

PERPAUCA TERRENA BLANDE HONORI DEDICATA
POCTA PETROVI BLAHOVI K NEDOŽITÝM 80. NARODENINÁM

PERPAUCA TERRENA BLANDE HONORI DEDICATA
GEDENKSCHRIFT FÜR PETER BLAHO
ZUM NICHT ERLEBTEN 80. GEBURTSTAG



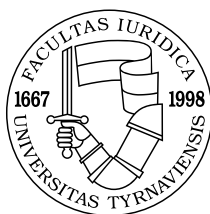
Peter Rosenthal

Vita enim mortuorum in memoria est posita vivorum.

Cic., Phil. 9,5,10

PERPAUCA TERRENA
BLANDE HONORI
DEDICATA

Pocta
Petrovi Blahovi
k nedožitým 80. narodeninám



Editor:

doc. JUDr. Mgr. Vojtech Vladár, PhD.

Recenzenti:

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

Mgr. Matej Pekarík, PhD.

Obsah/Inhalt

Slovo autorom	IX
Ein Wort an die Autoren	X
Za profesorom Petrom Blahom	XI
<i>In memoriam</i> Peter Blaho	XII

Spomienky a úvahy/Erinnerungen und Erörterungen

Peter Colotka Prolog	3
Andrej Filipek Pod'akovanie za Petra Blaha	5
Marek Šmid Profesor Peter Blaho, etika a právo	11
Ján Lazar Spomienka na priateľa	15
Jozef Opatovský Zostali spomienky	19
Radek Černoch <i>Commentatio parvula de eo quod post mortem supersit ad professorem Blaho spectans</i>	23
Andreas Wacke Das Sprichwort: Einmal ist keinmal	29

Rímske právo/Römisches Recht

András Földi Remarks on the origin and early history of the distinction between <i>ius publicum</i> and <i>ius privatum</i>	39
David Falada Na cestě jednoty římského národa: <i>Lex Icilia de Aventino publicando</i> ...	49
Pál Sárý Remarks on the Edict of Thessalonica of 380	67
Gábor Hamza Das Verhältnis von Cicero zu den Quellen (<i>fontes</i>), mit besonderer Rücksicht auf die Darstellung der Staatslehre im Dialog <i>De re publica</i> .	81
Vladimír Vrana M. T. Cicero a advokátska prax v rímskom klasickom práve	89
Miriám Laclavíková Cicero a jeho spis <i>Rečník</i> (rétorická inšpirácia pre právnikov)	101
Michal Skřejpek Varronova <i>De lingua latina</i> a lidová shromáždění	113
Petr Hajn Z Lúkianovy knihy „Pravdivé výmysly“	127
Luigi Capogrossi Colognesi La formazione dell'ordinamento cittadino, in Roma, e le teorie ottocentesche sull'origine dello stato	133
Anna Pikulska Über die persönlichen Zollbefreiungen im römischen Imperium	143
Magdolna Gedeon Sparsame Sportveranstaltungen im antiken Rom und heute	157
Matúš Nemeč <i>Nasciturus</i> v rímskom práve	167

Peter Mach	
Uprednostňovanie kresťanských otrokov od čias cisára Konštantína	181
Michaela Židlická	
K uctění památky Petra Blaha. <i>Per liberam personam adquiri nobis nihil potest versus</i> § 436 nového občanského zákoníku	187
Róbert Brtko	
Paralely medzi držbou a manželstvom v klasickom a justiniánskom rímskom práve	203
Petr Dostálík	
Římské právo a jednotná koncepce držby	217
Kamila Stloukalová	
<i>Mancipatio</i> a <i>in iure cessio</i> – několik poznámek k jejich podobnostem a odlišnostem dle Gaiových Institucí	237
Janez Kranjc	
Ulp. D. 6,1,9 – Nochmals zum Problem der Passivlegitimation bei der <i>rei vindicatio</i>	253
Johannes Michael Rainer	
Nochmals zur <i>servitus altius tollendi</i>	269
Iván Siklósi	
Zur Problematik des <i>ius offerendi</i> im römischen Privatrecht	283
Blažena Antalová	
Edilská ochrana kupujúceho v rímskom práve	307
Róbert Puškár	
Definícia <i>mandatum</i> v prácach glosátorov a komentátorov	315
Jan Dirk Harke	
Das <i>pactum</i> als Konstruktionselement bei Abtretung und Schuldübernahme	331
Petr Bělovský	
Kořeny zásady <i>pacta sunt servanda</i> v římském právu	341

Martin Pennitz Zwischen Diebstahls- und Noxalrecht: Zur Argumentation bei Cels. (12 <i>dig.</i>) D. 47,2,68,4	359
José María Blanch Nougés Sulla <i>litis contestatio</i> e l'intrasferibilità ereditaria delle azioni penali nel Diritto Romano: regola generale ed eccezioni	379
Rolf Knütel Schädliche Stürze – Juristische Aspekte zu einem leidvollen Phänomen	393
Kamila Bubelová Proč kvázidelikty?	421
Alexander Bröstl O abolícii, hlavne v klasickom rímskom práve	431
Piotr Kołodko/ Piotr Niczyporuk Le sanzioni penali comminate sui banchieri romani. Riflessioni al margine del frammento di <i>Vita Galbae</i> 9	435
Dietmar Schanbacher Zur Entwicklung des römischen Testamentsrechts	459
Jan Zabłocki <i>Testamentum mulieris calatis comitiis</i>	477
Právna história/Rechtsgeschichte	
Ulrich Manthe Die Töchter des Zelfohad – Num. 27,1–11 und Coll. 16,1	487
Veronika Kalyniv K vybraným prameňom stredovekej inkvizície	521
Ignác Antonín Hrdina Hrabě F. A. Špork, Herkommanus a římské právo	547

Vojtech Vladár Vplyv Veľkej francúzskej revolúcie na vývoj vzťahov medzi Cirkvou a štátom	557
Adriana Švecová Povinný podiel v systéme uhorského súkromného práva – drobná úvaha o jeho mieste v minulom práve platnom na Slovensku	575
Ladislav Vojáček Výuka cirkevného práva na brněnské Právnické fakultě v letech 1919 až 1950	585
Martina Gajdošová Stála delegácia advokátskych komôr československých so sídlom v Prahe a zástoj slovenskej advokácie	601
Daniel Krošlák Norimberský proces s hlavnými vojnovými zločincami	621
 Teória práva a pozitívne právo/Rechtstheorie und geltendes Recht	
Patrik Príbelský Čas, právo a spravodlivosť (alebo čas v práve a právo v čase)	637
Eduard Bárány Právna istota	645
Tomáš Gábriš Systematický alebo kazuistický prístup k právu: K výhodám právnej kazuistiky	657
Juraj Jankuv Postavenie noriem medzinárodného práva verejného v rámci ústavného práva a ostatnej právnej úpravy Slovenskej republiky	681
Radoslav Procházka Prezident ako armádny veliteľ	711

Obsah

Jan Pinz	
Aktuální otázky ústavněprávního postavení presidenta republiky	725
Soňa Košičiarová	
K procesnoprávnym aspektom prejednávania návrhových priestupkov .	745
Ivan Šimovček	
Niektoré zásady rímskeho súdneho procesu	
a ich odkaz v základných princípoch trestného konania	763
Helena Barancová	
Skončenie pracovného pomeru a ľudské práva	
v aktuálnej judikatúre európskych súdov	777

Zoznam autorov/Autorenverzeichnis

doc. JUDr. Blažena Antalová, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

prof. JUDr. Helena Barancová, DrSc.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

JUDr. Eduard Bárány, DrSc.

Ústav štátu a práva Slovenskej akadémie vied, Bratislava

doc. JUDr. Petr Bělovský, Dr.

Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta

prof. JUDr. Alexander Brörtl, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

doc. PaedDr. JCDr. Róbert Brtko, CSc.

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

JUDr. Kamila Bubelová, Ph.D.

Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta

Prof. Dr. Luigi Capogrossi Colognesi

Università di Roma „La Sapienza“, Facoltà di Giurisprudenza

JUDr. Peter Colotka, PhD., LL.M.

Slovenská akadémia vied, Ústav štátu a práva

JUDr. Mgr. Radek Černoch, Ph.D.

Masarykova univerzita v Brně, Právnická fakulta

doc. JUDr. Petr Dostálík, Ph.D.

Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta

JUDr. David Falada, Ph.D.

Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta

doc. ThDr. Andrej Filipek, SJ, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Teologická fakulta

Prof. Dr. András Földi, D. Sc.

Eötvös Loránd Tudományegyetem Budapest, Állam- és Jogtudományi Kar

doc. JUDr. Mgr. Martina Gajdošová, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

prof. JUDr. PhDr. Tomáš Gábriš, PhD., LL.M., MA

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

Dr. Magdolna Gedeon, PhD.

Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar

prof. JUDr. Petr Hajn, DrSc.

Masarykova univerzita v Brně, Právnická fakulta

Dr. DDr. h. c. Gábor Hamza, D. Sc.,

a Magyar Tudományos Akadémia rendes tagja

Eötvös Loránd Tudományegyetem Budapest, Állam- és Jogtudományi Kar

Prof. Dr. Jan Dirk Harke

Friedrich Schiller Universität Jena, Rechtswissenschaftliche Fakultät

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

Univerzita Karlova v Praze, Katolická teologická fakulta

doc. JUDr. Juraj Jankuv, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

Mgr. Veronika Kalyniv, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

Prof. Dr. Rolf Knütel

Rheinische Friedrich Wilhelms-Universität Bonn, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

Dr Piotr Kołodko

Uniwersytet w Białymstoku, Wydział Prawa

prof. JUDr. Soňa Košičiarová, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

zasl. prof. dr. dr. h. c. Janez Kranjc, univ. dipl. prav.

Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta

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

Paneurópska vysoká škola v Bratislave, Fakulta práva

doc. JUDr. Miriam Laclavíková, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

prof. JUDr. Ján Lazar, DrSc.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

Mgr. et Mgr. Peter Mach, PhD.

Kancelária Najvyššieho súdu Slovenskej republiky

Prof. Dr. Ulrich Manthe

Universität Passau, Juristische Fakultät

prof. JUDr. Matúš Nemeč, PhD.

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Prof. zw. dr hab. Piotr Niczyporuk

Uniwersytet w Białymstoku, Wydział Prawa

Prof. Dr. D. José María Blanch Nougués

Universidad autónoma de Madrid, Facultad de derecho

JUDr. Jozef Opatovský

Trnava, notár

Univ.-Prof. Dr. Martin Pennitz

Universität Innsbruck, Rechtswissenschaftliche Fakultät

Prof. dr. hab. Anna Pikulska

Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji

JUDr. Jan Pinz, Ph.D.

Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta

JUDr. Patrik Příbelský, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

doc. JUDr. Radoslav Procházka, PhD., J.S.D.

Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici, Právnická fakulta

JUDr. Róbert Puškár

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

O. Univ.-Prof. DDr. DDr. h. c. Johannes Michael Rainer

Universität Salzburg, Rechtswissenschaftliche Fakultät

Prof. Dr. Pál Sárosi

Miskolci Egyetem, Állam- és Jogtudományi Kar

Prof. Dr. Dietmar Schanbacher

Technische Universität Dresden, Juristische Fakultät

Dr. Iván Siklósi, PhD.

Eötvös Loránd Tudományegyetem Budapest, Állam- és Jogtudományi Kar

prof. JUDr. Michal Skřejpek, DrSc.

Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta

Mgr. Kamila Stloukalová

Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta

Dr. h. c. prof. doc. JUDr. Marek Šmid, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

prof. doc. JUDr. Marek Šmid, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

doc. JUDr. PhDr. Adriana Švecová, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

doc. JUDr. Mgr. Vojtech Vladár, PhD.

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta

prof. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc.

Masarykova univerzita v Brně, Právnická fakulta

doc. JUDr. Vladimír Vrana, PhD.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

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

Universität zu Köln, Institut für Römisches Recht

Prof. Dr hab. Jan Zabłocki

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie,
Wydział Prawa i Administracji

doc. JUDr. Michaela Židlická, Dr.

Masarykova univerzita v Brně, Právnická fakulta

že som v roku napísal knihu scen-
nium na dievčoho čítanie o predizertach.
I katal som svoj materiál s bibliografiou
roztváral. Písom som nielen, že boli
som prístupil k dekladnej, viem, žiadnu li-
teraturu, množstvom ~~prečítaním~~ ^{som niekomu} vedel som
o dizertach dost, poznal som ^{autor} židov
meštr, Hofmann, Leuel, Schulz, prečo ich
die ~~nie mali~~ ^{sa nachádzali} v knižnici ^{na r. fak.} V K v Bratislave.
Zatal som sa hlbšie oboznamoval s knižkou
F. Schula, Einführung in das Studium der Dige-
ren a nielen som, že nielen ~~problém~~ ^{problém} ~~ne~~
~~čakajeme~~ ^{čakajeme} ~~spolne~~. Okrem literatury v domáci, polovica
M. Nováča a materiálu 20. Nováča prináša
moderné publikácie na témnu dizerta a tex-
tové kritiky.
1 Židil som dala, že každému poznám
vo svoj. vedely ² ³ ⁴ ⁵ ⁶ ⁷ ⁸ ⁹ ¹⁰ ¹¹ ¹²
níaste dizerta, ale nie o veľ. počte na-
maj ošetlo?
Bol najmä pri čas namerati pozorost mielen
na samostatn. nikonotariu, ale cisova justiciaria,
ale skúmal osudy o toto dizert. v štedovku!
a o morovku. Glosatori, komentatori, humanisti,
^(vander Eristi) ~~potomeli~~ ^{všetchni} ~~potomeli~~ ^{všetchni} ~~potomeli~~ ^{všetchni}
len mi nich. M. Nováča univerzita vyhlady
me moderné sparovanie dizert: Th. Nováčan
a P. Krüger edisovali dizerta v polske, židov
postilovane doves.

Milí kolegovia,

ako dobre viete, práce na počte k 80. narodeninám pána profesora Petra Blaha (narodil sa 1. januára 1939) začali ešte na začiatku roku 2018, keď ste boli oslovení s prosbou o prípravu vedeckého príspevku či spomienky. Keď pán profesor 29. mája 2018 umrel, váhali sme, čo ďalej. Práve povzbudzovanie od Vás, kolegov a priateľov pána profesora, nás presvedčilo, aby sme dielo dokončili a vydali ho ako pamätník i vzdanie úcty jeho pamiatke. S ohľadom na okolnosti sme sa rozhodli neponáhľať a počkať na príspevky všetkých, ktorí boli pánu profesorovi blízki. Som si istý, že pán profesor Blaho by bol s výsledkom spokojný, so záujmom by si prečítal všetky príspevky a tešil by sa, že sme si na neho aj po tretí raz spomenuli. Nadovšetko totiž miloval knihy, rímske právo i svoju prácu. Aj preto na onen svet zdvorilo posielame váženému pánu profesorovi týchto pár pozemských drobností (*per pauca terrena blande honori dedicata*). Príspevky z rímskeho práva sme na jeho počtu zoradili podľa štruktúry učebnice rímskeho práva, ktorej bol spoluautorom.

Touto cestou veľmi pekne ďakujem všetkým prispievajúcim, riaditeľovi vydavateľstva VEDA pánu dr. Milanovi Brňákovi za všetku preukázanú pomoc, finančnú nevynímajúc, vedeniu Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave za ochotu financovať zborník a v neposlednom rade i mojim kolegom, ktorí už nepôsobia na tejto fakulte, ale patrili k najbližším spolupracovníkom pána profesora a ani chvíľu neváhali, keď som ich oslovil s prosbou o pomoc na tomto diele. Na myslím mám dr. Mateja Pekarika, ktorý mi pomohol najmä s korektúrami nemeckých príspevkov a v komunikácii s nemecky hovoriacimi kolegami. Dôležitú pomoc mi poskytol tiež dr. Peter Mach, ktorému pán profesor preukázal tú česť, že ho v jednom z posledných telefonátov so mnou označil za svojho nástupcu.

v Trnave, 13. novembra 2019

Vojtech Vladár

Liebe Kollegen,

wie Ihnen gut bekannt ist, haben wir an der Festschrift für Herrn Professor Peter Blaho (er wurde am 1. Januar 1939 geboren) schon anfangs 2018 angefangen zu arbeiten, als wir uns an Sie mit der Aufforderung wendeten, mittels eines wissenschaftlichen Aufsatzes oder einer Erinnerung zu der Festschrift beizutragen. Nachdem Peter Blaho am 29. Mai 2018 verstorben war, überlegten wir, was zu tun sei. Gerade die Aufmunterung von Ihnen, den Kollegen und Freunden von Peter Blaho, hat uns überzeugt, das angefangene Werk fertigzustellen und als Denkmal und Ehrenzeugnis seiner Persönlichkeit und seines Lebenswerks zu veröffentlichen. Angesichts der Umstände haben wir entschieden, nicht zu hasten und die Beiträge aller, die Peter Blaho lieb waren, abzuwarten. Ich bin mir sicher, dass Herr Professor Blaho mit dem Ergebnis zufrieden gewesen wäre, mit großem Interesse alle Beiträge gelesen hätte und erfreut gewesen wäre, dass wir nun zum dritten Mal seine Person auf diese Weise geehrt haben. Bücher, römisches Recht und seine Arbeit hat er nämlich über alles geliebt. Auch deswegen ist diese Festschrift als eine Sammlung “von irdischen Winzigkeiten dem Ehrwürdigen höflichst gewidmet“ (*per pauca terrena blande honori dedicata*). Die Beiträge im römischen Recht haben wir zu seinen Ehren gemäß der Struktur des von ihm mitverfassten Lehrbuchs angeordnet.

An dieser Stelle erkläre ich allen Beitragenden meinen herzlichen Dank, überdies dem Leiter des Verlags VEDA, Herrn Dr. Milan Brňák für vielfältige Hilfeleistung – einschließlich der finanziellen –, dem Dekanat der juristischen Fakultät der Universität zu Trnava für die Bereitwilligkeit, das Sammelwerk zu finanzieren, und nicht zuletzt meinen Kollegen, die nicht mehr an dieser Fakultät tätig sind, doch aber zu den engsten Mitarbeitern von Peter Blaho zählten und keine Minute zögerten, als ich sie mit der Bitte um Zusammenarbeit an diesem Sammelwerk angesprochen habe. Es handelt sich um Dr. Matej Pekarík, der mir vor allem bei den Korrekturen der deutschsprachigen Aufsätze und bei der Kommunikation mit den deutschsprachigen Autoren geholfen hat. Wichtige Hilfe hat mir auch Dr. Peter Mach geleistet, den Peter Blaho immer als seinen Nachfolger ansah, was er mir auch in einem unserer letzten Telefongespräche bestätigte.

in Trnava, am 13. November 2019

Vojtech Vladár

Za profesorom Petrom Blahom

Dňa 29. mája 2018 zastihla česko-slovenskú akademickú komunitu obzvlášť smutná správa. V ten deň umrel vo veku 79 rokov jeden z najlepších európskych právnych romanistov, excelentný vedec i pedagóg Dr. h. c. mult. prof. JUDr. Peter Blaho, CSc. Práve on patril k tým najdôležitejším osobnostiam, vďaka ktorým sa podarilo zachovať rímskoprávne dedičstvo v našej krajine v ťažkých časoch socialistického režimu, a dbalo sa naň aj po Novembri 1989.

Profesor Peter Blaho sa narodil 1. januára 1939 v Nitre a základné i stredoškolské vzdelanie nadobudol v Topoľčanoch. Po úspešnej maturite na tamojšom gymnáziu nasledoval profesijnú dráhu otca a vybral si štúdium práv na Právnickej fakulte Univerzity Komenského v Bratislave. Absurdnosť doby si vybrala svoju daň a pre nevyhovujúci triedny profil musel Peter Blaho štúdium v roku 1960 nútene zanechať. Odvahu bojovať a odhodlanie preukázal, keď sa mu dva roky nato podarilo dosiahnuť zrušenie rozhodnutia o vylúčení a pokračovať v štúdiu. Právnické štúdiá napokon úspešne dokončil v roku 1965 a vďaka vynikajúcemu prospechu mu bol udelený pre romanistu tak dôležitý titul „JUDr.“.

Začiatky profesijnej kariéry Petra Blaha sa spájajú najskôr s prácou podnikového právnika a potom súdneho čakatľa na bratislavskom krajskom súde. Tí, ktorí pána profesora lepšie poznali, dobre vedeli, že jeho najväčším snom bola dráha právneho romanistu, a teda pôsobenie v akademickom historickoprávnom prostredí, ktoré nebolo až tak zaťažené dobovou ideológiou a umožňovalo rozvíjať myšlienky slobodného ducha starovekých rímskych právnikov a ich stredovekých nasledovníkov. Tento cieľ dosiahol v roku 1967, keď získal pozíciu asistenta na svojej *alma mater*, konkrétne na Katedre dejín štátu a práva. Osud mu prial i v tom, že mohol úzko spolupracovať so svojím vzácnym učiteľom Dr. h. c. prof. JUDr. Karolom Rebrom, DrSc., vďaka ktorému pretrvala v Bratislave výučba rímskeho práva aj počas týchto náročných čias. Práve on presadil i zriadenie osobitnej Katedry rímskeho práva, ktorá však existovala len dva roky. Zášťita Karola Rebra zároveň Petrovi Blahovi umožnila venovať sa v relatívnom pokoji tomu, čo mal skutočne rád – právnej romanistike.

Od toho času sa Peter Blaho neúnavne pokúšal preniknúť do myšlienkového bohatstva rímskych právnikov a osvojiť si ho nielen v pedagogickej, ale tiež vedeckej činnosti. O úspešnosti jeho snáh vypovedá nielen postupne pribúdajúci počet vedeckých výstupov, ale

tiež nadviazanie úzkych vzťahov s najvýznamnejšími československými právnymi romanistami, z ktorých možno osobitne spomenúť Prof. Dr. Václava Budila, Prof. Dr. Miroslava Boháčka a Prof. Dr. Jiřího Cvetlera. Napriek dobe, v ktorej Peter Blaho žil, obdivoval predovšetkým západný akademický svet a jeho metódy, považujúc ich vo vedeckej práci za tie najdôležitejšie. Aj z toho dôvodu pôsobili jeho vedecké články na prvý pohľad akosi ináč oproti prácam viacerých jeho kolegov a každému mohlo byť jasné, že v ňom rastie osobnosť európskeho formátu, neobmedzujúca sa na nútené opakovanie dobre naučených socialistických fráz. Petrovi Blahovi sa zároveň v našom prostredí podarilo rozvinúť rímskoprávne štúdiá i v Košiciach, kde bola v roku 1973 zriadená Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika a výučbu tohto predmetu na nej zabezpečil práve on. Pokiaľ ide o vedeckú činnosť, z raného obdobia možno osobitne spomenúť jeho diela „Niektoré teórie o držbe a ich kritika“, „Latinské právne definície, citáty a aforizmy“ (v spolupráci s Karolom Rebróm) a „Súčasný stav a ciele právnej romanistiky v Československu“.

Titul kandidáta vied (CSc.) Peter Blaho získal v roku 1978 obhájením kandidátskej dizertačnej práce s názvom „Sociálna a triedna funkcia ochrany držby v antickom Ríme“. Už v nej preukázal nielen schopnosť samostatne vedecky pracovať na vysokej úrovni, ale taktiež svoju záľubu v téme držby, ktorá ho sprevádzala po celý život. Vynikajúci vedecký rast prispel k tomu, že už v roku 1980 obhájil habilitačnú prácu „Rímskoprávna náuka o držbe a jej vyústenie v súčasnosti“. Poznajúc pravidlá socialistického režimu si však zároveň veľmi dobre uvedomoval, že získaním titulu docent (doc.) dosiahol jeho kariérny rast vrchol. Keďže nebol členom komunistickej strany, profesorom sa jednoducho stať nemohol. Z toho dôvodu sa ešte viac zameril na kvalitnú vedeckú prácu a nadväzovanie kontaktov s európskou romanistickou elitou, absolvujúc študijné pobyty vo významných univerzitných mestách ako Štrasburg, Rím, Pécs, Halle a Krakov. Peter Blaho sa totiž aj napriek viacerým prekážkam vždy usiloval udržať krok s vývojom svojho odboru za západnými hranicami. I preto sa, na rozdiel od mnohých svojich kolegov, nikdy neobával aktívne vystupovať ani na zahraničných konferenciách, kde dokazoval, že aj na Slovensku môže vyrásť vynikajúci právny romanista. O ďalší rozvoj a zvýšenie popularity svojho odboru v právnickej komunite sa v rámci československých hraníc zase zaslúhoval publikovaním pravidelných bibliografických romanistických štúdií. Okrem uvedených dvoch kvalifikačných prác možno z tohto obdobia jeho vedeckej činnosti osobitne vyzdvihnúť diela „Nadobudnutie držby prostredníctvom otrokov v rímskom práve“, „*Lucrum cessans* im römischen und gegenwärtigen tschechoslowakischen Recht“, „Praktické cvičenia

z rímskeho práva“ (v spolupráci s Karolom Rebróm) a „Súdna a mimosúdna ochrana držby v rímskom práve“.

Nové možnosti pre vedeckú prácu a osobnostný i profesijný rozvoj znamenal pre Petra Blaha pád socialistického režimu. Osobitne mu k tomu pomohlo i vymenovanie do funkcie profesora (prof.), k čomu došlo na základe iniciatívy vtedajšieho prezidenta Václava Havla. Bol to práve Peter Blaho, kto bol najskôr poverený vykonávaním funkcie prodekana a v roku 1991, ako symbol novej slobodnej doby, zvolený na bratislavskej právnickej fakulte za dekana. O úspešnosti jeho pôsobenia v tejto funkcii a rešpekte akademickej obce vypovedá najmä skutočnosť, že v nej nakoniec zotrval až do roku 1998. Počas tohto obdobia sa mu po západnom vzore podarilo zaviesť do výučby viaceré tradičných i moderných foriem, z ktorých sú viaceré dodnes ctené a uplatňované. Z jeho ďalších aktivít možno spomenúť najmä v roku 1991 založenú tradíciu konania významnej medzinárodnej konferencie Lubyho právnických dní a v roku 1992 zriadenie Vydavateľského oddelenia Právnickej fakulty Univerzity Komenského. V snahe o prehĺbenie spolupráce medzi slovenskými a českými právnymi romanistami zase v roku 1994 inicioval konanie pravidelných romanistických konferencií, ktoré sa na platforme striedania slovenských a českých právnických fakúlt realizuje od roku 1998 až dodnes. S cieľom posunúť česko-slovenskú romanistiku ešte ďalej a zamedziť jej izolovaniu zriadil v roku 1995, v spolupráci s kolegami z Českej republiky, časopis *Orbis iuris Romani* – Journal of Ancient Law Studies, ktorý je s prestávkami vydávaný do dnešných dní. O ďalší rozvoj medzinárodnej spolupráce na akademickej úrovni sa Peter Blaho zaslúžil prácou v Európskej akadémii pre vedy a umenie (Salzburg) a koordináciou medzinárodného vedeckého projektu Európskej únie Normdurchsetzung in osteuropäischen Nachkriegsgesellschaften, na ktorom spolupracoval s Inštitútom Maxa Plancka pre európske právne dejiny (Frankfurt nad Mohanom). Výborné vzťahy s ďalšími vedeckými pracoviskami upevňoval aj v tomto období pobytmi na univerzitách v Grazi, Viedni, Regensbrugu a Amsterdame.

Keď bola v roku 1998 Katedra rímskeho práva na jeho *alma mater* zrušená, rozhodol sa Peter Blaho pre odvážny krok. Spolu s ďalšími excelentnými profesormi opustil svoje domovské pracovisko s cieľom obnoviť spolu s historickou Právnickou fakultou Trnavskej univerzity v Trnave aj rímskoprávne štúdiá na nej. Smelo a s istotou môžeme povedať, že nebyť jeho osobnostného vkladu, k jej založeniu by určite nedošlo. I z toho dôvodu to bol práve on, kto bol najskôr poverený funkciou štatutárneho orgánu Právnickej fakulty a napokon sa v roku 1999 stal jej vôbec prvým dekanom. Keď sa ešte v tom istom roku volil rektor Trnavskej

univerzity, akademická obec preukázala svoje uznanie voči nemu tým, že voľba vyznela jasne v jeho prospech. V tejto funkcii nakoniec vytrval až do roku 2007 a možno povedať, že súčasná univerzita nesie stále pečať jeho osobnosti. V roku 2001 založil Peter Blaho aj v Trnave univerzitné vydavateľstvo s názvom *Typi Universitatis Tyrnaviensis*, ktoré funguje ako spoločné pracovisko s Vydavateľstvom Slovenskej akadémie vied VEDA dodnes. Jeho zásluhou bol zároveň v tom istom roku zriadený Ústav dejín Trnavskej univerzity a v roku 2004 ako univerzitné pracovisko Trnavskej univerzity Slovenský historický ústav v Ríme. Snahy Petra Blaha o živé prepojenie rímskeho práva so slovenskou právnou praxou možno ilustrovať jeho dlhoročným členstvom v komisii pre rekodifikáciu slovenského Občianskeho zákonníka. Aj napriek vyťažnosti v akademických funkciách nezvoľnil ani vo vedeckej tvorbe, z ktorej možno osobitne vyzdvihnúť najmä vzácné preklady justiniánskych Inštitúcií a Digest (v spolupráci s PhDr. Jarmilou Vaňkovou, neskôr s Mgr. Nicol Sipekiovou, PhD.). K jeho ďalším dôležitým dielam z tohto obdobia patria „O vzťahu občianskeho zákonníka k právu rímskemu“, „Praktické štúdie z rímskeho práva“ (v spolupráci s Prof. Dipl. Dom. Dr. Dr. h. c. Herbertom Hausmaningerom), „*Aequitas* ako *correctio iuris* v rímskom súkromnom práve“, „Rímske právo“ (v spolupráci s Karolom Rebróm), „Základy rímskeho práva“ (v spolupráci s doc. JUDr. Michalou Židlickou, Dr. a JUDr. Ivanom Haramiom, Dr.) a „Držba v dejinách práva“.

Po ukončení funkcie rektora sa Peter Blaho nechal na svojom domovskom pracovisku presvedčiť k pôsobeniu vo funkcii prodekana pre vedeckovýskumnú a edičnú činnosť. V nej zostal do roku 2014, keď sa rozhodol venovať už len výučbe a vedeckej tvorbe. Dva roky nato zanechal i pedagogickú činnosť, pokračujúc však naďalej v písaní vedeckých článkov a prekladaní najdôležitejších prameňov rímskeho práva. Aj v tomto období tak Peter Blaho patril k najlepším vedcom fakulty. I keď úraz z roku 2016 a rozvíjajúca sa choroba spomalili jeho aktivity, neprestával pracovať na nových vedeckých štúdiách, v čom vytrval prakticky až do konca života. Ešte v marci tohto roku mi tak odovzdal svoj posledný vedecký článok, ktorý bude súčasťou pripravovanej monografie o držbočných koncepciách v rímskom a kánonickom práve. Možno teda naozaj povedať, že svojej obľúbenej téme zostal verný po celý život.

Význam osobnosti Petra Blaha nielen v akademickom, ale tiež širokom spoločenskom prostredí možno ilustrovať prostredníctvom viacerých ocenení. K tým najvýznamnejším patria rád rytiera commandatora sv. Gregora Veľkého, ktorý mu udelil v roku 2001 pápež Ján Pavol II., a v roku 2004 prezidentom Rudolfom Schusterom priznaný Pribinov kríž I. triedy ako

vyznamenanie za významné zásluhy o hospodársky, sociálny a kultúrny rozvoj Slovenska. Jeho dôležitosť a význam v slovenskej societe sa preukázali aj v pozíciách člena Komisie vlády Slovenskej republiky pre posúdenie kladov a nedostatkov v riadení miestnej samosprávy a štátnej správy a vedúceho pracovnej skupiny odborníkov pre prípravu Základnej zmluvy medzi Svätou Stolicou a Slovenskou republikou, ktorá bola napokon úspešne uzavretá v roku 2001. V roku 2004 bol zase zvolený za sudcu Disciplinárneho súdu Najvyššieho súdu Slovenskej republiky. Česť udelenia titulu *Doctor honoris causa scientiarum iuridicarum* mu potom v roku 2008 preukázali varšavská Univerzita kardinála Stefana Wyszyńskiego a v roku 2016 i domovská Trnavská univerzita v Trnave. O mimoriadnej obľúbenosti a uznaní Petra Blaha medzi najbližšími spolupracovníkmi vypovedajú najmä dve knižné pocty vydané k jeho sedemdesiatym (*Ius Romanum – schola sapientiae*) a sedemdesiatym piatym (*Constans et perpetua voluntas*) narodeninám. Pripravovaná pocta k narodeninám osemdesiatym bude vydaná ako pamätník na uctenie si jeho celoživotného diela.

Peter Blaho bol odjakživa vysoko cenený ako bravúrny pedagóg, o čom vypovedajú viaceré študentské ankety, ktoré napriek svojej povestnej prísnosti pravidelne vyhrával. Opodstatnene totiž zastával názor, že bez znalosti rímskeho práva nemôže byť dobrého právnika, osobitne civilistu. Chýrnymi boli jeho prednášky, ktoré v prestávkach vyplňal skvelými vtipmi zo súdnych siení, respektíve právnického prostredia ako takého. Aj keď niektorí študenti majú v pamäti práve obavy z náročnosti skúšky z predmetu Rímske právo, väčšina z nich si Petra Blaha určite zapamätá ako toho, kto im ukázal správny smer k dosiahnutiu statusu kvalitného právnika. A práve jeho snaha o dobré dielo by mala byť tou, ktorá povedie kroky jeho nástupcov v akademickom prostredí rozvíjajúcich rímskoprávny odbor, ale taktiež jeho študentov – právnikov pôsobiacich v praxi.

Aj najbližší spolupracovníci si na Petra Blaha spomínajú len v tom najlepšom, vnímajúc ho ako noblesného, galantného, zásadového a vystupovaním i životnými postojmi stále mladého človeka, ktorý sa nikdy nedal odradiť negatívami a pozeral stále s optimizmom vpred. I z môjho pohľadu musím napísať, že sme ho považovali za človeka, ktorý nás drží na Katedre rímskeho a cirkevného práva pohromade a že nás berie doslova ako členov vlastnej rodiny. Vždy bol totiž pre nás prísny, no zároveň láskavým, trpezlivým a chápujúcim učiteľom. Jeho múdrosť, rozhľad, elegancia – to všetko z neho robilo človeka v mnohých ohľadoch ideálneho. Aj preto sme ho obdivovali, vzhliadali k nemu, učili sme sa od neho, nedali na neho nikdy dopustiť a najviac nás mrzelo, keď sme ho sklamali. Peter Blaho zostane navždy naším vzorom. Ako mi raz povedal, najviac bol hrdý a ctil si svoju

katolícku vieru, potom svoju rodinu a napokon rímske právo, ktorého rozvíjaniu v akademickom prostredí zasvätil celý svoj život. *Requiesce in pace, professore, magister noster!*

Vojtech Vladár

In memoriam Peter Blaho

Am 29. Mai 2018 wurde die tschecho-slowakische akademische Gemeinde von einer besonders traurigen Nachricht betroffen. An diesem Tag ist im Alter von 79 Jahren einer der besten europäischen Romanisten, ein hervorragender Wissenschaftler und Lehrer Dr. h. c. mult. prof. JUDr. Peter Blaho, CSc. verstorben. Er gehörte zu den wichtigsten Persönlichkeiten, dank denen es gelungen ist, den Nachlass der römischen Rechtsgelehrten in unserem Land sowie in den schweren Zeiten des sozialistischen Regimes zu wahren, als auch nach November 1989 dieses Vermächtnis zu pflegen.

Peter Blaho wurde am 1. Januar 1939 in Nitra geboren. Seine Grund- und Mittelschulbildung absolvierte er in Topoľčany. Nach erfolgreichem Abitur an dortigem Gymnasium folgte er dem beruflichen Weg seines Vaters und begann an der juristischen Fakultät der Komenský-Universität in Bratislava zu studieren. Die Absurdität der Zeit hat auch sein Leben schicksalhaft beeinträchtigt und Peter Blaho wurde 1960 aus seinen Studien wegen seiner unerwünschten sozialen und Klassenherkunft verwiesen. Doch dank seiner Tat- und Willenskraft erreichte er zwei Jahre später die Aufhebung des Bescheids über seine Verweisung aus den Studien und setzte sein Jurastudium fort. 1965 beendete er letztendlich erfolgreich sein Studium und auf Grund seiner hervorragenden Studienleistungen wurde ihm der für einen Romanisten so wichtige akademische Titel „JUDr.“ verliehen.

Die Anfänge der professionellen Karriere von Peter Blaho sind zunächst mit der Anstellung als Betriebsjurist und später als richterlicher Anwärtler beim Kreisgericht Bratislava verbunden. Wer ihn besser kannte, der wusste, dass sein größter Traum der Beruf eines Romanisten war, was für ihn vor allem Arbeit im rechtshistorischem akademischen Milieu bedeutete, das damals nicht so stark von der damaligen Ideologie belastet war und das ihm ermöglichte, die Gedanken des freizügigen Geistes der römischen Rechtsgelehrten und ihrer mittelalterlichen Nachfolger weiter zu entwickeln. Dieses Ziel erreichte er 1967, als er die Stelle des Assistenten an seiner *alma mater* erwarb, konkret am Lehrstuhl für Staats- und Rechtsgeschichte. Das Schicksal war ihm auch darin gut gesinnt, dass er mit seinem verehrten Lehrer, Dr. h. c. prof. JUDr. Karol Rebro, DrSc. eng zusammenarbeiten konnte, dank dem das römische Recht auch in diesen schweren Zeiten weiterhin unterrichtet wurde. Rebro war es, der die Gründung des Lehrstuhls für römisches Recht an der juristischen Fakultät bewirkte, obwohl dieser Lehrstuhl nur zwei Jahre bestand. Die Obhut von Karol Rebro ermöglichte

Peter Blaho, sich in relativer Ruhe damit zu beschäftigen, was er tatsächlich mochte - der Wissenschaft des römischen Rechts.

Seit dieser Zeit bemühte sich Peter Blaho unermüdlich, zum Gedankengut der römischen Rechtsgelehrten vorzudringen und es sowohl in der pädagogischen, als auch in der wissenschaftlichen Ebene zu beherrschen. Zeugnisse seiner Bemühungen und der dadurch erreichten Erfolge sind nicht nur die allmählich zunehmende Anzahl wissenschaftlicher Aufsätze, sondern auch die Aufnahme enger Beziehungen zu den bedeutendsten tschechoslowakischen Romanisten, von denen insbesondere Dr. Václav Budil, Prof. Dr. Miroslav Boháček und Prof. Dr. Jiří Cvetler zu erwähnen sind. Trotz der Zeiten, in denen Peter Blaho lebte, bewunderte er vor allem das westeuropäische akademische Milieu und die dort angewandten Methoden, die er für die bedeutendsten in der wissenschaftlichen Tätigkeit hielt. Auch deswegen machten seine Aufsätze auf den ersten Blick einen anderen Eindruck im Vergleich zu den Arbeiten seiner Kollegen und jedem konnte klar sein, dass sich in seiner Person eine Persönlichkeit europaweiter Bedeutung entfaltete, die sich nicht auf gezwungene Wiederholung gut gelernter sozialistischer Phrasen beschränkt. Hierbei gelang es Peter Blaho, romanistische Studien auch in Košice zu gründen und zu entfalten, wo 1973 die juristische Fakultät der Pavol-Jozef-Šafárik-Universität errichtet wurde. Er war derjenige, der an dieser neu errichteten Fakultät das römische Recht zunächst unterrichtete. Was die wissenschaftliche Tätigkeit betrifft, aus Blahos frühen Zeiten kann man seine Werke „Niektoré teórie o držbe a ich kritika“ (=Einige Theorien des Besitzes und ihre Kritik), „Latinské právne definície, citáty a aforizmy“ (=Lateinische juristischen Definitionen, Zitate und Aphorismen) (in Zusammenarbeit mit Karol Rebro) und „Súčasný stav a ciele právnej romanistiky v Československu“ (=Aktueller Stand und Ziele der Romanistik in der Tschechoslowakei) erwähnen.

Den Titel des Kandidaten der Wissenschaften (CSc.) erwarb Peter Blaho 1978 mittels Verteidigung seiner Doktorarbeit „Sociálna a triedna funkcia ochrany držby v antickom Ríme“ (=Die soziale und klassenbezogene Funktion des Besitzschutzes im antiken Rom). Schon in diesem Werk bewies er nicht nur dass er auf hohem Niveau selbständig wissenschaftlich arbeiten kann, sondern auch dass der Besitz sein Lieblingsthema ist. Dieses Thema kann quer durch sein ganzes wissenschaftliches Schaffen beobachtet werden. Sein außerordentlicher wissenschaftlicher Drang trug dazu bei, dass er schon 1980 seine Habilitationsarbeit „Rímskoprávna náuka o držbe a jej vyústenie v súčasnosti“ (=Die römischrechtliche Besitzlehre und ihre Auswirkungen in die Gegenwart) erfolgreich verteidigte. In Kenntnis derzeitiger Regeln des sozialistischen Regimes wusste er aber sehr gut, dass die Dozentur

der Höhepunkt seiner Karriere bleiben muss. Er war nicht Mitglied der Kommunistischen Partei, und deswegen konnte er einfach nicht Professor werden. Aus diesem Grund konzentrierte er sich noch mehr auf hochwertige wissenschaftliche Arbeit und Kontaktaufnahme mit der europäischen romanistischen Elite, indem er mehrere Studienaufenthalte an bedeutenden europäischen Universitäten absolvierte, wie etwa Straßburg, Rom, Pécs, Halle und Krakau. Peter Blaho war nämlich trotz etlicher Hindernisse immer bemüht, mit der aktuellen Entwicklung seines Fachbereichs jenseits der westlichen Grenzen Schritt zu halten. Auch deswegen hatte er, im Unterschied zu vielen seiner Kollegen, keine Angst, selbst an ausländischen Konferenzen aktiv teilzunehmen, wo er präsentierte, dass auch in der Slowakei ein hervorragender Romanist tätig sein kann. Zum Aufstieg und zur Verbreitung seines Fachgebietes in der juristischen Gemeinschaft in der Tschechoslowakei trug er wiederum durch regelmäßige Veröffentlichung bibliographischer romanistischer Studien bei. Außer den zwei schon erwähnten Qualifikationsfacharbeiten sind aus diesem Zeitabschnitt seiner wissenschaftlichen Tätigkeit besonders die Werke „Nadobudnutie držby prostredníctvom otrokov v rímskom práve“ (=Besitzerwerb durch Sklaven im römischen Recht), „*Lucrum cessans* im römischen und gegenwärtigen tschechoslowakischen Recht“, „Praktické cvičenia z rímskeho práva“ (=Praktische Übungen im römischen Recht) (in Zusammenarbeit mit Karol Rebro) und „Súdna a mimosúdna ochrana držby v rímskom práve“ (=Der gerichtliche und außergerichtliche Besitzschutz im römischen Recht) hervorzuheben.

Neue Gelegenheiten für die wissenschaftliche Arbeit und für persönliche und professionelle Entfaltung brachte für Peter Blaho der Sturz des sozialistischen Regimes. In besonderem Maße verhalf ihm dabei die von dem damaligen tschechoslowakischen Präsidenten Václav Havel initiierte Ernennung zum Professor (prof.). Es war gerade Peter Blaho, der zunächst das Amt des Prodekans bekleidete und 1991 als Symbol einer neuen, freien Ära an der Bratislavaer (Preßburger) juristischen Fakultät zum Dekan gewählt wurde. Das beste Zeugnis dafür, dass er auf diesem Posten erfolgreich war und dass ihn die akademische Gemeinschaft respektierte, ist die Tatsache, dass er dieses Amt letztlich bis 1998 bekleidete. Während dieser Zeit hat er erfolgreich mehrere herkömmlich bewährte, aber auch moderne Formen und Methoden westeuropäischer Ausgestaltung in die Unterweisung eingeführt, von denen viele bis heute hoch geschätzt und angewandt werden. Von seinen weiteren Aktivitäten muss man vor allem die 1991 gegründete Tradition der alle zwei Jahre stattfindenden Veranstaltung bedeutsamer internationalen Konferenz Lubyho právnické dni (=Lubys Juristentage)

und die 1992 gegründete Verlagsabteilung der juristischen Fakultät der Komenský-Universität (Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty Univerzity Komenského) erwähnen. Zwecks Vertiefung der Zusammenarbeit zwischen den slowakischen und tschechischen Romanisten initiierte er 1994 regelmäßige romanistische Konferenzen, die seit 1998 bis heute auf der Plattform alternierender slowakischer und tschechischer juristischer Fakultäten veranstaltet werden. Um die tschecho-slowakische Romanistik auf noch höheres Niveau aufzurücken und ihre Isolation zu vermeiden, gründete er 1995 mit seinen Kollegen aus der Tschechischen Republik die Zeitschrift *Orbis iuris Romani* – Journal of Ancient Law Studies, die ununterbrochen bis heute herausgegeben wird. Zum weiteren Aufstieg der internationalen Zusammenarbeit auf akademischer Ebene trug Peter Blaho mit seiner Tätigkeit an der Europäischen Akademie der Wissenschaften und Künste (Salzburg) und der Koordination des internationalen wissenschaftlichen Projekts der Europäischen Union „Normdurchsetzung in osteuropäischen Nachkriegsgesellschaften“ bei, an dem er mit dem Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt am Main) kooperierte. Auch in dieser Zeit förderte und stärkte er durch wissenschaftliche Aufenthalte an Universitäten in Graz, Wien, Regensburg und Amsterdam seine guten Beziehungen mit anderen wissenschaftlichen Forschungszentren.

Als 1998 der Lehrstuhl für römisches Recht an seiner *alma mater* aufgelöst wurde, traf Peter Blaho eine kühne Entscheidung. Gemeinsam mit anderen exzellenten Professoren verließ er seine eingeseessene Arbeitsstelle, um die historische juristische Fakultät der Universität zu Trnava erneut zum Leben zu bringen und die mit ihr verbundenen römischrechtlichen Studien wieder aufzunehmen. Mit Sicherheit kann festgestellt werden, dass ohne seinen persönlichen Einsatz die Fakultät in Trnava nicht gegründet worden wäre. Auch aus diesem Grund war es gerade er, der zunächst mit der Funktion des Vertretungsorgans der erneut entstehenden Fakultät beauftragt wurde und dann 1999 ihr historisch erster Dekan wurde. Als in demselben Jahr der Rektor gewählt wurde, brachte die akademische Gemeinschaft ihre Anerkennung gegenüber Peter Blaho zum Ausdruck, indem er mit überzeugender Stimmenmehrheit zum Rektor der Universität zu Trnava gewählt wurde. Dieses Amt bekleidete er letztendlich bis 2007 und es steht fest, dass seine Persönlichkeit die Universität stark geprägt hat und bis zur Gegenwart prägt. 2001 gründete Peter Blaho in Trnava den Universitätsverlag, der den Namen *Typi Universitatis Tyrnaviensis* trägt und der als gemeinsame Arbeitsstelle mit dem Verlag der Slowakischen Akademie der Wissenschaften (Slovenská akadémia vied) bis heute funktioniert. In demselben Jahr wurde das Institut für Geschichte der Universität zu Trnava (Ústav dejín Trnavskej univerzity) und

2004 als Dienststelle der Universität zu Trnava das Slowakische historische Institut (Slovenský historický ústav) in Rom gegründet. Peter Blaho war stets bemüht, das römische Recht mit der slowakischen juristischen Praxis lebhaft zu verbinden. Etwa das beste Beispiel dafür ist seine langjährige Mitgliedschaft in der Kommission für die Rekodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Trotz seines hohen Einsatzes auf dem akademischen Boden vernachlässigte er seine wissenschaftliche Tätigkeit nicht. In diesem Bereich muss vor allem auf die wertvollen Übersetzungen der justinianischen Institutionen und der Digesten (in Zusammenarbeit mit PhDr. Jarmila Vaňková, später mit Mgr. Nicol Sipekiová, PhD.) hingewiesen werden. Zu seinen bedeutendsten Werken aus dieser Zeit gehören „O vzťahu občianskeho zákonníka k právu rímskemu“ (=Zum Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum römischen Recht), „Praktické štúdie z rímskeho práva“ (=Praktische Studien im römischen Recht) (in Zusammenarbeit mit Prof. Dipl. Dom. Dr. Dr. h. c. Herbert Hausmaninger), „*Aequitas* ako *correctio iuris* v rímskom súkromnom práve“ (=Aequitas als *correctio iuris* im römischen Privatrecht), „Rímske právo“ (=Römisches Recht) (in Zusammenarbeit mit Karol Rebro), „Základy rímskeho práva“ (=Grundlagen des römischen Rechts) (in Zusammenarbeit mit JUDr. Michaela Židlická, Dr. und JUDr. Ivan Haramia, Dr.) und „Držba v dejinách práva“ (=Besitz in der Geschichte des Rechts).

Nach Beendigung seiner Tätigkeit als Rektor ließ sich Peter Blaho dazu überreden, an seiner Fakultät als Prodekan für wissenschaftliche Forschung und Editionstätigkeit tätig zu sein. Dieses Amt bekleidete er bis 2014, als er sich entschied, sich nur der Lehrtätigkeit und der Wissenschaft zu widmen. Zwei Jahre später gab er auch das Unterrichten auf, aber das Schreiben wissenschaftlicher Aufsätze und das Übersetzen bedeutendster Quellen des römischen Rechts setzte er weiterhin fort. Auch in diesem Zeitraum zählte Peter Blaho zu den besten Wissenschaftlern der Fakultät. Obwohl sich seine 2016 erlittene Verletzung und die fortschreitende Krankheit hemmend auf seine Aktivitäten auswirkten, arbeitete er ununterbrochen an neuen wissenschaftlichen Artikeln, wobei er praktisch bis zum Ende seines Lebens verharnte. Noch im März 2018 übergab er mir seinen letzten Aufsatz, der als Teil der vorbereiteten Monographie über Besitzkonzeptionen im römischen und kanonischen Recht geplant ist. Man kann also sagen, dass er seinem Lieblingsthema durch sein ganzes Leben treu blieb.

Die Bedeutsamkeit der Persönlichkeit von Peter Blaho nicht nur auf dem akademischen Boden, sondern auch in der breiteren gesellschaftlichen Sphäre kann durch die zahlreichen Auszeichnungen illustriert werden, die er im Laufe seiner Karriere erhielt. Zu den bedeutendsten zählen der Orden des heiligen Gregor des Großen, den ihm 2001 Papst Johannes Paul II. verlieh, und das

2004 vom Präsidenten Rudolf Schuster als Auszeichnung für bedeutende Verdienste für den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Aufstieg der Slowakei erteilte Kreuz von Pribina (Pribinov križ) I. Klasse. Dass er in der slowakischen Gesellschaft hoch geschätzt und bedeutend war, bezeugen mehrere Posten, wie seine Mitgliedschaft in der Kommission der Regierung der Slowakischen Republik zur Beurteilung von Positiva und Negativa in der Führung der örtlichen Selbstverwaltung und Staatsverwaltung und in der Funktion des Leiters der Fachgruppe zur Vorbereitung des Grundvertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und der Slowakischer Republik, der dann auch 2001 erfolgreich abgeschlossen wurde. 2004 wurde er zum Richter des Disziplinargerichts beim Obersten Gerichtshof der Slowakischen Republik (Najvyšší súd Slovenskej republiky) gewählt. Die Ehre der Erteilung des Titels *Doctor honoris causa scientiarum iuridicarum* wurde ihm zunächst 2008 von der Warschauer Kardinal-Stefan-Wyszyński-Universität und dann 2016 auch von seiner eigenen Universität, der Universität zu Trnava erwiesen. Die außergewöhnliche Beliebtheit und Anerkennung von Peter Blaho seitens seiner nächsten Mitarbeiter beweisen vor allem zwei Festschriften anlässlich seines siebzigsten (*Ius Romanum – schola sapientiae*) und fünfundsiebzigsten (*Constans et perpetua voluntas*) Geburtstags. Die vorliegende Festschrift zu seinem achtzigsten Geburtstag wird als Ehrendenkmal seines Lebenswerks herausgegeben.

Peter Blaho wurde seit jeher als hervorragender Pädagoge hoch geschätzt, worüber mehrere unter den Studenten durchgeführte Befragungen Zeugnis ablegen, die trotz seiner bekannten Strenge regelmäßig günstig ausfielen. Er hat nämlich (gerechtfertigt) die Ansicht vertreten, dass man ohne Kenntnisse des römischen Rechts kein guter Jurist werden kann, besonders kein Experte für Zivilrecht. Legendär sind seine Vorlesungen, die er während der Pausen mit sehr lustigen Anekdoten aus dem Gerichtssaal, bzw. aus juristischem Milieu als solchen belebte. Obwohl sich viele Studenten vor allem an die Angst wegen der Schwere der Prüfung im römischen Recht erinnern, verbleibt in den Erinnerungen der meisten von ihnen Peter Blaho als derjenige, der ihnen den richtigen Weg zeigte, wie man ein guter Jurist wird. Eben sein Bemühen um ein gutes Werk sollte der Leitfaden sein, der die Schritte seiner Nachfolger steuert, die im akademischen Bereich das Gebiet des römischen Rechts weiter entfalten, und das seinen in der juristischen Praxis tätigen Studenten zur ehrlichen und kompetenten Ausübung ihren Berufs ermutigt.

Auch seine nächsten Mitarbeiter haben an Peter Blaho nur die besten Erinnerungen, sie empfanden ihn als einen noblen, galanten, gesinnungstreuen und in seinem Auftreten sowie in seiner Lebenshaltung jungen Menschen, der sich nie von Schwierigkeiten abschrecken ließ und der immer optimistisch nach

In memoriam Peter Blaho

vorne schaute. Auch ich persönlich muss sagen, dass wir ihn für den Menschen hielten, der uns an dem Lehrstuhl für römisches Recht und Kirchenrecht zusammenhielt und der uns wortwörtlich als eigene Familienmitglieder empfand. Für uns war er immer ein strenger, aber zugleich leutseliger, geduldiger und verständnisvoller Lehrer. Seine Weisheit, sein Überblick, seine Eleganz – das alles machte ihn in vielen Hinsichten zum idealen Menschen. Auch deswegen bewunderten wir ihn, lernten von ihm, ließen auf ihn nichts kommen und es tat uns immer sehr Leid, wenn wir ihn enttäuschten. Peter Blaho bleibt für uns immer unser Vorbild. Wie er mir einmal gesagt hatte, am meisten sei er stolz auf seinen katholischen Glauben, dann auf seine Familie und schließlich auf das römische Recht, welches er im akademischen Milieu weiter zu entwickeln sein ganzes Leben lang bemüht war. *Requiesce in pace, professore, magister noster!*

Vojtech Vladár

**Spomienky a úvahy/
Erinnerungen und Erörterungen**

Prológ ku zborníku *Pocta k nedožitém 80. narodeninám Petra Blaha*

Peter Colotka

Predkladaný zborník je zamýšľaný ako prejav uznania a úprimnej vďaky pánu profesorovi Petrovi Blahovi. Zahŕňa vyše päťdesiat príspevkov, ktorých texty sa občas v niečom prelínajú, no uchovávajú si originalitu, respektíve vlastný ráz. Nesú sa v rytme trvalých spomienok a rozrôznených perspektív.

Právny romanista, vedec a pedagóg Dr. h. c. mult. prof. JUDr. Peter Blaho, CSc. by sa akiste v momente, v ktorom by mal hodnotiť prácu zostavovateľov tohto zborníka, cítil byť vážne zaujatý: hodnotenie ich práce by preto zrejme prenechal kritickej úvahe, *ergo* nie úplnej ľubovôli publika. Veď sa aj stávalo, že sa v obdobných situáciách vytratil, respektíve po vysvetľujúcej poznámke spontánne odchádzal z miestnosti a vracal sa až chvíľu po zavolaní. Aj teraz by sme mnohí iste radi išli pre neho. Aktuálne však máme pred očami skôr osud pútnika a jeho rímskym právom archivovaný odkaz „nikomu neškodit“, no a pred sebou danú, azda vari už letmo prelistovanú publikáciu. Kiežby tak práve predkladaný zborník mohol priniesť aspoň odraz zlomku svetla jeho zmysluplne prežitého života.

Listujeme a prichádzame k miestu, na ktorom bude uvedený stručný prehľad vstupných príspevkov, podnetných fragmentov, propedeutických inšpirácií, no i nálad, ktoré s nimi stupnicovo súvisia. Pochopiteľne, že celkový pocit je umocnený ďalšími kontextami, ktoré uzreli svetlo prístavného sveta a vďaka nemu kotvia teraz v publikácii.

Autorom príspevku **Pod'akovanie za Petra Blaha** je doc. ThDr. Andrej Filipek, SJ, PhD. Jeho text je štruktúrovaný ako portrét vzácneho človeka v rozpätí dvoch-troch prostredí, ktoré nech sú tu uvedené ako „milieu de l'église“ a „milieu civique“. Ako človek bytostne doma v rodine a kostole, býval v civilných prostrediach skôr viditeľne dobrým diplomatom. „Nebo“, na ktoré sa teraz mieri, respektíve, o ktorom sa v uvádzanom príspevku hovorí, sa v perspektíve provizórneho odpočinku približuje zvlášť vďaka odčítá(va)niu z hovoru pochádzajúceho priamo zo života: „Nestrácajte čas na sťažovanie sa, na pochybnosti a na náreky (...) a navzájom si odpúšťajte. Keď sa chcete v niečom ponáhľať, tak len v jedinom: Ponáhľajte sa milovať ľudí, lebo veľmi skoro odchádzajú“.

Profesor Peter Blaho, etika a právo je názov príspevku, v ktorom Dr. h. c. prof. doc. JUDr. Marek Šmid, PhD., akoby mimochodom

pokračovateľ v rektorskom pôsobení pána profesora, premieta o tom, ako spolu znovu premýšľali o ríši ľudských hodnôt v priestore práva. Zaznamenajme, že v rozvrhu prác a projektov pána profesora nechýbal ani „medzinárodnoprávny záväzok Slovenskej republiky uzavrieť s cirkvami a náboženskými spoločnosťami zmluvy o výhradách vo svedomí“, v ktorom autor príspevku nachádza priam európsku dimenziu. – Tak teda národy so spolupatričnosťou voľnosti, a nie „národy, ktoré si nevážia slobodu jednotlivca“, mohol by k tomu medziriadkovo, tak nejak ako počas cestovania z Trnavy do Bratislavy, poznamenať pán profesor Blaho.

Spomienka na priateľa je titul zodpovedajúci obsahu textu, ktorým do zborníka prispel prof. JUDr. Ján Lazar, DrSc. Leitmotívom je myšlienka, že skutočné priateľstvo vydrží v každom čase. Môžbyť i v tejto spojitosti sotva samoučelne pripomína aj činnosť rekodifikačnej komisie. – Ako pravidlo, v prospech zakotvenia ktorého sa pán profesor úspešne prihovril, uvádza *superficies solo cedit*, čo vlastne opäť svedčí o nadštandardnom vzťahu, ktorý k rímskemu právu dlhodobo mal. Prenášal ho aj na časť pozorného študentského publika. Nie nadarmo sa ešte po desaťročiach traduje, že na výbornú absolvovaná skúška z rímskeho práva, ktorú do dnes už polozabudnutých indexov rád zapisoval, rovná sa zapamätaný pocit hrdosti.

JUDr. Jozef Opatovský ťažiskovo odkazuje na *curriculum vitae* vo svojom texte **Zostali spomienky ...** V rámci tohto príspevku sa životopis pána profesora ťažiskovo spája predovšetkým s prihliadnutím na úlohu, ktorú zohral pri zrode Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave.

JUDr. Mgr. Radek Černoch, PhD. a jeho *Commentatio parvula de eo quod post mortem supersit ad professorem Blaho spectans* upozorňuje na viaceré stránky aktivít pána profesora, ktoré zahŕňajú aj neprehliadnuteľné prekladateľské aktivity, ktorými pán profesor Blaho napomáhal poznaniu rímskeho práva v slovenskom jazykovom prostredí. Nuž, ako vidno, v česky hovoriacich prostrediach kultivačná misia nezostala nepovšimnutá ...

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Andreas Wacke, LL.D. h. c. uvádza do zborníka **Das Sprichwort: Einmal ist keinmal**. „Príslovie: Raz znamená nikdy“ síce priečinkuje ako matematicky nesprávne, no ako „hru so slovami“ ho testuje zvlášť na príkladoch právnej proveniencie.

Potešiteľná je skutočnosť, že desiatky príspevkov, ktoré ďalej dotvárajú telo zborníka, spočíva v sérii textov, svedčiacich medziiným o tom, že pán profesor bol výrazne prítomný, nielen v rámci formátu zoskupenia V4. Kontexty, ktorými sú tieto príspevky nesené, zahŕňajú najmä rímske právo, právnu históriu, teóriu práva, verejné právo a súkromné právo.

Rozmanitosť prevažne akademických prostredí, z ktorých autorstvo jednotlivých príspevkov pramení, možno konzultovať nazretím do obsahu. Zapamätateľnou koordinátou zostáva predovšetkým vďačnosť.

Pod'akovanie za Petra Blaha

Andrej Filipek

Je to zvláštne, ale aj napriek tomu, že od odchodu pána profesora Petra Blaha, emeritného rektora Trnavskej univerzity, uplynul už dost dlhý čas, je aj dnes pre mňa skutočne jednou z mála osobností nášho vedeckého „sveta“, ktorá si zaslúži pozornosť. A to nielen tých, ktorí ho osobne poznali, ale aj tých, ktorí mali možnosť poznať tohto jedinečného človeka prostredníctvom jeho diel alebo osobných kontaktov s ním. Verím, že mi nikto nebude protirečiť, lebo aj v osobných kontaktoch bolo jeho charakteristikou to – ako som sám mohol zažiť počas rokov, keď som mal možnosť osobne sa s ním stretávať a rozprávať –, že sa nikdy nebál múdrejších od seba.

Vychádzal totiž z výroku: „Ak chceš byť dobrým vedúcim pracovníkom, vymenuj si okolo seba ešte múdrejších“. Ako kňaz a jeden z jeho veľmi mála dlhoročných a blízkych spolupracovníkov musím povedať, že to nikdy neporušil. Po Kolégiu rektora Trnavskej univerzity sme sa pravidelne spoločne vracali domov jedným autom, keďže pán rektor i ja sme bývali v Bratislave.

Ale bolo by z mojej strany neúctivé, keby som zatajil, že mi pán profesor Peter Blaho ako človeku, ale predovšetkým ako kňazovi, ktorý je zároveň pedagógom, ukázal nové možnosti spolupráce medzi laikmi a kňazmi. Aj v tomto bol ako veriaci skutočne jedinečný. V období po dlhých rokoch totality, keď sa nehovorilo o ničom inom, len o pravde komunistov, mal odvahu do vedenia verejnoprávnej inštitúcie, akou bola Trnavská univerzita, vymenovať za prorektora Trnavskej univerzity katolíckeho kňaza, člena Spoločnosti Ježišovej, pátra Andreja Filipeka.

Vrátim sa však k začiatkom. Ako správca jezuitského kostola od môjho príchodu do Bratislavy v roku 1999 som dost často v nedeľu videl v kostole človeka, muža, ktorý veľmi pozorne prežíval všetko, čo sa na oltári a pri ňom dialo, a pravidelne pristupoval aj ku Svätému prijímaniu. Až keď som tohto človeka videl v Trnave na slávnostnej Svätej omši *Veni Sancte*, ktorá sa koná na začiatku každého akademického roka, zistil som, že je to nový rektor Trnavskej univerzity. Ja som bol vtedy jedným z koncelebrujúcich kňazov, ako člen pedagogického zboru Teologickej a Pedagogickej fakulty Trnavskej univerzity.

Bol to celkom všedný deň začiatkom mája v roku 2003, keď ma po Svätej omši pred naším kostolom v Bratislave čakal pán rektor, ktorý sa ma opýtal, či mám niekoľko minút na rozhovor s ním. Aj po rokoch musím

priznať, že som bol zaskočený, nikdy predtým som sa totiž, okrem policajtov, cirkevných tajomníkov a ešebákov, s nikým v tak vysokom spoločenskom úrade nerozprával. A tento človek ma veľmi skromne prišiel poprosiť, či by som prijal funkciu prorektora Trnavskej univerzity. Viem, že prvé, čo som mu vtedy povedal, bolo, že sa na to vôbec nehodím, lebo nemám ani docentúru, avšak najväčšiu prekážku vidím v tom, že my jezuiti nemáme vyhľadávať významné postavenia a v mene nášho rehoľného sľubu poslušnosti to musím predostrieť predstavenému – provinciálovi, ktorý sa v tom čase nachádzal asi tri dni mimo územia Slovenska.

Vtedy sa znova ukázala hlboká viera pána rektora, ktorý spokojne povedal, že tieto prekážky, ak to bude chcieť Pán, sa dajú zvládnuť, a on sa bude denne modliť Svätý ruženec, aby to všetko vložil do rúk Panny Márie. Tak o niekoľko dní začal v mojom živote úplne novým spôsobom vznikať prekrásny vzťah priateľstva medzi kňazom a veriacim, medzi človekom a človekom. Aj dnes, keď si na tie roky od 2003 až do posledných dní mája 2018 spomeniem, napĺňa ma hlboká vďačnosť za možnosť často sa stretávať a rozprávať s takým človekom, akým bol a pre mňa ostáva pán rektor, profesor Peter Blaho.

Posledné skoro dva roky jeho života v chorobe, keď sme sa skoro každý týždeň stretávali, môžem smelo označiť ako čas môjho duchovného dozrievania, lebo naše stretnutia boli dosť často spojené aj so Sviatosťou zmierenia, o ktorú pravidelne prosil. Dnes už nie som v stave oddeliť to, čo zaznelo v čase nášho rozhovoru, keď som už spokojne popíjal kávu, ktorú mi vždy pripravila jeho pani manželka Eva, od toho, čo predtým zaznelo vo Sviatosťi zmierenia. Naozaj mi však záleží dodržať to, čo je v našej Cirkvi známe ako spovedné tajomstvo.

Neviem, či je to vhodné, ale svoju osobnú vďaku Bohu, ktorý ma viedol po ceste, na ktorej som sa mohol stretnúť s takým vzácnym priateľom, akým bol, a znova to zopakujem, aj dnes ostáva pre mňa pán rektor, profesor Peter Blaho, chcem vyjadriť aj tým, že čitateľom ponúkam možnosť nahliadnúť do svojho vnútra v čase, keď som sa s mojím vzácnym priateľom lúčil v bratislavskom Kostole Loretánskej Panny Márie (tzv. Uršulínsky kostol) 2. júna 2018:

Najdôstojnejší Otec arcibiskup, spolubratia kňazi, vážený pán rektor Trnavskej univerzity, vážení členovia akademickej obce Trnavskej univerzity, vaše Magnificencie, rektori iných univerzít, profesori, docenti a všetci priatelia zosnulého pána emeritného rektora Petra Blaha, predovšetkým však vy najbližší, pani Eva, manželka zosnulého pána profesora, pani Petra, dcéra s rodinou, pán Roman, syn s rodinou aj vy všetci, ktorí ste sa dnes prišli s láskou rozlúčiť s naším vzácnym človekom, profesorom, ale predovšetkým s bratom vo viere, Petrom Blahom.

Uvedomujem si, že všetci zhromaždení v tomto malom kostolíku sestier uršulínok sme naplnení predovšetkým smútkom a bolesťou, ale stojac okolo oltára, ktorý je vlastne krížom nekrvavej obety Ježiša Krista, nášho Spasiteľa a Vykupiteľa, verím, že v srdci každého z nás je predovšetkým vďaka za všetky tie dary, ktoré nám Boh práve prostredníctvom dnes už zosnulého pána profesora, Petra, udeľoval.

S veľkou vďačnosťou Bohu za možnosť poznať vo svojom živote takého vzácneho človeka, akým bol brat Peter, mi prichádza na myseľ skutočnosť, že vlastne Andrej priviedol svojho brata Petra k Pánu Ježišovi, ale v našom prípade to bolo trochu inak: Peter, môj brat vo viere, mi ako kňazovi ukázal úplne iný spôsob spolužitia tých, ktorí rovnako veria. Práve preto mi je dnes veľmi ťažké hovoriť tieto slová. Celé štyri roky som patrila medzi jeho najbližších spolupracovníkov a môžem a musím povedať v tejto chvíli, že vďaka našim spoločným návratom z Trnavy do Bratislavy skoro po každom Kolégiu rektora a vďaka našim spoločným rozhovorom som mal jedinečnú možnosť spoznávať človeka hlboko veriaceho v Boha a Bohu, skutočného vedca, ale zároveň múdreho pedagóga, no pritom všetkom milujúceho a starostlivého manžela, otca, starého otca nesmierne sa tešiaceho zo všetkých úspechov svojich vnúčat, ktorý však vo všetkých tých situáciách ostal pokorný a skromný syn nebeského Otca. S pokorou dnes priznávam, že aj v dlhých mesiacoch jeho choroby bol pre mňa doslovne výzvou učiť sa radosti z toho, že nás Boh miluje.

Mám veľký problém, čo mám hovoriť v tejto chvíli, keď v mojej mysli, a som presvedčený, že nielen v mojej, sa ozýva otázka: Prečo? Myslím si, že táto otázka ostane bez odpovede až do okamihu, keď sa uvidíme tvárou v tvár nielen s bratom Petrom, ale predovšetkým s našim milosrdným Bohom Otcom.

Pokúsme sa na malú chvíľu zamyslieť nad pravdou o našom ľudskom živote práve v kontexte nášho zosnulého brata Petra. Ľudský život je opisovaný, charakterizovaný, predstavovaný, a pritom každým jedným z nás inak prežívaný. No aj napriek tomu vo všetkých tých prípadoch má spoločný jeden prvok – skúsenosť času. Každý človek, bez rozdielu rasy, pohlavia, vzdelania, kultúry, tradície a náboženstva, si uvedomuje, že jeho život prebieha v určitom čase. Ale s touto skutočnosťou sa spája vedomie, že denne, každým dňom sa približujem ku svojmu koncu. Preto možno celý život človeka umiestniť medzi dve skutočnosti: „už nie“ a „ešte nie“. A ja, človek žijúci na tejto zemi, som stojaci akoby uprostred s nasmerovaním k tomu „ešte nie“.

Asi preto túto našu skúsenosť nazývame skúsenosťou umierania. Smrť je totiž na horizonte našej ľudskej existencie. Lebo napriek všetkej našej snahe odstrániť smrť na okraj nášho vedomia nie sme schopní sa jej zbaviť. Ona

je priamo v strede nášho života. Práve táto skúsenosť pominuteľnosti, ktorá nutne vedie ku smrti, je dnes pre nás v tomto chráme veľmi aktuálna, hoc ani to nie je celá pravda o živote.

Kdesi som čítal, že ľudia si na druhú stranu života berú so sebou predovšetkým svoj rozvoj, to, k čomu sa dopracovali, nakoľko dokázali udržať v sebe Božiu podobu, Boží obraz, teda to, čo zo seba urobili, lebo práve toto je základom ich života v Bohu a s Bohom v ustavičnom dialógu lásky. A to je spása, plnosť života.

Asi práve preto, spomínajúc na tých, ktorí od nás odišli, s vierou, že v živote nič nie je nezmyselné, sme smutní, lebo si uvedomujeme, že ich odchodom niečo strácame. Strácame to, kým ten človek bol práve svojou jedinečnosťou, originalitou, osobnosťou, a to sa nedá ničím doplniť, keďže každý človek je neopakovateľný originál, Bohom stvorený z lásky a s láskou. V Božom pláne je človek dynamickou bytosťou, veď Boh mu odovzdal celý stvorený svet, aby ho dovedol k naplneniu. Takže sme stvorení na to, aby sme tvorili – kultivovali. Dá sa to povedať aj tak, že z Božej vôle máme posilňovať autonómiu človeka nielen intelektuálnym, ale aj morálnym, no predovšetkým jeho duchovným rozvojom.

Život človeka, meraný časom – pribúdajúcimi rokmi, je vlastne životom tvorcu, ale nie Stvoriteľa. Stačí však letný pohľad do dejín, aby sme si v tejto chvíli uvedomili, že spomedzi nás odišiel človek – tvorca, že človek vlastne aj napriek svojej pominuteľnosti smeruje vlastne k budúcnosti. Som presvedčený, že práve preto Horácius povedal, že svojou poéziou si postavil pomník tvrdsí od kovu a vyšší ako kráľovské pyramídy. Teda každý človek je tvorcom, lebo každý práve svojím tvorivým životom akoby opakoval slová Horácia: *Non omniis moriar*.

Toto prišiel potvrdiť Ježiš Kristus, ktorý ako Boh vstúpil do nášho ľudského sveta v našom ľudskom tele, aby svojou pokornou a vytrvalou službou lásky budoval večné Božie kráľovstvo predovšetkým v srdciach ľudí. On sám ako človek prešiel všetkým tým, čo znepokojovalo srdcia ľudí a jednoznačne vyjadril celú pravdu o našom ľudskom živote. Tá pravda sa nazýva: ZMŔTVYCHVSTANIE.

Ježiš prešiel aj cez hrob, preto cintorín nie je miestom nášho večného odpočinku. Tým miestom je totiž Nebo, preto nám aj v dnešnom evanjeliu Ježiš jasne hovorí: „V dome môjho Otca je mnoho príbytkov. Keby to tak nebolo, bol by som vám povedal, že vám idem pripraviť miesto?! Keď odidem a pripravím vám miesto, zasa prídem a vezmem vás k sebe, aby ste aj vy boli tam, kde som ja“.

V perspektíve tejto pravdy život nie je umieraním, ale dorastaním k tomu, aby sme mohli vidieť Boha z tváre do tváre a ostať s ním v dialógu lásky.

A do tohto kontextu našej spolupráce so Stvoriteľom, v úlohe tvorivej činnosti v láske s Bohom, je vpísaný aj život nášho brata Petra. Jeho obrovská angažovanosť za kvalitný rozvoj a rast Trnavskej univerzity, v harmonickej spolupráci s jeho múdrymi a logickými radami či poučeniami bola vždy spojená s veľkou starostlivosťou o každého študenta, pedagóga aj o každého zamestnanca. V každom totiž vždy hľadal a usiloval sa vidieť Božie dieťa.

Prepáčte mi, že to teraz poviem nahlas, to všetko bolo pre mňa denne dôkazom, že svoj všedný život prežíval s Bohom. Naozaj veľmi dlho by sme mohli hovoriť o pánovi rektorovi Petrovi Blahovi ako o človeku, učiteľovi a vychovávateľovi mnohých kvalitných právnikov. Pre krátkosť času to však nie je možné, preto vás všetkých tu prítomných pozývam, aby sme sa úctou a vďakou sklonili pred všetkým tým dobrom, ktoré spolupracujúc so Stvoriteľom uskutočnil.

Osobne som presvedčený, že náš brat Peter, hoci je už na druhej strane života, predsa je tu s nami a medzi nami a prihovára sa nám: „Neplačte, aj keď odchádzam spomedzi vás, predsa vás neopúšťam, lebo vás milujem. Je to len na chvíľu. Tešte sa zo života. Nestrácajte čas na sťažovanie sa, na pochybnosti a na náreky, buďte vnímaví jeden na druhého a navzájom si odpúšťajte. Keď sa chcete v niečom ponáhľať, tak len v jedinom: Ponáhľajte sa milovať ľudí, lebo veľmi skoro odchádzajú“.

Milý Peter, dnes to už môžem s úctou, láskou, ale aj s vďačnosťou povedať aj bez prívlastkov: „pán rektor“, „pán profesor“, „Vaša Magnificencia“, chcem sa celkom osobne poďakovať Bohu za tvoj dynamický, tvorivý a nádherný život, za tvoju lásku aj za tvoje srdce.

