliqua parte bonorum, quae scilicet aestimationem dotis suae praecellere, et excedere videbitur juris ordine, coram suo iudice excludere: et tantum duntaxat, ad utendum, de juribus illis possessionariis deputare, quantum dotis quantitas postulabit.*"

⁵¹ Trip. I/98 § 4: „*De loco tamen, et domo curiaque solitae residentiae mariti; excludi mulier ipsa nequibit; nisi forsitan domus ea, castrum fuerit, quod sibi non conceditur: sed domus alia mariti, extra castrum alicubi sita, ad habitandum eidem deputabitur.*" I. časť čl. 98 § 5: „*Secus est de illis, qui multa habent, atque possident castra, pro loco habitationis deputata: nam hoc casu, etiam mulieri, castrum deputari poterit habitandum.*"

⁵² Trip. I/98 § 2: „*Postquam tamen maritata, nuptaque cuipiam fuerit; tunc ille, ad quem bona, et jura possessionaria mariti defuncti, jure haereditario, succesorioque devoluta fuisse dignoscentur; mulierem ipsam, restituta primum ejus dote, de eisdem bonis ejiciendi, et excludendi, plenariam habet auctoritatem.*" Trip. I/102 § 2: „*Ubi enim ad secundas nuptias mulier se transtulerit; restituta dote sua de illis, per eum, cui competet, ejici, et excludi poterit. Qui enim per jura haereditaria uxori suae cupit complacere; studeat nomen ejus in emptionis, et fassionis serie ponere.*"

⁵³ Trip. I/93 § 6: „*Mortua vero muliere, qui sibi in linea consanguinitatis propinquior erit; dotalitium ejus requirendi, sibique vendicandi habet facultatem.*"

⁵⁴ Pozri aj Trip. II/60 § 4: „*Uxor vero sua, dotem ac res paraphernales suas, tam filiis suis, quam etiam ab eo, qui portiones mariti sui possedebit, marito ipso decedente, pro se rehabere valebit: prout in prima quoque parte, ubi de dotalitiorum solutionibus tractatum est, notabile positum habes.*" Trip. I/101 § 3: „*Reliqui tamen cum juribus possessionariis pariter, ad filios, vel fratres indivisos, et alios successores legitimos derivabuntur, atque pertinebunt: cum quibus solutio dotalitiorum, et quartalitorum fieri debet: Ne praetextu ejusmodi solutionis, cogantur successores, haereditates suas alienare: qui et alioquin filias de juribus paternis, emaritare, nutuique tradere tenebuntur.*"

manžela⁵⁵ (manželka mala právo na obvenenie aj z tých majetkov manžela, ktoré dal do zálohu⁵⁶), bolo nepremlčateľné,⁵⁷ na jeho uplatnenie nemal vplyv trestný čin manžela (napr. *nota infidelitatis*)⁵⁸ vždy spojený so stratou majetkov a práv. Vdova mala retenčné právo k celej pozostalosti manžela, ktorú mohla užívať a požívať.⁵⁹

Osobitný prípad, riešený takmer vo všetkých spomínaných právnych normách z doby pred Tripartitom, je prípad bezdetného manželstva. Zaujímavou v tomto ohľade je skutočnosť, že zákony z obdobia 13. – 15. storočia (Ondrej II., Žigmund Luxemburský, Matej Korvín, Vladislav II. Jagellonský) riešia takmer vždy prípady obvenenia bezdetnej vdovy, prípadne vdovy s dcérami, bez mužských potomkov. Stročnosť úpravy obsiahnutá v zákonodarstve, aj v porovnaní s pomerne značnou precíznosťou úpravy inštitútu obvenenia v Tripartite, zakladá predpoklad obyčajovoprávnej úpravy tohto inštitútu. Inými slovami, možno teda dôvodne predpokladať, že zákonodarca riešil len najviac problematickú oblasť týkajúcu sa obvenenia bezdetnej (resp. mužských potomkov nezanechajúcej) vdovy, možno aj pre častý výskyt násilností, sťažností či súdnych sporov.

Daný prípad mohol byť komplikovaný súčasným vymretím dedičov podľa donačnej listiny oprávnených dedičov donačný majetok. V tomto prípade nastával devolučný titul vymretia rodu (*defectus seminis*), na základe

⁵⁵ Trip. I/96 § 2: „*Solvuntur autem dotalitia mulieribus, de bonis, et iuris possessionariis maritorum, ad quae fuerint tractatae.*”

⁵⁶ Trip. I/103 Úvod: „*Sciendum deinde est; quod, si maritus mulieris, necessitate forte ingrue (prout saepenumero fieri solet) jura sua possessionaria, alteri cuiquam impignoraverit, maxime absque uxoris suae consensu, tunc mortuo marito, poterit mulier ipsa dotem suam ab eo, qui jura hujusmodi possessionaria pignori tenet, requirere, pariteret rehabere. Quoniam impignoratio non excludit proprietatem, et perpetuitatem jurium ipsorum possessionariorum.*”
Trip. I/103 § 2: „*Attamen tempore redemptionis eorundem jurium possessionariorum, ille ad quem redemptio ipsorum spectabit; non solum super capitali summa, pro qua utpote impignorata fuerant; sed etiam super solutione ejuscemodi restitutae dotis; satisfactionem impendere tenebitur.*”

⁵⁷ Trip. I/78 § 5: „*Inter fratres vero generationales, et condivisionales, ratione jurium possessionariorum (demptis actibus potentiariis), ac in dotalitiorum, et quartalitorum per eos solutione, praescriptio nunquam admittitur.*”

⁵⁸ Trip. I/104: „*Praeterea, si jura possessionaria mariti, pro ejus maleficio, aut etiam per notam aliquam infidelitatis ejusdem, juridice occupabuntur (etiamsi maritus capite plecteretur) uxor ipsa nihilominus dotem suam, ab eo, qui jura ipsa possessionaria possidebit, semper recuperare valebit.*”

⁵⁹ Pozri citované články – Trip. I/29 § 4, Trip. I/98. Porovnaj aj Trip. I/30 § 7: „*Uxor etiam, seu relicta defuncti ex domo, et curia ipsa mariti, quosque ad secundas nuptias se non transtulerit, excludi non poterit: sicuti infra, ubi de solutionibus dotalitiorum tractabitur, clarius dicitur.*”

ktorého sa mal donačný majetok vrátiť späť panovníkovi (od vydania dekrétu Ľudovíta I. Veľkého Anjou z roku 1351). V tejto súvislosti môžeme upriamiť pozornosť aj na spôsob práce Verböczyho pri zostavovaní diela *Opus Tripartitum* – Verböczy totiž vychádzal nielen z právnej obyčaje, ale aj zo zákonov a súdnych rozhodnutí. Práve zákonné ustanovenia (Väčší dekrét Žigmunda Luxemburského, Väčší dekrét Mateja Korvína⁶⁰) týkajúce sa obvenenia nachádzame prevzaté v článku 30 § 3 – 4. V zmysle ustanovení predchádzajúcich dekrétov a *Tripartita* v prípade vymretia zákonných dedičov donačného majetku, zvyčajne mužského pohlavia, sa v prvom rade malo, s ponechaním pokojného stavu držby donačných majetkov a pozemkových práv vdove a prípadne aj ženským potomkom, zistiť, či uvedené donačné majetky a práva⁶¹ patria aj ženskému pokoleniu. Ak aj ženskej vetve nepatrili, nesmela byť vdova, a prípadne aj jej nevydaté dcéry, vylúčené z držby majetkov a práv zomrelého manžela⁶² bez plnenia obvenenia či iných práv⁶³ (dievčenská štvrtina).

Vzťah inštitútov obvenenia a dievčenskej štvrtiny charakterizovaných často spolu v zmysle ich chápania ako osobitných ženských práv Verböczy objasnil v článku 96 § 3 a článku 97. Ich spoločným znakom bolo, že oba inštitúty viazli na donačných majetkoch, avšak obvenenie bolo určené manželkám (vdovám) a dievčenská štvrtina ženským potomkom. V praxi sa vyskytovali prípady, keď jedna osoba žiadala obvenenie i dievčenskú štvrtinu, naraz však

⁶⁰ Na prevzatie ustanovení zákonného článku týkajúceho sa majetkov v prípade uplatnenia devolučného titulu vymretia rodu (*defectus seminis*) upozorňuje aj samotný Verböczy v *Trip. I/30 § 4*: „*Prout etiam in decreto serenissimi principis quondam domini Matthiae regis, de quo praesens articulus et excerptus, sed variatus, et immutatus, manifeste continetur.*”

⁶¹ Pozri tiež *Trip. I/27 § 2*: „*Quod bona in lite existentia, per defectum seminis impetrari non possint*“ a *Trip. I/28 Úvod*: „*Quod bona donatione regia acquisita, si etiam pecuniarum summa contradictoribus solvatur, jus foemineum non concernunt.*”

⁶² *Trip. I/67 § 2*: „*Et si frater ipse defunctus, filias et uxorem post se relinqueret, et bona sua sexum foeminum non sequerentur, ita videlicet, quod prius vivente fratre praemortuo, et progenitorum quoque suorum temporibus, reale dominium aliqua foeminarum in eisdem bonis non habuisse; tunc easdem filias, infra tempus maritacionis earundem uxorem autem, seu relictam illius, tamdiu, quousque sub nomine, et titulo domini, et maritu sui vixerit, et temous viduitatis suae peregerit, eo praecise jure, et modo, quo frater ille defunctus, dum superviveret, victu, et amictu, omnibusque vitae necessariis, juxta bonorum illorum exigentiam educare, providereque, et conservare, ac honeste tandem filias nuptui tradere: Uxorem autem (si voluerit) nuptui pariter tradere, et insuper dotalitium, ac res paraphernales ejusdem persolvere, frater ipse supervivens de jure tenebitur.*”

⁶³ *Trip. I/29 § 4*: *Quod si repertum fuerit, eademjiura juri foemineo non competere; extunc dictis uxoribus talium decedentium, antequam de dominio dictarum possessionum excludantur, per regiam majestatem, vel alios, ad quos reperte fuerint esse devolutae, de earum dotibus, et iuribus, plena satisfactio impendatur.*”

bolo možné žiadať len plnenie dievčenskej štvrtiny svojej matky a obvenenia svojej starej matky.⁶⁴

Manželka, prípadne vdova strácala podľa ustanovení Tripartita právo na obvenenie v prípadoch:

- ak sa manželka počas trvania manželstva obvenenia dobrovoľne vzdala. Medzi dôvody vzdania sa obvenenia Verböczy radí: zveľadenie manželkinho výlučného majetku, ktorý manžel zvyčajne nededil, manželovou činnosťou; investície do manželkinho výlučného majetku, ktoré mohol manžel využiť aj inak; ponechanie obvenenia manželovi za starostlivosť o spásu duše manželky po jej smrti; osobitným prípadom („v súlade s obyčajou“) bolo odpustenie obvenenia na smrteľnej posteli, ak nebolo podozrenie z nátlaku na toto konanie⁶⁵,
- ak uzavrela manželstvo s vedomím pokrvného príbuzenstva,⁶⁶
- ak sa dopustila nevery (cudzoložstva), a ak manželstvo bolo rozvedené⁶⁷.

⁶⁴ Trip. I/97 Úvod: „*Sciendum est tamen, quod dotalitium matris, et aviae, simul, una, et eadem persona quaerere non potest.*” Trip. I/97 § 1: „*Nam, si matris meae quartalium quaero; tunc dotalitium aviae meae quaerere debeo: quia mater matris meae, avia mea est.*” Trip. I/97 § 2: „*Si autem sola mater mea quartalium suum de juribus paternis quaerat; tunc ipsa dotalitium matris suae et non aviae quaerere debet: nam aviae ejus dotalitium, illius generationis, et quidem propinquioris est quaerere; de cujus prosapia mulier illa processisse dignoscitur.*”

⁶⁵ Trip. I/109 Úvod: „*Item, quanquam durante matrimonio, uxor dotem suam marito (ut communiter) triplici de causa relaxare solet: Primo, si maritus bona suae conjugis, quorum successio non respicit, neque cadit in virum suum, ampliaverit, et augmentaverit. Secundo, si expensas, necessarias etiam alio modo, bonis in illis, vir fecerit. Tertio, si uxor marito suo, ut praetextu dotalitii sui, ipsa decedente, salutem animae suae consulat; commiserit, vel aliter super illo disponens ordinaverit. Tamen juxta modernorum consuetudinem, etiam praemissis causis cessantibus, poterit mulier ipsa viro dotalitium, maxime in mortis articulo, quando de metu, et timore viri suspitio tollitur; relaxare.*” Trip. I/109 § 1: „*Secus est tamen, si uxor in humanis agens, et sana existens, per maritum, metu, et terrore ad relaxandum sibi cogeretur: Nam in tali casu, facta per mulierem super ea re legitima reclamazione, atque retractione; relaxatio hujusmodi, et fassio quoque inde celebrata, locum non habebit.*”

⁶⁶ Trip. I/107 Úvod: „*Scientia autem conjugum apparebit ex hoc: si matrimonium illud reclamantibus, et contradicentibus fratribus, vel aliis, ad quod successio spectat: aut in tali propinquo gradu consanguinitatis fuerit contractum; quod eis utriusque notoria fuisset.*” Trip. I/106 § 2: „*Attamen si scienter, et contra prohibitionem fratrum, vel eis succedere debentium, matrimonium contratum, et tandem divortium secutum, vel non secutum fuerit ... Mulier praeterea dote sua carebit: res paraphernales solummodo suas a marito suo rehabere valebit.*”

⁶⁷ Trip. I/105 Úvod: „*Advertendum insuper est, quod, si mulier violata fide, qua marito suo tenetur, adulterium commiserit, et in adulterio deprehensa, divortium tandem subsequutum fuerit; perdit ipsa dotem suam...*”

Existovala však aj možnosť odpustenia nevery zo strany manžela, kedy by žena získala svoje obvenenie späť.⁶⁸ Ak však bola žena za neveru, cudzoložstvo potrestaná smrťou, stratila (presnejšie jej dedičia stratili) nárok na obvenenie,⁶⁹

- ak vdova zlomyseľne a ľstivo zadržovala donačné majetky a práva svojho zomrelého manžela a predlžovala súdne vyporiadanie vo veci plnenia obvenenia,⁷⁰
- ak bola manželka (vdova) odsúdená pre trestný čin väčšieho násillia, keď na základe súdneho rozsudku stratila nielen svoje pozemkové práva a hnutel'né veci, ale aj obvenenie a dievčenskú štvrtinu.⁷¹

Tripartitum obsahovalo osobitné ustanovenia týkajúce sa minimálneho veku ženy vyžadovaného pre dispozíciu s obvenením, či už v hnutel'ných alebo aj v nehnuteľných veciach, ktorý bol článkom 111 § 7 stanovený na 16 rokov⁷² (veková hranica pre nadobudnutie plnoletosti ženou). Ochranné ustanovenia týkajúce sa detí – sirôt obsiahli zákaz nútiť tieto osoby vypovedať v súdnom spore, ktorý sa proti nim začal v období ich detstva (t. j. v období nezákonného veku) aj ohľadom pozemkových práv, obvenení či dievčenských štvrtín.⁷³

⁶⁸ Trip. I/105 § 1: „*Verum, si post adulterium, maritus mores ejus scienter approbaverit, cum ipsa cohabitando, et concumbendo; tunc etiam dotem suam recuperabit: et postea neque necem illi propter adulterium (si etiam secundo peccaverit) maritus inferre valebit: Quam prima fronte, ubi scilicet ad notitiam ejus, adulterium devenit; libere, jureque inferendi habet facultatem.*”

⁶⁹ Trip. I/105 § 2: „*Ubi autem ipsa mulier ob hujusmodi adulterium juridice extremo supplicio mulctata fuerit; fratres ejus, solummodo res paraphernales, et non dotalitium ejus recuperare poterunt. ...*“

⁷⁰ Trip. II/24 § 7: „*Mulier vero admonita, et praetextu dotis, reique paraphernalis suae, modo praemisso evocata, si quidem comparuerit, exquisitis tamen per responsionem, aliquibus subterfugiis, ad alium terminum causam suam prorogari facere procuraverit, ut interea fructus bonorum illorum capere, et percipere posset, et in ipso tendem termino, responsionem suam bono modo probare non poterit; tunc dotem et rem suam paraphernalem, propter fraudem, et frivolam suam responsionem (ex quo, mulae foeminae bona pupillorum, hujusmodi cavillationibus extremae desolationi subjecisse dignoscuntur) per omnia amittet eo facto: et actori, bona, ac jura possessionaria ipsa, sine quavis solutione dotalitii, per iudicem suum reddi, et restatui debent.*”

⁷¹ Trip. II/43 § 4: „*Foeminae praeterea, et mulieres non tantum jura ipsarum possessionaria, et res mobiles, sed etiam dotalitia, et quartalitia ipsarum, per hujusmodi sententiam amittunt.*”

⁷² Trip. I/111 § 7: „*Puella vero ... super quartalitiis, dotibus, ac cunctis aliis earum juribus, etiam possessionaria datione ipsas concernentibus, fassiones modo praeallegato, et conditionibus sub praedeclaratis facere, et prout libuerit, de eisdem disponere possunt.*”

⁷³ Trip. I/129 § 1: „*Nec coguntur ad instantiam alicujus, in processu cujusvis causae, vel litis, sive ratione jurium possessionariorum, aut dotalitorum, vel quartalitorum, sive actuum*

Obvenenie ženy (vdovy) bolo chránené aj sankciou stanovenou za trestný čin krivého, nespravodlivého či šikanózneho obvinenia (*calumnia*), a to v dvoch rovinách. Prvou je prípad, ak bola osoba oslobodená spod obvinenia alebo bola obvinenia zbavená, a následne bola táto osoba (alebo jej dedičia) opätovne pre tú istú vec, týkajúcu sa obvenenia alebo dievčenskej štvrtiny, žalovaná (či už rovnakou osobou alebo jej dedičmi), kedy išlo o trestný čin *calumnie*⁷⁴. Druhou rovinou trestného činu *calumnie* bol prípad obnovenia právoplatne ukončeného súdneho sporu bez osobitnej panovníkovej milosti, t. j. bez povolenia obnovy konania, kedy bol spor týkajúci sa obvenenia a dievčenskej štvrtiny prehratý na večné časy a delikvent (rovnako ako aj v prvom prípade) bol povinný zaplatiť pokutu (homágium) v sume 50 mariek (200 zlatých).⁷⁵

Procesné ustanovenia obsiahnuté v Tripartite obvenenie spomínajú jednak v súvislosti s pripustením ďalšieho účastníka do konania na strane žalobcu (Trip. II/85 § 4), a tiež v súvislosti s kompetenciou sedrií a Kráľovskej kúrie. Pokiaľ hodnota sporu týkajúceho sa obvenenia presiahla 100 zlatých, o veci rozhodovala Kráľovská Kúria, výkon rozhodnutia však zabezpečovala sedria daného komitátu (Trip. III/7, § 3 a 5).

Tripartitum zohľadnilo aj osobitné obyčaje Slavónie a Sedmohradska týkajúce sa jednak výšky obvenenia. Obvenenie manželky (s výnimkou manželky baróna, ktoré bolo rovnaké ako v Uhorsku) bolo v Slavónii 100 zlatých a v Sedmohradsku 66 zlatých, prípadne u menej majetných šľachticov primerane nižšie⁷⁶. K plneniu obvenenia dochádzalo tak, že dve tretiny obvenenia sa zvyčajne vyplácali v peniazoch a jedna tretina v huteľných ľahko speňažitelných veciach.⁷⁷

potentiorum, vel damnorum, aut etiam aliorum quorumcunque negotiorum, adversus eos, in ipsa pupillari, seu illegitima eorum aetate subortae, et suscitatae (demptis tamen causis tempore patris ipsorum inchoatis) infra tempus legitima aetatis eorum respondere.“

⁷⁴ Trip. II/70 § 3: „*Secundo vero: quando quispiam alterum super jure quartalatio, vel dotalitio, aut impignoratio, vel alio etiam quovis negotio expeditum, et absolutum reddit, atque committit, et tandem ratione ejusdem negotii, ipsum absolutum; aut ejusdem haeredes, et successores, rursus in litem attrahit; vel forsitan eo decedente, filii, aut alii legitimi sui successores attrahunt. Mox ubi super ea re, probabile, suficiensque documentum produci poterit; talis calumniae poenam uncurrit.*“

⁷⁵ Trip. II/70 § 5: „*Cujus vigore, principalis causa, hoc est res illa, quae prosequabatur, sive sit castrum, vel oppidum, aut aliud jus possessionarium, sive pecuniarum summa, sive dotalitium, aut quartalitium; in perpetuum amittitur eo facto. Et insuper calumniator ille in quinquaginta marcis homagialibus, ducentos florenos auri facientibus, in duabus judici, in tertia vero partibus in causam attracto solvendis, convincitur, et aggravatur, ipso pariter facto.*“

⁷⁶ Trip. III/3 § 3, 4, 5.

⁷⁷ Trip. III/3 § 9.

Záver

Majetkové vzťahy medzi šľachtickými manželmi v stredovekom Uhorsku ovládal model oddelených majetkov manželov, čo znamená, že tak muž, ako aj žena mali právo disponovať so svojím vlastným (výlučným) majetkom samostatne. U majetku nadobudnutého za trvania manželstva zväčša⁷⁸ platila domnienka, že hlavným nadobúdateľom majetku (*principalis acquisite*) bol manžel. S uvedeným modelom plne korešponduje inštitút obvenenia predstavujúci určité zadost'učinenie (*satisfactio*) za plnenie manželských povinností, ktoré bolo v Tripartite preformulované do polohy odmeny (*merces*) za plnenie manželských povinností, t.j. za stratu panenstva a manželskú vernosť. Jeho nezanedbateľnou funkciou bolo, spolu s vdovským právom, zabezpečenie ženy po zániku manželstva (zvyčajne po smrti manžela) ponechaním jej postaveniu primeraného spôsobu života spočívajúceho v užívaní a požívaní majetkov (zomrelého) manžela, či následne v odčlenení držby istého majetku, ktorý však mal naďalej zostať majetkom rodiny manžela aj cez spätný výkup⁷⁹, a tiež plnením stanovenej alebo dohodnutej či sľúbenej, výšky obvenenia určitou peňažnou sumou, prípadne ľahko speňažitelnými hnutelnými vecami. Uvedené zabezpečenie spočívajúce v užívaní a požívaní majetku zomrelého manžela trvalo len do doby uzavretia nového manželstva. Ženu mal totiž na svoje majetky uviesť jej nový manžel, a celkom prirodzene sa teda mala vzdať užívania a požívania majetkov zomrelého manžela, ktorého zákonní dedičia však boli zaťažení povinnosťou plnenia obvenenia. Inštitút obvenenia mal teda v systéme oddelených majetkov manželov plne opodstatnenie s prihliadnutím na jeho zabezpečovacie a ochranné zameranie stredovekou spoločnosťou plne akceptované u „slabšieho“ ženského pohlavia (*ob imbecillitatem sexus*).

⁷⁸ Pozri napr. Trip. I/101: hnutelná vec (stádo koní menšie ako 50 kusov) nadobudnuté počas trvania manželstva (ale aj nadobudnuté manželom pred uzavretím manželstva) sa malo po zániku manželstva smrťou manžela rozdeliť medzi manželku a jeho dedičov na polovice.

⁷⁹ Stephen Werböczy: The customary Law of the Renowned Kingdom of Hungary in Three Parts (1517). dielo cit. v pozn. 3, s. 446.

O základných zásadách slovenského Občianskeho zákonníka

Ján Lazar

I.

Pripravovaný slovenský Občiansky zákonník vychádza z dôsledného delenia práva na súkromné a verejné a podľa legislatívneho zámeru schváleného vládou Slovenskej republiky¹ predstavuje integrovaný kódex všeobecného súkromného práva, tak ako je to charakteristické pre väčšinu občianskych zákonníkov v štátoch patriacich do okruhu kontinentálneho právneho systému. Tomu zodpovedá aj jeho hodnotová orientácia, ktorá sa najvýraznejšie prejavuje v zásadách odrážajúcich v koncentrovanej podobe základné ekonomické, etické a sociálno-politické faktory stavu a tendencií vývoja spoločnosti² a vyjadrujúcich tak širší právnofilozofický a hodnotový kontext celej kodifikácie súkromného práva.³

Primerane tomu je slovenský Občiansky zákonník (ďalej aj „OZ“) vznikajúci na začiatku 21. storočia osnovaný na hodnotách pluralitnej demokracie, právneho štátu a sociálneho trhového hospodárstva. Preto nový kódex vychádza prioritne z tradičných zásad demokratických právnych poriadkov v Európe, na ktorých sú vybudované už klasické kodifikácie 19. a 20. storočia (Code civil, ABGB, BGB, švajčiarsky, taliansky, holandský občiansky zákonník a ďalšie). Ide najmä o zásadu slobodnej autonómie osôb, právnej rovnosti, *aequitas*, zákaz zneužívania práv, zásada istoty a stability v súkromnom práve a celý rad ďalších zásad.

Uplatnenie týchto tradičných zásad v novom kódexe musí však byť uspôsobené podmienkam a potrebám spoločnosti na prahu 21. storočia, musia harmonizovať s právnymi úpravami a tendenciami Európskej únie, ktorej je Slovenská republika od roku 2004 riadnym členom. Preto je žiaduce, aby tieto tradičné zásady boli modifikované tak, že v patričných súvislostiach budú pri koncipovaní nového občianskeho zákonníka zohľadnené tiež zásady európskeho súkromného práva ako sú antidiskriminačná zásada, zásada solidarity, fairnes, regard, ochrana dôvery, zásada spolupráce.

¹ Uznesenie vlády Slovenskej republiky č. 13 zo dňa 14. januára 2009.

² HURDÍK, J.: Zásady súkromného práva, Masarykova univerzita, Brno, 1998, s. 14 a n.

³ LAZAR, J. (ed.): Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva (Materiály z odbornej konferencie), Ministerstvo spravodlivosti SR, Bratislava 2008, s. 22 a n.

Vzhľadom na tieto poznatky pokiaľ v tejto stati budú rozoberané niektoré tradičné zásady, na ktorých je nový slovenský Občiansky zákonník vybudovaný, deje sa tak v kontexte s vývojom európskeho súkromného práva a vo svetle subzásad, ktoré sú ním osobitne akcentované. Pravda v tomto rámci z celého komplexu zásad súkromného práva bude reč len o tých zásadách, ktoré možno považovať za základné pre ich určujúci význam z hľadiska celého systému súkromného práva.⁴ *In concreto* ide o tieto základné zásady:

- zásada právnej rovnosti subjektov;
- zásada slobodnej autonómie;
- zásada ekvity;
- zásada zákazu zneužitia subjektívnych práv;
- zásada istoty a stability v súkromnoprávných vzťahoch.

II.

1. Spomedzi všetkých zásad súkromného práva majú prioritný význam **zásada slobodnej autonómie a zásada rovnosti subjektov**, ktoré možno bez nadsádzky označiť za „princípy“, v prípade ak sa uznáva takáto diferenciacia medzi zásadami a princípmi. Toto ich postavenie sa prejavuje v celom novom slovenskom Občianskom zákonníku – prakticky vo všetkých jeho častiach, pričom oba princípy sú navzájom úzko prepojené a vzájomne podmienené. Táto vzájomná súvislosť a podmienenosť vyplýva z toho, že žiadny zo subjektov súkromného práva, teda ani štát, nedisponuje donucovacou mocou voči druhému subjektu, a to ani vtedy nie, ak štát je v konkrétnom prípade subjektom určitého súkromnoprávneho vzťahu. V tomto zmysle majú teda všetky subjekty súkromnoprávných vzťahov, bez ohľadu na to, či ide o fyzické osoby, právnické osoby alebo štát, rovnaké autonómne postavenie. To sa týka všetkých stránok a štádií upravovaného právneho vzťahu – jeho obsahu, vzniku, zmeny alebo zániku. Práve tým sú charakteristické normy súkromného práva, že úpravou osobných a majetkových práv vytvárajú široký a voľný priestor pre slobodnú osobnú a ekonomickú iniciatívu a iné aktivity zodpovedajúce podmienkam sociálneho trhového hospodárstva v demokratickom právnom

⁴ Totiž aj v literatúre, ktorá sa zásadami súkromného práva zaoberá, sa rozoznáva a uvádza veľký počet zásad súkromného práva v závislosti od uhla pohľadu skúmania a v závislosti od toho, či ide o zásady všeobecné pre celú oblasť, či pre jednotlivé odvetvia alebo pododvetvia súkromného práva. Ďalej sa aj terminologicky rozlišuje medzi princípmi, zásadami a subzásadami. Pozri k tomu HURDÍK, J. v diele cit. v pozn. č. 2, ďalej BYDLINSKI, F.: *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien 1996 a ďalší.

štáte a zabezpečujú širokú ochranu všetkých osobných a majetkových práv. Aj slovenský Občiansky zákonník je koncipovaný tak, aby sa uvedená slobodná iniciatíva mohla uskutočňovať v celej sfére jeho vecného pôsobenia. Preto väčšina noriem nového kódexu bude mať dispozitívny charakter (*ius dispositivum*). To znamená, že subjekty nielenže slobodne vstupujú do súkromnoprávných vzťahov upravených Občianskym zákonníkom, ale v prevažnej miere majú možnosť utvárať a formovať svoje vzájomné práva a povinnosti podľa vlastnej slobodnej vôle, pokiaľ nie sú v tomto správaní viazané kogentnými normami (*ius cogens*).

Pokiaľ ide o výskyt dispozitívnych a kogentných noriem, v pripravovanom slovenskom Občianskom zákonníku sú určité odlišnosti vo vzťahu k jednotlivým jeho častiam; je tomu tak preto, že tento kódex integruje nielen obchodné záväzkové právo, ale aj rodinné právo. Kým v celom záväzkovom práve (vrátane obchodných záväzkov) jednoznačne prevažujú dispozitívne normy, v druhej časti upravujúcej rodinné právo sa častejšie vyskytujú kogentné normy. V porovnaní so záväzkovým právom možno väčší výskyt kogentných noriem zaznamenať aj v normách vecného práva a dedičského práva, a to vzhľadom na ich absolútny charakter.

Samotná zásada dispozitívnosti bude v novom Občianskom zákonníku vyjadrená v podobe všeobecného pravidla, v podstate tak ako je to v súčasnosti platnom Občianskom zákonníku v § 2 ods. 3. Podľa tohto pravidla si môžu subjekty súkromnoprávných vzťahov vzájomne práva a povinnosti upraviť dohodou odchyľne od zákona, ak to zákon výslovne nezakazuje a ak z povahy určitých ustanovení zákona nevyplýva, že sa od nich nemožno odchyliť. Tvorcovia nového Občianskeho zákonníka sa teda nepriklonili k riešeniu vyjadrenému v platnom Obchodnom zákonníku (§ 263), v ktorom sa taxatívne vypočítavajú tie ustanovenia tretej časti Obchodného zákonníka upravujúce obchodné záväzkové vzťahy, od ktorých sa účastníci pri úprave svojich práv a povinností nemôžu odchyliť, a teda majú kogentný charakter. Toto riešenie sa v praxi neosvedčilo, a preto sa ukazuje vhodnejším zotrvať pri uvedenom všeobecnom pravidle.

Princípy slobodnej autonómie subjektov a právnej rovnosti sa v súkromnoprávných vzťahoch prejavujú osobitne v ich zmluvnej slobode, v slobodnom a rovnoprávnom prístupe k nadobúdaniu majetku (vlastnícka sloboda) a v slobodnej možnosti rozvoja osobnosti človeka a jeho tvorivej duševnej činnosti. V súčasnosti uplatnenie faktickej zmluvnej slobody však ohrozujú v nových podmienkach silné integračné procesy prebiehajúce vo všetkých oblastiach výroby, obchodu a spotreby. Integráciu totiž sprevádzajú rozvetvené trhové vzťahy, konzumná spoločnosť, pôsobenie veľkých, a čoraz častejšie aj nadnárodných monopolných subjektov uspokojujúcich hromadne

potreby ľudí. To všetko vytvára potenciálne predpoklady, že občan (spotrebiteľ) sa ocitne v pozícii, že ekonomicky silnejší a po všetkých stránkach profesionálne lepšie vybavený subjekt poskytujúci výrobky, služby a pod. môže z toho neprimerane profitovať na jeho úkor. Vyvstala potreba intenzívnej ochrany slabšieho zmluvného subjektu, v danom prípade spotrebiteľa, a v dôsledku toho aj potreba modifikácie zásady zmluvnej slobody, ktorá je symbiózou princípu slobodnej autonómie subjektov súkromnoprávných vzťahov a princípu ich právnej rovnosti. Modifikácie sa týkajú zmluvných vzťahov vznikajúcich medzi podnikateľmi na jednej a spotrebiteľmi na druhej strane. Zvýšená ochrana spotrebiteľa ako slabšej zmluvnej strany znamená, že sa podnikateľom ukladajú početné povinnosti, ktoré majú zabrániť vzniku pre spotrebiteľa nevýhodných podmienok a tak oslabiť jeho právnu pozíciu. Na podnikateľskej strane to v naznačenom zmysle vedie k určitému „obmedzeniu“ zmluvnej slobody v tomto súkromnoprávnom vzťahu. Pritom uvedené „obmedzenia“ zmluvnej slobody sa však v žiadnom ohľade nesmú dotknúť tých súkromnoprávných záväzkových vzťahov, ktoré vznikajú medzi podnikateľmi navzájom, lebo tým by sa obmedzila slobodná súkromná podnikateľská iniciatíva, ktorá je základom celej slobodnej podnikateľskej činnosti.

Z tohto poznatku vychádzajú dôsledne aj tvorcovia nového slovenského Občianskeho zákonníka, ktorý obsahuje jednotnú zmluvnú sústavu vrátane obchodných zmlúv i spotrebiteľských zmlúv. Podľa koncepcie tohto súkromnoprávneho kódexu bude v ňom akcentovaná zvýšená súkromnoprávna ochrana spotrebiteľa, ktorej úprava je v súčasnosti značne roztrieštená vo viacerých predpisoch. V novom Občianskom zákonníku budú vo vhodných vecných a logických súvislostiach transponované súkromnoprávne stránky početných európskych smerníc s týmto zameraním a budú obsiahnuté jednak vo všeobecnej časti záväzkového práva a jednak v rámci jednotlivých zmluvných typov.

2. Široké uplatnenie v novom kódexe nájde aj zásada ekvity. Táto zásada má svoj pôvod v **rímskom súkromnom práve**.⁵ Už v klasickom rímskom práve bol známy a uznávaný poznatok, že akokoľvek dokonalú právnu normu, či ustanovenie zákona nemožno uplatňovať, či vykonávať len prísne formálne, doslovne a striktné, lebo by to nemuselo viesť k žiaducim a spoločensky únosným výsledkom. Tento poznatok je nepochybne spätý s veľmi rozšírenou a uznávanou tézou „Summum ius, summa iniuria“. Z toho vyplýva, že už rímski právnici si uvedomovali, že právo sa musí realizovať aj vo svetle

⁵ BLAHO, P.: Aequitas ako correctio iuris v rímskom súkromnom práve. In: Slušnosť v práve. II. Lubyho právnické dni, Bratislava 1993, s. 97 a nasl.

d'alších kritérií, ktoré by zmiernili tvrdosti práva a tým, ako je známe, boli v rímskom práve kritériá ekvity.⁶ Vystala teda potreba korigovať tvrdosť, asociálnosť, prípadne amorálnosť, ku ktorým dochádzalo v dôsledku striktného uplatňovania právnych pravidiel, a to prostredníctvom použitia mimoprávneho systému pravidiel. V priebehu historického vývoja sa tieto kritériá vyvíjali, kryštalizovali a pretrvali až do modernej doby, najmä v podobe pravidiel, akými sú dobré mravy, zásady poctivého obchodu, obchodné zvyklosti a pod. Všetky spolu vytvárajú sústavu mimoprávnych pravidiel napomáhajúcich humanizácii realizácie práva, ktoré si od čias antického Ríma zachovali svoju aktuálnosť, ba v modernej dobe ju ešte zvýšili.⁷

Spomedzi viacerých kritérií, ktoré sú meradlom výkonu práva, treba na prvom mieste spomenúť „dobré mravy“. Toto meradlo je nielen najstaršie, ale našlo v právnych poriadkoch dosť široké uplatnenie a jeho výskyt je aj najčastejší. Toto kritérium sa vyskytovalo už v rímskom práve, v ktorom, ako je známe, boli zmluvy „*contra bonos mores*“ neplatné (C. 2, 3, 6, Ant), a bolo prevzaté prakticky do všetkých občiansko-právnych kódexov západnej a strednej Európy.

K pojmu „dobré mravy“ sa aj náš platný Občiansky zákonník vrátil v roku 1991 prostredníctvom tzv. veľkej novely (z. č. 509/1991 Zb.). Samozrejme v pripravovanom novom kódexe sa vytvára široký priestor pre uplatnenie pravidla „dobrých mravov“ a to ako na všeobecnej úrovni, tak aj v jeho jednotlivých častiach. Pravidlo dobrých mravov sa jednak uplatní ako generálne kritérium pri úprave výkonu všetkých práv a povinností vyplývajúcich z občianskoprávných vzťahov a pri vymedzení dovolenosti právnych úkonov a jednak v patričných súvislostiach v celom rade ustanovení rodinného práva, vecného, dedičského a záväzkového práva.

Z hľadiska interpretácie a aplikácie ustanovení obsahujúcich kritérium dobré mravy treba mať na pamäti, že samotný pojem „dobré mravy“ je v teórii sporný a že samy pravidlá dobrých mravov nemajú povahu prameňov občianskeho práva, ale prameňmi práva sú tie normy Občianskeho zákonníka, ktoré odkazujú na ich použitie.⁸ Z tohto poznatku vyplýva, že sa pri interpretácii

⁶ BLAHO, P.: Tamže, s. 97.

⁷ LAZAR J. a kol. : Občianske právo hmotné I. zv. (3 vyd.), Iura Edition, Bratislava 2006, s. 20.

⁸ K povahe, podstate a pojmu pravidiel „dobrých mravov“ pozri bližšie: KUBEŠ, V.: Smlouvy proti dobrým mravům, Brno – Praha 1933, s. 9 a n.; LAZAR, J.: Dobré mravy v občianskom práve, in: cit. d. v pozn. č. 5, s. 110; ďalej v tom istom diele, BYDLINSKI, F.: Über das Verständnis der guten Sitten im österreichischen Recht, s. 124 a n.; SALAČ, Z.: Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu. Praha, C. H. Beck 2000, s. 3 a n.; MAYER-MALX, T.: Die Guten Sitten als Maßstab des Rechts. In: Juristische Schulung, 1986, Heft 8, s. 597, 598.

a aplikácii týchto ustanovení ponecháva veľký priestor pre súdy a iné subjekty pri „dotváraní“ práva v patričných spoločenských a etických súvislostiach v súlade s fundamentálnym hodnotovým poriadkom, ktorý je v danej etape vývoja spoločnosti prevažnou časťou obyvateľstva uznávaný.

Pretože nový slovenský Občiansky zákonník má integrovanú podobu zahrňujúcu aj obchodné záväzkové vzťahy, nájdú v ňom svoj odraz **zásady poctivého obchodu a obchodné zvyklosti**. Oba tieto pojmy zaradujeme pod zásadu ekvity. Pritom zásady poctivého obchodu sú vlastne konkretizáciou všeobecnejšieho pojmu dobré mravy, a to v oblasti osobitných súkromnoprávných vzťahov, ktorými sú obchodné vzťahy. To znamená, že pojem dobré mravy je širší ako zásady poctivého obchodu a v tomto zmysle je prvý pojem nadradený druhému.⁹

Obchodné zvyklosti majú tiež svoj pôvod vo všeobecných pravidlách morálky. Ide o pravidlá správania, ktoré sa všeobecne zachovávajú v oblasti obchodných vzťahov na určitom území na základe zvyku, t. j. na základe opakovaných racionálnych skúseností z minulosti. Aj obchodné zvyklosti možno obsahovo priradiť k pojmu ekvity v obchodnoprávných vzťahoch.¹⁰

3. Zásada zákazu zneužitia subjektívnych práv je veľmi úzko spätá so zásadou ekvity. Ide vlastne o jeden z najvýraznejších prejavov ekvity, je prepojený, resp. sa prelína s ostatnými konkrétnymi pravidlami ekvity, najmä s dobrými mravmi. Avšak vzhľadom na osobitnú konštrukciu, prvoradý význam, dosah a funkciu v celom súkromnom práve je plne odôvodnené zákaz zneužitia práv zaradiť medzi zásady charakterizujúce a profilujúce súkromné právo. Preto táto zásada má svoje miesto a uplatnenie v novom slovenskom Občianskom zákonníku v takom rozsahu a ponímaní, ako tomu je vo väčšine kódexov súkromného práva v kontinentálnej Európe i v pripravovaných občianskych zákonníkoch susedných štátov (Česká republika, Maďarsko, Poľsko).

Pri právnej úprave tejto zásady a pri jej presadení do nového kódexu sa vychádza z evidentného poznatku, že zákaz zneužitia práv predstavuje dôležitý právny prostriedok, prostredníctvom ktorého možno výrazne ovplyvňovať proces a spôsoby realizácie subjektívnych práv.¹¹ Týmto zákazom sa určujú limity výkonu subjektívnych práv najmä v prípadoch, keď nie sú jednoznačne a presne určené zákonom a pri strete záujmov jednotlivca a spoločnosti hrozí, že by sa v dôsledku neobmedzeného uplatnenia subjektívnych práv

⁹ OVEČKOVÁ, O.: Slušnosť v obchodných vzťahoch, in: cit. d. v pozn. č. 5, s. 169 a n.

¹⁰ OVEČKOVÁ, O.: Tamže s. 171 a n.

¹¹ LAZAR, J. a kol.: cit. d. v poznámke č. 8, s. 22, 23.

v konkrétnom prípade mohla prekročiť miera spoločenskej, a tým aj právnej únosnosti a súčasne, že takéto správanie nositeľa subjektívneho práva by mohlo spôsobiť ujmu iným osobám alebo verejnému záujmu. Ide teda predovšetkým o ohraničenie takého správania nositeľa subjektívneho práva, ktoré je právom dovolené a smeruje k výsledku sledovanému objektívnym právom, od nedovoleného správania subjektu a k ustanoveniu právnych následkov pre osobu prekračujúcu pri realizácii subjektívnych práv hranice dovoleného. Pritom kľúčovú otázku predstavujú kritériá, prostredníctvom ktorých sa ohraničia nevyhnutné limity dovolenej realizácie subjektívneho práva. Medzi tieto kritériá vo všeobecnosti patria predovšetkým dobré mravy, dobromyselnosť, úmysel škodiť, nedovolené ciele a pohnútky výkonu práva, porušenie rovnováhy zúčastnených záujmov, nedostatok právom chráneného záujmu a pod.

Z hľadiska naznačeného významu, cieľov, kritérií, ktoré má úprava zásady zákazu zneužitia subjektívnych práv v kódexe súkromného práva vo všeobecnosti spĺňať, súčasná právna úprava v Občianskom zákonníku ani zďaleka nespĺňa. Práve naopak vykazuje viaceré podstatné nedostatky a nedôslednosti. Je obsiahnutá v ustanovení § 3 ods. 1, ktoré obmedzuje výkon práva tak, že nikto nesmie bez právneho dôvodu zasahovať do práv a oprávnených záujmov iných a tento výkon nesmie byť v rozpore s dobrými mravmi. Nedostatok tohto legislatívneho riešenia spočíva jednak v nejasnosti a nejednoznačnosti formulácie a jednak, že v ustanovení, ktoré má riešiť zákaz zneužitia práv, sa vôbec nepoužíva termín „zneužitie práva“, hoci všetky predchádzajúce občianskoprávne úpravy na našom území až do roku 1991 tento termín a pojem poznali a výslovne upravovali.¹²

Ďalším nedostatkom tohto ustanovenia § 3 ods. 1 platného Občianskeho zákonníka je to, že neobsahuje nijaké právne následky naplnenia požadovaných predpokladov v podobe sankcie, a to aspoň vo všeobecnej rovine napr. tak ako je to v prípade § 265 Obchodného zákonníka (odopretie právnej ochrany). Určitým nedostatkom trpí uvedená formulácia v § 3 ods. 1 Občianskeho zákonníka v tom, že sa vzťahuje nielen na výkon práv, ale aj povinností. Podľa nášho názoru z hľadiska modelovej predstavy a čistoty zamerania inštitútu zákazu zneužitia práv je v tomto vzťahu prioritou výkon práv, a nie aj výkon povinností. Hoci nemožno popierať ich vzájomnú súvislosť, predsa len realizáciu oboch s možnosťou ich zneužitia nemožno dať úplne do jednej roviny, pretože pri výkone práv a plnení povinností v niektorých prípadoch môže byť, a aj je, právna situácia iná.

¹² LAZAR, J. a kol.: cit. d. v poznámke č. 8, s. 23.

Všetky tieto nedostatky a nejasnosti odstráni nová právna úprava, ktorá zohľadní naznačené právnoteoretické a právnofilozofické požiadavky kladené na súkromnoprávny inštitút zákazu zneužitia práv. Ďalej nová úprava bude vychádzať z Ústavy Slovenskej republiky, kde má inštitút zákazu zneužitia subjektívnych práv solidný ústavnoprávny základ. Ústavnoprávna úprava sa predovšetkým týka medzi práv a povinností.¹³ Z hľadiska našej problematiky je zaujímavé, že ústavnoprávna koncepcia zákazu zneužitia vychádza z kritéria účelového určenia výkonu práv a povinností.¹⁴

Osobitnú pozornosť zasluhuje ústavnoprávne obmedzenie najdôležitejšieho a najúplnejšieho subjektívneho majetkového práva, a to práva vlastníckeho. V čl. 20 ods. 3 Ústavy SR druhá veta je ustanovené, že vlastnícke právo nemožno „zneužiť na ujmu iných alebo v rozpore so všeobecnými záujmami chránenými zákonom.“ V nadväznosti na to Ústava SR limituje výkon vlastníckeho práva konkrétne vo vzťahu k možnosti poškodiť také hodnoty, ako je ľudské zdravie, príroda, kultúrne pamiatky a životné prostredie „nad mieru ustanovenú zákonom“. Z uvedeného vyplýva, že Ústava SR si ako kritérium výkonu vlastníckeho práva zjavne osvojila požiadavku rovnováhy vlastníckeho práva s právami iných subjektov a so všeobecnými oprávnenými záujmami.

Platný Občiansky zákonník nemá vo vzťahu k vlastníckemu právu takéto alebo obdobné ustanovenie zakazujúce jeho zneužívanie. Preto je namieste úvaha, aby v súvislosti so zdokonalenou konštrukciou všeobecného zákazu zneužitia subjektívnych práv nemala nová slovenská úprava, v nadväznosti na jasnú ústavnoprávnu úpravu, osobitne vyjadriť aj zákaz zneužívania vlastníckeho práva, ako najdôležitejšieho subjektívneho práva. Napokon najnovší ekonomický vývoj vo svete i u nás jednoznačne presvedčuje, že vznik závažných ekonomických krízových javov možno do značnej miery pripísať práve na vrub zneužívaniu výkonu vlastníckych práv v súkromnej sfére.

4. Zásada istoty a stability v súkromnoprávných vzťahoch vyplýva z požiadavky, aby ekonomické a osobné vzťahy, do ktorých subjekty vstupujú vo sfére súkromného práva, boli čo možno najstabilnejšie. To znamená, že jeden subjekt je vo svojom konaní chránený voči druhému subjektu, obaja sú chránení voči štátu ako garantovi celkovej stability právneho poriadku. Pravda, táto zásada nie je vo všeobecnej rovine u nás ani v právnych poriadkoch iných štátov, normatívne vyjadrená. Napriek tomu sa prejavuje v mnohých subzásadách, ktoré sa v súkromnom práve, resp. len v niektorých

¹³ Pozri k tomu čl. 13, ods. 1 až 4 Ústavy SR.

¹⁴ Čič, M. a kol.: Komentár k Ústave Slovenskej republiky, Martin 1997, s. 80-81.

jeho oblastiach ustálili, sú všeobecne uznávané a ich dodržiavanie prispieva buď celkove alebo len parciálne v danej oblasti vzťahov, k istote a stabilite práv a povinností tvoriacich obsah súkromnoprávných vzťahov. Tak je tomu v rodinnom práve, vecnom práve, dedičskom, zmluvnom práve a pri náhrade škody.

a) **V rodinnom práve**, ktorého úprava sa v rámci rekodifikácie vracia opätovne do Občianskeho zákonníka, vychádza zo zásady, že manželstvo, rodičovstvo a rodina, ako základná bunka spoločnosti požívajú osobitnú zákonnú ochranu.¹⁵ Táto zásada je vyjadrená v Ústave Slovenskej republiky, ktorá tiež zaručuje osobitnú ochranu detí, najmä maloletých. Osobitná ochrana maloletých detí sa prelína celou úpravou rodinnoprávných vzťahov a v konkrétnosti sa prejavuje najviac v úprave vzťahov medzi rodičmi a deťmi. Je tomu tak preto, že dieťa je dlhý čas sociálne a ekonomicky závislé od rodičov, z čoho vyplýva reálna nerovnosť medzi rodičmi a deťmi. Z týchto dôvodov vzniká potreba, aby rodinné právo vyrovnalo túto faktickú nerovnosť medzi nimi a umožnilo štátu, aby v spoločenskom záujme mohol do tohto vzťahu zasiahnuť, a to aj proti vôli rodičov a prípadne aj maloletých detí. Deje sa tak práve v záujme ochrany maloletého dieťaťa.

Pravda, uvedená zásada ochrany maloletého ako slabšieho subjektu sa prejavuje nielen pri úprave vzťahov medzi rodičmi a deťmi, ale aj pri úprave vzťahov tzv. náhradnej rodinnej výchovy, kde štát prostredníctvom súdu alebo iného orgánu tieto vzťahy zakladá, na ne dohliada a prípadne ich aj zruší, ak by sa nevykonávali v záujme maloletého.

b) **V oblasti vecných práv**, vzhľadom na to, že sa nimi spravidla zakladajú dlhodobé vzťahy, vystupuje pri ich úprave osobitne požiadavka právnej istoty a jasnosti, pokiaľ ide o otázku skutočného právneho stavu. Nielen účastníci právnych vzťahov, ale každý, kto má na tom právny záujem, musí mať istotu, komu, v akom rozsahu, aké právo určitému subjektu patrí, prípadne dokedy trvá. Preto v úprave vecných práv sa v prevažnej väčšine štátov kontinentálnej Európy uplatňujú také zásady, akými sú najmä **zásada publicity, numerus clausus vecných práv, zásada špeciality a ďalšie zásady, resp. subzásady**. Tieto zásady sa viacmenej uplatňujú aj u nás v podmienkach platného právneho stavu. V rámci rekodifikácie ide o ďalšie prehĺbenie, zdokonalenie a doplnenie konkrétneho pôsobenia týchto zásad, tak aby právna úprava zodpovedala európskym štandardom.

¹⁵ Pozri čl. 41 Ústavy Slovenskej republiky.

Tak zásada publicity zabezpečuje jednak verejnú prístupnosť údajov o právnom stave určitého vecnoprávneho vzťahu (zásada formálnej publicity) a jednak svedčí o hodnovernosti udávaných skutočností (zásada materiálnej publicity). Zásada publicity v oboch podobách je v súčasnej úprave zabezpečená pokiaľ ide o nehnuteľnosti prostredníctvom zápisov v katastri nehnuteľností.¹⁶

Požiadavku istoty a jasnosti právneho stavu k hnutelným veciam spĺňa držba týchto vecí. Určitú výnimku v pozitívnom zmysle predstavuje evidencia záložných práv k hnutelným veciam v Notárskom centrálnom registri záložných práv.¹⁷ Tento register je však osnovaný iba na zásade formálnej publicity a to je nedostatočné. Žiada sa, aby aj tento register plnil funkciu materiálnej publicity, t.j. bol autentický a hodnoverný. Tento nedostatok odstráni nová právna úprava.

V novom kódexe bude výslovne uvedená aj zásada *numerus clausus* vecných práv, čo v platnej právnej úprave chýba. V teórii sa síce táto zásada všeobecne uznáva, tak ako vo všetkých právnych poriadkoch kontinentálnej Európy, ale nemá priamu oporu v zákone. Tento nedostatok bude v novej právnej úprave odstránený tým, že zákon taxatívne vypočíta druhy vecných práv, kde bude opätovne zavedené tiež právo stavby.

Zásada špeciality vecných práv smeruje k zabezpečeniu určitosti, jasnosti a prehľadnosti všetkých evidovaných údajov. Na dosiahnutie tohto cieľa katastrálny zákon i vykonávacía vyhláška vo vzťahu k nehnuteľnostiam a Notársky poriadok vo vzťahu k záložným právam hnutelných vecí obsahujú podrobné ustanovenia, ktoré jednak presne popisujú spôsob, ako správy katastra resp. jednotlivé notárske úrady postupujú pri vykonávaní zápisov a jednak určujú, ktoré údaje sa zapisujú.

Táto zásada sa v uvedenej oblasti právnych vzťahov uplatňuje na základe citovaných predpisov bez toho, aby sa výslovne v nich spomínala; na tomto stave netreba nič meniť ani z pohľadu rekodifikácie.

V oblasti vecných práv sú aj ďalšie zásady, resp. subzásady, ktoré ich charakterizujú, prípadne sú spojené s určitým vecným právom, a to najčastejšie s právom vlastníckym. Tak popri zásade nedotknuteľnosti vlastníckeho práva je to zásada vlastníckej slobody, t.j. slobody nadobúdať veci do vlastníctva bez akéhokoľvek kvantitatívneho a kvalitatívneho obmedzenia a možnosť

¹⁶ Pozri zák. č. 162/1995 Z. z. o katastri nehnuteľností a o zápise vlastníckych a iných práv k nehnuteľnostiam (katastrálny zákon) v znení neskorších predpisov a vykonávaciu vyhl. č. 79/1996 Z. z. v znení neskorších predpisov.

¹⁷ Pozri k tomu ustanovenia § 151g až 151md Občianskeho zákonníka a § 73d a nasl. Notárskeho poriadku (zákon č. 323/1992 Zb. v znení neskorších predpisov).

s vecami, ktoré má vo vlastníctve, slobodne nakladať. Táto zásada má aj reflex v dedičskom práve, kde sa prejavuje ako slobodné nakladanie poručiteľa so svojím majetkom pre prípad smrti. V súlade s uznaním úplnej testovacej slobody nový kódex vyjadrí jednoznačne prioritu závetného dedenia pred dedením zo zákona, čo v platnej úprave chýba. V súlade s touto zásadou sa navyše ešte nová úprava vráti k inštitútu dedičskej zmluvy.

Základný význam pre celý vlastnícky režim nehnuteľností bude mať tiež znovu zavedenie zásady „*superficies solo cedit*“, ktorá bola známa už v rímskom práve.¹⁸ Tak by sme mohli pokračovať ešte uvádzaním ďalších subzásad z tejto oblasti vzťahov.

c) V zmluvnej oblasti popri zásade zmluvnej voľnosti sa uplatňuje tiež zásada *pacta sunt servanda*, ktorá vedie subjekty k dodržiavaniu zmlúv a zároveň predznačuje, že ak subjekt zmluvu nedodrží, postihnú ho nepriaznivé zodpovednostné následky. Aj pri tejto zásade, rovnako ako pri zásade zmluvnej voľnosti, sú v európskom súkromnom práve prítomné mnohé modifikácie tejto zásady v oblasti spotrebiteľských zmlúv, a to v prospech a v záujme ochrany slabšej zmluvnej strany, a to spotrebiteľa. Tieto modifikácie sa prejavujú aj v tých častiach záväzkového práva upravovaného v novom Občianskom zákonníku, do ktorých budú transponované viaceré európske smernice. Bude sa to týkať najmä rozšírenia možnosti odstúpenia od zmluvy spotrebiteľom, a to v niektorých prípadoch aj bez udania dôvodov v určitom časovom limite po uzavretí zmluvy, ďalej zmiernenia sankcií pre spotrebiteľov v prípade zodpovednosti za vady poskytnutého plnenia, zodpovednosti za škodu a v ďalších prípadoch. Naopak sprísniť sa v súlade s európskou legislatívou zmluvné podmienky podnikateľov dodávajúcich výrobky a poskytujúcich služby spotrebiteľom. Osobitne to platí pri tzv. distančných zmluvách, t.j. zmluvách uzavretých na diaľku bez súčasnej fyzickej prítomnosti zmluvných strán a pri zmluvách uzavretých mimo prevádzok dodávateľa.

d) Do kategórie zásad zameraných na istotu a stabilitu súkromnoprávných vzťahov patrí aj **zásada ochrany dobromyseľnosti**, ktorá je známa aj našej úprave obsiahnutej v platnom Občianskom zákonníku a má všeobecnejší význam, pretože sa týka všetkých súkromnoprávných vzťahov. Samotný pojem dobromyseľnosť pochádza z rímskeho práva (*bona fides*) a postupne sa rozšíril do európskych občianskych zákonníkov. Medzi chápaním

¹⁸ Pozri bližšie: BLAHO, P.: Rímskoprávna zásada „*superficies solo cedit*“ a právo stavby, in: LAZAR, J. (ed.): K návrhu slovenského občianskeho zákonníka, Vydavateľské oddelenie PF UK, Bratislava 1999, s. 137 a n.

dobromyseľnosti v rímskom práve a vo viacerých európskych občianskych zákonníkoch (napr. švajčiarskom, holandskom, nemeckom) na jednej strane a v platnom slovenskom (českom) Občianskom zákonníku sú však podstatné rozdielnosti. Kým v našom občianskom práve sa dobromyseľnosť chápe len ako psychická kategória, v uvedených občianskych zákonníkoch sa chápe ako morálna kategória, ako kritérium posudzovania výkonu subjektívnych práv z hľadiska čestnosti konajúceho nositeľa týchto práv. Preto v platnom slovenskom občianskom práve je význam dobromyseľnosti obmedzený, pričom sa akcentuje len jeho subjektívna stránka, t.j. ako vedomostná zložka konajúceho v spojitosti s nadobúdaním určitých práv¹⁹. To znamená, že z hľadiska slovenskej právnej úpravy sa dobromyseľnosť vlastne chápe ako nezavinená nevedomosť o nedostatkoch určitého právneho stavu. Žiada sa, aby v novom kódexe chápanie dobromyseľnosti bolo aspoň približne zosúladené s chápaním v rímskom práve a v ďalších európskych právnych poriadkoch.

e) Medzi osobitne dôležité subzásady prejavujúce sa najmä v oblasti tzv. deliktneho práva patrí tradične **zásada *neminem laedere*** (nikoho nepoškodzovať) majúca svoj pôvod v rímskom práve. Tento zákaz vedie subjekty súkromnoprávných vzťahov k tomu, aby svojím správaním neporušovali nijakú právnu povinnosť, bez ohľadu na to, či vyplýva zo zmluvy alebo z právneho predpisu.

Zásada *neminem laedere* je konkretizovaná najmä v inštitúte náhrady škody. Napriek tomu, že konkrétna právna úprava záväzkov zo spôsobenia škody v platnom Občianskom zákonníku patrí k najprepracovanejšiemu druhu občianskoprávnej zodpovednosti, navrhujú sa v novom kódexe viaceré zmeny zásadnejšieho charakteru. Je to vyvolané okolnosťou, že v dôsledku vedecko-technického pokroku v informačnej spoločnosti a rastom životnej úrovne obyvateľstva sprevádzanej masovou spotrebou, rozširovaním cestovania a rekreácie narastá počet neoprávnených zásahov do osobnostných, osobných a majetkových práv subjektov, čo vedie k vzniku škôd a nemajetkovej ujmy. Najmä možnosti vzniku nemajetkovej ujmy sa v dôsledku uvedeného vývoja rozširujú. Z týchto dôvodov treba v novej úprave zachytiť tento vývojový trend a v tomto smere zosúladiť ju s tendenciami vyjadrenými v európskom súkromnom práve. Preto občianskoprávna úprava zodpovednosti za majetkovú a nemajetkovú ujmu bude doplnená o riešenie takých otázok, ako je zavedenie náhrady škody spôsobenej náhodou, informáciou alebo radou, rozšírením

¹⁹ Porovnaj napr. prípad dobromyseľnosti držiteľa (§ 130 ods. 1), dobromyseľnosť spracovateľa cudzej veci (§ 135b ods. 1), dobromyseľnosť účastníka vydávajúceho bezdôvodné obohatenie (§ 458 ods. 2).

náhrady osobnej ujmy (na živote, zdraví, ľudskej dôstojnosti) zavedením právnej možnosti odškodniť stratu počatého dieťaťa, duševných útrap, straty „radosti z dovolenky“ a celý rad ďalších nových riešení.²⁰

III.

Záverom tejto state prichodí konštatovať, že širokým uplatnením uvedených i ďalších s nimi spojených zásad v novom slovenskom Občianskom zákonníku vzniká základ zabezpečujúci, že bude vytvorený taký integrovaný súkromnoprávny kódex, ktorý nadviaže na historické tradície rímskeho súkromného práva a ním inšpirované veľké európske kodifikácie a súčasne bude moderným zákonníkom s európskymi dimenziami vychádzajúcimi z aktuálnych potrieb integrácie vyjadrených a regulovaných európskym súkromným právom.

²⁰ Pozri dielo cit. v poznámke č. 3, s. 31, 32.

Obyčej – nález – zákon v právu doby předbělohorské

Karel Malý

Šestnácté a počátek sedmnáctého století přinesl do právního řádu zemí České koruny zásadní změny. Dosavadní právo obyčejové, které do konce 15. století převažovalo a bylo zachycováno v právních knihách, právo silně konzervativní a po staletí stálé, které bylo možno měnit jen soudními nálezy či nahrazovat sněmovními usneseními, začíná ustupovat zákonu.¹ Nejen v právu zemském – šlechtickém – ale i v právu městském začíná silit potřeba legislativně vyjádřit právní normy upravující celý rozsah právního řádu, počínaje normami ústavními a konče předpisy správními. Tento proces, který přinesl přímo gejsír zákonodárných děl, je ojedinělý nejen v českých právních dějinách, ale i v celé Evropě.² Tato tendence směřující k posílení úlohy zákona jako základního pramene práva, jako základního podkladu pro soudní rozhodnutí, pak vyvrcholila v roce 1627, kdy Ferdinand II. vydal absolutistický zákoník – Obnovené zřízení zemské, kterým se zákon stal výlučným pramenem práva.³ Právě proto je sledování tohoto procesu zajímavé nejen jako součást zkoumání práva stavovského a absolutistického, ale i vzhledem k současnému hledání

¹ K tomu srov. MALÝ, K.: Právní kultura v českém stavovském státě, Vladislavské zřízení zemské a počátky ústavního zřízení v českých zemích (1500-1619), Historický ústav AV ČR a Ústav právních dějin Právnické fakulty UK, Praha 2001, str. 55-65.

² Od roku 1500, kdy vyšlo Vladislavské zřízení zemské, byly vydány ještě jeho redakce v letech 1530, 1549 a 1564 a k nim čtyři rozsáhlé doplňky a připravena poslední předbělohorská redakce v letech 1618-1619 v roce 1579 pak kodifikace českého práva městského. Podobně i na Moravě byla vydána zemská zřízení v letech 1535 a 1545, 1562 a 1604. Podle českého vzoru vynikaly i kodifikace šlechtického práva ve Slezsku – Zemské zřízení Opolsko – Ratibořské v r. 1563 a Těšínské v r. 1573. Srov. k tomu MALÝ, K. a kol. autorů: Dějiny českého a československého práva, 3. přepracované vydání, Praha 2003, str. 101-103.

³ Zásadním ustanovením zavádějícím obecnou platnost a výlučnost práva jako výrazu a projevu vůle panovníka je čl. A.VIII Obnoveného zřízení zemského z r. 1627: „*Toho však sobě, též dědicům Našim, budoucím králům Českým, obzvláštěně v moci pozůstavujeme, abychom v tomto dědičném království našem rád a právo nařizovati, i všecko to, což s sebou jus legis ferendae, neboližto mocnost vysazení práv přináší, činiti moci ráčili*“. K tomu srov. MALÝ, K.: Česká konfederace a Obnovené zřízení zemské – dvě české ústavy z počátku 17. století, in: Vývoj české ústavnosti v letech 1618-1918, uspořádali MALÝ, K. a SOUKUP, L., Karolinum, Praha 2006, str. 34, MALÝ, K.: Deklaratoria a Novely (poznámky k jejich obsahu), tamtéž, str. 795 an.

místa přirozenoprávních teorií v evropské judikatuře a v diskusích o potřebě omezování právního pozitivismu našich soudů.

Jak je obecně známo, stavovský i absolutistický právní řád (ten jistě do reforem osvěcenských v 18. století) měl podobu právního dualismu, který byl vytvářen jak právem šlechtickým, tak právem městským. To pak bylo považováno za součást práv zvláštních (na rozdíl od práva zemského, jež bylo označováno jako právo obecné). Tento právní dualismus se pochopitelně promítal nejen do podoby legislativy, ale i do právního postavení příslušníků stavovské hierarchie. Nejspíše bychom ho mohli charakterizovat jako právní personalitu (vnitrostátní, zemskou)⁴, umožňující, aby příslušníci stavovské obce mohli žít „podle svého práva“, tj., aby byli podrobeni soudní jurisdikci „svých“ soudů. To samozřejmě současně znamenalo, že v případech kolizí, kdy se střetly oba právní systémy – právo zemské a městské – musely být řešeny podle zvláštních kolizních pravidel, tj. v Čechách od roku 1517 Smlouvou svatováclavskou.⁵

Pokusme se nyní odpovědět na otázku, tj. k tomu, jakou úlohu hrály v těchto dvou právních systémech právní prameny při rozhodování soudů.

Do roku 1500, kdy bylo vydáno Vladislavské zemské zřízení, se rozhodnutí šlechtických soudů mohlo opírat jen o několik druhů právních pramenů. Byly jimi jednak usnesení zemských sněmů, starší nálezy soudní obsažené v zemských deskách, právo obyčejové, zachycené v této době již v početné literatuře právních knih, majestáty a jiná rozhodnutí panovníků a pak také vlastní svobodné rozhodnutí soudců, vycházejících z jejich právního vědomí a přesvědčení, opírajících se o svobodu „právo svobodně nalézat“.⁶

V oblasti soudů městských však nalézáme podstatně jinou situaci. Jednak se tu historicky v důsledku procesu kolonizace vytvořily dvě rozdílné právní oblasti, opírající se o rozdílnou právní tradici vycházející jednak z práva magdeburského a jednak z práva jihoněmeckého.⁷ V těchto oblastech se pak

⁴ Srov. MALÝ, K., Trestní právo v Čechách v 15.-16. století, Univerzita Karlova, Praha 1989, II. vydání, zvl. str. 16-17.

⁵ Srov. MALÝ, K.: Svatováclavská smlouva – třídní kompromis mezi šlechtou a městy z r. 1517, Univ. Carolina, Philosophica vol. I., No. 2, Praha 1955. K tomu nejnověji: Vladislavské zřízení zemské a navazující prameny, k vydání připravili a úvodní studií opatřili KREUZ, P. a MARTINOVSKÝ, I., Univerzita Hradec Králové, Skriptorium, 2008, str. 269 an.

⁶ Srov. RAUSCHER, R.: O nálezech zemského soudu v 16. století, Sborník věd právních a státních, roč. XXXIII, seš. 1-2, Praha 1933, str. 134-146, MALÝ, K. a kol. autorů: Dějiny českého a československého práva do roku 1945, Praha 2003, str. 95-96.

⁷ Srov. ŠTĚPÁN, J.: Ke krystalizačnímu procesu městského práva českého, in: Městské právo v 16.-18. století v Evropě, sborník příspěvků z mezinárodní konference, uspořádal Karel Malý, Univerzita Karlova, Praha 1982, str. 265-277.

vytvořily i dominantní právní centra vrchního práva a celé filiace odvozených městských práv, přičemž pro oblast magdeburskou tu dokonce existovalo do poloviny 16. století i právo mateřské v Magdeburku, plnící funkci soudu odvolacího i nalézacího od soudů českých, který mohl ve formě právních naučení formulovat nová právní ustanovení.

Právním základem soudních rozhodnutí soudů městských tedy pak byly jak soupisy městského práva v podobě právních knih (kupř. Kniha brněnského písaře Jana či Saské zrcadlo), tak i nálezy městských soudů v podobě výroků – sentencí – městských soudců, a statuty jednotlivých měst. Iniciativa Brikiého z Licka, který vydal poměrně nedokonalý soubor městských práv, opírající se především o právo brněnské a staropražské a kutnohorské, sice usnadnilo rozhodování městských soudů v Čechách v oblasti působení práva Starého města Pražského, ale jeho dílo nemělo váhu zákona.⁸ Teprve od roku 1548 se vytváří v Čechách v podobě apelačního soudu právní instituce umožňující vytvářet jednotná kritéria pro rozhodování městské justice.⁹ Ani vydání Práv městských v roce 1579 neodstranilo v Čechách působení dvou právních oblastí, neboť v zájmu prosazení platnosti zákoníku dovolilo soudům magdeburské oblasti, aby mohly i nadále užívat tento právní systém.¹⁰

Tak vznikla situace, že v právu stavovském, stejně jako v dobách starších, soudy zemské jako podklad pro svá rozhodování užívaly jak právo obyčejové, tak i po vydání kodifikací zemského práva v podobě zemských zřízení, i právních předpisů tam obsažených. Avšak vedle toho se běžně používaly i starší nálezy soudní, zapsané či zaprotokolované v zemských deskách a to tehdy, pokud se na ně strany odvolaly a žádaly, aby jejich spor byl rozhodnut stejným způsobem a na stejném právním základě.

Vladislavské zřízení zemské výslovně v čl. 575 stanoví, že „...*Ktož by tohoto nahoře psaného práva před zemským soudem nebo před jiným soudem neukazoval a na ně se netáhl a nežádal při něm zachován býti, že král Jeho milost a páni a vládyky v soudu zemském mají a budú moci vedlé přelíčení a svědomie súditi, jakož od starodávna bývalo, a též při jiných soudiech*“.¹¹

⁸ K užívání Brikiého soupisu městských práv srov. MALÝ, K.: cit. d. v pozn. 4, str. 173, kde je uveden nález městského soudu z Bydžova Nového z r. 1560 citující a odvolávající se na příslušná ustanovení Brikiého Práv městských.

⁹ Srov. ZDENĚK, V.: Dějiny královského apelačního soudu na Hradě pražském, nyní vrchního soudu v Praze od roku 1548-1933, Praha 1933.

¹⁰ Srov. JIREČEK, J.: Práva městská království Českého, 5. vyd., Praha 1876, Úvod, str. IX.

¹¹ KREUZ, P. a MARTINOVSKÝ, M. (ed.): Vladislavské zřízení zemské a navazující prameny, Skriptorium, Hradec Králové, 2008, str. 265. Stejná ustanovení, byť jinak formulovaná najdeme i v dalších redakcích Zemských zřízení. Ve vydání z roku 1549 v článku X 16 se sice říká, že na zemském soudu stejně jako u jiných soudů „... *mají soudci souditi na své přisahy*

Tato praxe byla ve stavovském právu tak rozšířená, že vznikaly a používaly se soupisy odkazů na nálezy v zemských deskách, které měly řečníkům zastupujícím strany u soudů ulehčit jejich práci. Síla této tradice v právní praxi byla natolik silná, že ovlivnila podstatným způsobem i činnost legislativní, jak dokazuje podoba první kodifikace českého práva zemského.¹² Podstatná část ustanovení Vladislavského zřízení se výslovně odvolává, resp. cituje, zápisy v zemských deskách. Tak se ze soudních nálezů stávaly nejen precedenty, ale i prameny práva zemského, obecně platné a užívané a v době před kodifikací práva zemského pak i důležitou formou novelizace jinak strnulého a konservativního systému práva obyčejového.

Vladislavské zřízení zemské v tomto ohledu respektovalo tradici a povolovalo, aby soudy či strany mohly užívat starších nálezů a tato praxe trvala až do roku 1627, kdy teprve Obnoveným zřízením zemským, jak jsme již výše uvedli, bylo užívání starých nálezů výslovně zakázáno.¹³ V obou případech – jak jejich povolení tak zákaz vycházely přitom nikoliv z důvodů právních, ale především politických.

Šlechta považovala tradičně soudy a svou účast na nich za mimořádně důležité právo ústavní a právo „svobodného nalézání práva“ pak přímo za základ svých stavovských práv. Ostatně obavy z omezení tohoto práva vedly zřejmě již v minulosti k negativnímu postoji stavů ke kodifikačním pokusům (srov. kupř. pokus Karla IV. – *Maiestas Karolina*). Stejně tak po porážce českých stavů a po nástupu absolutismu pak panovník, který uzákonil absolutistický režim Obnoveným zřízením a to pak učinil základním zákonem,

spravedlivě a na toto Zřízení zemské, jakož od starodávna bývalo, a jakž za spravedlivě poznají“, ale hned v další větě se praví, že: *“...tu bude moci každý nálezy před týmž saudem ukazovati k své při, tak jakž od starodávna bývalo.”* Právo a zřízení zemské 1549, Codex iuris bohemicus, t. IV, p. I, sectio I, ed. Josef a Hermenegild Jireček, Praha 1882, str. 433. Jedinou výjimkou byl zákaz užívání nálezů obsažených v zemských deskách, které shořely při velkém požáru pražského hradu v roce 1541. Důvodem sněmovního usnesení z roku 1541, které se stalo základem článku X 17 Zemského zřízení z roku 1549, byla obava z případného znevýhodnění procesní strany, která by si již nemohla pořídit výpis z již neexistujících zemských desek. Srov. tamtéž, str. 433. Stejná ustanovení nalezneme i v Zemském zřízení z roku 1564, v článkách Z 16 a Z 17, tamtéž, str. 696; stejně pak i v návrhu již nerealizovaného Zemského zřízení z doby před stavovským povstáním, v článkách Z II a Z III, GLÜCKLICH, J.: *Nová redakce Zemského zřízení království českého z posledních let před českým povstáním*, Brno 1936, str. 474 a 475.

¹² K soukromým soupisům soudních nálezů a jejich využívání v právním životě v 16. století srov. zvl. MALÝ, K., cit. d. v pozn. 4, str. 10, který prokázal možnosti jejich využití při práci v zemských deskách a při posuzování soudní praxe. Ze starší literatury srov. RAUSCHER, R.: cit. d. v pozn. 6, str. 134-146.

¹³ Srov. pozn. č. 3.

jemuž musí odpovídat veškeré právo a soudní rozhodnutí, nemohl připustit, aby v podobě starších soudních nálezů se právo stavovské užívalo i nadále a zrušil také „svobodné nalézání práva“ v případech, kdy soudci nemohli pro nedostatek právní úpravy spor rozhodnout na základě platného práva. Ostatně tehdy byla také zrušena svrchovanost zemského soudu a jeho nálezy již mohly být měněny rozhodnutím panovníka.¹⁴

Praxe práva městského, resp. výkon městského soudnictví, opírající se o starší nálezy městských soudů, o právní obyčeje jednotlivých měst a po vydání Práv městských Brikcího z Liczka¹⁵ pak i o jeho soupis, vycházející z tradice práva brněnského a staroměstského, trvala až do roku 1579, kdy základní přelom v této praxi přinesla kodifikace Práva městská království českého¹⁶, která k užívání precedentů starších nálezů, zaujímá vyhraněné stanovisko. V textu zákoníku je zejména v jeho úvodních člancích, nazvaných *Práva konšelská. Práva, „...vedle kterýchž konšelé sami k sobě i k jiným mají se chovati, a lidem k spravedlivostem dopomáhati“*,¹⁷ věnována mimořádná pozornost otázkám obecné povahy a je tu podávána jakási teorie práva, zejména městského.

V článku A XXXIX, odst.II se soudcům ukládá, aby v případech „... kdyžby staří rozsudkové před nimi od stran ukazováni byli, ne ve všem po nich postupovati mají...“¹⁸ Důvod autor vidí v tom, že soudci jsou povinni postupovat podle ustanovení zákoníku, tedy „...podle práv soudu vykonávati“. Výjimkou by mohly být jen takové nálezy, které byly založeny na spravedlnosti a psaném právě a „...k té případnosti (o níž jest rozepře) ve všem všudy podobni byli“.¹⁹ Východiskem je tu známá římskoprávní zásada „*res enim inter alios acta, aliis nec posunt, nec nocent*“. Toto stanovisko je obsaženo již v čl. A III, odst. 2, kde se připouští s odkazem na římskoprávní zásadu *Quae pia consuetudine firmata sunt, pro iure et lege observabimus, in iis, quae non ex scripto descendunt* respektování starobylých právních obyčejů stvrzených nálezy, a to jen pokud neodporují spravedlnosti a jen v případech, že jde o otázky v kodifikaci neupravené.²⁰

Toto stanovisko nalezneme již i u Brikcího, který ve svých Právech městských pod nadpisem *Obyčej zlý má postúpiti právu* říká, že sice „...“

¹⁴ Obnovené zřízení zemské, čl. A.X a čl. F LXXV – F LXXVI.

¹⁵ JIREČEK, Jos.: Práva městská....

¹⁶ Práva městská království Českého a markrabství Moravského, vyd. páté, ed. JIREČEK, J., Praha 1876.

¹⁷ Tamtéž, str. 7-25, čl. A IV – A XL.

¹⁸ Tamtéž, str. 23.

¹⁹ Tamtéž, str. 24.

²⁰ Tamtéž, str. 5-6.

užívání obyčeje není malá moc, nikdy však pravdě neb právu nemá býti ke škodě, lečby obyčej byl rozumný ...nebo takový neškodí právu... “²¹

Není mi pochyb, že důvody negace starší soudní praxe a odvolávání na starší soudní nálezy tu vychází především z potřeby respektování nové právní úpravy a unifikace městského práva, tedy z důvodů především právních. Podobně jako pak na jiných místech zákoníku je tu zjevná snaha svázat soudce zákonem, zabránit jistě svévoli městských soudců, kteří převážně byli laiky a neměli právnické vzdělání. Avšak nelze pominout ani zjevnou snahu o posílení a obhájení právní prestiže Starého města Pražského, jehož práva se tímto zákoníkem stávají základem právního řádu českých měst.

Snaha o posílení právní jistoty u soudů obsahují i další články zákoníku: V článku AXXXVI se ukládá soudcům a purkmistrovi vlídné chování k veřejnosti, aby „...netoliko k sirotkům a k vdovám, ale také k chudým, a sprostým lidem, přívětivost zachovávati, dobrotivě, přívětivě i trpělivě každého v potřebách vyslejšati...Neb úřad nic jiného není, nežli ke všem vůbec služba rovná a jednostejná“.²² Hned v dalším článku AXXXVII se pak varuje purkmistr a soudce aby mimo „...pořad práva žádné moci, žádného násilí nečinil. Nebo všeliká moc jest práva nepřítel.“²³

Ze strohého příkazu postupovat podle ustanovení zákoníku však umožňuje článek AXXXVII, odst. IV a V²⁴ přece jen výjimku a to v případě, že by soudci shledali, že by se „...práva psaného nedostávalo, mají na svá svědomí rozsudky činiti...“ Za využití římskoprávní zásady *lege deficiente sana ratio debet habere non vim legis* odkazuje tu zákonodárce na zdravý rozum soudců, s odůvodněním, že: „mezi všemi právy nejvyšší a nejpřednější právo jest rozum zdravý, v mysl lidskou od Pána Boha vlitý...“. Soudci se mají nechat vést k tomu, „... k čemuž by je mysl zdravá vedla a rozum přirozený...“.

Tak se tu, zcela v duchu tradic českého právního humanismu a samozřejmě pod vlivem práva římského objevuje odkaz na přirozené právo. Poprvé, pokud je nám známo, se v české právnické literatuře odkaz na právo přirozené objevuje u Všehrda v jeho Knihách devaterých²⁵ a to v souvislosti s úvahou o nutné obraně. V tomto ohledu tu jak se zdá, kodifikace městského práva

²¹ Srov. M. Brikcího z Licka Práva městská dle tisku z r. 1536, ed. Josef a Hermenegild Jireček, Praha 1880, kap. 59, art. I.

²² Práva městská království Českého a markrabství Moravského, 5. vyd., ed. Jos. Jireček, Praha 1876, str. 19.

²³ Tamtéž, str. 19.

²⁴ Tamtéž, str. 20-21.

²⁵ Srov. k tomu SOLNAŘ, V.: Z dějin českého zemského práva trestního, Praha 1921, MALÝ, K.: Delikty moci a odboje v díle Všehrdově a zemském právu 15. a 16. století, Právně historické studie, VIII. Praha 1961, str. 275.

z r. 1579 navazuje na Brikcího Práva městská, kde se v úvaze o tom *Co jest spravedlnost, a co právo, a kolikero jest právo* říká, že „...rozum městský práva městská muože rušiti, ale práv přirozených nikoli“ a charakterizuje přirozené právo jako takové, „...kterému přirození naučilo všechny živočichy. Nebo to právo netoliko přísluší vlastně lidskému pokolení, ale všem živočichuom, kteříž jsú pod nebem nebo v povětrí, kteří na zemi i v moři rodí se. A odtud pošlo jest poznanie ženy a muže, kteréž my manželstvie nazýváme ...nebo vidieme jiné všechny živočichy, že se tiem právem spravují.“²⁶

Jak je tedy zřejmé, uvažuje tu jak Brikcí i Koldín zcela v duchu římskoprávní tradice a pozdní scholastiky o *ius naturale*, které je nadřazeno právu pozitivnímu a bylo ustanoveno „...některakú božskou moudrostí...“ a jsou proto „...vždycky stálá a neproměnitelná“.²⁷ Také Koldín považuje za „...nejvyšší a nejpřednější právo ...rozum zdravý, v mysl lidskou od Pána Boha vlitý.“²⁸ (podobně i v čl. AII, odst. VI) a jako obsah práva přirozeného formuluje povinnost starat se o potomky, odvděčovat se svým dobrodincům a právo hájit se před násilím (tamtéž). Nakolik ovšem toto Koldínovo pojetí přirozeného práva odpovídalo úrovni české humanistické tradice sporné. Zdá se, že stejně jako jeho znalosti římského práva bylo spíše povrchní a jak bylo již v literatuře ukázáno, naivní.²⁹ Přesto však nelze přehlédnout skutečnost, že právě pod vlivem této humanistické teorie přirozeného práva se v městském právu formulují představy o společenské rovnosti a dokonce o svobodě vyznání.³⁰ Zcela v duchu odkazu římskoprávní kultury pak Koldín dělí veškeré právo na *ius publicum*, právo obecné čl. AII, odst. III a IV) a *ius privatum*. To pak podle jeho výkladu obsahuje jak *ius naturale*, tak *ius gentium*, tak *ius civile*.³¹ Také jeho definice práva, obsažená čl. AII, podle které „...právo pak nic není, nežli umění a rozeznání dobrého od zlého, spravedlivého od

²⁶ Cit. d. v pozn. 21, str. 30.

²⁷ Tamtéž, str. 31.

²⁸ Práva městská království Českého, čl. A XXXVI, odst. IV, str. 20.

²⁹ Srov. k tomu URFUS, V.: Koldínův zákoník a příprava osnovy rakouského Tereziánského kodexu, in: Městské právo v 16.-18. století, Sborník příspěvků z mezinárodní konference, uspořádal MALÝ, K., Univerzita Karlova, Praha 1982, str. 331. Urfus soudí s odvoláním na práci J. Klaboucha (Osvícenské právní nauky, Praha 1958), že „...Koldín nedovedl humanistické impulsy plně vstřebat a při jejich uplatňování si počínal značně prostoduše.“

³⁰ Tak kupř. Práva městská království českého, čl. A XXXVIII, odst. III „...to město jest šťastné a jako ktve, v němž rovnost s spravedlností svůj průchod má...rovnost jest pokoje a všeliké svornosti počátek...rovnosti... všudy se vši pilností šetřiti se má...“ Brikcí ve svých právech městských, kap. 42, čl. II v ustanovení o manželství říká, že „...k vieře nebo ke křtu žádný se nenutí...“

³¹ Tamtéž, odst.V.

*nespravedlivého...*³² je převzata z klasické římské jurisprudence – *ius est ars aequi et boni* (Celsus, D. 1,1,1).

Vraťme se však k naší základní otázce, totiž k tomu, jak se změnilo rozhodování městských soudů vydáním kodifikace městského práva v roce 1579. Není mi myslím pochyb o tom, že literární a spíše teoretické odkazy na přirozené právo a zdravý rozum nemění nic na skutečnosti, že požadavek o dodržování ustanovení zákoníku a respektování jeho ustanovení byl v praxi prosazen.

Tomu ostatně napomáhala i další skutečnost. Rada nad apelacemi či apelační soud založený Ferdinandem I. roku 1548, podle prohlášení jeho rady Gabriela Svěčina z Paumberka z 12. ledna 1580³³ se ve všech svých rozhodnutích o odvoláních, které mu byly přineseny z jednotlivých měst, řídil ustanoveními zákoníku z r. 1579 a pomáhal tak nejen k uplatňování v městské justici, ale i k překonávání dosavadní nejednotnosti městského práva.

Tento podstatný rozdíl mezi právem zemským a městským ve vztahu k zákonu jako podkladu pro soudní rozhodnutí ovšem netkví jenom v důvodech politických či prestižních. V technickém slova smyslu totiž se oba soudní systémy lišily i v tom, že šlechtické soudnictví se opíralo především o soudní proces na zemském soudě. Praxe většího soudu zemského byla určující a příkladem i pro ostatní šlechtické soudy. Právě proto se ve shora citovaném ustanovení Vladislavského zřízení zemského v závěru článku říká, že tato praxe, kdy soud se nebude řídit novou kodifikací, bude možné uplatnit „...*těž při jiných soudech*“. Naproti tomu však právo městské muselo počítat s diversifikací městské judikatury, kterou teprve postupně začal sjednocovat apelační soud od roku 1548, nehledě již na známou skutečnost, že se podstatně lišila i judikatura městských soudů náležejících do stejné filiace. Snad právě zde spočívá onen rozhodující důvod požadavku vyjádřeného v Právech městských v čl. AIII., odst. IV. „*Protož všickni, kteříž před soudy městskými v království českém o spravedlnosti své budou míti činiti, právy těmito se říditi a spravovati budou*“.³⁴

³² Tamtéž, str. 3.

³³ Tamtéž, Úvod, str. VIII.

³⁴ Tamtéž, str. 6. To se znovu výslovně potvrzuje v závěrečném ustanovení Práv městských království českého v článku T XIII. Po vzoru Zemských zřízení se tu zakotvuje výslovné právo Pražanů a stavu městského práva městská „...*přičiniti aneb ujíti...A oč by se koli s volí Jeho Milosti Královské snesli a svolili, budouci moci sobě za právo ustanoviti*“. Současně se stanoví jako počátek platnosti zákoníku den sv. Havla roku 1579, od kterého dne „...*vedle práv těchto jedni k druhým se chovati, a soudcové na tato práva rozsudky činiti povinni budou*“. Současně se stanoví, že zákoník nemá zpětnou platnost s tím, že „...*což se předešlých věcí a před vydáním*

Závěrem můžeme tedy konstatovat, že obyčej a soudní nález zůstal živým pramenem práva šlechtického i po kodifikaci zemského práva až do roku 1627. V právu městském pak starší soudní nález či obyčej, či právo přirozené – tedy vytvoření právního stanoviska „zdravým rozumem“ byly připuštěny jen v případech, kdy soudci nenalezli v zákoníku podklady pro svá rozhodnutí a to jen tehdy, pokud to neodporovalo spravedlnosti.

vůbec práv těchto zašlých dotýče, ty se mají tak vykonati, jakž jest prvé za právo a za obyčej držáno bylo. “ Tamtéž, str. 395.

Per eminentiam – Ulpiani liber singularis regularum und die prägnante Antonomasie

Ulrich Manthe

Ulp. reg.¹ 11,3

Legitimi tutores sunt, <qui> ex lege aliqua descendunt; per eminentiam autem, legitimi⁴ dicuntur, qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu perpalam,² quales sunt agn[i]<a>ti, seu per consequentiam,³ quales sunt patroni.⁴

1. Gesetzliche Vormünder sind solche, die durch irgend ein Gesetz⁵ bestimmt werden, „gesetzliche“ *par excellence* sind die Vormünder nach dem Gesetz der Zwölf Tafeln.⁶ Ulpian nennt die Antonomasie „*per eminentiam*“,

¹ Zu dem in cod. Vat. reg. 1128 überlieferten Werk (auch *Ulpiani epitome* genannt) vgl. D. LIEBS, in: K. SALLMANN (Hrsg.), Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV (München 1997) 207 f.; M. AVENARIUS, Der pseudo-ulpianische *liber singularis regularum* (Göttingen 2005); F. WIEACKER, Römische Rechtsgeschichte II (München 2006) 135 f.

² *Perpalam* „sehr deutlich“ ist Hapax (VIR IV 686,13-16; ThLL X 1, 1609,17-20); manche Editoren des Buches fühlten sich daher versucht, zu *propalam* (zuletzt HUSCHKE, Iur. ante. 1886⁵) oder *palam* (Vahlen, Krüger, Seckel/Kübler) zu emendieren (vgl. AVENARIUS [o. Fn. 1] 300). *Palam* „deutlich sichtbar“ (Ulp. 28 ad ed., D. 14,3,11,3) oder „deutlich hörbar“ (Ulp. 2 ad Sab., D. 28,1,21 pr.) und *propalam* (Plaut. Epid. 12; Cic. de orat. 1,35,161; Liv. 3,35,7) „in aller Öffentlichkeit“ geben aber das Gemeinte („ausdrücklich“, vgl. Ulp. 38 ad Sab., D. 26,4,3 pr. *nominatim*) nicht genügend präzise wieder; *perpalam* „sehr deutlich“ ist besser. Die Vorsilbe *per-* verstärkt das Adverb (*perbelle* „sehr schön“, *perbene* „sehr gut“); M. LEUMANN, Lateinische Laut- und Formenlehre (München 1977) 401.

³ *Per consequentiam* (Singular) findet sich nur hier für *per interpretationem* (Gai. inst. 1,165; Inst. Iust. 1,17); häufig Plural *per consequentias* „in analoger Anwendung“ (Ulp. 38 ad Sab., D. 26,4,3 pr.), „folgerichtig“ (Ulp. 1 ad Sab., D. 26,8,1 pr.), weitere Stellen VIR I 928,47-53.

⁴ „Die gesetzlichen Vormünder sind solche, die sich aus irgendeinem Gesetz herleiten; wegen der Vortrefflichkeit aber heißen sie ‚gesetzliche‘, weil sie vom Zwölf Tafelgesetz eingeführt werden, sei es sehr deutlich, wie die Agnaten, sei es in analoger Anwendung, wie die Patrone.“

⁵ Z. B. *lex Atilia*, Gai. inst. 1,185.

⁶ *Legitimus* wird häufig in diesem Sinne gebraucht: Gai. inst. 1,155 (*legitimi tutores*); Paul. 11 ad ed., D. 4,5,7 pr. (*legitimae tutelae*); Ulp. reg. 12,1 (*curatores legitimi*); Pomp. sing. enchir., D. 1,2,2,6 (*legitimae actiones*); Gai. inst. 4,103 (*legitimum iudicium*); Paulus 3 ad ed., D. 2,14,6 (*legitima conventio*). Vgl. L. WENGER, Die Quellen des römischen Rechts (Wien 1953) 371.

mit einem Ausdruck, der in der lateinischen Literatur vorher nicht belegt ist.⁷

Zwar ist die Verwendung von *lex* im Sinne von „das Gesetz *par excellence*“, nämlich das Zwölftafelgesetz, in der juristischen Literatur nicht ungewöhnlich: Gai. inst. 3,192 *ex edicto praetoris ... lex autem* – auch hier bezieht sich *lex* nicht einfach auf eine vorherige Erwähnung, vielmehr wird erwartet, dass der Leser, der gerade etwas über das Edikt⁸ erfahren hat, sofort versteht, dass die *lex* nichts anderes als das Zwölftafelgesetz ist; ebenso Ulp 4 ad ed., D. 2,14,7,14 *ad edictum praetoris ... lex*.⁹ Die Antonomasie wird aber stets als selbstverständlich vorausgesetzt und nie erklärt, außer in unserer Stelle. Riccobono zweifelte daher die Echtheit des Ausdruckes *per eminentiam* an und vermutete, der Verfasser¹⁰ des *Liber singularis regularum* habe ein griechisches *κατ' ἐξοχήν*, das er bei Ulpian vorgefunden habe, ins Lateinische übersetzt.¹¹ Griechische Ausdrücke sind bei den klassischen Autoren nicht selten (z. B. Ulp. 4 ad ed., D. 2,14,7,2 und 11 ad ed., D. 50,16,19 *sunελλαγμα*); aber dass ein Epitomator ein griechisches Wort des Textes, den er ausschrieb, einfach übersetzt hätte, wäre eine Singularität.

2. Das Phänomen der Sprechweise *per eminentiam* ist bekannt. Oft wird

⁷ ThLL V 2, 490,28-30; J. Ph. KREBS/F. X. ALLGAYER, *Antibarbarus der lateinischen Sprache* (Frankfurt a. M. 1866⁴) 387 f. sv. *eminentia*.

⁸ In der modernen Romanistik ist die Antonomasie ‚Edikt‘ = ‚prätorisches Edikt‘ ganz üblich.

⁹ Iul. Obsequens 61, pag. 175 Roszbach meint mit *legum* wohl auch das Zwölftafelgesetz: *M. Cicerone C. Antonio coss tabulae legum aëneae <caelo tactae> litteris liquefactis; ab his prodigiis Catilinae nefaria coniuratio coepta* „unter dem Konsulat von M. Cicero und C. Antonius (63 v. Chr.) wurden die bronzenen Gesetzestafeln <vom Himmel her> berührt, wobei die Buchstaben schmolzen; mit diesen Unglückszeichen begann die ruchlose Verschwörung des Catilina.“

¹⁰ Die Frage, ob die Schrift von Ulpian selbst herrührt, kann man wohl nicht sicher entscheiden. Nach LIEBS, *Handbuch IV* (o. Fn. 1) 208 passen Sprache und Stil nicht zu Ulpian; nach H. L. W. NELSON, *Der Stil eines Kurzlehrbuchs*, in: K. ZIMMERMANN (Hrsg.), *Der Stilbegriff in den Altertumswissenschaften* (Rostock 1993) 81-87 a. E. gibt der Stil des Buches keinen Anlass dafür, die Schrift Ulpian abzusprechen; vgl. AVENARIUS (o. Fn. 1) 59 f., 60 Fn. 148.

¹¹ S. RICCOBONO, *Dies e condicio nella costituzione della servitù*, TR 3 (1922) 333-362, 336; nachgebetet von A. BERGER, *La citazione della legge delle XII tavole in D. XXVI 4, 1 pr., BIDR 43 = N. S. 2 (1935) 195-208, 199 Fn. 3*; S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, in: *Scritti di diritto romano III* (Napoli 1960, urspr. 1925) 81-156, 89 athetierte *<qui> ex lege – dicuntur* wegen *ex lege descendere* und *per eminentiam*; F. SCHULZ, *Die Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus Reginae 1128* (Bonn 1926) 35 hielt die ganze Stelle wegen *per eminentiam* für nachklassisch, dagegen Berger 199 Fn. 2. F. MERCOGLIANO, «*Tituli ex corpore Ulpiani*» (Camerino 1997) 91 hat bei Ulp. reg. 11,3 keine Echtheitsbedenken.

von *urbs* gesprochen, wenn Rom gemeint ist.¹² In spätbyzantinischer Zeit bezeichnete *pōliv* Konstantinopel;¹³ unter den Ptolemäern war *pōliv* noch Alexandria.¹⁴ Der ‚Dichter‘ ist Homer;¹⁵ *Rabbi* ‚der Lehrer‘ bezeichnet in der talmudischen Literatur durchweg Rabbi Jehuda den Fürsten;¹⁶ auch mit negativer Konnotation: *diabolus* ‚Verleumder‘ ist der Teufel.¹⁷

¹² Quint. inst. or. 6,3,103; 8,2,8; 8,5,9; Gai. inst. 2,279. Freilich meint *urbs* nur den Bereich Roms, der innerhalb der Servianischen Mauern liegt, *Roma* hingegen die *urbs* und die ohne Zwischenraum angebauten Gebäude: Marc. 12 dig., D. 50,16,87 *Ut Alfenus ait, ‚urbs‘ est Roma, quae muro cingeretur, ‚Roma‘ est etiam, qua continentia aedificia essent: nam Romam, non muro tenus existimari ex consuetudine cotidiana posse intellegi, cum diceremus ‚Romam nos ire‘, etiamsi extra urbem habitaremus*; Paul. 1 ad ed., D. 50,16,2. Die Meilenrechnung (Gai. inst. 4,104) beginnt erst am Ende der *continentia aedificia*, Macer 1 ad leg. vices., D. 50,16,154. Zur Begrenzung der *urbs* vgl. I. M. J. VALETON, *De templis romanis* [VII], *Mnemosyne*, N. S. 26 (1898) 1-93, 22-40. Auf *Urbi et orbi* spielte Hieron. dial. adv. Pelag., prol. 2, PL 23, 497 B an.

¹³ Neugr. $\frac{3}{4}$ *Pōli* ‚Konstantinopel‘, vgl. J. E. Kalitsunakis, *Neugriechisches Lesebuch* (Berlin 1914) 95 (in einem Text aus dem 19. Jhd.). Man geht nach Konstantinopel „*ε,ν τῆαν πόλιν*“ (in neugriech. Aussprache *istimboli*), woraus *Istanbul* sich herleiten soll. Wenn *urbs* in oströmischen Konstitutionen Konstantinopel meinte, wurde ein Attribut hinzugefügt, Theod. et Val. 444, Cod. Iust. 1,51,11 (*huius inclitae urbis*); Leo 466, Cod. 1,12,6 pr.; Iust. 530, Cod. 3,1,13,1; Iust. 531, Cod. 8,10,13.

¹⁴ Aristeasbrief 4. 22. 111, vgl. Kai BRODERSEN, *Aristeas, Der König und die Bibel*. Griechisch-Deutsch (Stuttgart 2008) 17. Serbokroat. *gradъ* ‚Stadt‘ bezeichnet Dubrovnik, I. POPOVIĆ, *Geschichte der serbokroatischen Sprache* (Wiesbaden 1960) 80 Fn. 1, 464. Konstantinopel heißt hingegen serb., bulg. *Carigrad* (Popović 168), noch im 19. Jhd. russ. *Carъgradъ*: K. BLATTNER, *Taschenwörterbuch der russischen und deutschen Sprache I* (Berlin 1911) 926a sv.; F. ENGELS, *Die auswärtige Politik des russischen Zarentums I* (1890), MEW 22 (Berlin 1974) 11-48, 17: ‚Zaregrad‘.

¹⁵ Arist. rhet. 1,7,31 pag. 1365a11; Cic. top. 13,55; Boeth. comm. in top. 13,55 pag. 364,30 Orelli; Quint. 8,5,9; Strab. geogr. pag. 12 Cas. u. pass.; Inst. Iust. 1,2,2 (*sed quotiens non addimus, cuius sit civitatis, nostrum ius significamus: sicuti cum ‚poetam‘ dicimus nec addimus nomen, subauditur apud Graecos egregius Homerus, apud nos Vergilius*; vgl. auch Origo gent. Rom. 3,7 *noster* [= Vergilius]). Ein berühmter Skalde um 830 n. Chr. war nur unter dem Namen *Bragi* ‚der Dichter‘ bekannt, A. HEUSLER, *Die altgermanische Dichtung* (Darmstadt 1957, urspr. 1940²) 39, 28, 122. Im Mittelalter war die prägnante Antonomasie bei Eigennamen beliebt, P. STOTZ, *Handbuch zur lateinischen Sprache des Mittelalters II* (München 2000) II 139 ff. (Buch V §§ 70-71): *paranympheus* und *praecursor* ‚Johannes der Täufer‘, *claviger* ‚Apostel Petrus‘, *legifer* ‚Moses‘ (§ 70.2), *apostolus* ‚Apostel Paulus‘ (§ 71.2), *philosophus* ‚Aristoteles‘, *commentator* ‚Averroes‘ (§ 71.4). Bei Shakespeare ist *the poet* Ovid: *The Merchant of Venice* V 1,79. Lessing sprach von Klopstock als *dem Dichter* (Eine Duplik III, Fünfter Widerspruch: ‚so lerne er es von dem Dichter‘; gemeint ist Klopstock, *Der Messias*, 14,100 ff.).

¹⁶ Der Redaktor der Mischna, um 200 n. Chr.; Ch. ALBECK, *Einführung in die Mischna*, Berlin 1971, 145.

¹⁷ Seit Urzeiten gibt es euphemistische *par excellence*-Bezeichnungen, so wurde der Bär urgerman. **berōn* ‚der Braune‘ genannt (streitig, vgl. F. KLUGE/E. SEEBOLD, *Etymologisches*

3. Die Objekte unserer Erfahrungswelt existieren in unendlicher Vielzahl. Wollten wir alle mit je einem eigenen Wort benennen, so könnte unsere Sprache nicht genügend Wörter erzeugen.¹⁸ Daher gibt es sog. Gattungsnamen (*nomina appellativa*), die eine bestimmte Menge von Objekten mit Prädikaten bezeichnen, welche allen diesen Objekten zukommen: *Mensch, Schaf, Stein*; dies setzt eine gedankliche Einteilung der Objekte nach gemeinsamen Eigenschaften in Gattungen voraus. Sehr wenige Objekte haben eine Bezeichnung, die nur ihnen allein zukommt („univoke Bezeichnungen“)¹⁹: *die Sonne* – aber doch nur, wenn wir annehmen, im Universum gebe es nur eine einzige Sonne. Dann, wenn es in der Redesituation darauf ankommt, ein bestimmtes Objekt individuell zu kennzeichnen, verwendet man grammatische Mittel zur eindeutigen Bezeichnung des gemeinten Objekts, nämlich Pronomina oder Artikel²⁰ (*dieser, der Dichter*) oder Attribute (*der erwähnte Dichter*), oder man verwendet Eigennamen. Personen- und Ortsnamen (*nomina propria*) sind eigentlich Gattungsnamen (*Hartmut Schneider, Frankfurt*), die aber in einem begrenzten Bereich eindeutig individualisieren und als Eigennamen verstanden werden. Es dürfte schwierig sein, einen Menschen aufzufinden, der einen Namen trägt, den kein anderer trägt oder getragen hat (*Rumpelstilzchen?*);²¹

Wörterbuch der deutschen Sprache [Berlin 1999²³] 79 f. sv. *Bär*); chinesische Parallele: chin. *bān shū* „Gescheckter Onkel“ = „Tiger“, U. MANTHE, Die Sprache von Chu, in: Festschrift Harro von Senger (2009, in Druck) Fn. 16. Man könnte noch viele *par excellence*-Bezeichnungen nennen: hebr. *haš-šem* „der Name“ wird zur mündlichen Wiedergabe des Tetragramms *JHWH* verwendet, um den Namen des Ewigen nicht einmal durch *'Adonai* „Herr“ auszusprechen; die „Schrift“ (graf», b...blöv, bibl...a), auch arab. *'al-kitābu* „das Buch“ (neben *'al-qur'ānu* „die Lesung“ wie coll. 7,1 pr. *lectio* = Tora) ist das Heilige Buch (Bibel, Koran). Das Buch Jesus Sirach heißt traditionell *ecclesiasticus* = das Buch kat' [™]χoc»n unter den *libri ecclesiastici*.

¹⁸ H. LAUSBERG, Elemente der literarischen Rhetorik (München 1982⁷) § 137.

¹⁹ LAUSBERG, Elemente (o. Fn. 18) § 134.

²⁰ Manche Sprachen haben einen Artikel als abgeschwächtes Demonstrativpronomen zur Determinierung, so Deutsch, Griechisch, die romanischen Sprachen (aus lat. *ille*, nicht aber Latein), manche semitische Sprachen. Univoke Bezeichnungen sind semantisch bereits determiniert; eine zusätzliche morphologische Markierung durch den Artikel ist daher abundant, weswegen manche Artikelsprachen gar keinen Artikel verwenden (gr. autŌ); manche Artikelsprachen determinieren abundant (dt. *die Sonne*, hebr. *haš-šāmāš*, arab. *'as-samsu*). Bei artikellosen Sprachen (Lateinisch) kann die Determination nur semantisch ausgedrückt werden. Zu gr. autŌ ohne Artikel: E. KIECKERS, Historische griechische Grammatik III (Berlin 1926) 74 f.; E. SCHWYZER/A. Debrunner, Griechische Grammatik II (München 1950) 24; zum Deutschen: Duden, Die Grammatik (Mannheim 2005⁷) § 389.

²¹ Gebr. GRIMM, Kinder- und Hausmärchen III (Göttingen 1856³, Ndr. Stuttgart 1999) 95 (= Ndr. 107), Anm. zu *Rumpelstilzchen*: „Die Unterirdischen führen Namen, die bei den Menschen nicht im Gebrauch sind, daher das Männchen ganz sicher zu sein glaubt, als es die Bedingung stellt, seinen Namen zu errathen.“

auch Ortsnamen wiederholen sich.²²

Gesprächssituationen können enger und weiter sein; irgendwann einmal ist jeder Kontextbezug ausgeschlossen. Wenn die Umwohner Roms von *urbs* sprechen, ist der Kontext noch so eng, dass jeder versteht, dass die einzige nahe Stadt, nämlich Rom, gemeint ist; bezeichnen aber Bewohner einer Provinz²³ mit dem Appellativum *urbs* die Hauptstadt des Reiches in der Erwartung, die Bezeichnung würde ohne Weiteres verstanden werden, dann wird Rom als „*urbs*“ *par excellence* (κατ' ἴσχυος) bezeichnet, die Ersetzung des Nomen proprium durch das Appellativum eine ‚prägnante‘ Antonomasie. Die Antonomasie ist ‚prägnant‘ ‚sinträchtig‘ (*praegnas*), weil *weniger* gesagt wird, als gemeint ist; das verwendete Wort sagt nicht alles aus, sondern erwartet vom Hörer, dass er sich die fehlende Information hinzudenkt. Dass sie verstanden wird, setzt voraus, dass der Hörer weiß, dass das Appellativum ein Prädikat des gemeinten Objektes ist, welches diesem Objekt ganz besonders zukommt. Der Sprecher verlässt sich nicht auf einen realen, sondern auf einen kulturellen Kontext; der Hörer versteht nicht aufgrund seiner unmittelbaren sinnlichen Lebenserfahrung, sondern aufgrund sprachlich vermittelten Bildungswissens. Die ‚Redewendung‘ (Tropos)²⁴ entsteht dadurch, dass der Sprecher erst gedanklich dem eindeutig identifizierenden Nomen Proprium *Homerus* ein Appellativum *poeta* als Epitheton ornans anfügt, welches keine zusätzliche Information gibt, aber die Rede schmückt:²⁵ *Homerus poeta*, dann aber kunstvoll das Nomen Proprium weglässt: *poeta*.

Mit anderen Worten: Homer ist ein Individuum, welches zur Gattung

²² Der Ortsname ‚Eupen‘ sei univok, hält LAUSBERG, *Elemente* (o. Fn. 18) § 136 für möglich; ein ‚Mannheim‘ gab es früher auch bei Odessa.

²³ Sogar von außerhalb der *provincia* (scil. *Narbonensis*, wie franz. *Provence* auch eine Antonomasie, Caes. bell. Gall. 1,1,3) und des Reiches: Caes. bell. Gall. 1,39,2.

²⁴ Schulbeispiel für Prägnanz: *Caesar pontem fecit* ‚C. ließ die Brücke bauen‘; G. MAURACH, *Enchiridion poeticum* (Darmstadt 1989²) 9, 135-150 mit vielen Beispielen; LAUSBERG, *Elemente* (o. Fn. 18) § 210; A. SZANTYR, *Lateinische Syntax und Stilistik* (München 1972) 825 (§ 54). Die Prägnanz ist ‚elliptisch‘; zum prägnanten Ausdruck in der Ellipse vgl. W. FRANZ, *Die Sprache Shakespeares in Vers und Prosa* (Halle 1939⁴) 600 f.; sie ist auch ‚emphatisch‘, da sie ein Element der Gattung durch die Bezeichnung der das Element enthaltenden Gattung bezeichnet (zu diesem Sinne von ‚Emphase‘ vgl. LAUSBERG, *Elemente* § 208), H. LAUSBERG, *Handbuch der literarischen Rhetorik* (Stuttgart 1960³) § 881 S. 436, vgl. §§ 578, 905-906. ‚Prägnant‘ im Sinne von ‚emphatisch verkürzend‘ ist kein antiker Ausdruck (vgl. KREBS/ALLGAYER [o. Fn. 7] 757 sv. *praegnas*; LAUSBERG, *Handbuch* S. 935a sv. *prégnant*); die Umgangssprache verwendet ‚prägnant‘ untechnisch im Sinne von ‚treffend, präzise‘, vgl. LAUSBERG, *Elemente* § 210 Fn. 1.

²⁵ An der Grenze zwischen Erfahrungs- und Bildungswissen stehen zeitgebundene Antonomasien wie ‚die graue Eminenz‘ und ‚der Papst‘ (nämlich der gegenwärtige).

„Dichter“ gehört. Ihn als ‚Dichter‘ zu bezeichnen, bedeutet, ihn statt mit seinem Eigennamen mit der Bezeichnung der Gattung, der auch alle anderen Dichter angehören (auch Archilochos, Simonides), zu bezeichnen. Die Gattungszugehörigkeit ist eine triviale Eigenschaft aller Elemente der Gattung – Dichter sind immer Dichter. Die Dichtereigenschaft kommt dem Homer aber viel mehr als allen anderen Dichtern zu; nur darum genügt *poeta*, um ihn eindeutig zu bezeichnen. Auch das Zwölftafelgesetz ist ein Individuum. Da aber in seinem Fall die Sprache kein Nomen Proprium gebildet hat,²⁶ verwendet sie an Stelle eines Eigennamens die univoke Bezeichnung *lex XII tabularum*. Das Zwölftafelgesetz gehört zur Gattung „Gesetze“; es als ‚Gesetz‘ zu bezeichnen, bedeutet, es statt mit seinem Eigennamen mit der Bezeichnung der Gattung, der auch alle anderen Gesetze angehören (auch die *lex Falcidia*, die *lex Furia*), zu bezeichnen. Die Gattungszugehörigkeit ist eine triviale Eigenschaft aller Elemente der Gattung – Gesetze sind immer Gesetze. Die Gesetzeseigenschaft kommt dem Zwölftafelgesetz aber viel mehr als allen anderen Gesetzen zu; nur darum genügt *lex*, um es eindeutig zu bezeichnen.

4. Der Tropos hieß bei den Alten *ἄντωνομας*...a „Namensersetzung“ bzw. *pronominatio*. Die Rhetoriker erklärten ihn damit, dass ein Eigenname²⁷ durch eine Periphrase oder ein Appellativum²⁸ ersetzt wird, welches dem vom Eigennamen gemeinten Objekt zukommt:²⁹

Rhet. ad Herr. 4,31,42

‚Pronominatio‘ est, quae sicuti cognomine quodam extraneo demonstrat id,

²⁶ Die antike Rhetorik unterscheidet *tropos* (τῶπος „Wendung“) und *figura* (σῆμα); der Tropos ist die Verwendung eines Wortes in anderer Bedeutung (Quint. inst. 9,1,4: τῶπος; 8,6,1; Rhet. ad Her. *exornatio verborum*), die Figur ist die syntaktische Gestaltung der Rede in nicht gewöhnlicher Weise (Quint. inst. 9,1,4: *figura ... conformatio quaedam orationis remota a communi et primum se offerente ratione*; Rhet. ad Her. *sententiarum exornatio*); Cic. Brut. 17/18,69; LAUSBERG, Elemente (o. Fn. 18) §§ 174, 238; LAUSBERG, Handbuch (o. Fn. 24) §§ 552, 600; J. MARTIN, Antike Rhetorik (München 1974) 261, 271.

²⁷ LAUSBERG, Elemente (o. Fn. 18) § 310,2.

²⁸ Was bei Gesetzen möglich war: *lex Falcidia*, *SC Trebellianum*; hier war die Grenze fließend, da bei mehreren Gesetzen mit gleichen Namen oft ein Attribut erforderlich war: im Kontext sprach Gaius von der *lex Furia* (inst. 3,121; 4,109), zur Vermeidung von Verwechslung aber von der *lex Furia de sponsu* (inst. 4,22); ebenso *lex Furia* (inst. 2,225), aber *lex <Furia> testamentaria* (inst. 4,23).

²⁹ Die antiken Rhetoriker beschränkten den Terminus technicus ‚Antonomasie‘ zwar auf Personenbezeichnungen (Quint. inst. 8,6,29 *aliquid pro nomine*), erkannten aber an, dass die prägnante Antonomasie auch für Sachen möglich war (Quint. inst. 8,2,8; 8,5,9 *urbs*).

quod suo nomine non potest appellari; ut si quis, cum loquatur de Graccis: „At non Africani nepotes“, inquiet, „istiusmodi fuerunt“.³⁰

Quint. inst. 8,6,29

„Antonomasia“, quae aliquid pro nomine ponit, poetis utroque modo frequentissima, et per epitheton, quod detracto eo, cui adponitur, valet pro nomine („Tydides“, „Pelides“), et ex his, quae in quoque sunt praecipua („divum pater atque hominum rex“).³¹

Das letzte Beispiel ist aber nicht im eigentlichen Sinne ‚prägnant‘: Göttervater und Menschenkönig ist nur einer, und die Bezeichnung ist univok und eindeutig; die Umschreibung gibt daher nur ebensoviel Information wie die direkte Benennung mit dem Eigennamen ‚Iupiter‘.³² Sobald aber für die Antonomasie eine Gattungsbezeichnung gewählt wird, unter die mehrere Individuen subsumiert werden können (*poeta*), ohne dass das gemeinte Individuum durch ein weiteres Attribut näher identifiziert wird:

Quint. inst. 8,2,8

... quod commune est et aliis nomen, intellectu alicui rei peculiariter tribuitur, ut ‚urbem‘ ‚Romam‘ accipimus ..., cum sint urbes aliae quoque.³³

liegt eine Sonderform vor, nämlich eine ‚prägnante Antonomasie‘.³⁴ Die lateinischen Rhetoriker bezeichneten diese als (Antonomasie) *propter* / *per*³⁵

³⁰ Die Antonomasie ist der „Tropos der Apposition oder des substantivischen Prädikates“, H. MENGE/A. THIERFELDER, *Repetitorium der lateinischen Syntax und Stilistik* (Leverkusen 1953¹¹) § 550,3.

³¹ LAUSBERG, *Elemente* (o. Fn. 18) §§ 202-206; *Handbuch* (o. Fn. 24) § 580; Martin (o. Fn. 26) 263.

³² „Die *pronominatio* ist es, die dasjenige, welches mit seinem eigentlichen Namen nicht benannt werden kann, gleichsam mit einem nicht zu seinem Wesen gehörenden Beinamen bezeichnet, wie wenn jemand, wenn er über die Gracchen spräche, sagen würde: ‚Gewiss haben sich die Enkel des Africanus nicht so verhalten.““

³³ „Die Antonomasie, welche etwas an Stelle des Eigennamen setzt, ist bei den Dichtern in beiden Arten sehr häufig, nämlich sowohl durch eine Apposition, welche ohne ihr Bezugswort soviel wie der Eigenname gilt („der Sohn des Tydeus“ [Diomedes], „der Sohn des Peleus“ [Achilles]), als auch durch solche Eigenschaften, welche der jeweiligen Person in hervorragender Weise zukommen („der Vater der Götter und König der Menschen“ [Iupiter; Verg. Aen. 1,65]).“ Vgl. auch Isid. orig. 1,37,11-12.

³⁴ Ebenso wenig prägnant sind *praecipuus poeta*, Claud. Sat. sing. de poen. pagan., D. 48,19,16,8 und *Manianus vates*, Hieron. liber hebr. quaest. in Genesim, praef., PL 23, 935A.