Som presvedčený, že v mene všetkých prítomných na tejto Svätej omši môžem povedať s čistým srdcom: Bože, ďakujeme ti za všetko, čo sa stalo tvojím pričinením cez nášho brata Petra súčasťou aj nášho života. Zároveň ťa prosíme, ako prameň Múdrosti, Dobrot, Krásy a Lásky, aby si nášmu bratovi Petrovi dal plnú účasť na svojom živote.

Profesor Peter Blaho, etika a právo

Marek Šmid

Veľmi hlboko v srdci mám môjho priateľa, ktorého som vždy obdivoval, ale tak nejako s láskou, pána profesora Petra Blaha. Na nedeľnej Svätej omši v Devínskej Novej Vsi, kam chodil, pretože mal blízko záhradu s krásnou chatkou, som si vždy hrdo hovoril, keď som ho videl stáť niekde v kostole: „Ľudia, keby ste vedeli, akého človeka tu máte nenápadne stojaceho medzi sebou, akého veľkého rektora a mysliteľa, boli by ste aj vy na to hrdí ...“.

Niekedy sa stáva, že takýto človek na nás vplýva tak intenzívne, že s jeho postojmi, „fluidom“, porovnáваме prežité situácie. Takto si napríklad pamätám na rozhovor s jedným dobrým a slušným mladým advokátom, a táto situácia mi evokovala slová a premýšľanie pána profesora Petra Blaha. Spýtal som sa ho, akú skutočnú úlohu má podľa neho etika a morálka v práve. Odpovedal mi prekvapivo jednoducho – nijakú. Nesúhlasil som s ním, ale každý má svoj pohľad na tvorbu, aj interpretáciu a aplikáciu práva. Povedal som si, že mladý advokát možno má aj nemá pravdu. A zamyslel som sa nad tým, ako mi hovoril (bolo to v Ríme, na tom pravom mieste) Peter Blaho o Celsovom výroku *Ius est ars boni et aequi*.

Áno, úlohou práva je pokúsiť sa zabezpečiť čo najspravodlivejší rámec fungovania ľudských vzťahov, rôznych procesov, chrániť slobodu ľudí, zabrániť si vzájomnému škodeniu a naprávať nespravodlivé, čo sa stalo. To samo osebe sú vlastne cenné hodnoty a nielen technika alebo presadzovanie záujmov. Ale, ako hovorí stará anglo-americká teória, ale taktiež rímske právo – úlohou práva by malo byť aj chrániť a podporovať v spoločnosti rôzne iné, povedal by som mimoprávne, ľudské hodnoty. Problémom, samozrejme, je, čo uznávame za hodnoty...

Som presvedčený, že osobne v našom myslení, ale aj v našej kultúre a jej dejinnej evolúcii, sa nachádza duchovný zdroj potvrdzujúcich odpovedí na otázku, čo pravdivo tvorí skutočné hodnoty, ktoré by právo malo chrániť. Ľudská skúsenosť a pravda o živote človeka a jeho zmysle definovali priestor ľudského správania sa a hodnoty chránené právom. Na začiatku tohto tisícročia človek a jeho vlády pristúpili k totálnej revízii práva, charakterizovanej odbúraním duchovného zdroja odpovedí na otázku, čo tvorí skutočné hodnoty, ktoré by malo právo chrániť. Odveký problém však spočíva v tom, že normy práva tvoria a používajú ľudia s ich dobrými i zlými stránkami, vlastnými záujmami či slabosťami, a preto sa pokúšajú nájsť pevný bod mimo svojich záujmov.

Možno sa dá dohodnúť, že skutočnou úlohou práva nie je len niečo ohraničovať a obmedzovať. Právna filozofia obsahuje aj iné úvahy: úlohou práva je nielen obmedzovať slobodu a tým chrániť jedného človeka pred druhým, ale zároveň chrániť a podporovať to, čo je pre človeka dobré a hodnotné. Čo je však to niečo?

To niečo má pre nás cenu a robí náš život možným, perspektívnym a rozvíjajúcim sa. To niečo je pre nás dôležité z vlastnej skúsenosti. To niečo sme dlhodobo odpozorovali ako potrebné, naplňajúce nás v našom hľadaní či dokonca ako príjemné. Toho niečoho pozitívne účinky na nás osobne i na spoločnosť sú nám známe. To niečo máme v úcte. Sme o tom niečom aj presvedčení. Možno už tento výpočet vlastností toho niečoho by mohol postačovať ako presvedčivý dôvod jeho právnej ochrany. No a to niečo sme nazvali hodnotou.

I keď sa takto snád' usilujeme premýšľať a konať, určite nie sme neomylné či dokonale dobré bytosti. Môže sa preto stať, že skutočné hodnoty zatlačíme do úzadia, a to či už v omyle alebo zámerné, z hľadiska podpory našich rôznych záujmov.

A vtedy ľahko nájdeme dostatočnú mieru spochybnenia takmer čohokoľvek, čo nám stojí v ceste, a teda aj spochybnenia na prvý pohľad dostatočne presvedčivých dôvodov uznania a ochrany nám známych hodnôt.

Takémuto spochybneniu, v čase ľudskej slabosti, stojí zoči-voči nielen naša skúsenosť potvrdzujúca vysokú cenu známych hodnôt, ale našťastie aj iný zdroj ich identifikácie a dôvodu ochrany. Hlboko osobne v nás i v našej kultúre sa nachádza duchovný zdroj potvrdzujúcich odpovedí na otázku, čo pravdivo tvorí skutočné hodnoty, ktoré by malo právo chrániť. Možno povedať, že ľudská skúsenosť spolu s duchovnou pravdou o živote človeka a jeho zmysle presne a správne definujú priestor pozitívneho ľudského správania sa i skutočné hodnoty, ktoré si zaslúžia silnú právnu ochranu. Keďže nám je toto známe, keďže právo je v zásade ľudskou dohodou a človeka definujeme ako rozumnú bytosť, zdalo by sa byť všetko jednoduché. Avšak také to práve nie je.

Ako som už uviedol, na začiatku tohto tisícročia človek a jeho vlády pristúpili k totálnej revízii právnych koncepcií. Urobili tak bez toho, aby nás na to vopred upozornili, bez transparentných debát, práve naopak, potichu a rýchlo. Právo samotné zrazu deklaruje neprípustnosť uznania a vplyvu duchovného zdroja hodnotovej argumentácie na svoju vlastnú tvorbu a používanie. Odsúva či odsáva tento zdroj výlučne do súkromnej sféry a na jeho mieste zanecháva vákuum. Tým ponecháva len jednu možnosť: hľadať argumenty pre smerovanie práva vo voľnej súťaži diskusií a prezentovania subjektívnych ľudských individuálnych a skupinových názorov a pocitov. Ak

by tieto názory nasledovali skutočnú skúsenosť ľudstva a bez akýchkoľvek chýb dokonale definovali priestor, ktorý má právo chrániť a podporovať, bolo by právo dobré a priestor jeho ochrany a limitov bol stanovený správne.

Tu je však akoby zabudnutou jedna z celkom základných premís: práve pre známy fakt, že človek ani v sebe, ani navonok v spoločnosti, nie je schopný premýšľať dokonale spravodlivo, prajne a správne, potrebuje vymedzenie svojho vlastného správania sa právnymi normami. Nachádzame sa tak v bludnom kruhu, ktorý propagujeme ako vynikajúci vynález. Tento kruh sa usilujeme čo najrýchlejšie uzavrieť a tým zostať v úplnej neschopnosti opierať sa o čokoľvek stabilné pri tvorbe i používaní práva.

Prichádza mi niekedy na um, že priestor práva, ktorý človeka chráni, a priestor práva, ktorý vedie k jeho deštrukcii, už nič neoddeľuje, okrem jednej krehkej spoločnej hranice. Tou hranicou, tým rozstrieľaným múrom, je naša schopnosť, ale najmä naša ochota, pozrieť sa nahor. Tou hranicou je už len vlastnosť človeka, pre ktorú sme ho príznačne kedysi nazvali *άνθρωπος*.

Vrátim sa ale na chvíľu ešte k tomu, prečo som nesúhlasil s mladým advokátom v tom, že etika v práve je jednoducho chimérou. Podľa mňa nie je, možno však povedať, že je otázkou. Dám dva príklady z tvorby práva, pretože aplikácia práva je podľa môjho názoru viac otázkou osobných postojov a kultúry myslenia spoločnosti.

Prvým príkladom môže byť koncepcia nového zákona o kvalite vzdelávania na vysokých školách. Táto úprava vychádza z európskych vzdelávacích noriem ESG, ktoré boli v roku 2015 doplnené o zaujímavú vec, a to o povinný rámec orientácie vzdelávania na vysokých školách na študenta, *student centred learning principle*. Na prvý pohľad možno necítíme v tomto etiku. Podstatou je to, že za kvalitné štúdium sa považuje len také, ktoré je spôsobilé formovať osobnosť študenta, ktorého výsledkom je jeho kritické a samostatné myslenie a schopnosť triediť a hodnotiť informácie. Na týchto princípoch postavené vnútorné vlastné systémy zabezpečenia kvality na vysokých školách sú podľa novely podstatným kritériom štátnej akreditácie a najmä budúcej inštitucionálnej akreditácie, keď si škola môže sama rozhodovať o akreditácii svojich študijných programov. V 17. storočí ich bolo možné nájsť v *Ratio studiorum*, jezuitských normách pre vysokoškolské štúdium... Toto je zaujímavý prienik európskej normy a vnútroštátneho zákona, v ktorom možno sledovať podľa môjho názoru cieľové hodnoty a nejde len o techniku a systém neškodenia si alebo hladko konajúcich sa procesov. Myslím si teda, že aj pri normách, ktoré nemajú osobitný vzťah k oblasti etiky alebo morálky, sa uvažuje automaticky v priestore hodnôt a etiky.

Naopak, tam, kde takýto vzťah zreteľne je, chýba často odvaha o ňom premýšľať. Takýmto príkladom môže byť medzinárodnoprávny záväzok

Slovenskej republiky uzavrieť s cirkvami a náboženskými spoločnosťami zmluvy o výhradách vo svedomí. Inak, aj na tomto pracoval pán profesor Peter Blaho... Aj táto otázka je nielen lokálna, ale aj európska. Tento záväzok vyplýva Slovensku zo základných zmlúv, ktoré definujú systém vzťahu štát – cirkev na Slovensku tak, že Slovenská republika uznáva právo každého uplatňovať výhrady vo svedomí podľa vieroučných a mravoučných zásad príslušnej cirkvi, pričom rozsah a podmienky uplatnenia tohto práva ustanoví osobitná medzinárodná alebo vnútroštátna zmluva uzavretá medzi zmluvnými stranami. Toto je pekný etický prienik, keďže ide o nástroj posilnenia slobody svedomia ako základného ľudského práva, čo sa objavuje napríklad aj v článku 10 ods. 2 Charty základných práv EÚ. V tejto súvislosti sa objavili dve koncepcie: prvá predpokladá, že priamo zo zmluvy bude vyplývať povinnosť štátu chrániť svedomie v súlade s učením určitej cirkvi a druhá predpokladá, že štát a určitá cirkev sa zmluvne dohodnú na tom, ktoré hodnoty treba chrániť a samotnú ochranu slobody svedomia zabezpečí vnútroštátne právo, ktoré nie je konfesné. Prvá koncepcia vychádza z uznania učenia cirkvi ako dlhodobého kultúrneho základu Slovenska a druhá vníma cirkev ako hodnotných partnerov v kultúrnom dialógu. Ani jedna z týchto koncepcií nie je zatiaľ aktuálnou a samotná príprava textov spôsobovala prenikavé politické turbulencie.

Mladému advokátovi by som možno dal za pravdu, ak na právo pozerám očami každodennej praxe. Zdá sa mi však, že človek má v sebe imanentné hnutie pozerat' nielen okolo seba, ale aj nad seba, hoci sám neviem, do akej miery... A potom, ešte dnes cítim to, ako som bol hrdý, keď som videl pred sebou stáť profesora Petra Blaha v kostole v Devínskej Novej Vsi...

Spomienka na priateľa

Ján Lazar

Smutná zvesť, že nás navždy opustil prof. Peter Blaho, sa popri najbližších príbuzných citlivo dotkla aj jeho úprimných priateľov, do okruhu ktorých patrí i ja. S Petrom Blahom ma dlhodobo spájali nielen profesionálne záujmy a pôsobenie na spoločnom pracovisku, ale aj veľmi blízke osobné priateľské vzťahy. Poznal som ho viac ako 55 rokov, ešte ako študenta a potom aj kolegu učiteľa, či už zo spoločného pôsobenia na Univerzite Komenského alebo na Trnavskej univerzite. Stretnutia a diskusie s ním ma vždy obohacovali a mal som pocit, že je to tak navzájom. A tento pocit nás zbližoval. Tak naše vzájomné vzťahy postupne prerástli do celoživotného priateľstva, ktoré obstálo vo všetkých skúškach času. A boli to časy dlhodobo mimoriadne turbulentné, v ktorých sa mnohé i relatívne stabilné dlhoročné priateľské vzťahy medzi ľuďmi pod tlakom prebiehajúcich spoločenských zmien a zvrátov často narušili, ba nezriedka aj celkom stroskotali. Naše priateľské vzťahy s prof. Blahom obstáli zrejme preto, lebo boli založené na hodnotách etických, mravných, občianskych, ľudských i profesionálnych.

S prof. Blahom ma spájal aj spoločný odborný záujem, hoci sme každý nominálne pôsobili v inom pedagogickom i vednom odbore – ja v oblasti platného občianskeho práva a on práva uplatňovaného v historickom období antického Ríma. Napriek tomu totiž nemožno stratiť zo zreteľa ani skutočnosť, že vzťah našich vedných a pedagogických disciplín charakterizuje určitá osobitosť, z ktorej objektívne pramení ich vzájomná prepojenosť a inštitucionálna podobnosť i obsahová príbuznosť. Už v počiatocnom štádiu našej učiteľskej dráhy sme si dosah tejto osobitosti obaja plne uvedomili, čo vyústilo v jednoznačný poznatok, že z hľadiska občianskeho práva hmotného, respektíve vôbec súkromného práva nemožno považovať rímske právo za púhu historickoprávnu disciplínu, ale za disciplínu v pravom zmysle slova propedeutickú. Tento poznatok sme potom premietli aj do pedagogickej i vedeckej práce, čo našlo primerané vyjadrenie vo viacerých formách našej spolupráce, akými boli odborné diskusie, oponentúry, recenzie kvalifikačných i publikovaných prác, príspevky na vedeckých konferenciách (napríklad Lubyho právnické dni) a pod.

Potreba a význam takéhoto prepojenia pre právnu vedu a právnické vzdelávanie v oblasti súkromného práva ešte vzrástli v širšom spoločenskom kontexte, čo súvisí prioritne so zásadnými zmenami v politickom a právnom

systeme spoločnosti, výsledkom ktorých bol aj návrat k súkromnoprávnemu poriadku a k plnohodnotnému subsystému vecného a záväzkového práva. A práve tento návrat vyvolal a stále vyvoláva, v súlade s celkovým vývojovým trendom národných právnych poriadkov patriacich ku kontinentálnemu právnemu systému a vychádzajúcich z rímskoprávnej tradície, zvýšenú potrebu hlbšieho i širšieho poznania jednotlivých inštitútov rímskeho práva. A v tomto smere aj vznikla aktuálna požiadavka, aby bol prof. Blaho ako popredný slovenský romanista, navyše ešte vybavený solidnými vedomosťami nielen o platnom slovenskom občianskom práve, ale i o veľkých európskych občianskoprávných kodifikáciách, v roku 2007 bezprostredne zapojený do legislatívnych prác na novom občianskom zákonníku. Aj v tejto pozícii sa prejavil ako jeden z najaktívnejších členov rekodifikačnej komisie, ktorý významne prispel k formovaniu koncepcie kódexu a k formulovaniu jednotlivých ustanovení najmä v časti o vecnom práve. Náležíte sa tu zužitkovali osobitne jeho rozsiahle vedomosti o problémoch, ktorým sa dlhodobo vo svojej vedecko-výskumnej činnosti venoval, k akým radíme inštitút držby, otázku vzťahu vlastníckeho práva pozemku k stavbe na ňom zriadenej, či problematiku vecných práv k cudzej veci. V tejto súvislosti treba osobitne vyzdvihnúť jeho vedecky odôvodnenú a presvedčivú argumentáciu v prospech zakotvenia osvedčeného rímskoprávneho pravidla *superficies solo cedit* aj v slovenskom právnom poriadku, tak ako je to napokon obvyklé prakticky vo všetkých právnych poriadkoch štátov kontinentálnej Európy.

V osobe prof. Blaha som však poznal nielen vynikajúceho romanistu, právovedca, pedagóga a všestranne vzdelaného univerzitného profesora, ale aj ušľachtilého človeka so vzácnymi občianskymi cnosťami a ľudskými vlastnosťami. Pre jeho život i celé pôsobenie bola príznačná schopnosť sebareflexie vo vzťahu k svojmu konaniu, spojenú s vysokým stupňom náročnosti, ktorú však uplatňoval v prvom rade na seba a až potom na svoje okolie. Nepochybne patril k ľuďom, ktorí zmysel nášho životného snaženia nevideli v tom, čo v živote získame, ale v tom, kým sa staneme, čím prispejeme a čo vytvoríme. V súlade s týmto krédom aj postupoval na svojej profesionálnej a kvalifikačnej dráhe od asistenta cez odborného asistenta, kandidáta vied, docenta až po profesora. Pri postupe k najvyššej vedeckopedagogickej hodnosti sa nepochybne dôsledne nechal viesť myšlienkou vyslovenou naším spoločným priateľom a vysoko váženým i cteným prof. Vojtechom Hatalom, ktorý nám, mladým učiteľom, často pripomínal, že niekedy ani nie je takým problémom profesúru získať, ale problémom je vždy a v každom smere naozaj byť univerzitným profesorom. A Peter Blaho v každom ohľade a v každom čase takýmto univerzitným profesorom naozaj bol. Často sme si spolu s Petrom i s ďalšími kolegami túto Hatalovu myšlienku pripomínali.

Som rád, že som na svojej životnej dráhe stretol v osobe prof. Petra Blaha, človeka s takými vysokými odbornými, intelektuálnymi, mravnými, občianskymi i ľudskými kvalitami, ktorými sa vyznačuje iba nevšedná osobnosť. Práve takýto obraz nášho priateľa zostane natrvalo v mojej pamäti a v spomienkach.

Čeť jeho pamiatke.

Zostali spomienky...

Jozef Opatovský

Smrť blízkeho človeka, priateľa, hlboko v duši zasiahne každého z kruhu jeho rodiny, kolegov a priateľov. Správa o smrti dr. h. c. mult. prof. JUDr. Petra Blaha, CSc., ktorú som sa dozvedel krátko po jeho úmrtí, 29.mája 2018, ma prekvapila, napriek tomu, že som vedel o jeho zdravotných problémoch. Smútok sa usadil v mojej duši a v mysli sa mi začali vynárať spomienky našich spoločných vzťahov ako na odbornej, tak i na priateľskej rovine.

V čase môjho štúdia na Právnickej fakulte Univerzity Komenského v Bratislave (1967–1972) v nás – študentoch už meno Petra Blaha, vtedy pôsobiaceho v pozícii asistenta, rezonovalo. V tom čase vzhľadom na spoločenské a politické pomery v našej spoločnosti, nemohla byť rímska právna kultúra prednášaná tak, ako si to zasluhovala. V rámci prednášok učiteľov Katedry dejín štátu a práva a rímskeho práva sme sa dozvedeli, že rímske právo je základom právnického vzdelania a myslenia. Túto základnú pravdu sme neskoršie ako študenti pochopili pri štúdiu pozitívnoprávnych odborov – občianske právo, trestné právo, finančné právo, správne právo a pod. Z tohto obdobia som s profesorom Blahom nemal osobné vzťahy, išlo o pedagogický vzťah učiteľa a študenta. Zo stretnutí s ním v rámci prednášok a konzultácií som však cítil akúsi pozitívnu energiu, ktorá z neho vyžarovala a navodzovala tomu zodpovedajúcu dobrú atmosféru.

Po ukončení môjho štúdia, po vykonaní povinnej základnej vojenskej služby, som začal pracovať v justičnej oblasti, na Štátnom notárstve v Trnave (1974–1992). V tomto období som tak vnímal dianie na právnickej fakulte v Bratislave spoza „druhej strany“.

V tom čase som so záujmom pozoroval akademický postup mojich spolužiakov, ktorí sa po ukončení štúdia venovali pedagogickej činnosti na fakulte. Mojej pozornosti neušla skutočnosť, že Peter Blaho získal v roku 1981 akademický titul docent a v roku 1991, už po zmene spoločenských a politických pomerov (1989–1990), profesor. Tento akademický postup profesora Petra Blaha som prijal s radosťou, pretože som pochopil, že výučbe rímskeho práva sa otvára priestor a rozsah, aký si zaslúži. Popredným garantom tejto výučby sa stal práve prof. Peter Blaho.

Naše vzájomné odborné a neskoršie aj priateľské vzťahy sa začali rozvíjať v čase mojej funkcie prezidenta Notárskej komory Slovenskej republiky (1993–1997), keď som bol členom Vedeckej rady Právnickej fakulty

Univerzity Komenského v Bratislave. Menovací dekrét mi bol odovzdaný práve profesorom Petrom Blahom, ktorý v tom čase zastával dekansú funkciu. Menovanie nepedagogických právnikov sa stalo akýmsi prepojením právnej teórie a praxe, čo prinášalo vzájomnú informovanosť o dopade teórie na prax.

Po znovuobnovení činnosti Trnavskej univerzity v Trnave, 2. júla 1992, ktorá nadviazala na pôvodnú *Universitas Tyrnaviensis* (1635–1777), boli na nej zriadené tieto fakulty: filozofická, pedagogická, fakulta zdravotníctva a sociálnej práce a teologická. Po znovuobnovení Trnavskej univerzity v Trnave som sa aj ja osobne snažil, podľa svojich skromných možností, byť nápomocný najmä pri riešení priestorových a materiálnych podmienok univerzity. V hlave mi však často vírila myšlienka zriadenia právnickej fakulty, ktorou by spektrum fakúlt pôvodnej univerzity bolo úplné. Pri osobnom stretnutí s prvým rektorom Trnavskej univerzity v Trnave, Dr. h. c. prof. RNDr. Antonom Hajdukom, DrSc., v rámci vzájomnej debaty, som sa spýtal, či sa uvažuje o zriadení právnickej fakulty. Z jeho vyjadrenia som sa dozvedel, že je to jeho želanie. Problémom však bolo personálne obsadenie učiteľského zboru.

Zhodou náhod, presne si nepamätám, asi v roku 1996 som sa pred budovou Bratislavskej Reduty stretol s mojou spolužiačkou z vysokej školy, prof. Helenou Barancovou. V rámci nášho vzájomného rozhovoru došla na reč aj Trnavská univerzita a jej chýbajúca právnická fakulta. Medzi rečou mi spomenula, že o zriadení fakulty sa uvažuje. Táto informácia mi spôsobila radosť a nádej, že sa tak stane. Netrvalo dlho a zriadenie právnickej fakulty sa stalo realitou v roku 1998 za veľmi ťažkých priestorových, materiálnych a finančných problémov. V tejto súvislosti chcem úprimne poďakovať všetkým učiteľom práva, profesorke Alexandre Krskovej, profesorke Helene Barancovej, profesorovi Jozefovi Prusákovi, profesorovi Pavlovi Balážovi, profesorovi Gustávovi Dianiškovi, profesorovi Jánovi Lazarovi a mnohým ďalším, ktorí pod vedením profesora Petra Blaha začali s výučbou práva na Trnavskej univerzite v Trnave. Treba poznamenať, že pohodlie výkonu práce v mieste svojho bydliska obetovali za náročné cestovanie do Trnavy. Pre mňa to bol impulz ponúknuť nezištnú a skromnú pomoc vedeniu fakulty.

S realizáciou pomoci súviseli aj osobné kontakty s vedením právnickej fakulty, v tom čase dekanom – prof. Petrom Blahom. S malým príspevom som mu pomáhal nadväzovať osobné vzťahy s predstaviteľmi mesta, v snahe o získanie trvalých priestorov pre sídlo fakulty. Táto možnosť sa naskytla uvoľnením budovy trnavskej polikliniky na Kollárovej ulici. Jednoznačné zásluhy na získaní týchto priestorov mal vďaka osobným vzťahom a diplomatickej taktike profesor Peter Blaho. Od tohto času nabrala fakulta

správny smer rozvoja a stala sa v rámci hodnotenia právnických fakúlt v Slovenskej republike viackrát najlepšou. Táto skutočnosť sa dostávala do povedomia celej slovenskej spoločnosti, čoho dôkazom bol veľký záujem zo strany úspešných maturantov o štúdium práva práve na tejto fakulte.

Pri osobných stretnutiach s prof. Petrom Blahom sme sa familiárne oslovovali Peter a Jožko. Ak privriem oči a predstavím si osobné stretnutie s ním, v ušiach mi zaznie melódia jeho hlasu v otázke: „Jožkóó, ako sa máš?“ Melodika reči súvisela s jeho výborným sluchom, pretože vidieť ho sadnúť si ku klavíru znamenalo možnosť vypočuť si jeho hudobné nadanie a nezabudnuteľné chvíle dobrej nálady. Okolo stojaca spoločnosť s nadšením a radosťou prijímala jeho „vystúpenie“. Týmto sa dotvárala výborná atmosféra a nálada prítomných. Nečudo! Veď hudba nepozná hraníc a spája najmä vtedy, ak sa stretnú dobrí priatelia.

Pri našich vzájomných rozhovoroch som mu položil otázku, či mu cestovanie do Trnavy a množstvo pedagogickej a administratívnej práce nespôsobuje ťažkosti. Jeho odpoveď bola jednoznačná: „Trnavu, Trnavskú univerzitu som si zamiloval, bez mojich študentov, ktorí mi vlievajú do mojej duše pozitívnu energiu, by som nevedel žiť“.

Myslím si, že tento výrok filozoficky vyjadruje jeho životné poslanie. Charakterové vlastnosti prof. Blaha súviseli aj s jeho životnou orientáciou. Bol praktizujúcim kresťanom katolíkom. Z jeho viery vychádzali skutky zamerané na spravodlivosť, pokoj a rešpektovanie názorových rozdielov. Z mojich skúseností, z viac ako 20-ročných osobných a odborných vzťahov som z jeho úst nepočul hanlivé alebo vulgárne slovo. Prof. Peter Blaho bol pre mňa skutočnou osobnosťou nesúcou všetky morálne hodnoty ľudského bytia.

Týmito riadkami som chcel vyjadriť pár osobných spomienok na môjho priateľa a čelného predstaviteľa slovenskej právnej vedy. S peknými spomienkami si na Teba, milý Peter, spomína priateľ, v oddanej úcte, Jozef Opatovský.

Odpočívaj v pokoji.

Commentatio parvula de eo quod post mortem supersit ad professorem Blaho spectans¹

Radek Černoch

„[C]um volet, illa dies, quae nil nisi corporis huius
ius habet, incerti spatium mihi finiat aevi:
parte tamen meliore mei super alta perennis
astra ferar, nomenque erit indelebile nostrum,
quaque patet domitis Romana potentia terris,
ore legar populi, perque omnia saecula fama,
siquid habent veri vatum praesagia, vivam“.²

Haec Ovidium olim scripsisse notorium est,³ quae nos ad res quae post mortem maneant examinandas commovent.

Primo sub specie philosophiae examinandum est, utrum animi simul cum corpore moriantur, an non. De quo varii philosophi varias sententias habent: e.g. Cicero scribit immortalitatem animorum ipsam naturam probare, cum omnibus maximae curae fortuna postuma sit. Cuius rei etiam exemplum dat, et quidem senem arbores serentem.⁴ Itaque videmus omnia morte non perire,

¹ Haec commentatio est emolumentum pervestigationis scientiae GA17-23288S *Autonomy of Testator's Will – Historical and Comparative Bases and Usage Thereof in Application of New Czech Civil Code (Law Nr. 89/2012 Coll.)*. Pro correctionibus textus gratias prof. PhDr. Ioannae Nechutová, Csc., ago.

² Ov., *Met.* 15,873–879. Laudatum secundum OVIDIUS, P. N.: *Metamorphoses*. Ed. W. S. ANDERSON. Korr. Nachdr. der 5. Aufl. Stutgardiae et Lipsiae (1993), p. 387.

³ Non primus erat, qui verbis talibus usus est, cf. Hor., *Carm.* 3,30,6–8: *non omnis moriar multaque pars mei / vitabit Libitinam: usque ego postera / crescam laude recens [...]*. Laudatum secundum HORATIUS, Q. F.: *Carmina*. Ed. F. KLINGNER. *Quinti Horati Flacci Opera*. Lipsiae (1959), p. 106. Vide etiam COURRENT, M.: «*Nomen erit indelebile nostrum*»: Auguste et la littérature monumentale. *Euphrosyne. Revista de filologia clásica* (2008), Nova série – Vol. XXXVI, No bimilenário da „relegatio“ de Ovídio, p. 265.

⁴ Cic., *Tusc.* 1,14,31: *Maximum vero argumentum est naturam ipsam de immortalitate animorum tacitam iudicare, quod omnibus curae sunt, et maxumae quidem, quae post mortem futura sint.* „serit arbores, quae alteri saeclo prosint“, ut ait <Statius> in *Synephebis*, *quid spectans nisi etiam postera saecula ad se pertinere? ergo arbores seret diligens agricola, quarum aspiciet bacam ipse numquam; vir magnus leges, instituta, rem publicam non seret? quid procreatio liberorum, quid propagatio nominis, quid adoptiones*

sed e contrario animos et praesertim opera, quibus professor Blaho abundavit, perseverare.

Etiam multae inscriptiones sepulcrales, quae ad nos pervenerunt, produnt hominibus in animo fuisse, quae post mortem futura essent. Ergo erant, qui monumenta sumptuosa sibi aedificari, ut M. Annius Celtitanus,⁵ seu flores sepulchro suo (et fortasse etiam Laribus) poni, ut Flavius Dalmatius, voluerunt.⁶ Et monumenta talia non insolita erant, ut secundum mentionem in Digestis factam videtur. His in casibus cum de impensorum monumenti imputatione deductioneque in quartam Falcidiam quaerebatur, Pauli et Marcelli sententia est ea deduci oportere,⁷ sed non omnia, solum tamen ea, quae ad modicam speciem monumenti necessaria sunt.⁸

Quod ad ius pertinet porro, homine mortuo multa ad defunctum pertinentia ipso facto pereunt; alia tamen post mortem manere, alia immo nasci videmus.

filiorum, quid testamentorum diligentia, quid ipsa sepulcrorum monumenta elogia significant nisi nos futura etiam cogitare? (litterae crassae R. Č.). Laudatum secundum CICERO, M. T.: *Tusculanae disputationes*. Recogn. M. POHLENZ. *M. Tulli Ciceronis scripta quae manserunt omnia*. Fasc. 44. *Tusculanae disputationes*. Ed. stereotypa ed. prioris. Berolini et Novi Eboraci (2008), p. 223.

⁵ CIL 2,2326: **Venerem Aug(ustam) cum parerg(o) item phialam / argent(eam) Aemilia Rustici filia) item tabulam / argent(eam) M(arcus) Annius Celtitanus test(amento) suo post / mortem Aemiliae Artemisiae uxoris et hered(is) suae / poni iussit Aemilia Artemisia viva posuit eadem / que de suo / an{n}ulum aureum gemma meliore** (litterae crassae R. Č.). CIL Laudatum secundum *Corpus inscriptionum Latinarum*. Ed. Th. MOMMSEN et al. Berolini (1862 sqq.). Laudatum secundum Arachne [in rete]. [laud. 2018-08-07] via https://arachne.uni-koeln.de/drupal/?q=de_DE/node/369.

⁶ CIL 3,4185: *Fl(avius) Dalmatius v(ir) p(erfectissimus) ex pro[fect(ore)] / qui vixit an(nis) XL, et Aur(elia) Iulia conp(ar) dulc(issima) / qui vixit an(nis) XXXV, ideoque hunc titulum / scripserunt. Quisquis he(ris) post me d(o)m(inus) Laris huius / et orti, Vicinas mihi carpe rosas mihi lilia pone / [Ca]nded[a], q(ue) viridis dabit ortulus. [t]a beatum! / ... Volussius et Sabatia lib(erti) posuerunt* (litterae crassae R. Č.).

⁷ D. 35,2,1,19 Paulus l.S. ad l. falcid.: *De impensa monumenti nomine facta quaeritur, an deduci debeat. Et Sabinus ita deducendum putat, si necessarium fuerit monumentum extruere. Marcellus consultus, an funeris monumentique impensa, quantum testator fieri iussit, in aere alieno deduci debeat, respondit non amplius eo nomine, quam quod funeris causa consumptum est, deducendum. Nam eius, quod in extructionem monumenti erogatum est, diversam esse causam: nec enim ita monumenti aedificationem necessariam esse, ut sit funus ac sepultura. Idcirco eum, cui pecunia ad faciendum monumentum legata sit, Falcidiam passurum* (litterae crassae R. Č.). *Digesta laudata secundum Digesta seu Pandectae Iustiniani Augusti*. Recogn. Th. MOMMSEN, retract. P. KRUEGER. Berolini (1870). Laudatum secundum The Roman Law Library [in rete] via <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/digest.htm>.

⁸ D. 35,2,2 Marcellus 22 Dig.: *Nec amplius concedendum erit, quam quod sufficiat ad speciem modicam monumenti* (litterae crassae R. Č.).

Videamus e.g. mandatum. Primo conspectu videtur mandatum morte solvi.⁹ Sed manet, si mandatarius mandatum solvere coepit nondum vero perfecit.¹⁰ Legimus etiam defunctum iubere posse heredem aliquid praestare – talis post mortem mandati natura cessat¹¹ et de legato¹² fideicommissove loquitur.¹³ Magni momenti apud Romanos hereditates sunt, quae una cum nomine heredis morte testatoris nascuntur¹⁴ et a iuris peritis saepe pertractata sunt (nota libros V et XXVIII usque ad XXXVIII Digestorum totos ad ius hereditarium pertinere).¹⁵ Itaque nomen heredis ad heredem a defuncto defertur, cuius voluntas in iure hereditario maximi momenti est.

Ovidius, ut supra memoratur, nomen suum indelebile prophetans in errorem quendam quasi incidit, nam notum est memoriam personarum Caesaribus minus gratarum solito damnari. Et Ovidius Tomim relegatus est,¹⁶ ubi Tristia sua et Epistulas ex Ponto scripsit. De damnatione memoriae¹⁷ et

⁹ ZIMMERMANN, R.: The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Reprinted. Deventer and Boston (1992), p. 424–426 et GUARINO, A.: Diritto privato romano. Undecima ed. Napoli (1997), p. 956.

¹⁰ D. 17,1,26pr. Paulus 32 ad ed.: *Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est: nam mandatum solvitur morte. Si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Iulianus quoque scripsit mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare* (litterae crassae R. Č.).

¹¹ KASER, M.: Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht. 2. neubearb. Aufl. München (1971), p. 578.

¹² ZIMMERMANN, R.: The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Reprinted. Deventer and Boston (1992), p. 15.

¹³ SOMMER, O.: Učebnice soukromého práva římského. Díl II. Právo majetkové. Reprint pův. vyd. Praha (2011), p. 319.

¹⁴ D. 18,4,1 Pomponius 9 ad sab.: *Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit* (litterae crassae R. Č.).

¹⁵ Digesta laudata secundum *Digesta seu Pandectae Iustiniani Augusti*. Recogn. Th. MOMMSEN, retract. P. KRUEGER. Berolini (1870). Laudatum secundum The Roman Law Library [in rete] via <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/digest.htm>.

¹⁶ WILKINSON, L. P.: Ovid recalled. Cambridge (1955), p. 301. Laudatum secundum Google Books [in rete] via https://books.google.sk/books?id=IBs7AAAAIAAJ&pg=PA294&lp-g=PA294&dq=ovidius+damnatio+memoriae&source=bl&ots=GUNUL4X1qL&sig=o_YzgLHsbrypRVJRofinf6nwG8&hl=cs&sa=X&ved=2ahUKewiD9byYktvcAhVDP5o-KHZ8hAGcQ6AEWBHoECAYQAQ#v=onepage&q=ovidius%20damnatio%20memoriae&f=false.

¹⁷ Etiam quod ad C. Gallum, primum poetam temporis Octaviani Augusti qui in „exilio“ erat, pertinet, dubium est, utrum damnationem memoriae subierat, an non. CLAASSEN, J-M.: The Exiled Ovid’s Reception of Gallus. In *The Classical Journal* Vol. 112 (2017), No. 3, p. 320. Laudatum secundum JSTOR [in rete] via https://www.jstor.org/stable/10.5184/classicalj.112.3.0318?seq=1#page_scan_tab_contents.

de abolitione nominis nullam mentionem poeta faciens,¹⁸ de vi et momento operum suorum loquens vice versa minime erravit. Unde persuasum est nobis litteram scriptam manere.¹⁹ Aeque etiam professoris Blaho nomen, quod „salus“ in lingua Bohemica et Slovaca interpretatur, indelebile erit – apud omnes, qui eum noverant, propter comitatem et humanitatem eius, propter opera eius apud omnes qui in Re publica Bohemica et Slovaca iuri Romano et student et studebunt.

Inter ius Romanum enim et vitam hominis similitudo magna intercedit. In iure Romano multa morte pereunt, simul tamen in vita manent persona heredis interveniente, qui succedens locum defuncti habet.²⁰ Professor Blaho, qui, ut de aliis taceamus, conditor Digestorum versionis in Slovacia,²¹ Bohemia, Moravia, Silesia hodie communiter usitatae, nuper de vita decessit, sed vivit vivetque in operibus suis et in cordibus, animis, mentibus studentium, collegarum, amicorum.

Bibliographia

Fontes:

Cic., *Tusc.* 1,14,31;
CIL 2,2326;
CIL 3,4185;
D. 17,1,26pr. Paulus 32 ad ed.;
D. 18,4,1 Pomponius 9 ad sab.;
D. 29,2,37 Pomponius 5 ad sab.;
D. 35,2,1,19 Paulus l.S. ad l. falcid.;
D. 35,2,2 Marcellus 22 Dig.;
Hor., *Carm.* 3,30,6–8;
Ov., *Met.* 15,873–879.

¹⁸ MARTELLI, F. K. A.: Ovid's Revisions: The Editor as Author. New York (2013), p. 155. Laudatum secundum Google Books [in rete] via https://books.google.sk/books?id=5R-DrAQAAQBAJ&pg=PA155&lpq=PA155&dq=ovidius+damnatio+memoriae&source=bl&ots=4C-KyN5JQ4&sig=SxhXcgNwdU9Ny282_N-j2w9G9rs&hl=cs&sa=X&ved=2ahUKEwiD9byYktvcAhVDP5oKHZ8hAGcQ6AEwBXoECAUQAQ#v=onepage&q=ovidius%20damnatio%20memoriae&f=false.

¹⁹ Cf. COURRENT, M.: «*Nomen erit indelebile nostrum*»: Auguste et la littérature monumentale. Euphrosyne. Revista de filologia clàssica (2008), Nova série – Vol. XXXVI, No bimilenário da “relegatio” de Ovídio, p. 263.

²⁰ VÁŽNÝ, J.: Pojem práva dědického a účelnost jeho dnešní struktury. In Právny obzor (1923), Nr. 6, p. 98. Cf. D. 29,2,37 Pomponius 5 ad sab.: ***Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant*** (litterae crassae R. Č.).

²¹ BLAHO, P./VAŇKOVÁ, J.: *Corpus Iuris Civilis. Digesta. Tomus I.* Bratislava (2008), 528 p.

Libri editionesque:

- BLAHO, P./VAŇKOVÁ, J.: *Corpus Iuris Civilis. Digesta. Tomus I.* Bratislava (2008), 528 p. – ISBN 978-80-89363-07-0;
- CICERO, M. T.: *Tusculanae disputationes.* Recogn. M. POHLENZ. *M. Tulli Ciceronis scripta quae manserunt omnia. Fasc. 44. Tusculanae disputationes.* Ed. stereotypa ed. prioris. Berolini et Novi Eboraci (2008), xxiv+217–483 p. – ISBN 978-3-598-71220-3;
- CLAASSEN, J.-M.: The Exiled Ovid's Reception of Gallus. In *The Classical Journal* Vol. 112 (2017), No. 3, p. 318–341. – ISSN 0009-8353. Laudatum secundum JSTOR [in rete] via https://www.jstor.org/stable/10.5184/classicalj.112.3.0318?seq=1#page_scan_tab_contents;
- Corpus inscriptionum Latinarum.* Ed. Th. MOMMSEN et al. Berolini (1862 sqq.). Laudatum secundum Arachne [in rete] via https://arachne.uni-koeln.de/drupal/?q=de_DE/node/369;
- COURRENT, M.: «*Nomen erit indelebile nostrum*»: Auguste et la littérature monumentale. *Euphrosyne. Revista de filologia clásica* (2008), Nova série – Vol. XXXVI, No bimilenário da „relegatio“ de Ovídio, p. 257–268. – ISSN 0870-0133;
- Digesta seu Pandectae Iustiniani Augusti.* Recogn. Th. MOMMSEN, retract. P. KRUEGER. Berolini (1870). Laudatum secundum The Roman Law Library [in rete] via <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/digest.htm>;
- GUARINO, A.: *Diritto privato romano.* Undecima ed. Napoli (1997), 1140 p. – ISBN 88-243-1203-9;
- HORATIUS, Q. F.: *Carmina.* Ed. F. KLINGNER. *Quinti Horati Flacci Opera.* Lipsiae (1959), xxvi+378 p.;
- KASER, M.: *Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht. 2. neubearb. Aufl.* München (1971), xxxiii+833 p. – ISBN 3-406-01406-2;
- MARTELLI, F. K. A.: *Ovid's Revisions: The Editor as Author.* New York (2013), xii+260 p. – ISBN 971-1-107-03771-7. Laudatum secundum Google Books [in rete] via https://books.google.sk/books?id=5RDraQAQAQBAJ&pg=PA155&lpg=PA155&dq=ovidius+damnatio+memoriae&source=bl&ots=4C-KyN5JQ4&sig=SxhXcgNwdU9Ny282_N-j2w9G9rs&hl=cs&sa=X&ved=2ahUKewiD9byYkvtcAhVDP5oKHZ8hAGcQ6AEwBXoECAUQAQ#v=onepage&q=ovidius%20damnatio%20memoriae&f=false;
- OVIDIUS, P. N.: *Metamorphoses.* Ed. W. S. ANDERSON. Korr. Nachdr. der 5. Aufl. Stutgardiae et Lipsiae (1993), xxviii+419 p. – ISBN 3-8154-1565-9;
- SOMMER, O.: *Učebnice soukromého práva římského. Díl II. Právo majetkové.* Reprint pův. vyd. Praha (2011), 356 p. – ISBN 978-80-7357-616-5;
- VÁŽNÝ, J.: Pojem práva dědického a účelnost jeho dnešní struktury. In *Právní obzor* (1923), Nr. 6, p. 97–103;
- WILKINSON, L. P.: *Ovid recalled.* Cambridge (1955), xvii+483 p. Laudatum secundum Google Books [in rete] via https://books.google.sk/books?id=IBs7AAAAIAAJ&pg=PA294&lpg=PA294&dq=ovidius+damnatio+memoriae&source=bl&ots=GUNUL4X1qL&sig=o_YzgLHsbryRVJRofInf6nWg8&hl=cs&sa=X&ved=2ahUKewiD9byYkvtcAhVDP5oKHZ8hAGcQ6AEwBH0ECAYQAQ#v=onepage&q=ovidius%20damnatio%20memoriae&f=false;
- ZIMMERMANN, R.: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition.* Reprinted. Deventer and Boston (1992), lxiv+1241 p. – ISBN 90-6544-6737.

Das Sprichwort: Einmal ist keinmal

Andreas Wacke

Zur Herbeiführung einer Rechtswirkung genügt im allgemeinen eine einmalige Handlung oder Unterlassung, Fristversäumung oder Pflichtverletzung. Ausnahmsweise kann man aber eine eingetretene Rechtswirkung wieder rückgängig machen, beseitigen, etwa durch Anfechtung, Rücktritt oder Widerruf.¹ Manchmal gelingt die Beseitigung nur mittels Anrufung eines Gerichts.² In wenigen Fällen tritt die Wirkung erst nach wiederholtem Regelverstoß ein. Alsdann gilt der (moralisch nicht unbedenkliche) Spruch „Einmal ist keinmal“. Einschlägige Fälle aus antikem und modernem Recht sollen im Folgenden in rhapsodischer Weise ohne Anspruch auf Vollständigkeit im ehrenden Andenken an den für das Fortleben unserer Wissenschaft in seinem Lande herausragend wichtig gewordenen Fachvertreter und guten Freund Peter Blaho³ zusammengestellt werden.

Formal von gleicher Struktur wie „Ein Zeuge ist kein Zeuge“⁴ oder „Eines Mannes Rede ist keines Mannes Rede“⁵, enthält der hier zu betrachtende Spruch⁶

¹ Zum Reurecht im römischen Recht Axel RIECHELMANN, *Paenitentia*. Reue und Bindung nach römischen Rechtsquellen. Voraussetzungen und Wirkungen einseitiger Willensänderungen (Frankfurt 2004) 156 S. Zum fraglichen Fortleben des Reurechts-Gedankens im modernen Verbraucherschutzrecht kritisch TH. FINKENAUER, Vertragstreue und Vertragsreue, in: Cordula Stumpf u. a. (Hrsg.), *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht*. Festschrift für Christian Müller-Graff (2015) 146–151. Allgemeiner: CHR. KNÜTEL, *Tätige Reue im Zivilrecht. Nachträgliches Wohlverhalten bei verletzten Pflichten und Obliegenheiten* (Berlin 2000), 202 Seiten.

² Etwa bei der *restitutio in integrum* Minderjähriger im römischen Recht. Bei der Anfechtung einer Willenserklärung im französischen Recht.

³ Meine Gedenkrede auf Peter Blaho wurde auf Slowakisch vorgetragen in der Gedenkveranstaltung für Peter Blaho im festlichen Sitzungssaal der Juristischen Fakultät der Universität Trnava am 25. Oktober 2018. Für deren Übersetzung danke ich herzlich Veronika Kleňová. Der Text ist als pdf zugänglich unter <https://kups.ub.uni-koeln.de/id/eprint/9256>.

⁴ *Unus testis nullus testis*: D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* (7. Aufl. 2007) Nr. S 28.

⁵ Mit der Fortsetzung: „Man soll sie billig hören beede“: A. WACKE, Art. *Audiat et altera pars*, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* [HRG] (2. Aufl. 2005) 327–331.

⁶ Reiche Quellenbelege bei R. SCHMIDT-WIEGAND, *Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* (2. Aufl. 2002) 86 s. v. „einmal“. Auch: *Unus actus nullus actus*.

kein generelles Rechtsprinzip, sondern zunächst nur eine bei vielerlei Anlässen passende volkstümliche Redewendung (eine Art *vulgo dictum*)⁷, mit der man mancherlei bedenkliches Verhalten entschuldigen oder beschönigen kann.

Mathematisch ist die Aussage evident falsch, denn $1 \text{ mal } 10$ ist 10 , daran ist nicht zu rütteln. Nur beim Grenzwert Null ist $1 \times 0 = 0$ (aber auch $10 \times 0 = 0$). Für den Bereich der Sittlichkeit wäre die Aussage höchst anfechtbar, denn einmal gefehlt ist und bleibt für den gestrengen Sittenrichter einmal gefehlt: „Wer einmal sündigt, ist nicht mehr rein“. Das „schlimmste und verlogenste unter allen Sprichwörtern“ nannte es darum mit gewissem Recht *Johann Peter Hebel* (1760–1826) in seinem verbreiteten „Schatzkästlein des rheinischen Hausfreundes“ (von 1811).⁸

Einmal = Keinalmal wäre insoweit als Trugschluss zu entlarven, als leeres Spiel mit Worten und zudem bequeme Ausflucht. Als suggestives Argument verwendet, um einen Widerstrebenden zu überreden, beispielsweise einen „joint“ oder „Schuss“ zu probieren, wirkt es überdies verführerisch und gefährlich; denn schon einmaliger Rauschgiftgenuss kann bei Labilen das Verlangen nach mehr und damit Suchtgefahr auslösen. „*Principiis obsta!*“ – „wehre den Anfängen“, sollte die Antwort des Standhaften auf Verführungen dieser Art mit einem Wort *Ovids* lauten. Auf den Verlust der Virginität bezogen, führt die primitive Gleichung einmal = keinmal sich selbst *ad absurdum*. Denn *hymen semel perforatum nunquam reparatur*.⁹ „Besser einmal als nimmer“, sagte die Magd, als sie das Kränzlein (ihre Unschuld) verlor:¹⁰ Ausdruck von Torschlusspanik einer alternden Jungfer. Der Volksmund spannt den Leitgedanken in noch laxerer Weise (z. B. auf außereheliche Seitensprünge passend) fort:

⁷ Zu *vulgo dicta* in den Rechtsquellen THEO MAYER-MALY, „*Vulgo*“ und Vulgarismus, in: *Labeo* 6 (1960) 5–29.

⁸ Im Abschnitt „Nützliche Lehren“ als Nr. 11. Hebel war u. a. Gymnasiallehrer, später Gymnasialdirektor in Karlsruhe. Die kritischen Betrachtungen von Sprichwortweisheiten in seinen Kalendergeschichten bezwecken moralische Erziehung durch Hinweise auf richtige Lebensführung.

⁹ Ein verletztes Hymen kann aber operativ wiederhergestellt werden. Ein intaktes Hymen erbringt daher für den Nichtvollzug einer Ehe im kanonischen Annullierungsprozess keinen unwiderleglichen Beweis.

¹⁰ Eine entjungferte Braut erhielt (als eine Art Schandstrafe) anstelle des Myrtenkranzes einen Strohkrantz. Zur Entschädigung erhielt sie im (1998 aufgehobenen) § 1300 BGB gegen ihren ehemaligen Verlobten Anspruch auf ein „Kranzgold“. Zu diesem nach der Devise *duc aut dota* ihr zugebilligten Deflorationsanspruch siehe A. WACKE, Vom Schmachgeld zum Schmerzensgeld und wieder zurück, in: *Das Recht und seine historischen Grundlagen. Festschrift für Elmar Wadle* (Berlin 2008) 1179 ff.; kürzer E. SCHUMANN, Art. Kranzgold, *HRG*² (17. Lief. 2013) 216 f.

Einmal ist nicht immer,
zweimal ist schon schlimmer,
dreimal ist nicht wohlgetan,
bei viermal fängt die Sünde an.

„Ein Küsschen in Ehren kann niemand verwehren“, sagt man.¹¹ Aber dabei kommt es auf die Absicht an („in Ehren“). Ein Kuss kann auch ein Spiel mit dem Feuer sein und einen Brand auslösen, der eine Ehe zerstört.

Richtig ist: „Einmal ist noch keine Gewohnheit“. *Une fois n'est pas coutume*.¹² Für den Nachweis von Gewohnheitsrecht genügt ein einziger Präzedenzfall nicht. Ein Exempel schafft keine Regel. Eine *longa, diuturna, inveterata consuetudo, per pluribus annos* wird dafür vorausgesetzt (D. 1,3,32,1 bis 1,3,35). Denn auch eine Schwalbe macht noch keinen Sommer. *Una hirundo non efficit ver* (lat.); *Une hirondelle ne fait pas le printemps* (frz.); *Una rondine non fa primavera* (ital.); *Una golondrina no hace verano* (span.); *One swallow makes no summer* (engl.).

Im Strafrecht genügt einmal gemordet für die Verurteilung zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe (§ 211 StGB). Sonst ist das Rechtsgefühl aber oft geneigt, gegenüber der erstmaligen Verfehlung Nachsicht walten zu lassen („Einmal vergibt's der Pfarrer“, „Einmal stehet zu vergeben“) und erst den Wiederholungstäter strenger zu bestrafen.¹³ Rückfall ist ein Strafschärfungsgrund.¹⁴ Nach US-amerikanischem sogenannten Three-strikes-law ist bei der dritten Verurteilung eine besonders schwere Strafe zu verhängen.¹⁵ Generelle Verzeihung für das erstmalige Vergehen kennt unser

¹¹ Nach D.-R. MOSER, Art. „Kuss“, HRG II (1978) 1321 war danach ein Kuss als Ausdruck von Hochachtung oder Freundschaft (im Gegensatz zum wollüstigen Küssen, besonders einer Nonne) nicht als Beleidigung strafbar (mit aufschlussreichen Einzelheiten über unterschiedlichste Anlässe, über erlaubtes und unerlaubtes Küssen und die geküssten Körperteile). E. VON KÜNSSBERG, Rechtsgeschichte und Volkskunde (Köln 1965) 5 sah hierin jedoch ein Beispiel für „parodierende Pseudo-Rechtssprichwörter“. Andere Aspekte des Küssens bei H. LÜCK, HRG (2. Aufl. 18. Lief. 2013) 371 ff.; H. WIELING, Kuss, Verlobung, Geschenk, in: Status Familiae, Festschrift für A. Wacke (2001) 541–557.

¹² ROLAND/BOYER, Locutions latines et adages du droit français (1979) 573 ff.

¹³ E. GRAF/M. DIETHERR, Deutsche Rechtssprichwörter (2. Aufl. 1869, Neudruck 1975) 398, 401; K. F. W. WANDER, Deutsches Sprichwörter-Lexikon I (1867, neu 1987) 792 [online zugänglich].

¹⁴ Die erst 1970 eingeführte Rückfallvorschrift des § 48 StGB wurde zwar 1986 (hauptsächlich wegen der zu starren Mindeststrafe von 6 Monaten) aufgehoben. Einschlägige Vorstrafen dürfen aber beim „Vorleben des Täters“ gemäß § 46 Abs. II Satz 2 StGB weiterhin strafschärfend berücksichtigt werden. A. GEITER, Zeitschrift für Rechtspolitik 1988, 376 ff., 381.

¹⁵ https://de.wikipedia.org/wiki/Three_strikes. Der Begriff kommt vom Baseball-Spiel,

Recht jedoch nicht. Bei geringfügigen Übertretungen, besonders wenn aus Unerfahrenheit, Leichtsinn oder Übereilung begangen, kommt eine Einstellung des Strafverfahrens in Betracht, § 153 StGB. Der erstmals Überführte kann aber schon zahlreiche unentdeckt gebliebene Delikte verübt haben. Was wir Dunkelziffer nennen, bezeichnet die Volkspoesie konkret: „Einmal betroffen, neunmal getan“; oder gar: „Einmal ertappt heißt hundertmal schuldig“. – „Einmal darf man sich erwischen lassen“, liefe als Rechtssatz auf eine Verführung zur Begehung von Straftaten hinaus. Eine Strafaussetzung zur Bewährung bietet sich in solchen Fällen an, eher noch eine Verwarnung unter Strafvorbehalt (§§ 56 ff., 59 ff. StGB).

Die altorientalischen Rechtsordnungen Assyriens und Babyloniens übten Nachsicht gegenüber dem erstmaligen Gesetzesverstoß.¹⁶ Aus dem römischen Recht kennen wir nur einen Sonderfall völliger Straffreiheit für das erstmalige Vergehen: Desertierte, aber nach gewisser Zeit zurückgekehrte Rekruten sollten nach Modestin D. 49,16,3,9 beim ersten Male verschont und erst im Wiederholungsfalle bestraft werden.¹⁷ Die Furcht vor Strafe sollte sie vermutlich nicht von freiwilliger Rückkehr abhalten: eine kriminalpolitisch sinnvolle Maßnahme und (unausgesprochen) richtige Folgenerwägung.¹⁸ Allzu strenge Bestrafung wäre kontraproduktiv. Denn das Ziel muss die Stärkung der Truppe, nicht deren Schwächung sein. Strafschärfung für den Wiederholungstäter gab es im Übrigen schon im römischen Recht.¹⁹

wonach ein Schlagmann nach dem dritten Fehlschlag (*strike*) ausscheiden muss. Ins deutsche Strafgesetzbuch wurde 1934 mit § 20a Abs. 2 eine ähnliche, bis Anfang 1970 geltende Strafschärfung eingeführt.

¹⁶ Grundlegend G. CARDASCIA, L'indulgence pour la première faute dans les droits du Proche-Orient-ancien, in: Estudios en homenaje Juan Iglesias II (Madrid 1988) 651–674.

¹⁷ D. 49,16,3,9: *Si plures simul primo deseruerint, deinde intra certum tempus reversi sint, gradu pulsati in diversa loca distribuendi sunt. sed tironibus parcendum est: qui si iterato hoc admiserint, poena competenti adficiuntur.* „Wenn mehrere zusammen erstmals desertierten, später aber wieder innerhalb gewisser Zeit zurückkehrten, dann werden sie degradiert und auf verschiedene Orte verteilt. Junge Rekruten sind jedoch zu verschonen; (erst) nach wiederholtem Vergehen wird ihnen die gebührende Strafe auferlegt“. Nach ihrer Verteilung auf verschiedene Standorte (Satz 1) können die Zurückgekehrten nicht so leicht gemeinsam einen neuen Fluchtplan beschließen.

¹⁸ Zur Beurteilung der Angemessenheit einer Rechtsfolge ist hilfreich sich zu fragen, welche Konsequenz eine hypothetische gegenteilige Entscheidung hätte. A. WACKE, Zur Folgen-Berücksichtigung bei der Entscheidungsfindung, besonders mittels *deductio ad absurdum*, in: Mélanges Fritz Sturm I, Lausanne/Liège (1999) 545–568.

¹⁹ TH. MOMMSEN, Römisches Strafrecht 1044 A. 6; CARDASCIA (Fn. 16) 668; bes. S. RANDAZZO, Note sulla recidiva nel diritto penale romano, SZ 130 (2013) 457–477. Ein weiterer Sonderfall der Ermahnung jugendlicher Randalierer und Unruhestifter (oft als Anlass öffentlicher Wettkämpfe) durch den Präsidenten, verbunden mit leichter Prügelstrafe

Zur Mäßigung in der Ausübung väterlicher Zuchtgewalt ermahnte Seneca in seinem Buch über die Milde (*De clementia* 1,14): Kein vernünftiger Mensch enterbe seinen Sohn wegen einer ersten Kränkung (*Numquid aliquis sanus filium a prima offensa exhereditat*). Zuerst müssten alle anderen Mittel ausgeschöpft werden, um den Sohn auf den rechten Weg zu bringen.

Errare humanum est, perseverare tantum diabolicum. (Einmaliges) Irren ist menschlich; Beharren (im Irrtum) Sünde. *Primus error veniam meretur* (Erasmus). Für tätige Reue verlangt unser Strafrecht jedoch mehr als bloße innere, überzeugungsmäßige Abkehr. Die schlichte freiwillige Abstandnahme wirkt strafbefreiend nur beim unbeendigten Versuch; ansonsten muss der Täter die Vollendung positiv verhindern (§ 24 StGB). Bei vollendeten Delikten befreit tätige Reue nur ausnahmsweise (z. B. § 320 StGB bei gemeingefährlichen Straftaten).

Das Evangelium fordert unbegrenzte Vergebung gegenüber dem reuigen Sünder ohne Rücksicht auf die Anzahl seiner Vergehen: „So dein Bruder an dir sündigt, so strafe ihn; aber so es ihn reut, vergib ihm. Und wenn er siebenmal des Tages sündigen würde und siebenmal des Tages wiederkäme zu dir und spräche ‚Es reut mich!‘, so sollst du ihm vergeben.“ (Lukas 17, 3–4). Und als Petrus fragt „Herr, wie oft muss ich meinem Bruder vergeben, der an mir sündigt, ist genug siebenmal?“ antwortet Jesus: „nicht siebenmal, sondern siebzimal siebenmal“ (Matth. 18, 21–22; d. h. wohl 77 Mal). Mit dieser Ermahnung zu grenzenloser Vergebung stellt Jesus aber übermenschliche Anforderungen.

Im geltenden Recht finden sich einzelne Fälle der Nachsicht gegenüber der erstmaligen Pflichtverletzung. Mit einmaligem Ausbleiben verliert der Beklagte noch nicht den Prozess: Der Kläger wird zwar Versäumnisurteil beantragen und kann damit einen Vollstreckungstitel erlangen (§ 331 ZPO). Der Beklagte kann aber auch bei unentschuldigtem Fernbleiben dagegen Einspruch einlegen und damit den Prozess in die ursprüngliche Lage zurückversetzen (§§ 338, 342 ZPO). Beim nochmaligen Ausbleiben ist das zweite Versäumnisurteil, welches den Einspruch verwirft, allerdings endgültig (§ 345), grundsätzlich auch nicht mit Berufung anfechtbar (§ 513 Abs. 2 ZPO). Insoweit gilt also „Einmal darf man ausbleiben“. Nach älteren Prozessordnungen durfte man zweimal ausbleiben; erst auf die dritte erfolglose Ladung hin wurde man verurteilt.²⁰

beim erstmaligen Ertapptwerden in D. 48,19,28,3; dazu M. VANZETTI, „*Juvenes*“ *turbolenti*, *Labeo* 20 (1974) 77 ff.

²⁰ „Zweymal darf man wol ausbleiben“: J. F. EISENHART, *Grundsätze der deutschen Rechte in Sprichwörtern* (2. Aufl. 1792) 525 f. [online zugänglich]. Die Wendung „Aller guten Dinge sind drei“ geht vielleicht darauf zurück, weil ‚Ding‘ auch Thing (Gerichtstag) bedeutet.

Einmal darf auch ein Mieter oder Abzahlungskäufer in Zahlungsverzug geraten. Erst bei Verzug an zwei aufeinander folgenden Terminen darf der Vermieter fristlos kündigen, der Verkäufer die Restschuld fällig stellen, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB.²¹ Auf einen zweijährigen Pachtzinsrückstand bezogen (wobei jährlich einmalige Zahlung nach der Ernte vorausgesetzt ist), findet sich diese Regelung bereits im römischen und im kanonischen Recht.²²

Verzug allein genügt auch nicht für den Rücktritt vom gegenseitigen Vertrag; zuvor muss noch eine Nachfrist gesetzt werden mit Ablehnungsandrohung (§ 326 BGB). Der Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt kann nach § 449 Abs. 2 BGB allerdings ohne Nachfristsetzung zurücktreten. Vertragswidriger Gebrauch genügt zwar bei der Leihe für die Kündigung nach § 605 Nr. 2 BGB; ein Vermieter muss den Mieter überdies fruchtlos abgemahnt haben, um kündigen oder auf Unterlassung klagen zu können (§§ 553, 550 BGB). Insbesondere setzt auch die Kündigung eines Arbeitnehmers eine vorherige Abmahnung als (relativ schwerwiegende) disziplinarische Maßnahme des Arbeitgebers voraus.

Im Alltag geht es oft strenger zu als in der Rechtsordnung. „Einmal versäumt ist immer versäumt“. Die einmal verpasste Chance des Lebens kehrt so schnell nicht wieder. Da heißt es aufgepasst, die Gelegenheit beim Schopfe ergriffen! Sogar der Pastor predigt nur *einmal*.

Zuweilen steht darum im Sprichwort wie im Rechtsleben umgekehrt einmal für allemal, *once for ever*. „Wer einmal stiehlt, heißt allemal ein Dieb“; „Einmal Judas, immer Judas (einmaliger Verrat zerstört die Vertrauenswürdigkeit auf Dauer)“; am bekanntesten: „Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht, und wenn er auch (hundertmal) die Wahrheit spricht“. Bei der Würdigung von Zeugenaussagen hielt man sich früher an die Vermutungsregel: *Testis in uno falsus, in nullo fidem meretur*; kürzer *Falsus in uno, falsus in omnibus*. Für

²¹ Früher § 554 BGB; § 4 Abs. 2 Abzahlungsgesetz, später § 12 Abs. 1 Nr. 1 Verbraucherkreditgesetz. Sehr ausführlich T. WALTER, in: U. Babusiaux u. a. (Hrsg.), *Der Bürge einst und jetzt*. Festschrift für Alfons Bürge (Zürich 2017) 289 ff. Zweimonatiger Zahlungsrückstand eines Altersheimbewohners (z. B. wegen stockender Auszahlung seiner Rente) kann nach BGH NJW 1989, 1673 ff. aber unverschuldet, die Kündigung deshalb unzulässig sein.

²² In Paulus D. 19,2,54,1 nur in der Anfrage erwähnt, ob dem Pächter gekündigt werden könne; dazu G. GILBERTI, *Il conservatismo di Nerazio*, *Labeo* 29 (1983) 44–49. – Paulus D. 19,2,56 i. f. (*tempus autem in huiusmodi re biennii debet observari* als Voraussetzung für eine hoheitliche Öffnung gemieteter Speicherräume) geht vermutlich auf ein Reskript zurück. Nicht zwingend für interpoliert erklärt von TH. MAYER-MALY, *Das biennium* von c. 3,X, x. 18, ZRG kan. Abt.72 (1955) 415 ff. Für die Rezeptionsgeschichte ist die Echtheitsfrage belanglos. Dazu CH. GLÜCK, *Pandekten* 17 (1815) 382 ff.

Angeklagte galt im kanonischen Prozess die ähnliche Verdachtsvermutung *Semel malus, semper praesumitur malus*. Vom einmal überführten Missetäter sei *de praeterito ad praesens* die Neigung zu weiteren Übeltaten zu vermuten.²³ „Wer’s einmal tut, tut’s öfter“. Heute wäre eine solche *praesumptio malitiae* unvereinbar mit der ausnahmslos geltenden Beweisregel „*in dubio pro reo*“. *Quisquis praesumitur bonus, donec contrarium approbetur*.

Ein einmal Freigesprochener darf wegen der Sperrwirkung der Rechtskraft nicht erneut angeklagt oder verklagt werden: *Semel absolutus semper absolutus*.²⁴ *Ne bis in idem (crimen judicetur)*, Art. 103 Abs. 3 Grundgesetz. *Nemo debet bis vexari*; niemand darf (wegen derselben Sache) zweimal zur Rechenschaft gezogen werden. *De eadem re ne bis sit actio*.

Semel heres semper heres: Einmal Erbe, immer Erbe. Die Erbenstellung vertritt nach römischem Recht keine Zeitgrenze, weder eine auflösende Bedingung noch einen Endtermin. Als Ersatz für die hiernach unzulässige Nacherbschaft diente jedoch ein Universalfideikommiss; d. h. die Bitte an den Erben, die Erbschaft zum gewünschten Zeitpunkt einem Dritten herauszugeben.²⁵

Semel commissa poena non evanescit: Eine einmal verwirkte Vertragsstrafe entfiel nicht nach strengem römischem *ius civile*. Das prätorische Billigkeitsrecht schützte aber den Schuldner mit einer *exceptio doli*, wenn der Gläubiger die verspätete Leistung annahm. Der Rechtsgedanke ist nach wie vor gültig, obschon das BGB darüber schweigt.²⁶

Der Inhaber einer Grunddienstbarkeit hat nach § 1029 BGB gegen Störungen die Besitzschutzansprüche, wenn er sein Recht im letzten Jahr wenigstens *einmal* ausgeübt hat.²⁷

²³ H. KIEFNER, *Semel malus semper praesumitur esse malus*, SZ 78 (1961) 308–354; LIEBS (Fn. 4) Nr. S 16.

²⁴ Umgekehrt galt bis 1991 die Regel *Semel furiosus semper furiosus*: Wer entmündigt war, galt bis zur Wiederaufhebung der Entmündigung als geschäftsunfähig, § 6 Abs. 1 und 2 BGB.

²⁵ M. KASER, *Das römische Privatrecht* (2. Aufl. 1971) 688 Fn. 29; rechtsvergleichend D. LIEBS Nr. S 15.

²⁶ Zu dieser „Verfallsvereinbarung“ R. KNÜTEL, Verfallsvereinbarung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe, *Archiv für die civilistische Praxis [AcP]* 175 (1975) 44–66; DERS., *Stipulatio poenae* (1976) 147 ff., 181 ff.

²⁷ Das römische Recht verlangte für die entsprechenden Interdikte aus diesem später sogenannten „Rechtsbesitz“ (der *iuris quasi possessio*) die fehlerfreie Ausübung während eines *modicum tempus*, d. h. einer angemessenen Zeitspanne, wofür 30 Tage als Richtwert galten. Heinrich DERNBURG, *Pandekten I* § 257,2.

„Ein Mann, ein Wort“ drückt die Verbindlichkeit des einmal gegebenen Versprechens aus, mit dem Zusatz: „...ein Wort ein Mann, ist besser als ein Schwur getan“. Im formalistischen Gerichtsverfahren des Mittelalters beschrieb der Satz jedoch die strenge Bindung der Parteien an ihre Anträge, an ihre Prozesshandlungen, ja ihr gesamtes Vorbringen. Ein ihr dabei unterlaufender Irrtum konnte nachträglich nicht berichtigt werden, sondern hatte regelmäßig den Prozessverlust zur Folge.²⁸

Einen Weisen betrügt man letztlich höchstens *einmal*. Denn aus Schaden sollte man klug werden.

²⁸ E. KAUFMANN, „Ein Mann, ein Wort“, in: Juristische Schulung [JuS] 1961, 120 ff., DERS., Art. Erholung und Wandlung, HRG I (1967) 1001 ff.; kürzer P. OESTMANN, HRG (2. Aufl. 2007) 1410 f.

Rímske právo/Römisches Recht

Remarks on the origin and early history of the distinction between *ius publicum* and *ius privatum**

András Földi

1. It is perhaps not too audacious to expect (or at least to suppose) that every textbook on Roman law (either Roman public law or Roman private law) quotes the famous passage of Ulpian, in which the great classical jurist expounds the distinction between *ius publicum*, and *ius privatum*:

Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit... (D. 1,1,1,2).¹

It is somewhat surprising, however, that a number of prestigious textbooks of Roman law² fail to refer to the fact that this classical distinction emerged as a result of a long development process, whose details are disputed also in the present-day literature. Furthermore, it is not evident that Ulpian's unusually emphatic reference to *ius sacrum* within the notion of *ius publicum* shall be reflected in the textbooks of Roman law.³ In any case I am certain that the origin and the early history of the distinction between *ius publicum*, and *ius privatum* cannot be regarded as some species of banality; on the contrary, they would deserve a much deeper analysis than I am able to offer in the present contribution dedicated *summa cum reverentia* to Professor Peter Blaho on the occasion of his 80th birthday.

* The author expresses his gratitude for the English translation to András OTTLIK, who is obviously not responsible for the possible grammatical errors committed by the author in the course of subsequent editing.

¹ As it is well-known, this text, in a somewhat paraphrased, and shortened form, made its way also into the Institutes of Justinian (1,1,4).

² Instead of enumerating the textbooks of Roman law omitting such a reference I wish to refer e.g. To W. DAJCZAK – T. GIARO – F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2016², 41, who give a short but good synthesis of the historical development of the distinction in question.

³ As a positive example I can refer to J. ZLINSZKY, *Ius publicum. A római közjog [= Ius publicum. Roman public law]*, Budapest 1994, 17.

2. As for the terminology applied in the famous text of Ulpian, it is remarkable that the Roman state is referred to here by the expression *res Romana*, which would even qualify as an archaism, but was often preferred to *res publica* during the imperial period.⁴ As far as the expression *status rei Romanae* is concerned, it would deserve a deeper analysis, too. Here I can refer only to the fact that there is disagreement in the literature on the exact meaning of this expression,⁵ which could have in my opinion a significant role in the formation of the modern meaning of the word *status* in the Middle Ages.⁶

3. Some researchers claim that Ulpian does not refer in this text to two areas of positive law, but to two spheres of jurisprudence given that he explained this dichotomy in the introduction of his textbook titled *Institutiones*, and was referring to the division of *studium*, not that of *ius*.⁷ I would not draw, however,

⁴ As W. SUERBAUM, *Vom antiken zum frühmittelalterlichen Staatsbegriff*, Münster 1977³, 165f. points it out, *res Romana* had been the favourite phrase of Ennius living around 200 B. C., and the phrase was also used later by Livius, and then by Ammianus Marcellinus living in the 4th century A. D. Suerbaum (ibid.) notes that in the imperial period soldiers loyal to the emperor's person could be more effectively inspired to serve the *res Romana*, also meaning 'Roman cause' than to serve the *res publica* no longer functioning as the common cause of the people.

⁵ According to S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Firenze 1928², 86 *status rei Romanae* means "l'essere e l'attività dello Stato romano"; according to M. KASER, *Ius publicum und ius privatum*, SZ Rom. Abt. 103 (1986), 8f. the word *status* means in this context "primär einfach die Existenz, das 'Dasein und Sosein' des Staates in seiner gegebenen Beschaffenheit"; according to G. LOMBARDI, *Diritto pubblico (diritto romano)*, NDI V (1968), 1021 the expression *status rei Romanae* means "il particolare modo di essere della organizzazione giuridica della società romana". V. MAROTTA, *Ulpiano e impero*, Napoli 2000, 153ff. emphasises the role of public interest in this context, while A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino 2017, 48 stresses both the activity of various public actors and the organisational aspect.

⁶ As for the formation of the modern notion of *status* (state, *État*, *Staat*, etc.), see above all SUERBAUM 1977; see furthermore G. MARANINI – S. BASILE, *Repubblica*, NDI XV (1968), 462; H.-J. TOEWS, *Republik*, HRG IV, 28. Lieferung, Berlin 1987, 916ff.; D. WILLOWEIT, *Staat*, HRG IV, 32. Lieferung, Berlin 1990, 1792ff.; G. BIANCO, *Repubblica*, Digesto 4a ed. (Disc. pubbl.) 1997; DURAND – CHÈNE – LECA, *Introduction historique au droit*, Paris 2004, 69; H. HATTENHAUER: *Europäische Rechtsgeschichte*, Heidelberg 2004⁴, 420; A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, III, Paris 2006, s. v. république. See also, from the Hungarian literature, P. PACZOLAY, *Államelmélet I. Machiavelli és az államfoglalom születése* [= State theory. 1st Part: Machiavelli and the birth of the notion of State], Budapest 1998.

⁷ See H. HONSELL – TH. MAYER-MALY – W. SELB, *Römisches Recht*, Berlin – Heidelberg – New York 1987⁴, 51 (*nota bene*, P. JÖRS – W. KUNKEL – L. WENGER, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1949³ did not yet refer to this problem); R. BRÓSZ – E. PÓLAY, *Római jog* [= Roman

far-fetched conclusions from the use of the word *studium*. On the one hand, Ulpian contradistinguishes clearly the *ius publicum*, and the *ius privatum*, and, on the other hand, the problems of *sacra*, *sacerdotes*, *magistratus* were not really often treated in the works of Roman jurists. Considering these facts I share Valerio Marotta's views, i.e. I would not find it appropriate if we undervalued the significance of the dichotomy on the basis of the *studium* terminology.⁸

4. As for the more meritory problems of the text, Ulpian characterises *ius publicum* by the triad *sacra*, *sacerdotes*, *magistratus*, which he provides as examples.⁹ One clearly sees that *ius sacrum*, mentioned first, and highlighted by a quasi hendiadys¹⁰ forms part of *ius publicum* in Ulpian's view. That is a significant change of perspective compared to Quintilian's trichotomy of *ius sacrum* – *publicum* – *privatum*, and significant even compared to Cicero and Gaius, who categorised the pair notions *ius publicum* – *ius privatum* within the *ius humanum*, contrasting the latter to *ius divinum*.¹¹

At this point I anticipate the thesis rarely reflected upon in the literature whereby, through a politely performed incorporation of *ius sacrum*,¹² Ulpian meant to demarcate *ius publicum* as sharply, and as clearly as possible from *ius privatum* in a way that by narrowing down the reference of *ius publicum* to state and religious issues the overwhelming majority of the legal system

law], Budapest 1974, 547; G. HAMZA, *Reflections on the classification ('divisio') into "branches" of modern legal systems and Roman law traditions*, Studii in onore di Luigi Labruna, IV, Napoli 2007, 2449ff.

⁸ MAROTTA 2000, 153f.

⁹ Ulpian was inspired by Cicero's *De legibus*, whose second book discusses sacral law, and the third the magistrates, see MAROTTA 2000, 162; PETRUCCI 2017, 48. P. STEIN, *Ulpian and the distinction between ius publicum and ius privatum*, Études H. Ankum, II, Amsterdam 1995, 502, notes that the triad only constitutes a list for use as example, but the endeavour to narrow down the concept of *ius publicum* is obvious. See similarly KASER 1986, 9, whereas LOMBARDI 1968, 1021 claims, however, that the list is taxative ("una specificazione formulata in termini tassativi"), and that excludes the harmonisation of the 'public law' and 'cogent law' meanings of *ius publicum*. See similarly PETRUCCI 2017, 48, who claims that *sacra* means the *sacra publica*, namely "culti istituzionali appartenenti a tutto il popolo romano", *sacerdotes* means "attività e funzioni dei colleghi sacerdotali (*sacerdotia*) incaricati della gestione dei rapporti religiosi e sacrali della *res publica*", while *magistratus* means "attività e funzioni di tutti gli organi 'laici' della comunità".

¹⁰ According to PETRUCCI 2017, 48 the expression *sacra sacerdotes* does not constitute a kind of hendiadys, cf. the previous note.

¹¹ Cic., *Part. or.* 130; Gai. 2.2.10; cf. STEIN 1995, 500.

¹² KASER 1986, 9²¹ recommends a more accurate phrasing concerning the interpretation of *sacra*, which, however, is of little relevance from the point of view of our subject.

should come under *ius privatum*. To corroborate that hypothesis we have to flash back at least as far as the 2nd century B. C.

5. We have no information when Roman law was first divided into *ius publicum*, and *ius privatum*.¹³ It is likely that the two concepts did not emerge at the same time.¹⁴ There is evidence to suggest that *ius publicum* was created first. Its first documented mention was in Terence's comedy *Phormio* first shown in 161 B. C. The context is that someone is justified to claim that belongs to him under *ius publicum*.¹⁵ *Ius publicum* in that text did not mean public law (in its contemporary meaning), but a cogent rule.

In Cicero's works *ius publicum*, and *ius privatum* are essentially each other's contrasts meaning public law, and private law (in the modern sense), respectively.¹⁶ However, as the expression *ius privatum* had been a neologism in his time and its meaning was not fully clear either,¹⁷ sometimes Cicero

¹³ STEIN 1995, 500 claims that Roman jurists did not divide law into *ius publicum*, and *ius privatum* prior to Ulpian. Obviously Stein does not attribute any significance to the relevant pre-Ulpianic sources – quoted partly also by himself – from the point of view of jurisprudence.

¹⁴ See LOMBARDI 1968, 1021.

¹⁵ “*An ne hoc quidem ego adipiscar quod ius publicumst?*” Ter., *Phorm.* 412; cf. E. PÓLAY, *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom*, Budapest 1964, 297; KASER 1986, 56.

¹⁶ See Cic., *Brut.* 222: “*Brute, iuris quoque et publici et privati sane peritum*”, cf. *ibid.* 311: “*causas et privatas et publicas*”. Cicero interpreted the pair *ius publicum* – *ius privatum ab ovo* within the sphere of *ius humanum*, see STEIN 1995, 500. The trichotomy (*ius sacrum, publicum, privatum*) expounded by Quintilian (*Inst. or.* 2,4,33) does not essentially differ from the Ciceronian distinction in that regard, even if not fully congruent, but it lends itself to easy comparison with the classification of things described in Gaius' Institutes (2,2,10). MAROTTA 2000, 161 calls Quintilian's trichotomy – agreeably – an existing, but different classification. Pólay's criticism on Cicero's and Quintilian's classification (“juristisch kaum haltbar”, see PÓLAY 1964, 298) is unfounded. I wish to note at this point that E. PÓLAY, *A római jogászok gondolkodásmódja* [= Thinking of Roman jurists], Budapest 1988, 141 quotes the classification of Quintilian already objectively, and without criticism. As it is well-known, Livius 3,34,6 referred to the Twelve Tables as *fons omnis publici privatique iuris*. That dual division had been perfectly accepted in the early imperial period, see Plin., *Ep.* 1,22,2; 8,14,1; Gell. 10,20,2; Pomp. D. 1,2,2,46. See PÓLAY 1964, 298f.

¹⁷ Cicero in his work *Partitiones oratoriae* (c. 130) names laws, decisions by the Senate (for the nature of the *senatus consulta* regarded by Cicero in this passage as legal norms see F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München 1988, 410⁵⁸) and international contracts as written sources of public law, while wills, and contracts between private individuals as being written sources of private law (for this interpretation of the passage in question see e.g. G. PUGLIESE [– F. SITZIA – L. VACCA], *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991³, 214; A. BURDESE, *Manuale di diritto private romano*, Torino 1993⁴, 5; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 63). STEIN 1995, 500 claims that Cicero “[h]

finds it necessary to add the epithet *civile* to confirm: “*non publicum ius, non privatum et civile cognoverat*” (*Brut.* 214). It seems that we are dealing here with an unusual type of hendiadys whose individual elements, *ius privatum*, and *ius civile* did not *in se* necessarily mean private law in its classical (Ulpian’s) sense in Cicero’s time, but in combination with each other they did.¹⁸

As put it by Peter Stein, the jurists prior to Ulpian did not divide law into *ius publicum*, and *ius privatum*. He sees this as an explanation of the fact that the expression *ius privatum* is mentioned only six times in the sources given that private law was normally called *ius civile* by Romans.¹⁹

6. Some researchers – sometimes perhaps relying on the false assumption that the pair *ius publicum* – *ius privatum* had reflected the dualism of public and private spheres ever since their origin – are of the opinion that any references of an opposite meaning reflect a Greek influence.²⁰ This view is in my opinion hardly acceptable. That is because if the Greek influence was really a factor in the dualism of public and private law, then – in the wake of Mario Lauria’s research – we may much more firmly suppose an influence pointing toward the currently widespread interpretation. *Nota bene*, Lauria claims that certain antecedents of the division of public and private law may be identified in Demosthenes, and Aristotle.²¹

Kaser and Pólay suggest that the belief whereby *ius publicum* means the cogent rules, and *ius privatum* the permissive rules is ascribable to some classical jurists or to Papinian’s influence respectively.²² Pólay puts it very

aving first separated human law from divine law, he divides human law into written and unwritten. He then sub-divides written law into public and private.” This interpretation is in my opinion not convincing. Cicero’s deduction is *ab ovo* not so clearly linear as Peter Stein is willing to state; it does not even refer to *ius*, but *scripta*, in addition when it lists the *scripta privata*, Cicero mentions exactly wills (*tabulae*), which, even in the eyes of classical jurists, shared features of public law, see Pap. D. 28,1,3; Ulp. D. 29,3,2pr. KASER 1986, 59²³ refers, notwithstanding, to Quint., *Decl.* 374 in regard to the private law nature of the wills. See to these problems also KASER 1986, 58.

¹⁸ KASER 1986, 60 notes that Cicero did not use *ius civile* in exactly the same meaning as other jurists of his time.

¹⁹ STEIN 1995, 500 A more fundamental reason for the same is pinpointed by Lombardi as we will see below.

²⁰ See PÓLAY 1964, 311ff.; KASER 1986, 20. Also M. KASER – R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, München 2014²⁰, 34 assumes a Greek influence in this regard (specifically concerning the concept of the *utilitas publica* served by the laws).

²¹ M. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne*, Napoli 1967, quoted by MAROTTA 2000, 156.

²² PÓLAY 1964, 320. KASER 1986, 100 claims that this tendency began under the jurists of the *Hochklassik* (Neratius, Pomponius).

pointedly saying that as a result of this new approach public law – so to speak – swallowed a large part of private law.²³

Researchers often try to eliminate the contradictions of sources discussing the essence of *ius publicum* and *ius privatum* by the explanation – fundamentally true, but ultimately still qualifying as defeatist – that the borderlines of *ius publicum* and *ius privatum* were not sharp enough in the minds of the Roman jurists and became further blurred over time.²⁴

The modernist perception of *ius publicum* and *ius privatum* may be reinforced by the experience rooted also in non-legal sources whereby a very neat line divided the public sphere, and the private sphere in ancient Rome. The families (*familiae*) headed by the *pater familias* with practically unlimited power operated like an identical number of states within the state.²⁵ The power of the *consul* ended at the threshold of private homes beyond which *ius privatum* was in effect, and which public officials were not allowed to cross.²⁶

²³ PÓLAY 1964, 320. Later Pólay adopted a different view of the question, see PÓLAY 1988, especially 190, where he states that *testamenti factio* was transferred from *ius privatum* to *ius publicum*. However, in the textbook by Brósz and Pólay – perhaps at the advice of Róbert Brósz? – he used a different phrasing: “public law exceptionally applied not only to the structure of the state, the state [itself], but typically also to legal relations of a private nature [e.g. making a will, D. 28. 1. 3. – Papinian]”, see BRÓSZ – PÓLAY 1974, 54; see similarly G. HÄRTEL – E. PÓLAY, *Römisches Recht und römische Rechtsgeschichte*, Weimar 1987, 61f. HONSELL – MAYER-MALY – SELB 1987, 51 also allude to the fact that Romans handled provisions of cogent private law “later” (“dann”) as *ius publicum*. In regard to the expansion of *ius publicum* the role of Papinian is highlighted also by A. BESSENYŐ, *Római magánjog* [= Roman private law], Budapest – Pécs 2010⁴, 16, referring, however, not to cogent law but to *leges publicae*.

²⁴ PÓLAY 1988, 190.

²⁵ E. ALBERTARIO, *Il diritto romano*, Messina 1940, 91f. made a witty observation whereby Roman public law did not have a single institution that should not have had its counterpart in private law, the first one being that the *pater familias* exercises the power of a *rex* over his family.

²⁶ For the sharp distinction of the public, and the private sphere in ancient Rome see E. MEYER, *Römischer Staat und Staatsgedanke*, Zürich – Stuttgart 1964³, 257ff. The sharp distinction between *ius publicum* and *ius privatum* is illustrated by a story reported by Gellius (2,13) that professors János Zlinszky and Béla Adamik pointed out to me. A *pater familias* once wished to put his son, still subject to *patria potestas* to the test despite the son being a *consul*. The *filius familias* was walking in the street as consul in the company of his lictors, when the father coming the opposite direction demonstratively blocked the way of the group, and was unwilling to move out of the way even despite instructions. However, given that the street is public area subject to *ius publicum*, the *consul* instructed the lictors to clear that man out of his way. That moment the father readily obeyed, moreover, he praised his son in a satisfied tone for having enforced the authority traditionally granted to the consuls.

However, we have no proof, moreover, it does not even seem likely that the notions *ius publicum*, and *ius privatum* had their modern sense from the beginnings. The above quotation from Terence proves the archaic origin of the verbiage by classical jurists already signalised also by Mommsen which named *ius publicum* every cogent rule of positive law including a long list of legal institutions that would qualify today as belonging under private law.²⁷

Based on certain sources (e.g. Cic., *Partit. orat.* 130) many of the researchers attempting to explore the original Roman concepts share the view that the Romans – at least during the period of the late republic – called *ius publicum* the entire body of legislation, namely the *leges publicae*, in contrast to which *ius privatum* consisted of the *leges privatae*.²⁸

Besides these two “aspects of systemisation”, i.e. the cogent rules, and *leges publicae* that one may assume to be archaic, and that appear to be *ab ovo* uncertain, and not necessarily mutually reinforcing points of reference for the contemporary scholar seeking to understand the formation of the concept of *ius publicum*, Peter Stein emphasises that the Romans traditionally classified with *ius publicum* also the legal acts that addressed not specific private individuals, but the entire people: that is why wills qualified as belonging to public law, and that is why the clause *secundum legem publicam* comes up in the formal language of the mancipatory will (Gai. 2,104), and the *imaginaria solutio* effected through mancipation (Gai. 3,174).²⁹

7. Gabrio Lombardi describes the genesis of the concept of *ius publicum* very graphically, and clearly, if not, in all respects, documentably.³⁰ Lombardi

²⁷ TH. MOMMSEN, *Das römische Staatsrecht*, I³, Leipzig 1887, 3¹ mentions the rules of *usucapio* (D. 39,2,18,1), the invalidity of sales contracts in breach of the rules of matrimonial property law (D. 24,1,7,6), the nullity of the onerous contract related to *manumissio* (D. 38,1,42), the prohibition of fraudulent alienation by the insolvent debtor (D. 26,1,8), the *excusationes* (D. 26,2,29; D. 27,1,36,1), the liability of the *tutor* (D. 26,7,5,7; D. 27,8,1,9), the *quarta Falcidia* (D. 35,2,15,1), the *cautio* to be provided by the heir (D. 35,1,77,3; D. 36,3,12), and the rules concerning interment (D. 11,7,20pr.) as rules considered in the sources to belong *expressis verbis* under public law due to cogency. For the duality of the *ius publicum* – *ius privatum* distinction as the duality of cogent, and permissive norms see H. ANKUM, SZ Rom. Abt. 97 (1980), 302ff.; WIEACKER 1988, 492.

²⁸ See LOMBARDI 1968, 1021; G. ARICÒ ANSELMO, *Ius publicum – ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, Annali Palermo 37 (1983) [quoted by MAROTTA 2000, 154f.]; WIEACKER 1988, 493¹⁰; TALAMANCA 1990, 63; STEIN 1995, 500; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 2001¹², 97.

²⁹ STEIN 1995, 501.

³⁰ LOMBARDI 1968, 1021. [G. DULCKEIT – F. SCHWARZ –] W. WALDSTEIN – J. M. RAINER, *Römische Rechtsgeschichte*, München 2005¹⁰, 40 offer a different view, which is in my opinion less convincing. Still less convincing is the view of PÓLAY 1964, 315, who following

claims that *ius publicum* as the body of legislation recorded in *leges publicae* was a separate set from the other parts of *ius* during the republican period without the former part, i.e. “the rest” ever being called *ius privatum* (which means that this former was simply considered *ius civile*).³¹ A feature of *ius publicum* recorded in *leges publicae* and regulating issues of both public, and private life was cogency. It took a slow, and gradual development process before *ius publicum* started to be conceived of (also) as public law from the age of Cicero, and, at the same time, the new category of *ius privatum* was contrasted to it.³² The dating of the phases of the later development depends especially on our assessment of the classicity of Ulpian’s *ius publicum*–*ius privatum* distinction as many scholars suspect this passage of post-classical, or perhaps Justinianic interpolation.³³

In the light of the sources, it seems to be more than probable that the meanings so much unusual for many (modernist) researchers of *ius publicum* (i.e. the meanings ‘*leges publicae*’, and ‘cogent law’) not only did not emerge during the imperial period, but almost certainly these meanings so unusual for us are the older ones. At the same time a tendency became apparent in Cicero’s age³⁴ whereby the pair *ius publicum* – *ius privatum* gradually espoused the meaning of ‘public law – private law’ in the modern sense of these terms. Accordingly Cicero, in his *De oratore* (1,46,201) contrasts *ius publicum* to *ius civile* in the sense that an orator dealing with public affairs must be experienced in *ius publicum*, and an orator dealing with private law cases (*rerum privatarum causae*) must be erudite in *ius civile*.³⁵

lengthy discussions, reaches the conclusion of little apparent adequacy that by contrasting *lex publica*, and *lex privata* the full set of private property relationships came under *ius privatum*.

³¹ Such a (temporary) asymmetry of notions was not quite unusual in Roman law. It is enough to refer to the fact that the notion of *actiones bonae fidei* came into being much earlier than that of *actiones stricti iuris*.

³² Gábor Hamza, unwilling to demonstrate tendencies of concept development, realises only that different meanings of the pair *ius publicum* – *ius privatum* emerge in the sources, see HAMZA 2007, 2449ff. TALAMANCA 1990, 64 is likewise sceptical as regards the solvability of the conceptual mystery of *ius publicum*.

³³ For allegations of interpolation related to the text see e.g. PÓLAY 1964, 317f.; LOMBARDI 1968, 1021; KASER 1986, 6ff.; MAROTTA 2000, 154¹⁷⁴. The more recent literature, e.g. PUGLIESE 1991, 214 rejects the suspicion of interpolation.

³⁴ BURDESE 1993, 5 sees the appearance of this tendency with the beginning of Cicero’s age.

³⁵ Cf. WIEACKER 1988, 493; MAROTTA 2000, 160. WIEACKER (ibid.) claims that at that passage (*De or.* 1,46,201) Cicero interprets *ius publicum* as law applicable to *civitas*, and *imperium*. As for the areas of application of *ius publicum*, Cicero mentions the penal courts (*causae publicae iudiciorum*), the comitia (*contiones*), and the *senatus*, and refers to the *publici iuris auctoritas*, and *regendae rei publicae ratio*, of which the latter is clearly a political

Although the terminology has not crystallised yet, that text hallmarks a change of direction, a new tendency unfolded by the famous text by Ulpian offering a novel distinction between *ius publicum*, and *ius privatum* that also served as a basis of the subsequent development of this pair. It is to be noted, however, that Ulpian himself did not intend to break with the traditions radically, either, and, as a result of his conservatism he also used the expression *ius publicum* in the older, ‘cogent law’ meaning of the word (see e.g. D. 50,17,45,1).³⁶

8. There is disagreement in the literature on why Ulpian found it important to re-interpret the pair *ius publicum* – *ius privatum*. Peter Stein claims that by clearly demarcating *ius publicum* from *ius privatum*, and narrowing down public law to legal norms concerning state and religious affairs Ulpian wished to achieve two objectives: on the one hand he wanted to defend private law from imperial interventions, a threat of unusual intensity compared to any previous experience during the time of Caracalla,³⁷ and, on the other hand – *nota bene*, we are in 213 or 214 – Ulpian wanted to appease the citizens freshly winning *civitas Romana* through *constitutio Antoniniana* by assuring them that private law was not going to change because the emperor’s ambition is to regulate public affairs. As formulated by Stein himself: “Ulpian would be concerned to spread the idea that the emperor was primarily concerned with public matters, especially state religion and state officialdom”.³⁸

Marotta says that Ulpian wanted to defend traditional Roman social order, not least the institutions of the pagan Roman state religion against Christian ideas, which were in the time propagated in particular by Tertullian.³⁹

In my opinion, however, Stein and Marotta overestimated Ulpian’s ambitions. Even if one takes into account the fact that Ulpian was in the last period of his life *praefectus praetorio*, he could hardly have fought either the emperor’s ambitions of power or Christian ideas in the slightest hope of victory using the introductory sentences of a law textbook as his weapon, and a law textbook would have been similarly unsuitable to calm down large masses of new citizens. The reason is more likely that Ulpian as

category. It is a noteworthy fact that here Cicero contrasts *ius publicum* to *ius civile*, and fails to mention *ius privatum*, however, the meaning of *ius civile* here is obviously private law. MAROTTA (ibid.) claims that *ratio rei publicae* means the good governing of the state, and constitutes the antecedent to Ulpian’s thoughts creating the correlation between *status rei publicae*, and *utilitas publica*.

³⁶ STEIN 1995, 502.

³⁷ “[T]o protect private law from imperial interference”, see STEIN 1995, 503.

³⁸ STEIN 1995, 503f.

³⁹ MAROTTA 2000, 157.

a jurist excelling at synthesizing, and systemising recognised the conceptual chaos related to the pair *ius publicum* – *ius privatum*, and wished to draw a clear dividing line between the two spheres in an attempt to promote law education, and jurisprudence.⁴⁰

9. On the basis of the above I find the view widespread in the literature (shared e.g. by Max Kaser, and in the Hungarian literature by Gábor Hamza) excessively cautious whereby the reason behind Ulpian's dichotomy is not that the Roman legal system should be divided into two different, mutually exclusive areas (*partitio*), and in contrast, Ulpian only speaks about a mere *divisio*, i.e. he refers to diverging centres of gravity.⁴¹ In that regard I can more readily share the view of Peter Stein, and Marotta⁴² with the remark that Ulpian surely did not intend to absolutise the dichotomy conceived by him.⁴³

10. One can hardly overestimate the significance of impact of the Ulpianic distinction between *ius publicum*, and *ius privatum*. This famous text quoted both in the beginning of the Institutes and in that of the Digest have determined the later history of these notions up to the present. We must not forget, however, that one (if not more) of the elder meanings of these notions existed still in the age of Justinian, namely the meaning 'cogent law' – 'permissible law'.⁴⁴ The jurists inclined to forget this old meaning only in the later times.

⁴⁰ An esteemed Hungarian colleague, Ádám SZABÓ directed my attention to the possibility that Ulpian may have had also political motivations to involve *ius sacrum* in the category of *ius publicum*, and to place it in the foreground, a fact that is given *expressis verbis* mention in the text of the *constitutio Antoniniana*, requiring that the new citizens should, as much as possible, become part of the Roman state religion. I find that suggestion a plausible hypothesis noting that Ulpian may surely have considered several aspects at a time. In any case, Ulpian's dichotomy did not fail to work its influence on the late imperial period: in a work by Hermogenian D. 35,1,14, and then also in a decree by Constantine (C. 9,51,13,2c [a. 321]) we see signs that Ulpian's concept of the pair *ius publicum* – *ius privatum* had become accepted at both the imperial chancery, and in jurisprudence, see STEIN 1995, 504.

⁴¹ KASER 1986, 10f. Kaser regards the verb *spectare* – carefully selected in his opinion – a sign that Ulpian's objective was not a real two-way distinction of the legal system. For the concept of *partitio*, and *divisio* in Roman law see D. NÖRR, "*Divisio*" und "*partitio*", München 1972.

⁴² Also MAROTTA 2000, 155 follows grosso modo this view, assuming that Ulpian "isola due diverse sfere: una pubblica, a protezione degli 'interessi' della stabilità e della 'res Romana', [e] una meramente privata, nella quale devono trovar tutela, invece, gli interessi dei singoli".

⁴³ It is subject to dispute in the literature how consistently, at the level of specific cases, e.g. as regards the *operis novi nuntiatio*, Ulpian could gain effect to the dichotomy. Giuseppina Aricò Anselmo's sceptical views on this problem (ARICÒ ANSELMO 1983) are criticised by G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova 2001, 151ff.

⁴⁴ See LOMBARDI 1968, 1021.

Na cestě k jednotě římského národa: *Lex Icilia de Aventino publicando*

David Falada

Na počátku římských dějin historického období stojí několik významných legislativních počinů. Každého jistě napadne především nejznámější z těchto zákonů, zákon XII desek z let 450 až 449 př. Kr. Není to samozřejmě jediný zákon z té doby a je jistě zajímavé zasadit jej do historického kontextu života tehdejší římské společnosti. Cesta k němu je totiž znamenána řadou sice méně známých, svým dosahem však také významných zákonů, nebo alespoň návrhů zákonů. Jedním z takových je i *Lex Icilia de Aventino publicando*.

Tvrzení, uvedené v první větě si ale nejprve vyžaduje určité vysvětlení. Na rozdíl od předcházejícího „mýtického období“ považujeme za „historické období“ v zásadě dobu po vyhnání posledního krále, Lucia Tarquinia, v roce 510/509 př. Kr.¹ Jde samozřejmě o určité zjednodušení. Řím prožíval svoji bohatou historii beze všech pochyb i v období královském, avšak jde o historii vyprávěnou mnohem pozdějšími zápisy, které navíc obsahují množství evidentně mýtických příběhů. „Nejméně tři další staletí (t.j. od poloviny 8. století př. Kr., poznámka autora) zůstal vývoj Říma zahalen v hlubokých temnotách, z nichž jen tu a tam probleskuje matné světélko, o něž se můžeme opírat jako o poněkud pevnější bod“,² výstižně uvádí Milan Bartošek. Mýtickou esenci nejstarších římských dějin velmi přesvědčivě analyzoval pak Georges Dumézil.³

¹ Vročení této události se v literatuře pohybuje mezi oběma letopočty. Například standardní učebnice římského práva uvádí jednoznačně rok 510 př. Kr. KINCL, J./URFUS, V./SKŘEJPEK, M.: Římské právo. Praha (1995), s. 7. Jiné texty uvádějí naproti tomu jednoznačně rok 509 př. Kr. Například ADKINS, L./ADKINS, R. A.: Antický Řím. Encyklopedická příručka. Praha (2012), s. 2. Souvisí to zřejmě s tím, že v počítání roků vycházíme pro tuto dobu z asi nejčastěji citovaného díla Liviova *Ab Urbe condita*, kde přesná datace nebo vročení konkrétní události buď zcela chybí, nebo se takové určení odpočítává od roku mýtického založení Říma roku 753 př. Kr. (uváděno obvykle jako „AUC“), čímž vznikají takové časové diskrepance. Pro tuto konkrétní událost citujeme Livioův text (1,60): *Regnatum Romae ab condita Urbe ad liberatam annos ducentos quadraginta quattuor*. V překladu Pavla Kucharského a Čestmíra Vránka: „Království trvalo v Římě od založení města až do jeho osvobození dvě stě čtyřicet čtyři roky“. Ohledně citací Liviových textů zde a dále a jejich překladu do češtiny viz seznam literatury.

² BARTOŠEK, M.: Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje). Praha (1988), s. 18.

³ DUMÉZIL, G.: Mýtus a epos I. Trojfunkční ideologie v eposech indoevropských národů. Praha (2001), s. 279–296.

Podrobnější rozbor těchto nejstarších římských dějin se poněkud vymyká záběru zde prezentované úvahy. Přesto mají některé danosti královského období významný vliv na námi zkoumanou problematiku, a tak je nemůžeme jen tak opomenout. Jde o to, že římská společnost se v období rané republiky potýkala s vážnými problémy, často spojenými s vnitřní nejednotností. V tomto ohledu je nutné připomenout, že se v tomto období Římané rozdělovali na dvě společenské skupiny – patricie a plebeje. Ačkoliv původ tohoto rozdělení není znám,⁴ je evidentní, že politická a ekonomická nerovnost obou skupin působila Římanům nemalé problémy. Nakonec i výše zmiňovaný zákon XII desek je běžně vykládán jako jeden z kroků, činěných k řešení tohoto problému.⁵ A v této souvislosti se pak vracíme k již uvedenému Iciliovu zákonu.

Co o tomto zákonu víme? Že byl přijat v roce 456 př. Kr. (t.j. roku 297 AUC) na návrh tribuna lidu Lucia Icilia Rugona a že jím byla plebejům dána k dispozici půda na pahorku Aventinu. Prakticky vše konkrétnější o jeho obsahu známe z Liviových „Dějin“ (*Ab Urbe condita*) a z díla Dionysia z Halikarnasu „Římské starožitnosti“ (*Ρωμαϊκὴ Ἀρχαιολογία*). První z obou historiků uvedený zákon zmiňuje sice jenom útržkovitě na dvou místech (3,31–32), avšak velmi zřetelně jej zasazuje do kontextu vrcholícího konfliktu mezi patricií a plebeji a do souvislosti s přípravou výše zmíněného zákona XII desek. Je tedy vhodné Livia ocitovat v plném rozsahu:

Liv. 3,31–32:

(31) *Deinde M. Valerius Sp. Verginius consules facti. Domi forisque otium fuit; annona propter aquarum intemperiem laboratum est. De Auentino publicando lata lex est. Tribuni plebis iidem refecti. Hi sequente anno, T. Romilio C. Veturio consulibus, legem omnibus contionibus suis celebrant: pudere se numeri sui nequiquam aucti, si ea*

(31) Potom se stali konsuly Marcus Valerius a Spurius Verginius. Doma i za hranicemi byl klid. Následkem přílišných dešťů nastala však drahota potravin. Byl podán návrh zákona, aby Aventin byl rozparcelován pro lid. Za tribuny byli znovu zvoleni titíž plebejové. Ti následujícího roku za konsulů Tita Romilia a Gaia Veturia ve všech svých proslovech

⁴ Viz například BOATWRIGHT, M. T./GARGOLA, D. J./TALBERT, R. A. J.: Dějiny římské říše od nejranějších časů po Konstantina Velikého. Praha (2012), s. 69–72.

⁵ Je nutné připomenout, že kolem zákona XII desek existuje množství dohadů a nejasností. K podrobnostem viz zejm. WESTBROOK, R.: The Nature and Origins of the Twelve Tables. In Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. Vol. 105 (1988), s. 74–121.

<p><i>res aequae suo biennio iaceret ac toto superiore lustro iacisset.</i></p>	<p>na shromážděních hlučně jednají o návrhu zákona Terentiova; prý se stydí za ten větší počet tribunů, který by byl zbytečně rozmnožen, kdyby ta věc zůstala za jejich dvouletého úřadování ležet stejně jako za celého předešlého pětiletí.</p>
<p><i>Cum maxime haec agerent, trepidi nuntii ab Tusculo ueniunt Aequos in agro Tusculano esse. Fecit pudorem recens eius populi meritum morandi auxilii. Ambo consules cum exercitu missi hostem in sua sede, in Algido inueniunt. Ibi pugnatum. Supra septem milia hostium caesa, alii fugati; praeda parta ingens. Eam propter inopiam aerarii consules uendiderunt. Inuidiae tamen res ad exercitum fuit, eademque tribunis materiam criminandi ad plebem consules praebuit. Itaque ergo, ut magistratu abire, Sp. Tarpeio A. Aternio consulibus dies dicta est Romilio ab C. Caluio Cicerone tribuno plebis, Veturio ab L. Alieno aedile plebis. Vterque magna patrum indignatione damnatus, Romilius decem milibus aeris, Veturius quindecim.</i></p>	<p>Když to právě nejvíce projednávali, přijdou poplašné zprávy z Tuscula, že Aequové jsou na území tusculském. Římané se styděli odkládat svou pomoc vzhledem k nedávným zásluhám toho kmene. Oba konsulové vyslaní s vojskem zastihnou nepřítele v jeho stanovišti na Algidu. Tam byla svedena bitva. Přes sedm tisíc nepřátel bylo pobito, ostatní byli zahnáni na útek, byla získána nesmírná kořist; tu konsulové prodali pro nedostatek peněz ve státní pokladně. Tím však podnítli nevoli u vojska a ta se zase stala podnětem tribunům k osočování konsulů u lidu. Proto, jakmile odstoupili z úřadu – za konsulů Spuria Tarpeia a Aula Aternia – byli pohnáni k zodpovídání: Romilius od Gaia Calvia Cicerona, tribuna lidu, a Veturius od Lucia Aliena, aedila plebejského. Oba byli odsouzeni za velikého rozhořčení otců k pokutě, Romilius k 10.000, Veturius k 15.000 asů.</p>
<p><i>Nec haec priorum calamitas consulum seniores novos fecerat consules. Et se damnari posse aiebant, et plebem et tribunos legem ferre non posse. Tum abiecta lege quae promulgata</i></p>	<p>Avšak tato prohra předešlých konsulů nečinila nové konsuly váhavějšími; tvrdili, že také oni mohou být odsouzeni, ale že ani lid, ani tribunové nesmějí přijít s návrhem zákona</p>

<p><i>consenuerat, tribuni lenius agere cum patribus: finem tandem certaminum facerent. Si plebeiae leges displicerent, at illi communiter legum latores et ex plebe et ex patribus, qui utrisque utilia ferrent quaeque aequandae libertatis essent, sinerent creari. Rem non aspernantur patres; daturum leges neminem nisi ex patribus aiebant. Cum de legibus conueniret, de latore tantum discreparet, missi legati Athenas Sp. Postumius Albus A. Manlius P. Sulpicius Camerinus, iussique inclitas leges Solonis describere et aliarum Graeciae ciuitatum instituta mores iuraque noscere.</i></p>	<p>Terentiliova. Tribunové tedy ponechali stranou zákon, jehož vyhlášení už pozbylo významu, a začali jednat s otci mírněji, aby konečně jednou učinili konec sporů: jestliže se jim nelíbí plebejské návrhy zákonů, aby dovolili zvolit navrhovatele zákonů společně, i z lidu, i z otců, kteří by přednesli, co by bylo užitečné oběma stranám a co by přispělo k vyrovnání občanské svobody. Ten návrh otcové nezamítali, žádali však, aby nepodával návrh zákona nikdo jiný, jedinec někdo z otců. Když se tak shodli o návrzích zákonů a lišili se jen v mínění o osobě navrhovatelů, byli posláni Spútius Postumius Albus, Aulus Manlius a Publius Sulpicius Camerinus do Athén a bylo jim uloženo opsat proslulé zákony Solónovy a seznámit se i s politickým zřízením, obyčeji a právy jiných řeckých obcí.</p>
<p><i>(32) Ab externis bellis quietus annus fuit, quietior insequens P. Curiatio et Sex. Quinctilio consulibus, perpetuo silentio tribunorum, quod primo legatorum qui Athenas ierant legumque peregrinarum exspectatio praebuit, dein duo simul mala ingentia exorta, fames pestilentiaque, foeda homini, foeda pecori. Vastati agri sunt, urbs adsiduis exhausta funeribus; multae et clarae lugubres domus. Flamen Quirinalis Ser. Cornelius mortuus, augur C. Horatius Puluillus, in cuius locum C. Veturium, eo cupidius quia damnatus a plebe erat, augures legere. Mortuus consul Quinctilius, quattuor</i></p>	<p>(32) Od zahraničních válek byl toho roku pokoj a ještě pokojnější byl rok následující za konsulů Publia Curiatia a Sexta Quinctilia, protože tribunové zachovávali stálé mlčení. Způsobilo to především čekání na posly, kteří se odebrali do Athén, a vyčkávání cizích zákonů a pak dvě současné hrozné pohromy – hlad a mor zhoubný pro lidi, zhoubný i pro dobytčata. Venkov byl zpusťošen, město bylo vylidněno ustavičnými pohřby; mnohé slavné rodiny nosily smuteční šat. Zemřel flamen, to je obětník Quirinův, Servius Cornelius a také augur, to je věstec podle letu ptáků, Gaius Pulvillus.</p>

<p><i>tribuni plebi. Multiplici clade foedatus annus; ab hoste otium fuit.</i></p>	<p>Na jeho místo zvolili augurové Gaia Veturia tím horlivěji, protože byl odsouzen lidem. Zemřel konsul Quinctilius a čtyři tribunové lidu. Ten rok byl zle postížen mnohonásobnou zkázou. Od nepřítele byl klid.</p>
<p><i>Cum maxime haec agerent, trepidi nuntii ab Tusculo ueniunt Aequos in agro Tusculano esse. Fecit pudorem recens eius populi meritum morandi auxilii. Ambo consules cum exercitu missi hostem in sua sede, in Algido inueniunt. Ibi pugnatum. Supra septem milia hostium caesa, alii fugati; praeda parta ingens. Eam propter inopiam aerarii consules uendiderunt. Inuidiae tamen res ad exercitum fuit, eademque tribunis materiam criminandi ad plebem consules praebuit. Itaque ergo, ut magistratu abiere, Sp. Tarpeio A. Aternio consulibus dies dicta est Romilio ab C. Caluio Cicerone tribuno plebis, Veturio ab L. Alieno aedile plebis. Vterque magna patrum indignatione damnatus, Romilius decem milibus aeris, Veturius quindecim.</i></p>	<p>Potom byli konsuly Gaius Menenius a Publius Sestius Capitolinus. Ani toho roku nebyla žádná zahraniční válka. Doma vznikly nepokoje. Už se vrátili poslové s attickými zákony. Tím naléhavěji vymáhali tribunové, aby se konečně začalo se sepisováním zákonů. Uznali za vhodné zvolit desetičlennou komisi, takzvané decemviry, bez možnosti odvolat se ke sněmu a s tou výjimkou, aby toho roku nenastoupil žádný jiný úředník. Zda mají být přibráni do komise plebejové, o to byl nějaký čas spor; konečně byl otcům učiněn ústupek, jen aby nebyl zrušen zákon Iciliův o parcelaci Aventinu a jiné ještě zákony, jejichž neuposlechnutí bylo trestáno prokletím viníka.</p>

Obsahově sdílnější je druhý zmiňovaný historik, který o zákonu píše mnohem podrobněji (10,31–32).⁶

K pochopení významu tohoto zákona je tedy nutné připomenout množství kontextuálních faktů.

Nejprve se budeme věnovat době, v níž zákon vznikl. Co tedy předcházelo onomu roku 456 př. Kr.?

Řím stál na počátku republikánské éry. Společnost otevřela novou epochu svého vývoje, silně vnímanou jako osvobození se od nespravedlivé tyranie

⁶ Originální řecký text a překlad do angličtiny viz seznam literatury.

posledního krále, onoho Lucia Tarquinia, řečeného Superbus (Zpupný). A tak právě nastoupila cestu, na jejímž vrcholu bude ovládat většinu tehdy známého světa.

Tato společnost však byla vnitřně rozdělená. Hluboko v minulosti zakořeněné rozdíly mezi privilegovanými patricii a níže postavenými plebeji začínaly právě v období první poloviny 5. století př. Kr. působit značné problémy. Ponechme nyní stranou dohady o nejasném původu onoho rozdělení. Co však připomenout musíme, je konstatování, že kromě zřejmých ekonomických rozdílů (bohatší patriciové oproti chudším plebejům) odděloval od sebe obě komunity i fakt, že vnitřní organizace patriciů se v této době opírala o rody (*gentes*), zatímco o plebejích lze předpokládat, že jejich organizace byla již více zaměřena na moc otce rodiny (*pater familias*) a gentilská struktura v ní chyběla.⁷

Historicky daná silnější pozice patriciů se mimo jiné projevovala i v tom, že byli upřednostňováni v možnosti užívání půdy, kontrolované jinak římským státem. Přidělování pozemků římským občanům, známá *adsignatio* (nebo *assignatio*),⁸ byla ve starších dobách poplatná rodové struktuře, takže můžeme předpokládat, že členové jednoho rodu byli obvykle usazováni v blízkém teritoriu.⁹ To mimo jiné vedlo i některé historiky k úvahám o tom, kdo vlastně má být považován za vlastníka daného pozemku – zda jedinec (respektive *pater familias*), *gens* nebo celý *populus romanus*.¹⁰ Ať tak či onak, v době nastupující republiky se začínají projevovat první známky změny společenského uspořádání v tomto ohledu. A plebejové se svému vylučování z užívání půdy začínají bránit.

Vlastní technická stránka provedení *adsignace* se sice do určité míry vymyká tématu této úvahy, přesto ji však musíme alespoň v obrysech připomenout, neboť se k ní vrátíme později. Jestliže jsme výše použili výraz „půda kontrolovaná římským státem“, máme tím na mysli tzv. *ager publicus*. Jde o území, k němuž má samotný římský stát poměr, který můžeme chápat především v jeho veřejnoprávním smyslu, tedy jako hmotný substrát římské obce.¹¹ Původně – tedy dokud byl Řím malým městským státem – se to týkalo území samotného města a snad bezprostředního okolí, s postupem doby se

⁷ Viz například VANČURA, J.: Agrární právo římské republiky. Praha (1908), s. 7 nebo OLIVIERO, G. M.: La „*lex Icilia de Aventino publicando*“. In Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law. Napoli (1997), s. 522.

⁸ BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva. Praha (1994), s. 21, heslo *adsignatio*.

⁹ VANČURA, J.: Agrární právo římské republiky. Praha (1908), s. 8.

¹⁰ *Ibid.*, s. 7.

¹¹ Snažíme se v tomto rozměru vyhnout výrazu „vlastnictví“, byť je tento poměr takové konstrukci asi nejbližší. Viz VANČURA, J.: Agrární právo římské republiky. Praha (1908), s. 45.

však takto kontrolované území rozšiřovalo.¹² V praxi byly pak od nejstarších dob přidělovány pozemky onou adsignací jednotlivým Římanům (a jak již bylo výše naznačeno, šlo o přidělení příslušné rodině, reprezentované jejím otcem). Účelem mohlo být primárně buď zajištění kultivace přidělované půdy, a tím pak i zásobování města (*adsignatio viritana*), anebo vytvoření kolonie, tedy v podstatě posádkového města, a tím pak zabezpečení obrany Říma; oba účely se mohly případně doplňovat.¹³

Takovému přidělování půdy ale muselo předcházet její rozdělení zeměměřiči (*agri mensores*) na jednotlivé pozemky o v zásadě stejné výměře dvou jiter (tzv. *bina iugera*), tedy o celkové výměře cca 0,5 ha. Takto rozparcelovaná půda s vyznačenými hranicemi, byla označována jako *ager limitatus*.¹⁴ Protože se jednalo o závažný zásah do majetku obce, a jeho převod z veřejné sféry do soukromého vlastnictví (*dominium ex iure Quiritium*), stál na počátku celého procesu legislativní akt – zákon (*lex*), a to v době královské vydaný samotným králem,¹⁵ v době republikánské pak v první řadě lidovým shromážděním centurijním (*comitia centuriata*), později i usnesením (*plebiscitum*) plebejského shromáždění (*concilia plebis*). Souhrn těchto zákonů je pak znám pod označením *leges agrariae*.¹⁶ Samotné přidělování jednotlivých pozemků pak příslušelo vyšším magistrátům, respektive kolektivním orgánům mimořádných magistrátů, jejichž složení a konkrétní pravomoci byly vymezeny v příslušném zákoně. A protože v případě přidělování pozemků, spojených s vytvářením kolonie, byly často předmětem adsignace pozemky dobyté na nepřátelích, byli adsignatáři v první řadě účastníci příslušného vojenského tažení a o rozdělení pozemků mezi zájemce rozhodoval v první řadě sám velitel. A i když se vojenských tažení účastnili i plebejové, byli přesto i v takových případech upřednostňováni patriciové.¹⁷

K výše uvedeným postupům je nutno dále přičíst praxi, kdy podle obyčejového práva mohl každý užívat tolik půdy, kolik jí mohl kultivovat.¹⁸

¹² BARTOŠEK, M.: Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje). Praha (1988), s. 62.

¹³ VANČURA, J.: Agrární právo římské republiky. Praha (1908), s. 49n.

¹⁴ BARTOŠEK, M.: Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje). Praha (1988), s. 62.

¹⁵ Vůbec první rozdělování římské půdy je v římské mytologii připisováno již prvnímu římskému králi Romulovi a jeho nástupci Numovi Pompiliovi. Viz například VANČURA, J.: Agrární právo římské republiky. Praha (1908), s. 7n a 48n.

¹⁶ Ibid., s. 48.

¹⁷ VANČURA, J.: Agrární právo římské republiky. Praha (1908), s. 21 a ROSELAAR, S. T.: Public Land in the Roman Republic. A Social and Economic History of *Ager Publicus* in Italy, 396–89 BC. Oxford (2010), s. 28.

¹⁸ OLIVIERO, G. M.: La „*lex Icilia de Aventino publicando*“. In Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law. Napoli (1997), s. 529.

V reálném životě to byli opět pozemkoví vlastníci, tedy patriciové, kteří takto prostou okupací rozšířili pozemky jimi využívané. Výsledkem pak byla právní kontrola konkrétního patricie nad relativně omezeným rozsahem pozemku (*bina iugera*), avšak faktická kontrola nad velikým lánem pozemku, patřícím jinak celému římskému národu.

Období zvýšeného tlaku na změnu systému přidělování půdy můžeme pozorovat především ve dvou obdobích. První spadá do let 481 až 474 př. Kr., druhé pak do doby po roce 424 př. Kr. V těchto obdobích dobývá Řím půdu na svých nepřátelích. V prvním období ji získal od poražených Latinů a Herniků, ve druhém období pak po dobytí měst Bolae a Labicum.¹⁹

Emancipační snahy plebejů měly i své politické výsledky. První secese lidu na *Mons Sacer*²⁰ v roce 494 př. Kr. přinesla plebejům úřad tribuna *plebis*, obsazovaný nejprve dvěma, od roku 470 př. Kr. pěti a od roku 457 př. Kr. deseti úředníky.²¹ Dalším důležitým ziskem plebejů bylo v roce 471 př. Kr. uznání shromáždění plebejů (*concilia plebis*) za regulérní shromáždění lidu. Na druhou stranu ale nebyli plebejové přizváni k účasti mezi decemviry, kteří začali působit v roce 451 př. Kr., a jejichž hlavním úkolem bylo sepsání obyčejového práva, vedoucí až k výše již zmíněnému zákonu XII desek.²² Snaha o kompromisní řešení konfliktu mezi oběma složkami římského obyvatelstva je zde zřejmá. Že ale šlo o nedokonalé řešení problému, vidíme z druhé secese plebejů roku 450 př. Kr.

Pokud se týče kontroly půdy, objevují se první snahy o jakýsi kompromis v tomto konfliktu mezi patricii a plebeji také v této době. Znamé jsou návrhy zákonů (*rogationes*), první konzula Spuria Cassia Vacellina z roku 486 př. Kr., který výrazně pamatoval i na plebeje a který způsobil v římské společnosti neklid na celá desetiletí a jako inspirativní zdroj byl vnímán i reformátory bratry Gracchy ještě v závěru 2. století př. Kr.²³ Druhý návrh byl učiněn

¹⁹ ROSELAAR, S. T.: Public Land in the Roman Republic. A Social and Economic History of *Ager Publicus* in Italy, 396–89 BC. Oxford (2010), s. 28.

²⁰ Pahorek, nacházející se asi 4,5 km severovýchodně od Říma. Viz Slovník antické kultury. Praha (1974), s. 392, heslo *Mons sacer*.

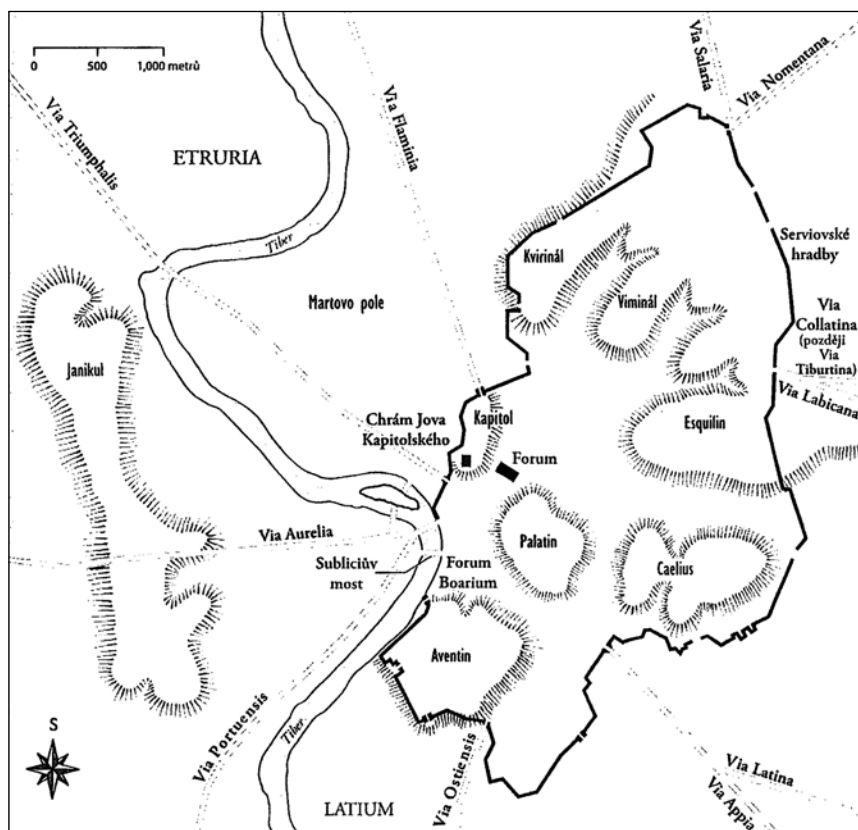
²¹ KINCL, J./URFUS, V./SKŘEJPEK, M.: Římské právo. Praha (1995), s. 12 a OLIVIERO, G. M.: La „*lex Icilia de Aventino publicando*“. In Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law. Napoli (1997), s. 523. Bartoškovou vnočením vzniku úřadu tribunů plebis (r. 394 př. Kr.) je nejspíše tiskovou chybou. Viz BARTOŠEK, M.: Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje). Praha (1988), s. 53.

²² BARTOŠEK, M.: Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje). Praha (1988), s. 225.

²³ SIGERE, S.: The Man, the Office and the Legislation: A Topographical Study of Aventine Temples and their Connection with Gaius Gracchus. In *Hirundo*. The McGill Journal of Classical Studies. Vol. 11 (2012–2013), s. 66–67.

plebejským tribunem Gaiem Terentilem Arsou (Harsou) roku 462 př. Kr. Ani jeden pokus však nevyšel pro odpor senátu.

Ještě jednu okolnost je nutno zaznamenat. Řím byl v té době rozvíjejícím se městem. Jeho zásobování do značné míry záviselo na dodávkách potravin po Tibeře. Důležité přístaviště vzniklo právě pod Aventinem na jihu tehdejšího osídleného území. A na sever od Aventinu se konávaly dobytčí trhy (místo se nazývalo *Forum boarium*), neméně důležité pro zásobování Města. Není divu, že se v daných oblastech usazovali obchodníci, a vůbec všichni, kteří se dovozem potravin, jejich distribucí a obchodem s nimi zabývali – logicky tedy především lidé, kteří potraviny sami neprodukovali, třeba proto, že neměli vlastní obdělávatelnou půdu. V oblasti pak vznikla jakási obchodní čtvrť, které se ale zámožní patriciové spíše vyhýbali. Situaci zobrazuje následující mapa:²⁴



²⁴ ADKINS, L./ADKINS, R. A.: Antický Řím. Encyklopedická příručka. Praha (2012), s. 111.

Konečně tedy přišel rok 456 př. Kr., kdy tribun lidu Lucius Icilius Ruga prosadil přijetí zákona, který, jak bylo výše uvedeno, přidělil půdu na Aventinu plebejům. Podívejme se nyní na jeho charakteristiku blíže.

1. Do jisté míry se vede diskuse o tom, zda šlo formálně o *plebiscitum* (usnesení plebejského lidového shromáždění) nebo o *lex centuriata* (zákon centurijního lidového shromáždění). Tato diskuse, zdá se, je rozhodnuta ve prospěch mínění, že šlo o *plebiscitum*, mimo jiné proto, že je tento zákon spojen se jménem rogátora Icilia, a nikoliv s některým z konzulů, kteří by jinak návrh centurijnímu lidovému shromáždění podávali. Centurijní shromáždění tak jen potvrzovalo již přijaté *plebiscitum*.²⁵

2. Livius označuje *Lex Icilia* za *lex sacrata*. Znamená to, že zákon byl považován za nedotknutelný, tedy neodvolatelný ani nezměnitelný, a že musel být proveden. To odpovídá i zkušenostem z předchozího období hledání kompromisu mezi patricii a plebeji. Připomeňme v této souvislosti již zmíněné předchozí marné pokusy konzula Cassia z roku 486 př. Kr. a plebejského tribuna Terentilia z roku 462 př. Kr. Jestliže plebejové souhlasili s tím, že nebudou zastoupeni v decemvirální komisi, ustoupili patriciové v otázce půdy na Aventinu.²⁶

3. Půda na Aventinu byla předána plebejům, avšak nikoli zcela. Zákon garantoval těm, kteří pozemky získali legálně, že si je mohou podržet. Ohledně pozemků, získaných „násilím nebo lstí“ (*vi aut clam*), měli být dosavadní držitelé kompenzováni za stavby, které na nich zbudovali, pozemky samy však měly být vydány plebejům. Kdo měl dosavadní držitele kompenzovat, zda státní pokladna (*aerarium*) nebo nový uživatel, není zcela jasné, zdá se ale, že spíše nový uživatel. Tím by se do popředí dostávali ti z plebejů, kteří byli bohatší. Půda nezastavěná pak měla být přidělena plebejům bezúplatně. Otázka, kdo mohl získat pozemek legálně, odkazuje nepochybně na výše uvedenou praxi *adsignace*; použití výrazu *vi aut clam* je pak pravděpodobně ahistorický odkaz na svévolnou okupaci.²⁷

4. Otázka, jakým způsobem se měla plebejům přidělovat půda na Aventinu, zůstává do značné míry otevřena. Pravděpodobně by forma kopírovala *adsignaci* pozemku, zmiňovanou výše. Samotné předání pozemku novému vlastníkovi se však činilo tradiční formou *per aes et libram*, tedy *mancipací*,²⁸ t.j. za účasti pěti svědků a vážného (*libripens*).

²⁵ OLIVIERO, G. M.: La „*lex Icilia de Aventino publicando*“. In Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law. Napoli (1997), s. 526.

²⁶ Ibid., s. 527. Výslovně to ostatně konstatuje Livius 3,32 (viz výše).

²⁷ Ibid., s. 529.

²⁸ VANČURA, J.: Agrární právo římské republiky. Praha (1908), s. 14n.

Součástí této ceremonie byla pravděpodobně i formální přísaha věrnosti římské republikánské obci. Podporuje to i označení předmětného zákona jako *lex sacrata*.²⁹

5. Podíváme-li se na mapu tehdejšího Říma, nemůžeme si nevšimnout linie hradeb, obtáčejících se kolem Aventina. Tyto hradby jsou označovány za Serviovské a podle tradice by tedy musely v době Iciliova zákona již existovat. Pak by ale adsignace a jakékoliv oddělování pozemků byly vyloučeny, neboť by šlo o *pomoerium*, tedy „pruh půdy, určený k opevnění“, v němž Římané nepřipouštěli soukromé stavby,³⁰ a to po obou stranách hradby. Týkalo by se to tedy pozemků v bezprostředním sousedství linie hradby, nikoli ostatní půdy na Aventinu. Obsahu pojmu *pomoerium* může ale být dáván dvojnásobný rozměr: buď v něm spatřujeme celou plochu opevněného sídliště, nebo jen vnější hradební linii.³¹ Jestliže tedy víme, že Aventin byl jako celek do *pomoeria* začleněn až za vlády císaře Claudia,³² má se tím nejspíše na mysli jeho formální začlenění do vnitřního města (které bychom ale v této době jenom stěží označili za „opevněné sídliště“), a to bez ohledu na to, že jinak byla celá plocha uvnitř Serviovských hradeb. V opačném případě by to mohlo znamenat, že tyto hradby jsou Serviovi Tulliovi připisovány jen podle legendy, což by ale také nemělo až tak překvapovat. Problém je, že určení, z které doby pocházejí tyto hradby, je evidentně předmětem diskuse.³³ Tuto partii tedy musíme uzavřít s tím, že jestliže tyto hradby v době Iciliova zákona existovaly, nemohly být považovány za hranici vnitřního Města, ale měly především strategickou úlohu v rozšíření římského území.³⁴ Pak by se ale přidělování pozemků na Aventinu přibližovalo svojí formou adsignacím koloniárním (viz výše).

²⁹ ROSELAAR, S. T.: *Public Land in the Roman Republic. A Social and Economic History of Ager Publicus in Italy, 396–89 BC.* Oxford (2010), s. 102.

³⁰ BARTOŠEK, M.: *Encyklopedie římského práva.* Praha (1994), s. 213, heslo *pom[er]ium*.

³¹ BRTNICKÝ, L.: *Topografie starověkého Říma.* Praha (1925), s. 48, kde je ještě výstižně uveden přírůstek „asi tak, jako při slově ‚kruh‘ myslíváme často na kružnici místo na plochu, která jest jí ohraničena“.

³² *Ibid.*, s. 47 a 431.

³³ *Slovník antické kultury* uvádí jednoznačně, že jsou původem ze 4. století př. Kr. *Slovník antické kultury.* Praha (1974), s. 268, heslo „Hradby“. *Archeologický průvodce L’Italia Antica. Siti, musei e aree archeologiche.* Milano (2002), uvádí, že jsou z 1. poloviny 4. století př. Kr. (s. 202). Brtnický uvádí širší časové rozpětí, které zahrnuje i dobu královskou. *BRTNICKÝ, L.: Topografie starověkého Říma.* Praha (1925), s. 82n.

³⁴ „Pro Římany mělo pomerium význam náboženský a politický právní. Uvnitř pomeria bylo možno konati *auspicia urbana* a nejvyšší úředník měl tam toliko svoji civilní *potestas*, nikoli vojenské *imperium* [...] k rozšíření pomeria měl právo jen ten, kdo výbojem rozšířil římské území“. *Viz BRTNICKÝ, L.: Topografie starověkého Říma.* Praha (1925), s. 47 a 431.

Za povšimnutí stojí i výrazná symbolika Iciliova zákona. Musíme totiž vzít v úvahu, že oba historici, kteří se o něm zmiňují, žili až na sklonku 1. století př. Kr. a zemřeli až na počátku 1. století po Kr.³⁵ Nebyli tedy přímými účastníky dějů okolo Iciliova zákona. *Nota bene* byla jejich doba naplněna mimořádnými politickými a společenskými událostmi, které se často programově vztahovaly ke starším římským dějinám, alespoň na deklaratorní úrovni. Jejich výpovědi je tedy nutno vnímat s přihlédnutím k době, v níž vznikaly. Symboliku Iciliova zákona a vyprávění o něm lze spatřovat v následujícím:

1. *Lex Icilia* je zjevně jedním z tzv. agrárních zákonů. Takových zažila římská společnost více, ale asi nejznámější je pokus bratří Gracchů z konce 2. století př. Kr. Tento pokus, jak známo, neskončil úspěchem, a Gaius Sempronius Gracchus, *tribunus plebis*, v jeho závěru skončil tragicky (121 př. Kr.). Stalo se tak na Aventinu. Je velmi pravděpodobné, že společnost závěru 1. století př. Kr., respektive přelomu letopočtu, vnímala jakékoliv agrární reformy prizmatem Gracchovských snah. Přistoupíme-li na tuto tezi, pak musíme připustit, že oba vypravěči mohou do značné míry vyprávět ani ne tak příběh Icilia a jeho úsilí z 5. století př. Kr., ale pod jeho jménem příběh reformních snah bratří Gracchů. Podporuje to i umístění a zasvěcení chrámů na Aventinu, které jsou zvláště s Gaiem Gracchem úzce provázány.³⁶ Ostatně, není bez zajímavosti, že v této souvislosti se objevují úvahy o tom, že i první secese plebejů v roce 494 př. Kr. se neuskutečnila na výše uvedený *Mons Sacer*, ale ve skutečnosti na Aventin, tedy na zcela opačnou stranu od římského osídleného území, na jihovýchod.³⁷

³⁵ Titus Livius žil v letech 59 př. Kr. – 17 po Kr.; Dionysius z Halikarnassu žil v letech 60 (?) – 7 (?) po Kr.

³⁶ Šlo o několik chrámů, které plebejové považovali principiálně za „svě“, jmenovitě Chrám Dianin (umístěný na západním vrcholu Aventina a obrácený směrem k východu), Chrám Libertas (jehož umístění na Aventinu není známo), a Chrám Ceres, Liber, Liberaque (umístěný na severním svahu Aventina), všechny jistým způsobem spjaté se zemědělskou produkcí. Viz SIGERE, S.: The Man, the Office and the Legislation: A Topographical Study of Aventine Temples and their Connection with Gaius Gracchus. In *Hirundo. The McGill Journal of Classical Studies*. Vol. 11 (2012–2013), s. 431.

³⁷ K moderním úvahám na toto téma viz *idem*, s. 62.

Viz v této souvislosti Liviův text (2, 32):

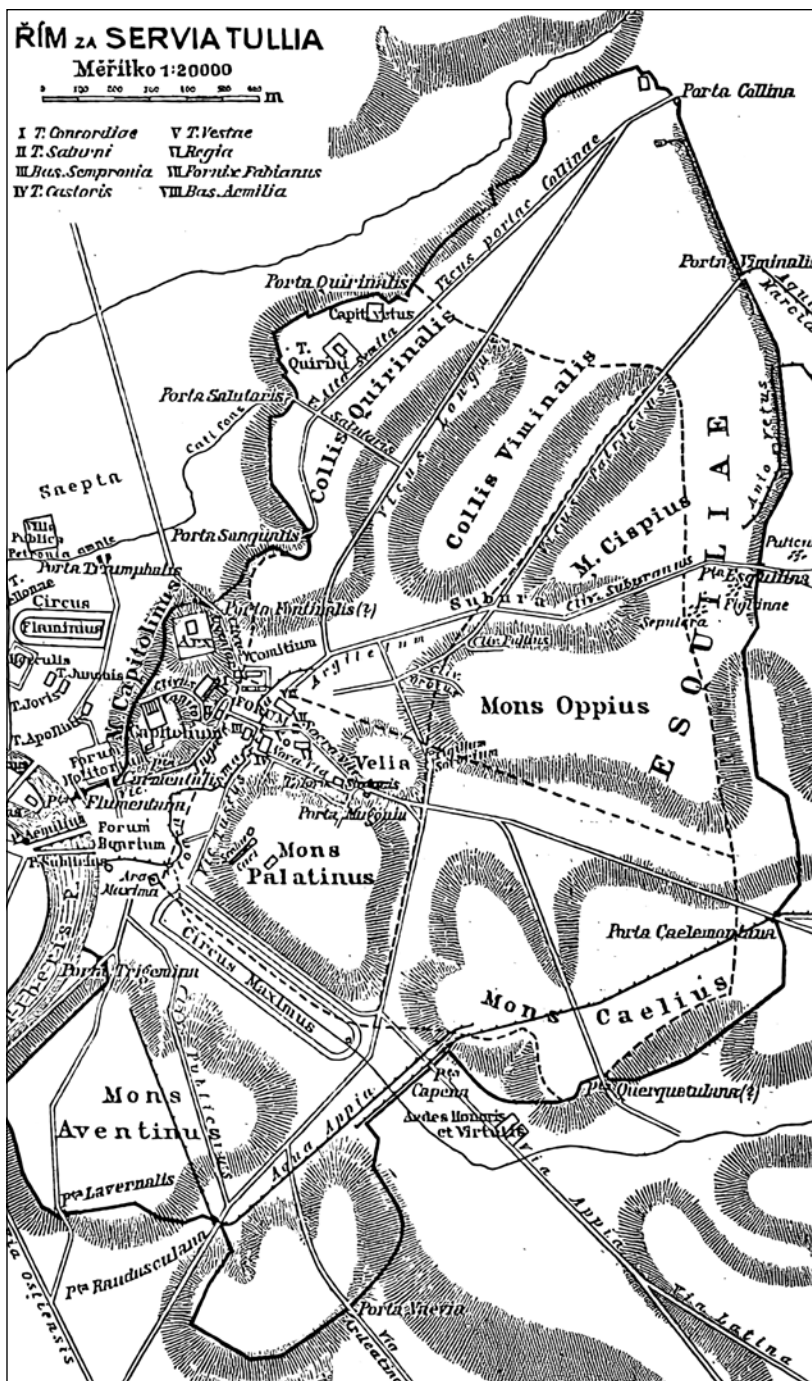
<i>Sicinio quodam auctore iniussu consulum in Sacrum montem secessisse. Trans Anienem amnem est, tria ab urbe milia passuum. Ea frequentior fama est quam cuius Piso auctor est, in Auentinum secessionem factam esse.</i>	A tu se z podnětu jakéhosi Sicinia proti rozkazu konsulů vystěhovali na Svatou horu, která leží za řekou Anienem, tři míle od města. Tahle pověst je běžnější než ta, kterou uvádí kronikář Piso, že cílem vystěhovalců byl Aventin.
--	--

Příběh Iciliova zákona a reformy bratří Gracchů je spojen se zásobováním Říma, nezbytným pro samotnou existenci jeho obyvatel, organizovaných ve stát. Rušivý zásah do zásobovacích aktivit nutně ohrožuje celé společenství. Nabízí se paralela s přesvědčovací taktikou Menenia Agrippy o tělu a žaludku v době první secese plebejů.

Liviovo vyprávění pokračuje (2, 32):

<i>Ibi sine ullo duce uallo fossaque communitis castris quieti, rem nullam nisi necessariam ad uictum sumendo, per aliquot dies neque lacessiti neque lacessentes sese tenuere.</i>	Tam, na Svaté hoře, bez jakéhokoli vůdce, vybudovali si tábor a opevnili jej náspem i příkopem. Řadu dní se tam v klidu zdržovali a neosvojovali si nic jiného, než co bezpodmínečně potřebovali k živobytí. Nikým nebyli provokováni, ani sami neprovokovali.
<i>Pauor ingens in urbe, metuque mutuo suspensa erant omnia. Timere relicta ab suis plebis uiolentiam patrum; timere patres residem in urbe plebem, incerti manere eam an abire mallent: quamdiu autem tranquillam quae secesserit multitudinem fore? Quid futurum deinde si quod externum interim bellum existat? Nullam profecto nisi in concordia ciuium spem reliquam ducere; eam per aequa, per iniqua reconciliandam ciuitati esse.</i>	V městě panovalo ohromné zděšení – všečen život byl podvázán vzájemným strachem: plebejové od svých opuštění, měli strach z násilností otců, otcové měli strach z lidu, který zůstal v městě. Sami nevěděli, co by bylo lepší, aby zůstal, či odtáhl. Jak dlouho – uvažovali otcové – asi vydrží lid, který se vystěhoval, v klidu? Co se stane potom, jestliže mezitím vypukne nějaká zahraniční válka? Začínali chápat, že vskutku jim nezbývá žádná jiná naděje než v občanské svornosti, a tu že je bezpodmínečně nutno, po dobrém či po zlém, v zájmu obce opět zjednat.

<p><i>Placuit igitur oratorem ad plebem mitti Menenium Agrippam, facundum uirum et quod inde oriundus erat plebi carum. Is intromissus in castra prisco illo dicendi et horrido modo nihil aliud quam hoc narrasse fertur:</i></p>	<p>Otcové uznali proto za nejlepší vyslat k lidu na Svatou horu Menenia Agrippu. Byl to muž výmluvný a v lidových vrstvách oblíbený, protože sám z lidu pocházel. A ten, vpuštěn do tábora povstalců, nic jiného jim nepověděl oním starobylým, drsným projevem řečnickým, než toto:</p>
<p><i>tempore quo in homine non ut nunc omnia in unum consentiant, sed singulis membris suum cuique consilium, suus sermo fuerit, indignatas reliquas partes sua cura, suo labore ac ministerio uentri omnia quaeri, uentrem in medio quietum nihil aliud quam datis uoluptatibus frui; conspirasse inde ne manus ad os cibum ferrent, nec os acciperet datum, nec dentes quae acciperent conficerent. Hac ira, dum uentrem fame domare uellent, ipsa una membra totumque corpus ad extremam tabem uenisse. Inde apparuisse uentris quoque haud segne ministerium esse, nec magis ali quam alere eum, reddentem in omnes corporis partes hunc quo uiuimus uigemusque, diuisum pariter in uenas maturum confecto cibo sanguinem.</i></p>	<p>„Za dob, kdy v těle lidském nebylo ještě všechno uspořádáno v soulad jako nyní, nýbrž jednotlivé údy měly každý svůj vlastní rozum, svou řeč, rozzlobily se ostatní části těla na žaludek, že pro něj se opatruje všechno jejich péčí, jejich prací, jejich službou, a žaludek si jen hoví uprostřed a nemá nic jiného na práci než požívat předložené pochoutky. I udělaly spiknutí, aby ani ruce nepodávaly pokrm k ústům, ani ústa ho nepřijímala, ani zuby nerozemílaly. A zatímco v tomto pobouření chtěly žaludek hladem vytrstat, zároveň samy a s nimi celé tělo chřadly a chřadly až na pokraj úplného zhroucení. I vyšlo z toho najevo, že i žaludek vyvíjí službu nikterak liknavou a není více živěn, než sám živí: do všech částí těla totiž rozdává to, čím se udržujeme při životě a při síle, krev, dozralou strávením pokrmů, kterou rovnoměrně rozděluje do žil“.</p>
<p><i>Comparando hinc quam intestina corporis seditio similis esset irae plebis in patres, flexisse mentes hominum.</i></p>	<p>Touto bajkou Menenius Agrippa připomněl vystěhovalcům, jak se spiknutí údů uvnitř těla podobá rozhořčení lidu proti otcům, a tak je pohnul k smíření.</p>



Hledání kompromisu pro řešení konfliktu však není bezbolestné a obě strany musí ustoupit. Aventin, předaný do určité míry plebejům, tvořil přirozenou předměstskou zónu rozvíjejícího se Říma, orientovanou na jeho zásobování. Jeho vyčleňování z pomoeria³⁸ v sobě nese náznak určité snahy separovat symbolicky tento druh činností – a lidí, kteří se této činnosti věnují – od činností – a lidí –, které tehdejší společnost vnímala jako takové, kterým by se měl své cti dbalý Říman věnovat a které by měl považovat za sobě rovné. Na starší mapě Říma je toto vyčleňování – nebo spíše váhavé začleňování – dobře patrné.³⁹

Závěr

Příběh o konfliktu mezi patricii a plebeji z 5. století před Kr. v sobě obsahuje velmi čitelné zdůraznění jednoty v boji proti nespravedlnosti (na straně rebelujících plebejů), stejně tak jako volání po jednotě ve spravedlnosti a řešení problémů kompromisem (mezi oběma stranami konfliktu). Tím se může překonat nesvornost a národ se může opět postavit výzvám jako silný celek. Tato kontextuální skutečnost činí z kompromisu mezi patricii a plebeji přímo aktuální a zřetelnou politickou výzvu pro spolupráci různých složek římského národa, důležitou zejména v době změny politického uspořádání, v době života obou citovaných historiků. *Lex Icilia de Aventino publicando* z roku 456 př. Kr. je jedním z nejdůležitějších zákonů, které přispívaly k vytváření římského národa jako organizovaného celku. Vyprávění o jeho příběhu historiky z konce 1. století př. Kr. může být ovlivněno jejich životní situací. I v tomto rozměru ale zůstává příběhem živým a silným.

Bibliografie

Prameny:

- DIONYSIUS HALICARNASSUS. The Roman Antiquities of Dionysius of Halicarnassus. 7 Vols. Greek and English on opposite pages. With an English translation by CARY, E. on the basis of the version of SPELMAN, E. The Loeb Classical Library. Cambridge – London (1937–1950);
TITUS LIVIUS. *Ab Urbe condita*. Pars I. Lipsia (1906), LIII + 396 s.;
TITUS LIVIUS. Dějiny. Z latinského originálu přeložili, poznámkami a seznamem vlastních jmen doplnili KUCHARSKÝ, P./VRÁNEK, Č., předmluvu napsal MAREK, V. Praha (1971), 500 s.

³⁸ V tomto smyslu vyznívá i popis aventinské historie v uznávaném průvodci Roma. Guida d'Italia del Touring Club Italiano. Milano (2008), s. 506–507.

³⁹ BRTNICKÝ, L.: Topografie starověkého Říma. Praha (1925), s. 45.

Literatura:

- ADKINS, L./ADKINS, R. A.: Antický Řím. Encyklopedická příručka. Praha (2012), XV + 487 s. – ISBN 978-80-7391-579-7;
- BARTOŠEK, M.: Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje). Praha (1988), 304 + 8 s.;
- BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva. Praha (1994), 471 s. – ISBN 80-200-0243-X;
- BOATWRIGHT, M. T./GARGOLA, D. J./TALBERT, R. A. J.: Dějiny římské říše od nejrannějších časů po Konstantina Velikého. Praha (2012), 544 s. – ISBN 978-80-247-3168-1;
- BRTNICKÝ, L.: Topografie starověkého Říma. Praha (1925), VIII + 484 s.;
- DUMÉZIL, G.: Mýtus a epos I. Trojfunkční ideologie v eposech indoevropských národů. Praha (2001), 695 s. – ISBN 80-7298-034-3;
- KINCL, J./URFUS, V./SKŘEJPEK, M.: Římské právo. Praha (1995), XXII + 386 s. – ISBN 80-7179-031-1;
- L'Italia Antica. Siti, musei e aree archeologiche. Milano (2002), 376 s.;
- OLIVIERO, G. M.: La „*lex Icilia de Aventino publicando*“. In Index. Quaderni camerti di studi romanistici. International Survey of Roman Law. Napoli (1997), s. 521–535;
- Roma. Guida d'Italia del Touring Club Italiano. Milano (2008), 1168 s. – ISBN 978-88-365-3896-6;
- ROSELAAR, S. T.: Public Land in the Roman Republic. A Social and Economic History of *Ager Publicus* in Italy, 396–89 BC. Oxford (2010), X + 360 s. – ISBN 978-0-19-957723-1;
- SIGERE, S.: The Man, the Office and the Legislation: A Topographical Study of Aventine Temples and their Connection with Gaius Gracchus. In Hirundo. The McGill Journal of Classical Studies. Vol. 11 (2012–2013), s. 61–70;
- Slovník antické kultury. Praha (1974), 718 s.;
- VANČURA, J.: Agrární právo římské republiky. Praha (1908), 305 s.;
- WESTBROOK, R.: The Nature and Origins of the Twelve Tables. In Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. Vol. 105 (1988), s. 74–121.

Remarks on the Edict of Thessalonica of 380

Pál Sárý

1 Shortly about the antecedents – 2 A chronological problem – 3 The date of the edict – 4 The text of the edict – 5 The issuer of the edict – 6 The territorial scope of the edict – 7 The personal scope of the edict – 8 The aim of the edict – 9 The difference between the Catholic and Arian creeds – 10 The representatives of the true faith – 11 The nature of the edict – 12 Did the edict make Christianity the state religion of the empire? – 13 The sanctions prescribed by the edict – Summary

1 Shortly about the antecedents

Within the Church there were doctrinal debates from the apostolic age. During the persecutions, however, the external attacks and the common suffering provided a strong internal cohesion for the Church. After the Constantinian change the inner contrasts quickly came to light and became sharper.

In the fourth century the sharpest theological debate was between the Catholics and the Arians. As we know, in 325 the doctrines of Arius were condemned by the First Ecumenical Council of Nicaea. This conciliar decision, however, could not stop the further spread of Arianism.¹

Two eastern emperors, Constantius II (337–361) and Valens (364–378), took the side of the Arians: they supported the followers of Arius, and persecuted the Catholics.² This religious politics of them increased the differences between the eastern and the western parts of the empire.

In 379, after the death of Valens, the Hispanic Theodosius ascended the eastern throne. He was a firm Catholic. Before his entry to Constantinople he spent one and a half year in Thessalonica. During this time he issued the edict *Cunctos populos*.

¹ For a good summary of the history of Arianism, see L. PERENDY, A Brief History of Arianism, in Saint Martin and Pannonia. Christianity on the Frontiers of the Roman World. Exhibition Catalogue, eds. E. TÓTH/T. VIDA/I. TAKÁCS (Pannonhalma/Szombathely, 2016), 60–67.

² Cf. Socr. HE 2,27.

2 A chronological problem

According to the church historian Sozomen, Theodosius was seized a serious illness at Thessalonica and was baptized by Ascholius, the orthodox bishop of the town. After his recovery the emperor issued the edict *Cunctos populos*.³ The older scholarly works usually follow this chronological order.⁴ However, this chronology is obviously wrong. Namely, we are told by Socrates that the emperor started for Constantinople immediately after his recovery, and he arrived at the capital on the 24th of November.⁵ Since the edict *Cunctos populos* was dated February, it must be issued by the emperor before his falling ill. With consideration to all these aspects, the more recent scholarly works accept the following chronology: the emperor issued his edict, then he fell ill, he was baptized, and when he regained his health, he left for Constantinople.⁶

3 The date of the edict

The next question is the exact date of the edict. According to some scholars, the edict was issued on the 27th of February.⁷ According to some others, the

³ Soz. HE 7,4.

⁴ Cf. W. K. BOYD, *The Ecclesiastical Edicts of the Theodosian Code* (London, 1905), 44; O. SEECK, *Geschichte des Untergangs der antiken Welt*, Bd. V (Berlin, 1913), 137; M. A. HUTTMANN, *The Establishment of Christianity and the Proscription of Paganism* (New York, 1914), 195.

⁵ Socr. HE 5,6. The journey could not last long, because the emperor was still in Thessalonica on the 16th of November (cf. CTh 10,10,15).

⁶ Cf. W. ENSSLIN, *Die Religionspolitik des Kaisers Theodosius des Grossen*, in *Die Kirche angesichts der konstantinischen Wende*, Hg. G. RUCHBACH (Darmstadt, 1976), 100ff.; A. LIPPOLD, *Theodosius der Große und seine Zeit* (Stuttgart, 1968), 18; J. MATTHEWS, *Western Aristocracies and Imperial Court A.D. 364–425* (Oxford, 1990), 122; S. WILLIAMS/G. FRIELL, *Theodosius. The Empire at Bay* (London, 1994), 53; R. M. ERRINGTON, *Christian Accounts of the Religious Legislation of Theodosius I*, *Klio* 79 (1997), 412.