³⁵ „Eine Bezeichnung, die auch andere Dinge ebenso bezeichnet, wird durch den Verstand

excellētiā „dadurch, dass der Gemeinde in der Gattungszugehörigkeit vortrefflich ist“, also „wegen / mittels Vortrefflichkeit“:

Cic. top. 13,55

... ut Homerus *propter excellētiā* commune poetarum nomen efficit apud Graecos suum ...³⁶

Prisc. inst. gramm. 2,5,25 (II pag. 59,4-8 Keil)

Et in proprio quidem etiam appellativa intellegi possunt, ut, si dicam ‚Virgilius‘, intellegitur homo et poeta, in appellativis autem propria non intelleguntur, ut ‚homo‘, ‚vir‘, nisi *per excellētiā* loco proprii in quibusdam personis accipiantur, ut ‚poeta‘ pro ‚Virgilius‘ et ‚urbs‘ pro ‚Roma‘.

Statt *excellere* „sich auszeichnen, vortrefflich sein“ wurde auch *eminere*³⁷ „hervorragend“ gebraucht:

Sen. epist. ad Luc. 58,17:

Secundum ... ponit Plato, quod *eminet* et exsuperat omnia; hoc ait *per excellētiā* esse. ‚Poeta‘ communiter dicitur (omnibus enim versus facientibus hoc nomen est), sed iam apud Graecos in unius notam cessit: ‚Homerum‘ intelligas, cum audieris ‚poetam‘.³⁸

Favorinus erklärte *eminere* als „sich auf einer Skala (etwa von ‚hässlich‘ bis ‚schön‘) auf den jeweiligen Extrempunkten befinden“:

Gell. noct. Att. 5,11,9

‚Eminentia‘ enim quadam significari formarum turpes et pulchrae videntur. ‚Est autem‘, inquit [*scil.* Favorinus], ‚tertium quoque inter duo ista.‘³⁹

einer bestimmten Sache zugeteilt, wie wir ‚Stadt‘ als ‚Rom‘ verstehen, wo es doch auch andere Städte gibt.“

³⁶ STOTZ (o. Fn. 15) II 141 (V § 71.1): „prägnant-antonomastische Anwendung einer Funktionsbezeichnung auf einen bestimmten Menschen“.

³⁷ Cic. top. 13,55 hatte noch *propter* verwendet, aber *per* (bei Seneca und Priscian) setzte sich durch; vgl. KREBS/ALLGAYER (o. Fn. 7) 406 sv. *excellētia*.

³⁸ „... wie Homer wegen seiner Vortrefflichkeit den allgemeinen Namen ‚Dichter‘ bei den Griechen zu dem seinigen gemacht hat ...“; vgl. Quint. inst. 8,5,9; Boeth. in Cic. top. pag. 360, 30-34 Orelli: *Sicut Graecus quoque poeta Homerus ‚poeta‘ tantum dicitur, et quisquis ex Homero aliquid profert, ita dicere consuevit: ‚Hunc versum poeta locutus est‘, et tunc non alius intelligitur praeter Homerum, non quod ceteri non sint poetae, sed quod excellētia eius commune nomen vertit in proprium.*

³⁹ Cic. orat. 29,104: *Demosthenes, qui quamquam unus eminent inter omnes in omni genere*

5. Der Ausdruck *per eminentiam* ist außer in Ulp. reg. 11,3 nicht belegt, aber *eminere* war (wie *excellere*) Terminus technicus zur Begründung dessen, dass zur eindeutigen Bezeichnung eines bestimmten Individuums die Bezeichnung seiner Gattung ausnahmsweise genügte; wir dürfen daher annehmen, dass *per eminentiam* ein geläufiger Fachausdruck der Rhetorik (wie *per excellentiam*) war.

Ganz gleich, ob man den *Liber singularis regularum* für eine nachklassische Schrift oder für ein genuines Werk Ulpianus hält, setzt Riccobonos Vermutung voraus, dass in einer Vorlage zu Ulp. reg. 11,3 „kat` exoc»n“ gestanden habe; letztlich geht aber jede Vorlage auf Ulp. 38 ad Sab., D. 26,4,3 pr. zurück:

Ulp. 38 ad Sab., D. 26,4,3 pr.

Tutela legitima, quae patronis defertur e lege duodecim tabularum, non quidem specialiter vel nominatim delata est, sed per consequentias hereditatum, quae ex ipsa lege patronis datae sunt.⁴⁰

und dort wurde die Antonomasie gerade nicht erläutert.⁴¹ Die lateinische Erklärung von *legitimus* als *per eminentiam*-Wendung setzt nicht voraus, dass *legitimus* in irgendeiner Zwischenstufe mithilfe des griechischen Terminus erklärt wurde; vielmehr entspricht die lateinische Bezeichnung genau dem, was wir anhand der oben angeführten Quellen erwarten können. *Per eminentiam* ist dem Verfasser der im Cod. Vat. reg. 1128 enthaltenen Regelbuches zuzuschreiben, wer auch immer es gewesen sein mag.

Zu *per eminentiam* wurden bisher nur wohlfeile Interpolationsvermutungen geäußert, aber das Besondere des Textes – dass nämlich in einem Anfängerlehrbuch für Juristen⁴² ein Fachausdruck einer rhetorischen

dicendi; Theod. et Val. 426, C. Theod. 1,4,3: *auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat*; weitere Beispiele ThLL V2, 492,12-36; 494,44-74.

⁴⁰ „Als Zweites ... nimmt Platon das an, was hervorragend und alles übertrifft; er sagt, dass dies durch seine Vortrefflichkeit existiere. Das Wort ‚Dichter‘ wird allgemein gebraucht (denn alle, die Verse machen, haben diese Bezeichnung), aber schon bei den Griechen wurde es zum Kennzeichen für einen Einzigen: man soll ‚Homer‘ verstehen, wenn man ‚Dichter‘ hört.“ Die gemeinte Platonstelle ist nicht identifiziert, vgl. R. RAUTHE, L. Annaeus Seneca, *Epistulae morales ad Lucilium* VI (Stuttgart 1986) 78 Anm. 18; 87.

⁴¹ „[Die Frauen, vgl. 5,11,2] scheinen nämlich durch ein gewisses Hervorragan ihrer äußeren Gestalten als Hässliche und Schöne bezeichnet zu werden; es gibt aber, wie F. sagt, auch etwas Drittes dazwischen.“

⁴² „Die gesetzliche Vormundschaft, welche den Patronen vom Zwölftafelgesetz zugewiesen worden ist, ist ihnen zwar nicht für diesen Fall oder ausdrücklich zugewiesen worden, aber in analoger Anwendung des Rechts der Erbschaften, welche unmittelbar durch das Gesetz den Patronen gegeben worden sind.“

Kategorie subsumiert wurde – ist nicht untersucht worden. Gerade in einem Anfängerlehrbuch ist die Erklärung der Termini zu erwarten;⁴³ die Erklärung setzt eine gewisse Bildung des Verfassers voraus. Dieses Argument lege ich in die Waagschale zugunsten der Ansicht, der *Liber singularis regularum* gehe, wenn auch vielleicht nur mittelbar, auf Ulpian selbst zurück, bei dem wir eher als bei einem unselbständigen Epitomator ein höheres Bildungsniveau erwarten dürfen. Das passt zu unserem Bild von „der intellektuellen und philosophischen *cultura* des Ulpian“;⁴⁴ Ulp. reg. 11,3 reflektiert die zeitgenössische Rednerlehre im römischen Recht.⁴⁵

⁴³ In D. 26,4,3 pr. hat auch nie „kat` exoc»n“ gestanden; die Justinianer haben griechische Wörter und Texte regelmäßig nicht getilgt, sondern sie sorgfältig in den Digesten überliefert, z. B. Paul. 33 ad ed., D. 18,1,1,1.

⁴⁴ LIEBS, Handbuch IV (o. Fn. 1) 208.

⁴⁵ Auch im Anfängerlehrbuch Gai. inst. finden sich zahlreiche Worterläuterungen, die ganz offenbar didaktischen Zwecken dienen, vgl. H. L. W. NELSON/U. MANTHE, Gai institutiones III 182-225 (Berlin 2007) 282 f.

Sedemdesiat rokov po vyhlásení Slovenského štátu (predovšetkým niektoré východiská a paralely)

Peter Mosný

Celé historické i právnohistorické obdobie našich slovenských národných dejín nepozná jediné obdobie, ktoré by prešlo takým nejednotným až kontroverzným hodnotením ako je to v prípade prvej slovenskej štátnosti z čias druhej svetovej vojny. Nazdávam sa, že v tomto prípade nemožno za príčinu tohto stavu označovať len slobodu bádania, názoru či zvoleného uhla pohľadu. Je to nesporne aj výsledok politických rezíduí, nezmieriteľností a jednostranných ideových prístupov v hodnotiacich súdoch k historickým i historickoprávnym javom a to žiaľ v dlhodobom horizonte. Stráca sa, dokonca si myslím, že nie je vôbec žiadúca, prioritnosť vedeckej práce, ktorou by mala byť historická pravda. Aj z týchto dôvodov na jednej strane existuje stav značnej plodnosti množstva publikácií k danej problematike, ale vo veľkom množstve prevažne parciálneho charakteru. Na strane druhej naďalej zostáva stála absencia komplexného či komplexnejšieho nezaujatého pohľadu.

Je samozrejmé, že na takomto malo priestore nie je možné zaujať stanovisko ku všetkým fabulovaným okolnostiam vzniku a charakteru vojnovy štátnosti na našom území. To však nie je ani rozhodujúcim podnetom pozornosti v tomto príspevku. Bez diskusie majúcej podobu jednoty prijímania i vypovedania názorov nie je možné vysporiadať sa s existujúcim fenoménom.

Vyhlásenie prvej slovenskej štátnosti v marci 1939 sa uskutočnilo konštitučným aktom Snemu Slovenskej krajiny ako legitímne existujúceho orgánu v rámci štátoprávneho zoskupenia Česko-Slovenskej republiky. Teda nestalo sa tak orgánom majúcim mimoriadne právomoci v mimoriadnej situácii, ale orgánom vytvoreným na základe volieb obyvateľstva.¹ Legitimita vyhlasovacieho aktu sa zvýraznila tým, že Snem Slovenskej krajiny sa pretvoril na zákonodarný snem slovenského štátu bez toho, že by bolo došlo k akýmkoľvek organizačným či personálnym zmenám.²

V tejto súvislosti sa často krát podsúva a presadzuje, že vojnový slovenský štát vznikol výhradne z vôle nacistického Nemecka a pod jeho nátlakom, ako

¹ Voľby sa uskutočnili 18. decembra 1938 a zúčastnilo sa ich 91 % všetkých obyvateľov Slovenska.

² Pozri bližšie § 1 zák. č. 1/1939 Sl. Z.

keby vôľa predstaviteľov slovenského národa bola nielenže druhoradá, ale možno že aj neexistujúca či nežiadúca.

Ak by sme prijali takto a toľkokrát sa prezentujúcu danú akoby jedinou tézu, neobjektívne by sme zmazali a popreli nielen tesne bezprostredný vývoj na Slovensku spojený a vyúsťujúci do konštituovania sa autonómnej správy slovenskej štátnej časti Česko-Slovenskej republiky. Ale aj stáročné snahy a prejavy Slovákov orientujúce sa na štátoprávne podoby realizácie politických postulátov vlastného národného povedomia.³

V nami sledovanom čase historických súvislostí sa rozhodujúce prejavy vôle uskutočnili v bezprostrednom pomníchovskom období. Mníchovská dohoda bez ohľadu na jej iné aspekty predovšetkým znamenala, že stredoeurópsky mocenskopolitický priestor sa dostal vinou jej signatárov (vrátane oboch demokratických jej spolupodpisovateľov) do veľmocensko-politickej sféry nacistického Nemecka so všetkými z toho vyplývajúcimi konzekvenciami pre malé národy a štáty. Túto skutočnosť si nemohli neuvedomiť ani politické sily na Slovensku s ich márnym dvadsaťročným zápasom s pražským centralizmom. Výrazom pochopenia novej reality, ako dôsledku „zrady“ dovtedajších protektorov Československa – Veľkej Británie a Francúzska – je aj konštatovanie v ustanoveniach tzv. žilinskej dohody zo 6. októbra 1938 o tom, že „*Mníchovská dohoda štyroch veľmocí podstatne zmenila štátne a politické pomery v strednej Európe. My Slováci, ako samobytný slovenský národ ... uplatňujeme si svoje samourčovacie právo ... chceme slobodne podľa vlastnej vôle určiť svoj budúci život v plnom rozsahu, v to počítajúc aj štátnu ústrojnosť...*“⁴. Prejavy vôle politických predstaviteľov Slovenska po vlastnej štátnosti, aj keď nie v plne vyšpecifikovanej podobe samostatného štátu v našom modernom chápaní, tu existovali v nezakrytej podobe. Navyše ďalším vývojom dochádza k cizelovaniu jeho znakov.

Následným markantným výrazom ich prezentácie sa stáva text Vyhlásenia vlády Slovenskej krajiny z 21. februára 1939 okrem iného vyjadrujúce, že „...*od 6. októbra 1938 tento náš slovenský štát (podčiarkol P. M.) je síce pokračovateľom starého štátu česko-slovenského, vyrastá akoby z neho, ale je novým štátom ... v rámci nového štátoprávneho zriadenia...*“⁵ Tieto a podobne vyskytujúce sa spojenia sú nesporne nie len obyčajným novým terminologickým fenoménom nevyskytujúcim sa ani v jednom z návrhov

³ K najvýznamnejším patril liptovskomikulášsky program „Žiadosti slovenského národa“ a martinské „Memorandum slovenského národa“.

⁴ Dokumenty slovenskej národnej identity a štátnosti, II., Bratislava, 1998, s. 179.

⁵ Tamtiež, s. 197.

Hlinkovej slovenskej ľudovej strany na zriadenie autonómie Slovenska v predmníchovskom období. Evokujú minimálne v politickom podvedomí určite nie bezdôvodný výklad o začiatku evolučnej cesty k úplnej slovenskej štátnej samostatnosti hlinkovcov, tak ako totožný výklad začala akceptovať pražská centrálna politika v kritických dňoch z 9. na 10. marca 1939.⁶ Navyše v línii uvádzaného politického dokumentu autonómnej vlády Slovenskej krajiny sa nachádzajú aj jednoznačnejšie konštatovania o tom „... že suverenita národa slovenského nesmie byť ani týmto zákonom tak viazaná... aby sa z ústavnej zaviazanosti pobádal ktokoľvek k nedostatočnému rešpektovaniu záujmu národa slovenského ... aby svoje suverénne právo (slovenský národ – pozn. P. M.) uplatňovať mohol vždy, neviazaný ani dlhočasným charakterom ústavnej listiny.“⁷

Samozrejme, že dosiaľ konštatované malo aj svoju druhú odvrátenú stránku. Nezadateľnosť práva každého malého národa na vlastnú štátnosť sa vždy v historických súvislostiach, a teda aj v stredoeurópskom priestore, mohla realizovať, a aj realizovala, len v spolusúčinnosti s aktuálnym protektorstvom veľmocenskopolitickej veličiny niektorého štátu. V moderných dejinách 20. storočia spätých s našim územím, okrem vojnového slovenského štátu, možno tento jav zdokumentovať hneď pri ďalších dvoch zásadných historických prelomoch.

Tým prvým v istom slova zmysle porovnateľným je konštituovanie sa československého štátu v roku 1918. Napriek okolnostiam existencie aktívnych foriem (aj pôsobenie légii) protimonarchisticko -habsburského odboja Čechov a Slovákov doma i v zahraničí jedinou a rozhodujúcou veličinou zostal prejav vôle víťazných dohodových mocností v kontexte k novému štátnemu usporiadaniu stredoeurópskeho priestoru. Je historicky dostatočne známe, že obe rozhodujúce európske dohodové mocnosti – Veľká Británia a Francúzsko – ale aj Spojené štáty americké neboli dokonca ešte aj na prelome rokov 1917-1918 naklonené názoru rozbiť rakúsko-uhorské

⁶ Došlo k mocenskému zásahu odvolania autonómnej vlády na Slovensku na čele s J. Tisom.

⁷ Dokumenty slovenskej národnej identity a štátnosti, II., Bratislava, 1998, s. 199. Významným rozhodujúcim a nezastupiteľným prvkom ostáva skutočnosť, že zápas o práva slovenského národa a Slovenska sa najintenzívnejšie prejavoval v politickej činnosti Hlinkovej slovenskej ľudovej strany už od vzniku československého štátu. Práve táto politická strana mala legitímny mandát na vyjadrovanie vôle slovenského národa tak, ako ju k tomu zaväzovali výsledky parlamentných volieb na Slovensku. V podstate počas prvých dvadsiatich rokoch existencie Československa, okrem prvých parlamentných volieb, si HSLS udržala postavenie najsilnejšej politickej strany na Slovensku.

súštatie a podporiť vznik neskorších tzv. nástupníckych štátov.⁸ A až následné udalosti späť so štrnástimi bodmi prezidenta W. Wilsona z 8. januára 1918 znamenali vyjadrenie vôle víťazných dohodových mocností nezachovať v stredoeurópskom priestore habsburskú monarchiu.

V kontexte nielen uvádzaného, ale v podrobnostiach všetkých následných historických udalostí, nie je možné vyvodiť iný záver než ten, že z vôle víťazných dohodových mocností, pri kladení základov nového svetového poriadku, vznikol aj československý štát v roku 1918. K danej zákonitosti patril tiež fakt, že nemohol vzniknúť na iných základoch spoločenského a štátneho usporiadania života než na tých, na ktorých spočíval štátny režim jeho veľmocenských dohodových protektorov – uplatňovanie demokracie a demokratických princípov v ňom.⁹

Markantne výraznejším prejavom bol proces nového usporiadania Európy po druhej svetovej vojne. Ani nie tak z pohľadu znovuoobnovenia československej štátnosti na základe medzinárodnoprávných uznávacích aktov mocností protihitlerovskej koalície z júla roku 1941, hoci daný proces opätovnej akceptácie sa stal jej základom.¹⁰ Ale predovšetkým z hľadiska vytvorenia povojnových sfér vplyvu na európskom kontinente procesom rokovaní tzv. Veľkej trojky (USA, Sovietsky zväz a Veľká Británia) od Teheránskej cez Jaltskú až po Postupimskú konferenciu. Hoci žiaden z týchto štátov sa otvorene k tejto problematike v podstate nikdy nevyjadril existujúci nevyplnený priestor nepripúšťa inú akceptáciu. Navyše z geografického zarovnávacieho líniového tvaru povojnového rozčlenenia Európy na východnú prosovietko-socialistickú a západnú proamericko-demokratickú časť nemôže neevokovať fakt vzniku a existencie socialistických štátnych celkov, a teda aj socialistického Československa, výhradne z vôle mocností víťaznej protihitlerovskej koalície.¹¹ Aj spôsob oslobodzovania územia povojnového

⁸ Známe je prehlásenie prezidenta USA W. Wilsona zo 7. decembra 1917 vyslovené pri príležitosti vyhlásenia vojny Rakúsko-Uhorsku o tom, že záujmom Spojených štátov amerických nie je rozbiť rakúsko-uhorskú ríšu, ani ju poškodiť alebo nejako preskupiť. V obdobnom duchu sa vyslovil tiež ministerský predseda Veľkej Británie L. George dňa 5. januára 1918, kedy zdôraznil, že rozbitie Rakúsko-Uhorska nie je našim cieľom.

⁹ Dokonca aj výsledná republikánska forma československého štátu nebola celkom jednoznačnou záležitosťou, čo je možné vidieť v programových dokumentoch odboja až po tzv. Washingtonskú deklaráciu z 18. októbra 1918.

¹⁰ Zmluvnou stranou československého štátu sa stala teóriou štátoprávnej kontinuity sformovaný systém Dočasného štátneho zriadenia československého na čele s E. Benešom.

¹¹ Geografický rámec rozdeľovacej línie bol pôvodne narušovaný Rakúskom, ktoré dielom zvláštnych okolností po politických poľahovačkách medzi veľmocami kompromisom získalo až v roku 1955 štatút neutrálneho štátu a odchod Červenej armády z jeho územia.

Československa je toho výrečným svedectvom, kedy americká armáda musela ukončiť na jar 1945 svoju osloboditeľskú misiu v Plzni – nie ďaleko od Prahy – v prospech nepomerne vzdialenej Červenej armády v tom čase ešte vojensky operujúcej v nepomerne vzdialenejšom Berlíne.

Nič na tom nemohli zmeniť vládnucim komunistickým stranickým zoskupením aj u nás do roku 1989 živené jedine príпустné teórie o „vítaznej socialistickej revolúcii pracujúceho ľudu“ vo februári 1948, teda výlučne z vôle obyvateľstva štátu. Symptomatically s tým aj uplatňovaný totalitný štátny režim socialistickej diktatúry sovietskeho typu bol podľa vzoru veľmocenského protektorského Sovietskeho zväzu aplikovaný importovaním aj v povojnovom Československu. Iná, t. j. demokratická, či demokratickejšia forma režimu bola nielen že neprípustná, ale akýkoľvek pokus v tomto smere bol vždy tvrdo potláčaný.¹² Daný stav tak pretrval až do rozhovorov čelných predstaviteľov ostávajúcích už len dvoch povojnových veľmocí USA a Sovietskeho zväzu v roku 1989 pri ostrove Malta.

Pri nevyhnutnom navrátení sa k základnej podstate prvého nastoleného problému konštituovania sa slovenskej štátnosti na prahu svetovej vojny je potrebné zaujať ešte jedno stanovisko. Ak teda podľa záznamov z rozhovorov medzi A. Hitlerom a J. Tisom zo dňa 13. marca 1939 časové hľadisko konečného stanoviska¹³ bolo z nemeckej strany skutočne naliehavo prezentované, jeho celkový dopad je prinajmenšom akceptovateľný vyváženosťou najvyššej zodpovednosti a dôležitosti. Namiesto neustáleho podsúvania jedinečnosti jeho významovosti výhradne do roviny nátlaku, zdá sa že zámerne, sa opomína rovina rozhodujúca. A tou nesporne bola tvrdá realita spočívajúca v historicky neopakovateľnej možnosti, ba nevyhnutnosti národnej záchrany slovenského národa. Odmietanie významu súhlasného aktu J. Tisa na vytvorenie slovenského štátu, ako jedinej formy národnej záchrany Slovákov v danom čase a priestore, ponúkaného veľmocenským Nemeckom, môže považovať len cynik s akútnou neznalosťou, či zámernou ignoranciou, cieľov oficiálnej maďarskej politiky nielen v jej budapešianskych podobách v celej potrianonskej dobe.

Navyše správnosť akceptácie národnej záchrany Slovákov J. Tisom v pohnutých marcových dňoch roku 1939 mala z hľadiska ďalšieho vývoja, tak ako to preukázali nasledujúce vojnové roky, nenahraditeľné dopady.

¹² Za všetkých je možné uviesť udalosti okolo tzv. Pražskej jari z roku 1968. Následná okupácia Československa vojskami Varšavskej zmluvy rešpektovala územia v západných Čechách oslobodené na jar 1945 anglo-americkými vojskami.

¹³ Pozri bližšie: Dokumenty slovenskej národnej identity a štátnosti, II., Bratislava, 1998, s. 202-205.

Existencia Prvej slovenskej republiky preukázateľne znamenala výrazné posilnenie slovenského národného povedomia na jej území, čo s obavami sledovala celá londýnska exilová reprezentácia československej štátnosti na čele s E. Benešom. Nič na tom nemenil fakt prevažne negatívneho vzťahu obyvateľstva Slovenska k Nemcom a k Nemecku. V rovnakej miere aj k prinavráteniu sa k česko-slovenskej národnej a štátnej jednote, s ktorou malo za jej dvadsaťročné trvanie v značnej miere neblahé skúsenosti. Rast slovenského národného povedomia v tomto období mal v konečnom dôsledku aj rozhodujúci dopad na formovanie sa vyjadrení odbojového hnutia na povojnové predstavy postavenia Slovákov, jednoznačne rezultujúce do nezmieriteľnej podoby existencie samobytného slovenského národa k tomu s adekvátnym štátoprávnym vyjadrením.¹⁴

Je nesporné, že k pôsobeniu J. Tisa v období Prvej slovenskej republiky možno mať množstvo oprávnených výhrad či nesúhlasných stanovísk. V prípade jeho rozhodnutia v prospech vzniku slovenského štátu konanie súvisiace s 13.marcom 1939 svedčí o význame povedať „áno“ ako výrazu štátnickej schopnosti prevziať zodpovednosť za osudy slovenského národa pred v historickej spisbe preferovaným vyzdvihovaním Sidorovho „nie“. To ako sa neskôr preukázalo opieralo sa skôr o jeho idealisticko – zásadové postoje, aj tie však nemali nemennú pozíciu.¹⁵ Vedel si vtedy niekto, v čase rozbiehajúceho sa nemeckého svetovládia, pri spolusúčinnosti ktorého stálo v bezradnosti, „v pokľaku“ celé európske demokratické spoločenstvo, predstaviť jeho stav a výsledok z roku 1945? Mohol v obdobných reláciách odmietavo reagovať E. Beneš na koncepciu povojnovej obnovy československého štátu len preto, že jeho veľmocenským protektorom bude totalitný stalinistický Sovietsky zväz?¹⁶ Posudzovať historické javy cez prizmu ich neskôr dosiahnutého stavu je nezodpovedné a neprípustné k historicko-autentickej podobe ich samých.

S uvedenými hodnotiacimi problémami spôsobu konštituovania sa slovenského štátu v roku 1939 úzko súvisí ďalší okruh problémov dotýkajúcich sa jeho medzinárodnej a vnútroštátnej suverenity. Paradoxne najvyhrotenejšiu podobu nadobudli v období socialistickej konštelácie politického a štátneho

¹⁴ Pozri k tomu stanoviská v rozhodujúcich povstaleckých dokumentoch (Vianočná dohoda, Deklarácia SNR a iné).

¹⁵ Na strane druhej K. Sidorovi nevydalo prijat' a vykonávat' veľvyslanec'ký diplomatický post Slovenskej republiky vo Vatikáne, čím sa nepochybne stal štátnym reprezentantom takto vytvoreného štátu.

¹⁶ Vedomosť o realnosti takýchto predpokladov sa odrážala aj v konaní E. Beneša napríklad podpísaním československo-sovietskej spojeneckej *Zmluvy o priateľstve, vzájomnej pomoci a povojnovej spolupráci* z 12. decembra 1943.

režimu na území Slovenska po roku 1948 s nepretržitým pretrváváním až do jeho zániku v roku 1989.

V období neslobody v prístupe k historickým poznatkom a k pravde v histórii nestačilo len nepretržito -nemenné výhradne ideologické prikázanie odmietat' a potierať socialistickým totalitarizmom v podstate vo všetkých smeroch, globálne, absolútne negatívnu zaklasifikovanosť vojnového slovenského štátu. Ale navyiac ako zrejme upozorňujúci neexistentný jeho biľag majúci povinnú vonkajšiu podobu prívlastku takzvaný. Používané povinné spojenie označovania v podobe tzv. slovenský štát malo dodať ad absurdum absolutizmu jeho totalitárno totálnej nihilizácie.¹⁷ Rezíduá však nachádzame často krát aj v období slobodného bádania a predovšetkým hodnotenia nielen tohto historického javu, aj keď bez predtým uvádzaného vonkajšieho povinného zviditeľňovacieho znaku.

V rovine medzinárodnoprávej suverenity slovenského štátu pochybovačné tvrdenia v tomto smere majú prevyšujúci antipód. Ním bol a ostáva nespochybniteľný fakt, že prvá Slovenská republika sa preukázateľne v štandardnom vyjadrení dokázala jednoznačne prezentovať a presadiť ako medzinárodnoprávny subjekt. V opačnom prípade by sme spochybnili predovšetkým plnohodnotnosť uznávací aktov, *de iure* i *de facto*, spolu 31 štátov. Nie malý význam v tomto smere má fakt medzinárodnoprávneho uznania zo strany všetkých veľmocí okrem USA. Ak napriek tomu chceme a budeme naďalej spochybňovať toto postavenie Prvej slovenskej republiky dlhujeme odpoveď na kardinálnu otázku: Vie niekto o tom, a môže faktograficky verne doložiť, že medzinárodnoprávne uznávacie akty obsahovali nejaké doložky s výhradou? Inak tiež povedané, štátny predstavitelia viac ako troch desiatok štátov medzinárodnoprávnym uznaním rešpektovali prvú Slovenskú republiku ako rovnocenný suverénny štát, či, ako sa to bezbreho v tejto rovine zvykne posúvať, ako satelit nacistického Nemecka?

Prvá Slovenská republika bola rovnoprávny členom medzinárodných dohôd a konvencií, bola subjektom medzinárodných obchodných zmlúv. Nič to však nemení na skutočnosti, že zahraničnú politiku realizovala prvá Slovenská republika v zhode so záujmami veľmocenského Nemecka. Rovnako tak, ako predmníchovské Československo v zhode so záujmami oboch svojich protektorských veľmocí.¹⁸ A nevidieť 40-ročnú zahraničnú politiku Československa socialistického vývoja čo najtesnejšie, úzko, naviazanú na

¹⁷ Výraz Slovenská republika zakotvený v Ústave prijatej v júli 1939 sa vlastne ani neobjavoval.

¹⁸ Výrazným dôkazom sú okolnosti okolo uzavretia i možnosti realizácie spojeneckej zmluvy s Francúzskom z roku 1935 i jej obsah.

svojho sovietskeho protektora by bolo absolútnou paralyzáciou objektivizmu historickej pravdy.

Previazane s medzinárodnoprávnou suverenitou súvisí aj vnútroprávná suverenita. V tomto smere je možné v prvom rade jednoznačne konštatovať, že prvá Slovenská republika disponovala všetkými formálnymi sprievodnými znakmi suverénneho štátu: mala štátny znak, zástavu, pečať, prezidentskú štandardu i štátnu hymnu. Mala svoj ústavný systém najvyšších orgánov štátnej moci a správy vykonávajúci ústrednú zákonodarnú, vládnu, výkonnú a súdnu moc. Bol naplnený aj rozhodujúci a určujúci prvok vnútornej suverenity skutočnosťou, že na jej území až do vypuknutia Slovenského národného povstania, s výnimkou exteritoriality časti západného Slovenska používaného na zmluvnom základe nemeckou brannou mocou, sa nenachádzali žiadne cudzie, teda ani nemecké vojská.

Na druhej strane nemožno však nevidieť a poprieť formy zasahovania nemeckých orgánov prostredníctvom nemeckých poradcov na chod slovenskej politiky, v bezpečnostných, vojenských, tlačových, finančných i hospodárskych a iných záležitostiach. Je však tak isto pravdou, že nemeckí poradcovia vykonávali skôr kontrolnú než riadiacu činnosť. Ich konanie však nesporne vykazovalo znaky zasahovania do výkonu vnútornej suverenity slovenského štátu s najintenzívnejšími prejavmi po salzburských rokovaníach v roku 1941.

Na základe načrtnutého zostáva otázka hodnotenia suverénnosti vnútorného postavenia prvej Slovenskej republiky, ktorá v značnej časti našej historickej spisby doma je často krát jednostranne a hanlivo označovaná prívlastkom satelitnosti. V inej našej, prevažne zahraničnej, spisbe tiež pri použití nemalej miery jednostrannosti je označovaná bez akéhokoľvek prívlastku s vyzdvihovaním absolútnej suverenity.

Nazdávam sa, že v súvislosti s danými až protirečivými znakmi je kvôli vedeckej korektnosti potrebné opäť zdôrazniť, tak ako už niekoľkokrát v tejto štúdii, princíp historickej paralely štátoprávneho vývoja na našom území. V tomto prípade názorových problémov je možné použiť, čo do princípu, len rovnako totalitné štátne zriadenie. Teda štyridsaťročný československý socialistický štát na území Slovenska.

Znaky totalitného socialistického Československa z pohľadu vonkajšej i vnútornej suverenity štátu boli v podstate rovnaké ako uvádzané v prípade Prvej slovenskej republiky. Najmä v období bezprostredne nasledujúcom po nastolení komunistickej diktatúry v roku 1948, známe aj ako päťdesiate roky, sa viac menej oficiálne priznávalo pôsobenie sovietskych poradcov dislokovaných pri jednotlivých ministerstvách. Dokonca aj politické procesy v Československu, ako predovšetkým spôsob zápasu o politickú moc a proti

vnútornému nepriateľovi, verne odrážali realitu domácej politiky Sovietskeho zväzu. Navyše, aj po formálnej stránke označovania československého štátneho útvaru sa podľa vzoru Sovietskeho zväzu prijal prídavok „socialistická“.¹⁹ Bolo viacmenej vo vtedajšom čase verejným tajomstvom, že v celej štyridsaťročnej ére existencie socialistického československého štátu akémukoľvek rozhodnutiu domácich orgánov štátnej moci a správy (a to nehovoriac o politických komunisticko-straníckych) predchádzali minimálne predkonzultácie v Sovietskom zväze, teda čo a ako sa rozhodlo v Moskve, mimo hraníc Československa, to platilo vo vnútri tohto štátu.

Navyše bezprecedentným krokom absolútne negujúcim suverenitu československého štátu vo všetkých jeho smeroch bolo prepadnutie a následná dvadsaťročná okupácia Československa v auguste roku 1968 bez súhlasu, pozvania či vedomia legitímnych najvyšších štátnych či straníckych (komunistických) orgánov. Rozmiestnenie a pobyt cudzích vojsk na území československého štátu sa udialo následným, dodatočným legitimačným aktom, ktorým sa stala československo-sovietska zmluva z roku 1970, ktorej základom sa stala tzv. Brežnevova doktrína obmedzenej suverenity československého socialistického štátu.²⁰ A k tomu chcem ešte upriamiť pozornosť na nie nepodstatnú okolnosť, že toto sa nestalo v čase lokálneho či širokodimenzionálneho vojnového konfliktu, kedy vonkajšie okolnosti vplyvu sú podľa zaužívanej praxe nepomerne akceptovateľnejšie. Ale v čase všeobecného celoeurópskeho a celosvetového mieru.

Čo tým všetkým chcem v súvislosti so slovenským štátom povedať? Nič viac a nič menej len toľko, že postavenie socialistického Československa sa v historickej spisbe nespochybňuje označovaním nesuverénosti jeho statusu. Až na malé výnimky, ani v prácach všeobecných historikov i právnych historikov – nezmieriteľných radikálov hodnotenia prvej Slovenskej republiky v podobe výlučne satelitného štátu Nemecka – sa totožný záver pri pomere medzi socialistickým Československom a Sovietskym zväzom neobjavuje.

¹⁹ Stalo sa tak prijatím ústavy v roku 1960, na základe ktorej sa Československá republika (ČSR) začala označovať v podobe Československá socialistická republika (ČSSR). Takýto postup neprijali napríklad susedné štáty tvoriace tzv. socialistický tábor. Poľsko bolo počas celej jeho socialistickej éry označované ako Poľská ľudovodemokratická republika (PLR). Maďarsko ako Maďarská ľudová republika (MLR). Východné Nemecko ako Nemecká demokratická republika (NDR).

²⁰ Pozri bližšie ustanovenia tejto zmluvy. Podstatou tzv. Brežnevovej doktríny bola dovoľnosť akéhokoľvek, aj preventívneho, nevynímajúceho ozbrojeného zásahu vojskami Sovietskeho zväzu a ostatných socialistických štátov v prípade ohrozenia socializmu v niektorej krajine patriacej do sovietskeho socialistického spoločenstva. Samozrejme, že stav ohrozenia socializmu posudzoval Sovietsky zväz.

Logicky a poctivo ku tejto skutočnosti ostáva len zákonite polozenie si jedine možnej dvojotázky: Prečo? Nepoznajú tieto skutočnosti, keď navyše mnohí z nich aktívne vedecky pracovali v inkriminovanom socialistickom období a svojou vedeckou prácou ho tým aj verejne podporovali?

Nie je mojím cieľom vstupovať do svedomia niekomu, vzdialené je mi tiež mentorovanie. Ale pri pokuse o odpoveď nenachádzam lepšie stanovisko k oboj položeným otázkam len to, že je to možno forma jednostranného zaužívaného spôsobu, z čias nie až tak dávno minulých, ich nazerania a hodnotenia historických faktov v spojení s osobným podielom (a možnože aj s pocitom vlastnej viny) na tejto činnosti. Nik z nich nepísal protisocialisticky, veď bez hrozby i reálií následných represálií, ani tak písať nemohol. A možno že v kontexte teórie menšieho a väčšieho zla bolo prijateľnejšie stáť na strane zla menšieho, aj so spolupodieľaním sa na ňom, pri vytváraní z dvoch rovnakých ziel jedno horšie (slovenský štát, lebo vtedy nežili) a druhé lepšie (československý socialistický štát, lebo vtedy žili). A povedzme tiež bez obalu, že u mnohých z nich sa ku motívom postojov k týmto otázkam pridružili aj zastávané čechoslovakistické stanoviská pretrvávajúce vo viac – menej skrytých podobách do dnes. U mladšej generácie historikov i právnych historikov badať už väčšiu uvážlivosť v týchto otázkach a opatrnejšie vyjadrovanie sa bez zaužívaných invektív, aj keď nie malá skupina prevzala starohodnotiace stanoviská ich predchodcov možno pod vplyvom, že ich osvojenie znamená pre nich prinajmenej menšiu prácnosť.

Ak sa znovu vrátim k tomu, čo je mojím prioritným záujmom v tomto smere nazdávam sa, že je potrebné a nevyhnutné pri hodnotení aspektu vnútornej suverenity či nesuverenity postavenia Prvej slovenskej republiky prijať s porovnávaným obdobím na našom území po druhej svetovej vojne rovnaký meter. Teda, ak pripustíme hodnotenie jej výlučne satelitného charakteru (a nie malá preukázateľnosť tomu naznačuje) je vedecky čestné a jedine správne pripustiť hodnotenie výlučne satelitného charakteru štyridsaťročnej existencie československého socialistického štátu (tiež minimálne nie malá preukázateľnosť tomu naznačuje). Pochopiteľne musí to platiť aj naopak.

Osobne sa však nazdávam, že nepoužívanie týchto adjektívnych prináležitostí v oboch prípadoch je tou najsprávnejšou cestou. Nielen vo vzťahu existencie nie malého množstva dôkazov, ktoré preukazujú ich status suverenity, čo vylučuje jednoznačne presvedčivé hodnotenie. Ale hlavne z dôvodu, že ich zaradenosť globálnou politikou do určitého zoskupenia bola podmienená výhradne na základe záujmu a cieľov, v danom historickom momente, rozhodujúcich hráčov svetovej či parciálnej politiky v spojení s geografickou polohou, bez možnosti mať vplyv na podobu ich štátneho zriadenia.

Malé štáty a malé národy rozvíjajúce svoju štátnosť v blokovom sústreďení mali vo svojom historickom vývoji pri udalostiach pretvárajúcich dovtedajšie pomery vždy málo možností a pramalý vplyv na svoj status. Neskoršie národné sebabičovanie nemôže byť optimálnym spôsobom hodnotenia historických javov a faktov. Platí to aj v prípade časti nespochybniteľných príbehov Prvej Slovenskej republiky.

Princíp subsidiarity v doktríne katolíckej cirkvi

Matúš Nemeč

1. Tri princípy katolíckej sociálnej náuky

Princípy katolíckeho učenia o spoločnosti vychádzajú z presvedčenia o neoddeliteľnosti a prepojenosti individuálnej etiky a sociálnej etiky, keďže človek môže naplno uskutočňovať svoj život len v spoločenstve s ostatnými (personálna existencia človeka v spoločnosti). Sociálna etika katolíckej cirkvi je etikou zodpovednosti a opiera sa o tri hlavné princípy, ktoré sa niekedy môžu zdať zdanlivo nezlučiteľné. Nemožno ich však stavať proti sebe, pretože majú spoločný základ v prirodzenom práve. Tieto princípy slúžia ako určitá orientačná smernica pre etiku spoločenských vzťahov a súčasne sú aj kritériom pre posúdenie kvality spoločenských vzťahov a inštitúcií a ich miesta a odôvodnenosti ich existencie a ich účelnosti. Každý z troch základných princíпов katolíckej sociálnej etiky zároveň vychádza z troch základných morálnych hodnôt, bez zachovávaní ktorých nie je možný spoločenský konsenzus.¹ Láska k človeku sa prejavuje v *princípe solidarity*, keďže ako uvádza pápež Ján XXIII.: „*Ludia sú od prirodzenosti spoločenské bytosti a preto majú nažívať spolu a hľadať svoje vzájomné dobro*“². *Princíp spoločného blaha* je vyjadrením morálneho princípu spravodlivosti: „*Jednotlivci, rodiny a rozličné spoločenské vrstvy tvoriace občiansku spoločnosť si uvedomujú svoju neschopnosť vybudovať sami osebe plne ľudský život a pociťujú potrebu širšieho spoločenstva, v rámci ktorého by všetci spoločnými silami pracovali na čoraz lepšom zabezpečení spoločného dobra. S tým cieľom utvárajú politické spoločenstva rozmanitej formy*“.³ A nakoniec, sloboda jednotlivca je základom *princípu subsidiarity*. Ten predstavuje kompetenčné pravidlo pre konanie spoločenských štruktúr pri uskutočňovaní spoločného dobra.⁴

¹ Porov. OCKENFELS, Wolfgang: Katolícká sociálna nauka. Praha: Zvon, 1994, str. 63.

² Encyklika *Pacem in terris*, 14.

³ II. vatikánsky koncil, konštitúcia o cirkvi v súčasnom svete *Gaudium et spes*, 74.

⁴ SUTOR, Bernhard: Politická etika. Trnava: Dobrá kniha, 1999, str. 41.

2. Subsidiarita štátu vo vzťahu k nižším spoločenským štruktúram

Pojem „subsidiarita“ sa v prostredí katolíckej cirkvi vyvíjal najprv v oblasti spoločenského usporiadania, t.j. sociálnych vzťahov navonok. Až neskôr sa princíp subsidiarity⁵ aplikoval aj na vzťahy v rámci cirkvi, najmä v hierarchii, vo vzťahoch medzi univerzálnou cirkvou a partikulárnymi cirkvami, ale so svojim osobitným významom aj v špecifických oblastiach kánonického práva, napríklad v oblasti trestného práva cirkvi.

V oblasti vzťahu štát – spoločnosť, resp. štát – cirkev sa ním zaoberali viacerí pápeži, napr. v 19. storočí pápež Lev XIII., ktorý v encyklike *Rerum novarum* z roku 1891 o robotníckej otázke ešte dosť nesmelo naznačil, že do spoločenského života nemá štát neprímerane zasahovať⁶ a v záujme spravodlivosti aby bola zachovaná možnosť každého konať slobodne a zodpovedne bez zasahovania do práv ostatných a pre blaho celej spoločnosti... *nie je správne, aby občan a rodina boli pohltení štátom.*⁷ Takto chápaná subsidiarita sa prejavila aj v encyklike pápeža Jána Pavla II. *Centesimus annus* z roku 1991, ktorý potvrdil platnosť zásadnej myšlienky encykliky *Rerum novarum* o prvotnosti jednotlivca, rodiny a spoločnosti, spoločenských štruktúr jestvujúcich už pred štátom, ktorý je tu na to, aby práva jedných i druhých chránil, a nie potláčal⁸: *...a práva a úlohy rodiny boli skôr a sú prirodzenejšie než práva a úlohy spoločnosti občianskej.*⁹

2. 1. Klasické vymedzenie princípu subsidiarity v encyklike *Quadragesimo anno*

Všeobecne prijímané klasické vymedzenie pojmu „subsidiarita“ sa zrodilo v katolíckej cirkvi a prvýkrát ho v oficiálnom dokumente prezentoval a charakterizoval pápež Pius XI. v roku 1931 v encyklike *Quadragesimo anno* (o obnovení spoločenského poriadku podľa evanjelia pri príležitosti štyridsiateho výročia encykliky *Rerum novarum*). Ešte predtým sa však – na prelome 19. a 20. storočia – na formovaní princípu subsidiarity podieľali

⁵ K princípu subsidiarity pozri bližšie: FREILING, Paul-Stefan: Das Subsidiaritätsprinzip im kirchlichen Recht. Essen: Ludgerus-Verlag, 1995; MURRAY, A.: The Principle of Subsidiarity and the Church, in: The Australasian Catholic Record, vol. 72/2 (April 1995), Melbourne, 1995, s. 163-172; VERSTRAETEN, J.: Solidarity and Subsidiarity, in: BOYLEAU, David, A. (ed.): Principles of Catholic Social Teaching. Milwaukee: Marquette University Press, 1998, s. 133-148.

⁶ *Rerum novarum*, 26.

⁷ *Rerum novarum*, 28.

⁸ *Centesimus annus*, 11.

⁹ *Rerum novarum*, 10 a 11.

mnohí katolícki teológovia¹⁰. Konceptiu, ktorá sa najviac premietla do uvedenej encykliky, teoreticky pripravil predovšetkým nemecký teológ a sociológ, jezuita Oswald von Nell-Breuning. Jeho koncepcia je odpoveďou na sociálne konflikty z konca 19. storočia a začiatku 20. storočia a z nich vyplývajúce radikálne kolektivistické názory, ale je už aj konfrontáciou s totalitnými koncepciami obdobia tridsiatych rokov 20. storočia (fašizmus, komunizmus) a presadzuje myšlienku obmedzovania zásahov štátnej moci do slobody ľudí a náboženstva.¹¹ Sám von Nell-Breuning vysvetľuje tento princíp tak, že je východiskovým bodom systému vzájomnej pomoci medzi jednotlivcom a spoločnosťou. Jednotlivé prejavy spoločenských štruktúr nie sú vzájomne nadriadené ani podriadené (sú bez hierarchie a majú formálne rovnakú hodnotu). Je treba hľadať rovnováhu medzi nimi, eliminovať prílišné zdôrazňovanie individua ale aj spoločensva a ponechať každej entite (spoločenskej štruktúre) možnosť konať samostatne (t. j. slobodne). Problém pri aplikácii princípu subsidiarity môže nastať vtedy, ak v praxi nie je možné jednoznačne určiť, čo ktorá štruktúra je schopná samostatne vykonávať, pretože na úrovni najnižšej, čiže u jednotlivca, sa často stráca rozdiel medzi slabosťou (odôvodňujúcou pomoc vyššej štruktúry, vyššieho spoločensva) a lenivosťou.¹²

Pápež v spomínanej encyklike s odvolaním sa na filozofiu sociálnych vzťahov uvádza o vzťahoch medzi štátom a spoločenskými štruktúrami toto:

„Predsa však musí ostať jasná veľmi dôležitá zásada v sociálnej filozofii: ak je nepovolené odobrať jednotlivcom to, čo môžu vykonávať vlastnými silami

¹⁰ Patria medzi nich napr. biskup z Mainzu Wilhelm Emmanuel von Ketteler (1811-1877), nemeckí sociológovia, jezuiti Heinrich Pesch (1854-1926), Gustav Gundlach (1892-1963) a Oswald von Nell-Breuning (1890-1991), považovaný za „otca“ katolíckej sociálnej náuky; ešte pred nimi sa však uvedenými problémami zaoberal holandský protestantský teológ, žurnalista a politik Abraham Kuyper (Kuyper) (1837-1920), ten však princíp subsidiarity priamo nepomenoval, pričom výrazne oddeľoval spoločenské štruktúry (jednotlivec, rodina, združenia) od štátu, ktorý ako arbiter zasahuje v prípade konfliktov v rámci spoločenských inštitúcií (t. j. zásah štátu je subsidiárny – len v prípade konfliktu); svojou myšlienkou, že rodina aj majetok majú povahu súkromnú – na rozdiel od predstavy Platóna, podľa ktorého tieto inštitúcie patria skôr do verejnej oblasti – v dôsledku čoho rodina lepšie odoláva konfliktom a napomáha priateľstvu, usŕachtlosti a sriedmosti, dláždil princípu subsidiarity cestu už Aristoteles (porov. MILLER, F., D: Natural Law, Civil Society and Government, in: ROSENBLUM, N., L./POST, R. C. (ed.): Civil Society and Government, Princeton: Princeton University Press, 2002, str. 193, 376.

¹¹ Porov. SCHEU, H. Ch.: Pojem a geneze principu subsidiarity. (Príspevok na konferencii s názvom *Evropa začíná doma*, 18.-19. 4. 2006, St. Pölten; dostupné na: http://www.kap.zcu.cz/studium/sylaby/doc/2008_09/zs/psp_scheu.doc (28. 7. 2009).

¹² Porov. SCHEU, H. Ch.: cit. d.

*a vlastným úsilím a prideliť to spoločenstvu tak je nespravodlivé preniesť na väčšiu a vyššiu spoločnosť to, čo môžu vykonávať menšie a nižšie spoločnosti. A práve v tomto spočíva veľká ujma a zároveň rozvrat správneho usporiadania spoločnosti. Prirodzenou náplňou akéhokoľvek zásahu samotnej spoločnosti je totiž pomôcť subsidiárnym spôsobom členom spoločenského organizmu, a nie zničiť ich a pohltiť.*¹³

Princíp obsahuje dva aspekty:

- a) *svojpomoc* – možnosť a zároveň právo, ale logicky takisto aj morálna povinnosť menšieho spoločenstva (počnúc jednotlivcom) vlastnými silami sa postarať o uspokojenie svojich potrieb a zodpovedať za svoju činnosť a
- b) *subsidiárna asistencia* – vyjadruje požiadavku, aby vyššie spoločenstvo zasiahlo v záujme nižšieho spoločenstva v tom prípade, ak ono nemôže vlastnými silami (t.j. svojpomocou) dosiahnuť cieľ, ktorý je mu vlastný zo svojej prirodzenosti (nie hocijaký cieľ) alebo ktorý je v jeho záujme objektívne nevyhnutný.¹⁴ Štát je pritom vždy na konci tohto reťazca a jeho zásahy by mali byť vždy odôvodnené skutočným verejným záujmom.

Ako však odlíšiť, ktoré spoločenstvo je vyššie a ktoré nižšie? Štruktúry dnešnej spoločnosti nie sú jasne rozpoznateľné s ohľadom na prípadnú hierarchiu medzi nimi. Horizontalita aj vertikálna sa často v spoločenských inštitúciách prelínajú, resp. aplikácia týchto pojmov je len účelová – a jedným z týchto účelov je aj odpoveď na položenú otázku.

Rozhodujúcim kritériom na určenie, ktoré spoločenstvo je bližšie tomu nižšiemu je nie kvantita (akú veľkú skupinu osôb napríklad zastupuje, príp. aký má rozsah možností), ale kvalita – primárne zodpovedným za *subsidiárnu asistenciu bude spoločenstvo, ktoré je bližšie k osobe*¹⁵, t. j. inštitúcia s lepšími predpokladmi splniť úlohu asistencie pri svojpomoci osobe (osobám) a to jej (ich) podporou v zámeroch a iniciatívach tejto osoby (osôb). Takto bude zachovaná slobodná vôľa osoby (osôb) v čo najširšej možnej miere a konanie nižšieho spoločenstva nebude organizované, resp. úplne nahradené konaním inštitúcie, ktorej tento „osobný“ vzťah chýba a čím by sa subsidiarita z jej konania úplne vytratila.¹⁶

¹³ *Quadragesimo anno*, 79-80.

¹⁴ Porov. PŘIBYL, S.: Vybrané problémy aplikace principu subsidiarity v kanonickom práve, in: *Revue církevního práva* č. 8 – 3/97, Praha: Společnost pro církevní právo, 1997, str. 129; OCKENFELS, W.: cit. d., str. 66.

¹⁵ Porov. SUTOR, B.: cit. d., str. 43.

¹⁶ Porov. SUTOR, B.: cit. d., str. 43; praktickým problémom pri aplikácii princípu subsidiarity predstavuje prisvojovanie si kompetencie rozhodovať o tom, ktoré spoločenstvo má prevziať subsidiárnu asistenciu a s tým spojená neochota vzdávať sa moci rozhodovať o osudoch iných, čo je často vlastnosťou štátnych inštitúcií (porov. OCKENFELS, W.: cit. d., str. 67.)

Toto celkovo všeobecné vyjadrenie v kontexte ďalších vyjadrení encykliky *Quadragesimo anno* je možné chápať ako predstavu, resp. doktrínu cirkvi v otázke uplatňovania slobody a súkromnej autonómie v spoločenských vzťahoch.¹⁷ V encyklike sa zdôrazňuje prirodzená hodnota a prirodzené práva ľudskej bytosti a práva súkromných slobodných združení, ktoré majú byť predmetom ochrany štátnej moci. Dobro každého jednotlivca má byť na prvom mieste v každej diskusii o politickom a sociálnom usporiadaní a je dobré, ak môže jednotlivec čo najviac pre seba vykonať sám. Dobro spoločenstva, v ktorom žije, má zase svoje vlastné záujmy a potreby a jeho zmysel sa prejavuje nie v tom, že nahrádza jednotlivca ale pomáha mu svojou podporou – vtedy ak ide o činnosť, ktorú môže spoločenstvo vykonať lepšie aj v jeho prospech alebo ak to vlastnými silami nedokáže. Za týchto okolností – subsidiárne – nastupuje vyššie spoločenstvo v prospech nižších, ak je to skutočne nevyhnutné.¹⁸

2. 2. Rozvinutie princípu subsidiarity v encyklikách pápeža Jána XXIII.

Pápež Ján XXIII. sa veľmi detailne zaoberal problémami vzťahu jednotlivca a spoločenstiev, vrátane verejnej moci, najmä v encyklike z roku 1961 s názvom *Mater et Magistra* (o najnovšom vývoji života spoločnosti a o jeho utváraní vo svetle kresťanského učenia). Ján XXIII. v nej opúšťa teoreticko-filozofickú argumentáciu svojich predchodcov a odôvodňovanie svojich záverov na báze prirodzeného práva¹⁹ a využíva skôr empiricko-sociologické postupy, ktoré sú v súlade s jeho cieľom – podať svoje myšlienky tak, aby boli zrozumiteľné nielen vzdelaným ľuďom, ale aj jednoduchším. Pokiaľ ide o obsah, pápež konštatuje obrovský rast verejného sektoru a narastanie, či skôr preberanie rôznych úloh – predtým vykonávaných inými štruktúrami – štátom, ktorý logicky, na plnenie týchto ďalších úloh, potrebuje ďalší majetok. Varuje pred tým, aby tento trend, spojený s etatizmom, paternalizmom nevedol k obmedzovaniu majetkovej slobody jednotlivca: ... *v modernom období možno sledovať sklon k postupnému rozširovaniu vlastníctva, ktoré prináleží štátu*

¹⁷ Pozri bližšie aj: GAILLARDETZ Richard, A.: The Ecclesiological Foundations Of Modern Catholic Social Teaching, in: Himes, Kenneth, R. (ed.): Modern Catholic Social Teaching. Commentaries & Interpretations. Washington D. C., Georgetown University Press, 2005, str. 91-92.

¹⁸ Porov. MURRAY, A.: The Principle of Subsidiarity and the Church, in: The Australasian Catholic Record 72/2 (April 1995), Melbourne 1995, str. 164-165.

¹⁹ Porov.: Předmluva k encyklike *Mater at Magistra* (T. Halík), in: Sociální encykliky (1891-1991). Praha: Zvon – české katolické nakladatelství, 1996, str. 115.

a iným verejnoprávnym ustanovizniám. Tento fakt nachádza svoje vysvetlenie v stále širších funkciách, ktoré spoločné dobro kladie na verejnú moc. Avšak aj v tejto veci treba sledovať princíp subsidiarity, ako sme ho vyššie uviedli. A tak štát i ostatné verejnoprávne ustanovizne môžu rozširovať svoje vlastníctvo jedine vtedy, ak si to vyžadujú dôvody zjavnej a skutočnej nutnosti pre spoločné dobro, a nie s cieľom obmedziť či dokonca odstrániť súkromné vlastníctvo..²⁰ Na inom mieste totiž píše: ... Napokon treba pripomenúť, že aj súkromná iniciatíva musí prispieť k vytváraniu hospodárskej a sociálnej rovnováhy medzi jednotlivými oblasťami. Totiž, verejná moc, plniac svoju funkciu v súlade s princípom subsidiarity, musí umožňovať a napomáhať súkromnú iniciatívu, ktorá je schopná vždy sa postarať o kontinuálny ekonomický rozvoj.²¹

V encyklike *Pacem in terris* z roku 1963 Ján XXIII. konštatuje, že v záujme spoločného blaha je pri zasahovaní štátnej moci potrebné zachovanie rovnováhy medzi ochranou základných práv človeka a zasahovaním do nich – dodržiavaním subsidiárneho charakteru štátnych zásahov do prejavov ľudskej slobody (iniciatívy), prejavujúcej sa v rôznych oblastiach.²²

Z myšlienok Jána XXIII. možno urobiť záver, že každá spoločenská činnosť je vo svojej podstate subsidiárna, t.j. je pomocnou činnosťou v službe človeka, pretože človek ... *je nositeľom, tvorcom a cieľom všetkých spoločenských inštitúcií*²³ a v dôsledku toho, človek je cieľom sám sebe. Sám však nežije, prirodzene patrí do určitého spoločenstva. Vzťah medzi ním a spoločenstvom sa riadi pravidlom: *ponúknuť pomoc je príkazom (morálky), ale kompetenčná arogancia (svojoľné zasahovanie do slobody rozhodovania) je zakázaná*. Ponuka pomoci má byť predovšetkým (už skôr spomínanou) *pomocou k svojpomoci*, aby v konečnom dôsledku prípadná kompetenčná arogancia nespôsobila pasivitu, parazitizmus a ľahostajnosť k vlastnému osudu.²⁴

Ján XXIII. rozšíril v encyklike *Pacem in terris* aplikáciu princípu subsidiarity na vzťah medzi štátmi a nadštátnou inštitúciou (v podobe Organizácie spojených národov), v ktorom má nadštátna inštitúcia riešiť tie problémy, ktoré sú „*natolko vážne, rozsiahle a naliehavé, že verejné vrchnosti jednotlivých štátov nie sú schopné ich zvládnuť*“. *Pravda, táto celosvetová autorita nemá obmedzovať pole pôsobnosti verejných orgánov jednotlivých štátov ani ich*

²⁰ *Mater et Magistra*, 117.

²¹ *Mater et Magistra*, 152.

²² *Pacem in terris*, 65.

²³ *Mater et Magistra*, 219.

²⁴ Porov. ANZENBACHER, A.: Co je sociální spravedlnost?, in: Teologické texty, č. 4/2004, Praha 2004; dostupné na: <http://www.teologickertexty.cz/casopis/2004-4/Co-je-socialni-spravedlnost.html> (navštívené 30. 7. 2009).

*nahradiť. ... takisto podliehajú tomu istému princípu (subsidiarity) správne vzťahy medzi verejnou celosvetovou autoritou a zodpovednými verejnými orgánmi jednotlivých štátov.*²⁵

Analogicky však, ani nadštátna autorita nesmie obmedzovať, resp. si prisvojovať rozhodovaciu právomoc jednotlivých štátov, ale má napomáhať tomu, aby štáty, ich občania a ostatné spoločenstvá (medzičlánky) mohli v pokoji plniť svoje povinnosti a využívať svoje práva.²⁶

2. 3. Encyklika *Sollicitudo rei socialis* pápeža Jána Pavla II.

Pápež Ján Pavol II. zhrnul ešte raz klasické princípy katolíckej sociálnej náuky v encyklike *Sollicitudo rei socialis* z roku 1987 a jedným z nich je aj princíp subsidiarity. Štát je nielen tým, ktorý napomáha spoločnému blahu – tým, že bude „len“ *subsídium*²⁷ – oporou a inštitúciou sekundárnou, dopĺňajúcou, podpornou – ak je jeho aktivita nevyhnutná pre zachovanie spoločného blaha – ale predstavuje súčasne aj jeho najväčšie ohrozenie, ako inštitúcia, ktorá často zasahuje do rôznych oblastí spoločenského života a navyše nevhodným spôsobom v duchu hesla „štát vie lepšie, čo je pre vás dobré“. Nemá preto odnímať jednotlivcom a ostaným spoločenským skupinám – plniacich svoje funkcie v zmysle princípu subsidiarity – pole pôsobnosti v spojení so zodpovednosťou,²⁸ pretože, ako som spomenul skôr, tieto spoločenstvá sú bližšie k osobe.²⁹

V katolíckom sociálnom učení je možné nájsť aspoň prostredníctvom uvedených textov stopu po doktríne tzv. obmedzeného štátu.³⁰

²⁵ *Pacem in terris*, 140.

²⁶ Porov. *Pacem in terris*, 141; príhovor Pia XII. k mládeži Katolíckej akcie v Taliansku z 12. septembra 1948 (zameranie tejto časti príhovoru nie je náhodné – v apríli 1948 bola podpísaná Charta Organizácie spojených národov).

²⁷ Etymologicky termín *subsídium* patrí do rímskej vojenskej terminológie (z obdobia ranej rímskej republiky), v ktorej označoval tretiu líniu rímskych vojakov (*tertii*), najlepšie vyzbrojenú, zasahujúcu až vtedy (*subsidiariae cohortes*), ak prvé dve línie vojakov nedokázali získať nad nepriateľom definitívnu prevahu; neskôr tento termín nadobudol širší význam, ako druh pomoci, ktorá – v ideálnych podmienkach – nemusí byť využitá, resp. potrebná, t. j. má subsidiárnu povahu. (porov. GOSEPATH, S.: The Principle of Subsidiarity, in: FOLLESDAL A./POGGE, T. W. (ed.): Real world justice. Grounds, principles, human rights and social institutions, Springer Science & Business, 2005, str. 157-158.

²⁸ Porov. apoštolský list pápeža Pavla VI. *Octogesima adveniens*, 46. (rok 1971); podobne encyklika *Centesimus annus*, 48.

²⁹ Porov. SUTOR, B.: cit. d., str. 43.

³⁰ Porov. NOVAK, M.: Katolícké sociálne myšlienky a liberálne inštitúcie. Praha: Česká kresťanská akadémia, 1999, str. 286-287.

Na príklade práva na podnikanie, ako typického prejavu ľudskej slobody, encyklika *Sollicitudo rei socialis* dokumentuje nezmyselnosť paternalistického modelu štátu týmito slovami:

„Skúsenosť nám ukazuje, že popieranie tohto práva (na podnikanie) alebo jeho obmedzovanie v mene predpokladanej „rovnosti“ všetkých v spoločnosti, v skutočnosti znižuje alebo priamo ubíja ducha podnikavosti, t.j. subjektívnu tvorivosť občana. Takýmto spôsobom potom vzniká nie ozajstná rovnosť, ale „zrovnanie na nižšej úrovni“. Namiesto tvorivej podnikavosti vzniká pasívna nečinnosť, závislosť a podrobenosť byrokratickému aparátu, ktorý ako jediný orgán disponuje a rozhoduje, ak dokonca nie je výhradným vlastníkom všetkých majetkov a výrobných prostriedkov.“³¹

V tomto zmysle sa objavuje princíp subsidiarity aj v encyklike pápeža Benedikta XVI. *Deus caritas est* z roku 2005, v ktorej sa uvádza: „...základnou úlohou štátu je zachovávanie spravodlivosti a že cieľom spravodlivého spoločenského poriadku je zabezpečiť každému – rešpektujúc princíp subsidiarity – jeho účasť na spoločných dobrách. Vždy to zdôrazňovala aj kresťanská náuka o štáte a sociálna náuka Cirkvi.“³²

2. 4. Subsidiarita v Katechizme katolíckej cirkvi

V roku 1992 vydaný všeobecný Katechizmus katolíckej cirkvi – ovocie II. vatikánskeho koncilu – sa venuje takisto princípu subsidiarity. Uvádza ho ako pilier slobodnej spoločnosti, ktorá je protikladom socializácie, prinášajúcej neprimerané zásahy štátu do ľudskej slobody a potláčajúci osobnú iniciatívu. Subsidiarita je na opačnom póle kolektivismu v akejkoľvek podobe, kladie správne bariéry paternalizmu a v konečnom dôsledku je cieľom jej aplikácie v spoločnosti zladenie vzťahov medzi jednotlivcami a spoločnosťami, v ktorých sa združujú.³³ Katechizmus dokonca uvádza, vychádzajúc z myšlienky sv. Tomáša Akvinského, podľa ktorého princíp subsidiarity v konečnom dôsledku sleduje prirodzené právo,³⁴ ako príklad božiu vôľu

³¹ *Sollicitudo rei socialis*, 15.

³² *Deus caritas est*, 26 a 27.

³³ Katechizmus katolíckej cirkvi, 1883, 1885.

³⁴ *Summa Theologiae* I, q. 103, a. 6 co: *Odpovídam: Musí se říci, že při řízení jest uvážiti dvoji: totiž pojem řízení, což jest sama prozřetelnost; a provádění. Tudiž, co se týká samého pojmu řízení, Bůh bezprostředně všechno řídí: avšak co se týká provádění řízení, Bůh jedny řídí prostřednictvím druhých.; ... A proto Bůh tak řídí věci, že v řízení některá ustanovuje příčinami jiných: jako kdyby nějaký učitel své žáky nejen činil vědoucími, nýbrž i učiteli jiných.* (český preklad, dostupné na: <http://krystal.op.cz/sth/sth.php?&A=6>; (navštívené 28. 7. 2009); bližšie k téme napr. POPE, Stephen, J. (ed.): *The Ethics of Aquinas*. Washington D. C.: Georgetown University Press, 2002.

udelit' každému človeku takú úlohu v spoločnosti, ktorú je schopný vykonávať podľa schopností vlastných jeho prirodzenosti a umožňuje mu tak uplatňovať prvotne svoju slobodu. Je to dôkazom božej úcty k slobode človeka, ktorú nechce obmedzovať, ale chce byť človeku oporou a podporou (*subsídium*).³⁵

Aj keď sa katolícka cirkev nehlási k žiadnemu spoločenskému systému a žiaden ekonomický systém neoznačuje ako správny, prípadne katolícky³⁶ a navyše aj keď z dokumentov rôznych pápežov ani nerezultuje jednoznačný doktrinálny postoj katolíckej cirkvi k otázke riešenia spoločensko-ekonomických vzťahov, z textov uvedených pápežských dokumentov a z dokumentov II. vatikánskeho koncilu je zrejmé, že pokiaľ je v strede záujmu stále človek, resp. služba človeku, je možné prijať stanovisko, že trhové hospodárstvo – nebráni uplatňovaniu princípu subsidiarity s jeho koncepciou – najprv koná *jednotlivec*, až potom *skupina* (družstvo, firma) a až nakoniec, ak je to nevyhnutné v záujme celku a nie sú porušované oprávnené záujmy jednotlivcov, môže nedostatočnú aktivitu podporiť *štát* – a preto – ako konštatuje Ján Pavol II. v encyklike *Centesimus annus*³⁷ je trhové, resp. slobodné hospodárstvo najvhodnejším prostriedkom na realizovanie najrozmanitejších individuálnych ľudských potrieb a dosiahnutie spoločného blaha.³⁸

Princíp subsidiarity rezonoval aj v kontroverznej otázke, vyvolanej teológiou oslobodenia, hnutím ktoré sa v osemdesiatych rokoch 20. storočia etablovalo prevažne v latinskoamerickom prostredí a zdôrazňovalo nevyhnutnosť sociálnych zmien tamtojšej spoločnosti s odvolávaním sa aj na biblické texty. Keďže toto hnutie prostredníctvom mnohých katolíckych duchovných sformovalo vlastnú „sociálnu doktrínu“, magistérium Cirkvi muselo reagovať³⁹

³⁵ Katechizmus katolíckej cirkvi, 1884.

³⁶ Katolícka cirkev neposudzuje hospodárske a politické systémy očami ekonómov, politikov a sociológov, hodnotí ich podľa kritéria *etického*, t.j. zaujíma stanovisko k ich prípadným nedostatkom, rozporom a nebezpečenstvám vo vzťahu k morálke a maximálne môže naznačiť, že určitý systém zodpovedá jej predstavám viac než iný. Úlohou Cirkvi nie je určovať sociálny a politický poriadok (systém), ale upozorňovať na to, čo ohrozuje večnú spásu človeka. (Porov. FIALA, P.: *Katolicizmus a politika*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 1995, str. 144-145.; tiež aj encyklika pápeža Jána Pavla II. *Sollicitudo rei socialis*, 41.)

³⁷ ... *ide o to, aby sa podporovalo rozvíjanie schopnosti každého jednotlivca, rozvíjať jeho schopnosť odpovedať na vlastné povolanie a v ňom obsiahnutej Božej výzve.* (*Centesimus annus*, 29.; Katechizmus katolíckej cirkvi, 2461.)

³⁸ Porov. encykliku pápeža Jána Pavla II. *Centesimus annus*, 42-43; SKOBLÍK, J.: *Přehled křesťanské etiky*. Praha: Karolinum 1997, str. 229.

³⁹ Problém teológie oslobodenia nemožno zredukovať iba na oblasť teórie, v praxi sa jej predstavitelia, vrátane duchovných, usilovali presadiť aj v politike s vlastnými riešeniami na báze teológie oslobodenia a to na strane politickej ľavice, ako o tom svedčí príklad Nikaraguy, kde bol ministrom kultúry sandinistickej revolučnej vlády v rokoch 1979-1987 katolícky kňaz

– postupne vydala Kongregácia pre náuku viery dva dokumenty: *Libertatis nuntius* (v roku 1984) o niektorých aspektoch teológie oslobodenia a v roku 1986 tá istá kongregácia inštrukciu *Libertatis conscientia* o kresťanskej slobode a oslobodení. Druhá inštrukcia potvrdzuje dôležitý princíp sociálneho učenia cirkvi o odmietaní spoločenského a politického individualizmu v súlade s princípom solidarity, ale takisto, na základe princípu subsidiarity, cirkev odmieta všetky formy kolektivismu, z ktorých vychádza aj potláčanie práv a zodpovednosti jednotlivca a spoločenských združení.⁴⁰ Štát má len vytvárať podmienky potrebné na to, aby každý človek mohol pracovať na svojom integrálnom rozvoji, vrátane dobra duchovného.⁴¹ Ani riešenie problému nezamestnanosti, ktorý patrí v latinskoamerickej oblasti medzi osobitne ťažké, nemá byť primárne úlohou štátu. Tvorba pracovných miest je predovšetkým úlohou súkromného sektoru⁴² a štát iba napomáha vytváraním podmienok. Takto, podľa pápeža Jána Pavla II. „... štát zaručí podľa princípu subsidiarity čo najpriaznivejšie predpoklady pre slobodný rozvoj hospodárstva, ktoré tak vytvorí bohatú ponuku pracovných príležitostí...“⁴³

3. Subsidiarita vo vzťahu kompetencií štátnych inštitúcií a cirkvi

V širšom zmysle sa postupne princíp subsidiarity preniesol na vzťah štátnej moci osobitne k cirkvi. V obsahovom význame to znamená predovšetkým z etického hľadiska povinnosť štátu nezasahovať do záležitostí, ktoré patria do kompetencie cirkvi.⁴⁴ Ide najmä o uplatňovanie princípu vnútornej autonómie cirkvi pri rozhodovaní o tých záležitostiach, ktoré ona považuje za podstatné pre plnenie svojho poslania, predovšetkým slobodné ustanovovanie biskupov do úradu⁴⁵ alebo sa v nich prejavuje skôr spomínaná prvotnosť rodiny a jej prirodzených úloh pred štátom, napríklad v práve cirkvi poskytovať náboženskú výchovu a vzdelanie, najmä deťom.⁴⁶

Ernesto Cardenal. To bol aj jeden z motívov reakcie Svätej Stolice, ktorá od konca 2. svetovej vojny politickú angažovanosť duchovných odmieta (porov. kán. 285, § 3 CIC; kán. 383, bod 1. CCEO).

⁴⁰ Porov. *Libertatis conscientia*, 73.

⁴¹ Porov. *Libertatis conscientia*, 84.

⁴² *Libertatis conscientia*, 85.

⁴³ *Centesimus annus*, 15.

⁴⁴ Porov. PŘIBYL, S.: cit. d., str. 129-130.

⁴⁵ Porov. kán. 377, § 5 CIC a kán. 66, § 3 CCEO.

⁴⁶ Porov. deklaráciu II. vatikánskeho koncilu o náboženskej slobode *Dignitatis humanae*, 4; kán. 774, § 2 CIC.

Osobitne dôležité je pre katolícku cirkev najmä výchova v náboženskom duchu. Právo na náboženskú výchovu, patrí medzi tie, ktoré, ako súčasť práva na vzdelanie, garantujú aj medzinárodné dohody o ľudských právach a slobodách⁴⁷, čím ich medzinárodné právo, resp. medzinárodné spoločenstvo priznáva kvalitu hodnú najvyššej ochrany. V textoch, ktoré ustanovenia viacerých prameňov práva nadnárodnej, resp. medzinárodnej povahy obsahujú, sa objavuje v dikciách textu princíp subsidiarity, chápaný ako prednostné právo rodičov na zabezpečenie výchovy detí v súlade s ich vlastným náboženským, resp. mravným presvedčením, pričom štát pri výkone svojich úloh musí toto právo rešpektovať. Takto je chránená sloboda rozhodovania, ktorá poskytuje rodičom možnosť zvoliť primárne pre svoje deti výchovu v škole, ktorú vedie katolícka cirkev, ktorá takto napomáha rodine toto právo realizovať.⁴⁸ Dokument Kongregácie pre katolícku výchovu z roku 1997 *Katolícka škola na prahu tretieho tisícročia* zdôrazňuje⁴⁹, že štát a cirkev majú viesť dialóg s uvedením si a uznaním vlastných kompetencií a zdôrazňuje, že obe inštitúcie pôsobia v záujme dobra toho istého človeka a spoločne človeku slúžia. Subsidiarita však dáva rodine, v súlade s koncepciou tohto princípu podľa encykliky *Quadragesimo anno*, ako menšiemu a nižšiemu spoločenstvu prednosť pred štátom pri výkone výchovnej úlohy. Druhý vatikánsky koncil v deklarácii o kresťanskej výchove *Gravissimum educationis* dokonca konštatuje, že aj keď rodina je prvým a hlavným vychovávateľom svojich detí, ak chýba výchovná úloha rodiny, len ťažko ju možno nahradiť. Ak rodina alebo iné spoločenstvo pri plnení svojich úloh, na výkon ktorých má primárne právo, zlyhá, štát sa má v súlade s princípom subsidiarity postarať o výchovu, pretože jeho úlohou je starať o spoločné blaho v časných veciach (*res temporales*).⁵⁰

Subsidiaritu akejkoľvek spoločenskej inštitúcie vo vzťahu k rodine a jej výchovnej funkcii zdôrazňuje aj encyklika pápeža Pia XI. o kresťanskej výchove mládeže z roku 1929 *Divini Illius Magistri*. Encyklika uvádza postupnosť rodina – cirkev – štát a argumentuje názorom sv. Tomáša Akvinského o prirodzenom práve otca na výchovu jeho slovami: „*Neboť dieťa prirodzené je niečo otcového práve tak je podľa prirodzeného práva, že*

⁴⁷ Porov. čl. 2 Dodatočného protokolu k Európskej konvencii o ľudských právach z roku 1952; čl. 18, ods. 4 Medzinárodného paktu o občianskych a politických právach; čl. 26, ods. 3 Všeobecnej deklarácie ľudských práv; čl. 5, ods. 2 Deklarácie OSN o odstránení všetkých foriem neznášanlivosti a diskriminácie založených na náboženstve a viere;

⁴⁸ Porov. Svätá stolica, *Charta práv rodiny* (1983), čl. 5 b.

⁴⁹ Kongregácia pre katolícku výchovu, dokument *Katolícka škola na prahu tretieho tisícročia* (1997), čl. 17.

⁵⁰ Porov. *Gravissimum educationis*, 3.

dítě, dokud nemá užívání rozumu, je pod péčí otcovou. A proto by bylo proti přirozené spravedlnosti, kdyby dítě, než má užívání rozumu, bylo zbavováno péče rodičů nebo aby s ním bylo nějak nakládáno proti vůli rodičů.“⁵¹ A keďže rodičia sú viazaní k tejto starostlivosti dokiaľ deti sa nemôžu samy o seba starať, je zrejmé, že nedotknuteľné právo rodičov na výchovu detí trvá až po túto hranicu...“⁵²

Podľa tej istej encykliky aj výchova ... *sa spočiatku deje z iniciatívy rodiny a Cirkvi a len oveľa neskôr z iniciatívy štátu. Preto škola už aj vzhľadom na svoje dejinné začiatky je svojou povahou pomocnou a subsidiárnou ustanovizňou rodiny a Cirkvi. Preto tiež v logickej a mravnej dôslednosti škola má nielen neprotirečiť, lež pozitívne byť v súlade s týmito dvoma inými výchovnými ustanovizňami, má s nimi byť v čo najdokonalejšej mravnej jednote...*“⁵³

Podstatnú úlohu rodiny vo výchove všeobecne zdôrazňuje aj inštrukcia Kongregácie pre náuku viery z roku 1986 *Libertatis conscientia* o kresťanskej slobode a oslobodení, podľa ktorej: „*Úloha výchovy prináleží fundamentálne a primárne rodine ... funkcia štátu je subsidiárna, jeho úlohou je garantovať, ochraňovať, podporovať a dopĺňať. ... vždy keď si štát uzurpuje výchovný monopol, prekračuje svoje oprávnenia a porušuje spravodlivosť...*“⁵⁴

Záver

Princíp subsidiarity reguluje oprávnenosť každého spoločenského konania takým spôsobom, že poskytuje možnosť každej osobe iniciatívne a slobodne pracovať na svojom rozvoji a realizovať vlastné predstavy o šťastí a až v prípade, ak to je v záujme spoločného blaha želané, uprednostňuje „pomoc k svojpomoci“ systémom zdola nahor – od menšej spoločenskej jednotky k väčšej, končiac štátom a jeho inštitúciami. Výsledky uplatnenia tohto systému sa prejavujú však len vtedy, ak jeho účastníci majú odvahu k samostatnosti a k riziku, sú zodpovední a ochotní podieľať sa na „pomoci k svojpomoci“. Inak svoju životnosť a predovšetkým správnosť sám nedokáže a stane sa len morálnym postulátom.⁵⁵

⁵¹ Summa theologiae II-II, q. 10, a. 12 co. (český preklad, dostupné na: <http://krystal.op.cz/sth/sth.php?&A=6>; (navštívené 17. 8. 2009);

⁵² *Divini Illius Magistri*, 33.

⁵³ Porov. *Divini Illius Magistri*, 77.

⁵⁴ Porov. *Libertatis conscientia*, 94.

⁵⁵ Porov. OCKENFELS, W.: cit. d., str. 67.

Princíp subsidiarity je obhajobou slobodnej spoločnosti, zároveň však aj spoločnosti účelne sociálne organizovanej, v ktorej sa môžu a majú aktivizovať primárne a prirodzené sociálne útvary, predovšetkým rodina, ale aj rôzne slobodné združenia slobodných ľudí, ktoré tak najlepšie plnením svojich úloh prispievajú pre rozvoj svojich členov a tým v konečnom dôsledku aj celej ľudskej spoločnosti.⁵⁶

⁵⁶ Porov. SUTOR, B.: cit. d., str. 43.

Zum servus „*noxia non solutus*“

Martin Pennitz

I. Einleitung

1. Erst kürzlich hat sich *Peter Blaho* einem berühmten Einordnungsproblem im römischen Obligationenrecht zugewendet¹: Bekanntlich waren sich Sabinianer und Prokulianer darüber uneins, ob Tauschabreden einen eigenen „Vertragstyp“ darstellen oder als ein Unterfall des Kaufes anzusehen sind; dabei beriefen sich die Juristen unter anderem auch auf Homerverse, die etwa auf die Leistung von „(kriegsgefangenen) Sklaven für Wein“ (Il. 7, 472-5)² oder von „20 Rindern für eine junge Sklavin“ (Od. 1,430)³ eingehen. Wie uns der Spätklassiker Paulus sowie die justinianischen Institutionen berichten⁴, setzt sich letztendlich die prokulianische Auffassung durch, wonach in solchen Fällen von Tausch und nicht von Kauf auszugehen sei: Denn die Vereinbarung des *pretium* in Geld zieht nach römischem Verständnis eine von der Verbindlichkeit des Verkäufers zu unterscheidende Übereignungspflicht des Käufers nach sich, was – aus der Sicht des entwickelten Rechts – beim Austausch zweier Sachleistungen nicht vorliegen kann. Allerdings wird, wie sich anhand von Paul. (5 *ad Plaut.*) D. 19,4,2 zeigt⁵, weiterhin die „Verwandtschaft“ der beiden Rechtsgeschäfte betont:

¹ Peter BLAHO, Abgrenzung zwischen Kauf und Tausch in der Dichtung des Homer, in: Éva JAKAB/Wolfgang ERNST (Hg.), *Kaufen nach Römischem Recht*, Berlin-Heidelberg 2008, 53-60.

² S. Gai. 1,141 sowie I. 3,23,2.

³ So Paul. (33 *ad ed.*) D. 18,1,1,1, der diese Homerstelle zur Verdeutlichung des sabinianischen Standpunktes anfügt.

⁴ Vgl. zusätzlich zu den soeben zitierten Texten auch Paul. (32 *ad ed.*) D. 19,4,1; es ist allerdings zu vermuten, dass dieser Beleg – ebenso wie Paul. D. 18,1,1,1 – aus dem 33. Buch des Ediktskommentars von Paulus stammt; s. schon Otto LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis I*, Leipzig 1889, Sp. 1034 f. u. Fn. 2.

⁵ Der Beleg wird vor allem im Zusammenhang mit der Entwicklung der sog. Innominatkontrakte diskutiert, worauf hier nicht näher einzugehen ist; s. etwa zuletzt den Hinweis bei Lihong ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano: impostazioni di Labeone* di Aristone, Milano 2007, 187 f. u. Fn. 59 f.

Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex <ea> causa daretur.

Unter Berufung auf den Hochklassiker Aristo⁶ hält Paulus nämlich fest, dass bestimmte Vertragspflichten, die sich im Rahmen der *emptio venditio* etabliert haben⁷, analog auch für die *permutatio* gelten. Hat also die eine Partei aufgrund der Tauschabrede einen Sklaven geleistet und will sie nun – unter Berufung darauf – die Gegenleistung einklagen, so kann die andere Partei darauf bestehen, dass ihr zuvor – wohl durch die in der Handelspraxis schon früh etablierten Stipulationen⁸ – zugesagt wird, dass der übergebene Sklave gesund ist, nicht zur Flucht neigt und unbelastet von jeglicher Noxalhaftung aufgrund von Diebstahl oder anderer privater Delikte ist; ob sich aus dieser Entscheidung zugleich ergibt, dass die Anwendung des Edikts der kurulischen Ädilen zum Sklavenverkauf auch auf Tauschgeschäfte erstreckt wurden, bleibt aufgrund der kargen Quellenlage allerdings ungewiss⁹.

2. Dieser Paulustext leitet zu einem weiteren „Einordnungsproblem“ des römischen Kaufrechts über, dem ein Teil der modernen Lehre Interesse entgegenbringt und dem auch die folgenden Überlegungen gewidmet sein sollen, obwohl es die klassischen römischen Juristen angesichts der einmal getroffenen und beibehaltenen Anordnung im Edikt der kurulischen

⁶ Vgl. Leopold WENGER, Die Quellen des römischen Rechts, Wien 1953, 504 u. Fn. 163.

⁷ Denn im Hinblick auf den Verkauf eines Sklaven wird der Abschluss der *stipulatio duplae* als verpflichtend angesehen, die in aller Regel auch die bei Paulus erwähnten Garantien hinsichtlich der Freiheit von Sachmängeln aufweist; vgl. etwa Ulp. (32 *ad ed.*) 21, 2, 37 pr.-1 *i.f.* in Verbindung mit Paul. (6 *resp.*) D. 21,2,11,1.

⁸ Vgl. insbes. Varro, rust. 2,10,5: *In horum [sc. pastorum] emptione solet accedere peculium aut excipi et stipulatio intercedere san{ee}um esse, furtis noxisque solutum aut, si mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simpla. ...*; die von Varro zitierten Vertragsformulare gehen – wie sich etwa rust. 2, 3, 5 entnehmen lässt – auf das Formelbuch des republikanischen Juristen Manlius Manilius zurück; s. auch Cic., de orat. 1,246; zu den Vertragsformularen vgl. auch unten bei Fn. 40 f. und Fn. 67.

⁹ Das vertritt etwa Raymond MONIER, La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine, Paris 1930, 43 unter gleichzeitiger Berufung auf den letzten Satz von Ulp. (1 *ad ed. aed. cur.*) D. 21,1,19,5: *Deinde aiunt aediles: „emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus”. pollicentur emptori actionem et successoribus eius qui in universum ius succedunt. emptorem accipere debemus eum qui pretio emit. sed si quis permutaverit, dicendum est utrumque emptoris et venditoris loco haberi et utrumque posse ex hoc edicto experiri*; vorsichtiger etwa Manlio SARGENTI, Svolgimento dell’idea di contratto nel pensiero giuridico romano, IURA 39 (1988), 38 f.

Ädilen nur noch am Rande beschäftigt hat: Man kann sich nämlich fragen, inwiefern die Kundmachungspflicht hinsichtlich einer noch bestehenden Noxalhaftung zu den sonstigen vom Sklavenverkäufer anzuzeigenden „Sachmängeln“ passt beziehungsweise was dafür gesprochen haben könnte, das Risiko eines drohenden Noxalprozesses¹⁰ gleichfalls in den Ediktscatalog aufzunehmen. Die Überlieferung des Ediktstextes bei Aulus Gellius, der wegen seiner Bezugnahme auf die vor- und frühklassische Jurisprudenz (die von ihm sogenannten *iureconsulti veteres*) den ursprünglichen Ediktswortlaut herangezogen haben dürfte, macht deutlich, dass die Verkäufer am Markt ihre Kunden auch über eine solche Beschaffenheit der veräußerten Ware aufzuklären haben¹¹; das bestätigt dann der erste Satz im wörtlichen Zitat Ulpians, das wohl auf dem von Julian redigierten Edikt basiert¹²:

In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis vendundis cautum est, scriptum sic fuit: „Titulus servorum singulorum scriptus sit curato ita, ut intellegi recte possit, quid morbi vitiiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxa solutus non sit“¹³.

Aiunt aediles: „Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi

¹⁰ Ulp. (1 *ad ed. aed. cur.*) D. 21,1,17,17: *Quod aiunt aediles „noxam solutus non sit“, sic intellegendum est, ut non hoc debeat pronuntiarum nullam eum noxam commississe, sed illud noxa solutum esse, hoc est noxali iudicio subiectum non esse: ergo si noxam commisit nec permanet, noxa solutus videtur.* Unzutreffend erscheint es mir allerdings, diese drohende „Rechtsfolge“ mit dem *noxam*-Begriff selbst zu verknüpfen und nicht vielmehr mit der Beifügung „... (non) solutum esse“; anders hingegen Fernand DE VISSCHER, *Vindicta e noxa*, in: Studi Pietro Bonfante III, Milano 1930, 239 f. n. 20: „... Par *noxam* l’édit entend la suite du délit, la responsabilité, et non le délit lui-même“; wortgleich im Anschluss an *De Visscher* auch Lorena Manna, *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell’editto de mancipiis vendundis*, Milano 1994, 63 f. u. Fn. 67.

¹¹ S. etwa auch die Darstellung bei Cic., off. 3,17,71: ... *Nec vero in praediis solum ius civile ductum a natura malitiam fraudemque vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione venditoris fraus omnis excluditur. Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium.*

¹² So Éva JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München 1997, 40 f.; 127 f. sowie Francesca Reduzzi MEROLA, *Per lo studio delle clausole di garanzia nella compravendita di schiavi: la prassi campana*, Index 30 (2002), 215 u. Fn. 9, während Rosanna ORTU, *‘Aiunt aediles ...’. Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell’editto de mancipiis emundis vendundis*, Torino 2008, 69 f.; 72-76 zuletzt davon ausgeht, dass sich der von Gellius überlieferte Text – mit seiner Bezugnahme auf den *titulus servorum* – gleichfalls im Edikt nach dessen Redaktion durch Julian findet.

¹³ Gell. 4,2,1 und 2 (mit Hinweis auf die *iureconsulti*); vgl. schon MONIER, *La garantie* (Fn. 9), 38 u. Fn. 4.

vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: ea {dem} que omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto...¹⁴.

Im überwiegenden Teil der modernen Lehre hat sich diesbezüglich der Sprachgebrauch eingebürgert, dass die Sklavenverkäufer neben Krankheiten und körperlichen Mängeln (*quid morbi vitiive* im Sinn von *vitia corporis*) einige ausdrücklich normierte *vitia animi (fugitivus errove)*¹⁵ und einen besonderen „rechtlichen Mangel“ (*noxam non solutus*) anzuzeigen haben¹⁶, bei deren Auftreten sie dann – im Fall ausgebliebener Kundmachung – einer Haftung „im objektiven Sinn“ unterliegen. Mit anderen Worten ist unter dieser Voraussetzung auch ein unwissender Sklavenhändler¹⁷ den ädilizischen Klagen ausgesetzt, mit denen der Käufer im Rahmen entsprechender Fristen und – spätestens im entwickelten Recht¹⁸ – nach seiner Wahl die Wandlung

¹⁴ Ulp. (1 *ad ed. aed. cur.*) D. 21,1,1,1.

¹⁵ Zu diesem quellengemäßen Sprachgebrauch vgl. als ein Beispiel Ulp. (1 *ad ed. aed. cur.*) D. 21,1,4,3: ... *et videtur hoc iure uti, ut vitii morbique appellatio non videatur pertinere nisi ad corpora: animi autem vitium ita demum praestabit venditor, si promisit, si minus, non. et ideo nominatim de errone et fugitivo excipitur: hoc enim animi vitium est, non corporis.*

¹⁶ Vgl. Henri VINCENT, *Le droit des édiles. Étude historique et économique des prescriptions édiliciennes sur la vente et la garantie*, Paris 1922, 35; 49-51; Monier, *La garantie* (Fn. 9), 32; 38 f.; *Giambattista Impallomeni*, *L'editto degli edili curuli*, Padova 1955, 6; MANNA, *Actio redhibitoria* (Fn. 10), 39 f.; Luigi GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova 2000, 5; Laura Solidoro MARUOTTI, „... Si vero sciens reticuit et emptorem deceptit ...“ (D. 19.1.13 pr.): ‘vizi di fatto’, ‘vizi di diritto’ e reticenza del venditore, in: *Fides – Humanitas – Ius. Studii Luigi Labruna VIII*, Napoli 2007, 5285; ORTU, *Aiunt aediles* (Fn. 12), 71.

¹⁷ Vgl. dazu Ulp. (1 *ad ed. aed. cur.*) D. 21,1,1,2.

¹⁸ So Iul. (51 *dig.*) D. 44,2,25,1 sowie Ulp. (1 *ad ed. aed. cur.*) D. 21,1,1,1 (... *emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur*) in Verbindung mit Ulp. D. *h.t.* 19,6 und Paul. (1 *ad ed. aed. cur.*) D. 21,1,43,6. Wie Gell. 4,2,5 belegt, steht die Anwendbarkeit der *actio quanti minoris* neben der *actio redhibitoria* schon für die Frühklassiker fest; man wird davon ausgehen dürfen, dass beide Klagen bereits im ursprünglichen Sklavenedikt vorgesehen waren, auch wenn Ulp. D. 21,1,1,1, wo vermutlich erst auf die von Julian redigierte Fassung Bezug genommen wird (s. oben Fn. 12), nur die Redhibitionsmöglichkeit erwähnt; in diesem Sinn schon überzeugend Heinrich HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium*. Studien zum römischen Schadensersatzrecht, München 1969, 73 u. Fn. 41 ff.; anders ÉVA JAKAB, *Diebische Sklaven, marode Balken: Von den römischen Wurzeln der Gewährleistung für Sachmängel*, in: Martin Schermaier (Hg.), *Verbraucherkauf in Europa*, München 2003, 35, die es (allerdings ohne nähere Begründung) für wahrscheinlich hält, dass die Minderung erst “später als Alternative zugelassen” wurde; dagegen lässt sich m.E. die vertragsbewahrende Funktion der Minderungsklage (im Gegensatz zur *ultima ratio* der Wandlung) anführen, die bereits bei der Ausgestaltung des Ädilenedikts von Relevanz gewesen sein dürfte; s. allg. Christian BALDUS, *Una actione experiri debet? Zur Klagenkonkurrenz bei Sachmängeln im römischen Kaufrecht*, OIR 5 (1999), 51 ff.

des Vertrages (im Wege der sog. *actio redhibitoria*) oder eine Minderung des Kaufpreises (mittels der sog. *actio quanti minoris*) erreichen kann.

IV. Zur dogmatischen Einordnung des *noxa non solutus*

1. Abgesehen von der „terminologischen“ Verortung als „*vice juridique*“ („*vizio giuridico*“) finden sich in der Lehre verschiedene Überlegungen, um die ädilische Anordnung zum noxal belasteten Sklaven auch dogmatisch entsprechend einzuordnen: Zum einen erscheint es naheliegend, angesichts der Trias *fugitivus*, *erro* und *noxa non solutus* den letzteren als eine Sonderform der *vitia animi* ansehen, wie das bei *Arangio-Ruiz* anklingt¹⁹: Allerdings lässt sich einwenden, dass gerade nicht die „Neigung“ zur Deliktsbegehung Gegenstand der auferlegten Anzeigepflicht ist, sollte dem Sklave etwa ein diebischer Charakter zu attestieren sein, der sich dann natürlich auch gegen den eigenen *dominus* richten kann. Will der Käufer diesbezüglich Gewissheit haben, so muss er sich die „Anständigkeit“ des Sklaven vom Geschäftspartner ausdrücklich zusichern lassen; neben einigen anderen Belegen²⁰ wird dies auch beim Spätklassiker *Marcianus* betont:

Si furtum domino servus fecerit, non est necesse hoc in venditione servi praedicere nec ex hac causa redhibitio est: sed si dixerit hunc furem non esse, ex illa parte tenebitur, quod dixit promissive²¹.

2. Ein anderer Teil der Lehre, wie *Kaser* in der ersten Auflage seines Handbuches, geht davon aus, dass beim *noxa non solutus* „an sich“ ein

¹⁹ Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano II*, Napoli 1954, 364: „Questi ultimi [i.e. *vitia animi*], che l'autonomia delle parti poteva fare oggetto di apposite stipulazioni e di altre dichiarazioni impegnative, sono contemplati dalla enunciazione editale soltanto nella fattispecie dell'essere il servo tendenzialmente *fugitivus* od *erro*, o in quanto si siano già espliciti in un delitto privato, anch'esso anteriore alla compravendita, onde sia sorta una responsabilità nossale“; in diesem Sinn wohl auch Wolfgang KUNDEL/Heinrich HONSELL, *Römisches Recht*⁴, Berlin u.a. 1987, 318 u. Fn. 34 f.

²⁰ Zu *Ulp.* (1 *ad ed. aed. cur.*) D. 21,1,17,17 s. bereits oben bei Fn. 10; derartige Zusicherungen sind auch Gegenstand der Erörterung bei *Cic.*, *off.* 3,23,91 oder bei *Ulp.* (1 *ad ed. aed. cur.*) D. 21,1,17,20 und D. *h.t.* 31,1. Zum Cicerotext vgl. insbes. Peter STEIN, *Fault in the formation of contract in Roman law and Scots law*, Edinburgh-London 1958, 15 f.

²¹ *Marcian.* (4 *reg.*) D. 21,1,52; denn ein Diebstahl gegenüber dem eigenen Gewalthaber kann grundsätzlich nicht zur Noxalklage führen; vgl. nur *Gai.* 4,78.

Rechtsmangel und gar kein Sachmangel vorliegt²². In diesem Sinn lässt sich vielleicht anführen, dass in Rechtsgutachten von Julian und Pomponius der noxal belastete Sklave mit einem verpfändeten Grundstück gleichgesetzt wird, doch ist immerhin anzumerken, dass die beiden Entscheidungen nicht zum Kaufrecht ergehen, sondern *dare*-Verpflichtungen betreffen, die von Todes wegen auferlegt sind:

Qui hominem noxae nomine vel alias obligatum mortis causa acceperit, tantum cepisse intellegendus est, quanti is homo venire potuisset. idem in fundo qui obligatus est observari poterit, ut pretium excutiatur²³.

Heres generaliter dare damnatus <servum> sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit, quia ita dare debet, ut eum habere liceat: sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet: sed ob id, quod furtum fecit servus aut noxam nocuit, evenit, quo minus eum habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non liceat²⁴.

Jedenfalls fügt Kaser in der zweiten Auflage seines Handbuches dann begründend an, dieser Mangel sei im Sinn der Regel *noxam caput sequitur* „an die Person des Sklaven gebunden“²⁵. Allerdings hat man dabei zu bedenken, dass dieser Grundsatz in erster Linie den jeweiligen Gewalthaber, in unserem Kontext also der Käufer betrifft, der für das Delikt „seines“ Sklaven einzustehen hat²⁶; die Haftung des Täters selbst wird hiervon nämlich erst erfasst, wenn

²² So Max KASER, *Das römische Privatrecht I*, München 1955, 466 u. Fn. 86, der – ohne nähere Begründung – hinsichtlich dieses ädilischen Sachmängels ausführt: „Noxa non solutus: zählt hierher, obwohl in Wahrheit ein Rechtsmangel“.

²³ Iul. (60 *dig.*) D. 39,6,18,3; s. schon Giovanni PUGLIESE, *Obbligazione del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in: *Studi Emilio Albertario I*, Milano 1953, 246: „Il delitto crea un vincolo sul corpo dello schiavo, così come il pegno costituisce un vincolo sul fondo; ed entrambi pongono il proprietario di fronte all’alternativa o di perdere la cosa o di pagare la pena, rispettivamente il debito“.

²⁴ Pomp. (6 *ad Sab.*) D. 30,45,1; vgl. etwa schon August BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht I*, Erlangen 1876, 394 Fn. 1, sowie z.B. Wolfgang ERNST, *Rechtsmangelhaftung*, Tübingen 1995, 92 ff., bes. 94.

²⁵ Max KASER, *Das römische Privatrecht I²*, München 1975, 560 u. Fn. 59 mit gleichzeitigem Verweis auf 631 u. Fn. 8.

²⁶ Das betont in diesem Zusammenhang zu Recht Reinhard ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, Cape Town u.a. 1990, 314 f. u. Fn. 167: „Besides these, there was one other flaw which had to be displayed on the board if the vendor wanted to avoid liability, even though it was neither a physical nor a character defect: whether the slave was still burdened with noxal

ein solcher Sklave die Freiheit erlangt hat²⁷. Darin mag den Grund liegen, warum *Schmidlin*, der diesbezüglich ebenfalls von der Regel *noxam caput sequitur* her argumentiert²⁸, eine weitere Erklärung für notwendig erachtet: Unter Berufung auf *De Visscher* führt *Schmidlin* aus, dass diese Regel „keine eigentliche Rechtsfolge“ ausspricht, sondern Ausdruck darin verfestigter „Rachevorstellungen“ (gegen den unfreien Täter) sei, die „nie restlos in die Rechtsordnung integriert wurden“²⁹. Nun ist es zwar durchaus plausibel, die Noxalhaftung mit dem Wunsch des Tatopfers nach Vergeltung in Beziehung zu setzen, doch hat sich dieses Rachebedürfnis meines Ermessens im Wege der *noxam deditio*, also der Auslieferung des Täters erhalten; es ist ein Zeichen für die Abkehr von „verfestigten Rachevorstellungen“ und für deren Integration in die Rechtsordnung, dass die *noxam deditio* nun als Befugnis des jeweiligen Gewalthabers gesehen wird, während vom Tatopfer bloß die Bußzahlung durchgesetzt werden kann³⁰. Dementsprechend darf man die grundsätzliche Verpflichtung des Gewalthabers, für seinen Sklaven die *poena* zu leisten, auch als „Rechtsfolge“ im eigentlichen Sinn bezeichnen.

3. Nach dem bisher Gesagten könnte es sich somit anbieten, beim Fall des *noxam non solutus* von einem Mangel auszugehen, der zwischen Rechts- und Sachmangelrecht einzustufen ist: Bereits *Bechmann* hat insofern vom

liability (*noxam non solutus*). ... However, liability attached to the person who was master at the time when the noxal suit was brought: *noxam caput sequitur*. Hence it was extremely important for the purchaser to know whether acquisition of the slave exposed him to possibly far-reaching delictual claims by third parties”.

²⁷ S. nur Gai. 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 noxam deditio extinguitur. ...*

²⁸ Bruno SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, Köln-Wien 1970, 96: „Die noxale Haftung verfolgt den Täter, solange er lebt ... Besonders charakteristisch ist die Behandlung der noxalen Haftung beim Sklavenkauf. Sie wird als Sachmangel und nicht, wie man erwartet, als Rechtsmangel betrachtet. Das Edikt führt die noxale Haftung in einer Reihe mit andern Sachmängeln auf ..., und das Freisein von noxaler Haftung kann im Kauf wie eine physische Eigenschaft garantiert werden. Das noxale Verhaftetsein wird demnach nicht als eine der Tat nachgeordnete Rechtsfolge, sondern als eine dem Täter anhaftende Zuständigkeit im Sinne eines disqualifizierenden Mangels verstanden“.

²⁹ SCHMIDLIN, *Rechtsregeln* (Fn. 28), 96 f. u. Fn. 48 f. unter Hinweis auf Fernand De VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles 1947, 158; 161 f.

³⁰ Vgl. dazu nur Gai. 4,75: *Ex maleficio filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxam dedere. erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse.*

„vermittelnden Gliede“ der Noxa gesprochen³¹. Doch führt dieser Ansatz im letzten (schon von *Oertmann* herausgegebenen) Teilband des „Kaufs“, zu überraschenden und von den Quellen nicht getragenen Schlussfolgerungen: *Bechmann* geht dort nämlich davon aus³², es liege „ein rechtlicher Zustand vor, mit dem die drohende Gefahr der Eviktion verbunden ist“: Daher sei „für den Käufer ausnahmsweise das Recht eingeräumt (worden), dieser Gefahr durch Redhibition des Sklaven zuvorzukommen“. Gegen diese Vorstellung spricht jedoch bereits, dass die vom Tatopfer gegen den gegenwärtigen Gewalthaber erhobene Noxalklage – nach Auffassung der römischen Juristen – nicht unter den Eviktionsbegriff fällt³³.

Von einer „zona grigia“ zwischen Eviktionsmaterie und juristischer Konzeption von *vitium* spricht in diesem Zusammenhang daher zuletzt *Solidoro Maruotti*, weil derartige Mängel (wie auch der Fall des *fugitivus*) „possono approdare a conseguenze assai simili a quelle dell’evizione, in quanto producono una (prevedibile) perdita del *mancipium* a danno del compratore“³⁴. Auch nach dieser Konzeption reicht also das „Risiko eines (vorhersehbaren) Sachverlustes“ bereits aus, um den ädilizischen Schutzmechanismus in Gang zu setzen³⁵. Für den noxal belasteten Sklaven bleibt freilich festzuhalten, dass dieser Sachverlust keineswegs zwingend ist, da der Käufer seine Befugnis

³¹ BECHMANN, Kauf I (Fn. 24), 394: „Dieselbe (d.h. die Noxa) schliesst weder das Eigenthum aus, noch begründet sie eine dingliche Belastung der Sache nach Analogie der Servituten oder des Pfandrechts. Deshalb kann die Auktoritas dawider nicht angerufen werden. Ja auch das habere licere wird dadurch unmittelbar nicht beeinträchtigt und aufgehoben, weder ganz noch theilweise; kann doch der Berechtigte dem Eigenthümer die Sache weder petitorisch noch possessorisch abstreiten. Allein andererseits entzieht die Noxalklage dem Eigenthümer jedenfalls den Werth der Sache, möge er sie nun ausliefern oder durch Bezahlung lösen: der Mangel wirkt nicht blos faktisch, sondern juristisch, und nimmt insoferne eine wesentlich andere Stellung ein als Krankheit u. s. w., die auf das juristische Verhältnis ohne allen Einfluss ist“.

³² August BECHMANN, Der Kauf nach gemeinem Recht III/2. Aus dem Nachlass des Verfassers hg. v. Paul Oertmann, Leipzig 1908, 114.

³³ Vgl. Alfredo CALONGE, Eviccion. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico, Salamanca 1968, 89 f.

³⁴ Vgl. Solidoro MARUOTTI, „... Si vero sciens“ (Fn. 16), 5285 u. Fn. 50 f. sowie 5286 f. in Verbindung mit 5303 u. Fn. 104, woraus sich für unseren Kontext ergebe: „Il criterio oggettivo della inutilizzabilità o ‘sottoutilizzabilità’ del bene, nonché il ‘difetto giuridico’ che metesse il compratore a rischio di ‘perdita della cosa’ (con conseguenze affini a quelle della evizione), erano dunque gli elementi fondamentali della originaria valutazione del ‘vizio’, ai fini della tutela edilizia“.

³⁵ Dementsprechend spricht Solidoro MARUOTTI, „... Si vero sciens“ (Fn. 16), 5292 dann bei der Interpretation des hier besonders interessierenden Belegs Ulp. D. 19,1,13,1 auch von der „considerazione del potenziale *Sachverlust*, implicato dalla particolare condizione del bene veduto“; zum Ulpianextext s. bei Punkt II.5.

zur *noxae deditio* nicht nützen, sondern die Buße bezahlen wird, wenn sie im Vergleich zum Wert des Sklaven geringfügig ist. Nur bei einer *dare*-Verpflichtung scheint das bloße Risiko des Sachverlustes aufgrund einer noxalen Belastung auszureichen, um von Nichterfüllung auszugehen, wie sich wohl einer Bemerkung des Hochklassikers Marcellus entnehmen lässt³⁶.

4. Die Argumentation bei *Bechmann* und bei *Solidoro Maruotti* leitet nun zu einem weiteren Gesichtspunkt über: Lässt sich im Hinblick auf den *noxia non solutus* überhaupt auf das bloße „Risiko“ eines (eviktionsähnlichen) Sach- oder allenfalls Wertverlustes abstellen? Damit stellt sich zugleich die Frage, unter welcher Voraussetzung der Sachmängelbehelf geltend gemacht werden kann, worauf auch Paulus in (5 *ad Sab.*) D. 19,1,4 pr. eingeht:

Si servum mihi ignorantem, sciens furem vel noxium esse, vendideris, quamvis duplam promiseris, teneris mihi ex empto, quanti mea intererit scisse, quia ex stipulatu eo nomine agere tecum non possum antequam mihi quid abesset.

Es wird ein Sklave verkauft, und bei seiner Übergabe dem Käufer im Rahmen der *stipulatio duplae* nicht nur die Freiheit von Rechtsmängeln garantiert, sondern des Weiteren zugesichert, dass der Sklave *furtis noxaque solutus* sei³⁷. Eine solche Stipulation ist auch im Edikt der kurulischen Ädilen vorgesehen³⁸ und wird uns etwa in Form der herkulaneischen Urkunde TH 60 für die Geschäftspraxis des ersten nachchristlichen Jahrhunderts überliefert³⁹.

³⁶ Marcell. (20 *dig.*) D. 46,3,72,5: *Qui hominem debebat, Stichum, cui libertas ex causa fideicommissi praestanda est, solvit: non videtur liberatus: nam vel minus hic servum dedit quam ille, qui servum dedit nondum noxia solutum. num ergo et si vispellionem aut alias turpem dederit hominem, idem sit? et sane datum negare non possumus et differt haec species a prioribus: habet enim servum, qui ei auferri non possit; vgl. dazu etwa ERNST, Rechtsmängelhaftung (Fn. 24), 113 f.*

³⁷ Zu diesem Verständnis von „*furem vel noxium*“ auch *Impallomeni*, L'editto (Fn. 16), 51; HONSELL, Quod interest (Fn. 18), 102 u. Fn. 182 sowie *Solidoro Maruotti*, „... Si vero sciens“ (Fn. 16), 5292 Fn. 72. Von „*vendita di un servo fur*“ geht hingegen *Nunzia Donadio*, Responsabilità del venditore per i vizi della „*res empti*“ a proposito di D. 19,1,13,1 (Ulp. 32 ad ed.), Index 33 (2005), 491 unter Berufung auf D. 19,1,13,1 aus; zum Ulpianextext s. sofort bei Punkt II.5.

³⁸ Vgl. z.B. *Pomp.* (26 *ad Sab.*) D. 45,1,5 pr. *i.f.* (...*item duplae stipulatio venit ab iudice aut ab aedilis edicto*) oder *Ulp.* (32 *ad ed.*) D. 21,2,37,1 *i.f.* sowie den Hinweis bei *Ulp.* (32 *ad ed.*) D. 19,1,11,14.

³⁹ S. zur überzeugenden Neulesung dieser Urkunde bei *Giuseppe Camodeca*, *Tabulae Herculanae: riedizione delle emptiones di schiavi* (TH 59-62), in: *Quaestiones Iuris*. Festschrift Josef Georg Wolf/70. Gb., Berlin 2000, 55 ff., 57: ... [*eam pue*]llam, *q(uae) s(upra)*

Eine solche Verknüpfung stipulationsweiser Zusagen, die sowohl gegen Rechts- wie auch Sachmängel schützen sollen, findet sich etwa schon bei Varro überliefert⁴⁰ und wird auch Gegenstand juristischer Beurteilung: So führt etwa Ulpian aus, dass jede Zusage – nach dem Grundsatz *tot stipulationes, quot species (res, summae, corpora)*⁴¹ – für sich steht und zu einer eigenen Klage führen kann:

Quia dicitur, quotiens plures res in stipulationem deducuntur, plures esse stipulationes, an et in duplae stipulatione hoc idem sit, videamus. cum quis stipulatur „fugitivum non esse, erronem non esse“ et cetera quae ex edicto aedilium curulium promittuntur, utrum una stipulatio est an plures? et ratio facit, ut plures sint. / ... secundum haec saepius ex stipulatu agi poterit: neque enim ex una stipulatione, sed ex pluribus agitur.⁴²

Daraus ergibt sich nun die Möglichkeit, beim Vorliegen jedes einzelnen „Mangels“ gesondert zu beurteilen, unter welchen Voraussetzungen die Klage aus der Stipulation erhoben werden kann, was auch in D. 19,1,4 pr. thematisiert wird. Hier wusste der Verkäufer (trotz seiner förmlichen Zusage), dass der veräußerte Sklave einer Noxalhaftung unterliegt, während sein Vertragspartner ahnungslos war. Zwar kann der Käufer sofort ab Kenntnis wegen dieses Verstoßes gegen die *bona fides* mittels *actio empti* Schadensersatz erlangen,

*s(cripta) est, sanam ess[e] / [furtis] noxaeque solutam, [fugi]tivam / [erro]nem non esse praestari [e]t / [dupla]m pecuniam ex formula edicti / [aedili]um curulium, ita uti adsolet, [quae h]oc anno de mancipis emundis / [vendu]ndis cauta comprehensaque / [est,] dari, haec sic recte dari / [fieri]que stipulata est ...; dazu auch Reduzzi MEROLA, Per lo studio (Fn. 12), 219 u. Fn. 42 ff. (, wo auch auf die Besprechungen dieser neuen Lesung in den Rezensionen von M.L. Peluso und É. Jakab eingegangen wird); vgl. etwa auch die in FIRA III², Florenz 1968, Nr. 88 wiedergegebene Kaufurkunde: *Eum puerum sanum traditum esse, furtis noxaeque / solutum, erronem fugiti<v>um caducum non esse / pr<a>estari: et si quis eum puerum q(uo) d(e) a(gitur) / partemve quam quis ex eo evicerit, q(uo) m(inus) / emptorem s(upra) s(criptum) eunve ad q(uem) ea res pertinebit / uti frui habere possidereq(ue) recte liceat / tunc quantum it erit, quod ita ex eo evictum fuerit, / t(antam) p(ecuniam) duplam r(ecte) ... d(ari) f(ide) p(romisit).**

⁴⁰ Zu Varro, rust. 2, 10, 5 s. bereits oben bei Fn. 8; ferner Varro, rust. 2, 4, 5 zum Verkauf von Schweinen: *Emi solent sic: I{u}<l>asce sues sanas esse habereque recte licere, noxisque praestari neque de pecore morbozo esse spondesne?* Ebenso rust. 2, 5, 11 zum Kauf von ungezähmten Rindern.

⁴¹ Vgl. z.B. Ulp. (46 *ad Sab.*) D. 45,1,29 pr.; (22 *ad ed.*) D. h.t. 75,9; (79 *ad ed.*) D. h.t. 86 bzw. Paul (3 *ad Nerat.*) D. h.t. 140 pr.

⁴² Ulp. (46 *ad Sab.*) D. 21,2,32 pr.-1. S. auch Paul. (6 *resp.*) D. 21,2,11, 1, der etwa auf die Reichweite der im Rahmen der *stipulatio duplae* üblichen Klausel *furtis noxaeque esse solutum* eingeht: *Ex his verbis stipulationis duplae vel simplae „eum hominem quo de agitur noxa esse solutum“ venditorem conveniri non posse propter eas noxas, quae publice coerceri solent.*

doch würde ihm eine Klage aus diesem Teil der Garantiestipulation (arg. *ex stipulatu eo nomine agere*) erst zustehen⁴³, wenn ihm tatsächlich etwas fehlt, wenn er also im Noxalprozess verurteilt wurde und entweder den Sklaven als Täter ausgeliefert oder die *poena* bezahlt hat⁴⁴; ein allfälliges Wissen oder Nichtwissen des Verkäufers findet bei der Garantiestipulation, die auf Haftung „im objektiven Sinn“ abzielt, gerade keine Berücksichtigung.

Diese Klagevoraussetzung muss nun genauso gelten, wenn der Kundmachungspflicht des Edikts bei einem *noxa non solutus* nicht entsprochen wurde: In aller Regel lässt sich nämlich nur im Wege eines Prozesses Sicherheit darüber erlangen, ob der Sklave tatsächlich einer Noxalhaftung unterliegt. Der Anspruch des Klägers, der sich auf ein Delikt jenes Sklaven beruft, könnte sich im Verfahren ja als unbegründet erweisen, sei es, dass der Beschuldigte als Täter gar nicht in Frage kommt oder dass die Noxalklage aus anderen Gründen – etwa aufgrund eines früheren außergerichtlichen Vergleichs – nicht zum Erfolg führt⁴⁵. Und aus denselben Gründen ist die Verurteilung im Noxalprozess und die darauf folgende Bußzahlung oder die Auslieferung des Täters⁴⁶ auch für das Erheben der *actio empti* erforderlich, soweit diese im entwickelten klassischen Recht als Gewährleistungsklage erteilt wird⁴⁷.

⁴³ HONSELL, *Quod interest* (Fn. 16), 102, denkt hier an eine Klage auf das *duplum*. Allerdings kann der Verkäufer, sofern er sein bloßes Einstehen (*praestari*) für Sachmängel – etwa im Sinn von FIRA III², Nr. 87 – zugesagt hat, m.E. nur auf Rückgabe des Kaufpreises oder Erstattung des Wertminderung angesichts der Bußzahlung klagen, nicht jedoch auf das für den Eviktionsfall versprochene *duplum*; vgl. auch Pomp. (9 *ad Sab.*) D. 21,2,16,2: ... *summam autem opinionis suae hanc esse, ut tantum ex ea stipulatione consequar, quanti mea intersit aut post stipulationem interfuerit eum servum fugitivum non esse*. Die Juristen sprechen allerdings zugleich davon, dass es sich um einen Anspruch „*ex stipulatione dupli*“ handelt; so etwa Paul. (10 *ad Sab.*) D. 21,2,3.

⁴⁴ Eine weitere Variante des „*mihi quid abesset*“ findet sich bei Pomp. (19 *ad Sab.*) D. 21,2,30: *Si emptori, qui stipulatus sit furtis noxisque solutum esse, heres exstiterit is, cui servus furtum fecerit, incipit is ex stipulatu actionem habere, quemadmodum si ipse alii praestitisset*.

⁴⁵ So Ulp. (1 *ad ed. aed. cur.*) D. 21,1,17,17: ... *ergo si noxam commisit nec permanet, noxa solutus videtur*.

⁴⁶ Vgl. allg. Gai. 4, 75 und in unserem Kontext Ulp. (1 *ad ed. aed. cur.*) D. 21,1,17,18 *i.f.*: *Noxas accipere debemus privatas, hoc est eas, quaecumque committuntur ex delictis, non publicis criminibus, ex quibus agitur iudiciis noxalibus: denique specialiter cavetur infra de capitalibus fraudibus. ex privatis autem noxiis oritur damnum pecuniarium, si quis forte noxae dedere noluerit, sed litis aestimationem sufferre*.

⁴⁷ Ulp. (32 *ad ed.*) D. 19,1,11,12: *Idem [i.e. Neratius] libro secundo responsorum ait emptorem noxali iudicio condemnatum ex empto actione id tantum consequi, quanti minimo defungi potuit: idemque putat et si ex stipulatu aget: ...*; vgl. zu Neraz in diesem Kontext auch Mario TALAMANCA, *Vendita*, in: ED 46 (1993), 445 u. Fn. 1474. Für eine „Gewährleistungsklage“ spricht hier m.E. schon der Vergleich mit der Klage aus der Stipulation; zudem wird der

Mit anderen Worten weist die „Sachmängel“-Haftung hinsichtlich des noxal belasteten Sklaven insofern eine gewisse „formale“ Ähnlichkeit zum Eviktionsprinzip auf, als hier wie dort für den Gewährleistungsanspruch ein erfolgreicher Prozess gegen den Käufer sowie dessen Leistung an den Kläger vorausgesetzt werden, doch geht es im Noxalverfahren um eine obligatorische und keine dingliche Berechtigung und ebenso wenig lässt sich hier im Fall der Verurteilung von „Eviktion“ sprechen⁴⁸.

5. Diese Feststellung bietet den Ausgangspunkt, um sich einem gerade in letzter Zeit häufiger besprochenen Beleg zuzuwenden, nämlich dem Ulpianentext (32 *ad ed.*) D. 19,1,13,1:

Item qui furem vendidit aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debet, quanti emptoris interfuit non decipi: si vero ignorans vendiderit, circa fugitivum quidem tenetur, quanti minoris empturus esset, si eum esse fugitivum scisset, circa furem non tenetur: differentiae ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet et quasi evictionis nomine tenetur venditor, furem autem habere possumus.

Im *principium* dieses Fragments geht Ulpian auf die grundlegende Unterscheidung ein, die Julian bezogen auf die Verurteilung aus der *actio empti* trifft, sollte der Verkäufer ein krankes Stück Vieh (*pecus morbosum*) oder einen schadhafte Balken (*tignum vitiosum*) veräußert haben: Tut er das nämlich im Wissen um den Mangel, so hat er auch für die Folgeschäden einzustehen, während ein unwissender *venditor* aufgrund der Vertragsklage nur zu erstatten hat, um wie viel weniger der Käufer die Ware in Kenntnis des Mangels erworben hätte⁴⁹. Bei der hier interessierenden Stelle wird nun

„Interesseterminus“ nicht verwendet, auch wenn HONSELL, *Quod interest* (Fn. 16), 67 f., das anders zu erklärt; gegen Haftung „im objektiven Sinn“ ferner IMPALLOMENE, *L'editto* (Fn. 16), 258 Fn. 1, der allerdings nur einwendet, „che nella fattispecie si considera il *petitum* dell'*actio empti*, e non la *causa petendi*, che potrebbe quindi essere da dolo“. S. zu diesem Beleg eingehend unten bei Punkt III.3.

⁴⁸ S. schon oben bei Fn. 33. Dementsprechend unterscheiden die Juristen auch inhaltlich zwischen den Ansprüchen, wie das bei Ulp. (32 *ad ed.*) D. 19,1,11,8 anklängt: *Idem Neratius, etiamsi alienum servum vendideris, furtis noxisque solutum praestare te debere ab omnibus receptum ait* ...; hinsichtlich der Ansprüche aus der *stipulatio duplae* selbst vgl. dann etwa Pomp. (9 *ad Sab.*) D. 21,2,16,2.

⁴⁹ Vgl. Ulp. (32 *ad ed.*) D. 19,1,13 pr.: *Julianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione*

anhand derselben Unterscheidung der Verkauf eines Sklaven erörtert, der sich als gewohnheitsmäßiger Dieb (*fur*) oder als zu Fluchtversuchen neigender Ausreißer (*fugitivus*) erweist⁵⁰. Mit anderen Worten wird der Sklave an den Käufer übergeben, und bei diesem tritt der Mangel dann insofern zu Tage, als der Sklave dem *emptor* entläuft (oder einen Fluchtversuch unternimmt)⁵¹ beziehungsweise ein *furtum* (etwa dem neuen *dominus* gegenüber) begeht. Damit erhebt sich für den Käufer die Frage, ob schon vor Vertragsschluss beim Sklaven die Flucht- oder Diebstahlsneigung vorgelegen ist. Lässt sich dieser Umstand nachweisen, was Ulpian mit den Worten *fur* und *fugitivus* klarstellt, so steht fest, dass von einem Verkäufer, der diese Neigung des Sklaven kannte, mittels *actio empti* jedenfalls Schadensersatz im obigen Sinn gefordert werden kann.

Anders verhält es sich hingegen wenn der Verkäufer nichts von einer solchen Neigung des Sklaven wusste: Im Hinblick auf den *fugitivus*

praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.

⁵⁰ Vgl. Georg KLINGENBERG, *Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei* X.6: *Servus fugitivus*, Stuttgart 2005, I; 76 f. Solidoro MARUOTTI, „... Si vero sciens“ (Fn. 16), 5290 f. meint hingegen es sei beim „schiavo *fur* non chiarito se ‘incline al furto’ o di questa già reo, e pertanto *noxia non solutus*“ und ebensowenig beim „*servus fugitivus* ... se ‘incline alla fuga’, o già in fuga all’atto della vendita“ und leitet daraus „un radicale rimaneggiamento“ des zweiten Teils des Textes ab, bei dem es sich um eine sinnstörende nachklassische Glosse handeln müsse (ebd., 5292 f.); so schon HONSELL, *Quod interest* (Fn. 16), 84 und Ulrich MANTHE, *Zur Wandlung des servus fugitivus*, TR 44 (1976), 135 u. Fn. 15. Die Annahme nachklassischer Bearbeitungen, die auch von einem Teil der älteren Lehre – s. z.B. IMPALLOMENI, *L’editto* (Fn. 16), 251 ff.; CALONGE, *Eviccion* (Fn. 33), 90 f. – vertreten wird, ist m.E. jedoch nicht zwingend, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen sollen; für die Klassizität des Textes einschließlich der Begründung spricht sich auch DONADIO, *Responsabilità* (Fn. 37), 482 aus.

⁵¹ Insofern teile ich nicht die Meinung von DONADIO, *Responsabilità* (Fn. 37), 492-494 – zuletzt *ead.*, *Garanzia per i vizi della cosa e responsabilità contrattuale*, in: Éva Jakab/Wolfgang Ernst (Hg.), *Kaufen nach Römischem Recht*, Berlin-Heidelberg 2008, 71 u. Fn. 24 f. -, es handle sich hier um den Verkauf eines „*mancipium in fuga positus* (cioè schiavo attualmente in fuga)“, weshalb der Sklave beim Kaufabschluss gar nicht übergeben werden kann. Abgesehen davon, dass dann ein Problem der Nichterfüllung und nicht des Sachmangels vorläge, spricht gegen diese Annahme der Vergleich mit der Eviktion, die sich ja gegen den Käufer richten würde, sowie die Parallele zum Verkauf eines *fur*, dessen Tradition an den Käufer auch von DONADIO nicht bezweifelt wird (ebd., 490 f.). Nicht vom Wortlaut der Quelle getragen scheint auch die von JAKAB, *Diebische Sklaven* (Fn. 18), 39 in Betracht gezogene Möglichkeit zu sein, der *fugitivus* sei „ein entlaufener Sklave, der vom Nichteigentümer verkauft wurde“, was nach HONSELL, *Quod interest* (Fn. 16), 84 im Übrigen als die (unkundige) Auffassung des nachklassischen Glossators (s. schon die vorige Fn.) anzusehen ist.

gewährt der Spätklassiker die Vertragsklage auf Preisminderung, während dem Käufer hinsichtlich des *fur* keine Ansprüche aus der *emptio venditio* zustehen. Von besonderem Interesse erscheint in unserem Zusammenhang Ulpian's Begründung für diese Entscheidung: Da sich der Sklave (zumindest zeitweise) auf der Flucht befunden hat, war der Käufer in seinem *habere licere* beeinträchtigt. Dementsprechend hängt es von der konkreten Situation ab, nämlich ob der *fugitivus* bereits wieder eingefangen wurde oder ob er immer noch flüchtig ist, *quanti minoris empturus esset*. Wie *Vacca* zu Recht betont, haftet der Verkäufer hier deshalb, weil er seine vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Geschäftspartner nicht erfüllt hat; es liegt nämlich an der Beschaffenheit der Ware, dass das geschuldete, dauerhafte *habere licere* nicht erhalten bleibt⁵². Die Beeinträchtigung des *habere* durch eine vom Sklaven unternommene Flucht lässt sich somit in gewissem Sinn mit einer Eviktion vergleichen, obwohl sich der Spätklassiker über die bestehenden Unterschiede natürlich völlig im Klaren ist (arg. *quasi evictio*)⁵³.

Signifikant erscheint der Verweis auf eine *quasi evictio* m.E. auch wegen des Parallelfalles des verkauften und übergebenen *fur*: Da der gewohnheitsmäßige Dieb ohne Einschränkung in der Gewalt des Käufer verblieben ist und da somit ein dauerhaftes *habere* bejaht werden kann, steht die *actio empti* als Preisminderungsklage nicht zur Disposition. Insofern ändert diese Argumentation des Spätklassikers nichts daran, dass die Grundsätze des ädilizischen Rechts Beachtung finden sollen, soweit die *actio empti* als „Gewährleistungsklage“ für Sachmängel erteilt wird⁵⁴: Nur eine ausdrückliche Zusicherung, dass der Sklave „zuverlässig“ oder eben „kein Dieb“ ist, wie sie sich wohl nicht selten in der Vertragspraxis findet, hätte dem Käufer

⁵² Vgl. Letizia VACCA, Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica, IURA 45 (1994) [publ. 1997], 64.

⁵³ S. nur *Talamanca*, Vendita (Fn. 47), 446 Fn. 1478 sowie DONADIO, Responsabilità (Fn. 37), 485. Anders JAKAB, Diebische Sklaven (Fn. 18), 39 f. die von Eviktion im technischen Sinn ausgeht, und es daher in Betracht zieht, dass Ulpian, „der bekanntlich ausgezeichnete Jurist hier Sach- und Rechtsmängelhaftung vermengt“.

⁵⁴ S. TALAMANCA, Vendita (Fn. 47), 446, wonach „sulla disciplina della responsabilità per i vizi della cosa venduta in base all'azione contrattuale abbia influito in questo senso il regime della responsabilità edilizia“; im selben Sinn etwa auch Peter APATHY, Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht, SZ 111 (1994), 117 f. u. Fn. 108 in Verbindung mit 97 f. Weiter geht hier die Auffassung von JAKAB, Diebische Sklaven (Fn. 18), 42 f., wonach „der Inhalt des ädilizischen Edikts in die *actio empti* rezipiert wurde“, weshalb „Ulpian die *actio empti* mit dem objektiven Hafungsinhalt ... allein und ausschließlich für den Fall ausspricht, für den auch die Ädilen ihre Klagen erteilt hätten“.

hier Schutz geboten⁵⁵. Wenn sich allerdings herausstellt, dass der Sklave vor Kaufabschluss ein *furtum* gegenüber einem Dritten verübt hat, und der Bestohlene nun mittels *actio noxalis* gegen den Käufer vorgeht, so kommt es in dieser Variante zur Verurteilung und in der Folge auch zum Eingriff ins *habere licere*, was den Vergleich mit einer Eviktion ermöglicht (arg. *quasi evictio*)⁵⁶; denn der im Noxalverfahren verurteilte Käufer muss jedenfalls die Buße leisten, um einer Auslieferung seines Sklaven zu entgehen beziehungsweise um sich das *habere* zu bewahren; genau diese Zwangslage berechtigt ihn nach Ulpian's Argumentation, die Vertragsklage zu erheben. Auch anhand von Ulp. D. 19,1,13,1 lässt sich also festhalten, dass die Inanspruchnahme des Verkäufers wegen eines *noxam non solutus* immerhin „formale“ Ähnlichkeiten mit einem Eviktionsregress aufweist und dass sich die klassischen Juristen dieses Umstandes durchaus bewusst waren.

III. Die Zuordnung des *noxam non solutus* zu den „Sachmängeln“

1. Die vorangegangenen Ausführungen haben deutlich gemacht, dass sich der Fall des noxal belasteten Sklaven weder mit dem *vitium*-Begriff des ädilischen Edikts deckt, da er nicht einmal als besonders qualifiziertes *vitium animi* angesehen werden kann⁵⁷, noch dass er sich unter die Rechtsmängel subsumieren lässt, weil es hier (nicht zuletzt) an einer dinglichen Belastung der *res vendita* fehlt: Das führt die klassische Jurisprudenz angesichts formaler Ähnlichkeiten zum Eviktionsregress zur Feststellung, man könne die Verkäuferhaftung für den *noxam non solutus* als *quasi evictio* sehen⁵⁸, was den *sui generis*-Charakter eines solchen „Mangels“ betont; denn seiner Geltendmachung geht ebenfalls die Verurteilung des Käufers – freilich im Verfahren über eine *obligatio ex delicto* – voraus⁵⁹.

⁵⁵ So ausdrücklich Ulp. (32 *ad ed.*) D. 19,1,13,3; s. zu vergleichbaren Zusagen schon oben bei Fn. 20 f. sowie – in Abgrenzung zum *furtis noxae solutus* – insbes. Ulp. (42 *ad Sab.*) D. 50,16,174: *Aliud est promittere ‚furem non esse‘, aliud ‚furto noxae solutum‘: qui enim dicit furem non esse, de hominis proposito loquitur, qui furtis noxae solutum, nemini esse furti obligatum promittit*; erwähnenswert ist diesbezüglich auch ein innovativer Interpretationsansatz bei Reduzzi MEROLA, *Per lo studio* (Fn. 12), 217.

⁵⁶ Vgl. insofern auch die bezeichnende Bezugnahme auf das *habere licere* bei Pomp. (6 *ad Sab.*) D. 30,45,1: ... *sed ob id, quod furtum fecit servus aut noxam nocuit, evenit, quo minus eum habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non liceat*; zum gesamten Wortlaut der Pomponiusentscheidung oben bei Fn. 24.

⁵⁷ S. oben bei Fn. 19 ff.

⁵⁸ Ulp. D. 19,1,13,1; vgl. soeben bei Fn. 56.

⁵⁹ Zu Paul. D. 19,1,4 pr. oben bei Fn. 37 ff.

Andererseits haben die Ädilen – wohl schon von allem Anfang an⁶⁰ – bei der Normierung der Kundmachungspflichten in ihrem Edikt deutlich gemacht, dass der Fall des noxal belasteten Sklaven den typischen Sachmängeln im Sinn der *morbi vitiaque* an die Seite zu stellen ist. Damit steht seine Einordnung als Sachmangel „im juristischen Sinn“⁶¹ unumstößlich fest, doch soll an dieser Stelle kurz überlegt werden, was die Ädilen und die bei der Erstellung des Edikts wohl beratend zugezogenen Juristen zu diesem Schritt veranlasst haben könnte. Denn als Alternative hätte sich – rein theoretisch – immerhin angeboten, den Fall des *noxam non solutus*, in Anlehnung an die Rechtsmängel, einer Absicherung im Wege der gleichfalls durch das Edikt geregelten Garantiestipulationen zu überlassen⁶²; das hätte in weiterer Folge die Möglichkeit eröffnen können, auch in diesem Fall – ähnlich der „Auktoritätshaftung“ im Vorfeld der Eviktion – eine Denuntiationspflicht des Käufers⁶³ und damit die Beteiligung des Verkäufers am Noxalverfahren zu etablieren, da dieser vermutlich besser als der ahnungslose Käufer zur allfälligen Verteidigung des beschuldigten Sklaven in der Lage ist.

Für die Entscheidung der Ädilen dürfte, wie mir scheint, nicht ein alleiniger Grund, sondern ein Ursachenbündel ausschlaggebend gewesen sein: In der Lehre wird in diesem Kontext vor allem hervorgehoben, dass die Anordnung in das Edikt aufgenommen wurde, um den Käufer vor dem zweifellos gravierenden Vermögensnachteil zu schützen, der ihm aufgrund einer Noxalklage droht⁶⁴; dazu passt, dass die Kundmachungspflicht dann nicht mehr besteht, wenn dem Käufer und aktuellem Gewalthaber trotz eines vom Sklaven begangenen Delikts keine Noxalklage (mehr) droht⁶⁵. Des Weiteren ist auch ein gewisser Einfluss aufgrund der in der Geschäftspraxis üblichen Garantiestipulationen nicht unwahrscheinlich⁶⁶: Allerdings

⁶⁰ S. schon bei Fn. 11.

⁶¹ Vgl. oben bei Fn. 16.

⁶² Allerdings wäre dabei, wenn man diesen Gedanken „weilerspinnt“, dem Verkäufer in der „Musterstipulation“ jedenfalls kein *duplum* (wie im Eviktionsfall) aufzuerlegen, da das verübte Delikt – anders als im Fall seiner dinglichen Belastung – jedenfalls dem Sklaven selbst zuzurechnen ist, während der jeweilige Gewalthaber dafür „bloß“ den Haftungsstock bildet; dem entspricht auch das „*praestari*“ in der Geschäftspraxis; vgl. zu TH 60 oben bei Fn. 39 und ergänzend Fn. 43.

⁶³ In Urkunden wird diese Denuntiationspflicht im Eviktionsfall dann zum Teil privatautonom ausgeschlossen; vgl. Reduzzi MEROLA, *Per lo studio* (Fn. 12), 220 f.

⁶⁴ So Vincent, *Le droit* (Fn. 16), 50; MONIER, *La garantie* (Fn. 9), 38 f.; IMPALLOMENE, *L'editto* (Fn. 16), 13; MANNA, *Actio redhibitoria* (Fn. 10), 63 f. oder – s. schon Fn. 26 – ZIMMERMANN, *Law* (Fn. 26), 315.

⁶⁵ Zu Ulp. D. 21,1,17,17 schon oben bei Fn. 10.

⁶⁶ Weiter geht hier die Auffassung von JAKAB, *Diebische Sklaven* (Fn. 18), 36 f.; *ead.*,

stehen in den Formularen, die uns bei Varro überliefert sind, Rechts- und Sachmängelgarantien häufig ununterschieden nebeneinander (arg. *sanas esse habereque recte licere, noxisque praestari; san{ee}um esse, furtis noxisque solutum aut, si mancipio non datur, dupla promitti*⁶⁷), so dass eine identische Einstufung von *morbosus* und *noxā non solutus* aus der Sicht der Ädilen wohl nicht zwingend geboten erschien; abgesehen davon ist auch die unterschiedliche Wortwahl des in der Geschäftspraxis gebräuchlichen „*furtis noxisque (non) solutus*“ zum bloßen „*noxā non solutus*“ des Ediktswortlautes in dieser Hinsicht zumindest auffallend⁶⁸.

2. Man hat in diesem Zusammenhang allerdings auch darüber nachzudenken, ob nicht das Noxalrecht selbst Gründe für die ediktale Anordnung der Kundmachungspflicht in sich birgt. Bereits *De Visscher* und *Schmidlin* haben – wie erwähnt⁶⁹ – das im Noxalregime seit alters her konservierte und in der Regel *noxā caput sequitur* „rechtlich verfestigte“ Rachebedürfnis als Motiv der Normierung zur Diskussion gestellt. Noch auffällender erscheinen mir unter dem Gesichtspunkt einer „noxalen Anbindung“ jedoch die Rechtsfolgen, die von den Ädilen vorgesehen werden und die eine Einbeziehung des *noxā non solutus* in das Regelungssystem des Edikts nahelegen könnten: Denn dadurch verheißen die Ädilen auch einem Käufer, der im Noxalprozess verurteilt wurde und an das Tatopfer geleistet hat⁷⁰, (innerhalb entsprechender Frist) nach seiner Wahl entweder die *actio redhibitoria* auf Wandlung oder die *actio quanti minoris* auf Preisminderung⁷¹.

Diese beiden Klagen erscheinen – wenn man das üblicherweise zu erwartende Partieverhalten zugrunde legt – gerade hier besonders gut geeignet, dem Käufer zum Ausgleich zu verhelfen: Hat der verurteilte *emptor* den Täter nämlich im Wege der *noxae deditio* ausgeliefert (weil die Buße den Kaufpreis als dabei

Praedicere und cavere (Fn. 12), z.B. 145 f. u.ö., wonach – entgegen der verbreiteten Lehre – nicht nur kein „direkter Einfluss des ädilizischen Edikts auf die Vertragspraxis (erzwungene Garantie)“ bestehe, sondern als „umgekehrte Entwicklung“ zu vermuten sei, dass sich „die Marktaufseher, die kurulischen Ädilen ... bei der Formulierung ihrer Marktvorschriften stark auf die Lebens- und Geschäftserfahrung“ stützen, wie sie sich „in den bekannten Formularbüchern ... manifestiert“.

⁶⁷ Zu den bei Varro überlieferten Verkaufsformularen s. oben bei Fn. 8 und Fn. 40.

⁶⁸ Darauf weist schon W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908, 56 u. Fn. 5 hin; vgl. auch Reduzzi MEROLA, *Per lo studio* (Fn. 12), 216 f.

⁶⁹ S. oben bei Fn. 28 ff.

⁷⁰ Zu dieser Aussage bei Paul. D. 19,1,4 pr. oben bei Fn. 43 ff.

⁷¹ S. schon oben bei Fn. 18.

relevanten Sklavenwert übersteigt), so steht ihm aufgrund der ausdrücklichen Anordnung des Edikts die Wandlungsklage zur Verfügung, obwohl er den Sklaven nicht mehr an den Verkäufer zurückgeben kann⁷²; er erhält somit den bezahlten Kaufpreis rückerstattet. Wollte der Käufer hingegen den Sklaven (angesichts einer geringeren *poena*) behalten und leistete er aus diesem Grund die *litis aestimatio* an das Tatopfer, dann bildet diese einen geeigneten Maßstab für seinen Anspruch auf Kaufpreisreduktion. Ist den Interessen des Käufers also auf diese Weise Rechnung getragen, scheinen nun die (negativen) Folgen des Noxalprozesses auf Seiten des Verkäufers eingetreten zu sein, was zugleich der grundsätzlichen Tendenz des Wandlungsverfahrens entspricht, zwischen den Vertragsparteien die Wirkungen einer *restitutio in integrum* herbeizuführen⁷³.

Der vermutete Einfluss von Regelungen des Noxalrechts muss aber für den Fall überprüft werden, dass sich der Käufer nicht rational verhält, sondern eine den Kaufpreis übersteigende Buße bezahlt und erst danach mittels *actio redhibitoria* gegen den Verkäufer vorgeht. Auch hierfür ist im Rahmen des Wandlungsverfahrens vorgesorgt: Der Käufer kann nämlich – wie mehrere Juristentexte unter Bezugnahme auf Julian belegen⁷⁴ – mittels *actio redhibitoria* nur den Kaufpreis, nicht etwa auch Ersatz für die an das Tatopfer geleistete Buße erlangen, sofern der Verkäufer im Gegenzug auf die Rückgabe des Sklaven verzichtet. Damit wird zugleich der bei Gaius ausgedrückte Grundsatz des Noxalrechts, dass ein Gewalthaber für das vom Sklaven verübte Delikt nicht über dessen Wert hinaus einzustehen braucht, auf den *venditor* erstreckt⁷⁵. Zwar ist der Käufer der Noxalklage als Gewalthaber

⁷² Vgl. dazu auch GAROFALO, Studi (Fn. 16), 73 u. Fn. 98 f. (mit Literatur), der auf den quellenmäßig behandelten Fall Bezug nimmt (s. sofort Fn. 74), dass ein zu wandelnder Sklave nach der Übergabe an den Käufer ein Delikt gegenüber Dritten begangen hatte und vom *emptor* als Schädiger ausgeliefert wurde; letzterem steht dennoch die Wandlungsklage zu. Allerdings gelten diese Grundsätze wohl gleichermaßen, wenn der Sklave das Delikt schon zuvor verübt hat, wie sich Gai. (18 *ad ed. prov.*) D. 30,70,2 in Verbindung mit D. 30,70 pr. entnehmen lässt.

⁷³ Vgl. insbes. Ulp. (1 *ad ed. aed. cur.*) D. 21,1,23,7: *Iulianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere.*

⁷⁴ So z.B. Ulp. (1 *ad ed. aed. cur.*) D. 21,1,23,8: *Quare sive emptori servus furtum fecerit sive alii cullibet, ob quod furtum emptor aliquid praestiterit, non aliter hominem venditori restituere iubetur, quam si indemnem eum praestiterit. quid ergo, inquit Iulianus, si noluerit venditor hominem recipere? non esse cogendum ait quicquam praestare, nec amplius quam pretio condemnabitur: et hoc detrimentum sua culpa emptorem passurum, qui cum posset hominem noxae dedere, maluerit litis aestimationem sufferre: et videtur mihi Iuliani sententia humanior esse; ferner Ulp. D. h.t. 29,3 sowie D. h.t. 31 pr. S. auch schon oben Fn. 72.*

⁷⁵ Gai. 4,75 *i.f.*: *Ex maleficio filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis*

ausgesetzt, doch werden die Folgen des Verfahrens infolge der Redhibition auf den Verkäufer überwältigt; insofern tritt an die Stelle der ihm fehlenden Möglichkeit, den Täter im Wege der *noxae deditio* auszuliefern, das Recht des Verkäufers, auf den Sklaven zu verzichten und damit die vom Käufer bezahlte Buße nicht ersetzen zu müssen; es ist wohl kein Zufall, dass eine solche Vorgehensweise des *venditor* bei Afrikan der *noxae deditio* gleichgesetzt wird (arg. *pro noxae deditio*)⁷⁶.

3. Anhand des bereits erwähnten Belegs Ulp. (32 *ad ed.*) D. 19,1,11,12 wird nun deutlich⁷⁷, wie der soeben skizzierte Gedanke Anwendung findet, wenn statt der ädilizischen Klage das *bonae fidei iudicium* zur Anwendung kommt; denn hier ist der Ersatzanspruch des Käufers, der die *poena* geleistet hat, ja nicht „klagsimmanent“ (durch Verzicht des Verkäufers) auf die bloße Rückerstattung des Kaufpreises beschränkbar:

Idem [sc. Neratius] libro secundo responsorum ait emptorem noxali iudicio condemnatum ex empto actione id tantum consequi, quanti minimo defungi potuit: idemque putat et si ex stipulatu aget: et sive defendat noxali iudicio, sive non, quia manifestum fuit noxium servum fuisse, nihilo minus vel ex stipulatu vel ex empto agere posse.

Ein Käufer ist also nach Erwerb eines *noxia non solutus* im Noxalprozess verurteilt worden. Bezogen auf die hieraus resultierende Gewährleistungsklage verweist nun Ulpian auf ein Rechtsgutachten des Hochklassikers Neraz⁷⁸, wonach der Ersatzanspruch aufgrund der *actio empti* den Grundsätzen der Vertragstreue unterliegen muss: Auch der unwissende⁷⁹ Verkäufer hat für den „Mangel“ zwar einzustehen, doch ist seine Ersatzleistung insofern der Höhe

aestimationem sufferre aut noxae dedere. erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse.

⁷⁶ Vgl. Afr. (8 *quaest.*) D. 47,2,62,2: *Idem dicendum de eo, quem convenisset in causa redhibitionis esse, uti, quemadmodum accessiones et fructus emptor restituere cogitur, ita et e contrario venditor quoque vel damnum decidere vel pro noxae deditioe hominem relinquere cogatur.*

⁷⁷ S. schon oben bei Fn. 47.

⁷⁸ Mit *idem* verweist Ulpian auf den schon in (32 *ad ed.*) D. 19,1,11,10 namentlich genannten Juristen.

⁷⁹ Zweifel äußert diesbezüglich IMPALLOMENE, L'editto (Fn. 16), 258 Fn. 51, der von einer „*causa petendi* che potrebbe quindi essere da dolo“ ausgeht; doch wäre die von Neraz vertretene Beschränkung des „*petitum dell'actio empti*“ m.E. nicht recht verständlich, wenn hier von einer *scientia venditoris* auszugehen wäre.

nach beschränkt, als sich das Verhalten des im Noxalprozess verurteilten Käufers als rational und ökonomisch sinnvoll erweisen muss⁸⁰. Hat jener etwa eine den Wert des Täters übersteigende Buße bezahlt, so kann er nur den Sklavenwert, der in aller Regel dem bezahlten Kaufpreis entsprechen wird, rückerstattet erhalten, da ihm ja die Befugnis zur *noxae deditio* eingeräumt war. Vom Nerazgutachten wird darüber hinaus noch ein weiterer Sachverhalt erfasst, der sich im Rahmen der *actio redhibitoria* nicht adäquat lösen lässt: Sollte der Käufer den Sklaven nämlich als Täter ausgeliefert haben, obwohl die *litis aestimatio* des Noxalprozesses geringer war als der Wert des Sklaven, so kann mittels *actio empti* wohl nur auf Ersatz dieser *poena* geklagt werden; denn das Motiv des Verkäufers, der den Täter vermutlich deshalb ausliefert, um keinen Sklaven mit deliktischer Neigung in seinem Haus zu haben, ist ja irrelevant, sofern er sich nicht ausdrücklich dessen besondere „Charakterfestigkeit“ zusichern lässt⁸¹. Auch an dieser Stelle zeigt sich also der bereits erwähnte Einfluss der Bestimmungen des ädilizischen Edikts auf die Vertragsklage, ohne dass dieser Umstand inhaltliche Identität der jeweiligen Ansprüche nach sich zieht⁸². Das genannte Prinzip wird von den klassischen Juristen im Übrigen auch auf die Klage aus der Garantiestipulation erstreckt, weil der Verkäufer darin das *praestari* für einen derartigen „Mangel“ übernommen hat⁸³.

Anzufügen bleibt, dass der zweite Teil der Ulpianstelle den Verdacht einer nachklassischen Textveränderung geweckt hat: Dass die *actio empti* ebenso wie die *actio ex stipulatu* auch zur Verfügung stehen sollten, wenn es gar nicht zum Noxalprozess sowie zur Verurteilung des *emptor* kam, erscheine vom klassischen Standpunkt aus fragwürdig, da dann die Qualifikation des Sklaven als *noxam non solutus* nicht unumstößlich sei⁸⁴. In der Tat dürfte der letzte Satz des Textes eine Ergänzung zum Gutachten von Neraz darstellen, doch stammt sie meiner Ansicht nach von Ulpian. Der Spätklassiker fügt an, dass ein Noxalverfahren unter der Voraussetzung entbehrlich ist, dass die noxale Belastung des erworbenen *servus* für die betroffenen Parteien offensichtlich war (arg. *manifestum fuit*); damit knüpft der Jurist wiederum an das Noxalrecht an, das dem mittels *actio noxalis* belangten Gewalthaber

⁸⁰ Dieser Gedanke beeinflusst im Übrigen auch die Anwendung anderer Klagen, wie zum Beispiel den Regress gegenüber den übrigen *socii*, wenn einer der Miteigentümer wegen des Delikts eines *servus communis* im Noxalprozess zur Verantwortung gezogen wurde; vgl. Paul. (23 ad ed.) D. 10,2,25,15: *Si unus ex coheredibus noxali iudicio servum hereditarium defenderit et litis aestimationem optulerit, cum hoc expediret, id pro parte hoc iudicio consequatur. ...*

⁸¹ S. oben bei Fn. 20 f. und bei Fn. 55.

⁸² Vgl. oben bei Fn. 54.

⁸³ S. schon oben bei Fn. 43.

⁸⁴ So IMPALLOMENE, L'editto (Fn. 16), 258 Fn. 51 i.f.

die Möglichkeit einräumt, wegen Aussichtslosigkeit auf eine Verteidigung des beschuldigten Sklaven zu verzichten und ihn bereits *in iure* dem Kläger zu überlassen⁸⁵; er braucht sich also – aus prozessökonomischen Erwägungen – nicht erst verurteilen lassen, um dann die von vornherein beabsichtigte *noxae deditio* zu vollziehen. Ulpian setzt hier meines Erachtens also eine Entwicklungslinie fort, die von (republikanischen) Juristen begonnen wurde, als sie von den Ädilen bei der Erstellung des Edikts *de mancipiis vendundis* beratend beigezogen wurden: Sie beriefen sich bei der Normierung der Kundmachungspflicht bezüglich des *nox non solutus* gleichfalls auf die das Noxalrecht leitenden Grundsätze.

⁸⁵ Vgl. insbes. Gai. (6 *ad ed. prov.*) D. 9,4,29 sowie Ulp. (23 *ad ed.*) D. *h.t.* 21 pr. und Paul. (18 *ad ed.*) D. *h.t.* 22,3; dazu etwa Max KASER/Karl HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, 255 u. Fn. 22/24; 279 u. Fn. 35.

Historický vývoj dokazovania a ostatných procesných inštitútov na území Slovenska – v práve rímskom, v práve uhorskom až po súčasnosť

Petra Príbelská

1. 1. Rímsky civilný proces.

Rímsky sporový proces bol ovládaný dispozičným princípom. Začínal sa žalobou (*actio*). Žalobca so žalovaným mohli spor ukončiť dohodou – zmierním a tým bola vec definitívne skončená. Žalovaný taktiež mohol uznať tvrdené právo žalobcom, na základe čoho bolo možné rozhodnúť rozsudkom pre uznanie. Rímske právo vychádzalo z existencie objektívneho práva a z toho, že podľa tohto práva bolo v civilnom procese určené, či tu je tvrdené právo žalobcu. Žalobca preto mal povinnosť tvrdiť skutočnosti, s ktorých odvodzoval svoje tvrdené právo a ďalej bol povinný existenciu týchto skutočností aj dokázať. V rímskom práve teda platila povinnosť tvrdenia a dôkazná povinnosť. V sporovom rímskom procese preto platila teória dôkazného bremena – *onus probandi*. Rovnakú povinnosť mal tiež žalovaný ohľadom tvrdení, ktorými odôvodňoval svoje námietky proti žalobe. Sudca bol prísne viazaný rozhodovať len na základe dokladov a dôkazov strán. Dôkazné bremeno zaťažovalo toho, kto nejakú okolnosť tvrdil a nie toho, kto ju popieral. Právnik Paulus jasne týmito slovami formuloval, komu patrila dôkazná povinnosť: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*.¹ Preto žalobca dokazoval tvrdenia, ktoré boli v intencii alebo v replikácii, kým žalovaný tvrdenia obsiahnuté v excepcii a duplikácii. Tieto pravidlá platia aj dodnes v našom právnom poriadku.

Pokiaľ išlo o dokazovanie sudca a strany voľne rozhodovali, aké skutočnosti sa majú dokazovať a akými prostriedkami. Sudca mohol žiadať od strán predloženie dôkazov, vykonanie dôkazov bolo vecou procesných strán (sudca do toho nezasahoval). Vhodné dôkazné prostriedky boli najmä: výpoveď sporových strán (prípadne podopretá prisahou), svedkovia, listiny (kvitancie, dlhopisy, účtovné knihy, atď.), znalci (merači, lekári, architekti,

¹ Ten má povinnosť dokazovať, kto (skutočnosť) tvrdí, nie ten, kto ju popiera, preklad podľa HAUSMANINGER, H./BLAHO, P.: Praktické prípady z rímskeho práva, 2. doplnené vydanie, Bratislava 1998, s. 25.

atď.). Mohol sa vyskytnúť aj prípad, že sudca sa vzdal sporu z dôvodu, že vec mu nebola z dôvodov dôkaznej núdze jasná, v takom prípade bola vec zverená inému sudcovi. Smernicou v sporovom rímskom procese bola formula, sudca nemal právo opravovať formulu. Napríklad ak žalobca nesprávne identifikoval predmet žaloby, sudca bol vtedy povinný žalobu zamietnuť. Žalobca mohol potom novou žalobou žalovať správny predmet sporu.²

Ďalej je dôležité zdôrazniť, že rímsky proces stál na princípe objektívnej (materiálnej) pravdy, t.j. aby všetky poznatky a skutočnosti v procese boli pravdivé. Taktiež je rímsky proces vyvinul princíp voľného hodnotenia dôkazov (predpokladalo sa, že sudca je sám schopný podľa svojho presvedčenia poznať, či určitú skutočnosť môže považovať za existujúcu). Rovnako tiež rímsky proces bol ovládaný princípom prejednávacím, čo znamenalo (a znamená dodnes), že strany v spore nesú zodpovednosť za prednesy svojich skutkových tvrdení a nesú aj dôsledky nedokázania týchto tvrdení (dôkazné bremeno). Ešte je potrebné poznamenať, že v procese rímskom platili princípy ústnosti a verejnosti, rovnosti strán a jednotnosti (arbitrárneho poriadku). Čo je zaujímavé, už právo rímske poznalo rozsudok pre zmeškanie (kontumačný rozsudok) a vzniklo z toho, že neposlušnosť sa v rímskom práve nazývala *contumacia*.³

Zaujímavosťou je, že už v rímskom práve sa položili základy pre použitie jednotlivých dôkazných prostriedkov. Napríklad: Modestinus v 8. knihe Právnych pravidiel (D. 22,5,2): *In testimoniis autem dignitas fides mored gravitas examinda est: ed ideo testes, qui adversus fidem suae testationis vacillant, aidiendi non sunt*.⁴ „Alebo Pomponius v 1. knihe k Sabínovi (D. 22,5,10): *Nullus idoneus testis in re sua intellegitur*.⁵ A tiež Paulus v 5. knihe Sentencií (D. 22,5,24): *Testes eos, quos accusator de domo produxerit, interrogari non placuit*.⁶

Z uvedeného možno vyvodit' záver, že rímske právo vytvorilo základy pre dnešné dokazovanie, pričom je zrejme, že princípy a inštitúty tohto práva platia

² REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo, Bratislava 1991, s. 120-124.

³ FIALA, J.: Historický vývoj niektorých procesných princípů, zásad a inštitútů civilního procesu, Praha 1974, s. 11-22.

⁴ „Avšak pri svedeckých výpovediach treba skúmať úctyhodnosť, dôveryhodnosť, charakter a vážnosť svedka; a preto svedkovia, ktorí sú v dôveryhodnosti svojej výpovede rozkolísaní, sa nesmú vypočúť“ (preklad podľa BLAHO, P./VAŇKOVÁ, J.: Corpus Iuris Civilis, vol. 1: Iustiniani Digesta, Justičná revue, Bratislava, 2008, s. 699.

⁵ „Nikto sa nepokladá za vhodného svedka vo vlastnej veci“: preklad podľa BLAHO, P./VAŇKOVÁ, J.: c. d. v pozn. č. 4, s. 703.

⁶ „Uznalo sa, že sa nevypočujú tí svedkovia, ktorých žalobca navrhol spomedzi členov svojej domácnosti“: preklad podľa BLAHO, P./VAŇKOVÁ, J.: c. d. v pozn. č. 4, s. 7.

s malými odchýlkami v sporovom konaní dodnes. Predovšetkým je v našom civilnom procese plne zachovaná teória dôkazného bremena a princíp voľného hodnotenia dôkazov tak, ako ich poznalo právo rímske. Pokiaľ ide o princíp materiálnej pravdy, ten v slovenskom civilnom procese zostal plne zachovaný v nesporovom konaní. Pokiaľ ide o sporové konanie bol postupne nahradený princípom formálnym.

1.2. Uhorský civilný proces – obdobie od roku 1918-1950

Obdobne, ako v rakúskych krajinách, platilo na území dnešnej Slovenskej republiky obyčajové právo (na Slovensku platilo až do roku 1950). Súdnictvo nebolo oddelené od správy. Jednotlivé dekréty, obyčajové právo, štatúty jednotlivých magistrátov tvorili tzv. Corpus iuris Hungarici. V roku 1861 bola zvolaná Judexkuriálna konferencia, ktorá vypracovala tzv. dočasné pravidlá upravujúce i civilné procesné právo.

Tieto pravidlá sa však nestali zákonom a sudy ich používali ako obyčajové právo. Na to bol vypracovaný občiansky súdny poriadok, ktorý bol uzákonený zák. čl. LIV/1868, ktorý ešte spočíval na princípe písomnosti a legálnej dôkaznej teórie. Všeobecne zaviedol pre sporové konanie princíp voľného hodnotenia dôkazov zák. čl. XIX/1891. Tieto procesné predpisy boli nahradené uhorským civilným súdnym poriadkom, zák. čl. I/1911, vyhláseným dňa 15.1.1911, s účinnosťou od 1.1.1911.

Dôležitým medzníkom bol vznik Československej republiky v roku 1918. Československá republika prevzala v roku 1918, zákonom č. 11/1918 Zb., tzv. recepčnou normou, tak procesné právo rakúske (platné na území Českej republiky), ako aj procesné právo uhorské (platné na území Slovenskej republiky), obohatené početnými novelami. Tento právny dualizmus trval až do prijatia zákona č. 142/1950 Zb.

Pre Uhorský občiansky súdny poriadok sa stal vzorom nemecký súdny poriadok z roku 1877 s niektorými zvláštnosťami, ktoré pre uhorské právo vypracovala uhorská procesná teória. V uhorskom práve, ktoré naďalej platilo na Slovensku sa nevyžadovalo, aby žalobca v žalobe uviedol rozhodujúce skutočnosti, stačilo uvedenie práva. Podanie žaloby vlastne len znamenalo pozvanie žalovaného pred súd. Žalovaný musel najprv predniesť obranu, ktorá tvorila prekážky sporu, o tom musel súd samostatne rozhodnúť a až potom sa žalovaný mohol pustiť do sporu vo veci samej a tým sa vlastne začalo konanie vo veci (až ústnym prednesením žaloby žalobcom). V konaní bol rozdiel medzi zborovými súdmi a okresnými súdmi. Existoval aj samostatný Najvyšší správny súd a Ústavný súd a iné špeciálne sudy. Pred zborovými

súdmi bolo povinné zastúpenie advokátom a v niektorých prípadoch aj pred okresnými súdmi. Uhorský civilný proces prelomil prejednací princíp, pretože dovolil, aby súd bral ohľad aj na také skutočnosti, ktoré vyšli na povrch až počas sporu, dovolil vypočuť svedkov a vykonať dôkazy ex offo. Tým bola činnosť strán dopĺňovaná činnosťou súdu. Aj tu bola povinnosť pravdivosti tvrdení sporových strán (princíp materiálnej pravdy) s tým, že porušenie tejto povinnosti bolo sankcionované pokutou.

Pokiaľ išlo o dôkazné bremeno, uhorský civilný súdny poriadok ho definoval tak, že dôkazné bremeno má tá strana, v ktorej záujme je, aby skutočnosť bola súdom považovaná za pravdivú. Uhorské procesné právo poznalo aj inštitút súdneho zmiery, ktorý schvaľoval súd a mal účinky právoplatného rozsudku. Taktiež uhorský súdny poriadok poznal riadne a mimoriadne opravné prostriedky. Riadnymi opravnými prostriedkami boli odvolanie a dovolanie (proti uzneseniam rekurz a dovolací rekurz).

Mimoriadnym opravným prostriedkom bola žalobca o obnovu konania. Odvolanie a dovolanie nemali vždy suspenzívne účinky, pretože uhorský občiansky súdny poriadok poznalo predbežnú vykonateľnosť. Uhorské občianske právo procesné poznalo tzv. plné odvolanie, čo znamenalo, že sa vec v druhej stolici znova celá prejednávala, nie iba preskúmavala. Dovolacie dôvody neboli v zákone výslovne uvedené. Dovolacie konanie bolo postavené na revíznom systéme, teda uplatnené mohli byť len právne vady. Žalobou o obnovu, ako jediným mimoriadnym opravným prostriedkom mohli byť napádané tak rozsudky, ako aj súdne zmiery a platobné rozkazy.⁷

Pokusy o unifikáciu občianskeho procesného práva začali už od roku 1922, kedy v roku 1928 bola predložená osnova nového procesného kódexu. V roku 1934 bola pripravená aj osnova nového exekučného zákona. Unifikácia procesného práva dospela v roku 1937 do takého štádia, že súčasne s osnovou, predložila vláda Národnému zhromaždeniu aj návrh zákona o súdnej príslušnosti a o civilnom súdnom poriadku spolu s osnovou uvodzovacieho zákona. Napriek týmto snahám k unifikácii nedošlo. Zákonom sa dovŕšila len kodifikácia nespornového konania (ktoré bolo upravené osobitne) a to v zákone č. 100/1931 Zb. o základných ustanoveniach nespornového konania.⁸

Ďalšie pokusy reformy občianskeho súdneho poriadku boli počas existencie tzv. slovenského štátu (v období rokov 1939-1945), kedy malo dôjsť k zavedeniu dvojinštančného postupu a k rozšíreniu kompetencií nižších súdov. Čiastočne sa reforma uskutočnila zákonom č. 112/1942 Sl. z..

⁷ KRNO, V.: Občiansky súdny poriadok, Bratislava 1926.

⁸ BIANCHI, L.: Dejiny štátu a práva na území Československa v období kapitalizmu, Bratislava 1973.

K veľkému zvratu v občianskom práve procesnom došlo v roku 1948, kedy si zmena v spoločenských pomeroch vynútila novú úpravu občianskeho práva procesného. Stalo sa tak prijatím zákona o zľudovení súdnictva č. 319/1948 Zb.. Vzorom pre tento zákon sa stal sovietsky občiansky proces. V zásade všetky ťažie veci boli zverené na rozhodovanie senátom, v ktorých boli aj tzv. sudcovia z ľudu. Trojstupňový systém bol odstránený a nahradený dvojstupňovým systémom. Základným princípom sa stal princíp materiálnej pravdy.⁹

Na tento zákon nadväzoval zákon č. 320/1948 Zb. O územnej organizácii krajských a okresných súdov. Súdnu moc vykonávali okresné a krajské sudy a Najvyšší súd.

1.3. Zákon č. 142/1950 Sb. (obdobie rokov 1950-1963).

Rovnako, ako vyššie spomínaný zákon o zľudovení súdnictva, aj tento nový kódex bol pod vplyvom sovietskeho procesného práva. Zaviedol sa princíp jednotnosti občianskeho súdneho poriadku a bolo odstránené delenie konania na sporové a nespоровé konanie, čo spôsobilo problém, pretože okrem všeobecných ustanovení, musel kódex zaviesť tzv. osobitné konania, ktoré boli svojou povahou tak konania nespоровé, ako aj konania sporové. Novo sa definoval aj prejednací princíp.

Teória videla obsah tohto princípu v tom, že v socialistickom procese spolupracujú účastníci a súd na zistení skutkového stavu veci, že preto súd prihliada nielen k tomu, čo účastníci sami predniesli, ale aj k tomu, čo vyšlo najavo v priebehu konania, a že preto súd vykoná aj dôkazy nenavrnuté účastníkmi konania, ak to považuje pre zistenie skutkového stavu za potrebné. Týmto došlo k deformácii dôkazného bremena v sporovom konaní, pretože neexistovala zodpovednosť za výsledok v spore, t.j. za unesenie, príp. neunesenie dôkazného bremena. Nebola síce uznávaná existencia vyšetrovacieho princípu, ale v praxi to muselo z dôvodov absencie zodpovednosti za neunesenie dôkazného bremena viesť k úplnému opaku, totiž k vyšetrovaciemu princípu aj v sporovom konaní (takže dôkazné bremeno sa nutne umelo prenášalo na súd). Tento pokrivený prejednací princíp bol obohatený princípom materiálnej pravdy v dokazovaní, kedy súd musel vždy zistiť skutočný stav veci.

Účastníci mali povinnosť vylíčiť súdu pravdivo a úplne všetky skutkové okolnosti odôvodňujúce ich návrhy a nevrhnúť k tomu potrebné dôkazy. Ďalej

⁹ FIALA, J.: c. d. v pozn. č. 3, s. 30.

bolo stanovené, že súd je povinný zadovážiť si a vykonať aj také dôkazy, ktoré účastníci konania nenavrhlí, ktoré však sú pre rozhodnutie dôležité. Ako dôkazné prostriedky boli uznané všetky dôkazné prostriedky, ktoré boli spôsobilé k zisteniu pravdy. Bola odstránená prísaha ako forma dôkazu a výsluch účastníka prestal byť iba podporným dôkazným prostriedkom.

Vzhľadom na vyššie uvedené, môžeme zaujať stanovisko, že občiansky súdny poriadok z roku 1950 deformoval chápanie prejednávacieho princípu v sporovom konaní a teóriu dôkazného bremena v sporovom konaní, totiž že zodpovednosť za výsledok v spore má ten účastník, ktorého zaťažuje dôkazné bremeno, nemal by ho mať teda súd. Uvedené spôsobilo, že vyšetrovací princíp bol používaný aj v sporovom konaní. Dôsledne pretrvával princíp materiálnej pravdy a to bez rozdielu tak v konaní sporom ako aj nespоровom (prícom rozlišovanie týchto konaní kódex nepoznal, teória ho však naďalej uvádzala). Uvedené deformity v dokazovaní mala na svedomí zmena spoločenského systému po roku 1948.

1.4. Zákon č. 99/1963 Zb. v znení neskorších predpisov (občiansky súdny poriadok, O.s.p.)

Tento kódex platí na území Slovenska dodnes (taktiež v Českej republike), pričom ku dňu písania tejto práce je obohatený celkom 61 novelami a od januára 2009 bude účinná ďalšia novela. Spôsobuje to jeho obrovskú neprehľadnosť. Z tohto dôvodu je potrebné rozčleniť obdobie platnosti O.s.p. do nasledovných období:

a) obdobie do roku 1991

Podobne, ako predchádzajúci kódex, zotrval Občiansky súdny poriadok na princípe jednotnosti občianskeho súdneho konania v tom, že dôsledne nediferencuje medzi konaním sporovým (kde má platiť prejednávací princíp a princíp dispozičný) a konaním nespоровým (kde má platiť princíp vyhľadávacieho a princíp oficiality). Občiansky súdny poriadok tento nedostatok len kompenzoval (obdobne ako predchádzajúci občiansky súdny poriadok z roku 1950) zavedením tzv. osobitných konaní z ktorých niektoré majú povahu konania sporového, niektoré povahu konania nespоровého. Čo je dôležité, v novom Občianskom súdnom poriadku už nebolo upravené dedičské konanie, konanie o úschovách a konanie o umorenie listín., pretože tieto veci boli zverené štátnym notárstvám (zákon č. 95/1963 Zb.). Nachádzacie konanie bolo rozdelené na konania, ktoré je možné začať na návrh a konania, ktoré je

možné začať aj bez návrhu, čo nevystihlo podstatu rozdielov medzi sporovým a nesporovým konaním. Občiansky súdny poriadok upustil od historicky používaného pojmu „žaloba“ a nahradil tento pojem „návrhom na začatie konania“. Ponechal len v ustanovení § 90 v zátvorke označenie „žalobca a žalovaný“. Súdna prax sa s tým vysporiadala tak, že pre sporové konanie zostalo zachované označenie účastníkov konania „žalobca a žalovaný“ a pre nesporové konanie označenie „navrhovateľ a odporca.“

Čo je najpodstatnejšie, pretrvala tú deformita chápania prejednávacieho princípu, ktorý tak ako v predchádzajúcom kódexe zostal zachovaný pre všetky konania (sporové aj nesporové). Toto nešťastné poňatie prejednávacieho princípu spôsobilo, že vyhľadávaci (vyšetrovací) princíp sa vlastne uplatňoval aj v sporovom konaní, čím vlastne dôkaznú povinnosť ukladal súdu a nie účastníkom konania.¹⁰

Nový občiansky súdny poriadok vychádzal z princípu materiálnej pravdy. Zásada materiálnej pravdy, plne uplatňovaná na Slovensku až do 30.11.1995, mala kľúčový význam a bola jej prispôbena celá úprava občianskeho súdneho konania. Prejavovala sa v povinnosti uloženej súdu, aby základom rozhodovania bola výlučne objektívna, t.j. skutočná pravda (§120 ods. 1 O.s.p., §153 ods. 1 O.s.p. vo vtedy platnom znení). Sudca sa teda nemohol uspokojiť len so zistením tzv. formálnej pravdy a účastníci konania mali povinnosť vylíčiť pravdivo a úplne všetky potrebné skutočnosti (§ 79 ods. 1 O.s.p.) a označiť dôkazy potrebné k objasneniu skutočného stavu veci (§ 120 ods. 2 O.s.p. vo vtedy platnom znení). Súd pritom rozhodoval, ktoré z navrhnutých dôkazov je potrebné vykonať a vykonal sám aj ďalšie dôkazy, ktoré považoval za potrebné vykonať, aj keď ich účastníci nenavrhli (§100 ods. 1 O.s.p. vo vtedy platnom znení).

V opravnom konaní tiež nastali viaceré zmeny. Predovšetkým, bola odstránená ako riadny opravný prostriedok sťažnosť proti uzneseniam a jediným riadnym opravným prostriedkom zostalo odvolanie. Autoromedúra bola úplne odstránená (opätovne bola autoremedúra zavedená novelou Občianskeho súdneho poriadku č. 49/1973 Zb.). Pokiaľ išlo o mimoriadne opravné prostriedky, nový Občiansky súdny poriadok rozšíril dôvody obnovy konania a to o prípady, kedy bola účastníkovi konania odňatá možnosť konať pred súdom nezákonným postupom súdu, ďalej, keď tu neboli procesné podmienky, alebo rozhodoval vylúčený sudca, alebo bolo nesprávne obsadenie súdu. Sťažnosť pre porušenie zákona sa stala mimoriadnym opravným prostriedkom. Apelačný opravný systém neplatí v odvolacom konaní, ale platí

¹⁰ K tomu pozri FIALA, J.: c. d. v pozn. č. 3, s. 67-73.

system kasačný. Nový občiansky súdny poriadok zaviedol inštitút správneho súdnictva a to tak, že oprávnenie preskúmať rozhodnutia orgánov verejnej správy mali všeobecné sudy v rámci občianskeho súdneho konania.

b) obdobie po roku 1991

Spoločenské zmeny po roku 1989 boli podnetom pre nevyhnutné zmeny v občianskom súdnom konaní. Česká a Slovenská republika prijala ešte za spoločnej existencie veľkú novelu Občianskeho súdneho poriadku č. 519/1991 Zb., ktorá zmenila podstatnú časť ustanovení tak, aby vyhovovali princípom právneho štátu. Dotklo sa to najmä úvodných ustanovení (§ 1, § 2, § 5, § 6, zrušenie § 4). V týchto ustanoveniach bol potlačený záujem spoločnosti a naopak zvýraznený záujem zabezpečiť súdnym procesom spravodlivú ochranu práv a oprávnených záujmov účastníkov konania. Civilný proces si napriek jeho jednotnosti zachoval delenie na konanie sporové a nespоровé. V sporovom konaní sa začala presadzovať zásada „*vigilantibus iura*“ (každý sa má o svoje práva starať sám. To však neznamená, že súd má byť len pasívnym pozorovateľom procesných úkonov. Súd je povinný zabezpečiť výkon spravodlivosti tak, aby nedošlo k odňatiu spravodlivosti (*denegatio iustitiae*). Odňatím spravodlivosti by došlo nielen k porušeniu Ústavy Slovenskej republiky (článok 46 a nasl.), ale aj k porušeniu článku 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (publikovaný v Zbierke zákonov pod č. 209/1992 Zb.), ktorým je Slovenská republika viazaná. Slovenská republika sa stala od 1. mája 2004 členom Európskej únie, čo znamená potrebu aplikácie komunitárneho práva Európskej únie, ktoré sa stalo súčasťou právneho poriadku Slovenskej republiky.¹¹

Podstatnou črtou občianskeho súdneho konania po roku 1991 je postupný odklon od zásady materiálnej pravdy. Novelami Občianskeho súdneho poriadku došlo k prenikaniu prvkov kontradiktórnosti a posilneniu prejednávacieho princípu v sporovom konaní. Prijatím novely O.s.p. č. 323/1995 Z.z. došlo k zásadnému obratu odklonením sa od zásady materiálnej pravdy ku pravde formálnej a to podstatnou zmenou ustanovenia § 120 ods. 1 O.s.p.¹² a ustanovenia § 153 ods. 1 O.s.p.¹³

¹¹ KRAJČO, J. a kol.: Občiansky súdny poriadok, Eurounion, Bratislava 2006, s. 9.

¹² Podľa znenia ustanovenia § 120 ods. 1 O.s.p. v znení novely č. 323/1995 Z. z., účastníci sú povinní označiť dôkazy na preukázanie svojich tvrdení. Súd môže vykonať aj také dôkazy, ktoré nie sú navrhované. Súd rozhoduje na základe skutkového stavu zisteného z vykonaných dôkazov.

¹³ Podľa ustanovenia § 153 ods. 1 O.s.p. v znení novely č. 323/1995 (zhoduje sa so súčasným

Novelou O.s.p. č 353/2003 Z.z., účinnou od 1.9.2003 došlo ešte k precíznejšiemu vyjadreniu zásady formálnej pravdy zmenou § 120 ods. 1, vety druhej O.s.p., a to v oprávnení súdu rozhodnúť, ktoré z označených dôkazov vykoná a zmenou § 120 ods. 1, vety tretej O.s.p., zakotvením len výnimočnej možnosti súdu vykonať aj iné dôkazy, ako navrhujú účastníci, ak je ich vykonanie nevyhnutné pre rozhodnutie vo veci.

Formálna pravda však (okrem ustanovenia § 120 ods. 1 O.s.p.) našla vyjadrenie aj v iných ustanoveniach civilného procesu, ako v § 6¹⁴ a v § 120 ods. 4 O.s.p. zavedeného novelou č. 501/2001 Z.z., účinnou od 1.1.2002).¹⁵ Taktiež zavedenie kontumačného rozsudku (rozsudku pre zmeškanie) v § 153b je typickým prejavom zásady formálnosti.

Tu však považujeme za potrebné poznamenať, že princíp formálnej pravdy uplatňovaný v súčasnosti nemožno úplne stotožňovať s formálnym procesom z obdobia rímskeho práva, kedy znamenal formalizmus procesu (založený na jednotlivých žalobách *legis actiones*), ktorý bol založený na dodržaní určitých foriem, podľa ktorých bol daný výsledok procesu, ktorý buď bol, alebo nie v súlade so skutočnosťou.¹⁶

Po spoločenských zmenách v roku 1989 došlo k zmenám aj v opravných prostriedkoch. Jediným riadnym opravným prostriedkom zostalo odvolanie. Pokiaľ išlo o mimoriadne opravné prostriedky, sťažnosť pre porušenie zákona bola zrušená a zákonom č. 519/1991 Zb. bol do nášho právneho poriadku zavedený nový mimoriadny opravný prostriedok – dovolanie.

Sťažnosť pre porušenie zákona bola nahradená dovolaním najmä preto, že jej zásadným nedostatkom bolo, že podanie sťažnosti záviselo od voľnej úvahy generálneho prokurátora (prípadne ministra spravodlivosti), ktorý ju podať mohol, ale nemusel. To záviselo od jeho spravidla triedne podloženej úvahy. Účastník síce mohol generálneho prokurátora upozorniť na porušenie zákona, ten však, aj keď zistil, že podnet účastníka je dôvodný, sťažnosť nemusel podať.

znením), súd rozhoduje na základe skutkového stavu zisteného z vykonaných dôkazov, ako aj na základe skutočností, ktoré neboli medzi účastníkmi sporné, ak o nich alebo o ich pravdivosti nemá dôvodné a závažné pochybnosti.

¹⁴ Podľa § 6 O.s.p., v konaní postupuje súd v súčinnosti so všetkými účastníkmi konania tak, aby ochrana práv bola rýchla a účinná.

¹⁵ Podľa vtedajšieho ustanovenia § 120 ods. 4 O.s.p., pred skončením dokazovania je predseda senátu povinný okrem vecí podľa § 120 ods. 2 poučiť účastníkov prítomných na pojednávaní, že všetky dôkazy musia predložiť alebo musia označiť skôr, ako vo veci vyhlási rozhodnutie, pretože na dôkazy označené neskôr sa neprihliada.

¹⁶ WINTEROVÁ, A. a kol.: Civilní právo procesní, Linde, Praha 1999, s. 83.

Dovoláním zákon pripustil možnosť napadnúť právoplatné rozhodnutia odvolacieho súdu, pokiaľ to zákon pripúšťa. Medzi dovolacie dôvody zákon zaradil: nedostatok právomoci súdu, nedostatok vecnej spôsobilosti účastníka, nedostatok procesnej spôsobilosti účastníka, prekážku *res iudicata* alebo *litispencie*, absenciu návrhu na začatie konania, odňatie možnosti konať ako účastník pred súdom, rozhodnutie sudcom vylúčeným, alebo súdom nesprávne obsadeným (tzv. zmätočné rozhodnutie súdu).

Zároveň bola zakotvená možnosť podať dovolanie i proti rozsudku odvolacieho súdu, ktorým bol zmenený rozsudok súdu prvého stupňa vo veci samej a tiež proti rozsudku odvolacieho súdu, ktorým bol potvrdený rozsudok súdu prvého stupňa, ak odvolací súd vyslovil vo výroku svojho potvrdzujúceho rozsudku, že je dovolanie prípustné, pretože ide o rozhodnutie po právnej stránke zásadného významu, alebo potvrdil rozsudok, ktorým bolo rozhodnuté inak než v prvom rozsudku, pretože súd prvého stupňa bol viazaný právnym názorom súdu, ktorý prvé rozhodnutie zrušil. Zaviedla sa možnosť podať dovolanie proti uzneseniu odvolacieho súdu, ktorým bolo zmenené uznesenie súdu prvého stupňa a proti uzneseniu odvolacieho súdu, ktorým bolo potvrdené uznesenie súdu prvého stupňa, ak odvolací súd vyslovil vo svojom potvrdzujúcom uznesení, že je dovolanie prípustné, pretože ide o rozhodnutie po právnej stránke zásadného významu, alebo ak ide o uznesenie o návrhu na zastavenie výkonu rozhodnutia na podklade cudzozemského rozhodnutia, alebo ak ide o uznesenie o návrhu na zastavenie výkonu rozhodnutia podľa § 268 ods. 1 písm. g) a h).

Z možnosti podať dovolanie zákon vylúčil prípady, v ktorých ide o uznesenie o príslušnosti, predbežnom opatrení, poriadkovej pokute, o znalečnom, tlmočnom a o trovách konania, ako aj o tých uzneseniach vo veciach upravených Zákonom o rodine, v ktorých sa vo veci samej rozhoduje uznesením. Na podanie dovolania bola pre účastníka stanovená lehota jeden mesiac od právoplatnosti namietaného rozhodnutia. Okrem dovolania, mimoriadnym opravným prostriedkom zostala obnova konania.

Takáto úprava sa však v praxi ukázala byť nedostačujúcou a preto bol zákonom č. 232/1995 Z. z. Občiansky súdny poriadok doplnený o § 241a, ktorým bolo zavedené oprávnenie predsedu Najvyššieho súdu SR podať dovolanie, ak právoplatné rozhodnutie súdu má po právnej stránke zásadný význam, alebo ak to vyžaduje zabezpečenie jednotného výkladu zákona. Zároveň bolo zavedené i oprávnenie generálneho prokurátora SR podať dovolanie v prípade, ak právoplatným rozhodnutím prvostupňového alebo odvolacieho súdu došlo k porušeniu zákona. Toto isté oprávnenie získal i minister spravodlivosti. Uvedené subjekty mohli podať dovolanie do šiestich mesiacov odo dňa právoplatnosti napadnutého súdneho rozhodnutia. Tieto

oprávnenia však neznamenali návrat k právomoci generálneho prokurátora a ministra spravodlivosti, ktorú mali pri podávaní sťažnosti pre porušenie zákona.¹⁷

Ústavnosť oprávnenia generálneho prokurátora, predsedu Najvyššieho súdu SR a ministra spravodlivosti podať dovolanie bola v roku 1996 napadnutá na Ústavnom súde SR. Ústavný súd nálezom¹⁸ rozhodol, že toto oprávnenie uvedených ústavných činiteľov je v rozpore s Ústavou SR. Zákondarca sa rozhodol akceptovať všetky odporúčania ústavného súdu a preto s účinnosťou od 1.7.1998 (zákonom č. 169/1998 Z. z.) zaviedol do civilného procesu nový druh mimoriadneho opravného prostriedku, ktorý nazval mimoriadne dovolanie.

Dôležitá bola aj novela Občianskeho súdneho poriadku č. 501/2002 Z. z., účinná od 1.1.2002, ktorá zaviedla v sporových konaniach neúplný apelačný systém a novela 341/2005 Z. z., účinná od 1.9.2005 v dokazovaní zakotvila povinnosť účastníkov konania v sporovom konaní predložiť, alebo označiť všetky dôkazy najneskôr do vyhlásenia uznesenia, ktorým sa končí dokazovanie, pretože na neskôr predložené alebo označené dôkazy sa neprihliada.(s výnimkami uvedenými v ustanovení § 205a O.s.p.).¹⁹ Z posledných noviel O.s.p. je podstatné spomenúť zákon č. 384/2008 Z. z. účinný od 15.10.2008, ktorým došlo k zavedeniu revízneho systému do dovolacieho konania.²⁰ V dokazovaní táto novela ešte posilnila princíp koncentrácie v určitých typoch sporových konaní, čo však nepovažujeme za „šťastné riešenie“. Ide

¹⁷ KORMUTHOVÁ, P.: Niekoľko poznámok ku konštrukcii mimoriadneho dovolania v občianskom súdom procese, *Justičná revue* č. 1/2006, s. 12.

¹⁸ Nález Ústavného súdu SR sp. zn. PL. ÚS 43/95 z 10. 9. 1996, uverejnený v Zbierke zákonov pod č. 281/1996 Z. z.

¹⁹ Podľa § 205a ods. 1, skutočnosti alebo dôkazy, ktoré neboli uplatnené pred súdom prvého stupňa, sú pri odvolaní proti rozsudku alebo uzneseniu vo veci samej odvolacím dôvodom len vtedy, ak:

- a) sa týkajú podmienok konania, vecnej príslušnosti súdu, vylúčenia sudcu (prísediaceho) alebo obsadenia súdu,
- b) má byť nimi preukázané, že v konaní došlo k vadám, ktoré mohli mať za následok nesprávne rozhodnutie vo veci samej,
- c) odvolateľ nebol riadne poučený podľa § 120 ods. 4,
- d) ich účastník konania bez svojej viny nemohol označiť alebo predložiť do rozhodnutia súdu prvého stupňa.

²⁰ Podľa § 243b ods. 2 O.s.p., ak dovolací súd dôjde k záveru, že v dôsledku nesprávneho právneho posúdenia nebol dostatočne zistený skutkový stav, uznesením zruší napadnuté rozhodnutie. Ak nesprávnosť dovolaním napadnutého rozhodnutia spočíva len v nesprávnom právnom posúdení správne zisteného skutkového stavu, dovolací súd zmení napadnuté rozhodnutie.

podľa nášho názoru o neprimeranú sankciu za nesplnenie povinností bremena tvrdenia a dôkazného bremena v tak krátkom časovom úseku.²¹

Pokiaľ išlo o správne súdnictvo, toto zostalo naďalej súčasťou občianskeho súdneho konania (piata časť Občianskeho súdneho poriadku), pričom vecne príslušnými na prejednanie žalôb proti rozhodnutiam správnych orgánov a opravných prostriedkoch proti rozhodnutiam správnych orgánov sa stali krajské sudy a v niektorých prípadoch aj Najvyšší súd Slovenskej republiky.

Exekúcia sa stala predmetom samostatného zákona č. 233/1995 Z. z. o exekútoroch a exekučnej činnosti, pričom oprávnený mal voľbu, či si uplatní vykonanie exekúcie na súde, alebo u súdneho exekútora. Možnosť tejto voľby odstránila novela Občianskeho súdneho poriadku č. 341/2005 Z. z., ktorá zverila výkon exekúcie výlučne súdnym exekútorom. Na súdoch zostal len výkon exekúcie na vymáhanie trov konania a výkon exekúcie o zverenie maloletého dieťaťa do výchovy a styku druhého rodiča s maloletým dieťaťom.

Dôležité bolo aj prijatie zákona o konkurze a vyrovnaní ešte za existencie spoločnej Československej republiky zákonom č. 328/1991 Zb., neskôr za existencie Slovenskej republiky prijatie zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii, zákona č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní a zákona č. 420/2004 Z. z. o mediácii.

²¹ Podľa § 118a ods. 1 O.s.p., vo veciach ochrany osobnosti podľa Občianskeho zákonníka, vo veciach ochrany podľa predpisov o masovokomunikačných prostriedkoch, v sporoch vyvolaných alebo súvisiacich s konkurzom a reštrukturalizáciou, o základe veci v sporoch o ochranu hospodárskej súťaže, o základe veci v sporoch o ochranu práv porušených alebo ohrozených nekalým súťažným konaním, o základe veci v sporoch z porušenia alebo ohrozenia práva na obchodné tajomstvo sú účastníci povinní opísať rozhodujúce skutočnosti o veci samej a označiť dôkazy na preukázanie svojich tvrdení najneskôr do skončenia prvého pojednávania; to neplatí, ak neboli splnené podmienky na vykonanie prvého pojednávania a došlo k jeho odročeniu (§ 101 ods. 2). Podľa odseku 2 tohto ustanovenia, na neskôr predložené a označené skutočnosti a dôkazy súd neprihliada; to neplatí, ak ide o skutočnosti alebo dôkazy, ktoré vyšli najavo po prvom pojednávaní, ktoré účastník nemohol bez svojej viny včas uviesť a ktorými má byť spochybnená vierohodnosť vykonaných dôkazných prostriedkov. Podľa ods. 3 tohto ustanovenia, o povinnostiach podľa odseku 1 a o následkoch ich nesplnenia musia byť účastníci poučení najneskôr v predvolaní na prvé pojednávanie vo veci.

O ústavnosti ústavných zákonov

Radoslav Procházka

Téza, že poznatky, ktoré sprostredkovávajú historicko-právne a teoreticko-právne disciplíny, nemusia mať vždy povahu odťažitej doktrinálnej levitácie, ale že naopak môžu mať vysoký rezonančný potenciál aj v prostredí aplikačnej praxe, je dnes azda notoriou. Doterajšie vedecké a pedagogické dielo profesora Petra Blahu, ktorého významnému životnému jubileu je venovaný zborník, v ktorom má tento príspevok česť vyjsť, túto tézu potvrdzuje vlastným príkladom, keď „mŕtve právo“ menilo a stále mení na živý prameň poznania pre niekoľko generácií nielen akademikov, ale aj právnych praktikov.

Medzi odbory, ktoré, či už radi alebo z nutnosti, a azda i častejšie než rímske právo, prekračujú knižničný prah a nechávajú si svoje šarlátové rúcho dochytať laickými rukami a svoje múdrosti ozvučiť kolokviálnymi mediálnymi aplikáciami *in vulgo*, patrí nepochybne aj štátoveda v jej širokom chápaní, zahŕňajúc teóriu štátu a práva, ústavno-právnu doktrínu a teóriu politiky. Je asi v logike veci, že práve tam, kde sa právo najpriamejšie stretá s politikou, sú jeho teoretické východiská najčastejšie vzývané a, hneď vzápätí, bez váhania, bez zábran, tak akosi prirodzene ignorované.

I. Expozícia

1.1 Širokouhlá expozičia

V Slovenskej republike je dnes jednou z prioritných štátovedeckých aktualít, vyvolávajúcich záujem aj neprávnej verejnosti, otázka tak rozsahu, ako aj podmienok a spôsobu uplatnenia právomocí Národnej rady Slovenskej republiky (ďalej len „národná rada“ alebo „NR SR“) ako ústavodarného zboru a zákonodarného zboru.¹ S touto otázkou bezprostredne súvisia viaceré

¹ Pre viac či menej recentné príspevky k odbornej právnickej reflexii tejto otázky, pozri najmä BRÖSTL, A.: O ústavnosti ústavných zákonov. In: HERMANOVÁ, J. a MASOPUST, J. (eds.): Metamorfózy práva ve střední Evropě. Praha 2008; HOLLÄNDER, P.: Philosophie práva. Plzeň 2006; PRUSÁK, J.: Zákon a konstitucionalizmus. In: GERLOCH, A. a MARŠÁLEK, P.: Zákon v kontinentálním právu. Praha 2005; VOZÁR, J.: Zákonodarné prešľapy. Právny obzor 6/2008; OROSZ, L.: K problémom kompatibility ústavného systému Slovenskej republiky. Justičná revue 3/2005; BALOG, B.: Ústavné zákony v právnom poriadku Slovenskej republiky. Justičná revue, 12/2007.

d'alsie, napríklad či má Ústavný súd Slovenskej republiky (ďalej len „ústavný súd“) právomoc posudzovať súlad ústavných zákonov s ústavným zákonom č. 460/1992 Zb. Ústavou Slovenskej republiky v znení neskorších zmien a doplnení (ďalej len „ústava“), či smie alebo nesmie ústavodarca prijímať právne normy, odporujúce predchádzajúcemu nálezu ústavného súdu alebo či národná rada smie prijímať aj také ústavné zákony, ktorých prijatie ústava výslovne nepredpokladá.

Významná časť domáceho doktrinálneho prostredia sa domnieva, že ústavodarca podlieha zákazu prijať ústavný zákon s obsahom, odporujúcim nálezu ústavného súdu, pričom niektorí zároveň zastávajú názor, že ústavný súd nepodlieha zákazu postupovať nad rámec svojej ústavnej pôsobnosti a môže teda „protiústavný“ ústavný zákon zrušiť. Osobitnú, a do výraznej miery autonómnu tézu predstavuje tvrdenie, že národná rada nemá právomoc prijať žiadny ústavný zákon, ktorého prijatie ústava výslovne nepredpokladá. Podľa môjho názoru ani pozitívno-právna ústavná úprava, ani doktrinálne východiská demokratického právneho štátu neposkytujú pre tieto tézy nepochybnú oporu; naopak, obe tieto tézy sú, jedna viac, druhá menej, polemické nielen z hľadiska litery domácej ústavy, ale aj z hľadiska jej teleologického a axiologického zázemia.

Ambíciou tohto príspevku nie je viesť s uvedenými tézami komplexný spor, ani ponúknuť vo vyčerpávajúcej podobe vlastné odpovede na tie otázky, na ktoré tieto tézy odpovedajú. V tejto stati budem usilovať „len“ o taký popis a takú analýzu problému, aká v ďalšej fáze a na inom mieste umožní zmysluplné hľadanie takejto komplexnej, vyčerpávajúcej odpovede. Inými slovami, tento príspevok predstavuje pokus o pojmové a metodologické vymedzenie problému a následne o nárys súradníc kvalifikovaného sporu s vyššie uvedenými tézami.

1.2 Sústredená expozícia

Najskôr je potrebné pokúsiť sa o ich poctivú a dobromyseľnú formuláciu. Prvá z týchto téz sa sústreďuje na obsah výsledku uplatnenia normotvornej pôsobnosti národnej rady a to tak, že pomeriava tento obsah jeho súladom s ústavou, ako je táto vyložená a uplatnená v rozhodnutiach ústavného súdu. Podstatou tejto tézy je presvedčenie, že ak ústavný súd vysloví nesúlad zákonnej úpravy s ústavnou úpravou, ústavodarca podlieha zákazu prijať takto „postihnutú“ úpravu v podobe ústavnej normy. Toto presvedčenie sa opiera o východisko, v zmysle ktorého ústava demokratického právneho štátu, ergo aj Ústava Slovenskej republiky, obsahuje akési materiálne jadro, do ktorého nesmie zasiahnuť ani tvorca ústavy, pričom ak tak urobí, je práve ústavný súd

tým orgánom, ktorý má tomu v konaní o súlade právnych predpisov zabrániť.² Inými slovami, aj ústavodarca podlieha pri výkone svojej normotvornej pôsobnosti istým materiálnym limitom a práve ústavný súd je tým orgánom, ktorý má dodržanie týchto limitov strážiť. Zo zrejmých dôvodov budem tento názor ďalej označovať ako tézu materiálneho jadra.

Druhá téza znie, že parlament nemá právomoc prijať iný ústavný zákon ako taký, na prijatie ktorého je v ústave prítomné výslovné a konkrétne normotvorné zmocnenie. V skratke, aj ústavodarca smie svoju normotvornú pôsobnosť uplatniť iba v tom konkrétnom prípade, pre ktorý si túto možnosť sám vopred priznal.³ Tento názor budem ďalej označovať ako tézu taxatívnej ústavnej blankety.

Napriek tomu, že v konkrétnom prípade sa implikácie oboch týchto téz môžu prekrývať – môžu napríklad viesť k rovnakému záveru o spôsobilosti ústavodarcu prijať ústavný zákon s konkrétnym obsahom a účelom –, neopierajú sa o totožné východiská, resp. prípadným spoločným premisám prisudzujú rozdielny doktrinálny akcent a/alebo normatívny význam. Je síce pravda, že argumentačná báza oboch týchto téz smeruje do oblasti teórie konštitucionalizmu, téza materiálneho jadra v jej slovenskej verzii je však poznačená podstatne vyššou mierou abstrahovania od pozitívno-právnej ústavnej úpravy, ako téza taxatívnej ústavnej blankety.

Rozdiely medzi týmito tézami majú dvojakú povahu, keďže sa týkajú tak východísk, ako aj argumentačného algoritmu. Rozdiel v premisách je rozdielom v referenčnej kategórii a v kritériu jej klasifikácie: téza materiálneho jadra skúma obsah právneho predpisu a pomeriava túto kategóriu kritériom, ktorým je súlad s právnymi závermi, vyslovenými ústavným súdom, prípadne dokonca „iba“ doktrínou; téza taxatívnej ústavnej blankety skúma kompetenčné portfólio ústavodarcu a pomeriava túto kategóriu kritériom, ktorým je existencia výslovného ústavného zmocnenia na výkon normotvornej pôsobnosti. Takýto rozdiel potom celkom prirodzene vyúsťuje aj do odlišností v argumentačných technikách, v dôvodoch opodstatnenia a v doktrinálnych aj normatívnych dôsledkoch použitej argumentácie.

Skúsme príklady. Národná rada prijme zákon, ktorým sa ustanovuje zákaz domáceho chovu prasiat v počte vyššom ako tri kusy na dospelú osobu, žijúcu v danej domácnosti. Ústavný súd vysloví, že takáto úprava je v rozpore s právom vlastníť majetok. Národná rada následne obsahovo totožnú právnu úpravu prijme ako ústavný zákon. Dá sa dôvodne očakávať, že s takýmto

² Pozri najmä VOZÁR, J., dielo cit. v pozn. 1, HOLLÄNDER, P., dielo cit. v pozn. 1, OROSZ, L., dielo cit. v pozn. 1 a BRÖSTL, A., dielo cit. v pozn. 1.

³ Pozri najmä PRUSÁK, J., dielo cit. v pozn. 1 a BRÖSTL, A., dielo cit. v pozn. 1.

postupom nebude súhlasiť ani zástanca tézy materiálneho jadra (Materialista), ani zástanca tézy taxatívnej ústavnej blankety (Taxatívec). Avšak zatiaľ čo Materialista by svoj nesúhlas musel podoprieť argumentmi, preukazujúcimi, že zákaz chovať doma viac ako tri prasatá zasahuje do materiálneho jadra ústavy, Taxatívcovi postačuje, že ústava národnej rade výslovne nepriznáva právomoc prijímať ústavné zákony na úpravu domáceho chovu prasiat.

Alebo inak: národná rada prijme zákon, ktorým sa deťom od 6 do 12 rokov veku, sociálne znevýhodneným v dôsledku svojej etnickej príslušnosti, priznáva právo každý rok počas letných prázdnin zúčastniť sa na týždennom vzdelávacom pobyte v okresnom meste, ktorý v plnom rozsahu hradí štát. Ústavný súd vysloví, že takýto zákon nezasahuje do žiadneho z ústavných princípov. Národná rada ho následne – povedzme, že za účelom zvýšenia jeho ochrany pred jeho prípadnou zmenou neskoršou väčšinou, resp., Drgoncovými slovami, „*aby sa zabezpečila vyššia miera stability právnej úpravy*“⁴ – v obsahovo totožnej podobe prijme ako ústavný zákon. Materialista, ak sa nechce zosmiešniť tézou, že obsah materiálneho jadra pozná lepšie ako ústavný súd, nemôže namietnuť vôbec nič. Taxatívec však z povahy veci protestovať musí, keďže úprava vzdelávania detí zo sociálne imobilných etnických skupín nepatrí do katalógu kompetencií národnej rady ako ústavodarného zboru.

Obaja sa tak v celkom jednoduchých situáciách dostávajú do vlastných pascí: Materialista je nútený zmieriť sa s tým, že ak je vo vzťahu k nejakému zákonu autoritatívne vyslovený jeho súlad s ústavou, nič národnej rade nebráni prijať ho ako ústavný zákon, akokoľvek by jeho obsah bol nevhodný na úpravu na ústavnej úrovni; Taxatívec je naopak nútený namietat' aj proti prijatiu takého ústavného zákona, ktorého obsah je súladný s ústavou. Taxatívny Materialista kombinuje (ne)výhody oboch postojov: ak národná rada v nejakej veci aj má výslovne priznanú právomoc prijať na jej úpravu ústavný zákon a je teda z formálneho hľadiska *secundum et intra constitutionem*, ešte stále podlieha povinnosti preukázať, že výsledok uplatnenia jej ústavodarnej pôsobnosti nezasahuje do materiálneho jadra ústavy ako výsledku skoršieho uplatnenia jej ústavodarnej pôsobnosti; a naopak, ak síce obsah ústavného zákona v ničom neodporuje ústave, národná rada má právomoc prijať ho iba v prípade, ak si túto právomoc predtým výslovne priznala priamo v ústave. Taxatívny materializmus predstavuje voči ústavodarcovi doktrinálnu politiku tzv. dvoch bičov: ak ti neublížil ten kompetenčný, ešte ti nad hlavou zasviští ten materiálno-jadrový, a naopak.

⁴ Pozri DRGONEC, J.: Ústava Slovenskej republiky. Komentár. Šamorín 2007, 2. vyd., s. 40.

Pracovná verzia mojej oponentúry znie takto:

- ústava celkom jednoznačne vylučuje použiteľnosť tzv. materiálneho jadra ako prekážky pre prijímanie ústavných zákonov, odporujúcich rozhodnutiam ústavného súdu, pričom však
- ústava menej jednoznačne, ale predsa vylučuje absenciu konkrétnej blankety ako prekážku pre prijímanie ústavných zákonov, z čoho vyplýva, že
- ak ústavodarca ako priamy predstaviteľ konštitutívnej moci je niečím pri výkone svojej vecnej pôsobnosti viazaný, nie sú to rozhodnutia ústavného súdu ako moci konštituovanej, ale jeho vlastné skoršie rozhodnutia, a to rozhodnutia kompetenčné, čo napokon zodpovedá aj doktrínálnym východiskám demokratickej formy vlády.

II. Téza materiálneho jadra

Téza materiálneho jadra vychádza z predpokladu, že existujú princípy demokratického právneho štátu, ktoré si zaslúžia ochranu aj pred ústavodarcom, pričom táto ochrana má byť a je zverená orgánu súdnej kontroly ústavnosti. Integrálnou súčasťou tohto predpokladu sa javí byť presvedčenie, že ústavodarca podlieha podobným limitom ako zákonodarca a že jeho postavenie vo vzťahu k ústavnému súdu je analogické postaveniu zákonodarcu. Tejto čudesnej skratky sa s osobitnou húževnatosťou dopúšťa najmä Vozár, ktorý údajné obmedzenia normotvornej suverenity ústavodarcu vysvetľuje najmä, ak nie výlučne, odkazom na sentenciu ústavného súdu, adresovanú priamo a výslovne zákonodarcovi.⁵ Absencia rozlišovania medzi ústavodarným orgánom a zákonodarným orgánom je pritom natoľko závažný deficit v premisách, aký bezvýhradne diskvalifikuje akýkoľvek záver z nich vyplývajúci.

Téza materiálneho jadra môže mať mäkkú a prísnu verziu. V mäkkej verzii sa obmedzuje na tvrdenie, že ústavodarca nesmie prijať ústavný zákon s obsahom, odporujúcim ústave, zatiaľ čo v prísnej verzii nezostáva pri tomto, ale pokračuje tým, že právomoc napraviť porušenie tohto zákazu priznáva ústavnému súdu. Nevyhnutnou súčasťou mäkkej verzie tézy materiálneho jadra je teda predpoklad, že môže existovať právna norma, kontrolou dodržiavania ktorej nie je poverený žiadny orgán verejnej moci a ktorej porušenie sa nespája so žiadnou efektívnou sankciou. V danej veci to konkrétne

⁵ Okrem diela citovaného v pozn. 1 pozrie tiež VOZÁR, J.: Súd locuta kauza finita. Právny obzor 3/2006, s. 242.

znamená, že národná rada podlieha zákazu prijať ústavný zákon s obsahom, odporujúcim ústave, avšak ak tento zákaz poruší, neexistuje procedúra, v ktorej by výsledok tohto porušenia – onen „protiústavný“ ústavný zákon – mohol byť pozbavený platnosti. Orosz v tejto súvislosti uvádza, že „*ústavné zákony sú aktmi ústavodarnej moci ... a preto nemôžu byť neústavné, resp. protiústavné, a zároveň preto principiálne nemôžu, na rozdiel od obyčajných zákonov, podliehať kontrole orgánom súdnej moci*“.⁶ V prípade výslovného priznania absencie efektívnej sankcie však má téza povinnosti ústavodarcu zdržať sa určitého spôsobu výkonu svojej pôsobnosti povahu doktrinálneho ornamentu, použiteľného „len“ ako orientačný návod na aplikáciu právnej normy a popisuje to, čo je „správne“ zo supra-právneho hľadiska (napríklad ústavno-politického), nie to, čo vyžaduje právo ako také.

Prísna verzia dôsledne trvá na tom, že ak povinná osoba poruší zákaz, ustanovený právnou normou, táto alebo iná právna norma musí pre takúto skutkovú podstatu predpokladať nejaký normatívny následok. Inými slovami, Prísny Materialista nie je ochotný zmieriť sa s vnútornou rozpornosťou právneho poriadku, s ktorou sa Mäkký Materialista zmieril a ktorá spočíva vo fakte, že výsledok porušenia objektívnym právom ustanoveného zákazu je sám prameňom objektívneho práva.

Prísna verzia tézy materiálneho jadra však nepopiera samu seba iba za predpokladu, že Materialista za súčasť materiálneho jadra ústavy nepovažuje princíp legality.

2.1 Princíp legality

Podľa čl. 2 ods. 2 ústavy, štátne orgány môžu konať iba na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobom, ktorý ustanoví zákon. Nazýva sa to princíp legality moci, znamená to bezpodmienečnú viazanosť štátnych orgánov platným právom a je to tým najzákladnejším predpokladom právneho štátu. Podľa čl. 125 ods. 1 písm. a) ústavy, ústavný súd rozhoduje o súlade zákonov s ústavou, s ústavnými zákonmi a s medzinárodnými zmluvami, s ktorými vyslovila súhlas Národná rada Slovenskej republiky a ktoré boli ratifikované a vyhlásené spôsobom ustanoveným zákonom. Právomoc ústavného súdu rozhodovať o súlade ústavných zákonov s ústavou ústavnému súdu chýba, takže aťahovanie a vykonanie takejto právomoci by bolo konaním *ultra vires*, v priamom rozpore s obmedzením podľa čl. 2 ods. 2 ústavy.

V tejto súvislosti treba zdôrazniť fakt, že postup štátnych orgánov *contra*

⁶ Pozri OROSZ, L., dielo cit. v pozn. 1, s. 329.

legem je ex constitutione postupom *contra constitutionem*. Pri použití menšieho počtu latinských slov, porušenie zákona štátnym orgánom je bez ďalšieho porušením ústavy, aj keď v mnohých prípadoch „len“ porušením čl. 2 ods. 2 ústavy. Keďže obsah tohto článku je explicitným vyjadrením samej podstaty právneho štátu, proklamatívne aj normatívne ustanoveného v prvom ustanovení ústavy, rozpor s čl. 2 ods. 2 zakladá aj rozpor s čl. 1 ods. 1 ústavy. V skratke, ak štátny orgán nepostupuje na základe a v medziach ústavy a zároveň spôsobom a v rozsahu, ktorý ustanoví zákon, dopúšťa sa porušenia prinajmenšom dvoch ustanovení ústavy: toho, ktorý ustanovuje princíp legality (2.2) a práve preto aj toho, ktorý predstavuje primárnu bázu tohto princípu (1.1).

Zo znenia ústavnej úpravy vyplýva, že (i) ústavný súd nie je vyňatý z viazanosti základným zákonom štátu, že (ii) tento základný zákon štátu mu zakazuje konať inak ako spôsobom a v rozsahu, ktorý je výslovne dovolený, a že (iii) konať o súlade ústavného zákona s ústavou mu ústava výslovne nedovoľuje. *Summa summarum*, ústava ústavnému súdu zakazuje konať o súlade ústavných zákonov s ústavou. Porušiť tento zákaz pod rúškom ochrany ústavy by zakladalo paradox *par excellence*.

Jedno rozhodnutie ústavodarcu (ústava) by sa totiž pred iným rozhodnutím ústavodarcu (ústavný zákon) chránilo porušením práve toho rozhodnutia ústavodarcu (ústava), ktoré má byť predmetom ochrany. Je to rovnako absurdné, ako keby sa vlastnícke právo jedného spoluvlastníka sadu malo pred výrubom desiatich marhúl druhým spoluvlastníkom sadu chrániť tak, že tomu, ktorý sa domáha ochrany pred výrubom marhúl, sa vyhovie, ale tak, že tomu druhému sa dovolí vyrúbať desať čerešní.

Ak má ochrana ústavy spočívať v priamom porušení výslovného zákazu, ktorý sama táto ústava ustanovuje, potom nie je zrejmý účel takejto ochrany. O to viac to platí práve preto, že striktná viazanosť platným právom je fundament, od ktorého v právnom štáte niet dôležitejšieho a ak má byť z tohto pravidla vyňatý orgán, tvorený trinástimi menovanými funkcionármi, prečo z neho nevyňať orgán, tvorený priamo volenými funkcionármi? Prečo by ústavný súd mal mať možnosť realizovať pôsobnosť, ktorú mu ústavodarcia nezveril a, napríklad, prezident, ústredná volebná komisia či Krajský súd v Trenčíne nie?

2.2 Ústavne konformný výklad

Argumentov v prospech krkolomnej tézy, že práve ústavný súd smie ústavu pri jej ochrane porušiť, nachádzajú jej zástancovia niekoľko. Ten neslávne

známy, opierajúci sa o fakt, že čosi podobné už raz urobil rakúsky ústavný súd,⁷ má takú váhu, že si nezaslúži viac pozornosti, ako bodku na konci tejto vety. Existujú však aj argumenty, ktoré sa pokúšajú vyvrátiť samu podstatu výhrady, t.j. argumenty, vychádzajúce z predpokladu, že ústavný súd má právomoc posúdiť súlad ústavných zákonov s ústavou a nemusí si ju konaním nad rámec ústavy prisvojovať.

Jeden z takýchto argumentov sa opiera o čl. 124 v spojení s čl. 152 ods. 4 Ústavy. Ústavný súd je nezávislým orgánom ochrany ústavnosti (čl. 124), pričom výklad zákonov, ústavných zákonov musí byť v súlade s ústavou (čl. 152 ods. 4). Pokiaľ sú z hľadiska požiadavky ústavne konformného výkladu ústavné zákony zaradené k zákonom a ostatným všeobecne záväzným právnym predpisom, ako by to naznačovalo, že v normatívnej hierarchii prameňov práva má ústava predsa len vyššie postavenie, ako ústavný zákon. Podľa Orosza možno z čl. 152 ods. 4 ústavy „*vyvodit' nepriamy príkaz adresovaný priamo ústavodarcovi, podľa ktorého Ústavu možno meniť len prostredníctvom jej priamych novelizácií*“.⁸

Použitelnosť ustanovenia čl. 152 ods. 4 ústavy ako základu pre výkon konkrétnej rozhodovacej kompetencie ústavného súdu je vylúčená hneď niekoľkými faktormi. Za prvé, zo systematického výkladu ústavy vyplýva ako nepochybné, že toto ustanovenie, ako súčasť prechodných a záverečných ustanovení ústavy, sa vzťahuje na ústavné zákony, zákony a iné všeobecne záväzné právne predpisy, prijaté pred prijatím ústavy. Nejde tu len o argument *per rubricam*, ale aj o znenie ako také, keď prvý odsek predmetného článku vcelku jednoznačne vymedzuje svoju pôsobnosť práve na tie predpisy, ktoré boli v SR súčasťou platného práva v čase prijatia ústavy: „*Ústavné zákony, zákony a ostatné všeobecne záväzné právne predpisy zostávajú v Slovenskej republike v platnosti, ak neodporujú tejto ústave.*“ Už len z hľadiska legislatívnej techniky je zrejmé, že štvrtý odsek nejakého článku je obsahovo previazaný s ostatnými odsekmi daného článku a že neupravuje nejakú autonómnou materiu. Predstierať, že štvrtý odsek článku, ktorý je zaradený medzi prechodné a záverečné ustanovenia a ktorého prvý odsek vymedzuje predmet svojej úpravy ako právne predpisy, ktoré už sú platné, v skutočnosti predstavuje „*ústavný základ hierarchického usporiadania právneho poriadku SR*“⁹ a týka sa aj budúcej normotvorby, znamená nadradiť nejakú doktrínálnu alebo praxeologickú potrebu zneniu a systematike rozhodnutia ústavodarcu.

Napokon, absencia akéhokoľvek rozlišovania medzi ústavnými zákonmi,

⁷ Pozri VOZÁR, J., dielo cit. v pozn. 1, s. 480.

⁸ Pozri napríklad OROSZ, L., dielo cit. v pozn. 1, s. 329-330 a tam citované pramene.

⁹ Pozri DRGONEC, J., dielo cit. v pozn. 4, s. 40, 1142.

zákonmi a podzákonnými predpismi preukazuje, že toto ustanovenie nevymedzuje stupeň právnej sily jednotlivých prameňov práva, ale že ako uniformnú množinu vníma všetky právne predpisy, ktorých prijatie predchádzalo „ustanovujúcemu“ aktu nového suveréna, pričom táto ich uniformita je založená práve ich prijatím iným suverénom, ako je ten nový. Ak má byť nejaké ustanovenie základom hierarchie právnych predpisov, nemôže to byť ustanovenie, ktoré nijako nerozlišuje medzi natoľko rozdielnymi predpismi, ako sú z hľadiska svojej právnej sily ústavné zákony, zákona a podzákonné predpisy. V skratke, odsek 4 je integrálnou súčasťou akejsi recepčnej normy, upravujúcej vzťah medzi právom, prijatým predchádzajúcim suverénom a právom, prijatým novým suverénom.

Autori, odmietajúci takúto redukciu normatívnej relevancie čl. 152 ods. 4 ústavy, sa opierajú o nález ústavného súdu vo veci sp. zn. PL. ÚS 15/98, v ktorého odôvodnení ústavný súd označil pravidlo obsiahnuté v citovanom ustanovení za „všeobecný princíp výkladu a uplatňovania práva“. Nedbám, odhliadnime na tomto mieste od pochybností, či takáto sentencia prevažuje nad úplne nepochybným zaradením daného pravidla medzi prechodné ustanovenia a nad jeho znením.

Avšak aj za predpokladu, že by sme normatívnu relevanciu predmetného ustanovenia vzťahli aj na ústavné zákony, prijaté po prijatí ústavy, jeho obsahom nie je založenie konkrétnej rozhodovacej právomoci ústavného súdu, ale interpretačná maxima, slúžiaca tomu, čo Alexy nazýva optimalizáciou, t.j. výkladu jedného pravidla v čo najväčšom možnom obsahovom súlade s iným pravidlom.¹⁰ Inými slovami, ústavodarca v danom ustanovení nehovorí nič viac a nič menej, než že všetky právne predpisy prijaté vnútroštátnymi normotvorcom sa majú vykladať a aplikovať v súlade s ústavou. Predmetná interpretačná maxima by tak ústavným súdom mohla byť použitá v konaní o výklad podľa čl. 128 ústavy, nie je však použiteľná ako autonómny základ pre konanie o súlade ústavných zákonov s ústavou.

Pokiaľ ide o článok 124 ústavy, ten na tej najvšeobecnejšej úrovni vymedzuje poslanie ústavného súdu v inštitucionálnej architektúre orgánov verejnej moci, pričom toto poslanie „rozmieňajú“ na konkrétne kompetencie ustanovenia čl. 125 až 129 a čl. 136 ods. 2 a 3 Ústavy. Ústavodarca teda v čl. 124 ústavy takpovediac pomenoval typ vecnej pôsobnosti ústavného súdu a potom taxatívnym výpočtom určil spôsoby a podmienky uplatnenia tejto pôsobnosti.

¹⁰ Pozri ALEXY, R.: Pojem a platnosť práva. Bratislava 2009, s. 108.

Predmetné ustanovenia čl. 124 a 152 ods. 4 ústavy teda nepredstavujú zmocnenie ústavného súdu na posúdenie súladu ústavného zákona s ústavou v konaní o súlade právnych predpisov a na vydanie nálezu, ktorým by vyslovil ich nesúlad a v dôsledku publikácie takéhoto nálezu v zbierke zákonov *de facto* derogoval napadnutý ústavný zákon.

2.3 Amorfné jadro ústavy

Použitelnosť materiálneho ohniska ústavy ako dôvodu pre obmedzenie ústavodarnej pôsobnosti národnej rady považujem za pochybnú z dvoch ďalších dôvodov.

Za prvé, hľadať v domácej ústave materiálne jadro znamená neprikladať absolútne žiadny význam rozhodnutiu ústavodarcu takéto jadro vymedziť a chrániť. Ak má byť materiálne jadro v ústave, v ktorej ho ústavodarca nepostuluje, prítomné rovnako ako v ústave, v ktorej ho ústavodarca postuluje, potom rozhodnutie ústavodarcu vymedziť a chrániť materiálne jadro ústavy nemá vôbec žiadny význam: to jadro tam jednoducho je, bez ohľadu na to, či ústavodarca výslovne prejaví vôľu ho tam mať alebo nie. Zároveň to vedie k otázke, ktoré ďalšie doktrínálne koncepcie sú v ústave prítomné bez toho, aby bolo potrebné ich tam výslovne uviesť. Všetky, ktoré sa v nejakej veci ukážu ako ústavno-politicky účelné, len zatiaľ nevieme, ktoré presne to sú?

Za druhé, nie je zrejmé nielen to, ktoré princípy a/alebo normy majú byť súčasťou toho jadra, ale ani to, akými kritériami by sa mala pomeriavať príslušnosť princípov a/alebo noriem k tomuto jadrú. To by hádam nemuselo vadiť úplne zásadne, takéto kritériá by sa možno mohli formulovať postupne, tak ako je to pre ústavnú judikatúru typické. V každom prípade sa však javí ako zrejmé, že princíp legality nevyhnutne musí byť súčasťou materiálneho jadra ústavy pri akomkoľvek jeho vymedzení. Princíp, ktorý definuje podstatu právneho štátu a konštitučnej demokracie jednoducho nemôže byť z materiálneho jadra ústavy vyňatý. Ak z princípu legality pre ústavný súd vyplýva zákaz konať o súlade ústavných zákonov s ústavou, potom údajná ochrana materiálneho jadra ústavy nemôže mať podobu bezprostredného porušenia samých základov právneho štátu.

Považujem teda za zrejmé, že prísna verzia tézy materiálneho jadra, t.j. tá verzia, ktorá ochranu ústavy pred ústavodarcom prisudzuje ústavnému súdu, je za predpokladu, že princíp legality je súčasťou materiálneho jadra, neudržateľná. V skratke, aj ústavný súd smie ústavu chrániť iba takým spôsobom, aký má podľa ústavy k dispozícii.

III. Téza taxatívnej ústavnej blankety

Téza taxatívnej ústavnej blankety znamená, že národná rada má právomoc prijať iba taký ústavný zákon, ktorého prijatie sa opiera o výslovné normotvorné zmocnenie v ústave. Aj táto téza môže mať mäkkú a prísnu verziiu: v mäkkej verzii sa obmedzuje na tvrdenie, že je neústavnou prax, keď „ústavnými zákonmi sa upravujú veci, ktoré nie sú obsahom ústavy ako predmetu ústavodarnej moci“.¹¹ V prísnej verzii by táto téza mala znamenať, že prijatie ústavného zákona bez opory vo výslovnej ústavnej blankete je výkonom neexistujúcej právomoci a preto nemôže vyvolávať predpokladané právne účinky.

Téza taxatívnej blankety sa od tézy materiálneho jadra líši v tom, že hoci obe ústavodarcovi odopierajú právo prijímať ústavné zákony, odporujúce ústave, Taxatívca za primárne kritérium spôsobilosti národnej rady uznieť sa na ústavnom zákone považuje existenciu výslovnej ústavnej blankety, zatiaľ čo Materialista hľadá a sústreďuje svoj pohľad do materiálneho ohniska. Spoločné majú to, že či už chtiac alebo nechtiac, vedome alebo nevedome, vychádzajú z predpokladu, že existuje právne významný rozdiel medzi ústavodarnou pôsobnosťou národnej rady, ktorej výsledkom je prijatie ústavy a ústavodarnou pôsobnosťou národnej rady, ktorej výsledkom je prijatie ústavného zákona.

V domácom prostredí zastáva tézu taxatívnej ústavnej blankety najdôslednejšie práve Prusák a *implicite* si ju osvojuje aj Brössl,¹² vychádzajúc pritom z Prusákom inšpirovanej klasifikácie ústavných zákonov.

3.1 Klasifikácia ústavných zákonov

Prusák rozlišuje štyri skupiny ústavných zákonov:

- ústavný zákon ústava
- ústavný zákon, ktorým sa mení a dopĺňa ústava
- ústavný zákon, ktorý ústava výslovne predpokladá
- ústavný zákon, ktorý ústava výslovne nepredpokladá.¹³

Prusák píše, že „*odlišovanie ústavodarnej a zákonodarnej právomoci, ak by s ňou disponoval ten istý zbor, je odôvodnené len v tom prípade, ak výsledkom realizácie ústavodarnej právomoci spojenej aj s kvalifikovanou majoritou a kvalifikovaným kvórom sú len ústavné zákony, ktoré sú ústavou,*

¹¹ PRUSÁK, J., dielo cit. v pozn. 1, s. 137. K podobnému vnímaniu vecí sa prikláňa aj Balog. Pozri BALOG, B., dielo cit. v pozn. 1, s. 1580-1582.

¹² Pozri BRÖSSL, A., dielo cit. v pozn. 1, s. 15.

¹³ Pozri PRUSÁK, J., dielo cit. v pozn. 1., s. 139.

alebo ústavnými zákonmi dopĺňujúcimi alebo meniacimi ústavu, vrátane ústavných derogačných zmien.“ Platí preto, že národná rada „ústavné zákony môže schvaľovať po prvé, len ak nimi mení a dopĺňa ústavu a po druhé, ak ide o návrhy ústavných zákonov, ktorých prijatie za stanovených podmienok výslovne predpokladá ústava“, a že „všetky návrhy na prijatie ústavného zákona, okrem návrhov na prijatie ústavy a zmenu ústav a návrhov vo veciach vymenovaných v čl. 4, čl. 7 ods. 1, čl. 86 písm. b) a čl. 99 ods. 2 slovenskej ústavy sú návrhmi, ktoré nie sú podané na základe ústavy a nie sú v medziach ústavy.“¹⁴

V skutočnosti teda uvedené štyri skupiny ústavných zákonov možno sústrediť do dvoch skupín: jednu predstavujú ústavné zákony, ktoré ústava predpokladá a preto národná rada má právomoc ich prijať (ďalej aj ako „predpokladané ústavné zákony“) a druhú ústavné zákony, ktoré ústava nespomína a preto ich národná rada právomoc prijať nemá (ďalej aj ako „nepredpokladané ústavné zákony“).¹⁵

Má toto teoretické rozlišovanie medzi vyššie uvedenými typmi ústavných zákonov oporu aj v texte a systematike základného zákona štátu a sú medzi týmito typmi relevantné rozdiely aj z hľadiska rekogničných kritérií? Inak povedané, má ústavou nepredpokladaný ústavný zákon inú povahu a vyvoláva iné účinky ako ústavou predpokladaný ústavný zákon a ak áno, kde v texte alebo systematike ústavy možno nájsť oporu pre takéto rozlišovanie?

3.2 Rekogničné kritériá právnej normy

Rekogničná norma v širšom chápaní predstavuje množinu pravidiel, ktoré upravujú spôsob prijímania, zmeny a zrušovania právnych noriem. Dotýka sa tak postupu pri prijímaní právnych noriem, ako aj výsledku tohto postupu – má teda procedurálny rozmer, aj rozmer rezultatívny. Oba tieto rozmery sa týkajú formy právnej normy. Okrem toho sa rekogničná norma, aj keď iným spôsobom a v inom rozsahu, vzťahuje aj na obsah právnej normy, t.j. upravuje nielen formálne, ale aj materiálne náležitosti právnej normy.

Z hľadiska formálnych náležitostí sú pri posudzovaní právnej normy, resp. právneho predpisu dôležité nasledovné prvky:

- vecná príslušnosť orgánu
- predloženie návrhu predpisu oprávneným subjektom

¹⁴ PRUSÁK, J., dielo cit. v pozn. 1., s. 139..

¹⁵ Veľmi podobnú dichotómiu uvádza aj Balog, ktorý píše o ústavných zákonoch, ktoré predpokladá ústava a ústavných zákonoch, ktoré nepredpokladá ústava. Pozri BALOG, B., dielo cit. v pozn. 1., s. 1577, 1580.

- označenie predpisu
- schválenie požadovanou väčšinou
- dodržanie lehôt, legislatívno-technických postupov a ďalších procedurálnych technikálií
- signácia
- vyhlásenie.

Pokiaľ ide o rozdiel medzi ústavou predpokladanými a ústavou nepredpokladanými ústavnými zákonmi z hľadiska formálnych rekogničných kritérií, okrem ústavy je potrebné konzultovať aj zákon o rokovanom poriadku. Preskúmanie príslušných ustanovení ústavy a zákona o rokovanom poriadku vedie k nepochybnému záveru, že pri oboch typoch ústavných zákonov je totožným:

- orgán, ktorý je na jeho prijatie vecne príslušný (Národná rada ako ústavodarný orgán)
- subjekt, ktorý je návrh ústavného zákona oprávnený podať (výbor, poslanec, vláda)
- označenie predpisu (ústavný zákon)
- požadovaná väčšina (najmenej tri pätiny zo všetkých poslancov)
- lehoty
- signatári (predseda vlády, predseda parlamentu, prezident)
- spôsob a rozsah publikácie (plné znenie v Zbierke zákonov).

Ak si to teda zhrnieme, nepredpokladané ústavné zákony (i) prijíma ten istý orgán, (ii) tou istou väčšinou, (iii) na návrh jedného z toho istého katalógu oprávnených subjektov, (iv) v tej istej normotvornej procedúre a za tých istých legislatívno-technických pravidiel ako predpokladané ústavné zákony a oba typy týchto zákonov (v) signujú tie isté orgány a (vi) úplne rovnako sú aj publikované a (vii) podliehajú totožnému označeniu. Jediný rozdiel medzi nimi tak spočíva v tom, že zatiaľ čo o predpokladaných sa ústavodarca v texte ústavy výslovne zmieňuje, nepredpokladané takúto zmienku v ústave nemajú. Tento rozdiel napokon ako rozhodujúci namieta aj Brösl.¹⁶

Otázka znie, či absencia výslovnej konkrétnej blankety pri nepredpokladaných ústavných zákonov má byť takou prekážkou pre ich prijatie, že prelomí totožnosť všetkých ostatných formálnych rekogničných

¹⁶ Pozri BRÖSTL, A., dielo cit. v pozn. 1., s. 15. Brösl však jedným dychom dodáva, že úplne rovnako chýba odkaz na takúto blanketu aj v tých ústavných zákonoch, ktoré ústava predpokladá. To však nemusí byť problém, fakt, že normotvorca sa v záhlaví predpisu neodvoláva na konkrétnu blanketu neznamená, že tam tá blanketa nie je – inak povedané, predpokladom toho, aby ústavná blanketa vyvolávala svoj zmocňujúci účinok, nie je, že zmocnený sa tohto zmocňujúceho účinku aj formálne dovoľáva.

kritérií medzi predpokladanými a nepredpokladanými ústavnými zákonmi. Na túto otázku je možné odpovedať dvojako a každá odpoveď má, samozrejme, iný dopad.

3.3 Účinky blankety

Ak odpovieme áno, znamená to, že prijatie takého ústavného zákona, ktorý ústava nepredpokladá, je *prima facie* porušením ústavy, bez ohľadu na jeho obsah. Inak povedané, buď národná rada smie alebo nesmie prijať aj taký ústavný zákon, ktorého prijatie ústava výslovne nepredpokladá. Ak nesmie, na obsahu takéhoto ústavného zákona nezáleží a samé jeho prijatie predstavuje na strane národnej rady postup *ultra vires*, v rozpore s čl. 2 ods. 2 ústavy. Žiadne vzletné konštrukcie o akomsi materiálnom jadre ústavy nemajú v takom prípade opodstatnenie, keďže vec je otázkou existencie alebo naopak absencie vecnej kompetencie ústavodarcu.

Jedným z problémov v tejto súvislosti však je, že tak, ako chýba ústavná blanketa pre prijímanie ústavných zákonov, upravujúcich osobitné otázky, ktoré, Prusákovými slovami, nie sú obsahom ústavy ako predmetu ústavodarnej moci, chýba takéto zmocnenie aj pre prijímanie ústavných zákonov, ktorými sa mení a dopĺňa ústava, t.j. pre tzv. priame novely ústavy. Ani jeden z taxatívcoov pritom nevysvetľuje, prečo absencia výslovnej ústavnej blankety pre jeden typ ústavných zákonov má znamenať aj absenciu právomoci takéto ústavné zákony prijímať, a absencia blankety pre iný typ žiadnu prekážku nepredstavuje. Musí však platiť buď to, že absencia výslovnej ústavnej blankety znamená absenciu právomoci a potom takejto právomoci niet ani pre tzv. priame novely ústavy, alebo to, že absencia výslovnej ústavnej blankety neznamená bez ďalšieho absenciu právomoci a potom pre prijímanie tzv. nepredpokladaných ústavných zákonov musí existovať aj nejaká iná prekážka.

Prusák aj Balog naznačujú, že by táto prekážka mala súvisieť s predmetom úpravy a to v tom zmysle, že zatiaľ čo ústavný zákon, ktorý predstavuje priamu novelu ústavy alebo ktorého prijatie ústava výslovne predpokladá, z povahy veci upravuje ústavnoprávnu materiu, nepredpokladaný ústavný zákon práve z dôvodu absencie blankety upravuje takpovediac mimoústavnú materiu. Veľmi podobne to vníma aj Drgonec, ktorý v tejto súvislosti používa pozoruhodné kritérium, keď za podriadené ústave považuje ústavné zákony, ktoré upravujú „menej, než ústavné vzťahy“.¹⁷ Takéto delenie je však doktrinálne aj praxeologicky mimoriadne otázne.

¹⁷ Pozri DRGONEC, J., dielo cit. v pozn. 1, s. 40.

Poprvé, znamenalo by to, že veci, pri ktorých ústavodarca výslovne predpokladá prijatie ústavného zákona, sú tak akosi „ústavnejšie“ ako veci, pri ktorých takáto konkrétna blanketa výslovne uvedená nie je. Ako by teda tie inštitúty, pri ktorých sa v prípade potreby výslovne predpokladá úprava na úrovni ústavného zákona, mali z hľadiska svojho obsahu vyššiu ústavnú relevanciu, akoby boli vo vzťahu k politickému národu konštitutívnejšie, fundamentálnejšie, spoločensotvornejšie než inštitúty, pri ktorých výslovná blanketa chýba. Odhliadnuc od faktu, že takáto téza má tautologickú povahu (tam, kde je výslovná blanketa, ide o ústavnú materiu, lebo tam je ústavná blanketa, a tam, kde nie je ústavná blanketa, nejde o ústavnú materiu, lebo tam nie je ústavná blanketa), odporuje aj doterajšej skúsenosti. Ani ústavný zákon č. 357/2004 Z. z. o ochrane verejného záujmu pri výkone funkcií verejných funkcionárov, ani ústavný zákon č. 397/2004 Z. z. o spolupráci Národnej rady Slovenskej republiky a vlády Slovenskej republiky v záležitostiach Európskej únie neboli prijaté na základe konkrétnej ústavnej blankety. Dá sa však s vážnou tvárou tvrdiť, že vzťahy medzi vládou a parlamentom pri reprezentácii krajiny voči supranacionálnej entite, ktorej pôsobnosť má aj na vnútroštátnej úrovni dramatické štátoprávne a ústavno-politické implikácie, sú „menej, než ústavné“? Alebo že úprava podmienok pre výkon verejnomočenskej funkcie nemá ústavnoprávnú relevanciu? Či dokonca že funkčné obdobie poslancov národnej rady¹⁸ nie je „obsahom ústavy ako predmetu ústavodarnej moci“? Nedá sa to tvrdiť.

Takisto platí, že ak môže ústavodarca učiniť z nejakého inštitútu predmet ústavodarnej moci tým, že k nemu pridá konkrétnu blanketu na vydanie ústavného zákona (napríklad vstup do štátneho zväzku alebo zmena výsledkov referenda), prečo by z iného inštitútu (napríklad ochrana verejného záujmu pri výkone štátno-močenskej funkcie) nemohol učiniť rovnaký predmet práve tým, že ho upraví ústavným zákonom?

Považujem preto za zrejmé, že v dôsledku svojej vágnosti a „zrelosti“ na úplne protirečivé interpretácie je tzv. materiálne kritérium (v Prusákovskej verzii „predmet ústavodarnej moci“, v Drgoncovej „menej, než ústavné vzťahy“) samé osebe nespôsobilé pôsobiť ako pravidlo, odopierajúce národnej rade realizáciu jej ústavodarnej pôsobnosti. O tom, či nejaká vec, právny jav, vzťah alebo inštitút patrí do ústavnej matérie a už tobôž o tom, či vzťahy, ktoré upravuje, sú „menej, než ústavné“, môže jednoducho panovať dobromyseľný

¹⁸ Pozri ústavný zákon č. 70/1994 Z. z. o skrátení volebného obdobia Národnej rady Slovenskej republiky a ústavný zákon č. 82/2006 Z. z. o skrátení volebného obdobia Národnej rady Slovenskej republiky.

spor bez toho, aby na riešenie tohto sporu existoval autoritatívny arbiter. Inými slovami, ako nie „menej, než ústavný vzťah“, resp. ako „predmet ústavodarnej moci“ dokážem odôvodniť takmer čokoľvek alebo takmer nič, alebo niečo medzi takmer čokoľvek a takmer nič, to kritérium je jednoducho nepoužiteľné nielen ako rozhodná norma, ale aj ako rozhodný princíp.

Ak, naopak, ústavodarca smie prijať aj taký ústavný zákon, ktorého prijatie ústava nepredpokladá, potom niet takej možnosti kontroly jeho súladu s ústavou, aká by pri súčasnej úprave kompetenčného portfólia ústavného súdu nebola zároveň v rozpore s princípom legality. Inak povedané, ak ústava nebráni národnej rade prijať aj nepredpokladaný ústavný zákon, potom bráni ústavnému súdu konať o súlade takéhoto ústavného zákona s ústavou. Prinajmenšom implicitne to potvrdzuje aj ústavný súd, keď konštatuje, že „*nie je príslušný na konanie o súlade právnych predpisov rovnakej právnej sily*“ (PL. ÚD 8/94).