⁷ Cf. SEECK (n. 4), 138; K. VOIGT, *Staat und Kirche von Konstantin dem Grossen bis zum Ende der Karolingerzeit* (Stuttgart, 1936), 36; Ch. N. COHRANE, *Christianity and Classical Culture. A Study of Thought and Action from Augustus to Augustine* (Oxford, 1940), 360; A. H. M. JONES, *The Later Roman Empire 284–602. A Social Economic and Administrative Survey* (Oxford, 1964), vol. I, 165; MATTHEWS (n. 6), 122; P. BARCELÓ/G. GOTTLIEB, *Das Glaubensdikt des Kaisers Theodosius vom 27. Februar 380. Adressaten und Zielsetzung*, in *Klassisches Altertum, Spätantike und frühes Christentum. Adolf Lippold zum 65. Geburtstag gewidmet*, Hg. K. DIETZ/D. HENNIG/H. KALETSCH (Würzburg, 1993), 409–423; I. FARGNOLI, *Many Faiths and One Emperor. Remarks about the Religious Legislation of Theodosius the Great*, *RIDA* 52 (2005), 146.

edict was published on the 28th of February.⁸ The date of the edict in both the Theodosian and the Justinianic Codes is the last but one day of February (*III Kal. Mar.*). This day mostly is February 27, but in leap years it is February 28. Since 380 was a leap year, the right date of the edict is February 28.⁹

4 The text of the edict

As we have already mentioned, the Latin text of the edict can be found in both the Theodosian and, with some modifications, the Justinianic Codes.¹⁰ The former text reads as follows:

*Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA.
Edictum ad populum urbis Constantinopolitanae. Cunctos populos, quos
clementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari,
quam divinum Petrum apostolum 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 Filii et Spiritus
Sancti unam deitatem sub parili maiestate et sub pia trinitate credamus.
Hanc legem sequentes Christianorum catholicorum nomen iubemus amplecti,
reliquos vero dementes vesanosque iudicantes haeretici dogmatis infamiam
sustinere nec conciliabula eorum ecclesiarum nomen accipere, divina primum*

⁸ Cf. G. RAUSCHEN, *Jahrbücher der christlichen Kirche unter dem Kaiser Theodosius dem Grossen* (Freiburg im Breisgau, 1897), 67; P. R. COLEMAN-NORTON, *Roman State & Christian Church. A Collection of Legal Documents to A.D. 535* (London, 1966), vol. I, 354; LIPPOLD (n. 6), 17, 23, 102, 103; G. HÄRTEL, *Die Religionspolitik der römischen Kaiser von Diokletian bis Justinian I. anhand ausgewählter Beispiele aus dem Codex Theodosianus, dem Codex Justinianus und den Novellen Justinians I*, *Acta Classica Universitatis Scientiarum Debreceniensis* 22 (1986), 73; ERRINGTON (n. 6), 415; K. L. NOETHLICH, *Revolution from the top? «Orthodoxy» and the persecution of heretics in imperial legislation from Constantine to Justinian, in Religion and Law in Classical and Christian Rome*, eds. C. ANDO/J. RÜPKE (Stuttgart, 2006), 121; Ph. TILDEN, *Religious Intolerance in the Later Roman Empire. The Evidence of the Theodosian Code* (Exeter, 2006), 165.

⁹ See ENSSLIN (n. 6), 99: “Das Datum ist nicht der 27., sondern der 28. Februar, weil 380 ein Schaltjahr war“. Cf. A. LIPPOLD, *Theodosius I*, *RE Suppl.* XIII (1973), 846.

¹⁰ CTh 16,1,2 = C. 1,1,1. In the latter code we can find the declined form (*pari*) of the word *par* in place of the declined form (*parili*) of the word *parilis*. The following part of the former text is entirely missing from the Justinianic Code: “*nec conciliabula eorum ecclesiarum nomen accipere*“. The cause of this latter modification will be discussed below.

*vindicta, post etiam motus nostri, quem ex caelesti arbitrio sumpserimus, ultione plectendos. Dat. III. Kal. Mar. Thessalonicae, Gratiano A. V. et Theodosio A. I. Conss. (380).*¹¹

This text has been translated to English by Clyde Pharr in the following way:

Emperors Gratian, Valentinian, and Theodosius Augustuses

An Edict to the People of the City of Constantinople. It is Our will that all the peoples who are ruled by the administration of Our Clemency shall practice that religion which the divine Peter the Apostle transmitted to the Romans, as the religion which he introduced makes clear even unto this day. It is evident that this is the religion that is followed by the Pontiff Damasus and by Peter, Bishop of Alexandria, a man of apostolic sanctity; that is, according to the apostolic discipline and the evangelic doctrine, we shall believe in the single Deity of the Father, the Son, and the Holy Spirit, under the concept of equal majesty and of the Holy Trinity. We command that those persons who follow this rule shall embrace the name of Catholic Christians. The rest, however, whom We adjudge demented and insane, shall sustain the infamy of heretical dogmas, their meeting places shall not receive the name of churches, and they shall be smitten first by divine vengeance and secondly by the retribution of Our own initiative, which We shall assume in accordance with the divine judgment. Given on the third day before the kalends of March at Thessalonica in the year of the fifth consulship of Gratian Augustus and the first consulship of Theodosius Augustus. – February 28, 380.¹²

5 The issuer of the edict

It is often said that the edict *Cunctos populos* was a common edict of the three emperors, Gratian, Valentinian II, and Theodosius I.¹³ This opinion

¹¹ Th. MOMMSEN/P. M. MEYER (eds.), *Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis et leges novellae ad Theodosianum pertinentes* (Berolini, 1905), 833.

¹² C. PHARR (tr.), *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions* (Princeton, 1952), 440.

¹³ Cf. A. H. J. GREENIDGE, *Infamia. Its Place in Roman Public and Private Law* (Oxford, 1894), 152; D. BAUDY, *Prohibitions of religion in antiquity. Setting the course of Europe's religious history*, in ANDO/RÜPKE (n. 8), 112; M. R. SALZMAN, *Religious Koine and Religious Dissent in the Fourth Century*, in *A Companion to Roman Religion*, ed. J. RÜPKE (Maiden/Oxford, 2007), 120.

is evidently wrong.¹⁴ In those periods when the Roman Empire had at the same time more lawful emperors, all edicts were issued in the name of all emperors.¹⁵ However, the edicts which were issued in this way were not really common edicts of the emperors. The edict *Cunctos populos* was issued by Theodosius alone in Thessalonica.¹⁶ Gratian and Valentinian II had nothing to do with this edict.¹⁷

6 The territorial scope of the edict

The edict was addressed to the people of the city of Constantinople. For this reason, some scholars have argued that the edict was only a local law.¹⁸ I do not share this opinion. We can see from the first sentence of the edict that the order of the emperor was not restricted to the territory of the capital. According to Sozomen, Theodosius issued his law to the people of Constantinople, because “... he was aware that his written instruction would quickly become known in the other cities, as if from a kind of acropolis of the whole area subject to him”.¹⁹ Accordingly, the legislator wanted that his order would be carried out in “... the whole area subject to him”.

Some scholars think that the edict was to be applied to the entire Roman Empire.²⁰ Others consider that the order of Theodosius was valid only in the eastern part of the empire.²¹ The territorial scope of the late Roman constitutions

¹⁴ The statements that the edict was issued by Gratian and Theodosius I [cf. A. FRANZEN/R. BÄUMER, *Papstgeschichte. Das Petrusamt in seiner Idee und in seiner geschichtlichen Verwirklichung in der Kirche* (Freiburg im Breisgau, 1974), 53; D. KIMINAS, *The Ecumenical Patriarchate. A History of Its Metropolitans with Annotated Hierarch Catalogs* (San Bernardino, 2009), 12], or by Valentinian II and Theodosius I [cf. J. CANNING, *A History of Medieval Political Thought 300–1450* (London/New York, 1996), 5], are also inexact.

¹⁵ Cf. A. J. B. SIRKS, *The Theodosian Code. A Study* (Friedrichsdorf, 2007), 13.

¹⁶ Of course, Theodosius could get help from the bishop Ascholius in the precise use of the theological concepts.

¹⁷ As, for example, Theodosius II had nothing to do with the famous Law of Citations of 426 which was enacted by Valentinian III alone in Ravenna, although the law was issued in the name of both emperors (CTh 1,4,3).

¹⁸ Cf. ERRINGTON (n. 6), 415.

¹⁹ Soz. HE 7,4 (tr. R. M. Errington).

²⁰ Cf. LIPPOLD (n. 6), 17; HÄRTEL (n. 8), 73.

²¹ Cf. A. M. RITTER, *Das Konzil von Konstantinopel und sein Symbol. Studien zur Geschichte und Theologie des II. Ökumenischen Konzils* (Göttingen, 1965), 29; TILDEN (n. 8); 168; SALZMAN (n. 13), 120.

is a debated question. There is a view that the laws of every emperor applied automatically to the whole empire, without specific enactment in each part thereof.²² According to the opposite view, the late imperial legislation was valid only for the jurisdiction of the emperor who issued it, i.e., in his own *pars imperii*.²³ I share this latter opinion. I think this opinion is corroborated by the fact that the same questions were sometimes ruled contrary in the different parts of the empire. For example, at the end of the fourth century the Jewish religious leaders were exempted from the curial service in the eastern part of the empire,²⁴ but this immunity was not valid in the western towns.²⁵ The different legal rules can be explained with the different social and political circumstances of the two parts of the empire.²⁶ Consequently, the edict *Cunctos populos* was valid only in the eastern part of the empire. The cited words of Sozomen (“the whole area subject to him”) also corroborate it: the church historian does not say, “the whole empire”.

7 The personal scope of the edict

Prima facie the words “*cunctos populos*” mean that the edict applied to all subjects of the emperor. This wide-spread interpretation, however, is evidently wrong. Theodosius obliged neither the pagans nor the Jews to

²² Cf. T. HONORÉ, *Law in the Crisis of Empire, 370–455 A.D. The Theodosian Dynasty and Its Quaestors* (Oxford, 1998), 130f.; P. LEPORÉ, *Un problema ancora aperto: i rapporti legislativi tra Oriente ed Occidente nel tardo Impero romano*, *SDHI* 66 (2000), 343–398; G. MOUSOURAKIS, *The Historical and Institutional Context of Roman Law* (Burlington, 2003), 350.

²³ Cf. M. A. DE DOMINICIS, *Il problema dei rapporti burocratico-legislativi tra 'occidente ed oriente' nel Basso Impero romano alla luce delle inscriptiones e subscriptiones delle costituzioni imperiali*, *Rendiconti dell'Istituto lombardo di scienze e lettere* 87 (1954), 329–487; J. GAUDEMET, *Le partage législatif au Bas-Empire d'après un ouvrage récent*, *SDHI* 21 (1955), 319–331; *id.*, *Le partage législatif dans la seconde moitié du IV^e siècle*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. II (Milano, 1956), 317–354; G. GUALANDI, *Privilegi imperiali e dualità legislativa nel Basso Impero alla luce di alcuni testi di Libanio*, *Archivio giuridico* 25 (1959), 5–34; E. LEVY, *West-östliches Vulgarrecht und Justinian*, *ZSS* 76 (1959), 2ff.; M. V. ANASTOS, *The Edict of Milan (313). A Defence of Its Traditional Authorship and Designation*, *Revue des études byzantines* 25 (1967), 20; S. PIETRINI, *Sui rapporti legislativi fra Oriente ed Occidente*, *SDHI* 64 (1998), 519–528; SIRKS (n. 15), 89.

²⁴ See CTh 12,1,99 (AD 383); 12,1,157–158 (AD 398).

²⁵ See CTh 16,8,13 (AD 397).

²⁶ Cf. M. SČ, *Formiranje prava Rimske imperije i pozno rimsko zakonodavstvo. Harmonizacija i stvaranje jedinstvenog pravnog poretka u toku rimske istorije* (Novi Sad, 2011), 173–181.

convert to the Catholic Christian faith. It appears clearly from the mandates which were issued by the emperor during the following years. In 386, for example, Theodosius wrote to the prefect of Egypt that the office of chief civil priest would not be obtained by a Christian person.²⁷ In 393, the emperor was gravely disturbed that the Jewish assemblies had been forbidden in certain places. For this reason, he stated with emphasis that the sect of the Jews was forbidden by no law.²⁸ It is also important to note that during the reign of Theodosius pagans were continuously appointed to prominent positions and pagan aristocrats remained in high offices.²⁹

I think the text of the edict itself shows unambiguously that the imperial order related only to Christians. According to the edict, those who are not Catholics are heretics. This dichotomic division can be interpreted only within Christianity.

Accordingly, the words *cunctos populos* must be understood as *cunctos Christianos*. The correctness of this interpretation is confirmed by the words of Sozomen. As he writes, Theodosius ascertained "... that towards the East, and particularly at Constantinople, the people were divided into many different heresies".³⁰ It is evident that in this text the word people (in Greek: *laoi*, in Latin: *populi*) means only the Christian inhabitants.

Consequently, the Edict of Thessalonica related only to Christians. Lippold also came to this conclusion.³¹ In this way, Runciman correctly writes that the edict "... ordered all Christians to follow the Nicene doctrine".³² Heussi, however, wrongly states that the edict was an anti-pagan law by which every Roman had to be an orthodox Christian.³³ Blei is also wrong when he writes that "... the Emperor Theodosius (378–395) proclaimed the Christian Church to be the State Church of the Empire. An Edict was promulgated, by which all subjects of the Empire had to accept the Christian faith as interpreted and taught by the Christian ('Catholic') Church. No other religion was tolerated".³⁴

²⁷ CTh 12,1,112.

²⁸ CTh 16,8,9.

²⁹ Cf. Ch. FREEMAN, A.D. 381. Heretics, Pagans, and the Dawn of the Monotheistic State (New York, 2008), 121.

³⁰ Soz. HE 7,4 (tr. Ch. D. Hartranft).

³¹ LIPPOLD (n. 6), 19: "Nicht immer wird bei der Diskussion um das Edikt beachtet, daß eingangs zwar alle Untertanen angesprochen werden, im Grunde aber nur die Christen gemeint sind".

³² S. RUNCIMAN, The Byzantine Theocracy (Cambridge, 1977), 27.

³³ K. HEUSSI, Kompendium der Kirchengeschichte, 18th edn (Tübingen, 1991), 92.

³⁴ K. BLEI, Freedom of Religion and Belief. Europe's Story (Assen, 2002), 24f.

8 The aim of the edict

The aim of the edict was to achieve the unity of Christianity. The Catholic Theodosius considered that unity had to be created by confirmation of the Catholic faith, and by suppressing of heresies. The edict basically directed against Arianism, which was the most widespread and most dangerous heresy. It is important for us to realize that the edict was an anti-Arian law.

Accordingly, the edict did not connect with the conflict between paganism and Christianity, which is a popular idea among the scholars.³⁵ The edict did not direct against paganism. It was related to the controversy between the Catholics and the Arians.

In this conflict Theodosius took the side of the Catholics. I think this decision fundamentally derived from the own religious conviction of the emperor. However, the emperor could be guided by political considerations, too. On the one hand, only this decision could guarantee the religious unity of the eastern part of the empire with the Catholic West.³⁶ On the other hand, this decision could prevent the barbarization of the empire.³⁷ As we know, during the reign of Valens the Visigoths converted to Arianism. The Arian emperor permitted them to cross the frontiers of the empire, and to settle down in Thracia. Since in this way there was no more possibility for physical delimitation, after these the Romans made efforts to delimitate themselves from the barbarians in the spiritual sphere. The rejection of Arianism signified the rejection of barbarism, too.

³⁵ Cf. J. FONTAINE, Christianity and the Christian Church between 284 and 476, in *History of Humanity III. From the Seventh Century B.C. to the Seventh Century A.D.*, eds. J. HERRMANN/E. ZÜRCHER (London/New York, 1996), 236: “that edict, which made Christianity the state religion, reversed the pre-313 situation by favouring the Christians at the expense of the pagans”; J. T. S. MADELEY, European Liberal Democracy and the Principle of State Religious Neutrality, in *Church and State in Contemporary Europe. The Chimera of Neutrality*, eds. J. T. S. MADELEY/Zs. ENYEDI (London, 2003), 10: “however, it was left to Theodosius in 380 to make the final, decisive move, declaring Christianity the official religion of the Empire, and decreeing the general prohibition, never to be revoked, of all pagan cults and sacrificial rites”.

³⁶ Cf. RITTER (n. 21), 29: “Zunächts einmal gab Theodosius mit diesem Edikt seiner festen Entschlossenheit Ausdruck, die Neuordnung der Kirche in seinem Reichsteil auf der Grundlage der nikänischen Orthodoxie vorzunehmen und damit die Glaubenseinheit mit dem Westen wiederherzustellen”.

³⁷ Cf. A. EHRHARDT, The First Two Years of the Emperor Theodosius I, *The Journal of Ecclesiastical History* 15 (1964), 1–17; E. HORVÁTH, Az arianizmus és a barbár államalakulatok, *Studia Miskolcensisia* 3 (1999), 47.

9 The difference between the Catholic and Arian creeds

The Catholics believed that the Father and the Son are of the same substance (*homoousios*), while the Arians taught that the Son is of a similar substance (*homoiousios*) to the Father. Gibbon tried to mock these theological debates as “furious contests“ waged over “the difference of a single diphthong“. ³⁸ Hegel also wrote that “In dem Streit, ob Christus homoousios oder homoiousios sei, d.h. von gleicher oder von ähnlicher Beschaffenheit mit Gott, hat der eine Buchstabe *i* vielen Tausenden das Leben gekostet“. ³⁹ These words are very cynical. The doctrine of the deity of Christ is the foundation of the Christian religion. ⁴⁰ Consequently, Arianism would be able to ruin the whole Christianity. It was no wonder that St. Ambrose made the following statement: “The devil’s temptations are more tolerable than the Arians’ disputings“. ⁴¹

The different theological views about the relationship between the Father and the Son could influence the political opinions about the church-state relations, too. ⁴² In the fourth century it was considered that the king was the image of the Father, as the bishop was the image of Christ. ⁴³ The Arians thought that the Son was subordinated to the Father, while the Catholics believed that the Son was consubstantial (equal in being) to the Father. Therefore, the Arians had the opinion that the Church had to be subordinated to the State, ⁴⁴ while the Catholics thought that the Church had to be co-ordinated to the State. ⁴⁵ In

³⁸ E. GIBBON, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, ed. J. M. BURY (London, 1913), vol. II, 352.

³⁹ G. W. F. HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, Hg. E. GANS, Aufl. 2 (Berlin, 1840), 412.

⁴⁰ It is easy to recognize that if Christ is not God, neither redemption, nor relevation can be perfect.

⁴¹ Ambr. *De fide* 3,4,32.

⁴² Cf. G. H. WILLIAMS, *Christology and Church-State Relations in the Fourth Century*, *Church History* 20 (3/1951), 10; M. A. NOLL, *Turning Points. Decisive Moments in the History of Christianity*, 2nd edn (Leicester, 2000), 60ff.

⁴³ Cf. Ambros. *Quaest.* 35: “*dei enim imaginem habet rex, sicut et episcopus Christi*“.

⁴⁴ Lucifer of Cagliari mocked the Arian bishops that they regarded the Emperor as “bishop of bishops“ (*Moriendum esse* 13). Cf. O. KASHCHUK, *The Attitude of the Pro-Arian Bishops Towards the Emperor in the Period of Reception of the Nicene Christology (325–381)*, *Vox Patrum* 34 (2014), 145.

⁴⁵ St. Ambrose emphasized that the Emperor was within the Church, not over the Church: “*imperator enim intra ecclesiam, non supra ecclesiam est*“ (*Sermo contra Aux.* 35). Cf. K. M. SETTON, *Christian Attitude Towards the Emperor in the Fourth Century* (New York, 1941), 114.

this way, when the edict *Cunctos populos* rejected Arianism, it rejected the caesarapist ideas, too.

10 The representatives of the true faith

As Noethlichs writes, the edict of Thessalonica was the first imperial constitution which defined the criteria of the true faith.⁴⁶ The emperor named the Roman pope Damasus (366–384) and the Alexandrian patriarch Peter (373–381) as the authentic representatives of orthodoxy. In this way, Theodosius admitted the primacy of the Roman pope.⁴⁷ The edict confirmed the authority of the Alexandrian episcopal see, too. Peter was an ardent foe of Arianism. He had been ordained by his predecessor, St. Athanasius of Alexandria.⁴⁸

As we know, not long later, in 381, the First Ecumenical Council of Constantinople assigned to Constantinople second place of honour after Rome.⁴⁹ In his edict of Thessalonica Theodosius could not yet name the patriarch of Constantinople as a representative of orthodoxy, because at that time Constantinople had an Arian bishop in person of Demophilus.

11 The nature of the edict

It is a wide-spread opinion that the edict of Thessalonica was only a program declaration, and not a normative law.⁵⁰ This opinion is based on the words of Sozomen. According to the church historian, with his edict the emperor wanted "... to proclaim in advance to his subjects the view which he had about God".⁵¹

I do not share this scholarly opinion. I think by his edict of Thessalonica Theodosius gave a strict order to his Christian subjects to follow the Nicene faith. According to Errington, the use of the verb *volumus* instead of *iubemus* shows the advisory and expectatory nature of the first paragraph of the edict.⁵²

⁴⁶ NOETHLICH (n. 8), 121.

⁴⁷ Cf. L. DE GIOVANNI, *Il libro XVI del Codice Teodosiano. Alle origini della codificazione in tema di rapporti chiesa-stato* (Napoli, 1985), 33.

⁴⁸ Cf. Sokr. HE 4,20–22.37.

⁴⁹ Conc. Const. I, can. 3.

⁵⁰ Cf. H. von CAMPENHAUSEN, *Ambrosius von Mailand als Kirchenpolitiker* (Berlin/Leipzig, 1929), 54, 224; VOIGT (n. 7), 37; RITTER (n. 21), 30.

⁵¹ Soz. HE 7,4 (tr. Errington).

⁵² ERRINGTON (n. 6), 413.

This argument can be refuted easily. In the imperial constitutions the verb *volumus* means a definite command, just like the verb *iubemus*. For example, in 316 Constantine exempted the decurions from administering the duties of notaries, with these words: “*universos decuriones volumus a tabellionem officii temperare*“.⁵³ In 346 Constantius II forbade demolishing the pagan temples situated outside the walls, as follows: “*volumus, ut aedes templorum, quae extra muros sunt positae, intactae incorruptaeque consistant*“.⁵⁴ In 365 Valentinian I forbade Christians to be visited by tax collectors on Sunday, using these words: “*die solis [...] neminem Christianum ab exactoribus volumus conveniri*“.⁵⁵ In 398 Honorius fixed the price of Ostian bread in the following manner: “*panem Ostiensem atque fiscalem uno nummo distrahi volumus*“.⁵⁶ Six years later, the same emperor ordered that suitable supervisors should be assigned for each post station, using these words: “*per stationes singulas idoneos mancipes volumus collocari*“.⁵⁷

12 Did the edict make Christianity the state religion of the empire?

It is often said that the edict *Cunctos populos* made Christianity the “state religion“ (or the “official religion“) of the Roman Empire.⁵⁸ This statement is wrong, since the edict did not give any advantage to Christianity over other religions.⁵⁹ We emphasize here again that the edict was directed, not against non-Christians, but against Arian Christians, and it was valid only in the eastern part of the empire.

The orthodox Christianity has been become the state religion of the whole Roman Empire during a long evolution process. It is true that the edict of Thessalonica was an important part of this process. However, other laws had

⁵³ CTh 12,1,3.

⁵⁴ CTh 16,10,3.

⁵⁵ CTh 8,8,1 = 11,7,10.

⁵⁶ CTh 14,19,1.

⁵⁷ CTh 8,5,65.

⁵⁸ See, e.g., L. DRIVER, *Christ at the Centre. The Early Christian Era* (Louisville, 2009), 154: “Theodosius I proclaimed Christianity to be the empire’s sole official religion (380)“.

⁵⁹ A country with a state religion is a state where a religion is declared dominant by the Constitution. For example, article 2 of the effective Constitution of Malta declares that “(1) The religion of Malta is the Roman Catholic Apostolic Religion. (2) The authorities of the Roman Catholic Apostolic Church have the duty and the right to teach which principles are right and which are wrong. (3) Religious teaching of the Roman Catholic Apostolic Faith shall be provided in all State schools as part of compulsory education“.

much greater importance in this course. Here we can think of the later laws which excluded pagans, Jews and heretics from public offices,⁶⁰ or the law of Justinian which obliged all pagans within the empire to be baptized.⁶¹

13 The sanctions prescribed by the edict

The edict declared the Christians who refused the Nicene faith *infames*, and prohibited them to use the Christian churches. Besides certain private legal disabilities *infamia* caused other disadvantages such as exclusion from public offices.⁶² When the edict was issued, every church building of Constantinople was occupied by the Arians. After his arrival in Constantinople, Theodosius offered to confirm the Arian bishop Demophilus in his see, if he would accept the Nicene Creed. After Demophilus refused the offer, the emperor immediately directed him to surrender all his churches to the Catholics. As Socrates of Constantinople writes, "... the adherents of the homoousian faith in this manner regained possession of the churches".⁶³ Since, in the age of Justinian, the churches were in possession of the Catholics, the part of the edict disposing of the church buildings was omitted from the original text by the compilers of the Justinianic Code.⁶⁴

Summary

The edict *Cunctos populos* was issued by Theodosius the Great at Thessalonica, on the 28th of February of 380, before his illness and baptism. It was not only a program declaration but a normative law. The edict related only to Christians who lived in the eastern part of the empire. The emperor obliged his Christian subjects to follow the Nicene faith. He declared those who refused this creed *infames*, and prohibited them to use the church buildings. However, his edict itself did not make Christianity the state religion of the Roman Empire. By this anti-Arian law Theodosius wanted to achieve the unity of Christianity, to guarantee the religious concord of the eastern part of the empire with the Catholic West, and to prevent the

⁶⁰ Cf. CTh 16,5,25.29.42.48.58.61.65; 16,8,16.24; 16,10,21.

⁶¹ C. 1,11,10.

⁶² Cf. GREENIDGE (n. 13),

⁶³ Socr. HE 5,7 (tr. A. C. Zenos).

⁶⁴ Cf. ERRINGTON (n. 6), 414.

spreading of the barbarian mentality. He confirmed the primacy of Rome over other episcopal sees, and rejected the caesaropapist ideas which resulted from the Arian Christology.

Das Verhältnis von Cicero zu den Quellen (*fontes*), mit besonderer Rücksicht auf die Darstellung der Staatslehre im Dialog *De re publica*

Gábor Hamza

I.

1. In der Literatur gehört es zu den *loci communes*, dass Marcus Tullius Cicero ein „Wunder“ an Bildung, ein „Wunder“ an *eruditio* im edelsten bzw. wahrsten Sinne des Wortes darstellt bzw. verkörpert. Der Arpinate hat Platón, Aristoteles, Theophrastos, Dikaiarchos, Panaitios und im Allgemeinen die Werke der hervorragenden Vertreter des außerordentlich reichen und vielfältigen geistigen Lebens der griechischen Stadtstaaten (*poleis*) gekannt.

Wir möchten betonen, dass wir eine bloß allgemeine Betonung der Bedeutung der griechischen Philosophie, wie dies z. B. Fritz Schulz in seinem Werk „Geschichte der römischen Rechtswissenschaft“ tut, nicht für ausreichend halten.¹ Im gegebenen, konkreten Zusammenhang müsste die Rolle der verschiedenen hellenistischen Schulen bzw. Richtungen einer grundlegenden Analyse unterzogen werden.²

Dabei müsste der Untersuchung der stoischen Richtung (Schule) eine ganz besondere Bedeutung beigemessen werden.³ Diese Behauptung bezieht sich – unter anderem – auch auf das Konzept des Naturrechts (*ius naturale* oder *ius naturae*) von Marcus Tullius Cicero.⁴

¹ Siehe F. SCHULZ, Prinzipien des römischen Rechts, München – Leipzig (1934; Nachdruck Berlin, 1954.); DERS., History of Roman Legal Science, Oxford (1946) und DERS., Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar (1961).

² KNOCHE betont die Rolle Marcus Tullius Ciceros in der Vermittlung der griechischen Geisteskultur für Rom. Siehe U. KNOCHE, Cicero: Ein Mittler griechischer Geisteskultur, Hermes 87 (1959) 57–74.

³ Bezüglich des stoischen Gesetzesbegriffes siehe M. POHLENZ, Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung, 4. Auflage, München (1970), 132.; A. WATSON, The Natural Law and Stoicism, in: Problems in Stoicism, (Ed. by A. A. LONG), London (1971), 216. und A. VERDROSS-DROSSBERG, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie, 2. erweiterte Auflage, Wien (1948), 164–166. Hinsichtlich des Einflusses des Stoizismus auf einige Rechtsinstitute siehe C. STOUGH, Stoic Determinism and Moral Responsibility, in: The Stoics. (Ed. J. M. RIST) Berkeley – Los Angeles – London (1978), 203–231.

⁴ Siehe G. HAMZA, Zur Interpretation des Naturrechts in den Werken von Cicero, Pázmány Law Review 2 (2014) 5–15.

Damit hängt es unseres Erachtens in juristischer Beziehung zusammen, dass für ihn den sog. Idealtypus des Rechtsgelehrten, d. h. des *iurisconsultus* bzw. *iurisperitus* Servius Sulpicius (*Lemonia Galba*) Rufus (*consul* im Jahre 51 vor Chr., gestorben im Jahre 43 vor Christus) verkörpert, den Aulus Gellius (geboren um 125 nach Chr., gestorben um 180 nach Chr.) etwa zwei Jahrhunderte nachher als *iuris civilis auctor, vir bene litteratus* bzw. *vir aetatis suae doctissimus* bezeichnet.⁵

Der Gedanke des Idealtypus bzw. des Vorbildes des *iurisconsultus* kommt besonders klar beim Vergleich zwischen Q. Mucius Scaevola pontifex und Servius Sulpicius Rufus, der bekanntermaßen auch hervorragender Redner (*orator*) war, zum Ausdruck.⁶ Servius Sulpicius Rufus, in dessen Tätigkeit die *iuris scientia* und die *scientia omnium artium* zweifelsohne aufs engste miteinander verwoben sind,⁷ ist nicht bloß Kenner der *iurisprudentia* (*iuris scientia*) und der *ars oratoria*, sondern ist sowohl in der *scientia litterarum* als auch in der *loquendi elegantia* bewandert.⁸

⁵ Gellius, *Noctes Atticae* 2,10,1; 12,1. Vgl. noch: A. FÖLDI – G. HAMZA, *A római jog története és institúciói* (Geschichte und Institutionen des römischen Rechts), 22. verbesserte und erweiterte Auflage, Budapest (2018), 87.

⁶ Diesbezüglich siehe vor allem Brut. 41,152; 42,153. Vgl. noch A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, Roma – Bari (1976), 110f. und G. HAMZA, *Das Vorbild des Rechtsgelehrten bei Cicero*, in: *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae. Sectio Juridica* 24 (1982) 57–69.

⁷ In diesem Zusammenhang sei die folgende Stelle zitiert: ... *sic Servius sapientissime, cum duae civiles artes ac forenses plurimum et laudis haberent et gratiae, perfecit, ut altera praestaret omnibus, ex altera tantum adsumeret, quantum esset et ad tuendum ius civile et ad obtinendam consularem dignitatem satis.* (Brut. 155). Hier verweisen wir darauf, dass der angeblichen *orationis paupertas* (Ad. fam. 4, 4, 1), die Servius von sich behauptet, keinerlei Bedeutung zuzumessen ist, da sich diese zweifellos auf die Bescheidenheit des *iurisconsultus* zurückführen läßt. Vgl. M. BRETONE, *Postulati e aporie nella „History“ di Schulz*, in: *Festschrift F. Wieacker*, Göttingen (1978), 44f.

⁸ Servius Sulpicius Rufus ist offenbar bestrebt, im Bereich der *ars secunda*, d. h. der *iurisprudentia*, den ersten Platz einzunehmen. Dieses Bestreben hat aber zur Folge, dass er sich in der Sphäre der *ars prima*, d. h. der *ars oratoria*, mit dem „zweiten Platz“ begnügen soll. (... *videtur mihi in secunda arte primus esse maluisse quam in prima secundus* Brut. 41,151). Servius Sulpicius Rufus wollte ursprünglich *orator* werden, wie dafür Cicero selber Zeuge ist: *Nam et in iisdem exercitationibus ineunte aetate fuimus ...* (Brut. 41,151). Auch bei ihm – wie im Falle von Q. Aelius Tubero, der am Ende des zweiten vorchristlichen Jahrhundert wirkte – erfolgte erst später die *transitio a causis agendis ad ius civile*. Pomp. D. 1,2,2,46. Vgl. noch F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar (1961), 51. und FÖLDI – HAMZA, *A római jog története és institúciói* (Geschichte und Institutionen des römischen Rechts) 86.

Das gleiche bezieht sich auf den *omni laude cumulatus orator*, von dem Cicero folgendermaßen schreibt: *Ac mea quidem sententia nemo poterit esse omni laude cumulatus orator, nisi erit omnium rerum magnarum atque artium scientiam consecutus. Etenim ex rerum cognitione efflorescat et redundet oportet oratio; quae, nisi sint ab oratore percepta et cognita, inanem quandam habet elocutionem et paene puerilem* (De oratore 1,20).

Der *vir bonus dicendi peritus* – nach Catos berühmter Definition hinsichtlich des Redners – soll demgemäß über tiefe und vielfältige Kenntnisse verfügen.⁹

Der *orator* ist gewissermaßen Verwahrer der *scientia omnium artium*, wobei eine besonders wichtige Rolle der Bewandertheit in der Philosophie zukommt. Hervorzuheben ist diesbezüglich, dass im Zeitalter von Cicero die verschiedenen Formen der geistigen Aktivität miteinander eng verwoben sind, wofür den klarsten Beweis gerade die Mannigfaltigkeit des Oeuvre des Arpinaten liefert.¹⁰

Bei Aufzählung der *virtutes* von Cato senex konzipiert Cicero am ausdrücklichsten das Erfordernis der Bewandertheit des *omni laude cumulatus orator* in den *artes*. *Nunc contra plerique ad honores adipiscendos et ad rem publicam gerendam nudi veniunt atque inermes; nulla cognitione rerum, nulla scientia ornati* – schreibt Cicero (De orat. 3,136) als er die mißlichen Zustände seines eigenen Zeitalters mit starken Worten schildert. Zum Vorbild des *orator* dient bei ihm der *doctus orator* – *docto oratori palma danda est* (De orat. 3,143) –, der nicht zuletzt in der Philosophie bewandert ist.

⁹ Zur Frage des Unterschieds zwischen dem römischen *orator* und dem griechischen *rhetor* bei Marcus Tullius Cicero siehe E. LAUGHTON, Cicero and the Greek Orators, *American Journal of Philology* 82 (1961) 21–49.

¹⁰ Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang der von Brogginini stammende Satz: « Nel mondo culturale della retorica vivevano però non solo gli oratori, ma anche i « *iurisconsulti* ». G. BROGGINI, L'Arte forense di Cicerone, in: IUS, Nuova serie 14 (1963) 129. Vgl. noch J. CHRISTES, Bildung und Gesellschaft, Darmstadt (1975), passim und A. GRILLI, Il problema della vita contemplativa nel mondo greco-romano, Milano (1953), passim. In Bezug auf das Verhältnis von Cicero zum römischen Recht bzw. zur Rechtswissenschaft siehe aus der Sekundärliteratur G. HAMZA, Cicero és a római jog (Cicero und das römische Recht), in: *Antik Tanulmányok (Acta Antiqua)* (Budapest) 28 (1981) 139–154 und DERS., Cicero és a jogtudomány kapcsolatának kérdései (Fragen des Verhältnisses Ciceros zur Rechtswissenschaft), in: *Jogtörténeti Tanulmányok (Rechtshistorische Studien)* (Budapest) 5 (1983) 59–70.

II.

2. Der *perfectus iurisconsultus* und der *doctus orator* sollen – wie das in den obigen Ausführungen implizite drinsteckt – gleich Marcus Tullius Cicero die Werke von Platón, Aristoteles und Theophrastos kennen. Fraglich ist der Grad der Abhängigkeit dieser *doctissimi homines* von den Schriften der bedeutenden Vertreter des griechischen bzw. des römischen geistigen Lebens. Das Problem der Abhängigkeit steht im engen Zusammenhang mit der Frage der Interpretation.

Marcus Tullius Cicero als *princeps civitatis* – gleich den hochgebildeten Rechtsgelehrten und Rednern – interpretiert in seinen Werken das geistige oeuvre der *iurisconsulti*, die *orationes* der *oratores*, das reiche und vielfältige politische sowie philosophische Gedankengut der großen Gestalten des griechischen (hellenistischen) und römischen geistigen Lebens.

Ein erschwerender Umstand ist gerade in Bezug auf *De re publica*, dass es sich nicht mehr mit Gewissheit rekonstruieren lässt, was Cicero im Original gelesen hat und was er nur durch Vermittlung – d. h. aus sozusagen zweiter Hand erfahren hat.¹¹ Diesbezüglich sei darauf verwiesen, dass z. B. die hellenistische Staatstheorie zum größten Teil sehr bedauerlicherweise verloren ist. Dieser Umstand hat dann zur Folge, dass die Behandlungen der mit etwas modern klingendem Ausdruck – Staatslehre meist mit Polybios abgeschlossen sind.

Zweifellos kann das Neue der in *De re publica* erörterten Ciceronischen Staatslehre bzw. des Staatsdenkens in groben Zügen in zwei Beziehungen zusammengefasst werden. Einerseits gelingt dem Arpinaten, durch die hellenistische Staatstheorie hindurch mit ihrer Benützung und gleichzeitiger Verarbeitung zu Platón durchzustoßen und zur Idee des Staates (*res publica*) zurückzufinden.¹²

Andererseits geht Cicero im Bereich der Analyse der Entwicklung des Staates bzw. Gemeinwesens nicht wie die Griechen von einzelnen, sondern von dem Erlebnis des konkret existierenden römischen Staates aus.

¹¹ Hinsichtlich der Bedeutung für die Staatslehre des Dialogs *De re publica* von Marcus Tullius Cicero siehe G. HAMZA, L'«optimus status civitatis» di Cicerone e la sua attualità nel pensiero politico, in: «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana. Tradizione romanistica e costituzione», Diretto da L. Labruna (a cura di M. P. BACCARI – C. CASCIONE), Napoli (2006), 5–15.

¹² Bezüglich der umfangreichen Literatur der Platonischen Staatskonzeption siehe unter anderem A. W. GOULDNER, Enter Plato, Classical Greece and the Origins of Social Theory, London (1965); M. GENTILE, La politica di Platone, Padua (1940) und G. M. G. GRUBE, Plato's Thought, London (1935).

3. Die Quellen, die für den Arpinaten bei der Konstruktion seiner Staatslehre von Belang sind, lassen sich grundsätzlich in zwei Gruppen teilen. Einerseits berücksichtigt Marcus Tullius Cicero im Allgemeinen die Ergebnisse der griechischen Staatslehre, andererseits stützt er sich auf Quellen konkreter Art. Geben wir zunächst einen Überblick in ganz groben Zügen über die Hauptlinien des griechischen politischen Denkens, die Cicero berücksichtigt haben soll.¹³

Man findet schon in der archaischen Periode Anzeichen einer politischen Idee. Bei Homer (Ilias 2,204–206) behauptet Ulysses, dass die Herrschaft eines Einzelnen, der seine Macht von Zeus ableitet, Vorrang genießt; *ouk ogathon polykoiranie, heis koiranos esto*. Die Könige bei Homer wie Nestor, Agamemnon, Ulysses verfügen über militärische, religiöse sowie richterliche Machtbefugnisse. Herodot (3,80–82) zeigt uns, wie zur Zeit der Sophisten die Frage in Bezug auf die verschiedenen Staatsformen lebhaft diskutiert wird. Gleichzeitig verweist er darauf, dass ein Maßstab fehlt, an dem die Güte einer bestimmten Staatsform gemessen werden könnte. Nach Platón ist der beste Staat der, in dem die Gerechtigkeit herrscht, der Form nach eine Monarchie oder eine Aristokratie.

Die Abfolge der verschiedenen Verfassungen bei Platón ist keineswegs eine historische Entwicklung, sondern wie die Schilderung der Entstehung des Staates und des Staatsbaus selbst ein künstliches Modell des Staates, das dazu dient, seine Idee der Gerechtigkeit zu entwickeln.¹⁴ Während der Staat für Platón eine Notwendigkeit ist, die ihren Sinn von der Idee her empfängt, ist er für Aristoteles Mittel zum Zweck. Der beste Staat ist ein von Aristoteles später aufgegebenes Phantom.¹⁵ Die Einzelformen des Staates sind wie bei Herodot im Unterschied zu dem Symbolcharakter bei Platón Formen der Wirklichkeit.

Bedauerlicherweise sind die Werke der Nachfolger des Aristoteles verloren. Theophrastos, dessen Schriften Cicero wohl mit viel Eifer gelesen hat, hat die Idee des Staates seines Meisters in seinem Werk *Politik in den Krisen (Politika prous tous kairous)* weiterentwickelt. Wahrscheinlich hat bereits er vom Kreislauf der Verfassungen geschrieben (*kyklos tes politeias*). Forschungen gleicher Art hat auch ein anderer Schüler des Stagiriten, Dikaiarchos, durchgeführt.

¹³ Gute Übersicht über das griechische politische Gedankengut bietet T. A. SINCLAIR, *A History of Greek Political Thought*, London (1952).

¹⁴ Aufschlußreich ist diesbezüglich M. PIERART, *Platon et la cité grecque*, Brüssel (1974).

¹⁵ Aus der Sekundärliteratur siehe W. L. NEWMAN, *The Politics of Aristotle I–II*, London (1887) und E. BARKER, *The Political Thought of Plato and Aristotle*, New York (1959).

Er hat die aus den drei Einzelverfassungen gemischte Verfassung für die beste erklärt, wie dies der überkommene Titel einer Schrift, der *Tripolitikos*, bezeugt. Es ist wohl anzunehmen, dass auch bei diesem Denker die Mischverfassung nicht von der Gerechtigkeit her – im krassen Gegensatz zu Platón – begründet ist. Bei Polybios findet man die Konzeption der Mischverfassung (*mikté politeia*) in einer schon schematisch gewordenen Form.

Nach seiner Theorie bzw. Auffassung ist diejenige die sog. beste Verfassung, die aus den drei Einzelverfassungen gemischt ist. Zu den skizzierten Lehren gesellen sich noch die Staatslehren der hellenistischen Systeme. Wir verweisen nur darauf, dass die Epikureer mit ihrem Egoismus sozusagen Erzfeinde der Ciceronischen Staatsidee sind. Hinsichtlich der Stoiker ist es sehr bedauerlich, dass von der Staatslehre der Stoa so wenig bekannt ist.

Man kann nur vermuten, dass die Anhänger dieser Schule eine gewisse Neigung für das Königtum hatten, was als Abbild der Herrschaft des Geistes über die Welt aufgefasst wird. Von Panaitios ist eigentlich nur seine Gemeinschaftstheorie bekannt.

Auch aus dieser sehr flüchtigen Skizze kann man die Folgerung ziehen, dass Marcus Tullius Cicero in *De re publica* alle hier angedeuteten Gedanken, Staatsideen irgendwie, natürlich in unterschiedlichem Maße berücksichtigt hat. Eine andere Frage ist, wie der konkrete Quellenbereich (*sedes materiae*) dieses Werkes festzustellen ist.

4. Mit diesem Problemkreis hängen die verschiedenen Hypothesen bezüglich der Hauptquelle von *De re publica* zusammen. Ein quellenbedingtes *non liquet* ermöglicht z. B. zu vermuten, dass der Arpinate vor allem aus der Gedankenwelt von Poseidonios oder aus der Gemeinschaftstheorie von Panaitios oder aus dem Ideengut des Antiochos von Askalon geschöpft hat.

Cicero selber äußert sich nirgendwo so, dass er seine Ideen von diesen Philosophen geschöpft hätte. Dies ist umso auffälliger, weil Plinius der Ältere Cicero – wie auch Vergil – dafür lobt, dass sie ihre Quellen angeben (*Naturalis Historia, Praefatio* 22). Lassen wir aber den Arpinaten selber sprechen.

Eine sehr bedeutende Rolle unter den Quellen von *De re publica* spielt ohne Zweifel Platón, der ja gewissermaßen das ganze Werk inspiriert hat (*Platonis comes*).

Nur andeutungsweise sei darauf verwiesen, dass Cicero schon im Jahre 60 v. Chr. in zwei Briefen (Att. 2,2,1; 2,1,8) Atticus darüber informiert, dass er die *politeiai* der Griechen – und unter diesen auch die *Politeia* von Platón – liest. Die Form des Werkes wird wohl – darauf verweist wieder ein Brief an Atticus (Att. 4,16,2) – von Aristoteles genommen. Im Gegensatz zu Aristoteles – der im Dialog selber spricht – läßt Cicero in *De re publica* historische Personen sprechen, wie das *Herakleides Pontikos*, ein Schüler von Platón (Att. 13,19,4;

ad Q. fr. 3,5,2), getan hat. Es ist bloß eine nicht zu beweisende Hypothese, dass Cicero in 3,8,12 (es spricht Philus: ... *alter autem de ipsa iustitia quattuor implevit sane grandis libros* ...) das Werk *Peri dikaiosýnes* des Stagiriten berücksichtigt. Moraux negiert in der neueren Literatur diese Möglichkeit.¹⁶

Bezüglich Dikaiarchos äußert sich Marcus Tullius Cicero in einem Brief (*epistula*) an Atticus (Att. 6,2,3) so, dass er die Stelle über die Verderbtheit der am Meer liegenden Städte (2,4,8) – *Multa etiam ad luxuriam invitamenta pernicioso civitatibus subpeditantur mari* ... – aus Dikaiarchos übernimmt.

Der Einfluss des *Tripolitikos* ist in der Sekundärliteratur hingegen umstritten. Solmsen, Egermann und Hommel behaupten, dass Dikaiarchos an mehreren Stellen direkt benutzte Quelle für Cicero ist.¹⁷ Was den Einfluss von Panaitios auf Cicero angeht, ist man wiederum auf Vermutungen angewiesen. Die Tatsache, dass sein Name ausdrücklich erwähnt wird (von Laelius 1,21,34), spricht jedenfalls dafür.

Eventuell stammt die von Scipio gegebene Definition des *populus* von Panaitios (1,25,39). In *De officiis* ist hingegen dieser Einfluss nicht zu bezweifeln, da Cicero ganz explicit darauf hinweist. Fraglich ist die Rücksichtnahme auf die Ideen von Polybios.¹⁸ Vielleicht geht es bei einem Satz (2,25,45) um eine Übernahme von einer Polybios-Stelle.

Bezüglich der Kindererziehung in Rom findet man aber eine auffallende Kritik der Konzeption von Polybios. Vielleicht ist es aber gerade Polybios, der die Mischverfassung von Sparta von der idealen Mischverfassung Roms zum ersten Male unterscheidet. Äußerst fraglich ist der Einfluss von Poseidonios¹⁹ – höchstens im *Somnium Scipionis* gibt es gewisse Spuren der Ideenwelt dieses Vertreters der mittleren Stoa.

¹⁶ MORAUX geht davon aus, dass Cicero im Allgemeinen nicht auf Grund von direkten Quellen das außerordentlich reiche Oeuvre des Stagiriten kennt. Er schreibt: «En fait, ce qu'il sait de la philosophie d'Aristote, il le doit essentiellement à des sources plus récentes (Sperrung, G. H.) tantôt à des manuels ou à des exposés dont nous ne connaissons pas les auteurs.» P. MORAUX, Cicerón et les ouvrages scolaires d'Aristote, in: Ciceroniana, Nuova Serie vol. II, Rom (1975), 96.

¹⁷ H. SOLMSEN, Die Theorie der Staatsformen bei Cicero *De re publica* I, in: Philologus 88 (1933), 326–341; F. EGERMANN, Die Proömien zu den Werken des Sallusts, in: Sitzungsberichte der Akademie in Wien, Phil.-Hist. Klasse, 214 3. Abhandlungen, Wien (1932–1933), 5–87 und K. HOMMEL, *De re publica* I und Dikaiarch, Gymnasium 62 (1955), 324–340.

¹⁸ Bezüglich der politischen Ideen von Polybios siehe K. v. FRITZ, *The Theory of the Mixed Constitution in Antiquity*, New York (1954).

¹⁹ Mit dem Oeuvre von Poseidonios befasst sich in der Sekundärliteratur M. LAFFRANQUE, *Poseidonios d'Apamée, Essai de mise au point*, Paris (1964).

Das gleiche bezieht sich auf den Einfluss von Antiochos von Askalon,²⁰ obwohl der philosophische Eklektizismus von Marcus Tullius Cicero zweifelsohne evident ist.

Unter den römischen Quellen von *De re publica* sind zweifellos zwei Namen zu nennen. Im zweiten Buch des Werkes beruft sich Cicero mehrmals auf Cato senex (2,1,3; 2,21,37). Gleichermäßen beruft sich der Arpinate im *proemium* des ersten Buches (1,8,13) auf P. Rutilius Rufus als orale Quelle des Dialogs, den er in Smyrna besucht hat und der gleichzeitig der jüngste Gesprächsteilnehmer des Dialogs ist.

Es ist dabei nicht zu vergessen, dass P. Rutilius Rufus ein hervorragender und außerordentlich vielseitiger Vertreter (Geschichtsschreiber, Rechtsgelehrter) seines Zeitalters war. Weiterhin ist es noch nicht auszuschließen, dass Cicero auch Werke von Marcus Terentius Varro – und bezüglich des *Somnium Scipionis* – Titus Lucretius Carus²¹ benutzt hat.

III.

5. Diese außerordentlich reiche Fülle von Quellen juristischer (*fontes iuris*) und nicht-juristischer Natur für *De re publica* bestätigt an und für sich, dass Marcus Tullius Cicero bei Verfassung dieses Werkes selber dem von ihm konzipierten Vorbild, dem Idealtypus des Rechtsgelehrten bzw. des Redners, gefolgt ist.

Der Arpinate schöpft aus Quellen verschiedenster Natur. Die für *De re publica* benutzten Quellen lassen sich nicht auf einen bestimmten Bereich der *scientia* beschränken, gleich den Kenntnissen des *perfectus iurisconsultus* oder *doctus orator*, die sich doch nicht ausschließlich aus dem Bereich der *iurisprudentia* oder der *ars oratoria* rekrutieren.

Die Vielfältigkeit der Quellenbasis bestimmt auch die Art der Interpretation. Diese Interpretation ist ebenso vielseitig, mannigfaltig, wie die außerordentlich breite Quellenbasis, die das Objekt der Auslegung darstellt.

Daraus ergibt sich letztlich, dass es eine Verfälschung bzw. keine adäquate Darstellung wäre – und dem Erfordernis des wissenschaftlichen Objektivismus nicht entsprechen würde –, in diesem Ciceronischen Werk die Widerspiegelung des Einflusses der Ideen bloß eines einzigen Philosophen, Geschichtsschreibers oder – mit moderner Terminologie – Staatsdenkers oder politischen Denkers zu sehen.

²⁰ Die Werke von Antiochos von Askalon sind nicht überliefert. Vom Werk *Peri theōn* ist nur der Titel bekannt, vgl. G. LUCK, *Der Akademiker Antiochos*, Bern (1953), 69.

²¹ Eingehend analysiert dieses Problem J. FONTAINE, *Le Songe de Scipion, premier anti-Lucrèce?*, in: *Mélanges d'archéologie et d'histoire offerts à A. Piganiol II*, Paris (1966), 1711f.

M. T. Cicero a advokátska prax v rímskom klasickom práve

Vladimír Vrana

„Zo všetkých odmien za statočnosť, ak treba brať odmeny do úvahy, najskvelejšia je vraj sláva: je to to jediné, čo človeka zmieri s krátkosťou života, čo spôsobuje, že sme prítomní, aj keď sme neprítomní, že žijeme, aj keď sme mŕtvi. Po jej stupňoch akoby ľudia konečne vystupovali do neba“.

Marcus Tullius Cicero

Začnem tak trocha typickou poznámkou, možno aj v zmysle zásady *nomen est omen*, pre človeka, ktorý bol vo svojej dobe rovnako zdatným a neprekonateľným rečníkom, ako aj „znalcom práva“: Marcus Tullius Cicero¹ si podľa historika Plutarcha zásadne odmietal zmeniť svoje, relatívne vyvolávajúce úsmev u iných *cognomen*, súc neochvejne presvedčený o tom, že jeho priezvisko ho raz naveky preslávi. Svoje ďalšie rozhodovanie, *dilemma*, medzi Rímom a domovským Arpiniom vyjadril v diele *De legibus*: *Ego mehercule et illi et omnibus municipibus duas esse censeo patrias, unam naturae, alteram civitatis [...] sed necesse est caritate eam praestare, qua rei publicae nomen universae civitatis est; pro qua mori et cui nos totos dedere et in qua nostra omnia ponere et quasi consecrare debemus. Dulcis autem non multo secus est ea, quae genuit, qua milla, quae exceptit. Itaque ego hanc meam esse patriam prorsus numquam negabo, dum illa sit maior, haec in ea contineatur*².

¹ 106–43 pred Kr., narodený v italskom mestečku Arpinium sa veľakrát odvolával na svoj vznešený, aj keď vidiectky pôvod (*dominobiles*). Jeho vzdialeným príbuzným bol Gaius Marius. Občania Arpinia získali v roku 188 pred Kr. rímske občianstvo.

² „Všetci ľudia z municipií majú dve vlasti, jednu získanú narodením a jednu (štátnym) občianstvom [...]. Ale tá, ktorá je základom pre spoločné občianstvo musí stáť na prvom mieste našej lásky v mene nášho štátu; pretože je našou povinnosťou pre ňu zomrieť a oddať sa jej úplne a tak sami seba v nej posväcujúc a ponúkajúc jej všetko čo máme. Ale tá druhá (vlasť), do ktorej sme sa narodili je pre nás nemenej sladká ako tá, do ktorej sme boli osvojení. A tak ja nikdy neodmietnem tú prvú, ktorá je mojou vlasťou, hoci tá druhá je oveľa väčšia a zahŕňa v sebe aj tú prvú“.

Quintilian³ priznal, že Ciceronovi *regnare in iudiciis dictus est* – „náleží vládnuť na súdnych dvoroch“. Podľa neho ... *tendit quidem ad victoriam qui dicit, sed cum bene dixit, etiamsi non vincat, id quo darte continetur effecit*, v preklade „... samozrejme, že rečník sa snaží (súdny spor) vyhrať, ale ak mal skvostnú reč, aj keby v spore nezvíťazil, z hľadiska rečníckeho umenia urobil všetko, čo si toto umenie vyžaduje“. Hodnotenia historikov, právnych romanistov, ale aj jeho súčasníkov sa na jeho profesionálne vystupovanie, osobnostný charakter, ako to už býva, diametrálne líšia. Prevažuje skôr vysoko pozitívna evaluácia, hoci nesmieme zabudnúť ani na dost' kritické, zdrvujúce zhodnotenie Ciceronovho charakteru zachytené T. Mommsenom⁴ – predovšetkým po návrate z vyhnanstva v roku 57 pred Kr., ktoré inicioval jeho dlhoveký odporca Publius Clodius Pulcher. Osnovným základom Ciceronových politických postojov bolo životné presvedčenie, že človek môže žiť dôstojne iba v slobodnom zriadení a že je len najhoršou ľudskou pohromou, ak ľudia zavrhnú tento ideálny stav a nahradia ho otrockou predstavou o „dobrom“ pánovi⁵.

Počas politickej turbulentnej druhej polovice 1. storočia pred Kr., poznačenej predovšetkým občianskou vojnou (vojnou so spojencami), častými vzostupmi a pádmi uzurpátorov politickej moci, Cicero razantne obhajoval návrat k tradičnej republike. V skutočnom živote sa však nechával pragmaticky unášať raz k jednej, raz k druhej politickej strane – podľa prevládajúcej politickej situácie, čo mu prinieslo poznanie reality nikdy neutíchajúceho revanšu medzi politickými odporcami. Nie je teda ľahké vysvetliť premenlivosť jeho politických názorov, ktorá mohla vyplývať z jeho povahy a byť dôsledkom zažitého vyhnanstva.

Hoci vo všeobecnosti môže byť advokácia považovaná len za akési efemérne, dočasné umenie, pre každého advokáta môže byť celoživotným cieľom i to, aby sa jeho súdne reči čítali a analyzovali ešte aj po vyše dvetisíc rokoch – čo je nepochybne prípad Cicerona. I keď je zrejme, že republikánsky súdny systém v Ríme pracoval na úplne odlišných princípoch ako v dnešnej dobe, podstata však zostala rovnaká. Riggsby⁶ správne poznamenáva, že rímska

³ Celým menom Marcus Fabius Quintilianus (35–100), *consularis* za cisára Domitiana, pochádzajúci z Hispánie, popredný rímsky rečník a znalec práva, patriaci do skupiny obdivovateľov a nasledovníkov Ciceronovej rečníckej zručnosti. Jeho najvýznamnejším dielom boli *Institutio Oratoria*, odkiaľ pochádza aj vyššie uvedený úryvok. Porov. Inst. 2,17,23.

⁴ MOMMSEN, Th.: *The History of Rome*, Vol. 5. London (2006), s. 411n.

⁵ K tomu pozri aj STRACHAN-DAVIDSON, J. L.: *Cicero and the Fall of Roman Republic*. Oxford (1936), s. 256n.

⁶ RIGGSBY, A.: *Did the Romans Believe in their Verdicts?* Austin (1997), s. 242n.

spoločnosť v zásade verila súdnemu systému, inými slovami, že súdy vynášajú spravodlivé rozsudky. Otázka predložená rímskemu súdnemu tribunálu znela, či obžalovaný je vinným alebo nie. Ak bol vynesený odsudzujúci rozsudok, predsedajúci magistrát predniesol formulu *fecisse videtur*, t.j. „zdá sa, že to urobil“, v opačnom prípade verdikt znel *non fecisse videtur*.

Drvivú väčšinu svojich súdnych rečí Cicero aj dodatočne publikoval v „redakčne upravenej“ podobe, (čo mnohokrát viacerí kritizovali). Išlo najmä o tie, ktoré predniesol na rímskom fóre pod holým nebom, a to pred *iudicia publica seu quaestiones perpetua*⁷, ktorých základy položila v roku 149 pred Kr. *lex Calpurnia*. Rímsky súdny systém, podobne ako základný zákon rímskeho štátu, *lex duodecim tabularum*, čerpal svoju „filozofiu“ z aténskeho vzoru, ktorý ale rozpracoval do relatívnej dokonalosti. V gréckom modeli napríklad neexistoval (okrem iného) inštitút verejného žalobcu, kým v rímskom práve bol bežným javom a osobitné zákony upravovali aj jeho zneužitie nositeľom verejnej moci alebo v širšom zmysle kohokoľvek, kto ako žalobca vedome viedol nespravodlivý spor⁸.

Podľa „širokospektrálnej“⁹ *lex Cinciae donis et muneribus*, navrhovateľom ktorej bol plebejský tribún Lucius Cincius Alimentus v roku 204 pred Kr., sa advokátom zastupujúcich svojich klientov, či už v civilnom alebo trestnom procese, zakazovalo prijímať odmeny respektíve poplatky. K tomu iba tri poznámky: *lex Cincia* patrila z hľadiska vnútornej štruktúry zákonov medzi *lex imperfectae*; ako každý zákon sa dala ľahko obísť – čoho bol sám Cicero bezprostredným aktérom: jeho vďačný klient, ktorému Cicero svojim dôvtipom vyhral súdny spor, Publius Sulla, aby svojím konaním neporušoval priamo predmetný zákon, poskytol Ciceronovi peňažnú pôžičku 2 milióny sesterciov,

⁷ Osobitne k prejednávaniu jedného z najdôležitejších trestných činov – *crimen maiestatis* pozri aj príspevok ANTALOVÁ, B.: *Crimen maiestatis*. In BĚLOVSKÝ, P./STĚLOUKALOVÁ, K. (eds.): *Caro amico*. 60 kapitol pro Michala Skřejpka aneb Římské právo napříč staletími. Praha (2017), s. 33–40.

⁸ *Lex Remmia*, prijatá pred rokom 80 pred Kr. stanovila vysoké peňažné tresty pre žalobcov, ktorí zlomyseľne alebo kvôli zisťnosti žalovali svojich odporcov. Z hľadiska verejného rímskeho práva sa dopúšťali trestného činu *calumniae*. V technickom zmysle *calumnia* znamená zlomyseľné začatie alebo upustenie od nespravodlivého procesu, či už civilného alebo trestného za určitú majetkovú výhodu. Ak sa vinníka nepodarí odsúdiť za tento trestný čin, prislúcha poškodenému proti nemu do jedného roka od jeho spáchania *actio calumniae* na štvornásobok hodnoty sporu a po roku (aj proti jeho dedičom) na to, čím sa obohatili. Aktívne zdediteľná táto žaloba nebola. *Actio calumniae* zároveň vylučovala súčasné použitie *condictio ob turpem causam*. K tomu neskôr sa pridružil aj inštitút *iusiurandum calumniae* (využívaný aj v kanonickom práve).

⁹ *Lex Caecilia Didia* prijatá v roku 98 pred Kr. zakazovala prijatie podobných zákonov, ktoré označovala ako tzv. *lex satura* (snaha o monotematickosť zákonov).

neskôr použitých na nákup vily na Palatíne¹⁰; a konečne samotný pojem *advocatus*, od ktorého je odvodený aj jeho dnešný význam, sa v rímskom práve interpretoval podstatne širšie ako je tomu dnes – zahŕňal v sebe nielen osobu, ktorá poskytla právnu radu, ale aj tú, ktorá prepožičala svoju podporu procesnej strane, ale bez toho, aby klienta ústne obhajovala – t.j. iba samotnou prítomnosťou pred súdom¹¹.

Vo vtedajšej právnickej „branži“ sa v súvislosti s procesným zastupovaním klientov nepoužíval pojem *advocatus*, ako skôr *patronus*, majúci tak na zreteli predovšetkým archaickejší význam tohto termínu. Rímsky patrón/advokát bol však v prvom rade zdatným rečníkom a až na druhom mieste stála jeho predpokladaná dobrá reputácia v práve¹². Sám Cicero si pred súdom viackrát nezabudol, hoci v dobrom, „rypnúť“ do renomovaných znalcov rímskej jurisprudencie¹³ – aj kvôli špecifickým formalitám niektorých inštitútov. Ciceronov ideál dobrého advokáta predstavovala osoba, ktorá mala (iba) všeobecné znalosti právnych princípov/inštitútov, zato špičkové rečnícke nadanie, zahŕňajúce v sebe súčasne právnika, filozofa, psychológa, politika ale predovšetkým zvrchovane výrečného „jazykového manipulátora“. On sám seba pritom považoval v porovnaní s predstaviteľmi jurisprudencie za lepšieho praktickejšieho právnika, keďže tí nemohli podľa neho, obrazne povedané „vidieť les kvôli stromom“. A ešte presvedčivo dodal, že advokát dokonca ani nemusí poznať dobre právo a mohol by sa bez neho zaobísť – obzvlášť, ak na verejnom pojednávaní nastane nejaká neočakávaná skutočnosť.

„Aké požičaj, také vráť!“ Odpoveď zo strany Aquilia Galla¹⁴, učeného právneho znalca, ktorému, keď bola položená právna otázka ohľadom riešenia trestnej zodpovednosti v konkrétnej kauze, britko odpovedal: *Nihil hoc ad ius: ad Ciceronem*, v preklade „Toto nemá nič spoločné s právom, ale s Ciceronom“. Nuž, čo viac k tomu dodať...

Spolu s Ciceronom študovali u Quinta Mucia Scaevolu aj Gaius Marius Minor, Titus Pomponius Atticus a Servius Sulpicius Rufus. Posledný uvedený sa mal stať slávnym právníkom, jedným z tých, ktorých považoval Cicero za lepších, než je on sám. Sulpicius Rufus a Atticus sa stali Ciceronovými

¹⁰ O „splátkovom kalendári“ sa nezachovali žiadne dochované záznamy.

¹¹ K tomu pozri aj komplexnú prácu CROOK, J. A.: *Law and Life of Rome*. London (1967), s. 98n.

¹² V tejto súvislosti je veľmi zaujímavá aj relatívne komplexná práca BUTLER, S.: *The Hand of Cicero*. London (2002).

¹³ Pozri aj jeho obhajobu *Pro Murena*, kde si takto „podal“ samotného zakladateľa rímskej právnej vedy – Servia Sulpicia Rufa. Porov. Mur. 23,9.

¹⁴ Pozri citáciu v diele CROOK, J. A.: *Legal Advocacy in the Roman World*. London (1995), s. 143.

najbližšími priateľmi. O Atticovi neskôr Cicero napíše v jednom liste: „Si ako môj druhý brat, moje *alter ego*, ktorému môžem povedať čokoľvek“.

Advokátske povolanie, tak v antickom Ríme, ako aj v dnešnom práve, sa netešilo u širokej laickej verejnosti obľube¹⁵. Považovalo sa za nie príliš čestné, pretože jeho výsledkom bola (úspešná) obhajoba páchatel'ov protiprávných činov proti poškodeným, ktorí si častokrát nemohli finančne dovoliť poskytnutie právnej pomoci¹⁶. Základom pre poskytovanie advokátskych služieb boli najmä tri skutočnosti:

a) právo občanov mať v konaní pred súdom právne zastupovanie – v tom zároveň zahrnutú povinnosť advokáta prevziať akýkoľvek prípad, pre ktorý je kompetentný a neodmietnuť ho, pretože „nevyzerá dobre“;

b) zabezpečiť uplatnenie kontradiktórnosti pred súdom, a to tak, že pred tým, než bude vynesený rozsudok musia byť obidve strany vypočuté a vykonané navrhované dôkazy;

c) striktné uplatňovanie pravidiel profesionálneho správania advokáta voči svojmu klientovi.

Podľa Cicerona, ak advokát prevzal prípad, mal pre jeho úspešný výsledok urobiť všetko, čo bolo v jeho silách – netolerovala sa pritom žiadna nedbanlivosť¹⁷. Advokát mal argumentovať v prospech svojho klienta a vykonať čo najviac pre dosiahnutie spravodlivého rozsudku vo veci. V súvislosti s vedením procesu žalobcom a obhajcom rímske verejné právo upravovalo osobitnú skutkovú podstatu trestného činu (*crimen publicum*) označovanú ako *praevaricatio*. Konečným výsledkom malo byť to, aby sa obžalovaný vyhol trestu. Praktické uplatnenie mohlo byť rôzne, napríklad nepoctivá, nečestne vedená obžaloba, na základe vzájomnej dohody s obžalovaným, majúca za cieľ vylúčiť čestného žalobcu a tým doceliť oslobodenie páchatel'a. Ako samostatný trestný čin bola kvalifikovaná prijatím *lex Iulia iudiciorum publicorum* a trestaná, podobne ako obdobný trestný čin – *calumnia*¹⁸. V konaní *extra ordinem* bol páchatel' potrestaný podľa voľnej úvahy sudcu, respektíve mu hrozil rovnaký trest ako krivo obvinenej osobe¹⁹.

¹⁵ Pozri aj monografiu FRIER, B. W.: *The Rise of Roman Jurists. Studies in Cicero's Pro Caecina*. Princeton (1985), s. 127n.

¹⁶ Pozri aj ucelené dielko CRAWFORD, J. W.: *M. Tullius Cicero: The Lost and Unpublished Orations*. Gottingen (1984), s. 19n.

¹⁷ Celkovo k povinnostiam advokáta v rímskom súdnom procese pozri aj FRIER, B. W.: *The Rise of the Roman Jurists: Studies in Cicero's Pro Caecina*. Princeton (1985), s. 52n.

¹⁸ Stíhaná, ako už bolo vyššie uvedené, na základe prijatej *lex Remmia et SC Turpillianum*.

¹⁹ K tomu pozri aj BARTOŠEK, M.: *Encyklopedie římského práva*. Praha (1981), s. 93.

Dôležitou otázkou bolo aj to, ako ďaleko mohol advokát pri obhajovaní klientovho záujmu zachádzať? Znepokojenie by mohlo na prvý pohľad vyvolávať tvrdenie obsiahnuté v spisoch predstaviteľov rímskej rečníckej školy o tom, že samotná pravda mala byť pre advokáta irelevantná. Uvedené isto kontrastuje so súčasným chápaním advokácie o tom, že aj advokátovou úlohou je napomáhanie procesu zistenia pravdy²⁰. Sám Cicero však vyššie uvedené stanovisko vysvetľuje bližšie²¹ a konštatuje, že advokátovou prácou má byť prezentácia dôvodov a dôkazov pred súdom tak, aby „... vyzerali ako pravdivé, aj keby nakoniec pravdivými neboli“.

Podobne, opätovne Quintilian²², prichádza k rovnakému záveru: osobitnou úlohou rečníka v spore je „... podanie argumentov a dôkazov tak, aby zapôsobili na sudcove pocity a odvrátili jeho myseľ od samotnej pravdy“. Ďalej pokračuje tvrdením, že vo výnimočných prípadoch môže advokát použiť pri obhajobe svojho klienta aj vedome nepravdivé argumenty, a to vtedy:

a) ak obžalovaný, ktorý spáchal trestný čin so šľachetných dôvodov, môže byť iba vtedy oslobodený, ak bude súd presvedčený, že ho vôbec nespáchal;

b) ak je obžalovaný v technickom zmysle vinným, ale spoločnosť nevyhnutne potrebuje jeho služby (napríklad ako výnimočného zdatného a úspešného vojenského veliteľa);

c) keď si je istý, že vinný obžalovaný sa môže zmeniť k lepšiemu.

Ako „top“ spoločenská vrstva rímskej spoločnosti, bohatí veľkostatkári, latifundisti, keďže cítili vysokú mieru zodpovednosti za ďalší osud a smerovanie rímskeho štátu, mali silne vyvinutý zmysel pre (bezplatné) vykonávanie verejnej, štátnej služby (*munus*) na prospech svojich spoluobčanov. Konkrétny prípad uvádza vo svojom spise Ciceronov idol a hrdina – Scipio Aemilianus, triumfálny víťaz nad Kartágom (hoci v podstate jedna z tragických postáv rímskych dejín), ktorý ho uviedol historikovi Polybiovi²³: „Rozhodol som sa nestáť (ako mladý) advokátom pred súdmi [...] ale uprednostnil som stráviť svoj život v prachu bojového poľa ...“. Advokácia bola jedným zo spôsobov dobrovoľnej služby pre spoločnosť, rovnako ako bezplatné poskytovanie právnych služieb zástupcami rímskej jurisprudencie

²⁰ Pozri aj KENNEDY, G. A.: *The Art of Rhetoric in the Roman World*. Princeton (1972), s. 47n, kde autor osobitne akcentuje úlohu advokáta pri zistení objektívnej pravdy v konaní pred súdmi.

²¹ Porovnaj aj jeho dielo *De officiis: ... patroni est non numquam veri simile, etiamsi minus sit verum, defendere*. Porov. Off. 2,51.

²² Inst. 12,1,36.

²³ Polyb. 31,23.

verejne na rímskom fóre, alebo zadávanie veľkolepých verejných prác, čestné zastávanie rímskych magistratúr, až po pôsobenie v rímskom senáte.

Ciceronovo rozhodnutie uprednostniť advokáciu pred rímskou právnou vedou bolo motivované podstatne väčším záujmom rímskej spoločnosti o zastupovanie pred súdmi a tým aj získaním verejného uznania ako „iba“ venovaním sa teoretickému poznaniu rímskeho práva. Svoju trochu prehnanú komparáciu medzi advokáciou a právnou vedou zhrnul briske pri obhajobe Murenu²⁴: „Nie je to vôbec nepredstaviteľná myšlienka [...] takže ak ma nazlostíš, napriek tomu, že som extrémne zaneprázdnený inými vecami, urobím všetko pre to, aby som sa do troch dní stal právnym znalcom [...] Ako hovoria aj grécki hudobníci, tí, ktorí sa nedokážu naučiť hrať na lýre, hrajú na flaute, tak aj u nás tí, ktorí neuspeli v zvládnutí rečníckeho remesla, degenerovali (!) na štúdium právnej vedy (!) ...“.

Aby sme to ale uviedli na pravú mieru, akékoľvek Ciceronove vyjadrenie ako advokáta treba nevyhnutne vidieť v kontexte toho, čo chcel dosiahnuť v konkrétnej obhajobe na to, aby bol v konečnom dôsledku úspešný – „účel svätí prostriedky“. Adresátom vyššie uvedených posmešných rečí bol totiž jeden z Murenových žalobcov, jeden zo spoluzakladateľov rímskej právnej jurisprudencie – Servius Sulpicius Rufus, ktorý navyše prehral súboj o konzulské kreslo práve v čase, keď sa viedol tento spor. Dôkazom toho sú ďalšie Ciceronove listy a diela, v ktorých naopak Rufovi vyjadruje svoj bezhraničný ľudský aj profesionálny obdiv a rešpekt ako znalcovi práva. A podobne, znalosť rímskej právnej vedy bola dotyčnému vždy na prospech a „pridanou hodnotou“ pri získaní vysokých verejných funkcií²⁵ – existovalo totiž množstvo príkladov, keď právny radca získal konzulské alebo cenzorské kreslo.

Sám Cicero sa na začiatku svojej advokátskej činnosti pravidelne zúčastňoval na prednáškach významných znalcov práva – Lucia Licinia Crassa, Sulpicia Rufa, Marka Antonia a Quinta Mucia Scaevolu, ktorí boli v tom čase opornými stĺpmi rímskej jurisprudencie. Svoju dominantnú pozornosť však definitívne zamerlal na praktické napĺňanie svojho sna – spojenie skvelých rečníckych schopností so všeobecnou znalosťou rímskeho práva pri realizácii advokátskej činnosti. Samotný advokátsky debut pred súdom ho mohol čakať po dovŕšení 20. roku veku. Jeho snáď najznámejší vtedajší advokátsky

²⁴ Porov. 28–29. Išlo o Lucia Licinia Murenu, ktorého „spoluobhajovali“ aj Quintus Hortensius Hortalus a Marcus Licinius Crassus.

²⁵ Aj v tomto smere však Cicero zastával protirečivé stanovisko. O tom, že jeho názor bol subjektívny a predpojatý, pozri aj prácu BAUMANN, A.: *Lawyers in Republican Politics*. Munich (1983).

„kolega“ v branži, Quintus Hortensius Hortalus²⁶ začínal prvou súdnou rečou vo svojich 19. rokoch, kým napríklad Crassov²⁷ povestný debut v prípade proti Gaiovi Papiriovi Carbovi sa uskutočnil keď mal 21 rokov. Cicero sa po prvýkrát pred súdom objavil keď mal 25 rokov, ako advokát – substitút pri obhajobe Publia Quinctia (rozdelenie majetku pri spoločnosti) a svoju advokátsku činnosť zakončil v roku 45 pred Kr. *Pro rege Deiotaro*.

Právnická „obec“ advokátov, sudcov a verejných žalobcov sa v rímskom prostredí dobre poznala. Všeobecne však platilo, možne pre dnešok trochu paradoxne vyznievajúce tvrdenie, že obzvlášť pri najzávažnejších trestných procesoch, kde odsúdenému hrozil trest prepadnutia politických práv, rímskeho občianstva, majetku častokrát spojený s *deportatio seu relegatio*, nevraživé, pomstychtivé až nenávistné vedenie sporu zo strany žalobcu (*durus, molestus*) mohlo byť považované za nepriateľský čin a dokonca znamenať pre takúto osobu koniec jej politických ambícií²⁸. Častou príčinou predmetného javu mohli byť aj turbulentné doby proskripcií, alebo iné, ako napríklad uplatnenie „vendety“ medzi rímskymi rodinami²⁹ – obžaloba Gaia Servilia dvoma bratmi Lucullovcami ako „revanš“, pretože predtým Servilius žaloval ich otca a pod.