Máme teda dve vzájomne sa vylučujúce alternatívy: buď (i) národná rada nesmie prijať iný ústavný zákon, ako taký, ktorý ústava výslovne predpokladá a ak tento zákaz poruší, výsledok tohto porušenia nespĺňa jedno z fundamentálnych rekogničných kritérií, alebo (ii) národná rada smie prijať aj nepredpokladaný ústavný zákon a v takom prípade absentuje konanie, v ktorom by ústavný súd mohol posudzovať jeho súlad s ústavou.

3.4 Ústavné predpoklady ústavodarnej pôsobnosti národnej rady

Dáva teda text ústavy nejaký návod na odpoveď, či národná rada smie alebo nesmie prijať iný ústavný zákon ako taký, ktorého prijatie ústava výslovne predpokladá?

Ustanovenie čl.86 ústavy upravuje vecnú pôsobnosť národnej rady demonštratívny výpočetom jej právomocí. Hneď prvou takouto právomocou je uznávať sa na ústave, ústavných a ostatných zákonoch a kontrolovať, ako sa dodržiavajú, a vzápätí nasleduje právomoc ústavným zákonom schvaľovať zmluvu o vstupe do štátneho zväzku a jej vypovedanie. Žiadna ďalšia konkrétna zmienka o ústavodarnej pôsobnosti národnej rady v demonštratívnom výpočte jej právomocí nie je.

V iných ustanoveniach ústavy sú však obsiahnuté výslovne ústavné blankety, zakladajúce právomoc národnej rady prijať ústavný zákon. Ide konkrétne o:

- čl. 3 ods. (zmena hraníc)
- čl. 7 ods. 1 (vstup a vystúpenie zo štátneho zväzku)
- čl. 51 ods. 2 (obmedzenie základných práv a rozsah povinností v čase vojny, vojnového stavu, výnimočného stavu a núdzového stavu)

- čl. 99 ods. 1 (zmena alebo zrušenie výsledku referenda)
- čl. 102 ods. 3 (podmienky vypovedania vojny, vyhlásenia vojnového stavu, výnimočného stavu alebo núdzového stavu)
- čl. 152 ods. 1 druhá veta (zmena ústavných zákonov, prijatých pred prijatím ústavy).

Bröstl, Orosz a Prusák sa zhodujú v tom, že spolu s ústavnými zákonmi, ktorými sa mení a dopĺňa ústava, sú práve a len vyššie uvedené ústavné zákony tými ústavnými zákonmi, ktoré národná rada smie prijať. Prusák striktno uvádza, že parlament môže ústavné zákony „*schvaľovať po prvé, len ak nimi mení alebo dopĺňa ústavu a po druhé, ak ide o návrhy ústavných zákonov, ktorých prijatie za stanovených podmienok výslovne predpokladá ústava.*“¹⁹ Aj podľa Bröstla, iné ako tieto dve skupiny ústavných zákonov nie sú „*výsledkom ústavodarnej právomoci národnej rady*“. Správnosť uvedených tvrdení nevyhnutne predpokladá taxatívnu povahu výslovných ústavných blankiet na vydanie ústavného zákona. Inak povedané, prijať Prusákovu tézu, že iné ako blanketou „*vybavené*“ ústavné zákony národná rada nesmie prijať, je možné akceptovať iba za predpokladu, že (i) výpočet ústavných zákonov s takouto blanketou je výpočtom vyčerpávajúcim, nie demonštratívnym a zároveň že (ii) právomoc národnej rady podľa čl. 86 písm. a) ústavy uznášať sa na ústavných zákonoch nie je generálnou ústavnou blanketou, tak ako je ňou, napríklad, čl. 120 ústavy vo vzťahu k nariadeniam vlády, alebo ako je ňou to isté ustanovenie čl. 86 písm. a) vo vzťahu k bežným zákonom.

Sám ústavodarca k uvedenému neuvádza vôbec nič; ústava nikde neustanovuje, či výslovná a zároveň konkrétna blanketa je nevyhnutnou podmienkou uplatnenia ústavodarnej pôsobnosti národnej rady alebo či postačuje všeobecné zmocnenie v čl. 86 písm. a) na vydávanie ústavných zákonov. Jednou z relevantných opôr pre záver, že parlament nesmie prijímať iné ústavné zákony ako tie, na ktoré má konkrétnu ústavnú blanketu, by bolo možné nájsť v čl. 2 ods. 2 ústavy, ktorý hovorí, že štátne orgány, medzi ktoré patrí aj ústavodarca, smú konať len v medziach a na základe ústavy. Toto znenie však pri inom výklade môže slúžiť naopak ako opora práve pre záver, že ústavodarca smie prijať aj taký ústavný zákon, ktorého prijatie v texte ústavy dopredu nepredpokladal. Inak povedané, je len vecou výkladu, či ustanovenie čl. 86 písm. a) ústavy pochopíme ako generálnu blanketu a teda ako dostatočný základ pre právomoc ústavodarcu uznášať sa na ústavných zákonoch bez obmedzenia ich predmetu, alebo či naopak za postup, ktorému

¹⁹ PRUSÁK, J., dielo cit. v pozn. 1., s. 139.

nechýba základ v ústave, budeme považovať ústavnú normotvorbu iba v prípade, ak pôjde o uplatnenie jedného z vyššieho uvedených konkrétnych kompetenčných zmocnení.

Takýto výklad pritom nemusí byť nevyhnutne „ezoterický“, v zmysle siahajúci ponad a za to, čo je k dispozícii v ústave ako takej. Azda postačí, okrem toho a zároveň v spojení s tým, čo som uviedol vyššie, jednoduchá analógia.

Podľa čl. 86 písm. a) ústavy, národná rada sa uznáva aj na ústavných zákonoch a ostatných zákonoch. Podľa čl. 51 ods. 2, „podmienky a rozsah obmedzenia základných práv a slobôd a rozsah povinností v čase vojny, vojnového stavu, výnimočného stavu a núdzového stavu ustanoví ústavný zákon.“ Podľa čl. 143 ods. 2 ústavy, „podrobnejšiu úpravu sústavy súdov, ich pôsobnosť, organizáciu a konanie pred nimi ustanoví zákon.“ Predpokladám medzi právnikmi jednomyselnú zhodu, že čl. 86 písm. a) ústavy dáva národnej rade právomoc prijímať aj iné zákony, ako tie, na ktoré odkazuje konkrétna blanketa v čl. 143 ods. 2 ústavy alebo iná konkrétna blanketa na vydanie zákona. Inými slovami, považujem za nepochybné, že čl. 86. písm. a) ústavy predstavuje pre národnú radu generálnu blanketu na vydávanie zákonov, bez ohľadu na to, či ústava na inom mieste ustanovuje aj konkrétnu blanketu alebo nie. Z akého dôvodu by táto blanketa nemala byť generálnou vo vzťahu k ústavným zákonom? Ako je možné tvrdiť, že jedna časť vety („ústavných zákonoch“) nepredstavuje generálnu blanketu a musí sa na ňu viazať konkrétne zmocnenie, a iná časť tej istej vety („ostatných zákonoch“) predstavuje generálnu blanketu a žiadne konkrétne zmocnenie už potrebné nie je? Ako je možné z tej istej vety odvodiť viac právomocí pre orgán, disponujúci „nižšou“ mocou, t.j. priznať možnosť konať bez konkrétneho zmocnenia zákonodarcovi ako moci konštituovanej a nepriznať ústavodarcovi ako moci konštitutívnej? Podľa môjho názoru to možné nie je a nesporný fakt, že čl. 86. písm. a) ústavy predstavuje generálnu blanketu pre národnú radu pri vydávaní zákonov znamená, že generálnou je tiež blanketa na vydávanie ústavných zákonov.

Aj v prípade, ak by sme chceli preskúmať tézu taxatívnej ústavnej blankety cez prizmu supra-pozitívnych faktorov a teda tých prvkov, ktoré siahajú „za“ ústavu ako takú, vyvstávajú pre túto tézu dva dusivé problémy: (i) jej rozpor s ustáleným výkladom a aplikáciou ústavy v ústavno-politickej praxi, a (ii) absencia akéhokoľvek vysvetlenia normatívnych dôsledkov porušenia zákazu, ktorý táto téza postuluje.

Pokiaľ ide o doterajšiu ústavno-politickú prax spoločenstva, tvoriaceho personálny substrát SR a predovšetkým tej jeho podmnožiny, ktorá disponuje príslušnými verejno-mocenskými oprávneniami, z prehľadu doterajšej

postupne sa tvoriacej ústavnej tradície sa javí ako zrejmé, že (i) Národná rada chápe čl. 86 písm. a) ústavy ako zmocnenie na prijímanie aj výslovne nepredpokladaných ústavných zákonov, keďže (ii) toto chápanie už opakovane pretavila do prijatia takýchto ústavných zákonov, a že (iii) dosiaľ žiaden z oprávnených subjektov nenapadol nesúlad takéhoto quasi-ústavného zákona s ústavou. Záver sa zdá byť jednoznačný: všetky doterajšie zostavy národnej rady vychádzajú z predpokladu, že ústava poskytuje demonštratívny výpočet prípadov, v ktorých smie národná rada prijať ústavný zákon a rozhodujúca časť verejno-mocenského establišmentu s tým prinajmenšom konkludentne súhlasí. Alebo ešte inak, nikto z doterajších nositeľov príslušnej návrhovej právomoci ani jeden jediný raz nespochybnil právomoc národnej rady prijať ústavný zákon aj bez konkrétneho zmocnenia. Akú relevanciu a aký vplyv potom má doktrína, ktorá tvrdí, že ústava prijímanie takých ústavných zákonov zakazuje?

Primeraný skutočnosti, že sa nijako nezaobera dôsledkami porušenia zákazu, ktorý postuluje. Pokúsim sa týchto dôsledkov aspoň rámcovo dotknúť na tomto mieste.

Vyššie v texte som uviedol všetky relevantné parametre, vzťahujúce sa na prijímanie právnych predpisov z hľadiska štátom predpísanej formy, t.j. z hľadiska tak postupu pri ich prijímaní, ako aj výsledku tohto postupu. Právny predpis teda spĺňa formálne rekogničné kritériá, ak sú súčasne splnené všetky nasledovné podmienky: je označený predpokladaným spôsobom, vydal ho na to oprávnený orgán, ktorý o tom rozhodoval na základe návrhu oprávneného subjektu, bol schválený požadovanou väčšinou, pri rokovaní o ňom a jeho schvaľovaní boli dodržané všetky relevantné procedurálne pravidlá, bol autorizovaný príslušnými štátnymi funkcionármi a bol predpísaným spôsobom publikovaný. Vady niektorých z týchto procedurálnych a rezultatívnych náležitostí je možné sanovať priamo v priebehu legislatívneho procesu, pri iných náležitostiach zakladá ich absencia *prima facie* neplatnosť príslušného aktu a iné sú spôsobilé byť predmetom posúdenia autorizovaným orgánom kontroly, ale neznamenajú bez ďalšieho neplatnosť predpisu. Nazvime prvý typ nedostatkov odstrániteľným, druhý typ neodstrániteľným a tretí typ odporovateľným.

Príkladom odstrániteľného nedostatku nech je, napríklad, porušenie pravidiel legislatívneho procesu v štádiu, predchádzajúcom predloženiu návrhu oprávneným subjektom – napríklad nedodržanie lehoty na pripomienkové konanie alebo úplná absencia pripomienkového konania. Sanácia tohto nedostatku spočíva v rozhodnutí parlamentu, že napriek uvedenému sa návrhom právneho predpisu bude zaoberať a následne ho požadovanou väčšinou schváli. Fakt, že návrh zákona, napríklad, nebol predmetom medzirezortného

pripomienkového konania, po jeho schválení už sám osebe nie je spôsobilý ohroziť jeho platnosť.²⁰

Príkladom neodstrániteľného nedostatku nech je absencia schválenia vecne príslušným orgánom. Ani prípadná signácia, ani prípadné vyhlásenie v Zbierke zákonov, napríklad, zákona prezidenta alebo nariadenia ministerstva vnútra, nie je spôsobilá sanovať absenciu nevyhnutných, fundamentálnych predpokladov platnosti právnej normy. Takýto akt je nulitný *ab initio* a nevyvoláva žiadne právne účinky.

Príkladom odporovateľného nedostatku nech je nedodržanie rekogničnej normy v časti, v ktorej upravuje nadobudnutie platnosti a účinnosti právnej normy, napríklad spôsobom, ktorý vedie k nadobudnutiu účinnosti pred nadobudnutím platnosti. V prípade publikácie takéhoto predpisu sa prezumuje jeho platnosť a to až do prijatia príslušného rozhodnutia ústavným súdom, avšak predmetná procedurálna vada môže byť dôvodom pre vyslovenie nesúladu a v konečnom dôsledku pre zánik platnosti napadnutého predpisu. Na rozdiel od právneho predpisu, postihnutého neodstrániteľným nedostatkom, vyvoláva právny predpis, postihnutý odporovateľným nedostatkom, právne účinky až do okamihu prípadnej straty svojej účinnosti a právne vzťahy, ním založené v čase, keď bol účinný, zostávajú zachované.

Iným delením formálnych väd právneho predpisu by mohlo byť rozlišovanie, analogické rozlišovaniu medzi primárnymi a sekundárnymi znakmi štátu. Zatiaľ čo v prípade, ak nie sú prítomné primárne znaky (obyvateľstvo, územie, moc), nemožno vôbec hovoriť o štáte, sekundárne znaky (rozpočet, dane, štátne symboly, brachiálny aparát) sú síce typické, ale ich absencia neznamená nevyhnutne absenciu štátu. V kontexte právnych predpisov ide o absenciu pojmových znakov právneho predpisu na jednej strane a absenciu iných formálnych náležitostí na strane druhej. Nevyhnutným predpokladom uplatniteľnosti takéhoto rozlišovania je vymedzenie pojmových znakov právneho predpisu a ich zmysluplné odlišenie od oných ostatných formálnych náležitostí.

Trúfam si v tejto súvislosti vymedziť ako pojmové znaky právneho predpisu tie jeho znaky, ktoré sa bezprostredne týkajú samých základov jeho platnosti *qua* príslušnosti k prameňom práva, t.j. znakov, ktoré predpis robia predpisom a odlišujú ho od pokusu o predpis; čiže označenie predpisu, orgán vydania, autorizácia, publikácia. V podrobnejšom rozbere, pokus o predpis sa stáva

²⁰ Niektoré jurisdikcie chápu takýto typ procedurálnych väd ako odporovateľné nedostatky, spôsobilé ohroziť ústavnú kompatibilitu právneho predpisu. Pozri napríklad nález Ústavného tribunálu Poľskej republiky vo veci sp. zn. K 3/99 alebo nálezy Ústavného súdu Českej republiky vo veciach sp. zn. PL. ÚS 77/06, PL. ÚS 5/02.

predpisom iba vtedy, ak (i) je označený ako právny predpis, (ii) je vydaný orgánom, ktorý má normotvornú pôsobnosť vydávať daný typ právnych predpisov, (iii) je vybavený podpisom autorizujúceho orgánu a (iv) je ako právny predpis vyhlásený.

Ak spĺňa tieto predpoklady, má nárok na prezumpciu platnosti *qua* príslušnosti k prameňom práva a jeho iné prípadné vady jeho formy (absencia schválenia požadovanou väčšinou, nedodržanie legislatívno-technických pravidiel, či dokonca rozpor medzi schváleným a publikovaným znením) ho „výhod“, vyplývajúcich z takejto prezumpcie, nezbavujú.

Otázkou je, aký typ nedostatku predstavuje absencia vecnej kompetencie národnej rady na prijatie nepredpokladaného ústavného zákona. V prospech názoru, že ide o nedostatok odporovateľný, hovorí predovšetkým potreba právnej istoty a jeden z jej štandardných nástrojov, predpoklad ústavnosti zákonov. Ak by totiž malo ísť o nedostatok neodstrániteľný, spôsobujúci absenciu právnych účinkov dotknutého predpisu, jednak by to ohrozovalo prezumpciu platnosti všetkého, čo je uverejnené v Zbierke zákonov a jednak by to vo vzťahu k takémuto predpisu zbavovalo významu napríklad právomoc ústavného súdu pozastaviť účinnosť právneho predpisu podľa čl. 125 ústavy. Rovnako významné je to, že pri takomto výklade by sa dnes v Slovenskej republike ako ústavné zákony uplatňovali právne predpisy, nemajúce povahu prameňa práva. Takéto dôvody v prospech názoru, že absencia právomoci vydať nejaký právny predpis neznamena nulitnosť právneho predpisu, prijatého orgánom bez takejto právomoci, sa však javia byť skôr pragmatické, ako logické.

Logické dôvody sú podľa môjho názoru menej jednoznačné. Na jednej strane, logika veci hovorí, že ústavný zákon, prijatý orgánom, ktorý na jeho prijatie nemá právomoc, je neprávom rovnako, ako ním je akýkoľvek iný právny predpis, prijatý orgánom bez príslušnej právomoci. Inými slovami, ak raz národná rada nemá právomoc na prijatie nepredpokladaného ústavného zákona, potom má takýto ústavný zákon rovnaký status, ako keby ho prijal ktorýkoľvek iný orgán bez normotvorného zmocnenia, napríklad minister životného prostredia. Na druhej strane, existujú typy právnych predpisov a existujú konkrétne právne predpisy, je medzi tým rozdiel a ten rozdiel sa týka tak povahy inštitútu, akým je normotvorná právomoc, ako aj efektov jej uplatnenia. Vysvetlím.

Právnu istotu nijako neohrozuje pravidlo, že ak, napríklad, minister nemá právomoc vydávať zákony, potom aj v prípade, ak „predpis“, ktorý je označený ako zákon, ale ktorého tvorcom je minister, je vyhlásený v Zbierke zákonov, ide celkom zjavne o takú absenciu pojmových znakov právneho predpisu, aká nepripúšťa pochybnosť. Takýto „predpis“ nemá nárok na „*benefit of the*

doubtí“ (úžitok pochybnosti) v podobe prezumpcie ústavnosti, pretože právnym predpisom ani nie je. Naopak, ak nejaký orgán má právomoc vydávať príslušný typ právnych predpisov, ale v danej konkrétnej veci nie sú pre uplatnenie tejto právomoci splnené potrebné podmienky, bolo by v rozpore s právnou istotou nepriznať takémuto predpisu nárok na prezumpciu ústavnosti, akokoľvek môže byť oná absencia príslušných podmienok zjavná. Je totiž zásadný rozdiel medzi sporom o to, či minister má právomoc vydávať zákony a sporom o to, či vláda danú vec smie upraviť svojim nariadením alebo či takáto vec môže byť len predmetom zákonnej úpravy. V oboch prípadoch síce ide o predpis, ktorý nebol vydaný vecne príslušným orgánom, avšak zatiaľ čo v prvom prípade (zákon ministra) ide o výkon neexistujúcej pôsobnosti, v druhom prípade (nariadenia vlády, vydané na úpravu otázok, spôsobilých výlučne na zákonnú úpravu) ide o výkon existujúcej pôsobnosti, pre ktorú jednoducho v danej konkrétnej veci neboli splnené všetky predpoklady.

Ten rozdiel je teda rozdielom medzi (i) absenciou právomoci vydať právny predpisov v konkrétnej veci, avšak disponujúc právomocou vydávať daný typ právnych predpisov a (ii) absenciou právomoci vydávať daný typ právnych predpisov. V ilustratívnej skratke, je to rozdiel medzi absenciou vlády vydať nariadenie vlády, ktorým sa ruší Okresný súd v Galante, a absenciou ministra životného prostredia vydať zákon, ktorým sa zriaďuje Poľnohospodárska platobná agentúra.

Preto platí, že vydanie ústavného zákona bez konkrétnej ústavnej blankety predstavuje odporovateľný nedostatok (t.j. taký, ktorý nespôsobujúce neplatnosť aktu *ab initio*, ale „iba“ v časovej a vecnej nadväznosti na právoplatný nález ústavného súdu) a nie nedostatok neodstrániteľný, t.j. taký, ktorý zo simulovaného práva činí neprávo. Tak či onak, zostáva faktom, že všetky ústavné zákony, postihnuté absenciou konkrétnej blankety, boli v domácej aplikačnej praxi reálne uplatnené a tie, ktoré ešte neboli konzumované, zostávajú naďalej platné a účinné. Rovnako sa zdá byť zrejmé, že národná rada konzistentne chápe svoje kompetenčné portfólio ako zahŕňajúce aj generálnu blanketu na vydávanie ústavných zákonov. V skratke, ústavodarca ústavu, ktorej je autorom, počas celej jej existencie konštantne vykladá a uplatňuje tak, že či už sú predpokladané alebo nepredpokladané, súladné alebo nesúladné s výkladom ústavného súdu, ústavné zákony jednoducho prijímať smie.

IV. Zhrnutie

Keďže:

- súčasťou samej podstaty demokratického právneho štátu je princíp legality,

brániaci štátnym orgánom vo výkone tých právomocí, ktoré im zákon nepriznáva, a

- ústavný súd nemá právomoc posudzovať súlad ústavných zákonov s ústavou, platí, že:
- odkaz na tzv. materiálne jadro ústavy nie je spôsobilý vybaviť ústavný súd právomocou posudzovať súlad ústavných zákonov s ústavou, pričom
- absencia takejto právomoci znamená, že platnosť a účinnosť ústavného zákona, ktorý odporuje ústave, je vecou vo výlučnej dispozícii ústavodarcu.

Ak by aj ústavodarca podliehal zákazu prijať ústavný zákon s „neústavným“ obsahom, porušenie takéhoto zákazu nemá žiadny dopad na platnosť výsledku porušenia a zákaz sám nemá žiadnu schopnosť prispieť k realizácii účelu, na ktorý bol ustanovený. Taký zákaz je jednoducho bez akéhokoľvek právneho významu.

Keďže:

- ústavodarca disponuje generálnou blanketou na vydávanie ústavných zákonov,
- doterajšia prax ústavno-politického spoločenstva Slovenskej republiky preukazuje, že orgány verejnej moci chápu konkrétne blankety na vydanie ústavného zákona ako blankety nevýlučné, a
- nepredpokladané ústavné zákony sú vo všetkých svojich rekogničných znakoch totožné s predpokladanými ústavnými zákonmi, platí, že:
- ústavodarca nepodlieha príkazu zdržať sa prijatia ústavného zákona v prípade, ak ústava na jeho vydanie neustanovuje konkrétnu blanketu. V skratke,
- ústava nebráni ústavodarcovi, aby vydával aj také ústavné zákony, ktorých vydanie sa neopiera o konkrétnu, ale „len“ o generálnu blanketu podľa čl. 86 ústavy, a
- ústava nebráni ústavodarcovi, aby vydával aj také ústavné zákony, ktorých obsah odporuje predchádzajúcemu výkladu ústavy ústavným súdom.

To, čo významná časť domácej doktríny popisuje ako čosi, čo národná rada ani ako ústavodarca robiť nesmie, podľa môjho názoru text a systematika ústavy chápu ako čosi, čo národná rada nepochybne robiť smie, pričom však sama ústava – a žiada sa povedať, že celkom prirodzene – nijako neodpovedá na otázku, či by to národná rada aj robiť mala. Ide teda o rozdiel medzi postupom,

ktorý je zakázaný a postupom, ktorý je dovolený, avšak nemusí byť správny. Zatiaľ čo pre posúdenie existencie zákazu je základnou referenčnou kategóriou znenie ústavy a jej teleologické a axiologické zázemie, pre posúdenie vhodnosti postupu národnej rady pri výkone jej vecnej pôsobnosti tvoria primerané referenčné prostredie doktrinálne východiská konštitucionalistiky.

Prusák tieto východiská označuje strešným pojmom princípy konštitucionalizmu, uvádzajúc konkrétne deľbu moci ako nástroj predchádzania abúzu moci, právo na ústavu nielen *in abstracto*, ale aj s konkrétnym obsahom a štruktúrou, a viazanosť parlamentu ústavou.²¹ Ja som na tomto mieste nútený sa ich rozboru zriecť. Namiesto odpovede na otázku, či národná rada má alebo nemá, t.j. či je z hľadiska ústavno-politickej kultúry demokratického právneho štátu vhodné „prelamovať“ legálny výklad ústavy formou ústavných zákonov, som sa v tomto príspevku pokúsil odpovedať na otázku, či národná rada smie alebo nesmie, t.j. či si sama ako ústavodarca uložila zákaz uplatniť svoju konštitutívnu moc podľa vlastnej úvahy alebo či ju naopak smie uplatniť v tých prípadoch a s tým obsahom, ako sama uzná za primerané. Najvyššia zverená moc v štáte, moc ústavodarná, určite nemá robiť všetko, čo si zamane, práve toto všetko však robiť smie. Ak v demokratickej forme vlády podlieha nejakému kompetenčnému obmedzeniu, jeho zdrojom nie je nik iný ako ľud, resp. občania.

²¹ Ibid., s. 137-139.

Entwicklungen in der römischen Pfandrechtsdoktrin¹

Dietmar Schanbacher

1. Die Anfänge des römischen Pfandrechts

Eine römische Pfandrechtsdoktrin setzt naturgemäß ein römisches Pfandrecht voraus. Die Anfänge des römischen Pfandrechts sind dunkel und zweifelhaft. Erst jüngst ist es wieder weit in die Frühzeit hinauf datiert worden.²

Das Wort *pignus*, seit Cato d.Ä. Terminus technicus für das Pfand, ist selbst uralte. Im 4. Jh. v. Chr. stößt man auf die Form *pignosa*³, und man gelangt in das 5. Jh., als um die Mitte des Jahrhunderts die Zwölf Tafeln für gewisse Fälle die *pignoris capio* vorsehen⁴. Zu Beginn des 5. Jh., im Jahre 493 v. Chr. spricht das *foedus Cassianum* vom *pignus*. Das *foedus Cassianum* bestimmte unter anderem – die Sätze sind bei Festus überliefert⁵ – folgendes: ‚Was jemand an Vermögen (?) erlangt, soll er haben‘ (*pecuniam quis nancitor, habeto*) und ‚Wenn er etwas an Pfand erlangt, soll er es für sich haben‘ (*si quid pignoris nanciscitur, sibi habeto*).

Nach Dionys von Halikarnaß⁶ hat das Bündnis weiter vorgesehen, daß private Rechtsstreitigkeiten innerhalb von zehn Tagen am Ort des Vertragsschlusses entschieden werden sollten (internationales Prozeßrecht). Der Text des *foedus Cassianum* hatte sich bis in Ciceros Zeit auf einer ehernen Säule hinter den *Rostra* erhalten⁷. Von hier konnte ihn Verrius Flaccus in seine Sammlung übernehmen⁸.

¹ Die folgende Darstellung lehnt sich an den Vortrag an, den der Verf. unter diesem Titel auf Einladung des Leopold-Wenger-Instituts für Rechtsgeschichte am 26. Januar 2009 in München gehalten hat. *Blahopřeju jubilantovi a bych se těšil jestliže následující řádky najdou jeho zájem.*

² M. BRAUKMANN, *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft*, Göttingen 2008, S. 9f.

³ Fest. ed. Lindsay 232. 21f.

⁴ Tab. XII, 1.

⁵ Fest. ed. Lindsay 166. 29-31.

⁶ Dion. Hal. 6,95,2.

⁷ Cic. pro Balbo 23,53; Liv. 2,33,9.

⁸ H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I*, Leipzig 1860 (Neudruck Goldbach 2001), S. 51 Anm.2.

Was hier (in sibi habeto) zum Ausdruck kommt, ist der Gedanke des Verfalls. Es geht jedoch noch nicht um das Pfandrecht. Das Pfandrecht ist zu jener Zeit in Rom noch unbekannt. Die Frage ist allerdings bis heute umstritten. Erstjüngst ist wieder gesagt worden: Jene Passage aus dem foedus Cassianum (si quid pignoris nanciscitur, sibi habeto) sei „auf ein privatrechtliches, rechtsgeschäftliches Pfand“ zu beziehen; das foedus habe „das Pfandrecht zwischen den beteiligten Völkern garantiert und festgeschrieben, daß ein nicht ausgelöstes Pfand vom jeweiligen Gläubiger behalten werden“ könne⁹. Ähnlich meinte auch schon Hermann Bengtson¹⁰: Das Latinerbündnis habe angesichts des commercium zwischen Römern und Latinern das Pfandrecht (pignus) in Rom anerkannt. Danach hätte es eine Rezeption des Pfandrechts in Rom aus dem latinischen Recht gegeben. Das römische Pfandrecht erscheint so von Anfang an als eine übernationale Einrichtung. Das foedus Cassianum wird gewissermaßen ‚gemeinschaftsprivatrechtlich‘ gedeutet. Leicht abweichend ist die Deutung von Matthias Gelzer¹¹: Das foedus Cassianum habe die private Pfandnahme unter Römern und Latinern anerkannt; einen Vollstreckungsakt also. Zuletzt hat dies auch Hermann Bengtson so gesehen¹². ‚Gemeinschaftsprivatrechtlich‘ gedeutet wird das foedus Cassianum auch von Franca La Rosa¹³. La Rosa bezieht den von Festus zuerst zitierten Satz (pecuniam quis nancitor, habeto) in die Betrachtung mit ein und den von Dionys überlieferten Satz über die prozessuale Erledigung privater Rechtsstreitigkeiten innerhalb von zehn Tagen¹⁴: pecunia meine geschuldetes Geld, pignus sicherndes Pfand; im Zuge der angestrebten Beschleunigung der Erledigung der Rechtsstreitigkeiten habe man bestimmt, daß die Darlehensnehmer einerseits das Geld behalten sollten, die Darlehensgeber andererseits ihre Pfänder. Man kann nicht einwenden, daß – wie Heinrich Dernburg meinte¹⁵ – sich das Latinerbündnis „gewiß nicht mit Details privatrechtlicher Verhältnisse“ aufgehalten habe. Man sieht an jener Zehntagesregelung, daß es sich durchaus mit derartigen Dingen befaßt hat.

Diese Deutung und auch die zuvor erwähnten Deutungen müssen sich jedoch entgehenlassen, daß sie sich über den Sinn des Wortes nancisci

⁹ M. BRAUKMANN, Pignus (o. Anm. 2), S. 10.

¹⁰ H. BENGTON, Die Verträge der griechisch-römischen Welt von 700 bis 338 v. Chr., München Berlin 1962, S. 25.

¹¹ M. GELZER, Latium, RE 12,1 (1924 Neudruck 1972), Sp. 954.66 – 955.2.

¹² H. BENGTON, Römische Geschichte. Republik und Kaiserzeit bis 284 n. Chr., 7. Aufl. München 1995, S. 30.

¹³ F. LA ROSA, Ricerche sulle origini del pegno, Scritti in onore di Giuseppe Auletta III (Milano 1988), S. 59ff.

¹⁴ F. LA ROSA, Ricerche (Anm.13), S. 68ff.

¹⁵ H. DERNBURG, Pfandrecht (o. Anm. 8), S. 52.

hinwegsetzen. Nancisci meint ‚zufälliges Erlangen‘, und dies paßt weder auf ein Pfand, auf das man sich verständigt hat¹⁶, noch auf ein Pfand, das man sich genommen hat, noch auch auf Geld (pecunia), welches man als Darlehen empfangen hat.

So ist die Passage – zurecht- auch anders gedeutet worden, nämlich völkerrechtlich¹⁷. Es ging um Sicherheiten, die einem der Verbündeten vom gemeinsamen Feind gestellt worden sind (Geiseln, eine Burg o.ä.)¹⁸. Solches kann der Verbündete ‚für sich behalten‘. Diese Regelung wurde getroffen im Hinblick auf eine andere Bestimmung des Vertrages, welche vorsah, daß was man gemeinsam beim Feind erbeutet hatte, unter den Verbündeten zu gleichen Teilen verteilt werden sollte¹⁹. Wie wichtig diese Fragen waren, zeigen Vorgänge aus der Zeit zwischen der Schlacht am Regillussee (499 v. Chr.) und dem foedus Cassianum und aus der Zeit danach. Im Jahre 495 stellten die Volsker den Römern dreihundert Kinder aus den angesehensten Familien aus Cora und Suessa Pometia als Geiseln²⁰. Suessa Pometia wurde hernach von den Römern erobert und geplündert²¹. 475 machten die Latiner bei der Wegnahme eines Volsker- und Aequerlagers riesige Beute, und die Römer beeilten sich, den Konsul in das Gebiet der Volsker zu schicken. Das selbständige Vorgehen der Latiner fand wohl, so meint Livius, in Rom keinen Gefallen²².

Auch jener andere von Festus überlieferte Satz (pecuniam quis nancitor, habeto) ist völkerrechtlich zu verstehen. Das Wort pecunia hat hier noch die alte Bedeutung ‚Herdenbesitz‘²³. Und was man hier festgelegt hat, ist:

¹⁶ Schon H. DERNBURG, Pfandrecht (o. Anm. 8), S. 52.

¹⁷ H. DERNBURG, Pfandrecht (o. Anm. 8), S. 52 (‚staatsrechtliche Bedeutung‘).

¹⁸ H. DERNBURG, Pfandrecht (o. Anm. 8), S. 52. Vgl. Liv. 33,22,9; Suet. Aug. 21; Gell. 17,2,21 (a.O.). Skeptisch äußert sich demgegenüber N. HERZEN, Origine de l’hypothèque romaine. Contribution à l’étude des rapports du droit romain avec les autres droits de l’antiquité, Paris 1899, S. 28 (« En somme, le texte rapporté par Festus ne contient aucune donnée d’interprétation suffisante. Il faut le reconnaître ... et renoncer à vouloir savoir ce que nous ne sommes pas en mesure de savoir »).

¹⁹ Dion. Hal. 6, 95,2.

²⁰ Liv. 2,22,2.

²¹ Liv. 2,25,5.

²² Liv. 2,52,4-5.

²³ H. HEUMANN/E. SECKEL, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl. Jena 1907, s. v. Pecunia, S. 413(„Urbedeutung“). Das Wort pecunia leitet sich ab von pecus (Vieh): Varro, ling. 5,92; Ovid, fast. 5,281; Plin. nat.18,3,11; Fest. ed. Lindsay 232.30; s. Oxford Latin Dictionary (1994), s.v. pecunia 1 a, S. 1317; G. STUMPF, Pecunia, NP 9(2000), Sp.462. Herdenbesitz pflegte in alter Zeit einen wesentlichen Teil des Vermögens zu bilden; Varro, rust. 2,1,11; ling. 5,95; Plin. nat. 18,3,11. Das Bild des archaischen Latium ist durch weidende

Herdenbesitz, der einem der Verbündeten auf einem Feldzug in die Hände gefallen ist, soll ihm verbleiben.

Pignus in den Zwölftafeln²⁴ ist das genomene Pfand. Und wenn in den Berichten der Historiker (Dionys, Livius²⁵) über diese frühe Zeit Anklänge an ‚Pfänder‘ vernehmlich werden, so ist auch hier der Bezug das genomene Pfand²⁶.

Das römische Pfandrecht wird zuerst greifbar bei Cato d.Ä. und in der römischen Komödie (Plautus; Caecilius Statius; Terenz). Anhand dieser Zeugnisse läßt sich sein Aufkommen ungefähr auf die Wende des 3.Jh. zum 2.Jh. datieren. Dabei stellt sich die Frage: Ist dieses – recht junge – römische Pfandrecht ein originär römisches Rechtsgebilde oder ist es griechischer ‚Import‘? Wohl letzteres. Die Annahme einer Rezeption, und zwar einer Rezeption aus dem griechischen Recht erscheint als unabweislich.²⁷ Das römische Pfandrecht überrascht bei seinem erstmaligen Auftreten durch die unkomplizierte Art, in der es sich begründen läßt. Es reicht die Pfandabrede. So tritt es uns entgegen bei Cato d.Ä. und so in der römischen Komödie. Die derart einfache Begründungsweise ist für das Rom der damaligen Zeit etwas so Eigenartiges, daß es sich hier um einen ‚Import‘ handeln muß. Dernburg sagt:

„Damals mußte sich ein Recht in äußeren Formen oder wenigstens in

Herden geprägt; Liv. 1,4,8. Deren Blöken (balare) soll dem Palatin zu seinem Namen verholfen haben; Varro, ling. 5,53; Festus ed. Lindsay 245.3-5. Vom Palatin wurde das Vieh durch die porta Mucionis (von mugitus) auf die Weiden vor der Stadt geführt; Varro, ling. 5,164. S.F.de Martino, Wirtschaftsgeschichte des alten Rom, 2.Aufl. München 1991, S. 14f. Weidende Herden bestimmen das Bild der Stadt selbst wieder seit dem Mittelalter. Aus dem Forum Romanum ist der Campo Vaccino geworden, das ‚versunkene Theater der römischen Weltherrschaft‘ (Ferdinand GREGOROVIVS. Geschichte der Stadt Rom im Mittelalter, III, München 1978, S. 342). Seit dem Beginn der Neuzeit entstandene Antikenzeichnungen verleihen dem Ort einen bukolischen Charakter (S. SYNDRAM u.a. [Hg.], Zwischen Phantasie und Wirklichkeit. Römische Ruinen in Zeichnungen des 16. bis 19.Jahrhunderts aus Beständen der Stiftung Preußischer Kulturbesitz, Mainz 1988). Dieses Bild verschwand im Zuge der nach 1800 einsetzenden archäologischen Erforschung des Forums. Der Dichter Wilhelm Müller klagt 1818 „Kann man doch jetzt nicht im Finstern über das Forum gehen, ohne auf Schutthaufen und in Gruben zu fallen. Und statt der weißen Rinderherden, die sonst auf dem grünen Rasen lagerten, und ihrer braunen Treiber, die den lustigen Saltarello in dem Schatten der Eichen und Linden tanzten, schleichen jetzt nur Reisebeschreiber mit Brillen, Meßstäben und dem Vasi über das aufgewühlte Feld“ (Wilhelm MÜLLER, Rom, Römer und Römerinnen, Berlin 1991, S. 290).

²⁴ Tab. XII, 1.

²⁵ Dion. Hal. 6.29; 6,41; Liv. 29,36,12.

²⁶ H. DERNBURG, Pfandrecht (o. Anm. 8), S. 53.

²⁷ D. SCHANBACHER, Zu Ursprung und Entwicklung des römischen Pfandrechts, SZ 123 (2006), S. 49ff.

äußeren Erscheinungen manifestiert haben, um Anerkennung zu finden“; und weiter „Ein formloses ... Vertragspfand dagegen ist etwa so Raffiniertes, ich möchte sagen Ideelles, daß es für unsere Vorstellung in dem derben und realen Rechtsleben der Vorzeit keinen Raum gewinnen kann“²⁸. Das gilt für Rom, jedoch nicht für Griechenland. Die Griechen kannten dieses ‚raffinierte‘ formlose ‚Vertragspfand‘. Und von ihnen kam es nach Rom.

2. Entwicklungen

Die Absicht, Entwicklungen in der römischen Pfandrechtsdoktrin zu verfolgen, bedeutet keine geschichtstheoretische Festlegung auf das Entwicklungskonzept eines ‚linearen Prozesses‘ (Dernburg spricht an einer Stelle von der ‚Continuität römischer Rechtsentwicklung‘²⁹). Historische Brüche in der Entwicklung können auch sonst nicht einfach hinweggedeutet werden. In der Geschichte des römischen Pfandrechts wird man als einen derartigen Bruch das Eingreifen Konstantins mit dem Verbot der Verfallsabrede im Jahre 320 n.Chr. vermerken (unter 4.). Ein Bruch wäre es auch, wenn zuträfe was jüngst vorgetragen worden ist: Servius Sulpicius Rufus habe – gewissermaßen ‚schlagartig‘ – das ‚Faustpfandprinzip‘ eingeführt (dazu sogleich unter 3.).

3. Die Begründung des römischen Pfandrechts

Um nun mit der gebotenen Offenheit die Frage von Entwicklungen in der römischen Pfandrechtsdoktrin zu verfolgen, erscheint es als angebracht, verschiedene Pfandrechtsaspekte zu unterscheiden, nämlich zwei. Das römische Pfandrecht ist zu sehen zum einen unter dem Aspekt seiner Begründung, zum anderen unter dem Aspekt seines Inhalts. Diese Aspekte (der Begründungsaspekt, der Inhaltsaspekt) sind zu trennen. Das wird sehr schnell deutlich. Denn bei näherer Betrachtung stellt man fest: Unter dem Aspekt der Begründung gesehen hat sich das römische Pfandrecht überhaupt nicht entwickelt; unter dem Aspekt des Inhalts betrachtet, dagegen sehr wohl. Was seine Begründung angeht, steht das römische Pfandrecht am Ende seiner Entwicklung (bei Justinian) so da wie am Anfang (bei Cato d.Ä.), als ein Pfandrecht, das allein durch die Pfandabrede begründet wird.

²⁸ H. DERNBURG, Pfandrecht (o. Anm. 8), S. 54.

²⁹ H. DERNBURG, Pfandrecht (o. Anm. 8), S. 54.

Dies ist natürlich sehr umstritten. Zahlreiche und gewichtige Stimmen haben sich bekanntlich, im Gegenteil, dafür ausgesprochen, daß das römische Pfandrecht zu Beginn ein ‚Besitzpfandrecht‘ (‚Faustpfandrecht‘) gewesen sei³⁰. Diese verbreitete Annahme ist erst jüngst wieder monographisch bekräftigt worden³¹. Sie ist sehr zweifelhaft. Denn es gibt aus der Anfangsphase des römischen Pfandrechts keinen Beleg für ein solches ‚Faustpfandrecht‘. Die frühesten Belege für das römische Pfandrecht stammen von Cato und aus der Komödie. Das catonische Pfandrecht ist ‚besitzlos‘ in dem Sinn, daß es ohne Übergabe begründet wird. Das wird auch nicht bestritten; nur bewertet man das Einbringen der Illaten als Überbleibsel einer zuvor geforderten Übergabe³². Im plautinischen *Truculentus* (entstanden 186 v.Chr.) werden Liegenschaften erwähnt, die, wie sich aus dem Zusammenhang ergibt, ohne Übergabe verpfändet worden sind³³. Auch Acker und Häuschen des Phormio des Terenz (erstaufgeführt 161 v.Chr.) erscheinen als naheliegend ohne Übergabe verpfändet³⁴. Das ist das römische Pfandrecht in seinen Anfängen. Es ist ein Pfandrecht, das ohne Übergabe, allein durch die Pfandabrede begründet wird. Und dabei ist es dann auch geblieben.

Allerdings ist jüngst, von M. Braukmann, vorgetragen worden: Servius Sulpicius Rufus habe (gewissermaßen ‚schlagartig‘) das ‚Faustpfandprinzip‘ eingeführt³⁵. M. Braukmann argumentiert: Die *actio Serviana* habe sich zunächst auf den Verpächterfall beschränkt (was natürlich zutrifft), woraus aber folge (was kaum zutrifft), daß ansonsten die Übergabe erforderlich gewesen sei³⁶. Es wäre dies eine seltsame Anforderung: eine Anforderung, die, obwohl neu und geradezu revolutionär, von den Betroffenen, den Verpfändungsparteien, nur indirekt anhand der Urformel der *actio Serviana* zu erschließen gewesen wäre. Daß die ansonsten geforderte Übergabe einen Rechtsschutz entbehrlich

³⁰ U. a. H. DERNBURG, *Pfandrecht* (o. Anm. 8), S. 44ff.; Max KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli 1982, S. 1ff., 27 (aus 1976); S. 133, 214 (aus 1979). Gelegentlich scheint es fast so, als würde der Gedanke an das geltende Recht hier mit einfließen; vgl. P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni II Garanzie reali*, Padova 1963, S. 81 („...la nozione propria di pegno implicava per gli antichi giuristi (così come per il nostro diritto positivo: C.Civ.2786) la costituzione di un diritto di garanzia sopra una cosa passata in possesso del creditore...“).

³¹ G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Köln-Weimar-Wien 2007. Vorsichtige Zurückhaltung hingegen bei M. KASER/R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl. 2008, § 31 Rz. 18.

³² S. D. SCHANBACHER, *Zu Ursprung und Entwicklung* (o. Anm. 27), S. 56f.

³³ D. SCHANBACHER, *Zu Ursprung und Entwicklung* (o. Anm. 27), S. 59f.

³⁴ D. SCHANBACHER, *Zu Ursprung und Entwicklung* (o. Anm. 27), S. 63.

³⁵ M. BRAUKMANN, *Pignus* (o. Anm. 2), S. 21ff., 40, 57, 58, 63, 116, 117, 131, 133, 138, 139.

³⁶ M. BRAUKMANN, *Pignus* (o. Anm. 2), S. 26ff., 138.

gemacht habe³⁷, trifft nicht zu. Servius selbst hätte dies alsbald bemerkt, wenn er, wie M. Braukmann meint³⁸, noch selbst die *actio Serviana* auf den Faustpfandrechtsfall erweitert hätte. Die Erweiterung der Klage zur *actio quasi Serviana*³⁹ kann schon sehr früh erfolgt sein und legt nahe, daß eine derartige Forderung nach Übergabe nicht nur nicht besonders nachdrücklich erhoben sein wird, sondern am ehesten überhaupt nicht. Hinzukommt, daß die Pfandrechtsquellen der ausgehenden Republik und frühen Kaiserzeit nicht in dieses Bild passen. Paul. 5 epit. Alf. Var. dig. D. 13,7,30 erzählt von einem Fall aus den Tagen des Alfenus oder noch des Servius; es ist nicht auszuschließen, daß dieser Fall sich bereits in der ersten Hälfte des 1. Jh. v. Chr. zugetragen hat, vielleicht in den 70er Jahren des 1. Jh. v. Chr.? Einem Darlehensgeber war ein Floß verpfändet worden, und zwar ohne Übergabe. Der Gläubiger hatte damit ein Pfandrecht erworben. Als der Schuldner das Darlehen zum Termin nicht zurückzahlte, griff der Gläubiger ‚eigenmächtig‘ (*sua auctoritate*) auf das Floß zu. Später schwoll der Fluß an und trug das Floß davon. Das Pfand war verloren. Der Jurist unterscheidet nun danach, ob (a) der Gläubiger das Floß ohne den Willen des Flößers zurückgehalten hatte oder (b) mit dem willentlichen Einverständnis des Schuldners. Diese Unterscheidung wird getroffen im Hinblick auf die Frage, ob der Verlust des Pfandes, gleich dem Eigentumserwerb des Gläubigers im Zuge des Verfalls, zum Erlöschen der gesicherten Forderung (zu deren Ersatz) führt. Wen sollte insofern (hinsichtlich des Ersatzes der Forderung) die Gefahr (die Ersatzgefahr) treffen? Für den ersten Fall (a) weist der Jurist die Ersatzgefahr ohne Einschränkung dem Gläubiger zu; für den zweiten Fall (b) dagegen nur für den Fall von dessen Verschulden. Es handelt sich hierbei um eine spezifisch pfandrechtliche, nämlich verfalls- und ersatzpfandrechtliche Fragestellung. Die Frage hätte sich nicht gestellt, wenn nicht das Pfandrecht, ohne Übergabe (!), begründet gewesen wäre.⁴⁰

Im Falle Labeos 1 pith. a Paulo epit. D. 20,1,35 war ein Mietshaus ohne Übergabe verpfändet worden und dem Gläubiger die Verkaufsbefugnis eingeräumt worden. Das Mietshaus brannte ab und wurde vom Schuldner wiederaufgebaut. Nach Labeo hat das Pfandrecht in der Gestalt des Verkaufspfandrechts das Unglück überdauert.⁴¹

³⁷ M. BRAUKMANN, *Pignus* (o. Anm. 2), S. 29,61.

³⁸ M. BRAUKMANN, *Pignus* (o. Anm. 2), S. 32f., 35, 36, 40, 57, 61, 138.

³⁹ Gai. 9 ad ed. prov. D. 16,1,13,1; I 4,6,7.

⁴⁰ S. D. SCHANBACHER, Gefahrtragung im Pfandverhältnis: *LYSIAS VIII*, 10, TR 74 (2006), S. 319ff. M. BRAUKMANN, *Pignus* (o. Anm. 2), S. 23ff. will erst im zweiten Fall ein Pfandrecht annehmen und die Entscheidung insofern erst dem Spätklassiker Paulus zuweisen.

⁴¹ M. BRAUKMANN, *Pignus* (o. Anm. 2), S. 130ff. meint, Labeo kehre zu ‚vorklassischen Pfandrechtslehren‘ zurück.

Paul. 29 ad ed. D. 13,7,18,3 berichtet von einem Pfandrechtsfall, zu dem der Frühklassiker Cassius eine Entscheidung getroffen hat. Es war ein Wald verpfändet worden, und zwar ohne Übergabe. Cassius zufolge erstreckt sich das Pfandrecht nicht auf das aus dem geschlagenen Holz hergestellte Schiff. Aber es ist am Holz ohne Übergabe begründet worden.⁴²

Daß das Pfandrecht, wie seit Catos Zeiten, allein durch Pfandabrede, ohne Übergabe begründet wird, wird durch diese Quellen womöglich für Servius selbst, sicher aber für Alfenus, Labeo und Cassius belegt. Die Annahme einer Einführung des ‚Faustpfandprinzips‘ durch Servius erscheint als unbegründet.⁴³

„Zwischen Pfand und Hypothek besteht, abgesehen vom Klang der Worte, kein Unterschied“, bemerkt Marcian⁴⁴, und die Institutionen Justinians fügen hinzu: „was die actio hypothecaria angeht“.⁴⁵ Dies zielt auf die Begründung des Pfandrechts, die sich in der Formel der dinglichen Pfandklage abspiegelt. Das Pfand mag übergeben worden sein. Es kommt darauf für die Pfandrechtsbegründung aber nicht an.

4. Der Inhalt des römischen Pfandrechts

Das römische Pfandrecht hat sich, unter dem Aspekt seiner Begründung betrachtet, nicht entwickelt (o. unter 3.). Anders ist der Eindruck, betrachtet man das römische Pfandrecht unter dem Aspekt seines Inhalts. In dieser Beziehung ist eine interessante, wechselvolle Entwicklung zu beobachten. Unter dem Inhaltsaspekt betrachtet beginnt das römische Pfandrecht als Verfalls- und Ersatzpfandrecht. So stellt es sich dar bei Cato: das Pfand verfällt (wird quiritisches Eigentum des Gläubigers) nicht nur im Fall der unerlaubten Wegschaffung (so explizit das Formular), sondern auch (so implizit) bei Verstreichen des Zahlungstermins⁴⁶. Einem Verfalls- und Ersatzpfandrecht begegnen wir auch in der römischen Komödie. Im Heautontimorumenos des Terenz (erstaufgeführt 163 v. Chr.) erfindet der Sklave Syrus eine Geschichte,

⁴² M. BRAUKMANN, Pignus (o. Anm. 2), S. 125ff. meint, hier werde auf ‚die vorklassische Tradition‘ zurückgegriffen.

⁴³ Und dies selbst dann, wenn man vom möglichen Bezug von Paul. 5 epit. Alf. Var. dig. D. 13,7,30 auf Servius absieht. Eine servianische Einführung des ‚Faustpfandprinzips‘ bliebe fragwürdig. Dieses ‚Faustpfandprinzip‘ erschiene gleichsam als eine ‚Eintagsfliege‘, etwas, was man von Servius sonst nicht kennt.

⁴⁴ Marci. ad form. hyp. D. 20,1,5,1.

⁴⁵ I 4,6,7.

⁴⁶ Cato, agr. 146,2.

in der ein Mädchen namens Antiphila von ihrer Mutter einer Geldgeberin namens Bacchis ‚zu Pfand hinterlassen worden ist wegen und anstelle des Geldes‘ (ea relicta huic arraboni est pro illo argento). Antiphila ist der Gläubigerin verfallen.⁴⁷

Gegen Ende der Republik wurde es zunehmend üblich, anstelle des Verfalls ein Verkaufsrecht des Gläubigers vorzusehen. Dies hatte für ihn den Vorteil, daß er nach dem Pfandverkauf vom Schuldner den noch fehlenden Betrag verlangen konnte. Die Verkaufsrechtsabrede ist erstmals bei Servius bezeugt.⁴⁸ Auf Servius geht bemerkenswerterweise auch die Einführung der dinglichen Pfandklage zurück (actio Serviana). Die Klage war zunächst für die Verpfändung bei der Landpacht vorgesehen, wurde jedoch sicherlich schon früh (als actio quasi Serviana) auf andere Fälle der Verpfändung erstreckt. Zwischen der Verpfändungspraxis des 1.Jh.v.Chr., die zunehmend auf Verkaufspfandrechte übergang, und der Einführung der actio Serviana besteht ein Zusammenhang⁴⁹. Die Bevorzugung des Verkaufsrechts in der Praxis führte nämlich schließlich dazu, daß sich der Verfalls- und Ersatzgedanke aus dem Pfandrechtsbegriff verlor. Damit entfiel aber auch der mit dem Verfall verbundene Rechtsschutz des Gläubigers durch die rei vindicatio. Zu verpfänden bedeutete jetzt, anders als etwa bei Cato, nicht mehr den künftigen Verfall, sondern nichts weiter – als den Interdiktenbesitz des Gläubigers. Das römische Pfandrecht war damit in eine Phase seiner Entwicklung eingetreten, in der ein Pfand einerseits nicht mehr ohne weiteres verfiel, andererseits aber auch noch nicht ohne weiteres verkäuflich war, in eine ‚Zwischenphase‘. Wer ein solches Pfand verkaufte, beging ein furtum⁵⁰. Die mit dem Wegfall der rei vindicatio entstehende Rechtsschutzlücke mußte geschlossen werden. Sie wurde geschlossen mit der Einführung der actio Serviana. Zugleich scheint die Absicht gewesen zu sein, das römische Pfandrecht für Nicht Römer zu öffnen, es gewissermaßen zu ‚internationalisieren‘. Das catonische Pfandrecht lief auf die Entstehung quiritischen Eigentums hinaus. Damit war es für Nicht Römer grundsätzlich ungeeignet. Das Pfandrecht, welches sich mit der actio Serviana

⁴⁷ Terenz, Heautontimorumenos 600-604. Der ursprüngliche Verfalls- und Ersatzrechtscharakter des römischen Pfandrechts ist quellenmäßig gesichert. Von bloßen ‚Plausibilitätserwägungen‘ (J. D. HARKE, Casum sentit dominus?, OIR 9 (2004), S. 33, 41 Anm. 31) kann keine Rede sein.

⁴⁸ Serv./Ulp. 77 ad ed. D. 47,10,15,32.

⁴⁹ Öfters wird hingegen auf den beschränkten Anwendungsbereich des interdictum Salvianum hingewiesen (M. KASER, Studien [o. Anm. 30], S. 144ff. [aus 1979]. M. BRAUKMANN, Pignus (o. Anm. 2), S. 22, 94f., 136 meint sogar, das interdictum Salvianum sei inzwischen unbrauchbar geworden.

⁵⁰ Jav. 15 ex Cass. D. 47,2,74.

verband, war hingegen, was seinen Inhalt anging, zivilrechtlich offen. Die Formel der *actio Serviana* sagte nichts über den Inhalt des Pfandrechts; sie regelte nur das Entstehen des Pfandrechts und sein Erlöschen. Welchen Inhalt das Pfandrecht hatte, bestimmte sich bei Liegenschaften nach der Belegenheit der Sache; es galt die ‚*lex rei sitae*‘⁵¹. So konnte sich hinter der Formel der *actio Serviana*, nach der etwa der Statthalter von Syrien verfuhr, ein orientalisches Verfallspfandrecht verbergen⁵².

Wenn sich nun mit der Einführung der *actio Serviana* die Absicht verband, das römische Pfandrecht zu ‚internationalisieren‘, so wäre es möglich, daß die Klage zuerst im Edikt des Fremdenprätors erschien⁵³, um jedoch gewiß alsbald in das Edikt des Stadtprätors übernommen zu werden, gemäß der Regel der *maiores*, wonach *ius civile* und *ius gentium* zu sondern sein sollten, was *ius civile* sei, nicht zugleich ständig *ius gentium*, was aber *ius gentium* sei, zugleich auch *ius civile* sein müsse.⁵⁴

Mit der *actio Serviana* verbindet sich eine weitere spannende Frage. Die *actio Serviana* schloß sich im prätorischen Edikt direkt an das *interdictum Salvianum* an. Welche Bewandnis hatte es mit dem *interdictum Salvianum*? Überwiegend wird angenommen, daß das *interdictum Salvianum* älter ist als die *actio Serviana*⁵⁵. Wenn nun die *actio Serviana* im Hinblick auf das Ausscheiden des Verfallsgedankens aus dem Pfandrechtsbegriff eingeführt worden ist, so muß die Einführung des *interdictum Salvianum* noch in die Zeit des Verfalls- und Ersatzpfandrechts fallen, und zwar in die Spätphase dieses Pfandrechts. Es drängt sich die Frage auf nach einem Zusammenhang zwischen Pfandverfall und *interdictum Salvianum*.

⁵¹ D. SCHANBACHER, Grenzüberschreitende Sicherungen im antiken Rom – *ius gentium* und *lex rei sitae*, Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht (hg. P. Jung, Chr. Baldus), München 2007, S. 27ff.

⁵² Scaev. 16 dig. D. 32,101 pr.; D. SCHANBACHER, Grenzüberschreitende Sicherungen (o. Anm. 51), S. 37.

⁵³ Die Vermutung findet sich schon bei O. KARLOWA, Römische Rechtsgeschichte II, Leipzig 1901 (Neudruck Goldbach 1997) S. 1279, 1284. F. LA ROSA, La protezione interdittale del pignus e l’*actio Serviana*, Studi in onore di Cesare Sanfilippo 7 (Milano 1987) S. 281, 286 Anm. 8 geht dagegen ohne weiteres von einer Einführung der *actio Serviana* durch den Stadtprätor aus.

⁵⁴ Cic. off. 3,17,69.

⁵⁵ M. KASER, Studien (o. Anm. 30), S. 8 (Einführung nicht lange vor der *actio Serviana*); F. LA ROSA (o. Anm. 53), S. 285f., 300 (zwischen der Mitte des 2. Jh. v. Chr. und der Mitte des 1. Jh. v. Chr.); zuletzt M. BRAUKMANN, Pignus (o. Anm. 2), S. 89, 99ff., 106, 114 (Zeit Catos); L. MITTEIS, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs, Leipzig 1891 (Neudruck Hildesheim u.a. 1984), S. 416 Anm. 2 will dem *interdictum Salvianum* „ein ziemlich hohes Alter“ zuweisen.

Der Verfallsbegriff hat sich seit Cato verändert. Verfall ist nicht mehr wie bei Cato der mit dem Ablauf des Zahlungstermins eintretende Eigentumsanfall an den Gläubiger, sondern lediglich der Ablauf des Zahlungstermins selbst. Dies läßt sich aus einer brieflichen Äußerung Ciceros gegenüber dem Statthalter von Asia Q. Minucius Thermus von 51/50 v.Chr. entnehmen.⁵⁶ Cicero fordert den Statthalter auf, dafür zu sorgen, daß ein Schuldner, es ist Philocles aus Alabanda, von den Hypotheken weiche, welche verfallen seien ([*hypothecae*]... *vae commissae sunt*...), oder (!) zahle. Daß die Möglichkeit der Zahlung noch offenstand, zeigt, daß das Eigentum noch nicht auf den Gläubiger, Cluvius aus Puteoli, übergegangen war. Es fehlte noch etwas; aus griechischer und inzwischen auch römischer Sicht war es der Gläubigerzugriff. Aus römischer und inzwischen auch griechischer Sicht fehlte noch etwas: die behördliche Ermächtigung dazu. Gerade deswegen wendet sich Cicero an den Statthalter. Der Statthalter sollte den Gläubiger, jenen Cluvius, zum Zugriff ermächtigen. Diese Ermächtigung war nunmehr erforderlich.

Daraus ergibt sich folgendes Bild. In der Spätphase des Verfalls- und Ersatzpfandrechts ist Verfall schon der Ablauf des Zahlungstermins; der Eigentumsanfall an den Gläubiger war damit nicht mehr verbunden. Der Gläubiger erwarb das Eigentum vielmehr erst im Wege eines besonderen Zugriffsakts, zu welchem er eine behördliche Ermächtigung brauchte. In der Provinz war es die Ermächtigung durch den Statthalter. In Rom und Italien ist an eine Ermächtigung durch den Prätor oder einen lokalen *praefectus iure dicundo* zu denken. An eine solche Instanz hätte sich der Gläubiger im Flößerfall⁵⁷ wenden müssen. Er hat es nicht getan, ist vielmehr ‚eigenmächtig‘ vorgegangen (*sua auctoritate*).

Auf seinen Antrag hin wäre ihm das *interdictum Salvianum* erteilt worden⁵⁸. In seiner Urform⁵⁹ sprach das *interdictum Salvianum* im Hinblick auf die bevorstehende Wegnahme eingebrachter, dem Verpächterpfandrecht unterliegender Sachen durch den Verpächter gegen den Pächter ein Gewaltverbot aus, und zwar unter der Voraussetzung der bestehenden Pachtzinsverbindlichkeit. In erweiterter Form ließ es sich auch gegen sonstige Pfandschuldner richten.⁶⁰

Unter dem Schutz des *interdictum Salvianum* greift also in der Spätphase des römischen Verfalls- und Ersatzpfandrechts der Gläubiger nach Ablauf des

⁵⁶ Cic. fam. 13,56,2.

⁵⁷ Paul. 5 epit. Alf.Var.dig. D. 13,7,30.

⁵⁸ S. D. SCHANBACHER, Grenzüberschreitende Sicherungen (o. Anm. 51), S. 46.

⁵⁹ M. KASER, Studien (o. Anm. 30), 142 (Rekonstruktion).

⁶⁰ Gai. 4,147; Gord. C 8,9,1 (a. 238)

Zahlungstermins (Verfall im neuen Sinn) auf das Pfand zu und erwirbt daran das Eigentum. Das *interdictum Salvianum* erweist sich als ein Instrument des Pfandverfalls. Zur bloßen Besitzsicherung⁶¹ hätten die gewöhnlichen Besitzinterdikte ausgereicht. Denn schon allein mit der Pfandabrede hat der Gläubiger den Interdiktenbesitz erhalten.⁶²

Es gibt Spekulationen, die das *interdictum Salvianum* mit einem Prätor *Salvius* verbinden wollen⁶³, konkreter mit einem Prätor *Salvius* des Jahres 76 v.Chr.⁶⁴ oder des Jahres 74 v.Chr.⁶⁵ oder (natürlich) mit dem Juristen *P.Salvius Iulianus*, der es eingeführt⁶⁶ oder wiedereingeführt habe⁶⁷. Den in die Republik zielenden Vermutungen wird entgegengehalten, daß ein Angehöriger der gens *Salvia* erstmals für das Jahr 43 v.Chr. als Magistrat, nämlich als Tribun und später als Prätor, nachweisbar ist⁶⁸. Doch muß der Zusatz ‚*Salvianum*‘ unbedingt auf die gens *Salvia* bezogen sein? Vielleicht ist zu berücksichtigen, daß solche Zusätze nicht immer so ernst gemeint waren, wie wir uns das heute vorstellen. Gelegentlich steckten sie auch voller Humor. So trug einer der beiden Urheber der *licinisch-sextischen* Gesetzgebung den Beinamen ‚Wurzelsproß‘ (*Stilo*). Der Verfasser der *Tripertita* nannte sich ‚Mann mit dem Silberblick‘ (*Paetus*) und ‚der Gewitzte‘ (*Catus*). Der Name *Cicero* leitet sich ab von ‚Kichererbse‘ (*cicer*). Ein Teil der gens *Aelia* nannte sich ‚die Höckrigen‘ (*Tuberones*). Der unter *Vespasian* wirkende Jurist *Pegasus* hieß so nach der *Gallionsfigur* des Kriegsschiffes, welches sein Vater befehligt hatte⁶⁹. Der berühmte Senatsbeschluß gegen die Darlehen an Haussöhne bezeichnete sich nach dem Mörder; das ist jetzt nicht mehr witzig, aber unernst.

Könnte es nun nicht sein, daß beim *interdictum Salvianum* die Bezeichnung ‚*Salvianum*‘ auf etwas völlig anderes hinweist als einen Prätor oder sonstigen Magistraten *Salvius*? auf die Heilpflanze *salvia* nämlich, welche *Plinius*

⁶¹ Etwa F. LA ROSA, *La protezione interdittale* (o. Anm. 53), S. 283ff.

⁶² Flor. 2 inst. D. 13,7,35,1 u.a.; D. SCHANBACHER, *Zu Ursprung und Entwicklung* (o. Anm. 27), S. 66ff.

⁶³ H. DERNBURG, *Pfandrecht* (o. Anm. 8), S. 57.

⁶⁴ B. W. FRIER, *The Rise of the Roman Jurists*, Princeton 1985, S. 93; T. R. S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republik III* (Supplement), Atlanta 1986, S. 185.

⁶⁵ J. M. KELLY, *The Growth-Pattern of the Praetor's Edict*, *The Irish Jurist* 1 (1966), S. 341, 347.

⁶⁶ A. d' ORS, *Sobre las pretendidas acciones reales „in factum“*, *IURA* 20 (1969), S. 52, 88f.

⁶⁷ M. BRAUKMANN, *Pignus* (o. Anm. 2), S. 102,115,136.

⁶⁸ M. BRAUKMANN, *Pignus* (o. Anm. 2), S. 100.

⁶⁹ W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, 2. Aufl. Graz 1967 (Neudruck: Köln-Weimar-Wien 2001), S. 133.

d.Ä. im arzneikundlichen Teil seiner Naturgeschichte behandelt⁷⁰: ‚*Salvia officinalis*‘, wie sie in der Botanik heißt, oder einfach: der ‚Salbei‘. Denn ‚heilsam‘ war das Interdikt in der vorgestellten Bedeutung: es ‚heilte‘ den ansonsten rechtswidrigen Zugriff des Gläubigers auf das Pfand.

Die *actio Serviana* erscheint im prätorischen Edikt ohne besondere Rechtsschutzverheißung, unmittelbar im Anschluß an das *interdictum Salvianum*. Das ist auffallend. Ist die besondere Rechtsschutzverheißung doch das Kennzeichen prätorischer Klagen⁷¹. Daß hier eine besondere Rechtsschutzverheißung fehlt, läßt sich jedoch möglicherweise damit erklären, daß bereits das voranstehende *interdictum Salvianum* die Funktion einer Rechtsschutzverheißung erfüllte. Zur Zeit des späten Verfalls- und Ersatzpfandrechts vermittelte das *interdictum Salvianum* dem auf das Pfand zugreifenden Gläubiger den Eigentumserwerb. Indem das Edikt dem Gläubiger mit dem *interdictum Salvianum* den Eigentumserwerb in Aussicht stellte, stellte es ihm zugleich, implizit, den Rechtsschutz durch die *rei vindicatio* in Aussicht. Nach dem Schwinden des Verfallsgedankens diente das *interdictum Salvianum* der Verwirklichung des Pfandrechts der Zwischenphase (2. Hälfte 1. Jh. v. Chr./1. Jh. n. Chr.) und dann des sich entwickelnden Verkaufspfandrechts (2. Jh. n. Chr.) [vgl. BGB § 1231]. Es verlieh dem Gläubiger aber weiterhin Rechtsschutz, nicht mehr implizit (Rechtsschutz in Gestalt der *rei vindicatio*), sondern nunmehr explizit: Rechtsschutz in Gestalt der nachstehenden *actio Serviana*.

In der Spätclassik ist das römische Pfandrecht zum Verkaufspfandrecht geworden. Vor diesem Hintergrund breitete sich, befördert durch die zunehmend desolante wirtschaftliche Lage, zum Ende des 3. Jh. hin und zu Beginn des 4. Jh. die Verfallsabrede aus. Ansätze hatte es schon in spätclassischer Zeit gegeben; das Kaiserrecht hat diese Vorfälle mit Sorge registriert. Jetzt, an der Wende des 3. Jh. zum 4. Jh. wird der Verfallsgedanke besonders lebendig. Er erreicht es jedoch nicht mehr, Eingang zu finden in nachclassischen Pfandrechtsbegriff. Konstantin verhindert durch sein Verbot der Verfallsabrede eine weitere Entwicklung in diese Richtung.⁷²

⁷⁰ Plin. nat. 22,146.

⁷¹ Man begegnet verschiedenen Erklärungen; etwa bei M. KASER, Studien (o. Anm. 30), S. 146 (die *actio Serviana* sei als Weiterbildung des *interdictum Salvianum* gedacht gewesen) oder bei F. LA ROSA, La protezione interdittale (o. Anm. 53), S. 312 Anm. 57, 315ff. (die *actio Serviana* sei ursprünglich die *actio ex interdicto Salviano* gewesen).

⁷² Konst. CTh 3,2,1 = C 8,34,3 (a. 320); D. Schanbacher, Die Gegenwart der Geschichte in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – BGHZ 130,101 – ‚*Iurisprudentia universalis*. FS. f. Th. Mayer-Maly (hg. M. J. SCHERMAIER u.a.) Köln-Weimar-Wien 2002, 639ff.

Sententiae Pauli a požáry

Michal Skřejpek

Nekontrolovaně šířící se oheň, nebo jinak řečeno požár, ať již je pro něj v latině použito slovo *ignis*, *flamma* nebo nejčastěji *incendium*, představoval (a znamená dodnes) vždy velké nebezpečí. Požáry ohrožovaly nejen majetek, ale často i životy starých Římanů a tak se nelze divit, že právní úprava byla v této oblasti vždy velmi přísná. Takto zaměřená ustanovení nalezneme již v zákoně XII desek, pozornost jí byla věnována v praetorském ediktu, stejně jako v zákonech přijímaných na lidových shromážděních a této tematice se nevyhýbali ani římstí právníci ve svých pojednáních. Odborná literatura k tomuto tématu není nijak bohatá.¹ S touto tematikou se však samozřejmě setkáme také v souhrnných zpracováních, ať již věnovaných římskému právu soukromému a pak především trestnímu.²

Právní úpravu požárů obsahuje rovněž shrnutí římského práva z konce 3. stol. n. l. nazvané *Sententiae Pauli*. Tato příručka vlastně není ničím jiným, než antologií sestavenou ze spisů Iulia Paula, ale i dalších klasických právníků, doplněná také částečně ustanoveními z některých císařských konstitucí. V žádném případě se tedy nemůže jednat o dílo samotného Paula, neboť byla sestavena až sedmdesát let po jeho smrti. Na druhé straně nemohla vzniknout později než v letech 327 až 328 n. l., neboť citační zákon císaře Constantina

¹ K. AMIELAŃCZYK: The Position of Incendium in the Legislature of Cornelius Sulla „*Lex Cornelia de sicariis et veneficis*“, in: OIR 5, 1999, s. 6-19; R. BEDON: Sénèque, „*Ad Lucilium*“, 91: l'incendie de 64 à Lyon. Exploitation littéraire et réalité, in: Présence de Sénèque, Actes du colloque, 13-14 octobre 1989, Tours, Caesarodunum, 24bis, 1991, s. 45-61; E. BRUNNENMEISTER: Das Tötungsverbrechen im altrömischen Recht. Leipzig, 1887; A. E. HANSON: A Petition and Court Proceedings: P Michigan inv. 6060. ZPE ,111, 1996, s. 175-182; G. KLEINFELLER: Incendium. RE, 9, 2, 1916, 1244-1245; G. MACCORMACK: Criminal Liability for Fire in Early and Classical Roman Law. Index, 3, 1972, s. 382-396; O. MARLASCA-MARTÍNEZ: Observaciones sobre los sanciones en las casas de incendio: fuentes romanos y visigodos, in: El derecho penal, De Roma al derecho actual, VII. Congreso internacional y iberoamericano de derecho romano, ed. A. CALZADA-GONZALES/F. CAMACHOS DE LAS RIOS, Madrid, 2005, s. 367-380; B. SINOGOWITZ: Brandstiftung und Brandverursachung im Recht der Ekloge Leons III. in Festschrift für P. Zepus, 1, s. 573-588; C. G. von WÄCHTER: De crimine incendii. Lipsiae, 1833; P. WERNER: De incendiis urbis Romae aetate imperatorum. Leipzig, 1906.

² Podrobný výčet podává např. G. MACCORMACK: Criminal Liability, s. 382, pozn. 1.

Velikého,³ který za účelem používání soudci uznává platnost Paulových Sentencí, byl s největší pravděpodobností vydán v právě ve druhém uvedeném roce.⁴ Toto kompendium, které zahrnuje zcela elementární zásady římského práva, se vymyká běžné formě římských právnických spisů, neboť zde zcela absentuje jak kazuistika, tak i řešení sporných otázek. Zároveň se jedná o jedno z mála římských právnických děl, které se dochovalo téměř v úplnosti, a to především díky hojným citacím v *Lex Romana Wisigothorum*.⁵

Sententiae Pauli obsahují právní úpravu týkající se požárů jak z hlediska práva soukromého, jedná se tedy o deliktní problematiku, tak i trestního. Setkáme se s ní nejen ve dvacátém titulu páté knihy nazvané *De incendiariis*, ale navíc ještě na dvou místech téže knihy. Konkrétně se jedná o třetí titul věnovaný škodě vzniklé v souvislosti se sročením lidí (*De his quae per turbam fiunt*), a také titul dvacátý šestý o Augustově zákonu stíhajícího případy soukromého násilí (*Ad legem Iuliam de vi publica et privata*).

Při rozboru těchto pasáží budeme v zásadě vycházet z řazení již zmíněného speciálního titulu poslední knihy Paulových Sentencí, který obsahuje šest paragrafů, z nichž se však jeden přímo požárů netýká.

První dva mají mnoho společného a k nim se pak svou povahou řadí ještě jedno místo ze Sentencí, a proto bude vhodné je uvést najednou:

Incendiarii, qui quid in oppido praedandi causa faciunt, capite puniuntur.⁶

(Žháři, kteří ve městě založí požár kvůli získání kořisti, budou potrestáni smrtí.)

Qui casam aut villam inimicitarum gratia incenderunt, humiliores in metallum aut in opus publicum damnantur, honestiores in insulam relegantur.⁷

(Ti, kteří založí požár domu nebo vily z nepřátelství, budou, jestliže se jedná o níže postavené, odsouzeni do dolů nebo k veřejným pracím, jedná-li se o výše postavené, budou povrženi na ostrov.)

³ C. Th. 1,4,2.

⁴ Storia del diritto romano. ed. A. SCHIAVONE, 2. vyd., Torino, 2001, s. 237, pozn. 25.

⁵ Části Paulových Sentencí obsahují také *Fragmenta Vaticana*, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, ale hojně i *Digesta*. Mnoho pak bylo doplněno díly nálezu v Leidenské knihovně (*fragmenta Leidense*).

⁶ PS 5, 20,1.

⁷ PS 5, 20,2.

Lege Iulia de vi privata tenetur, ... quive coetum concursum turbam seditionem incendium fecerit, ...⁸

(Podle Iuliova zákona o soukromém násilí jsou odpovědni, ... také ti, kteří založí požár v souvislosti se sročením, sběhem, rozbroji, vzbouřením, ...).

To, co tyto texty jednoznačně spojuje, je nejen úmyslné založení požáru, ale stejně tak zcela zavrženíhodné motivy zhářství. Vždyť jaký je ve své podstatě rozdíl, mezi tím, kdo založí požár proto, aby mohl bezpečněji a nerušeněji krást, a tím, kdo tak učiní z čiré pomstychtivosti či nenávisti, nebo osobou, která založí oheň v přímé souvislosti s nepokoji. Spojnicí mezi těmito texty je ještě jedna skutečnost, byť není možná zcela patrná na první pohled. Všechny uvedené případy totiž souvisí jak s ohrožením majetku, tak i života nevinných lidí.

V případě loupeže sice není primárním objektem pachatele to, co je zapáleno, ale v důsledku tohoto skutku může dojít k daleko větším škodám, než jsou předmětem vlastního přisvojení si cizích věcí a zároveň jsou požárem ohroženy i životy lidí, a to nejen těch, kteří jsou zbavováni majetku. Ve druhém uvedeném případě pak pachatel útočí jak na majetek, tak i život svého nepřítele, zároveň. Stejně tak ale ohrožuje i životy všech, kteří se nacházejí v takovýchto budovách. Konečně ve třetím případě není primárním cílem ani majetek ani životy, ale k oběma eventualitám může celkem zákonitě dojít.

Rozdílné jsou však cesty potrestání pachatelů takovýchto činů. Zatímco oba případy z dvacátého titulu jsou subsumovány pod Sullovu *lex Cornelia de sicariis et veneficis*,⁹ případ poslední spadá pod Augustovu *lex Iulia de vi privata et publica*.

Než se budeme podrobněji věnovat těmto případům, které si jsou v jistém smyslu velmi blízké, ve vzájemném kontextu, věnujme se jednotlivým kauzám.

První z uvedených textů se vztahuje na ty, kteří *praedandi causa* založí požár ve městě. Musí se tedy jednat o „aktivní“ zháře.¹⁰ Uvedený text se proto nevztahuje na osoby, které pouze využijí požáru existujícího (nezáleží na tom, zda byl založen úmyslně jinou osobou nebo vznikl náhodou) k tomu, aby snadněji spáchali krádež. Takoví zloději byli totiž považováni za lupiče a vztahovala se na ně *actio vi bonorum raptorum*. Navíc se muselo jednat

⁸ PS 5,26,3.

⁹ Další prameny viz např. O. F. ROBINSON: *The Criminal Law of Ancient Rome*. London, 1995, s. 44, pozn. 34.

¹⁰ Také Call. D. 48,19,28,12.

o požár založený *dolo malo*,¹¹ jinak by totiž pachatelé takovýchto skutků ani nemohli být stíháni podle příslušné normy (*lex Cornelia de sicariis et veneficis*), neboť ta jednoznačně předpokládala úmysl, nebo alespoň vůli, byť následek nastal náhodou.¹² Právě tato eventualita pak v případě těch, kteří založili požár za účelem krádeže, přicházela v úvahu. Požár totiž nezaložili s úmyslem usmrtit, ale kořistit, ovšem s tím, že byli srozuměni, že by případně ke smrti (být náhodné) mohlo dojít.¹³

Otázkou také je, zda se takováto úprava skutečně týkala výlučně jen požárů založených ve městech. Odpověď na tento problém není tak jednoznačná, jak se snad mohlo, vzhledem ke kazuistickému způsobu výkladu římských právníků zdát. Mohli bychom snad předpokládat, že autor (autoři) tzv. Paulových Sentencí uvedli město jen jako příklad. Výklad právních textů však nemůže být až tak volný. Jednak se v následujících paragrafech vždy výslovně hovoří buď o budovách, nebo zemědělských plodinách a pak máme k naštěstí dispozici definici termínu *oppidum* od Sexta Pomponia:

„Oppidum“ ab ope dicitur, quod eius rei causa moenia sint constituta.¹⁴

(„Oppidum“ je odvozeno od ochrany, neboť hradby jsou zřizovány za tímto účelem.)

Z toho lze vyvodit, že se sice nejedná o jakýkoli požár založený za účelem loupení, ale pouze ten, který byl založen na ohrazené (opevněném) místě – tedy jak ve městě, tak i na venkově, pokud se ovšem jednalo například o statek nebo villu, které byly ohrazeny. Jak je tedy vidět, svrchu nabídnutý překlad není zcela přesný a bylo nezbytné ho doplnit.

Druhý text je¹⁵ věnován případu žhářství z nepřátelství. Zdá se, že je zde ke vzniku odpovědnosti vyžadován úmysl žháře, neboť nenávisť nic jiného snad ani nepředpokládá. Jedná se tedy o zvlášť zavrženíhodnou pohnutku. Avšak s tímto předpokladem nejsou v souladu hrozící tresty. Jsou totiž relativně mírné. Nehovoří se zde totiž o přímo o trestu smrti, ale „pouze“ jsou zde stanoveny „hrdelní tresty“, mezi které se *relegatio in insulam* stejně jako

¹¹ Marci. D. 48,8,1 pr.

¹² G. PUGLIESE: Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato. ANRW, II, 14, 1982, s. 761.

¹³ Obdobnou konstrukci nalezneme také ve známém případě Maria Evarista, který při hře usmrtil jiného mladíka.

¹⁴ Pomp. D. 50,6,239,7.

¹⁵ Také Ulp. Coll. 12,5,1.

damnatio in opus publicum řadí.¹⁶ Z této skutečnosti můžeme odvodit, že takto byli odpovědni nejen ti, kteří se dopustili žhářství dolo malo nebo consulto, ale patrně se zde připouští také *culpa lata*. I nevšímavost či lhostejnost totiž může být motivována nenávisí. Jestliže by pak došlo v důsledku takto vzniklého požáru k úmrtí obyvatel domu, muselo by to být kvalifikováno jako vražda a nastupovaly by tresty podle Sullova zákona o úkladných vrazích.¹⁷ Nasvědčuje tomu také následující text z Paulových Sentencí:

Incendiarium, qui consulto incendium inferunt, summo supplicio adficiuntur.¹⁸

(Žháři, kteří vědomě založili požár, budou potrestáni nejvyšším trestem.)

Stejně tak je trestán žhář bloku obytných domů (*insula*),¹⁹ ať již je nebo není obydlena, neboť se jedná o velmi nebezpečné jednání ohrožující vlastně celé město.

Z výše uvedeného můžeme odvodit, že citovaný paragraf se týká právní úpravy zavedené nově císařským zákonodárstvím. Je to jakási „podskutková“ podstata detailizující dřívější právní režim.

Třetí, ze zatím uvedených, textů se již netýká Sullovy normy, ale zákona jiného. Císař Augustus vydal v roce 18 nebo 17 př. n. l. zákona namířený k potírání různých druhů násilí (*lex Iulia de vi privata et publica*).²⁰ Jeho cílem bylo přitom nejen omezení svémoci v rámci vymáhání soukromoprávních nároků, ale především nastolení veřejné bezpečnosti.

Lex Iulia de vi privata tenetur, ... quive coetum concursum turbam seditioem incendium fecerit, ...²¹

(Podle Iuliova zákona o soukromém násilí jsou odpovědni, ... také ti, kteří založí požár v souvislosti se srocením, sběhem, rozbroji, vzbouřením, ...)

Jestliže bylo tedy založení požáru využito k politickým cílům, nebo se tak stalo v souvislosti s tím, nebo případně jen za sběhu lidí, byť by se

¹⁶ Inst. 4,18,2.

¹⁷ E. COSTA: *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*. Bologna, 1921, s. 69.

¹⁸ PS 5,3,6.

¹⁹ Ulp. D. 48,8,10. Takovýto žhář je zde označen jako *quasi incendiarius*, a to patrně proto, že *lex Cornelia de sicariis et veneficis* na žhářství obytných domů výslovně nepamatovala.

²⁰ G. ROTONDI: *Leges publica populi Romani*. Milano, 1912, s. 450-451.

²¹ PS 5,26,3.

shromáždili z jakéhokoli jiného důvodu, probíhal proces ohledně žhářství na základě tohoto Augustova zákona o násilí. V takovýchto případech již úmysl vyžadován nebyl (*qui ... incendium fecerit*), a to patrně z toho důvodu, že požár založený za tak přitěžujících okolností, je považován za natolik závažný, že je třeba ho bezpochyby vždy stíhat co nejpřísněji. Otázkou pak je, na základě jaké normy byly takovéto činy stíhány před Augustovou úpravou. V zásadě se nabízí dva zákony o násilí – *lex Palutia de vi* a *lex Pompeia de vi*,²² oba pocházející z rozjitřené doby konce republiky.²³ Jistý problém však spočívá ve skutečnosti, že ohledně *lex Plautia*, která zavedla novou stálou trestní porotu za účelem potírání násilí, prameny, které máme k dispozici, žhářství, jako zvláštní skutkovou podstatu neuvádějí. Hovoří o vzbouření,²⁴ násilném obsazení míst²⁵ a ničení budov.²⁶ Zejména poslední uvedená skutková podstata pak v sobě obsahuje také jejich zničení pomocí ohně, tedy žhářství. Tehdy však ještě pachatelé tohoto trestného činu nebyli trestáni smrtí, tento trest zavádí teprve Augustus.

Většina případů žhářství (tedy úmyslně založených požárů) nebyla nepochybně stíhána podle zákona, či zákonů zaměřených na potírání násilí. Tou základní a vlastně klíčovou normou byla totiž *lex Cornelia de sicariis et veneficis*²⁷ a *leges de vi* měly v tomto ohledu charakter spíše norem speciálních, neboť na jejich základě byly stíhány pouze zvláštní případy žhářství. Ostatně Aelius Marcianus²⁸ řadí žhářství výslovně mezi různé skutkové podstaty zahrnuté pod tento Sullův zákon, které K. Amielińczyk označuje celkem výstižně jako gangsterství.²⁹

Tento zákon však byl přijat teprve v roce 81 př. n. l. a tak je třeba se opět ptát, co bylo základem postihu před koncem 80. let 1. stol. př. n. l. Nabízí se vlastně pouze jedna jediná možnost, a tou je příslušné ustanovení zákona XII desek citované Gaiem,³⁰ které sice hovoří pouze o zapálení hromady obilí ležící poblíž domu, ale jiná úprava k dispozici dříve nebyla.

²² G. KLEINFELLER: s. v. Incendium. RE IX 2, 1916, 1244-1245.

²³ G. ROTONDI, cit. d., s. 377-378 a 410.

²⁴ Cic. pro Coel. 29,70.

²⁵ Cic. ad Att. 2,24.

²⁶ Cic. de har. resp. 8,15.

²⁷ Např. C. I. 9,1,11: *Data opera partis adversae res vestras incendio exarsas esse adseverantes crimen Corneliae de sicariis exsequi potestis.*

²⁸ Marci. D. 48,8,1 pr.: *Lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominem occiderit: cuiusve dolo malo incendium factum erit: quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit.*

²⁹ The Position of Incendium in the Legislature of Cornelius Sulla. OIR 5, 1999, s. 11.

³⁰ Lex XII tab. 8, 10 = Gai. D. 47,9,9.

Připomeňme v těchto souvislostech ještě jednu skutečnost, a to, že nikdy nebyla zřízena zvláštní *quaestio perpetua* pro postih žhářů. Není to ostatně jediný případ tohoto druhu, kdy určitý trestný čin nebyl takto ošetřen, s nímž se v dějinách římského trestního práva setkáváme. Stejně tak například nikdy nebyla zřízena samostatná trestní porota pro *sacrilegium*. V obou případech nalezneme přitom určité shody, a tou je patrně relativně malá četnost spáchání obou zmíněných trestných činů, stejně jako to, že svou povahou byly velmi blízké jiným, pro něž takováto porota existovala. V případě žhářství se jedná o *quaestio inter sicarios* a u svatokrádeže to byla *quaestio peculatu*.

Další obecnou otázkou pak je, který státní funkcionář byl pověřen a zároveň i oprávněn žhářství stíhat. Za republiky to byli, jak lze vyvodit z dostupných pramenů, *tresviri nocturni/capitales*, kteří *ab incendiis caveretur*.³¹ Stejnou skutečnost dokládá také ostatně také Iulius Paulus.³²

Po provedení zásadních reforem státní administrativy Augustem, mezi něž patřilo také zřízení prefektů, příslušel postih žhářů veliteli římských hasičských kohort.³³ *Praefectus vigilum* však proto toho, jako velitel noční policie stíhal také pachatele dalších trestných činů.³⁴ V Digestech však na více místech nalezneme informaci o tom, že příslušným nebyl pouze *praefectus vigilum*, ale stejně tak *praefectus urbi*.³⁵ Jednalo se tedy o jakousi dělenou kompetenci těchto vysokých státních funkcionářů. G. McCormack v této souvislosti vyslovuje hypotézu, že primární vyšetřování příslušelo veliteli hasičských oddílů a pokud se jednalo o zvláště těžké případy žhářství, předával pachatele městskému prefektovi k vlastnímu potrestání.³⁶

V pořadí další paragraf příslušného titulu Paulových Sentencí je věnován náhodně vzniklým požárům.

Fortuita incendia, quae casu venti ferente vel incuria ignem supponentis ad usque vicini agros evadunt, si ex eo seges vel vinea vel olivae vel fructiferae arbores concrementur, datum damnum aestimatione sarciatur.³⁷

(V případě náhodně vzniklých požárů, které se kvůli nepříznivě vanoucímu

³¹ Liv. 39,14,9-10.

³² Paul. D. 1,15,1: *Apud vestustiores incendiis arcendis triumviri praeerant ...*

³³ Paul. D. 1,15,3,3-4.

³⁴ Paul. D. 1,15,3,1: *Cognoscit praefectus vigilum de incendiariis effractoribus furibus raptoribus receptatoribus ...*

³⁵ Paul. D. 1,15,31; Ulp. D. 1,15,5.

³⁶ G. MACCORMACK: cit. d., 10 a také G. PUGLIESE: *Diritto penale romano*, in V. ARANGIO-RUIZ, A. GUARINO, G. PUGLIESE: *Il diritto romano*. Roma, 1980, s. 305.

³⁷ PS 5,20,3.

větru, nebo z důvodu nezajištění ze strany těch, kteří hasí, rozšíří na sousední pozemky, a proto shoří úroda anebo vinné keře anebo olivovníky anebo ovocné stromy, bude náhrada škody stanovena odhadem.)

Obdobně laděnou úpravu nalezneme také v zákoně XII desek:

Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vincetus verberatus igni necari (XII tabulis) iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu, id est neglegentia, aut noxiam sarcire iubetur, aut, si minus idoneus ist, levius castigatur.³⁸

(Kdo zapálí stavení nebo hromadu obilí ležící vedle domu, bude spoután, zbičován a upálen, jestliže to spáchal úmyslně a vědomě; pokud náhodou, to je z nedbalosti, musí buď nahradit škodu, nebo pokud je méně majetný, bude potrestán mírněji.)

Než se budeme věnovat požárům, které nebyly založeny úmyslně, ale vznikly náhodou, nebo jinak řečeno z neopatrnosti, vraťme se ještě na chvíli ke skutečnému žhářství. Začátek příslušného ustanovení decemvirální kodifikace, tak jak ho zachytil ve svém komentáři k ní Gaius, se totiž týká případů, které jsou řešeny na počátku zkoumaného titulu Sentencí. Obecně se jedná o ustanovení, které má dvojaký charakter. Je zde totiž upraven jak postih za spáchání trestného činu, tak i deliktní odpovědnost za škodu spáchanou neúmyslně. V kontextu zákona XII desek se však nejedná o nic výjimečného. Nevyhraněnost obou oblastí (*crimina – delicta*) je totiž pro tento záznam římského obyčejového práva typická.³⁹

Gaius zde hovoří pouze o požáru a nebezpečí vzniku požáru domu, vůbec zde nejsou vzpomenu ty případy žhářství s jinými následky (jako je založení požáru v lese nebo stohu vzdáleného od domu). Tyto případy byly patrně stíhány podle jiného ustanovení decemvirální kodifikace, které je dochováno u Plinia:

cautum est XII tabulis, ut qui iniuria cecidisset alienas (arbores), lueret in singulis aeris XX.⁴⁰

³⁸ Lex XII tab. 8,10.

³⁹ Jako příklad uveďme ustanovení týkající se krádeže (8, 14), kdy jsou otroci trestáni smrtí, nebo trestní postih za zpronevěru u deposita (8, 19).

⁴⁰ Lex XII tab. 8,11 = Plin. NH 17,1,7.

(je stanoveno na XII deskách, že ten, kdo by protiprávně porazil cizí (stromy), zaplatí za každý 25 assů.)

Zdá se, že by se jednalo o velmi mírnou úpravu, avšak v případě založení požáru by se však jednalo ohromnou sumu, která by žháře jistě dostatečně trestala.

Postih úmyslného žhářství domu je v zákoně XII desek⁴¹ zvlášť krutý. Pachatel byl totiž upálen. Je přitom pravděpodobné, že snad existuje jistá spojitost mezi tímto trestem a obětí prováděnou v rámci slavnosti Cereálií.⁴² Pozoruhodné je, že se jedná o trest, který v zákoně XII desek nalezneme pouze v tomto ustanovení, za jiné trestné činy takovýto trest ukládán nebyl. Ostatně upálení pachatele bylo vůbec v antickém Římě trestem spíše výjimečným. Objevuje se opět teprve za pozdního císařství, kdy jsou takto trestáni mágové⁴³ a zejména pak homosexuální muži.⁴⁴

Zabývejme se nyní právní úpravou škody v případě náhodně vzniklých požárů.⁴⁵ Především je třeba říci, že se jedná o požáry, které pokud by nepřekročily hranice soukromého pozemku, kde vznikly, nebyly by vůbec řešeny. Připomenout je také třeba, že ta úprava, která je obsažena v Sentencích, je typickým příkladem na kazuistický způsob formulace římským právníkům, a to hned ve dvou směrech. Jednak se zde hovoří pouze o těch požárech, které způsobí škodu na sousedním pozemku v důsledku nepříznivě vanoucího větru, nebo protože ti kteří hasí, nejsou při této činnosti úspěšní. Jistě si lze představit i další případy rozšíření ohně z jednoho pozemku na druhý, než pouze ty, které jsou zde výslovně uvedeny. Stejně tak může vzniknout škoda také na jiných zemědělských plodinách či porostech než jen na těch, které jsou na tomto místě vypočítány, vždyť by se mohlo například také jednat o uskladněnou úrodu, či domky hlídačů, aby byly uvedeny alespoň některé eventuality.

Srovnání, které se zde nabízí téměř samo, je porovnání úpravy v Sentencích s tou, která byla obsahem třetí kapitoly známé lex Aquilia de damno. V obou případech se jedná o škodu, která vznikla „ohněm“. Aquiliův zákon obecně předpokládá ke vzniku odpovědnosti za vzniklou škodu především to, že

⁴¹ Základní literatura k této problematice v zákoně XII desek viz B. SANTALUCIA: *Diritto e processo penale nell'antica Roma*. 2. vyd., Milano, 1998, s. 58, pozn. 42.

⁴² E. CANTARELLA: *I supplizi capitali. Orgini e funzione delle pene di morte in grecia e Roma*. Milano, 2007, s. 193. Ovid. *Fasti* 4, 681.

⁴³ PS 5,23,17.

⁴⁴ Zprvu se jedná pouze o pasivní homosexuály, kteří si tímto způsobem zajišťovali obživu (Coll. 5, 3) a posléze byl tento trest vztažen na všechny homosexuály (C. Th. 9,7,6).

⁴⁵ Poněkud nepochopitelně je O. F. ROBINSON (*The Criminal Law of Ancient Rome*. London, 1995, s. 35) označuje jako vandalismus.

neexistovalo právo na takové jednání, které vedlo ke vzniku škody (z pouhého opomenutí totiž závazek nevzniká). Zároveň však nastupovala odpovědnost podle této normy také tehdy, když bylo jednáno pouze z nedostatku odpovídajících vědomostí nebo zručnosti.⁴⁶ Paulovy Sentence však evidentně odpovědnost rozšiřují, neboť podle nich odpovídá ten, kdo založil oheň, který se v důsledku uvedených skutečností, na něž neměl vliv a které v případě větru ani nemohl předvídat, rozšířil náhodně (*fortuita incendia*) k sousedovi. Odpovídá se zde tedy vlastně za *neglegentia*, stejně jako v zákoně XII desek.

Další rozdíl pak nacházíme v konstrukci žaloby používané v těchto případech. Škody vzniklé v důsledku požárů nemohly být žalovány, ovšem za předpokladu uvedené protiprávnosti jednání, přímo podle Aquiliova zákona, tedy pomocí *actio legis Aquiliae*. Nejednalo se totiž o přímé působení na věc (*corpore corpori*). Užívána proto byla *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*.⁴⁷ V úvahu pak přicházela také *actio utilis ex lege Aquilia*.⁴⁸ Paulovy Sentence pak již počítají s žalobou „přímou“, která se opírá o kogniční řízení.

V samotných Paulových Sentencích je tato problematika zmíněna ještě na jednom místě, a to v titulu *De his quae per turbam fiunt*:

Incendiarii, qui consulto incendium inferunt, summo supplicio adficiuntur. Quod si per incuriam ignis evaserit, dupli compendio damnum eiusmodi sarciri placuit.⁴⁹

(Žháří, kteří vědomě založili požár, budou potrestáni nejvyšším trestem. Jestliže se oheň rozšířil nedbalostí obyvatel nájemního domu, musí nahradit škodu vlastník budovy.)

První věta z tohoto paragrafu je přitom pouhým opakováním úpravy obsažené v prvních dvou ustanoveních 20. titulu páté knihy. Zařazena sem byla ještě jednou patrně proto, aby byl zdůrazněn rozdíl mezi subjektivní odpovědností v případě úmyslně založeného požáru a odpovědností objektivní, která vyplývá z věty druhé. Nejedná se vlastně o nic jiného, než o drobnou modifikaci známých žalob z vylitého, vyhozeného, postaveného a zavěšeného řazených mezi tzv. kvasidelikty (*actio de effusis et deiectis; actio de positis*

⁴⁶ L. HEYROVSKÝ: Dějiny a systém soukromého práva římského Praha, 1910, s. 790.

⁴⁷ Ulp. D. 9,2,27,9.

⁴⁸ Gai. 3,219. K tomu např. E. VOLTERRA: Istituzioni di diritto privato romano. Roma, 1985, s. 566n.

⁴⁹ PS 5,3,6.

vel suspensis). Následující ustanovení Paulových Sentencí je pak v zásadě jednoznačné. Jedná se totiž o obecný způsob řešení škody způsobené otroky:

Commissum vero servorum, si domino videatur, nexae deditioe sarcitur.⁵⁰

(Je-li způsobeno otroky, je trestáno jejich vydáním, pokud se tak rozhodne jejich vlastníků.)

Zajímavé se ovšem může zdát, že *noxae datio* je „živé“ ještě na sklonku 3. století n. l. Jednalo by se o pozoruhodnou skutečnost, kdyby tento institut nebyl zahrnut také do justiniánských Institucí.⁵¹ Tento paragraf je sice samostatný, avšak nemá zcela obecnou povahu. Jistě se totiž netýká případů úmyslně založených požárů, které jsou řešeny v rámci trestního řízení, ale vztahuje se pouze ke druhé větě předchozího ustanovení, tedy případů, kdy se objevila škoda v důsledku požáru vzniklého nedbalostí otroka.

Pátý text z tohoto titulu o žhářství se „vrací“ k počátečním ustanovením a opět se týká úmyslně založených požárů:

Messium sane per dolum incensores, vinearum olivarumve aut in metallum humiliores damnantur, aut honestiores in insulam relegantur.⁵²

(V případě úmyslně založených požárů obilí, vinných keřů anebo olivovníků, jsou níže postavení trestání posláním do dolů, výše postavení posláni na ostrov.)

Nejedná se vlastně o nic jiného, než pouze o rozvinutí dvou výše zařazených paragrafů. Tato věta navazuje jednak na ustanovení druhé, neboť se týká úmyslně založených požárů a jsou zde jen vyjmenovány další případy takovýchto skutků. Kromě požáru domu a vily je zde vzpomenuo také žhářství, jehož předmětem je rovněž obilí, vinohrad, olivový háj či ovocné stromy. O tom, že je tento text vlastně pokračováním uvedeného ustanovení svědčí mimo jiné také to, že za oba skutky jsou předvídaný zcela shodné tresty, a to odsouzení do dolů pro *humiliores* a vypovězení na ostrov pro *honestiores*. Jediný rozdíl pak spočívá, ve variaci trestu pro níže postavené obyvatele římského státu ve druhém paragrafu, kde existuje alternativa odsouzení k veřejným pracím.

⁵⁰ PS 5,20,4.

⁵¹ Inst. 4,8,1.

⁵² PS 5,20,5 = Coll. 12,3,2 = Ulp. D. 48,8,10.

Spojitosť ovšem nalézáme také s ustanovením, které se týká náhodně vzniklých požárů, jak jsou upraveny ve třetím paragrafu. Jedná se o výčet objektů tohoto trestného činu, jenž ovšem není úplně shodný. Třetí paragraf totiž uvádí následující: *seges, vinea, olivae, fructibus arboret*. V pátém pak nacházíme slova *messium, vinearum a olivarum*. Zatímco *messis* (úroda, sklizeň) a *senes* (obilí) vyjadřují v zásadě stejnou situaci, ovšem s tím, že druhý uvedený termín má význam také setby, patrný rozdíl lze nelézt v tom, že ve druhém zkoumaném paragrafu absentuje zmínka o ovocných stromech. Tuto „mezeru“ by snad bylo možné doplnit rozšiřujícím výkladem per analogiím, kdyby ovšem neexistovalo následující ustanovení, kde *frugiferas arbores* (ovocné stromy) jsou výslovně zmíněny.

Qui noctu frugiferas arbores manu facta ceciderint, ad tempus plerumque in opus publicum damnatur aut honestiores damnum sarcire coguntur vel curia submoventur vel relegantur.⁵³

(Ti, kdo v noci silou pokácí ovocné stromy, jsou obvykle trestáni dočasným posláním na veřejné práce, jedná-li se o výše postavené, musí nahradit škodu nebo jsou vyloučeni z kurie nebo jsou vypovězeni.)

Jak tedy vztah mezi uvedenými texty interpretovat? Možností se přitom nabízí více. Jednou z nich je již výše uvedený rozšiřující výklad pátého ustanovení s tím, že se šestý paragraf týká výlučně pokácení stromů a nikoli žhárství. Jinou možností je pak to, že pod pokácením ovocných stromů se rozumí také jejich spálení. Není také ani zcela vyloučeno, že se jedná o jakýsi „zbytek“ již citované úpravy obsažené v zákoně XII desek.⁵⁴

Možné řešení nabízí stanovení, v jaké denní době jsou uvedené skutky spáchány. V pátém paragrafu není rozlišováno, zda byl čin spáchán za světla nebo v noci, kdežto v šestém se výslovně hovoří o nočním pokácení ovocných stromů. Není přitom pravděpodobné, že by pachatelé nočního žhárství ovocných stromů byli trestáni mírněji než „denní“ žháři obilí, viných keřů nebo olivovníků, ti totiž, v závislosti na jejich sociálním postavení byli posíláni do dolů nebo do vyhnanství na ostrov. Pachatelům trestného činu uvedeného v šestém paragrafu totiž hrozí pouze odsouzení k veřejným pracím (*ad opus publicum*) nebo jen náhrada škody, či až *relegatio*. Z uvedeného tedy můžeme odvodit, že žhárství ovocných stromů je třeba zahrnout pod ustanovení pátého paragrafu.

⁵³ PS 5,20,6.

⁵⁴ Lex XII tab. 8,11.

S tímto šestým paragrafem se pojí ještě dvě otázky. Jistý problém totiž představuje obrat *manu facta*, který lze přeložit jako „násilím“, což by bylo možné interpretovat jako pokácení stromů úmyslně a nikoli tedy omylem. Druhá otázka je pak spojena se způsobem potrestání *honestiores* za tento čin. Variace trestů, které na ně mohou dopadnout, je totiž více než značná: od prosté náhrady škody, přes vyloučení z městské rady, až po vypovězení na ostrov. Volba jedné z uvedených alternativ pak patrně závisela na dvou okolnostech. Jednak to byla výše způsobené škody, a pak zřejmě také intenzita použité síly, tedy zda bylo třeba překonat odpor vlastníka pozemku, na němž se ovocné stromy nacházely.

Závěrem ještě poukažme na některé obecné skutečnosti, které lze z rozebíraných fragmentů odvodit. Mimo jiné můžeme konstatovat, že řazení jednotlivých ustanovení je spíše náhodné a nikoli příliš systematické, snad to vypovídá o chvatu, v němž byly *Sententiae Pauli* sestavovány, stejně jako o již upadající odborné úrovni autorů těchto sebrání římského práva. Setkáváme se zde rovněž, s tehdy běžným odlišným způsobem trestáním osob nízkého sociálního postavení (*humiliores*) a výše postavených (*honestiores*). Nikoli však vždy a ve všech případech. Pokud se totiž jedná o požár založený ve městě za účelem loupení a rabování,⁵⁵ není rozlišováno mezi osobami různého společenského postavení a však pachatelům bez rozdílu hrozí smrt. Jiným aspektem je pak různorodost jejich obsahu, neboť zde nalézáme dvě roviny – deliktivní i trestně právní. Tato skutečnost pak nemá ani tak vztah k tehdejší vulgarizaci římského práva, ale spíše se dotýká toho, že ona ostrá hranice mezi oběma oblastmi se za císařství začíná stírat a celá řada dříve obligačních vztahů založených protiprávním jednáním se přesunuje do roviny trestního práva.

⁵⁵ PS 20,5,1.

Štatúcia a jej zástoj v relačných listinách hodnoverných miest

Adriana Švecová

Synopsa: Impozantný korpus obyčajového práva Tripartitum sa v I/čl. 63 § 1 dotkol klasického stredovekého a na podklade Tripartita aj prevzatého novovekého formálnoprávneho úkonu štatúcie (introdukcie) – tradície dedičnej držby donácií, ako aj inak nadobudnutých šľachtických nehnuteľností. Uvedené dielo však vychádzalo zo skoršieho obyčajového práva, ktoré možno bádateľsky vnímať cez uhorskú listinnú prax a osobitne pre oblasť Slovenska cez listiny vydané hodnovernými miestami, ktoré na Slovensku pôsobili už od druhej polovice 13. a začiatkom 14. storočia. Záujem vedca sa preto môže skutočne prijateľne oprieť o uvedenú materiu a skúmať úkon štatúcie cez jeden z listinných, právnych druhov – relácií o vykonaní štatúcie a v tesnom súvisi aj reambulácie (vymerania hraničných bodov a hraníc štatúovaných alebo sporných nehnuteľností). Vedecky sa štúdia bude koncentrovať na analýzu uvedeného právneho inštitútu, ktorého právnu podstatu nezmenili ani nastupujúce storočia, a ktorá pretrvala do obdobia predindustriálnej éry a špecificky k provenienčnému princípu chce nezakryte poukázať aj na ešte nie celkom prebádaný stredoveký listinný materiál, nachádzajúci sa v slovenských archívoch.

Kľúčové slová: hodnoverné miesta, Uhorsko, vrcholný stredovek, relácia, štatúcia, introdukcia, kráľovský človek, hodnoverné svedectvo, štatúčný mandát, reambulácia, donácie, štatúčné listiny.

Ako je zasvätenej historickoprávnej obci dobre známe, v najširšom a prekračujúcom význame klasických, európskych verejných notárov sa za uvedené kvázi verejnonotárske orgány v období uhorského vrcholného stredoveku nominovali hodnoverné miesta (*loca credibilia, authentica, testimonialia*, maď. *hiteleshelyek*). Štúdia sa nebude v nasledujúcom opätovne vracieť k všeobecným otázkam právnej kvalifikácie hodnoverných miest, nepokúsi sa ani o komplexnú kvalifikáciu a evaluáciu verejnonotárskej, súdnoaplikačnej praxe zmienených orgánov verejného práva. Svoju pozornosť upriami na z jeden z typických segmentov i dnešnej verejnonotárskej agendy – zákonným spôsobom osvedčiť správnosť a legalitu právneho úkonu a prípadne vystaviť o ňom verejnonotársku listinu. V uhorskom stredovekom prostredí sa prirodzene dotýkame externej činnosti hodnoverných miest, vykonávanej v teréne, v externom prostredí, a nie v kancelárii hodnoverného miesta. V dotknutom bádateľskom rámci sa realizovalo primárne znenie príkazného mandátu pre hodnoverné miesto: vykonať úkony „hodnoverného svedectva“

(*testimonium fidedignum*) a podať o tom správu v ústnej a následne písomnej podobe relácie.

Zámerom preto bude priblížiť iba jeden z listinných druhov vydávaných hodnovernými miestami, na základe ktorého sa referovalo o konštitutívnom právnom úkone štatúcie v prospech najrôznejších štátnych orgánov, predovšetkým panovníka, ktorým sa ukončil celý akt donácie (ale nielen jej). Právnohistoricky sa bude akcentovať však predmet rozboru – štatučný akt a s ním spojené, príp. naň nadväzujúce právne konania. Na úvod sa ešte žiada dodať, že uvedený, prísne formálnoprávny úkon štatúcie si zachoval svoj právnohistorický význam aj v novoveku, kým ho neprekonal zjednodušený postup zápisu do pozemkových kníh.

1. Historickoprávny pojem štatúcie

Hneď na začiatku sa treba zmieniť iba v stručnosti o charaktere a konštitutívnom účinku fasie¹ a štatúcie ako právnych úkonov, hoci by si téma zaslúžila náležitú pozornosť. Právna relevancia fasie sa postupne zúžila, resp. pozmenila svoj prvotný význam v období už od 13. storočia a v Tripartite sa konzistentne stotožnila s titulom nadobudnutia práva alebo veci.² Štatúcia niekedy označovaná ako introdukcia sa stala spôsobom (*modi acquirendi*) jeho formálneho a právoplatného nadobudnutia. Obzvlášť treba pre úplnosť poznamenať relevantný fakt, že od konca 13. storočia, kedy vzrastala dôsledne a trvalo i kvantita vydaných štatučných listín (resp. relácií), štatúcia čiastočne vytlačila fasiu z funkcie tradície nadobúdanej veci alebo práva a stala sa výhradným spôsobom nadobúdania šľachtických nehnuteľností alebo práv k nim viažucim sa, zatiaľ čo fasia zostala len formálnym titulom scudzenia veci alebo práva.³ Obe mali konštitutívny účinok, fasia ako právny dôvod pre scudzenie, príkladne v listinách hodnoverných miest šľachtických nehnuteľností a štatúcia ako všeobecný spôsob nadobúdania dedičnej držby nehnuteľností.

Nadväzujúc konzekventne na vyššie uvedené pre upevnenie platnosti vydaného rozhodnutia prevodu dedičnej držby nehnuteľností sa pripojil akt štatúcie. Historickú stálosť jej právnej kvalifikácie dokumentuje I. Kelemen (zo začiatku 19. storočia), keď sa za ňu považovalo v užšom zmysle vovedenie

¹ V uvedenom sa nedotýkam fasií ako listinného druhu.

² LUBY, Š.: Liptovský a turčiansky register z roku 1391, Bratislava 1932, s. 385. Tam pozri bližšie k náležitostiam, účinkom a právnej podstate fasie a štatúcie.

³ Tamtiež, s. 387.

(*introductio*) donatária do majetku nadobudnutého na základe scudzovacieho úkonu (*perennialiter*).⁴

Štatuovanie do majetku sa podľa textu niektorých listín nahrádzalo aj pojmom *introdukcia* podľa slovesa *introduco* – vovádzat' do držby nehnuteľnosti. Výklad novodobých uhorských príručiek však vnáša do oboch termínov nesúrodú nomenklatúru. Nie je problémom výskumu, ale výkladu (definovania, štylizácie), že vo výpisoch registov listín typu *introductoriae et statutoriae* sa objavujú dva právne prípady (uvedenie a zápis) ako spojené. V pôvodnej konštrukcii „*introducere aliquem in possessionem a statuere aliquod alicui*“ zreteľne potom vzniklo v polovici 20. stor. v maďarských výťahoch „nech zapíše, uvedie do držby“ (iktassa be a birtokba) Uvedenú nevyjasnenosť termínov, ich možnú významovú heterogenitu alebo homonegitu, by bolo potrebné istým spôsobom korigovať, pretože to môže zapríčiniť neporozumenie ich skutočného právneho významu.⁵

Ako uvádza aj Bartalov slovník, *litterae statutoriae* možno stotožniť s *litterae introductoriae*,⁶ rovnocenne s Kövym, ktorý sa vyjadruje k štatúcii a introdukcii, že ide o synonymne ponímané úkony vovedenia donatária do majetku prostredníctvom minimálne dvoch úradných osôb, z ktorých jeden je kráľovský (palatínov, bánov alebo niektorého kráľovského sudcu) človek.⁷ Etymologicky by oba termíny vyjadrovali ten istý úkon, realizovať akt spôsobu nadobudnutia šľachtickej nehnuteľnosti v slávnostnom, verejnom úkone predpísaným spôsobom pri dodržaní primerane stanovenej lehoty. Stav stredovekých listín však ešte nie je dostatočne preskúmaný, navyše v príslušnej etape sa s pojmom *indroducere* stretávame zriedkavejšie než so *statuere*, právnoštylistický podklad formulára, na základe ktorého sa listinne užívajú, nedáva spoľahlivé diferencné kritéria pre zaujatie postoja, prečo sa užívajú obe formuly individuálne a nezávisle od seba.

Do prípadného terminologického neporozumenia sa dostáva právny historik, ktorý pri ozrejmovaní si listinného vyjadrenia pojmov štatúcie a introdukcie, právne a listinne profilovaných už pre skúmané obdobie, nemôže nateraz vierohodne verifikovať, či išlo o jeden alebo dva právne akty. Akceptovateľnou domnienkou by bola prijateľná konklúzia, že štatúcia reprezentovala celý

⁴ KELEMEN, I.: *Institutiones iuris Hungarici privati*, Budín, 1818, s. 142.

⁵ BORSA, I.: A hiteleshyekről. In Magyaroknak eleiről. Ünnepi tanulmányok a hatvan esztendő Makk Ferenc tiszteleére, Szerk.: Piti Ferenc Szabados György, Szeged, 2000, s. 105.

⁶ BARTAL, A.: *Glossarium mediae et infimae latinitatis regni Hungariae*, Lipsiae, 1901, s. 389.

⁷ KÖVY, A.: *Elementa iurisprudentiae Hungariae*, Patkani, 1823, s. 165.

úkon uvedenia do držby (či už s protestom alebo bez neho) a introdukcia užší zmysel samotného fyzického vovedenia do držby. Na druhej strane vyskytujú sa však v listinných vyjadreniach len dispozície so slovesom *introducere* a nie *statuere*. Nevieme preto zatiaľ presne určiť či v čase vrcholného stredoveku sa oba termíny používali v terminologickej a predovšetkým funkčnej zhode – či sa *de iure* a *de facto* stotožňovali alebo odlišovali. Tripartitum však a podobne i nasledujúca, novoveká normotvorba medzi nimi nerozlišovali, uvádzali ich veľmi jasne ako synonymá. Ešte raz preto treba zdôrazniť, že v uvedenom ide o nevyjasnený právny problém i s ohľadom na stav poznania stredovekých listín (nie dostatočne preskúmaný).

Štatučný akt nemusel vykonávať výhradne kráľovský človek, sú doložené príklady výkonu štatúcie jeho starším predchodcom – pristavom, ktorého mandát splnomocňoval na vykonanie štatúcie, príkladne formulou: „*Tebe pristav NN kráľ Ondrej nariadil, aby si vykonal štatúciu istého NN do majetku XX*“⁸. Predstavoval ho aj župan, zástupca hodnoverného miesta, arcibiskupa, biskupa a pod.⁹

Rekapituláciou podstatných znakov, t.j. náležitostí štatúcie, možno rozvinúť vyššie aj nižšie uvedené právne konania, predchádzajúce vydaniu relácie o vykonaní štatučného aktu, tak ako ich prevzal Štefan Luby:

- 1) legitímnosť dodržaná plnením mandátneho príkazu (*mandatum statutoriae*) štatuentom, ktorým v už období 13.- 14. storočia sa stal kráľovský človek;
- 2) včasnosť dodržaním termínu podľa štatučného mandátu, resp. podľa znenia úpravy Tripartita;¹⁰
- 3) miesto výkonu štatúcie – principiálne miesto štatuovaného pozemku alebo majetku na tzv. „tvári miesta“ (*facie loci*);
- 4) verejnosť za účasti povinných subjektov – susedov (*vicinorum et commetaneorum*);
- 5) solemnosť dodržaná prostredníctvom príslušných formálnych činností kráľovského človeka, človeka hodnoverného miesta, samotného štatuovaného, ktorého slávnostne voviedli do držby;

⁸ LUBY, Š.: cit. d., Bratislava 1932, s. 68.

⁹ KELEMEN, I.: cit. d., s. 143.

¹⁰ Tripartitum I/32: „*všetky kráľovské donácie ... musia byť potvrdené zákonnou štatúciou počas jedného roka, počítaného odo dňa udelenia donácie, či už proti nim niekto namietal alebo nie. Lebo inak už platnosť a účinnosť pomíne a taká donácia zostane neúčinná.*“

6) dokonanie aktu v tzv. čistej štatúcii (*statutio pura*), t.j. bez protestu prítomných zúčastnených.¹¹

Dodajme, že k materiálnym náležitostiam sa priradil predmet štatúcie: nehnuteľnosti nadobudnuté donáciou alebo iným scudzovacím úkonom (kúpou, darovaním, zámenou, plnením z iného právneho alebo protiprávneho úkonu, plnenie súdneho rozhodnutia a pod.), ďalej povinnými subjektmi štatuenta, štatuoanej osoby a povinne zúčastnených subjektov. Legitímnosť sa viazala jednoznačne na dodržanie formálnych úkonov, ktoré vychádzali buď zo zákonnej (*lege praescriptis*) alebo obyčajovej (*consuetudine receptis*) úpravy.

Formálno-slávnostný úkon štatúcie dokladala prax pred Tripartitom ku všetkým úkonom prevodu dedičnej držby, resp. i k púhému užívaniu predmetu štatúcie – nehnuteľností Tripartitum vyjasnilo situáciu tak, že sa štatúcia požadovala k prevzatiu držby k donačným a k prevodu všetkých inak nadobudnutých statkov, ba dokonca i pri tradícii založenej nehnuteľnosti z titulu užívacieho záložného práva – *antichresis*.¹²

Uvedený akt štatúcie v jeho právne záväznej, bez kontradikcie vykonanej formy sa stal podkladom pre reláciu o nej a tá zasa písomným svedectvom a dôkazom pre vyhotovenie originálu donačného privilégia v zmysle právnom aj diplomatickom či základom pre následné súdne konanie (napr. o vznesených protestoch pri štatúcii).

Treba sa v súvislosti s vydaním relácií o štatúciach zmieniť o dôležitom právnom druhu kráľovských listín: *litterae statutoriae* – štatučné listiny, ktoré sa stávali obvykle súčasťou donačných privilégií, po úspešnom vykonaní štatúcie. Objektívne museli vychádzať z relácií o štatúcii, ved' napokon svojou funkciou a dispozíciou (svojím relevantným obsahom listinného kontextu o pozitívnom vykonaní štatúcie) relácie o štatúcii poskytovali informačný základ pre ne a pre vydanie konečného donačného privilégia. Neraz sa *de facto* prosto tranzumoval obsah štatučnej relácie,¹³ ktorej materiálny aj formálny právny podklad bude obsahom nasledujúcej a *in stricto sensu*, s ohľadom na značne širokú problematiku relácií a osobitne štatučných relácií (v relácií uhorských dejín celého donačného systému, resp. súkromnoprávných vzťahov vôbec), iniciačnej kapitoly.

¹¹ LUBY, Š.: cit. d., s. 401-402, porov. prevzaté závery K. Kadleca in: KADLEC, K.: Verböczyho Tripartitum a soukromé právo i chorvatské šlechty v něm obsažené, Praha: Nákladem České akademie císaře Františka Jozefa pro vědy, slovesnost' a umění, 1902, s. 230-231.

¹² Tripartitum I/63 § 1: „*Aliae vero omnes fassiones perennes super quibuslibet bonis, ac iuribus possessionariis inter alienos, ac extraneos quocunque modo factae, imo etiam pignoris titulo ... infra integram unius anni revolutionem statutione legitima firmari solent atque debent.*“

¹³ LUBY, Š.: cit. d., s. 69.

2. Relácie (*litterae relatoriae*)

Pojem pochádza z latinského pojmu „*relatio*“ – správa, pričom extenzívnym výkladom sa za ňu považuje v zmysle *officium referentis*: povinnosť odpovedať, referovať, ale aj zdvorilosť a ochotu vykonať uvedené úkony. Viacvýznamový termín *officium* znamená predovšetkým povinnosť i úrad, pre skúmanú problematiku prijíma rozširujúco, i keď v úzkom verejnoprávnom zámere, význam prijať a vykonávať úrad hodnoverného miesta, t.j. v konkrétnej povinnosti odpovedať a priniesť správu v úradnej veci¹⁴. V dotknutej sfére práce hodnoverných miest predstavovali relácie výsledok ich osobitej činnosti, radiace sa k výkonom orgánov štátu alebo k výkonom delegovanej právomoci kráľovského majestátu, najmä k realizácii súdnej a výkonnej moci, keďže kráľ vystupoval v tomto období ešte ako najvyšší sudca a správca krajiny. Hodnoverné miesto bolo len vykonávateľom nariadenia, najčastejšie kráľa, v konkrétne vymedzenej veci. Predmetné nariadenie vyjadrujúce príkaz objednávateľa relácie sa nazývalo mandát (*mandatum*, maď. *rendelet*¹⁵), ktorý mal jednoduchší formulár aj listinné vyhotovenie, a o ktorom bude ešte reč.

Relácie ako správy a špecifický druh listín nevznikali výhradne na základe iniciatívy panovníka ale i z dožiadaní palatína¹⁶ a krajinského sudcu, bánov a pod., ktorí ako najvyšší sudcovia krajiny rozhodovali aj na základe informácií získaných z relácií. Pri kreovaní relácií sa potvrdila myšlienka, že cirkevné inštitúcie vybraných kapitúl a konventov zastávajúcích úlohy hodnoverných miest pri spomenutej činnosti viac ako pri fasiach¹⁷ nahradzovali v mieste svojej pôsobnosti funkcie a činnosť Kráľovskej kancelárie vzhľadom na fakt, že relácie sa spisomňovali až po získaní nariadenia od vyššie postaveného, nadradeného štátneho orgánu – kráľa, kráľovnej alebo ich zástupcov. V zásade vydávali hodnoverné miesta spomenuté druhy listín *ex lege* ako orgány štátu

¹⁴ BARTAL, A.: cit. d., s. 568.

¹⁵ BARTAL, A.: cit. d., s. 403. Vecná stránka dožiadaného úkonu určovala označenie jednotlivých mandátov, napr. *mandatum statutorium, introductorium, evocatorium, executionale* a pod.

¹⁶ Výhradne exemplifikatívne počas patinátu Willerma Drugetha sa zachovalo pomerne významné množstvo ním vydaných mandátov.

¹⁷ Podstata identity fasie vyplýva z príznačnej naračnej klauzuly: „*confessus (confessi) est (sunt), quod ...*“ uvádzajúcej konkrétnu dispozíciu, ktorá anticipovala pomenovanie každej listinnej výpovede – fasie. Chápali ako právne úkony hodnoverného miesta, ktorých písané svedectvo o vykonaní výpovede s právnym obsahom stránky pred úradníkom hodnoverného miesta sa zaznamenalo v listine (*litteris fassionalibus*, zjednodušene vo fasií) pri realizácii ich internej funkcie.

požadované v istej právnej záležitosti vyhovieť vydavateľovej vôli vyjadrenej v mandáte.

Formulár relačných listín sa už od 13. storočia rozvíjal i pod vplyvom obsahovej skladby mandátov, chápaných ako písomné nariadenia adresované hodnoverným miestam. Relácie podrobené skúmaniu sa zreteľne odlišovali od fasioj jednoduchšími úvodnými formulami, podľa ktorých sa každá relácia začínala charakteristickou inskripčnou formulou: „*Excellentissimo domino ...* (meno príslušného panovníka), *Dei gracia rex Hungarie*“, užívané za vlády Anjouvcov. V čase posledných Arpádovcov od Ladislava IV. sa možno stretnúť v reláciach jemu určených so spojením: „*Serenissimo domino...*“. V reláciach určených vysoko postaveným sudcom – palatínovi, krajinského sudcovi sa adresát úradnej správy obvykle tituloval: „*Viro magnifico domino ipsorum NN, palatino, iudici Cumanorum...*“ alebo „*Viro nobili et honesto NN palatino...*“.¹⁸ Potom sa potvrdil príjem mandátu, ktorý sa do konca 13. storočia nezvykol tranzumovať v plnom znení, ale len v skrátenej, registovej verzii zaznamenávajúcej obsah príkazu pre adresáta.¹⁹ Len od 14. storočia sa v reláciach pravidelne vyskytovali celé znenia mandátov. Po notifikácii mandátu sa spísomnil výsledok právneho konania a celá relácia sa ukončila datovacou formulou s denným datovaním podľa kresťanského kalendára²⁰.

¹⁸ *Magyar országos levéltár, Budapest, Diplomatikai Osztály (ďalej DL), DL – 74 803, NAGY, E./POLYI, A./VÉGHELY, D.: Codex diplomaticus patrius. (ďalej CDP), Hazai okmánytár. I-VIII., Budapest: AMT Akadémia Történelmi Bizottsága, 1865-1880, CDP VII, č. 319, s. 350.*

¹⁹ Napríklad: „*Magister Petrus, filius Andree de Ouga ad nostram accedens presenciam exhibuit nobis litteras vestre maiestatis in quibus vidimus contineri, quod propter obsequia ipsius magistri Petri, que cum magnifico domino Alberto quondam duce nunc vero rege Romanorum, ex vestro precepto transmissimus circa Reen exhibit fideliter et potenter, donasseti eidem trecenta iugera terrarum arabilium de terre castrensi Fuloboni vocate et quod ad hoc unum ex nobis pro testimonio mitteremus*“, in: NAGY, I./DEÁK, F./NAGY, G.: Hazai oklevéltár (ďalej Hokl.), 1234-1536. Budapešť, 1879, Hokl., č. 155, s. 164-165.

²⁰ Príkladne: „*Nos igitur preceptis vestre magnitudinis obedientes in omnibus, ut tenemur, Demetrium sacerdotem plebanum de Paak, hominem nostrum una cum comite Wýd, homine vestro predicto transmissimus, qui quidem homo vester et noster ad nos reversi retulerunt, quod Dominico die proximo ante festum beati Georgii martyris (deň výkonu mandátu – deň označovaný v niektorých listinách ako actum) accessissent super facies predictarum terrarum et reambulando easdem invenissent inibi vacuas et vestre collacioni pertinentes, vicinis et commetaneis universis ... convocatis ..., in metis et terminis antiquis nullo penitus contradictore vel contradictoribus existentibus, statuissent eidem magistro Martino cum utilitatibus et pertinenciis omnibus earundem*“, in: SEDLÁK, V.: Regesta diplomatica nec non epistolaria Slovaciae, Tomus I (ďalej RDSI I), Bratislava: SAV, 1980, ďalej RDSI I, č. 637, s. 284. Totožný výsledok publikoval aj Eckhart, F.: Die glaubwürdigen Orte Ungarns im Mittelalter, in: MIÖG IX, Ergänzungsband 1915, s. 536 – 537.

So zreteľom na formálny vplyv a úzky súvis právnych druhov mandátov a relácií, ktorých formulár ako aj právna prax predchádzajúca vydaniu relácie sa profilovali do ustálenej podoby už na konci 13. storočia, je vhodné venovať pozornosť mandátnym listinám a ich významu pri externej činnosti kapitúl a konventov²¹. Skúmané mandáty jednoznačne patria do skupiny už formalizovaných, v dnešnom význame verejnoprávných listín, ktorých spôsob a obsah vyhotovenia podliehal skúsenej kancelárskej praxi Kráľovskej kancelárie.²² Keďže originály mandátov sa zvyčajne nezachovali, o ich obsahu sa bolo možné dozvedieť zo samotných relácií, ktoré iste z titulu právnej istoty exekúcie kráľom uloženého nariadenia publikovali celé znenia mandátov inzerovaných v relácii.²³ Kráľovské mandáty uvádzali v protokole skrátenú intituláciu kráľa, konkrétnu inskripciu adresovanú hodnovernému miestu spolu s krátkou salutačnou formulou.²⁴ Kontext začínal opisom udalosti či priebehu právneho konania vedúceho k vydaniu nariadenia. Po narácii listina obsahovala priamy príkaz zúčastniť sa ako hodnoverný svedok (*testimonium fidedignum*) právnych úkonov nariadených v mandáte spolu s výzvou, aby adresát mandátu podal o uskutočnenom konaní za účasti kráľovského človeka správu – reláciu. Pokiaľ kráľovské mandáty používali pojem „*mandamus*“ (nariadujeme), palatinálne sa uspokojovali s neutrálnejším „*petimus*“ (prosíme), čo by svedčilo o nadriadenom orgáne panovníka voči dotknutému hodnovernému miestu, naopak pri ostatných štátnych úradníkoch a sudcoch hodnoverné miesto vystupovalo ako dožiadaný orgán. Záver patril len datovacej formule bez koroborácie.

V súvislosti s mandátmi sa rozlišoval tzv. všeobecný mandát (*mandatum generale*) určený oslovenému hodnovernému miestu, aby sa jeho zástupca zúčastnil všetkých úkonov riadených a vykonaných delegátom kráľa, palatína,

²¹ Eckhart sa domnieval, že takmer doslovná zhoda používaných formúl mandátov a relácií existujúcich hodnoverných miest na konci 13. storočia mala svoj reálny základ v myšlienke používania formulárovej knihy poskytnutej pravdepodobne kráľovskou kanceláriou, ktorej formuly sa pre relácie museli hodnovernými miestami dodržiavať; pozri bližšie: ECKHART, F.: cit. d., s. 537.

²² Nevyhnutne ich odlišujeme od súkromných prosieb a nariadení panovníka alebo iného hodnostára vykonať isté úkony v súkromnej veci, resp. vo vlastnej právnej veci, uvedený druh by sme mohli zaradiť k prokuračným listinám (*litterae procuratoriae*). Porov. BARTAL, A.: cit. d., s. 403.

²³ Mandáty nemali trvalú platnosť a preto sa vystavovali len v otvorenej forme s pritlačenou pečaťou buď na prednej strane alebo na dorze, od 14. storočia sa používal aj papier ako písacia látka; pozri bližšie: Kol. autorov: Československá diplomatika. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1965, s. 19.

²⁴ Napríklad: „*Karolus, dei gracia rex Hungarie fidelibus suis capitulo Posoniensis, salutem et gratiam plenam.*“, in: RDSI I, č. 637, s. 284.

najčastejšie vyšetrovania, predvolávaní, výkonu prohibície nakladania so spornými nehnuteľnosťami, vytýčenia hraníc ako aj všetkých úkonov súvisiacich so štatúciou.²⁵ Nazývali sa *litterae annuales* i z toho titulu, že špecifický úkon vovedenia do predmetu donácie (štatúcia) sa musel uskutočniť v lehote jedného roka. Všeobecné mandáty sa vydávali až za vlády Karola I. a uvedenú skutočnosť potvrdili aj skúmané mandáty publikované v reláciach opisujúcich najmä vyšetrovanie alebo zákazy (prohibície) nakladania s nehnuteľnosťou.²⁶ Jeden z možných variantov všeobecného mandátu (užívaný v zachovaných reláciach) mohol znieť: „*Vašej vernosti zreteľne nariaďujeme, aby ktokoľvek a pre akokoľvek vec v čase od uvedeného dátumu počas jedného roka prostredníctvom ctihodného muža magistra Jána, spišského prepošta a jeho kapituly získal (prenesenú) právomoc vykonať citácie, vyšetrovania, zákazy vyšetrovania ako aj legitímne reambulácie a vytýčenia hraníc nehnuteľností a tiež iných úkonov, obvyklých a oddávna určených podľa kráľovskej obyčaje*“.

Štatučný mandát, tak ako sa vyvíjal od skúmaných prvopočiatkov 13. a začiatku 14. storočia, sa označil v Tripartite podľa označenia čl. 32, 33 listina, ktorá sa začína slovami: „*Cum nos debitum habentes respectum etc.*“, „*Cum nos attentis et considerantis*“ (ak bol vydavateľom donátor – kráľ, palatín) alebo „*Dicitur nobis*“ (ak ho vydával niektorý z najvyšších sudcov nariaďujúcich)²⁷. Validita účinkov štatučného mandátu v čase prijatia Tripartita v jeho znení I/čl. 32 určovala v zhode obyčajou opätovne jednoročnú lehotu

²⁵ Rovnaké dôvody uvádza aj Norbert Tóth vo svojej štúdií o ovplyvňovaní a spojitosti medzi hodnovernými miestami a župami v 14. a 15. storočí, v ktorej sa zamerá na vývoj siedmich uhorských žúp medzi nimi aj Bratislavskej a na listinnom výskume zachovaných relácií, najmä z 15. storočia, poukázal na vplyv, spoluprácu hodnoverných miest a okolitých žúp. Pre skúmané obdobie však nemožno hovoriť o ovplyvňovaní činnosti žúp hodnovernými miestami, pretože šľachtická samospráva sa len konštituovala a nedosahovala úroveň obdobia skúmaného v Tóthovej štúdií; pozri bližšie: TÓTH, N.: Adatok a megyék és a hiteleshelyek közötti viszonyra a 14. és a 15. században. In Századok, Budapešť, 2002, r. 136, s. 351 – 364.

²⁶ „*Fidelitati vestre firmiter precipiendo mandamus quatenus quicumque et quocienscumque a data presencium per anni circulum per discretum virum magistrum Iohannem, prepositum Scepulensem et suum capitulum tunc officialem eorundem citationes, inquisitiones et prohibiciones ac legitimas sicut possessionarias reambulaciones metarum erecciones eorundem faciendam nec non ad omnia alia, que secundum consuetudinem regni ab antiquo fieri consueverunt fueritis requisiti*“, in: Súkromný archív Spišskej kapituly, SPK – Scr. 2, fasc. 2, num. 16, podobne aj SNA, Slovenský národný archív (SNA), Verejný archív Leleského konventu LRA – fasc. 1, num. 13, SPK – Scr. 6, fasc. 1, num. 9, LRA – fasc. 1, num. 20, Mestský archív Košice – AS, fasc. AA – Széplak, num. 1, LRA – fasc. 1, num. 52, SPK – Scr. 2, fasc. 6, num. 8. Porovnaj ECKHART, F.: cit. d., s. 538 a 542.

²⁷ KADLEC, K.: cit. d., s. 231.

(„*infra integrum anni unius revolutionem*“), po jej uplynutí podľa I/32 § 1 donácia strácala platnosť²⁸ a nehnuteľnosť devolvovala opäť korune.

Ten, v koho prospech (žalobca, štatúovaná osoba) sa mandát vydal, sa už nemusel v každej záležitosti týkajúcej sa toho istého konania alebo veci obracať na kráľovský dvor so žiadosťou o vydanie ďalšieho mandátu, čím sa zmenšili a saturovali zvýšené finančné výdavky, ktoré sa vždy spájali s akýmkoľvek právnym konaním, najmä so súdnymi spormi mimo Kráľovskej kancelárie alebo dvora. Treba zdôrazniť, že pre relácie o výkone vyšetrovania, citácií a ďalších nariadených povinností sa vystavovali aj obsahovo určité mandáty s doložkou o príkaze výkonu presne stanoveného právneho úkonu, resp. právnych úkonov.²⁹

Relácie predstavovali, ako už úvod napovedal, produkt externej činnosti hodnoverných miest, pri ktorých sa zúčastňovali zástupcovia hodnoverných miest v postavení svedkov úkonov vykonaných mimo miesta hodnovernej cirkevnej inštitúcie a kráľovskí ľudia (*homines regii*). Svedkovia hodnoverného miesta dosvedčovali právne úkony vykonávané priamo kráľovským alebo palatinálnym poverencom (*homo regius seu palatinalis*).³⁰

Do dôležitej a zodpovednej funkcie kráľovských ľudí sa vyberali len šľachtici, zástupcovia cirkevných osôb a z nich boli uvedení v mandáte vždy dvaja až traja pre prípad, že by niektorý v nich nemohol vykonať uložený právny úkon(y), zastúpil ho náhradník (uvedený v mandáte ako druhý, tretí atď.). Vo formulári mandátov sa mohlo pri nominácii kráľovského človeka použiť nasledujúce poverenie v znení mandátu: „*aby ste vy (hodnoverného miesta) vyslali svojho (vášho) človeka pre hodnoverné svedectvo, aby za jeho účasti (svedectva) náš človek (homo noster) NN alebo NN alebo NN vykonal všeobecne alebo jednotlivo nariadené úkony podľa práva*“.³¹ Alternácia nominantov na post kráľovského poverenca a zároveň reprezentanta

²⁸ „*Nam aliter donationis vigor, seu virtus exspirabit, et ipsa donatio inefficax, viribusque destituta manebit*“.

²⁹ Napríklad SEDLÁK, V.: *Regesta diplomatica nec non epistolaria Slovaciae*. Tomus I. (ďalej RDSI I), Bratislava : SAV, 1980, č. 637, s. 284, FEJÉR, G.: *Codex diplomaticus Hungariae ecclesiasticus et civilis*, (ďalej CDH), Budín, 1829-1844, CDH VIII/1, s. 373, CDH VIII/1, s. 377, SEDLÁK, V.: *Regesta diplomatica nec non epistolaria Slovaciae*. Tomus II. (ďalej RDSI II), Bratislava: SAV, 1987, č. 702, s. 314, DL – 74 803.

³⁰ V stručnosti sa o nich zmiňuje: ŠVECOVÁ, A./GÁBRIŠ, T.: cit. d., s. 117-118.

³¹ Príkladne mandát Karola I. inzerovaný v relácii Jasovského konventu z 19. mája 1341 uvádzal: „*tociens hominem vestrum pro testimonio transmittatis fidedignum, quo presente Ladizlaus de Beel vel alter Ladizlaus de Keresztur aut ipsis absentibus Paulus de Puxa, homo noster, premisis et singula premissorum iuris ordine observato exequantur*“, in: SNA, LRA – fasc. 1, num. 13.

kráľovského majestátu sa stala obvyklou praxou minimálne od počiatku 14. storočia, resp. od nástupu Anjouvcov, a charakterizovalo ju udelenie plnomocenstva *ad personam* pre špecifikované subjekty, ktorých povinnosťou bolo prijať spomínaný úrad a vykonať dožadované právne úkony. Za výkon svojej funkcie kráľovský človek nebol honorovaný, pravdepodobne sú skôr obštrukcie pri výkone a nelukrativnosť daného postu, i to predstavovalo preto dôvod viacnásobného nominovania pre funkciu kráľovského človeka.

Vo všeobecnosti možno povedať, že podľa predloženého mandátu bol povinný po vymenovaní kráľovský (palatinálny a pod.) poverenec už ako *homo regius (palatinalis)* dostaviť sa pred hodnoverné miesto, aby spolu s jeho zástupcom odišli na určené miesto a splnili znenie mandátu, špecifikáciu ktorého vyjadroval kontext samotného mandátu.³² Následne po uplynutí stanovenej lehoty sa vrátili do kancelárie hodnoverného miesta, v ktorom buď spolu alebo len vyslaný delegát hodnoverného miesta oznámil výsledok nariadeného právneho konania, úkonu. Lektor prípadne iný poverený člen hodnoverného miesta sa ústnym svedectvom zástupcov poverovateľa relácie a vlastného úradu dozvedel o uskutočnení, prekážkach alebo úplnom zmarení kráľovho alebo palatinovho príkazu a zaznamenal všetky relevantné poznatky a skutočnosti do písomnej správy (relácie) určenej pre nariadovateľa. V zásade sa v relácii uvádzal deň právneho konania (*actum*), ale tento deň sa nestotožnil v dňom vydania a datovania spisomnenej relácie (*datum*),³³ datovalo sa podľa dní počítaných odo dňa vykonania mandátu. Spísanie samotnej relácie sa príkladne mohlo oddialiť i z toho titulu, aby protestujúci mohli predkladať buď v deň úkonu alebo i neskôr v deň spísania relácie v hodnovernom mieste svoje námietky a odporovať.

Lehota na odporovanie sa mohla uvádzať ako lehota na vykonanie celého mandátneho úkonu, v súvisе s vydaním štatúcie sa právnou obvyčajou stotožnila s pätnástimi dňami, zároveň sa obaja aktívne zúčastnení: kráľovský človek a zástupca hodnoverného miesta počas pätnásťdňovej lehoty zdržiavali na tvári miesta alebo na inom verejne oznámenom mieste a čakali na vznesenie námietok.³⁴

Právne sa relácie klasifikovali a identifikovali najmä s úkonmi, ktoré by sa mohli rozdeliť na dve skupiny: do prvej z nich sa začlenili relácie

³² ŠVECOVÁ, A./GÁBRIŠ, T.: cit. d., s. 117.

³³ Oba dátumy sa uvádzali v listine Jasovského prepošta a konventu z 25. novembra 1348, kedy bola datovaná relácia a úkon štatúcie a reambulácie sa vykonala 23. novembra 1348 (*actum*) – DL – 84 786.

³⁴ LUBY, Š.: cit. d., s. 402. K omeškaniu lehoty kontradicenta (protirečiaceho) sa vzťahoval zák. čl. 43/1563, ktorý mu umožnil ospravedlniť sa.

upovedomujúce vydavateľa alebo priamo zákonného sudcu (často ním bol kráľ alebo palatín a vydavateľom mandátu sa stal krajinský sudca³⁵) s úkonmi viažucimi sa na súdne konanie, *in concreto* sem patrili relácie o citácii, prohibícii dispozičného práva s nehnuteľnosťami a predovšetkým správy o vyšetrovaní najrôznejších protiprávnych sporov. Spomenuté listiny sa zaradili svojou povahou k *litteris ex causa iudiciali*. K druhému okruhu, oveľa početnejšiemu vo vzťahu k zachovaným listinným vyhotoveniam, sa pričlenili štatučné a reambulačné relácie, ktoré budú predmetom nasledujúceho výkladu.

2.1 Relácie o výkone štatúcie a reambulácie (*litterae statutoriae a reambulatoriae*) v listinnej praxi hodnoverných miest

Veľmi významný druh v klasifikácii písomných správ tvorili relácie o exekúcii právnych úkonov spojených s nadobudnutím, reštitúciou donačného i nedonačného, nadobudnutého majetku, *per extensum* pri odovzdaní osobitých „vlastníckych“ práv (dedičnej držby) k nehnuteľnostiam.³⁶ Stredoveké scudzovacie úkony prevodu nehnuteľností sa podľa obyčajového práva museli dovŕšiť štatúciou, ktorá pri donáciách navyše predchádzala vydaniu kráľovského privilégia.³⁷

Záväznosť a neopomenuteľnosť štatúcie pri úkonoch scudzovania sa stávala podstatnou právnou náležitosťou. Ak sa pri scudzovacích úkonoch, príkladne kúpno-predajných zmluvách, úkon štatúcie opomínal notifikovať a stránky sa uspokojili len so záznamom, že uzavreli kúpu a kupujúci vyplatil kúpnu cenu, pre vystavenie donačného kráľovského privilégia sa správa o platne vykonanej štatúcii bez protestu (tzv. štatúcia *pura*) vnímala ako povinná náležitosť donačného aktu, a dôkaz o nej bol právnym titulom pre vystavenie donačného privilégia. Doručenie relácie o úspešnej štatúcii sa

³⁵ Relácia Jasovského konventu z 12. marca 1348 uvádzala ako vydavateľa mandátu Pavla, krajinského sudcu a prijímateľom relácie bol priamo kráľ Eudovít I – DL – 96 293.

³⁶ Pozri: Československá diplomatika, s. 122.

³⁷ Praktická realizácia a časová následnosť písomných svedectiev v súvislosti s donáciou sa odvíjala od prvej kráľovskej listiny potvrdzujúcej rozhodnutie donácie len vo forme patentu, v ktorom sa zároveň prikazovalo oprávneným osobám (hodnoverným miestam), aby vykonali štatúciu a na základe relácie, ako druhej písomnosti vydanej v súvislosti s donáciou, v ktorej sa potvrdila úspešná štatúcia, kráľovská kancelária mohla vydať kráľovské donačné privilégium datujúce uvedenú prax dodruhej polovice vlády Bela IV; pozri napríklad: WENZEL, G.: *Codex diplomaticus Arpadianus continuatus*. (Arpádskori új okmánytár) (ďalej CAC I – XII). Pest: Kiadja Magyar Tudományos Akadémia, 1860-1874, CAC IX, č. 192, s. 273, č. 193, s. 274, č. 271, s. 379, č. 321, s. 450, CAC XII, č. 473, s. 590.

preto očakávalo v Kráľovskej kancelárii, ktorá len na jej základe vystavila donačné privilegium (príp. *litterae statutoriae*), potvrdzujúce jednak vôľu donátora prenechať dedičnú držbu donatárovi a jednak presnú delimitáciu hraníc darovaného pozemku, panstva, domu s príslušenstvom inzerovanú v donácii z relácie. Často práve definitívna donačná listina zachovala znenie relácie i mandátu v nej inzerovanom.³⁸ Konečné privilegium o donácii mohlo vystaviť aj hodnoverné miesto po úspešnej čistej štatúcii, ako sa o tom zmienil I. Borsa.³⁹

Štatúcia pri kráľovských donáciach znamenala právny úkon kráľovského človeka, vystupujúcom v postavení štatuenta, za účasti zástupcu hodnoverného miesta (hodnoverného svedka či svedectvo – *testimonium*), susedov a príbuzných, ktorý na podnet kráľa podľa znenia štatučného mandátu (*mandatum statutorium*) sa najprv oboznámil s právnym a faktickým stavom nehnuteľného daru (napríklad aj úkonom ohraničenia nehnuteľností nazývaného reambulácia) a za podmienky *sine qua non* nevyslovenia kontradikcie („*si non fuerit contradictum*“) povinne zúčastnených slávnostne voviedol donátaria do darovaného majetku priamo na mieste dotknutej nehnuteľnosti. Vovedenie sa event. realizovalo aj v podobe verejného komuniké kráľovského zástupcu vysvetliac zúčastneným, že nehnuteľnosť od daného okamihu prechádza do vlastníctva, t.j. dedičnej držby obdarovaného, realizujúc účinok formy (*modi*) prevodu dedičnej držby na nového, platne vovedeného nadobúdateľa. Účasť verejnosti a scudziteľov, najmä osôb oprávnených protirečiť právnemu úkonu zástupcu kráľa alebo palatína, sa zabezpečila i písomným pozvaním dotknutých subjektov prostredníctvom pozvánok o predvolaní vystavených opätovne hodnovernými miestami⁴⁰. Na prvom mieste išlo o subjekty, ktorých pozemky susedili so štatuoanou nehnuteľnosťou, pre ktoré stredoveké právo ponechalo právo admonície, t.j. súdnu cestou nárokovať si uskutočnenie predkupného práva, resp. korekciu a vytýčenie vymeraných alebo určených hraníc. Štatučnými listinami sa zaoberali F. Eckhart a Š. Luby⁴¹ a v skrátenej podobe sumarizovali výskum

³⁸ Napríklad CDP VIII, č. 183, s. 227-228, CAC IX, č. 192, s. 273 a CAC IX, č. 271, s. 379, CAC XII, č. 111, s. 125. Význam termínu inzert, pozri kapitolu 2. Tranzumpy.

³⁹ BORSA, I.: A hiteleshelyi eljárás színhelyén készült feljegyzés. In Levéltári Közlemények, 1987, r. 58, s. 34.

⁴⁰ Dôkazom uvedeného postupu sa stala dosvedčovacia listina Spišskej kapituly z roku 1323, povolávajúca konkrétne osoby na štatúciu pozemkov, ktoré pôvodne vlastnili pozvaní Lachk, Fabián, Desew, Mikuláš a Peter, ktorí oddelili štatuoané zeme a prenechali ich druhej strane. Listina sa zachovala len v zmienke; pozri: RDSI II, č. 1057, s. 459 a tiež RDSI II, č. 1061, s. 461.

⁴¹ Bližšie in ECKHART, F.: cit. d., s. 538 – 545 a LUBY, Š.: cit. d., s. 67-71. Eckhart sa zameral

po právnej stránke. Navyše zdôraznili samostatný úkon reambulácie, ktorá sa *de facto* spájala a predchádzala štatúcii, keďže v týchto prípadoch išlo o vytyčovanie a demarkáciu hraníc darovaného pozemku, ktorý často sa vyčleňoval s väčšieho celku kráľovského domínia, v neskorších obdobiach z iných nehnuteľností (napríklad získaných konfiškáciou, odúmrt'ou späť do rúk kráľa). Š. Luby v súvislosti s reambuláciou uvádza, že „*reambulácia a erekcia byly potvrzované aj v liste štatučnom, případně i s ním dostali sa do litterae donationales, ovšem len v tom prípade, ak udelenie zeme nasledovalo až po zistení skutočného stavu, ak kráľ nemal po ruke žiadnych správ o tom, či žiadaný pozemok patrí pod jeho právo kolačné alebo nie. Tu mandatum nariaďovalo previesť štatúciu len v tom prípade, žeby sa zistila prítomnosť oného práva. K tomu mohlo dôjsť už tým, že sám župan bezpečne vedel, že jedná sa o zem udeliteľnú, takže „si ipsam (terram) sciret ... ad nostra collationem pertinere...“ mal ju hneď odovzdať, a ak o tom ničoho nevedel, bol povinný zistiť skutkový stav hraničnou reambuláciou a len „si ipsam (terram) ... inveniret ... ad nostram collationem pertinere...“; len vtedy ju mal asignovať⁴².*

Zabezpečenie právnej istoty vo veci hraníc malo veľký význam: pri donáciach i pri ďalších nadobúdacích tituloch dedičnej držby, ako aj pri rôznych majetkových sporoch, v ktorých ako tvrdí M. Váňová-Bodnárová sa „*reambulácia robila napríklad v prípade straty metačnej listiny alebo zničenia niektorej hranice, pri nespokojnosti s hranicami. V tomto prípade sa stránka obrátila na sudcu a na základe jeho príkazu hodnoverné miesto vykonalo reambuláciu hraníc majetku spolu s kráľovským človekom. Za hranice slúžili vrchy, potoky, známejšie skaly, stromy (ich názvy sú významné hlavne z hľadiska lingvistického, pretože sa zväčša zachovali v pôvodnej reči ľudu). Pri reambulácii sa popisovali chotárne značky a išli okolo celého majetku, až kým sa nevrátili na miesto, z ktorého vyšli⁴³.* Právnym dôvodom pre reambuláciu mohol byť aj interes kráľa ako donátora, ktorý príkladne

na listinnú kritiku štatučných mandátov, v ktorých nariaďovateľ (zvyčajne sám kráľ) oznamoval hodnovernému miestu, aby sa zúčastnilo úkonu štatúcie spolu s menovaným kráľovským delegátom a ako hodnoverný svedok spísalo o exekúcii štatúcie správu. Eckhartova štúdia zaznamenala aj možný spôsob výkonu vovedenia, eventuality priebehu štatúcie, buď sa štatúcia vykonala vo forme čistej štatúcie alebo niekto z prítomných odmietol uvedenie do majetku a protestoval proti nemu. Zároveň tak Eckhart aj Luby sa venovali samostatnému úkonu reambulácie, zvyčajne spojenému so štatúciou, jej náležitostiam a výkonu, prípadne aj protestu proti vytyčovaniu hraníc.

⁴² LUBY, Š.: cit. d., s. 70.

⁴³ VÁŇOVÁ-BODNÁROVÁ, M.: Činnosť Hodnoverného miesta Jasov do roku 1350. In: *Historica carpatica*, 1978, r. IX, s. 306.

v osobe Ladislava IV. požiadal Spišskú kapitolu, aby spolu s kráľovským človekom zistila a vytýčila hranice už dávnejšie darovanej nehnuteľnosti Torysa (*Tarcha*)⁴⁴, keďže, ako uvádzal panovníkov mandát, nepoznal výmeru a konkrétne mety – hraničné značky⁴⁵.

Proti štatúcii aj reambulácii (v skutočnosti proti všetkým právne záväzným rozhodnutiam stránok a úkonov kráľovského človeka) mohla dotknutá strana vzniesť protest, čiže kontradikovať – protirečiť, odporovať úkonom porušujúcim jej práva a právom chránené záujmy. Strany aj štatuenti si uvedomovali právny význam svojich úkonov, a preto v reláciach o štatúciach a reambuláciach nikdy nevynechali poznámku: „*nullo contradictore apparente, existente*“, keď príkladne v relácii Jasovského konventu a prepošta Pavla z 15. januára 1336 protestovali Blažej a Zonk, týmto úkonom zároveň zakázali štatúciu do času, kým sa celý spor nevyšetří⁴⁶.

Pozitívne uskutočnený akt štatúcie v jeho právne záväznej a bez kontradikcie vykonanej forme sa stal podkladom pre reláciu o nej a tá zasa písomným svedectvom a dôkazom pre vyhotovenie originálu donačného privilégia v zmysle právnom aj diplomatickom či základom pre následné súdne konanie. Relačné listiny o úspešnej a ničím neprerušenej štatúcii podľa Tripartita zostávali v platnosti jeden rok, ich vykonateľnosť v prospech vydania donačného privilégia, alebo využitia v neskoršom súdnom spore. Pokiaľ ich vydanie predchádzalo uskutočneniu obsahom v nich uvedenému, zachovávala sa lehota ich platnosti 60 dní od ich vydania.⁴⁷

Záver

Nedokonalý stav poznania a výskumu stredovekej listinnej praxe na Slovensku možno naplno rozvinúť aj prostredníctvom externej a internej verejnonotárskej činnosti stredovekých uhorských kvázi verejných notárov – hodnoverných miest. Nakoľko však hovoríme o formálnych, písomných prameňoch, ktoré môžu vyjadriť pôvodný obsah stredovekého slovenského

⁴⁴ Donačné privilégium bolo vydané ešte 22. marca 1288 a v ňom zrejme nebola uvedená metácia. Publikované in SZENTPÉTERY, I./BORSA, I.: Regesta regum stirpis Arpadianae critico-diplomatica I-II/2,3, Budapest: Akadémiai kiadó, 1961 (RA – II/2-3), č. 3480, s. 391.

⁴⁵ „*verum quia sibi de qualitate ambitu et cursu metarum ipsius possessionis veritas non constabat nobis dedit in mandatis*“ – DL – 68 763.

⁴⁶ „*cum eandem eidem magistro Gallo statuere voluissent, magister Blasius et Zonk a statucione prohibuissent et cum eosdem magister Gallus, quo racione prohibuissent vel quanticum possessio ipsorum Kurym a caperet requisitus fuisset.*“ , in: DL – 2979.

⁴⁷ Tripartitum I/33 § 1.

(resp. uhorského) práva a jeho dosahu pre právnu prax, sprítomňujeme vo výskume predovšetkým listinnú prax hodnoverných miest už z ich počiatkov, z 13. storočia. Pre skúmanú problematiku sa štúdiá zaoberala jedným z vydávaných právnych druhov listín – relácií hodnoverných miest.

Vo všeobecnosti z rozboru vyniká, že relácie sa od začiatku svojej existencie profilovali ako produkty externej činnosti hodnoverných miest, nadväzujúce na akt realizovaného úkonu mimo hodnoverného miesta, za súčinnosti jeho hodnoverného svedka hodnoverného miesta a kráľovského človeka. Zásadne sa vystavovali v zhode s písomným príkazom orgánov štátu či verejnej moci (najmä kráľa, palatína, krajinského sudcu), podľa znenia mandátnych listín. Mandáty vystavené formou uzavretých listín sa adresovali priamo konkrétnemu hodnovernému miestu, ktoré ako „hodnoverné svedectvo“ notifikovalo celý právny úkon vo forme relačnej listiny – správy pre vydavateľa mandátu.

Na základe zachovaných relácií, osobitne možno vyzdvihnúť úkon štatúcie, ktorý sa priradil k veľmi rozšíreným a početne vydávaným druhom listín v kanceláriách hodnoverných miest. Ako vyniká z vyššie uvedeného, prísna formalizácia stredovekého práva vyžadovala pre úkon faktického odovzdania scudzovanej nehnuteľnosti osobitný akt štatúcie – legálneho vovedenia do dedičnej držby majetkov, vyvinutý v súvisi s odovzdaním donačných majetkov (predmetu donácia) do rúk donátára. V priebehu stredovekého aj novovekého právneho vývoja, podobne ako iné uhorské inštitúty, nezmenila štatúcia svoj charakter, keďže sa označovala a ustálila podľa Tripartita I/32 za úkon legitímneho vovedenia do dedičnej držby kráľovských donácií.

Pokiaľ možno generovať prvotné fakty a pramennú bázu, štatúcii zvyčajne predchádzal právny úkon reambulácie – vymešania konkrétnych hraničných miet pozemkov. Oba konštitutívne právne akty štatúcie a reambulácie sa viazali k šľachtickým nehnuteľnostiam, k odovzdaniu dedičnej držby a jej legitimacy k šľachtickým donáciám (resp. scudzovacích úkonov) a z tohto titulu boli hodné zlistinenia. Obsah relácií (na čo poukazuje príklad záverečnej listinnej prílohy) priebehu uvedených úkonov vo vzťahu ku kráľovským donáciám svedčí len o výkone štatúcie, na základe ktorej panovník vystavil konečné donačné privilegium, alebo, ak sa proti nim kontradikovalo, riešili sa najprv vznesené protesty. Záverom sa žiadať doplniť, že tak obsiahla téma sa uvádzanou faktografiou a výsledkami ani zďaleka nevyčerpala, ba priam naopak, podporuje perspektívnu ideu nových rozširujúcich výskumov.

Zusammenfassung

Studie betrachtete sich als gewisse Einführung zur Problematik eigener Notariatstätigkeit der glaubwürdigen Orten in Ungarn im Mittelalter, und zwar zum Problem der Ausübung der königlichen (oder anderen) Mandaten auf Verlagerung der Relationen und Transumpten.

Die Relationen profilierten sich von Anfang ihrer Existenz als Produkte der externe Tätigkeit der glaubwürdigen Orte und wurden auf schriftlichen Befehl – des Mandat herausgegeben. *De facto* ging es um Nachrichten, die Herausgeber des Mandats benachrichtigten über die Handlung des verordneten Verfahrens, an dem sich der Delegat *loci credibilis* sich beteiligte.

Die Statutionsleistung sollte insbesondere hervorgehoben werden, der gewöhnlich die Reambulationshandlung vorherging, d.h. die Grundstücksausmessung. Meistens wurden sie als Relationen ausgestellt, obzwar auch eine Fassienleistung nicht selten war. Beide Akten waren an Liegenschaft der Adeligen gebunden, zur Legitimität der Übergabe vom Besitzer und deshalb wurden sie ein Gegenstand der Urkundenbeschriftung. Eine große Menge der Relationen über angeführte Verfahren von den königlichen Donationen wies auf die Statutionsleistung hin, auf Grund deren vom Herrscher ein entgeltiges Donationsprivilegium ausgestellt wurde und wenn dagegen ein Widerspruch erhoben wurde, musste zuerst dieser gelöst werden.

Als ein relevantes Fazit konnte man uns bedienen, dass unsere Ereignisse und Resultate sind nur eine Beilage zur mehrbedeutensten privatrechtlichen mittelalterlichen Themen, die sich auch für ein Grundriss für presäntiertes Thema der Statution (Introduktion) prägen können.

PRÍLOHA

Lelesský konvent na žiadosť kráľa Ladislava vydáva na žiadosť kráľa Ladislava zo 6. októbra 1287 reláciu o vykonaní reambulácie a štatúcie magistra Petra a Jakuba de Panky, ktorú vykonal Jakub de Korchwa v súčinnosti s bratom Augustínom, zástupcom konventu. Dané 27. októbra 1287.

Citované podľa: WENZEL, G.: *Codex diplomaticus Arpadianus continuatus*. Pest : Kiadja Magyar Tudományos Akadémia, 1860-1874, CAC XII, s. 465-466, č. 387.

Omnibus Christi fidelibus presentibus pariter et futuris presencium noticiam inspecturis conventus ecclesie sancte Crucis de Lelez salutem in domino sempiternam. Noverint universi, quod nos receperimus litteras

excellenstissimi principis domini Ladizlai dei gracia regis Hungarie in hunc tenorem : Ladislaus dei gracia rex Hungarie fidelibus suis convetui de Lelez salutem et gratiam. Dicunt nobis magistri Petrus et Jacobus de Panky, quod quedam possessio ipsorum Bezew vocata in comitatu d Ung existens apud ipsos habita reambulacione et metarum erreccione indigeret. Super quo fidelitati vestre fimiter precipimus, quatenus vestrum datis hominem ydoneum pro testimonio coram quo Jacobus de Korchwa, vel Gregorius filius Othman altero absente homo noster convocatis vicinis et commetaneis universis accedat ad faciem prescripte possessionis Bezew et eandem presentibus ipsis novas metas erigendo, reambulet, reambulataque et ab aliorum possessionibus separatam et distinctam statuatur eandem predictis magistris Petro et Jacobo de Panky eo iure, quo ad ipsos contradictum contradictores vero, si aliqui feurint citet ipsos contra eosdem Petrum et Jacobum de Panky in nostram presenciam ad terminum competentem et posthec seriem ipsius reamnulacionis cum cursibus metarum vel nominibus contradictorum cum termino assignato nobis fideliter rescribatis. Datum Bude in octavis festi beati Michaelis Archangeli (6. oktober) anno domini M CC octavogesimo septimo. Nos igitur mandatis ipsius domini regis cupientes satisfacere sicut tenemur, cum predicto Jacobo de Korchwa homine domini regis fratrem Agustinum transmisimus ad supradicta facienda. Qui postmodum ad nos reversi tali modo retulerunt nobis, quod ipsi in festo Undecimn millium virginum accessissent ad faciem prescripte possessionis Bezew vocate et ipsam possessionem omnibus suis vicinis convocatis et ipsis presentibus nullo contradictore apparente reambulassent, ita quod prima meta incipit ... pokračuje metácia ...et taliter mete predictae possessionis Bezew sicut homines prenominati nobis recitarunt. In cuius rei memoriam perpetuamque firmitatem presentes litteras nostras privilegiales convessimus cum pendenti sigillo nostro munimine roboratas. Datum in vigilia festum beatorum Symonis et Jude apostolorum anno supradicto.

Preklad:

Všetkým v Krista veriacim terajším aj budúim hľadiacim na túto listinu Lelesského konventu sv. Kríža večný pozdrav v Pánovi. Oboznamujeme všetkých, že sme obdržali listinu najvznešenejšieho pána Ladislava, z Božej milosti kráľa Uhorska nasledujúceho znenia:

Ladislav z Božej milosti kráľ Uhorska svojim verným konventu v Lelesi pozdrav a milosť. Magister Peter a Jakub de Panky nám oznámili, že istú zem Bežov (Bezew) v Užskej župe, nachádzajúcu sa v ich držbe, je nutné reambulovať a vymerať jej hranice (mety). V tejto veci teda pevne nariaďujeme vašej vernosti, aby ste menovali jedného z Vás, vhodného muža pre hodnoverné svedectvo, pred ktorým Jakub de Korchwa, alebo v zastúpení

Juraj, syn Othmana, ako náš človek, po zvolaní všetkých susedov pristúpi na tvári miesta k určenej zemi Bežov a za účasti všetkých zmienených vymeria a reambuluje nanovo hranice onej zeme, a po jej oddelení uvedie magistrov Petra a Jakuba de Panky podľa takeho práva, že keď by niekto proti tomu protirečil, (kráľovský človek) cituje (predvolá) všetkých protirečiacich do našej prítomnosti v určenej lehote a po vykonaní uvedeného nám verne vyhotovíte o reambulácii a vymeraní hraníc alebo menách protirečiacich s určenou lehotou na ich predvolanie listinu. Dané v Budíne na oktávu sviatku sv. Michala Archanjela (6. októbra) 1287.

My chceme zadostučiť mandátu pána kráľa, vyslali sme s určeným Jakubom de Korchwa, kráľovským človekom, brata Augustína na určenú zem vykonať horeuvedené. Následne potom, keď sa k nám obaja vrátili, takým spôsobom nám referovali (oznámili), že na sviatok 11 tisíc panien (21. októbra) prišli na miesto opísanej zeme Bežov, povolajúc tam aj všetkých susedov a za účasti všetkých prítomných bez protestu reambulovali (vymerali) jej hranice tak, že prvá hranica (meta) začína ... pokračuje metácia ... a takto nám oznámili hranice tejto zeme. Na pevnú a trvalú pamiatku tejto veci sme pripojili našu privesenú pečať na našu listinu pre trvalú platnosť a silu. Dané na vigíliu sviatku sv. Šimona a Júdu, vo vyššieuvedenom roku.

(preklad: A. Švecová)

Vzťah cirkevného práva k rímskemu právu¹

Vojtech Vladár

Synopsa: Článok sa zaoberá vývojom vzájomných vzťahov medzi dvoma právnymi systémami, ktoré môžeme označiť za fenomény a to nielen z hľadiska právnej vedy. Viacerí kánonisti sa zhodujú v názore, že cirkevné právo vzniklo postupným používaním rímskeho práva Katolíckou cirkvou. Tak ako na začiatku pomáhalo rímske právo cirkevnému právu, situácia sa zmenila na začiatku stredoveku, v súvislosti so stále silnejúcim postavením Katolíckej cirkvi v Európe. Od tej doby môžeme povedať, že cirkevné právo pomáhalo a napokon dodnes pomáha rímskemu právu a udržiava ho stále pri živote, nielen z pohľadu vedy ale z určitého uhla pohľadu taktiež z pohľadu praxe. Hlavným cieľom tohto článku je poukázať na vzájomný vzťah cirkevného práva k rímskemu právu a zároveň poskytnúť čitateľovi stručný, avšak pritom prehľadný pohľad na vývoj týchto vzťahov.

Kľúčové slová: cirkevné právo – kánonické právo – rímske právo – pramene práva – súkromné zbierky cirkevného práva – rímsko-kánonický proces – glosátori – právne reguly – korpus kánonického práva – právnické metódy – interpretácia práva – kódex kánonického práva

1 Úvod

Málokteré dva právne systémy majú k sebe tak blízko ako cirkevné právo a právo rímske a zároveň málokteré dva právne systémy, či už osobitne alebo spoločným pôsobením, tak výrazne ovplyvnili podobu dnešného moderného štátneho práva. Najmä európske (kontinentálne) právo je v mnohých ohľadoch rímskym i kánonickým právom pozitívne ovplyvnené a v niektorých odvetviach (hlavne v práve manželskom a procesnom) je možné dokonca hovoriť o priamej recepcii.² Rovnako i platné komunitárne právo Európskej únie je v nemalej miere vystavané na zásadách rímskeho a kánonického práva, čo opäť len svedčí o spoločnom kresťanskom základe európskej kultúry. Právny systém rímskeho práva spolu s právnym systémom

¹ Tento príspevok je výstupom z vedeckého projektu VEGA s názvom „*Významné pramene stredovekého práva a ich prínos pre súčasnosť*“, registrovaného pod číslom 1/0576/08.

² Rímske právo však svojou koncepciou spravodlivosti a hľadaním vždy v prvom rade zmyslu zákona a nie jeho literu ovplyvnilo aj anglo-americký právny systém a to najmä z pohľadu vytvárania systému *equity* (*law of equity*). Porov. REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo, IURA EDITION, Bratislava (2003), s. 100-102.

práva cirkevného sa tak stali **neodmysliteľnou súčasťou európskej právnej kultúry a vzdelanosti**.³

Viacerí kánonisti sa zhodnú v názore, že cirkevné právo sa postupne vyvinulo z práva rímskeho tým, že Cirkev si po niekoľko stáročí prispôbovala rímske právo účelu a potrebám svojich zriadení a organizácie, kým si nevytvorila vlastné kánonické právo.⁴ Iní učenci zase hovoria o **repcii rímskeho práva** kánonistami. Recepčia v tomto kontexte znamená, že kánonisti akceptovali rímske právo (najmä právo justiniánskeho *Corpus Iuris Canonici*) ako doplnkový prameň kánonického práva. Preto, keď kánonicko-právne pramene zlyhali v daní odpovede na nejakú otázku alebo riešenie problému, čerpali informácie a právne pravidlá z prameňov práva rímskeho.⁵ Pozrime sa teda bližšie, prostredníctvom chronologického výkladu, od obdobia vzniku cirkevného práva až po platné kánonické právo, na vývoj vzťahov medzi týmito dvoma právnymi systémami. Postupovať budeme pritom v súlade so známou schémou dejinného vývoja kánonického práva podľa právnych prameňov, ktorú použil aj kardinál Pietro Gasparri († 1934 po Kr.) vo svojom známom Predhovore ku Kódexu kánonického práva (*Praefatio ad Codex Iuris Canonici*) z roku 1917. Postupne tak prejdeme obdobím predklasického, klasického, poklasického a kodifikovaného kánonického práva a pri každom z nich poukážeme na vzájomné prepojenie cirkevného práva s právom rímskym.

2 *Ius antiquum* (obdobie predklasické)

Predklasické obdobie vývoja kánonického práva začína samotným vznikom cirkevného práva v priebehu 1. storočia po Kr. a končí vydaním Graciánovho dekrétu (*Decretum Gratiani*, okolo r. 1140 po Kr.) Vzájomné vzťahy týchto dvoch právnych systémov teda nachádzajú svoj základ už v prvom období vývoja cirkevného práva, a teda z časového hľadiska už v 1. storočí po Kr. Cirkevné právo postupne vznikalo v súvislosti s rozvojom prvotnej Cirkvi, ktorá vznikla a rozvíjala sa uprostred rozsiahlej Rímskej ríše. Tá mala už v tej dobe dokonale vypracovaný právny systém, v podobe rímskeho práva. Cirkev

³ Ak totiž kultúrou rozumieme zámerné zdokonaľovanie vonkajšieho sveta človekom, musí byť i právo jej neoddeliteľnou zložkou. Porov. BUŠEK, V.: Učebnice dejín práva cirkevného I., Všešrd, Praha (1946), s. 7.

⁴ Porov. LUBY, Š.: Dejiny súkromného práva na Slovensku, 2. vydanie, IURA EDITION, Bratislava (2002), s. 29.

⁵ Porov. BRUNDAGE, J. A.: Medieval Canon Law, Longman, London (1995), s. 60.

spočiatku kládla dôraz namiesto právnych noriem predovšetkým na normy morálneho kódexu, tak ako ich prijala v Ježišom „kázaní na hore“.⁶ Ešte ani počas apoštolskej doby, t. j. za života apoštolov a ich bezprostredných žiakov (teda približne v posledných dvoch tretinách 1. storočia po Kr.), nemôžeme v prvotnej Cirkvi *stricto sensu* hovoriť o nejakom cirkevnom, či kánonickom práve. Život kresťanov v oblasti práva bol v tomto období riadený prevažne **právnou obyčajou**.⁷ Až s rastom počtu členov Cirkvi bolo nevyhnutné začať vytvárať tiež organizačné štruktúry a nahradiť tak postupne „pneumatickú demokraciu“, v ktorej dovtedy existovala. Takto sa najneskôr v 2. storočí po Kr. presadil **monarchický episkopát**, z ktorého sa postupne vyvíjal aj primát rímskeho biskupa – Petrovho nástupcu vo vedení cirkevnej obce.⁸ Prvotná Cirkev teda kládla dôraz najmä na morálne normy, avšak postupom času s jej rozvojom v čoraz viac rozvinutú organizáciu začalo byť zrejme, že spoločenské vzťahy bude nutné upravovať tiež za pomoci noriem právnych.

Ak by sme sa pozreli na vzťah rozvíjajúceho sa cirkevného práva k právu rímskemu v období prvotnej Cirkvi, musíme skonštatovať, že **pred konštantínovským obratom** (r. 313 po Kr.) sa Cirkev stavala k rímskemu

⁶ Tzv. kázanie na hore je zachytené v Matúšovom evanjeliu (Mt 5, 1-7, 29) a v Lukášovom evanjeliu (Lk 6, 17-49). Porov. HRDINA, A.: Kanonické právo, EUROLEX BOHEMIA, Praha (2002), s. 25. Z pohľadu židovského práva, viacerí predstavení prvotnej Cirkvi ho nepovažovali za vhodný nástroj duchovného vedenia a osvietenia. Takéto rozpoltenie bolo zjavné najmä v listoch svätého Pavla, ktorých niektoré pasáže silne naznačovali, že samotný zákon nepovažoval Pavol za vhodný mechanizmus pre definovanie duchovných cieľov kresťanov. Na inom mieste ale opisuje židovské právo ako sväté, spravodlivé a dobré. Porov. Rim 7, 12 s Rim 10, 4; Gal 3, 10-13 a Kol 2, 14. Porov. BRUNDAGE, J. A.: *Medieval Canon Law*, Longman, London (1995), s. 5.

⁷ To ale neznamená, že by už vtedy neexistovali určité pravidlá správania sa (normy) pre príslušníkov Cirkvi, ktorých zachovávanie bolo sankcionované autoritou apoštolov, ako o tom svedčí okrem iného aj Druhý list apoštola Pavla Korintskej cirkevnej obci: „... *sme pripravení potrestať každú neposlušnosť, kým nebude vaša poslušnosť úplná*“. (2Kor 10, 6). Porov. HRDINA, A.: Kanonické právo, EUROLEX BOHEMIA, Praha (2002), s. 25.

⁸ Podľa niektorých autorov išlo o prvé inštitučné spojenie vo vnútri začínajúcej prvotnej Cirkvi. Porov. KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK: *Dějiny evropského kontinentálního práva*, Linde, Praha (2003), s. 99. Počas prvých storočí však môžeme štruktúru prvotnej Cirkvi vo všeobecnosti popísať ako vystavanú skôr na princípe kolegiátom, než hierarchickom. Porov. BRUNDAGE, J. A.: *Medieval Canon Law*, Longman, London (1995), s. 8. Cirkevná história uvádza ako nástupcov apoštola Petra: pápeža Lina (67-76); Anakléta (76-88), ktorý ustanovil, že nového biskupa možno vysvätiť len v prítomnosti troch už vysvätených biskupov; Evarista (97-105), ktorý nariadil, aby manželstvo bolo verejne posvätené kňazom; Alexandra I. (105-115); Sixta I. (115-125), ktorý ustanovil, že vysvätený biskup môže zaujať svoje miesto a sídlo len po schválení rímskym biskupom. Porov. VRANA, V.: *Dejiny cirkevného práva*, Univerzita P. J. Šafárika, Košice (1992), s. 21.

právu skôr rezervovane, keďže sa prirodzene cítila ohrozená rímskou štátnou mocou. Tento postoj snáď najlepšie vystihuje výrok svätého Hieronyma († 420 po Kr.) v liste Oceanovi: „*Aliud Papinianus, aliud noster Paulus docet.*“⁹ Pravda bola tiež taká, že prví kresťania očakávali predovšetkým skorý príchod Mesiáša a založenie kráľovstva Božieho na Zemi a mnohí videli v Ríme skôr dielo diabla. Na druhej strane sa ale voči štátu správali vždy lojálne a rovnako tak i voči zákonom a právnym predpisom, ktoré mohli dodržiavať bez urazenia svojho svedomia.¹⁰ Z pohľadu **súdnictva**, však bola súdna a trestná právomoc voči veriacim už v tomto období vykonávaná samotnými cirkevnými obcami. Podľa slov Ježiša Krista, zaznamenaných v Evanjeliu podľa Matúša¹¹ a na základe slov apoštola Pavla, boli totiž kresťania povinní podriaďovať sa výlučne cirkevnej súdnej právomoci a varovať sa pohanských (a teda predovšetkým rímskych) súdov. Najmä klerici museli toto nariadenie v rámci svojej disciplinárnej povinnosti prísne dodržiavať. Každá kresťanská obec na čele s biskupom tak predstavovala v oblasti súdneho systému uzavretú jednotku, pričom jej biskup, ako najvyšší pastier tohto spoločenstva, bol aj jej najvyššou súdnou autoritou. Od 3. storočia po Kr. už súdna právomoc prechádza výlučne do rúk biskupa, ktorý ju obyčajne vykonával prostredníctvom svojho biskupského tribunálu. Biskupské sudy boli v tomto období široko vyhľadávané a veriaci im poslušne dávali prednosť pred súdmi štátnymi. Cirkevné súdnictvo pritom nebolo štátom uznávané a bolo považované za ilegálne.¹² Na cirkevných súdoch boli veriaci súdení na základe cirkevno-právnych noriem, avšak kedykoľvek keď sa objavila kauza, ktorú nebolo možné vyriešiť za pomoci týchto noriem, častokrát dochádzalo

⁹ „Niečo iné učí Papinián, niečo iné náš Pavol.“ Aj neskôr sa však v predklasickom období vývoja cirkevného práva objavovali podobné názory, najmä z pohľadu obmedzovania „právnickej“ Cirkvi, v prospech Cirkvi duchovnej. Ako príklad by sme mohli spomenúť myšlienky Bernarda z Clairvaux († 1153 po Kr.), ktorý vo svojom spise „*De consideratione*“ priamo požadoval duchovno-charizmatické a nie juristicko-administratívne chápanie pápežstva i celej Cirkvi. Podľa neho má pápež predovšetkým inšpirovať, nie nariaďovať a Justiniánove zákony nesmú v Ríme vládnuť namiesto zákonov Kristových. Zdôrazňoval tiež, že pápež má byť nástupcom Krista a nie cisára Konštantína. Porov. SCHATZ, K.: *Dějiny papežského primátu, Centrum pro studium demokracie a kultury, Brno (2001)*, s. 95-96. Blížšie k tejto problematike pozri tiež: DEBIŇSKI, A.: *Kościół i prawo rzymskie*, Wydawnictwo KUL, Lublin (2007).

¹⁰ Porov. ŠPIRKO, J.: *Cirkevné dejiny*, Neografia, Martin (1943), s. 53.

¹¹ „*Keď tvoj brat zhreší, chod' a pokarhaj ho medzi štyrmi očami; ak si dá povedať, získal si svojho brata. Ak si nedá povedať, priber si ešte jedného alebo dvoch, aby ústami dvoch alebo troch svedkov bola potvrdená každá výpoveď. Ak ani ich neposlúchne, oznám to cirkvi. Ak však neposlúchne ani cirkve, nech ti je ako pohan alebo mýtnik.*“ Mt 18, 15-17.

¹² Porov. NEMEC, M.: *Štát, cirkev a právo v Rímskej ríši v prvých štyroch storočiach po Kristovi*, IURA EDITION, Bratislava (2005), s. 60-62.

k používaniu noriem (poprípade zásad) **židovského alebo rímskeho práva**. Kresťania teda napriek tomu, že rímske právo v tomto období vnímali ako právo nepriateľa, nebáli sa používať jeho normy, keďže vnímali, že vo svojej podstate je toto právo predovšetkým dobré a spravodlivé.

K zmene vnímania rímskeho štátu z pohľadu Cirkvi došlo najmä v súvislosti s vydaním **Milánskeho ediktu**¹³ v roku 313 po Kr., ktorým bola priznaná všetkým obyvateľom ríše (a teda i kresťanom) náboženská sloboda a rovnako i právo prestúpiť ku kresťanstvu. Tento edikt by sme vo všeobecnosti mohli označiť aj za dekrét potvrdzujúci slobodu svedomia a náboženského vierovyznania v Rímskej ríši. Katolícka cirkev sa na jeho základe stala tiež samostatnou právnickou osobou s právom vlastníť majetok. Kresťanstvo ako náboženstvo tak malo možnosť postupne sa presadzovať na úkor ostatných náboženstiev a v roku 380 po Kr. bolo napokon cisárom Teodóziom I. Veľkým (379-395) konštitúciou *Cunctos Populos* vyhlásené za štátne náboženstvo. Kresťanská Cirkev sa tak stala štátnou privilegovanou cirkvou a sama sa postupne stávala tiež jedným z ramien (najmä súdneho) aparátu rímskej vlády.¹⁴

Približne od 4. storočia po Kr. začínajú byť cirkevno-právne normy vo veľkej miere zbierané do **súkromných zbierok**. Keďže zostavovatelia týchto zbierok ako súkromné osoby nemali prirodzene v Cirkvi nijakú zákonodarnú právomoc, právna sila ich noriem závisela výlučne od autority zákonodarcov kánonov v tej-ktorej zbierke obsiahnutých.¹⁵ Súkromné zbierky cirkevného práva boli od začiatku charakteristické predovšetkým formálnou neprehľadnosťou, rozvláčnosťou, kauzistickým zameraním ich obsahu a vo všeobecnosti boli tiež veľmi nepraktické. Na základe týchto skromných, súkromným úsilím spracovaných zbierok, ktoré boli dosť nespoľahlivé,

¹³ Milánsky edikt je ale „ediktom“ nazývaným nesprávne. V skutočnosti totiž išlo o reskript, ktorý predstavoval nariadenie vo forme „obežníku“ pre všetkých miestodržiteľov rímskych provincií (prokonzulov). Uvádza ho Laktancius (De mort. 48) a Eusebius (X, 5, 2), avšak len v redakcii, ktorú dostal v dekrete Licinius (308-325) pre Východ, po víťazstve nad Maximinom (310-313). Porov. ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny, Neografia, Martin (1943), s. 59. Na druhej strane ale v prípade reskriptu išlo obyčajne o odpoveď na určitý podnet, v záujme vyriešenia nejakého problému, s ktorým sa podriadený úradník obracal na cisára. Samotný text ale túto skutočnosť vôbec nepotvrdzuje. Zo slov v úvode totiž jednoznačne vyplýva, že dokument bol vydaný panovníkmi Konštantínom I. Veľkým (306-337) a Liciniom skôr z ich vlastnej iniciatívy. Porov. NEMEC, M.: Štát, cirkev a právo v Rímskej ríši v prvých štyroch storočiach po Kristovi, IURA EDITION, Bratislava (2005), s. 47.

¹⁴ VRANA, V.: Dejiny cirkevného práva, Univerzita P. J. Šafárika, Košice (1992), s. 23.

¹⁵ Porov. SOMERVILLE, R./BRASINGTON, B. C.: Prefaces to Canon Law Books in Latin Christianity, Yale University Press, London (1998), s. 13-14.

nebolo možné riadiť rýchlo rozvíjajúcu sa svetovú organizáciu Cirkvi v toľkých právnych odvetviach bezchybne. Preto aj v tomto období slúžil cirkevným úradom zákonník Rímskej ríše **za právo výpomocné**, ktoré sa používalo kedykoľvek, v prípade neexistencie cirkevno-právnych noriem.¹⁶ Normy rímskeho práva tak prostredníctvom ich používania ako faktického subsidiárneho prameňa práva, skutočne impozantným spôsobom vplývali na vývoj práva cirkevného.¹⁷

V súvislosti s dejinným vývojom Rímskej ríše, po jej rozdelení na západnú a východnú časť (r. 395 po Kr.) a najmä po zániku jej západnej časti (r. 476 po Kr.), vplývalo rímske právo na Cirkev a duchovenstvo vo všeobecnosti **v dvojakom smere**: jednako, že rímski cisári vydali značný počet predpisov na úpravu cirkevných pomerov¹⁸ a tiež, že v germánskych ríšach bola prijatá zásada, že súkromné pomery, do ktorých Cirkev vstupuje ako celok alebo jej jednotliví členovia stavu duchovného, sú posudzované podľa zásad vyslovených právom rímskym.¹⁹

Na základe postupného presadzovania sa kresťanstva na úkor ostatných náboženstiev v Rímskej ríši a najmä po jeho vyhlásení za štátne náboženstvo v roku 380 po Kr., súbor rímskeho práva už od cisára Konštantína I. Veľkého (306-337), najvýraznejšie však od cisára Justiniána I. (527-565), upravoval spoločenské vzťahy občianskeho života, ktorý bol postupom času stále viac spätý so životom náboženským. Kým Konštantín I. Veľký v Milánskom edikte (r. 313 po Kr.) nezakazoval vyznávanie ostatných náboženstiev v Rímskej ríši, za Justiniána I.²⁰ už bolo vyznávanie pohanského kultu posudzované ako trestný čin.²¹ Cisár Justinián I. je tak považovaný za predstaviteľa vrcholného **východného césaropapizmu**, ktorý sa postupne presadil po

¹⁶ PEJŠKA, J.: Cirkevní právo I. (Ústavní právo církevní), Nákladem vlastním, Semily (1932), s. 22.

¹⁷ Porov. Predhovor ku Kódexu kánonického práva z roku 1917 od Pietra Gasparriho.

¹⁸ Porov. MICHAL, J.: Dějiny pramenů poznání kanonického práva s přihlédnutím k dějinám práva římského, Ústřední církevní nakladatelství, Praha (1967), s. 62.

¹⁹ KASAN, J.: Prameny církevního práva (Dějinný vývoj), Katedra historicko-právní na římskokatolické cyrilometodějské bohoslovecké fakultě, Praha (1952), s. 18.

²⁰ Cisár Justinián I. (527-565) sám seba považoval za predstaviteľa Cirkvi a neúnavne vždy vystupoval vo svojom zákonodarstve proti heretikom, Židom a pohanom. Všetkých poddaných sa tiež pokúšal obrátiť na pravú vieru. Porov. MORDEL, Š.: Patrológia, Nadácia Kňazského seminára biskupa Jána Vojaššáka, Spišské Podhradie (2004), s. 246.

²¹ Za jeho panovania boli tiež medzi trestné činy *crimen maiestatis* (urážka majestátu, velezrada) zaradené aj náboženské trestné činy ako teologické dišputy rušiace verejný pokoj, či prestup od kresťanstva k židovstvu. Porov. KINCL, J./URFUS, V./SKŘEJPEK, M.: Římské právo, C. H. Beck, Praha (1995), s. 339.

rozpade Rímskej ríše v jej východnej časti (Byzantská ríša)²². Byzantský cisár tak vládol Cirkvi rovnako ako štátu. Bol súčasne cisárom i „pápežom“, podľa zásady „*Caesar est Papa*“.²³ Normy štátneho práva mali v tomto období preto prevažne občiansko-náboženský charakter, čo sa odzrkadlilo vo východných zbierkach, ktoré predstavovali poväčšine **kombináciu svetského práva s právom cirkevným**.²⁴ Práve v týchto zbierkach je teda najviac zreteľné vzájomné prepojenie a ovplyvňovanie sa rímskeho práva a práva cirkevného.

Z pohľadu Západorímskej ríše a neskôr tiež na jej území vznikajúcich germánskych ríš platila už spomínaná zásada, že súkromné pomery, do ktorých Cirkev vstupuje ako celok alebo jej jednotliví duchovní, sú posudzované **podľa rímskeho práva**. Naozaj teda platilo známe úslovie „*Ecclesia vivit iure romano*“ a „*ius romanum est principium et complementum iuris canonici*“.²⁵

²² Byzanc bolo meno pôvodného starogréckeho mestečka na Bospore, z ktorého cisár Konštantín I. Veľký (306-337) vybudoval svoju rezidenciu. Tá sa po ňom potom nazývala ako Konštantínopol (tiež ako Carihrad, dnešný Istanbul). Obyvatelia východorímskych území hovorili síce gréckym jazykom, ale samých seba nazývali ako „romai“ (Rimania). Porov. OBERMEIER, S.: Mezi touhou po moci a zbožností, Brána, Praha (2005), s. 128.

²³ Cisár bol absolútnym vládcom, ktorý mal rozsiahle právomoci. Bol vrchným vojenským veliteľom, najvyšším sudcom, výlučným zákonodarcom i hlavou Cirkvi. Navrhoval napríklad biskupov na vymenovanie a vykonával tiež ich investitúru, vydával normy náboženskej povahy, zvolával cirkevné snemy, viedol ich zasadania, potvrdzoval ich kánony, zasahoval do vieroučných sporov a ako odborný znalec dokonca formuloval vieroučné dogmy. Byzantskí cisári pokladali za svoju povinnosť brániť Cirkev, postihovať kacírstvo a šíriť ortodoxnú vieru. Porov. VLČEK, E./SCHELLE, K.: Právní dějiny 3. Státy střední a východní Evropy, Masarykova univerzita, Brno (1998), s. 15. Cisár Justinián I. (527-565) napríklad poslal do vyhnanstva patriarchu Eustachia, pretože nechcel uznať dogmu o neporušenosti Kristovho tela. Porov. KIZLINK, K.: Právo Velké Moravy, [in:] Právnícké štúdie 3, XVII, Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, Bratislava (1969), s. 461.

²⁴ Zbierky, ktoré boli v tomto období cisármi vydávané, môžeme preto označiť aj ako byzantské štátno-cirkevné zbierky, keďže v Byzantskej ríši cirkevné predpisy nadobúdali záväznosť až po cisárovom schválení (*hiera pro taxis*). Porov. KIZLINK, K.: Právo Velké Moravy, [in:] Právnícké štúdie 3, XVII, Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, Bratislava (1969), s. 435. Aj súkromné zbierky tohto obdobia boli v Byzantskej ríši zostavované obdobným spôsobom, najčastejšie ako nomokánony a teda ako prehľady cirkevného a svetského práva. V nomokánonoch tak boli cisárske zákony vo veciach cirkevných spájané v príslušných rubrikách s kánonomi cirkevnými (*sunadonta nomina*), pojednávajúcimi o tých istých záležitostiach. BUŠEK, V.: Učebnice dějin práva církevního I., Všehrd, Praha (1946), s. 62. Povaha byzantského cirkevného i občianskeho života si napokon jednoznačne vyžadovala existenciu takýchto zbierok. Porov. MICHAL, J.: Dějiny pramenů poznání kanonického práva s přihlédnutím k dějinám práva římského, Ústřední církevní nakladatelství, Praha (1967), s. 20.

²⁵ „Cirkev žije rímskym právom“ a „rímske právo je základom a doplnkom práva kánonického.“ Porov. REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo, MANZ, Bratislava (1997), s. 78.

Prvú z vyššie uvedených zásad nachádzame uvedenú v zbierke platnej na území Franskej ríše s názvom *Lex Ribuaria*, ktorá vznikla v rozmedzí rokov 511 až 534 po Kr.²⁶ Tento zákonník, podobne ako ďalšie zákonníky platné v tomto období na kresťanskom Západe, mali svoj základ najmä v barbarských zákonníkoch, ktoré vychádzali z pôvodného rímskeho práva, avšak prispôbené potrebám barbarských národov. Aj v prípade rozvíjajúceho sa **západného césaropapizmu** tak dochádza ku spájaniu cirkevno-právnych noriem s normami svetského práva, ovplyvnených právom rímskym.²⁷ Duch rímskeho štátu s dokonale vypracovaným právnym aparátom teda vtlača výraznú pečať aj cirkevnému právu na Západe.²⁸

Ak by sme sa bližšie pozreli na konkrétne odvetvia kánonického práva, ktoré boli najviac v predklasickom období rímskym právom ovplyvnené, museli by sme spomenúť najmä kánonické procesné právo. Cirkev totiž veľmi často siahala po rímskom práve najmä v situáciách, keď boli cirkevným súdom prikazované na rozhodnutie spory občiansko-právne.²⁹ Postupne sa takýmto spôsobom vytvoril tzv. „**rímsko-kánonický proces**“, ktorý sa stal dominantným najmä v období stredoveku.³⁰ Ten svojou dokonalosťou a precíznosťou značne ovplyvnil podobu procesného práva takmer všetkých kontinentálnych právnych systémov. Treba ale tiež podotknúť, že Cirkev

²⁶ MICHAL, J.: Dějiny pramenů poznání kanonického práva s přihlédnutím k dějinám práva římského, Ústřední církevní nakladatelství, Praha (1967), s. 27. Toto úslovie je v tomto zákonníku vyjadrené spôsobom „... *secundum legem Romanam, qua ecclesia vivit.*“ („... podľa rímskeho práva, ktorým cirkev žije.“). Porov. URFUS, V.: Historické základy novodobého práva súkromného, C. H. Beck, Praha (2001), s. 23.

²⁷ Ako príklad by sme mohli spomenúť najmä gótskych kráľov, ktorí mali časté tendencie upravovať cirkevné záležitosti podľa vlastnej vôle. Z pohľadu prameňov by sme mohli zase spomenúť kapitulárie franských kráľov (najmä od Karola Veľkého; 768-814), ktoré sú najlepším príkladom na poukázanie na úpravu cirkevných záležitostí prostredníctvom svetského zákonodarstva. Cirkevní predstavení boli spomínanými panovníkmi napokon tiež celkom bežne používaní na plnenie úloh štátnej správy. Porov. KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK: Dějiny evropského kontinentálního práva, Linde, Praha (2003), s. 134.

²⁸ Porov. KRAJČI, J.: Historické pramene a všeobecné normy cirkevného práva, UMB PF, Banská Bystrica (1997), s. 46. Pozitívne k tomuto javu prispievali tiež pápeži, ktorých moc začala približne od 5. storočia po Kr. prudko narastať. Rímski biskupi mali skutočný záujem na tom, aby sa rímske právo v novopravenej podobe vrátilo znovu tam, kde rímske dejiny začali. Ako príklad môžeme spomenúť požiadavku pápeža Vigilia (537-555), ktorý sa v roku 554 po Kr. obrátil na cisára Justiniana I. (527-565) so žiadosťou o zavedenie justiniánskej kodifikácie v Itálii. Porov. URFUS, V.: Historické základy novodobého práva súkromného, C. H. Beck, Praha (2001), s. 12.

²⁹ Porov. HRDINA, A.: Kanonické právo, EUROLEX BOHEMIA, Praha (2002), s. 36.

³⁰ Porov. URFUS, V.: Historické základy novodobého práva súkromného, C. H. Beck, Praha (2001), s. 24.

rímske právo v tomto období nielen preberala ale naň svojím spôsobom aj **vplývala**.³¹ Vďaka tomu začalo cirkevné právo stúpať nielen ako dôležitý

³¹ Túto skutočnosť je možné jasne vidieť v dvoch konštitúciách cisára Justiniána I. (527-565), týkajúcich sa Digest (r. 533). Prvá konštitúcia s názvom „*Deo Auctore*“ hovorí o koncepcii Digest a uvádza: „*Deo auctore nostrum gubernante imperium, quod nobis a coelesti maiestate traditum est, et bella feliciter peragimus et pacem decoramus et statum rei publicae sustentamus: et ita nostros animos ad dei omnipotentis erigimus adiutorium, ut neque armis confidamus neque nostris militibus neque bellorum ducibus, vel nostro ingenio sed omnem spem ad solam referamus summae providentiam trinitatis: unde et mundi totius elementa processerunt et eorum dispositio in orbem terrarum producta est.*“ („S Božou podporou ochraňujúcou našu ríšu, zverenú nám Božským majestátom, sme úspešne ukončili vojny, slávne sme sa vrátili do mierových čias a v tomto stave sme štát aj udržali. Naša dôvera, ktorú máme v Boha Všemohúceho, je taká veľká, že sa nespoliehame ani na silu našich zbraní, ani na udatnosť našich vojakov, či veliteľov, ba ani na naše vlastné schopnosti, ale všetku svoju nádej vkladáme do Najsvätejšej Trojice, od ktorej pochádzajú základy celého sveta a v ňom je vytvorený na zemeguli zmysluplný poriadok.“). V druhej konštitúcii s názvom „*Tanta*“, ktorá bola vydaná pri príležitosti publikácie Digest sa píše: „*Namque hoc caelestis quidem providentiae peculiare fuit, humanae vero inbecillitati nullo modo possibile nos itaque more solito ad immortalitatis respeximus praesidium, et summo numine invocato deum auctorem et totius operis praesulem fieri optavimus, et omne studium Triboniano viro excelso magistro officiorum et ex quaestore sacri nostri palatii et ex consule credidimus eique omne ministerium huiusmodi ordinationis imposuimus, et ipse una cum aliis illustribus et prudentissimis viris nostrum desiderium adimpleret, nostra quoque maiestas semper investigando et perscrutando ea quae ab his componebantur, quidquid dubium et incertum inveniebatur, hoc numine caelesti erecta emendabat et in competentem formam redigebat. Omnia igitur confecta sunt domino et deo nostro Ihesu Christo possibilitatem am nobis quam nostrim in hoc satellitibus praestante.*“ („Pretože takéto dielo bolo vyhradené iba pre Božiu prozreteľnosť a v žiadnom prípade nie pre ľudskú slabosť. A tak sme podľa zaužívanej obyčaje vzhľadli k ochrane nesmrteľného Boha a po vzývaní Božskej moci Najvyššieho sme si želali, aby sa sám Boh stal pôvodcom a patrónom celého diela a všetko vedecké úsilie sme zverili Triboniónovi, vznešenému mužovi, nášmu kancelárovi a niekdajšiemu kvestorovi nášho posvätného paláca a bývalému konzulovi a takisto sme mu uložili i všetku prácu spojenú s týmto novým usporiadaním tak, aby on sám spolu s ostatnými váženými právnyimi znalcami plnil naše želanie. A aj náš majestáť, posilnený touto Božskou mocou, opravoval a uvádzal do náležitej formy všetko to, čo sa našlo sporné a nejasné pri ustavičnom skúmaní a prezeraní všetkého, čo znalci usporiadali. Všetko sa teda vykonalo, keďže nám, tak ako aj našim pomocníkom na to poskytol možnosť náš Pán a Boh Ježiš Kristus.“) Je teda skutočne zrejmé, že samotné rímske právo v justiniánskej kodifikácii bolo usporiadané v kresťanskom duchu. Cirkevné právo tak začalo mať svoju oporu i v práve štátnom. Rovnako dobre môžeme túto skutočnosť vidieť aj v prvej knihe *Codex Repetitae Praelectionis* (r. 534), kde sa priamo v prvom titule nachádza konštitúcia „*Cunctos Populos*“ cisára Teodózia I. Veľkého (379-395), ktorá uvádza: „*Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari, quam divinum petrum apostulum tradidisse romanis religio usque ad nunc ab ipso insinuata declarat quamque pontificem damasum sequi claret et petrum alexandriae episcopum virum apostolicae sanctitatis, hoc est ut secundum apostolicam disciplinam evangelicamque doctrinam patris et*

prvok kresťanského náboženského života, ale tiež ako autonómny právny systém doplnujúci právny systém neskorej rímskej vlády.³²

2.1 Pramene práva

2.1.1 Pramene rímskeho práva

Keby sme mali vymenovať pramene rímskeho práva, ktoré sa najviac podieľali na zdokonaľovaní kánonického práva v predklasickom období jeho vývoja, museli by sme spomenúť najmä:

- **Codex Theodosianus** cisára Teodózia II. (408-450) a Valentiana III. (425-455) z roku 438 po Kr. (vrátane noviel z roku 447 po Kr.), ktorý upravil štátne právo podľa kresťanských zásad.³³ Pozostáva zo 16 kníh a cirkevnému právu sa priamo venuje kniha posledná.³⁴ Ostatné knihy obsahujú ale tiež viaceré štátno-cirkevné predpisy týkajúce sa manželského a trestného práva.³⁵ Tento zákonník sa po zániku západnej časti rímskeho impéria v roku 476 po Kr., v súlade s už spomínaným princípom personalita práva, stal osobným právom rímskeho obyvateľstva, a teda aj Cirkvi na Západe (najmä vo Franskej ríši).³⁶ Neskôr bol transformovaný i mimo Itáliu do rímskych barbarských zákonníkov.³⁷

filii et spiritus sancti unam deitatem sub pari maiestate et sub pia trinitate credamus. Hanc legem sequentes Christianorum catholicorum nomen iubemus amplecti, reliquos vero dementes vesanosque iudicantes, haeretici dogmatis infamiam sustinere, divina primum vindicta, post etiam motus nostri, quem ex caelistic arbitrio sumpserimus, ultione plectendos. („Chceme, aby všetci ľudia, ktorí žijú pod našou milovanou vládou, vyznávali tú vieru, ktorú svätý apoštol Peter, ako vieru ním samotným zjavenú až po naše dni hlásanú, odovzdal Rimanom a ktorú nasledujú taktiež pápež Damas a Peter, biskup alexandrijský, muž apoštolskej svätosti; to jest, aby sme podľa apoštolských zásad a evanjeliového učenia verili v jediné Božstvo Otca a Syna a Ducha Svätého, vznešenosťou rovných a posvätné trojjediných. Tých, ktorí nasledujú tento zákon, prikazujeme nazývať katolíckymi kresťanmi, tých ostatných však, ktorých považujeme za šialencov a zlostníkov, (prikazujeme) trestať ako necnostných vyznávačov kacírského učenia: postihne ich predovšetkým trest Boží, potom ale i pomsta, ku ktorej prijmeme podnet z nebeského rozhodnutia.“)

³² POROV, BRUNDAGE, J. A.: *Medieval Canon Law*, Longman, London (1995), s. 17.

³³ PEJŠKA, J.: *Církevné právo I. (Ústavné právo cirkevné)*, nákladem vlastním, Semily (1932), s. 22.

³⁴ BARTOŠEK, M.: *Encyklopedie římského práva*, Academia, Praha (1994), s. 62.

³⁵ POROV, MICHAL, J.: *Dějiny pramenů poznání kanonického práva s přihlédnutím k dějinám práva římského*, Ústřední církevní nakladatelství, Praha (1967), s. 18.

³⁶ POROV, MICHAL, J.: *Dějiny pramenů poznání kanonického práva s přihlédnutím k dějinám práva římského*, Ústřední církevní nakladatelství, Praha (1967), s. 19.

³⁷ HRDINA, A.: *Kanonické právo*, EUROLEX BOHEMIA, Praha (2002), s. 29.

- **Justiniánska kodifikácia** z rokov 528-534 po Kr.,³⁸ ktorá ako celok v Itálii nahradila Teodoziánsky kódex až do normanskej okupácie južnej Itálie a do vydania Longobardského zákonníka v severnej Itálii. V Justiniánovom Kódexe sú uložené mnohé predpisy cirkevno-právneho obsahu, rovnako ako v zákonoch, ktoré vyšli po r. 534 po Kr. v tzv. „Novelách“ (*Novellae*). Tieto sa zachovali najmä v súkromných zbierkach ako *Epitome Juliani* (zbierka 124 noviel), *Authenticum* (*Liber Authenticorum*; zbierka 134 noviel) a zbierka 168 noviel v gréckom texte z konca 6. storočia po Kr.³⁹

Keďže z rímskeho práva podstatným spôsobom vychádzali, môžeme v podstate k prameňom rímskeho práva, ktoré ovplyvňovali právo kánonické, zaradiť aj tzv. „*leges Romanae barbarorum*“, t. j. rímske barbarské zákonníky.

Medzi najvýznamnejšie z nich patrili:

- ***Edictum Theodorici***, ktorý vznikol v Itálii okolo roku 460 po Kr. za dočasnej vlády Ostrogótov pod vplyvom teodoziánskeho práva. Vydaný bol Theodorichom II. (453-466) a platil pre Rimanov a Vizigótov.⁴⁰ Tento zákonník bol neskôr (r. 554 po Kr.) nahradený justiniánskym právom.
- ***Lex Romana Wisigothorum***, t. j. Alarichov breviár (*Breviarium Alaricianum*) z roku 506 po Kr., ktorý bol vydaný na príkaz Alaricha II. (484-507). Spísaný bol v ariánskom duchu a určený pôvodne pre rímske obyvateľstvo Vizigótskej ríše (Španielsko, južná Galia). Rozšíril sa však i mimo túto ríšu (najmä do ríše Franskej).⁴¹ Obsahuje vo voľnom slede výňatky zo starších diel (*Codex Theodosianus*, *Epitome Gai*, *Sententiae Pauli* atď.), ktoré sprevádza *interpretatio* zhrňujúce alebo vykladajúce

³⁸ Justiniánske právo bolo kodifikované v r. 529 v *Codex Iuris Civilis* (pôvodne ako *Codex Justinianus*), ktorý vyšiel v r. 534 v novej redakcii pod názvom *Codex Repetitae Praelectionis*. V r. 533 boli vydané *Digesta* (*Pandectae*), t. j. zbierka 50 kníh výňatkov zo spisov slávnych starších juristov, ktorí mali tzv. „*ius respondendi*“. V r. 533 vyšli Inštitúcie (*Institutiones*, *Elementa*), ktoré predstavovali oficiálnu učebnicu rímskeho práva o 4 knihách. Porov. BUŠEK, V.: Učebnice dejín práva cirkevného I., Všehrd, Praha (1946), s. 61. Tri zbierky pochádzajúce z justiniánskej kodifikácie (*Codex*, *Digesta* a *Institutiones*) platili ako jedno dielo a od 16. storočia nesú názov *Corpus Iuris Civilis* (*Corpus Iuris Iustiniani*). Porov. REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo, IURA EDITION, Bratislava (2003), s. 90. Samotný Justinián však svoju kodifikáciu pôvodne skromne nazýval ako „*tria volumina*“. Porov. HRDINA, A.: Kanonické právo, EUROLEX BOHEMIA, Praha (2002), s. 45.

³⁹ Porov. BUŠEK, V.: Učebnice dejín práva cirkevného I., Všehrd, Praha (1946), s. 61.

⁴⁰ Porov. BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva, Academia, Praha (1994), s. 100.

⁴¹ BUŠEK, V.: Učebnice dejín práva cirkevného I., Všehrd, Praha (1946), s. 58.

daný text. V Európe platil až do 12. storočia po Kr., kedy úplne prevládol *Corpus Iuris Civilis*.⁴²

- ***Lex Romana Burgundionum*** z roku 506 po Kr. vydaný na príkaz kráľa Gundobada (473-516), určený pre rímske burgundské obyvateľstvo. Tento bol neskôr z používania úplne vytlačený Alarichovým breviárom.

2.1.2 Pramene cirkevného práva

Aj keď niektoré pravidlá rímskeho práva bola nútená Cirkev pre cirkevné právo zavrhnúť (*lex reprobata*), mnohé jeho zásady a normy prijala za svoje (*lex canonizata*). Vo všeobecnosti však Cirkev používala iné než svoje pravidlá len pokiaľ nemala vlastné právne normy.⁴³ Detaily preberania jednotlivých rímsko-právnych noriem do cirkevného práva sú dosť zahmlené a informácie, ktoré prežili, nám ani dnes nedávajú jasný obraz.⁴⁴ Pečať rímskeho práva však môžeme zreteľne vidieť v obsahovej i formálnej stránke viacerých prameňov východného i západného cirkevného práva.⁴⁵ Pozrime sa teda bližšie na pramene cirkevného práva, ktoré boli najviac ovplyvnené rímskym právom v predklasickom období. Keďže jednoznačne najrozšírenejším a v praxi najpoužívanejším prameňom boli v tomto období **súkromné zbierky**, pozrieme sa najskôr na zbierky platné na kresťanskom Východe (súkromné i cisárske) a potom na zbierky platné na kresťanskom Západe (výlučne súkromné).

2.1.2.1 Východné zbierky

Východné zbierky cirkevného práva boli rímskym právom ovplyvnené najmä z dôvodu už spomínaného prepojenia štátneho života so životom náboženským. Na tomto mieste uvedieme aspoň niekoľko významných cirkevno-právnych zbierok, v ktorých sú vplyvy rímskeho práva najzreteľnejšie. Ako prvú spomenieme zbierku zostavenú neznámym autorom pod názvom ***Collectio Sexaginta (LX) Titulorum***, približne okolo roku 535 po Kr. Ide o systematickú kompiláciu, zostavenú na spôsob justiniánskych zbierok, ktorá obsahuje vedľa seba usporiadané normy práva cirkevného a práva štátneho. Ku

⁴² Porov. BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva, Academia, Praha (1994), s. 168.

⁴³ Cirkev prebrala najmä mnohé normy zvykového práva, podmienky premlčania práv, zmluvné právo atď. Porov. PEJŠKA, J.: Církevní právo I. (Ústavní právo církevní), nákladem vlastním, Semily (1932), s. 23.

⁴⁴ Porov. BRUNDAGE, J. A.: Medieval Canon Law, Longman, London (1995), s. 12.

⁴⁵ Toto je celkom zrejmé najmä z pohľadu členenia jednotlivých zbierok cirkevného práva, či z usporiadania jednotlivých kánonov v nich obsiahnutých. Autori viacerých cirkevno-právnych prameňov sa častokrát priamo držali koncepcií použitých zostavovateľmi najdôležitejších prameňov rímskeho práva.

každému cirkevnému kánonu je tak pripojený zodpovedajúci civilno-právny predpis.⁴⁶ Táto zbierka sa však ako celok nezachovala a zachovala sa z nej len pripojená *Collectio Viginti Quienque (XXV) Capitolorum*, ktorá predstavuje výťah z konštitúcií cisára Justiniana I. (527-565).⁴⁷

Ako ďalší príklad spomenieme zbierku konštantínopolského patriarchu Jána Scholastika (Joannes Scholasticus, † 577 po Kr.). Nesie názov *Collectio Quinquaginta (L) Titulorum* (*Synagogé Eis Pentékonta Titulus Diremené*) a pochádza z obdobia rokov 540 až 550 po Kr. Autor v nej (podľa vzoru justiniánskych Digest) do 50 titulov systematicky usporiadal 85 apoštolských kánonov, kánony 10 východných koncilov a synod a 68 kánonov svätého Bazila († 379 po Kr.) (*Synagogé Kanonón, Concordia Canonum*). Neskôr zostavil v 87 kapitolách cisárske konštitúcie, týkajúce sa cirkevných záležitostí (z Justiniánových Noviel) a pridal ich približne v roku 570 po Kr. k tejto kompilácii ako dodatok, pod názvom *LXXXVII (Octoginta septem) Capitula Ioannis Scholastici (Collectio Capitolorum)*. Tieto kapitoly boli charakteristické predovšetkým značným miešaním sa do biskupských práv.⁴⁸

Na základe ďalšieho prameňa východného cirkevného práva – právnej zbierky s názvom *Ekloga*, bol na Veľkej Morave vierozvestcom Konštantínom († r. 869) zostavený zákonník *Zákon súdnyj ljudem* (Súdny zákonník pre laikov).⁴⁹ *Ekloga* predstavovala pomerne rozsiahly zákonník o 17 tituloch pochádzajúci z Byzantskej ríše. Zostavený bol približne okolo roku 750 po Kr. na príkaz cisára Leva III. Izaurského (717-741). Určený bol predovšetkým na pomoc súdnej praxi a jeho základom bola justiniánska kodifikácia s úpravami, odvodenými z byzantského obyčajového práva.⁵⁰

Ako posledný príklad spomenieme **Baziliky Leva VI.** (*Basiliká Nómína*). V tomto prípade ide o cisársku zbierku Leva VI. (886-912), ktorá sa zaoberala

⁴⁶ MRKÝVKA, P./VESELÁ, R.: Vybrané otázky z dejín kanonického práva, Masarykova univerzita, Brno (1992), s. 30.

⁴⁷ Porov. KASAN, J.: Prameny cirkevného práva (Dějinný vývoj), Katedra historicko-právni na Římskokatolické Cyrilometodějské bohoslovecké fakultě, Praha (1952), s. 11.

⁴⁸ Porov. MICHAL, J.: Dějiny pramenů poznání kanonického práva s přihlédnutím k dějinám práva římského, Ústřední církevní nakladatelství, Praha (1967), s. 13. Po smrti Jána Scholastika († 577 po Kr.) boli jeho zbierky koncom 6. alebo začiatkom 7. storočia po Kr. neznámym autorom doplnené a spojené v jedno dielo, obsahujúce zákonodarstvo cirkevné (*kanónes*) ako aj štátno-cirkevné (*nómoi*). Na základe tohto spojenia vznikol Nomokánon Jána Scholastika, ktorý Konštantín s Metodom priniesli na Veľkú Moravu (r. 863 po Kr.) a preložili z gréckeho originálu do staroslovienciny. Porov. HRDINA, A.: Kanonické právo, EUROLEX BOHEMIA, Praha (2002), s. 31.

⁴⁹ Porov. KRAJČI, J.: Historické pramene a všeobecné normy cirkevného práva, UMB PF, Banská Bystrica (1997), s. 18-19.

⁵⁰ Porov. BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva, Academia, Praha (1994), s. 100.

nielen svetským právom ale tiež náboženskou vieroukou a cirkevným právom. Pozostáva zo 60 kníh⁵¹ a pochádza približne z obdobia rokov 888-889 po Kr.⁵² Každá z jej kníh začína citáciou úryvku z justiniánskych Digest, ktorý sa týka obsahu danej knihy. Po ňom už nasledujú súvisiace ustanovenia z Inštitúcií, Kódexu, justiniánskych Noviel a zbierky *Procheiron*⁵³, podľa potreby niekedy pozmenené alebo doplnené komentárom. Táto zbierka teda rozsiahlym spôsobom vychádzala z justiniánskej kodifikácie a v platnosti zostala až do zániku Byzantskej ríše (r. 1453 po Kr.).⁵⁴

2.1.2.2 Západné zbierky

Zo západných zbierok tohto obdobia, ktoré boli najviac ovplyvnené rímskym právom, sa pozrieme najskôr na **zbierky africké**. Rímsko-právne vplyvy nachádzame predovšetkým v zbierke kartáginského diakona Fulgentia Ferranda († okolo r. 546 po Kr.) s názvom *Breaviatio Canonum*, pochádzajúcou zo začiatku 6. storočia po Kr., ktorá bola rozsiahle ovplyvnená najmä justiniánskou kodifikáciou.⁵⁵

Ako ďalší príklad spomenieme skupinu **predgraciánskych** zbierok, ktoré vo všeobecnosti obsahovali veľké množstvo výňatkov z rímskeho práva v súvislosti s tým, ako boli približne od cisára Ota I. (962-973) cirkevným súdom na rozhodnutia prikazované tiež rôzne súkromné kauzy, vyžadujúce znalosti práva civilného.⁵⁶ Autorov jednej zo skupín predgraciánskych

⁵¹ Porov. VOJÁČEK, L.: Dejiny verejného práva v Európe s dodatkom Vývin verejného práva v USA, Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, Bratislava (2004), s. 134. V prípade tejto zbierky však nešlo len o jednoduchý preklad latinských textov do gréčtiny. Do jej textu boli tiež začlenené niektoré staré grécke preklady, boli vykonané ďalšie úpravy a niekde tiež pripojené rôzne komentáre. VLČEK, E./SCHELLE, K.: Právní dějiny 3. Státy střední a východní Evropy, Masarykova univerzita, Brno (1998), s. 17.

⁵² Porov. VOJÁČEK, L.: Dejiny verejného práva v Európe s dodatkom Vývin verejného práva v USA, Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, Bratislava (2004), s. 133.

⁵³ *Procheiron* (*Procheiros Nomos*) predstavoval obľúbenú príručku o 40 tituloch, zostavenú pre potreby súdov v Byzantskej ríši. Pochádza z obdobia rokov 870-879 po Kr. a vydaný bol cisárom Bazilom I. (867-886). Obsahoval predovšetkým odpovede na aktuálne právne otázky z oblasti trestného, procesného, občianskeho i cirkevného práva. Porov. VOJÁČEK, L.: Dejiny verejného práva v Európe s dodatkom Vývin verejného práva v USA, Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, Bratislava (2004), s. 133.

⁵⁴ VLČEK, E./SCHELLE, K.: Právní dějiny 3. Státy střední a východní Evropy, Masarykova univerzita, Brno (1998), s. 17.

⁵⁵ Porov. MICHAL, J.: Stručný přehled vývoje kanonického práva do r. 1917, [in:] Teologické studie, Litera slovem oživená, Sborník semináře v Hradci Králové r. 1984, Česká katolická Charita, Praha (1985), s. 20.

⁵⁶ Porov. HRDINA, A.: Kanonické právo, EUROLEX BOHEMIA, Praha (2002), s. 36.

zbierok (**predgregoriánskych zbierok**) by sme mohli podľa pokusov o riešenie problému reformy v Cirkvi (9.-11. storočie po Kr.) rozdeliť do **dvoch smerov**. Autori prvého smeru sa usilovali o cirkevnú reformu v duchu starého ortodoxného rímskeho práva, presadzujúc pritom pápežský univerzalizmus a odmietajúc zásahy franských panovníkov. Druhý smer vychádzal skôr z karolínskej reformy, bol priateľský pápežskej a cisárskej spolupráci a prirodzene pracoval aj so svetským právom (najmä s cisárskymi kapitulármi).⁵⁷ Najmä zbierky autorov zaraďovaných k prvému smeru skutočne vo veľkej miere pracovali s rímsko-právnymi textami. Z nich spomenieme kompiláciu *Collectio Anselmo Dedicata*, ktorá predstavuje severoitalskú zbierku, pozostávajúcu z 12 kníh, rozdelenú do dvoch častí.⁵⁸ Pochádza z obdobia okolo roku 882 po Kr. a neznámym autorom bola venovaná milánskemu arcibiskupovi Anselmovi II. († 897 po Kr.). Synodálne nálezy a dekretálie čerpá zo Pseudo-izidoriánskych dekretálií a obsahuje tiež výňatky z Justinianovho Kódexu, Inštitúcií a Noviel.⁵⁹ Táto kompilácia ovplyvnila tiež ďalšie dve zbierky tohto smeru, ktoré nesú názvy *Decretum Burchardi* (okolo r. 1012-1022 po Kr.) a *Collectio Duodecim (XII) Partium* (okolo r. 1023 po Kr.).

Z viacerých prameňov rímskeho práva boli výlučne pre cirkevné účely tiež zostavované zvláštne cirkevno-právne zbierky kombinujúce cirkevné právo s právom rímskym. Za najvýznamnejšie z nich vo všeobecnosti dnes považujeme italskú *Lex Romana Canonice Compta* (Rímsky zákonník kánonicky upravený)⁶⁰ približne z roku 850 po Kr. a *Excerpta Bobbiensa*, ktoré sú výťahom zo všetkých cirkevno-právných ustanovení Inštitúcií, Justinianovho Kódexu a *Epitome Juliani*.⁶¹

3 *Ius novum medi aevi* (obdobie klasické)

Za začiatok klasického obdobia v kánonickom práve považujeme zostavenie Graciánovho dekrétu (okolo r. 1140 po Kr.) a trvalo až do uzatvorenia súboru *Corpus Iuris Canonici* (Korpus kánonického práva) zbierkou dekretálií Jána

⁵⁷ BUŠEK, V.: Učebnice dějin práva církevního I., Všešrd, Praha (1946), s. 76.

⁵⁸ POROV, MICHAL, J.: Dějiny pramenů poznání kanonického práva s přihlédnutím k dějinám práva římského, Ústřední církevní nakladatelství, Praha (1967), s. 37.

⁵⁹ POROV, RITTNER, E.: Církevní právo katolické, Právnická jednota, Praha (1887), s. 34.

⁶⁰ Predstavuje druhú časť spomínanej zbierky *Collectio Anselmo Dedicata* z roku 882 po Kr. Išlo o kompiláciu vychádzajúcu z rímskeho práva, najmä z Justinianovho Kódexu, vydanú v Itálii pre potreby duchovenstva. POROV, BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva, Academia, Praha (1994), s. 168.

⁶¹ POROV, BUŠEK, V.: Učebnice dějin práva církevního I., Všešrd, Praha (1946), s. 72.

Chappuiseho z roku 1500 po Kr., resp. do skončenia Tridentského koncilu (1545-1563). Z hľadiska dejín kánonického práva toto obdobie označujeme za zlatý vek, keďže kánonické právo sa počas neho vyprofilovalo ako **samostatná vedecká i pedagogická disciplína** (*scientia iuris Ecclesiae*), vedľa teológie a práva svetského.⁶² Ak hovoríme o predgraciánskom práve ako o práve kánonickom, je to trochu nepresné. Tieto normy mali totiž často skôr charakter cirkevno-právny (v užšom, či širšom zmysle slova).⁶³ Od stvorenia najdôležitejšieho prameňa kánonického práva, známeho pod názvom Graciánov dekrét (*Decretum Gratiani*), však popri znalcoch rímskeho práva (legisti) figurujú i znalci práva cirkevného (kánonisti) a tzv. „**učené práva**“ (*iura docta*)⁶⁴ predstavujú právo rímske a právo kánonické. Práve od tohto obdobia tak bola tendencia oba tieto právne komplexy študijne spájať, čo sa prejavilo vo vzniku štúdia obojeho práva (*ius utrumque*), ktoré trvá dodnes a svoje vonkajšie vyjadrenie našlo v akademickom titule (JUDr. = *iuris utrisque doctor* = doktor obojeho práva). Prvým „doktorom obojeho práva“ sa stal pravdepodobne glosátor Graciánovho dekrétu Bazianus († 1197 po Kr.).⁶⁵ Opäť teda vidíme jasné prepojenie, v tomto období už rozvinutého právneho systému kánonického práva s (v tejto dobe už neplatným) právnym systémom práva rímskeho.

Obdobie 12. storočia po Kr. vo všeobecnosti považujeme za obdobie rozkvetu právnických štúdií a jeho centrum nachádzame v italskom meste Bologna. Z pohľadu kánonického práva tu bol zostavený Graciánov dekrét a práve toto mesto bolo aj miestom opätovného začatia štúdií už takmer zabudnutého rímskeho práva. Koncom 11. storočia po Kr. totiž právnik – samouk menom **Irnerius** (*Guarnerius*, † okolo r. 1125 po Kr.) znovuobjavil justiniánske *Digesta*⁶⁶ a začal k štúdiu práva do Bologne priťahovať davy študentov najskôr z Itálie a neskôr tiež z Nemecka a celej Európy. Starobylá

⁶² Kánonické právo bolo do tej doby súčasťou teológie. Konkrétne bolo späté s teológiou morálnou a bolo považované za jej disciplinárnu (praktickú) časť. Porov. MICHAL, J.: Dějiny pramenů poznání kanonického práva s přihlédnutím k dějinám práva římského, Ústřední církevní nakladatelství, Praha (1967), s. 39.

⁶³ Porov. MRKÝVKA, P./VESELÁ, R.: Vybrané otázky z dějin kanonického práva, Masarykova univerzita, Brno (1992), s. 39.

⁶⁴ Nazývané tak boli z dôvodu kontrastu k obyčajovému právu a samosprávnemu štatutárnemu právu, ktoré neboli predmetom formálneho štúdia na univerzitných právnických fakultách. Porov. BRUNDAGE, J. A.: Medieval Canon Law, Longman, London (1995), s. 59-60.

⁶⁵ HRDINA, A.: Prameny ke studiu kanonického práva, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., Plzeň (2007), s. 36.

⁶⁶ Zaujímavosťou zostáva, že poslednú zmienku o tejto zbierke predstavovali jej dve citácie v listoch pápeža Gregora I. Veľkého (590-604) z roku 603. Porov. URFUS, V.: Historické základy novodobého práva súkromného, C. H. Beck, Praha (2001), s. 12.

Bologna sa tak napokon približne v polovici 12. storočia po Kr. stala prvým európskym centrom právnických štúdií po viac než jednu generáciu, a teda strediskom štúdií obojeho práva, t. j. práva rímskeho a práva kánonického.⁶⁷ V roku 1155 po Kr. učители práva i študenti na tejto univerzite nadobudli ešte väčšiu prestíž, keď nemecký kráľ a svätý rímsky cisár Fridrich I. Barbarossa (1155-1190) publikoval dekrét, známy ako *Authentica „Habita“*, ktorý im zaručoval imperiálnu ochranu a prikazoval sudcom ukladať tresty so štvornásobkom náhrady škody komukoľvek, kto by sa v budúcnosti odvážil ich obťažovať. Cisár ďalej udelil výlučnú jurisdikciu nad študentmi ich učiteľom a biskupovi mesta, v ktorom študovali. Takto v princípe vyňal študentov spod právomoci komunálnych autorít a urobil ich zodpovednými za zločiny výhradne akadémii a cirkevnej autorite.⁶⁸ Tento dekrét je dodnes považovaný za prvý zákon upravujúci postavenie stredovekých univerzít.⁶⁹ Ako príklad rozvíjania profesionálnej kvalifikácie právnikov v Bologni, popri rozvíjaní akademického odvetvia právnej profesie, by sme mohli spomenúť štatút mesta Bologne z roku 1158 po Kr. Ten hovoril, že nik nemôže byť sudcom alebo právnym poradcom, kto neštudoval právo 5 rokov.⁷⁰

Rozvoju kánonického práva a rovnako i práva rímskeho boli v tomto období nápomocní najmä učenci, známi ako **glosátori**. Práve Bologna bola sídlom viacerých významných kánonicko-právnych i rímsko-právnych glosátorov, ktorí začali vpisovať svoje krátke výkladové poznámky priamo do svojich exemplárov Graciánovho dekrétu, podobne ako legisti, ktorí vpisovali svoje glosy do justiniánskych Digest. Učители obojeho práva tak k výkladu svojich textov prispievali nielen **živým slovom** (*viva voce*), ale aj **perom** (*calamo*). Svoje výklady umiestňovali buď priamo do svojich exemplárov zbierok ako glosy alebo vytvárali tiež oddelené traktáty.⁷¹ Každý z glosátorov pri nejasných a ťažko zrozumiteľných slovách na ich vysvetlenie vpisoval k pôvodnému textu niekoľko poznámok s tým úmyslom, že sa pri texte zachovávajú a spolu s ním opíšu a rozšíria. Postupne tak vznikali rôzne teórie a právne školy a ich glosy sa stávali trvalým príslušenstvom pôvodných zbierok.⁷²

⁶⁷ Porov. TRETERA, J. R.: *Církev a řeholní řády ve středověku*, [in:] SPUNAR, P. a kol.: *Kultura středověku*, Academia, Praha (1995), s. 43-64.

⁶⁸ Porov. BRUNDAGE, J. A.: *Medieval Canon Law*, Longman, London (1995), s. 44-46.

⁶⁹ Porov. URFUS, V.: *Historické základy novodobého práva súkromného*, C. H. Beck, Praha (2001), s. 18.

⁷⁰ Porov. EVANS, G. R.: *Law and Theology in the Middle Ages*, Taylor And Francis, London (2002), s. 50.

⁷¹ Porov. MRKÝVKA, P./VESELÁ, R.: *Vybrané otázky z dějin kanonického práva*, Masarykova univerzita, Brno (1992), s. 39.

⁷² KASAN, J.: *Prameny církevního práva (Dějinný vývoj)*, Katedra historicko-právní na

Z hľadiska **kánonického práva**, mnohí z bolonských glosátorov boli vzájomne prepojení, keďže takmer s istotou poznali jeden druhého osobne a rovnako tiež prijímali i kritizovali myšlienky jeden druhého. Títo glosátori spoločne tvorili určitú skupinu a z tohto dôvodu je náležité ich nazývať ako „*bolonská škola kánonického práva*“.⁷³ O niečo neskôr stáli v Európe v popredí **dve významné kánonicko-právne glosátorské školy** a to škola bolonská a škola parížska.⁷⁴ Obe pracovali vlastnými metódami, prostriedkami a v podstate tiež na podklade rôznych prameňov. Škola parížska mala bližšie k prameňom franským, galským a španielskym, kým bolonská škola pracovala skôr na podklade dokumentov z rímskych archívov. Parížska škola bola ovplyvnená najmä teológiou a rétorickou teóriou, aplikujúc pritom poznatky z rímskeho práva, kým bolonská škola hľadala pochopenie kánonického práva predovšetkým vo svetle rímskeho práva. Literárnu činnosť glosátorov je nutné ale vždy hodnotiť predovšetkým podľa prameňov, z ktorých čerpali a o ktoré sa opierali.⁷⁵ Opäť teda vidíme vzájomné prepojenie kánonického práva s právom rímskym, teraz však na poli kánonicko-právnej vedy.⁷⁶

Klasické obdobie je rovnako i dobou dosiahnutia **vrcholu pápežskej moci** v Katolíckej cirkvi, počas ktorej boli pápežstvom vznášané imperialistické

Římskokatolické Cyrilometodějské bohoslovecké fakultě, Praha (1952), s. 22. Glosy mali jednoznačne svoje nezastupiteľné miesto i dôležitý vplyv v akademickom i praktickom svete. Porov. KAŠNÝ, J.: Metoda v kánonickom právu, [in:] Revue církevního práva 1/07, Společnost pro církevní právo, Praha (2007), s. 13.

⁷³ Porov. BRUNDAGE, J. A.: Medieval Canon Law, Longman, London (1995), s. 50. Táto škola napríklad glosovala päť starobyľých kompilácií kánonického práva (*quinque compilationes antiquae*), pochádzajúcich z prelomu 12. a 13. storočia po Kr. Najmä pri prvej z týchto kompilácií (*Compilatio Prima*) bol najzreteľnejší vplyv recepcie rímskeho justiniánskeho práva, o čom napovedá už samotné rozdelenie tejto zbierky na knihy a tituly, podľa vzoru prameňov rímskeho práva. Jej členenie sa napokon ujalo i pre všetky ďalšie neskoršie zbierky kánonického práva a opustil ho až Kódex kánonického práva z roku 1917. Porov. RITTNER, E.: Církevní právo katolické, Právnická jednota, Praha (1887), s. 41.

⁷⁴ V tomto období vznikajú tiež ďalšie nové univerzity. Z pohľadu Francúzska išlo okrem spomínanej Parížskej univerzity najmä o univerzitu v Montpellier, v Itálii to bola okrem Bologne tiež Padova (r. 1222 po Kr.) a Neapol (r. 1224 po Kr.), v Anglicku Oxford a Cambridge, v Španielsku Palencia (r. 1209 po Kr.) a Salamanka (r. 1220 po Kr.). Právnické štúdiá však jednoznačne prevládali najmä na Bolonskej univerzite. Porov. FRANZEN, A.: Malé dějiny církve, Karmelitánské nakladatelství, Kostelní Vydří (2006), s. 165-166.

⁷⁵ Porov. MICHAL, J.: Dějiny pramenů poznání kánonického práva s přihlédnutím k dějinám práva římského, Ústřední církevní nakladatelství, Praha (1967), s. 46.

⁷⁶ Z pohľadu rímskeho práva toto prepojenie rozvinuté glosátorskou školou, bolo ešte výraznejšie rozpracované druhou stredovekou rímskoprávnou školou, a teda školou komentátorskou. Porov. URFUS, V.: Historické základy novodobého práva súkromného, C. H. Beck, Praha (2001), s. 30.

požiadavky týkajúce sa aj moci svetskej. Celá stredoveká spoločnosť bola napokon vystavaná predovšetkým na myšlienkach sv. Augustína († 430 po Kr.), ktorý vychádzal vo svojich spisoch (najznámejšie dielo „*De civitate Dei*“, t. j. „O Božom štáte“) z idey jednoty ľudstva vo viere (*ecclesia universalis*), na čele s dvoma hlavami – cisárom a pápežom.⁷⁷ Kým sme teda pri pojednaní o predklasickom období hovorili o Katolíckej cirkvi, že bola vystavaná predovšetkým na kolegiálnom princípe, v klasickom období je Cirkev vedená výlučne svojou hlavou, a teda pápežom. Toto je zrejmé už zo samotného faktu, že od Prvého lateránskeho koncilu (r. 1123 po Kr.) boli všeobecné (ekumenické) koncily zvolávané a riadené výlučne pápežmi.⁷⁸ Toto tvrdenie dosvedčuje tiež skutočnosť, že Gracián nazýva pápežské dekretálie ako *canones*, a teda presne tak, ako sa do tej doby nazývali uznesenia koncilov. Dal tak výraz skutočnosti, že **zákonodarná moc pápežov** sa im v tomto období nielen vyrovnala ale i nahradila pre celú Cirkev doterajšiu moc koncilov.⁷⁹

Takmer všetci pápeži s právnickým vzdelaním, ktorých pontifikát prebehol počas klasického obdobia vnímali vplyv rímskeho práva na právo cirkevné pozitívne.⁸⁰ O tom, že nie všetci pápeži to ale s láskou k rímskemu právu prehánali svedčí bula Honoria III. (1216-1227) s názvom *Super Speculam* z roku 1219 po Kr. (cap. 28, X, 1. 5, tit. 33), v ktorej pápež priamo odrádza od štúdia rímskeho práva na Parížskej univerzite.⁸¹ Viacerí autori však pápežov zákaz v tejto bule vysvetľujú takým spôsobom, že Honorius v skutočnosti nič nemal proti rímskemu právu a tento zákaz vydal jedine z dôvodu zanedbávania

⁷⁷ Porov. BUŠEK, V.: Učebnice dějin práva církevního I., Všehrd, Praha (1946), s. 152. Predstava kultúrnej jednoty kresťanského sveta spojená s ohlasmi antického dedičstva a novo zdôraznená myšlienkou pápežského primátu rímskeho biskupa bola silnou zložkou životných postojov stredovekého ľudstva. Bez nej by napokon ani politická doktrína o obnovení rímskeho impéria (*renovatio imperii*) nebola možná. Porov. URFUS, V.: Historické základy novodobého práva súkromného, C. H. Beck, Praha (2001), s. 30.

⁷⁸ Prvých osem všeobecných koncilov (dva Nicejské, štyri Konštantínopolské, Efezský a Chalcedónsky) sa konalo na kresťanskom Východe a vždy išlo predovšetkým o diela východorímskych cisárov, ktorí tiež uznesenia týchto koncilov vyhlasovali ako ríšske zákony.

⁷⁹ Porov. BUŠEK, V.: Učebnice dějin práva církevního I., Všehrd, Praha (1946), s. 86.