Z hľadiska uplatňovania techniky rečnickej kompozície Ciceronov prístup vychádzal z troch bazálnych častí – štruktúry reči (*dispositio*), stratégie vedenia reči (*inventio*) a konkrétneho štýlu vyjadrovania (*elocutio*)³⁰. *Dispositio* začínala úvodnou časťou (*exordium*), po ktorej nasledovala naratívna časť (*narratio*), rozčlenenie hlavných argumentácií (*divisio*), samotná argumentácia prípadu (*argumentatio*), odmietnutie odporcových stanovísk (*refutatio*), zhrnutie a celkové závery (*digressio et peroratio*).

Relatívne najdôležitejšou časťou bola stratégia vedenia reči, ktorú bolo možné podľa Aristotelovej kategorizácie rozdeliť na *logos* (argument), *ethos* (náčrt charakteru, povahy)³¹ a *pathos* (emócie, city). Veľmi charakteristickou črtou pre Ciceronovu advokátsku činnosť je jeho konštantná argumentačná štruktúra odvodená predovšetkým od logiky a dialektiky, ktorú všade

²⁶ Mimochodom, v roku 70 pred Kr. obhajoval snáď najznámejšieho rímskeho vysokého štátneho úradníka obžalovaného z trestného činu *crimen repetundarum*, Gaia Licinia Verra – neúspešne. Naopak úspešným žalobcom bol práve Cicero.

²⁷ Lucius Licinius Crassus (140–91 pred Kr.) nadobudol právnické vzdelanie u najrenomovanejších právnych znalcov tých čias – Publia Mucia Scaevolu a Quinta Mucia Scaevolu.

²⁸ K tomu pozri aj ucelenú prácu MAY, J. M.: *Trials of Character: Eloquence of Ciceronian Ethos*. London (1988), s. 97n.

²⁹ Latinským pomenovaním ako *ulciscendi*, prípad uvádza aj Plutarchos. Porov. Vit., Luc. 1,2.

³⁰ Bližšie pozri aj LAUSBERG, H.: *Handbook of Literary Rhetoric*. Leiden (1988), s. 118n.

³¹ Synonymne mu zodpovedá grécky termín *logographos*.

prestupuje a ostro preniká, možno až dramaticky, inštitút dilemy (*dilemma*)³², ktorý však tvorí absolútnu chrbtovú kosť jeho rétoriky. Podľa všeobecnej definície je dilema druh úsudku, ktorého premisy tvoria tri podmienkové skutočnosti a disjunktívny súd. V dnešnom bežne používanom význame tento termín označuje situáciu, v ktorej je ťažké urobiť patričné, správne rozhodnutie.

V technickom slova zmysle termín dilema má nasledujúcu formu, pričom môže ísť o tzv. jednoduchú dilemu alebo zloženú, komplexnú dilemu. Príkladom jednoduchej dilemy je táto situácia: Buď A alebo B; ak A, potom C; ak B, potom C; preto, v oboch prípadoch, C. O prípad zloženej dilemy ide vtedy, ak je postupnosť nasledovná: buď A alebo B; ak A, potom C; ak B, potom D; preto, buď C alebo D. Prvá premisa ponúka výber z dvoch možností – tieto musia úplne vyčerpávať všetky potenciálne možnosti, pričom nemôže existovať alternatíva tretia. Druhá a tretia premisa sú hypotetické – inými slovami, ich základom je tvrdenie čo by sa mohlo stať, ak by ktorákoľvek z uvedených alternatív bola pravdivá³³.

Podľa Ciceronových vlastných slov dilema patrila k neprekonateľnej, nezameniteľnej forme argumentácie. Počas celej jeho advokátskej činnosti mu určite dobre poslúžila, čoho svedkom sme aj my, ak sa „oprieme“ o jeho argumentáciu v *Pro Roscio Amerino* („... ak Roscius starší bol proskribovaný, jeho vrah nemôže byť obžalovaný z vraždy, zatiaľ čo, ak Roscius nebol proskribovaný, jeho majetok bol predaný nelegálne ...“³⁴); v ďalšej časti dilemy sa riešila otázka, či to „...urobil (Roscus) sám alebo využil pri zločine prostredníka? Sám to nemohol uskutočniť/vykonať, pretože (na čas vraždy) mal alibi. Kto bol potom jeho komplicom? Bol to otrok alebo slobodný muž? Ak to bol slobodný muž, pochádzal z Ríma alebo z Amerie³⁵? Ak pochádzal z Ríma, kedy a kde sa Roscius s ním stretol, pretože Roscius nebol v Ríme už mnoho rokov? Ak naopak pochádzal z Amerie, kto to bol? Aká odmena mu bola ponúknutá?“³⁶ Podobne možno spomenúť príklady z *Pro Caelio*³⁷

³² K tomu pozri aj zaujímavú prácu CRAIG, C. P.: *Form as Argument in Cicero's Speeches: A Study of Dilemma*. Atlanta (1993).

³³ LAUSBERG, H.: *Handbook of Literary Rhetoric*. Leiden (1988), s. 38n.

³⁴ K tomu pozri aj KINSEY, T. E.: *A Dilemma in the Pro Roscio Amerino*. Princeton (1966), s. 270n.

³⁵ Išlo o rodisko obžalovaného.

³⁶ *Rosc. Am.* 73–78.

³⁷ Reč prednesená 4. apríla 56 pred Kr. Caeliovými žalobcami boli Publius Clodius Pulcher, Lucius Herennius Balbus a Lucius Sempronius Atratinus.

(Marcus Caelius Rufus, Ciceronov bývalý žiak), *Pro Cluentio*³⁸, *Pro Milone*³⁹, až po úspešné „dvojsečné“ odvolanie sa k Gaiovi Caesarovi v *Pro Ligario*⁴⁰.

Ďalší, možno ešte známejší prípad⁴¹ použitia dilemy ako formy argumentácie⁴² pri obhajobe Caelia⁴³, ktorá sa v dejinách rečníckeho umenia považuje za jednu z najbrilantnejších rečníckych výstupov⁴⁴, uvádza Cicero, hovoriac ako keby sám k sebe: „A čo sa týka tohto predmetného obvinenia, tak toto je moja prvá otázka: či (Caelius) povedal Clodii za akým účelom si chce vypožičať predmetné peniaze alebo nie. Ak jej to teda nepovedal, prečo mu ich odovzdala? Ak jej to povedal, sama sa stala vinnou, pretože sa stala spolupáchateľom trestného činu [...] Ak Caelius bol v intímnom vzťahu s Clodiou, ako tvrdíte vy, keď hovoríte tak veľa o jeho sexuálnych chůtkach, pravdaže, samozrejme, že jej musel povedať na čo potrebuje uvedené peniaze; ale ak s ňou nebol (v intímnom vzťahu), potom mu ich nemohla odovzdať. Tak potom (obrátiac sa tvárou k Clodii), ak ti Caelius povedal pravdu, tak potom si naozaj odhodila všetky zábrany a mravopočestnosť: úmyselne a vedome si mu odovzdala peniaze na spáchanie trestného činu. Ale ak sa ti neodvážil povedať na čo tie peniaze potrebuje, potom si mu ich nemohla koniec koncov predsa odovzdať ...“⁴⁵.

³⁸ Reč prednesená v roku 66 pred Kr., celým menom Aulus Cluentius Habitus Minor. Paradoxne, žalobkyňou bola jeho vlastná matka.

³⁹ Cicero tvrdil, že Milo nemal dôvod, prečo zabiť Clodia, naopak, mal viac dôvodov, aby zostal Clodius nažive. Navyše konflikt na *via Appia*, pri ktorom Clodius prišiel o život, nebol vopred naplánovaný. Obžaloba naopak poukázala na to, že bezprostrednými svedkami ozbrojeného stretnutia boli len Milonovi otroci, ktorí boli po incidente „náhodou“ prepustení na slobodu. Cicero bránil svojho klienta tvrdením, že len obrana pánovho života v potýčke bola dostatočným dôvodom na oslobodenie a udalosť nemala žiadnu spojitosť s údajnou vraždou.

⁴⁰ Reč prednesená v roku 46 pred Kr. Žalobcom bol Quintus Aelius Tubero, rímsky právny vedec (žiak Panaetia), ktorý zároveň zastával viaceré vysoké štátne funkcie.

⁴¹ K tomu pozri aj zaujímavú štúdiu zachycujúcu stav úrovne rečníckeho umenia na prelome republiky a začiatku cisárstva STEEL, C.: Cicero, Rhetoric, and Empire. Oxford, 2002.

⁴² Cael. 52.

⁴³ V roku 63 pred Kr. Caelius paradoxne pred konzulskými voľbami podporil politického odporcu Cicerona – Lucia Sergia Catilinu, avšak po potlačení sprisahania sám nebol medzi „proskribovanými“ osobami. V roku 59 pred Kr., po svojom návrate do Ríma, dokonca obžaloval pre vydieranie Gaia Antonia Hybrida, Ciceronovho kolegu v úrade konzula – a napriek tomu, že obhajobu prevzal osobne Cicero, Caelius bol úspešný. V texte uvedená Clodia bola sestrou Publia Clodia Pulchera.

⁴⁴ BERRY, D. H. (ed.): Cicero: Defense Speeches. New York (2000), s. 38n.

⁴⁵ Tento úryvok a ďalšie v súvislosti s uplatňovaním dilemy v Ciceronových rečiach pozri aj CRAIG, C. P.: Form as Argument in Cicero's Speeches: A Study of Dilemma. Atlanta (1993), s. 96n.

So zmenou politických pomerov v Ríme na čele s Octavianom Augustom sa dôležitosť právnickej činnosti a právnej teórie, ktorú Cicero v 1. storočí pred Kr. a zároveň aj poslednom storočí existencie už dlhšie sa „trápiacej“ rímskej republiky, výstižne charakterizoval slovami ako *respondere, agere, scribere et cavere*, postupne, ale nezadržateľne sústredovala predovšetkým na prvú z tejto štvorice – *respondere*⁴⁶. A ďalej, Cicero pokračuje: „Ak by mi bola položená otázka, kto si naozajstne zasluhuje byť po práve označený za právneho znalca, tak by som povedal, že ten, kto sa vyzná v zákonoch, právnych obyčajoch a právnej praxi, obvyklej v súkromnoprávných potrebách občianskych, pri ktorých sa poskytuje a dáva poučenie o právach, odborná pomoc pri súdnych sporoch a vôbec sa predchádza zbytočným právnym sporom. Za takúto osobu by som pokladal napríklad Sexta Aelia, Marca Manilia, Publia Mucia (Scaevolu) ...“.

Na druhej strane ale už vtedy ničím (a nikým) nelimitovaná štátna moc mohla bez väčších právno-technických problémov nechať rímsku právnú vedu v podstate postupne úplne zaniknúť, o čom sa zmieňoval na viacerých miestach aj samotný Cicero, a to buď prirodzeným spôsobom,⁴⁷ k čomu v podstate došlo o polstoročie neskôr, alebo administratívnym, autoritatívnym rozhodnutím štátnej mašinerie. Akýmsi „polovičatým“ rozhodnutím, hoci pre štátnu moc možno najvýhodnejším riešením, by bolo ponechať jej relatívnu mieru právnej nezáväznosti pre súdnu prax a naopak záväzné právo (*legis vicem optinet*) by vydávala (výlučne) štátna autorita – po „konzultáciách“ so svojimi „vhodne“ vybranými právnymi poradcami.

Mieru relatívnosti ľudského pôsobenia vo vzťahu k neobmedzenému času (v duchu biblickej zásady „Márnosť nad márnosť, všetko je márnosť“⁴⁸) aplikoval na svoje profesionálne rečnícke a právne pôsobenie aj Cicero, keď

⁴⁶ *Sin autem quaerere turquis nam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritusesset, et ex eogenere Sex. Aelium, M. Manilium, P. Mucium nominaretur ...* De or. 1,48,212.

⁴⁷ Podstatnou skutočnosťou by mohol byť aj ten fakt, že napríklad s postupným poklesom autority a dôvery v mienku a rozhodnutia rímskych právnikov, by „justičná prax“ vôbec nebrala zreteľ na ich právno-odborné názory a vyjadrenia. Tak ale, ako už bolo vyššie uvedené, na konci republiky, keď sa rímska spoločnosť zmietala v chaotických revoltách a rinčaní zbraní, v právnoteoretickom stave rímskych právnikov ešte vždy pôsobili tzv. oporné múry, „otcovia zakladatelia“ rímskej jurisprudencie, ktorí predznamenovali jej zlatý vek – či už Quintus Mucius Scaevola, Publius Mucius Scaevola, Servius Sulpicius Rufus, Gaius Trebatius Testa atď. Nehovoriac ani o tom, že práve v tomto období dochádza k založeniu právnoteoretickej školy sabiniánov (niekedy označovanej aj ako škola cassiánov) a prokuliánov.

povedal: „Keby náš duch nemal isté predtuchy budúcnosti a keby nedovolil svojmu mysleniu prekročiť hranice, ktorými je obmedzený čas nášho života, je isté, že by sa netrýznil prekonávaním ťažkostí a netrápil toľkými starosťami, neodopieral by si spánok a neriskoval veľakrát dokonca svoj život. Je to však iné: práve tí najlepší majú v sebe akýsi ušľachtilý pud, ktorý vo dne v noci bodá dušu ostrohami slávy a upozorňuje ju, že nesmieme nechať spomienku na seba zaniknúť spolu so životom, ale že ju musíme rozšíriť na budúce veky“.

Cicero a jeho spis Rečník (rétorická inšpirácia pre právnikov)

Miriam Laclavíková

Úvod

Marcus Tullius Cicero (106 pred Kr.–43 pred Kr.) je považovaný za jedného z najvýznamnejších rímskych rečníkov. Preslávil sa mimoriadnymi politickými rečami, ale aj zásadnými súdnymi rečami. Žil v dobe, keď helenistické štáty postupne prechádzali pod nadvládu Ríma, v dobe keď do rétoriky a jej teoretických spisov pozvoľna prenikala latinčina. Ako konštatuje Kraus¹: „Řecká kultura, ať už nekriticky přejímaná, nebo žárlivě odmítaná, si uchovává úlohu vzoru pro zpracování témat filozofických, literárních i vědeckých. Řečtina ovšem ztrácí svou funkci jazyka kulturního dorozumívání pomaleji, protože do Říma přijíždějí řečtí učitelé, kteří přednášejí řecky a podle řeckých literárních vzorů. Římští bohatí občané a aristokraté naopak posílají své syny na studium nebo na zkušenou do Atén a do jiných řeckých kulturních center. Tak tomu bylo v případě Horatiově, Ovidiově, Ciceronově“. Cicero bol žiakom gréckych učiteľov filozofie a rétoriky a obdivovateľom gréckej kultúry a „... spojení rétoriky s filosofií považoval za nezbytný předpoklad výchovy dokonalého aktivního občana a řečníka“.²

Pôsobenie Cicerona ako súdneho rečníka a rétora sa spája s obdobím po roku 81 pred. Kr. a najstaršou z dochovaných súdnych rečí je reč *Pro Quintio* z roku 81 pred Kr. (reč v súkromnoprávnom spore).³ Z hľadiska jeho rečníckej kariéry mala osobitný význam súdna obhajobná reč z roku 80 pred Kr. *Pro Sexto Roscio* v spore obvinenia z otcovraždy. Obvineným bol Sextus Roscius a spor sa viedol proti Sullovmu prepustencovi a chránencovi Chrysogonovi. Spor (politicky veľmi exponovaný) síce Cicero vyhral, avšak (zo strachu pred Sullom) odišiel do Grécka, kde sa zdokonaľoval v rečníckych štýloch.⁴

Ciceronova politická kariéra začína rokom 76 pred Kr. (pôsobí ako kvestor Sicílie, neskôr ako edil, prétor a v roku 63 získava úrad konzula

¹ KRAUS, J.: Rétorika v evropské kultuře. Praha (1998), s. 42.

² Idem, s. 46.

³ HRABOVSKÝ, J.: Marcus Tullius Cicero. Prvý nejlepší řečník v Evropě. Bratislava (1996), s. 17–18.

⁴ Idem, s. 18–19.

rímskej republiky). Politickej kariére Cicerona pomohol aj slávny súdny spor z roku 70 pred Kr. zachytený v spise *In Verrone*. Je to jeho jediná zachovaná obžalobná reč vo veci trestného činu vydieračstva v provincii Sicília. V období konzulátu Cicero odhalil a potlačil tzv. Catilinovo sprisahanie, ku ktorému sa viažu jeho „Reči proti Catilinovi“.⁵ Politické pôsobenie a súdne rečníctvo ho síce preslávilo, ale získal si aj mnoho nepriateľov. Po pobyte vo vyhnanstve (aj v dôsledku popravy sprisahancov a návrhu zákona podaného tribúnom ľudu P. C. Pulcherom) sa Cicero na krátky čas stiahol do úzadia. V rokoch 51 až 50 pred Kr. sa vracia a stáva sa prokonzulom v provincii Kilikia. V prebiehajúcom konflikte medzi G. I. Caesarom a Pompeiom Cicero zostáva prívržencom Pompeia a republiky, Caesar mu však odpúšťa. Cicero sa opätovne stiahol z politického života a venoval sa vzdelávaniu mládeže a literárnej tvorbe. Na politickú scénu sa vrátil v roku 44 pred Kr. po zavraždení Caesara, keď sa snažil upokojiť situáciu a pre sprisahancov získať milosť (odporcom tohto riešenia bol Marcus Antonius). Reči (celkovo 14 pomerne ostrých rečí) proti Antoniovi dostali názov Filipiky. V politickom zápase sa Octavianus (niekdajší odporca Antonia) s ním spája a spolu s Marcom Aemiliom Lepidom vytvárajú tzv. druhý triumvirát. Obeťou politických čistiek sa stáva aj Marcus Tullius Cicero, ktorý sa pokojne vydáva na smrť 7. decembra roku 43 pred. pred Kr.⁶

Literárne dielo Marca Tullia Cicerona je pomerne rozsiahle a rôznorodé. Spočiatku sa venoval poézii, neskôr už len prozaickým útvarom. Svoje právno-filozofické názory Cicero zhmotnil v spise *De republica I.–VI.* a v spise *De legibus I.–III.* Zásadným kritikom Cicerona sa v 19. storočí stal nemecký historik Theodor Mommsen, podľa ktorého bol Cicero „... povrchným politikem bez vzhledu do podstaty věci a bez jakékoli vize obrátené do budoucnosti, ve filozofii se nepovznesl nad eklekticky vybranou snůšku názorů a nad plané

⁵ Lucius Sergius Catilina mal v úmysle sa vyvolaním politických nepokojov zmocniť vlády (konkrétne úradu konzula) cestou násilného prevratu. V prvej reči Cicero ostro napadol Catilinu na zasadnutí senátu, odhaliac jeho úmysly. Reč je vedená ako prudký útok a aj tak začína (t.j. bez úvodu, ako bežnej súčasti súdnych a politických rečí). Druhá reč sa týka odchodu Catilinu z Ríma, keď sa iniciuje vypočúvanie a usvedčovanie účastníkov sprisahania. Tretia reč hovorí o uväznení sprisahancov a Cicero v nej vyjadruje radosť nad odhalením sprisahania a záchranou Ríma a jeho ľudu. V štvrtej reči sa rieši osud sprisahancov a víťazí návrh Catona Mladšieho odsúdiť ich na smrť. HRABOVSKÝ, J.: Marcus Tullius Cicero. Prvý najlepší rečník v Európe. Bratislava (1996), s. 91.

⁶ „Na väčšiu potupu svojho protivníka a výstrahu iným dal (Antonius) vystaviť odťatú hlavu medzi dve ruky na rečnisku námestia, odkiaľ Cicero toľko ráz rečnil aj ako konzul, aj ako prokonzul a odkiaľ v poslednom čase obdivuhodne rečnil proti Antoniovi“. Idem, s. 42.

moralizování“.⁷ Na jeho obranu Kraus⁸ dodáva, že „Ciceronovi byla filozofie rádkyní a útěchou v neštěstí, že její studium považoval jen za předpoklad úspěšné advokátské a politické praxe, nikoli za hlavní předmět svého zájmu“.

Pre právnú vedu majú osobitný význam jeho súdne reči (*genus iudiciale*), ktoré „... jsou dokladem mistrovsky propracované argumentace působící na rozum a ještě více na city“.⁹ Rímske súdnictvo danej doby charakterizovalo silné zastúpenie laického prvku, t.j. boli „... v ňom činní zväčša laici, *honoratiores*, čo znamenalo osoby síce ctihodné, ale bez právnického vzdelania. Súdny spor začal pred prétorom (konanie na súde), ktorý obyčajne nebol právnik, avšak s právnikom sa pravidelne radil o danom spore, v spore vystupoval *iudex* (konanie pred sudcom) a vynesením rozsudku proces spravidla ukončil, ale taktiež nedisponoval právnickým vzdelaním. [...] Obidve strany sporu, žalobca i žalovaný, a taktiež *retores*, ktorí ich v spore obhajovali, nevystupovali ako znalci práva“.¹⁰ Počas svojej činnosti sa Cicero zúčastnil na viac ako 63 súdnych procesoch, z ktorých v 39 zvíťazil, v 18 nevieme s určitosťou určiť výsledok a neúspešným bol iba v 6 súdnych konaniach.¹¹

V danej súvislosti je mimoriadne dôležité poukázať na vzájomné vzťahy a postoje rečníkov a právnikov obdobia antického Ríma. Blaho¹² uvádza, že za obdobia rímskej republiky boli právnická a rečnícka činnosť od seba oddelené. Rečníci pozerali na právnikov s istým dešpektom. Istý druh dešpektného postoja, alebo aspoň favorizovania rečníckeho umenia badať aj u Cicerona. Aj zo spisu „Rečník“ nám však vyplynie, že Cicero považoval

⁷ Názor citovaný podľa KRAUS, J.: *Rétorika v evropské kultuře*. Praha (1998), s. 47.

⁸ Idem, s. 47.

⁹ KRAUS, J.: *Rétorika v evropské kultuře*. Praha (1998), s. 46.

¹⁰ BLAHO, P.: Veľké súdne procesy antického Ríma. Úvodné slovo k 11. konferencii právnych romanistov. In MACH, P./PEKARIK, M.: *Súdne reči a veľké súdne procesy podľa justiniánskych Digest a iných prameňov rímskeho práva*. Zborník príspevkov z 11. konferencie právnych romanistov SR a ČR. Trnava, 15.–16. máj 2009. Trnava (2010), s. 9–10.

¹¹ VRANA, V.: Marcus Tullius Cicero: *Pro Quinto Ligario*. In MACH, P./PEKARIK, M.: *Súdne reči a veľké súdne procesy podľa justiniánskych Digest a iných prameňov rímskeho práva*. Zborník príspevkov z 11. konferencie právnych romanistov SR a ČR. Trnava, 15.–16. máj 2009. Trnava (2010), s. 123.

¹² Blaho uvádza príklad z Ciceronovej reči Pro L. Murena, v ktorej sa pokúša porovnávať rečnícke a právnické povolanie. V kap. 11 § 23 Cicero konštatuje: „... tým je výrečnosť hodnotná a vážená ... z čoho v tvojom povolaní, Sulpicius, nie je nič“. Musíme však vychádzať z toho, že ide o súdnu reč, v ktorej boli bežne prípustné drobné posmešky či ironia. K uvedenému sa prikláňa aj Bartošek. BLAHO, P.: *Oratores a iuris consulti v ranom rímskom princípe podľa Marca Fabia Quintiliána*. In *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae*. Roč. 15 (1993), s. 47 a BARTOŠEK, M.: *Verrinae*. Význam Ciceronových rečí proti Verrovi pro základní problémy státu a práva. Praha (1977), s. 57.

znalosť občianskeho práva (*ius civile*) za vec dôležitú pre každého dobrého rečníka a aj širšie každého vznešeného človeka a občana. Znalosť práva bola pre rečníkov obdobia rímskej republiky síce dôležitá, ale rečnícke umenie bolo chápané širšie a právo bola len jedna z oblastí, ktorú rečník mal ovládať. Rečník sa vo svojej súdnej reči musel tiež snažiť o podanie výkladu právnej normy, predkladal teda argumenty a tvrdenia, ktorými mal sudcu presvedčiť „o jeho pravde“. Rečníctvo v súdnych sieňach zohralo vo vývoji klasického rímskeho práva významnú úlohu a jeho vplyv na právnu vedu je zjavný.¹³ Kto chcel uspieť v spore „... potreboval buď dobrého právnik, ktorý by mu poradil, alebo vynikajúceho rečníka, ktorý by ho na súde úspešne obhájil“.¹⁴

Rečníctvom a rečníckym umením sa M. T. Cicero zaoberal nielen z praktickej, ale aj z teoretickej stránky. Podľa Krausa¹⁵ „... řečníctví považuje Cicero za nejvyšší formu všech lidských schopností a za nejdůležitější složku politické praxe. V umění řeči a ve stylistickém mistrovství se odráží všechno, čeho lidská civilizace dosáhla“. Jeho prvým, aj keď nie príliš úspešným spisom o rečníctve bol spis *De inventione*, po ktorom nasledoval už vyzretejší vo forme dialógu napísaný spis *De oratore I.–III.* Rečníctvom, konkrétne jeho dejinami, sa zaoberá aj v spise *Brutus*. Zaujímavým filozofickým dielom je spis *Orator* („Rečník“), ktorý nám približuje Ciceronov pohľad na ideálneho rečníka. A práve tomuto spisu sa budeme v nasledujúcom výklade podrobnejšie venovať.

Spis Rečník

Spis „Rečník“¹⁶ z roku 46 pred Kr. venovaný Brutovi je pomerne osobnou, vyzretou a sčasti aj autobiografickou výpoveďou Marca Tullia Cicerona o kvalitách ideálneho rečníka. Predstavuje v ňom „nedosiahnuteľný“ ideál

¹³ Bližšie aj KINCL, J.: Deset slavných procesů Marka Tullia. Praha (1997), s. 9 a BLAHO, P./REBRO, K.: Rímske právo. Bratislava (2010), s. 129–132.

¹⁴ BLAHO, P.: Veľké súdne procesy antického Ríma. Úvodné slovo k 11. konferencii právnych romanistov. In MACH, P./PEKARIK, M.: Súdne reči a veľké súdne procesy podľa justiniánskych Digest a iných prameňov rímskeho práva. Zborník príspevkov z 11. konferencie právnych romanistov SR a ČR. Trnava, 15.–16. máj 2009. Trnava (2010), s. 15.

¹⁵ KRAUS, J.: Rétorika v evropské kultuře. Praha (1998), s. 47.

¹⁶ CICERO, M. T.: Rečník. Reči proti Catillinovi. Filipiky a iné. Preložili: ŠKOVIERA, D./SLAMOVÁ, A./VOZÁK, M./ORAVCOVÁ, A./ROVENSKÁ, J. Bratislava (1982). (Spis Rečník preložil Daniel Škoviera).

rečníka¹⁷, ku ktorému sa majú adepti rečníctva blížiť: „V tejto súvislosti sa však obávam, aby som neodobral chuť mnohým záujemcom o štúdium, ak budem vedieť tvoje želanie splniť a ak sa mi naozaj podarí vykresliť profil rečníka, akého ty hľadáš. Adepti rečníctva, plní beznádeje a znechutenia, sa nebudú chcieť ani pokúsiť dospieť k ideálu, lebo nebudú veriť, že je to v ich silách. Avšak patrí sa, aby všetky spôsoby vyskúšali tí, ktorých premkla túžba dosiahnuť vysoké a mimoriadne želateľné ciele“.¹⁸ Cicero však adeptov rečníctva povzbudzuje: „Nie je dôvod, prečo by mala pohasnúť nádej tých, čo sa pohrúžili do štúdia rečníckeho umenia, alebo prečo by mala ochabnúť ich usilovnosť. Neslobodno sa predsa vzdávať nádeje, že raz dosiahnem ideál; a okrem toho pri vysokých cieľoch má veľkú váhu aj to, čo je tesne pod vrcholom dokonalosti“.¹⁹ Ciceronovým vzorom bol vynikajúci grécky rečník Demosthenes, zmienky o ktorom možno nájsť na viacerých miestach spisu „Rečník“, ale aj v iných spisoch²⁰.

Cicero rečnícke umenie hodnotí ako umenie vychádzajúce z filozofie a ako prvú axiómu spisu stavia tézu: „bez filozofie nemožno sformovať osobnosť, ktorú hľadáme – ozajstného rečníka“²¹. Filozofia má byť pre rečníka nielen nevyhnutnou propedeutikou, ale vedou o spôsobe myslenia: „... bez filozofickej náuky nedokážeme v nijakej veci rozlišovať jej všeobecnú rovinu a jej špecifickosť, ani vysvetliť vec definíciou, rozčleniť na časti, nedokážeme posúdiť, čo je pravdivé a čo klamné, ani hľadiť na následky, vybadať protirečenia, vylúčiť dvojzmysly“.²²

Cicero v rámci rečníctva vyčleňuje tri samostatné štýly²³:

- strohý atický (nízky) štýl,
- stredný štýl,
- vznešený štýl, ktorým sa potom podrobnejšie venuje. Súčasťou

¹⁷ „Pri svojom pokuse o portrét vykreslím takého rečníka, akým hádam nikto v skutočnosti ani nebol“. Orat. 2.

¹⁸ Orat. 1.

¹⁹ Ibid. 2.

²⁰ V Ciceronovom spise *Brutus* sa o Demosthenovi dočítame: „... no za dokonalého rečníka, ktorému naozaj nič nechýba, možno bez váhania pokladať iba Demosthena“. CICERO, M. T.: Rečník. Reči proti Catillinovi. Filipiky a iné. Preložili: ŠKOVIERA, D./SLAMOVÁ, A./VOZÁK, M./ORAVCOVÁ, A./ROVENSKÁ, J. Bratislava (1982), s. 90 (Brut. 9). (Spis *Brutus* preložila Adriana Oravcová).

²¹ Orat. 4.

²² Ibid.

²³ Uvedené rozlíšenie je v podstate reflexiou dobových reálií, v ktorých sa uplatňoval ázijský sloh, rodský sloh (ku ktorému mal Cicero najbližšie) a atický sloh. HRABOVSKÝ, J.: Marcus Tullius Cicero. Prvý najlepší rečník v Európe. Bratislava (1996), s. 13.

rečnickeho umenia sú všetky rečnicke štýly, nakoľko rečnicke umenie je mnohotvárne a všetky štýly aj rešpektuje²⁴. Ako konštatuje Cicero „... koľko je úloh rečníctva, toľko jestvuje rečníckych štýlov: strohý, keď treba dokazovať; mierny, keď zabávať; mohutný, keď dojímať“.²⁵

Strohého atického rečníka charakterizuje jednoduchosť, jasnosť, presnosť výkladu a jemný, hutný, vycizelovaný prejav²⁶. Tento rečník je „... prítmený a skromný, stotožňuje sa s jazykom všedného dňa, od ľudí, ktorí nie sú výreční, sa odlišuje ani nie tak navonok, ako skôr podstatou. Preto sú jeho poslucháči – hoci by to boli samotné nemluvňatá – presvedčení, že oni tiež zvládnu takto hovoriť. Na prvý pohľad sa zdá, že strohá precíznosť reči sa dá naozaj ľahko dosiahnuť. Hoci tento rečník nie je celkom plnokrvný [...] (jeho) úsilie sa zameriava skôr na vec než na slová. [...] lebo, ako sa hovorí o niektorých ženách, že im to pristane bez ozdôb, takisto vzbudzuje pôžitok tento triezvy prejav, aj keď býva troška strapatý“.²⁷ Strohý rečník „... bude používať čistý jazyk, preukáže menej smelosti pri tvorení slov, obozretnosť pri metaforách, úspornosť v archaizmoch, väčšiu zdržanlivosť v ostatných figúrach slovných i vetných“.²⁸

Naproti tomu vznešený štýl majú rečníci s okázalým prejavom, ktorí podľa Cicerona „... spájali šírku a závažnosť myšlienok so vznešenosťou slov, prekypovali vervou, pestrosťou, bohatosťou, vážnosťou, pohotovo ovládali celý register prostriedkov, ktorými sa vyvolávajú rozličné nálady a dosahuje zmena zmysľovania. V tomto žánri sa jedni vyznačovali prísny, tragizujúcim, drsným štýlom [...] druhí zasa používali vzletný štýl“.²⁹ Tento rečnícky štýl „... je nepochybne nabitý najväčšou silou. Je to on, ktorého krása a bohatstvo slovného výrazu vyvolali obdiv národov, takže umeniu slova dovolili zaujať dominujúce postavenie v živote štátov; presnejšie povedané tomu umeniu, v ktorom živé slovo uháňa strhujúcim tempom a hrmí, ku ktorému s rešpektom dvíhajú zrak, ktoré ich napĺňa obdivom, ktoré si netrúfajú zvládnuť. Tomuto umeniu slova prislúcha formovať zmysľovanie, jemu prislúcha vyvolávať najrozmanitejšie emócie, ono si vie preraziť cestu do srdca, aj sa do nich vlúdiť, zasiahť nové myšlienky a vykoreniť vžitú“.³⁰

²⁴ Orat. 30.

²⁵ Ibid. 22.

²⁶ Ibid. 5.

²⁷ Ibid. 23.

²⁸ Ibid. 24.

²⁹ Ibid. 5.

³⁰ Ibid. 28.

Stredný štýl je podľa Cicerona vyvážený, „... nevyžíva sa ani v jemnosťkach [...] ani neburáca, obidvom je susedom, nenadsadzuje ani v tom ani v onom smere³¹, vyhovujú (mu) všetky rečové ozdoby a v tomto type reči sa nájde najviacej príjemného. [...] V ňom nechýba dostatok priestoru na široko koncipované a učenecky hlboké rozpravy, na rozvíjanie všeobecne platných myšlienok bez patetického rozmachu. [...] Spomínanému štýlu nechýba totiž istý lesk, sviežosť, pestrosť, uhladenosť, v ňom sa prelínajú všetky efekty slov a sentencií. Celá táto tendencia pramení u sofistov a od nich sa dostáva na fórum“³².

V čom spočíva záludnosť? Nestačí zvládnuť len jeden z týchto štýlov a stať sa dokonalým rečníkom? Záludnosť spočíva v nutnosti vystihnúť toho, čo sa patrí, čo je primerané danej chvíli a okolnostiam, a čo nie: „Veď ako v praktickom živote, takisto aj v reči, nie je nič ťažšie ako vystihnúť, čo sa svedčí a čo nie. Gréci to nazývajú *prepon*, my zasa ... ako svedčné, *decorum*“.³³ Rečník musí vždy prihliadať na to, čo sa svedčí³⁴ (čo sa patrí): „Nemôže predsa na každé životné postavenie, na každého hodnotára, na každú autoritu, na každú generáciu, nemôže ani na každom mieste, za každých okolností a pred každým poslucháčom použiť tie isté slová alebo použiť tie isté myšlienky, no musí vždy, v každej časti reči, tak ako v každej chvíli života, zvažovať, čo sa svedčí. Možnosti sú dané jednak témou, ktorá je na programe, jednak charakteristikou účastníkov: kto sú tí, čo hovoria, a kto poslucháči“.³⁵ Cicero kládol dôraz na „... styl a na úsilí o *decorum*, primeranosť v reči, ktorá musí byť dôsledkom primeranosti veškerých ľudských aktivít“.³⁶ To, čo treba mať neustále na pamäti je, že „... hoci každá vec má svoje vlastné medze, jednako platí, že väčšmi uráža priveľa, než primálo“.³⁷

Aký štýl si na výučbu vybrať? Na túto otázku Cicero reaguje tézou, že ideálnym rečníkom je ten, kto zvláda každý z uvedených štýlov a vie ho primerane (s prihliadnutím na *decorum*) použiť. Každé chvíli, každej okolnosti, každej kauze či inej príležitosti, každej osobe či osobám zodpovedá iný štýl. Cicero sám odpovedá „Našiel sa onen ideálny rečník. [...] A kto to je? [...] Tým dokonalým rečníkom je totiž ten, kto vie hovoriť o všedných veciach prosto, o vznešených s pátosom a o stredne závažných

³¹ Ibid. 6.

³² Ibid. 27.

³³ Ibid. 21.

³⁴ Svedčí kladie ťažisko na primeranosť, na súlad s časovými okolnosťami a s osobou“.
Ibid. 22.

³⁵ Ibid. 21.

³⁶ KRAUS, J.: Rétorika v evropské kultuře. Praha (1998), s. 47.

³⁷ Orat. 22.

s citom pre mieru“.³⁸ Cicero odmieta „jednoduchost, lakonično staticismu i vyumělkovanost asianismu a přiklání se k vyrovnanému způsobu vyjádřování, odrážející mu osobnost autora, očekávání publika i přirozené zákonitosti jazyka“.³⁹

Najťažšou, ale celým spisom sa prakticky vinúcou otázkou je otázka: Ako sa stať ideálnym rečníkom, respektíve ako k tomuto ideálu dospieť? Cicero sám hodnotí prácu rečníka a rečníctvo ako umenie, štúdium a ťažkú prácu. Rečník si musí starostlivo pripraviť reč, tak z hľadiska jej obsahu, ako aj z hľadiska jej formy. Ako konštatuje Cicero: „Rečník musí zamerať na tri stránky reči: na to, čo povie, na akom mieste to povie a akým spôsobom“.⁴⁰ Obsah reči je pre Cicerona dôležitý, ale vo svojom spise ho chápe ako nevyhnutné východisko úvah predpokladané u každého, kto má ambície stať sa rečníkom. Preto sa obsahu reči venuje podstatne menej ako spôsobu reči – forme reči.

Vedieť, čo je potrebné povedať, teda nájsť podstatu veci, je síce ťažké, ale danú úlohu zvládne aj niekto, kto sa rečníkom nakoniec nestane. Je to vec rozvahy a múdreho uvažovania⁴¹. V súdnej reči je to tiež kľúčový predpoklad pochopenia kauzy: „Každá právna diskusia alebo verejná polemika sa krúti v podstate okolo toho, či istá vec jestvuje, čo je to za vec a aké má vlastnosti. Na jestvovanie veci ukazujú príznaky. Čo je to za vec, o tom hovoria definície. Otázkou, aká je, ozrejmuje kategórie dobra a zla“.⁴² Rečník, lepšie povedané ideálny rečník, by mal vedieť abstrahovať od konkrétností a reč presunúť do všeobecnejšej roviny (*thesis*). Mimoriadne dôležité je zvládnuť argumentačnú časť súdnej reči. Cicero hovorí o „... dvoch zdrojoch, ktoré môžu byť východiskom pre argumentáciu: v prvom prípade poskytuje argumenty predmet sám, v druhom ich treba hľadať niekde mimo“.⁴³ V reči totiž možno previesť dokazovanie aj vo všeobecnej rovine, pričom jednotlivosti už nebude potrebné dokazovať. Rečník nesmie užívať hojnosť argumentov bez rozmyslu, ale musí všetko dôkladne zvážiť a urobiť výber. Musí totiž zvážiť „... čo môže povedať“ a aj „... čo povedať treba“.⁴⁴ Postup prípravy reči po obsahovej stránke je náročný, predpokladá štúdium argumentov; výber z nich a „... udomácnenie sa v dobrých argumentoch“ (t.j. v argumentoch, ktoré rečníkovi

³⁸ Ibid. 29.

³⁹ KRAUS, J.: Rétorika v evropské kultuře. Praha (1998), s. 47.

⁴⁰ Orat. 14.

⁴¹ „Dobrým rečníkom nemôže byť ten, kto neuvažuje múdro. Kto sa teda usiluje o skutočné rečníctvo, musí sa usilovať o múdrosť; bez nej sa nemožno zaobísť ani v najväčších vojnách“. Brut. 6.

⁴² Orat. 14.

⁴³ Ibid. 35.

⁴⁴ Ibid. 15.

žičia); zatajenie a zahladenie argumentov protirečiacich rečníkom pripravenej pozícii a zaradenie argumentov na správne miesto v dôležitom poradí:

- časť silných argumentov dá ideálny rečník na začiatok svojej reči,
- do stredu reči ideálny rečník vsunie druhoradá argumenty,
- a druhú časť silných argumentov vsunie na koniec reči⁴⁵.

Majstrovstvo rečníka spočíva v tom, že musí:

- „... zostaviť reč tak, aby sme si poslucháča naklonili, alebo ho priviedli do strehu, alebo v ňom vzbudili ochotu dať sa poučiť,
- vyložiť problematiku krátko, prijateľne, priamo, aby sa dalo hneď pochopiť, o čo vlastne ide,
- svoje tvrdenia podopierať, protivníkov vyvracať, no pritom nepostupovať len tak bez ladu a skladu, ale každú jednu argumentáciu predostrieť v takej uzavretej forme, že dôkaz vyplynie ako logický záver z premís, ktoré sme zvolili na podopretie tej či onej tézy,
- napokon dať za všetkým bodku záverečným slovom, ktoré ľudí rozohní, alebo naopak ich city uhasí“.⁴⁶

Cicero o rečníkovi hovorí, že musí vedieť nielen „... obsérne rozprávať, ale k tomu pripojiť i vedu dialektikov [...] reč je síce zjavne celkom iná vec ako diskusia a je aj rozdiel medzi rozprávať a rečniť, no pri oboch veciach je spoločné to, že tu ide o logický rozbor“.⁴⁷ Ten, kto má ambíciu dosiahnuť rečnícku dokonalosť „... musí narábať schopnosťou veci definovať, nie však zhustene a kratučko, ako sa to robieva vo veľa umných dišputách filozofov, lež na rozsiahlejšom priestore a tiež bohatšie, väčšmi s prihliadnutím k priemernej úrovni usudzovacej schopnosti a k chápavosti prítomných“.⁴⁸ Pre rečníka však nestačí zvládnuť len umenie dialektiky, musí byť vzdelaný vo filozofii, prírodných vedách, v logike a v zákonitostiach argumentácie.

Problém „ako hovoriť“ Cicero rozdeľuje na problém prednesu reči a jej výrazu. Základom prednesu je hlas⁴⁹, mimika⁵⁰ a gestikulácia⁵¹, ktoré musí

⁴⁵ Ibid. 15.

⁴⁶ Ibid. 35.

⁴⁷ Ibid. 32.

⁴⁸ Ibid. 33.

⁴⁹ „Onen rečník, ktorý sa bude uchádzať o primát v rečníctve, použije hlas plný napätia v častiach nabitých dramatickosťou, stíšený v pokojných partiách, hlboký, keď bude chcieť zapôsobiť, rozochvený, aby prebudil súcitiť“. Ibid. 17.

⁵⁰ „A výraz tváre, ktorý z hľadiska účinnosti stojí hneď na druhom mieste za hlasom? Koľko ten prináša majestátnosti, koľko čara“. Ibid. 18.

⁵¹ „Rovnako pohybmí bude vládnuť tak, že sa v nich nenájde nič nadbytočné“. Ibid. 18.

rečník zvládnúť a zakryť svoje prípadne vrodené nedostatky. Forma reči ako príznak rečníckeho štýlu zahrnie slovné ozdoby (dekorácie) a špecifické rečnícke figúry. Na nich sa totiž „... zakladá celé tajomstvo lesku a veľkosti umenia slova“.⁵² Dôležitou vecou je aj samotný zvukový prejav, nakoľko „... tóny a rytmy (reči – pozn.) sú rozhodcami pre uši“⁵³. Prirovnávajúc reč k zápaseniu hovorí, že rečník „... nezasadí ťažký úder, ak jeho výpad nebude brilantný, ani dost’ účinne neodvráti útok, ak nechápe, čo sa patrí robiť pri ústupe“.⁵⁴ A záverečne sumarizuje: „Kto sa vyhne uvedeným chybám – slovným inverziám, z ktorých by bolo cítiť ich násilné naaranžovanie, povkladaným slovám, ktoré majú len vyplniť dutiny ako dáka plnka, rozkúskovaným rytmickým periódam, ktoré uberajú myšlienku o všetku silu, nemennej jednotvárnosti v používaní druhov rytmov – kto sa tomu vyhne, ten sa vyhol takmer všetkým chybám vôbec“.⁵⁵ Ideálny rečník v podaní a v osobe Cicerona musí vedieť presviedčať (*persuadere*), dojímať (*movere*) a páčiť sa (*placere*). Ako uvádza Hrabovský⁵⁶ „... na presviedčanie výborne slúžia rozsiahle vedomosti, lebo sú bohatou zásobou príkladov a dôvodov. Dojímanie a vzbudzovanie sympatie sa zaručuje vhodným spôsobom podania a prednesom. Spôsob podania a prednes si Cicero hľadel osvojiť štúdiom reči, rečníckych pravidiel a počúvaním i napodobňovaním vynikajúcich rečníkov“.

Osvojením si predstavených vedomostí a zručností a ich správnym použitím splní reč to čo má – zapôsobí na poslucháčov v súlade so záujmom rečníka. V dialógu *Brutus* Cicero bližšie rozvádza silu účinku reči na publikum: „Rečník, ktorý hovorí tak, že si získa uznanie väčšiny, dosiahne toto uznanie nevyhnutne aj u kritiky. To, čo je v reči správne alebo nesprávne, vie posúdiť každý človek schopný a znalý úsudku; aký je rečník možno však zistiť len podľa účinku, ktorý dosiahne svojou rečou. Podľa mojej mienky by mal byť tento účinok trojaký: rečník musí vedieť poslucháča poučiť, pobaviť a silne naňho zapôsobiť. Akými prednosťami dosiahne niektorý z týchto účinkov, alebo pre aké chyby ho nedosiahne, či sa pritom dokonca nepoklízne a nepadne, to nech posúdi znalec (rečníckeho) umenia. Ale o tom, či rečník vyvolá u poslucháčov predpokladaný účinok, o tom zvyčajne rozhodujú prejavy súhlasu a pochvala ľudu. A preto v otázke o dobrom a zlom rečníkovi nikdy nebola rozdielnosť názorov medzi znalcami a ľuďom. [...] lebo poznávacím znakom veľkého

⁵² Ibid. 41.

⁵³ Ibid. 49.

⁵⁴ Ibid. 68.

⁵⁵ Ibid. 69.

⁵⁶ HRABOVSKÝ, J.: Marcus Tullius Cicero. Prvý najlepší rečník v Európe. Bratislava (1996), s. 106.

rečníka je, že je veľkým aj v očiach ľudu [...] Keď človek počúva rečníka, verí jeho slovám, prijíma ich ako pravdivé, súhlasí s nimi a schvaľuje ich – jeho reč má schopnosť presvedčať. Tak čo znalec umenia, čo môžeš viac chcieť? Počúvajúcí dav sa zabáva, nechá sa unášať rečou a zachvacuje ho pocit akéhosi pôžitku. Ľud sa hneď raduje, hneď smúti, smeje sa a plače, prejavuje priazeň alebo nenávisť, pohŕda a závidí, poddáva sa súcitu, pocitom hanby a hnsu, hnevá sa, obdivuje, dúfa a obáva sa. K tomu všetkému dochádza v takej miere, v akej slová, myšlienky a celkový prednes rečníka narábajú s pocitmi prítomných“.⁵⁷ Takýto je ideálny rečník ...

Namiesto záveru alebo aké bolo a je využitie umenia rečníctva?

Cicero ako úspešný súdny rečník⁵⁸ spája rečnícke umenie s politickým a verejným účinkovaním a hovorí o istej symbióze rečníctva a právnej vedy⁵⁹: „Veď kto by vôbec niekedy zapochyboval o tom, že kým náš štát nažíval v mierových, usporiadaných pomeroch, hralo v ňom vždy prím rečnícke umenie a druhá priečka v hierarchii patrila právnej vede?“⁶⁰ Rečníctvo má teda podľa Cicerona pomyselne vyššiu pozíciu⁶¹: „Veď kto sa chcel priučiť

⁵⁷ Brut. 49–50.

⁵⁸ Na otázku v čom spočívalo tajomstvo Ciceronovho úspechu Hrabovský odpovedá: „Bolo v Ciceronovej pohotovosti, v plastickej malebnosti, dôvtipnosti, v patetickej oduševnenosti, v pozorne vypracovanom rečníckom slohu a prednese“. HRABOVSKÝ, J.: Marcus Tullius Cicero. Prvý najlepší rečník v Európe. Bratislava (1996), s. 106.

⁵⁹ O prelínaní rétoriky a právnej vedy svedčí aj Ciceronove vtípné hodnotenie rečníckych výkonov Quinta Mucia Scaevolu a L. Licinia Crassa v spore *causa Curiana*: „Crassus tak dlho rečnil v mene dobra a spravodlivosti proti slovám testamentu, že prekonal bohatstvom dôkazov a príkladov Quinta Scaevolu, veľmi bystrého muža, ktorý bol dôkladne oboznámený s právnou stránkou tohto prípadu. Títo právní zástupcovia, obaja rovnako starí a obaja bývalí konzuli, viedli tento spor tak, že každý z nich obhajoval občianske právo z protichodného stanoviska, pritom Crassus bol pokladaný za najlepšieho znalca práva medzi rečníkmi a Scaevola zase za najlepšieho rečníka medzi znalcami práva“. Brut. 39.

⁶⁰ Orat. 41.

⁶¹ V spise *Brutus* Cicero rétoriku označuje za umenie umení: „Domnievam sa, že Scaevola aj mnohí ďalší mali bohaté skúsenosti v oblasti občianskeho práva, no iba Servius ho povýšil na umenie. Nikdy by to nebol dosiahol iba samotnou znalosťou práva, keby sa nebol, okrem toho, vycvičil v umení, ktoré učí rozložiť všeobecný pojem na časti, vymedziť a vysvetliť neznámy pojem, temný pojem výkladom objasniť, dvojznačný najprv postrehnúť a potom rozlíšiť a konečne ovládať pravidlo, podľa ktorého možno posúdiť, čo je dobré a čo zlé a aké uzávery vyplývajú z akých predpokladov a aké nie. Toto umenie umení Servius vnášal ako svetlo všade tam, kde iní dávali nejasné právnické rady alebo zle viedli súdne spory“. Brut. 41.

právu, tomu stačilo počúvať právnych poradcov pri ich konzultáciách, takže títo odborníci neboli nútení vymedziť si osobitne čas na vyučovanie, lež uspokojili súčasne klientov aj žiakov. U rečníkov je to inak. [...] Namíeta sa však tiež: k právu sa hlásia aj tí, čo sa v ňom nevyznajú, kým v umení rečniť je to naopak – aj tí, ktorí ho ovládajú, usilujú sa odtajiť, čo všetko je v ich silách, lebo rozhl'adenosť v práve ľudia vítajú, no šikovnosť jazyka vzbudzuje nedôveru“.⁶²

Ako sa teda vyjadruje ideálny rečník? V závere spisu „Rečník“ Cicero konštatuje: „Skutočnosť je taká, že môžem celkom krátko zhrnúť svoju mienku: vyjadrovať sa v presne vyvážených a starostlivo vypracovaných vetách bez myšlienkovvej náplne značí pochabieť sa; zaplaviť reč kopou myšlienok, bez ladu a skladu, bez rytmu znamená detinsky bľabotať“.⁶³ Pretože a nielen v práve: „Dokazovať je vec nevyhnutnosti, zabávať požiadavka príjemného zážitku, dojímať predpoklad víťazstva“.⁶⁴

Vážený pán profesor,

boli ste osobou, ktorá trvalo a nezmazateľne poznačila môj život, tak profesijný, ako aj ľudský. Prijatím na univerzitné právnické štúdium v Bratislave a potom na doktorandské štúdium v Trnave, ste sa dostali do pozície spolutvorcu môjho osudu. Mnoho ste ma naučili a mnoho ste mi dali.

Češť Vašej pamiatke.

⁶² Orat. 42.

⁶³ Ibid. 71.

⁶⁴ Ibid. 21.

Varronova *De lingua latina* a lidová shromáždění

Michal Skřejpek

Zájmu romanistů se vždy těšilo především soukromé římské právo a *ius publicum* stálo a stojí tak trochu na okraji jejich výzkumů. Je to více než logické, vždyť „otisk“ soukromého práva starověkého Říma nacházíme v celé řadě, ne-li ve všech, kodexech občanského práva, čehož je současný český občanský zákoník nejčerstvějším příkladem. Římskoprávní texty jsou zkoumány již mnoha generacemi právních romanistů, což tak úplně neplatí pro písemné starověké památky neprávní povahy, při jejichž detailním rozboru lze nalézt některé pozoruhodné informace. Jedním z takovýchto textů jsou dochované kapitoly spisu Marka Terentia Varrona *De lingua latina*, respektive ty jeho části, v nichž jsou zmíněna lidová shromáždění.

Uveďme jen krátce, že všechny informace o lidových shromážděních u Varrona se vztahují k době republiky. Varro¹ se totiž narodil v roce 116 př. Kr. v městečku Raete, odtud také jeho přídomek Raetinus, a postupně zastával úřad quaestora, tribuna lidu i praetora. Zanechal za sebou neuvěřitelně rozsáhlé dílo, které snad obsahovalo více než šest set knih, z něhož se bohužel, kromě zkoumaného spisu, dochovalo pouze pojednání *Rerum rusticarum libri tres*. Zemřel ve velmi vysokém věku v roce 27 př. Kr.

Je možná zbytečné připomínat, že lidové shromáždění se v latině označuje slovem *comitia*, což je množné číslo od substantiva *comitium*, které lze jedním slovem přeložit jako „shromaždiště“ nebo „sněmoviště“ a označuje místo, kde se to které lidové shromáždění schází.² Často slovo *comitium* ale označuje také přesnou lokaci, tedy původní *comitium*³ ležící v severovýchodní části římského fora a které bylo, alespoň podle Cicérona⁴, ohraničeno zábradlím.

Varro ve svém pojednání o latinském jazyce zmiňuje lidová shromáždění na dvanácti místech. Podíváme-li se na tyto jeho texty z hlediska jejich obsahu,

¹ K Varronově osobnosti a dílu například BAIER, T.: *Werkund Wirkung Varros im Spiegel seiner Zeit genossen. Von Cicero bis Ovid*. Stuttgart (1997), nebo LEHMANN, Y.: *Varron théologien et philosophe romain*. Bruxelles (1997).

² Viz PRAŽÁK, J. M./NOVOTNÝ, F./SEDLÁČEK, J.: *Latinsko-český slovník*. Praha (1929), s. 240.

³ K tomu zejména CARAFA, P.: *Il comizio di Roma alle origini all'età di Augusto*. Roma (1998).

⁴ Cic., *Rep.* 2,17.

pak můžeme konstatovat, že nejen předkládá vysvětlení, od čeho je označení *comitium* odvozeno, což lze ostatně vzhledem k celkovému charakteru tohoto Varronova díla, které se primárně zabývá etymologií, očekávat, ale podává i další, a to často velmi zajímavé informace.

Dozvíme se tedy, nejen kde se lidové shromáždění konalo, ale také co vše se na lidovém shromáždění odehrávalo, získáme informace o tom, jakým způsobem byla lidová shromáždění svolávána i jak probíhala. Kromě toho se Varro zmiňuje také o neformálních schůzích lidu – *contiones*.

Podívejme se nejdříve na Varronovo vysvětlení označení místa určeného pro jednání lidového shromáždění:

*Comitium ab eo quod coibant eo comitiis curiatis et litium causa.*⁵

Sněmovní místo podle toho, že se tam scházeli na kuriálním shromáždění za účelem projednání sporů.

Varro tedy nalézá spojení mezi substantivem *comitium* a slovesem *coire* („sejít se“). To, že jsou zmiňována *comitia curiata* je zcela logické, neboť právě tento typ lidového shromáždění byl nejstarší. Otazníky však může vyvolávat konec této věty a Varronovo konstatování, že se zde římský lid scházel proto, aby projednával, nebo snad i rozhodoval, spory (*litium causa*). Termín *lis* je přitom v textech římských právníků běžně používán jako označení pro soukromé soudní řízení, což v kontextu kuriálního shromáždění nedává příliš smysl. Nabízí se tedy snad jiné vysvětlení. *Lis*, respektive starolatinsky *stlis*, je rovněž označením pro spor, nebo dokonce svár, jako takový, nikoli tedy jen soukromoprávní. Gramatik Servius⁶ ve svém komentáři k Vergiliovým „Pastýřským zpěvům“ totiž na toto téma napsal:

*In Numae legibus cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem.*⁷

V Numových zákonech je nařízeno, aby ten, kdo neúmyslně zabije člověka, nabídl za hlavu zabitého jeho agnátům před shromážděným lidem berana.

Nejedná se tedy o soudní řízení, ani o spor jako takový, ale vlastně o usmíření. Na tomto místě uveďme také vysvětlení, jaké podává Sextus

⁵ Varro, de. l. l. 32,155.

⁶ Patrně okolo r. 410 n. l.. Viz CONTE, G. B.: Dějiny římské literatury. Praha (2003), s. 674.

⁷ Serv., ad. ec. 4,43.

Pompeius Festus ve svém díle *De verborum significatione*, které je obsahově zcela identické s Varronovým textem:

*Comitiales dies appellabant, cum in comitio conveniebant; qui locus a coeundo, id est in simul veniendo est dictus.*⁸

Sněmovní dny byly označovány, když se scházeli na sněmovišti, a tak je místo (odvozeno) od scházení se, nikoli nepodobně, když se řekne od přicházení.

Nejedná se přitom o jedinou podobnost, nebo dokonce přímo shodu, děl obou zmíněných autorů. S předchozím Festovým vysvětlením totiž souzní další odstavec ve Varronově díle *De lingua latina*.

*... comitiales dicti, quod tum ut in Comitio esset populus constitutum est ad suffragium ferendum, nisi si quae feriae conceptae essent, propter quas non liceret, ut Compitalia et Latinae.*⁹

... sněmovní dny proto, neboť bylo stanoveno, že je tehdy možné svolat lid na shromaždiště k hlasování, pokud nebyly vyhlášeny nějaké jiné svátky, kvůli kterým by to nebylo povoleno, jako Compitalia nebo Latinské.

V případě prvního římského svátku se jednalo o „pohyblivý svátek“, který neměl v římském kalendáři pevné místo. Jako *Compitalia*¹⁰ se označovalo obětování Larům v kapličkách na rozcestích (*compitum*), odtud také název tohoto svátku, které se provádělo čtyřikrát do roka. *Feriae Latinae* pak byly svátky Latinského svazu, kdy se vždy před vytáhnutím na válečné výpravy obětovalo na *Mons Albanus*. Tyto oběti prováděli za Řím konsulové, a proto byl ve městě ustanovován jejich zástupce *praefectus urbi feriarum Latinarum causa*.¹¹ Původně se jednalo o oslavu Iuppitera Latiaria. Varronovo tvrzení, že nebylo možné svolat lidové shromáždění proto, že byl vyhlášen náboženský svátek jako například *feriae Latinae*, je však poněkud zavádějící, protože měl pevné datum konání, a to 24. ledna. Ostatně také v římském kalendáři jsou sice u tohoto data uvedeny dokonce tři náboženské svátky: *feriae Latinae*, *Sementivae* a *Paganalia*, avšak zároveň u tohoto dne nalezneme

⁸ LINDSAY, s. 34.

⁹ Varro, de. l. l. 4,29.

¹⁰ SMITH, W.: A Dictionary of Greek and Roman Antiquities. London (1890), s. 347–348.

¹¹ K tomu viz WOJCIECHOWSKA, M.: *Praefecti urbis feriarum Latinarum causa* w okresie Cesarstwa. In Przegląd historyczny. Vol. 73 (1982), No. 1–2, s. 1–22.

také písmeno „C“ – *dies comitialis* a lidové shromáždění by tedy bylo možné svolat.

S výše probranou otázkou pak souvisí další, a to jakým způsobem byli Římané ve starších dobách svoláváni k účasti na lidovém shromáždění a jak bylo zahajováno. Dále popsany značně primitivní, ale zároveň také dodejme, že i účelný, způsob, byl posléze nahrazen vyvěšením oznámení. Jedná se o značně rozsáhlý úsek textu obsahující detailní popis, který zároveň vyvolává také některé otázky. Nejdříve uveďme celý Varronův popis:

In Commentariis Consularibus scriptum sic inveni:

Qui exercitum imperaturus erit, accens odicito: „C. Calpurni, voca in licium omnes Quirites huc ad me“. Accensus dicit sic: „Omnes Quirites, in licium vos ite huc ad iudices“. „C. Calpurni,“ cos. dicit, „voca ad conventionem omnes Quirites huc ad me“. Accensus dicit sic: „Omnes Quirites, ite ad conventionem huc ad iudices“. Dein consule loquitur ad exercitum: „Impero qua convenit ad comitia centuriata“.¹²

V konsulských záznamech jsem nalezl napsáno toto:

Ten, kdo má velet vojsku, ať svému pomocníkovi řekne toto, „Calpurnie vyvolej a pozvi všechny Quirity sem ke mně“. Pomocník řekne toto: „Všichni Quirité, přijďte na pozvání sem před soudce“. Konsul říká: „Gaie Calpurnie, svolaj všechny Quirity sem ke mně na shromáždění“. Pomocník řekne toto: „Všichni Quirité přijďte na shromáždění sem před soudce“. Poté konsul promluví k vojsku: „Nařizuji, abyste se dostavili na centurijní shromáždění“.

Circum muros mitti solitum, quo modo in liceret populum in eum locum, unde vocare posset ad contionem, non solum ad consules et censores, sed etiam quaestores, Commentarium indicat vetus Anquisitionis M'. Sergii, Mani filii, quaestoris, qui capitis accusavit Trogum; in qua sic est:¹³

Bylo zvykem posílat (někoho) okolo hradeb, aby tímto způsobem pozval lid na to místo, odkud bylo možné povolát na *contio* nikoli pouze konsuly a censorsy, ale také quaestory, ukazuje na to prastarý záznam o quaestorovi M. Sergiovi, synovi Mania, který obžaloval z hrdelního zločinu Troga, a je v něm toto:

¹² Varro, de. l. l. 9,88.

¹³ Ibid. 9,90.

*Auspicio peram des et in templo auspices, tum aut ad praetorem aut ad consulem mittas auspicium petitum; comitiatum praetor reum vocet ad te, et eum de muris vocet praeco; id imperare oportet. Cornicinem ad privatii anuam et in Arcem mittas, ubi canat. Collegam roges ut comitiae dicat de rostris et argentarii tabernas ocludant. Patres censeant ex quaeras et adesse iubeas; magistratus censeant ex quaeras, consules praetores tribunosque plebis collegas que tuos, et in templo adesse iubeas omnes; ac cum mittas, contionem advoces.*¹⁴

Věnuj se auspiciím v okrsku vymezeném pro auspicie. Tehdy někoho pošli k praetorovi nebo ke konsulovi s žádostí o auspicia. Ať praetor povolá na *comitium* k tobě obviněného a hlasatel svolává z hradeb. Pošli troubit trubače k soukromým dveřím a na akropoli. Požádej kolegu, ať vyhlásí z roster shromáždění a ať směnárníci zavřou krámky. Požádej senátory, ať se vyjádří a přikaz jim, ať jsou přítomni, přikaz všem konsulům, praetorům, tribunům lidu a svým kolegům, ať jsou přítomni v okrsku a zatímco je obesíláš, svolěj *contio*.

In eodem Commentario Anquisitionis ad extremum scriptum capute dicti hoc est:

*Item quo dat tingat qui de censoribus classicum ad comitia centuriata redemptum habent, uti curent eo die quo die comitia erunt, in Arce classicus canat circumque muros et ante privati huiusce T. Quinti Trogi scelerosi ostium canat, et ut in Campocum primo luciadsiet.*¹⁵

V témže záznamu o vyšetřování je na samotném konci vyhláška takováto kapitola:

„A pokud se týče těch, kterým je censors zadáno troubení na centurijní shromáždění, ať se postarají, aby v průběhu toho dne, kdy se má konat shromáždění, troubil na akropoli trubač a kolem hradeb a také před soukromým (domem) toho zločince T. Quintia Troga, aby byl přítomen na Martově poli za rozbřesku“.

Inter id cum circum muros mittitur et cum contio advocatur, interesse tempus apparet ex his quae inter ea fieri in licium scriptum est; sed ad comitiatum vocatur populos ideo, quod alia de causa hic magistratus non potest exercitum urbanum convocare; censor, consul, dictator, inter rex potest, quod censor

¹⁴ Ibid. 9,91.

¹⁵ Ibid. 9,92.

*exercitum centuriato constituit quinquennem, cum lustrare et in urbem ad vexillum ducere debet; dictator et consul in singulos annos, quod hic exercitui imperare potest quo eat, id quod propter centuriata comitia imperare solent.*¹⁶

Mezi tím, kdy je poslán (hlasatel) okolo hradeb a svoláním contia, je nějaká doba, jak se zdá z toho, co je psáno o tom, jak se provádí pozvání. Lid je nicméně na sněm volán proto, že z jiného důvodu tento úředník městské vojsko svolat nemůže. Censor, konsul, diktátor a mezikrál však mohou, protože censor ustavuje vojsko po centuriích na pět let, kdy musí provést očistnou oběť a vést je pod praporem (vojenskými znameními) do města, diktátor a konsul každoročně, neboť může přikázat, kam se má vojsko vydat, což se obvykle nařizuje kvůli centurijnímu shromáždění.

Pokusme se o shrnutí jednotlivých kroků, které vedly ke svolání lidového shromáždění. Nejdříve dal magistrát, který chtěl svolat lidové shromáždění, příkaz podřízenému, aby svolal lid. Ten vyhlásil, že se Římané mají neformálně sejít, napřed tedy bylo svoláno *contio*. Zvykem také bylo, že byli posláni hlasatelé, aby obcházeli hradby a odtud oznamovali tuto informaci. Městem (*ad privatii anuam*) také chodili trubači a troubili, stejně jako z Kapitolu (*arx*). Zároveň kolega svolávající úředníka vyhlásil totéž z řečniště na fóru (*de rostris*), které se nacházelo v bezprostředním sousedství *comitia*. Současně byli dotázáni senátoři, zda se jim zdá vhodné lidové shromáždění konat a byli na ně pozváni, stejně jako všichni magistráti. Fórum bylo poté uzavřeno pro obchodní jednání. V mezidobí byla připravována a konána *auspicia*. Nakonec na neformální schůzi lidu (*contio*)¹⁷ svolávající magistrát Římanům přikázal, aby se dostavili na centurijní shromáždění, tedy na Martovo pole, případně na jiné místo, pokud byl svolán jiný typ lidového shromáždění, nebo když měl být římský lid pouze „svědkem“ nějakého jednání – jednalo se o výkon spravedlnosti, pak svolání contia bylo posledním úkonem.

Tolik stručná rekapitulace. A nyní se věnujme některým pozoruhodným informacím obsažených v citované části Varronova díla. Hned na počátku jsou uvedeny velmi zajímavé závazné formuláře výroků i modulů jednání, které musely být provedeny. Celý tento fragment¹⁸ může snad působit poněkud zmateně, protože se zde na jedné straně hovoří o úředníkovi velícímu vojsku (*qui exercitum imperaturus erit*) a o něco dále je lid svoláván, aby se dostavil

¹⁶ Ibid. 9,93.

¹⁷ Viz HIEBEL, D.: Rôles institutionnel et politique de la contiosous la République romaine (287–49 av. J.-C.). Paris (2009).

¹⁸ Varro, de. l. l. 9,88.

před soudce (*ad iudices*). Vysvětlení tohoto problému může být dvojitý. Za první, soudce je jen opisem pro konsula, který měl na počátku republiky rovněž soudní pravomoc a vojsko je skutečně svoláno. Za druhé, vojsko (*exercitus*) je pouze opisem pro centurijní shromáždění a magistrát skutečně vystupuje jakoby soudce, pak by se jednalo o řízení vyvolané provokací a centurijní shromáždění je vlastně *comitiatus maximus*.

Následující odstavec¹⁹ pak přináší pouze jednu otázku, která je navíc jednoduše zodpověditelná. Týká se zmínky o quaestorovi Markovi Sergiovi, synovi jakého Mania Sergia, který obžaloval T. Quintia Troga. Dodejme hned, že všechny uvedené osoby jsou jinak neznámé a jediná zmínku, kterou o nich máme, pochází právě z tohoto textu. S velkou pravděpodobností lze říci, že onen M. Sergius byl *quaestor parricidii*.

K dalšímu odstavci²⁰ dodejme, že římská tvrz (*arx*) se nacházela v severní části Kapitolu a při svolávání lidových shromáždění, stejně jako při svolávání vojska, bylo odtud nejen troubeno, ale také zde byl vyvěšován rudý prapor, jak dokládá celá řada svědectví Livia, Macrobia, nebo gramatika Servia.²¹ Kromě toho byla právě odtud vykonávána auspicia. Dále z tohoto textu vyplývá, že *contio* bylo označením nejen pro neformální shromáždění lidu, ale také pro shromážděný lid jako takový.²² Festus ostatně charakterizuje *contio* takto:

*Contio significat conventum, non tamen alium, quam eum, qui a magistratu vel a sacerdote publico per praeconem convocatur.*²³

Contio znamená shromáždění, tedy nic jiného, než to, které svolává hlasatelem úředník nebo veřejný kněz.

Dále se zde hovoří o zkoumání věštných znamení, která jsou Varronem v souvislosti s lidovými shromážděními zmíněna ještě na jednom místě²⁴:

Potest vel ab eo quod pueris turpicula res in collo quaedam suspenditur, ne quid obsit, bonae, scaevae causa scaevola appellata. Ea dicta ab scaeva, id

¹⁹ Ibid. 9,90.

²⁰ Ibid. 9,91.

²¹ Liv. 39,15; Macrob., Sat. 1,16,15; Serv., ad. ec. 8,1.

²² Viz také PRAŽÁK, J. M./NOVOTNÝ, F./SEDLÁČEK, J.: Latinsko-český slovník. Praha (1929), s. 299.

²³ Lindsay s. 34.

²⁴ Varro, de l. l. 7,97.

*est sinistra, quod quae sinistra sunt bona auspicia existimantur; a quo dicitur comitia aliudve quid, sicut dixi, scaeva fieri avi, sinistra quae nunc est.*²⁵

Možná také od toho je nazývána i ošklivá věc, kterou si chlapi zavěšují na krk, aby je nepostihla nějaká obtíž. Je tedy nazvána podle *scaeva*, to je levá, protože to, co je nalevo, je při auspiciích považováno za dobré, a proto se říká, že lidová shromáždění a cokoli jiného, jak jsem řekl, se konají pouze tehdy, když je pták na levé straně, které se nyní říká *sinistra*.

Ona ošklivá, nebo spíše potupná, věc (*turpicula res*) byl amulet ve tvaru falu, který byl také zván *mutorium*, nebo *Satyrica signa*.

Následující odstavec²⁶ pak přináší velmi zajímavou informaci o tom, že ve starých dobách byly v rámci soukromého a trestního procesu používány často stejné postupy. Říká se zde totiž: *ante privati huiusce T. Quinti Trogi scelerosi ostium canat*. Jedná se tedy o analogii k institutu zvaném *obvagulatio*, který je zachycen v Zákoně dvanácti desek:

*CUI TESTIMONIUM DEFUERIT, IS TERTIIS DIEBUS OBPORTUM OBVAGULATUM ITO.*²⁷

KOMU BUDE CHYBĚT SVĚDECTVÍ, AŽ CHODÍ KAŽDÝ TŘETÍ DEN
NAŘÍKAT PŘED DOMEM.

Kromě toho se zde hovoří také o trubačích svolávajících na jednání lidových shromáždění. S touto informací se pojí další Varronův text:

*Classicus a classe, qui item cornu aut lituo canit, ut tum cum classes comitiis ad comitiatum vocant.*²⁸

Classicus od třídy, i on hraje na roh, jako tehdy, když jsou svoláváni občané podle tříd na lidové shromáždění.

Označení takových trubačů bylo tedy *classicus*. Původně tak byli nazýváni námořní vojáci, pak loďstvo jako takové i námořní vojsko. Jedná se tedy o muže, který dává válečné znamení, o trubače. Protože zde Varro

²⁵ Ibid. 4,97.

²⁶ Ibid. 9,92.

²⁷ Lex XII tab. 2,3.

²⁸ Varro, de l. l. 16,91.

hovoří o svolávání podle tříd (*cum classes*), musíme toto lidové shromáždění jednoznačně identifikovat jako *comitia centuriata*. Otázkou však je, zda trubači svolávali na jednání všech typů lidových shromáždění, nebo jen centuriijního. Jako pravděpodobný se zdá závěr, že tento způsob svolávání byl typický pro svolávání *comitia centuriata*, které byly vojensky organizovány, nicméně posléze byl používán obecně.

Poslední uvedený odstavec²⁹ nám pak podává seznam osob, které byly oprávněny svolat *comitia centuriata*. Kromě konsulů a diktátora, kteří tak činili z titulu velení vojsku, to byli rovněž censoři kvůli provedení lustrace. Poněkud překvapivě absentují praetori, kteří byli centuriijním shromážděním voleni a měli proto k tomuto shromáždění *ius cum populo agendi et referendi*. Vysvětlitelné by to snad bylo tím, že v textu, který Varro převzal, se o praetorovi nehovoří z toho důvodu, že v té době ještě zřízen nebyl. Tomu však odporuje znění odstavce 9,91, kde jsou praetori zmíněni hned několikrát. Takže musíme připustit jednoduché vysvětlení – Varro na praetory jednoduše zapomněl. Kromě výše uvedených magistrátů je jako oprávněný ke svolání uveden také král obětník. Právě k tomuto významnému římskému knězi, pozůstatku královské doby, a jeho vztahu k lidovým shromážděním, se váže další odstavec.

K rozporuplné postavě, alespoň z pohledu Římanů období republiky, krále obětníka, který byl z jedné strany pozůstatkem nenáviděného království, zároveň však jeho existence byla nezbytná kvůli provádění některých náboženských obřadů, které původně příslušely pouze králi, se váže následující text:

*Dies qui vocatur sic „Quando rex comitiavit fas“, is dictus ab eo quod eo die rex sacrificio ius dicat ad Comitium, ad quod tempus est nefas, ab eo fas: itaque post id tempus lege actum saepe.*³⁰

Den, který se nazývá „Když král promluví na sněmu, je povoleno“, se tak označuje podle toho, že král obětník toho dne na sněmovišti závazně říká, dokdy není povoleno (jednat na lidovém shromáždění) a od kdy povoleno je; a tak je poté často jednáno o zákonech.

Jedná se o nábožensko-technickou normu stanovící, kdy je v určité dny možné zahájit jednání lidového shromáždění. Vyložit ji lze tak, že teprve poté,

²⁹ Ibid. 9,93.

³⁰ Ibid. 4,32.

co se *rex sacrorum*,³¹ nebo také *rex sacrificulus*, objevil po vykonání oběti na comitiu a tuto skutečnost ohlásil, bylo jednání lidového shromáždění možné. V římském kalendáři nalezneme dva takovéto dny označené zkratkou QRCF, a to 24. března a 24. května. Jedná se o tzv. *dies fissi* (doslova přestípnuté dny), k nimž se ještě řadil 15. červen, k němuž byla připojena zkratka QSDF znamenající *Quando stercum delatum fas*. V tento den bylo možné zahájit jednání senátu teprve po obřadně provedeném úklidu chrámu bohyně Vesty.

Další zkoumaný text se rovněž vztahuje k náboženským rituálům, které jednání lidových shromáždění provázely.

Salii ab salitando, quod facere in comitiis in sacris quotannis et solent et debent. Luperci, quod Lupercalibus in Lupercali sacrafaciunt.

Saliové podle skákavého tance, protože to je jejich zvykem a povinností na lidových shromážděních a každoročních slavnostech.