⁸⁰ Treba tu ale poznamenať, že už koncom 12. storočia po Kr. začínajú pápeži zastávať názor, že rímske právo platí nie z dôvodu prejavenej cisárovej vôle, ale preto, lebo bolo aprobované Cirkvou a potvrdené pápežom. Niektorí pápeži priamo tvrdili, že všetci kresťania sa majú riadiť rímskym právom, podobne ako sú podrobení pápežskej moci, avšak samozrejme opäť len za predpokladu, že je rímske právo schválené Cirkvou. Môžeme teda povedať, že v klasickom období ešte viac platilo už spomenuté úslovie „*Ecclesia vivit iure romano*.“ Porov. URFUS, V.: Historické základy novodobého práva súkromného, C. H. Beck, Praha (2001), s. 21.

⁸¹ Porov. PEJŠKA, J.: Církevní právo I. (Ústavní právo církevní), Nákladem vlastním, Semily (1932), s. 23.

povinností duchovnými počas ich dlhodobých pobytov na univerzitách. Táto bula mala teda podľa nich skôr svedčiť o skutočnosti, aké bolo štúdium rímskeho práva v **cirkevných kruhoch bežné** a tiež ako právny život Cirkvi potreboval odborníkov takto vyškolených.⁸²

Vyššie uvedenú domnienku nám jednoznačne potvrdzuje tiež zásada, vyslovená samotným Graciánom, ktorá bola v právnických kruhoch neskôr celkom bežne používaná. Tá znela: „*Legista sine canonibus parum valet, canonista sine legibus nihil*“⁸³. Každý teda kto sa chcel stať výborným kánonistom musel ovládať rímske právo. Takýmto spôsobom dochádzalo ešte viac k šíreniu rímskeho práva a jeho zásad do praxe i vedy kánonického práva. Význam kánonistov pre Katolícku cirkev bol totiž v období po spísaní Graciánovho dekrétu (okolo r. 1140 po Kr.) skutočne enormný. Títo zabezpečovali kontrolu nielen nad pápežským súdnym systémom, ale tiež nad diplomatickými, finančnými a administratívnymi úradmi. Kánonisti sa v tomto období s rastúcou frekvenciou stávali kardinálmi, arcibiskupmi, biskupmi, opátmi alebo arcidiakonmi v každej časti Západnej cirkvi. Od 13. storočia už kánonisti skutočne dominovali Cirkvi, ktorá tak stále viac s každou nasledujúcou generáciou **rástla v „právnickosti“**.⁸⁴

Pri predklasickom období sme spomínali, že rímske právo bolo Cirkvou používané kedykoľvek, keď nebolo možné určitú kauzu vyriešiť za pomoci cirkevno-právnych noriem. Za **formálny začiatok** subsidiárnej platnosti rímskeho práva v práve kánonickom treba ale považovať až dekretáliu pápeža Lucia III. (1181-1185) s názvom *Intelleximus*, ktorá v konkrétnom prípade ukladala používať rímske právo tam, „*nihil... sit in canonibus definitum*.“⁸⁵ Táto dekretália bola neskôr zahrnutá i do zbierky *Liber Extra* pápeža Gregora IX. (1227-1241) z roku 1234 po Kr. a ako súčasť súboru *Corpus Iuris Canonici* platila až do prijatia prvého Kódexu kánonického práva v roku 1917. Význam tejto dekretálie, nielen pre cirkevné právo, ale tiež pre právo svetské, je nutné opäť vidieť vo svetle širokého používania kánonického práva v právnej praxi. V súvislosti s mimoriadne silným postavením Katolíckej cirkvi v stredovekej spoločnosti, kánonické právo neupravovalo jedine vnútrocirkevné záležitosti a najmä **cirkevné súdnictvo** malo jasnú prevahu nad súdnictvom svetským. V sídle každého biskupstva tak bol zriadený cirkevný súd, na ktorom okrem

⁸² Tento zákaz bol napokon na Parížskej univerzite zrušený až v roku 1679. Porov. URFUS, V.: Historické základy novodobého práva súkromného, C. H. Beck, Praha (2001), s. 24, 55.

⁸³ A teda: „Civільný právnik bez znalosti kánonického práva nestojí za veľa, kánonista bez znalosti rímskeho práva však nestojí za nič“.

⁸⁴ Porov. BRUNDAGE, J. A.: Medieval Canon Law, Longman, London (1995), s. 186.

⁸⁵ A teda tam „... kde kánony nič nestanovia.“

sudcov pracovali tiež úradní pomocníci, t. j. notári, asesori, pisári, exekútori, advokáti, či prokurátori. Biskupský súd tak bol pravidelne prvou inštanciou pre všetky civilné i trestné spory, v ktorých rozhodovala Cirkev. V trestných veciach mala Cirkev súdiť zločiny týkajúce sa viery alebo samotnej Cirkvi, v praxi však cirkevné súdy rozhodovali aj iné trestné kauzy. V civilných veciach (vo všetkých mimotrestných, sporových záležitostiach) bola stanovená príslušnosť cirkevných súdov vždy, ak prejednávana vec nejako súvisela s cirkevným životom (napr. vo veciach manželských).⁸⁶ Pokiaľ niekto nesplnil (alebo nebol ochotný splniť) rozhodnutie cirkevného súdu, v takom prípade zasahoval štát svojou donucovacou mocou.⁸⁷ Práve v tomto období sa tak v širokej miere rozvinul už pri predklasickom období spomínaný rímsko-kánonický proces.⁸⁸ Cirkevné súdnictvo a cirkevná správa teda tvorili akýsi

⁸⁶ Výnimkou však neboli ani dedičské spory, najmä pokiaľ išlo o testamentárnu postupnosť. Porov. URFUS, V.: Historické základy novodobého práva súkromného, C. H. Beck, Praha (2001), s. 22.

⁸⁷ Porov. VRANA, V.: Dejiny cirkevného práva, Univerzita P. J. Šafárika, Košice (1992), s. 35-36.

⁸⁸ Tento proces našiel svoje vyjadrenie v elaborovanej podobe v diele *Speculum Iudiciale* (Súdne zrkadlo) od Viliama Durantisa († 1297 po Kr.). Rímsko-kánonický proces v tomto období neovplyvňoval jedine svetské procesné právo ale svoj vplyv mal taktiež na vedu rímskeho práva. Ako príklad by sme mohli spomenúť ochranu držby, ktorá bola v stredovekých rímsko-právnych školách prispôsobená procesným prostriedkom prevzatým z kánonického práva. Išlo najmä o námietku *exceptio spoli*, ktorú mohol uplatniť držiteľ zbavený držby proti žalobe toho, kto ho držby zbavil a odmietal žalobu, kým mu držba nebude vrátená. Ešte silnejšie však pôsobila *actio spoli*, a teda žaloba o navrátenie odňatej držby. V tomto prípade tak na pôvodných rímskych základoch (ochrana držby pred rušením na podklade *interdicta Uti possidetis*) boli vytvorené pravidlá držobného procesu, tzv. *possessorium ordinarium*, ktorému ešte ako ďalší ochranný prostriedok predchádzalo konanie nazývané ako *possessorium summarium* (neskôr *summarissimum*), ktorým sudca chránil poslednú nerušenú držbu v rámci sporu o vlastníctvo alebo držbu vôbec. Najväčší vplyv z pohľadu vplyvu kánonického práva na stredoveké rímsko-právne školy tak zaznamenávame predovšetkým na obligačné právo a predovšetkým na zmluvné záväzky. Zaujímavosťou tiež zostáva, že stredoveké rímsko-právne školy boli ovplyvnené aj teológiou, čo sa prejavilo napríklad v požiadavke spravodlivej ceny pri kúpnej zmluve. Porov. URFUS, V.: Historické základy novodobého práva súkromného, C. H. Beck, Praha (2001), s. 22, 39-42, 45. Spomínaná námietka sa v kánonickom práve presadila cez falošnú zbierku Pseudo-izidorianskych dekretálií, vytvorenej neznámym autorom v polovici 9. storočia po Kr. vo Franskej ríši. Pseudo-Izidor v tomto prípade sledoval najmä ochranu majetku duchovných pred neoprávnenými zásahmi do ich práv zo strany metropolitov alebo svetskej moci. Biskupovi, uväznenému na príkaz metropolitu alebo svetskej moci alebo vyhnanému z jeho sídla násilím a zbavenému moci a majetku (*spoliatus*), teda prislúchala *exceptio spoli*, čím v podstate odmietal žalobu proti nemu s tým, že nemôže byť postavený pred súd, pokiaľ nie je navrátený späť na svoj biskupský stolec a nie je mu vrátený odňatý majetok. Porov. RITTNER, E.: Cirkevné právo katolícké, Právnická jednota, Praha (1887), s. 29.

most, po ktorom prenikala znalosť rímskeho práva spolu s právom kánonickým pohodlne tam, kde pre to zatiaľ ešte neboli priaznivé podmienky.⁸⁹ Jednotlivé zásady a normy rímskeho práva tak boli na cirkevných súdoch v praxi častokrát používané ako platné právo, na základe ktorého boli rozhodované nielen rýdzo cirkevno-právne kauzy.

3.1 Pramene práva

Pramene kánonického práva klasického obdobia predstavujú už široko rozvinuté a pevne konštituované právo, ktoré našlo svoje odzrkadlenie v zbierkach 12. až 16. storočia po Kr. Najmä Graciánov dekrét tvorí predel v chaotickej cirkevnej normotvorbe a predstavuje základ pre rozvoj kánonicko-právnej vedy.⁹⁰ Najmä oživenie štúdia rímskeho práva (vďaka nálezom justiniánskych Digest) spolu s teologickými spormi 11. storočia po Kr. (ohľadom interpretácie patristických textov) prispeli k objaveniu nových metód v kánonickom práve. Postupne sa tak v tomto čase v kánonicko-právnej vede začína upúšťať od metódy exegetickej⁹¹ a presadzuje sa nová metóda **historicko-kritického postupu**⁹², ktorá sa javila ako vhodná na vyriešenie teologických i právnych problémov v Cirkvi. Táto metóda bola kánonistami ohlasovaná síce už skôr,⁹³ avšak až vďaka vede rímskeho práva

⁸⁹ URFUS, V.: Historické základy novodobého práva súkromného, C. H. Beck, Praha (2001), s. 24.

⁹⁰ POROV, MRKÝVKA, P./VESELÁ, R.: Výbrané otázky z dejín kánonického práva, Masarykova univerzita, Brno (1992), s. 37-38.

⁹¹ Exegetická metóda sa snaží o aktualizovaný výklad jednotlivých zákonných textov s väčším zameraním na právnu prax. Porov. KUBŮ, L. a kol.: Dějiny právní filozofie, Univerzita Palackého, Olomouc (2003), s. 187.

⁹² Historicko-kritická metóda kladie dôraz najmä na štúdium právnych prameňov, zvlášť rímskeho práva a starších kánonicko-právnych textov. Porov. KUBŮ, L. a kol.: Dějiny právní filozofie, Univerzita Palackého, Olomouc (2003), s. 187.

⁹³ Naznačuje ju najmä Ivo zo Chartres (†1116 po Kr.) vo svojom predhovore ku zbierke *Panormia* (r. 1096 po Kr.) s názvom „*De consonantia canonum*“. V tomto predhovore Ivo naznačuje úplne novú, sofistickovanú kánonickú metódu, určenú pre interpretáciu kánonicko-právnych textov, ktorá bola napokon použitá neskoršími kánonistami, na čele s Graciánom. Ústrednou témou tohto predhovoru je pojednanie o tom, ako uzmierniť zjavné protirečenia v kánonoch a rozhodnúť o tom, kedy môže byť právo zrušené dišpenzom. Dišpenzácia, sprevádzaná kresťanskou láskou, sa v tomto predhovore stáva jurisprudencnou pomôckou, sprevádzajúcou cirkevného sudcu pri výklade a aplikovaní kánonov. Porov. SOMERVILLE, R./BRASINGTON, B. C.: Prefaces to Canon Law Books in Latin Christianity, Yale University Press,

sa presadila aj v praxi, prvý krát pri zostavovaní Graciánovho dekrétu.

Z pohľadu najvýznamnejších prameňov kánonického práva tohto obdobia ovplyvnených rímskym právom, spomenieme najskôr najdôležitejší prameň dejín kánonického práva, a teda samotný **Graciánov dekrét**. Táto zbierka obsahovala takmer všetky v tom čase platné normy cirkevného práva a ako sme už spomenuli, pojednávala o nich historicko-kritickou právnickou metódou a to podľa občianskeho rímskeho práva. Podobná metóda nebola dovtedy použitá v žiadnej z predchádzajúcich zbierok a tak aj v tejto skutočnosti tkvie výnimočnosť tohto diela. Svoje výroky Gracián **podopieral** nielen o ustanovenia cirkevných autorít ale odkazoval tiež na rozhodnutiach autorít svetských. Z pohľadu svetských autorít išlo najmä o tzv. „*constitutiones iuris civilis*“, a teda autority rímskeho práva, ku ktorým zaraďujeme najmä cisára Justiniána I. (527-565), Teodózia II. (408-450) a Alaricha II. (484-507). Gracián viackrát odkazuje i na autority germánskeho práva, ktoré vychádzalo v širokom rozsahu z práva rímskeho. Za hlavný prameň mu v tomto prípade slúžila zbierka *Capitularia Regnum Francorum*.⁹⁴

Graciánov dekrét obsahuje veľké **množstvo odkazov na rímske právo**. Približne 150 kánonov s rímsko-právnymi odkazmi sa však podľa niektorých autorov do tohto diela dostalo postupom času vďaka anonymným interpolátorom.⁹⁵ Je nevyhnutné ale povedať, že samotný Gracián sa v rímskom práve skutočne vyznal, čo dosvedčujú najmä jeho úvahy vo forme tzv. „*dicta*“.⁹⁶ Zrejme to však boli naozaj až prví komentátori Dekréty, ktorí

London (1998), s. 114-115. Kánonisti nachádzajú v Ivovom predhovore nesmiernu hodnotu najmä pre jeho možné použitie ako sprievodcu pri rozhodovaní rozporov, s ktorými sa obvykle stretávali pri odporujúcich si ustanoveniach v cirkevných zákonoch. Porov. BRUNDAGE, J. A.: *Medieval Canon Law*, Longman, London (1995), s. 38-39.

⁹⁴ FILO, V.: *Stručný úvod do Graciánovho dekrétu*, Rímskokatolícka bohoslovecká fakulta UK, Bratislava (1997), s. 11. Ide o najznámejšiu zbierku kapitulárií franských kráľov, ktorú zostavil opát Ansegisius z Fontanelly († 833 po Kr.) v roku 827 po Kr. Usporiadaná bola do štyroch kníh, pričom prvé dve obsahujú *capitularia ecclesiastica*, a teda kapitulárie týkajúce sa cirkevných záležitostí. Tieto vychádzajú predovšetkým zo zákonodarstva Pipina III. Krátkeho (751-768), Karola Veľkého (768-814), Ľudovíta Pobožného (814-840) a Lothara (840-855). Porov. MICHAL, J.: *Stručný prehľad vývoje kánonického práva do r. 1917*, [in:] *Teologické studie, Litera slovom oživená, Sborník semináře v Hradci Králové r. 1984*, Česká katolícká Charita, Praha (1985), s. 23. Ansegisiova zbierka dosiahla v galo-franskej oblasti ale i v Itálii značnú popularitu a na konciloch a snemoch bola dokonca uznávaná za dočasne platné všeobecné kánonické právo. Porov. MRKÝVKA, P./VESELÁ, R.: *Výbrané otázky z dejín kánonického práva*, Masarykova univerzita, Brno (1992), s. 35, 36.

⁹⁵ Porov. BRUNDAGE, J. A.: *Medieval Canon Law*, Longman, London (1995), s. 59

⁹⁶ Pod týmto pojmom máme na mysli krátke teoretické výroky, v ktorých autor prezentuje nejakú právnu zásadu alebo vykladá pramene práva. Porov. HRDINA, A.: *Kánonické právo*,

rozšírili asimiláciu civilného rímskeho práva do práva kánonického, spájajúc tak právne tradície starých cisárov s kánonistickou tradíciou, a dávajúc tak obe do služby pápežstva a intelektuálneho sveta vrcholného a neskorého stredoveku.⁹⁷

Ku Graciánovmu dekrétu treba ešte podotknúť, že hoci bol **všeobecne používaný** v celej Cirkvi, ako na školách tak i na cirkevnom fóre, nikdy nenadobudol charakter úradnej, oficiálnej, autentickej zbierky.⁹⁸ Podľa niektorých autorov však vďaka všeobecnému používaniu tento charakter napokon predsa len nadobudol a to podobným spôsobom, ako dosiahli v Nemecku účinnosť Justiniánove zbierky občianskeho práva.⁹⁹

Zvláštnym prameňom kánonického práva, ktorý vychádzal priamo z práva rímskeho sa stali tzv. „**právne reguly**“ (*regulae iuris*). Išlo v podstate o rímsko-právne zásady, ktoré bolo možné použiť pri interpretácii právnych noriem ktoréhokolvek právneho systému. Takéto reguly boli v tomto období celkom bežne pripájané k viacerým zbierkam kánonického práva. K najznámejším z nich zaradujeme právne reguly obsiahnuté v zbierke *Compilatio Prima* od Bernarda z Pavie († 1213 po Kr.), 11 právnych regul pripojených ku

EUROLEX BOHEMIA, Praha (2002), s. 40. Ide teda o akýsi výklad kánonického práva, ktorému za podklad slúžia výňatky z prameňov. Porov. RITTNER, E.: *Církevní právo katolické*, Právnická jednota, Praha (1887), s. 38. Gracián takto pretkal celé svoje dielo a práve tento komentár bol najviac očakávaný prácami ako *Liber de Misericordia et Iustitia* (O milosti a spravodlivosti) od Algera z Luttychu († 1126 po Kr.) a predhovorom Iva zo Chartres († 1116 po Kr.). Porov. SOMERVILLE, R./BRASINGTON, B. C.: *Prefaces to Canon Law Books in Latin Christianity*, Yale University Press, London (1998), s. 172.

⁹⁷ Porov. SOMERVILLE, R./BRASINGTON, B. C.: *Prefaces to Canon Law Books in Latin Christianity*, Yale University Press, London (1998), s. 173. Bližšie k tejto problematike pozri: VETULANI, A.: *Z badań nad prawem rzymskiem w dekrecie Gracjana*, Drukarnia uniwersytetu jagiellońskiego, Kraków (1935).

⁹⁸ Išlo teda len o súkromnú zbierku a všetky normy v nej obsiahnuté je nevyhnutné skúmať z pohľadu zákonodarcu tej-ktorej normy. Za pramene práva z tohto dôvodu nie je možné *stricto sensu* považovať Graciánove *dicta*, predpisy morálne, dogmatické, citácie z cirkevných Otcov a rovnako ani normy rímskeho štátneho práva.

⁹⁹ K praktickej recepcii rímskeho práva v Nemecku začalo dochádzať už od konca 15. storočia po Kr. Spolu s recepciou hmotného práva bolo prevzaté aj procesné právo, ktoré vychádzalo predovšetkým z rímsko-kánonického procesu, v podobe, ktorú nadobudol vo vrcholnom stredoveku, po jeho prepracovaní komentátormi. V Nemecku však nebolo recipované rímske osobné právo. Tendencie 17. storočia po Kr. v Nemecku možno ilustrovať anekdotickým príbehom o ponuke, ktorú cisárovi Leopoldovi I. (1658-1705) urobil učenec Gottfried Wilhelm Leibniz († 1716 po Kr.). Podľa neho bolo možné hlavné princípy rímskeho práva zhrnúť na jeden list papiera a ten by postačil ako návod na vyriešenie všetkých právnických problémov. Porov. URFUS, V.: *Historické základy novodobého práva súkromného*, C. H. Beck, Praha (2001), s. 70-72, 83, 95.

zbierke *Liber Extra* pápeža Gregora IX. (1227-1241) z roku 1234 po Kr. a predovšetkým 88 právnych regul (De regulis iuris)¹⁰⁰ pripojených ku zbierke *Liber Sextus* pápeža Bonifáca VIII. (1294-1303) z roku 1298 po Kr. Ako súčasť posledných dvoch spomínaných zbierok boli právne reguly preberané aj do jednotlivých vydání *Corpus Iuris Canonici* a súčasťou platného práva tak boli až do roku 1917. Podľa názoru viacerých kánonistov tieto reguly nikdy nestratili platnosť, keďže neboli priamou súčasťou právneho textu týchto zbierok, ale k nim boli len jednoducho pripájané. Faktom tiež zostáva, že tieto právne reguly sú ako interpretačné pravidlá dodnes používané aj pri výklade platného kánonického práva.¹⁰¹

4 *Ius novissimum* (poklasické obdobie)

Toto obdobie zahŕňa dobu od konania Tridentského koncilu v polovici 16. storočia, ktorým sa začína nová etapa v živote Cirkvi, až do vydania prvého Kódexu kánonického práva v roku 1917. Poklasické obdobie býva označované tiež ako **obdobie legislatívneho pokoja**, pretože počas neho nebola vydaná žiadna úradná zbierka kánonického práva. Len pápežské buly a iné listiny dopĺňali, čo bolo obsiahnuté v kánonoch zbierky *Corpus Iuris Canonici*.¹⁰² Práve Korpus kánonického práva, ktorý vznikol ešte v klasickom období, bol spolu s legislatívou Tridentského koncilu (1545-1563) najdôležitejším prameňom práva poklasického obdobia.

V priebehu tohto obdobia bola Katolícka cirkev prinútená ustúpiť na pole čisto cirkevné vo viacerých spoločenských oblastiach a všetko, čo sa zo svetských záležitostí ocitlo pod jej zákonodarstvom a súdnictvom sa postupne vracalo späť k štátu. Niektorí autori dokonca priamo (aj keď nie celkom presne) hovoria o **spiritualizácii cirkevného práva**. V dokumentoch Tridentského koncilu sa už nevyskytujú nijaké normy upravujúce súkromné, či necirkevné vzťahy. Tie sa teda vrátili späť do jurisdikcie jednotlivých

¹⁰⁰ Tieto reguly boli zostavené bolonským profesorom rímskeho práva Dinom Mugellanom († 1303 po Kr.). Porov. BUŠEK, V.: Učebnice dějin práva církevního I., Všešrd, Praha (1946), s. 90.

¹⁰¹ Bližšie k tejto problematike pozri: HRDINA, A.: Prameny ke studiu kanonického práva, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., Plzeň (2007), s. 63-69; FILO, V.: Kánonické právo (Úvod a prvá kniha), Rímskokatolícka bohoslovecká fakulta UK, Bratislava (1997), s. 158-167 a KINCL, J.: Dicta et regulae iuris aneb právnické mudrosloví latinské, Karolinum, Praha (1990).

¹⁰² TRETERA, J. R.: Cirkevní právo, Jan Krigl nakladatelství, Praha (1993), s. 33.

štátov a ich orgánov.¹⁰³ Katolícka cirkev tak opäť začala používať kánonické právo výlučne na úpravu svojich vnútorných záležitostí. Rímsko-právne vplyvy môžeme vidieť predovšetkým v tomto období platných prameňoch kánonického práva, ktoré výrazným spôsobom ovplyvňovali cirkevno-právny život.

Ako sme už spomínali, najdôležitejším prameňom práva poklasického obdobia bola zbierka *Corpus Iuris Canonici* (Korpus kánonického práva), ktorá pozostávala z piatich zbierok.¹⁰⁴ Ak by sme sa bližšie pozreli už na samotný názov tejto zbierky, kánonisti jej toto meno priznali po vzore legistov, ktorí od 16. storočia nazývali Justinianov Kódex, *Digesta* a Inštitúcie spolu s Novelami ako *Corpus Iuris Civilis*.¹⁰⁵ Kánonisti teda analogicky označovali súhrn piatich kánonicko-právnych zbierok ako *Corpus Iuris Canonici (Ecclesiastici)*.¹⁰⁶

¹⁰³ Porov. RITTNER, E.: *Církevní právo katolické*, Právnická jednota, Praha (1887), s. 56.

¹⁰⁴ Konkrétne išlo o zbierky: Graciánov dekrét (*Decretum Gratiani*) približne z roku 1140 po Kr., *Liber Extra* pápeža Gregora IX. z roku 1234 po Kr., *Liber Sextus* pápeža Bonifáča VIII. z roku 1298 po Kr., Klementíny (*Clementinae Constitutiones*) pápeža Klementa V. z roku 1313 po Kr. a Extravaganty Jána Chappuiseho približne z roku 1500 po Kr. *Corpus Iuris Canonici* nebol nikdy vyhlásený ako zákonník (kódex), takže si ponechal výlučne charakter zbierky práva. Každá zo zahrnutých zbierok si tak podržala svoju pôvodnú povahu, a teda súkromné zbierky zostali naďalej zbierkami súkromnými. Vo vzťahu jednotlivých častí Korpusu je pri kolízii noriem nutné použiť zásadu „*lex posterior derogat priori*“. *Liber Extra* deroguje odporujúce právne predpisy v Graciánovom dekréte; *Liber Sextus* deroguje normy v zbierke *Liber Extra* a u Graciána; Klementíny zrušujú predpisy z Dekrétu a zo zbierok *Liber Extra* a *Liber Sextus* a Extravaganty zrušujú odporujúce právne predpisy všetkých predchádzajúcich častí Korpusu. Túto zásadu je nutné použiť i pre vzťah právnych noriem vo vnútri súkromných zbierok (t. j. Dekrétu a Extravagánt), nie však pri zbierkach úradných (t. j. *Liber Extra*, *Liber Sextus* a Klementíny), pretože predpisy v nich obsiahnuté fingujú súčasné vydanie. V tomto prípade je pri ich kolízii nutné použitie všeobecných právnych zásad vychádzajúcich z teórie práva o tzv. „antinómii“. Porov. HRDINA, A.: *Kánonické právo*, EUROLEX BOHEMIA, Praha (2002), s. 46. Aj keď sa v prípade *Corpus Iuris Canonici* nejedná o výlučný kódex, vďaka schváleniu textu tejto zbierky pápežom Gregorom XIII. (konštitúciou *Cum pro Munere* z 1. júla 1580) sa stal najdôležitejším prameňom práva platným až do roku 1917. Porov. GEROSA, L.: *Právo Cirkvi*, Petra, Prešov (2005), s. 61.

¹⁰⁵ Tento výraz sa teda ujal až v stredoveku, keď právnik Dionýz Gothofredus (Godefroy, † 1622 po Kr.) v roku 1598 po Kr. vydal justiniánsku kodifikáciu pod týmto názvom v Ženeve. Gothofredus vydal v dvoch zväzkoch všetky časti kodifikácie. V prvom Inštitúcie a *Digesta*, v druhom Kódex a Novelý. Porov. BLAHO, P./HARAMIA, I./ŽIDLICKÁ, M.: *Základy rímskeho práva*, MANZ, Bratislava (1997), s. 68.

¹⁰⁶ Prvýkrát sa pomenovanie *Corpus Iuris Canonici* objavilo zrejme na Kostnickom koncile (1414-1418), vtedy prirodzene v rozsahu od Graciánovho dekrétu po Klementíny. Na Bazilejskom sneme (1431-1449) sa zase hovorilo o „*reservatio in corpore iuris*“. Po roku 1500 po Kr. ako piata a posledná časť boli pridané Extravaganty Jána Chappuiseho. Porov. HRDINA, A.: *Kánonické právo*, EUROLEX BOHEMIA, Praha (2002), s. 45.

Decretum Gratiani tak bolo prirovnávané k Digestam, *Liber Extra* ku Kódexu, *Liber Sextus* a Klementíny k Novelám.¹⁰⁷ Podľa vzoru Justiniánových Inštitúcií bola navyše k jednotlivým vydaniam Korpusu kánonického práva neskôr ako dodatok pridávaná učebnica s názvom *Institutiones Iuris Canonici*, ktorú na rozkaz pápeža Pavla IV. (1555-1559) usporiadal v roku 1563 po Kr. profesor Ján Pavol Lancelotti z Perugie († 1590 po Kr.).¹⁰⁸

Keďže *Corpus Iuris Canonici* pozostával z piatich starších kánonicko-právnych zbierok, vďaka nim naďalej zostávali v platnosti normy rímskym právom ovplyvnené, poprípade normy, ktoré boli z rímskeho práva priamo recipované. Nesmieme taktiež zabudnúť na právne reguly, ktoré boli súčasťou zbierok *Liber Extra* (r. 1234 po Kr.) a *Liber Sextus* (r. 1298 po Kr.). Napriek spomínanému ústupu Cirkvi výlučne na pole duchovné, mala zbierka *Corpus Iuris Canonici* veľký význam i **pre právo svetské**, keďže obsahovala tiež viacero noriem, ktoré boli povahou civilnými. Najvýznamnejší vplyv zaznamenala táto kompilácia na právo správne, občianske procesné, trestné a medzinárodné.¹⁰⁹ Z pohľadu územia dnešného Slovenska by sme mohli ako konkrétny príklad jej vplyvu spomenúť zbierku uhorského obyčajového práva *Opus Tripartitum* (r. 1514 po Kr.) od Štefana Verböczyho († 1541 po Kr.), ktorá vo viacerých svojich častiach priamo preberala ustanovenia Korpusu kánonického práva.¹¹⁰

5 *Ius codificatum* (obdobie kodifikovaného práva)

Táto etapa v kánonickom práve začala promulgáciou prvého výlučného

¹⁰⁷ POROV, KASAN, J.: Prameny cirkevného práva (Dějinný vývoj), Katedra historicko-právni na Římskokatolické Cyrilometodějské bohoslovecké fakultě, Praha (1952), s. 35.

¹⁰⁸ Táto učebnica bola rozdelená podľa vzoru justiniánskych Inštitúcií na tri časti: osoby (*personae*), veci (*res*), žaloby (*actiones*). Tieto sú obsiahnuté v 4 knihách, ktoré sa ďalej delia na tituly a paragrafy. Dielo bolo napokon dokončené až za pápeža Pia IV. (1559-1565), kedy bolo tiež vydané s pápežským odporúčením pod názvom *Institutiones Iuris Canonici, Quibus Ius Pontificium Singulari Methodo Libris Quatuor Comprehenditur*. Zbierka však na sklamanie autora nebola pápežom schválená a ponechala si tak len súkromný charakter. POROV, MICHAL, J.: Dějiny pramenů poznání kanonického práva s přihlédnutím k dějinám práva římského, Ústřední církevní nakladatelství, Praha (1967), s. 63.

¹⁰⁹ MRKÝVKA, P./VESELÁ, R.: Vybrané otázky z dějin kanonického práva, Masarykova univerzita, Brno (1992), s. 44. Najmä rímsko-kánonický proces a manželské cirkevné právo malo najväčší vplyv na vývoj svetského práva. POROV, BUŠEK, V.: Učebnice dějin práva církevního I., Všehrd, Praha (1946), s. 95.

¹¹⁰ Podľa vzoru kánonického i rímskeho práva táto zbierka rieši okrem iného napríklad otázku derogácie zákona, obyčajového práva či štatútov atď.

zákonníka Latinskej cirkvi – Kódexu kánonického práva (*Codex Iuris Canonici*), ktorým bolo kánonické právo po takmer dvoch tisícročiach kodifikované. K jeho promulgácii došlo na Turíce, dňa 27. mája 1917 apoštolskou konštitúciou *Providentissima Mater Ecclesia*, vydanou pápežom Benediktom XV. (1914-1922) a účinnosť nadobudol na Turíce ďalšieho roka, dňa 19. mája 1918.¹¹¹ Obdobie kodifikovaného práva trvá v kánonickom práve dodnes.

Pre bližšie účely kodifikačných prác bol vydaný zvláštny zákon (označovaný tiež ako „pracovný plán“), ktorý detailne stanovil spôsoby práce, najmä ohľadom spracovávanía noriem staršieho práva. Tento vo svojom šiestom bode priamo stanovil, že pri príprave Kódexu má byť používaný výlučne **latinský jazyk** a to pokiaľ možno podľa dôstojnej vznešenosti posvätných zákonov, ktoré „... tak šťastne našli výraz v práve rímskom“.¹¹² Ak by sme hľadali ďalšie súvislosti tohto Kódexu s rímskym právom, našli by sme ich pri pohľade na jeho štruktúru. Normatívny text kánonov bol totiž podľa vzoru justiniánskych Inštitúcií **rozdelený** na päť kníh (*liber*), podľa klasického rímsko-právneho trojdelenia (*personae – res – actiones*).¹¹³ Tento Kódex sa tak svojou systematikou v podstate vrátil až ku Gaiovi do 2. storočia po Kr. Ak by sme sa pozreli na členenie normatívneho textu jednotlivých kníh, taktiež by sme mohli nájsť viacero rímsko-právnych súvislostí a to či už z pohľadu ich členenia alebo metód práce. Knihy sa totiž ďalej delia na časti (*pars*)¹¹⁴, časti na oddiely (*sectio*), oddiely na tituly (*titulus*, celkovo ich je 107), tituly

¹¹¹ Niektoré jeho kánony boli ale prehlásené za záväzné ešte skôr a to promulgačným dekrétom *Secretaria Status* z 20. augusta 1917. Porov. PEJŠKA, J.: *Církevní právo I. (Ústavní právo církevní)*, Nákladem vlastním, Semily (1932), s. 35.

¹¹² Porov. Predhovor ku Kódexu kánonického práva z roku 1917 od Pietra Gasparriho.

¹¹³ Justiniánske Inštitúcie boli konkrétne rozdelené: *De personis* (knih 1), *De rebus* (knihy 2, 3), *De actionibus* (knih 4). A teda „osoby – veci – žaloby“. Podľa Hrdinu prvá kniha Kódexu bola koncipovaná ako všeobecná časť tohto zákonníka zrejme pod vplyvom nemeckého BGB. Nový Kódex kánonického práva (*Codex Iuris Canonici*) z roku 1983 túto systematiku ale opustil a materiu rozdelil do siedmych kníh. Porov. HRDINA, A.: *Kánonické právo*, EUROLEX BOHEMIA, Praha (2002), s. 42, 54. Paradoxne práve systematika tohto zákonníka najviac vadila jeho kritikom. Ich tradičným argumentom bolo predovšetkým zaradenie sviatostí do časti *De rebus*, a teda k veciam. Podľa nich bol takýmto spôsobom opomenutý duchovný rozmer Cirkvi a predovšetkým tak malo dôjsť k málo výstižnému vyjadreniu vzájomného zväzku medzi kánonickým zákonodarstvom a tajomstvom Cirkvi. Je ale úplne zjavné, že toto rozdelenie Kódexu malo svoje opodstatnenie, čo dokazuje najmä množstvo historických zbierok cirkevného práva zostavených práve podľa tohto kľúča. Porov. GEROSA, L.: *Právo Cirkvi*, Petra, Prešov (2005), s. 64-65.

¹¹⁴ Okrem prvej sa na časti delia všetky ostatné knihy. Jednotlivé časti sú označené rubrikou, ktorá vyjadruje stručnou vetou obsah celej časti.

na kapitoly (*caput*) a tie na články (*articulus*). Samotný text zákonníka sa delí na kánony a tie sa ešte môžu deliť na paragrafy a body.

Najväčšou mierou k zostaveniu tohto Kódexu prispel jednoznačne kardinál **Pietro Gasparri** († 1934 po Kr.), ktorý napísal k tomuto zákonníku tiež Predhovor (*Praefatio ad Codex Iuris Canonici*). V úvode tohto Predhovoru kardinál Gasparri okrem iného uvádza tiež stručné dejiny kánonického práva, spolu s poukázaním na nevyhnutnosť jeho kodifikácie a celú genézu prác na tomto Kódexe. Nezabúda tu ale ani na zdôraznenie vplyvu rímskeho práva na kánonické právo, zdôrazňujúc pritom jeho úlohu pri stáročnom stvárňovaní cirkevno-právnych noriem zo starých zákonov, postupne prispôsobovaných formou a vyjadrením potrebám, ktoré vyvstali v súvislosti s existenciou a pôsobením Katolíckej cirkvi ako spoločnosti. O rímskom práve sa vyjadruje s veľkou úctou a označuje ho priamo za „... pamätník starej múdrosti, ktorý bol právom nazvaný písaným rozumom (*ratio scripta*)“.¹¹⁵

Ak by sme sa bližšie pozreli na spôsob interpretácie kánonov tohto Kódexu, museli by sme vziať do úvahy predovšetkým **kánon 6**. V bode 1 tohto kánonu Kódex ako výlučný zákonník ruší všetky univerzálne i partikulárne zákony, ktoré mu odporujú.¹¹⁶ Napriek tomu však staršie právo nebolo celkom zbavené významu ani pre štúdium kánonického práva, ani pre úradnú prax. Dôležitú úlohu malo totiž staršie právo naďalej zohrávať pri interpretácii kánonov tohto Kódexu. Na základe zásady obsiahnutej v kán. 6, 4 ° („*In dubio num aliquod canonum praescriptum cum veteri iure discrepet, a veteri iure non est recedendum*“),¹¹⁷ ak by nový kánon opakoval len starší predpis a to či už *ex integro* alebo aspoň *ex parte*, je nevyhnutné brať zmysel zákona v rozmere interpretácie práva starého.¹¹⁸ V pochybnostiach, či určitá časť kódexovej normy sa líši od staršieho práva, Kódex ponecháva v platnosti

¹¹⁵ Porov. Predhovor ku Kódexu kánonického práva z roku 1917 od Pietra Gasparriho. Za „*ratio scripta*“ bolo rímske právo vo všeobecnosti označované najmä v období právneho humanizmu. Právny humanizmus dokonca zastával náuku, presadzovanú už komentátorskou školou, podľa ktorej mal byť graduovaný právnik, nositeľ akademického titulu, obzvlášť ak išlo o vysokoškolského učiteľa, považovaný za rovného rodovému šľachticovi. Porov. URFUS, V.: Historické základy novodobého práva súkromného, C. H. Beck, Praha (2001), s. 51.

¹¹⁶ „*Leges quaelibet, sive universales sive particulares, praescriptis huius Codicis oppositae, abrogantur nisi de particularibus legibus aliud expresse caveatur*.“ („Zrušené sú akékoľvek zákony, či už všeobecné alebo partikulárne, ktoré odporujú predpisom tohto Kódexu, ak o partikulárnych zákonoch nie je ustanovené niečo iné.“) Kán. 6, 1 ° CIC 1917.

¹¹⁷ „V pochybnosti, či sa niektorý predpis kánonu odchyľuje od starého práva, nesmie sa upustiť od starého práva“.

¹¹⁸ Porov. PEJŠKA, J.: Církevní právo I. (Ústavní právo církevní), Nákladem vlastním, Semily (1932), s. 37-38.

právo staršie.¹¹⁹ Treba povedať, že takmer všetky kánony tohto Kódexu boli vytvorené na základe staršieho práva. V predchádzajúcom výklade sme tiež videli, že staršie právo bolo v mnohých ukazovateľoch výrazne ovplyvnené rímskym právom. Na základe vyššie uvedených kánonov môžeme teda dospieť k záveru, že niektoré normy staršieho práva mohli a mali byť interpretované v rozmedzí interpretácie rímskeho práva, poprípade tiež za použitia rímsko-právnych zásad vyjadrených v *regulae iuris*.¹²⁰

Z pohľadu **právnych regúl**, viacerí kánonisti zastávajú názor, že napriek výslovnému zrušeniu všetkých univerzálnych i partikulárnych zákonov Kódexom kánonického práva z roku 1917, právne reguly pripojené ku zbierkam *Liber Extra* (r. 1234 po Kr.) a *Liber Sextus* (r. 1298 po Kr.) zrušené neboli, keďže ako sme už spomenuli, neboli priamo súčasťou normatívneho textu týchto zbierok, ale k nim boli len pripájané. Z tohto dôvodu právne reguly nemali vôbec stratiť na základe derogáčnej doložky Kódexu právnu silu ale mali byť naďalej používané ako interpretačné pravidlá pri výklade jednotlivých kódexových kánonov, či noriem staršieho práva. Táto skutočnosť bola napokon počas doby platnosti prvého Kódexu kánonického práva skutočne potvrdená ako kánonicko-právnou vedou, tak i úradnou praxou.

5.1 Platné kánonické právo

Ak sa bližšie pozrieme na platné kánonické právo, jeho právne normy nachádzame predovšetkým v Kódexe kánonického práva (*Codex Iuris Canonici*) z roku 1983 a z pohľadu východných katolíckych cirkví *sui iuris* v Kódexe kánonov východných cirkví (*Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*) z roku 1990. Latinský Kódex bol promulgovaný pápežom Jánom Pavlom II. (1978-2005) apoštolskou konštitúciou ***Sacrae Disciplinae Leges*** dňa 25. januára 1983 a účinnosť nadobudol 27. novembra 1983. Kódex kánonov východných cirkví, ktorý zavŕšil kodifikačné práce na práve

¹¹⁹ „*In dubio num aliquod canonum praescriptum cum veteri iure discrepet, a veteri iure non est recedendum*“. Kán. 6, 4 ° CIC 1917.

¹²⁰ Odkaz na tieto právne reguly môžeme nájsť v kánone 20 CIC 1917, ktorý uvádza: „*Si certa de re desit expressum praescriptum legis generalis sive particularis, norma sumenda est, nisi agatur de poenis applicandis, a legibus latis in similibus; a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis; a stylo et praxi Curiae Romanae; a communi constantique sententia doctorum.*“ Teda: „Ak o nejakej veci chýba výslovný predpis zákona, či všeobecného alebo partikulárneho, je nevyhnutné vziať do úvahy normu, ak nejde o tresty, zo zákonov vynesných pre podobné prípady; zo všeobecných právnych zásad s ohľadom na kánonickú miernosť; z ducha a praxe Rímskej kúrie; zo spoločného a ustáleného názoru odborníkov.“

východných katolíckych cirkví *sui iuris*, promulgoval rovnako pápež Ján Pavol II. apoštolskou konštitúciou **Sacri Canones** dňa 18. októbra 1990 a účinnosť nadobudol 1. októbra 1991.

Z pohľadu systematiky Kódex kánonického práva z roku 1983 opustil štruktúru Kódexu z roku 1917 a jeho normatívny text je rozdelený do siedmich kníh. Tento zákonník je výsledkom snáh po úprave kánonického práva v duchu záverov **Druhého vatikánskeho koncilu** (1962-1965), ktorý výrazným spôsobom zmenil pohľady katolíckej ekleziológie nielen na právo a jeho funkciu v živote Katolíckej cirkvi. Ani nový Kódex kánonického práva sa však celkom rímsko-právnych vplyvov nezbažil, keďže väčšina jeho kánonov má svoj základ v prvom rade v predchádzajúcom Kódexe kánonického práva z roku 1917, potom v Korpuse kánonického práva, poprípade v ešte starších kánonicko-právnych zbierkach. Takýmto spôsobom by sme sa mohli pri niektorých kódexových kánonoch dostať až k ustanoveniam rímskeho práva, ktorými boli tieto kánony buď ovplyvnené, poprípade na základe ktorých boli tieto kánony priamo zostavené.¹²¹ Bolo by teda omylom myslieť si, že platné kánonické právo je redukované len na spomínané kódexy (*Codex Iuris Canonici* a *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*) a platné mimokódexové právo.¹²² Jednotlivé normy obsiahnuté v kódexoch totiž vôbec nežijú osamotené, keďže slová v nich majú význam, ktorý musíme chápať vo

¹²¹ Ako príklad by sme mohli uviesť interpretačné pravidlo, nachádzajúce sa v kánone 18 CIC 1983 v znení: „*Leges quae poenam statuunt aut liberum iurium exercitum coarctant aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi.*“ („Zákony, ktoré stanovujú tresty alebo zužujú slobodné vykonávanie práv, alebo obsahujú výnimku zo zákona, podliehajú striktnému výkladu.“). Toto pravidlo nachádzame v úplne rovnakom znení aj v kánone 1500 CCEO a v kánone 19 CIC 1917. Podobne ho môžeme nájsť aj medzi 88 právnymi regulami, obsiahnutými v zbierke *Liber Sextus* pápeža Bonifáca VIII. z roku 1298 po Kr. V právnej regule číslo XLIX je toto pravidlo vyjadrené slovami: „*In poenis benignior est interpretatio facienda.*“ („Keď ide o tresty, má sa robiť láskavejší výklad.“). Z pohľadu prameňov rímskeho práva, môžeme túto zásadu rímskeho právnika Paula nájsť vyjadrenú v Digestach slovami: „*In poenalibus causis benignius interpretandum est*“ („V trestných veciach sa má zákon vykladať s väčšou zhovievavosťou.“) Paulus (D 50, 17, 155, 2). Ako ďalší príklad spomenieme zásadu uvedenú v kánone 27 CIC 1983, ktorá znie: „*Consuetudo est optima legum interpres.*“ („Obyčaj je najlepšou vykladateľkou zákonov.“) Toto pravidlo možno nájsť v úplne rovnako znení aj v kánone 1509 CCEO a tiež v kánone 29 CIC 1917. Táto zásada pochádza opäť od právnika Paula a môžeme ju nájsť v Digestach v znení: „*Optima enim est legum interpres consuetudo.*“ Paulus (D 1, 3, 37).

¹²² Mimokódexové právo tvorí súhrn právnych noriem nachádzajúcich sa v osobitných predpisoch, ktoré z rôznych dôvodov nie sú súčasťou kódexov. Ide predovšetkým o rôzne pápežské apoštolské konštitúcie obyčajne upravujúce určité špecifické oblasti spoločenských vzťahov v rámci Katolíckej cirkvi. Porov. NEMEC, M.: Základy kánonického práva, IURA EDITION, Bratislava (2001), s. 12.

svetle takmer dvojtisícročného právneho vývoja a mnohé z nich vychádzajú z noriem rímskeho práva, ktoré existovalo ešte dlhšie.

Z hľadiska platného kánonického práva úloha rímskeho práva spočíva dnes predovšetkým v **interpretácii** kánonicko-právnych noriem. Na základe ustanovení Kódexu kánonického práva o interpretácii, musíme brať ohľad vždy aj na históriu kánonického práva. Tiež z pohľadu kánonicko-právnej praxe existujú v zásade **tri faktory**, ktoré musíme v prípade výkladu noriem vziať do úvahy. V prvom rade sú to kánonistické školy právneho myslenia, potom história samotných noriem kánonického práva (kánonická tradícia) a v neposlednom rade tiež kánonické princípy interpretácie (*regulae iuris*). Z pohľadu kánonistických škôl, viaceré z nich sú rímskym právom, či jeho metódami v mnohých ohľadoch značne ovplyvnené (v najväčšej miere jednoznačne talianska škola). Ak však vezmeme do úvahy priamy vzťah rímskeho práva k platnému kánonickému právu, musíme sa zamerať predovšetkým na kánonickú tradíciu a kánonické interpretačné zásady.

Podobne ako v prípade Kódexu kánonického práva z roku 1917, aj pri novom Kódexe sa má brať pri interpretovaní niektorých kánonov do úvahy historické, dnes už neplatné právo. Konkrétne ide o kánony obsahujúce staré právo, ktoré podľa kánonu 6, § 2 treba interpretovať s ohľadom na **kánonickú tradíciu**.¹²³ Ak by sme sa bližšie pozreli na tento pojem, tá nie je z hľadiska katolíckej ekleziológie celkom totožná s pojmom tradícia vo všeobecnosti. Pod pojmom kánonická tradícia treba rozumieť právne a zákonodarné dedičstvo Cirkvi ako celku. Tradícia išla od začiatku ruka v ruku s vývojom Katolíckej cirkvi a práve do nej sa postupom času premietal celkový duch tohto vývoja, ktorý ovplyvňuje podobu kánonického práva vo všetkých jeho aspektoch dodnes. Podľa znenia apoštolskej konštitúcie Jána Pavla II. (1978-2005) *Sacrae Disciplinae Leges* z 25. januára 1983, ktorou bol vyhlásený v súčasnosti platný Kódex kánonického práva, je zrejmé, že pod týmto pojmom dnes rozumieme všetko staré i nové, vychádzajúce od apoštolov cez Otcov z evanjeliovej zvesti, všestranne neporušene uvedené do nových životných okolností. Tento celkový duch cirkevno-právneho vývoja bol do veľkej miery rímskym právom ovplyvnený a preto je možné niektoré kánony nového Kódexu interpretovať aj s ohľadom na interpretáciu rímskeho práva.

Z pohľadu **kánonických princíпов interpretácie** sa musíme opäť vrátiť

¹²³ „*Canones huius Codicis, quatenus ius vetus referunt, aestimandi sunt ratione etiam canonicae traditionis habita.*“ V preklade: „Kánony tohto Kódexu, pokiaľ obsahujú staré právo, treba posudzovať aj so zreteľom na kánonickú tradíciu.“ Kán. 6, § 2. V oveľa väčšej miere pojem „tradícia“ (avšak obvykle v trochu iných súvislostiach) používa Kódex kánonov východných cirkví. Porov. napr. kán. 55 CCEO; kán. 204, § 3; kán. 303, atď.

k súboru výkladových pravidiel a teda k právnym regulám (*regulae iuris*). Z hľadiska praxe sa v tomto prípade kánonisti vracajú ku starším zbierkam kánonického práva, konkrétne k zbierkam *Liber Extra* (r. 1234 po Kr.) a *Liber Sextus* (r. 1298 po Kr.). Ako sme už spomínali, podľa názoru viacerých kánonistov, hoci boli tieto právne reguly zahrnuté do Korpusu kánonického práva, nikdy sa nestali zákonmi, keďže k týmto zbierkam boli len jednoducho pripájané.¹²⁴ Z tohto dôvodu neboli nahradené kodifikáciami kánonického práva, a teda ani Kódexom kánonického práva z roku 1917 a rovnako ani Kódexom kánonického práva z roku 1983. Podľa platného Kódexu má byť právne relevantný prípad – ak nie je upravený zákonom alebo právnou obyčajou – rozhodnutý mimo iného za použitia všeobecných právnych zásad, t. j. *per analogiam iuris*.¹²⁵ Práve pod pojem všeobecné zásady práva môžeme zaradiť najmä prevažne rímsko-právne reguly obsiahnuté v zbierke *Liber Sextus* z roku 1298, ktoré tak možno použiť aj pri interpretácii platného kánonického práva.¹²⁶ Tieto reguly sú dodnes v úradnej praxi v Katolíckej cirkvi používané a predstavujú výborného sprievodcu pri náležitom pochopení a aplikácii kánonicko-právnych noriem. Táto skutočnosť je zrejmá najmä z rozhodnutí Rímskej Roty a Apoštolskej Signatúry, ktoré priamo a dôsledne v určitých prípadoch odkazujú na rímske právo (najmä na právne reguly) a právo obsiahnuté v starších zbierkach. V určitom prenesenom význame by sme tak mohli povedať, že kánonické právo udržuje rímske právo pri živote a z určitého uhla pohľadu aj stále v platnosti a účinnosti.

¹²⁴ Porov. BUŠEK, V.: Učebnice dějin práva církevního I., Všehrd, Praha (1946), s. 90.

¹²⁵ „*Si certa de re desit expressum legis sive universalis sive particularis praescriptum aut consuetudo, cuasa, nisi sit poenalis, dirimenda est attentis legibus latis in similibus, generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis, iurisprudentia et praxi Curiae Romanae, communi constantique doctorum sententia.*“ („Ak o nejakej veci chýba výslovný predpis univerzálneho alebo partikulárneho zákona alebo zvyk, kauzu, ak nie je trestná, treba rozriešiť s prihliadnutím na zákony, vydané v podobných prípadoch, na všeobecné zásady práva, uplatňované s kánonickou miernosťou, na právnu vedu, na prax Rímskej kúrie a na spoločnú a stálu mienku odborníkov.“). Kán. 19 CIC. Platný Kódex kánonického práva tak v tomto prípade používa takmer rovnaké slová ako Kódex kánonického práva z roku 1917 v už spomenutom kánone 20.

¹²⁶ Túto skutočnosť potvrdzujú i renomované komentáre ku Kódexu kánonického práva, ktoré uvádzajú, že pod „všeobecnými zásadami práva“ treba v kánonickom práve rozumieť predovšetkým *regulae iuris* zbierky *Liber Sextus* (r. 1298 po Kr.). V podstate tak v tomto prípade ide o doplnenie zákona *per analogiam iuris*, ktoré môžeme využiť v prípade potreby vyriešenia určitého právne relevantného prípadu, ktorý nie je upravený ani zákonom ani právnou obyčajou. Porov. HRDINA, I. A.: 700 let od promulgace sbírky dekretálů Bonifáce VIII. [in:] Revue církevního práva 15, 1/00, dostupné na: <http://spec.prf.cuni.cz/15-20/hrdina15.htm>.

Z pohľadu Kódexu kánonov východných cirkví (*Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*) by sme mohli nájsť analogické odkazy na kánonické princípy interpretácie v kánone 2, ktorý predovšetkým hovorí o interpretácii noriem vychádzajúcich zo starého práva.¹²⁷ Aj v prípade práva východných katolíckych cirkví *sui iuris* tak možno na základe uvedeného kánonu pristúpiť k interpretácii niektorých jeho noriem v medziach starého práva, v určitých prípadoch ovplyvneného i právom rímskym.

6 Záver

Na základe výkladu tohto článku je možné jasne vidieť, že Katolícka cirkev sa vo svojich začiatkoch skutočne prispôbovala a tvorivým spôsobom pretvárala právne inštitúty rímskeho práva, neskôr tiež v čiastočnej nadväznosti na právo germánske. Výsledkom tohto vývoja, vďaka ktorému si Katolícka cirkev vytvorila vlastné právne inštitúty, bol nesporne veľký prínos ku kultúrnemu rozvoju ľudstva. Kánonické právo bolo totiž na niekoľko storočí určujúcim a dominujúcim právom v celej Európe.¹²⁸

V rámci výkladu sme poukázali najmä na dôležitosť poznania a pochopenia rímskeho práva, jeho prameňov a interpretačných zásad. Vo svetle rímskeho práva možno napokon spoznať a pochopiť viaceré kánonicko-právne inštitúty, ktoré boli týmto právom inšpirované alebo ktoré boli z rímskeho práva priamo prevzaté. **Znalosť práva rímskeho**, ktorým bola Cirkev akoby „odkojená“, poskytuje teda ešte aj dnes kánonistovi krok za krokom svetlo. Z tohto dôvodu by nemalo byť štúdium tohto práva opomínané nielen na právnických fakultách ale nemalo by sa naň zabúdať ani na fakultách kánonického práva, či na fakultách teologických. Rímske právo, ktoré je predovšetkým propedeutickým predmetom, totiž podstatným spôsobom formuje právnické myslenie a kánonistom tiež poskytuje viaceré nevyhnutné teoreticko-právne poznatky, ktoré by mal bez výnimky ovládať každý právnik. Dôležitosť tohto práva pre každého kánonistu možno zdôrazniť tiež z hľadiska právnickej terminológie a vynikajúcej právnickej latinčiny, ktorá našla svoje vyjadrenie v prameňoch práva rímskeho. Jediné latinský jazyk je totiž jediným autentickým pri interpretácii textov platného

¹²⁷ „*Canones Codicis, in quibus plerumque ius antiquum Ecclesiarum orientalium recipitur vel accommodatur; praecipue ex illo iure aestimandi sunt.*“ („U tých kánonov zákonníka, ktoré zväčša obsahujú, alebo uspôsobujú starodávne právo východných cirkví, musí sa prihliadať najmä k tomuto právu.“). Kán. 2 CCEO.

¹²⁸ VRANA, V.: Dejiny cirkevného práva, Univerzita P. J. Šafárika, Košice (1992), s. 7.

kánonického práva, kým preklady do iných jazykov majú len pomocnú funkciu.

V priebehu historického vývoja kánonického práva viacerí pápeži vzdali rímskemu právu svojimi slovami hold. Za všetkých uvediem výroky dvoch z nich. Pápežovi Jánovi VIII. (872-882) sa pripisuje výrok: „*Venerandae romanae leges, divinitus per ora piorum principum promulgatae*“.¹²⁹ Vzájomnosť medzi cirkevným právom a právom rímskym rovnako pekne kedysi vyjadril aj pápež Lucius III. (1181-1185) vo výroku: „*Quia vero sicut humanae leges non dedignantur sacros canones imitari, ita et sacrorum statuta canonum priorum principum constitutionibus adiuvantur*...“.¹³⁰

PRAMENE A LITERATÚRA

PRAMENE

- KOP, F.: PŘEKLAD KODEXU KANONICKÉHO PRÁVA, I. – III., Text komise pro překlad Kodexu při Cyrilometodějské bohoslovecké fakultě v Praze, pobočce v Olomouci, Olomouc (1968/69);
- THE 1917 PIO-BENEDICTINE CODE OF CANON LAW. Translated by Edward Peters, Ignatius Press, San Francisco (2001);
- CODEX IURIS CANONICI – KÓDEX KÁNONICKÉHO PRÁVA. Latinsko-slovenské vydanie, Spolok sv. Vojtecha, Bratislava (1996);
- KÓDEX KÁNONOV VÝCHODNÝCH CIRKVI. Neoficiálny slovenský preklad. (dostupné na http://cirkevny_sud1.artisys.sk/wp-content/kkvce.pdf);
- PAZOUREK, M.: Manuál pro Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium aneb Úvod do Kodexu kánonů východních církví, Karolinum, Praha (1998);
- CORPUS IURIS CIVILIS – CODEX IUSTINIANUS, ed. Paul Krüger, Keip Verlag, Berlin (1998);
- PROVIDENTISSIMA MATER ECCLESIA, apoštolská konštitúcia pápeža Benedikta XV. z roku 1917;
- SACRAE DISCIPLINAE LEGES, apoštolská konštitúcia pápeža Jána Pavla II. z roku 1983;
- SACRI CANONES, apoštolská konštitúcia pápeža Jána Pavla II. z roku 1990.

¹²⁹ „Nech sú ctené rímske zákony, slávne sväté zákony vyhlásené ústami svätých kniežat.“ Porov. PEJŠKA, J.: *Církevní právo I. (Ústavní právo církevní)*, Nákladem vlastním, Semily (1932), s. 23.

¹³⁰ „Pretože vskutku ako ľudské zákony neodmietajú napodobňovať sväté zákony, tak aj konštitúcie cisárov napomáhajú ustanoveniam svätých kánonov.“ Porov. PEJŠKA, J.: *Církevní právo I. (Ústavní právo církevní)*, Nákladem vlastním, Semily (1932), s. 17.

LITERATÚRA

Neperiodická literatúra:

- BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva, Academia, Praha (1994);
- BEDOUELLE, G.: História Cirkvi, Petra, Prešov (2005);
- BLAHO, P. – HARAMIA, I. – ŽIDLICKÁ, M.: Základy rímskeho práva, MANZ, Bratislava (1997);
- BROWN, Ch.: Aspekty christianizace římského světa, Centrum pro studium demokracie a kultury, Brno (1999);
- BUŠEK, V.: Učebnice dějin práva církevního, Právnická fakulta Univerzity Komenského, Bratislava (1929);
- BUŠEK, V.: Učebnice dějin práva církevního I., Všehrd, Praha (1946);
- BRUNDAGE, J. A.: Medieval Canon Law, Longman, London (1995);
- DOLINSKÝ, J.: Dejiny Cirkvi (Druhý diel – Stredovek), Dobrá kniha, Bratislava (1997);
- EVANS, G. R.: Law and Theology in the Middle Ages, Taylor And Francis, London (2002);
- FILO, V.: Kánonické právo (Úvod a prvá kniha), Rímskokatolícka bohoslovecká fakulta UK, Bratislava (1997);
- FILO, V.: Stručný úvod do Graciánovho dekrétu, Rímskokatolícka cyrilometodská bohoslovecká fakulta UK, Bratislava (1995);
- FRANZEN, A.: Malé dějiny církve, Karmelitánské nakladatelství, Kostelní Vydří (2006);
- GEROSA, L.: Právo Cirkvi, Petra, Prešov (2005);
- GRATIAN: The Treatise on Laws with the Ordinary Gloss, The Catholic University of America Press, Washington (1993);
- HRDINA, A.: Kanonické právo, EUROLEX BOHEMIA, Praha (2002);
- HRDINA, A.: Prameny ke studiu kanonického práva, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., Plzeň (2007);
- HRDINA, I. A.: Texty ke studiu konfesního práva I. Evropa a USA, Karolinum, Praha (2006);
- JUDÁK, V.: Dejiny mojej cirkvi (I. diel), Spolok sv. Vojtecha, Trnava (2002);
- JUDÁK, V.: Dejiny mojej cirkvi (II. diel), Spolok sv. Vojtecha, Trnava (2004);
- KASAN, J.: Prameny církevního práva (Dějinný vývoj), Katedra historicko-právní na Římskokatolícké Cyrilometodějské bohoslovecké fakultě, Praha (1952);
- KINCL, J.: Dicta et regulae iuris aneb právnické mudrosloví latinské, Karolinum, Praha (1990);
- KINCL, J. / URFUS, V. / SKŘEJPEK, M.: Římské právo, C. H. Beck, Praha (1995);
- KNAPP, V.: Velké právní systémy (Úvod do srovnávací právní vědy), 1. vydání, Praha, C. H. Beck (1996);
- KOLEKTÍV AUTOROV: Kodifikace – mezníky právních dějin, Ediční středisko Právnické fakulty Karlovy univerzity, Praha (1994);
- KOLEKTIV AUTORŮ PŘÁVNICKÉ FAKULTY UK: Dějiny evropského kontinentálního práva, Linde, Praha (2003);
- KRAJČI, J.: Historické prameny a všeobecné normy církevního práva, UMB PF, Banská Bystrica (1997);
- KUBŮ, L. a kol.: Dějiny právní filozofie, Univerzita Palackého, Olomouc (2003);
- LUBY, Š.: Dejiny súkromného práva na Slovensku, 2. vydanie, IURA EDITION, Bratislava (2002);

- MARKSCHIES, Ch.: Mezi dvěma světy (Dějiny antického křesťanství), Vyšehrad, Praha (2005);
- MICHAL, J.: Úvod do studia kanonického práva, Ústřední církevní nakladatelství, Praha (bez vnošení);
- MICHAL, J.: Dějiny pramenů poznání kanonického práva s přihlédnutím k dějinám práva římského, Ústřední církevní nakladatelství, Praha (1967);
- MORDEL, Š.: Patrológia, Nadácia Kňazského seminára biskupa Jána Vojtaššáka, Spišské Podhradie (2004);
- MRKÝVKA, P. / VESELÁ, R.: Vybrané otázky z dějin kanonického práva, Masarykova univerzita, Brno (1992);
- NEMEC, M.: Vybrané kapitoly z cirkevného práva, MANZ, Bratislava (1997);
- NEMEC, M.: Základy kánonického práva, IURA EDITION, Bratislava (2001);
- NEMEC, M.: Základy kánonického práva, Druhé, doplnené a prepracované vydanie, IURA EDITION, Bratislava (2006);
- PEJŠKA, J.: Církevní právo I. (Ústavní právo církevní), Nákladem vlastním, Semily (1932);
- OBERMEIER, S.: Mezi touhou po moci a zbožností, Brána, Praha (2005);
- REBRO, K. – BLAHO, P.: Rímske právo, MANZ, Bratislava (1997);
- REBRO, K. – BLAHO, P.: Rímske právo, IURA EDITION, Bratislava (2003);
- RENDINA, C.: Příběhy papežů – Dejiny tajemství (Životopisy 265 římských papežů), VOLVOX GLOBATOR, Praha (2005);
- RITTNER, E.: Církevní právo katolické, Právnická jednota, Praha (1887);
- ŘÍČAN, R.- MOLNÁR, A.: 12 století církevních dějin, Kalich, Praha (1990);
- SCHATZ, K.: Dějiny papežského primátu, Centrum pro studium demokracie a kultury, Brno (2001);
- SOMERVILLE, R. / BRASINGTON, B. C.: Prefaces to Canon Law Books in Latin Christianity, Yale University Press, London (1998);
- SKŘEJPEK, M.: Ius et religio (Právo a náboženství ve starověkém Římě), Vydavatelství 999, Pelhřimov (1999);
- ŠPIRKO, J.: Církevné dejiny, Neografia, Martin (1943);
- TRETERA, J. R.: Církevní právo (Díl první), Jan Krigl nakladatelství, Praha (1992);
- TRETERA, J. R.: Církevní právo, Jan Krigl nakladatelství, Praha (1993);
- TRETERA, J. R.: Konfesi právo a církevní právo, Jan Krigl nakladatelství, Praha (1997);
- URFUS, V.: Historické základy novodobého práva súkromného, C. H. Beck, Praha (2001);
- VETULANI, A.: Z badań nad prawem rzymskiem w dekrecie Gracjana, Drukarnia uniwersyte-tu jagiellońskiego, Kraków (1935);
- VLČEK, E. / SCHELLE, K.: Právní dějiny 3. Státy střední a východní Evropy, Masarykova univerzita, Brno (1998);
- VOJÁČEK, L.: Dejiny verejného práva v Európe s dodatkom Vývin verejného práva v USA, Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, Bratislava (2004);
- VRANA, V.: Dejiny cirkevného práva, Univerzita P. J. Šafárika, Košice (1992).

Články:

- BLAHO, P. / VAŇKOVÁ, J.: Digesta – Constitutio Deo auctore. Constitutio Tanta (Konštitúcia Deo auctore. Konštitúcia Tanta), [in:] Justičná Revue 2/2005, Ministerstvo spravodlivosti SR, Bratislava (2005);

- HRDINA, I. A.: Graciánův dekret ve zkratce, [in:] Revue církevního práva 2/97, Společnost pro církevní právo ve spolupráci s Českou křesťanskou akademií, Praha (1997);
- KAŠNÝ, J.: Metoda v kanonickém právu, [in:] Revue církevního práva 1/07, Společnost pro církevní právo, Praha (2007);
- KIZLINK, K.: Právo Velké Moravy, [in:] Právnícké štúdie 3, XVII, Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, Bratislava (1969);
- MICHAL, J.: Stručný přehled vývoje kanonického práva do r. 1917, [in:] Teologické studie, Litera slovem oživená, Sborník semináře v Hradci Králové r. 1984, Česká katolická Charita, Praha (1985);
- TRETERA, J. R.: Církev a řeholní řády ve středověku, [in:] SPUNAR, P. a kol.: Kultura středověku, Academia, Praha (1995).

Zborníky:

- Bulletin SSKP, ročník 5, číslo 1, Slovenská spoločnosť kánonického práva, Spišská Kapitula – Spišské Podhradie (1999);
- Teologické studie, Litera slovem oživená, Sborník semináře v Hradci Králové r. 1984, Česká katolická Charita, Praha (1985).

Internetové zdroje:

- <http://spcp.prf.cuni.cz/15-20/hrdina15.htm>;
<http://www.prf.cuni.cz>.

Resumé

The article deals with the development of mutual relationship between two legal systems, which we can call the phenomena not only from the point of view of legal science. Many of canonists agree that the Church Law raised out of continuous usage of Roman Law by the Church. At the beginning the Roman Law was helping to Church Law but the situation had changed at the beginning of Middle Ages, within the context of strengthening position of Catholic Church in Europe. From that time we can say the Church Law was helping and it still helps the Roman Law and it keeps it alive not only from the point of view of science, but also from the point of view of practice. The main goal of this article is to show the mutual relationship between Church Law to Roman Law and to offer to reader a brief but synoptic overview at the development of mutual relationship between these two legal systems.

Římské právo na meziválečné brněnské právnické fakultě

Ladislav Vojáček

„Dějiny práva římského jsou dějinami našeho práva soukromého“¹

„...zákony, jimiž docházeli římstí juristé k právnickému řešení svých případů, jsou dodnes platné“²

K počtě významného slovenského romanisty profesora Petera Blaha bych rád přispěl stručným připomenutím pěstování římského práva na brněnské právnické fakultě.³ S osobností oslavence má toto téma společného více, než by se mohlo na první pohled zdát. Není to totiž jen samotné římské právo, co je spojuje. Stačí připomenout, že jediný skutečný brněnský meziválečný romanista – profesor Jan Vážný – byl před svým příchodem do Brna předchůdcem profesora P. Blaha na jeho dřívějším dlouholetém působišti – na Právnické fakultě Komenského univerzity v Bratislavě – nebo že se v Trnavě habilitovala jediná současná brněnská docentka římského práva Michaela Židlická.

1. Římské právo ve studijních plánech brněnské fakulty

Právní úprava právnického studia a postavení vysokoškolských učitelů platná v první Československé republice⁴ vycházela z rakouských předpisů, částečně přizpůsobených novým poměrům. Platný rakouský zákon č. 68/1893 ř. z. o právovědeckých a státovědeckých studiích a zkouškách státních hned

¹ VÁŽNÝ, J.: Teorie římského práva a moderní právní věda, in: Časopis pro právní a státní vědu, roč. 18/1935, s. 344.

² VÁŽNÝ, J.: Reforma právnického studia, in: Vědecká ročenka PF MU, roč. XIII – 1934/1935, s. 44.

³ Autorovi posloužil jako podklad pro tento článek jeho text Brněnská právnická fakulta v meziválečném období let 1919-1939, připravený jako dílčí výstup z grantového úkolu Ústavu právních dějin Právnické fakulty UK v Praze „Československé právo a právní věda v meziválečném období“.

⁴ K tomu podrobněji 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.

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 nabyl působnosti od zimního semestru 1919/1920.⁵ Zákon č. 290/1919 Sb. z. a n. především stanovil studijní dobu, pozměnil názvy některých předmětů, aby odpovídaly novým státoprávním poměrům, a upravoval strukturu obligátních (povinných) předmětů. V prvním studijním oddíle, tvořeném prvními třemi semestry osmismestrálního studia, se po úpravách přednášelo pět obligátních kolegií. První místo mezi nimi zaujímal římské právo (obligátní dále byly přednášky z církevního práva, dějin veřejného a soukromého práva a dějin práva na území republiky Československé a konečně také přednáška z filosofie, absolvovaná na filosofické fakultě). Římské právo se vyučovalo v rozsahu alespoň šestnácti hodin týdně, rozdělených nejméně do dvou semestrů. Tak vysokou hodinovou dotaci nedostal žádný jiný předmět prvního oddílu studia a byla srovnatelná jen s dotací pro nosnou disciplínu druhého studijního oddílu, tj. pro občanské právo hmotné, které se mělo vyučovat v rozsahu nejméně osmnácti hodin.⁶ Hodinovou dotaci obligátních kolegií v jednotlivých semestrech někdy pokrývalo více samostatných přednášek (dnes bychom řekli cyklů přednášek, předmětů studijního plánu) a tak tomu zpravidla bylo i u římského práva. Výuku římskoprávních disciplín nejdříve obětavě zajišťoval benjamínek původního profesorského sboru, mimořádný profesor obchodního práva Rudolf Dominik a vedle něj – ovšem spíše jen symbolicky – také civilista profesor Jaromír Sedláček. Brzy a pak až do roku 1939 se rozvíjení tohoto oboru spojilo s osobou Jana Vážného.

Jako jeden z klíčových předmětů prvního oddílu studia se římské právo zkoušelo v rámci historickoprávní státní zkoušky⁷ a pochopitelně je najdeme i mezi předměty prvního – historickoprávního – rigorosa.⁸

⁵ Přestože se už od devatenáctého století diskutovalo o reformě právnického studia, tento zákon na dřívější reformní snahy přímo nenavazoval. Vznikl především z naléhavé potřeby uzpůsobit některé organizační formy studia podmínkám v novém státě. Zaváděl jen některé dílčí změny, protože, jak se zkušeně uvádělo v důvodové zprávě, „nic není tak nebezpečné, jako experimentovati v těchto věcech“; (Vládní návrh 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).

⁶ Pro srovnání: dále následovalo občanské soudní řízení s dvanácti hodinami a dva předměty s deseti hodinami: trestní právo a trestní řízení a nauka o národním hospodářství a národohospodářská politika.

⁷ Historickoprávní zkouška zahrnovala zkoušku z římského práva, církevního práva, dějin veřejného a soukromého práva ve střední Evropě a dějin práva na území Československé republiky. Stejnou strukturu mělo i první rigorosum.

⁸ Do organizace rigorosních zkoušek (z. č. 57/1872 ř. z.), kterým se vydávají nová ustanovení o tom, jak lze nabýti doktorátu na fakultách světských) vláda zasáhla krátce po

2. „Hostující profesori“

Označení „hostující profesori“ jsme si vypůjčili pro ty zmíněné brněnské učitele, kteří se římskému právu věnovali jen vedle svého nominálního oboru.

První z nich Rudolf Dominik (*1889 v Boskovicích),⁹ promoval v roce 1914 a krátce pracoval v soudní službě a u finanční prokuratury. Pak jako advokátní koncipient navštěvoval Weyrův a Englišův vědecký seminář na brněnské technice, kde si získal sympatie jeho vedoucích.¹⁰ Klíčovým rokem Dominikovy vědecké kariéry byl rok 1919. Se začátkem roku nastoupil na českou techniku jako suplent a v červenci téhož roku se tu habilitoval pro obor správních věd. Těžiště své práce však ještě v tomtéž roce přenesl na nově budovanou právnickou fakultu, i když nadále přednášel i na technice. Patřil přímo k zakladatelům brněnské právnické fakulty, protože na ni byl jmenován jako mimořádný profesor správní vědy a správního práva už v létě roku 1919. Na fakultě v prvních letech v zimním semestru zajišťoval výuku *Institucí římského práva, Civilního římského procesu a Gaiových Institucí (četba a výklad vybraných partií a odpovídajících pasáží z Pandekt)*, případně přednášel i *Základy římské ústavy a správy*. V letním semestru pak podával šestihodinovou přednášku *Pandekty*.¹¹ Od akademického 1925/1926 jej při výuce stěžejních romanistických disciplín, označovaných již jako *Systém římského práva*, a *Dějiny a systém římského práva*, nahradil Jan Vážný, který krátce na to po svém jmenování na fakultu převzal veškerou romanistickou výuku.

Druhý „host“ mezi romanisty, Jaromír Sedláček (*1885 ve Slavkově), s jehož osobou je spojeno především rozvíjení vědy občanského práva, se na přímé výuce římského práva kratičce a dílčím způsobem podílel jen na samém začátku, kdy vyučoval *Římské právo rodinné*. Promoval na pražské právnické fakultě v roce 1909, věnoval se soudní a advokátní praxi, pracoval v pojišťovně a nakonec v administrativě zemského výboru v Brně. Také on patřil k frekventantům Weyrova semináře na české technice a podobně jako mnozí

vzniku republiky nařízením č. 235/1919 Sb. z. a n. o některých změnách rigorózního řádu pro fakulty věd právních a státních.

⁹ V mnoha materiálech profesora Dominika se jako rok narození uvádí rok 1890, ale podle rodného listu uloženého v Moravském zemském archívu, jak ověřil dr. Ondřej Horák, se narodil 6. října 1889. Jinak jsou osobní údaje čerpány z Dominikových materiálů uložených v Archivu Masarykovy Univerzity (MU) v Brně, osobní fond Rudolf Dominik, K – 31/699.

¹⁰ Se svými učiteli se ovšem v následujících letech odborně i lidsky rozešel.

¹¹ Informace o vyučovaných předmětech in pravidelně vydávané příručky *Seznam přednášek, které se budou konati na Masarykově universitě v Brně* (Brno: Nákladem MU v Brně).

jeho kolegové přejal od svého učitele normativistický přístup ke zkoumání práva. Na technice se v roce 1917 habilitoval pro občanské a obchodní právo a po Weyrově a Englišově odchodu z této školy nastoupil v roce 1920 na uvolněný profesorský post. Krátce na to (1921) však své učitele následoval a jako mimořádný profesor občanského práva přešel na Právnickou fakultu Masarykovy univerzity. V roce 1924 dosáhl řádné profesury a brzy vyrostl v jednu z nejvýraznějších osobností fakulty.

3. Jan Vážný a jeho vědecká tvorba

Spojení „římské právo a meziválečná brněnská fakulta“ ovšem evokuje především jméno Jana Vážného (*1891 v Praze). Tento žák Leopolda Heyrovského a Josefa Vančury a původně soudce přešel na brněnskou fakultu¹² až po té, co se nejdříve stal soukromým docentem v Praze (1920) a pak si jako romanista začal získávat jméno na bratislavské právnické fakultě, kde se v roce 1921 stal mimořádným profesorem a do roku 1927 vyrůstal vedle profesora Otakara Sommera. Jeho spolupráce s brněnskou fakultou ovšem sahala až do začátku dvacátých let, protože už v akademickém roce 1921/1922 tu přednášel *Právní prameny římské* a vedl seminář a vědecká cvičení z římského práva (a také podával *Úvod do papyrologie*). Ještě v době svého hostování z Bratislavy přednášel také *O metodě interpolační a jejím významu pro poznání římského práva*.

Na brněnské fakultě jej plně pohltilo množství výuky. Po svém nástupu pravidelně v zimním semestru přednášel *Systém římského práva I.* (6 hodin) a *Prameny římského práva* (2 hodiny) a v létě *Dějiny a systém římského práva II.* (8 hodin) a mimo to vedl po oba semestry seminární cvičení, případně i praktická cvičení. Přesto několikrát aktivně navštívil mezinárodní romanistické kongresy, publikoval drobnější i obsáhlejší studie¹³, často v italských časopisech, a zejména kvalitně přeložil učebnici významného italského romanisty a svého učitele Pietra Bonfanteho.¹⁴ Ve vlastním

¹² Na fakultě vznikl pro prvorepublikové poměry zcela nezvyklý rodinný klan, protože tu jako soukromý docent působil také mladší bratr Jana Vážného komercionalista František Vážný ml. a jako suplent a pak neplacený řádný profesor také jejich strýc, procesualista a skvělý praktik František Vážný st. /s jeho jménem se pojí Sbírka rozhodnutí nejvyšších stolic soudních republiky československé. (Praha: Nejvyšší soud 1919 – 1949), která je mezi právníky respektovaným pojmem dodnes/.

¹³ Například: *Naturalis obligatio*. In: *Studi in onore di P. Bonfante*. Vol. IV. Pavia : Premiata tipografia successori fratelli Fusi 1929, s. 131 – 180.

¹⁴ BONFANTE, P.: *Institute římského práva*. Brno: Čs. A. S. Právník, 1932.

originálně pojatém dvojdílném učebnicovém textu *Římské právo obligační*¹⁵ se pokusil na rozdíl od dřívějších učebnic, zaměřujících se především na justiniánské právo, podobně jako ve svých monografických pracích zachytit vývoj jednotlivých institutů, a tak podat obraz o způsobu i proměnách římskoprávního myšlení. V návaznosti na obligační právo, ale zároveň jako jedna z částí nového učebního textu *Soustava práva římského*, mu v roce 1937 vyšla práce *Vlastnictví a věcná práva*.¹⁶ Po druhé světové válce vydal Čs. A. S. Právník zásluhou profesora Hynka Bulína z dochovaného rukopisu jeho učební text *Soustava práva římského. Díl I., Nauky všeobecné*¹⁷ a znovu obě části *Římského práva obligačního*.¹⁸

Jan Vážný se jako první z českých romanistů nechal ovlivnit italskou školou, čímž se výrazně odlišil od generace svých učitelů (ostatně v Itálii studoval, v letech 1919/1920 u zmíněného profesora P. Bonfanteho a v roce 1922 krátce i u profesora S. Riccobona, a stal se také členem Instituti di studi legislativi v Římě).¹⁹ Už v době svého působení na bratislavské fakultě publikoval několik zajímavých prací. Práce *Actiones poenales* z roku 1923²⁰ vycházela z jeho ještě pražské stejnojmenné habilitační práce a navazovala na nejnovější výsledky italské romanistické vědy. Pracoval v ní interpolační metodou, jak ji pojímali italští romanisté, tedy kladl důraz na logická hlediska a méně se věnoval hlediskům jazykovým a stylistickým. Ve vlastním textu vycházel ze známého faktu, že klasické římské právo vlastně tvořil systém žalob (actiones). Pojednal o vývoji soukromoprávních deliktů a pak se soustředil na penální žaloby a hlavní problémy s nimi spojené. Jeho „italská“ orientace je zřetelná i z výběru literatury. Z roku 1925 pochází Vážného práce *Custodia v právu římském*,²¹ opět demonstrující jeho „bonfantovské“ myšlení.

V práci *Římský civilní proces*²² popsal vývoj civilního procesu v jeho třech historických formách, tj. nejdříve jako procesu legisakčního, pak formulového a nakonec extraordinárního. V porovnání s prací jeho učitele Leopolda

¹⁵ VÁŽNÝ, J.: Římské právo obligační. I. a II. Bratislava: PF UK 1924 a 1927.

¹⁶ VÁŽNÝ, J.: Soustava práva římského. Díl II. Vlastnictví a věcná práva. Brno: Čs. A. S. Právník 1937.

¹⁷ VÁŽNÝ, J.: Soustava práva římského. Díl I. Nauky všeobecné. Brno: Čs. A. S. Právník 1946.

¹⁸ VÁŽNÝ, J.: Římské právo obligační. I. a II. Brno: Čs. A. S. Právník 1946.

¹⁹ Archiv MU, osobní fond Jan Vážný, 231/4313.

²⁰ VÁŽNÝ, J.: Actiones poenales. Pojem a struktura soukromých žalob trestních ve vývoji práva římského a hlavní problémy romanistické sem se vztahující. Bratislava: PF UK 1923.

²¹ VÁŽNÝ, J.: Custodia v právu římském. Příspěvek k vývoji a úpadku soukromoprávního ručení za výsledek. Bratislava: PF UK 1925.

²² VÁŽNÝ, J.: Římský civilní proces. Praha: Melantrich 1935, 127 s.

Heyrovského, věnovanou stejnému problému a detailně pojednávající o jednotlivých procesních institutech,²³ jde o syntetickou práci, snažící se zachytit to, co vtisklo římskému civilnímu procesu jeho charakteristickou podobu a co působilo na rozvoj právního myšlení ve starověkém Římě. Jako základní charakteristický rys klasického římského civilního řízení zdůraznil oddělení jurisdikční činnosti, která v první fázi řízení (*in iure*) příslušela státním orgánům (magistrátům, zejména praetorům), a činnosti judikační, svěřené v řízení *apud iudicem* soukromým rozhodcům (“*porotcům*”). Oprávněně pak věnoval pozornost litiskontestaci, v níž shledal jak soukromoprávní, tak veřejnoprávní prvky, a vztahu procesu k hmotnému právu. Tu upozornil především na hlavní rozdíl, který plyne z toho, že moderní proces vychází ze žaloby jako obecného právního prostředku k uplatnění hmotněprávních nároků, zatímco v římském právu se vyvinula celá řada typizovaných *actiones*. Ukázal také, že pojem žaloby (*actio*) ve svém hmotněprávním rozměru splýval s povinností, resp. neuspokojeným nárokem.

Ke konci třicátých let se pozornost profesora Vážného obrátila k problémům dědického práva. Po několika dílčích studiích své bádání – bohužel nejen o tomto problému – v roce 1940 završil nevelkou prací *Pupílární substituce ve vývoji římského práva*.²⁴

Jan Vážný vykládal římské právo s využitím historickoprávních postupů. Františku Weyrovi se jeho přístup jevil jako „*specializující se na detailní otázky a jinak málo zajímavý*“. Vytýkal mu, že on a jeho kolegové sdílí názor, že „*vlastní dogmatika římského práva, tedy to, co se obvykle nazývá také právní „teorii“, to jest jeho pojmosloví, definice atd., je něco naprosto dokonalého, a tudíž pro všechny časy nedotknutelného a nezměnitelného*“,²⁵ a že vůbec nejvíce zájem o nové trendy v právní vědě, tedy jinak řečeno o jeho normativní teorii. Toto své stanovisko podrobněji prezentoval v roce 1935 na stránkách Časopisu pro právní a státní vědu.²⁶ Jak jsme se snažili výše naznačit, jeho odsudek by snad bylo možné vztáhnout na zaměření starších romanistů, ale právě profesor Vážný se snažil o poněkud jiný přístup a také se vůči těmto výtkám v tomtéž časopise kultivovaně ohradil. Především upozornil na to, že si romanisté jsou již dávno vědomi, že římsští právníci byli především praktiky, a že „*teorie*“ římského práva je až výsledkem práce středověkých a novověkých

²³ HEYROVSKÝ, L.: Římský civilní proces. Bratislava: PF UK 1925.

²⁴ VÁŽNÝ, J.: Pupílární substituce ve vývoji římského práva. (K dějinnému vývoji dědického náhradnictví). Praha: ČAVaU 1940, 64 s.

²⁵ WEYR, F.: Paměti 2. Za republiky (1918 – 1938). Brno: Atlantis, 2001, s. 72.

²⁶ WEYR, F.: Právní věda jako věda o rozdílech, in: Časopis pro právní a státní vědu, roč. XVIII/1935, s. 240 a n.

právnických škol, příkře odmítaných už humanisty i historickoprávní školou. Snažil se však zejména dokázat, že se novým podnětům rozhodně nebrání. Například v tom, jak římsští právníci vnímali uspořádání právního řádu, shledal názorný příklad hierarchické struktury právního řádu v normativistickém pojetí. V samotném závěru pak konstatoval, že *„obecná teorie právní může dát i romanistovi impuls k plodným konstruktivním úkolům, jež po případě povedou k pojmovým vytříbením, prohlubujícím naše pochopení velikosti římského práva“*.²⁷

V článku věnovaném počtě profesora Petera Blaha snad nebude nemístné, když si ke konečnému zhodnocení osobnosti Jana Vážného vypůjčím slova oslavence, s nimiž nejde než plně souhlasit: *„Jan Vážný bol za svojho života považovaný za výraznú romanistickú osobnosť a za najvýznamnejšieho reprezentanta talianskej doktríny rímskeho práva“*, a jeho *„vývojový osobnostný proces ..., podložený solidnými vedeckými výsledkami, úspešne začal v Prahe u Heyrovského a Vančuru, naplno sa rozvinul v spolupráci so Sommerom v Bratislave a vyvrcholil v Brne, žiaľ, s tragickým ukončením.“*²⁸

4. Tragický epilog

Povzdech profesora P. Blaha o tragickém ukončení životní dráhy Jana Vážného se dotýká toho, že pro všechny tři brněnské učitele podílející se na výuce římského práva, i když pro každého jiným způsobem, se stalo osudným období nacistické okupace. Potvrdilo se při tom, jak zlomová období i v lidských vztazích a osudech vše vyostřují a dokáží zásadně změnit a často přímo proti sobě postavit i osudy lidí, kteří si v „normálních“ dobách byli docela blízcí (a naopak – což ovšem není tento případ – někdy zase sblížit ty, kteří si dříve byli povahově nebo názorově zcela cizí).

První z trojice – Rudolf Dominik – už za první republiky hledal politické uplatnění. Jak se zdá, byl zastáncem rasantních řešení, protože jeho cesta jej od sociální demokracie (a předsednictví ve Společnosti pro sblížení s novým Ruskem) velkým obloukem přivedla až k českým fašistům (a pak i členství ve výboru České ligy proti bolševismu). V jeho přesvědčení o oprávněnosti vlády silné ruky jej zřejmě ještě utvrdily dočasné Hitlerovy úspěchy, takže

²⁷ VÁŽNÝ, J.: Teorie římského práva a moderní právní věda, in: Časopis pro právní a státní vědu, roč. XVIII/1935, s. 347.

²⁸ BLAHO, P.: Jan Vážný (1891–1942). In: Právníci na Univerzite Komenského v Bratislave. 75 rokov činnosti Právnickej fakulty UK (1921–1996). Bratislava: Vydavateľské oddelenie PF UK, 1996, s. 164.

za okupace přijal funkci pověřence ministra lidové osvěty pro veřejnou osvětovou službu (VOS), která organizovala a konala osvětově politické přednášky pro veřejnost, a velmi aktivně se v této funkci angažoval.²⁹ Podle mínění jeho bývalého kolegy Vladimíra Kubeše však při tom z politických důvodů žádnému konkrétnímu člověku neublížil.³⁰ Nicméně na základě svých aktivit byl po skončení války vyloučen z učitelského sboru brněnské fakulty, postaven před Národní soud a v roce 1947 ve společném procesu s Rudolfem (Radolou) Gajdou odsouzen k trestu dvouletého těžkého žaláře (téměř celý si jej odpykal v zajišťovací a vyšetřovací vazbě), ke ztrátě občanské cti na dobu deseti let a k propadnutí poloviny jmění ve prospěch státu.³¹

Druzí dva brněnští učitelé římského práva politické uplatnění nehledali, ovšem pověstná „válečná mašinerie“ je přesto semlela. Osud Jaromíra Sedláčka měl příchuť tragické ironie a dokládá absurditu válečných dob: krátce před blížícím se osvobozením se stal obětí spojeneckých náletů, když zahynul „*kráčeje po Husově třídě pod Špilberkem*“.³² Tragického konce Jana Vážného jsme se již krátce dotkli a ani nepotřebuje zvláštního komentáře. Je totiž typickým příkladem osudu mnoha nevinných obětí druhého světového válečného konfliktu. Výborný brněnský romanista byl v roce 1941 spolu s dalšími bývalými vysokoškolskými učiteli uvězněn a v následujícím roce zahynul v koncentračním táboře v Mauthausenu. Na poválečnou právnickou fakultu se tak vrátil jen zprostředkovaně, totiž zmíněnými vydáními svých učebních textů.

²⁹ K tomu: Archiv MU, osobní fond Rudolf Dominik, K – 31/699.

³⁰ KUBEŠ, V.: Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu. I. Brno: MU 1995, s. 231.

³¹ Rozsudek Národního soudu ze 4. května 1947, č. TNs 13/47, 175.

³² K obětem okupace zejména BULÍN, H.: Za oběťmi persekuce, in: Časopis pro právní a státní vědu, roč. XXVII/1946, s. 10-19.

Pomponius D. 41,1,54,2: Ursprung der eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung *

Andreas Wacke

Eine zunehmende Verwendung römischrechtlicher Argumente in dogmatischen Untersuchungen zum geltenden Recht glaubte KLAUS LUIG für die letzten Jahre feststellen zu können.¹ Und Dieter Simon sprach „Vom Segen historischer Betrachtung für die Rechtsanwendung“.² Unter dem Motto „schlag nach bei Justinian“ warb sogar die Zeitschrift „Betriebsberater“ für eine verstärkte Beschäftigung mit den Digesten, weil bessere historische Kenntnisse die moderne Rechtsentwicklung beschleunigen könnten.³ Anhand zweier arbeitsrechtlicher Beispiele⁴ wollten die beiden Autoren zeigen, „daß es selbst für den modernen Juristen nicht abwegig ist, ab und an das Corpus Iuris zu konsultieren“. Daß die Sphärentheorie bezüglich der Lohngefahr bei persönlicher Verhinderung des Dienstnehmers bereits dem römischen

* Aktualisierte Fassung meines Aufsatzes aus der für Rechtshistoriker schwer zugänglichen Zeitschrift: *Recht der Arbeit* [im folgenden: RdA] 40 (1987) 321-327. Zitiert wird jener Beitrag von ALFRED SÖLLNER in: J. M. Rainer (Hrsg.), *Corpus der Römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei [CRRS]*, Teil IX: Irrtümlich als Sklaven gehaltene freie Menschen und Sklaven in unsicheren Eigentumsverhältnissen (*Homines liberi et servi alieni bona fide servientes*), Stuttgart 2000, 98 f., 100. Eine leicht veränderte englische Fassung aus der Tydskrif vir die Suidafrikaanse Reg 1992, 369-390 wurde wieder abgedruckt in WACKE, *Estudios de Derecho romano y moderno en cuatro idiomas* (Madrid 1996) S. 399 ff. Die auf CDRom gespeicherte *Bibliotheca Iuris Antiqui (BIA)*, 2. Aufl. 2000/2002) zitiert nur die englische Kurzfassung. Dies mag den Wiederabdruck der verbesserten deutschen Originalversion in dieser meinem verehrten Freunde PETER BLAHO gewidmeten Festschrift rechtfertigen.

¹ LUIG, *Digesten und Dogmatik*, *Rechtshistorisches Journal* [künftig RJ] 5 (1986), S. 290-323. Siehe auch LUIG, *Bestätigung durch Rechtsgeschichte*, *Quaderni Fiorentini* 14 (1985) S. 601 ff. Aber dies ist vielleicht nur ein frommer Wunsch. Aus den Lehrbüchern zum geltenden Recht verschwinden rechtsgeschichtliche Hinweise zunehmend, siehe unten Fn. 87.

² SIMON, RJ 4 (1985), S. 272-275. Dort auch S. 249 ff., 268 ff. Reflexionen von MICHAEL STOLLEIS und THEO MAYER-MALY über die Aufgaben der Rechtsgeschichte, sowie von WOLFGANG WIEGANDS. 275 ff. zu GERHARD DILCHER, *Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemäßen Zivilrechtswissenschaft*, *Archiv für die zivilistische Praxis [AcP]* 184 (1984), S. 247-288.

³ TRINKNER/WOLFER, *Modernes Arbeitsrecht und seine Beziehungen zum Zivilrecht und seiner Geschichte* (im Festheft zum 40jährigen Jubiläum des Betriebsberaters), *Betriebsberater [BB]* 1986, S. 4-9.

⁴ S. 8 f.: Unzulässige Kündigungsbehinderung und *exceptio onerandae libertatis causa* sowie Verzicht auf Kündigungsschutz in Ausgleichsquittungen und *stipulatio Aquiliana*.

Spätklassiker Julius Paulus (um 200 n. Chr.) bekannt war (D. 19,2,38), kann man zuweilen in einem mittelgroßen Handkommentar zum BGB lesen.⁵ Die genannten Beispiele⁶ möchte ich um ein weiteres, weniger bekanntes vermehren; es betrifft die aktuelle Frage der eingeschränkten Haftung von Arbeitnehmern bei sogenannter schadensgeneigter (oder gefahrgeneigter) Arbeit.⁷

I. Tradierte Wurzeln der gegenwärtigen Rechtslage

1. „Das 19. Jahrhundert und die Väter des BGB haben unser Problem so gut wie übergangen“ schrieben Gamillscheg und Hanau:⁸ „Die neuere Lehre ist jüngeren Datums; auch aus der wohl ältesten überlieferten englischen Entscheidung aus dem Jahre 1406“ (über die Verantwortlichkeit eines Kutschers für infolge seiner Nachlässigkeit umgekommenes Zugvieh) sei für sie nichts zu gewinnen. Ein Urteil des Arbeitsgerichts Plauen von 1936 gilt gemeinhin als Ausgangspunkt für die spezifisch arbeitsrechtliche Einschränkung des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs aus § 276 BGB.⁹

Uwe Reinhardt und Günther Bernert nahmen die Mühe auf sich, Rechtslage und Rechtslehre in den Jahrzehnten vor und nach Erlass des BGB genauer

⁵ G. KÜCHENHOFF in: Erman, BGB-Kommentar (7. Aufl. 1981) § 615 BGB Randnummer 10. Zur historischen Entwicklung bis heute eingehend WILH. MOLL, Dienstvergütung bei persönlicher Verhinderung: Ein historisches Problem und seine heutige Bewältigung, RdA 1980, S. 138, 142 ff.; weitere Hinweise bei MAYER-MALY, RdA 1967, S. 285 (vgl. u. Fn. 6) und A. SÖLLNER, Der Arbeitsvertrag im 19. Jh., in: Studien zur europäischen Rechtsgeschichte (H. Coing gewidmet, 1972), S. 288 ff., 295 Fn. 22.

⁶ Vgl. überdies MAYER-MALY, Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts, RdA 1967, S. 285 ff., DERS., Vorindustrielles Arbeitsrecht, RdA 1975, S. 60 ff.

⁷ Über die von der Rechtsprechung des deutschen Bundesarbeitsgerichts entwickelten Grundsätze der Haftungsmilderungen bei schadensgeneigter Arbeit (welche im folgenden der Kürze halber vorausgesetzt werden) berichte ich einleitend in der englischen Version (o. Fn. *) S. 399-402. Darauf sei an dieser Stelle verwiesen.

⁸ GAMILLSCHEG/HANAU, Die Haftung des Arbeitnehmers (2. Aufl. 1974) S. 7.

⁹ In: Arbeitsrechts-Sammlung [ARS] 29, S. 62; wiedergegeben von RICHARDI, JZ 1986, S. 797; vgl. SLAPNICAR/M. REUTER, Juristische Arbeitsblätter [JA] 1986, S. 473, die überdies auf ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Gleiwitz von 1935, in: ARS 26, S. 129 hinweisen. Vgl. auch bereits OLG Hamburg, Seufferts Archiv 48 (1892) Nr. 181: Keine Haftung eines Sekretärs für versehentliches Auslassen einer Zeile beim Abschreiben, wodurch 1800 Mark Schaden entstand, weil „bei rein mechanischer Schreibtätigkeit naturgemäß leicht ein Versehen unterlaufen kann.“ Schon früh (um 1900) nahmen die Gerichte ein Mitverschulden des Arbeitgebers an, wenn er unreife oder unzureichend instruierte Arbeitnehmer mit schwierigen Aufgaben betraute; s. REINHARDT (Fn. 10) S. 265 f.

zu analysieren.¹⁰ Dabei zeigte sich, daß das anschauliche und praxisnahe *Gesinde recht* die Frage viel elastischer und arbeitnehmerfreundlicher regelte als die dem Arbeitsleben ferner stehenden großen Pandektenlehrbücher. Bereits nach dem sehr kasuistischen Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 mußten „gemeine Handarbeiter gegen den Dingenden, als gegen einen Dritten, nur ein grobes oder mäßiges Versehen vertreten“.¹¹ Für geringe Versehen (*culpa levissima*) hafteten sie folglich nicht, außer bei Übertretung einer ausdrücklichen Dienstvorschrift. Ähnliche Haftungsbefreiungen für geringe Versehen enthielten die meisten Dienstboten- und Gesindeordnungen. Danach sollten sich beispielsweise „die Herrschaften christlich und milde gegen das Gesinde erweisen (und) nicht jeden geringen Schaden sogleich vom Lohn abziehen“.¹² Mit der Aufhebung des nach 1900 zunächst fortgeltenden Gesinderechts durch den Rat der Volksbeauftragten vom 12. November 1918¹³ wurden diese Bediensteten formellrechtlich dem strengeren Haftungsmaßstab des § 276 BGB unterworfen. Eine Haftungsverschärfung war indessen schwerlich mit der Beseitigung dieser Sondermaterie bezweckt. Zur Ausfüllung dieser unbeabsichtigt nachträglich entstandenen Gesetzeslücke empfahlen die Arbeitsämter bisweilen durch den Entwurf von Normalarbeitsverträgen entsprechende einzelvertragliche Regelungen.¹⁴

2. Die Lehrbücher des gemeinen Pandektenrechts ließen den Arbeiter demgegenüber, sofern sie auf die Frage überhaupt eingehen,¹⁵ für jedes

¹⁰ U. REINHARDT, Die Haftung des Arbeitnehmers nach der Vorstellung des Gesetzgebers des BGB und seiner Zeit (von der Pandektistik bis 1918), RdA 1965, S. 259-266. Materialreich, jedoch dem ganzen Arbeitsvertrag gewidmet (daher für unsere konkrete Frage nur abschnittsweise zu konsultieren): G. BERNERT, Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhundert (1972) nach Register unter „Schadensersatz“, „Verschulden“. Vgl. auch SÖLLNER (Fn. 5) S. 296.

¹¹ ALR I 11 § 899; nach späterer revidierter Fassung § 591; abgedruckt auch bei BERNERT S. 334, 340. Nicht übersehen darf man dabei jedoch, daß nach ALR I 5 §§ 278 ff. generell nur für mäßiges Versehen bei allen Verträgen gehaftet wurde, und zwar beiderseits, d. h. auch umgekehrt haftete der „Arbeitsherr“ dem Arbeiter nicht strenger, s. SCHUBERT (u. Fn. 29) S. 597.

¹² Gesindeordnungen für Hamburg-Bergedorf und Geest; vgl. REINHARDT (Fn. 10), S. 260. Schon um 1750 verordneten Gesindeordnungen Strafen und Ersatzpflichten für aus Mutwillen oder Eigensinn angerichtete Schäden, aber nicht für alle „ungeflissentlichen Versehen“. Die strenge Fahrlässigkeitshaftung galt allerdings für spezielle Dienstverrichtungen: G. K. SCHMELZEISEN, Polizeiordnungen und Privatrecht (1955) S. 248.

¹³ Vgl. W. HARTMANN in: Soergel, BGB-Kommentar (11. Aufl. 1983), Bem. zu Art. 95 EGBGB.

¹⁴ Z. B. Normalarbeitsvertrag für Hausangestellte des Arbeitsamtes Frankfurt/M. von 1919: „Für nicht mutwillig zerbrochene Gegenstände, Küchengeschirr usw. dürfen Lohnabzüge nicht gemacht werden.“ Vgl. REINHARDT (Fn. 10), S. 261.

¹⁵ Nicht behandeln sie z. B. DERNBURG/SOKOLOWSKI, System der Pandekten (8. Aufl.

Verschulden (*omnis culpa*) haften, für Vorsatz sowohl wie für Nachlässigkeit, mithin auch für leichte Fahrlässigkeit.¹⁶ Jedoch läßt sich keine einzige Quellenstelle im Corpus Iuris Civilis finden, die diese strenge Haftung für den speziellen Fall der Dienstmiete aussprechen würde. Vielmehr existieren nur zwei generelle Auflistungen Ulpians von denjenigen Vertragstypen, bei denen für *dolus* und *culpa* gehaftet werden muß.¹⁷ Dabei wird auch die *locatio conductio* erwähnt; aber das außerordentlich weite Vertragsformular der Verdingungs- oder Überstellungsverträge deckte bekanntlich drei bis vier verschiedene Vertragstypen, nämlich Miete und Pacht, Dienstvertrag und Werkvertrag.¹⁸ Der Schluß von einem dieser Untertypen auf alle anderen ist somit nicht zwangsläufig (vgl. unten Fn. 67); tatsächlich waren Einzelfragen unter den klassischen Juristen auch durchaus streitig.¹⁹ Wie wenig aussagekräftig die beiden Haftungslisten Ulpians für den Arbeitsvertrag letztlich sind, ist schon daran zu erkennen, daß die beiden wichtigsten neueren rechtsgeschichtlichen Monographien zum Thema nicht näher auf sie eingehen.²⁰

Der zweite Ulpianextext (Fn. 17) begründet die *culpa*-Haftung von *locator* und *conductor* mit dem beiderseitigen Nutzen aus dem entgeltlichen Verträge, der wechselseitigen *utilitas*. Diese *do ut des*-Voraussetzung des Synallagmas trifft formal auch für die Dienstverdingung zu. Dabei übersahen die Pandektenlehrer

1912) II § 369. Zum Desinteresse der Pandektenlehrbücher (auch der mehrbändigen) an der Dienstmiete s. SÖLLNER (Fn. 5) S. 298. DERNBURG widmete ihr z. B. nur knapp zwei Druckseiten (a.a.O. S. 787 f.).

¹⁶ Repräsentativ WINDSCHEID/KIPP, Pandekten II (9. Aufl. 1906/1963) S. 744 f., § 401. Viele weitere Belege bei REINHARDT, RdA 1965, S. 259 f.; BERNERT (Fn. 10) S. 41, Fn. 249 ff., S. 263.

¹⁷ D. 50,17,23 (Ulpian libro 21. ad Sabinum): ...*dolum et culpam recipiunt mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum*... (in Abgrenzung von den Verträgen, die nur für Vorsatz verantwortlich machten, sowie unter Ausgrenzung der *vis maior*). – D. 13,5,5,2 a E. (Ulpian libro 28. ad edictum, à propos der Haftung des Entleihers): *sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato*... (es folgen drei weitere Vertragstypen) *et dolus et culpa praestatur*.

¹⁸ M. KASER, Das Römische Privatrecht I (2. Aufl. 1971) S. 562 f.; D. LIEBS, Römisches Recht (5. Aufl. 1999) S. 248 ff. Überblick über die Sorgfaltsanforderungen bei allen Typen der *locatio conductio* im antiken Recht und im neueren Pandektenrecht bei H. J. HOFFMANN (unten Fn. 27), S. 29 ff., 216 f.

¹⁹ Z. B. war Julian D. 19,2,33 für eine Garantiehafung des Verpächters; anders sein Schüler Afrikan: WACKE, Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt, in: Aufstieg und Niedergang der röm. Welt II 15 (1976) S. 455 ff., 475 ff.

²⁰ DE ROBERTIS, I rapporti di lavoro nel diritto romano (Milano 1946) vgl. zur Haftungsfrage S. 150 f.; MAYER-MALY, Locatio conductio (1956) zu den Haftungskriterien S. 189 ff. (darin aufschlußreich S. 224 ff. über die *locatio conductio* und die sozialen Fragen der Antike). Der wichtige Pomponiustext (unten II) wird in beiden Werken allerdings ebensowenig behandelt.

jedoch, daß einem Lohndiener angesichts seines meist zu geringen Entgelts die Tragung der Risiken aus leicht fahrlässiger Beschädigung von Sachen seines Herrn regelmäßig nicht zugemutet werden kann. Das Haftungsprinzip *alterum non laedere* bedarf daher insoweit einer Einschränkung. Der Satz *casum sentit dominus* muß im Gegenzug dazu erweitert werden, weil für das Betriebsrisiko weder am formalen Eigentumsbegriff noch am üblichen Zufallsbegriff angeknüpft werden darf. Insbesondere hat der Betriebsinhaber nicht nur Unfallsschäden, sondern auch leicht fahrlässige Schädigungen durch seine Arbeitnehmer zu tragen, da er sie auch tragen müßte, wenn er sie sich selbst zugefügt hätte; die Arbeitsteilung sollte insoweit keine Risikoverlagerung mit sich bringen.²¹ Nur wo die Entgeltshöhe eine solche Risikoübernahme tragbar erscheinen läßt, ist sie angemessen. Das Utilitätsprinzip (rein altruistisch Handelnde haften milde, auch egoistisch Handelnde haften streng)²² hätte also nicht formal verstanden werden dürfen (ob überhaupt ein Entgelt vereinbart ist), sondern die Höhe des Entgelts wäre mit zu berücksichtigen. In den Pandektenlehrbüchern ist dieser Gedanke jedoch noch nicht anzutreffen.

3. Stattdessen wurde vor 1900 diskutiert, ob der *locator* nicht sogar für gewisse Zufallsschäden aufzukommen habe, nämlich soweit er für zu bearbeitende Sachen deren Bewachung (*custodia*) übernommen hat. Die zum Beleg hierfür angeführten Digestenstellen²³ betreffen hingegen nicht die Dienstmiete, sondern die Werkmiete (*locatio conductio operis*), also selbständige Unternehmer. Die Rechtslehre hielt gleiches jedoch auch beim Dienstvertrag für angemessen und ließ den Bediensteten hinsichtlich ihm übergebender Sachen seines Dienstherrn (Werkzeug und Material) auch für leichtes Bewachungsverschulden (*levis culpa in custodiendo*) eintreten (vgl. die Nachweise o. Fn. 17).

4. Die strenge Haftung des Arbeitnehmers nach den Pandektenlehrern beruht also einerseits auf der noch bei ihnen unzureichend durchgeführten Differenzierung der unterschiedlichen Untertypen der *locatio conductio*, insbesondere der Vermengung von Dienst- und Werkverdingung.²⁴ Zum

²¹ Die Präzision von Maschinen darf man Menschen nicht permanent abverlangen. Und das Risiko, daß eine Maschine Ausschuß produziert, hat der Arbeitgeber ebenfalls zu tragen.

²² Allgemein zum Utilitätsprinzip KASER, (o. Fn. 18) S. 512. Bereits das preußische ALR kannte es in I 5 §§ 278 ff.

²³ Bei WINDSCHEID (Fn. 16) Fn. 2. Zur *custodia*-Übernahme durch den Speichervermieter in D. 19,2,60,9 siehe WACKE, Rechtsfragen der römischen Lagerhausvermietung, *Labeo* 26 (1980) S. 299, 302 ff.; R. ROBAYE, *L'obligation de garde* (Bruxelles 1987) S. 149 ff.

²⁴ Dienst- und Werkvertrag wurden noch bis in 20. Jahrhundert hinein nicht deutlich unterschieden und gemeinsam behandelt. So verstand etwa PH. LOTMAR, der Begründer der modernen Arbeitsrechtswissenschaft, unter „Arbeitsvertrag“ alle auf Arbeitsleistung gerichteten

anderen kamen Generalisierungstendenzen (die schon im spätklassischen Recht der Antike einsetzten) ihrem Streben nach systematischer Gesamtdarstellung entgegen (zumal nach dem Sieg des Jhering'schen Verschuldensdogmas, wo das klassische Recht noch viele Differenzierungen unter den Zurechnungskriterien kannte). Da der *conductor* für *culpa* haftete, sollte der *locator* dafür ebenfalls haften, und zwar jeder *locator* bzw. *conductor*.²⁵ Der Ausdruck ‚*locator*‘ bezeichnet aber so unterschiedliche Vertragsbeteiligte wie einerseits den Besteller (Auftraggeber) eines Werkes, andererseits den unselbständigen Arbeitnehmer.

5. Als Musterbeispiel für die diesbezüglich strengen Sorgfaltsanforderungen begegnet im gemeinen Recht immer wieder der Fall des Säulentransports:

D. 19,2,25,7 (Gaius, im 10. Buch zum Provinzialedikt): Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.

„Hat jemand eine Säule zu transportieren übernommen und ist diese beim Aufnehmen, Wegschaffen oder Wiederaufrichten zerbrochen, so muß er den Schaden dann ersetzen, wenn er sich durch eigenes Verschulden oder das seiner Hilfskräfte ereignete. Am Verschulden fehlt es, wenn alles getan wurde, was jeder gewissenhafteste Mensch beobachtet hätte...“²⁶

Säulen waren auch in der Antike schon sehr wertvoll (teilweise mit einer Luxussteuer belegt) und (wenn aus einem Stück bestehend) leicht zerbrechlich. Ohne eine größere Schar von Hilfskräften war ihr Transport (selbst beim Einsatz spezieller Transportmaschinen) kaum zu bewerkstelligen. Ein Fall

Verträge (LOTMAR, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, 2 Bände 1902/08). W. ENDEMANN hat die Trennung des BGB in die §§ 611 ff. (Dienstvertrag) und 631 ff. (Werkvertrag) sogar kritisiert; vgl. SÖLLNER (Fn. 5) S. 293. Die Bezeichnung „Arbeitsrecht“ in Verselbständigung vom Dienstvertrag des BGB wurde erst 1908/14 von POTTHOFF und SINZHEIMER geprägt; vgl. NEUSSER, Art. Arbeitsrecht, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte I (2. Aufl. 2. Lieferung 2006) Sp. 279 ff.; U. REINHARDT, Die dogmatische Begründung der Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers (1977) S. 14 ff.

²⁵ Daraus erklärt sich auch das Schweigen mancher Pandektenlehrbücher hinsichtlich des Haftungsmaßstabes beim Dienstvertrag (vgl. o. Fn. 15): Mangels Abweichung vom generellen Verschuldensprinzip hielt man Wiederholungen für überflüssig.

²⁶ Dazu ROLF KNÜTEL, Die Haftung für Hilfspersonen im röm. Recht, Savigny-Zeitschrift, rom. Abt. [SZ] 100 (1983), S. 343 f., 419 ff.

„schadensgeneigter Arbeit“ kommt demnach hier in Betracht. Doch erfahren wir nichts darüber, ob zur vertraglichen Haftung des Unternehmers eine deliktische seiner Hilfspersonen aus der *lex Aquilia* (entsprechend § 823 Abs. 1 BGB) gegenüber dem Besteller hinzutrat; und falls ja, ob der Unternehmer gegen einen schuldhaft handelnden Arbeiter (entsprechend § 840 Abs. 2 BGB) voll Regreß nehmen konnte. Vielleicht stellte sich die Frage nicht mangels Solvenz der Untergebenen, oder weil bezüglich der Schuldfrage ein *non liquet* bestand und der Unternehmer diesbezüglich dem Text zufolge die Beweislast trug.

6. Dieses war der vom BGB-Gesetzgeber vorgefundene Diskussionsstand. Da Reformen weniger auf seinem Kodifikationsprogramm standen als bloße Rechtsvereinheitlichung, das Gesinderecht aber durch landesrechtlichen Vorbehalt ohnehin ausgeklammert wurde (einst Art. 95 EGBGB), blieb für das Dienstvertragsrecht der allgemeine Haftungsmaßstab übrig. Die Fahrlässigkeit sollte allerdings aus Praktikabilitätsgründen nur noch nach grober und leichter und nicht mehr in drei Stufen wie nach preußischem Recht untergliedert werden.²⁷ Über die Gründe, weshalb in § 840 Abs. 2 BGB der volle Regreß des Unternehmers gegen seinen Verrichtungsgehilfen zugelassen wurde, erfährt man aus den Motiven enttäuschend wenig.²⁸

In von Kübels ausführlichem Vorentwurf über die Dienstverdingung wird hingegen die Frage aufgeworfen, ob für höhere Dienste (*operae liberales*) ein Haftungsprivileg unter Befreiung von *culpa levis* vorzusehen sei²⁹ – merkwürdigerweise also gerade für die „besserverdienenden“ freiberuflich Tätigen, in genauer Umkehrung der heutigen Diskussion. Den Befürwortern stand dafür das Vorbild der römischen Feldmesser (*agrimensores*) vor Augen, die als Grundstückssachverständige ein so hohes Sozialprestige genossen, daß

²⁷ Dazu und zur Wiederkehr der *culpa levissima* in der Judikatur des Bundesarbeitsgerichts bes. MAYER-MALY, ACP 163 (1963) S. 114 ff., 118. Allgemeiner H. J. HOFFMANN, Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte (unter besonderer Berücksichtigung der *culpa levissima*), 1968. Die Dreiteilung gab das Bundesarbeitsgericht später wieder auf in: Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 1983, S. 1683.

²⁸ Aus Billigkeitsgründen sollte von der gleichmäßigen internen Belastung der Gesamtschuldner gemäß § 426 Abs. 1 BGB eine Ausnahme statuiert und derjenige, der die schädigende Handlung verübte, allein verpflichtet werden. So heißt es sinngemäß, unter unzureichender Differenzierung der verschiedenen Fallgruppen, bei MUGDAN, Die gesamten Materialien zum BGB II 412. Die weitere Diskussion betraf fast ausschließlich den Regreß bei der Beamtenhaftung.

²⁹ Siehe W. SCHUBERT (Hrsg.), Redaktoren-Vorentwürfe zum BGB, Schuldrecht II (1980) S. 596.

das prätorische Edikt sie nur für vorsätzliche Pflichtverletzungen haften ließ;³⁰ dem *dolus* stellte die Praxis dann die *culpa lata* gleich.³¹ Eine entsprechende Haftungsbeschränkung für öffentlich bestellte sachverständige Gutachter enthielten (im Anschluß an die *ensor*-Haftung) einige Partikulargesetze ausdrücklich. Die BGB-Kommission erklärte sie letztlich als mit den allgemeinen Haftungsgrundsätzen für unvereinbar.³² Wie das Beispiel immerhin zeigt, hing die rechtspolitische Diskussion nicht selten von historischen Zufälligkeiten ab (nach dem Programm der Historischen Rechtsschule war dies fast unvermeidlich), nämlich von der Existenz und Überlieferung entsprechender antiker Vorbilder, welche man mehr oder weniger freimütig auf neuzeitliche Verhältnisse umzumünzen sich für berechtigt hielt.³³

Die Rechtslehre nahm in den beiden ersten Jahrzehnten nach 1900 den strengen Fahrlässigkeitsmaßstab im Dienstvertragsrecht nahezu kritiklos hin (darunter auch ein sonst so engagierter Kritiker von Otto von Gierke). Zweifel meldete Rümelin an, aber nur Müller-Erbach äußerte sich entschieden ablehnend.³⁴

II. Die *gravior culpa* des vermeintlichen Sklaven

Angesichts der mageren Quellenlage zum römischen Arbeitsvertrag³⁵ (für die der starke Einsatz unfreier Sklavenarbeit in der Antike mitverantwortlich ist) erscheint der Versuch müßig, wenn nicht paradox, über unsere spezielle Haftungsfrage eine Antwort zu erlangen. Nicht zu vergessen sind allerdings zunächst die umfangreicheren Quellen zur römischen Freigelassenenarbeit,

³⁰ K. VISKY, *Geistige Arbeit und die artes liberales im römischen Recht* (Budapest 1977) S. 35 ff.; C. R. BEUL, *Si mentor falsum modum dixerit* (Darmstadt 1998); weit. Hinweise bei A. PIKULSKA, *Les arpenteurs romains etc.*, *Orbis Iuris Romani* [OIR] 11 (2006) 153 ff.

³¹ Ulpian D. 11,6,1,1. Zur Verzugshaftung des *mentor* WACKE, Zum *dolus*-Begriff der *actio de dolo*, *Revue internationale des droits de l'Antiquité* [RIDA] 27 (1980) S. 376 ff.

³² MUGDAN (wie Fn. 28) S. 462.

³³ Zur „fast vollkommenen Freiheit der Dogmenbildung“ in der Pandektenwissenschaft unter rücksichtsloser Selektion der fast unübersehbaren Quellenmasse des *Corpus Iuris* vgl. WIEACKER, *Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution*, in: *Juristen-Jahrbuch* 9 (1968/69), S. 12, Neudruck in WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung* (1974) S. 68 ff.

³⁴ Nachweise zum Vorstehenden bei U. REINHARDT, *RdA* 1963, S. 262 f.

³⁵ Schon VON KELLER wies 1861 darauf hin, daß „in dem ganzen Pandekentitel nur ungefähr vier Stellen, im Codextitel nur eine“ den Dienstvertrag betreffen, vgl. TRINKNER/WOLFER (o. Fn. 3), S. 7 Fn. 51.

welche einen beachtlichen ökonomischen Faktor gebildet haben muß.³⁶ Das Konkurrenzverbot etwa läßt sich am Beispiel der Freigelassenenarbeit historisch zurückverfolgen.³⁷

1. Eindeutige Zeugnisse zur Deliktshaftung gegenüber dem Dienstherrn finden sich tatsächlich zum parallelen Fall einer unerkannt freien Person, die wie ein Sklave Dienste im Haus oder Gewerbe ihres vermeintlichen Herrn leistete. Angesichts zahlreicher Belege war ein solcher Putativsklave offenbar kein seltenes Phänomen.³⁸ Nicht zufällig tritt die Haftungsfrage gerade bei einem scheinbaren Sklaven auf: Nur ihn konnte der Herr nämlich, nachdem sich dessen Freiheit herausgestellt hatte, für Delikte gerichtlich verantwortlich machen. Echte Sklaven konnte er hingegen nicht vor Gericht zitieren (das hätte einen Insich-Prozeß ergeben); gegen sie konnte er kraft seiner häuslichen Zuchtgewalt ohne weiteres strafend einschreiten. Dieses Züchtigungsrecht hatte er sogar auch gegenüber freien Tagelöhnern (*mercennarii*).³⁹

Von den drei einschlägigen Digestentexten stellen zwei lediglich die Verantwortlichkeit des Scheinsklaven für von ihm angerichtete Sachbeschädigung fest, ohne zum Haftungsmaßstab etwas zu sagen.⁴⁰ Näher äußert sich dazu der mit Julian und Gaius (Fn. 40) etwa gleichzeitig wirkende Hochklassiker Pomponius:

³⁶ Hierzu umfassend W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* (1987). Die Sphärentheorie (o. Fn. 5) entstammt gerade dieser Materie.

³⁷ WACKE, Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotsklauseln im antiken und modernen Recht, SZ 99 (1982), S. 188-215.

³⁸ Eine Zusammenstellung der Quellen samt knappen Erläuterungen jetzt bei SÖLLNER (wie oben Fn. *). Aus der älteren Literatur vgl. A. PERNICE, *Labeo II 1* (2. Aufl. 1985) S. 369 ff.; bes. G. CIULEI, *Liber homo bona fide serviens* (Thèse Paris 1941), S. 90 f. zu den drei einschlägigen Texten. Weniger ergiebig zu unserer Frage das umfangreiche gleichbetitelt Werk von R. REGGI (Milano 1958, 480 S.); dazu die Rez. MEDICUS, SZ 77 (1960) S. 451 ff. Bei den vom *liber homo* gegenüber seinem „Herrn“ zu vertretenden Schädigungen dachte REGGI S. 450 f. (im Anschluß an die Basiliken) besonders an Verletzungen von Mitsklaven bei tätlichen Auseinandersetzungen; vgl. D. 9,2,38 (u. Fn. 68).

³⁹ D. 47,2,90; 48,19,11,1; vgl. WACKE, *Actio rerum amotarum* (1963) S. 94. Zur Frage, ob die Verdingung als Tagelöhner deshalb eine Statusminderung mit sich brachte, wie die nachklassischen Paulus-Sentenzen 2,18,1 suggerieren, s. D. NÖRR, Zur Bewertung der freien Arbeit in Rom, SZ 82 (1965), S. 67 ff., 86 ff. gegenüber DE ROBERTIS, wiederabgedruckt in DE ROBERTIS/NÖRR, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano* (1979). Zu Nörr zustimmend MAYER-MALY, RdA 1967, S. 285.

⁴⁰ Ulpian D. 9,2,12,1: *Iulianus scribit, si homo liber bona fide mihi serviat, ipsum lege Aquilia mihi teneri*. Gaius D. 40,12,13pr. stellt die Fahrlässigkeitshaftung bei dieser Klage der Dolushaftung bei einer anderen gegenüber mit den Worten: *cum ea lege etiam culpa teneatur*. Zum ersten Text vgl. REGGI (Fn. 38) S. 450 f.; zum zweiten SCHIPANI (Fn. 53) S. 232 f.

D. 41,1,54 (Pomponius, im 31. Buch *ad Quintum Mucium*) § 1: Item promittendo nobis liber homo, qui bona fide nobis servit, ut et emendo vel vendendo, vel locando vel conducendo, obligari ipso iure poterit. – § 2: Sed <et> damnum dando damni iniuriae tenebitur; ut tamen culpam in damno dando exigere debeamus graviorem, nec tamen levem quam ab extraneo.

„§ 1: Desgleichen kann sich uns ein freier Mensch, der uns in gutem Glauben dient, durch ein Versprechen, ebenso wie durch Kauf oder Miete, von Rechts wegen verbindlich machen. – § 2: Aber auch bei Anrichtung eines Schadens wird er uns wegen rechtswidriger Schädigung haften; wobei wir freilich ein schwereres Verschulden bei der Schadenszufügung fordern müssen, nicht auch ein leichtes⁴¹ wie von einem Fremden.“

Aus vertraglichen Abmachungen zwischen Sklaven und Herrn (welche vorkamen)⁴² entstanden nur unklagbare Naturalobligationen. Stellte sich aber die Freiheit des vermeintlichen Sklaven heraus, war der Vertrag nach § 1 voll wirksam. Daß ihn die Parteien irrig (wegen des vermeintlichen Sklavenstatus) als unklagbar betrachteten, war unschädlich; denn hier galt *plus est in re quam in existimatione*.⁴³

Die deliktische Verantwortlichkeit des Putativsklaven beschränkt Pomponius in § 2 ausdrücklich auf gröberes Verschulden; leichte Fahrlässigkeit wie bei hausfremden Tätern soll nicht genügen. Dem *extraneus* wird der im Haus tätige (vermeintliche) Sklave sonach gegenübergestellt; seine Bevorzugung beruht zweifellos auf seiner hausabhängigen Dauerstellung.⁴⁴ Sie ergibt sich

⁴¹ Oder „ein so leichtes“. *Nec tamen levem* wollen viele verbessern in *nec tam levem*; vgl. bereits HASSE (u. Fn. 58) S. 229 f. mit vielen Nachweisen; ebenso die von J. SPRUIT u. a. herausgegebene niederländische Übersetzung V (Zutphen/ 's-Gravenhage 2000). *Tamen* ist in dieser Beziehung jedoch nicht ungewöhnlich, vgl. bereits E. VON LÖHR, Beiträge zur Lehre von der culpa (Gießen 1808) S. 74. Der Bedeutungsunterschied zwischen beiden Lesarten ist gering; das wiederholte '*tamen*' erscheint mir (wie überliefert, entgegen der herrschenden Ansicht) vom Sinn her vorzugswürdig: *ut tamen* = 'jedoch so, daß'; *neque tamen* = 'jedoch nicht' (nach LANGENSCHIEDTS Großem Lat. Wörterbuch).

⁴² Zu einem Pachtvertrag D. 15,3,16, vgl. LIEBS (o. Fn. 18) S. 123 f. Wichtigster Fall war der Freikauf des Sklaven mit eigenem Geld; dazu HORMANN, *Historia* 35 (1986) S. 308-321; KNÜTEL, Das Mandat zum Freikauf, in: Nörr/ Nishimura (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes* (1993) S. 353-374.

⁴³ Vgl. gleichfalls Pomponius D. 13,6,13,2; WACKE, SZ 91 (1974), S. 284 Fn. 328; SZ 108 (1991) S. 128 ff.; TRG 64 (1996) S. 344 ff., 346.

⁴⁴ Zutr. G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei* nella valutazione del danno Aquiliano etc. (Milano 1992) S. 414 f., wonach der faktische Herr das Betriebsrisiko zu tragen hat. Gewiß ist der *bona fides serviens* kein sporadisch *ad hoc* gedungener Tagelöhner. „Der freie

auch aus dem auf unser Fragment folgenden § 3a von D. 41,1,54, worin unter verschiedenen Erwerbsgründen für einen *bona fide serviens* auch typische Dauerrechtsverhältnisse wie Mitgift- oder Nießbrauchsbestellung genannt werden.

2. Die Digesten überliefern den Text nicht in der *sedes materiae* zur *lex Aquilia* (Titel 9,2), sondern bei der Lehre vom Sklavenerwerb.⁴⁵ Obwohl er dort eine *lex fugitiva* bildet, ist er der allgemeinen Aufmerksamkeit durchaus nicht entgangen. Seit alters finden wir ihn der bekannteren generellen Äußerung Ulpians gegenübergestellt, daß bei Sachbeschädigungen auch für die leichteste Fahrlässigkeit gehaftet werden muß:⁴⁶ *In lege Aquilia et levissima culpa venit.*⁴⁷ Wie *levissima culpa* ein einziges Mal nur dort bei Ulpian auftritt, so *gravior culpa* auch nur einmal hier bei Pomponius.⁴⁸ Grobe Fahrlässigkeit hieß sonst *culpa lata*.⁴⁹ *Gravior culpa* muß damit nicht identifiziert werden (entgegen

Nichtextraneus ist in der Regel der im Hause beschäftigte Dienstnehmer“ bemerkte zutreffend LIEBS (Fn. 53).

⁴⁵ Den ursprünglichen Zusammenhang vermochte auch LENEL nicht zu rekonstruieren, wie er selbst zugab: *Paligenesia II*, 1889/1960, S. 75 Fn. 3. Er vermutete ein gedankliches Abschweifen anlässlich der Erörterung des Sklavenverkaufs. Ein solches Abgleiten des Gedankens ist nichts Ungewöhnliches, vgl. LIEBS (Fn. 53) S. 17 Fn. 6. Früher schrieb man das Fragment oft dem Spätklassiker Modestin zu, wegen des wiederholten ‚*idem*‘ als Verfasserangabe in der Florentina; so auch noch die *Bibliotheca Iuris Antiqui* (vgl. o. Fn. *); dagegen jedoch SÖLLNER (wie Fn. *) S. 99. Modestin verfaßte kein Werk ad Qu. Mucium. Dem Quintus Mucius kann die Äußerung mit LENEL aber noch nicht in den Mund gelegt werden. Allgemein zum Kommentar des Pomponius *ad Quintum Mucium* und seiner Datierung (bald nach Hadrians Tod): LIEBS, *Studi Volterra V* (1971) S. 72 ff., 78 f. Fn. 110.

⁴⁶ So bereits in der *Glossa ordinaria* zu D. 41,1,54,2 sowie im Kommentar zur *lex Aquilia* von J. SUAREZ DE MENDOZA, abgedruckt bei G. MEERMANN, *Novus Thesaurus juris civilis II* (Den Haag 1751) 158 f. Die gleiche Gegenüberstellung neuerdings bei MACCORMACK, *Aquilian Culpa*, in: Daube Noster (1974) S. 204 f. mit Lit., S. 221 Fn. 13-16.

⁴⁷ Ulpian D. 9,2,44pr. Geradezu sprichwörtlich gewordene *Maxime* nach ROLAND/BOYER, *Locutions latines et adages du droit contemporain I* (1978) S. 391 ff.

⁴⁸ Das ist kein Grund zu einer Verdächtigung: MAYER-MALY, *AcP* 163, S. 124 Fn. 17 gegen ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale* (1935/1958) S. 232 ff. zu Ulpian, S. 234 Fn. 2 Pomponius. Vgl. auch ‚*culpa lator*‘ in D. 16,3,32 (u. Fn. 56). – In anderem, strafrechtlichen Sinne begegnet *gravior culpa* noch einmal in der *interpretatio* zu CTh. 9,13,1 (anno 365 n. Chr. = C. 9,15,1 = Brev. 9,10,1): Bei leichten Vergehen Jugendlicher übertrug Valentian den älteren Verwandten (*seniores popinqui*) ein Züchtigungsrecht. Bei schwereren Vergehen (*si atrocitas facti ius domesticae emendationis excedit*) sind die jugendlichen Täter hingegen dem Richter zur Bestrafung zuzuführen. Dazu J. GEBHARDT (u. Fn. 72) S. 167 f. Die Schuldigen schlimmerer Vergehen (*rei enormis delicti*) umschreibt die *interpretatio* so: *si gravior culpa fuerit adolescentis, quae privatim emendari non possit*.

⁴⁹ Zu ihr etwa MACCORMACK, *Studia et Documenta Historiae et Iuris [SDHI]* 38 (1972), S. 176 ff.

vielfachen Äußerungen im Schrifttum), sondern bedeutet (vielleicht bewußt untechnisch) ‚schwerere Schuld‘, unter Ausscheidung jedenfalls der leichten Fahrlässigkeit.

Die Pandektenlehrbücher ignorieren unseren Pomponiustext, und noch der darauf folgenden historischen Romanistik mangelte es ihm gegenüber an Verständnis. In einer Abhandlung über „*Culpa lata* und *culpa levis*“ schrieb 1917 der bedeutende Gelehrte OTTO LENEL dazu, nach Bemängelung stilistischer Einzelheiten:⁵⁰ „und endlich und namentlich: was soll überhaupt die ganze ebenso seltsame wie überflüssige Erläuterung der *culpa gravior*?“ In Übereinstimmung damit erklärten zahlreiche weitere Autoren die Haftungseinschränkung am Schluß des Textes für interpoliert;⁵¹ Riccobono bezeichnete sie sogar (ohne Begründung) als absurd.⁵² KARL BINDING trat Lenel mit Recht entgegen (o. Fn. 50 a. E.); einen Grund für die Haftungsbeschränkung in unserem Falle vermochte aber auch Binding nicht anzugeben. Jüngere Autoren schenken dem Text wieder mehr Vertrauen.⁵³ Auf die Parallele zur gefahrgeneigten Arbeit wies einzig DETLEF LIEBS beiläufig hin.⁵⁴

Anstelle textkritischer Verdammungsurteile geziemt sich eher die Akribie eines Archäologen gegenüber präzisen Fundobjekten. Eine Interpolation ist schon deshalb auszuschließen, weil die Kompilatoren sie alsdann gewiß bei dem Paralleltext D. 9,2,13,1 innerhalb der *sedes materiae* angebracht hätten (zur Aquilischen Haftung, o. Fn. 40), aber nicht bei unserer systematisch entlegenen *lex fugitiva*. Ausdrücklich widersprechende Stellen gibt es nicht; darum läßt sich der mildere Haftungsmaßstab zwanglos in die Paralleltexte des Gaius und Julian (Ulpian) hineininterpretieren;⁵⁵ die beiden letzteren

⁵⁰ LENEL, SZ 38, S. 266: ‚*Exigere debemus*‘ = wir müssen ein größeres Verschulden „fordern“, sei unlogisch (ähnlich kurz zuvor LEVY, SZ 37, S. 68 f., 69 Fn. 1), als sei dies eine Verhaltensanforderung an den Schuldner. Dabei übersah LENEL den wegen seiner Wiederholung fast penibel präzise wirkenden Zusatz ‚*in damno dando*‘ (d. h. also: „um ihn verantwortlich zu machen“): ein fast absichtliches Mißverständnis, welches K. BINDING bald darauf beifallswert widerlegte: SZ 39 (1918), S. 12 f.

⁵¹ Siehe außer den Genannten die Hinweise im Index Interpolationum zur Stelle: KÜBLER, BESELER, nochmals LEVY, ALBERTARIO, letzterer jetzt in Studi III 87 Fn.; dazu ROTONDI, Scritti II (1922) S. 489. Die meisten der Genannten gaben sich nicht einmal die Mühe einer Begründung.

⁵² RICCOBONO, Annali Palermo 3/4 (1917) S. 686.

⁵³ CIULEI (Fn. 38); SCHIPANI, Responsabilità *ex lege Aquilia* (1969) S. 350 ff.; MACCORMACK (Fn. 49), D. LIEBS, Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht (1972) S. 17.

⁵⁴ LIEBS, In einer Fußnote an versteckter Stelle (wie Fn. 53), wovon das arbeitsrechtliche Schrifttum vermutlich kaum Kenntnis erlangen würde.

⁵⁵ Für eine Pandektenharmonisierung in diesem Sinne (unter Anwendung der *lex specialis*-Regel) seit der Accursischen Glosse (zu den Paralleltexten D. 9,2,13,1 und 40,12,13pr.)

könnten insoweit auch nachträglich gekürzt worden sein. Aber auch eine Kontroverse unter den Hochklassikern wäre diesbezüglich durchaus nichts Außergewöhnliches.⁵⁶

Lenels offenes Eingeständnis seiner Ahnungslosigkeit und Bindings zum Kern des Problems gleichfalls nicht vorstoßende Replik sind decourvierend, verdienen aber keinen Tadel. Vielmehr zeigt sich hieran nur, daß das heutige Standardwissen eines durchschnittlichen Examenskandidaten zu einem Kardinalproblem des individuellen Arbeitsrechts selbst bei den bedeutendsten Gelehrten⁵⁷ bis in die Zeit des ersten Weltkriegs hinein nicht vorausgesetzt werden darf. Das die Frage bereits regelnde partikuläre Gesinderecht lag für sie wohl zu abseits. Für die Wissenschaft war unser Problem noch nicht entdeckt.

Wenn man Lenel einen Vorwurf machen kann, ist es die Außerachtlassung des Standardwerkes zur gemeinrechtlichen *culpa* von HASSE.⁵⁸ Hasse schrieb zu unserem Text (S. 231 f.): „Um den *bona fide serviens* zu verurteilen, muß man schon eine etwas bedeutendere Schuld fordern, nicht mit einer so leichten zufrieden sein, wie bei einem *extraneus*. Der Grund ist gar leicht gefunden: Es würde sehr hart sein, wenn man ihm jedes kleine Versehen, das er im Dienste begangen, wo dergleichen so leicht vorfällt,⁵⁹ hinterher noch anrechnen wollte...“ „Wegen augenfälliger Billigkeit“ wurde seine Haftung

die allgemeine Meinung; von den Kommentierungen zur *lex Aquilia* siehe E. GRUEBER, *The Roman Law of Damage to Property* (1886) S. 47; J. B. THAYER, *Lex Aquilia* (1929) S. 72, 105 f. (mit Recht gegen Interpolation); F. P. VAN DEN HEEVER, *Aquilian Damages* (1944) S. 62. Letzterer sieht den Grund für die Haftungsreduktion auf *gross negligence* zutreffend darin, daß der *bona fide serviens* „functioned merely as an extension of the plaintiff’s personality“. GRUEBER *loc. cit.* verweist noch treffender auf „the peculiar condition which compelled him to be constantly handling the plaintiff’s property“. Für Interpolation dagegen F. DE ZULUETA, *Digest 41, 1 and 2* (1922, reprint 1950) S. 76 Fn.

⁵⁶ Vgl. nur die berühmte Kontroverse bezüglich der *culpa lata* zwischen Proculus einerseits und Nerva/Celsus andererseits, D. 16,3,32; KASER (Fn. 18) S. 510. Ferner o. Fn. 19.

⁵⁷ Über Lenel s. E. BUND in: J. Vincke (Hrsg.), *Freiburger Professoren des 19. und 20. Jh.* (1957) S. 77-100, bes. 90 ff. zu seinem Verhältnis zum BGB. Über Binding: EBERHARD SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (3. Aufl. 1965) S. 304 ff.

⁵⁸ J. CHR. HASSE, *Die culpa des römischen Rechts* (2. Aufl. 1838, Neudruck 1963) S. 229 ff. zum Pomponiustext. Der nützliche *Findex* von TH. SCHIMMELPFENG, *Hommel redivivus: Nachweisung der bei den vorzüglichsten... Civilisten vorkommenden Erklärungen einzelner Stellen des Corpus Iuris* (1858) S. 386 verzeichnet u. a. auch Hasse. Die Romanistik nach 1900 vernachlässigte indessen das gemeinrechtliche Schrifttum; sie strebte mit neuen Methoden nach neuen Ergebnissen. über Hasse s. KLEINHEYER/SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten* (2. Aufl. 1983) S. 331 Nr. 42.

⁵⁹ Hervorhebung von mir. Vgl. ähnlich GRUEBER (Fn. 55).

daher moderiert:⁶⁰ „Dem Gutdünken des Richters blieb es, weil hier keine nähere Bestimmung möglich war, überlassen, wie hoch oder tief er die *culpa levis* zulassen und von wo an er sie für *gravior*, d. h. für genügend bedeutsam halten wollte.“

Des Pomponius' Beweggründe dürfte Hasse damit exakt gekennzeichnet haben. Vielleicht war Pomponius damit seiner eigenen Zeit vorausgeeilt. Seine Weitsicht überrascht⁶¹ besonders im Vergleich zur geringen Sensibilität gegenüber unserem Problem in der Rechtslehre noch in den ersten zwei Jahrzehnten unseres Jahrhunderts.

Verglichen mit der Schadenshaftung unter Ehegatten (die doch ebenfalls unter einem Dach wohnen) ist das Privileg für den Hausdiener um so bemerkenswerter. Für Beschädigungen von Sachen des Ehepartners enthalten die Quellen keine Haftungsleichterung.⁶² Die dort bezeugte *diligentia quam in suis*⁶³ beschränkt sich auf die Haftung des Mannes für die Rückgabe der Mitgift.⁶⁴

3. Beruht die Haftungsmilderung überdies darauf, daß der unerkant als Sklave Dienende für seine Tätigkeit vermutlich kein Entgelt empfing? Vielleicht war dies ein (weiteres?) Motiv des Pomponius; ob für ihn entscheidungserheblich, wissen wir nicht. (Bei karitativer Tätigkeit wäre heute eine Haftungsmilderung schon nach dem Utilitätsprinzip um so eher angebracht). Selbst bei eventuell vereinbarter Entgeltzahlung – wodurch eine *locatio conductio* zustande kam (wie Pomponius im zitierten § 1 ausdrücklich bemerkte) – ist man sich einig, daß die Haftungsmilderung auf die konkurrierende Vertragsklage durchschlagen mußte.⁶⁵ Der wahrscheinlich

⁶⁰ Zustimmend zu Hasse: A. PERNICE, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen (1867) S. 70 f.: „Der *bona fide serviens* hatte eine geringere Diligenz als die eines guten Hausvaters aufzubieten. Und dafür sprechen ganz klare Billigkeitsrücksichten...“. Die *aequitas* des „durchaus gesunden“ Gedankens hob auch BINDING (Fn. 50) S. 12 f. hervor.

⁶¹ Für eine Rehabilitierung des Pomponius: ANKUM in: Daube noster (1974) S. 1 ff., nachdem man Pomponius bisweilen mit dem Schulschriftsteller Gaius verglichen hatte (LIEBS, in: Gaio nel suo tempo, 1966, S. 61 ff.).

⁶² Vgl. die Quellen bei WACKE (Fn. 39) S. 79 (sie betreffen allerdings z. T. nichtige Schenkungen unter Ehegatten).

⁶³ Oder auch *culpa in concreto*. Den Zusammenhang mit der milderer Haftung des Putativsklaven hob LÖHR schon hervor; vgl. PERNICE (Fn. 60), S. 70 f.

⁶⁴ Vgl. HAUSMANINGER, Festschr. Kaser, 1976, S. 277 ff., von ihm z. T. für unecht erklärt, doch s. JOACHIM MAUEL, Die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten: Ursprung, Zweck und Grenzen des Haftungsprivilegs für *diligentia quam in suis* (Diss. Köln 1986).

⁶⁵ VANGEROW, Pandekten III, 7. Aufl. 1867, S. 590 (§ 681 Anm. 3 II 1); SERTORIO, La *culpa in concreto*, (1914) S. 139 ff.; LIEBS (Fn. 53); allg. THOMAS, Studi Biondi II (1965) S. 185 ff., 187 Fn. 71.

recht niedrige Lohn enthielt wohl keinen Spielraum für Risikoübernahmen. Als Parallele kennen wir die Haftungsausschlußklausel der Diatretglasschleifer, die wegen der extremen Kostbarkeit des zu bearbeitenden Bechers besonders hohen Risiken ausgesetzt waren: Sie pflegten sich auszubedingen, daß sie das Werk nicht auf ihre Gefahr (für versteckte Materialfehler) herstellten. Diese Abrede schloß die vertragliche Haftung ebenso aus wie die deliktische.⁶⁶

Beim Dienstvertrag hatte der *iudex* den Beklagten zu verurteilen in den Betrag, den er nach Treu und Glauben zu leisten schuldig war (*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*). Eine Haftung für jede *culpa* lag nicht gesetzlich fest (wie nach § 276 BGB); die elastische Klageformel ermächtigte den *iudex* vielmehr zur Berücksichtigung der Einzelfallumstände nach seinem Ermessen. Dabei konnte er auch die Verschuldensanforderungen modifizieren, wie schon HASSE zutreffend bemerkte.⁶⁷ Die Würdigung der Fakten überließen die Rechtsgelehrten dem *iudex* als Geschworenem. Pomponius gab darum auch hier nur die generelle Richtschnur an. An welche Fälle er konkret dachte, wissen wir leider nicht; für eine Beschränkung auf sogenannte „gefahrengeneigte Arbeiten“ ist nichts erkennbar.

4. Ob wirkliche Sklaven – parallel zum Putativsklaven – für leicht fahrlässige Sachbeschädigungen ihrem Herrn ebenfalls nicht (*naturaliter*) hafteten, ist aus den Quellen kaum zu entscheiden.⁶⁸ Unerkannt fremdes Eigentum im Hause des Herrn brauchten sie schwerlich mit größerer Sorgfalt zu behandeln als dessen eigene Sachen. „*Quasi rem meam neglexi(t)*“ konnte er dem vindizierenden bzw. Schadensersatz verlangenden Dritteigentümer entgegenhalten.

⁶⁶ *Quae res ex locato tollit actionem et Aquilia*: D. 9,2,27,29; LIEBS (Fn. 53). Eine entgegengesetzte Haftungsklausel unter Risiko-Übernahme findet sich für den Gemmenschneider gleichfalls bei Ulpian in D. 9,2,13,5. WACKE, Bruchschäden an Diatretglas und Gemme: Gefahrtragungsklauseln im römischen Kunsthandwerk, in: *Mélanges C. A. Cannata* (Basel 1999) 91-104; italienische Fassung in SDHI 69 (2003) 573-586. Russische Übersetzung in: *Ius antiquum* 2 (14) Moskau 2004, 79-90.

⁶⁷ Ebenso TRINKNER/WOLFER (Fn. 3), S. 6. Zutreffend auch LIEBS a.a.O. Fn. 7: Die Quellenäußerungen zum Haftungsmaßstab „der“ *locatio conductio* können alle ursprünglich nicht allgemein gemeint gewesen sein, sondern nur eine ihrer vier Ausprägungen betroffen haben, und dann möglicherweise gerade nicht den Dienstvertrag. Doch selbst wenn sie allgemein gemeint waren, bedeutet das nicht ihre ausnahmslose Geltung.

⁶⁸ Dafür – plausibel – THAYER (Fn. 55), S. 105f. zum Fall von D. 9,2,38 (ein gutgläubig besessener fremder Sklave wird von eigenen Sklaven des Besitzers verletzt). Dagegen die Glossen '*homo liber*' und '*graviorem*' zu D. 41,1,54,2, unter Hinweis auf D. 15,1,49,1. Ein *servus* als Geschäftsführer haftet danach *naturaliter* seinem Herrn ebenso wie sonst ein *extraneus* aus *negotiorum gestio*. In diesem atypischen Fall aber fungiert der Sklave wirklich als Gestor seines abwesenden Herrn und haftet dann auch wie gewöhnlich auf Rechenschaftslegung.

Nach seiner Freilassung haftete der Sklave für frühere Delikte seinem Herrn ebensowenig wie für Schulden aus Rechtsgeschäften; aus Gründen des *favor libertatis* verneinte man grundsätzlich die Kontinuität der neuen Rechtspersönlichkeit mit dem früheren Menschen.⁶⁹ Ausnahmsweise haftete ein testamentarisch Freigelassener für vorsätzliche Diebstähle und Sachbeschädigungen an Erbschaftsgegenständen in der Zeitspanne zwischen Todesfall und Erbschaftsantritt. Dieses spezielle Edikt (D. 47,4) füllte folglich eine Lücke für Delikte in der Phase zwischen dem Wegfall des früheren Herrn und dem Wirksamwerden seiner Freiheitserteilung.⁷⁰ Dem erforderlichen *dolus* stellte die Praxis wiederum die *culpa lata* gleich, leichte Fahrlässigkeit blieb jedoch entschuldigt: eine perfekte Parallele zur Lehre des Pomponius.⁷¹

5. Letztlich bleibt zu fragen, ob die mangelnde Haftung für *culpa levis* durch ein Züchtigungsrecht kompensiert wurde. Durfte man seinen (wirklichen oder vermeintlichen) Sklaven auch für leichte Fahrlässigkeit ohne weiteres bestrafen?⁷² Da das Züchtigungsrecht nie an feste Tatbestände geknüpft war, ist auch dieses Problem nicht mit Sicherheit zu entscheiden. Nach den sittlichen Vorstellungen hierüber und den ethischen Maßstäben lohnt es sich immerhin zu fragen. An zynischen Grausamkeiten gegenüber Sklaven war man angesichts der blutigen öffentlichen Gladiatorenwettkämpfe sicherlich einiges gewohnt. Hieraus generell auf abgestumpfte menschliche Gefühle gegenüber Sklaven zu schließen, wäre jedoch verfehlt. Stoisches Pflichtbewußtsein sah auch im Sklaven den Mitmenschen. Römisches *ius naturale* erklärte alle Menschen von Natur aus für frei.⁷³ Seinen freigelassenen Sklaven achtete der Herr gleich einem Adoptivsohn.⁷⁴

Wie wenig die öffentliche Meinung unbarmherzig hartes Strafen für

⁶⁹ Vgl. WACKE, SZ 103 (1986), S. 233 f., auch 90 (1973), S. 242 f.

⁷⁰ F. GNOLI, *Hereditatem expilare* (Milano 1984); M. G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente etc.* (Milano 1994).

⁷¹ Ulpian D. 47,4,1,2: *Culpa neglegentiaque servi... excusata est, sed culpa dolo proxima dolum repraesentat. Proinde si quid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, quamvis alias (nämlich gegen Dritte) Aquilia tenetur...* Auch hierzu bereits HASSE S. 231, mit weiteren Folgerungen.

⁷² Bejahend für unseren Fall LIEBS (Fn. 53) S. 17 f. Fn. 8. Allgemein zur Sklavenzüchtigung vgl. den ausgewogenen Überblick bei U. E. PAOLI, *Das Leben im Alten Rom* (2. Aufl. 1961) S. 146 ff.; Einzelheiten in PAULY/WISSOWA, *Realenzyklopädie Artt. castigatio* (Bd. III, Sp. 1760 f.), *Sklaverei* (Suppl. VI, Sp. 1054), *verbera* (Suppl. IX, Sp. 1590 ff., 1595); *Reallexikon für Antike und Christentum IX* (1976) Art. ‚Geißelung‘ Sp. 469 ff., 480 f. Einen zusammenfassenden Überblick bringt J. GEBHARDT, *Prügelstrafe und Züchtigungsrecht im antiken Rom und in der Gegenwart* (Köln 1994).

⁷³ KASER, *Röm. Privatrecht I* (2. Aufl.) S. 284 Fn. 7.

⁷⁴ S. die eindrucksvollen Grabreliefs bei J. FABRE, *Libertus* (1981) S. 416 ff.

kleine Versehen billigte, ergibt sich aus der Anekdote um *Vedius Pollio*: Dieser in verschwenderischem Luxus lebende Emporkömmling wurde dadurch unsterblich, daß Augustus ihm durch sein geistesgegenwärtiges Eingreifen hierüber eine lehrreiche Lektion erteilte. Als bei einem Gastmahl sein Mundschenk aus Ungeschicklichkeit ein wertvolles Trinkgefäß zerbrach (heute ein typisches Beispiel für eine schadensgeneigte Tätigkeit), beschloß Vedius, ihn auf eine nicht alltägliche Weise töten zu lassen, und befahl, ihn den Muränen zum Fraß vorzuwerfen, die er in einem Fischbecken hielt.⁷⁵ Der Unglückselige warf sich dem miteingeladenen Kaiser zu Füßen und flehte ihn an, wenn schon, dann wenigstens nicht auf diese grausamen Weise sterben zu müssen. Als Vedius aber unerbittlich blieb, ließ Augustus unter einem Vorwand sämtliche Kristallbecher zu sich herbringen, zerbrach sie zum Erschrecken des Gastgebers und warf die Scherben in das Fischbecken. Auf diese im wahrsten Sinne schlagfertige Art blamierte Augustus den Pollio (der vor ohnmächtiger Wut innerlich tobte) und rettete dessen Sklaven das Leben.⁷⁶

Unzulässig verallgemeinernde Legendenbildung ist es, wenn man hiernach zuweilen sogar in seriösen Nachschlagewerken lesen kann, die Römer hätten ihre Muränen angeblich mit Sklavenfleisch gefüttert.⁷⁷ Wenn uns über diesen Vorfall mehrfach aus unterschiedlicher Quelle berichtet wird,⁷⁸ dann eben gerade wegen seiner beispiellosen Einmaligkeit, dem Entsetzen über das grausame Ansinnen des Pollio, aber auch wegen der geradezu salomonisch vergeltenden Pointe des weisen Kaisers Augustus. Daß unser Jurist Pomponius die Begebenheit kannte, dürfen wir gewiß unterstellen. Möglicherweise hat

⁷⁵ Die räuberischen, aalartigen Fische südlicher Küstengewässer (im Mittelmeer bis 1,3 m lang), mit großen spitzen Zähnen und giftigen Speichelabsonderungen, aber wohlschmeckendem Fleisch, züchtete man in Salzwasserbecken als Delikatesse für Feinschmecker.

⁷⁶ „Es mußte der Kaiser in dieser Form zurechtweisen seinen Freund“, schrieb Seneca (u. Fn. 78); „richtig gebraucht hat er seine Macht!“ Bezeichnenderweise stammten die Eltern des Pollio, der mit seinen eigenen Sklaven so unerbittlich verfuhr, selbst aus dem Sklavenstand. Augustus nahm zwar die Erbschaft des kinderlos verstorbenen Vedius an, ließ aber seine Villa bei Posilippo dem Erdboden gleichmachen.

⁷⁷ So in der Brockhaus-Enzyklopädie Bd. 13 (17. Aufl. 1971) Art. Muränen (die Bemerkung ist jedoch nicht mehr enthalten unter demselben Stichwort in der 21. Aufl. Bd. 19, 2006); PAULY/WISSOWA; RE Art. P. Vedius Pollio Bd. VIII A 1 (1955) Sp. 459; Der Kleine Pauly V (1975) Sp. 1151. Als ‘fait peu probable’ mit Recht schon in Frage gestellt vom Nouveau Larousse Illustré, vol. 6 (ca. 1910) Art. Murène. Für PAOLI (Fn. 71), S. 147 ist dies sogar „eine niederträchtige und lächerliche Verleumdung römischer Kultur“.

⁷⁸ Eher beiläufig bei dem Naturschriftsteller Plinius, *Naturalis historia* IX 39, 77; ausführlich bei dem Philosophen Seneca, u. a. *De ira* III 40, 2-4 = Philosoph. Schriften I, deutsch von M. Rosenbach (Darmstadt 1969) S. 305; dem Historiker Cassius Dio 54, 23 = Röm. Geschichte IV, übers. v. O. Veh (1986) S. 173f.

sie seine Meinung über die milde Haftung des Putativsklaven beeinflusst. So bildet sein Votum ein plastisches Beispiel für den humanen Grundzug des römischen Rechts.

In Übereinstimmung damit mißbilligten Kaiser und Juristen des 2. Jahrhunderts Mißbräuche des Züchtigungsrechts durch hartherziges Strafen aus nichtigen Anlässen.⁷⁹ Hadrian verbannte eine Matrona aus Umbrien für fünf Jahre, die ihre Mägde wegen geringfügiger Vorwürfe schwer mißhandelt hatte.⁸⁰ Seit Antoninus Pius durften sich Sklaven beim Stadtpräfekten oder Provinzialpräsidenten wegen erlittener Grausamkeiten oder unerträglicher Unbill (z. B. hungern lassen) beschweren.⁸¹ Flohen sie aus solchen Gründen zu kaiserlichen Standbildern oder anderen Asylorten, wurden sie ihren Herren weggenommen und verkauft;⁸² hier liegen die Anfänge des Rechtsmißbrauchsverbots.⁸³ Die Mißhandlung von in Obhut genommenen fremden Sklaven verpflichtete zu Schadensersatz, denn übermäßige Strenge betrachteten die Juristen als Verschulden.⁸⁴

III. Konklusionen

Der Ertrag unserer Überlegungen ist nicht zu gering. Die Haftungserleichterung für häusliche Dienstnehmer konnten wir über den bisherigen Kenntnisstand hinaus ideengeschichtlich über HASSE (1838) und das Gesinderecht des Barockzeitalters (o. Fn. 12) bis in die hochklassische römische Jurisprudenz um die Mitte des 2. Jahrhunderts n. Chr. zurückverfolgen. Hierdurch hat sich beispielhaft ergeben, wie instruktiv auch scheinbar so abgelegener Materien wie das römische Sklavenrecht (nebst verwandter Erscheinungen) wegen ihres Modellcharakters noch heute sein können.

⁷⁹ Zum folgenden vgl. allgemein ARMIN WAGNER, Die soziale Entwicklung des Sklavenrechts in der römischen Kaiserzeit (Diss. jur. Marburg/L. 1968) S. 20 ff.; KASER, Das röm. Privatrecht I (2. Aufl. 1971) S. 285 f., II (2. Aufl. 1975) S. 124 ff.; G. HÄRTEL, Zur Beschränkung der Willkür des Herrn gegenüber Sklaven bei der Bestrafung, *Klio* 59 (1977) S. 337-347.

⁸⁰ *Quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset*: Ulpian D. 1,6,2, a. E.

⁸¹ Ebenda. Freigelassenen gestand man schon früher ein Klagerecht zu, Ulp. D. 2,4,10,12 a.E.

⁸² Gaius 1,53 u. a.; H. BELLEN, Studien zur Sklavenflucht im röm. Kaiserreich (1971) S. 64-78; R. GAMAUF, *Ad statuum confugere*: Untersuchungen zum Asylrecht im röm. Prinzipat (Wien 1999).

⁸³ Vgl. Kaser, *Röm. PrivatR* I, 2. Aufl., S. 221 f.

⁸⁴ Für übertrieben strenge Zuchtmaßnahmen des Lehrherrn Paulus D. 9,2,6. Die Haftung des Ehemannes für von ihm mißhandelte Mitgiftsklaven der Ehefrau bejahte Ulpian D. 24,3,24,5: *immoderata saevitia, quae in propriis servis culpanda est, in alienis (dotalibus) coercenda est*.

Justinians Pandekten rechtfertigen damit zugleich ihren Namen, daß sie buchstäblich „alles enthalten“. Ihre Schätze bedürfen freilich der Hebung. Die Pandektenwissenschaft vor 1900 wie die Romanistik der beiden folgenden Jahrzehnte erwiesen sich unserem Problemkreis gegenüber – durchaus in Übereinstimmung mit dem damaligen Zeitgeist – als wenig sensibel. Für die industrielle Revolution war die Pandektenlehre nach FRANZ WIEACKERS beifallswerten Darlegungen (o. Fn. 33) ohnehin nicht besonders gut gerüstet. Aber nicht einmal alle von den Quellen gebotenen Möglichkeiten wußte man voll zu nutzen. Daß hier im wesentlichen nur ein einziger Text vorliegt, mußte kein Hindernis sein; auch anderwärts hat eine einzige Quellenstelle die Rechtsentwicklung tiefgreifend beeinflußt.⁸⁵

Weshalb die von Pomponius vorgedachte Haftungsmilderung in Vergessenheit geriet, obschon einzelne namhafte Autoren ihren Gerechtigkeitswert erkannt hatten, läßt sich nur als Frage aufwerfen. Die von JHERING ausdrücklich als „Reinigung“ verstandene Rezeption des römischen Rechts⁸⁶ führte geradezu zwangsläufig zu einem Verlust auch wertvoller Gedanken, weil die Ausscheidung von für unerheblich Erachtetem vom Zeitgeschmack der maßgeblichen Interpreten abhing. Tendenziell neigte man eher – genau entgegengesetzt der heutigen Gerechtigkeitsvorstellung – zu einer Haftungsmilderung mit steigendem Einkommen (o. I 6, nach Fn. 29).

Daß eine frühere Bekanntschaft mit dem Pomponiustext unser Problembewußtsein eher geschärft hätte, läßt sich vermuten. Der wohlgemeinte Rat, ab und an das Corpus Iuris aufzuschlagen (o. bei Fn. 4), ist indessen wohl allzu wohlfeil. Es wäre naiv zu glauben, ein Blättern in schweinsledernen Folianten könne konkrete Argumente zur Lösung brisanter aktueller Rechtsfragen wie von selbst zutage fördern. Vollkommene Parallelen sind denn doch eher Zufallsfunde (zumal in unserem Falle einer *lex fugitiva*); und sie bedürfen jedenfalls fachkundiger Aufbereitung durch Experten, die beide Gebiete aufmerksam verfolgen. Die Anbindung rechtshistorischer Lehrstühle an modernrechtliche Fächer ist von daher zu begrüßen. Diese in Deutschland seit jeher institutionalisierte Verbindung

⁸⁵ Die Garantiehafung des Vermieters für anfängliche Mängel (§ 538 BGB) geht zurück auf D. 19,2,19,1 über die Vermietung schadhafter Fässer; vgl. MUGDAN, Die gesammten Materialien zum BGB II 209; K. LUIG, Festschrift für Hübner (1984) S. 121 ff. – Die gesamte Notwehr-Theorie des Mittelalters geht aus von der einzigen Codexstelle 8,4,1 Diokletians über die '*in culpa tutelae moderatio*'. – Zur großzügigen Umdeutung z. B. von Verpfändungsexemtionen (D. 20,1,6-8) in Pfändungsverbote i. S. v. § 811 ZPO: WACKE, Festschrift Pleyer (1986) S. 597 f.; DERS., Studi Talamanca VIII (2001) 378 f.

⁸⁶ WILHELM, Studien zur europ. Rechtsgeschichte (o. Fn. 5, 1972) S. 265 ff.; darin speziell LUIG, S. 208 ff.

zwischen Rechtsgeschichte und Dogmatik bleibt im internationalen Vergleich allerdings ohne Parallele.

Um die didaktische Verbindung beider Fächer steht es weniger gut. Mit Recht hat man moniert, daß neuere Lehrbücher (merkwürdigerweise sogar wenn Rechtshistoriker sie verfassen) der Geschichte einer Institution oft keine Zeile mehr widmen.⁸⁷ Die Außerachtlassung der wichtigsten Erkenntnisse aus dem Archiv der Experimente, welche die Menschheit seit Jahrtausenden zur Bewältigung ihrer sozialen Probleme angestellt hat, bedeutet einen folgenreichen Verzicht auf wesentliche Bildungschancen.

⁸⁷ So TRINKNER/WOLFER (wie Fn. 3). WERNER FLUMES ‚Allgemeiner Teil des BGB‘ bildet in der durchgehenden Verwendung rechtshistorischer Argumente eine rühmliche Ausnahme. Auch in OTTO SANDROCKS Neuaufgabe von J. v. GIERKES ‚Handelsrecht‘ wurden die rechtshistorischen Partien nicht nur beibehalten sondern fortgeschrieben. In O. JAUERNIGS ‚Zivilprozeßrecht‘ wurde der knappe Anhang zur Geschichte des Zivilprozesses (19. Aufl. 1981) S. 307-312 (§§ 97-102) hingegen seit der 20. Aufl. 1983 leider weggelassen.

Zur Rechtsquellenlehre und zum Privatrechtssystem Georg Adam Struves (1619 – 1692)

Gunter Wesener

I. Neben Hermann Conring (1606-1681), Wolfgang Adam Lauterbach (1618-1678), Johann Schilter (1632-1705) und Samuel Stryk (1640-1710) zählt Georg Adam Struve¹ zu den bedeutendsten Vertretern des deutschen *Usus modernus pandectarum*². Die Lehren des *Usus modernus*, des älteren *Gemeinen Rechts*³, waren nicht nur für den *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* von

¹ Biographische Angaben bei Burkhard Gotthelf STRUVE, *Pii Manes Struviani sive de vita et scriptis Georgii Adami Struvii* (mit Schriftenverzeichnis, Jenae 1705); Chr. G. JÖCHER, *Allgemeines Gelehrten-Lexicon* IV (Leipzig 1751) Sp. 894 ff.; R. STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* II (München und Leipzig 1884) 146 ff.; A. EISENHART, *ADB* 36 (1893) 677 ff.; J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert* (Frankfurt am Main 1979) 12ff.; DERS., *Recht als Wissenschaft* (München 2001) 106 ff. und passim; P. BENDER, *Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft* (Frankfurt am Main 1979) 33 f.; P. Ch. KLEMM, *Eigentum und Eigentumsbeschränkungen in der Doktrin des usus modernus pandectarum untersucht anhand der Pandektenkommentare von Struve, Lauterbach und Stryk* (Basel und Frankfurt am Main 1984) 32 ff.; G. KLEINHEYER/J. SCHRÖDER (Hrsg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 5. Aufl. (Heidelberg 2008) 537; R. VOPPEL, *Der Einfluß des Naturrechts auf den Usus modernus* (Köln – Berlin 1996) 137 ff.; G. LINGELBACH, *Rechtswissenschaft und Aufklärung in der Geschichte der Alma Mater Jenensis*, in: *Recht und Rechtswissenschaft im mitteldeutschen Raum. Symposion für R. Lieberwirth anlässlich seines 75. Geburtstags*, hrsg. von H. LÜCK (Köln – Weimar – Wien 1998) 105 ff., insbes. 109 f.; K. LUIG, *HRG* V (1998) 52 ff.; vgl. DENS., *NDB* 22 (2005) 774; J. FINZEL, *Georg Adam Struve (1619-1692) als Zivilrechtler* (Frankfurt am Main 2003); dazu G. WESENER, *ZRG Germ. Abt.* 121 (2004) 725 ff.; R. DOMINGO, in: R. DOMINGO (ed.), *Juristas universales II* (Madrid 2004) 400 ff.

² Vgl. dazu K. LUIG, *Samuel Stryk (1640-1710) und der „Usus modernus pandectarum“*, in: *Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für St. Gagnér zum 70. Geburtstag* (München 1991) 219 ff. [nun in: LUIG, *Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht* (Goldbach 1998) 91* ff.]; D. WILLOWEIT, *Der Usus modernus oder die geschichtliche Begründung des Rechts. Zur rechtstheoretischen Bedeutung des Methodenwandels im späten 17. Jahrhundert*, in: D. WILLOWEIT (Hrsg.), *Die Begründung des Rechts als historisches Problem*, München 2000, 229 ff.; H.-P. HAFERKAMP u. T. REPGEN (Hrsg.), *Usus modernus pandectarum. Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit. Klaus Luig zum 70. Geburtstag* (Köln – Weimar – Wien 2007); dazu G. WESENER, *ZRG Germ. Abt.* 126 (2009) 571-574.

³ Dazu H. COING, *Europäisches Privatrecht I* (München 1985); G. WESENER,

1756, das Hauptwerk Kreittmayrs⁴, den Entwurf des Codex Theresianus (iuris civilis) von 1766 und das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 von grundlegender Bedeutung, sondern auch für den französischen Code civil von 1804 und das österreichische ABGB von 1811.⁵

Georg Adam Struve wurde am 27. September 1619 in Magdeburg geboren. Sein Vater Berthold Struve, ebenfalls Jurist, entstammte einer alten braunschweigischen Familie. Nach einem Studium an der Universität Jena besuchte Georg Adam Struve seit dem Frühjahr 1641 die Universität Helmstedt, wo ihn Hermann Conring⁶ in die Politik und die deutschen Rechtsaltertümer einführte. Bei Heinrich Hahn (1605-1668)⁷ hörte er Vorlesungen über Pandekten und Codex. Mehrfach ließ sich Hahn durch Struve vertreten.

Bereits im April 1645 wurde Struve von Herzog August von Sachsen, Erzbischof zu Magdeburg, zum Beisitzer am Schöffengericht zu Halle ernannt. Nachdem er im Februar 1646 das Doktorat der Rechte in Helmstedt erlangt hatte⁸, folgte er im Dezember des Jahres einer Berufung nach Jena auf den Lehrstuhl von Gottfried Fibig (1612-1646)⁹. Nach allgemeiner Übung war Struve zunächst Professor der Institutionen, dann der Pandekten (die er anfänglich nach Matthaeus Wesenbecks Paratitla¹⁰ vortrug), schließlich des Codex, der Novellen und des Lehnrechts. Da er sich um einen lebendigen Vortrag bemühte, hatte er bald zahlreiche Schüler¹¹. Neben den öffentlichen Vorlesungen hielt Struve *Collegia privata* über Lehnrecht und Pandekten.

Die privatrechtlichen Normen des Usus modernus, in: D. SIMON (Hrsg.), Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages Frankfurt am Main 1986 (= Ius Commune/Sonderhefte 30, Frankfurt am Main 1987) 279 ff.; W. WIEGAND, Die privatrechtlichen Rechtsquellen des Usus modernus, in Akten ebda., 237 ff.

⁴ Dazu G. WESENER, Kreittmayrs Zivilrechtskodex in dogmengeschichtlicher Sicht, in: R. BAUER/H. SCHLOSSER (Hrsg.), Freiherr von Kreittmayr. Ein Leben für Recht, Staat und Politik. FS zum 200. Todestag (München 1991) 77 ff.

⁵ Vgl. G. WESENER, Die Rolle des Usus modernus pandectarum im Entwurf des Codex Theresianus. Zur Wirkungsgeschichte des älteren gemeinen Rechts, in: Wirkungen europäischer Rechtskultur. FS für K. Kroeschell zum 70. Geburtstag (München 1997) 1363 ff.; DERS., Zur Verflechtung von Usus modernus pandectarum und Naturrechtslehre, in: H. KOZIOL/P. RUMMEL (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit. FS für Franz Bydliński (Wien – New York 2002) 473 ff.

⁶ KLEINHEYER/SCHRÖDER, Deutsche und Europäische Juristen (oben Fn. 1) 103 ff.

⁷ Zu diesem STINTZING, Geschichte (oben Fn. 1) II 230 ff.; P. OESTMANN, in: J. RÜCKERT/J. VORTMANN (Hrsg.), Niedersächsische Juristen (Göttingen 2003) 26-30.

⁸ STINTZING, Geschichte (oben Fn. 1) II 147.

⁹ STINTZING, Geschichte (oben Fn. 1) II 147 Fn. 1.

¹⁰ KLEINHEYER/SCHRÖDER, Deutsche und Europäische Juristen (oben Fn. 1) 544. Zu Wesenbeck unten Fn. 75.

¹¹ EISENHART, ADB 36, 678.

Die von den Teilnehmern hierbei ausgearbeiteten Dissertationen wurden Grundlage von Struves „Syntagma juris feudalis“ (1653) und des „Syntagma juris civilis“ (1655)¹².

Nach über zwanzigjähriger Lehrtätigkeit übernahm Struve das Amt eines Hofrats und Kammerdirektors am Hof zu Weimar, wohin er im Dezember des Jahres 1667 übersiedelte. 1672 erfolgte seine Ernennung zum Geheimen Rat. Aber 1674 kehrte er zur akademischen Lehrtätigkeit zurück, erlangte das durch den Tod seines Schwiegervaters Christoph Philipp Richter frei gewordene Ordinariat und Präsidium an der Jenaer Juristenfakultät. Er hatte nunmehr die Professur des kanonischen Rechts inne und zugleich den Vorsitz am Gerichtshofe (Landgericht) zu Jena.

Georg Adam Struve verstarb am Morgen des 16. Dezember 1692, im Alter von 73 Jahren, zufolge eines Lungenschlages (wohl Lungenembolie), nachdem er noch am Vortag am Schöffengericht eine Relation erstattet hatte¹³.

Struve war, wie dies für die Juristen des *Usus modernus* typisch¹⁴, auf vielen Rechtsgebieten und in verschiedenen Funktionen zugleich bzw. sukzessive tätig, als Rechtslehrer, Gutachter, Richter, Verwaltungsbeamter und Berater des Landesfürsten.

II. Zu Struves wichtigsten Werken¹⁵ zählt neben dem „Syntagma juris feudalis“ (Jena 1653)¹⁶ das „Syntagma iurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum concinnatum“, ursprünglich „Syntagma iuris civilis universi“ („der große Struv“). Das Datum der Erstauflage ist ungewiss, 2. Auflage Jena 1655/1663; 9. Auflage Frankfurt am Main 1710; weitere Ausgaben mit „Additiones“ von Peter Müller (1640-1696), Struves Nachfolger als Ordinarius in Jena, 1692/1701, 1718 und 1738¹⁷. Das „Syntagma iurisprudentiae“ besteht aus fünfzig *Dissertationes* oder *Exercitationes ad Pandectas*, die für die von

¹² STINTZING, Geschichte (oben Fn. 1) II 148; FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 49.

¹³ STINTZING, Geschichte (oben Fn. 1) II 151.

¹⁴ Vgl. F. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl. (Göttingen 1967) 216.

¹⁵ Dazu STINTZING, Geschichte (oben Fn. 1) II 152 ff.; Schriftenverzeichnis im Anhang bei B. G. STRUVE, Pii Manes Struviani (oben Fn. 1); ferner bei JÖCHER, Gelehrten-Lexikon (oben Fn. 1) IV Sp. 895 f.

¹⁶ 8. Auflage 1703; cum observationibus Senckenberg 1734. Vgl. FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 33.

¹⁷ Zu den einzelnen Auflagen A. SÖLLNER, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, hrsg. von H. COING, II/1 (München 1977) 538; KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 12; FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 49 ff.

Struve 1650 gehaltenen *Collegia privata* ausgearbeitet und von den Zuhörern diskutiert wurden¹⁸. Dem Werk ist eine Respondentenliste vorangestellt. Es besteht aber kaum ein Zweifel, dass Struve selbst Verfasser der Disputationen ist¹⁹. Es lässt sich keine einzige Disputation nachweisen, die auch als Separatum erschienen wäre; die gleichmäßige Redaktion des Werkes spricht für die Urheberschaft Struves als Präses und nicht der Respondenten²⁰.

Trotz des Titels „*secundum ordinem pandectarum*“ folgt das „Syntagma“ nicht genau der Pandektenordnung. Mitunter werden mehrere Bücher der Digesten in einer *exercitatio* zusammengefasst; manchmal wird eine ganze *exercitatio* für eine einzige Digestenstelle verwendet²¹. Selten entspricht eine *exercitatio* völlig einem Buch der Digesten. Alfred Söllner²² zählt Struves „Syntagma“ zu den Kettenkommentaren, zugleich zu den Kommentaren mit einem besonderen Darstellungsschema. Unter einem Kettenkommentar versteht Söllner²³ die Zusammenstellung von Disputationen und Dissertationen, die aus dem Universitätsbetrieb hervorgegangen sind, durch den Rechtslehrer zu einem Erläuterungswerk.

Jede der fünfzig Dissertationen ist einem bestimmten Sachgebiet gewidmet; jede *exercitatio* zerfällt in *theses*, deren Ordnung durch das methodische Schema der Kategorien von *definitio*, *divisio*, *subiectum*, *obiectum*, *causa efficiens* und *impressiva*, *effectus*, *forma*, *officia* ... gegeben ist. Dieses Schema wird aber nicht übertrieben streng eingehalten, sondern Struve ist, „wie Thomasius mit Recht rühmt, der erste gewesen, welcher sich von der sog. Ramistischen Pedanterie befreit hat“²⁴. Das Schema ist oft

¹⁸ STINTZING, Geschichte (oben Fn. 1) II 148; FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 51.

¹⁹ So KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 8; FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 51.

²⁰ Zur Frage der Urheberschaft von Disputationen (Präses oder Respondent) M. J. A. M. AHSMANN, Collegium und Kolleg. Der juristische Unterricht an der Universität Leiden 1575-1630 unter besonderer Berücksichtigung der Disputationen (Frankfurt am Main 2000) 222 ff.; dazu G. WESENER, ZRG Rom. Abt. 119 (2002) 599 f.

²¹ Beispiele bei KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 15; vgl. FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 51 f.

²² In: Handbuch (oben Fn. 17) II/1, 529 f., 533, 538.

²³ In: Handbuch (oben Fn. 17) II/1, 529.

²⁴ STINTZING, Geschichte (oben Fn. 1) II 155. – Zur ramistischen bzw. dichotomischen Methode, benannt nach dem französischen Humanisten und Philosophen Petrus Ramus (Pierre de la Ramée, 1515-1572) STINTZING, Geschichte (oben Fn. 1) I (1880) 145 ff., II 24 f., 143; COING, Europäisches Privatrecht I (oben Fn. 3) 24 f., 67; H. E. TROJE, in: Handbuch (oben Fn. 17) II/1, 736 Fn. 1, 737 ff.; weitere Literatur bei G. WESENER, Kaspar Manz, a German Jurist in the Seventeenth Century: A Man of Theory and Practice, in: Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law & Legal History. Essays in Honour of Alan Watson (Oxford – Portland

um einzelne Punkte verkürzt; in anderen Fällen erfolgt nach Sachbedarf eine Erweiterung²⁵. Gegenüber dem „Compendium iuris“ von W. A. Lauterbach²⁶ bedeutet Struves „Syntagma“ in sprachlicher und gedanklicher Hinsicht einen großen Fortschritt²⁷.

Behandelt wird im „Syntagma“ in der Hauptsache das römisch-justinianische Privatrecht, daneben aber auch Prozessrecht und Strafrecht²⁸. Einbezogen werden die Reichsgesetzgebung, das kanonische Recht, das Feudalrecht und partikulare Rechte. Behandelt werden auch wichtige deutschrechtliche Institute²⁹ wie Leibeigenschaft, Morgengabe, Versicherungsvertrag, Erbverträge mit den Unterfällen Einkindschaft, Erbverbrüderung und Ganerbschaft, ferner Retrakte, Familienfideikommisse, Reallasten und die gerichtliche Auffassung bei Grundstücksübergaben.

Im Jahre 1670 erschien in Jena Struves „Jurisprudentia Romano-Germanica forensis“, der „kleine Struve“, ein Institutionenkompendium³⁰. Struve hat es während seiner Tätigkeit als Hofrat in Weimar (1667 bis 1674) ausgearbeitet und zwar nach den in Jena gehaltenen Vorlesungen³¹. Dieses Kompendium war wohl das beliebteste Lehrbuch seiner Zeit und wurde bis gegen Ende des 18. Jahrhunderts immer wieder neu aufgelegt (18. Aufl. Bamberg und Würzburg 1767; letzte Auflage Frankfurt am Main 1771). Es folgt grundsätzlich der Ordnung der justinianischen Institutionen, weist aber wesentliche Abweichungen auf³².

Ein weiteres wichtiges Werk Struves ist die „Jurisprudenz oder Verfassung der landüblichen Rechte“³³. Während seiner Tätigkeit als Hofrat zu Weimar hatte Struve Herzog Ernst den Frommen von Gotha kennen gelernt. Dieser war mit dem Plan einer Gesetzgebung beschäftigt und forderte Struve auf,

Oregon 2001), 399 ff., insbes. 404 Fn. 37; zuletzt SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft* (oben nt. 1) 82 ff. („dihairetische Methode“), 86 Fn. 492.

²⁵ Dazu FINZEL, *Struve* (oben Fn. 1) 52.

²⁶ Zu diesem K. LUIG, *NDB* 13 (1982) 736 ff.

²⁷ So LUIG, *HRG* V 56.

²⁸ Zum Aufbau des „Syntagma“ Übersicht bei KLEMM, *Eigentum und Eigentumsbeschränkungen* (oben Fn. 1) 15 und 18.

²⁹ Dazu im Einzelnen KLEMM, *Eigentum und Eigentumsbeschränkungen* (oben Fn. 1) 6 f.; FINZEL, *Struve* (oben Fn. 1) 52 f.

³⁰ Dazu LUIG, *HRG* V 56 f.; eingehend FINZEL, *Struve* (oben Fn. 1) 35 ff., 57 ff.; *Bibliographie* 143 ff

³¹ STINTZING, *Geschichte* (oben Fn. 1) II 157.

³² Dazu KLEMM, *Eigentum und Eigentumsbeschränkungen* (oben Fn. 1) 32 ff., insbes. 37 ff.; FINZEL, *Struve* (oben Fn. 1) 57 ff.

³³ Dazu STINTZING, *Geschichte* (oben Fn. 1) II 160 f.; FINZEL, *Struve* (oben Fn. 1) 42 ff.; *Bibliographie* 154 ff.

eine kurze Darstellung des gesamten sächsischen Rechts in deutscher Sprache zu entwerfen. Die Gesetzgebungspläne wurden zwar mit dem Tod des Fürsten 1675 hinfällig; Struves Arbeit, welche dem Herzog vorgelegt wurde, ist aber die Grundlage seiner 1689 zu Merseburg von seinem Sohn Johann Wilhelm herausgegebenen „Jurisprudenz“ geworden³⁴. Dieses Werk ist in deutscher Sprache verfasst. Es folgt weitgehend der inhaltlichen Ordnung der „Jurisprudentia Romano-Germanica forensis“³⁵. Jan Finzel³⁶ kommt zum Ergebnis, dass die „Jurisprudentia“ für die „Jurisprudenz“ unmittelbare Vorlage war. Er bezeichnet die „Jurisprudenz“ „als eine gründlich neubearbeitete Auflage des lateinischen Vorbilds“.

Struves Werke weisen einen beachtlichen wissenschaftlichen Apparat auf, der in den Text hinein verarbeitet wurde. Die Nachweise, fast durchwegs Allegate, selten wörtliche Zitate, dienen Struve zur Bestätigung seiner Ausführungen³⁷.

III. Bei Struve findet sich folgende Definition der *Jurisprudentia*, der Rechtswissenschaft³⁸. Syntagma 1, 7: *Jurisprudentia itaque est habitus practicus, quo jus ad actiones civiles convenienter accomodatur: vel est jus ad actiones, in civili societate obvenientes, accomodandi prudentia. Cum qua definitiones congruit illa Ulpiani: Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia, D. 1,1,10,2. ...* Rechtswissenschaft ist deshalb die praktische Fähigkeit (*habitus practicus*), das Recht auf bürgerliche Handlungen passend anzuwenden: oder die Klugheit (*prudentia*), das Recht auf in der bürgerlichen Gesellschaft vorkommende Handlungen anzuwenden. Mit dieser Definition stimmt diejenige Ulpians überein: Rechtswissenschaft ist die Kenntnis von den göttlichen und menschlichen Dingen, das Wissen vom Rechten und Unrechten. ... Struve fügt hinzu³⁹: *cum itaque Dicaeologia nostra non subsistat in cognitione, sed accomodationem juris ad actiones civiles intendat, eam habitum practicum dicimus.* Diese *prudentia* ist sowohl *legislatoria* als *deliberatoria s. consultatoria* als *judiciaria*; stets ist sie *inter disciplinas practicas referenda*.

Struve beruft sich auf Ulpian und Celsus und behauptet, seine Definition

³⁴ Letzte Auflage Leipzig 1737.

³⁵ FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 47.

³⁶ Struve (oben Fn. 1) 48 f.

³⁷ FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 53.

³⁸ Dazu STINTZING, Geschichte (oben Fn. 1) II 11 f.; SCHRÖDER, Wissenschaftstheorie (oben Fn. 1) 12 ff.; LUIG, HRG V 55; eingehend FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 36 ff.

³⁹ STINTZING, Geschichte (oben Fn. 1) II 12.

stimme mit deren Definitionen überein. Für diese Behauptung dürfte vor allem die „Treue zur Quelle“ ausschlaggebend gewesen sein⁴⁰. Die neue „praktische“ Definition der Jurisprudenz hat sich bereits zu Ende des 17. Jahrhunderts durchgesetzt⁴¹. Sie hat auch Aufnahme gefunden in den Codex Maximilianus Bavaricus Civilis von 1756 (I 1 § 1): „Die Rechtsgelehrsamkeit oder Jurisprudenz besteht nicht nur in gründlicher Kenntniß der Rechte, sondern auch in richtiger Anwendung derselben auf die vorkommenden Fälle.“

Jus definiert Struve (Syntagma 1,47) als *ordinatio, regula s. principium a superiore praescriptum, secundum quod actiones hominum instituendae, ut sint justae*. Recht ist somit für Struve die von einem Höheren vorgeschriebene Regel, nach der die Menschen ihr Verhalten richten müssen⁴². Es umfasst Regeln des Natur- und Völkerrechts wie des staatlichen Rechts. Hinsichtlich Natur- und Völkerrecht ist Gott der *superior*. Die Konkretisierung der natur- und völkerrechtlichen Normen für einen bestimmten Staat erfolgt durch den Gesetzesbefehl des Fürsten (*maiestas*). So kommt das positive staatliche Recht (*ius civile*) zustande. Für das von Struve in vollem Maße anerkannte Gewohnheitsrecht (*consuetudo*) wird die stillschweigende Genehmigung durch die Staatsgewalt angenommen⁴³.

IV. Struves Rechtsquellenlehre hat eine eingehende Darstellung durch *Jan Finzel*⁴⁴ gefunden⁴⁵. *Sedes materiae* ist hauptsächlich Syntagma 2,32 ff. In der Klärung der Rechtsquellenfragen wird ein Hauptverdienst Struves gesehen⁴⁶. Struve teilt die Rechtsquellen nach ihrem Geltungsbereich in folgender Weise ein⁴⁷: neben den gemeinen Rechten (*iura communia*) gibt es im Reich partikuläre Rechte (*iura particularia*). Zu den ersten zählen „des Reichs gemeine Rechte, Abschiede und Gewohnheiten“, zu den zweiten „Ländische Ordnungen, Gewohnheiten der Fürstenthumen, Herrschaften und Gericht, Statuten,

⁴⁰ So SCHRÖDER, Wissenschaftstheorie (oben Fn. 1) 11; vgl. FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 38.

⁴¹ Dazu SCHRÖDER, Wissenschaftstheorie (oben Fn. 1) 13 f.

⁴² Dazu LUIG, HRG V 53.

⁴³ STINTZING, Geschichte (oben Fn. 1) II 12; vgl. LUIG, HRG V 54. – Zum Gewohnheitsrecht vgl. SCHRÖDER, Recht als Wissenschaft (oben Fn. 1) 14 f.

⁴⁴ Struve (oben Fn. 1) 79 ff.; vgl. STINTZING, Geschichte (oben Fn. 1) II 162 ff.; LUIG, HRG V 53 ff. – Zum Verhältnis der Rechtsquellen zueinander SCHRÖDER, Recht als Wissenschaft (oben Fn. 1) 110 ff., insbes. 115 ff.

⁴⁵ Zur Rechtsquellenlehre Schilters STINTZING, Geschichte (oben Fn. 1) II 185 ff., insbes. 187 f.; VOPPEL, Der Einfluß des Naturrechts (oben Fn. 1) 140 ff., 203 ff.; SCHRÖDER, Recht als Wissenschaft (oben Fn. 1) 115 ff.

⁴⁶ Vgl. LUIG, HRG V 53 ff.

⁴⁷ FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 80 f.

Sondersatzungen“. Struve nennt Bestimmungen, wo diese Partikularrechte erwähnt und in Bezug zu den gemeinen Rechten gesetzt werden.

Struve ist bemüht, eine Erklärung für die Geltung des römischen Rechts zu finden⁴⁸. Die Lotharische Legende hat auch für ihn keine Bedeutung. Er ist aber bemüht, eine staatliche Zustimmung zum Vorgang der Rezeption des römischen Rechts zu finden. Er sieht eine zumindest stillschweigende Zustimmung der Kaiser und Reichsstände zur Rezeption darin, dass die Lehre des römischen Rechts in öffentlichen Schulen und der Gebrauch vor Gericht überhaupt zugelassen wurde: *consensu saltem tacito Imperatorum ac Statuum Germaniae ejus professionem in Scholis publicis & usum in foro admittentium* (Syntagma 2, 35).

Im Gegensatz zu Hermann Conring sieht Struve (Syntagma 2,35) in der Zustimmung der Stände zur Reichskammergerichtsordnung von 1495 die Bestätigung der Geltung des römischen Rechts auch in den Territorien⁴⁹. Neben den Reichsgesetzen gehörten zu den *iura communia* das römische und das kanonische Recht, aber nur *quatenus sc(ilicet) sunt recepta* (Iurisprudencia 1,2,15)⁵⁰. Das römische Recht hatte aber die Vermutung der Geltung für sich; diese Vermutung ist widerlegt, wenn im Einzelfall ein anderer Gebrauch nachgewiesen werden kann⁵¹. Partikulare Rechte mussten jedenfalls vor dem Reichskammergericht allegiert und bewiesen werden. Viele Gerichtsordnungen für Territorialgerichte lehnten sich wörtlich an die Reichskammergerichtsordnung an und verlangten teilweise die Allegation von Landesrecht auch innerhalb dessen räumlichen Geltungsbereichs. In seinen allgemeinen Ausführungen über den Beweis erklärt Struve (Syntagma 28, 8) aber, dass die Beweisbedürftigkeit von Rechtsnormen für das Gewohnheitsrecht und nur in Ausnahmefällen für Statuta vorkomme. *Jus probatione non indiget, sed judici notum esse debet*. Das Recht bedarf nicht des Beweises, muss aber dem Richter bekannt sein⁵². Die Relativierung der Rechtsanwendungsregeln in der Gerichtspraxis hat nunmehr Peter Oestmann⁵³ aufgezeigt: „Eine hierarchische Ordnung der Rechtsquellenvielfalt existierte allenfalls in Ansätzen. ... Mit einer *fundata intentio* ließ sich der Rechtspluralismus kaum bewältigen.“⁵⁴

⁴⁸ Dazu FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 82 f.

⁴⁹ FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 83 f.

⁵⁰ FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 99 f.

⁵¹ FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 100.

⁵² Finzel, Struve (oben Fn. 1) 105.

⁵³ Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich (Frankfurt am Main 2002) passim, insbes. 669 ff.; dazu J. WEITZEL, ZRG Germ. Abt. 124 (2007) 600 ff.; vgl. G. WESENER, ZRG Germ. Abt. 122 (2005) 629 f.

⁵⁴ OESTMANN, Rechtsvielfalt vor Gericht (oben Fn. 53) 682.

V. Im Folgenden soll auf Struves Privatrechtssystem, wie es in der „Iurisprudentia“ in Erscheinung tritt, und auf einige wichtige Rechtsinstitute eingegangen werden.

Die „Iurisprudentia Romano-Germanica forensis“ gliedert sich in vier Bücher und folgt grundsätzlich dem römischen Institutionensystem, weist aber einige wesentliche Abweichungen auf⁵⁵. Das erste Buch behandelt, entsprechend den Institutionen, das *jus personarum* mit Einschluss des Vormundschaftsrechts. Zentraler Begriff des *jus personarum* ist der *status civilis*, dem einleitend ein *status naturalis* entgegengestellt wird. Das zweite Buch (*De jure rerum et in specie de jure in re seu dominio late dicto*) enthält das Sachenrecht und abweichend von den Institutionen das gesamte Erbrecht. Unter *jus rerum* versteht Struve das Vermögensrecht, das sich in das dingliche *jus in re* und das obligatorische *jus ad rem* spaltet⁵⁶. Die Ausbildung dieser Lehre erfolgte im Wesentlichen durch Struves Lehrer Heinrich Hahn⁵⁷; sie geht aber schon auf den Wittenberger Professor und Nürnberger Stadtgerichtskonsulenten Johannes Apel (1486-1536) zurück⁵⁸. Während Struve in seiner „Iurisprudentia“ drei Species von *jura in re* unterscheidet (*jus pignoris, jus possessionis und dominium latius dictum*), findet sich im „Syntagma“ (3, 88) die Fünzfzahl der dinglichen Rechte: *dominium, servitus, jus hereditarium, jus pignoris, jus possessionis*⁵⁹. Das dritte Buch der „Iurisprudentia“ handelt *De jure ad rem et obligatione*. Struve stellt der *obligatio* des Schuldners das Forderungsrecht des Gläubigers als *jus ad rem* gegenüber⁶⁰. Im Syntagma 3,1,8 § 89 findet sich folgende Definition: *IUS AD REM est facultas jure competens, qua ad rem praestandam, hoc est dandum aliquid vel faciendum, aut aliquando patiendum, personam ex facto suo*

⁵⁵ Dazu eingehend KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 32 ff.; FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 57 ff.

⁵⁶ Zu dieser Unterscheidung 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 70. Geburtstag (Heidelberg 1991) 195 ff., insbes. 201 ff.; FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 62 ff.

⁵⁷ Siehe oben bei Fn. 7. – Zu Hahns Lehre WESENER, Dingliche und persönliche Sachenrechte (oben Fn. 56) 201.

⁵⁸ Dazu WESENER, Dingliche und persönliche Sachenrechte (oben Fn. 56) 199 f., mit weiterer Literatur.

⁵⁹ So noch ABGB § 308. Zur Fünzfzahl R. FEENSTRA, *Ius in re*. Het begrip zakelijk recht in historisch perspectief (Zwolle 1979) passim, insbes. 21 ff.; DERS., Real rights and their classification in the 17th century: The role of Heinrich Hahn and Gerhard Feltmann, in: The Juridical Review 1982, 106 ff., insbes. 109 ff.; WESENER, Dingliche und persönliche Sachenrechte (oben Fn. 56) 201; FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 66 ff.

⁶⁰ Vgl. KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 35 und 44.

obligatam habemus l. 3 l. 25. de O. et A. (D. 44,7,3 u. 25). Das vierte Buch der „Jurisprudentia“ (*De ratione et modo jus suum persequendi in judicio*) weicht vollständig von den Institutionen ab, indem es eine geschlossene Darstellung des Prozessrechtes und der verschiedenen Prozessarten einschließlich des Kriminalprozesses bietet⁶¹.

Als wichtigste Abweichung von der Institutionenordnung sieht *Peter Christoph Klemm*⁶² die Behandlung der Klagen bei den einzelnen Rechtsverhältnissen in den drei ersten Büchern der „Jurisprudentia“. Damit wurde der Institutionentitel 4,6 *de actionibus* überflüssig⁶³. Struve (*Jurisprudentia* 1,15,3; *Syntagma* 46,58) ordnet den drei Kategorien subjektiver Rechte (*ius in re*, *ius ad rem* und *ius personarum*) drei Genera von Klagen (*actio in rem*, *actio in personam* und *actio praejudicialis*) zu⁶⁴. Bei Struve steht bereits *ius* als subjektives Recht im Vordergrund⁶⁵; die *actio* ergibt sich aus dem einzelnen subjektiven Recht. Deutlich zum Ausdruck kommt dies in *Syntagma* 46, 57: *actio non aliter distinguitur ab ipso jure, ex quo fluit, quam quod isthoc absolute dicatur, actio vero ad iudicium referatur, et ita in genere est jus seu facultas jure competens in iudicio persequendi quod debetur.*

Bei Struve (*Syntagma* 11, 4) findet sich folgende Definition von Eigentum im eigentlichen Sinne (*dominium proprie et stricte dictum*): *Dominium est jus* (h.e. *facultas, potestas legitima*, I. 2,4,4, D. 35,2,1) *in re corporali, quo quis de re ista potest pro arbitrio, nomine proprie* (C. 4,35,21 u. w.) *disponere*. Die Ausdrücke *facultas, potestas legitima* kennzeichnen *jus* als subjektives Recht⁶⁶. Dem Eigentum als dem umfassenden Herrschaftsrecht werden die beschränkten dinglichen Rechte an fremder Sache, wie *servitus* und *pignus*, gegenübergestellt⁶⁷.

Struve (*Syntagma* 11,55)⁶⁸ geht davon aus, dass das *dominium omnimodo liberum est, quando quis plenissimam habet de re propria statuendi facultatem ejusque plenissimum usum*. Er nennt aber verschiedene Möglichkeiten der

⁶¹ KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 36.

⁶² Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 37.

⁶³ Vgl. FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 73.

⁶⁴ Dazu KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 38 ff.

⁶⁵ Zur Ausbildung dieser Vorstellung, vor allem bei Donellus, H. COING, Zur Geschichte des Begriffs „Subjektives Recht“, in COING, Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht 1947-1975, I (Frankfurt am Main 1982) 241 ff., insbes. 251 ff.; vgl. KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 37 ff., 41 ff.; FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 73 ff.

⁶⁶ KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 49.

⁶⁷ Vgl. KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 50.

⁶⁸ Dazu KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 85.

Beschränkung der Veräußerungsbefugnis (*restrictiones juris domini*), sei es durch Vertrag, Testament oder von Gesetzes wegen. Diese Beschränkungen berühren aber seiner Ansicht nach nicht die *essentia domini*, sondern setzen nur der Ausübung bestimmte Grenzen. Wenn allerdings der Eigentümer einem Dritten außer einer umfassenden Nutzungsbefugnis auch bestimmte Veräußerungsbefugnisse und somit eine rechtliche Verfügungsmacht einräume, so verliere er damit sein *dominium plenum* und es verbleibe ihm nur ein *dominium minus plenus*, das als *dominium directum* bezeichnet wird (Syntagma 11,55), während dem Dritten ebenfalls ein *dominium minus plenum*, das von Struve als „*dominium utile*, minder- oder nutzbar Eigentum“ benannt wird, zukomme. Struve vertritt mit dieser eigenständigen Konstruktion ein im wörtlichen Sinne geteiltes Eigentum⁶⁹.

Beim Besitz unterscheidet Struve zwischen der bloßen Innehabung, der *detentio* (Syntagma 42,2), und dem Besitz im eigentlichen Sinne, der *possessio*, die als eigene *species iuris in re* (Syntagma 3, 88) dem Eigentum gegenübergestellt wird⁷⁰. Eigentlicher Besitz besteht nur an *res corporales*; an *res incorporales*, wie Servituten, besteht eine *quasi possessio*, eine analoge Nachbildung, eine Nachbildung im Wege einer Fiktion⁷¹: *analogice s. quasi possidentur res incorporales sive jura, quae usu et facultate utendi possidemus...* (Syntagma 42,41,2 X).

Als eine eigene *species iuris in re* betrachtet Struve (Syntagma 3,88;45, 68), wie auch Lauterbach, das *ius hereditatis*, das Erbrecht⁷². Der wesentliche Unterschied zum Eigentum wird darin gesehen, dass hier eine *universitas iuris*, eine dingliche wie obligatorische Rechte umfassende Rechtsgesamtheit, Gegenstand des Rechtes ist⁷³.

Gegen Ende des 16. und zu Beginn des 17. Jahrhunderts mehrten sich die Anhänger der allgemeinen Klagbarkeit formloser obligatorischer Verträge, ohne dass allerdings die gegenteilige Ansicht völlig verschwunden wäre. Von systematischer Bedeutung war die Zusammenfassung aller Schuldverträge unter dem Oberbegriff des *pactum*. Gestützt wurde diese Lehre von der

⁶⁹ So KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 86 ff.

⁷⁰ Dazu KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 51 ff. – Zur Auffassung von *possessio* als *ius* im römischen Recht vgl. G. WESENER, *Ius possessionis*, in: Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag, (München 1976) 159 ff.

⁷¹ Dazu G. WESENER, Zur Dogmengeschichte des Rechtsbesitzes, in: Festschrift für W. Wilburg zum 70. Geburtstag (Graz 1975) 453 ff., insbes. 468.

⁷² KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 53.

⁷³ Zur *hereditas* als *universitas* M. KASER, Das römische Privatrecht, 2. Aufl., I (München 1959) 673 f.; II (München 1975) 470 f.; G. WESENER, Geschichte des Erbrechtes in Österreich seit der Rezeption (Graz – Köln 1957) 21 f.

allgemeinen Klagbarkeit, somit auch der *pacta nuda*, teilweise auf das kanonische Recht, teilweise auf deutsches Gewohnheitsrecht (*mores hodierni*) oder auf die natürliche Billigkeit (*aequitas naturalis*)⁷⁴. Das Verdienst, den Durchbruch zur Klagbarkeit des *pactum nudum* im Bereiche des Zivilrechts erreicht zu haben, kommt dem südniederländischen Juristen Matthaeus Wesenbeck (1531-1586)⁷⁵, einem Vertreter des frühen *Usus modernus*, zu⁷⁶.

Struve (Syntagma 6,4) gliedert die Schuldverhältnisse nach der Natur der ihnen zugrundeliegenden Handlungen in *pollicitatio*, *conventio* und *delictum*. Der Begriff der *conventio* erlaubt ihm, an der römischen Unterteilung in *pacta* und *contractus* festzuhalten⁷⁷. Er (Syntagma 7,17) vertritt die Klagbarkeit der *pacta nuda* unter Berufung auf kanonisches Recht und deutsches Gewohnheitsrecht: *jure Canonico et moribus nostris*.

In Bezug auf die Sachmängelhaftung bevorzugt Struve die ädilizischen Klagen und vernachlässigt die *actio empti*⁷⁸. Zu den Pflichten des Verkäufers im Hinblick auf die Qualität des Kaufgegenstandes bemerkt er (Iurisprudentia 3,11,9): *praeterea requiritur, ut talis tradatur, qualis vendita, nimirum ... non debet vitiosa. Vid. tot. tit. D. de Aedil Edict. (D. 21,1)*.

Wie bereits von den Kommentatoren, Donellus und Zasius wird auch von Struve (Syntagma 21,16,2, n. 23) die Verordnung Justinians in C. 4,31,14,2(a. 531) über Ausschluss der Aufrechnung nicht mehr mit den Besitzschutzinterdikten, sondern mit der Spolienklage in Verbindung gebracht⁷⁹: ... *caeterum actionem de perperam occupata possessione*

⁷⁴ Dazu L. SEUFFERT, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge. Dogmengeschichtliche Untersuchungen (Nördlingen 1881) 118 ff., 130 ff.; Th. MAYER-MALY, Die Bedeutung des Konsenses in privatrechtsgeschichtlicher Sicht, in: Rechtsgeltung und Konsens, hrsg. von G. JAKOBS (Berlin 1976) 99; COING, Europäisches Privatrecht I (oben Fn. 3) 398 ff., insbes. 400 ff.; K.-P. NANZ, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert (München 1985) passim, insbes. 85 ff.; WESENER, Die privatrechtlichen Normen des *Usus modernus* (oben Fn. 3) 279 ff., insbes. 287 ff.; I. BIROCCI, La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus, in: Towards a General Law of Contract. Ed. by J. BARTON (Berlin 1990) 139 ff.; R. FEENSTRA, Die Klagbarkeit der *pacta nuda*, in: Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert, hrsg. von R. FEENSTRA u. R. ZIMMERMANN (Berlin 1992) 123 ff., bes. 124 ff.;

⁷⁵ Zu diesem R. FEENSTRA, Die Klagbarkeit der *pacta nuda* (oben Fn. 74) 124 f.; M. AHSMANN, in: M. STOLLEIS (Hrsg.), Juristen (München 1995) 651; J. BARRIENTOS GRANDON, in: R. DOMINGO (ed.), Juristas universales II (Madrid-Barcelona 2004) 246 ff. Siehe auch oben Fn. 10.

⁷⁶ Eingehend NANZ, Entstehung (oben Fn. 74) 85 ff.

⁷⁷ KLEMM, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 35.

⁷⁸ Dazu W. J. KLEMM, Die Grundlagen der Sachmängelhaftung des Verkäufers im Vernunftrecht und *Usus modernus* (Stuttgart-Berlin 1967) 56.

⁷⁹ K. PIELEMEIER, Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB, seine Entstehungsgeschichte

restituenda speciatim excipere non fuit opus, cum satis alias constet, spoliatum ante omnia restituendum. Nec tamen dubium ex generali Justiniani constitutione oriatur id denuo monetur. Obwohl ohnedies der Grundsatz *spoliatus ante omnia restituendus* gelte⁸⁰, sei durch Justinian der Ausschluss der Kompensation gegenüber dem Beraubten noch ausdrücklich festgelegt worden.

Wie Johannes Brunnemann (1608-1672), David Mevius (1609-1670) und Wolfgang Adam Lauterbach (1618-1678) hält auch Struve in der Zessionslehre an dem Prinzip fest, dass ein derivativer Erwerb der Forderung nicht möglich sei⁸¹. Die *actio directa* bleibe beim Zedenten mit der Wirkung, dass er auch noch nach der Zession Zahlung vom Schuldner verlangen und der Schuldner an ihn zahlen könne: *Cessio actionum translationem plenam non operatur* (Syntagma 7, 26). Struve bringt die übliche Begründung, dass die Forderung an den Gebeinen des Gläubiger hafte⁸²; er fügt hinzu, sie folge der Person, wie der Schatten dem Körper: ... *quasi ossibus sunt infixae et personam sequuntur sicuti corpus umbra* (Syntagma cit.). Den entscheidenden Schritt in der Zessionslehre tat erst Schilter, der die Behandlung des Zessionars als *mandatarius* oder *procurator in rem suam* für eine Besonderheit des Forum Italicum erklärte. Das deutsche Zessionsformular spreche hingegen von einer „erb- und eigentümlichen Zession der Forderung“ und von einem Verzicht des Zedenten auf jedes Recht. Die Zession der Forderung zu vollem Recht sei als gemeines deutsches Recht anzusehen⁸³.

Von Bedeutung ist Struves Lehre vom Erbvertrag⁸⁴, der im Usus modernus noch umstritten war. Eine gemeinrechtliche Anerkennung der Erbverträge,

und seine Bedeutung im geltenden Recht (Berlin 1986) 54 f.; P. PICHONNAZ, *La compensation. Analyse historique et comparative de modes de compenser non conventionnels* (Fribourg 2001) 364 ff., insbes. 367.

⁸⁰ Zu dieser Regel G. WESENER / G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, 4. Aufl. (Wien – Köln 1985) 18 f.

⁸¹ Dazu im Einzelnen K. LUIG, *Zur Geschichte der Zessionslehre* (Köln – Graz 1966) 26 f.; vgl. G. WESENER, *Zession und Schuldübernahme im Codex Theresianus*, in: *Spuren des römischen Rechts. FS für B. Huwiler zum 65. Geburtstag* (Bern 2007) 693 ff.

⁸² Vgl. E. GENZMER, *Nomina ossibus inhaerent*, in: *Mélanges Ph. Meylan, I* (Lausanne 1963) 159 ff.

⁸³ Dazu LUIG, *Zur Geschichte der Zessionslehre* (oben Fn. 81) 31 f.

⁸⁴ Dazu G. KUGELMANN, *Gemeinrechtliche Begründung des particulären Erbvertrages* (Erlangen 1877) passim; G. WESENER, *Zur Lehre vom Erbvertrag im deutschen Usus modernus pandectarum und im Naturrecht*, in: *Wege europäischer Rechtsgeschichte. Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag* (Frankfurt am Main 1987) 607 ff., insbes. 614 f.; FINZEL, *Struve* (oben Fn. 1) 109 ff., insbes. 120 ff.; nun Ph. HARTMANN, *Das Recht der vertraglichen Erbfolgeregelung in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte* (Berlin 2005) passim, insbes. 104 f.

und zwar in bestimmten Fällen auch der *pacta acquirendae successionis*, der akquisitiven Erbverträge, beginnt sich ab der Mitte des 17. Jahrhunderts abzuzeichnen. Als Grundlage wird eine *universalis Germaniae consuetudo* angeführt, wodurch eine Derogation der römischrechtlichen Bestimmungen, des Verbots von Erbverträgen, eingetreten sei⁸⁵. Diese Auffassung findet sich etwa bei Heinrich Hahn, dem Lehrer Struves⁸⁶.

Struve definiert in seinem Syntagma 38,47 das *pactum successorium acquisitivum folgendermaßen*: *Pactum acquisitivum est conventio de ipsorummet paciscentium, vel alterius tantum vel utriusque hereditate sibi vel aliis acquirenda*. Als *pacta acquisitiva* werden genannt: I. *pacta conjugum de futura successione*. II. *Pactum unionis prolium* (Einkindschaft). III. *pactum confraternitatis* (Erbverbrüderung) *quod est conventio inter principes et illustres personas ...* IV. *Pactum ganerbinatus* (Ganerbschaft) *quod est conventio inter nobiles ac illustres familias ... ut, ... et una exstincta familia, ex reliqua superstites isti succedant*. Nach Struve (Syntagma 38,46) haben diese *pacta* aufgrund der *mores* Bestand. Er bezeichnet die Erbfolge aufgrund von *pacta successoria s. conventiones de hereditate tertii* als eine *extraordinaria seu anomala successio*⁸⁷.

VI. Zu Recht stellt R. Stintzing⁸⁸ Struve an Bedeutung neben Benedikt Carpzov (1595-1666)⁸⁹: Struves „Schriften sind die ersten umfassenden theoretischen Werke, in denen die empirische Methode, die unbefangene Betrachtung der Wirklichkeit und die Erkenntniß und Gestaltung derselben als Ziel der Rechtswissenschaft zur vollen Geltung kommen.“ Die „Jurisprudentia Romano-Germanica forensis“, der „kleine Struv“, war ein Jahrhundert lang das beliebteste Institutionenlehrbuch. Es folgt zwar grundsätzlich der Ordnung der justinianischen Institutionen, weist aber mit der Gliederung in *peronae – res – obligationes* – Prozessrecht erhebliche Abweichungen auf. Fortschrittlich ist vor allem die Übernahme des Oberbegriffes *jus rerum*, der Dichotomie *jus in re* und *jus ad rem*, der Fünzfzahl der dinglichen Rechte⁹⁰. Struve folgt hierbei weitgehend seinem Lehrer Heinrich Hahn⁹¹. Peter C. Klemm⁹² sieht in der Anordnung des Rechtsstoffes Ansätze zu deduktiven Ableitungen.

⁸⁵ WESENER, Zur Lehre vom Erbvertrag (oben Fn. 84) 614.

⁸⁶ Siehe oben bei Fn. 7.

⁸⁷ Dazu im Einzelnen WESENER, Zur Lehre vom Erbvertrag (oben Fn. 84) 615.

⁸⁸ Geschichte (oben Fn. 1) II 161 f.

⁸⁹ Zustimmend EISENHART, ADB 36, 681.

⁹⁰ Dazu oben V.

⁹¹ Siehe oben Fn. 7 und 57.

⁹² Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (oben Fn. 1) 46 f.

Struve genießt sowohl nach der Ansicht seiner Zeitgenossen als auch nach heutiger Wertung auf Grund seiner Werke, insbesondere der „Jurisprudentia“ und des „Syntagma“ hohes Ansehen⁹³. J. G. Heineccius (1681-1741) bezeichnete Struve in seinem Vorwort zu dessen „Jurisprudentia“ (Ausgabe 1767) als *Jurisconsultus praestantissimus*. Der in Österreich wirkende Jurist Nicolaus von Beckmann (1634 - 1689)⁹⁴ nennt Struve in seiner „Idea juris statutarii et consuetudinarii Stiricai et Austriaci cum jure Romano collati“ (Graecii 1688) einen *Juris consultus nulli quoad solidam juris doctrinam secundus*.

⁹³ Dazu eingehend FINZEL, Struve (oben Fn. 1) 21 ff.

⁹⁴ Zu diesem G. WESENER, in: W. BRAUNEDER (Hrsg.), *Juristen in Österreich 1200-1980* (Wien 1987) 49 ff., 311 f.

***Contemplatio*, Absicht und Auflage**

Markus Wimmer

Contemplatio ist einer jener Begriffe, die zwar keine juristisch-technische Bedeutung erlangten, aber doch in manchen Fallkonstellationen ein Schlüsselbegriff für die Fallentscheidung sind. Einst unter die „unklassischen Wörter“ gereiht¹, gibt *contemplatio* oft dem ganzen Text erst die Pointe. Die Deutung mancher Stellen, in denen der Begriff vorkommt, bereitet freilich bis heute bisweilen Schwierigkeiten. Aus der Vielzahl der Quellen² greifen wir einige Texte heraus, in denen die rechtliche Konsequenz von einer *contemplatio* abhängt.

Noch am wenigsten gefestigt ist das Deutungsbemühen in einer Stelle zur auftraglosen Drittzahlung:

D. 3,5,5,3 (Ulp. 10 ad ed.)

Item si procuratori tuo mutuum pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum cum quo contraxi nullam. ...

Ego zahlt an den *procurator* des tu ein Darlehen aus mit der Zweckbestimmung (der „Auflage“), mit dem Geld die Schuld des tu bei dessen Gläubiger zu zahlen beziehungsweise das Pfand auszulösen. Verwendet der *procurator* das Geld auflagentreu zur Tilgung beim Gläubiger des tu, so ist die Rückzahlung des Darlehens nicht (mehr) gewollt. Das *mutuum* spielt dann keine Rolle mehr und die Situation geht in eine auftraglose Drittzahlung über, wo der *procurator* nur noch Mittelsmann für die Drittzahlung des ego für tu ist. Dass der *procurator* selbst nicht Drittzahler ist, ist klar, weil er mit der Zahlung an den Gläubiger des tu nur die Auflage aus dem *mutuum* des ego erfüllen will³. Drittzahler über den Mittelsmann (den *procurator*) ist der ego,

¹ G. BESELER, Unklassische Wörter, SZ 56 (1936) 44-48.

² Übersicht der Quellen bei Beseler (o. Anm.), dort freilich nur ungenau zitiert. Der Begriff findet sich außer in den hier erörterten Belegen noch in D. 5,3,13,12; D. 5,3,25,12; D. 6,1,65,1; D. 12,6,26,12; D. 16,1,6; D. 23,4,11; D. 25,6,8; D. 32,11,22; D. 34,3,4; D. 35,1,92; D. 36,1,65,4; D. 39,5,34,1; D. 40,5,24,16.

³ Und dass er keine Konträrklage aus der GoA gegen den tu hat, ist ebenso klar, da er nichts aufgewendet hat, wenn er die *pecunia mutua* an den Gläubiger zahlte, womit er dem ego das Darlehen nicht zurückzahlen muss.

dessen *animus aliena negotia gerendi* in der *contemplatio tui* zu finden ist. Im *mutuum* zur Zahlung der fremden Schuld liegt also im nächsten Schritt⁴ eine auftraglose Drittzahlung, die zur Folge hat, dass dann ego gegen den *procurator* keine Klage mehr hat (*adversus eum cum quo contraxi nullam*).

Die Konstruktion eines Darlehens an den Verwalter eines Dritten zur Schuldtilgung für den Dritten ist sinnvoll, wenn etwa mehrere Schuldposten mit unterschiedlicher Fälligkeit zu bedienen sind, über die der Vermögensverwalter den Überblick hat⁵. Ansonsten könnte ego sogleich Drittzahler für den tu sein ohne den Prokurator dazwischen zu schalten. Sollte die auftraglose Drittzahlung nicht „funktionieren“, indem der *procurator* das Geld nicht zur Schuldzahlung verwendet, bleibt ego durch die *condictio* aus dem *mutuum* geschützt, um das Geld zurückzubekommen. Anders bekäme man auch die Verletzung der Verpflichtung aus der Auflage durch den Mittelsmann nicht in den Griff⁶. Dass *tui contemplatione*, *ut* eine Auflage für das Darlehen ist und nicht nur ein einseitiges Motiv des ego⁷, ist damit zu begründen, dass ein bloßer Beweggrund den *procurator* nicht binden und auch den ego nicht verpflichten würde, die Darlehensrückzahlung nicht geltend zu machen, wenn der *procurator* auflagenkonform ausgezahlt hat.

Die Wirkung dieser Auflage schätzte Ruhstrat⁸ anders ein. Mit der Vereinbarung, den Betrag für die *negotia domini* zu verwenden, ist zugleich

⁴ Dies ist umstritten. Nach dem (mit Wieling, u. Anm. 15 und Finazzi, u. Anm. 17) vorherrschenden Deutungsbestrebungen ist die *negotiorum gestio* „sofort da“ und nicht erst im nächsten Schritt, wenn der *procurator* an den Gläubiger auszahlt. In der Stelle kaum greifbar ist auch der Gedanke, dass der *procurator* intern ein Mandat zur Darlehensaufnahme hatte und daher als Zahlstelle angesehen werden kann. Vgl. zu diesem Gedanken (ohne Bezug auf unsere Stelle) Axel Claus, *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlin 1973, 267.

⁵ Sonst müsste der ego, der für tu zahlen will, über die offenen Rechnungen (samt Fälligkeitsterminen) des tu Bescheid wissen. Das *mutuum* vereinfacht in einem solchen Fall für ego die Drittzahlung.

⁶ Verwendet der *procurator* das Geld anders, „unterschlägt“ er es oder zahlt er es einfach nicht fristgerecht aus, so muss er das Darlehen zurückzahlen. *Furtum*-Fälle sind nicht denkbar, da der *procurator* aus dem *mutuum* Eigentümer des Geldes wird und daher mit eigenem Geld nur die Auflagenverpflichtung verletzte. Und auch im anderen Fall, wo der Mittelsmann nur säumig ist, ist die drohende Darlehensrückzahlung ein Druckmittel des ego, dass der Mittelsmann die Auflage erfüllt.

⁷ So schon E. RUHSTRAT, *Die negotiorum gestio des dritten Kontrahenten*, Hannover 1883, 7 ff. Die Sichtweise von *contemplatio* als Auflage und die Abgrenzung vom Motiv teilt Ruhstrat: Dass ego die *condictio* aus dem *mutuum* gegen den *procurator* nicht hat, sei damit zu erklären, dass ego dem *procurator* das Darlehen „mit der von diesem acceptierten Auflage gegeben hat: *ut creditorem vel pignus domini liberet*.“ Die weitere Begründung der Stelle weicht von der vorgeschlagenen Deutung ab.

⁸ O. Anm., aaO.

ausgemacht, „dass der Prokurator seine Darlehensschuld mit dieser Verwendung abzutragen, dass der Gläubiger diese Verwendung oder genauer: das Versprechen dieser Verwendung, als Bezahlung zu betrachten habe“⁹. In der Vereinbarung der Auflage liegt zugleich der Verzicht auf die *condictio mutui*¹⁰. Büßt ego mit dem Verzicht die Darlehensklage ein, so hat auch der *procurator* keine Klage gegen den tu, weil er für diesen nichts aufopferte. Die Darlehensklage opferte ego eigentlich für den tu auf, indem er den tu von der Klage des Prokurators auf Aufwandersatz befreite¹¹. Der Stellvertretungsfall in der Drittzahlung, den man anstrebte, ist demnach bereits durch den Verzicht verwirklicht.¹²

Dagegen spricht, dass der Gläubiger des tu aber so lange nicht befriedigt ist, solange nicht der *procurator* an ihn gezahlt hat. Ego gibt sich somit zu früh des Druckmittels der Darlehensrückzahlung, soll doch das *mutuum* erst dann nicht mehr zurückgezahlt werden, wenn die beabsichtigte Drittzahlung über den Mittelsmann den tu befreite.

Doch auch Seiler¹³ sieht die Stelle so, „daß die Darlehensgewährung an den Prokurator *negotiorum gestio* für den Vermögensherrn sein kann“¹⁴, wonach die *negotiorum gestio* gleichsam „sofort da ist“, noch bevor gewiss ist, ob das *mutuum* auflagenkonform eine auftraglose Drittzahlung ist. Noch weiter geht Wieling¹⁵, der in der Darlehenshingabe eine *negotiorum gestio* erblickt und „keinen Darlehensvertrag mit dem Gehilfen.“ Voraussetzung für

⁹ AaO 7.

¹⁰ AaO, wörtlich: „Danach verzichtet der Gläubiger mit dem Abschluss der Vereinbarung, dass das Geld für den Prinzipal zu verwenden sei, auf die Geltendmachung seiner *condictio mutui*, womit er den Prinzipal von der *actio neg. gestorum* des Prokurators befreite.“ (Mit „Prinzipal“ meint Ruhstrat den tu).

¹¹ AaO 8: „Er (der ego) erhielt die *actio neg. gestorum* für seinen Verzicht auf die Darlehensklage, weil dieser Verzicht ein *utiliter gestum* war, indem er den Prinzipal (den tu) von der Klage des Prokurators befreite.“

¹² Die Fälle, in denen der *procurator* dann nicht an den Gläubiger des tu zahlt, wären (abgesehen von *furtum*-Fällen) allenfalls so in den Griff zu bekommen, dass ego dann doch die Darlehensrückzahlungsklage anstellen kann und die *exceptio doli* aus dem Verzicht mit einer *replicatio doli* zurückgeschlagen würde.

¹³ Hans Hermann Seiler, Der Tatbestand der *negotiorum gestio* im römischen Recht, Köln 1968, 36.

¹⁴ AaO, wobei Seiler fortfährt: „und auch hier lässt sich auf die verdächtige *contemplatio* verzichten.“

¹⁵ Hans WIELING, Drittwirkungen des Mandats und ähnlicher Rechtsverhältnisse, in Mandatum und Verwandtes (Nörr, Nishimura, Hrsg), Berlin/Heidelberg/New York 1993, 255: „Eine andere Konstruktionsmöglichkeit, die zum gleichen Ziel führt, besteht darin, in der Darlehenshingabe eine *negotiorum gestio* zugunsten des Geschäftsführers zu sehen, keinen Darlehensvertrag mit dem Gehilfen: D. 3,5,5,3.“

die *negotiorum gestio* ist nur, „daß der Darlehensgeber das Geld im Hinblick auf den Geschäftsherrn gegeben hat“¹⁶. Ähnlich hält es auch Finazzi¹⁷ für möglich, dass *mutua pecunia* hier untechnisch gebraucht ist.

Dagegen ist einzuwenden, dass die Stelle nicht nur von *mutuam pecuniam dedero*, sondern auch von *eum, cum quo contraxi* spricht. Demnach ist die *causa credendi* zwischen ego und dem *procurator* wirksam beredet. Dazu kommt, dass die Klagemöglichkeit gegen den tu überhaupt erst denkbar ist, wenn die Drittzahlung „funktioniert hat“¹⁸. Solange das Geld noch beim *procurator* ist, wäre tu noch nicht befreit¹⁹. Dagegen tut man sich schwer, bereits durch die Zahlung an den Mittelsmann den Aufwendersatzanspruch des ego gegen den tu zu begründen²⁰, solange tu noch von seinem Gläubiger geklagt werden könnte. Verteidigt man *mutuam pecuniam dedero* als technisch, so hat das Darlehen durchaus seinen Sinn. Die Darlehensrückzahlungsklage hat ego gleichsam in der Hinterhand, falls die auftraglose Drittzahlung nicht „funktioniert haben sollte“ und wenn die Drittzahlung auflagenkonform den tu befreite, ist das *mutuum* funktionslos²¹.

Nun liegt der Fall anders, die *contemplatio* fehlt.

C. 4,2,13 (Diocl./Maxim. AA. et CC. Frontoni.)

Eum, qui mutuam sumpsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non

¹⁶ AaO 256 mit der Begründung aus der umgekehrten Folge von C. 4,2,13, wo das *mutuum* ohne *contemplatio* ausgezahlt wird und es daher beim Darlehen bleibt.

¹⁷ Giovanni FINAZZI, Ricerche in tema di negotiorum gestio II. 1, Cassino 2003, 430 Anm. 210, „... il giurista parla di pecuniam accipere mutuam, ma può darsi che la terminologia sia impiegata in senso atecnico, ...“ und ferner Anm. 211 zu *contemplatio*. Und schon Ernst Rabel, *Negotium alienum und animus*, St. BONFANTE IV, Milano 1930, 289: „... nicht ein technisches Darlehen anzunehmen, sondern eine Verwendung des Procurators als Mittelsperson für die Zuwendung der Mittel an den Herrn.“ Nicht das Geld wird dem Herrn zugewandt, sondern die Befreiung von seiner Schuld. Und der *procurator* ist nicht Mittelsperson des tu „für die Zuwendung der Mittel“, sondern Mittelsmann des ego bei der Drittzahlung.

¹⁸ Passend dazu formuliert die Stelle auch im Futur *adversus te negotiorum gestorum habeo actionem*.

¹⁹ Freilich kannte man die Stellvertretung in der Verfügung, insbesondere bei Realverträgen, wenn ein Gewaltfreier Geld als Darlehen ausleiht (zuletzt etwa Wilhelm SIMSHÄUSER, *Papinian's Beitrag zur Begründung einer Rechtsscheinhaftung im klassischen römischen Recht*, in *Iuris Vincula*, FS Talamanca, VII, Napoli 2001, 491), aber dann wäre kein Raum für ein *mutuum* mit dem *procurator*, das doch die Stelle erörtert.

²⁰ Will man nicht der Verzicht-Lösung von Ruhstrat folgen oder sonst der Konstruktion einer Zahlstelle (o. Anm.) oder Stellvertretung in der Geldauszahlung.

²¹ Der Textteil „cum quo contraxi nullam“ (sc habebo) schien lange unklar: RABEL (o. Anm. 17) 289: „Schon der erste Teil ist seit der Glosse ein Rätsel. Warum bekommt der Darleiher keine Darlehensklage gegen den Procurator?“

contemplatione domini rerum eam fenori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet.

Hier bleibt es beim Darlehen, mag auch der Darlehensnehmer das *mutuum* aufgenommen haben, um fremde Schulden zu zahlen (*in res alienas*). Lag diese Darlehensverwendung nicht auch in der Absicht des Darlehensgebers, so wollte der Darlehensgeber nicht Drittzahler durch einen Mittelsmann werden, so dass sich die Situation einer Drittzahlung von vornherein nicht ergeben konnte.

Wieder anders als in D. 3,5,5,3 liegen die Dinge bei der Drittzahlung über einen Gewaltabhängigen *contemplatione domini*. Hier begründet bereits die Auszahlung einer *mutua pecunia* an den Unterworfenen des Schuldners die GoA.

D. 15,3,10,5 (Ulp. 29 ad ed.)

Sed utrum in sortem dumtaxat tenebitur dominus an et in usuras? et si quidem promisit usuras, Marcellus libro quinto digestorum scribit dominum praestaturum: sed si non sint promissae, utique non debebuntur, quia in stipulatum deductae non sunt. plane si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri.

Die Stelle interessiert hier ab *plane si* rell. Davor geht es um den Fall, dass ein Sklave ein Darlehen aufgenommen hat, der entweder eine *praepositio* zur Aufnahme von Darlehen hatte, worin ein *mandare* zu sehen ist²², so dass die Stelle von der *actio institoria* gedacht werden kann, oder worin ein *versum* für seinen Herrn liegt (eine Bereicherung des Patrimoniums um die Ersparnis, nicht mit eigenem Geld die Schuld zu zahlen)²³. Fraglich war,

²² Weitere Quellen zu einer *praepositio mutuis accipiendis pecuniis* (D. 14,3,19 pr.) mit Hinweis auf die Gleichstellung des angestellten *procurator* mit dem für einen bestimmten Geschäftsbereich angestellten *institor* bei Wilhelm SIMSHÄUSER, Papinians Beitrag zur Begründung einer Rechtsscheinhaftung im klassischen römischen Recht, in *Iuris Vincula*, FS Talamanca, VII, Napoli 2001, 511 ff. Vgl. auch zur *quasi institoria* bei einem Auftrag an einen *procurator* zur Darlehensaufnahme, worin ein *quasi praeposuisse* liegt, in D. 17,1,10,5. Dazu Nikolaus BENKE, Zu Papinians *actio ad exemplum institoriae actionis*, SZ 105 (1988) 612 mwN. Zur Mehrdeutigkeit von *mandare*, wenn ein *procurator* nicht allgemein zur Darlehensaufnahme präponiert war: CLAUS (o. Anm.) 266. Ein stilles Indiz, die Stelle auf den Fall einer nicht allgemeinen *praepositio* des Sklaven für Darlehensaufnahmen zu beziehen, ließe sich in *non gerenti servo negotia domini* finden, wo die *praepositio* überhaupt fehlt.

²³ Auf die *actio de in rem verso* beziehen die Stelle: SEILER (o. Anm. 13) 36, Tiziana J. CHIUSI, *Die actio de in rem verso im römischen Recht*, München 2001, 171 f.

ob nicht nur das Kapital, sondern auch die Zinsen den Umfang des *versum* bilden beziehungsweise mit der *institoria* durchsetzbar sind. Zinsen kann der Darlehensgeber vom Herrn nur verlangen, wenn sie der Sklave promittierte²⁴. Handelte dagegen der Darlehensgeber als auftragloser Drittzahler (*ipse gerens*) für den Herrn, so schliesse der Aufwendersatzanspruch aus der *negotiorum gestio* auch die Zinsen ein. Im Fall des *contemplatione domini pecuniam dedi* ist die Absicht der Drittzahlung für den Herrn wie in D. 3,5,5,3 zu sehen²⁵, aber anders als dort erwirbt hier der Herr das Geld sofort²⁶ und Mittelsmann der Drittzahlung ist nicht ein freier Dritter, sondern der Gewaltabhängige des Herrn. Damit ist man einer Situation schon sehr nahe, wo der Mittelsmann der Drittzahlung der Schuldner selbst ist.

In der folgenden Stellengruppe gibt die *contemplatio* den Ausschlag, ob ein Eigengeschäft oder ein Fremdgeschäft vorliegt.

Eine solche Wirkung zeigt sich für die *contemplatio* beim Inkasso für einen anderen.

D. 3,5,5,11 (Ulp. 10 ad ed.)

Item quaeritur apud Pedium libro septimo, si Titium quasi debitorem tuum extra iudicium admonuero et is mihi solverit, cum debitor non esset, tuque postea cognoveris et ratum habueris: an negotiorum gestorum actione me possis convenire. et ait dubitari posse, quia nullum negotium tuum gestum est, cum debitor tuus non fuerit. sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium: et sicut ei a quo exactum est adversus eum datur repetitio qui ratum habuit, ita et ipsi debet post ratihabitionem adversus me competere actio. sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum.

Der Scheinvertreter (ego), der eine Forderung für den tu einziehen wollte, mahnte den Scheinschuldner (Titius), der daraufhin an den Scheinvertreter zahlte und der Scheingläubiger (tu) genehmigte. Die *ratihabitio* hat in solchen Fällen²⁷ (auch) eine Außenwirkung, indem sich der Genehmigende damit das

²⁴ Zur Schwierigkeit, sich die Zinsen als ein *versum* vorzustellen, mit möglichen Beispielen: CHIUSI, (o. Anm.)

²⁵ Zur Echtheit nicht durchringen konnte sich Seiler, (o. Anm.) 36: die Stelle „behält ihren Sinn auch ohne die umstrittene *contemplatio domini*.“ Für echt aber bereits Hans KRELLER, *Formula ad exemplum institoriae actionis*, FS Wenger, München 1945, II, 85 Anm. 3: „Mit diesem auch in D. 3,5,5,3 gebrauchten Ausdruck soll offenbar die Zweckbestimmung des Vorschusses kurz charakterisiert werden.“

²⁶ Mit Erwerbszurechnung durch seinen Sklaven.

²⁷ Ähnlich: D. 12,4,14 (der Scheinschuldner zahlt an den Scheinvertreter und der Scheingläubiger genehmigt); D. 47,2,81,5 (Nicht autorisiertes Inkasso durch den bösgläubigen

Gezahlte (die Bereicherung) zuwendet. Dann steht die *condictio indebiti* des zahlenden Nichtschuldners nur noch gegen den Genehmigenden zu und nicht mehr gegen den Zahlungsempfänger (ego), bei dem sich das Geld befindet²⁸. Ist somit der Scheingläubiger der Rückforderungsklage des Scheinschuldners ausgesetzt, so bedarf er der Klage auf Herausgabe des erlangten Geldes gegen den Scheinvertreter. Die Genehmigung des tu macht das Inkasso des ego zum Geschäft für den tu, das vorher noch nicht *negotium tuum*, sondern nur *tua contemplatione gestum* war.²⁹ Dies meint den Gegensatz von einem *negotium*, das der tu will als von ihm autorisiertes Fremdgeschäft, gegenüber einem *negotium*, das der ego nicht für sich will, sondern als ein Fremdgeschäft für den tu, das aber von tu noch nicht autorisiert ist. Das eigenmächtige Inkasso für einen anderen ist nicht autorisiertes Fremdgeschäft.

Ein eigenmächtiges Inkasso ist ein Eigengeschäft, das in D. 3,5,5,11 durch *tui contemplatione gestum* zum nicht autorisierten Fremdgeschäft wurde. In D. 3,5,5,5 wird nun umgekehrt ein Fremdgeschäft, das *non contemplatione* auf den Geschäftsherrn geführt wird, zum eigenmächtigen Eigengeschäft:

D. 3,5,5,5 (Ulp. 10 ad ed.)

Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem.

Der „Geschäftsführer“ (*quis*) will ein fremdes Geschäft nicht für den Geschäftsherrn (*ego*) führen, sondern für sich selbst, „zu eigenem Nutzen“. Beim Fall des eigenmächtigen Eigengeschäftes, das ein Fremdgeschäft sein

Scheinvertreter einer vermeintlichen Forderung vom Scheinschuldner und der Scheingläubiger genehmigt). SEILER (o. Anm. 13) 64 f.; FINAZZI (o. Anm. 17) 396 ff. (und vielerorts) mwN; Marisa de FILIPPI, *Ratihabitio*, Bari 2002, 144 betont, dass die Genehmigungswirkung unabhängig vom guten Glauben auch dann eintritt, wenn der Scheingläubiger von der Nichtschuld wusste.

²⁸ So mit Julian in (Paul.) D. 12,4,14: Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus teneatur rell.

²⁹ Nicht schon die *contemplatio* des ego beim Inkasso für tu begründet die *negotiorum gestio*, sondern erst die *ratihabitio* des tu. Giovanni NEGRI, *La gestione d'affari nel diritto romano*, Homenaje Murga Gener, Madrid 1994, 681 versteht dies so: Was vorher nur subjektiv, aus der Sicht des ego, ein Geschäft für den tu war, wird erst durch die Genehmigung auch objektiv zum fremden Geschäft. „... affare che, all'inizio, oggettivamente non lo era (gemeint: tuo affare), ma, anzi, era stato gestito come tuo da mio apprezzamento soggettivo...“

sollte, ist nach Labeo nicht weiterhin von einem Fremdgeschäft auszugehen, sondern von einem Geschäft, das durch *non mei contemplatione sed sui lucri causa* zum eigenmächtigen Eigengeschäft wurde.³⁰ Bei der Haftung des „Geschäftsführers“ aus der *negotiorum gestio* bleibt es aber für die *actio directa* auf Herausgabe des Erlangten um so mehr. Und in der *actio contraria* ist der eigenmächtige Eigengeschäftsführer schlechter gestellt, da er nicht seinen Aufwand (*non in id quod ei abest*) ersetzt bekommt, sondern *ego* (nur) die bei ihm dadurch eingetretene Bereicherung auszugleichen hat³¹.