Připomeňme nejdříve, že *salii*³² byly dva kněžské sbory po dvanácti členech. Starší byli zvaní *salii Palatini* a byli zřízeni patrně již prvním římským králem Romulem a sloužili Martovi. O něco mladší byli *salii Agonales*, nebo také *salii Collini* zavedení druhým římským králem Numou Pompiliem a jednalo se o kněze Quirina. Jejich obřadné tance na jaře zahajovaly dobu válečných tažení a na podzim je obřad ukončoval.³³ Jedná se sice o krátký úryvek, avšak vyvolávající velké nejasnosti jak tento text vyložit. Nabízejí se totiž dvě varianty. Za prvé: *salii* museli se svými štíty tančit na začátku každého lidového shromáždění a také o každoročních slavnostech. Jedná se přitom o dobu trvající od 1. do 24. března. Jinou možností pak je, že se štíty tančili na těch lidových shromážděních, která se konala v uvedeném období. Na první pohled nedává ani jedna z uvedených variant příliš smysl. Zejména představa, že by *salii* předváděli své tance úplně na každém lidovém shromáždění, které bylo v Římě v průběhu roku svoláno, a to, i kdyby se jednalo pouze o *comitia centuriata*, je téměř absurdní. Schůdnosti druhé možnosti pak na první pohled překáží to, že v době konání náboženských svátků nebyla přípustná žádná úřední jednání, neboť se jednalo o tzv. *dies nefasti*. Abychom mohli dospět

³¹ K postavě krále obětníka například BLAIVE, F.: *Rex sacrorum. Recherchessur la fonction religieuse de la royauté romaine*. In RIDA. Vol. 42 (1995), s. 125–154.

³² Ke kněžskému sboru *salii* obecně například BALSDOM, J.: *Thesalii and Campaigning in March and October*. In *Classical Review*. Vol. 16 (1996), s. 146–147.

³³ Martovi *salii* snad mohli původně plnit funkci zemědělských obřadů. Viz DUMÉZIL, G.: *La religionne romana arcaica. Miti, leggende, realtà*. Milano (2007), s. 215⁵⁸.

k vysvětlení druhé nelogičnosti, je třeba se podrobněji podívat na to období v římském kalendáři, které se k činnosti *saliů* vztahuje. V době od 1. do 24. března, označované jako *ancilia movere*, tato kněžská kolegia nejen prováděla průběžně obřadné tance se štíty, ale účastnila se také dvou důležitých svátků. Byla to *Equirria*, zvaná také *Quinquartus*, kdy se 14. března konal závod vozů k počtě boha Marta a dne 19. března to bylo *Tubilustrium* – obřadné očištění trubek. Sice celé toto období bylo vyplněno náboženskými obřady, ale pouze dva uvedené dny, spolu s 1. březnem (*feriae Marti*), byly v kalendáři označeny jako *dies nefasti*. Samozřejmě pouze z hlediska činnosti *saliů*, protože se v tomto období konaly ještě další svátky, jako například Anny Perenny dne 15. března, které měly stejný charakter. Na podzim se pak jednalo o obřadné očištění štítů (*armi lustrum*) dne 19. října. Již vůbec pak nelze všechny dny, které spadaly do jarních obřadů, označit za *dies religiosae*, kdy nejenže nebylo možné provádět úřední úkony, ale dokonce ani uzavírat právní jednání. K tomuto dělení³⁴ dnů se pak váže informace obsažená u Aula Gellia:

*„Religiosi“ enim „dies“ dicuntur tristi omine infames inpeditique, in quibus et res divinas facere et rem quam piam novam ex ordi ritem perandum est, quos multitudo imperitorum prave et perperam „nefastos“ appellat.*³⁵

Jako *dies religiosi* se označují dny, které smutnou předtuchou vyvolávají špatnou pověst, nebo zakazují, v těchto dnech nelze konat náboženské obřady nebo začínat nové záležitosti; ty, které lid z nevědomosti, chybně a pošetile označuje jako *nefasti*.

Jinak řečeno, jedná se o *dies vitiosi*. Všechny dny v období zvaném *ancilia movere* byly sice slavnostní, ale pouze některé z nich měly charakter *dies nefasti*. Proto snad můžeme přijmout za věrohodnou hypotézu, že v uvedeném období, pokud bylo svoláno lidové shromáždění v těch dnech, kdy to bylo povoleno (jednalo se o devět dní), se *salii* na něm svými tanci účastnili.

Obě poslední Varronovy zmínky o komicích se pak týkají způsobu jednání na lidových shromážděních a mají vlastně povahu norem, které dnes nacházíme v jednacích řádech různých orgánů:

³⁴ Viz také WARDE FOWLER, W.: *The Religious Experience of the Roman People*. London (1922), s. 40.

³⁵ Gell., NA 4,9,5.

*Suprema summum diei, id ab superrimo. Hoc tempus XII Tabulae dicunt occasum esse solis; sed postea lex Plaetoria id quoque tempus esse iubet supremum quo praetor in Comitio supremam pronuntiavit populo.*³⁶

Suprema je konec dne, to je od nejzazší. Zákony XII desek říkají, že podle západu slunce. Později však bylo Plaetoriovým zákonem nařízeno, že nejzazší má být také ta doba, kterou *praetor* na lidovém shromáždění oznámí lidu jako poslední.

Výklad tohoto textu je na jednu stranu velmi jednoduchý. Místo v Zákoně dvanácti desek, na které se Varro odvolává, se nachází na první desce a zní:

*SI AMBO PRAESENTES, SOLIS OCCASUS SUPREMA TEMPESTAS ESTO.*³⁷

POKUD JSOU PŘÍTOMNI OBA, AŽ JE ZÁPAD SLUNCE KRAJNÍ LHŮTOU.

Daleko obtížnější je však identifikovat zmíněný Plaetoriův zákon. K dispozici máme ještě jednu zprávu o tomto zákoně pocházející od gramatika Censorina, který působil v 1. polovině 3. století n. l. a ve svém díle „O dnu narození“ napsal:

*Sed postea M. Plaetorius tribunus plebiscitum tulit, in quo scriptum est: Praetor urbanus, qui nunc est qui que post affuat, duo lictores apud se habeto is que supremam ad solem occasum ius inter cives dicto.*³⁸

Později však tribun lidu M. Plaetorius vydal *plebiscitum*, v němž je psáno: městský *praetor*, současný ni budoucí, ať má u sebe dva liktory a ať až do konce, tedy západu slunce, říká co je právem mezi občany.

Onen Plaetoriův zákon tedy stanovil pravomoce praetorů. Za republiky byly přijaty celkem tři takto označené zákony. Jedná se o známou *lex Plaetoria de circumscriptione adulescentium*³⁹ přijatou někdy na počátku 2. století př. n. l. Pokud by tento zákon nebyl *lex saturna* a neobsahoval ještě další ustanovení,

³⁶ Varro, de. l. l. 2,5.

³⁷ Lex XII tab. 1,9.

³⁸ Censorinus, dies nat. 24,3.

³⁹ Viz ROTONDI, G.: *Leges publicae populi Romani*. Milano (1912), s. 271–272.

pak v úvahu nepřichází. Vyloučit můžeme také *lex Plaetoria de dedicatione*⁴⁰ pocházející patrně z 2. století př. n. l., jejímž rogátorem byl asi konsul⁴¹ M. Postumius Albinus, kterou byli zřízeni *dumviri* pro zasvěcení chrámu boha Vermina. Bude se tedy nejspíše jednat o *lex Plaetoria de praetore urbano*⁴² z roku 242 př. n. l., kterou navrhnul tribun lidu M. Plaetorius a v níž bylo zejména stanoveno, že *praetor* vykonává *iusdictio* mezi občany a je doprovázen dvěma liktory.

Poslední Varronův text pojednávající o lidových shromážděních pak přináší v zásadě jednoznačnou informaci:

*Apud Ennium: Olli respondit suavis sonus Egeriai. Olli valet dictum illi ab olla et ollo, quod alterum comitiis cum recitatur a praecone dicit urolla centuria, non illa; Ollus leto datus est, quod Graecus dicit lethei, id est oblivioni.*⁴³

U Ennia: „Onomu odpověděl sladký hlas Egerie“ *Olli* znamená totéž co onomu (*illi*) je to od ona (*olla*) i onen (*ollus*), první z nich zaznívá na shromáždění lidu, když je hlasatelem ohlašováno, říká ona centurie a nikoli oné.

V této části řeší Varro problém gramatický a informace o jednání na lidovém shromáždění je až druhotná a navíc použita pouze jako příklad. Snad se patří jen dodat, že sladký hlas Egerie odpověděl druhému římskému králi Numovi Pompiliovi a že „ohlašování“ hlasatelem znamená povolávání k hlasování.

Varronův spis „O latinském jazyce“ nám sice tedy dává možnost poznat podrobněji některé postupy týkající se činnosti lidových shromáždění, avšak musíme k nim, jak bylo naznačeno, přistupovat velmi opatrně. Možná v důsledku určitého zjednodušení textu, abychom zvolili pro Varrona tu nejpříznivější variantu, se zde bohužel setkáváme s určitými nelogičnostmi, které jsou někdy přímo věcnými omyly.

⁴⁰ Idem., s. 478.

⁴¹ Roku 151 př. n. l.

⁴² Viz ROTONDI, G.: *Leges publicae populi Romani*. Milano (1912), s. 245–246.

⁴³ Varro, de. l. l. 3,42.

Z Lúkianovy knihy „Pravdivé výmysly“

Petr Hajn

Jeden z moderních (a někdy i módních) směrů právního výzkumu, již delší čas rozšířený zejména ve Spojených státech, bývá označován jako „Právo a literatura“. V souvislosti s právem si všímá především beletrie. Své ohlasy nachází i v českém právnickém výzkumu a v jeho zveřejněných výsledcích.¹ Samy zmíněné názvy publikací naznačují, čím se takto zaměřené bádání zabývá a jaký může být jeho význam. Seznamuje mimo jiné s typickými i méně obvyklými životními příběhy, které mají právní kontext a které jsou zachyceny v uměleckém díle. Jejich prostřednictvím učí čtenáře (studenty práv, začínající právníky i jejich zkušenější kolegy z nejrůznějších juristických profesí) chápat lidské chování a vykládat nejen právní texty ale i skutkové stavy. Takové momenty nacházíme v knize Lúkianových² textů³ a zejména v její první kapitole nazvané „Vyděděný“. Tu přeložil Václav Bahník a v knižním doslovu⁴ je charakterizována jako typická „... soudní cvičná řeč s dobrou kompozicí a snaživou argumentací, zajímavá mj. také jako doklad tehdejších lékařských názorů a praktik“. Z tohoto textu uvádím záhlaví:

„Jeden mladý muž, ježž otec vydědil, se vyučil lékařskému umění. Když otec zešilel a lékaři se vzdali naděje na uzdravení, vyléčil jej podáním léku a byl znovu přijat do rodiny. Potom zešilela macecha, otec syna vyzval, aby ji rovněž vyléčil, a když syn řekl, že to nejde, byl vyděděn podruhé“.

* * *

Text pak pokračuje projevem onoho vyděděného, kterým se obrací k soudcům a příležitostně oslovuje i otce. Z jeho projevu uvádím

¹ ŠKOP, M.: Právo a vášeň: jazyk, příběh, interpretace. Brno (2011); HAMULÁK, O. (ed.): Právo v umění a umění v právu. Sborník odborných příspěvků z mezinárodní konference Olomoucké dny mladých právníků. Praha (2012); ŠKOP, M.: ... právo, jazyk a příběh. Praha (2013); KLUSOŇOVÁ, M.: Hnutí Právo a literatura koncem 20. a na počátku 21. století. Brno (2015); KYSELA, J./URBAN, M.: Literatura a film jako zrcadlo práva a právníků. Praha (2017) a ČERNÁKOVÁ, N./HAJN, P./CHADIMOVÁ, I.: Neobvyklé pohledy na právo proti nekalé soutěži. Praha (2017).

² Lúkianos žil a tvořil ve druhém století po Kristu, takže doba jeho života se zhruba kryje s obdobím největšího rozkvětu a stabilizace římské říše.

³ In LÚKIANOS: Pravdivé výmysly. Praha (1983), s. 5n.

⁴ FROLÍKOVÁ, A.: Z odkazu antického Voltaira, s. 216n.

charakteristické části: „Páni soudcové, na tom, co nyní podniká můj otec, není nic nového ani nezvyklého a není to také poprvé, co se tak hněvá: on má tento zákon pohotově a je zvyklý chodit k tomuto soudu. Na mém nynějším neštěstí je novější to, že za nic nemohu osobně, ale hrozí mi trest za to, že mé lékařské umění není schopno ve všem poslechnout jeho rozkazy. Mohlo by být podivnější přání, než aby se léčilo podle rozkazu, ne jak lékařské umění dovoluje, ale jak otec chce? Přál bych si, aby lékařství mělo takový lék, který by dokázal pomoci nejen od šílenství, ale i od nespravedlivého hněvu, abych mohl vyléčit otce i z této choroby. V této chvíli je zcela konec s jeho šílenstvím, ale s jeho hněvem je to horší. A ještě horší je, že ve styku se všemi ostatními má zdravý rozum, jen vůči mně, který jsem ho vyléčil, není normální.

Vidíte, jakou odměnu jsem si vysloužil svou lékařskou péčí. Podruhé mě vydědil, podruhé mě vyloučil z rodiny, jako by mě na krátký čas přijal zpátky jen proto, abych zažil větší ostudu, když musím vícrát opustit svůj domov.

Pokud je to možné, vůbec nečekám na vyzvání. Nedávno jsem přišel pomoci, třebaže mi o to nikdo neříkal. Když však je případ naprosto beznadějný, nechci se ani pokoušet. Pokud jde o onu ženu, mám – právem – ještě méně odvahy. Myslím na to, co by mi otec udělal, kdybych neměl úspěch. Jestliže mě vydědil, když jsem s léčením ani nezačal.

Páni soudcové, mrzí mě, že moje macecha stůně, neboť je to řádná žena, mrzí mě rovněž, že se otec kvůli ní trápí, ale nejvíc mě mrzí, že vypadám jako neposlušný syn, a že mu nemohu pomoci v tom, co na mně chce, jak pro sílu nemoci, tak pro slabost lékařského umění. Přesto si myslím, že je nespravedlivé, aby byl vyděděn ten, kdo ani neslibuje, co nemůže vykonat.

Z jakých důvodů mě vydědil poprvé, to jasně vysvítá z důvodů nynějších. Proti dřívějším důvodům jsem se myslím dostatečně obhájil životem, který jsem potom vedl. Teď učiním všechno, abych vyvrátil dnešní výtky, a povím vám proto pár slov o své činnosti. Tenkrát, když hlasitě vykřikoval a tvrdil, že dělám otci ostudu a poskvřňuji dobré jméno rodiny, tenkrát jsem se já dareba a neposlucha domníval, že na to musím odpovédět jen stručně. Když jsem odešel z domova, byl jsem přesvědčen, že mým velkým soudem, který o mě vynese pravdivý výrok, bude život, jaký povedu potom. Věřil jsem, že se ukáže velký rozdíl mezi obrazem, který podal o mě můj otec a skutečností, až se budu zabývat nejkrásnějšími činnostmi a stýkat se s nejlepšími lidmi. Již tenkrát jsem však předvídal něco takového a tušil jsem, že to můj otec nemá v hlavě zrovna v pořádku, když propadá nespravedlivému hněvu na svého syna a vymýšlí si nepravdivá obvinění proti němu, Někteří soudili, že to je začátek duševní choroby, hrozba a předehra zla, které se mělo zanedlouho objevit, ta jeho bezdůvodná nenávisť, využívání přísnosti zákona, pohotově

nadávký, ponurý soud, křik a hněv, a vůbec žluč na každém kroku. Proto jsem také čekal, že asi budu jednou potřebovat lékařské umění“.

Hrdinova řeč pak pokračuje líčením, jak získal lékařskou kvalifikaci, jak pečlivě zkoumal, zda je u otce naděje na vyléčení, i jak se stejnou odpovědností posuzoval zdravotní stav své macechy a možnost lékařského zákroku. Přechází pak k právnímu hodnocení a uvádí:

„Začnu především od zákona, podle něhož mě chce vydědit, aby věděl, že teď už nemá stejnou pravomoc jako dříve. Otče, zákonodárce nedovoluje každému otci vydědit každého syna z každé příčiny a pokaždé, kdy se mu zachce, nýbrž právě tak jako umožnil otcům dát tímto způsobem průchod svému hněvu, stejně tak se postaral o syny, aby jim přitom nebylo ukřivděno. Proto nedovolil, aby byl takový trest použit svobodně a bez soudního výroku, ale nařizuje, aby se přišlo k soudu, a ustanovuje soudce, kteří mají vydat spravedlivé rozhodnutí. Věděl totiž, že často je u mnohých otců příčina hněvu malicherná, jeden se nechá přesvědčit lživou pomlouvou, druhý zas věří sluhovi, třetí ženě, která nemá jeho syna ráda. Usoudil proto, že věc vyžaduje právní projednání a že nelze odsoudit syny bez vyslechnutí a okamžitě, ale je jim vyměřen čas k obhajobě, je jim dáno slovo a jsou vyšetřeny všechny okolnosti.

Protože tedy mohu mluvit a otec má jen právo podat žalobu, když právo posoudit, zda je žaloba oprávněná, máte vy, soudcové. Neuvažujte ještě o tom, co mi předhazuje a kvůli čemu se nyní hněvá, ale dříve rozvažte, zda má vůbec právo vydědit mě ještě jednou, když už mě jednou vydědil, použil svého zákonného práva a vykonal tento čin otcovské pravomoci a potom mě znovu přijal do rodiny a vydědění zrušil. Já tvrdím, že by to byl vrchol nespravedlnosti, kdyby otcové měli neomezené možnosti trestat syny, kdyby mohli odsuzovat víckrát a věčně strašit, kdyby zákon hned pomáhal ukojit otcův hněv, hned zas přestal platit a pak znovu byl přísný, zkrátka kdyby se právo mohlo obracet nalic i naruby podle toho, co se právě otcům líbí“.

V dalších odstavcích jsou v řeči k soudu (v té je často oslovován i otec vyděděného) uvedeny další argumenty proti opakovanému vydědění, přičemž řečník poukazuje i na analogie s jinými právními situacemi: „Páni soudcové, prosím vás ve jménu Diově, nedovolte mu, když mě dobrovolně přijal zpátky, aby zrušil rozhodnutí dřívějšího soudu a odložil hněv, aby volal znovu po stejném trestu a utíkal se k otcovské pravomoci, která je už dávno promlčená a neplatná a kterou sám zrušil a vyčerpал. Víte přece, jak i u jiných soudů zákon dovoluje, odvolat se od vylosovaných soudců k jinému soudu, jestliže někdo pokládá rozhodnutí za nespravedlivé, není to však možné tenkrát, když se strany dobrovolně dohodnou a vyberou si samy rozhodčí a do jejich rukou pak svěří rozhodnutí. Měly přece možnost neuznat tento soud hned na

počátku. Jestliže si však někdo vybral soudce dobrovolně, je správné, aby se podřídil jejich rozhodnutí [...].

I kdybych nebyl tvým vlastním synem, ale přijatým, a ty bys mě chtěl vydědit, myslím, že bys nemohl: co bylo ze začátku možné nečinit, to zrušit by bylo protiprávní, když bylo jednou učiněno. Já jsem tvým synem od přirozenosti a tys mě později znovu učinil svým synem svobodnou volbou. Jak by se shodovalo se zdravým rozumem, abys mě znovu zavrhl a víc než jednou zbavil příbuzenství.

Kdybych byl tvým otrokem a kdybys mě nejdříve považoval za ničemů a uvrhl do pout, potom se však přesvědčil, že jsem se ničeho špatného nedopustil, a dal mi svobodu, mohl bys později v hněvu ze mne znovu udělat otroka? Rozhodně ne. Zákony žádají, aby takové akty byly nezrušitelné a měly trvalou platnost. Mohl bych sice uvést ještě mnohé o tom, že člověk, který jednou ze své vůle znovu přijal do rodiny vyděděného syna, už ho víckrát vydědit nemůže, avšak přestanu...“.

V pokračujícím textu řečník s argumentací nepřestává a vytýká otcí, že pohrdá zákony, které zajišťují synům místo v rodině, jestliže se ničím neprovinili, a přirozeností, která vštěpuje rodičům vřelou lásku k potomstvu: „Dalo by se předpokládat, že máje větší důvod k náklonnosti projeví mi svou náklonnost v přiměřeně zvýšeném stupni, nebo aspoň že mě napodobí a bude se mnou citem soupeřit. Ale kde! Na lásku odpovídá nenávisť, na oddanost pronásledováním, na dobrodiní křivdou, na úctu vyděděním. Zákony chránící děti obrací proti mně, jako by to byly zákony dětem nepřátelské. Otče, k jaké bitvě proti přirozenosti používáš zákony! [...]

Myslím, že bylo dostatečně zdůvodněno, že když už jednou můj otec uplatnil svou otcovskou pravomoc a použil zákony, nemůže mě ještě jednou vydědit a že by ani jinak nebylo spravedlivé, aby zapudil a vyloučil z rodiny syna, který mu učinil tolik dobrého.

Přistupme nyní k vlastní příčině vydědění a prozkoumejme stížnost. Znovu se musíme vrátit k zákonodárcovu záměru. Dejme tomu, že můžeš vydědit, kolikrát chceš, že máš tuto možnost dokonce i vůči svému dobrodinci; přece jen to nemůžeš udělat bez důvodu nebo z jakéhokoliv důvodu. Zákonodárce neustanovuje, aby otec vydědil, ať má jakoukoliv stížnost, že stačí jen chtít a mít stížnost (nač by pak byl soud?), ale dává vám páni soudcové za úkol posoudit, zda se otec hněvá z velkých a spravedlivých příčin, nebo ne. Vyšetřete to tedy. Já začnu od toho, co se stalo hned po jeho vyléčení z šílenství.

První, co otec po svém uzdravení udělal bylo, že zrušil vydědění. Já jsem byl zachránce, já jsem byl dobrodinec, já jsem byl všechno. V tom myslím nemohl být žádný důvod ke stížnosti. **Z čeho mě viní z doby následující? Čím jsem zanedbal synovskou úctu a péči? Kdy jsem spal mimo dům?**

Můžeš mi vytknout pohoršlivé opilství a hýření? Nebo marnotratnost? Měl jsem snad nějaký výstup s kuplířem? Nebo mě někdo žaloval? Ani jediný člověk. A to jsou hlavní přestupky, za které zákon dovoluje vydědit“. (Zvýraznil P. H.).

Avšak rozstonala se macecha. A co? Mohu snad já za to? Chceš, abych byl potrestán za její nemoc? Říká že ne.

Co tedy?

„Nařídil jsem ti, abys ji léčil, a ty nechceš, proto by sis zasloužil, abys byl za neuposlechnutí otce vyděděn“.

„Za chvílku dokážu, že jde o neposlušnost zdánlivou – já jsem prostě nebyl schopen jeho příkaz splnit. Napřed řeknu prostě jen to, že ani jemu zákon nedovoluje přikazovat cokoli, ani já nejsem povinen ve všem slepě poslechnout. **Jsou takové příkazy, za jejichž neuposlechnutí, nemůže být nikdo volán k zodpovědnosti, a takové, jejichž nesplnění si zaslouží hněv a trest, například když ty sám onemocníš, a já o tebe nepečuji, když mi poručíš, abych se staral o domácnost, a já to zanedbám, když mi dáš za úkol dohlížet na hospodářství, a já jako bych to neslyšel. Ve všech těchto a jim podobných případech má otec oprávněný důvod k otcovskému pokárání.** (Zdůraznil P. H.).

Avšak ve všech ostatních věcech záleží jen na nás synech, jak se rozhodneme. Jde o věci týkající se povolání jeho výkonu, zvláště tenkrát, když tím nejsou nijak poškozeny otcovy zájmy. Kdyby otec nařizoval malíři: „Maluj toto, synu, a ne tamto!“ nebo hudebníkovi: „Zahraj tímto způsobem a ne oním!“ nebo kováři: „Vyráběj tyto věci, a ne ony!“, kdo by považoval za snesitelné, kdyby takový otec syna vydědil za to, že se ve svém povolání neřídil otcovým přáním?

Myslím, že nikdo.

Čím váženější a pro život užitečnější je lékařské povolání, tím svobodnější musí být pro ty, kdo je vykonávají. Sluší se také, aby lékaři měli určité výsady při užívání svého umění, nesmějí být k ničemu nuceni, nic se jim nesmí nařizovat, vždyť jde o činnost posvátnou, jejímiž učiteli byli bohové a jež je předmětem snažení moudrých mužů; nesmí být otrocky podřízeno zákonu, nesmí být ovlivněno strachem ze soudu a jeho trestem, nesmí záviset na hlasování, na hrozbě otcově a na hněvu člověka, který tomu nerozumí [...].

Podívejme se nyní, jaké jsou ty jeho rozkazy. Říká: „Vyléčil jsi mě z šílenství. Nyní zešilela moje žena a trpí podobně jako já (to si aspoň myslí on). Ostatní lékaři se podobně jako v mém případě vzdali naděje na její vyléčení, ty jsi však ukázal, že dokážeš všechno, uzdrav tedy i ji a zbav ji konečně nemoci“.

Když to člověk takto slyší, je to jednoduché a zní to docela rozumně, zvláště tomu, kdo se v lékařství nevyzná a není v něm zběhlý. Jestliže však

vyslechnete mou obhajobu lékařského umění, dozvíte se, že není všechno v naší moci. Že jedna choroba se nepodobá druhé, že způsoby léčení jsou různé, že tentýž lék není účinný v každém případě. Pak bude jasné, že je velký rozdíl mezi tím, zda někdo nechce, nebo nemůže [...].

Otče, chtěl bych dodat ještě něco. Připusťme, že ten případ ještě není zcela beznadějný, ale že tu ještě je jiskřička naděje na záchranu: i v tom případě bych se jen tak lehko neujal léčení a nespěchal bych s podáním léku ze strachu z toho, co by se mohlo náhodou stát, i z lidských řeší, které by se tím rozvířily...“.

* * *

Lúkianova kniha je pro mne jen dalším důkazem, jak stále živé a podnětné jsou postřehy antických myslitelů, ať už se týkají práva (jako umění dobra a spravedlnosti) nebo například umění lékařského. Těšil jsem se, že a jak posoudí Lúkianův text profesor Peter Blaho a že budeme mít příležitost se znovu osobně i myšlenkově setkat. Bohužel i v jeho případě se potvrdilo, že ani současné lékařské umění není všemocné.

La formazione dell'ordinamento cittadino, in Roma, e le teorie ottocentesche sull'origine dello stato

Luigi Capogrossi Colognesi

1.

Sin dal mio libro del '69, sulla *Struttura della proprietà*, avevo approfondito la vasta problematica relativa alla natura dei poteri del *pater familias*, tentando una complessiva panoramica delle varie teorie sulla natura degli ordinamenti familiari in età arcaica e sul loro possibile rapporto genetico con l'affermazione del nuovo soggetto politico, la città-stato¹. Fu allora che iniziai a prendere coscienza della sostanziale vacuità ed irrilevanza delle discussioni intorno al carattere unitario o meno dei poteri del *pater familias*, prolungatesi ben oltre al tramonto delle ben note tesi bonfantiane². Mentre il significato innovatore dell'opera di Bonfante, insieme alle sue radici ideologiche e culturali, avrebbe preso ulteriore evidenza in una più generale storia della storiografia ottocentesca e delle sue implicazioni, su cui sono tornato a più riprese³.

Alcuni stimolanti contributi apparsi di recente, m'hanno indotto a tornare su tali problematiche per riflettere, ancora una volta, sull'annosa questione della natura degli ordinamenti 'precivici' e del ruolo da essi giocato in funzione della formazione del nuovo soggetto politico sovrano: la città antica. Riconsiderando le discussioni e le ipotesi alternative formulate dalla storiografia otto- e novecentesca intorno alle origini della città, mi sono infatti reso conto che, forse con l'unica eccezione rappresentata dal solito personalissimo percorso di Max Weber (del resto, non a caso, un antichista non professionale), queste varie idee, spesso in apparente, radicale contrasto

¹ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praedorum' nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969.

² Com'ebbi modo di sottolineare esplicitamente già in CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ancora sui poteri del 'pater familias'* (1970), ora in CAPOGROSSI, *Scritti scelti*, II, Napoli, 2010, 669–773; Id., *Idee vecchie e nuove sui poteri del 'pater familias'* (1984), ora in CAPOGROSSI, *Scritti cit.*, 795–818.

³ Cfr. soprattutto, oltre al primo capitolo della mia *Struttura cit.*, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell'800*³, Roma, 1997, Capp. II, VII ed VIII.

tra loro, si sono fondate tutte su una premessa comune. Che cioè, prima della formazione della città, vi sia stato comunque un organismo destinato ad assolvere alle funzioni successivamente svolte dall'ordinamento cittadino: le divergenze insorgevano poi, individuando ora nell'uno ora nell'altro, dei possibili organismi 'precivici', l'originario 'sostituto' nell'esercizio della sovranità.

Un duplice e sovente affatto esplicito assunto soggiaceva a tutte le varie ipotesi allora formulate: a) che una 'funzione statale', diciamo così, è sempre esistita; b) che essa sia stata assolta, di volta in volta, necessariamente da un *solo* organismo sociale (famiglia patriarcale, tribù, unità etnica o città). Questi punti fermi, a loro volta, presupponevano l'idea tutta moderna di una sovranità indivisibile, assumendo quindi che, nell'antichità, come nel mondo moderno, diverse separate funzioni considerate proprie di un potere sovrano non fossero espletate da più soggetti tra loro in concorrenza, o, comunque, coesistenti.

Le divergenze nascevano pertanto nell'individuazione del soggetto che, anteriormente alla formazione della città – la forma statale tipica dell'antichità – avesse espletato le funzioni destinate ad essere poi svolte, in misura più piena, da questa. D'altra parte, come spesso avviene, il mancato chiarimento dei presupposti concettuali su cui si venivano fondando le varie ipotesi ricostruttive, si riflesse anche su un altro equivoco. Perché il problema delle funzioni 'sostitutive' dello stato cittadino si venne a fondere con quello della sua genesi. Talché, per gran parte degli autori tra Otto e Novecento, la discussione verté soprattutto intorno all'alternativa se l'origine della città dovesse associarsi al processo di crescita e d'aggregazione d'organismi minori, di tipo familiare o gentilizio, o se invece fosse derivato dalla frantumazione di unità politiche più ampie, legate alla comunanza tribale ed etnica⁴. Il corollario era il riconoscimento all'uno od all'altro di questi *anche* delle funzioni sostitutive ed anticipatrici dello stato antico. Perché tutti i partecipanti a tali dibattiti, lo ripeto, erano uniti dalla convinzione che uno 'stato' fosse sempre esistito,

⁴ Ricordiamo tutti, almeno noi più vecchi, come nei nostri manuali di un tempo, il rapido cenno alle origini dell'ordinamento cittadino si sostanziasse nella contrapposizione delle due grandi teorie storiografiche sulla genesi della città. Da un lato si menzionava infatti l'insieme d'ipotesi che genericamente riconduciamo sotto l'etichetta delle 'teorie patriarcali' che facevano derivare la formazione della città dai minori organismi familiari e gentilizi. Ad esse veniva poi contrapposta la tesi, associata soprattutto all'autorità di Eduard Meyer, che vedeva nella città il risultato della frantumazione dell'unità politica più ampia, propria dell'età delle origini, identificata in quello che s'usava indicare come lo 'stato-stirpe': l'unità tribale. E tutti noi, di questo antagonismo ci siamo pasciuti e, soprattutto, ci siamo accontentati, optando di volta in volta per la linea che più ci convinceva.

e che la sua esistenza rendeva inammissibile l'esistenza, nello stesso ambito umano e spaziale, di un altro 'stato'.

Passò però del tutto inosservato tra i romanisti dell'epoca che il 'dibattito ottocentesco', or ora richiamato, intorno al problema dell' 'origine dello stato', avesse evitato d'addentrarsi sullo scivoloso terreno delle diversità strutturali tra le società preciviche e quella dominata dalla formazione cittadina. Per la maggior parte degli autori, le varie ipotesi di volta in volta da loro formulate si rifacevano tutte, essenzialmente, alle sole figure proprie dell'ordinamento cittadino già pienamente configurato e meglio conosciuto rappresentato da Roma⁵. Questo comportò la proiezione all'indietro delle figure-tipo rappresentate dalla famiglia *proprio* e *communi iure*, e dalla *gens*, senza che ci si chiedesse se, nella fase magmatica del mondo dei villaggi e delle comunità proto-cittadine 'in formazione', queste strutture si presentassero in forma diversa e meno chiaramente ed univocamente definita. Mentre poi, nella ricerca *dell'organismo* che ha anticipato le funzioni dello stato prima della città, non ci si è mai posti l'ipotesi che, in questa fase più antica, si dovesse piuttosto immaginare la compresenza competitiva di una pluralità di organismi variamente strutturati, ciascuno di essi portatore, diciamo così, di un 'segmento' di ruoli e poteri politici⁶.

E' qui, io credo, che ha pesato negativamente quell'atteggiamento, che ho ora ricordato, dominato dalle concezioni ottocentesche dell'esclusivismo dell'ordinamento statale, destinate a persistere nei nostri cervelli ben oltre alla 'scoperta' della pluralità degli ordinamenti giuridici, intervenuta agli inizi nel nuovo secolo. Sfuggiva allora, e paradossalmente è sfuggito ancora per molto tempo, il fatto che questo limite prospettico entro cui ci s'interrogava sul processo di formazione dello stato cittadino finisse col sottrarre tali quesiti ad una vera dimensione storica. Il legittimo interrogativo circa l'esistenza di forme di aggregazione sociale e politica prima della città-stato, finiva col

⁵ Eventualmente integrata da quanto sappiamo intorno alle città greche o a qualche notizia intorno al mondo etrusco e antico-italico.

⁶ Un indizio in tal senso è rappresentato dall'esistenza del *consortium erecto non cito*, un istituto abbastanza oscuro ma chiaramente menzionato nelle fonti antiche. Il riferimento indiscutibile a questi possibili *consortia inter fratres* pone infatti un problema gravissimo, in genere totalmente sotteso o frainteso dai moderni studiosi, perché la logica su cui si fonda è semplicemente incompatibile con l'intero sistema di funzionamento del *ius civile* e l'ordinario sistema dei poteri del *paer familias*. Quello che interessa è infatti la diversità strutturale tra la logica propria di tale figura e la struttura e la funzione propria dell'insieme degli istituti del *ius civile* relativi alla titolarità ed all'esercizio dei vari diritti. Un indizio del fatto che i due sistemi non s'erano 'formati insieme', in quell'armoniosa intelligenza delle cose presupposta dai tanti cultori del diritto romano come 'modello ideale ed eterno'.

dissolvere la storicità dello stato in una dimensione atemporale che, nei casi estremi, andava oltre alla stessa storia delle società umane⁷. Un organismo statale – la città e prima la famiglia, o la *gens* o la ‘stato-nazione’ – c’era sempre stato, succedendosi l’una forma all’altra.

E’ ancor più interessante, almeno per me, il fatto che non mi sembra che, nella mia generazione ci siamo mai interrogati su quanto deformante e sostanzialmente riduttiva sia stata una visione del genere. Per questo, tale storia riguarda tutti noi, che di tali questioni ci siamo interessati, giacché sempre e in forme molto diverse e talora contraddittorie tra loro, abbiamo continuato a porci la domanda sbagliata: ‘qual’era l’organismo sociale che assolveva alle funzioni che saranno poi quelle proprie dello stato antico?’ Sbagliata perché la domanda è sempre stata posta al singolare. Mentre invece, io oggi ritengo che la domanda dalla quale dobbiamo partire dev’esser formulata diversamente, non dovendo chiederci quale sia stata la struttura sociale che abbia assolto alle funzioni dello stato prima dell’avvento della città, ma più semplicemente quali ruoli potessero aver svolto i vari organismi sociali allora esistenti nell’assicurare, ciascuno di essi e in concorrenza tra loro, alcune funzioni ‘politiche’ che saranno poi riunificate nella città⁸. Distaccandosi così finalmente dal preconcetto e teleologico schema di uno sviluppo unilineare, ed immaginandosi piuttosto una pluralità di strutture sociali, dalla cui competizione, poté scaturire, appunto la ‘catastrofe evolutiva’, costituita dalla formazione della città.

2.

Perché questo è il punto: l’affermarsi della città come ‘catastrofe evolutiva’. Il passaggio dal mondo dei villaggi e delle strutture sociali preciviche alla nuova entità cittadina dovette infatti coincidere con un’irrimediabile rottura tra un ‘prima’ e il ‘dopo’. E di ‘rivoluzione’ gli storici parlano giustamente a proposito del mutamento ingenerato, nel mondo antico, dalla comparsa della città. Questo non significa però che i ruoli e le funzioni latamente ‘politiche’ precedentemente assolte da altri organismi fossero totalmente e subitaneamente assunte dall’ordinamento cittadino, con il conseguente svuotamento degli

⁷ Mi riferisco a Eduard Meyer, sul cui pensiero rinvio a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Modelli cit.*, Cap. X, Id., *Dalla storia di Roma alle origini della società civile*, Bologna, 2008, 261–268.

⁸ L’espressione d’origine ottocentesca ‘città-stato’ sintetizza e cristallizza questa identificazione: L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Un ordinamento giuridico e le sue trasformazioni*, in *Mater familias. Scritti Zablocka*, Varsavia, 2016, 85–99.

altri soggetti sociali. Al contrario, è proprio nelle tracce che sussistono di una persistente azione di questi, rispetto alla città che, io credo, possiamo trovare conferma alla mia idea di una concorrenza, in età precivica, di più organismi nell'assolvimento delle funzioni latamente 'politiche', assunte in seguito dalla città. In particolare mi riferisco alla costruzione della comunità politica, da un lato, alla signoria territoriale, dall'altro.

Quanto alla prima, la formazione unitaria della città passò attraverso il ruolo di coordinamento e di unificazione dei gruppi familiari e gentilizi ad opera delle curie. Per tutta l'età monarchica, ancora sino alle trasformazioni d'età serviana, questi organismi svolsero un ruolo di raccordo essenziale ai fini della costruzione della comunità politica. E tuttavia, per quanto concerne un aspetto pregiudiziale alla sua stessa esistenza, l'identificazione del 'cittadino', esso sfuggì in gran parte alla loro sfera d'azione, come anche al potere di controllo della città. A lungo infatti questo restò di pertinenza della capacità d'autorganizzazione dei gruppi familiari in senso stretto. Non a caso, sul punto, l'attenzione degli storici, sin da Jhering e Maine, s'è concentrata sull'unità di base, costituita dalla famiglia *proprio iure* sotto il suo *pater*. E' questa, che si trova a mediare tra l'individuo e la città: si è *civis* in quanto si è membri di un gruppo familiare e, quindi, si rientra all'interno del sistema delle *curiae*: i collegi in cui si suddivide a comunità cittadina. Dell'intreccio tra il nuovo ordinamento cittadino e gli arcaici sistemi familiari resta traccia nell'articolarsi dell'onomastica personale, ma anche nel sistema di designazione del figlio, per cui il termine esclusivamente riferito ai rapporti interni al gruppo familiare, *filius*, si sdoppia con *liberus*. Un termine che indica lo stesso soggetto, ma sottolineandone la sua rilevanza rispetto alla città, come uomo libero e quindi, come 'cittadino', ma in quanto 'figlio' di un *pater*⁹.

Questi aspetti sono stati recentemente ribaditi da Monica De Simone che ha insistito sul duplice ruolo del *pater familias* nell'ambito delle relazioni intrafamiliari, ma anche rispetto all'ordinamento politico. A suo giudizio, infatti, gli stessi "significati di *libertas*, *civitas* e *familia*" – nozioni essenziali all'esistenza stessa della comunità cittadina – avrebbero la loro genesi all'interno di "un'esperienza giuridica ancora più risalente". Essa andrebbe ricollocata, piuttosto che entro le logiche proprie della città-stato, in un previo contesto individuabile solo attraverso strumenti più 'flessibili', come la nozione di "'appartenenza al gruppo parentale' piuttosto che di '*familia*'" e quello "di 'appartenenza alla comunità politica' invece di '*civitas*'"¹⁰.

⁹ A. PROSDOCIMI, *Forme di lingua e contributi istituzionali nella Roma delle origini*, I, Napoli, 2016, 214 s.

¹⁰ M. DE SIMONE, *Studi sulla patria potestas*, Torino, 2017, 23–25.

Siffatta valutazione costituisce un valido approccio, a mio giudizio, ad uno dei problemi centrali dell'ordinamento romano arcaico rappresentato dalla singolare dicotomia che segnava la condizione del *filius familias* in epoca storica, nella sua condizione di totale subalternità, come membro del gruppo familiare, sotto il profilo dei 'diritti privati' e con la sua presenza, invece, a tutto tondo, all'interno dell'organizzazione politica, come 'cittadino'¹¹. Secondo la stessa De Simone, nel momento iniziale dell'esperienza cittadina, quest'antinomia sarebbe assente, giacché la condizione del figlio sarebbe stata definita dal suo esclusivo riferimento al sistema familiare. Solo da esso sarebbe derivata la duplice identità del figlio: come membro del gruppo familiare, ma anche come parte della comunità politica: come appartenente alla "comunità aristocratica intergentilizia, prima", e, come parte della "classe patrizia della comunità cittadina più tarda"¹². Il significato più antico della *patria potestas*, trascende così la singola unità familiare per divenire il veicolo dell'integrazione del *filius familias*.

Questa prospettiva ci permette di tornare su uno dei punti più oscuri del sistema familiare romano arcaico su cui si sono arrovelate invano più generazioni di studiosi. Mi riferisco al significato originario di quel *tollere liberos* su cui tanto s'era discusso, quando più viva era la problematica intorno alla formazione delle istituzioni romane arcaiche e, in generale, delle comunità 'preciviche'¹³. L'ostacolo fondamentale, contro cui erano naufragati i vari tentativi di riempire di contenuto sostanziale l'importante rituale – carico di forte valore simbolico – dell'atto solenne del *pater* che solleva simbolicamente l'infante 'sanguinolento' e accettandolo come 'figlio' e come membro del gruppo, è rappresentato dal fatto che, in epoca storica, non si può far discendere da esso la qualificazione giuridica dell'infante come *filius legitimus* del *pater* e, conseguentemente, membro a pieno diritto della *familia proprio iure*.

¹¹ DE SIMONE, *Studi cit.*, 29–43, 199 ss. Ma sulla dicotomia tra la sfera pubblica e privata, si v. in particolare L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Diritto e potere nella storia di Roma*², Bologna, 2014, 59 ss.; Id., *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna, 2016, 26.

¹² DE SIMONE, *Studi cit.*, 2017, 41.

¹³ Si v. soprattutto E. VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di 'tollere liberos'* (1951), ora in VOLTERRA, *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1991, 217–227; Id., *L'acquisto della cittadinanza romana e il matrimonio del peregrino* (1951), *ibid.*, 257–274; Id., *Ancora in tema di 'tollere liberos'* (1952), *ibid.*, 275 s., nonché A. WATSON, *The Law of Persons in Later Roman Republic*, Oxford, 1967, 77 ss., L. CAPOGROSSI, *Struttura cit.* (nt. 1), 225–229, Id., *Tollere liberos* (1990), ora in CAPOGROSSI, *Scritti cit.*, 821–841; nonché la raccolta di M. M. ROXAN, *Roman Military Diplomas*, London, nonché i saggi di Behrends, di Vittinghoff e di Mircovic, in W. ECK–K. H. WOLFF, *Heer und Integrationspolitik. Die römische Militärdiplome als historische Quelle*, Köln – Wien, 1986.

Senza riprendere *per extenso* l'intera questione, mi limito a ricordare come, ancora la generazione dei nostri maestri s'era scontrata con tale ostacolo, tanto più grave in quanto proprio, nei suoi studi a tutto campo, Edoardo Volterra aveva messo in evidenza la persistente importanza di tale rituale, sistematicamente anche se indirettamente evocato nelle formule di concessione della cittadinanza ai figli dei veterani, con la loro integrazione familiare, come se fossero nati da *iustae nuptiae*¹⁴. Né può meravigliare che lo sbrigativo intervento di uno dei grandi nomi della più recente generazione di storici, con quella sottile arroganza che connota ormai tanta parte della storiografia angloamericana, non abbia minimamente contribuito a sciogliere l'enigma di un rituale socialmente così importante e persistente, eppure apparentemente privo di significato giuridico¹⁵. Tant'è che, allo stato, m'era sembrato che l'interpretazione più plausibile fosse quella fornitami, in una corrispondenza privata, da quel gran sapiente ed amico che è Werner Eck, e che ho già avuto modo di riportare integralmente in un recente scritto su tale tema¹⁶.

Oggi io credo che si possa compiere un passo avanti, giacché possiamo meglio apprezzare il pieno valore giuridico che questa cerimonia ha avuto per tutto il periodo in cui le strutture familiari continuarono a funzionare sulla base di una propria logica (si pensi egualmente alle forme matrimoniali ed ai rituali connessi). Allora la cerimonia significava il pieno ingresso del neonato nella famiglia *e quindi* anche negli organismi sociali e politici di cui questa era l'unità: il villaggio prima, poi la città. In seguito, quando, soprattutto a seguito dell'emersione della disciplina legale dei *postumi* le antiche regole familiari vennero pienamente integrate nel *ius* della città, il rituale cessò d'avere significato per il riconoscimento del nuovo *filius* e, quindi, del nuovo membro della comunità familiare e cittadina. Divenne allora inevitabile l'irreversibile perdita di valore del rituale, con l'espansione ora accennata dell'ordinamento cittadino, incompatibile con l'antico ruolo autonomo delle strutture parentali e gentilizie. E tuttavia, anche allora, già dopo che la città s'era venuta affermando, identificandosi con il *populus* organizzato nelle *curiae*, gli ordinamenti familiari dovettero continuare ad

¹⁴ Nella formula della *honesta missio* riprodotta costantemente nelle tevolette bronzee dei diplomi militari, ricorre la formula: *proinde liberos tollant* (i veterani) *ac si ex duobus civibus Romanis natos*. Dove si menziona l'acquisizione della cittadinanza da parte dei figli nati da nozze non *iustae* con peregrine senza *conubium*, sanate ora dal Principe.

¹⁵ B. SHAW, *Raising and Killing Children: Two Roman Myths*, in *Mnemosyne*, 54, 2001, 32 ss., su cui L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Tollere liberos: un mito dei moderni?* (2009), ora in CAPOGROSSI, *Itinera*, Lecce, 2014, 207–222.

¹⁶ CAPOGROSSI, *Tollere liberos* cit. (nt. 15), 222.

esercitare una funzione fondamentale di filtro ai fini della definizione di tale organico. Anche allora, infatti, i nuovi nati continuarono a divenire *filii-liberi* per la consapevole accettazione del gruppo familiare, sulla base dell'implicito riconoscimento di quelle *iustae nuptiae* che, nella riflessione dei giuristi, diventeranno un requisito formale per la legittimità della nascita. Solo quando un efficace sistema di censimenti permise alla città d'esercitare un diretto controllo sui meccanismi d'integrazione dei membri delle singole *familiae* all'interno della cittadinanza, il potere dei gruppi familiari, coordinato nelle *curiae*, cessò di funzionare in modo autonomo. Solo allora – non a caso siamo all'incirca nello stesso periodo in cui il patriziato perse definitivamente i suoi poteri semisovrani sulle terre ancestrali – la sovranità della città s'estese sino a poter definire compiutamente la fisionomia e la composizione della propria cittadinanza.

3.

La verità è che l'aggiustamento prospettico proposto dalla De Simone e che qui ho ripreso, suggerisce una nuova riflessione su tali temi, innovando in profondità le linee guida che avevano ispirato la romanistica otto- e novecentesca. La studiosa palermitana, giustamente propone di non irrigidire gli schemi giuridici applicati a interpretare questa realtà delle origini, utilizzando formule più generiche come quella di "appartenenza al gruppo parentale" piuttosto che di "*familia*" e quella "di appartenenza alla comunità politica" invece di "*civitas*". E' esattamente la prospettiva che si confà ai processi di VIII e VII secolo, oltre che per le età ancora precedenti, giacché non è affatto detto che in ogni villaggio coinvolto nei sinecismi cittadini fosse già presente la forma stereotipa della famiglia nucleare e della famiglia agnatzia, come definite poi in ambito del diritto romano, né che i lignaggi e le forme di pseudoparentela allargata corrispondessero sempre agli schemi che regoleranno poi le *gentes* repubblicane.

Queste ultime, invece, appaiono collegarsi direttamente alle radici preciviche dei villaggi per quanto concerne un altro ambito di poteri¹⁷. Quanto infatti appare labile, in età storica, la presa gentilizia sui membri del gruppo, tanto forte e durevole appare invece la signoria esercitata sulle terre comuni

¹⁷ Va anche ricordato come, a suo tempo *Diritto e potere* cit., Cap. I, io abbia avanzato l'ipotesi che le *gentes*, quali esse si profilano nella città romulea, abbiano tratto origine dalla trasformazione degli innervamenti sociali nei quali dovevano strutturarsi le comunità di villaggio. La mia ipotesi è che le strutture pseudparentali costitutive di questi villaggi, fossero destinate a riformularsi come *gentes* all'interno della città.

del gruppo. In proposito mi rifarei alle mie vecchie interpretazioni circa il significato effettivo delle lotte patrizio-plebee intorno al possesso delle terre agrarie che gli storici antichi associano al primo secolo di vita della repubblica¹⁸. Ho infatti avanzato l'ipotesi che la signoria gentilizia sulle terre indicate come 'pubbliche' non fondasse la sua legittimità sul diritto cittadino, ponendosi piuttosto in linea di continuità con il precedente rapporto di dominio esercitato su queste stesse terre dai villaggi precivici. La politica d'espansione della proprietà privata della terra, associata essenzialmente alla plebe, il gruppo sociale antagonista delle genti patrizie, appare affermarsi contro e in alternativa all'appropriazione fattuale dei grandi possessi fondiari di queste ultime. Solo tra il V e la prima metà del IV secolo questa frattura sarebbe stata definitivamente superata con la piena estensione delle forme d'appropriazione privata della terra, sia come *dominium* che come *possessio*¹⁹. Da allora qualsiasi forma di sfruttamento del territorio romano derivò integralmente da un sistema sovraordinato agli individui ed ai gruppi rappresentato dal diritto cittadino²⁰. Secondo questa tesi, l'affermarsi della città e del suo diritto segna sì, il fatto nuovo, che però s'impone solo gradualmente contro l'autonoma forza delle *gentes*, risolvendosi nel definitivo obliteramento delle strutture preciviche. Mentre i possessi gentilizi, apparirebbero ormai 'ingiusti' rispetto al diritto della città, perché non derivati da essa²¹. Una nuova e più compiuta forma di potere politico si veniva così a sostituire alle antiche signorie.

In questa prospettiva, le emergenti forme politiche cittadine: l'organico del *populus*, prima attraverso le curie e poi con le centurie, come il controllo del territorio, richiederanno ancora a lungo, per esplicare appieno la loro funzione, l'intervento di strutture interne alla città eppure dotate di una loro autonomia di fatto. I gruppi familiari con il potere insindacabile, almeno sino

¹⁸ In relazione alle mie antiche ricerche, qui rilevano in particolare le relazioni tra certi nomi gentilizi e l'onomastica di quei *pagi* arcaici che evocano anch'essi la più antica morfologia dell'organizzazione territoriale di Roma, in un complesso rapporto con la strutturazione interna della città, per curie.

¹⁹ Insisto sul concetto di 'privato' rispetto ad 'individuale', perché voglio sottolineare il fatto che tali tipi di fruizione di questo bene fondamentale, siano assicurati 'dall'esterno': ad opera cioè di un ordinamento superiore in grado di garantire tale fruizione anche da aggressioni materiali.

²⁰ Su questo punto rinvio ai miei vecchi saggi raccolti in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Cittadini e territorio*, Roma, 2000, Capp. V–VIII, nonché a Id., *Padroni e contadini nell'Italia romana*, Roma, 2012, 65–83.

²¹ E che tenderei a far derivare, appunto, in sostanziale linea di continuità dalla signoria del villaggio preistorico sul suo piccolo territorio, come che fosse sostanziato poi il tipo di sfruttamento permesso ai membri del villaggio stesso.

alla piena efficacia del controllo esercitato dal censore, di definire i propri componenti, accogliendo o escludendo i neonati, ma anche gestendo gli scambi matrimoniali. I gruppi gentilizi trovandosi a lungo in concorrenza con le forme della proprietà fondiaria proprie dell'ordinamento cittadino, associate alla signoria individuale del *pater familias*, in un conflitto destinato a protrarsi sino alla grande svolta successiva alla vittoria su Veio.

Su questa possibile diversa storia che s'apre sulle origini cittadine, letta attraverso canoni diversi da quelli che ancora m'hanno accompagnato a lungo nei miei lavori, io spero che una nuova generazione possa impegnarsi, superando forse le aporie che hanno pesato sulle nostre ricerche, come di quelle dei maestri che ci hanno preceduto.

Über die persönlichen Zollbefreiungen im römischen Imperium

Anna Pikulska

Portorium ist, neben dem Tribut, wahrscheinlich die bekannteste öffentliche Abgabe unter denjenigen, die im antiken Rom erhoben wurden. Wie die Etymologie dieses Namens andeutet¹, bedeutet dies das Recht auf Übergang, Beförderung, folglich Transport- oder Transitsteuer. Es umfasst nicht nur moderne Zollgebühren, d.h. Gebühren, die Importeure und Exporteure für den Transport von Waren über die Staatsgrenze hinweg, einzelne Provinzen oder Gruppen von Provinzen (Zollbezirke, über die das gesamte Imperium geteilt wurde) entrichten, sondern auch Gebühren, die erhoben werden, wenn Waren in eine bestimmte Stadt eingeführt werden; schließlich Gebühren, die im Zusammenhang mit der Benutzung bestimmter Straßen oder der Fahrt über bestimmte Brücken erhoben werden². Die Römer waren nicht die ersten, die solche Belastungen eingeführt haben. Zuvor waren sie etwa bei den Griechen bekannt, die jedoch genau zwischen solchen Gebühren unterschieden und sie anders nannten³. Der lateinische Begriff ist aus heutiger Sicht umfassend, jedoch sind interne Unterscheidungen besonders wichtig, wenn es um die verschiedenen Arten der Zollstationen und die akzeptierten Zollsätze geht. Da diese Themen jedoch nicht Gegenstand des folgenden Beitrages sein werden, werde ich, unter der Annahme, dass der Begriff *portorium* richtig verstanden ist, die gut lesbaren Begriffe „Zoll“ und „Zollbefreiungen“ zur Erleichterung der Kommunikation verwenden.

¹ Siehe etwa A. WALDE, Lateinisches etymologisches Wörterbuch, 3. Aufl. v. J.B. Hoffmann, Bd. 2, Heidelberg 1954, S. 343.

² So R. CAGNAT, *Étude historique sur les impôts indirects chez les Romains jusqu'aux invasions des barbares*, Paris 1882, S. 1–5; ihm folgten die späteren Forscher, insb. S. DE LAET, *Portorium. Étude sur l'organisation douanière chez les Romains, surtout à l'époque du Haut Empire*, Bruggie 1949, S. 16–17, M. CAMACHO DE LOS RIOS, *Vectigalia. Contribucion al estudio de los impuestos en Roma*, Granada 1995, S. 62, A. PIKULSKA–RADOMSKA, *Portorium w Italii epoki republikańskiej*, Acta Universitatis Wratislaviensis, (2008), Prawo 305: A. KONIECZNY (Hrsg.), *Studia historyczno–prawne. Tom poświęcony pamięci Profesora Edwarda Szymoszk*, S. 263–269, J. L. ZAMORA MANZANO, *Algunos aspectos sobre el régimen fiscal aduanero en el Derecho romano: Reglamentacion juridica del portorium, control de mercancías y comiso por fraude fiscal*, Madrid 2009, S. 27.

³ Mehr davon R. CAGNAT, *Étude historique*, S. 1–5; S. DE LAET, *Portorium*, S. 16–20, F. VITTINGHOFF, *Portorium*, [In:] RE Kol. 346–399.

Bis vor kurzem wurde weithin betont, dass die oben genannte Abgabe ausschließlich für steuerliche Zwecke geschaffen wurde. In der Tat spielte sie eine wichtige Rolle bei der Gestaltung des Staatseinkommens, obwohl dieser Einfluss in Abhängigkeit von den wirtschaftlichen und politischen Bedingungen schwankte. Die erste Erwähnung von *portorium* stammt von Livius⁴. Um das Jahr 508 sagt er, dass der Senat die Plebejer von *portorium* und *tributum* befreite⁵. Diese Konzessionen waren mit dem Krieg mit Porsenna und der drohenden Rückkehr der Monarchie verbunden. Wenn wir den Aufzeichnungen Glauben schenken, sollte die Einführung von *portorium* in die königliche Periode datiert werden⁶. Jedoch beginnen die antiken Autoren erst in Bezug auf das II. Jahrhundert v. Chr. sich ernster über *portorium* zu äußern, weil dann die Abgabe ihre zugewiesene Rolle zu spielen begann. Zuvor hatte es sich eher um eine lokale Steuer gehandelt, deren Einnahmen wegen des bis zum Ende des Zweiten Punischen Krieges praktisch nicht existierenden internationalen römischen Handels vernachlässigbar waren. Eine bedeutende Veränderung fand am Ende des III. und zu Beginn des II. Jahrhunderts statt. Dies war auf zwei Faktoren zurückzuführen: Einerseits die Erweiterung des Staatsgebietes, was die Schaffung neuer Zollstationen ermöglichte oder die Übernahme durch *aerarium* solcher Einnahmen, die bis dahin die kommunalen Kassen, sowohl in Italien als auch in den Provinzen unterstützt haben. Auf der anderen Seite war es die systematische Entwicklung der Handelsbeziehungen mit dem Ausland.

Die zweite Hälfte des II. Jahrhunderts bringt einen erheblichen Anstieg der Zolleinnahmen, insbesondere aufgrund der Annexion von Afrika, Mazedonien und Asien; diese Gebiete verfügten bereits über ein ausgebautes Netz von Zollstationen, die sich zugunsten des *aerariums* zu entwickeln begannen. Die Expansion in den Osten sowie die sich unter den Eliten entwickelnde Vorliebe für Luxus hatten Auswirkungen auf die Intensivierung des römischen Handels und selbst die Ausbreitung der Piraterie im östlichen Teil des Mittelmeers konnte das zweite Phänomen nicht aufhalten⁷. Ohne besondere Übertreibungen ist davon auszugehen, dass die Zolleinnahmen zwischen

⁴ Liv. 2,9: *Multa igitur blandimenta plebi per id tempus ab senatu data [...] Portoriis quoque et tributo plebs liberata, ut divites conferrent, qui oneri ferendo essent.*

⁵ Siehe auch Dion. Hal. 5,22.

⁶ TH. MOMMSEN, *Römische Geschichte I*, S. 47, R. CAGNAT, *Etude historique*, S. 6. Nicht abweichend auch, S. DE LAET, *Portorium*, S. 45–46, letzters M. CAMACHO DE LOS RIOS, *Vectigalia*, S. 67, A. PIKULSKA-RADOMSKA, *Portorium*, S. 264–265, J. L. ZAMORA MANZANO, *Algunos aspectos*, S. 29.

⁷ Siehe letzters A. TARWACKA, *Romans and Pirates. Legal Perspective*, Warszawa 2009, insb. S. 31–37.

dem Beginn und dem Ende des II. Jahrhunderts sprunghaft angestiegen sind. Im I. Jahrhundert dürfte sich die Situation stabilisiert haben: Wenn einerseits die Eroberungen von Pompeius die Einkommen durch *portorium* im Osten erheblich erhöhten, musste die Liquidierung der Zollstationen in Italien in den 60er Jahren⁸ zu einer erheblichen Verringerung des Staatseinkommens geführt haben. Gewinne und Verluste wurden wahrscheinlich mehr oder weniger kompensiert. Später erhöhten Caesar und sein Triumvirat die Anzahl der Zollstationen im ganzen Staat, um das Einkommen zu erhöhen und die Bürgerkriege zu finanzieren. Wahrscheinlich wurden daraus jedoch keine großen Gewinne gemacht, da die Bürgerkriege, die wieder aufblühende Piraterie oder endlose Aufruhre gewiss alle wirtschaftlichen Tätigkeiten, insbesondere den Handel, schädigten. Es scheint, dass die Zolleinnahmen während der Bürgerkriege einen eher kleinen Teil des Staatseinkommens ausmachten⁹.

Es ist symptomatisch, dass das Portorium in den Quellen der Prinzipatsepoche – in den literarischen Texten, Inschriften, Papyrias, sogar Münzen – für die ersten zwei Jahrhunderte unserer Ära die am häufigsten genannte Abgabe ist. Es scheint, dass sie im Zeitraum von den ersten Kaisern bis zum Ende des II. Jahrhunderts eine Bedeutung hatte, die mit keiner anderen Steuer vergleichbar war. Dies ist eine Zeit der großen wirtschaftlichen Entwicklung des Staates. Seit dem Ende des II. Jahrhunderts, besonders im III. Jahrhundert, also in der Epoche der Aufruhre und des Niedergangs, sind die Erwähnungen des Portoriums in den Rechtstexten, die sich auf diese Zeit beziehen, relativ häufig. Die Inschriften und Papyri werden aber immer seltener. Im Dominat, als die Wirtschaft in Lethargie fiel, wurden die Erwähnungen von *portoria* so selten, dass es fast unmöglich ist, die Organisation ihrer Erhebung zu rekonstruieren. Unter diesen Umständen kann die relative Häufigkeit von Erwähnungen auf natürliche Weise ein Barometer der wirtschaftlichen Aktivität sein. Wenn dies der Fall ist, werden einige Informationen auch durch die geografische Verteilung der Inschriften geliefert. Es ist bemerkenswert, dass in einigen Regionen des Reiches, wie in Gallien, Ägypten und in den Donauprovinzen, die Erwähnungen wesentlich häufiger sind als in anderen Teilen des Reiches. Die Nichtexistenz der die anderen Regionen betreffenden Erwähnungen, und Griechenland ist

⁸ Gemäß *lex Caecilia* (Cass. Dion 37,51; G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano 1912, S. 386); letzters A. PIKULSKA-RADOMSKA, *Fiscus non erubescit. O niektórych italskich podatkach epoki rzymskiego pryncypatu*, Łódź 2013, S. 18–19 und 80.

⁹ Siehe etwa S. DE LAET, *Portorium*, S. 114–115.

hier ein typisches Beispiel, trotz der allgemeinen Erhaltung einer großen Anzahl von Inschriften in diesen Gebieten, muss als Beweis für den wirtschaftlichen Zusammenbruch behandelt werden.

Auch wenn es nicht möglich ist, den Umfang der Erträge, die der Staat aus dem Portorium erhalten hat, grob abzuschätzen, kann man ohne Risiko sagen, dass die Erhebung dieser Abgabe einen wichtigen Teil des Staatseinkommens darstellte. Einige Forscher behaupten sogar, dass diese Einnahmen vergleichbar, wenn nicht sogar höher sein müssten als diejenigen, die aus in den Provinzen erhobenen *tributum* und *stipendium* stammten¹⁰.

Das Dominat war eine Periode der wirtschaftlichen Stagnation. Handelsoperationen waren auf eine kleine Menge von Waren beschränkt. So verlor das Portorium seine frühere Bedeutung, weil es für den Staat nicht so lohnend war. In den Quellen wird davon fast nichts erwähnt, außer der Rechtsquellen. Auch wenn viele Zollstationen nicht mehr existierten, funktionierten diejenige an den Grenzen des Imperiums. Ab dem Ende des III. Jahrhunderts war der Handel mit Ausländern streng kontrolliert und nur an genau bestimmten Orten möglich. Diese Sicherheitsmaßnahmen dienten der Bekämpfung der Spionage und vor allem der Bekämpfung des Handels von verbotenen Waren, deren Liste stetig erweitert wurde¹¹.

Dieses steuerliche Ziel wurde zwar umgesetzt und hatte eine fundamentale Bedeutung, aber immer mehr Stimmen in der Literatur machten auf die Nutzung des Portoriums für protektionistische oder die Geldverschwendung begrenzende Zwecke aufmerksam. Eine solche Rolle wird etwa der Entscheidung Caesars zugeschrieben, Zölle auf Waren aus dem Ausland einzuführen¹². Jérôme Carcopino¹³, der behauptet, Caesar habe das Portorium, bis dahin ein reines Werkzeug des Fiskalismus, zu einem Schutzmittel der lokalen Produzenten umgestaltet, war vielleicht zu enthusiastisch, aber es kann nicht bestritten werden, dass die Abgabe auch solche Funktionen erfüllt haben könnte. Dass ein solcher Zoll auf ausländische Waren erhoben wurde, erhöhte offensichtlich deren Stückpreis und führte mitunter zu einer Erhöhung der Nachfrage für lokale Güter. *Portoria* könnten zweifellos eine Schutzfunktion gehabt haben, aber es gibt keinen Hinweis darauf, dass die Römer sie systematisch für diesen Zweck verwendeten, und bei dieser

¹⁰ So etwa M. ROSTOVITZJEFF, Geschichte der Staatspacht in der römischen Kaiserzeit bis Diokletian, Philologus, Suppl., IX, 1904, S. 329–512, insb. S. 409; S. De Laet, *Portorium*, S. 448.

¹¹ Im Detail J. L. ZAMORA MANZANO, Algunos aspectos, S. 49–71.

¹² Suet. Caes. 43: *Peregrinarum rerum portoria instituit*.

¹³ J. CARCOPINO, César, Paris 1937, S. 960, zitiert nach S. De Laet, *Portorium*, S. 60–61.

Lösung ginge es eher um die vorläufige Verringerung der Ausfuhr von Erzen aus Italien¹⁴.

Durch das Platzieren von *stationes* entlang der Haupthandelsstraßen, in Häfen und anderen zahlreichen Standorten, wurden die über lange Strecken transportierten Waren mehrfach besteuert und ihre Preise entsprechend erhöht. Dieses System, das nicht nur von den Römern, sondern von der ganzen Antike und dem Mittelalter praktiziert wurde, schränkte die Entwicklung des Handels sicherlich ein. Heute ist nur ein kleiner Teil der in der Republik vorhandenen Zollstationen bekannt, und es ist auch bekannt, dass ihre Zahl in der nächsten Epoche mehrfach angestiegen ist. Die Händler fühlten sicherlich alle Unannehmlichkeiten dieses Erhebungssystems von Abgaben, die alle ihre Transaktionen mehr und mehr belasteten. In der Kaiserzeit wird die Zollimmunität ein großes Privileg sein. Die Republik scheint die Möglichkeit hingegen nicht zu kennen, solche Konzessionen zu gewähren – der älteste bekannte Fall, auf den weiter unten eingegangen wird, stammt aus der Zeit unmittelbar vor der Schlacht bei Actium. Die Tatsache, dass eine solche Ausnahme als bedeutendes Privileg angesehen wird, beweist die große Bedeutung, die *portorium* am Ende der republikanischen Epoche hatte.

Es scheint, dass dieser steuerliche Charakter der Abgabe in der Zeit des Prinzipats durch Elemente der protektionistischen und die Geldverschwendung begrenzenden Politik ergänzt wurde. Sie ist noch nicht sichtbar in Bezug auf die Tätigkeit von *stationes*, die sich innerhalb des Staates, zwischen einzelnen Zollbezirken und innerhalb dieser Bezirke befanden. Es ist sogar überraschend, dass im I. Jahrhundert die kaiserliche Verwaltung *portorium* nicht zum Schutz italienischer Hersteller benutzte, obwohl italienische landwirtschaftliche und industrielle Produkte, selbst in Italien, von Produkten aus den Provinzen mehr und mehr verdrängt wurden. Zölle, die an den Grenzen des Reiches erhoben wurden, hatten jedoch eine zusätzliche Funktion. Die Sätze an den Grenzen waren höher als im Inland, sie waren an der Ostgrenze des Reiches extrem hoch, im späten Kaiserreich sogar bis zu 25 %. Sie dienten dazu, den Import von Luxusgütern aus dem Osten zu hemmen und den Abfluss von Edelmetallen zu begrenzen. Die sukzessive Abwertung von Gold- und Silbergeld seit der Zeit Neros und insbesondere von Marcus Aurelius zeigt, in welchem Maße dies wichtig war. Außerdem spielten Zölle an den Staatsgrenzen mindestens ab dem dritten Jahrhundert eine zusätzliche Rolle bei der Verteidigung des Staates, indem sie die Versorgung der Barbaren mit Nahrung und Waffen behinderten¹⁵.

¹⁴ A. PIKULSKA-RADOMSKA, *Fiscus*, S. 26.

¹⁵ Letzens J. L. ZAMORA MANZANO, *Algunos aspectos*, S. 46–47.

Der Einfluss von *portorium* auf die Wirtschaft des Reiches war unbestritten. Offensichtlich hat es den Handel behindert und zu höheren Preisen geführt, aber die angewandten Sätze unterschieden sich nicht von denen, die in der Geschichte bekannt waren, sogar dieser 25-prozentige, der an der Ostgrenze berechnet wurde. Die Einfuhrsätze in die verschiedenen Bezirke waren viel niedriger; die von 5 %, 2 ½ % oder 2 % sind schwierig als prohibitiv zu behandeln. Die anderen Gebühren waren anscheinend noch niedriger. Das eigentliche Problem war daher nicht die Höhe der Gebühren, sondern die vielfache Erhebung der Gebühren. Es sollte jedoch nicht vergessen werden, dass diese Vielzahl von Zollstationen und anderen Gebühren lange vor und lange nach den Römern existierte. Soweit also *portorium* in den Handelsbeziehungen des Prinzipats keine negative Rolle spielte, konnte es in gewissem Maße das typischste Wirtschaftsphänomen des I. Jahrhunderts beeinflusst haben, das darin bestand, eine große Anzahl italienischer Unternehmen in die Provinzen zu verlegen, die ihren Hauptabsatzmarkt darstellten: die Hersteller von Keramik, Kohlebecken und Glasern in Gallien sind ein gutes Beispiel dafür. Sie zogen nach Gallien und näherten sich nicht nur ihren Empfängern, vor allem den am Rhein und an der Donau stationierten Legionen, sondern mieden auch die *quadragesima Galliarum*, die in den Alpen erhoben wurde¹⁶.

Unter den persönlichen Anwendungsbereich des Portoriums fielen grundsätzlich alle Einwohner des Reiches. Die Konstitution von Valentinian und Valens von 365 formuliert klar diesen Grundsatz¹⁷, aber die Anwendungslogik dieser Art von Abgabe zeigt, dass das Prinzip viel früher angewendet wurde, wenn nicht vom Anfang des Portoriums. Dies zeigt die Geschichte von Verres, der, als er Sizilien verließ, illegal viele verschiedene Güter zur Besorgnis der Publikaner ausfuhr, die sich sogar in Rom darüber beklagen sollten¹⁸. Seit Beginn der Kaiserzeit haben immer mehr Personen die Zollbefreiungen genossen. Sie wurden sowohl Einzelpersonen als auch Gruppen von Personen verliehen.

Der erste bekannte Fall der individuellen Befreiung von *portorium* stammt aus der Epoche des zweiten Triumvirats. Wahrscheinlich um 30 v.

¹⁶ Mehr davon etwa J. FRANCE, *Quadragesima Galliarum: L'organisation douanière des provinces alpestres, gauloises et germaniques de l'Empire Romain (Ier siècle avant J.-C.– IIIe siècle après J.-C.)*, Collection de l'E.F.R., Rome 2001.

¹⁷ C. 4,61,6,2: *Vectigalium enim non parva functio est, quae debet ab omnibus, qui negotiationis seu transferendarum mercium habent curam, aequa ratione dependi*; siehe auch C. 4,61,7 (Jahr 366).

¹⁸ Cic., Verr., 2,70,171; 2,74,182.

Chr. für Gefälligkeiten, die Rom und ihm selbst gemacht wurden, gewährte Octavian dem Schiffskommandeur Seleukos von Rhosos und seiner Familie gewisse Privilegien¹⁹. Sie erhielten *civitas et immunitas*, ein Privileg, das die römische Staatsbürgerschaft und die Befreiung vom Tribut und Zollbelastungen abdeckte – sowohl denjenigen, die Rom auferlegte, als auch denjenigen, die die munizipale Verwaltung erhob²⁰. Die Immunität beschränkte sich höchstwahrscheinlich auf den Transport von Gegenständen für den persönlichen Gebrauch (*ad usum proprium*²¹). Dieses Privileg wurde später auf alle Reisenden erweitert. In der Literatur tauchte eine These auf, dass die Befreiungen im Fall von Seleukos und seiner Familie vielleicht breiter verstanden werden können²². Der Text, obwohl unvollständig, enthält den Ausdruck τῆς ἰδίας χρείας, aber zusätzlich zu anderen Gegenständen, die von Gebühren befreit sind, listet er Vieh auf (ἐξάγη ἕκ τε τῶν ἰδίων τῶν θρεμμάτων τε). Vielleicht kann es sich in diesem konkreten Fall also um Waren handeln, die anderswo für die Verwendung durch Seleukos, seine Frau und Kinder gekauft wurden, und nicht nur um Gegenstände für den persönlichen Gebrauch, die auf eine Reise mitgenommen wurden.

Weitere Befreiungen stammen schon aus der Epoche der Prinzeps. Zu dieser Zeit gingen *portoria* vollständig in Fiskus ein, so dass der Kaiser das Recht hatte, Steuerbefreiungen zu gewähren. Der Kaiser selbst war der

¹⁹ FIRA I,55; siehe auch *Epistulae Octaviani Caesaris de Seleuco navarcha*, II [In:] G. PURPURA (Hrsg.), Revisione ed integrazione dei *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani – FIRA*, Annali dei Seminario Giuridico (AUPA), I, *Leges*, Torino 2012, S. 398–415 und dort angegebene Literatur.

²⁰ Linie 48–52: αὐτῶν εἰς /πόλιν ἢ χώραν Ἀσίας καὶ Εὐρώπης ἐπαρχει-/ [ἄν ἐκ δη]μοσιῶνου/ ΜΕ[- - - ± 14 - - - -ἐά]ν (?) τε εἰσάγη/ἢ ἐξάγη τῆς ἰδίας χρείας /ἐν[ε]κεν/[ἐκ πόλ]εως ἢ ἐκ χώ[ρας] - - - ± 13 - - - - ἐά]ν (?) [τέ τι (?)]/ἐξάγη ἕκ τε τῶν ἰδίων τῶν θρεμμάτων τε/[τῆς ἰδία]ς χρ[ε]ί[α]ς [ἐ]νεκε[ν] - - - ± 9 - - - ὑπερ]/τούτων τῶν/πραγμάτων τέλος οὔτε πολιτείαν οὔ-/ [τε δημοσι]ώνην /παρ' αὐτ[ῶν] εἰσπράσσειν ἀρέσκει: „er selbst... seine Kinder, seine Frau... in der Stadt oder in der Provinz in Asien oder Europa/von den Publikanen ... einführt oder ausführt für den persönlichen Gebrauch/aus der Stadt oder aus dem Territorium ... führt etwas von eigenen Sachen oder Vieh für den persönlichen Gebrauch aus...auf diese Waren keine Stadt und/kein Publikaner/eine Steuer erheben können“; (G. PURPURA, *Revisione*, S. 413; Siehe auch, L. JALABERT/R. MOUTERDE, *Les lois des Romains*, Napoli 1977, SS. 352–365, Fn. 5, auch online verfügbar: http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Francogallica/Nauarcha_fran.htm.

²¹ Dies ist eine der Sachbefreiungen, die die Konstitution von 321 erwägt; C. 4,61,5: *universi provinciales pro his rebus quas ad usum proprium [...] inferunt [...] nullum vectigal a stationibus exigantur*.

²² So, S. DE LAET, *Portorium*, S. 432, aufgrund der folgenden Formulierung: τῆς ἰδίας χρείας ἐν[ε]κεν (Linien 49 und 51).

erste, der in den Genuss dieses Privilegs kam²³, ebenso wie die Frauen der kaiserlichen Familie, die den Titel *Augusta* erhielten²⁴.

In den Quellen gibt es einzelnen Erwähnungen von individuellen Privilegien. Einige Kaiser wollten besondere Verdienste honorieren, wie Trajan, der dem Philosophen Polemon von Laodizea eine lebenslange Befreiung von *portorium* gewähren sollte, und Hadrian, der die Befreiung auf alle seine Abkömmlinge ausdehnte²⁵. Andere wie Galba sahen im Handel mit Immunitäten eine günstige Einnahmequelle²⁶.