Nur der Vollständigkeit halber erwähnt sei ein Text zur Unterlassung eines Fremdgeschäftes. D. 3,5,5,14 thematisiert Handlungspflichten eines Gestors, der sämtliche Geschäfte führt (Vermögensverwalters)³², bis zu denkbaren Grenzfällen.³³

D. 3,5,5,14 (Ulp. 10 ad ed.)

Videamus in persona eius, qui negotia administrat, si quaedam gessit quaedam non, contemplatione tamen eius alius ad haec non accessit, et si vir diligens (quod ab eo exigimus) etiam ea gesturus fuit: an dici debeat negotiorum gestorum eum teneri et propter ea quae non gessit? quod puto verius. certe si quid a se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur. quamquam enim hoc ei imputari non possit, cur alios debitores non convenerit, quoniam conveniendi

³⁰ Gegen zu starker Itp.-Vermutung von *contemplatio* bei Seiler: Theo MAYER-MALY, Probleme der *negotiorum gestio*, SZ 86 (1969) 427 f. mit Hinweis, dass es Labeo um eine prägnante Erfassung der Geschäftsführungsabsicht ging. SEILER (o. Anm. 13) 29 sieht die Stelle als Fall der heute so genannten „unechten Geschäftsführung ohne Auftrag“ (zutreffend als „unerlaubte Eigengeschäftsführung“). Gegenüber der „unechten GoA“ ist die Stelle etwas enger, da ein objektives Fremdgeschäft (*quis negotia mea gessit*) eigenmächtig zum Eigengeschäft gemacht wird, während die „unechte GoA“ auch Fälle der irrtümlichen Besorgung eines fremden Geschäftes als eigenes einschließt.

³¹ Darin liegt ein stilles Indiz, dass die Nützlichkeit des Aufwandes objektiv (und nicht subjektiv) zu beurteilen war, da dies erst den Gegensatz schärft: Ein objektiv nützlich gemachter Aufwand kann subjektiv keine Bereicherung darstellen. Wäre die Nützlichkeit des Aufwandes subjektiv bewertet, wäre ein Unterschied zur subjektiven Bereicherung nicht mehr erkennbar.

³² Zur „generellen Geschäftsführung“ mit weiteren Belegen zur Haftung für Unterlassen: Hans PETERS, Generelle und spezielle Aktionen, SZ 32 (1911) 269 ff.

³³ Mit der Fragestellung: Wo hätte ein *vir diligens* gehandelt oder selbst ein *vir diligens* nicht mehr gehandelt? Die Verpflichtung, Forderungen einzuziehen (*ab aliis exigere*), verpflichtet nicht auch, wenn der *gestor* selbst schuldet, von sich selbst zu fordern (*a semet ipso exigere*). SEILER (o. Anm. 13) 15 hält *contemplatione* rell. einschließlich des *vir diligens*-Teiles für verfälscht. Ferner zum *vir diligens* Wolfgang KUNKEL, *Diligentia*, SZ 45 (1925) 291 f. Zur schärferen Haftung eines untauglichen (untätigen) Geschäftsführers gegenüber einem Mandatar: Bernhard KÜBLER, Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen, SZ 39 (1918) 197.

eos iudicio facultatem non habuit, qui nullam actionem intendere potuit: tamen a semet ipso cur non exegerit, ei imputabitur: et si forte non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium, ut divus Pius Flavio Longino rescripsit: nisi forte, inquit, usuras ei remiserat:

Ein an sich handlungsbereiter Dritter (*alius*) schreitet deshalb nicht ein, weil er sich auf die Geschäftsführung des Vermögensverwalters verlassen hatte, der aber (teilweise) untätig blieb (*contemplatione ... eius alius ad haec non accessit*). Der Text ist nicht weiter zu untersuchen, da *contemplatio* hier keine entscheidenden Rechtswirkungen nach sich zieht, sondern nur klarstellt, dass der Dritte im Hinblick auf den Gestor nicht handelte.

Der Fall eines untätigen Dritten bei einem untätigen Gestor ist aber insofern reizvoll, als er zur Bildung des hypothetischen Falls einer auftraglosen Fremdgewirtschaftung (GoA) zur Beendigung der Untätigkeit eines Gestors herausfordert. In einem solchen Fall scheint es denkbar, dass eine *contemplatio* die Geschäftsführungsabsicht festlegt, für wen der Dritte handeln will: GoA für den untätigen Gestor oder GoA direkt für den Geschäftsherrn des untätigen Gestors.

Noch in einem anderen Text bestimmt die *contemplatio*, wessen Geschäft der Gestor führt.

D. 3,5,5,8 (Ulp. 10 ad ed.)

Sed si ego tui filii negotia gesserō vel servi, videamus, an tecum negotiorum gestorum habeam actionem. et mihi videtur verum, quod Labeo distinguit et Pomponius libro vicensimo sexto probat, ut si quidem contemplatione tui negotia gessi pecuniaria, tu mihi tenearis: quod si amicitia filii tui vel servi, vel eorum contemplatione, adversus patrem vel dominum de peculio dumtaxat dandam actionem. idemque est et si sui iuris esse eos putavi. nam et si servum non necessarium emerō filio tuo et tu ratum habueris, nihil agitur ratihabitione eodem loco Pomponius scribit hoc adiecto, quod putat, etsi nihil sit in peculio, quoniam plus patri dominove debetur, et in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex mea administratione factus sit.

Ego führt die Geschäfte des Haussohns oder Sklaven. Auch hier entscheidet die *contemplatio*, ob die Geschäftsführung dem Sohn oder Sklaven oder vielmehr dem Vater oder Herrn gilt, wonach sich als weitere Konsequenz richtet, ob ego die *actio de peculio* oder die *contraria* aus der GoA hat³⁴.

³⁴ SEILER (o. Anm. 13) 33 Anm. 51 hielt auch hier *contemplatio* für von den Kompilatoren eingefügt. Echt aber nun mit Finazzi (o. Anm.) 434 Anm. 225.

Contemplatio findet sich ferner in Stellen, wo es um den Zuwendungswillen geht.

In D. 7,1,22 kommt *contemplatio* als Wille des Schenkers vor. Um die Parallele zum letzten Willen deutlich zu machen, ist zunächst folgende Stelle hilfsweise heranzuziehen:

D. 7,1,21 (Ulp. 17 ad Sab.)

Si servi usus fructus sit legatus, quidquid is ex opera sua acquirit vel ex re fructuarii, ad eum pertinet, sive stipuletur sive ei possessio fuerit tradita. si vero heres institutus sit vel legatum acceperit, Labeo distinguit, cuius gratia vel heres instituitur vel legatum acceperit.

Der Erwerb durch den Nießbrauchssklaven wird teils dem Fruchtnießer, teils dem *dominus* zugerechnet.³⁵ Grundsätzlich erwirbt der Sklave seinem *dominus*. Doch kommt bei Geschäften, die der Sklave *ex re fructuarii*, das heißt mit Mitteln der Fruchtnießers, vornimmt und beim Rechtserwerb *ex operis servi* der Erwerb dem Fruchtnießer zugute. Der Stipulationserwerb durch den *servus fructuarius* ist vor dem Hintergrund dieser beiden Erwerbskategorien zu sehen. Der Nießbrauchssklave kann somit für den Fruchtnießer nicht schlechthin, sondern nur unter den genannten Voraussetzungen (*ex re fructuarii* und *ex operis servi*) stipulieren³⁶. Jeder andere Erwerb (nicht *ex re f.* oder *ex operis s.*) fiel an den Eigentümer³⁷. Ist der Nießbrauchssklave letztwillig bedacht, so ist es Sache der Auslegung des letzten Willens, ob der Erwerb durch ihn dem Eigentümer oder dem Fruchtgenussberechtigten zufällt.³⁸

Dem ist die folgende Stelle ähnlich:

D. 7,1,22 pr. (Ulp. 18 ad Sab.)

Sed et si quid donetur servo, in quo usus fructus alterius est, quaeritur, quid fieri oporteat. et in omnibus istis, si quidem contemplatione fructuarii aliquid ei relictum vel donatum est, ipsi acquiret: sin vero proprietarii, proprietario: si ipsius servi, acquiretur domino, nec distinguimus, unde cognitum eum et cuius merito habuit, qui donavit vel reliquit. sed et si condicionis implendae causa quid servus fructuarius consequatur et constiterit contemplatione fructuarii

³⁵ Vgl. auch Frag. Vat. 71 b.

³⁶ Vgl. Wolfgang KRÜGER, *Erwerbszurechnung kraft Status*, Berlin 1979, 70; 71 Anm. 21.

³⁷ Giuseppe GROSSO, *Usufrutto*², Turin 1958, 206 ff.

³⁸ Überwiegend hält man den Text für verkürzt, vgl. W. W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, Nachdruck 1970, 361 f. mwN; GROSSO, o. Anm. 217 schlägt „... cuius iussu hereditatem creverit vel legatum acceperit“ vor.

eam condicionem adscriptam, dicendum est ipsi adquiri: nam et in mortis causa donatione idem dicendum est.

Der Sklave ist ein „Erwerbsinstrument“, wovon auch der Usufruktuar des Sklaven profitiert unter den vorhin (bei D. 7,1,21) genannten Voraussetzungen. Dazu kommen noch Sonderfälle, wo der Erwerb nicht *ex operis servi* begründet wird.³⁹ Beispiele dafür sind unter anderem die Fälle, wo der Sklave zum Erben eingesetzt oder ihm ein Vermächtnis hinterlassen wurde.⁴⁰ Für die hier erörterten Schenkungen *mortis causa* an einen *servus fructuarius* muss daher ein anderes Kriterium (als *ex operis servi*) eingeführt werden, um zu entscheiden, wem die Schenkungen zufallen. So wie in D. 7,1,21 die Auslegung des letzten Willens den Ausschlag gibt, ist es hier der Wille des Schenkers.⁴¹

Auch zum Zuwendungswillen gehört der folgende Text. Aber hier hat die *contemplatio* keine Wirkung gegenüber einem anderen, starren Prinzip:

D. 21,1,23,9 (Ulp. 1 ad ed. aedil. curul.)

Cum redhibetur mancipium, si quid ad emptorem pervenit vel culpa eius non pervenit, restitui oportet, non solum si ipse fructus percepit mercedeve a servo vel conductore servi accepit, sed etiam si a venditore fuerit idcirco consecutus, quod tardius ei hominem restituit: sed et si a quovis alio possessore fructus accepit emptor, restituere eos debet: sed et si quid fructuum nomine consecutus est, id praestet: item si legatum vel hereditas servo obvenit. neque refert, potuerit haec consequi venditor an non potuerit, si servum non vendidisset: ponamus enim talem esse, qui capere aliquid ex testamento non potuerat: nihil haec res nocebit. Pedius quidem etiam illud non putat esse spectandum, cuius contemplatione testator servum heredem scriberit vel ei legaverit, quia et si venditio remansisset, nihil haec res emptori proderat: et per contrarium, inquit, si contemplatione venditoris institutus proponeretur, tamen dicemus restituere emptorem non debere venditori, si nollet eum redhibere.

Bedenkt ein Erblasser einen fremden Sklaven letztwillig, so ist der Sklave selbst Träger der Delation. Die Erbrechts-, Vermächtnis- oder Fideikommissberufung wird nicht auf seinen Herrn übergeleitet, sondern nur der Erwerb daraus (durch Erwerbszurechnung an den Herrn, wobei die Trägerschaft der Delation beim Sklaven bleibt, D. 30,7 u.a.)⁴². Hier bedachte

³⁹ Pietro BONFANTE, Corso di diritto romano, vol III, diritti reali, Milano Nachdruck 1972, 93.

⁴⁰ Vgl. D. 7,1,21; Frag. Vat. 71 b; Gai. 2, 91 ua.

⁴¹ Vgl. weiterführend D. 7,1,24 pr.

⁴² M. WIMMER, Sklavenverkauf und „mitwandernde“ Delationen, SZ 121 (2004) 379 ff.

ein Dritter einen mangelhaften Sklaven beim wandlungsberechtigten Käufer oder noch seinerzeit beim Verkäufer. Noch auf die Phase der Delation ist der Textteil *si legatum vel hereditas servo obvenierit* zu beziehen⁴³. Wechselt das Gewaltverhältnis durch die Wandlung wieder zurück, so geht die dem Sklaven anhängende Delation mit diesem mit zu seinem neuen Herrn. Die Trägerschaft der mit dem Sklaven mitwandernden Erbanwartschaft hängt nun am neuen Gewaltverhältnis und am neuen *iussum* des Verkäufers.

Die *contemplatio* des Erblassers kann an diesem „Mechanismus der mitwandernden Delationen“ nichts ändern. Dem Käufer nützt es nicht, dass der Verkäufer erwerbsunfähig ist (*ponamus* rell.). Zwar kann der Verkäufer dann etwa die Erbenberufung des Sklaven nicht durch sein *iussum* zum Erbantritt ausnutzen, doch kann auch der Käufer nicht erwerben, da nicht er selbst, sondern der Sklave der Berufene ist und er diesen nicht mehr in seiner Gewalt hat, gleichgültig ob der Erblasser mittelbar durch den Sklaven den Verkäufer oder den Käufer bedenken wollte⁴⁴. Umgekehrt berechtigt eine *contemplatio* auf den (hier nun erwerbsfähigen) Verkäufer (*contemplatione venditoris institutus*) nicht zum letztwilligen Erwerb durch Erwerbszurechnung an den Verkäufer, wenn der Käufer nicht wandeln will und daher das Gewaltverhältnis des berufenen Sklaven zum Käufer aufrecht blieb.

Als Auflage einer Schenkung begegnet *contemplatio* im folgenden Text:

D. 5,2,25 pr. (Ulp. 2 disp.)

Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur: potest dici inofficiosi querellam cessare, si quartam in donatione habet aut, si minus habeat, quod deest viri boni arbitratu repleatur: aut certe conferri oportere id quod donatum est.

⁴³ Weitere Quellenbelege, wo *obvenire* auf den Anfall einer Erbschaft, so wie *deferri*, zu beziehen ist bei H. HEUMANN-E. SECKEL, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts¹¹, Graz 1971, unter *Obvenire*. Davor geht es freilich um das *restituere*-Prinzip bei der Wandlung (M. KASER, *Restituere* als Prozeßgegenstand², München 1968, 199) wie wir es auch von den dinglichen Klagen kennen: Zurückzustellen ist die Sache mitsamt dem Zuwachs, Früchten (D. 50,16,35), bezogener aquilischer Buße (D. 6,1,17,1; D. 5,3,55) und mit der dem Sklaven von einem Dritten zugeordneten Erbschaft oder Legaten (D. 6,1,20). Es soll so zurückgestellt werden, dass keine Bereicherung verbleibt.

⁴⁴ Ohne Gewaltverhältnis kann der Herr die dem Sklaven anhängende Delation nicht ausnutzen. Das neue Gewaltverhältnis nützt dem Verkäufer nicht, da das *iussum* eines Erwerbsunfähigen wirkungslos wäre und der Käufer kann ohne Gewaltverhältnis kein wirksames *iussum* erteilen, selbst wenn der Sklave Delat war mit *contemplatio* auf den Käufer. Gleiches gilt für den Vermächtniserwerb (wo es keines *iussum* bedarf).

Der Pflichtteil kann nicht nur durch eine Erbeinsetzung, sondern auch durch Vermächtnisse oder eine Schenkung von Todes wegen hinterlassen werden⁴⁵. Durch eine Schenkung unter Lebenden⁴⁶ jedoch auch dann, wenn der Erblasser die Einrechnung der Schenkung in den Pflichtteil anordnete⁴⁷. Die *contemplatio, ut in quartam habeatur* beseitigt die Pflichtteilsverletzung, wenn der ganze Pflichtteil im Geschenkten besteht. Der zweite Fall, *aut, si minus habeat, quod deest viri boni arbitrato repleatur*⁴⁸ gilt als eingefälscht, da er die Pflichtteilsergänzung (in justinianischer Abkehr von der Querel) für den Fall betrifft, wo der Pflichtteil durch das Geschenkte nur teilweise gedeckt ist⁴⁹.

Für den ersten Fall findet sich eine Parallele in C. 3,28,35,2, wo als Formen, den Pflichtteil zu hinterlassen, bezeugt ist: „... *vel mortis causa donatio vel inter vivos sub ea condicione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur, ...*“. Die *contemplatio* in D. 5,2,25 pr. hat denselben Sinn wie dort *ea condicione, ut*. Nur unter der Auflage der Anrechnung auf den Pflichtteil ist die Schenkung gemacht⁵⁰.

In diesem Sinne gleich zu sehen ist *contemplatio* in

D. 38,2,3,18 (Ulp. 41 ad ed.)

Sed et si non mortis causa donavit libertus patrono, contemplatione tamen debitaie portionis donata sunt, idem erit dicendum: tunc enim vel quasi mortis causa imputabuntur vel quasi adgnita repellent patronum a contra tabulas bonorum possessione.

Die Schenkung unter Lebenden *contemplatione debitaie portionis* ist in den

⁴⁵ Zu diesen Normalfällen vgl. bereits WINDSCHEID-KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts⁹, Frankfurt am Main 1906, Bd 3, 397 mwN. Weitere Quellenbelege, die *portio debita* durch *mortis causa donatio* zu hinterlassen, bei Pascal SIMONIUS, Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht, Basel 1958, 63 ff.

⁴⁶ Die nicht aus dem Nachlass empfangen wird und daher den Sonderfall bildet, WINDSCHEID-KIPP, o. Anm., 379 Anm. 6.

⁴⁷ J. C. BLUNTSCHLI, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen, Bonn 1829, 169 mwN zur Anrechnung der Schenkung unter Lebenden „... indessen nur, wenn sie mit der bestimmten Absicht geschah, die Ansprüche der Notherben zu befriedigen.“ Insofern echt: Pasquale VOCI, Diritto Ereditario Romano II² (Parte speciale) Milano 1963, 733.

⁴⁸ Für itp bereits seit den Glossatoren: Franke, (o. Anm.) 236.

⁴⁹ Statt vieler: G. G. ARCHI, La Donazione, Milano 1960, 278.

⁵⁰ Mit Wilhelm FRANCKE, Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, Göttingen 1831, 236: „Nur nahmen schon die Römischen Juristen an, dass einer Schenkung unter Lebendigen gültig die Auflage beigefügt werden könne, dass sie als Pflichtteil angerechnet werde“ mit Beleg unserer Stelle.

Pflichtteil des Patrons einzurechnen und insofern einer Schenkung von Todes wegen analog⁵¹.

Außerhalb dieser Zusammenhänge findet sich *contemplatio* noch beim Kauf in Hinblick auf eine bestimmte Eigenschaft der Kaufsache. Durch die *contemplatio* gilt die Eigenschaft als wesentlich.

D. 18,1,58 (Pap. 10 quaest.)

Arboribus quoque vento deiectis vel absumptis igne dictum est emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente sive ignorante venditore: sive autem emptor sciebat vel ignorabat vel uterque eorum, haec optinent, quae in superioribus casibus pro aedibus dicta sunt.

Verkauft ist ein Grundstück mit Baumbestand. Schloss der Käufer *contemplatione illarum arborum* ab, wie beispielsweise bei einer *emptio oliveti*, so kommt eine *emptio fundi* nicht zustande, wenn die Bäume bei Vertragsabschluss durch Windwurf oder Brand bereits vernichtet waren. Beim Kauf einer Ölbaumpflanzung geht es dem Käufer typischerweise um die *bestehende* Bepflanzung⁵². Im Beispielsfall des *olivetum* ergibt sich damit schon aus der Verkehrsauffassung eine *contemplatio arborum*⁵³, wonach eine *emptio oliveti* völlig verschieden ist von einer *emptio fundi*. Die Vernichtung der Baumkultur begründet hier die Gesamtunmöglichkeit der Verkäuferleistung. Eine Vertragsanpassung der *emptio oliveti* auf eine *emptio fundi* nach dem hypothetischen Parteiwillen würde hier darauf hinauslaufen, dass die *contemplatio* keine Rolle gespielt hätte. Wäre der Käufer bereit gewesen, auch über den *fundus* abzuschließen, hätte er von der Vernichtung der Bäume gewusst (etwa weil er ohnedies eine andere Nutzungsart plante oder den *fundus* nur als Bewirtschaftungsgrundlage brauchte), so wäre dies eben nicht mehr ein Fall, wo der Käufer *contemplatione arborum* abschließen wollte. Den *contemplatio*-Fall weiter zu zergliedern, dass er auch den Fall einschliesse, wo es dem Käufer zunächst nur um die Bäume geht, er sich aber auch mit dem *fundus* abfindet, scheint wenig wahrscheinlich, da damit die

⁵¹ Voci, 733 Anm. 14 mit itp.-Bemerkung. Und schon Aloys BRINZ, Lehrbuch der Pandecten², Bd 3, Erlangen 1886, Nachdruck 1997, 263 Anm. 23: „... Nach l. 25 pr. D. h. t. endlich hätte es den Anschein, als ob die Erben auch ohne Anordnung des Testators zu solcher Ergänzung schreiten und damit die Querel abschneiden könnten, wenn dies nicht auf Interpolation beruhte.“

⁵² Weder um eine künftig neu anzulegende Pflanzung, die unter Umständen Generationen braucht bis sie Ertrag abwirft, noch um das bloße Grundstück selbst.

⁵³ Die *contemplatio* ist wohl in diesem Fall bereits zu vermuten.

contemplatio preisgegeben würde. Stellen könnte sich die Frage, ob Gesamt- oder Teilunmöglichkeit vorliegt, im *si contemplatione*-Fall lediglich, wenn nur ein Teil der wesentlichen Eigenschaft bei Vertragsschluss nicht vorhanden wäre (nur ein Teil der Bäume zerstört wäre). Dann stellte sich die Frage nach dem hypothetischen Parteiwillen, nun aber mit Berücksichtigung der *contemplatio* (- hätte der Käufer, dem es um die Baumkultur ging, auch dann gekauft, wenn zwar ein Teil zerstört ist, aber immerhin noch ein nicht unwesentlicher Teil der Bäume vorhanden ist?)⁵⁴. Für zwei Varianten ist also Teilunmöglichkeit mit jeweils unterschiedlicher Vertragsanpassung denkbar: Wenn der Käufer nicht *contemplatione arborum* kaufte und die ganzen Bäume zerstört sind. Dann kann der Vertrag auf eine *emptio fundi* anzupassen sein. Oder wenn der Käufer *contemplatione arborum* kaufte und nur ein Teil der Bäume zerstört ist. Hier könnte der Vertrag je nach der Restfläche des Baumbestandes anzupassen sein ähnlich wie in D. 18,1,57 pr. zum *domus combusta*-Fall, wo *pars domus maneret*⁵⁵.

Denkt man die Folge der Gesamtunmöglichkeit mit, so sind die *contemplatio*-Fälle so zu verstehen, dass das Vertragsinteresse des Käufers an den Bäumen von gänzlich überlagernder Bedeutung über jenes am bloßen *fundus* ist⁵⁶.

⁵⁴ Jan Dirk HARKE, *Si error aliquis intervenit* – Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht, Berlin 2005, 190 f. wendet sich hier gegen die Denkweise des hypothetischen Parteiwillens und sieht das Problem auf die Frage zugespißt, ob dies dann noch die *res, quae veneat* ist. Aber auch dies hängt mit Martin SCHERMAIER, Auslegung und Konsensbestimmung, SZ 115 (1998) 273 wieder vom Willen ab, wonach sich die *res, quae veneat* danach bestimmt, was der Käufer erwerben wollte. Im Beispielsfall des *olivatum* bei gänzlicher Zerstörung der Bäume kann man – nicht nur subjektiv, sondern auch nach der Vorstellung des Verkehrs – sagen, dass der baumlose *fundus* nicht mehr die *res, quae veneat* ist (diese war eben das *olivatum*). Im – von unserer Stelle freilich nicht berührten – Fall teilweiser Zerstörung der Bäume wird man um die Frage nach Art des hypothetischen Parteiwillens nicht herum kommen. Nur eine andere Form wäre dann die Frage, ob bei teilweiser Zerstörung dies immer noch das *olivatum* ist, *quod veneat* und damit der Vertrag aufrechtzuerhalten ist.

⁵⁵ Mit quantitativer Differenzierung, offenbar nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten: Frank PETERS, Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf, FS Kaser zum 70., München 1976, 290. Als Kriterium, die Unmöglichkeit der Leistung von einem Sachmangel abzugrenzen, schätzen diesen Gedanken zuletzt ein: Thorsten ARP, Anfängliche Unmöglichkeit. Zum Verständnis des § 306 BGB, Paderborn-München-Wien-Zürich 1988, 110; Peter APATHY, Wandlung bei geringfügigen Mängeln? In *ars boni et aequi*, FS Waldstein zum 65., Stuttgart 1993, 26 – 30 mwN. Zur Parallele ferner Andreas STAFFHORST, Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht, Berlin 2006, 97 „Eingewurzelte Bäume können ebenso wenig als solche veräußert werden wie eine *domus* als solche.“

⁵⁶ SCHERMAIER (o. Anm.) 273 bemerkt zu unserer Stelle: „Die Frage nach dem Parteiwillen steht hier vor der Frage nach der Existenz der *merx*.“ Ob die Sache (noch) existiert, kann auch

Weitere Fälle der *emptio contemplatione arborum*, die auf gleicher Linie liegen⁵⁷, betreffen – allgemeiner gesagt – einen Vertragsgegenstand, der wegen der Bepflanzung von typisch andersartiger Bedeutung wirtschaftlicher (Kauf einer Plantage) oder auch nur ästhetischer Art (Kauf eines Parks, eines Gartens) ist. Fälle, wo ausschließlich nach dem Parteiwillen⁵⁸ die Baumkultur zur gänzlich überlagernden Bedeutung für das Vertragsinteresse des Käufers gemacht wird, so dass der *fundus* ganz in den Hintergrund tritt, sind sicherlich denkbar. Davon abzugrenzen sind die Fälle von bloß trennbarer Bedeutung (etwa bei Änderung der Nutzungsart). Dazwischen können sich Zweifelsfälle ergeben, wie etwa bei einem Kauf zur Holzgewinnung⁵⁹. Bei der im Schrifttum erörterten (variierten) Fallkonstellation, dass der Käufer die Bäume ohnedies fällen und verkaufen wollte mit der Absicht, das Grundstück neu zu bepflanzen⁶⁰, könnte man möglicherweise nicht mehr von gänzlich überlagernder Bedeutung des Vertragsinteresses an den Bäumen über jenes am *fundus* sprechen, so dass bloß Teilunmöglichkeit begründet ist. Doch kann selbst in diesem Fall in einer besonderen Konstellation, etwa wenn der Käufer wegen gegenwärtig außergewöhnlich hoher Marktpreise für die Bäume, die sich später nicht mehr erzielen lassen⁶¹, kaufte, wiederum eine gänzlich überlagernde Bedeutung der *arbores* über den *fundus* anzunehmen sein.

schon nach der Verkehrsauffassung zu bestimmen sein. Der Parteiwille bestimmt nur, dass die Eigenschaft, auf die es dem Käufer wesentlich ankommt, gänzlich überlagernde Bedeutung hat.

⁵⁷ Von diesen geht der Text aus, da *veluti oliveti* nur beispielsweise angeführt ist.

⁵⁸ Und nicht auch nach der Verkehrsauffassung. Dies betrifft die Fälle, in denen eine Eigenschaft als so wesentlich bestimmt wird, dass ohne sie der Vertrag nicht gewollt ist. Die ausschlaggebende Bedeutung der *contemplatio* für den Kauf ist einhellige Deutung: Werner FLUME, *Eigenschaftsirrturn und Kauf*, Darmstadt 1975, 66 f. (mit klarem Bezug auf den Kaufkonsens); Peter APATHY, *Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht*, SZ 111 (1994) 129: die *contemplatio* enthält „mehr als nur eine Klarstellung, was Kaufobjekt sein soll. Vielmehr drückt der Jurist damit aus, entscheidend sei, ob der Baumbestand für den Abschluß des Kaufvertrages von ausschlaggebender Bedeutung war ...“. Martin PENNITZ, *Anfängliche (Teil-)Unmöglichkeit oder Gefahrtragung im Kaufrecht*, Iuris vincula, St. Talamanca VI, Napoli 2001, 221: ... gerade in jenem Aspekt, der für den Erwerb des Käufers als wesentlich erscheint, nicht vorhanden war ...“.

⁵⁹ Wollte der Käufer die Nutzungsart ändern, so läge jedenfalls eine trennbare Bedeutung vor, was aber nicht recht zur Wortfolge *illarum arborum* der Stelle passt, wonach es dem Käufer offenbar um den Fortbestand der Baumkultur ging.

⁶⁰ Beispiel bei APATHY, (o. Anm.) 129.

⁶¹ Weil es nach Vernichtung der Bäume wieder Generationen dauert, bis das Holz zu verkaufen ist, der Käufer selbst also davon „nichts mehr hat“. Der Kauf bloß der landwirtschaftlichen Produktionsgrundlage (des bloßen *fundus*) kann für den Käufer nicht von Interesse sein.

In allen Fällen des Kaufes *contemplatione arborum* muss der Käufer eine *emptio* des baumlosen *fundus* nicht gelten lassen, wenn er von der Zerstörung nichts wusste. Ob der Verkäufer von der Zerstörung wusste oder nicht, spielt keine Rolle dafür, ob der Käufer schutzwürdig ist. Nur auf die Wissenslage des Käufers allein oder auf eine gemeinsame Wissenslage mit dem Verkäufer kann es dafür ankommen. Wusste der Käufer nichts von der Zerstörung oder wussten beide nichts davon, so ist der Käufer schutzwürdig. Wusste es aber der Käufer oder wussten es beide, so kann man nicht mehr (beispielsweise) von einer *emptio oliveti contracta* sprechen, so dass von vornherein nur noch eine *emptio fundi* gemeint sein konnte. Eine *contemplatio* des Käufers wäre dann sinnlos.

Schlussbemerkung:

Fasst man die Beobachtungen zu den ganz verschiedenen Fallkonstellationen zusammen, so zeigt sich, dass man bei *contemplari*, bei dem, „was man eigentlich oder letztlich will“, bisweilen mit einem pointierten Wechsel von Wirkungen rechnen muss. In D. 3,5,5,11 soll ein Darlehen letztlich eine Drittzahlung sein. In D. 18,1,58 soll wegen der *contemplatio* der Kauf jedenfalls nicht eine *emptio* bloß des *fundus* sein. In D. 38,2,3,18 soll eine Schenkung eben nicht eine bloße Schenkung unter Lebenden sein, sondern wie eine Schenkung von Todes wegen wirken. *Contemplatio* beim Inkasso kann die Wirkung so ändern, dass entweder ein Fremdgeschäft oder ein Eigengeschäft vorliegt. Die wenigen Beispiele genügen, um uns den Wandel in der Einschätzung der Quellen bewusst zu machen. Ein Begriff, den frühere Quellenkritik verworfen hat, darf heute wieder Eckstein eines Textes sein.

Le più antiche forme del testamento romano

Jan Zabłocki

Nella Legge delle XII Tavole, prima raccolta di norme del diritto romano, mancava il benché minimo accenno a come si dovesse testare.¹ Tuttavia nella Legge non si contemplava soltanto la successione *ab intestato*, che oggi chiamiamo legittima, ma anche quella testamentaria.

Tab. 5,4-5: SI INTESTATO MORITUR CUI HERES NEC ESCIT, ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO, SI ADGNATUS NEC ESCIT, GENTILES FAMILIAM [HABENTO]

D'accordo con la Legge delle XII Tavole², qualora il defunto fosse morto senza aver fatto testamento, gli succedevano i *sui heredes*, e, qualora mancassero, il patrimonio spettava al parente agnatizio più stretto, quindi ai gentili³.

¹ Per spiegarlo si ritiene che il testamento avesse forma di legge ovvero che vi fossero diversi testamenti per diversi strati sociali. Nel primo caso, avendo il testamento valore giuridico pari a quello della Legge, si sarebbe ritenuto superfluo parlarvene; cfr. B. KÜBLER, s.v. *Testament (juristisch)*, «RE» 5 A 1 (1934), col. 987; M. KASER, *Das altrömische 'ius'*. *Studien zur Rechtstvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949 p. 169; nel secondo caso sarebbe stato omesso perché la Legge si prefiggeva di unificare il diritto (*aequare iura*), cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², II, Milano 1963, p. 18 [cit. DER²].

² La norma della Legge delle XII Tavole è tramandata in due varianti: di Ulpiano (Ulp. 26,2; Coll. 16,4,1-2) quella richiamata nel testo, di Cicerone (*de inv.* 2,148) e dell'autore della *rhetorica ad Herenium* (1,23) la seconda: *SI PATERFAMILIAS INTESTATO MORITUR, FAMILIA PECUNIAQUE EIUS AGNATUM GENTILIUMQUE ESTO*. Sulle differenze tra l'una e l'altra cfr. M. KASER, *Das altrömische 'ius'*, cit.; IDEM, *Das römische Privatrecht*², I, München 1971, p. 101 ss. (cit. RPR²); B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, «An. Pal.» 20 (1949), p. 273 ss. U. COLI, *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, «Iura» 7 (1956), p. 34 ss.; P. VOCI, DER², p. 8 ss.; J. GAUDEMET, 'Uti legassit...', [in:] *Hommages à Robert Schilling*, Paris 1983, p. 109 ss.

³ Convinto che *heres esse* e *familiam habere* abbiano significato diverso è M. KASER, *Eigentum und Besitz im alteren römischen Recht*², Köln-Graz (Weimar?) 1956, p. 48; IDEM, *Das altrömische 'ius'*, cit., p. 169, e in particolare S. SOLAZZI, *L'in iure cessio hereditatis' e la natura dell'antica 'hereditas'*, «Iura» 3 (1952), p. 46 ss. I concetti in parola vengono identificati da G. Beseler, *Glossen zum Privatrechte der römischen Republik*, «ZSS Rom. Abt.» 54 (1934), p. 323; B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., p. 331. cfr. anche M. KASER, rec. [ALBANESE, *op. cit.*], «Iura» 1 (1950), p. 457; U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 74 ss. G. Franciosi, *L'heres extraneus' e le Dodici Tavole*, «Labeo» 10 (1964), p. 355 che riconoscendo che per

Servio Sulpicio Rufo, celebre giurista romano dell'ultimo periodo repubblicano, indagò le origini del testamento in *De sacris detestandis*, conservati in *Noctes Atticae*, un'opera del II sec d. C. dell'antiquario Aulo Gellio⁴.

Gell. 7,12,1: Servius Sulpicius Rufus iureconsultus, vir eatis suae doctissimus, in libro 'De sacris detestandis' secundo qua ratione adductus 'testamentum' verbum esse duplex scripserit, non reperio; nam compositum esse dixit a 'mentis contestatione'.

Tale pseudoetimologica definizione⁵ del *testamentum* venne ripresa, con qualche modifica, da giuristi di epoca posteriore⁶.

Ulp. 20,1: Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat.

I. 2,10 pr.: Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.

Con queste definizioni etimologiche collimano quelle dedicate dai giuristi allo specifico del testamento⁷.

la norma della Legge delle XII Tavole l'agnate non era da ritenersi erede *ab intestato*, non intenevedeva ostavoli perché lo divenisse *ex testamento*.

⁴ Cfr. F.P. BREMER, *Jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I, Lipsiae 1898, p. 224 ss.; Più diffusamente sulle *Noctes Atticae* quali fonte di diritto, cfr. J. ZABŁOCKI, *Kompetencje 'pater familias' i zgrupowanie ludowych w sprawach rodziny w świetle 'Noctes Atticae' Aulusa Gelliusa* [Competenze del 'pater familias' e delle assemblee popolari in questioni familiari alla luce delle 'Noctes Atticae' di Aulo Gellio], Warszawa 1990, p. 11 ss.; IDEM, *Rozważania o procesie rzymskim w 'Noctes Atticae' Aulusa Gelliusa* [Discorsi sul processo romano in 'Noctes Atticae' di Aulo Gellio], Warszawa 1999, p. 16 ss. e bibliografia ivi cit.

⁵ Benché l'antiquario derida l'etimologia della definizione, essa – al pari di tante altre riportate dai giuristi romani – rispecchia assai fedelmente il significato dell'istituto testamentario. Cfr. B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano 1955, p. 13 ss.; A. WATSON, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford 1971, p. 2; F. HERNANDEZ TEJERO JORGE, *El pensamiento jurídico romano en los libros V, VI y VII de las Noches Aticas de Aulo Gelio*, «Revista de Madrid» 17 (1973), p. 385 ss.; P. VOGLI, *DER*², II, cit., p. 83.

⁶ Cfr. C. W. WESTRUP, *Introduction to Early Roman Law. Comparative Sociological Studies. The Patriarchal Joint Family, II: Joint Family and Family Property*, Copenhagen-London 1934; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, p. 355 nt. 538 con la bibliografia lì citata; B. BIONDI, *Successione*², cit., p. 13; G.M. FACHETTI, *All'origine del 'testamentum'*, «Index» 30 (2002), p. 230 ss.

⁷ Quanto alla derivazione del vocabolo *testamentum* dall'osco *tristaamentud*, cfr. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908, p. 9 nt. 17; E. GOLDMANN, *Das Alter des römischen Testaments*, «ZSS Rom. Abt.» 51 (1931), p. 223 ss. Cfr.

D. 28,1,1 (Modestino l. 2 pand.): Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.

D. 28,1,20,8 Ulpianus l. 1 ad Sab.) : Et veteres putaverunt eos, qui propter sollempnia testamenti adhibentur, durare debere, donec suprema contestatio peragatur.

Pertanto, d'accordo con le definizioni dei giuristi romani, il testamento consisteva in una solenne dichiarazione di volontà del testatore riguardo a quanto sarebbe dovuto succedere dopo la sua morte.

I primi ragguagli su come i Romani usassero far testamento provengono da un libro del commentario di Lelio Felice *ad Quintum Mucium* che riporta una frase di Labeo, altresì richiamata nelle già citate *Noctes Atticae* di Aulo Gellio.

Gell. 15,27,1: In libro Laelii Felicis 'ad Quintum Mucium' primo scriptum est Labeonem scribere 'calata' comitia esse, quae pro conlegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandorum causa ... 3. Isdem comitiis, quae 'calata' appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus: unum, quod calatis comitiis in populi contione fieret, alterum in procinctu, cum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur, tertium per familiae emancipationem, cui aes et libra adhiberetur.

Alle assemblee popolari, in cui si prendeva possesso degli uffici sacerdotali, si procedeva anche alla *sacrorum detestatio* e a far testamento. Oltre al *testamentum calatis comitiis* avevano corso, all'epoca, il *testamentum in procinctu* e il *testamentum per aes et libram*. Discorrendone, Aulo Gellio non si preoccupa di precisare quale delle tre forme di testamento si fosse delineata prima delle altre⁸. Lo chiariscono i giuristi.

anche B. KÜBLER, s.v. *Testament*, cit., col. 985 e bibliografia ivi citata; B. BIONDI, *Successione*², cit., p. 13.

⁸ Per i più, in dottrina, primo di tutti fu il testamento *calatis comitiis* che funse da modello al *testamentum in procinctu*. Cfr. LANGE, *op. cit.*, I, p. 136; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, p. 851 ss.; C.W. WESTRUP, *op. cit.*, II, p. 125; E. GINTOWT, *Rzeczne prawo prywatne w epoce postępowania legisakcyjnego. Od Decemviratu do 'lex Aebutia'* [Il diritto privato romano all'epoca del processo 'per legis actiones'. Dal decemvirato alla 'lex Aebutia'], Warszawa 1960, p. 71; U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 43 ss.; P. VOCI, *DER*², I, p. 18; M. KASER, *RPR*², I, p. 106 Una minoranza inverte l'ordine, ritenendo che il *testamentum in procinctu* si delineò primo, ben meritando di chiamarsi testamento in quanto dichiarazione di volontà unilaterale e privata in caso di morte. Cfr. U. VON LUBTOW, *Die entwicklungsgeschichtlichen*

G. 2,101: Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri. 102. Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. 103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat.

Gaio, coevo di Gellio, distingue nettamente le due prime forme di testamento dalla terza – *per aes et libram*, delineatasi in epoca più tarda⁹. È convinto, inoltre, che le prime due forme fossero state abbandonate, mentre la terza, con qualche ritocco, seguisse a usarsi¹⁰. Dello stesso tenore il brano

Grundlagen des römischen Erbsrechts, [in:] *Studi De Francisci*, I, Milano 1956, p. 154 ss. Per L. LANGE, op. cit., I, p. 136, il *testamentum in procinctu* fu una forma di passaggio verso un testamento puramente privato. Altri indica nella *mancipatio familiae* la più antica forma di testamento, modello sia per il *testamentum calatis comitiis* sia per *testamentum in procinctu*. Cfr. C. APPLETON, *Le testament Romain, La méthode du droit comparé et l'autenticité des XII Tables*, Paris 1903, p. 107 nt. 4 ; F. LEIFER, *Altrömische Studien VI: 'Suus heres' und älteres Libraltestament*, [in:] *Festschrift Koschaker*, II, Weimar 1939, p. 243 ss. con bibliografia ivi cit.

⁹ In dottrina si è sostanzialmente concordi nel ritenere che già prima della Legge delle XII Tavole si conoscessero sia il *testamentum calatis comitiis* sia il *testamentum in procinctu*, mentre il *testamentum per aes et libram* fu un prodotto dell'interpretazione e dell'applicazione delle XII Tavole soggetto a un'evoluzione assai profonda. Cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*², II, Roma 1928, p. 125; E. GINTOWT, op. cit., p. 71 ss.; P. VOCI, DER², I, Milano 1967, p. 14 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 716 ss.

¹⁰ Per Gaio quel testamento si configurava nel passato (*olim*) diversamente da come era ai suoi tempi (*nunc*), allorché dalla *mancipatio familiae* ebbe a elaborarsi il testamento *per aes et libram*. Prima che succedesse, gli effetti del testamento si raggiungevano con un duplice atto *inter vivos*: primo, la mancipazione del patrimonio a una persona di fiducia; la consegna, mediante *nuncupatio*, dello stesso alla persona indicata. Cfr. C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*², I, Milano 1949, p. 52 ss.; H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II: *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, p. 340; R. AMBROSINO, 'In iure cessio hereditatis'. *Spunti per la valutazione della 'hereditas'*, «SDHI» 10 (1944), p. 39 ss.; B. BIONDI, *Successione*², cit., p. 35 ss.; U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 40 ss.; E. GINTOWT, op. cit., p. 73; P. VOCI, DER²-I, p. 89; IDEM, *Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi*, [in:] *Studi di diritto romano*, II, Padova 1985, p. 14 ss.; altri invece ritengono che *mancipatio familiae* avesse i connotati di un testamento, di cui danno peraltro interpretazioni divergenti.

di un manuale per principianti dell'inizio del IV sec. d.C., attribuito al giurista Ulpiano, la cui opera risale però al secolo precedente.

Ulp. 20,2: Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod per et libram appellatum est. His duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est, quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam.

Discorrendo delle tre forme di testamento, i nostri autori differiscono soltanto in qualche dettaglio. Per Gaio i due testamenti più antichi appartengono alla storia, relegativi dal *testamentum per aes et libram*¹¹. Un esito obbligato, il testamento *calatis comitiis* potendo farsi all'assemblea del popolo, in tempo di pace, solo due volte all'anno in data rigidamente determinata dal calendario di Numa¹²; e il testamento *in procinctu* solo in tempo di guerra¹³. Nel brano attribuito a Ulpiano, dedicato al diritto vigente, i testamenti in disuso sono appena ricordati, tralasciando ogni dettaglio.

Cfr. O. LENEL, *Zur Geschichte der 'heresis institutio' (Read before the International Congress of historical Studies held in London, 1913)* = «Labeo» 12 (1966), p. 362 ss.; M. WLASSAK, *Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht*, I, Wien-Leipzig 1933, p. 5 ss.; F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeiseitung. Über die Anfänge des römischen Testaments*, [in:] *Festschrift Siber*, Leipzig 1940, p. 30 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., p. 419.

¹¹ Cfr. U. von Lübtow, *op. cit.*, I, p. 434 nonché P. VOCI, DER², I, p. 91 per il quale la *mancipatio familiae* superata la rigidità del testamento arcaico e permetteva di testare a beneficio di persone non ammesse alla successione non testamentaria (ad es. del figlio emancipato, della moglie *sine manu*, della figlia *in manu* del marito), stratificando inoltre i *sui* che *ab intestato* avessero ereditato alla pari. Cfr. inoltre R. BÖHM, *Zur imaginären Zahlung 'per aes et libram'*, «SDHI» 43 (1977) p. 435 ss.; TALAMANCA, *op. cit.*, p. 718 ss.

¹² Ciò succedeva nei giorni indicati nel calendario di Numa *Q(uando) R(ex) C(omitavit) F(as)*. Per l'accertamento dei giorni in argomento vedi TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, III, (ristampa dell'edizione del 1887) Graz 1952, p. 306 nt. 2, p. 319, 376; M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, I, Leipzig 1883, p. 224 ss. nt. 6; P. WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*², München 1912, p. 435 nt. 5; A. ROSENBERG, s.v. 'Rex sacrorum', «RE» 1 A1 (1914), col. 723; K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München 1960, p. 115 ss.; L. MINIERI, *Il 'testamentum in procinctu'*, «SDHI» 64 (1998), p. 269 ss.; G.M. FACHETTI, *op. cit.*, p. 227.

¹³ In dottrina si è affermato che il testamento *calatis comitiis* fosse riservato ai patrizi, cfr. TH. MOMMSEN, *op. cit.*, III, p. 78; B. BIONDI, *Successione*², cit., p. 37 e vietato ai plebei, i quali soltanto in tempo di guerra potevano ricorrere al *testamentum in procinctu*, cfr. L. LANGE *Römisches Alterthümer*, I, Berlin 1856, p. 136. O. KARLOWA, *op. cit.*, p. 852, discorrendo del *testamentum in procinctu* si riferisce genericamente ai soldati. P. VOCI, DER², I, p. 18 ammette tal forma di testamento in caso di *morte urgeri*. Cfr. inoltre A. HÄGERSTÖM, *Der römische Obligationbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, II: *Beilagen*, Uppsala-Leipzig 1941, p. 162.

Meno parco di ragguagli sul *testamentum calatis comitiis* è Gellio. Scopiazzando a destra e a manca, è l'unico a informare che il *testamentum calatis comitiis* veniva dato agli stessi comizi in cui poteva procedersi alla *sacrorum detestatio*¹⁴, vale a dire ai *comitia calata* tenuti *pro conlegio pontificum*. Tra altro Gellio annota che il *testamentum calatis comitiis* era da farsi *in populi contione*. Il commenta della dottrina è discorde¹⁵. V'è chi afferma che un atto di massima rilevanza qual era l'istituzione dell'erede non acquisiva validità giuridica se non in virtù di una decisione in forma di *lex* autorizzata da una votazione¹⁶. Per altri *in populi contione* significa che il *populus* non si riuniva per appartenenza politica a *curia centuria* o *tribus*, bensì senza un ordine prestabilito. Pertanto la validità di un testamento dato in tal comizio non era soggetta a delibere di sorta¹⁷.

I fautori del primo punto di vista traggono argomento da un istituto analogo – l'*adrogatio*¹⁸. Se il testatore riconosceva erede il figlio¹⁹ designato nel testamento, può ragionevolmente concludersi che la formula testamentaria fosse modellata su quella dell'arrogazione e quindi ricostruirla come segue: *velitis, iubeatis, ut L. Valerius L. Titio tam iure legeque post mortem eius*

¹⁴ Cfr. più ampiamente J. ZABŁOCKI, *Appunti sulla 'sacrorum detestatio'* «BIDR» 92-93 (1989-1990), p. 525 ss.

¹⁵ B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., p. 178 nt. 1 incerto se contio designi qui tecnicamente un'assemblea chiamata al voto; per converso P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', Romae 1959, p. 586 ss. asserisce che il vocabolo non potesse usarsi per indicare un'assemblea con potere decisionale.

¹⁶ Del carattere legislativo del testamento *calatis comitiis* è convinto S. PEROZZI, *op. cit.*, II, p. 524; M. KASER, *Das altrömische 'ius'*, cit., p. 342 (cfr. invece, IDEM, RPR², I, p. 105); U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 426 ss.; P. KOSCHAKER, rec. [J.G.A. WILMS, *De wording van het romeinsche 'dominium'*, fasc. 1, Gent 1939/40], «ZSS Rom. Abt.» 63 (1943), p. 450 ss.; C.W. WESTRUP, *op. cit.*, II, p. 125; P. VOCI, DER², I, p. 16. L'elenco degli autori anche in U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 42 ss.

¹⁷ Por. L. LANGE, *op. cit.*, p. 136; C. FERRINI, *Sull'origine dei legati* [«BIDR» 1 (1888)] = [in:] Opere, IV, Milano 1930, p. 193 ss.; M. VOIGT, *op. cit.*, I, p. 220 ss.; O. KARLOWA, *op. cit.*, II, p. 848. *Populus* vi figura duale *testis*, come in altri atti giuridici soggetti a certifica. Cfr. E. HÖLDER, *Das Wesen der Erbgründe und Erbfolge nach römischen Rechte*, «ZSS Rom. Abt.» 30 (1909), p. 68. Da qui deriva il vocabolo testamento. Cfr. U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 43; B. BIONDI, *Successione*², cit., p. 18 ss.; M. KASER, RPR², I, p. 105 ss. ritengono che nonostante il vocabolo 'testamento' indichi un atto di certifica, almeno l'inizio il compito dell'assemblea andasse al di là della sola certifica.

¹⁸ U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 42; P. VOCI, DER², I, p. 16 ss. e gli autori da loro richiamati.

¹⁹ Cfr. U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, I, p. 425; L. MITTEIS, *op. cit.*, p. 100; S. PEROZZI, *op. cit.*, II, pp. 459; V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, [in:] *Scritti Jovene*, Napoli 1954, p. 152.

*heres suus siet, quam si ex eo patre matreque eius natus esset*²⁰. Per avere testamento si sarebbe dovuti quindi ricorrere a una *rogatio* al popolo seguita da una messa al voto della mozione del testatore. Il testamento dipendeva dal voto di approvazione del popolo²¹. Gellio lo ignora: nei suoi brani non v'è alcuna traccia né dell'approvazione del popolo né tantomeno del voto. Vi si informa soltanto che il testamento veniva fatto ai *comitia calata*, vale a dire alle assemblee durante le quali sotto la sorveglianza dei pontefici e con la partecipazione passiva del popolo si prendeva possesso degli uffici sacerdotali²².

Alla luce del prosieguito del brano di Gaio è fuori dubbio che il testamento veniva fatto dallo stesso testatore. Gaio informa che chi non avesse fatto testamento ai *comitia calata* né in *procinctu* poteva conseguirne gli effetti mediante *mancipatio familiae*. Quindi il giurisperito ne spiega le modalità e attribuisce sicuro la direzione dell'atto al testatore – il *mancipio dans* cui il *mancipio accipiens* risponde affermando²³. La domanda non configurava un atto unilaterale di volontà riguardo al patrimonio, sebbene la risposta affermativa impegnasse il rispondente a consegnare il patrimonio alla persona indicata dal rogante. Può senz'altro supporre che il quesito ricalcasse quello indirizzato in occasione del *testamentum calatis comitiis* al popolo riunito in *contione* che approvava per acclamazione²⁴ e venisse formulato all'incirca come segue: *Velitis, iubeatis, ut L. Valerius mihi tam iure legeque post mortem meam heres meus siet, quam si ex me natus esset?* Annuendo, il popolo approvava la volontà del testatore. Non lo faceva per *lex*, benché l'approvazione in qualche modo vi si imparentasse. Tuttavia la domanda con cui il testatore interpellava il popolo non era una *rogatio* in senso stretto, la quale rimaneva prerogativa del magistrato che la indirizzava al popolo riunito in *comitia*, e non prima, durante le *contiones*²⁵. Il testatore la formulava da privato cittadino. Gellio

²⁰ Cfr. U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, I, p. 425.

²¹ TH. MOMMSEN, *op. cit.*, III, p. 319 ss.; M. KASER, *Das altrömische 'ius'*, cit., p. 64 ss. IDEM, RPR², I, p. 30, 105 ss.; P. VOCI, DER², I, p. 16

²² In dottrina v'è chi ritiene che tutti gli atti legati al culto fossero soggetti al controllo pontificale. Lo stesso valeva per quelli che, almeno al principio, avevano una dimensione sacrale, quali: *adrogatio, confarreatio, testamentum calatis comitiis*. Cfr. P. WISSOWA, *op. cit.*, p. 401 ss. B. BIONDI, *Obietto dell'antica 'hereditas'*, «Iura» 1 (1950), p. 150 ss.

²³ Cfr. M. WLASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat. Studien zur Erforschung des Sachenrechts der Römer*, «ZSS Rom. Abt.» 31 (1910), p. 210 ss.

²⁴ Cfr. U. COLI, 'Regnum', «SDHI» 17 (1951), p. 65 ss.; L. ROSS TAYLOR, *Roman Voting Assemblies. From the Hannibalic War to the Dictatorship of Caesar*, New York 1966, p. 2.

²⁵ Cfr. Gell. 13,16,2: *Ex his verbis Messalae manifestum est, aliud esse 'cum populo agere', aliud 'contionem habere'*. 3. *Nam 'cum populo agere' est rogare quid populum, quod suffragiis*

sembra confermarlo con sufficiente precisione allorché annota che i testamenti erano fatti *calatis comitiis in populi contione*²⁶ (Gell. 15,27,3). Ricapitolando: il testamento poteva farsi ai comizi che, appositamente convocati due volte all'anno perché il testatore, con l'approvazione del popolo e tratti gli auspici, potesse testare, venivano chiamati *comitia calata*.

Pertanto potrebbe asserirsi che tal testamento non assumeva ancora i connotati di un atto di volontà unilaterale con convocazione di testimoni riuniti in assemblea, bensì di una dichiarazione di volontà subordinata alla loro approvazione. Atto unilaterale di volontà era invece il secondo dei più antichi testamenti romani – *testamentum in procinctu*.

Gellio vi accenna nel nostro brano osservando che veniva fatto *cum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur* (Gell. 15,27,3): troppo poco per concludere se vi si procedesse quando l'esercito, chiamato alle armi, stesse per incamminarsi sul campo di battaglia ovvero quando, nell'immediatezza dello scontro, avesse ricevuto l'ordine di schierarsi in ordine di combattimento²⁷. Parimenti impreciso Gaio (G. 2,101) per cui il testamento *in procinctu* veniva fatto *cum belli causa arma sumebant*, ovvero dopo che l'esercito era stato chiamato alle armi. Ma perché? In vista di una possibile guerra? Nell'incombenza di uno scontro sicuro con il nemico? Vero che, proseguendo, Gaio chiarisce che *procinctus* è da intendersi per *expeditus et armatus exercitus*, che però poteva esserlo sia nell'accampamento sia sul campo di battaglia.

Più accurata la spiegazione di Festo, antiquario del II sec. d.C., che in *de verborum significatu* scrive a proposito di *proocinctus*:

Festus, s.v. Procincta classis, L. 294: Procincta class<is dicebatur exercitus ad> praelium instructus et par<atus, quem Diali flamini vi>dere non licet anti ... dixerunt, ut nunc quoque ... tus est. procincta autem ... ad pugnam ire solit ... <testamen>ta in procinctu fieri n...

suis aut iubeat aut vetet; 'contionem' autem 'habere' est verba facere ad populum sine ulla rogatione. Cfr. anche. F. SALERNO, 'Tacita libertas'. L'introduzione del voto segreto nella roma repubblicana, Napoli 1999, p. 83 ss.; IDEM, 'Quantum intersit inter populum Romanum e contionem'. Cicero e la 'contio' nella 'pro Sestio', [in:] 'Fides humanitas ius'. Studii in onore do Luigi Labruna, VIII, Napoli 2007, p. 4934 ss., e bibliografia ivi citata.

²⁶ E pertanto potevano essere fatti anche da donne; per un discorso più articolato cfr. J. ZABLOCKI, *Appunti sul 'testamentum mulieris' in età arcaica*, «BIDR» 94-95 (1991-1992), p. 164 ss.

²⁷ In altre parti della sua opera Gellio l'espressione *in procinctus* in riferimento all'esercito entento a prepararsi alla battaglia, ad es. Gell. 1,11,3; 1,11,7; 10,15,3-4. Cfr. Inoltre L. MINIERI, *op. cit.*, p. 256 ss.

Dal brano, conservatosi soltanto in brandelli²⁸, si desume che soleva farsi testamento dopo che era stato presentato il piano tattico della battaglia e l'esercito si era schierato in vista dello scontro²⁹. Fra i preparativi, stando agli scolia al testo di Servio, v'erano gli auspici.

Serv., in Verg. Aen. 10,241 (THILO, II, 418): Sosio s- vocari] antiquo verbo militiae usus est: viros enim vocari significat eos, qui necessitate, in bellum, non voluntate, conveniunt.

Schol. Verones., in Verg. Aen. 10,241 (HAGEN, 446): Sabidius commentar. XII vers. Salior. ut in exercitu [signum ad pugnam datum erat, is, penes que]m imp[erium auspici]umque erat, in tabernaculo in sella [se]dens auspicabatur coram exercitu; ... deinde exercitu in aciem educto iterum [morabantur, ut immolare]tur. interim ea mora utebantur, qui testamenta in procinctu facere volebant.

Il brano informa che il testamento *in procinctu* veniva fatto sul campo di battaglia nell'immediatezza dello scontro, dopo favorevoli auspici ottenuti nel tempo preposto ai sacrifici³⁰. Poiché lo scoliasta unisce strettamente il testamento precedente la battaglia con gli auspici, pare logico dedurre il *cum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur* di Gellio si riferisse al momento della chiamata alle armi in prossimità del combattimento. Gellio, è vero, non dice espressamente che il testamento *in procinctu* dovesse seguire gli auspici, ma avendo prima descritto da presso i *comitia calata*, sempre posteriori, può essersene sentito esentato (Gell. 15,27,1). Molto porta quindi a credere che il testamento *in procinctu* venisse fatto dopo gli auspici ottenuti in prossimità della battaglia.

Festus, s.v. In procinctu, L. 96: In procinctu factum testamentum dicitur, quod miles pugnaturus nuncupat praesentibus commilitonibus.

Il testamento era da considerarsi fatto se in prossimità della battaglia³¹

²⁸ Cfr. inoltre Festo, s.v. *Procinctam classem*, L. 295, ove viene a trovarsi una sintesi del brano in parola: *Procinctam classem, id est paratam ad bellum militum multitudinem, Diali flamini videre non licuit.*

²⁹ Cfr. Festo, s.v. *Endo procinctu*, L. 67; s.v. *Procincta classis*, L. 251

³⁰ Cfr. O. KARLOWA, *op. cit.*, II, p. 852; A. WATSON, *op. cit.*, p. 8; M. KASER, RPR², I, p. 107.

³¹ Cfr. M. KASER, RPR², I, p. 107.

il soldato avesse dichiarato la propria volontà non a tutti i commilitoni, ma unicamente a quelli più vicini³².

Plut., Coriol. 9,3: Testatorem heredem suum nuncupasse tribus aut quattuor adiectibus.³³

Dalle parole di Plutarco, biografo greco del I e II sec. d.C., può desumersi che il testamento *in procinctu* non esigeva alcuna forma particolare³⁴. Non diversa, al riguardo, la testimonianza di Cicerone, che scrive sul finire della Repubblica.

Cic., De orat. 1,228: ... tamquam in procinctu testamentum faseret sine libra atque tabulis ...

Altri brani ciceroniani suggeriscono che il testamento in *procinctu* fosse caduto in disuso con l'abbandono degli auspici prima della battaglia³⁵.

Cic. De divin. 2,76: ... bellicam rem administrari maiores nostri nisi auspicato noluerunt; quam multi anni sunt, cum bella a proconsulibus et a praetoribus administrantur, qui auspicia non habent!

L'abbandono degli auspici precedenti la battaglia venne imposto dalla riforma sullana del comando supremo, delegato a proconsoli e propretori non autorizzati ad accertare con quel mezzo la volontà degli dei³⁶. Di conseguenza non fu più possibile il *testamentum in procinctum*³⁷.

³² Cfr. S. PEROZZI, *op. cit.*, I, p. 524 che ha a mente un gruppo di commilitoni interno al testatore.

³³ Plut., Coriol. 9,3.

³⁴ Cfr. B. BIONDI, *Successione*², cit., p. 35 che pertanto ritiene il testamento *in procinctu* una specie del *testamentum militis*. Cfr. A. WATSON, *op. cit.*, p. 8 ss. Giusta l'osservazione di M. KASER nella recensione a A. WATSON, *op. cit.*, «TR» 41 (1971), p. 169, secondo cui nel testamento *in procinctu*, oltre all'erede, poteva istituirsi anche il tutore. Cfr. inoltre L. MINIERI, *op. cit.*, p. 279 ss.

³⁵ U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 44.

³⁶ Cfr. O. KARLOWA, *op. cit.*, II, p. 852; M. KASER, RPR², I, p. 107

³⁷ Noto al diritto classico, il *testamentum calatis comitiis* non era una nova forma del testamento *in procinctu*, contrariamente a quanto afferma B. KÜBLER, s.v. *Testament*, cit., col. 987, ma un privilegio conteso ai soldati sin dai tempi di Giulio Cesare, cfr. D. 29,1,1 pr. Cfr. inoltre V. ARANGIO-RUIZ, *L'origine del 'testamentum militis' e la sua posizione nel diritto romano classico*, «BIDR» 18 (1906); S. BOLLA, *Aus römischen und bürgerlichen Erbrecht*, Wien 1950, p. 1 ss.; A. HERNÁNDEZ-GIL, *El testamento militar (en torno a un sistema hereditario*

Cic., de nat. deor. 2,9: ... Itaque maximae rei publicae partes, in his bella, quibus rei publicae salus nontinetur, nullis auspiciis administrantur ... nulla, cum viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt ...

Le fonti, come si è visto, sono frammentarie; e pertanto, le divergenze d'interpretazione del *testamentum in procinctu*, ineluttabili. Tuttavia sembra potervisi individuare un *testamentum calatis comitiis* applicato in tempo di guerra³⁸, da fare all'ultimo appello a ridosso della battaglia quando l'esercito, formate le righe, stava ormai per incamminarsi al campo di battaglia³⁹. Il testatore, armato di tutto punto, dichiarava solenne le sue ultime volontà davanti all'esercito pronto alla pugna⁴⁰.

Le fonti qui richiamate spingono nondimeno a ritenere che l'ultima volontà, manifestata ai commilitoni durante gli ultimi preparativi alla battaglia e chiamata *testamentum in procinctu*, potesse aver luogo dopo gli auspici, come

militar romano), Madrid 1946, p. 23 ss.; L. MINIERI, *op. cit.*, p. 266; M. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 725; M. MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*², Palermo 1994, p. 648 ss.; M. JOŃCA, *Forma i czas obowiazywania 'testamentum in procinctu' w prawie rzymskim [Forma e durata in vigore del 'testamentum in procinctu' nel diritto Romano]*, «Prawo, Administracja, Kościół» [Diritto, Amministrazione, Chiesa] 2002 nr 4, p. 35 ss.

³⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *L'origine del 'testamentum militis'*, cit., p. 159; IDEM, *Le genti e la città*, cit., p. 153 il quale si domanda Se il *testamentum in procinctu* fosse fatto in forma di legge. F. FERRINI, *op. cit.*, p. 195 ritiene invece che per la modifica della successione intestata non si avesse bisogno di alcuna legge, ma bastasse chiarire ai concittadini il significato dell'atto; in tempo di guerra era sufficiente che il testatore ne informasse i commilitoni del reparto in cui combatteva.

³⁹ H. SIBER, *Die ältesten römischen Volksversammlungen*, «ZSS Rom. Abt.» 57 (1937), p. 249; M. KASER, RPR², I, p. 106 ss. U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 44 ss. nt. 71 rileva una convergenza tra le forme di testamento a cui i cittadini ricorrevano tanto *in pace et in otio* quanto *in proelium exituri* (G. 2,101). A suo avviso la convocazione dei *Quirites* ai *comitia* (Varro, *de ling. lat* 6, 86-88) corrisponde con *vocare viros* al combattimento (Cic., *de nat. deor.* 2,3,9; Gell. 15,27,3; Servius, *ad Aen.* 10,241), mentre *inire suffragium* coincide con *inire proelium*. Per contro V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, cit., p. 153 afferma che osservando che senza gli auspici non era possibile far testamento, Cicero (*de nat. deor.* 2,3,9) vuol far sapere che soltanto in tal senso il popolo chiamato a combattere è da considerarsi uguale al popolo convocato ai comizi politico-sacrali.

⁴⁰ Alcuni ritengono che il testamento venisse fatto ai comizi centuriati. Cfr. G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*², IV 2.2, Firenze 1957, p. 52 ; G. SCHERILLO, *Appunti sul testamento 'in procinctu' nel diritto romano*, [in:] *Scritti Giufrè*, I, Milano 1967, p. 781. Un'affermazione non corroborata dalle fonti che informano inequivocabilmente che il testamento veniva fatto prima della battaglia. Cfr. Vel. Pat. 2,5; Front., *Strategemata* 4,1,23; Plut., *Coriol.* 9; Gell. 15,27,3. A. WATSON, *op. cit.*, p. 8 rileva che il ragionamento di G. Scherillo poggia su Gell. 15,27 omettendo però di ricordare che Gellio, sulla scorta del primo libro *Ad Quintum Mucium* di Lelio Festo descriveva le assemblee in genere, senza concentrarsi sui testamenti.

nel *testamentum calatis comitiis*, trattandosi in ambo i casi di atti politico-sacrali di analoga importanza. Con una differenza di peso: se nel caso del *testamentum calatis comitiis* l'istituzione dell'erede scaturiva dall'intreccio: domanda – risposta di approvazione, per il *testamentum in procinctu* bastava una dichiarazione unilaterale di volontà al cospetto di tre – quattro testimoni contigui al testatore nello schieramento del reparto. Ai testimoni veniva affidata in deposito⁴¹ la notizia su chi fosse l'erede⁴² designato dal testatore nell'immediatezza del combattimento. Il testamento non dipendeva dal consenso dell'esercito⁴³ e nemmeno dalla mera approvazione, requisito del *testamentum calatis comitiis*.

⁴¹ M. JONCA, *op. cit.*, p. 38 che li considera esecutori della volontà del testatore.

⁴² U. VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 446, per il quale la formula più tarda: *ita do ita lego ita testor itaque vos Quirites rogo*, deriva dal testamento *in procinctu* e non da quello *calatis comitiis*, come asseriscono B. BIONDI *Successione*², cit., p. 34; P. DE FRANCISCI, *op. cit.*, p. 586; L. MINIERI, *op. cit.*, p. 273 ss.

⁴³ Difficile addirittura immaginarsi che prima della battaglia potesse votarsi su problemi privati dei soldati Cfr. M. VOIGT, *op. cit.*, I, a. 225 ss. nt. 9 e 10

Antický svět a lidská práva

Michaela Židlická

Pojem „lidská práva“ jsou zvučným tématem novověku. Proto by patrně takový název článku v první polovině minulého století vyvolal pohoršení. Mluvit o lidských právech v otrokářské společnosti, ve které nejlepší zábavou bylo sledovat gladiátorské zápasy, je flagrantní anachronismus! Ve druhé polovině minulého století byla však právní věda tak fascinována problematikou lidských nebo také základních práv, že pronikla i do právní romanistiky. Dokonce byla v názvu bruselského summitu právních romanistů. SIHDA v roce 1996 měla jako téma: *Le monde antique et les droits de l'homme* (Université libre de Bruxelles, Centre de droit comparé et d'histoire du droit, Bruxelles 1998).

Vědci formátu Jean Gaudemet, Tony Honoré si kladli otázku, zda měla lidská práva svou reálnou, byť neuvědomělou podobu v dávno zašlé civilizaci. Dospěli ke shodnému závěru, že odpověď na tuto otázku je kladná.

Příspěvek, věnovaný významné osobnosti slovenské vědy i veřejného života, prof. Petru Blahovi, má být zamyšlením a shrnutím základních úvah o tom, zda a v jakém měřítku byl „člověk“ jako takový v antickém světě respektován.

V historii právního myšlení se pojem lidských práv objevuje teprve v XVIII. století v Deklaraci nezávislosti Spojených států ze dne 4. července 1776. Na evropském kontinentu na Ústavu Spojených států navazuje 26. srpna 1789 francouzská Deklarace práv člověka a občana. V roce 1948 byla v Paříži Valným shromážděním Spojených národů, tedy na mezinárodní úrovni, přijata, „Všeobecná deklarace práv člověka“.

Nový pojem dostal své právně závazné obrysy a stal se součástí ústavních pořádků jednotlivých států. Stal se samozřejmým v naší právní kultuře a je všestranně akceptován jako hodnota naší civilizace. Myšlenka se stala pojmem, ten se stal hodnotou, na které stojí moderní právní řády. Uvažování v pojmech je jednou z mnoha mimořádných schopností lidského mozku, je předpokladem pro existenci kultury. Rozumný mozek má úžasnou schopnost rozpoznávat a rozlišovat věci v zorném poli a uspořádat pak tyto smyslové vjemy do kategorií na základě vnímané podobnosti – to znamená zobecňovat¹.

¹ MURPHY, R. F.: Úvod do kulturní a sociální antropologie, Sociologické nakladatelství, Praha 2006, s. 30.

Poznatek z oboru antropologie poskytuje důležitou informaci i pro historická a právně filosofická zkoumání. Ukazuje vazbu hodnotového řádu lidských společenství na formulaci pojmů.

Koncepce lidských práv počítá s individualitou, každému člověku přiznává právní subjektivitu, nezávisle na jeho společenském zařazení. Pro souhrnné označení práv a svobod vyjadřujících vztah jedince a státu používají ústavy označení základní práva a svobody. To je souhrnným výrazem, který má postihnout všechna práva a svobody. Oproti lidským právům, která platí vždy, všude a pro každého, jde o práva pozitivovaná v ústavním dokumentu nejvyšší právní síly.²

V dějinách filosofie nalezneme myšlenku řeckých stoiků: „*Antropos metron ton panton*“ neboli „Člověk je mírou všech věcí“. Tím helénističtí učenci definitivně zavrhlí dávný pohled na vztah člověk – stát, tak jak byl viděn očima faraónů a panovníků jiných orientálních despotií. Velkou roli ve vývoji vztahu jedinec – stát sehrála křesťanská doktrína „děti Božích“. Ta byla ovšem, na rozdíl od racionálního pohledu filosofů, postavena na fenoménu víry. Jaký ohlas či reflexi měly myšlenky o hodnotě lidského individua v právu?

Jean Gaudemet zdůrazňuje³, že nenalezneme jednu přímočarou a jednoduchou cestu poznání. Jsou to politické imperativy a ekonomické zájmy, které vytlačují proklamace filosofů a obyčejné city a soucit do stínu. Gaudemet vytyčuje tři důležité etapy vývoje pohledu na člověka: vznik řecké polis, období římského impéria a posléze křesťanství, které stvořilo nové perspektivy.

Nejstarší poznatky a archaické svědectví o postavení člověka můžeme hledat v Homérových eposech. Úskalím je rozpoznat hranici mezi reálným svědectvím a étosem popisujícím dobový ideál. Přes taková úskalí v nich podle Gaudemeta můžeme nalézt dva příklady: zacházení s cizinci a pohostinnost. Války, obchod a mořeplavectví byly nositeli kontaktů s cizími společnostmi. Cizinci neměli žádná práva, pokud nebyli pod ochranou hostitele. Pohostinnost byla v dobách Homérových otázkou volby. Cizinec, který přicházel do domu jako host, byl přivítán obětí a překročil-li posvátný práh domu, získal posvátný statut. Kromě obyčejového práva posilovalo pohostinnost náboženství, neboť sám Zeus byl ochráncem hostů a špatné zacházení s nimi znamenalo sakrální delikt. Vazby mezi hostitelem a hostem utužovaly reciproční dary. Ve světě, kde byl cizinec bezprávný, byla pohostinnost podmínkou pro cestování a fungování ekonomických vztahů. Z Homérových eposů lze

² FILIP, J.: Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva, Masarykova univerzita, Brno 2001.

³ GAUDEMET, J.: *Collatio Iuris Romani*, Études dédées a Hans Ankum, J. C. Gieben, Amsterdam 1995, I., s. 105.

dovodit, že i zacházení s otroky bylo mnohem mírnější než v právu římském období klasického. Otroci žili v rámci rodinného společenství spolu s ženami a dětmi.

Vznik řecké polis znamenal velkou změnu v postavení jednotlivce. „*Město, to jsou lidé*“, říká Thukydidés, Aristoteles pak hovoří o „mase občanů“⁴. Ne všichni lidé však byli „občané“ – nebyli jimi ženy, děti, otroci a cizinci. Občané tvořili tedy menšinu v celkové populaci. Občan – volič byl v řecké polis nadán mnohými politickými právy. Podílel se na utváření politické reprezentace své obce, měl právo ostrakizovat tyrana, měl právo být zvolen do různých úřadů a řadu dalších politických práv. Alexandrova říše odsoudila řeckou demokracii k zániku, zasloužila se však o rozšíření řecké filosofie, umění a vzdělanosti na velké území. Helénismus se stal univerzálním a ovlivnil významně intelektuální život Římanů.

V latinské literatuře se v Ciceronově „*De officiis*“ hovoří o společenství všeho lidského druhu, místo občana nastupuje osoba, které Cicero přisuzuje „*dignitas*“. Lidská důstojnost ukládá uznání a ochranu určitých práv, respektování života, svobody a v první řadě vlastnictví.

Významný posun a změnu v právním postavení člověka ve společnosti přinesl císařský Řím. Zásadním předělem je rok 212 p. Kr., kdy Caracalla udělil římské občanství všem peregriinům. Všichni obyvatelé obrovského impéria získali přístup k římskému právu a požívali tak stejné ochrany jako samotní občané Říma. Gallové, Hispáni, Berberové, Frisové, Syřané a řada dalších národností, měli plný přístup k ochraně práv, jako je respekt k osobnosti, právo na život, svoboda pohybu a obchodu, ochrana majetku, smluvní svoboda, testovací volnost atd. Udělení občanství na všechny obyvatele antického státu mělo blahodárný vliv na lidská práva.

Od 2. století se v právních textech císařských kanceláří objevuje pojem „*humanitas*“, která měla zmírnit striktnost práva – přísné *ius civile* ustupuje před vyššími hodnotami.

Pohled na lidskou individualitu posléze zásadně přetvořilo křesťanství. Pronikalo do duší Římanů, postupně a nezvratně a přineslo jinou dimenzi, která se promítla do oblasti humanizace společnosti.

„*Není Židů ani Řeků, není otroků, ani svobodných, není žen či mužů*“, říká apoštol Pavel.⁵ Křesťanství vytvářelo universalistickou doktrínu, kde všichni lidé jsou „dětmi Božími“ a jsou si rovni ve své důstojnosti. Církev do své náruče přijímala i otroky, každý člověk byl přijat ke křtu. Postavení otroků se zmírnilo a církev zatracovala brutalitu a excesy pánů. Když však otroci ve

⁴ Pol. III, 1,1274b, 41.

⁵ Sv. Písmo, List sv. Pavla Galatánům 3, 28.

snaze uniknout bídnému životu hledali asyl u oltáře, přikázal papež je navrátit pánům. Vždyť přece statky kleriků a církve nadále vznikaly z práce otroků! Proto majetkové a ekonomické požadavky zabránily naplnění slov svatého Pavla a oficiálně hlásaných doktrín. Nicméně Gaudemet soudí, že v legislativě křesťanských císařů jsou patrné znaky starostlivosti a vliv křesťanské morálky (například císařské konstituce zakazující odkládání novorozeňat).

Kristianizace měla i dopady opačné. Celou dobu trvání antického impéria byla do té doby respektována náboženská svoboda. Ještě na začátku 3. století říká Tertullianus: „*jedná se o právo člověka na přirozenou možnost nechat každého vykonávat kult souladu s tím, v co věří*“. Theodosius I. v roce 380 uložil všemu jemu poddanému lidu praktikovat náboženství, které božský apoštol Pavel předal Římanům. Na dlouhá staletí tak byla zapovězena svoboda vyznání.

Projevy humanizace právnictví a „lidskoprávní“ pohled lze také hledat v textech soukromého práva. Tony Honoré ukazuje na postoj k lidským právům v textech právníka Ulpiana.⁶ Konstatuje, že v době panování severovské dynastie (193-235 po Kr.) lze nalézt kroky směřující k uznání základních práv. Z hlediska politických aktů to byla již zmiňovaná Caracalova konstituce, z hlediska filosofické literatury uznání premisy stoiků, že všichni lidé jsou si podle přírody rovni. V právní praxi se projevil prvek lidské důstojnosti v extenzivnější interpretaci *actio iniuriarum*. Aktivně legitimovaní byli všichni, otroky nevyjímaje, pokud byla narušena jejich fyzická nebo morální integrita. Etické hodnoty a respekt k uznání lidské důstojnosti – *dignitas* kulminoval právě v období Severovců. V té době Ulpianus, předtím jeho učitel Marcianus, psali o postavení otroků jako o stavu, který je proti přírodě. Ulpianus z Tyru byl právníkem s filosofickým vzděláním, který uvažoval v právněfilosofických kategoriích. Sám stanovil maximu v D. 1,1,1,1: *cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur; aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bono non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*.

Ulpianus jako vysoký státní úředník⁷ se zabýval postavením občanů ve státě z pozic právněfilosofických a s překvapivou odvahou. O tom svědčí jeho geniální distinkce mezi právem veřejným a soukromým (Ulp. D. 1,1,11).

⁶ HONORÉ, T.: Le monde antique et les droits de l'homme. Université libre de Bruxelles, Centre de droit comparé et d'histoire du droit, Bruxelles 1998, s. 235.

⁷ BLAHO, P.: Základy římského práva, Manz a Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty UK, Bratislava 1997, s. 58.

Označuje právo soukromé jako sféru, kam císařská moc nesmí zasahovat. Vždyť tato věta také hovoří o svobodě lidské individuality! Je to maxima, která je vtělena do základů novověkých kontinentálních právních států.

Závěrem můžeme shrnout: budeme-li chtít hledat ve starověkých textech třeba ochranu přírody, rovnost mužů a žen, stejně jako ostatní lidská práva, nalezneme texty věty, které naznačují takové směřování. Kulturní rozvoj starověké společnosti byl na vysoké úrovni. Ekonomická prosperita, životní a vzdělanostní úroveň a všudypřítomný vliv helénismu, vnesly do hodnotového vnímání společnosti přirozeno-právní prvky.

Horde vody však v Tibeře uplynulo, než se v novověké Evropě objevil politický požadavek francouzské revoluce: „Liberté, Égalité, Fraternité“. Čtvrtého července 1776 pak byla v „Novém světě“ vyhlášena Deklarace nezávislosti. V ústavě spojených států amerických byla poprvé do právního řádu zakotvena zásada nedotknutelnosti, svobody a rovnosti všech lidí. Lidská práva se postupně v doktríně stala specifickým typem veřejných subjektivních práv, která požívají výjimečné ochrany a jsou společně sdílenou hodnotou, potvrzenou mnoha mezinárodními smlouvami. Lidská civilizace dospěla ve svém kulturním vývoji k vytvoření nových pojmů, nových paradigmat, nových hodnotových východisek.

V textech jistě nalézáme faktické projevy humanizace a úcty k člověku a důkazy toho, že filosofové i papežové si uvědomovali, že otroctví je proti přírodě a Bohu. Starověkému pojmosloví byla lidská práva, ve smyslu jaké mu přikládá novověká nauka i platné právo, neznáma. Uvažování v pojmech, jejich tvorba a zavádění do praxe, je provázáno s kulturním prostředím své epochy. Normativní, usměrňující role kultury, je určujícím fenoménem. Vliv symbolů nebo kultury na to, jak vnímáme skutečnost, se ještě více zvýrazní, když si uvědomíme, že vztah mezi věcí, kterou označujeme a slovem, kterým ji označujeme, je značně libovolný.⁸

Veřejná subjektivní práva jsou kvalitativně novodobým právním pojmem. Tím nemá být popírán důležitý znak lidské kultury, fakt, že lidstvo napříč kontinenty a napříč staletími má v mnohém společné náhledy na to, co je správné, co je *aequum*, co je *contra naturam*. Kdo jiný to ví lépe než právníci nebo spíše právní romanisté! A tato stať má podpořit myšlenku takové lidské sounáležitosti, jednoty lidského ducha a ukázat, že i v oblasti základních lidských práv byly ve starověku položeny základy k jejich uznání.

Základní lidská práva, tak jak je garantují novověké ústavy a mezinárodní konvence, jsou však ve své kvalitativní podobě produktem novověku.

⁸ MURPHY, R. F.: Úvod do kulturní a sociální antropologie, Sociologické nakladatelství, Praha 2006, s. 33.

Michaela Židlická

Myšlenka řeckých filosofů „*Antropos metron ton panton*“ byla vtělena do základů moderních států. A snad je to závěr Hegelovsky optimistický.

Prispeli do zborníka

- Prof. em. Dr. Dr. h. c. Hans Ankum**, *Universiteit van Amsterdam*
Doc. JUDr. Blažena Antalová, CSc., *Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach*
- Prof. JUDr. Helena Barancová, DrSc.**, *Trnavská univerzita v Trnave*
Prof. JUDr. Josef Bejček, CSc., *Masarykova univerzita v Brně*
Doc. JUDr. Petr Bělovský, PhD., *Univerzita Karlova v Praze*
JUDr. et PaedDr. Róbert Brtko, PhD., *Univerzita Komenského v Bratislave*
- JUDr. Kamila Bubelová, PhD.**, *Univerzita Palackého v Olomouci*
**Prof. Dr. András Földi, Eötvös Loránd Tudományegyetem Budapest
JUDr. et Mgr. Tomáš Gábriš, PhD., *Univerzita Komenského v Bratislave*
Ao. Univ.-Prof. Dr. iur. Richard Gamauf, *Universität Wien*
Univ. Prof. Dr. Gábor Hamza, D.Sc., *Eötvös Loránd Tudományegyetem Budapest***
- Prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc.**, *Masarykova univerzita v Brně*
Univ. Prof. DDr. Georg Klingenberg, *Johannes-Kepler-Universität Linz*
JUDr. Daniel Krošlák, *Trnavská univerzita v Trnave*
Prof. JUDr. Alexandra Krsková, CSc., *Trnavská univerzita v Trnave*
Prof. Dr. hab. Marek Kuryłowicz, *Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej v Lublinie*
- JUDr. Miriam Laclavíková, PhD.**, *Trnavská univerzita v Trnave*
Prof. JUDr. Ján Lazar, DrSc., *Trnavská univerzita v Trnave*
Prof. JUDr. Karel Malý, DrSc., Dr. h. c., *Univerzita Karlova v Praze*
Mgr. Ján Macej, *Univerzita Komenského v Bratislave*
Prof. Dr. iur. Ulrich Manthe, *Universität Passau*
Prof. JUDr. Peter Mosný, CSc., *Trnavská univerzita v Trnave*
Doc. JUDr. Matúš Nemeč, PhD., *Univerzita Komenského v Bratislave*
Univ.-Prof. Dr. iur. Martin Pennitz, *Karl-Franzens-Universität Graz*
JUDr. Petra Pribelská, *Trnavská univerzita v Trnave*
doc. JUDr. Radoslav Procházka, PhD., J.S.D., *Trnavská univerzita v Trnave*
- Prof. Dr. Dietmar Schanbacher**, *Technische Universität Dresden*
Prof. JUDr. Michal Skřejpek, DrSc., *Univerzita Karlova v Praze*
JUDr. Katarína Šangalová, *Trnavská univerzita v Trnave*
JUDr. et Mgr. Adriana Švecová, PhD., *Trnavská univerzita v Trnave*

Prispeli do zborníka

Mgr. Vojtech Vladár, PhD., *Trnavská univerzita v Trnave*

Prof. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc., *Masarykova univerzita v Brně*

Prof. Dr. iur., Dr. h. c., LL.D. h. c. Andreas Wacke, *Universität zu Köln*

Univ.-Prof. Dr. Gunter Wesener, *Karl-Franzens-Universität Graz*

A. Univ.-Prof. Mag. Dr. Markus Wimmer, *Johannes-Kepler-Universität
Linz*

Prof. Dr. hab. Jan Zabłocki, *Uniwersitet kardinala Stefana Wyszyńskiego
w Warszawie*

Doc. JUDr. Michaela Židlická, Dr., *Masarykova univerzita v Brně*

Register prameňov

(Peter Mach)

1 Právne pramene		4,22	312 ²⁸
		4,23	312 ²⁸
1.1 Predjustiniánske pramene		4,35	100 ⁵
		4,36	100
Breviarium Alaricianum		4,37	100 ⁶
9,10,1	505 ⁴⁸	4,75	349 ³⁰ , 353 ⁴⁶ , 360 ⁷⁵
		4,77	349 ²⁷
Codex Theodosianus		4,78	347 ²¹
1,4,2	416 ³	4,103	307 ⁶
1,4,3	315 ³⁹	4,104	309 ¹²
3,2,1	413 ⁷²	4,109	312 ²⁸
3,30,3	3 ¹¹	4,147	411 ⁶⁰
9,7,6	423 ⁴⁴		
9,13,1	505 ⁴⁸	Fragmenta Vaticana	
13,5,29	119 ²⁷	71 b	540 ³⁵ , 541 ⁴⁰
Collatio		Lex XII Tab.	
5,3	423 ⁴⁴	5,4-5	549
7,1 pr.	310 ¹⁷	6,3	101 ⁹
12,3,2	425 ⁵²	8,10	420 ³⁰ , 422 ³⁸
12,5,1	418 ¹⁵	8,11	422 ⁴⁰ , 426 ⁵⁴
12,7,7	14, 15, 16, 17 ^{13,15} , 18 ¹⁷ , 19	8,14	422 ³⁹
16,4,1-2	549 ²	8,19	422 ³⁹
		12,1	401 ⁴ , 404 ²⁴
Gai Institutiones		Pauli Sententiae	
1,141	343 ²	2,7	112 ⁴
1,155	307 ⁶	2,18,1	503 ³⁹
1,165	307 ³	5,3,6	419 ¹⁸ , 424 ⁴⁹
1,185	307 ⁵	5,20,1	416 ^{6,7}
2,66	51 ²	5,20,3	421 ³⁷
2,91	541 ⁴⁰	5,20,4	425 ⁵⁰
2,101	556, 559 ³⁹	5,20,5	425 ⁵²
2,101-103	552	5,20,6	426 ⁵³
2,225	312 ²⁸	5,23,17	423 ⁴³
2,279	309 ¹²	5,26,3	417 ⁸ , 419 ²¹
3,121	312 ²⁸	20,5,1	427 ⁵⁵
3,154 a, b	222 ⁷⁹		
3,192	308		
3,219	424 ⁴⁸		

Register prameňov

Ulpiani Epitome		8,4,1	513 ⁸⁵
11,3	307, 315, 316	8,9,1	411 ⁶⁰
12,1	307 ⁶	8,10,13	309 ¹³
		9,1,11	420 ²⁷
1.2 Corpus Iuris Civilis		9,13,1	255 ¹⁸
		9,15,1	505 ⁴⁸
Institutiones Iustianiani		11,2,3	119 ²⁷
1,2,2	309 ¹⁵		
1,17	307 ³	Digesta Iustiniani	
2,1,40	51 ³ , 69 ⁴⁰	1,1,1	304
2,1,48	119 ²⁷	1,1,1 pr.	157 ²⁹
2,4,4	524	1,1,1,1	564
2,10 pr.	550	1,1,10 pr.	156 ²⁸
3,23,2	343 ²	1,1,10,2	520
4,6,7	407 ³⁹ , 408 ⁴⁵	1,1,11	564
4,8,1	425 ⁵¹	1,2,2,6	307 ⁶
4,18,2	419 ¹⁶	1,3,37	479 ¹²¹
4,18,3	254	1,6,2	512 ⁸⁰
4,18,5	254	1,15,1	421 ³²
4,18,6	255	1,15,3,1	421 ^{34,35}
4,18,8	255	1,15,3,3-4	421 ³³
4,18,9	255	1,15,5	421 ³⁵
4,18,10	256	2,4,10,12	512 ⁸¹
4,18,11	255	2,7,2	120
4,18,12	254 ¹⁰ , 256	2,7,3	121
Codex Iustinianus		2,7,4	121
1,12,6 pr.	309 ¹³	2,7,5	121 ³¹
1,51,11	309 ¹³	2,14,6	307 ⁶
2,3,6	287	2,14,7,2	308
3,1,13,1	309 ¹³	2,14,7,14	308
3,28,35,2	543	3,5,5,3	531, 535, 536
4,2,13	534	3,5,5,5	537
4,31,14,2	526	3,5,5,8	539
4,35,21	524	3,5,5,11	536, 537, 547
5,37,22	3 ¹¹	3,5,5,14	538
5,37,28,5	3 ¹¹	4,5,7 pr.	307 ⁶
5,71,5	6, 7	4,9,3,1	112 ⁴ , 116 ²⁰
5,71,8	5	5,2,25 pr.	542, 543
5,71,9	5	5,3,13,12	531 ²
5,71,10	6	5,3,25,12	531 ²
5,71,11 pr.	6	5,3,55	542 ⁴³
5,71,15	6	6,1,8	205 ⁴ , 206, 222 ⁸⁴
6,72,3	5 ²³	6,1,16,1	115 ¹²
7,26,5	205 ⁷ , 210, 223 ⁸⁹	6,1,17,1	542 ⁴³
7,31,1	208 ²³	6,1,20	542 ⁴³
8,34,3	413 ⁷²	6,1,23,7	212 ⁴⁵
		6,1,65,1	531 ²

Register prameňov

6,2,1 pr.	102	9,2,13,5	509 ⁶⁶
6,2,3,1-6	104	9,2,27	14 ⁶
6,2,7 pr.	107 ³⁷	9,2,27,9	14, 15, 16, 17 ^{13,15} , 18, 424 ⁴⁷
6,2,7,1	107 ³⁶	9,2,27,29	509 ⁶⁶
6,2,7,2-5	104 ²⁰	9,2,38	503 ³⁸ , 509 ⁶⁸
6,2,7,6	104 ¹⁹	9,2,44 pr.	505 ⁴⁷
6,2,7,11	105 ²⁵	9,3,7	122 ³³
6,2,7,12	106 ²⁶	9,4,21 pr.	363 ⁸⁵
6,2,7,13	106 ²⁷	9,4,22,3	363 ⁸⁵
6,2,7,14	106 ²⁸	9,4,29	363 ⁸⁵
6,2,7,16	106 ²⁹	10,2,25,15	362 ⁸⁰
6,2,8	107 ³⁵	10,3,7 pr.-1	205 ⁴
6,2,9 pr.	107 ³⁴	12,1,18 pr.	60
6,2,9,1	108 ⁴²	12,4,14	536 ²⁷ , 537 ²⁸
6,2,9,4	107 ³¹	12,6,26,12	531 ²
6,2,9,5	107 ³⁹	13,5,5,2	498 ¹⁷
6,2,11 pr.	107 ³³	13,6,5,15	206 ¹²
6,2,11,1	109 ⁵³	13,6,13,2	504 ⁴³
6,2,11,2	108	13,7,18,3	408
6,2,11,3	108	13,7,30	407, 408 ⁴³ , 411 ⁵⁷
6,2,11,5	108 ⁴⁷	13,7,35,1	412 ⁶²
6,2,11,7	109 ⁴⁹	14,1,1,3	116, 117 ²⁰
6,2,11,9-10	109 ⁵¹	14,1,1,12	116, 117 ²⁰
6,2,12,1	108 ⁴⁴	14,1,1,15	117
6,2,12,2	107 ⁴⁰	14,2,1	113
6,2,12,3	109 ⁵⁴	14,2,2 pr.	116, 117 ²⁰ , 118
6,2,12,4	107 ³⁸	14,2,2,1	118 ²⁴ , 120,
6,2,12,5	109 ⁴⁸	14,2,2,2	119, 122
6,2,12,6	109 ⁵⁰	14,2,2,3	121
6,2,12,7	108 ⁴¹	14,2,2,4	123
6,2,13,2	106 ³⁰	14,2,2,5	119
6,2,14	108 ^{45,46}	14,2,2,6	119
6,2,15	105 ²³	14,2,2,7	117 ²³ , 119,
6,2,16	105 ²²	14,2,2,8	119 ²⁷
6,2,17	105 ²¹	14,2,3	120
7,1,21	540, 541	14,2,4 pr.	120, 121
7,1,22	540	14,2,4,1	121
7,1,22 pr.	540	14,2,4,2	125
7,1,24 pr.	541 ⁴¹	14,2,5 pr.	120
7,2,1,1	105 ²⁴	14,2,5,1	120
8,3,23,3	205 ⁴	14,2,6	120
9,1,3	122 ³³	14,2,7	120
9,2,6	512 ⁸⁴	14,2,8	119 ²⁷
9,2,8	19	14,2,9	111 ⁴
9,2,8 pr.	18, 19	14,2,10 pr.	116
9,2,12,1	503 ⁴⁰	14,2,10,1	116 ²⁰
9,2,13,1	506	14,2,10,2	116 ²⁰ , 117

Register prameňov

14,3,11,3	307 ²	21,1,23,7	360 ⁷³
14,3,19 pr.	535 ²²	21,1,23,8	360 ⁷⁴
15,1,49,1	509 ⁶⁸	21,1,23,9	541
15,3,5 pr.	123 ³⁶	21,1,29,3	360 ⁷⁴
15,3,10,5	535	21,1,31 pr.	360 ⁷⁴
15,3,16	504 ⁴²	21,1,31,1	347 ²⁰
16,1,6	531 ²	21,1,43,6	346 ¹⁸
16,1,13,1	407 ³⁹	21,1,52	347 ²¹
16,3,32	507 ⁵⁶	21,2,3	353 ⁴³
17,1,10,5	535 ²²	21,2,11,1	343 ⁷ , 352 ⁴²
17,2,52,4	127 ⁴⁷	21,2,16,2	353 ⁴³ , 354 ⁴⁸
18,1,1,1	316 ⁴³ , 343 ^{3,4}	21,2,30	353 ⁴⁴
18,1,18,1	214 ⁵⁹	21,2,32 pr.-1	352 ⁴²
18,1,57 pr.	545	21,2,37 pr.-1	343 ⁷
18,1,58	544, 547	21,2,37,1	351 ³⁸
18,1,63,1	214 ⁵⁹	22,5,2	366
19,1,4 pr.	351, 352, 357 ⁵⁹	22,5,10	366
19,1,11,8	354 ⁴⁸	22,5,24	366
19,1,11,10	361 ⁷⁸	22,6,9,4	64
19,1,11,12	353 ⁴⁷ , 361	23,4,11	531 ²
19,1,11,14	351 ³⁸	24,3,24,5	512 ⁸⁴
19,1,13 pr.	354 ⁴⁹	25,6,8	531 ²
19,1,13,1	350 ³⁵ , 351 ³⁷ , 354, 357	26,4,3 pr.	315, 307 ^{2,3} , 316 ⁴³
19,1,13,3	357 ⁵⁵	26,8,1 pr.	307 ³
19,1,48	214 ⁵⁹	26,10,3,13	6
19,2,13,1	116	27,1,17,6	117 ²²
19,2,13,2	115 ¹²	27,9,1 pr.	2
19,2,19,1	513 ⁸⁵	27,9,1,1	2
19,2,25,7	500	27,9,1,2	1, 2, 11 ³⁷
19,2,33	498 ¹⁹	27,9,1,4	4 ¹⁸ , 5
19,2,38	496	27,9,3 pr.	1 ¹
19,2,60,9	499 ²³	27,9,5,9-14	1, 8
19,2,61,1	115 ¹⁶ , 116	27,9,5,10	9
19,4,1	343 ⁴	27,9,5,11	10
19,4,2	343	27,9,5,12	10
19,5,14 pr.	114	27,9,5,13	9, 10
19,5,16 pr.	54 ¹⁵	27,9,5,14	5, 11
20,1,5,1	408 ⁴⁴	27,9,5,15	7
20,1,6-8	513 ⁸⁵	27,9,7,3	6
20,1,35	407	27,9,7,5	6
21,1,1,1	346 ^{14,18}	27,9,8,1	8 ²⁷
21,1,4,3	346 ¹⁵	27,9,8,2	8 ²⁸
21,1,17,17	345 ¹⁰ , 347 ²⁰ , 353 ⁴⁵ , 358 ⁶⁵	27,9,10	5, 6, 7
21,1,17,18	353 ⁴⁶	27,9,13,1	6
21,1,17,20	347 ²⁰	27,9,14	5 ²³
21,1,19,5	344 ⁹	28,1,1	551
21,1,19,6	346 ¹⁸	28,1,20,8	551

Register prameňov

28,1,21 pr.	307 ²	41,4,7,1	205 ⁷ , 213, 215, 222 ⁸²
30,7	541	41,4,14	205 ⁸ , 211 ³⁹ , 220, 222 ⁸¹
30,34,15	212 ⁴⁷	41,7,7	119 ²⁷
30,45,1	348 ²⁴ , 357 ⁵⁶	43,17,1,7	207 ²¹
30,70 pr.	360 ⁷²	44,2,25,1	346 ¹⁸
30,70,2	360 ⁷²	44,7,3	523
31,10	213 ⁵⁰	44,7,25	524
32,11,22	531 ²	45,1,5 pr.	351 ³⁸
32,101 pr.	410 ⁵²	45,1,29 pr.	352 ⁴¹
34,3,4	531 ²	45,1,75,9	352 ⁴¹
35,1,92	531 ²	45,1,86	352 ⁴¹
35,2,1	524	45,1,140 pr.	352 ⁴¹
36,1,65,4	531 ²	46,3,72,5	351 ³⁶
38,2,3,18	543, 547	47,1,3	257
39,5,34,1	531 ²	47,10,15,32	409 ⁴⁸
39,5,6	54 ¹⁵	47,10,26	258 ²⁷
39,6,18,3	348 ²³	47,11,9	259 ³⁰
40,5,24,16	531 ²	47,11,10	259 ³⁰
40,12,13 pr.	503 ⁴⁰ , 506 ⁵⁵	47,2,43,11	119 ²⁷
41,1,7,11	212 ⁴⁵	47,2,50 pr.	123 ³⁶
41,1,9,3	69 ⁴⁰	47,2,62,2	361 ⁷⁶
41,1,9,5-6	55 ¹⁷	47,2,74	409 ⁵⁰
41,1,9,8	119 ²⁷	47,2,81,5	536 ²⁷
41,1,31	58	47,2,90	503 ³⁹
41,1,36	59	47,4,1,2	510 ⁷¹
41,1,54	504, 505	47,7,2	257
41,1,54,2	505 ⁴⁶ , 509 ⁶⁸	47,8,2,1	257
41,1,55	114 ¹⁰	47,9,4,1	119 ²⁷
41,2,3,2	209, 223 ^{87,93}	47,9,9	420 ³⁰
41,2,3,5	206 ¹²	48,1,1	255 ¹⁷ , 260, 262
41,2,26	205 ⁹ , 208, 210, 222 ⁸⁵ , 223 ^{88,93,94}	48,6,5,23	255 ¹⁸
41,2,30 pr.	212 ⁴⁵	48,7,1,2	119 ²⁷
41,2,43 pr.	205 ⁹ , 216 ⁶¹ , 217, 218 ⁶⁸ , 223 ⁹¹	48,8,1 pr.	418 ¹¹ , 420 ²⁸
41,3,23 pr.	212 ⁴⁵	48,8,10	419 ¹⁹ , 425 ⁵²
41,3,25	205 ¹⁰	48,19,11,1	503 ³⁹
41,3,30	222 ⁸³	48,19,16,8	313 ³⁴
41,3,30,2	212 ⁴⁶	48,19,28,12	417 ¹⁰
41,3,32 pr.	54 ¹³	50,6,239,7	418 ¹⁴
41,3,32,2	209, 223 ^{86,94}	50,16,2	309 ¹²
41,4,2,6	211 ⁴¹ , 213, 222 ⁸⁰	50,16,19	308
41,4,4	223 ⁹³	50,16,25	212 ⁴⁷
41,4,4 pr.	205 ⁷ , 215, 217, 218, 224 ⁹⁴	50,16,25,1	205 ⁶
41,4,4 pr.-1	205 ⁹ , 223 ⁹⁰	50,16,35	542 ⁴³
41,4,4,1	205 ⁸ , 218 ⁶⁸	50,16,60 pr.	205 ^{1,5} , 212
41,4,6,1	219, 223 ^{92,93,94}	50,16,60,2	214 ⁵⁸
		50,16,87	309 ¹²
		50,16,109	221 ⁷⁷

Register prameňov

50,16,131,1	263 ⁴⁴
50,16,154	309 ¹²
50,16,174	357 ⁵⁵
50,17,23	498 ¹⁷
50,17,155,2	479 ¹²¹

1.3 Stredoveké pramene

Basilicae

53,3,1	128 ⁴⁹
--------	-------------------

Opus tripartitum (Hungaria)

I 27 § 2	277 ⁶¹
I 28 pr.	277 ⁶¹
I 29 § 4	276 ⁵⁹ , 277 ⁶³
I 30 § 3-4	277
I 30 § 4	277 ⁶⁰
I 30 § 7	274 ⁴⁹ , 276 ⁵⁹
I 32	432 ¹⁰ , 437
I 32 § 1	438
I 33 § 1	443 ⁴⁷
I 63 § 1	433 ¹²
I 67 § 2	277 ⁶²
I 78 § 5	276 ⁵⁷
I 93	271 ^{25,26}
I 93 pr.	274 ⁴⁸
I 93 § 2	271, 274 ⁴⁶ , 274 ⁴⁸
I 93 § 3	272 ³³
I 93 § 6	276 ⁵³
I 95 § 1	274
I 95 § 2	274 ⁴⁵
I 96	273 ⁴⁰
I 96 § 2	272 ³⁴ , 273 ³⁷ , 276 ⁵⁵
I 96 § 3	277
I 97	277
I 97 pr.	278 ⁶⁴
I 97 § 1	278 ⁶⁴
I 97 § 2	278 ⁶⁴
I 98	276 ⁵⁹
I 98 § 1	274 ⁴⁹
I 98 § 2	276 ⁵²
I 98 § 3	276 ⁵⁰
I 98 § 4	276 ⁵¹
I 101	280 ⁷⁸
I 101 § 3	276 ⁵⁴
I 102 § 2	276 ⁵²
I 103 pr.	276 ⁵⁶

I 103 § 2	276 ⁵⁶
I 104	276 ⁵⁸
I 105 pr.	278 ⁶⁷
I 105 § 1	279 ⁶⁸
I 105 § 2	279 ⁶⁹
I 106 pr.	274 ⁴⁷
I 106 § 2	274 ⁴⁷ , 278 ⁶⁶
I 106-107	274
I 107 pr.	278 ⁶⁶
I 109 pr.	278 ⁶⁵
I 109 § 1	278 ⁶⁵
I 111 § 7	279
I 129 § 1	279 ⁷³
I 133 § 18	272 ³⁵
I 134	273
I 134 § 3	273 ³⁸ , 274 ⁴⁵
I 134 § 4	273 ³⁹
II 24 § 7	279 ⁷⁰
II 43 § 4	279 ⁷¹
II 60 § 4	276 ⁵⁴
II 70 § 3	280 ⁷⁴
II 70 § 5	280 ⁷⁵
II 85 § 4	280
III 3 § 3-5	280 ⁷⁶
III 3 § 9	280 ⁷⁷
III 7 § 3	280
III 7 § 5	280

1.4 Kánonické právo

Codex Iuris Canonici/1917

can. 6 § 2	480
can. 6 § 4	478 ¹¹⁹
can. 20	478 ¹²⁰ , 481 ¹²⁵
can. 29	479 ¹²¹

Codex Iuris Canonici/1983

can. 18	479 ¹²¹
can. 19	479 ¹²¹ , 481 ¹²⁵
can. 27	479 ¹²¹
can. 285 § 3	338 ³⁹
can. 377 § 5	338 ⁴⁵
can. 774 § 2	338 ⁴⁶

Codex canonum ecclesiarum orientalium

can. 2	482 ¹²⁷
can. 55	480 ¹²³

Register prameňov

can. 66 § 3	338 ⁴⁵
can. 204 § 3	480 ¹²³
can. 303	480 ¹²³
can. 383 p. 1	338 ³⁹
can. 1509	479 ¹²¹

1.5 Moderné pramene

Austria

ABGB	
§ 1043	129

Bavaria

Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis	
I 1 § 1	521

EU

Charta základných práv EU	
9	35
10	23

Zmluva o ES

čl. 6	35
čl. 13	22, 35
čl. 28	26

Francia

Code de commerce	
Artt. 397ff	129 ⁵⁰
Artt. 410ff	129 ⁵⁰

Germania

BGB	
§ 276	496, 497, 509
§ 426 Abs. 1	501 ²⁸
§ 538	513 ⁸⁵
§§ 611 ff	500 ²⁴
§ 823 Abs. 1	501
§ 840 Abs. 2	501
§ 1231	413

GBG

§ 315	25 ⁷
-------	-----------------

HGB

§§ 700 ff	129 ⁵⁰
-----------	-------------------

Hungaria

Polgári törvénykönyv (1959)	
§ 107	129, 130 ⁵²

Prussia

ALR	
I 11 § 899	497 ¹¹
I 5 §§ 278 ff	497 ¹¹ , 499 ²²

Slovenská republika

Antidiskriminačný zákon	
§ 8	26
§ 8 ods. 2	28, 30

Notársky poriadok

§ 73d a nasl.	292 ¹⁷
---------------	-------------------

Občiansky zákonník

§ 2 ods. 3	285
§ 3 ods. 1	289
§ 130 ods. 1	294 ¹⁹
§ 135b ods. 1	294 ¹⁹
§ 151g-151md	292 ¹⁷
§ 458 ods. 2	294 ¹⁹

Občiansky súdny poriadok

§ 6	373 ¹⁴
§ 79 ods. 1	371
§ 90	371
§ 100 ods. 1	371
§ 101 ods. 2	376 ²¹
§ 118a ods. 1	376 ²¹
§ 120 ods. 1	371, 372, 373
§ 120 ods. 2	371
§ 120 ods. 4	373 ¹⁵
§ 153 ods. 1	371, 372
§ 205a ods. 1	375 ¹⁹
§ 241a	374
§ 243b ods. 2	375 ²⁰
§ 268 ods. 1 g), h)	374

Obchodný zákonník

§ 263	285
§ 265	289

Ústava SR

čl. 1 ods. 1	383
--------------	-----

Register prameňov

čl. 2 ods. 2	382, 383, 390, 393
čl. 13 ods. 1-4	290 ¹³
čl. 20 ods. 3	290
čl. 41	291 ¹⁵
čl. 51 ods. 2	394
čl. 86 písm. a)	393, 394
čl. 120	393
čl. 124	384, 385, 386
čl. 125	397
čl. 125 ods. 1 a)	382
čl. 125-129	385
čl. 128	385
čl. 136 ods. 2-3	385
čl. 143 ods. 2	394
čl. 152 ods. 4	384, 385, 386
Zák. č. 308/1991 Zb. o slobode náboženskej viery a postavení cirkví a náboženských spoločností	
§ 4	29
Zákonník práce	
§ 81 ods. 1 d)	30
§ 94	25
Medzinárodné právo	
Deklarácia OSN o eliminácii všetkých foriem netolerancie a diskriminácie založených na náboženstve alebo viere	
čl. 5 ods. 2	339 ⁴⁷
čl. 6 písm. h)	24
Dohovor Rady Európy o ľudských právach a základných slobodách	
9	23
Medzinárodný pakt o občianskych a politických právach	
čl. 18	23
čl. 18 ods. 4	339 ⁴⁷
Všeobecná deklarácia ľudských práv	
čl. 26 ods. 3	339 ⁴⁷

2 Neprávne pramene

Aristoteles

Ars Rhetorica	
I 7,31, 1365a	309 ¹⁵
I 10, 1368	96 ⁷⁶

Ethica Nicomachea

II 1, 1103 a.	94 ⁶⁴
IV 8, 1128 a.	94 ⁶⁸
V 6, 1134 a	95 ⁷¹
V 6-7, 1134 ab.	95 ⁷²
V 7, 1134 b.	95 ^{74, 75}
V 10, 1137 b	95 ⁷⁰

Magna Moralia

I 33, 1195 a	95 ⁷³
II 3, 1200 a	94 ⁶⁵

Metaphysica

I 3	93 ⁶¹
XII 6	93 ⁶²
XII 6-7	93 ⁶³

Politica

I 2, 1252 b.	94 ⁶⁶
I 2, 1253 a.	95 ⁶⁹
III 1, 1274b 41	563 ⁴
III 8, 1284 a	94 ⁶⁷
III 11, 1287 a	96 ⁷⁷

Ecclesia Catholica Romana

Centesimus annus	
11	330 ⁸
15	338 ⁴³
29	337 ³⁷
42-43	337 ³⁸
48	335 ²⁸

Deus caritas est

26-27	336 ³²
-------	-------------------

Dignitatis humanae

4	338 ⁴⁶
---	-------------------

Register prameňov

Divini Illius Magistri		Biblia	
33	340 ⁵²	Gal 3,10-13	451 ⁶
77	340 ⁵³	1Kol 2,14	451 ⁶
Gaudium et spes		2Kor 10,6	451 ⁷
74	329 ³	Lk 6,17-49	451 ⁶
Gravissimum educationis		Mt 5,1-7	451 ⁶
3	339 ⁵⁰	Mt 5,29	451 ⁶
Libertatis conscientia		Mt 18,15-17	452 ¹¹
73	338 ⁴⁰	Rim 7,12	451 ⁶
84	338 ⁴¹	Rim 10,4	451 ⁶
85	338 ⁴²	C. Iulius Caesar	
94	340 ⁵⁴	Comentarii de bello Gallico	
Mater et Magistra		1,1,3	311 ²³
117	334 ²⁰	1,39,2	311 ²³
152	334 ²¹	M. Portius Cato	
219	334 ²³	De agricultura	
Catechismum Catholicae Ecclesiae		146,2	408 ⁴⁶
1884	337 ³⁵	M. Tullius Cicero	
2461	337 ³⁷	Ad Atticum	
Octogesima adveniens		2,24	420 ²⁵
46	335 ²⁸	Ad familiares	
Pacem in terris		13,56,2	411 ⁵⁶
14	329 ²	De divinatione	
65	334 ²²	2,76	558
140	335 ²⁵	De haruspicum responsis	
141	335 ²⁶	8,15	420 ²⁶
Quadragesimo anno		De inventione	
79-80	332 ¹³	2,148	549 ²
Rerum novarum		De natura deorum	
10-11	330 ⁹	2,3,9	559 ³⁹
26	330 ⁶	2,9	559
28	330 ⁷	De officiis	
Sollicitudo rei socialis		3,17,69	410 ⁵⁴
15	336 ³¹	3,17,71	345 ¹¹
41	337 ³⁶	3,23,91	347 ²⁰
		3,89	120 ²⁸

Register prameňov

De oratore		15,27	559 ⁴⁰
1,161	307 ²	15,27,1	551, 557
1,228	558	15,27,3	556, 559 ^{39,40}
1,246	344 ⁸	17,2,21	403 ¹⁸
De re publica		Hesiodos	
2,51	247	Theogonia	
		901-904	77 ²⁰
Orator			
29,104	314 ³⁹	Erga kai hemerai	
		279-285	77 ²⁰
Pro Balbo		Homeros	
23,53	401 ⁷	Ilias	
		7,472-475	343
Pro Caelio		16,385-390	75 ¹⁰
29,70	420 ²⁴		
Topica		Odyssea	
13,55	309 ¹⁵ , 314	1,430	343
		3,244	76 ¹³
Dio Cassius		9,109-112	76 ¹⁵
54,23	511 ⁷⁸		
Dionysius Halicarnassensis		Isidorus Hispalensis	
6,29	404 ²⁵	Origines	
6,41	404 ²⁵	1,37,11-12	289 ³³
6,95,2	401 ⁶ , 403 ¹⁹		
Eusebius Pamphili		Lactantius	
Historia Ecclesiae		De Mortibus Persecutorum	
10,5,2	453 ¹³	48	453 ¹³
Frontinus		Livius	
Strategemata		Ab Urbe Condita	
4,1,23	559 ⁴⁰	1,4,8	404 ²³
		2,22,2	403 ²⁰
		2,25,5	403 ²¹
		2,33,9	401 ⁷
A. Gellius		2,52,4-5	403 ²²
Noctes Atticae		3,35,7	307 ²
1,11,3	556 ²⁷	29,36,12	404 ²⁵
1,11,7	556 ²⁷	33,22,9	403 ¹⁸
4,2,1-2	345 ¹³	39,14,9-10	421 ³¹
4,2,5	346 ¹⁸		
5,11,9	314	Martialis	
7,12,1	550	Epigrammata	
10,15,3-4	556 ²⁷	2,13	157 ³⁰
13,16,2	555 ²⁵		
13,24	156 ²⁷		

Register prameňov

Ovidius Naso		X 892 c-896 d	92 ⁵⁴
Fasti			
V 281	403 ²³	Phaedo	
		65	91 ⁴⁹
Petronius		66	91 ⁵⁰
Satyricon			
8	153 ¹¹	Politeia	
12-15	153	I 338	84 ³⁴
13,3	155 ²¹	IV 425 d – e	92 ⁵⁴
13,4	155 ²⁰	IV 444 d	90 ⁴⁸
14,1	155 ²³		
14,2	155 ²⁵	Politicus	
15	162	XXXIII 294 a	92 ⁵⁴
15,1	156		
15,4	161	Protagoras	
26-78	151 ⁴	XXIV 337 b.	85 ³⁶
43	160 ⁴⁴ , 161 ⁵⁵		
44,2	162 ⁶⁵	Plautus	
44,15	162 ⁶⁶	Epidicus	
44,17	163 ⁶⁷	12	307 ²
44-45	153 ¹³ , 162 ⁵⁹		
45,1-4	163 ⁶⁸	Plinius Maior	
46,7-8	160 ⁴⁸	Naturalis historia	
65,4	162 ⁶⁰	17,1,7	422 ⁴⁰
75	153 ¹¹	18,3,11	403 ²³
75-76	153 ¹¹	22,146	413 ⁷⁰
76	153 ¹¹	9,39,77	511 ⁷⁸
76,3	159 ⁴¹		
125,4	155 ²²	Plutarchus	
130,2	152 ⁸	Coriolanus	
132,15	151 ³	9	559 ⁴⁰
133,3	152 ⁸	9,3	558
137,9	157, 164		
Plato		Quintilianus	
Gorgias		Institutio oratoria	
469 b	91 ⁵²	6,3,103	309 ¹²
475 b	91 ⁵²	8,2,8	309 ¹² , 312 ²⁹ , 323
477 c	91 ⁵²	8,5,9	309 ^{12,15} , 312 ²⁹ , 314 ³⁸
483 b-484 a	84 ³⁵	8,6,29	312 ²⁹ , 323
483 d	92 ⁵⁷	9,1,4	312 ²⁶
Nomoi		Rhetorica ad Herennium	
IV 715 c-d	92 ⁵⁶	1,23	549 ²
728 a, b	91 ⁵¹ , 92 ⁵³	4,31,42	312
VII 793	92 ⁵⁸		
IX 875 c-d	92 ⁵⁵	L. Annaeus Seneca Minor	
		Apocolocyntosis divi Claudii	

Register prameňov

12,2 158³⁵
12,3 159³⁷

De ira
3,40,2-4 511⁷⁸

Epistulae morales ad Lucilium
58,17 314
81,7 156²⁷

G. Suetonius Tranquillus
Augustus
21 403¹⁸

Cornelius Tacitus
Annales
11,5,2 159³⁷
14,42-45 159^{38,39}

Thomas Aquinas
Summa theologica
I q. 103 a. 6 co. 336³⁴
II-II q. 10 a. 12 co. 340⁵¹

Varro

De re rustica
2,1,11 403²³
2,3,5 344⁸
2,4,5 352⁴⁰
2,5,11 352⁴⁰
2,10,5 344⁸, 352⁴⁰

De lingua latina
5,164 404²³
5,53 404²³
5,92 403²³
5,95 403²³
6, 86-88 559³⁹

M. Velleius Paterculus
2,5 559⁴⁰

P. Vergilius Maro

Aeneis
1,65 313³³
10,241 557

Xenophon

Memorabilia
I 4 87⁴⁴
IV 4-19 87⁴³

Editori:

Mgr. Peter Mach
doc. JUDr. Matúš Nemeč, PhD.
Mgr. Matej Pekarík

**POCTA PETROVI BLAHOVI
K 70. NARODENINÁM**

Grafická úprava a zalomenie Jana Janíková
Obálka Tibor Seman

Vydala Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave.
Výtlačila VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied.
Prvé vydanie.

ISBN 978-80-8082-335-1