Den Befreiungen – aufgrund ihrer Funktion – unterlagen auch bestimmte Kategorien von Personen. Unter ihnen sind Provinzgouverneure, zumindest ab der Hadrians Zeit. Es ist interessant, dass dieses Privileg (ähnlich wie es bei Seleukos von Rhosos der Fall war) auf Waren beschränkt war, die für den persönlichen Gebrauch transportiert wurden²⁷.

Es ist nachvollziehbar, dass Quästoren, die wilde Tiere für Zirkuskämpfe transportierten, von den Zollgebühren befreit waren. Quintus Aurelius Symmachus, ein Rhetor und Schriftsteller des IV. Jahrhunderts, schreibt, dass Quästoren diese Immunität im späten Kaiserreich genossen haben²⁸. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass es noch aus der Epoche des Prinzipats stammt. Symmachus schreibt, dass die Immunität bereits in der Zeit *maiores* existierte und niemals (*nunquam*) wurde verlangt, dass Portorium für den Transport von Tieren für die olympischen Spiele geleistet werde. Wenn man diesen Text wörtlich versteht, scheint es sehr wahrscheinlich, dass die Befreiung bereits im frühen Reich eingeführt wurde.

²³ D. 39,4,9,8: *Fiscus ab omnium vectigalium praestationibus immunis est*; siehe auch C. 4,61,5.

²⁴ D. 49,14,6,1: *quodcumque privilegii fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio et Augustae habere solet*; siehe auch R. CAGNAT, *Etude historique*, S. 120, S. DE LAET, *Portorium*, S. 455, J. L. ZAMORA MANZANO, *Algunos aspectos*, S. 68, 88.

²⁵ Dies ist eine herrschende Meinung aufgrund von Flavius Filostratos: *Philosr., Vitae sophist.*, 1/25, 5, wobei seine Formulierung (Τραιανὸς μὲν αὐτοκράτωρ ἀτελεῖ πορεύεσθαι διὰ γῆς καὶ θαλάττης) nicht eindeutig ist.

²⁶ Suet. Galba, 15: *At contra nihil non per comites atque libertos pretio addici aut donari gratia passus est, vectigalia immunitates, poenas innocentium impunitates noxiorum.*

²⁷ D. 39,4,4,1(Paulus): *De rebus, quas in usus advehendas sibi manant praesides, divus Hadrianus praesidibus scripsit, ut, quotiens quis in usus aut eorum, qui provinciis exercitibusve praesunt, aut procuratorum suorum usus sui causa mittet quendam empturum, significet libello manu sua subscripto eum que ad publicanum mittat, ut, si quid amplius quam mandatum est transferet, id munificum sit.*

²⁸ Symmachus Ep. V, 62: *Quaestores ordinis nostri nunquam ferarum suarum portorium contulerunt. Grave enim maioribus visum est, ut, tolerantibus onera senatoriae dignitatis, sumptus immodicus adderetur.*

Schließlich zur größten Gruppe, die Privilegien genoss, d.h. zu Soldaten und Veteranen: Vielleicht hatten die Soldaten schon vor der Herrschaft Neros Zollbefreiungen, und dieser Kaiser bestätigte nur die Immunität. Es wurde jedoch auf Gegenstände für den persönlichen Gebrauch beschränkt. Die Soldaten waren daher verpflichtet, *portorium* für alle Waren zu bezahlen, die sie weiterverkaufen wollten²⁹. Diese Regelung galt noch im Jahr 365, wurde aber zwischen diesem Zeitpunkt und Justinians Herrschaft abgeschafft, worauf noch einzugehen sein wird.

Bis vor kurzem wurde geglaubt, dass dieses Privileg für Veteranen erst Domitian durch das Edikt von 88/89 erweiterte³⁰. Sein Akt ist aus einer Kopie bekannt, die Marcus Valerius Quadratus, ein Veteran der X. Legion *Forensis*, im Jahr 94 angefertigt hat. Zu den Privilegien der Konstitution gehören unter anderem auch die Befreiungen der Veteranen, ihrer Ehefrauen, Kinder und Eltern von zumindest einigen Steuerbelastungen. Ungeachtet der Zweifel an den Einzelheiten der Regelung und insbesondere des Immunitätsumfangs³¹ besteht kein Zweifel an der Einführung einer Befreiung von den die Beförderer (*portitores*) belastenden Transportgebühren.

Octavian, immer noch als Triumvir, erließ zwischen 37 und 31 v. Chr. ein Edikt, das Veteranen und ihren Familien Privilegien gewährte. Der in FIRA³²

²⁹ Tac. Ann. 13,51: ... *edixit princeps, ut, [...] militibus immunitas servaretur, nisi in iis, quae veno exercerent*; Siehe R. CAGNAT, Etude historique, S. 122 ; S. DE LAET, *Portorium*, S. 434. Ein weiterer Text deutet darauf hin, dass das Privileg der Soldaten auf Gegenstände beschränkt war, die für den persönlichen Gebrauch bestimmt waren: ein Reskript von Septimius Severus und Karakalla (C. 4,61,3) befreit die Soldaten von der *comissum* – Strafe im Falle einer unvollständigen Zollanmeldung – in diesem Fall sind sie verpflichtet, eine Standardgebühr zu zahlen. Wenn die Soldaten von den Gebühren für alle Waren befreit würden, würden sie überhaupt nicht verpflichtet, Zollanmeldungen abzugeben.

³⁰ *Edictum Domitiani de privilegiis veteranorum*, FIRA I, 76 (CIL 16,146,12): *visum est mihi edicto significare universoru[m] vestrorumve veterani milites omnibus vectigalib[us] portioribus publicis liberati immunes esse debent[ur] ipsi coniuges liberique eorum parentes qui conubia [...]rum sument*. Siehe G. PURPURA, Revisione, S. 571–584, der diesen Passus folgend liebt: *Visum est mihi edicto significare universoru[m] [ca]strorum {vi} veterani milites omnibus vectigalib[us] portitoribus publicis liberati immunes esse debent[ur], ut ipsi, coniuges, liberique eorum, parentes, qui conv[ictum? eo-]rum sument*, (S. 579), was aber den Sinn nicht ändert.

³¹ Letztens A. ŚWIĘTOŃ i K. TADAJCZYK, *Edictum Domitiani de privilegiis veteranorum*. Edykt cesarza Domicjana o przywilejach weteranów, [In:] *Zeszyty Prawnicze* 14.4 (2014), S. 5–17.

³² *Edictum Octaviani triumviri de privilegiis veteranorum* FIRA I, 56: *Imp(erator) Caesar/ Divi filius trium[v]ir rei publicae const(ituendae) iterum dicit: visum [est] edicendum mi[hi] vete[ranis] dare om[nibus] ut tributis. [...] Ipsis parentib[us] lib[er]isque eorum e[st] ux[or]ibus*

enthaltene Text enthält keine Erwähnung von *portorium*, jedoch erlaubt die erneute Analyse des Papyrus, die mit modernen Techniken durchgeführt wurde³³, zusätzliche Wörter zu lesen, einschließlich der Erwähnung von *portorium*. Obwohl der Übersetzer diesen Begriff als „publici dazi“³⁴, also als öffentliche Abgabe übersetzt, steht außer Frage, dass, wenn das Wort wirklich im Text steht, es sich um eine Zollbefreiung handelt.

Dieses Privileg wird noch in der Zeit von Konstantin, Gratian, Valens, Valentinian und schließlich Justinian erwähnt, worauf noch einzugehen sein wird. Interessanterweise gibt es in allen die Zollbefreiungen von Veteranen betreffenden Rechtsakten keinen Vorbehalt *usus sui causa*, der im Zusammenhang mit allen anderen Immunitäten auftrat. Aus dieser Tatsache kann man eine Schlussfolgerung ziehen, dass Veteranen Geschäfte unter vollständiger Zollbefreiung führen durften. Dies ist natürlich theoretisch möglich, aber solch weit gehenden Schlussfolgerungen aus einem Argument *a silentio* zu ziehen, wäre ziemlich gewagt.

Es sollte hinzugefügt werden, dass einige Munizipien für ihre Bürger das die Ein- und Ausfuhr betreffende Privileg erhalten haben, obwohl die römischen Machthaber dort die Zollstationen einrichteten. Dieses Privileg, das nur auf die Zollstationen in der Stadt beschränkt war, wurde von Publikanen protestiert. Befreiungen dieser Art waren, was nicht überraschend ist, eine Quelle von Konflikten, wie derjenige unter Beteiligung von Histria und Tyras³⁵.

Das späte Kaiserreich veränderte die im Prinzipat geltenden Regeln geringfügig. Es ist nicht bekannt, ob es Fälle von individuellen Befreiungen gab. Quellen geben auf jedem Fall keine Beispiele an. Gruppenbefreiungen hingegen sind teilweise aus der früheren Zeit bekannt. So werden die Privilegien der Provinzgouverneure und Quästoren wiederholt, und zusätzlich – gemäß der Konstitution von Valentinian und Valens von 365 – sind die Beamten des Palastes auf der privilegierten Liste (*his, qui*

qui sec[um]que erunt im[mu]nitatem omnium rerum d[a]re utique optimo iure optimaq[ue] legis cives Romani sint, immunes sunt.

³³ G. PURPURA, Revisione, S. 389: *Imp(erator) Caesar Divi filius trium[v]ir rei publicae cons<[t]>(ituendae)<[i]>t<[e]>r(um) dicit: visum/[est] edicendum mi[hi] vete[ra]nis dar<[i]>omn[ibu]s, ut tributis/[et] vec[ti]galibus omnibus ? portoriis]que [publicis?]... [...] ipsis parentibu[s] lib[er]isque eorum e[t] uxori]bus qu<[ae]> sec[um] <sunt qui>-que erunt imm[u]nitatem omnium rerum d[a]re, utiqu<[e]>optimo iure optimaq[ue] leg<[e]> cives Romani {sint} {sunt} immunes.*

³⁴ G. PURPURA, Revisione, S. 390.

³⁵ Mehr davon R. CAGNAT, Etude historique, S. 125–126, S. DE LAET, *Portorium*, S. 205–209, mit zahlreichen Berufungen auf die epigraphischen Quellen.

in palatio nostro degunt)³⁶. Das Privileg der letzteren Personengruppe wurde höchstwahrscheinlich zwischen dem Ende des IV. Jahrhunderts und Justinians Herrschaft abgeschafft, weil es nicht mehr im Justinianischen Codex enthalten ist, in dem diese Verfassung wiederholt wird³⁷.

Die gleiche Konstitution von 365 – in der Version, die im *Codex Theodosianus* enthalten ist – bestätigt noch immer die Immunität, die die Soldaten im Prinzipat genossen; in der Version aber, die im *Codex Iustinianus* erhalten ist, erscheint sie nicht mehr. Das Privileg der Soldaten wurde wahrscheinlich zur gleichen Zeit aufgehoben wie das der Palastbeamten.

Die Zollbefreiung für Veteranen blieb hingegen während der gesamten Zeit des späten Kaiserreichs in Kraft. Sie wurde erstmals im Jahr 320³⁸ von Konstantin bestätigt, ähnlich wie das Privileg ihrer Söhne, das auch schon im Prinzipat bestand. In der Konstitution von 366 bestätigten erneut Valentinian, Valens und Gratian das Privileg dieser beiden Personengruppen³⁹. Der *Codex Iustinianus* hat die Konstitution von Konstantin übernommen, hat aber alles, was die Söhne von Veteranen betroffen hat, daraus entfernt⁴⁰. Die Tatsache, dass Justinians Kompilatoren die Konstitution von 366 nicht übernommen haben, scheint deutlich zu machen, dass, ähnlich wie das Privileg der Palastbeamten, die Entlastung der Söhne von Veteranen zwischen 366 und der Zeit der Justinians Herrschaft abgeschafft wurde.

Während des späten Kaiserreichs wurden zwei neuen Kategorien von Personen Zollprivilegien gewährt. Zum einen Botschaftern fremder Staaten

³⁶ C.Th. 11,12,3: *Omnium rerum ac personarum, quae privatam degunt vitam, in publicis functionibus aequa debet esse inspectio. Hoc ideo dicimus, quia nonnulli privatorum elicis suffragio proferunt sanctiones, quibus vectigalia vel cetera eiusmodi, quae inferri fisco moris est, sibi adserant esse concessa. Hoc si quando militibus nostris hisve, qui in palatio nostro degunt, praestamus adprobantibus se sacramentis militaribus adtineri, quod concessimus firmum sit adque robustum; ceterum si quis privatorum eiusmodi rescriptione nitatur, cassa eadem sit. Vectigalium enim non parva functio est, quae debet ab omnibus, qui negotiationis seu transferendarum mercium habent curam, aequa ratione dependi.*

³⁷ C. 4,61,6.

³⁸ C.Th. 7,20,2: *Constantinus dixit [...] omnibus veteranis id esse concessum perspicuum sit, ne quis eorum nullo munere civili neque in operibus publicis conveniatur neque in nulla conlatione neque a magistratibus neque vectigalibus [...] Publicani quoque, ut solent agentibus super compellere, ab his veteranis amoveantur [...] Filios quoque eorum defendant decertationes, quae in patris persona fuerunt, quosque optamus florescere sollicitius, ne si contumaces secundum eosdem veteranos comprobari potuerint, decimentur his sententiis ...*

³⁹ C.Th. 7,20,9: *sed et portorii immunes esse oportet.*

⁴⁰ C. 12,47,1; Stattdessen sind hier Formulierungen, die sich im *Codex Theodosianus* nicht befinden: *sed etiam nullo munere civili, id est corporali seu personali, vel de portorio onere eosaffici concedimus.*

nach der Konstitution von Gratian, Valentinian und Theodosius von 381. Sie hatten das Recht, Waren wie Wein, Öl, Eisen, Waffen, Gold usw. aus römischem Gebiet auszuführen. Die gleichen Botschafter mussten jedoch Zollgebühren für die Einfuhr ausländischer Produkte in das römische Gebiet entrichten⁴¹.

Die zweite Kategorie der Privilegierten sind *navicularii*, Reeder, die Rom und Konstantinopel belieferten. Konstantin gewährte ihnen im Jahr 326 ein allgemeines Privileg, das stillschweigend Zollbefreiungen enthielt⁴². Die Konstitution von Gratian, Valentinian und Theodosius von 380, adressiert an *corpus naviculariorum*, enthielt jedoch bereits genauere Formulierungen: die Reeder werden davor gewarnt, das Privileg zu missbrauchen, also Waren anderer Personen in ihrem eigenen Namen und damit ohne Zoll zu transportieren⁴³. Die gleiche allgemeine Immunität *navicularii* wurde im Jahr 386 bestätigt⁴⁴, und die Konstitution vom Jahr 393 von Valentinian, Theodosius und Arkadius erwähnt es auch⁴⁵. Zwei Jahre später bestätigt die neue Konstitution von Honorius und Arkadius das Privileg, fügt jedoch eine klare Einschränkung hinzu, um Missbrauch durch die Befreiung von Waren anderer Menschen zu verhindern (*cum sibi rem gerere probantur*)⁴⁶. Diese Einschränkung befindet sich immer noch in der Konstitution aus dem Jahr 380. Die Konstitutionen von 393 und 395 waren nicht im *Codex Iustinianus* enthalten, aber das Privileg für *navicularii* wurde durch die Einbeziehung einer

⁴¹ C. 4,61,8: *A legatis gentium devotarum ex his tantum speciebus, quas de locis propriis, unde conveniunt, huc deportant, octavarii vectigal accipiunt: quas vero ex romano solo, quae sunt tamen lege concessae, ad propria deferunt, has habeant a praestatione immunes ac liberas.*

⁴² C.Th. 13,5,5: *navicularios omnes per orbem terrarum per omne aevum ab omnibus oneribus et muneribus [...] securos vacuos immunesque esse praecipimus.*

⁴³ C.Th. 13,5,16,2: *Quod vero ad negotiationis commodum advehendasque merces spectat ac respicit, in eo sollers cura competentium iudicum providebit, ut optentu nominis vestri non passim ac sine consideratione negotiatorum lateat immunitas nec ipsi dudum delati beneficii privilegiis fructuque fraudemini.*

⁴⁴ C.Th. 13,5,17: *Omnes navicularii per omne aevum ab omnibus oneribus et muneribus et collationibus et oblationibus sublevantur, cuiuscumque loci fuerint vel dignitatis. Et quicumque contra istam fecerit legem, seu custos litorum seu vectigalium praepositus seu exactor vel decurio seu rationalis vel iudex cuiuscumque provinciae, exhibitus sublatis universis facultatibus suis capitali sententiae subiugetur.*

⁴⁵ C.Th. 13,5,23: *Solos navicularios a vectigali praestatione immunes esse praecipimus. Omnes vero mercatores teneri ad supra dictam praestationem in solvendis vectigalibus absque aliqua exceptione decernimus.*

⁴⁶ C.Th. 13,5,24: *Ne qua causatio vectigalium nomine relinquatur, hoc observari decernimus, ut nulla omnino exactio naviculariis ingeratur, cum sibi rem gerere probabuntur, sed a praestatione vectigalium habeantur immunes.*

Konstitution aus dem Jahr 365⁴⁷ bestätigt, die den Interpolationen unterworfen wurde (*exceptiis naviculariis, cum sibi rem gerere probantur*) und deren ursprünglich im *Codex Theodosianus*⁴⁸ enthaltener Text keine Bestimmung für Reeder enthielt. Die Literatur stellt die bereits von P. Burmann formulierte These nicht in Frage, nach der die Privilegien *navicularii* nicht nur Ladungen betrafen, die für Versorgung der Kapitale transportiert wurden; in der Absicht, ihnen diesen Dienst zu belohnen, wurde Reedern eine Konzession erteilt, die andere Waren, die sie handelten, abdeckte⁴⁹.

Die Übersicht der die Zollimmunitäten betreffenden Regelungen zeigt, dass die Kaiser in diesem Bereich eine ziemlich konsequente Politik verfolgten. Sie war eher einfach und bestand aus sehr genügsamer Gewährung von Privilegien. Abgesehen natürlich von dem Herrscher selbst und einigen seiner Familienmitglieder, erhielten Soldaten und Veteranen die Privilegien – das uralte Problem der Kaiser. In ihrem Fall sollte die Politik der Imperatoren, zumindest während des Prinzipats, junge Römer und andere Untertanen des Staates ermutigen, durchaus erfolgreich, dem Militärdienst beizutreten und gewissenhaft ihre Pflichten zu erfüllen; Privilegien wurden nämlich nur denjenigen gewährt, die den Militärdienst nach seiner gehörigen Erfüllung verließen (*missio honesta*)⁵⁰. Was die anderen Befreiungen betrifft, so waren sie strikt rationiert und beschränkten sich folglich auf bestimmte, besonders verdienstvolle Personen, manchmal auf Städte und Beamte, die offizielle Pflichten erfüllten – wie Quästoren und Provinzgouverneure. Zur letzteren Gruppe gehören auch *navicularii*, die auch im öffentlichen Interesse handelten. Darüber hinaus hatten die Immunitäten, wenn auch nicht immer, einen genau definierten sachlichen Umfang. Dies zeigt eine ziemlich natürliche Einstellung der öffentlichen Gewalt, die nicht auf den geringsten Teil der Einnahmen verzichten wollte, die möglicherweise durch *portoria* zu erzielen waren.

⁴⁷ C. 4,61,6,2.

⁴⁸ C.Th. 11,12,3 zitiert im Fn. 36.

⁴⁹ P. BURMANN, *De vectigalibus populi Romani*, Trajecti ad Rhenum 1714, S. 61 (online verfügbar: http://books.google.pl/books/about/De_vectigalibus_populi_Romani_dissertati.html?id=QtdaPgAACAAJ&redir_esc=y), R. CAGNAT, *Etude historique*, S. 124–125, S. DE LAET, *Portorium*, S. 480.

⁵⁰ Siehe, A. ŚWIĘTOŃ i K. TADAJCZYK, *Edictum Domitiani*, v. a. S. 12 f.

Sparsame Sportveranstaltungen im antiken Rom und heute

Magdolna Gedeon

Die Olympischen Sommerspiele wurden 2012 in London veranstaltet. Die Ausgaben betragen statt der vorgeplanten 9,3 Milliarden Pfund 11 Milliarden. Die Wirtschaftler analysierten oft, ob diese riesige Investition sich lohnt. Die Sportveranstaltungen kosteten nicht nur in London sehr viel, sondern auch in Athen, wo die indirekten Ausgaben 11,6 Milliarden Dollar ausmachten, worin die infrastrukturellen Investitionen nicht eingerechnet wurden.¹ Wir können natürlich auch an die Spiele in Brasilien denken, wo der Staat wegen der Sommerspiele eigentlich in Konkurs geriet. Brasilien konnte weder seinen Gläubigern, noch seinen Angestellten zahlen.² Brasilien erwarb auch das Veranstaltungsrecht der Fußballweltmeisterschaft im Jahre 2014, die teuersten Spiele aller Zeiten waren. Im Jahre 2013 fanden auch Ausschreitungen im Land statt, weil das gemeint wurde, dass die Milliarden nicht auf die Spiele, sondern auf das Aufräumen der Armut angewandt werden sollten.

Nach der Regel 32. der Olympischen Charta: „Mit der Ehre und der Verantwortung, Gastgeber der Olympischen Spiele zu sein, wird vom IOC (Internationale Olympische Komitee) eine Stadt betraut, die als Gastgeberstadt für die Olympischen Spiele gewählt wird.“ Das bedeutet, dass alle nötigen infrastrukturellen Investitionen an einem kleineren Gebiet, in einer Stadt verwirklicht werden sollten. Das „ein Olympia eine Stadt“ Prinzip ist auch nach der Regel 33. der Olympischen Charta selbstwidersprüchlich: „Die Zentralregierung des Landes jeder Bewerberstadt muss dem IOC ein rechtlich verbindliches Dokument unterbereiten, durch das sich die Regierung verpflichtet und garantiert, dass das Land und dessen staatliche Stellen die Olympische Charta befolgen und respektieren werden.“ Aus dieser Regel kommt hervor, dass der ganze Staat und nicht eine Stadt für die Veranstaltung der Olympischen Spiele die Verantwortung trägt. Der Staatshaushalt muss also bedeutend zu den Kosten der Spiele beitragen. Dieses Verfahren kann zu gesellschaftlichen Gespannen führen, weil die Investitionen, die aus den

¹ Vgl. A. GÁLI, Méregdrága volt az athéni olimpia [Die Olympischen Spiele waren in Athen hochpreisig], Origo, (13.11.2004).

² D. BILLER, Welcome, Olympic Tourists, to Brasil. Please Don't Mind the Mess, Bloomberg, (13.06.2016).

Steuern der gesamten Einwohnerschaft des Landes finanziert worden sind, später nur von den Einwohnern einer Stadt genossen werden können.³

Die Konzentration der Spiele in einer Stadt zieht mehreren Nachteile mit. Der größte Verlust ist, dass die wegen der Olympischen Spiele eingerichteten Sportanlagen später nicht ausgenutzt werden können. Ihre Erhaltung verbraucht aber größere Beträge. Diese Schäden können nicht durch den olympischen Tourismus ausgeglichen werden. Diese Umstände erscheinen am besten in Athen. Diese Stadt kann nämlich auch ohne den Olympischen Spielen mit großen Einnahmen aus dem Fremdenverkehr rechnen. Die Stadien, die für die Olympischen Spiele im Jahre 2004 eingerichtet wurden, sind schon aber verkommen. Die Stadtführung kümmerte sich nicht darum, dass diese Sportanlagen auch später ausgenutzt werden können. Einige Sportanlagen wurden deshalb in London schon vorher auf der Weise geplant, dass diese nach den Spielen problemlos abgebaut werden können.⁴ Neben den Sportanlagen brauchen die Unterkünfte, die Kommunalwerke, die Verkehrsentwicklung, der Ausbau des olympischen Dorfes, die Errichtung des Mediendorfes, die Stadtrehabilitation, der Umweltschutz, die Technologie und Sicherheit, die Betriebskosten der Organisationskomitee und die Bewerbungskosten bedeutende Beträge.⁵

Interessanterweise versuchen mehrere Städte immer wieder gegen die finanziellen Risiken das Organisationsrecht der Spiele zu erwerben. Das IOC, eingesehen, dass die Mehrheit der Städte wegen der hohen Kosten keine Chance haben, die Spiele zu veranstalten, verabschiedete am 8. und 9. Dezember 2014 einstimmig in Monaco die Olympische Agenda 2020, das Reformprogramm der Organisation der Olympischen Spiele.

Die Organisation der Sportveranstaltungen war immer eine kostspielige Lösung der Unterhaltung der Bevölkerung. Die altertümlichen, von den Griechen veranstalteten Olympischen Spiele dienten ausschließlich der Gegenüberstellung der Fähigkeiten der Sportler. Die Sportveranstaltung als Unterhaltung für das Volk war die Erfindung der Römer. „In Rom und nicht

³ Die Abhandlung der Durchführbarkeit der Olympischen Spiele in Budapest erörterte, dass der Staatshaushalt für die Organisation der Spiele 3000 Milliarden Forint sichert, wovon 56 % auf die Investitionen in Budapest angewandt werden darf. Das darf aber nicht das unannehmbare Wachstum der Unterschiede zwischen Budapest und den übrigen Teilen des Landes verursachen. Vgl. Abhandlung der Durchführbarkeit der Olympischen Spiele in Budapest, die Aktualisierung der Abhandlung von 2012 auf 2016 und 2020, 3.

⁴ T. BALOGH: Megéri-e olimpiát rendezni [Lohnt es sich, Olympische Spiele zu veranstalten?], Napi Gazdaság Online, (16.11.2013).

⁵ Siehe z. B. Abhandlung der Durchführbarkeit der Olympischen Spiele in Budapest, 13.

im klassischen Griechenland entdecken wir den Sport als Schauspiel“.⁶ Das wird auch durch den berühmten Ausspruch von Iuvenal unterstützt: „*Panem et circenses!*“⁷ Unter den zircensischen Spielen sollen die Wagenrennen verstanden werden. Die Römer organisierten Sportveranstaltungen zur Ehre der Götter auch schon in der Königszeit. Aus diesen Festen entwickelten sich die an bestimmten Tagen des Jahres zur Ehre einer Gottheit vom Staat veranstalteten *ludi publici*.

Der Staat unterstützte die staatlichen Spiele natürlich auch finanziell. Der Senat entschied immer über die Größe des Geldbetrages. Dieser Geldbetrag war das *lucar*, das heute der Beitragsleistung des Staatshaushalts zu den Olympischen Spielen entspricht. Die bedeutendsten Spiele waren die zur Ehre von *Iuppiter* veranstalteten *ludi* im antiken Rom, die *ludi Romani* oder *magni*. Nach den Quellen erteilte der Senat für diese Spiele in der Epoche der Republik 200.000 Sesterzen.⁸ Im Jahre 51 n. Chr. betrug dieser Betrag schon 760.000 Sesterzen.⁹ Die Veranstaltung der Spiele kostete natürlich viel mehr. Die Magistraten, die diese Spiele in der Republik organisieren sollten, ergänzten das *lucar* aus eigenem Vermögen. Diese Magistraten waren zuerst die Konsuln, ab 366 v. Chr. die Ädilen, ab 22 v. Chr. die Prätores.¹⁰ Die Beitragsleistung des Staates wäre auch heute nicht für die Olympischen Spiele genügend, dieser Betrag soll aus Privatunterstützungen und z. B. aus Beiträgen der Europäischen Union ergänzt werden.¹¹

Wie oben erwähnt, verursacht die Verwirklichung der Sportanlagen die größten Ausgaben der Olympischen Spiele. Die Römer wandten am Anfang gerade auf die Sportanlagen das wenigste Geld an. Die früheren Wagenrennen wurden am Marsfeld durchgeführt, die Wendepunkte wurden ab und an aufgestellt, befestigte Laufbahn und Schauplatz gab es noch nicht.¹² In den frühen Epochen der römischen Sportveranstaltungen galt dieses Verfahren als eine sparsame Lösung, da die Unternehmen, die sich um die Errichtung

⁶ J-P. THULLIER, Sport im antiken Rom, (Darmstadt, 1999), X.

⁷ Iuv. 4,10,81.

⁸ L. FRIEDLÄNDER, Die Spiele, in J. MARQUARDT/Th. MOMMSEN (Hrsgg.), Handbuch der römischen Alterthümer, VI., (Leipzig, 1885), 488.

⁹ Diese Angabe steht in dem Chalendarium von Antium (CIL I. 328). Siehe J. MARQUARDT, Römische Staatsverwaltung II. (Leipzig, 1884), 85–86. Zum Vergleich: am Ende des I. Jahrhunderts war der Preis von 1 modius (8,733 Liter) Getreide 4–5 Sesterzen.

¹⁰ Nach der Erklärung von Martial ließ sich eine Frau von ihrem Mann scheiden, weil der Mann zum *praetor* gewählt wurde, und das bedeutete, dass er sein Vermögen wegen der Spielveranstaltungen verliert (Mart. 10,41).

¹¹ Siehe z. B. Abhandlung der Durchführbarkeit der Olympischen Spiele in Budapest, 60.

¹² M. JUNKELMANN, Die Reiter Roms, (Mainz am Rhein, 1990), 103.

und Instandhaltung der Laufbahnen gekümmert hätten, noch nicht existierten. Später, als diese Sportveranstaltungen schon ständig geworden waren, zahlte das schon sich aus, eine ständige Sportanlage für die Zirkusspiele zu errichten, die schon laufend benutzt wurde.¹³ Im *Circus Maximus* wurden ab II. Jahrhundert v. Chr. nicht nur Pferderennen, sondern auch Gladiatoren- und Athletenkämpfe veranstaltet.¹⁴ Da in der Epoche der Republik diese Veranstaltungen noch nicht vom Staat organisiert wurden, sollten die Veranstalter sich um die geeigneten Plätze kümmern.

Die Olympische Agenda 2020 versucht die Ausgabe durch die Erhöhung der Anwendbarkeit der vorhandenen Sportanlagen zu reduzieren. In diesem Sinn empfiehlt das Reformprogramm: „Das IOC bewertet Bewerbungen als positiv, wenn vorhandene Einrichtungen maximal genutzt und temporäre und rückbaubare Sportstätten dort eingesetzt werden, wo ein dauerhaftes Erbe nicht erforderlich oder vertretbar ist.“¹⁵ Im Interesse der Verwirklichung dieses Gedanken werden die Olympischen Spiele in regionale Veranstaltungen umgewandelt. Das bedeutet, dass die Sportanlagen nicht in einziger Stadt errichtet werden sollten, sondern die schon vorhandenen Stadien und Schwimmbaden der Region können zur Abwicklung der Wettkämpfe in Anspruch genommen werden.

Im Fall der römischen Rennen verursachten die riesigen Ausgaben nicht die infrastrukturellen Investitionen, sondern die Besorgung der professionellen Teilnehmer der Sportveranstaltungen. Es gibt nämlich einen entscheidenden Unterschied zwischen den römischen Spielen und den olympischen Veranstaltungen heute: im antiken Rom sollten die Spielveranstalter zu den Rennen die nötigen Sportler gegen Besoldung besorgen, an den Olympischen Spielen können aber nur Amateursportler teilnehmen, die nach einer bestimmten Leistung das Teilnahmerecht erwerben können. Im antiken Rom wurden die Gladiatorenspiele¹⁶ in der Zeit der Republik ausschließlich

¹³ Die Errichtung von *Circus Maximus* begann schon in der Königszeit, die ersten Sitze wurden aus Holz aufgestellt. Siehe. L. HOMO, *A római kultúra [Die römische Kultur]*, (Budapest, 1938), 120.

¹⁴ JUNKELMANN, *Die Reiter Roms*, 107.

¹⁵ Olympische Agenda 2020, Inoffizielle Übersetzung des DOSB, Empfehlung 2, 2.

¹⁶ Es gibt mehreren Meinungen und Gegenmeinungen darüber, ob die Gladiatorenspiele als Sport betrachtet werden können. KYLE bejaht diese Frage, er hielt die Gladiatorenkämpfe für *blood sport*. Er betrachtet die Veranstaltungen aus dem Blickwinkel der Zuschauer, wonach diese Spiele der Unterhaltung des Publikums dienten, also können sie als Zuschauersport betrachtet werden (D. G. KYLE, *Spectacles of death in ancient Rom*, London–New York, 1998, 2.) JUNKELMANN sagt, dass obwohl die Gladiatorenspiele merkwürdige Eigenschaften haben, sie trotzdem als Sport behandelt werden können

von Privatpersonen veranstaltet, die diese Wettkämpfe selbst finanzierten. Erst in der Prinzipatszeit wurden die Gladiatorenspiele auch durch den Staat veranstaltet und finanziert. Die Magistraten, die verpflichtet waren, die Gladiatorenspiele zu veranstalten, ließen wegen ihrer größeren Popularität immer mehr Kämpfer auftreten. Da die Spielveranstalter die Kämpfer mittels Kauf- oder Mietverträge besorgten,¹⁷ sind diese Unterhaltungen immer teurer geworden. Augustus schrieb wegen der Senkung der Ausgaben vor, dass die staatlichen Gladiatorenspiele, die *munera*, nur auf dem Grund eines Senatsbeschlusses, von den Prätores, zweimal pro Jahr organisiert werden können. An den Kämpfen dürfen nicht mehr als 120 Gladiatorenpaaren auftreten.¹⁸ Tiberius befestigte auch die höchste Zahl der Kämpfer, und reduzierte die Belohnungen.¹⁹

Die Provinzstädte wurden durch Gesetze verpflichtet, Gladiatorenspiele zu veranstalten. Das Gesetz der Stadt Urso, die *lex Ursonensis*, setzte fest, dass die Aufgabe der Organisation der Gladiatorenkämpfe zu den Pflichten der

(M. JUNKELMANN, Das Spiel mit dem Tod. So kämpften Roms Gladiatoren, Mainz, 2000, 5). Die Gegenmeinungen vertreten THULLIER, VEYNE und POLIAKOFF. THULLIER meint, dass die Gladiatoren, die um Leben und Tod kämpften, nicht unter die Wagenlenker und Athleten eingeordnet werden können, und eine Hauptvoraussetzung fehlt: die Freiwilligkeit (THULLIER, Sport im antiken Rom, 8). VEYNE unterstreicht, dass der Genuss im Mittelpunkt der Gladiatorenspiele stand, Menschen sterben zu sehen (P. VEYNE, Brot und Spiele; Gesellschaftliche Macht und politische Herrschaft in der Antike, Frankfurt, 1988, 10). Nach POLIAKOFF können die Gladiatorenkämpfe nicht zu den Sportveranstaltungen gezählt werden, weil diese unter Zwang betrieben wurden, er rechnete sie zu den Kriegsübungen (M. B. POLIAKOFF, Kampfsport in der Antike. Das Spiel um Leben und Tod, München, 1989, 15). Meiner Meinung nach muss man einen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Gladiatorenkämpfe machen. Eine Art der Gladiatorenspiele diente nämlich den Vollstreckungen der Todesstrafe an Verbrechern, die *ad gladium* oder *ad bestias* verurteilt worden waren (Coll. 11,7,4). Die bezüglichen Quellen zeigen, dass diese Verurteilten gar nicht kämpfen wollten, sie ließen sich einfach töten, oft wurden sie sogar unter physischem Zwang zum Kampf getrieben (Vgl. Sen. ep. 7, 2–6). Das war natürlich keine Sportveranstaltung, diese Verurteilten waren keineswegs Sportler, somit wurden auf sie auch nicht die Regeln des Sports, sondern jene des Strafrechts angewandt. Die wahren und beliebtesten Gladiatorenkämpfe können als Sportveranstaltungen betrachtet werden, die von den *auctorati* und für den Kampf gut ausgebildeten Sklaven vorgeführt wurden. Die Quellen zeigen, dass die Hälfte der Gladiatoren in der Kaiserzeit aus dem Kreis der *auctorati* kam.

¹⁷ Vgl. Gai. 3,146. Eine Zusammenfassung der verschiedenen Meinungen hinsichtlich dieser Stelle siehe: M. GEDEON, A gladiátorok beszerzésével kapcsolatos jogügyletek az antik Rómában [Die Rechtsgeschäfte wegen der Besorgung der Gladiatoren im antiken Rom], Publicationes Universitatis Miskolcensis, sect. jur. et pol. XX/1 (2002), 73–81.

¹⁸ Cass. Dio 54,2,3; 59,14,1.

¹⁹ Suet. Tib. 34.

Duumviren und der Ädilen gehört. Für die Ausgabe erhielten die Duumviren 2000, die Ädilen 1000 Sesterzen Unterstützung von der Stadt.²⁰ Diese Beträge deckten aber nicht die Kosten der Spiele, die städtischen Unterstützungen sollten von den Magistraten ergänzt werden. Plutarch berichtet darüber, dass einige Organisatoren Krediten aufnahmen, um die Spiele zu veranstalten.²¹ Nach Cassius Dio empfahl Maecenas Augustus, dass die Städte nur solche Spiele veranstalten sollen, die weder die Vermögen der Städte noch die Güter der Einwohner gefährden.²² Die Spiele, die die städtischen Flamines veranstalteten, kosteten so viel, dass Hadrian einige Priester des Amtes entthob, weil sie unfähig waren, die mit ihrem Beruf zusammenhängenden Ausgaben zu finanzieren.²³ Die Senkung der Kosten der Spiele wurde in den Städten durch einen Senatsbeschluss im Jahre 177 versucht. Das war das *SC de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis*.²⁴

Der Senatsbeschluss klassifizierte die Gladiatorenkämpfe nach ihren Kosten. Laut des Senatsbeschlusses sollten rangierten Kämpfer auch in bestimmter Zahl an den Veranstaltungen der verschiedenen Spielklassen auftreten. Die Preise der Gladiatoren wurden auch befestigt. Die Hälfte der Gladiatoren sollte aus dem Kreis der mittelmäßigen Kämpfer, der *gregarii* stammen, die nicht vereinzelt, sondern in den Horden kämpften. Der Senatsbeschluss setzte den Preis dieser Gladiatoren in 1000–2000 Sesterzen fest.²⁵ Der höchste Lohn eines freiwillig kämpfenden professionellen Gladiators durfte nach dem *senatus consultum* 12.000 Sesterzen ausmachen.²⁶ Interessanterweise befestigte aber der Senatsbeschluss weder die höchste

²⁰ Lex Urs. Zeile 70–71.

²¹ Plut. Mor. 822d–823e.

²² Cass Dio 52,30.

²³ Vgl. J. M. REYNOLDS, New Letters from Hadrian to Aphrodisias: Trials, Taxes, Gladiators and an Aqueduct, *Journal of Roman Archaeology* 13 (2000) 16–19; M. CARTER, Gladiatorial ranking and the SC de pretiis gladiatorum minuendis (CIL II 6278=ILS 5163), *Phoenix* 67 (2003) 85.

²⁴ Der Text vom *senatus consultum* blieb auf einer Bronzetafel erhalten. Die Tafel wurde in der Nähe von Sevilla, in Italica gefunden. Heute kann sie in Madrid angesehen werden. An der Tafel wurde das Protokoll einer Senatssitzung verewigt. Diese Sitzung wurde in Lyon, im Zentrum des Kaiserkultes der drei gallischen Provinzen gehalten, woran es dem Kaiser Mark Aurel für den Senatsbeschluss über die Senkung der Ausgaben der von den Flamen veranstalteten Gladiatorenspele bedankt wurde. Den Text des Senatsbeschlusses siehe: TH. MOMMSEN, *Senatus Consultum de sumptibus ludorum gladiatoriorum minuendis factum a. p. c. 176/7*, in *Gesammelten Schriften VIII*. (Berlin, 1913), 500–505.

²⁵ SC 35–40.

²⁶ Um etwa anderthalb Jahrhundert vorher gab Kaiser Tiberius für einen Auftritt eines Veteranen 100.000 Sesterzen aus (Suet. Tib. 7,1).

Zahl der Kämpferpaare, noch die obere Grenze der Gesamtkosten der Veranstaltungen. Daraus kann man darauf folgern, dass der Senatsbeschluss – obwohl dieser selbst das Ziel der Senkung der Kosten der Gladiatorenspiele behauptete – in der Wahrheit auch die Zurückdrängung der privaten Gladiatorschulen und der Tätigkeit der Lanisten²⁷ erreichen wollte. Auf dieser Weise versuchte das *senatus consultum*, das Monopol der kaiserlichen Fechterschulen zu begründen.²⁸

Obwohl die Sportler für die Olympischen Spiele heute nicht gemietet oder gekauft werden sollen, und die Veranstalter sollen auch nicht für ihren Auftritt zahlen, macht einen größeren Betrag aus, die Teilnehmer zu betreuen, ihre Sicherheit zu verteidigen. Die Olympische Agenda 2020 versucht deshalb – ähnlich als die Römer – die Senkung der Kosten mit der Festsetzung der Höchstgrenze der Teilnehmer zu erreichen.²⁹

Im antiken Rom wurden schon in der Königszeit Wagenrennen veranstaltet. Für die Bereitstellung der Gespanne und der Fahrer sollten die Veranstalter bedeutenden Beträge beschaffen. Wegen der Besorgung der Gespanne, der Ausbildung der Pferde und der Wagenlenker entwickelten sich die Sportorganisationen, die *factiones*, die als Vorläufer der Sportunternehmen betrachtet werden können. Diese Sportorganisationen sicherten die Gespanne für die Spiele zuerst gegen Mietzinsen, später für die an den Rennen erworbenen Preise. Die Spielveranstalter sollten deshalb eng mit dieser Faktionen zusammenwirken, damit die nötigen Gespannen an den Veranstaltungen vorbereitet gestellt werden können.³⁰ Die *domini factionum* konnten deshalb ihre Wille auf die Organisatoren zwingen.³¹

²⁷ Der *lanista* kann als Vorläufer der Spieleragenten betrachtet werden. Er kaufte, verkaufte die Gladiatoren und er stellte die Kämpfer zur Verfügung der Spielveranstalter zur Verfügung.

²⁸ Über den Senatsbeschluss siehe ausführlicher: M. GEDEON: A gladiátorkereskedelem állami korlátozása a római provinciái városokban [Die staatliche Beschränkung des Gladiatorenhandels in den römischen Provinzstädten], in J. JUSZTINGER – A. PÓKECZ-KOVÁCS (Hrsg.), *Jogtörténeti tanulmányok IX.* (Pécs, 2008), 177–185.

²⁹ Olympische Agenda 2020, Inoffizielle Übersetzung des DOSB, Empfehlung 9: „Es werden Akkreditierungseinschränkungen festgelegt: 1. Das IOC beschränkt die Anzahl der Athleten, Funktionäre und Wettbewerbe für die Olympischen Spiele auf etwa: 10.500 Athleten, 5.000 akkreditierte Trainer und Betreuer der Athleten, 310 Wettbewerbe 2. Das IOC beschränkt die Anzahl der Athleten, Funktionäre und Wettkämpfe für die Olympischen Winterspiele auf etwa: 2.900 Athleten, 2.000 akkreditierte Trainer und Betreuer der Athleten, 100 Wettbewerbe 3. Das IOC prüft, inwieweit die Gesamtzahl weiterer Akkreditierungen für die Olympischen Spiele reduziert werden kann.“

³⁰ Vgl. G. HORSMANN, *Die Wagenlenker der römischen Kaiserzeit, Untersuchungen zu ihrer sozialen Stellung*, (Stuttgart, 1998), 157–160.

³¹ Der Prätor Fabricius ließ wegen der von den Faktionen geforderten riesigen Zinsen statt

Nach der Verbreitung der Athleten- und Gladiatorenkämpfe entwickelten sich auch die Sportorganisationen dieser Sportler. Diese Sportorganisationen kümmerten sich um die Reise und Unterhaltung ihrer Sportler, so entlasteten sie die Veranstalter der Spiele. Die Fachkenntnisse der Sportorganisationen könnten auch heute eine Hilfe für die Veranstalter der Olympischen Spiele bedeuten. Die Agenda 2020 hat diese Möglichkeit erkannt: „Synergien mit Akteuren der Olympischen Bewegung werden maximiert, um eine reibungslose Organisation sicherzustellen und Kosten zu reduzieren. 1. Das IOC wertet die Rolle der Internationalen Verbände (International Federations, IF) bei der Planung und Ausrichtung Olympischer Wettkämpfe auf.“³²

An den Olympischen Spielen verursachen die zeremoniellen Kosten eine große Ausgabe. Die Beträge für die Öffnungs- und Schlussfeste, und für die kulturellen Programme erhöhen sich immer bedeutend. Die zeremoniellen Kosten machten z. B. in London 56 Millionen Dollar aus. Die allgemeine Zielsetzung der Agenda 2020 – die Kosten der Spiele zu reduzieren – könnte auch mit der Senkung der zeremoniellen Kosten verwirklicht werden. Darauf kann Beispiel auch im antiken Rom gefunden werden. Die Organisatoren versuchten die unerträglichen Kosten der Spiele durch die Reduzierung der Preise, oder der Werte der Geschenke, die den Wagenlenker gegeben wurden, unterzudrücken. Nach den Verordnungen aus dem IV. Jahrhundert konnten den Wettkämpfern keine Seidenkleider, Gold, Schreibtäfel aus Elefantenbein geschenkt werden. An den Wagenrennen wurden auch die Preise festgelegt. Der erste Preis durfte 300, der zweite 150, der dritte 100 Pfund Silber nicht übertreten.³³

Heute sind die langweiligen Begleitprogramme an den Olympischen Spielen genau so überflüssig, als die Seidenkleider und die Schreibtäfel aus Elefantenbein damals im antiken Rom. Viele Ausgaben könnten erspart werden, wenn diese Produktionen vermieden wären. Die Organisatoren müssen sich aber um das Leben und um die körperliche Unversehrtheit der Teilnehmer kümmern. Bei den Investitionen dürfen die Erfordernisse der Sicherheit nicht erspart werden. Man kann auch im Altertum auf die Anforderung der Sicherheit Beispiele finden. Ein Spekulant, namens Atilius, errichtete im Jahre 27 n. Chr. ein Amphitheater wegen der Minimalisierung der Kosten aus Holz in Fidenae. Vor dem Beginn der Gladiatorenspiele brach das Bauwerk zusammen, und 50.000 Leute wurden getötet oder schwer verletzt.

Pferdegespannen Hunden an den Rennen laufen. Nero konnte mit den Faktionen vertragen, und er übernahm auch einen Teil der Kosten (Cass. Dio 61,6,1–2).

³² Olympische Agenda 2020, Inoffizielle Übersetzung des DOSB, Empfehlung 13.

³³ CTh. 15,9,1 (384); CTh. 6,4,33 (398?)

Nach diesem Fall entschied der Senat, dass diejenigen Gladiatorenspiele veranstalten dürfen, deren Vermögen mehr als 40.000 Sesterzen beträgt. Die Amphitheater durften nur auf den vorher geprüften Boden gebaut werden.³⁴ Im antiken Rom wurde erfordert, dass die Veranstaltungen, die größeren Massen anzogen, nur von denen organisiert werden konnten, deren Vermögen die sichere Durchführung ermöglichte. Ähnlich zu dieser antiken Voraussetzungen hat die Agenda 2020 bei dem Bewerbungsverfahren eine neue Philosophie eingeführt: „Das IOC lädt potentielle Kandidatenstädte dazu ein, jenes Olympische Projekt vorzustellen, das langfristig am besten zu ihrem sportlichen, wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Planungsbedarf passt“. Das IOC wird höchstwahrscheinlich solche Kandidaten auswählen, deren wirtschaftliche Lage ermöglicht, die Sportveranstaltungen am besten und sichersten zu organisieren.

Im antiken Rom verschwendeten die Kaiser und die Magistraten die riesigen Beträge auf die luxuriösen Spiele. In der späten Kaiserzeit belasteten diese Ausgaben die Magistraten so stark, dass die Kaiser die Beamten, die sich den Spielveranstaltungen entziehen wollten, mit Strafen bedrohten.³⁵ Das Reformprogramm der Olympischen Spiele will heute erreichen, dass die Städte sich auch in der Zukunft zur Veranstaltung dieser Spiele freiwillig bewerben. Die Olympischen Spiele 2020 finden in Tokio statt. Das IOC hat schon wegen der hohen Kosten protestiert. Das Komitee meint nämlich, dass der irrsinnige Kostenaufwand die Olympischen Spiele im schlechten Licht erscheinen lässt.³⁶ Das IOC will also die Veranstaltung der Spiele in eine vernünftige Richtung treiben. Die Regierungen der Bewerbungsstädte machen aber eine Prestigefrage aus der Organisation der Olympischen Spiele, ähnlich wie die Kaiser und die Magistraten im antiken Rom, die versuchten, ihre Popularität mit Hilfe der Sportveranstaltungen zu erhöhen.

³⁴ Tac. ann. 4,62–63.

³⁵ CTh. 6,4,18 (365). Nach der Verordnung sollte der Magistrat, der von der Pflicht der Spielveranstaltung entziehen wollte, dem seinen Rang entsprechende Getreide einliefern. Wenn jemand schon wegen der vielen Spielorganisationen verarmen wurde, konnte der auf einige Jahre Befreiung erhalten (CTh. 6,4,34 (408).

³⁶ Nach den Nachrichten könnten sich die Ausgaben entgegen den Warnungen 25 Milliarden Dollar oder mehr summieren. Vgl. Augsburgener Allgemeine (09.10.2018).

Nasciturus v rímskom práve¹

Matúš Nemeč

1 Všeobecne o *statuse nascitura* – 2 Vyhnanie plodu (*abactio partus*) – 3 Prístupy k potratom v slovenskom práve a v kánonickom práve

1 Všeobecne o *statuse nascitura*

Ulp. D. 25,4,1,1

Partus, antequam nascatur, mulieris portio est et viscerum.

Dieťa pred (úplným) narodením je časťou ženy a jej lona.

Paul. D. 50,16,129

Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt.

Tých, ktorí sa narodili mŕtvi, nemožno pokladať za narodených ani za splodených, lebo nikdy ich nebolo možné nazývať deťmi.

Sent. Paul. 4,9,6

Aborsus et abactus venter partum efficere non videtur.

Predčasné narodenie a vyhnanie plodu sa nepovažuje za narodenie (živého človeka).

Právna subjektivita človeka sa podľa rímskeho práva začínala narodením. Aby narodený človek právnu subjektivitu nadobudol, bolo potrebné:

- aby nastalo úplne oddelenie tela novorodenca od matkinho tela;
- aby sa narodil živý;
- aby mal ľudskú podobu.

¹ Príspevok je výstupom z projektu APVV-17-0022.

Sent. Paul. 4,9,3–4

Mulier si monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur. Partum, qui membrorum humanorum officia duplicavit, quia hoc ratione aliquatenus videtur effectum, matri prodesse placuit.

Žena, ak porodí čosi obludné alebo neprirodzené, neprináša to prospech: pretože nie sú deťmi tí, ktorí sa narodia v rozpore s podobou ľudského rodu. Novorodenec, ktorému slúži väčší počet končatín, sa javí ako skôr vyvinutý a prináša matke úžitok.

Ulp. D. 50,16,135

Quaeret aliquis si portentosum vel monstruosum vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? [Et magis est, ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quae qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet].

Ak žena porodí dieťa podivné (strašné), monštruózne alebo slabé, alebo ktoré je na pohľad či plačom neobvyklé, nemá ľudskú podobu, ale inú, viac zvieraciu než ľudskú, niekto sa bude pýtať, či jej musí byť na prospech, že porodila (kreatúru). [Je väčší dôvod myslieť si, že aj toto je rodičom na prospech: lebo nie je im čo vyčítať, že zachovali to, čo mali a mohli a ani to sa matke nesmie pričítať na škodu, čo sa podľa vôle osudu stalo]².

Clem. D. 50,16,153

Intellegendus est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est.

Kto je v maternici (matky) v momente smrti (matky), považuje sa za toho, kto je už na svete.

Cels. D. 38,16,7

... conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.

... počatý sa istým spôsobom považuje za (už) existujúceho vo svete.

² Interpolovaná časť, ktorá poukazuje na iný pohľad na ľudskú bytosť v období justiniánskeho práva.

Dieťa muselo byť živé, nebolo však nevyhnutné, aby bolo schopné žiť dlhšie než najkratšiu možnú dobu. Podľa prokuliánov dôkazom toho, že dieťa sa narodilo živé, bol jeho krik, podľa sabiniánov stačilo, že prejavilo akýmkoľvek spôsobom nejaké znamenie života.

Dieťa už počaté (*conceptus*), respektíve plod v materskom tele (*qui in utero est*), ktorého narodenie sa očakávalo (*nasciturus*), nemalo podľa rímskeho práva právnu subjektivitu. Keďže však ide o významný skutkový fakt, počatie dieťaťa má právny význam. Právny poriadok nasciturovi rezervuje niektoré práva pre prípad, že sa narodí – živé a s ľudskou podobou. Ak by sa dieťa narodilo mŕtve, platila fikcia, že nikdy neexistovalo. Ak by sa narodilo monštrum (nie s ľudskou podobou), otec bol pôvodne povinný ho odložiť (odmietnuť, neprijať do svojej agnátskej rodiny) a nepochybne mal právo ho odmietnuť (odložiť), čo vyplývalo z jeho trestnej právomoci nad osobami podriadenými jeho moci (*vitae necisque potestas*)³. Na počaté dieťa aplikovalo rímske právo stanovisko, podľa ktorého sa považoval počatý za narodeného (počatý je ako keby už narodený – *conceptus pro iam nato habetur* – pravidlo z obdobia stredoveku).

Dôležité je však upresnenie, že toto platilo len v prípade, ak išlo o jeho práva (budúce), t.j. len v situácii, ak by mal nadobudnúť subjektívne právo sám nenarodený (*quotiens de commodo eius quaeritur*). Práva, ktoré mali byť nenarodenému na prospech, však ešte spočívali, keďže počatý sa nemusí narodiť vôbec, prípadne sa môže narodiť mŕtvy. Platilo, že tie práva, ktoré sú z hľadiska jeho „osoby“ dotknuté – tie, ktoré by nadobudol, ak by v tom momente už bol na svete – sa nasciturovi rezervujú, t.j. priznávajú sa mu s pripojením suspenzívnej podmienky. Jej obsahom je to, že ak sa narodí (živý a s ľudskou podobou), spočívajúce práva nadobudne (napríklad sa mu vydá dedičstvo) a v dôsledku toho, bolo neisté, kto z agnátov, žijúcich v momente smrti poručiťa, bude dediť a ako.

Ulp. D. 37,9,1pr.

Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit. Nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.

³ Usmrtenie dieťaťa otcom z akéhokoľvek dôvodu bolo od roku 374 po Kr. verejným zločinom. Od čias Justiniána bolo odloženie dieťaťa považované za usmrtenie.

Prétor udeľuje opatrovníctvo nielen tým, ktorí už sú v ľudskom svete, ale nezanedbáva ani tých, ktorých narodenie sa očakáva; pretože chráni ich záujmy podľa tejto časti Ediktu tým, že tým, ktorí sú v lone (matky) poskytuje držbu dedičstva namiesto tých, ktorí by získali držbu dedičstva proti závetu.

Na ochranu takto spočívajúcich práv ustanovil magistrát v prospech nascitura opatrovníka (*curator ventris, curator nascituri, custos ventris*) a súčasne prétor uviedol nascitura do držby dedičstva na úkor toho, kto by mal držbu dedičstva proti závetu, a to aj v prípade, ak poručiteľ vydedil nenarodeného syna, pretože (citujem): „... môže sa narodiť dcéra, alebo viacerí synovia, alebo syn a dcéra“ (Ulp. D. 37,9,1,3). *Curator ventris* plnil svoju úlohu až do narodenia jemu zvereného počatého dieťaťa, prípadne do momentu spontánneho potratu (abortu) alebo vtedy, ak bolo isté, že žena nie je tehotná (Ulp. D. 37,9,1,27). Mal sa starať o to, aby *nasciturus* nebol ukrátený tým, že napríklad dôjde k vydržaniu majetku, ktorý je predmetom dedičstva, alebo tým, že (nasciturovi) dlžníci budú oslobodení od záväzku uplynutím času (Ulp. D. 37,9,1,21).

Fakt, že je tu počaté ale nenarodené dieťa, jemu prináša spočívajúcu výhodu, avšak nemôže prinášať prospech nikomu inému. Subjektívne práva, respektíve oslobodenie od subjektívnej povinnosti nemôže v súvislosti s počatím dieťaťa nadobudnúť nikto iný, t.j. tretia osoba: napríklad otec očakávaného dieťaťa sa nemohol ospravedlniť, poukázaním na tento fakt, z prijatia verejnej služby – *munus*; nemohol sa oslobodiť z prijatia úlohy poručníka; tehotná matka nezískala zvýhodnenie podľa *ius liberorum*.

V tomto zmysle treba rozumieť nasledujúcim fragmentom:

Paul. D. 1,5,7

Quae liberis damnatorum conceduntur. Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.

Kto je v lone matky, chráni sa tak, ako keby už bol na svete, kedykoľvek ide o jeho výhody: hoci, skôr než sa narodí, nemôžu nikomu inému prospievať.

Paul. D. 50,16,231

Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus.

Ak hovoríme o tom, koho narodenie je nádejné, považuje sa za pravého (človeka) vtedy, ak ide o jeho práva: iným to neprospieva, pokiaľ sa nenarodí.

Druhý fragment je osobitne významný, pretože upresňuje, že nie v každom prípade sa právny status nascitura pripodobňuje právnomu statusu narodeného dieťaťa. Vyššie uvedené fragmenty, ktoré ustanovujú fikciu o nasciturovi – „ako keby už bol na svete“, „považuje sa za človeka“ – treba interpretovať opatrne, zužujúco, t.j. s obmedzeniami, ktoré sú v súlade so zmyslom pravidla v nich obsiahnutého. Ako princíp totiž platí, že *nasciturus* nie je (podľa rímskeho práva) osobou – jeho správne označenie je „plod v materskom tele“, on je totiž „časťou ženy“⁴. Súčasne však, keďže je nádej, že sa narodí, je osobou *in fieri* (v zárodku), ktorej sa – práve pre prípad narodenia – práva rezervujú. Dôležitý je preto v tejto súvislosti nasledujúci fragment:

Pap. D. 35,2,9,1

Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.

Ohľadne brucha (tehotnej) otrokyne niet žiadneho rozdielu pokiaľ ide o čas (tehotnosti). Nie je to nerozumné, nakoľko sa prijalo, že pokiaľ dieťa neprišlo na svet, nemôže sa po správnosti nazývať otrokom.

Dôležité na posúdenie toho, či v prospech nascitura sa budú rezervovať určité práva, je to, či jeho počatie nastalo predtým alebo až potom, čo otec tohto nascitura zriadil testament. Účasť na dedičstve na základe testamentu mal *nasciturus* rezervovanú v prípade, ak bol testament zriadený až po počatí. Situácia nascitura sa na tieto účely totiž posudzovala analogicky ako situácia, ktorá nastávala smrťou poručiteľa s ohľadom na postavenie jemu podriadených detí ako prípadných dedičov. Medzi dedičov poručiteľa patrili podľa *ius civile* len tie deti, ktoré v momente smrti boli podriadené jeho moci. *Nasciturus* sa v dôsledku tohto prístupu od momentu počatia považoval za dieťa (v otcovskej moci) poručiteľa, tak ako to uvádza Celsus:

Cels. D. 50,17,187

Si quis praegnatem uxorem reliquit, non videtur sine liberis decessisse.

Má sa za to, že ak niekto zanechal tehotnú manželku, nezomrel bezdetný.

⁴ Ulp. D. 25,4,1,1: *Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.*

Pôvodne, podľa starého práva, však *nasciturus* nemohol byť povolaný k dedičstvu, ak sa – po zriadení testamentu – narodil buď:

a) po smrti svojho otca (t.j. ako *postumus*), osobitne v prípade, ak sa narodil po uplynutí 300. dňa po zániku manželstva (v tom prípade sa už totiž nepovažoval za dieťa splodené ako manželské, čiže poručiteľom), alebo

b) ak sa narodil ešte za života poručiteľa (patra).

Postumus totiž patril do kategórie, ktorú *ius civile* označovalo pojmom *personae incertae*. Poručiteľ si totiž mal pri zriadení testamentu a určovaní dedičov vybaviť (predstaviť) tvár toho, kto má byť jeho dedičom. Postupne však mohli byť ustanovení za dedičov *postumi sui* – vlastné deti, ktoré sa narodili síce až po zriadení testamentu, ale stali sa narodením agnátmi poručiteľa (ak žil), respektíve by sa nimi stali, ak by v momente ich narodenia poručiteľ (*pater familias*) žil. Prétorské právo povolávalo k dedeniu každého postuma, za predpokladu (podmienky), ak bol počatý v dobe smrti poručiteľa. Cisár Justinian potvrdil túto prax prétorského práva aj pre oblasť *ius civile* (konštitúcia *de incertis personae*). Tento vývoj zodpovedal princípu *agnatione postumi rumpitur testamentum* (agnátsky pohrobok ruší testament)⁵.

Gai Inst. 1, 64

*Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos: Itaque hi, qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique, nec ob id in potestate eius sunt, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit: Nam et hi patrem habere non intelleguntur, cum is etiam incertus sit; unde solent spurii filii appellari vel a Graeca voce quasi σποραδην concepti nel quasi sine patre filii.*⁶

Kto by teda uzavrel zločinné a incestuálne manželstvo, nemá, ako sa uznáva, ani manželku ani deti. Preto sa na tých, ktorí sa z takejto súložie narodí, hľadá ako na deti, ktoré síce majú matku, otca však nie: preto tiež nie sú v jeho právomoci, ale majú také postavenie, ako majú deti, ktoré matka počala nemanželsky: tie totiž tiež nemajú otca, aj preto, že je neistý. Preto sa im hovorí takpovediac *filii spurii*, buď z gréckeho *σποραδην* „nevyberavo (rozptýlene) počaté“ alebo ako „deti bez otca“.

⁵ Podľa tejto zásady sa testament rušil vždy, keď po jeho zriadení pribudol do agnátskej rodiny poručiteľa *suus postumus*, ktorého testátor v testamente obišiel, teda ho neustanovil za dediča ani nevydedil.

⁶ Porov. Inst. Iust. 1,10,12.

V tejto súvislosti je dôležité pripomenúť, že na deti, ktoré boli počaté zo zločinu alebo z incestu alebo ktoré matka počala mimo manželstva, hľadalo rímske právo tak, že nemajú otca a naopak, muž, ktorý splodil deti v týchto situáciách, nemá manželku ani deti.

Inst. Iust. 1,4pr.

... sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore quo nascitur, licet ancilla conceperit. et ex contrario si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere qui in utero est.

... stačí ale, ak matka v čase jeho narodenia bola slobodná, aj keď počala ako otrokyňa. Aj v opačnom prípade, ak počala ako slobodná a potom porodila ako otrokyňa, sa presadil názor, že dieťa sa narodilo slobodné, lebo nešťastie matky nemá škodiť dieťaťu v materskom tele.

S ohľadom na právnu subjektivitu nascitura bol pôvodne dôležitý moment pôrodu – status narodeného dieťaťa sa vzhľadom na *status libertatis* riadil statusom matky v momente pôrodu – v súlade s pravidlom *mater semper certa est*. Od 2. storočia sa presadila veľmi priaznivá interpretácia jurisprudencie (v prameňoch sa cituje právnik Ulpus Marcellus) s cieľom všeobecne uprednostňovať status slobody (Inst. Iust. 1,4pr.). V súlade s tým už nebol dôležitý status matky v čase pôrodu, ale to, či matka bola počas tehotenstva aspoň krátky (minimálny) čas slobodná. Ak aj bola po počatí ztročená, tento stav nemal škodiť jej dieťaťu.

Spojenie princípu splodenia patriaceho do *ius civile* a princípu narodenia, ktorý vznikol na pôde cudzineckého práva, sa prejavilo pri otázke sukcesie nascitura do práv spojených so senátorským stavom. Nasciturovi patrili (po jeho narodení) privilégiá senátorského stavu, ak do tohto stavu patrila jeho otec v momente keď bol počatý (v súlade s princípom uprednostňovania slobody), aj keď bol zo senátorského stavu vylúčený pred jeho narodením. Ak však bol počatý v momente, keď otec už nebol senátorom, nebol syn po narodení považovaný za senátora (Ulp. D. 1,9,7,1).

Rímskoprávna koncepcia občianskoprávneho statusu nascitura (t.j. otázku jeho právnej subjektivity) a účinkov tejto koncepcie vo vzťahu k možnému nadobudnutiu dedičských práv je prítomná aj v slovenskom občianskom práve (§ 7, ods. 1 Občianskeho zákonníka).

2 Vyhnanie plodu (*abactio partus*)

V období rímskej republiky nebolo vyhnanie plodu (*abactio partus, partum abigere*) samo osebe (*per se*) trestané zákonom. Do tejto praxe mohol zasiahnuť len cenzor formou upozornenia (*nota censoria*⁷) a *pater familias*, využívajúc svoj inštitút domáceho súdu. Tento stav bol pravdepodobne dôsledkom vplyvu gréckej filozofie, ovplyvňujúcej rímske myslenie a právo v rôznych oblastiach morálky a práva, napríklad pri nazeraní na ideu a význam prirodzeného práva⁸. Ak v Aténach (nie v Sparte) sa vykonávali potraty (vyhnanie plodu) – ako sa o tom zmieňuje Sokrates⁹, tak len z mimoriadnych dôvodov, ktoré by sme v súčasnosti mohli označiť ako „lekárske indikácie“. S tým korešponduje aj príslušná časť Hippokratovej prisahy, podľa ktorej lekár „... nijakej žene nepodá prostriedok na zahubenie plodu“¹⁰, t.j. takého, ktorý spôsobuje smrť plodu v rozpore so zásadami lekárskej vedy. Platón vo svojom diele „Ústava“ ospravedlňuje vyhnanie plodu v prípade, ak bolo nenarodené dieťa incestuálneho pôvodu¹¹.

Cic., Clu. 11,32

Memoria teneo Milesiam quandam mulierem, cum essem in Asia, quod ab heredibus [secundis] accepta pecunia partum sibi ipsa medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam; nec iniuria, quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredem familiae, designatum rei pulicae civem sustulisset. [...] si quidem illa, cum suo corpori vim attulisset, se ipsa cruciavit, hic autem idem illud effecit per alieni corporis mortem atque cruciatum.

⁷ Poznámka, ktorú cenzor zapisoval do zoznamu občanov za ich zlé správanie v súkromnom a za porušovanie povinností vo verejnom živote.

⁸ WATTS, W. J.: Ovid, the law and Roman society on abortion. In *Acta Classica*. Vol 16 (1973), s. 93–94.

⁹ Pl., Th. 6.

¹⁰ *Similiter autem neque mulieri pessarium corruptivum dabo. Neque simili ratione mulieri pessum subdititium ad foetum corrupendum exhibebo.* Je zrejmé, že Rimania poznali Hippokratove myšlienky, o čom svedčia fragmenty z Digest. Porov. Paul. D. 1,5,12: To, že dieťa narodené v siedmom mesiaci je už dokonale vyvinuté, bolo uznané zásluhou autority nesmierne učeného muža Hippokrata: a preto treba pokladať za zákonného (manželského) syna toho, kto sa narodí v siedmom mesiaci zo zákonného manželstva; Ulp. D. 38,16,3,12: Ale v prípade dieťaťa narodeného na 182. deň, Hippokrates píše a božský Pius v reskripte adresovanom pontifikom takisto, že dieťa sa považuje za narodené v lehote (dobe) ustanovenej právom a (preto) sa nebude považovať za počaté v otroctve v prípade, ak jeho matka bola prepustená (na slobodu) pred (týmto) 182. dňom.

¹¹ Pl., Resp. 5,461.

Pamätám si, že keď som bol v Ázii, jedna milétska žena bola odsúdená na smrť za to, že požila lieky na vyhnanie svojho plodu, s ohľadom na to, že prijala peniaze od náhradných dedičov. Trest bol spravodlivý – zničila nádeje otca, pokračovanie mena, podpory rodu, dediča rodiny, uvedenie občana štátu. [...] Je to ona, ktorá spáchala násilie na svojom tele, a tým sama seba trestá ukrižovaním (smrťou): dosiahla rovnaký účinok prostredníctvom usmrtenia a umučenia tela iného.

Cicero vo svojom diele *Pro Cluentio* (Tryph. D. 48,19,39) popisuje prípad ženy, ktorá si nechala vyhnat' dieťa pomocou liekov. Pohnútkou pre toto konanie však u tejto ženy nebol primárne odpor k jej nenarodenému dieťaťu, ale jej vôľa obohatiť sa. Žena totiž prijala peniaze od náhradného dediča (v pozícii k jej očakávanému dieťaťu), ktorý sa chcel stať dedičom namiesto primárne ustanoveného dediča (*nascitura*). V dôsledku toho nemožno jej čin hodnotiť izolovane, t.j. len ako konanie s vôľou vyhnat' plod, ale v komplexe všetkých následkov, ktoré boli s vyhnaním plodu spojené – zničila nádejného otcovho potomka, zničila pokračovanie rodiny, zničila dediča rodinného majetku, zničila občana.

Marc. D. 11,8,2

Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.

Kráľovský zákon zakazuje pochovať ženu, ktorá zomrela tehotná, pokiaľ nebolo z jej tela vybraté dieťa. Kto koná proti tomu, bol ako ten, čo vzal nádej živej bytosti spoločne s tehotnou.

Marc. D. 47,11,4

Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse.

Božskí (cisári) Severus a Antoninus vydali reskript, že ženu, ktorú úmyselne vykoná na sebe potrat, pošle správca provincie do dočasného vyhnanstva: pretože sa má považovať za nedôstojné pre ženu, aby beztrestne (podvodne) zbavila svojho manžela dieťaťa.

Podľa názorov rímskych právnikov nepokladal sa plod v lone matky – ako časť matky – za spôsobilý, aby bol samostatným objektom trestnej činnosti. Jeho vyhnanie (odstránenie z tela matky) bolo asi až od roku 200 po Kr.

trestné podľa reskriptov cisárov Septimia Severa a Antonina len ako *crimen extraordinarium*¹². Sankcionovalo sa, len ak pri tom bolo ohrozované matkino zdravie konaním tretej osoby, alebo ak tým bol manžel pripravený o nádej na potomstvo, keďže dieťa by sa narodením dostalo do jeho otcovskej moci – vyhnanie plodu sa v tomto zmysle nepovažovalo za zločin voči bohom alebo voči spoločnosti ako celku, respektíve voči nenarodenému dieťaťu samotnému, ale ako zločin voči hlave rodiny (*pater familias*). Išlo totiž o porušenie patriarchálnych práv, vyplývajúcich z jeho otcovskej, prípadne aj manželskej moci.

Žena, ktorá sa dopustila vyhnania plodu, bola trestaná vyhnanstvom. Tí, ktorí potrat spôsobili podaním jedu, boli odsúdení na deportáciu na ostrov (*honestiores* – senátori, jazdci, vidiecki dekurióni) alebo boli odsúdení na prácu v baniach (*humiliores*). Ak však následkom podania jedu žena umrela, traviči, bez ohľadu na ich postavenie v spoločnosti, boli potrestaní kapitálnym trestom.

Je dokonca možné prijať aj vysvetlenie, že zákonodarca (najmä cisár Octavianus Augustus a jeho *lex Iulia de maritandis ordinibus* z roku 18 pred Kr.) trestal vyhnanie plodu v obdobiach populačnej krízy, t.j. nedostatku ľudí (*penuria hominum*)¹³, ale opäť – primárnym motívom nebola ochrana nenarodených detí, ale podpora pôrodnosti v čase populačnej krízy¹⁴.

Napriek tomu, že viacerí rímski myslitelia pozdvihli svoj hlas voči vykonávaniu potratov (stoici, napríklad Seneca, básnik Ovidius, Cicero, rétor galského pôvodu Favorinus z Arelaty, satirik Juvenalis, Soranos z Efezu, grécky lekár pôsobiaci aj v Ríme), prax ich vykonávania bola bežná¹⁵.

3 Prístupy k potratom v slovenskom práve a v kánonickom práve

Pokiaľ ide o Slovensko, dňa 19. decembra 1957 bol ešte v bývalom Československu prijatý zákon č. 68/1957 Zb. o umelom prerušení tehotnosti, ktorý umožňoval interrupciu zo zdravotných dôvodov alebo z iných dôvodov hodných osobitného zreteľa. Zákon č. 73/1986 Zb. o umelom prerušení

¹² D. 47,11: *De extraordinariis criminibus* (o mimoriadnych zločinoch); *crimen extraordinarium* – zločin, za ktorý bola sankcia udeľovaná v mimoriadnom konaní (*cognitio extraordinarium*).

¹³ Ulp. D. 50,6,3.

¹⁴ WATTS, W. J.: Ovid, the law and Roman society on abortion. In *Acta Classica*. Vol 16 (1973), s. 96–97.

¹⁵ *Ibid.*, s. 96.

tehotenstva, ktorý je v Slovenskej republike účinný aj v súčasnosti, upravuje právo ženy požiadať o interrupciu za výrazne liberálnejších podmienok.

Podľa nálezu ÚS SR (PL 12/01 zo 4. 12. 2007) zo znenia čl. 15 ods. 1 Ústavy vyplýva, že ústavodarca rozlišuje medzi právom každého na život (prvá veta) a ochranou nenarodeného ľudského života (druhá veta). Toto rozlíšenie naznačuje rozdiel medzi právom na život ako osobným, subjektívnym nárokom a ochranou nenarodeného ľudského života ako objektívnou hodnotou (ako je ďalej uvedené). ÚS SR však rozhodol o tom, že lehota 24 týždňov na vykonanie interrupcie (z genetických dôvodov – § 2, ods. 3), ktorú ustanovuje vyhláška č. 74/1986 Zb. je v rozpore s čl. 123¹⁶ Ústavy v spojení s čl. 2, ods. 2¹⁷ Ústavy.

Podľa vyjadrenia tretích strán v kauze A,B,C voči Írsku¹⁸ (bod 201 rozsudku) pred ESLP neexistuje v Európe konsenzus ohľadne uznania práva na potrat (interrupciu).

Can. 1398 CIC 1983

*Qui abortum procurat, effectu secuto, in excommunicationem latae sententiae incurrit.*¹⁹

Kto vykonáva potrat, po dosiahnutí účinku upadá do exkomunikácie na základe vyneseného rozsudku.

Can. 2350 § 1 CIC 1917

Procurantes abortum, matre non excepta, incurrunt, effectu secuto, in excommunicationem latae sententiae Ordinario reservatam; et si sint clerici, praeterea deponantur.

Kto vykonáva potrat, nevynímajúc matku, upadá po dosiahnutí účinku do exkomunikácie na základe vyneseného rozsudku, rezervovanej ordinárovi; a ak sú to klerici, okrem toho nech sú zosadení.

¹⁶ Čl. 123 Ústavy SR: Ministerstvá a iné orgány štátnej správy na základe zákonov a v ich medziach môžu vydávať všeobecne záväzné právne predpisy, ak sú na to splnomocnené zákonom. Tieto všeobecne záväzné právne predpisy sa vyhlasujú spôsobom, ktorý ustanoví zákon.

¹⁷ Čl. 2, ods. 2 Ústavy SR: Štátne orgány môžu konať iba na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobom, ktorý ustanoví zákon.

¹⁸ Sťažnosť č. 25579/05 (rozsudok bol vydaný 16. 12. 2010).

¹⁹ Porov. can. 1450 § 2 CCEO 1990.

Can. 871 CIC 1983

*Fetus abortivi, si vivant, quatenus fieri potest, baptizentur.*²⁰

Potratové plody, ak sú živé, sa majú podľa možnosti pokrstiť.

Kánonické právo zakazuje potrat explicitne a postihuje trestnoprávnou sankciou osoby, ktoré sa aktívne podieľali na interrupcii (abortívnom konaní). Predchádzajúci Kódex explicitne uvádzal medzi sankcionovanými osobami aj matku. Explicitné uvedenie matky je prítomné preto, aby sa, pri aplikácii v trestnom práve používaného striktného výkladu na túto časť normy (ak by neobsahovala výslovné uvedenie matky), odstránila pochybnosť o osobách podliehajúcich trestu.

To, že v kánone 1398 platného Kódexu chýba výslovne uvedenie matky, neznamená, že by bola matka vyňatá z trestnej zodpovednosti. V zmysle gramaticko-logického ale aj historicko-systematického výkladu²¹ (najmä s ohľadom na znenie kánonu 2350 § 1 CIC 1917) je treba považovať aj podľa platného práva tehotnú ženu za trestne zodpovednú za potrat. Trest v jej prípade by však podľa kánonu 1324, ^o5 Kódexu kánonického práva z roku 1983 musel byť zmiernený, ak by podstúpila skutok svojou povahou vnútorne, zlý (t.j. potrat)²² prinútená veľkým strachom.

Tými, ktorí podliehajú trestu podľa kánonu 1398 platného Kódexu sú v dôsledku toho tehotná žena (bez ohľadu na to, či si potrat urobila sama alebo ho dosiahla pomocou inej osoby) a ďalšie osoby, ktoré sa priamo podieľali na potrate, bez ohľadu na to, či majú lekársku kvalifikáciu alebo nie.²³ Subjektmi deliktu potratu nie sú tí, kto radili ísť na potrat, poskytli zariadenie na vykonanie potratu alebo učili, ako postupovať pri vykonávaní potratu (napríklad vysokoškolskí učitelia).²⁴ Avšak tí, ktorých participácia

²⁰ Porov. can. 680 CCEO 1990.

²¹ Porov. can. 6 § 2 CIC 1983.

²² Encyklika *Evangelium vitae* výslovne uvádza potrat ako skutok vnútorne zlý (bod 80 encykliky).

²³ POTZ, R.: *Abortus* im kirchlichen Strafrecht. In Österreichisches Archiv für Kirchenrecht. Vol. 42 (1993), s. 110 a BEAL, J. P./ CORIDEN, J. A./GREEN, T.J. (eds.): *New Commentary on the Code of Canon Law*. Mahwah (2002), s. 1603.

²⁴ AYRINHAC, H. A.: *Penal Legislation in the New Code of Canon Law*. New York – Cincinnati – Chicago (1920), s. 288. Títo však prípadne môžu podliehať iným trestom *ferendae sententiae* (t.j. tým, ktoré je potrebné vyhlásiť). Deliktu potratu podľa kánonu 1398 sa v tomto zmysle nedopúšťajú tí, ktorí hlasujú za potratovú legislatívu. Ich konanie má však následky vo svedomí (je hriechom): „A tak vnútorne nespravodlivý zákon, akým je zákon pripúšťajúci potrat a eutanáziu, nemožno nikdy použiť, ani sa zúčastňovať na vytváraní

na potrate je nevyhnutná (*complici necessarii*) sú subjektmi deliktu potratu.²⁵

Pápežská komisia pre autentický výklad Kódexu prijala na plenárnom zasadnutí 19. januára 1988 autentickú interpretáciu kánonu 1398²⁶, z ktorej vyplýva, že za vyhnanie plodu treba považovať na účely deliktu podľa kánonu 1398 akékoľvek úmyselné zabitie plodu od momentu počatia. Text interpretácie:

Dubium: Utrum abortus, de quo in can. 1398, intelligatur tantum de eiectione fetus immaturi, an etiam de eiusdem fetus occisione quocumque modo et quocumque tempore a momento conceptionis procuretur.

Responsum: Negative ad primam partem; affirmative ad secundam.

Pochybnosť: Či *abortus*, o ktorom je reč v kánone 1398, znamená len vyhnanie nezrelého plodu (*fetus*), alebo aj zabitie toho istého plodu akýmkoľvek spôsobom a v akomkoľvek čase od momentu počatia.

Odpoveď: *Negative* (negatívne) na prvú časť, *affirmative* (pozitívne) na druhú časť.

verejnej mienky v prospech takéhoto zákona, ani ho podporiť hlasovaním“. Deklarácia o umelom potrate 22.

²⁵ BEAL, J. P./ CORIDEN, J. A./GREEN, T.J. (eds.): *New Commentary on the Code of Canon Law*. Mahwah (2002), s. 1603.

²⁶ In AAS 80 (1988), s. 1818–1819.

Uprednostňovanie kresťanských otrokov od čias cisára Konštantína¹

Peter Mach²

1 *Manumissio in ecclesia* – 2 Diskvalifikácia nekresťanov z vlastníctva kresťanských otrokov

Dejinný zlom, ktorý nastal so zrodom kresťanstva, sa iba postupne prejavoval v rôznych oblastiach života. V rímskom štáte sa po viacerých obdobiach zosilneného útlaku napokon zmenili pomery spoločenské i politické, čo napokon pomohlo akceptácii kresťanstva a kresťanov ako novej hybnej sily štátu.³

Už Konštantín I. Veľký (306–337) začal robiť úpravy v práve v prospech kresťanských otrokov, predovšetkým však od jeho čias silneli tendencie k ich hojnejšiemu prepúšťaniu. Prečo sa politika uprednostňovania kresťanov či diskriminácie nekresťanov začala rozvíjať práve počas vlády tohto cisára, je zrejme – s Liciniom v roku 313 uzavrel Milánsku dohodu (Milánsky edikt)⁴, ktorým plne zrovnoprávnil kresťanstvo a kresťanov, ako i ostatné náboženstvá, s dovtedajším (pohanským) kultom. Iba dva roky predtým vydal Galerius krátko pred svojou smrťou prvý významnejší cisársky dokument, ktorý naozaj toleroval kresťanstvo.

¹ Nepochybujem, že táto téma by nášho pána profesora zaujala. Okrem toho, že sám bol úprimným kresťanom, neraz dal osobitne najavo, že zotročenie človeka človekom považoval za opovrhnutia hodné, a to nielen v striktno rímskoprávnom zmysle. Na druhej strane, ako dôsledne právnický a historicky uvažujúci človek so zmyslom pre realitu vždy so záujmom sledoval, ako sa aj vznešené idey museli rozvíjať len postupne v príslušnom kultúrnom a dobovom kontexte i medziach. Pri vysvetľovaní mnohých právnych inštitútov sa vyhýbal čierno-bielemu moralizovaniu a vnímal ich mnohorožmerne ako právne fenomény. I tento jeho otvorený a kritický prístup, ktorý tak často (nielen) mladým právnikom (vrátane romanistov) chýba, je súčasťou bohatej duchovnej pozostalosti, ktorú do svojich žiakov profesor Blaho s gráciou sebe vlastnou vštepoval. Vždy budem s vďakou spomínať!

² Príspevok je výstupom z projektu APVV-17-0022.

³ Pozri napríklad NEMEC, M.: Štát, cirkev a právo v Rímskej ríši v prvých štyroch storočiach po Kristovi. Bratislava (2005), 87 s.

⁴ VLADÁR, V.: Právna subjektivita Cirkvi podľa Milánskeho ediktu. In *Forum Iuris Europaeum*. Vol. 1 (2013), No. 1, s. 96–130.

Protekcjonistické tendencie voči najbrutálnejšiemu zaobchádzaniu s otrokmi patria k tým radostnejším charakteristikám poklasického práva – patrí sem zákaz používať otrokov na hry, zákaz ich kastrácie, zákaz prostituovania otrokov. K celkovej, dnes by sme povedali, humanizácii práva patrilo napríklad aj obmedzenie predaja dieťaťa do otroctva.

Pristavíme sa pri dvoch oblastiach úprav, v ktorých ako osobitný prvok vystupuje otrok – kresťan: 1. prepúšťanie otrokov na slobodu pred cirkevným zhromaždením a 2. diskvalifikácia nekresťanov z vlastníctva kresťanských otrokov.

1 *Manumissio in ecclesia*

Rímska právna prax na podklade prétorského práva už v klasickej dobe akceptovala aj neformálne prepustenie otroka na slobodu, teda aj bez dodržania postupu vyžadovaného civilným právom.⁵ Problémom však bola obmedzenosť právnych následkov takéhoto prepustenia bez dodržania predpokladov podľa civilného práva, keď prepustenec mohol získať nanajvýš *latinitas*.

Akceptácia kresťanov, kresťanského spoločenstva (Cirkvi) a ich kultových zvyklostí napokon priniesla aj novú formu udeľovania slobody otrokovi – prepustenie pred cirkevným spoločenstvom (*manumissio in ecclesia*). Jej vonkajším prvkom bolo vyhlásenie pred cirkevným zhromaždením na čele s biskupom.

Z dostupných prameňov je zrejماً podobnosť s niektorými staršími a bežne užívanými formami manumisií, najmä pokiaľ ide o verejnosť aktu, ale zároveň je zrejmé, že ide o samostatnú formu so svojimi špecifikami, tak pokiaľ ide o predpoklady, ako aj v právnych následkoch.

Netreba zo zreteľa strácať ani to, že prepustenie otroka na slobodu bola na jednej strane vlastne dispozícia s vecou právnym úkonom⁶ a na druhej strane išlo o rozhodovanie o osobnom stave človeka – „rodil sa“ *libertinus*, teda aj nový právny subjekt. Rímske právo pri oboch aspektoch dôsledne trvalo na typovej viazanosti a neumožňovalo vlastníčkovi otroka s právnymi účinkami meniť úplne či čiastočne *status libertatis* človeka ľubovoľne, teda inak než právnym poriadkom vopred predpokladaným úkonom s príslušnými náležitosťami⁷.

⁵ Pozri napríklad WLASSAK, M.: Die prätorischen Freilassungen. In ZSS 26 (1905), s. 367–431.

⁶ V princípe bola každá manumissia vzdaním sa vlastníctva, nešlo však o púhu derelikciu.

⁷ D. 40,12,37. FABBRINI, F.: *La manumissio in ecclesia*. Milano (1965), s. 77.

Z Konštantínovej konštitúcie⁸ – odpovede biskupovi Protogenovi z roku 316 vyplýva, že začiatkom 4. storočia (*iam dudum placuit*) sa zaviedla táto nová forma manumisie. Cisárske stanovisko počítalo s tým, že po vykonaní potrebného vyhlásenia pred cirkevným spoločenstvom bude takémuto prepustencovi poskytnutá listina, ktorá bude slúžiť ako doklad (*propter facti memoriam*).

Takáto manumisia znamenala pre prepustenca aj výhodu rímskeho občianstva, teda je možné hovoriť o úplných účinkoch (*plenum fructum libertatis*)⁹ takéhoto prepustenia. To z hľadiska právnych následkov i druhu prameňa práva¹⁰ radí tento novotvar k civilným spôsobom prepustenia otroka (*manumissio censu, testamento, vindicta*), hoci dôsledné členenie na civilné a prétorské právo je treba v Konštantínovej dobe považovať už za anachronizmus. Je namieste pripomenúť, že otrokov bolo možné neformálne pred spoločenstvom viacerých osôb prepustiť už v klasickej dobe (*manumissio inter amicos*), ale manumisia pred kresťanským spoločenstvom bola takpovediac kvalifikovanou, práve v dôsledku priznania plného občianstva prepustencovi, čo pri prétorských manumisiách neprichádzalo do úvahy.

2 Diskvalifikácia nekresťanov z vlastníctva kresťanských otrokov

Postupná priorizácia kresťanov priniesla najvýznamnejšiu zmenu právneho vzťahu medzi vlastníkom a otrokom v podobe postupného zavedenia novej kvalifikácie (či až klasifikácie?) spôsobilosti na vlastníctvo niektorých otrokov, a to so zohľadnením tohto celkom nového ponímania statusu človeka v podobe vierovyznania¹¹ na oboch stranách vzťahu vlastník – vlastnený.

Je treba poznamenať, že v republikánskom Ríme a do veľkej miery i v princípáte existovala (dnes by sme povedali) zväčša náboženská sloboda v oblasti súkromného kultu. Prejavovalo sa to i tak, že rímsky polyteizmus nečakane tolerantne znášal import niektorých nových božstiev (typicky z východu, avšak nie len gréckeho), pričom mnohé z nich sa stali nielen

⁸ Cod. Iust. 1,13,1.

⁹ Cod. Theod. 4,7,1,1 a Cod. Iust. 1,13,2.

¹⁰ V tom čase už boli rozhodnutia cisára formálnym prameňom práva.

¹¹ Rím predchádzajúcich storočí nepoznal podstatné rozdiely v právnom postavení človeka na základe jeho vnútorného postoja či vonkajšej príslušnosti k určitej kultovej či náboženskej skupine, s výnimkou zasvätených osôb.

trpenými, ale dostali sa aj do pomyselného a aj reálneho panteónu¹². To však platilo za predpokladu, že uctievači týchto cudzorodých božstiev a zvykov nenarúšali verejný rímsky kult, ktorý sa koncentroval okolo tradičných alebo už osvojených, no predsa rímskych božstiev.

Rímska spoločnosť tak žila dvojtvárnym kultom – spoločným verejným na jednej strane a súkromným (osobným) či prakticky uzavretým rodinným kultom na strane druhej.

Táto tolerantná až liberálna tradícia v konzervatívnom Ríme bola prelomená najmä trenicami spojenými s postupným prenikaním kresťanstva a jeho postupným prekvášaním rímskej spoločnosti.¹³

Kresťanskí cisári, ku ktorým treba radiť už Konštantína¹⁴, začali svojimi rozhodnutiami vplývať na životné podmienky otrokov (a zvlášť kresťanských) tak, že sa ich postavenie zlepšovalo, dnešným jazykom azda – humanizovalo. Tieto úpravy boli do istej miery fragmentárne; cisári reagovali na aktuálne jednotlivé problémy a záujmy, čo je inak v cisárskej normotvorbe vcelku typické. Cisári tak najmä reagovali na konkrétne kauzy a nastolené otázky; je na zamyslenie, či mali určitý cieľavedome plnený plán, ako by sa malo otrocké právo vyvinúť.

S trochou zjednodušenia možno vývoj charakterizovať tak, že súvisiaca právna úprava zachytená v Teodoziánskom kódexe bola do veľkej miery zameraná proti židom¹⁵ a heretikom, Justiniánsky kódex už dôsledne uplatňoval ochranu kresťanských otrokov všeobecnejšie aj pred vlastníkmi – pohanmi (*pagani*) a heretikmi (*haeretici*).

Cisári najmä presadzovali ideu, aby kresťanský otrok – teda otrok, ktorý bol kresťanom – mohol slobodne vyznávať svoju vieru, a aby nemohol byť svojim vlastníkom nútený k apostáze, respektíve konverzii. Tam patrí predovšetkým zákaz nútiť takéhoto veriaceho otroka prestúpiť na židovstvo a nechať sa obrezať, zákaz nútiť ho k prestupu k heretickým hnutiam či všeobecne opustiť pravovernú katolícku vieru.

¹² K tejto zložitej problematike napríklad SKŘEJPEK, M.: *Ius et religio*. Právo a náboženství ve starověkém Římě. Pelhřimov (1999), 320 s.

¹³ Pozri napríklad BLAHO, P.: Cirkev a štát v antickom Ríme. Etymologické a politicko-právne problémy spojené s raným kresťanstvom. In *Právněhistorické studie* 40 (2009), s. 35–54.

¹⁴ Najmä s ohľadom na politické pôsobenie, bez ohľadu na osobný vývoj. K jeho osobe a náboženskej politike pozri napríklad KEIL, V.: *Quellensammlung zur Religionspolitik Konstantins des Grossen*. Darmstadt (1995), s. 16–34.

¹⁵ Obsirnejšie napríklad ARMGARDT, M.: *Das Sklavenrecht in der spätantiken römischen Judengesetzgebung von Konstantin bis Justinian*. In *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto* 9 (2019), s. 293–309.

Tak napríklad cisár Konštantín v roku 336 uzákonil, že ak žid kúpil a obrezal otroka – kresťana či inoverca (nežida), takýto otrok nadobudol slobodu.¹⁶ Nasledovala ďalšia úprava od Konštancia, podľa ktorej sa židom nadobudnutí otroci – nežidia stávali otrokmi fisku.¹⁷

Tento trend čiastočne zvrátili Honorius s Theodosiom v roku 415, keď židom umožnili mať za otrokov kresťanov za podmienky možnosti vyznávania kresťanského náboženstva, zrušiac zároveň všetky protichodné opatrenia.¹⁸ Avšak už o dva roky židom zakázali kupovať či do daru prijať nového kresťanského otroka pod sankciou okamžitej slobody pre neho, no umožnili im ponechať si už predtým vlastnených a tiež neskôr zdedených kresťanov.¹⁹

Napokon Justinian uzákonil²⁰, že žiaden žid, pohan či heretik nesmel mať (*habere*) kresťanského otroka a ak by táto situácia nastala, všetci takíto otroci sa stávali v každom ohľade (*modis omnibus*) slobodní. Tým umožnil otrokom takýchto nepravoverných vlastníkov nadobudnúť slobodu samotným včlenením sa do Cirkvi, teda samotnými iniciačnými sviatosťami.²¹ Justinian zároveň pamätal aj na situáciu, keď bývalý vlastník takýchto osôb vzápätí tiež prestúpil na štátom uznanú katolícku konfesiu²² – výslovne zakázal opätovné zotročenie tých, ktorí ho v tejto viere predišli, čo v nadväznosti na to trestal.²³ V tomto konečnom štádiu vývoja teda platilo pravidlo, že pravoverný kresťan smel vlastniť otrokov, vrátane otrokov kresťanských. Naopak, všetci ostatní (teda nevyznávajúci štátom preferovanú katolícku konfesiu) potenciálni vlastníci stratili spôsobilosť byť vlastníkami kresťanov a veľmi ľahko mohli vlastníctvo takýchto otrokov stratiť v momente ich pokresťančenia, a to dokonca bez nároku na akúkoľvek protihodnotu.

Je zrejmé, že takáto možná (hroziaca) instantná majetková sankcia za opustenie jednoty s uznanou cirkevnou organizáciou bola v prípade bohatších osôb (teda vlastníciach otrokov) naozaj citeľná²⁴, čo ich nevyhnutne silne

¹⁶ Cod. Theod. 16,9,1, potom cisár Konštantín Cod. Iust. 1,10.

¹⁷ Cod. Theod. 16,9,2.

¹⁸ Cod. Theod. 16,9,3.

¹⁹ Cod. Theod. 16,9,4.

²⁰ Cod. Iust. 1,3,54,8.

²¹ Cod. Iust. 1,3,54,9.

²² *Catholica lex* podľa Konštantína; Cod. Iust. 1,5,1. K použitiu pojmu pozri napríklad BRŤKO, R.: „*Catholica Lex*“ a nariadenia cisárov týkajúce sa cirkevných záležitostí. In MACH, P./PEKARIK, M./VLADÁR, V. (eds.): *Constans et perpetua voluntas – Pocta Petrovi Blahovi k 75. narodeninám*. Trnava (2014), s. 37–48.

²³ Cod. Iust. 1,3,54,10.

²⁴ Na heretikov doliehali aj iné obmedzenia a tresty, napríklad obmedzenie vlastníctva pozemkov.

motivovalo k zachovaniu a rešpektovaniu vytvorených cirkevných, a teda aj sociálnych štruktúr, čo bolo nepochybne v záujme štátnej (cisárskej) moci, ktorá neustále musela hľadať cesty k svojej konsolidácii.

Uvážiac nie celkom separačný model vzťahu vtedajšieho štátu a Cirkvi sa tak zdá, že tieto opatrenia navonok prijímané predovšetkým zo zbožnosti a s ohľadom na ochranu viery samotných otrokov, boli v skutočnosti jedným z nástrojov na vynútenie lojality bohatších vrstiev – vlastníkov otrokov.

K uctění památky Petra Blaha.
Per liberam personam adquiri nobis nihil potest versus
§ 436 nového občanského zákoníku

Michaela Židlická

Úvod – 1 Rekapitulace forem zastoupení – 1.1 Povinné zastoupení – 1.2 Procesní zastoupení – 1.3 Smluvní zastoupení – 2 Obligace naturální – 3 *Peculium* – Závěrem – Domnělé poselství Petra Blaha

Úvod

V době, kdy se rozvíjelo římské právo a kdy římská říše vykazovala znaky vyspělé tržní společnosti, se naši slovanští předkové pohybovali někde v Asii. Tu část Evropy, která prožila antickou civilizaci, dělí od doby největšího rozkvětu posledního antického státu ani ne dva tisíce let. Římané zanechali na celém svém území monumentální architekturu, která byla až do doby moderny vzorem a ideálem stavitelství. Evropské civilizaci však zanechali mnohem víc – písmo, křesťanskou etiku a právo. Dnešní absolventi gymnázií, kteří přichází studovat práva, mají o antických hodnotách a historii bohužel velmi chatrné znalosti. Přesto a s radostí sledují, že mnozí studenti se ochotně nechají světem antických hodnot oslovit a dychtí jim porozumět. Pavel Holländer ve svém nedávno vydaném díle „Příběhy právních pojmů“ píše: „Německý filosof a pedagog Manfred Fuhrman si ve své knížce ‚Vzdělávání, evropská kulturní identita‘ klade otázku, proč koncepce vzdělávání, jak se zformovala na počátku 19. století, kladla takový důraz na výuku latiny a řečtiny, na výuku římských a řeckých reálií: odpověď nalézá v myšlenkách Goetheho a Schillera, onen antický svět, jeho cnosti, sny a tužby, jeho hodnoty a ideje, jeho krásu a umění, jeho uspořádání obce, škola podává aproximativní ideál, jako skrytý kód, k němuž je nutno se vztahovat. Doba dnešní již nezná ideálů, škola nabízí pouhou deskripci bez přítomnosti étosu. Patrně tato změna skrytého kódu je i důvodem hermeneutického, z dnešního předporozumění vycházejícího, čtení ‚soumraku moderního státu‘.“¹

¹ HOLLÄNDER, P.: Příběhy právních pojmů. Plzeň (2017), s. 99.

S Petrem Blahem jsme často hovořili o takových tématech a já bych si přála v těch rozhovorech pokračovat... Chtěla bych mu klást otázky, které by směřovaly do budoucnosti. Jistě mnoho odpovědí lze vyčíst z jeho díla, které díky vědecké akribii zakládal vždy na pramenech a faktech. Chtěla bych však něco vypátrat z jeho intuice. Například bych chtěla také vědět, jak se mění pohled na právní instituty. Jak moc jsme v zajetí současnosti, jak moc nás determinuje vzdělání a doktríny, které se i v právních vědách mění, reflektující potřeby současnosti. Jak dokázat pochopit neustálé proměny a odlišit podstatné od nepodstatného. Moudrý a pokorný člověk, jako byl Peter, by mohl mnohé odpovědět. S úctou se skláním před jeho památkou...

Námětem tohoto zamyšlení je pohled na institut zastoupení, pro který Římané neměli obecný pojem. Předmětem zájmu následujících řádků bude snaha podhalit podstatu nebo možná zrekapitulovat zastupování v římském právu a nastínit příčiny odlišnosti dnešního přístupu založeného na přednosti zastoupení přímého.²

Ke specifickému charakteru římského práva z hlediska obecného se vyjadřuje Hans Hattenhauer³ takto: „Jelikož byl výkon spravedlnosti věcí nejváženějších občanů, projevoval se i tu svérázný, snad až tvrdohlavý konzervativismus Římanů. Právo se vyvíjelo jen pozvolna. Překvapující novoty byly podezřelé. Postupovalo se vpřed jen krok za krokem, hledal se způsob, jak vystačit s literou zákona a vyřčeným slovem. Po dlouhou dobu se nesmělo pátrat po smyslu skrývajícím se za slovem a literou, po záměrech, které sledoval zákonodárce nebo soukromá osoba [...] Tato opatrná a konzervativní technika pomalého dotváření práva, při níž se vycházelo z jednotlivých případů, bránila tomu, aby byl výkon spravedlnosti utajován a ovlivňován životu cizími teoriemi. Římský právník se vzpíral tomu, aby do právní praxe pronikala v širokém rozsahu teorie. Byl přesvědčen o tom, že pravdu neobsahuje právní systém, nýbrž zkušenosti otců a to, co se osvědčilo v praxi. Římské právo bylo kazuistickým právem a zůstalo jím i tam, kde bylo vtěleno do formy zákona“. Tato nedůvěra vůči teoreticky nalézané pravdě byla vyjádřena v tezi D. 50, 17, 202 Iavolenus *libro tertio decimo ex Cassio*: „Každý obecný pojem je v civilním právu nebezpečný, neboť zřídka se stává, že by nemohl být vyvrácen“. Právo nebylo převáděno na pojem, stejně jako se naopak z toho, že existovaly některé pojmy, nedělal závěr o existenci správného práva.

² OZ, část první, Hlava III. Díl I., § 436: „Kdo je oprávněn právně jednat jménem jiného, je jeho zástupcem; ze zastoupení vznikají práva a povinnosti přímo zastoupenému. Není-li zřejmé, že někdo jedná jménem jiného, platí, že jedná vlastním jménem“.

³ HATTENHAUER, H.: Evropské dějiny práva. Praha (1998), s. 85.

Římská právo tvorba byla však vždy schopna i při zachování své kontinuity citlivě reagovat na potřeby a proměny své doby. Pokud jde o zastoupení, je na místě otázka, proč zůstala zachována zásada *Per liberam personam adquiri nobis nihil potest*,⁴ a to bez významnějších proměn.

Pandektní věda a starší právní romanistika, která do velké míry určuje náš pohled na římské právo, stanovila doktrínu: římské právo neznalo přímé zastoupení. Proto se úvodem obracím na nestora české právní romanistiky Leopolda Heyrovského a jednoho z jeho následovníků, Otakara Sommera.

L. Heyrovský podává výklad „o právních účincích právního jednání pro třetího“⁵ ve stručném shrnutí takto: Právní následky právního jednání účinkují druhy v osobě jiné, nežli v jednajícím. Tak se stává:

1. Jednání nabývací osoby *alieno iuri subiectus – filius familias, uxor in manu*, svobodný *in causa mancipii* nebo otrok.

2. Z právních jednáních zavazovacích, která předsevzaly *personae alieni iuris (actionem de peculio, tributoriam, de in rem verso a quod issu)*.

3. Zástupce, tedy ten kdo činí právní jednání pro jiného a na jeho místě, aby se tento stal účastným následků právního jednání. Pro osoby nezpůsobilé k právnímu jednání jde o zástupce zákonného nutného (*tutor, curator*) nebo zástupce právnické osoby. Ale i pro osobu způsobilou k právnímu jednání, která nemůže konat pro nějakou faktickou překážku, jedná dobrovolný zástupce. Nejčastěji jde o *mandatum* s předchozím nebo následným souhlasem *domini negotii (ratihabitio)*. Bez tohoto souhlasu jako *negotiorum gestor*.

Přímé zastoupení bylo ve starším římském právu naprosto vyloučené (viz Paulus). Jednání, které by bylo činěno jménem jiného, bylo neplatné. Heyrovský říká, že neexistenci přímého zastoupení nahrazovala různá opatření – že za majitele moci jednala osoba podřízená. To ovšem nepokládá za formu přímého zastoupení, protože jednání nezávisí na vůli jednatele, ale ten jedná pro nositele moci. Takový charakter ale mělo každé nabývací jednání osob podřízených.

Z hlediska vývoje pohledu na zastoupení v oblasti práva věcného je zajímavá otázka nabytí držby prostřednictvím zástupce. Paulus píše (Sent. Paul. 5,2,1): *Possessionem adquiremus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno*.

V klasickém právu bylo možné nabytí držby skrze zástupce, který není podřízen moci zastoupeného. Z Paulova textu vyplývá, že podmínkou bylo, že zástupce má *corporalis possessio*, nikoliv však vůli věc držet pro sebe,

⁴ Sent. Paul. 5,2,2.

⁵ HEYROVSKÝ, L.: Dějiny a systém soukromého práva římského. Bratislava (1927), s. 109n.

ale pro zastoupeného. *Animum possidendis* musí mít totiž i zastoupený. Vůle k nabytí držby skrze zástupce se pak projevuje příkazem. Počátek doby vydržení se pak počítá od doby, kdy se zastoupený doznaná, že věc byla vzata pro něj do držby.⁶ V oblasti věcněprávních poměrů Heyrovský upozorňuje, že v době císařské byly zavedeny odchylky od nepřípustnosti přímého zastoupení – bylo připuštěno přímé zastoupení při nabytí držby, později bylo uznáno i při nabytí vlastnictví, při tradici, vydržení nebo okupaci (prostřednictvím držby).

Sommer,⁷ pokud jde o *ius civile*, říká jasně: Přímé zastoupení je vyloučeno.

Civilní právo římské znalo jen zastoupení nepřímé. 1. Posla bylo možno použití pouze při právních jednáních bezforemných (Iul. D. 39,5,2,6). Zástupce musel tedy uzavřít právní jednání jménem vlastním. Zastoupení přímé bylo zásadně vyloučeno v právních jednáních i v procesu. *Per extraneam personam non acquiritur* (Inst. Gai. 2,95). *Inutilis est stipulatio, si dari stipulemur, cui iuri subiecti nonsumus* (Inst. Gai. 3,103). *Nemo alieno nomine lege agere potest* (Ulp. D. 50,17,123). Tento princip byl v nejstarší době nevyvinutého obchodu snesitelný jen proto, že bylo obecně civilním právem uznáno nabývání z právních jednání, uzavřených osobami podrobenými rodinné moci (*personae alieni iuris*). To je možné i při mancipaci, nikoliv však při *injurecessi* v důsledku vyloučení procesního zastoupení. Nabývání toto děje se ryze automaticky, bez zřetele na to, jak poddaný při jednání vystupoval, zda svým jménem nebo jménem majitele moci, bez zřetele, zda majitel moci o jednání nabývacím věděl, zakázal jej (srv. Iul. D. 45,1,62) nebo k němu dal zmocnění. Osoba poddaná je tedy pro majitele moci nabývacím, nikoliv přímým zástupcem. Sommer hovoří o surrogátu přímého zastoupení.

Zavazovací právní jednání osob poddaných neměla podle civilního práva pro majitele moci účinků. Zavázanou zůstala jednající osoba poddaná, pokud jest vůbec způsobilá se zavazovati.

Pokud jde o *ius honorarium*, říká Sommer, že právo poprávalo přístup přímému zastoupení ochotněji. Zdůrazňuje, že přesto však ještě ani právo Justiniánovo neuznává zásadně dokonalého zastoupení v právních jednáních.

Kazuisticky vázané formy přímého zastoupení připouštěl *praetor* nejen v institutech práva vytvořeného ediktálně, ale i v právních jednáních *ius civile*, zejména nabývání pohledávek jménem třetího, ne ovšem tak často při uzavírání smluv závazku jménem třetího. Tak propouští *actio utilis* ze smluv

⁶ Idem, s. 235.

⁷ SOMMER, O.: Učebnice soukromého práva římského. Praha (2011), s. 105.

tutorových pro poručenca a proti němu alespoň po skončení poručenství, ze smluv uzavřených svobodným institorem v mezích plné moci pro pána závodu proti tomu, kdo s institorem kontrahoval, avšak jen je-li institor insolventní. Výjimečně se uznávalo přímé zastoupení i v právu civilním, a to:

1. Při nabytí držby prokurátorem nebo tutorem a při nabytí vlastnictví, pokud se zakládá na nabytí držby (*traditio*), dále při poskytnutí zápůjčky (*mutuum*) cizím jménem, což souvisí s životem bankovním. Ulp. D. 12,1,9,8 : *cum cottidie credituri pecuniam mutuan ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debito nostro*.

2. Při zcizení tradicí zmocněncem svobodným, tutorem a kurátorem v mezích jejich oprávnění a osobou poddanou, pokud jde o zcizení z pekulia a poddanému byla udělena *libera administratio peculii*.

3. Za podmínek, za nichž praetor připouští *actionem quod iussu*, bylo možno od dob Juliánových žalovati majitele moci přímo, vznikla-li ze smlouvy žalovaného *condictio*. Prokurátor může v mezích své plné moci s přímým účinkem pro pána platiti dluhy pánovi a přijímati za něho placení, učiniti novaci aj.

Sommer uvádí, že pojem plné moci není v pramenech důsledně vypracován a splývá začasť s interním poukazem. Závěrem pojednání o zastoupení konstatuje, že nicméně v četných rozhodnutích proniká již pojetí, odpovídající moderní konstrukci přímého zastoupení. Zejména postavení institora je totožné s postavením přímého zástupce, třebaž účinky jeho jednání jsou jiné.

Shrneme-li předcházející řádky, je zřejmé, že v oblasti věcných práv, zejména poměrů držebních, vytvořili antičtí právníci pravidla, která v podstatě přímé zastoupení umožňovala. O tom svědčí zejména Paulův text Sent. Paul. 5,2,1. U vztahů obligačních tomu tak nebylo. Heyrovský i Sommer, ve shodě se všeobecným právně romanistickým a pandektním učením, píší, že skrze svobodnou osobu se zavazovat nelze. Stejně tak všichni shodně naznačují, že při existenci pekulia byli otroci nebo osoby poddané v podstatě přímými zástupci majitele moci (*libera administratio*).

1 Rekapitulace forem zastoupení

1.1 Povinné zastoupení

Jednalo se o široké spektrum skutkových podstat pro případy ochranných režimů osob, které byly omezeny ve způsobilosti k právním úkonům. Osoby,

jejichž volní vlastnosti neumožňovaly zakládat právní vztahy. Šlo o nezletilé, *minori viginti quinque*, ženy, osoby duševně choré, a *prodigii*.⁸

1.2 Procesní zastoupení

Ulpianův text z jeho komentáře *libro quarto decimo ad edictum* v 50. knize v titulu 17. *De diversis regulis iuris antiqui* (Ulp. D. 50,17,123) říká: *Nemo alieno nomine lege agere potest*. Jde o procesní zásadu legisakčního procesu, který, jak praví Gaius (Inst. Gai. 1,4,30), postupem doby upadly v zapomnění. Z hlediska sledovaného tématu je zajímavý název 17. titulu „O odlišných pravidlech starého práva“, ve kterém Ulpianus poukazuje právě tuto odlišnost od práva platného v jeho současnosti.

Je obecně známou skutečností, že archaické právo lpělo tvrdě a důsledně na odpovědnosti subjektu právního jednání. To dosvědčuje mimo jiné skutečnost, že text praetorského ediktu *Quod metus causa gestum erit ratum non habeo* pochází až z 1. století před Kr. Do té doby nesl jednající odpovědnost i za taková svá jednání, ke kterým byl donucen pod vnějším psychickým nebo fyzickým nátlakem: *Coactus voluit, tamen voluit*. Důvody takové přísnosti můžeme pouze domýšlet. Podle Kasera „... zábrany v tomto smyslu mají kořeny v magicko-sociální představě, že právní akty, zejména formální a později i jiné, působí jen vůči té osobě, které lze jednání dosvědčit a že jednání zavazují pouze jednajícího“.⁹

Archaické právo zrozené v době primitivní agrární společnosti kladlo důraz na právní jistotu, na velkou vážnost právního jednání. *Civitas Romana* a její zákonodárci vedli obyvatelstvo k úctě k právu a řízení před soudem. Jakákoliv nepřesnost v legisakcích znamenala ztrátu procesu. Gaiem¹⁰ později vysmívaný formalismus, který ranou dobu římského státu provázel, nebyl samoúčelný. Měl vliv na právní vědomí Římanů a vedl k respektu k právu. Pokud budeme parafrázovat R. M. Dworkina: „Římané brali právo vážně“. Ale zpět k Ulpianovi. V jeho době, a pochopitelně již mnohem dříve, bylo procesní zastoupení samozřejmostí. Zastupování před soudem se připustilo spolu s formulovým procesem. Procesní zástupce byl buď *cognitor* nebo *procurator ad litem*.

⁸ K tomu ŽIDLICKÁ, M.: *Personae* a Nový občanský zákoník. In STLOUKALOVÁ, K. (ed.): *Soudobé reflexe římského práva*. Praha (2016).

⁹ KASER, M.: *Das Römische Privatrecht*. Bd. 1. München (1971), s. 26.

¹⁰ Inst. Gai. 1,4,30.

1.3 Smluvní zastoupení

Pro účely uzavření smlouvy s osobou *sui iuris* sloužilo *mandatum*. Jde o konsenzuální kontrakt nerovný. Za pomoci *actio mandati directa* dokázal mandant vymoci předmět plnění od mandatáře. Pomocí *actio mandati contraria* naopak zavázaný mandatář dostal zaplacený náklady, které mu v souvislosti s výkonem mandátu vznikly, případně škodu, která mu v souvislosti s mandátem nastala. Odměna za vynaloženou práci v rámci tohoto obligačního vztahu vymahatelná nebyla. Za práce duševní nebo možná lépe řečeno práce intelektuálního charakteru se ve starém Římě poskytoval honorář, nikoliv mzdu.

Druhým a častým případem vypořádání vzájemných nároků vzešlých z pohledávek dvou osob *sui iuris* je nepřikázané jednatelství – *negotiorum gestio*. Od dob Justinánových kvazikontrakt, dříve dle Gaia obligace vzniklá *ex cusarum variis figuris*. Podobně jako smlouva mandátní je opatřena žalobami *directa* a *contraria*. Neboť i v tomto případě se jedná, z hlediska rozložení práv a povinností, o obligaci nerovnou.¹¹

Ulp. D. 17,1,6,1:

Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur: nec enim ideo est obligatus quod negotia gessit, verum idcirco quod mandatum suscepit: denique tenetur et si non gessisset.

Jestliže někdo dostane příkaz, aby spravoval záležitosti, bude muset být sám stíhán touto žalobou a nebude žalován z nepřikázaného jednatelství: nezavázal se totiž proto, že nepřikázaně jednal, ale proto, že převzal příkaz: konečně je vázán i kdyby nejednal.

Ulpianus nám představuje formy smluvního zastoupení tím, že poukazuje na rozdíl v jejich funkcích. Nepřikázané jednání dává vzniknout obligaci ve chvíli, kdy začne *gestor* pro *dominus negotii* konat, zatímco *mandatum* vznikne ve chvíli, kdy mandatář příkaz převezme.

Zejména *negotiorum gestio* patří mezi mistrovská díla římských právnických mozků. Nalézt hranice, kdy je osoba zavázaná, ačkoliv o tom, že pro ni někdo jedná neví, je na samé hraně možnosti vzniku obligace. Moderní

¹¹ K tomu například SEILER, H. H.: Tabestand der *negotiorum gestio* im römischen Recht. Forschungen zum römischen Recht. Köln – Graz (1968) a ŽIDLICKÁ, M.: *Negotiorum gestio*. In *Acta Universitatis Brunensis Iuridica*. Brno (1998).

kodifikace se staví k nepřikázanému jednatelství velmi rezervovaně. Naopak v Římě to byl velmi často využívaný prostředek vypořádání vzájemných závazků. To dosvědčuje bohatá kazuistika v D. 3,5 *De negotiis gestis*.

Společným znakem obou typů smluvního a kvazismluvního zastoupení je, že se jedná o obligaci mezi osobami *sui iuris*. Navíc obligaci bilaterální inekvální, tedy bezúplatnou.

2 Obligace naturální

S otázkou zastoupení souvisí úzce i vzájemné poměry mezi osobami podřízenými a majitelem moci a také odpovědnosti za právní jednání osob *alieni iuris* vůči věřitelům z pekulia.

Víme, že závazky osob podřízených nebo smlouvy uzavřené v rámci rodiny byly právně nevymahatelné. Šlo o takové dohody, jejichž plnění bylo sice řádné, nebylo možné je však vymoci soudní cestou.

Kaser¹² o naturální obligaci říká: „Pojem se v nevlastním slova smyslu objevuje až u právníků vrcholné klasiky. Označovali tím určité závazky, které nebylo možno žalovat, ale které jinak vykazovaly znaky typické pro obligace. Výraz, ovlivněný školními doktrínami, byl požíván v souvislosti *naturalis ratio* majícího původ v *ius gentium*. Naturální obligace je v rozporu s duchem civilního práva, neboť neobsahuje primární znak – vynutitelnost. Obsahuje pouze sekundární účinky skutkové podstaty obligací, občas nazývané *ius naturalis*. Především to byly obchodní dluhy osob podřízených, otroků, dětí v mancipiu a žen pod otcovskou mocí. Synové se mohli zavazovat a býti žalováni, ale nepodléhali výkonu rozsudku“.

Poněkud širší úhel pohledu na naturální obligaci přináší Frederic Girard¹³ tím, že se soustřeďuje na její sociální a hospodářskou funkci.

Prameny naturálních obligací lze rozčlenit do dvou kategorií: do první kategorie řadí případy dnes již neexistujících zvláštností římských institucí. Povahu nežalovatelných nároků mají v římských institucích tyto situace: první jsou kontrakty otroků, které jsou nejdůležitějším případem, na jejichž základě vznikla teorie:¹⁴ otrok není subjektem civilního práva, nemůže být ani věřitelem ani dlužníkem a nájemcem vůči jinému, ale kontrakty, které uzavírá buď se svým majitelem, nebo osobou třetí, jsou základem naturálního. Druhé jsou kontrakty uzavírané mezi *pater familias* a osobami

¹² KASER, M.: Das römische Privatrecht. Bd. 1. München (1971), s. 480.

¹³ GIRARD, P. F.: Manuel Élémentaire de Droit Romain. Vaduz (1978), s. 681.

¹⁴ Iul. D. 46,1.

v jeho moci, nebo s dalšími členy jeho domácnosti (*domus*), mezi nimiž nemůže vzniknout žaloba (*actio*), vzniká obligace naturální, která zakládá účinky po zániku mocenského vztahu. Třetím případem vzniku *obligatio naturalis* jsou situace, kdy osoby, prošly *capitis deminutionis*. To mělo za následek zánik *ius civilis* a vznik závazku naturálního. Do druhé kategorie, která je bližší moderní doktríně, patří případy bohužel rozporných textů, kdy nezletilec vynakládá prostředky bez *auctoritas* svého tutora a právní úkon nevznikne. Dále případy, kdy osoba mladší 25 let obdrží *restitutio in integrum*, a to z důvodu absence podpisu svého kurátora. A nakonec případy, kdy osoba *alieni iuris* zapůjčí peníze navzdory zákazu *SC Macedonianum* a *SC Vellenianum*. Tyto případy vznik naturální obligace vylučovaly. Takové jednání bylo právně neplatné. Doktrína, podle které pouhá dohoda s osobou podrobenou otcovské moci dává vzniknout naturální obligaci, je tradiční a dominantní. Girardale se naopak domnívá, že naturální obligace, ačkoliv není opatřena žalobou, stojí mimo kontraktuální systém a nepřichází automaticky za pomoci kontraktů formálních nebo neformálních jako *pacta legitima*, dává vzniknout specifické dohodě. Je to *pactum*, které zakládá procesní námitku. Hovoří o „le pacte d'intérêts“, tedy zájmové dohodě, která má svá vlastní pravidla. Navíc na rozdíl od obyčejných paktů, které se k ničemu nevázaly, tato měla svůj vztah, svou oporu v hlavním kontraktu uzavřeném osobou podřízenou.

Girardův názor na povahu naturální obligace naznačuje, že její role byla v rámci vypořádávání rodinných majetkových poměrů významná. Protože se však jednalo o chráněný prostor privátních zájmů rodiny, kam římská jurisdikce nevstupovala a dle starých tradic také vstupovat nechtěla, nemáme k dispozici konkrétnější obraz reálného fungování těchto poměrů. Pojem „zájmová dohoda“ evokuje dnešní pojmosloví obchodního práva. Závazky z naturálních obligací se váží k obchodním aktivitám osob *alieni iuris* a otroků. Na tomto místě je nezbytné soustředit pozornost na *peculium*, které Girard označuje za neexistující zvláštnost římských institucí.

3 *Peculium*

Paul. D. 41,6,1,1:

Si pater filio quem in potestatem habet donet deinde decedat, filius pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit.

Jestliže otec daruje synovi, kterého má v moci, a poté zemře, syn na základě darování nevydrží, protože darování neproběhlo.

Z textu vyplývá, že darování osobě podřízené není titulem pro vydržení. Na tomto principu spočívá smysl pekulia, majetek se po smrti nositele moci vrací do rodinného jmění. Paulus hovoří o *donatio*, což automaticky evokuje lukrativní právní jednání, které je v zájmu nabyvatele. To je pravděpodobným důvodem, proč se traduje, že pekulium se zřizuje v zájmu otroka nebo osoby poddané. Důvodem majetkového přesunu je motivace osob podřízených, jinými slovy, aby byly hmotně zainteresovány na výsledku hospodaření. Heyrovský¹⁵ říká, že se pekulium zřizuje osobě poddané tím, že jí majitel moci skutečně odevzdá věci movité či nemovité, nebo přikáže pohledávky za osobami třetími v úmyslu, aby je měla pro sebe a užívala je pro svoje potřeby. Jde opravdu o zájmy podřízených, aby věci užívala pro svoje potřeby? *Digesta* věnují právním vztahům souvisejících s pekuliem mnoho fragmentů, a to napříč všemi 50 knihami. Otrok může mít ve svém pekuliu zase otroka (*servus vicarius*), jehož pekulium je pak částí pekulia onoho vrchního otroka (*servus ordinarius*). Poddané dítě a otrok mohou pekulium svoje též sami rozšířit, uzavírajíce právní jednání k rozmnožení jeho (*ex causa pecuniae*). Pekulium se rozšiřuje ne toliko skrze *datio*, ale i pohledávkami poddaného vůči třetím osobám (jež jsou ovšem po právu pohledávkami majitele moci) i pohledávkami (naturálními) poddaného vůči majiteli moci *ex contractu* (například tím, že poddaný dal majiteli moci zápůjčku nebo vynaložil něco ve správě jeho majetku, *res dominica*). Na druhé straně zmenšuje se pekulium, nehledě k výplatám, učiněným ve správě pekulia (*incausa peculiari*), nebo dluhy poddaného proti majiteli moci.¹⁶

Jeden z posledních pandektistů Ernts Immanuel von Bekker se zabýval zkoumáním právní podstaty pekulia. V jeho obsáhlém článku v *Zeitschrift für Handelsrecht* 1861 „Zweckvermögen insbesondere Pekulium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaften“ srovnává instituci novodobých akciových společností a římského pekulia. Jeho závěry jsou velmi inspirující zejména proto, že způsoby obchodování a podnikání v Římě nebyly centrem pozornosti pandektní vědy, neboť se jedná instituty dnes již neexistující. Bekker říká, že „... pekulium a obchodní jmění jako druh majetku, spočívá, stejně jako u akciového podnikání, v účelovém sdružení majetku, komplexu určitých majetkových hodnot, a to z důvodu dosažení určitého cíle. Vytváří jednotu, která se neváže na nositele moci ale na účel, ke kterému byla zřízena. Toto společenství vázaného jmění není pouze faktické směrem dovnitř, ale zejména navenek. Jde o samostatnou odpovědnost za vlastní zadlužení společnosti. Toto společenství na rozdíl od nadace nemá právní subjektivitu. Ručení nespočívá na otrokovi, ale na pekuliu“.

¹⁵ HEYROVSKÝ, L.: Dějiny soukromého práva římského. Bratislava (1927), s. 474.

¹⁶ Ulp. D. 15,1,9,6.

Nároky vůči pekuliárnímu jmění byly řešeny pomocí *actiones adiectitiae qualitatis* a jsou nepochybně produktem praetorské právo tvorby.

V době Gaiově¹⁷ byla běžně známa žaloba, o níž on sám říká, že „... nastupuje na pekulium synů rodiny a (pekulium) otroků. Je třeba, abychom pojednali jak o této žalobě, tak i ostatních, jež jménem synů anebo otroků bývají propuštěny proti agnátským předkům nebo pánům“. A v Kinclově překladu pokračuje Gaius dále: „Institorií formule má proti tomu místo tehdy, když někdo pověřil syna či otroka anebo někoho cizího, ať svobodného nebo otroka vedením krámu nebo nějakého podniku a ohledně toho zařízení, jehož vedením byl pověřen, se s ním něco dojednává“. Kincl používá pojem „krám“ nebo „podnik“, v latinském originále je použito slovo *tabernae aut cuilibet negotiationi*. Taberna podle „Heumann Seckel“ výkladového slovníku k pramenům znamená také sklad, obchodní nebo výrobní podnik.¹⁸

Závazky z pekulia a jejich právní vymahatelnost pak byla v Digestech soustředěna do knih 14 a 15. Konkrétně: D. 14,1: *De exercitoria actione*; D. 14,2: *De lege rhodia de iactu*; D. 14,3: *De institoria actione*; D. 14,4: *De tributoria actione*; D. 14,5: *quod com eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur*; D. 14,6: *De senatus consultum Macedoniano*; D. 15,1: *De peculio*; D. 15,2: *Quando de peculio actio annalis est*; D. 15,3: *De in rem verso*; D. 15,4: *Quod issu*.

Pomocí těchto žalovatelných nároků byl přivolán majitel moci k odpovědnosti, ručil vedle jednajícího otroka, k nimž ho zmocnil, a to někdy neomezeně, někdy omezeně.

Nové pohledy na podnikání a obchodní život v antickém Římě přináší zejména současná italská škola.¹⁹ Zabývá se organizací obchodního života v dobách rozkvětu impéria a odhaluje zcela nové úhly pohledu než tradiční romanistická literatura. Hlavní roli v textech o těchto žalobách se záměnou subjektů jsou otroci. Jak upozorňuje Di Porto,²⁰ otroci byli manažeři a podnikatelé. Stejně tak *filii familias*. Specifickou organizací rodinných firem, jejich strukturami a aktivitami se v české literatuře věnuje R. Jakubíček.²¹

¹⁷ Inst. Gai. 1,4,69.

¹⁸ Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht. Jena (1926), s. 577.

¹⁹ Di Porto A., Serrao, F. a řada dalších.

²⁰ DI PORTO, A.: *Impressa collettiva a schiavo manager in Roma antica*. Milano (1984).

²¹ JAKUBÍČEK, R.: *Obchodní aktivity institora v antickém Římě*. In VOJÁČEK, L./TAUCHEN, J.: III. Česko-slovenské setkání právněhistorické setkání doktorandů a postdoktorandů. Brno (2015) a idem: *Actio de peculio* aneb společnost s ručením omezeným. In VOJÁČEK, L./TAUCHEN, J.: III. Česko-slovenské setkání právněhistorické setkání doktorandů a postdoktorandů. Brno (2015), s. 147–157.

Ačkoliv Kaser²² a v souladu s ním řada dalších hovoří o postupném zániku agnátských vazeb, jak to vnímáme například u práva dědického, zdá se, že právě v oblasti obchodních zvyklostí a organizací rodinných firem setrvaly tyto vazby až do dob justiniánských. Obchodní společnosti pracovaly s jednotou majetku, ovládaného osobou *sui iuris* a ostatní osoby a odpovědnost spadaly do jeho gesce.

V Digestech nalézáme četné kauzy, kde se hovoří o jednajících otrocích. Následující text představuje velmi konkrétně otroka označeného jako *actor*, spravujícího Titiovy záležitosti.

Pap. D. 46,3,94,3:

Fabius Ianuarius Papiniano salutem. Cum Titius Gaius Seio deberet ex causa fideicommissi certam quantitatem et tandundem eidem ex alia causa, quae peti quidem non poterat, ex solitione autem petitionem non praestat, Titii servus actor absente domino solvit eam summam, quae efficeret ad quantitatem unius debiti, cautumque est ei solutum ex universo credito ...

Fabius Ianuarius zdraví Papiniána. Když Titius dlužil Gaiu Seiovi z fideikomisu určitou částku a tolikéž témuž z jiného důvodu, což sice nebylo možné vymáhat, avšak po zaplacení ani nazpět požadovat, Titiiův otrok spravující jeho záležitosti zaplatil v nepřítomnosti pana takovou částku, jež činila tolik jako výše jednoho dluhu ...

Další text pak ukazuje situaci, kdy měl *pater familias* několik správců:

Paul. D. 14,3,17,2:

Si impubes patri habenti institores, heres existitit, deinde cum his contractum fuerit, dicendum est in pupillum dari actionem propter utilitatem promiscui usus, quemadmodum ubi post mortem tutoris, cui auctoritate institor praepositus est cum eo contrahitur.

Stal-li se nedospělý dědicem otce, který měl několik správců a poté s nimi byl uzavřen závazek, je třeba říci, že pro výhodnost vzájemného styku se má povolit žaloba proti poručenci, podobně jako když se po smrti poručníka, s jehož souhlasem byl ustanoven správce, s ním uzavře závazek.

²² Handbuch der Altertumswissenschaft, Zweiter Abschnitt, Die nachklassischen Entwicklungen. München (1975).

Správců, institorů, bylo několik a je zřejmé, že šlo o organizační jednotku, firmu.

Další případ, který dosvědčuje pravý hospodářský smysl pekulia nalézáme v knize 19, titul 1. *De actionibus empti venditi*.

Afr. D. 19,1,30:

Servus, quem de me cum peculio emisit, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res quam subripuit interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa conditionis sit factus.

Otrok, kterého jsi ode mne koupil s pekuliem a ještě než byl ti předán, mne okradl. Ačkoliv věc, která byla ukradena, v mezidobí zanikla, budu mít z toho titulu retenční právo na její hodnotu z pekulia, to znamená, že činnost otroka snížila jeho hodnotu (pekulia) do výše, které je můj dlužník z důvodu kondikce zavázán.

Není bez zajímavosti, že text je umístěn v titulu o kupní smlouvě. Spor se týká prodeje otroka s pekuliem a hodnoty prodaných pekuliárních věcí. Prodej otroků s pekuliem potvrzuje, že skutečná funkce pekulia spočívala v podnikatelských aktivitách. Byl to, řečeno dnešními slovy, prodej firmy.

Za velmi zajímavý důkaz úvahy, že podnikatelské aktivity byly realizovány v rámci rodinných příslušníků a otroků, je také císařské zákonodárství. V Kodexu pak nalézáme rozhodnutí pěti imperátorů: Alexandra Severa, Diocletiana a Maximina, Honoria a Theodosia, kteří judikují ve věci pekuliárních sporů Cod. Iust. 4,25: *De exercitoria et institoria actione*. Jako příklad lze uvést rozhodnutí císaře Antonina:

Cod. Iust. 4,25,1:

Servus tuus pecuniam mutuam accipiendo ita demum te institoria actione obligavit, si, cum eum officio alicui vel negotiationi exercendae praeponeres, etiam ut id faceret, ei permissum a te probetur. quod si ea actio locum non habet, si quid in rem tuam versum probabitur, actione in eam rem proposita cogaris exsolvere.

Tvůj otrok, který přijal peníze coby zápůjčku, tě pouze tehdy zavázal institorní žalobou, jestliže, když jsi mu uložil nějaký úkol nebo výkon činnosti, by se prokázalo, že mu od tebe bylo povoleno, aby to rovněž udělal. Protože [i] pokud se ta žaloba neuplatňuje, jestli se prokáže, že jsi tím něco získal, žalobou (*in rem verso*) k tomu účelu navrženou budeš donucen zaplatit.

Ve sledovaném kontextu se obraz pekulia, jako institut v dnešní době zaniklý, dostává do nového světla. Jednání podřízených osob má všechny znaky přímého zastoupení. Jednající osoby *alieni iuris* zavazují svým právním jednáním nositele moci – osobu *sui iuris*, kterou je *pater familias* – majitel podniku. Vystává obraz rodinných firem, podnikatelských subjektů a podnikatelského života. Prameny o tom podávají svědectví.

Závěrem

Rozšíříme-li tedy tradiční pohled na pekulium o jeho skutečné hospodářské poslání, získáme nový pohled „3D“. V římském obchodním a podnikatelském životě sehrávaly osoby podřízené, a zejména otroci, klíčovou roli. Tím lze vysvětlit, že Římané nevytvořili smluvní typ, který by umožňoval trvalý zaměstnanecký poměr pro duševní práci, jako jsou například manažerské a jiné organizačně vedoucí pozice. *Locatio conductio operarum* byla nájemní smlouvou vztahující se jen pro *operae illiberales*. Do úvahy připadající mandátní smlouva byla nerovná, tedy bezúplatná. A navíc byla určena pro jednotlivé činnosti, nikoliv pro trvalé zaměstnávání.

Naopak máme pramenné důkazy, že otroci, správci pekulií, byli v rámci firem hierarchicky organizováni. Vztah nadřízenosti a podřízenosti v rámci vnitřní organizace měl své obecné označení *servus ordinarius*, *servus vicarius*.

Fungující a tehdejší praxi vyhovující model vysvětluje, že zatímco v jiných oblastech soukromého práva v období císařství agnátské vazby postupně mizely, protože ztrácely smysl, naopak v obchodním životě zdaleka nezanikaly. Firmy založené na jediné otcovské moci a činnosti otroků byly samozřejmostí. Mocenské pouto, jednota majetku zabezpečovala daleko pevnější pozici „podnikatele“ než je toužebně očekávaná zaměstnanecká lojalita. Struktura antické společnosti a společenská realita je odpovědí na otázku, proč Římané nevytvořili institut přímého zastoupení.

Proto kdybychom se Papiniana, Paula či Ulpiana na přímé zastoupení zeptali, tak by reagovali stejně nechápavě, jako kdybychom jim položili otázku, týkající se dodávek elektřiny nebo právní odpovědnosti za šíření „fake news“ na internetu.

V římském právu jsou konstanty a hodnoty do novodobého práva převoditelné a ty, díky novodobým kodifikacím, převedeny byly. Jsou ovšem i takové právní instituce a vztahy, které jsou nepřevoditelné. Neboť *tempora mutantur et nos mutamur in illis*.

Domnělé poselství Petra Blaha²³

Byl nejmladším z velké čtyřky právních romanistů, kteří vytvořením nových učebnic umožnili rozvoj právní romanistiky po roce 1989. Blahovým hlavním cílem bylo vytvořit podmínky pro pokračování oboru, po dvou totalitních obdobích v našich státech. Činil tak, kromě vlastní vědecké a pedagogické práce, podporou mladších kolegů. Podporou, která byla založena na vysokých nárocích, kritičnosti a požadavku „tahu na branku“.

Právní romanistika v dnešní, ne již postmoderní, ale v době postfaktické, není módní disciplínou. Není rovněž oborem snadným. Přesto se podařilo zaujmout velký počet mladších a mladých romanistů, kteří jsou zárukou pokračování oboru. Oboru, který je základním pilířem evropské civilizace. A není náhodou, že evropské a vlastně celosvětové společenství romanistů, které potkáváme na různých konferencích, zejména na SIHDA, se vyznačuje jednou unikátní kvalitou, a tou je vědomí soudržnosti. Přes vědecké polemiky a odborné střety, které jsou v každém vědním oboru nezbytností zajišťující zdravý vývoj, panuje mezi romanisty pocit sounáležitosti a vědomí, že naše cesta je správná a důležitá. Římské právo je protipólem ideologizace práva, naopak je cestou, která zná pevné body a skutečné hodnoty práva a demokracie. R. Scruton, anglický filosof a politolog ve své knize „Západ a ti druzí“, která pojednává o světové situaci dnešních dnů, věnuje římskému právu zvláštní pozornost a pojmenovává jeho roli ve formování tzv. západního světa. Píše: „V kontextu řeckého městského státu vznikla politická filozofie a velké otázky, týkající se spravedlnosti, autority a ústavy řešili Platón a Aristoteles způsobem, který si podržel svůj význam dodnes. Do období mezi moderním světem a jeho předzvěstí v antickém Řecku však zasáhly dvě důležité instituce: římské právo, pojímané jako univerzální jurisdikce, a křesťanství, pojímané jako univerzální církev“. Oddělení jurisdikce a legislativy od náboženství je produktem vývoje římského státu a je jevem jedinečným. Tím se západní civilizace, podle Scrutona, odlišuje od všech ostatních „rodin práva“ na této planetě. Ve světě zahlceném informacemi, kde podstatné nelze odlišit od nepodstatného, účelové a manipulativní od zásadního a konstruktivního, je nutné budoucí právníky vést ke schopnosti se orientovat. Je úkolem a povinností právní romanistiky pojmenovávat a také připomínat a studentům vysvětlovat základní stavební kameny, na kterých je naše civilizace vybudována.

²³ Tento příspěvek byl pronesen k uctění jeho památky na úvod Konference českých a slovenských právních romanistů, konané v měsíci květnu v roce 2019 na Právnické fakultě Masarykovy univerzity v Brně.

Závažnost a smysl tohoto poslání je velká a my romanisté si to musíme uvědomovat. A proto musíme být soudržní. Peter Blaho si to uvědomoval velmi dobře ...

Tato pravidelná romanistická setkávání jsou jednou z cest, jak v jeho úsilí pokračovat.

Paralely medzi držbou a manželstvom v klasickom a justiniánskom rímskom práve

Róbert Brtko

Podobnosť uvedených právnych inštitútov, t.j. držby (ako faktickej a chcenej moci jednotlivca nad vecou) na jednej strane a rímskym manželstvom (ako dlhodobým spoločným zväzkom muža a ženy) na strane druhej, bola v období klasického a justiniánskeho rímskeho práva nemalá. Paralely medzi týmito inštitútmi sa týkali dvoch oblastí. Prvá sa týkala ich faktického charakteru, t.j. obidva právne inštitúty boli vyjadrením určitého faktického stavu, s ktorým právny poriadok spájal právne následky a ktorý bolo potrebné znovu realizovať, teda znovu nadobúdať, znovu obnovovať. Druhá oblasť podobnosti uvedených inštitútov sa zase dotýkala vzájomnej koexistencie tak faktického (materiálneho), ako aj psychického prvku, ktoré tvorili najmä v období klasického rímskeho práva organickú jednotu.¹

Materiálny element: a) držby (*corpus*) spočíval vo fyzickom pôsobení, respektíve ovládaní určitej veci; to znamená, že držiteľ svojím „telom“ (*corpore*) – teda fyzicky – pôsobil na nejakú vec tak, aby ju získal do svojej moci;² b) manželstva zase spočíval v skutočnom spolužití (vrátane pohlavného) muža a ženy. Psychický element: a) držby (*animus*) vyjadroval vôľu alebo povedomie držiteľa veci fakticky ovládať; b) manželstva zase vyjadroval súhlasnú vôľu partnerov žiť v spoločnom a trvalom spolužití.

Avšak faktický ráz manželstva a držby, t.j. ich materiálny prvok (manželské spolužitie a u držby *corpus*), sa v období poklasického a justiniánskeho rímskeho práva oslabil, a naopak ich psychický element (manželský súhlas a *animus*) zase výrazne posilnil. Prevaha psychického prvku sa v prípade rímskeho manželstva prejavila v tom, že poklasickí a justiniánski právnici pre zvýraznenie duchovného elementu manželstva zaviedli výraz *affectio maritalis* (manželské povedomie alebo manželská náklonnosť), ktorý vyjadroval vôľu muža vziať si ženu za manželku a mať ju ako matku svojich detí. Naproti tomu predchádzajúci klasickí rímski právnici pre označenie psychického prvku manželstva používali termín

¹ Jasne to formuloval rímsky právnik Paulus: „Držbu nadobúdame *corpore et animo* a nie len *corpore* alebo len *animo*“. V origináli: *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore*. Paul. D. 41,2,3,1.

² Porov. REBRO, K./BLAHO, P.: *Rímske právo*. Bratislava (2003), s. 230–231.

honor matrimonii (manželská úcta), ktorý spočíval v prejavovaní úcty manžela voči svojej manželke, čo v období klasického rímskeho práva bolo dôležitým znakom pre odlišenie manželstva od konkubinátu.³

Dominancia psychického elementu týchto dvoch inštitútov v poklasickom a justiniánskom období nadobudla takú prevahu, že zredukovala ich faktický element na minimum. *Affectio maritalis* pri manželstve a *animus possidendi* pri držbe nadobudli takú prevahu a autonómiu, že na *affectio maritalis* a len naň sa prihliadalo pri posudzovaní trvania alebo zániku manželstva; a že na *animus possidendi* a len naň sa hľadelo pri rozhodovaní či držba zanikla alebo trvá ďalej. Hlavným cieľom nášho príspevku bude pokúsiť sa objasniť tieto inovácie vzniknuté v poklasickom a justiniánskom období a poukázať aj na ich príčiny. Komplikovanosť skúmanej problematiky uznal aj veľikán rímskeho práva Pietro Bonfante, ktorý na tému držby povedal, že „... pojem držby je najkontroverznejším pojmom práva“⁴ a že *corpus* a *animus* sú „... základnými termínmi kontroverznej povahy držby“.⁵

Justiniánski právnici nám v Digestach (Ulp. D. 24,1,32,13) zanechali interpolovaný text klasického právnika Ulpiana, ktorý posudzoval problematiku platnosti darovania medzi manželmi v prípade, ak žili dlhý čas oddelene. Darovanie medzi uvedenými manželmi bolo podľa mienky Ulpiana neplatné.

„Ak žena a manžel bývali dlho oddelene, ale manželskú úctu si vzájomne zachovávali (čo vieme, že sa z času na čas stáva v manželstve s konzulom), mám za to, že darovania sú neplatné, lebo manželstvo kvázi trvá; [lebo manželstvo nevzniká súložou (*coitus*), ale manželským povedomím (*maritalis affectio*)] ...“.⁶

Zdôvodnenie nachádzajúce sa v hranatých zátvorkách považujú viacerí právní romanisti za interpolované,⁷ t.j. pochádzajúce z pera justiniánskych právníkov. Tak, ako sme konštatovali na začiatku, skutočné manželské

³ Porov. BRTKO, R.: Manželská úcta a manželské povedomie podľa klasických a justiniánskych právníkov. In *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae*. Roč. 36 (2017), č. 1, s. 21–29.

⁴ BONFANTE, P.: Corso di diritto romano. Parte I. Teoria del Possesso. Pavia (1906), s. 11.

⁵ BONFANTE, P.: Corso di diritto romano III. Diritti reali. Milano (1972), s. 178.

⁶ *Si mulier et maritus diu se orsum quidem habitaverint, sed honorem in vic emmatrimonii habebant (quod scimus inter dum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: [non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio]*. Ulp. D. 24,1,32,13.

⁷ Porov. LEVY, E./RABEL, E.: *Index interpolationum*. Tomus II. Weimar (1931), s. 80.

spolužitie bolo materiálnym prvkom manželstva, avšak jeho prerušenie (aj keď na dlhší čas) nespôsobovalo zánik manželstva, lebo oddelené bývanie manželov bolo len dočasné a mohlo sa hocikedy ukončiť. Do pozornosti však dávame odôvodnenie rozhodnutia, ktoré je interpolované a ktoré nadhodnocuje duchovný element manželstva.

V tejto súvislosti predstavíme iný interpolovaný fragment toho istého právnika:

Ulp. D. 35,1,15:

„Ak bolo niekomu odkázané pod touto podmienkou, ‚ak sa vydáš do rodiny‘, ukazuje sa, že podmienka bola splnená hneď ako si (ju) zobral za manželku, a to aj bez toho, aby prišla do manželovej spálne [Pretože manželstvo nevzniká súložou (*concubitus*), ale súhlasom]“.⁸

Ulpian odpovedal na uvedenú pochybnosť kladne, lebo splnenie podmienky sa vzťahovalo na moment vydaja (teda na začiatok manželského spolužitia) a nie vyslovene na súlož. Vidíme, že aj v tomto prípade justiniánski právnici vplyvom novej spoločenskej situácie cítili potrebu zvýrazniť rozhodnutie Ulpiana slovami: ... *nuptias enim non concubitus, sed consensus facit* (manželstvo nevzniká súložou, ale súhlasom), čím dali do popredia duchovný element manželstva.

Podobné tendencie justiniánskych kompilátorov možno vidieť aj v prípade držby. Rímski klasickí právnici považovali tak faktický, ako aj psychický prvok držby, bez ohľadu na právny titul, za právotvorné komponenty každej držby. Od obidvoch prvkov bolo závislé nielen nadobudnutie, ale aj trvanie

⁸ *Cui fuerit sub hac condicione legatum „si in familia nupsisset“, videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit [nuptias enim non concubitus, sed consensus facit].* Ulp. D. 35,1,15. Emilio Albertario zastáva názor, že na účely zvýraznenia psychologického prvku skúmaných inštitútov a pri zohľadnení nového ducha justiniánskeho zákonodarstva kodifikačná komisia v 17. titule 50. knihy Digest zaviedla nové pravidlo, ktoré sa premietlo aj do textu v D. 35,1,15. Interpolovaná maxima v D. 35,1,15 („pretože manželstvo nevzniká súložou, ale súhlasom“) vychádza z textu v D. 50,17,30, ktorý tento romanista taktiež považuje za interpolovaný. Text fragmentu D. 50,17,30 znie: „manželstvo nevzniká telesným spojením, ale súhlasom“. Porov. LEVY, E./RABEL, E.: *Index interpolationum*. Tomus II. Weimar (1931), s. 307 a LEVY, E./RABEL, E.: *Index interpolationum*. Tomus III. Weimar (1935), s. 592. Podobnú situáciu nachádzame aj v prípade držby, kde interpolovaná maxima ukotvená v D. 41,2,8 vychádza z textu v D. 50,17,153: „A teda nemožno nadobudnúť, nijakú držbu inak než vôľou a predmetom, teda nič nezískame keď stratíme oba prvky“. Porov. ALBERTARIO, E.: *Studi di diritto romano. Persone e famiglia*. Milano (1933), s. 216.

a zánik držobného vzťahu.⁹ Z kritického posúdenia prameňov vyplýva, že justiniánski kompilátori neprikladali faktickému prvku (*corpus*) držby až takú dôležitosť, ako prikľadali jej prvku psychickému (*animus*). Zjednodušene možno povedať, že pokiaľ existoval psychický element držby, existovala aj držba ako taká. Preto viaceré situácie posudzovali podľa zásady „... samotná vôľa (úmysel) zachováva držbu“ (*solo animo retinetur possessio*).

V tejto súvislosti dávame do pozornosti nasledovný interpolovaný fragment:

Ulp. D. 43,16,1,25:

„Keď sa zvyčajne hovorí, že držba letných a zimných pastvín ostáva zachovaná vôľou, to naučil som sa, povedal Proculus [len napríklad; pretože to isté platí o všetkých pozemkoch, ktorých držbu nemáme v úmysle zanechať]“.¹⁰

Doteraz sme predstavili tri interpolované právne texty, v ktorých materiálny prvok držby a manželstva bol oslabený a ich psychický prvok zase posilnený do takej miery, že pri posudzovaní trvania (respektíve zániku) uvedených právnych inštitútov bolo relevantné len hľadisko psychické, (t.j. vôľa, *animus*). Ako uvidíme neskôr, táto nová maxima sa teda prejavila aj v procese aplikácie práva, čo možno ilustrovať na ďalších právnych textoch vzťahujúcich sa na stratu slobody rímskeho občana (*capitis deminutio maxima*) z dôvodu jeho upadnutia do nepriateľského zajatia vo vojne.

Je známe, že z hľadiska civilného práva takýto zajatec ako Riman prestal existovať. Keďže v uvedenej situácii sa nikdy nedala vylúčiť možnosť jeho návratu, rímske právo vytvorilo osobitný inštitút nazývaný *postliminium*: osoby a veci, ktoré sa natrvalo navrátili z moci nepriateľov na územie Ríma alebo spriateleneho štátu, vstupovali samým právom a so spätnou účinnosťou do predchádzajúcich právnych vzťahov s výnimkou vzťahov faktického charakteru (ako držba a manželstvo), ktoré sa návratom neobnovili.

Strata slobody rímskeho občana následkom vojnového zajatia mala teda v starorímskom a klasickom rímskom práve vážne dôsledky. Okrem straty spôsobilosti na práva a povinnosti zanikol aj jeden z dvoch konštitutívnych prvkov manželstva a držby: spolužitie s manželkou v prvom prípade a držanie vecí v druhom prípade. Zánik materiálneho prvku uvedených právnych

⁹ Porov. BLAHO, P.: Držba v dejinách práva. Trnava (2015), s. 27–29.

¹⁰ *Quod volgo dicitur aestivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id [exempli] causa didici proculum dicere: [nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est].* Ulp. D. 43,16,1,25. Porov. LEVY, E./RABEL, E.: *Index interpolationum*. Tomus III. Weimar (1935), s. 290.

inštitútov mal za následok zánik manželstva a držby ako takých. Dokonca ani trvalý návrat zo zajatia a nadobudnutie stratenej slobody nemohli eliminovať následky zaniknutého manželstva a zaniknutej držby. Preto Paulus hovorí: „... manželstvo zaniká následkom rozvodu, smrti, vojnového zajatia ...“.¹¹ To znamená, že keď po návrate z vojnového zajatia chceli muž a žena opätovne žiť ako manželia, boli nútení uzavrieť nové manželstvo.

Naproti tomu, justiniánski právnici (ktorí celkom podhodnotili relevanciu faktického prvku manželstva (t.j. manželské spolužitie zajatca s jeho ženou) vo vzťahu k trvaní ich manželstva, a ktorí rovnako devalvovali faktický prvok držby (t.j. fyzické pôsobenie zajatca na jeho veci vo vzťahu k zachovaniu jeho držby) sa dopracovali k nasledovnému záveru. Samotné zotročenie vojnového zajatca a jeho strata slobody (*capitis deminutio maxima*) ešte nespôsobujú hneď zánik jeho manželstva a jeho držby vtedy, ak nemá v úmysle sa rozviesť (*animus divertendi*) a ak nemá vôľu zanechať držbu svojich vecí (*animus admittendae possessionis*).¹²

Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti justiniánske právo (Iul. D. 24,2,6; Paul. D. 49,15,8 a Nov. 22,7) prijalo novú úpravu týkajúcu sa uzavretia ďalšieho manželstva v prípade vojnového zajatia jedného z manželov. Právne texty justiniánskych Digest (Iul. D. 24,2,6 a Paul. D. 49,15,8) považoval už Jacobus Cuiacius (1522–1590)¹³ za interpolované, čo nepriamo vyplýva aj z ich jazykového štýlu, presne stanovenej sankcie, určenia lehoty (času), ale predovšetkým z ich slovnej harmónie s novým nariadením cisára Justiniána (Nov. 22,7). Kresťanský imperátor v 7. hlave 22. novely s názvom *De captivitate* (O zajatí), najskôr pripomenul predchádzajúcu právnu úpravu, podľa ktorej zajatie jedného z manželov bolo dôvodom pre zánik manželstva majúcim základ v nerovnakom postavení takýchto manželov. Nová právna úprava vplyvom kresťanskej ideológie sťažovala uzavretie nového manželstva týmito slovami:

„... keď existujú dôkazy o tom, že zajatý manželský partner je nažive, manželstvo musí trvať: druhý manželský partner (žijúci na slobode) nemôže uzavrieť nové manželstvo bez toho, aby mu boli uložené patričné sankcie: manželovi prislúcha právo vymáhať predmanželské darovanie, a manželke zase vymáhať veno. Potom, ak nie je isté, či zajatá osoba je nažive, tak vtedy od muža alebo ženy sa očakáva, aby počkali päť rokov, po uplynutí ktorých

¹¹ *Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate ...* Paul. D. 24,2,1.

¹² POFOV. ALBERTARIO, E.: *Studi di diritto romano. Persone e famiglia*. Milano (1933), s. 217.

¹³ POFOV. BONFANTE, P.: *Corso di diritto romano. Vol. I. Diritto di famiglia*. Roma (1925), s. 240–242.

druhý partner bude môcť uzavrieť nové manželstvo, či už existujú alebo neexistujú dôkazy o smrti partnera“.¹⁴

Iný príklad poukazujúci na trvácnosť manželského zväzku postaveného len na základe jeho vôľového prvku (t.j. manželského povedomia – *affectio maritalis*) nachádzame v ďalšom interpolovanom texte justiniánskych Digest – Ulp. D. 23,2,45,6. Z uvedeného fragmentu vyplýva, že v období klasického rímskeho práva sa medzi právnikmi diskutovalo o platnosti zákazu uzavretia nového manželstva prepustenkyne (ktorý vyplýval z Augustových zákonov o manželstve),¹⁵ keď jej patrón, za ktorého sa vydala, neskôr upadol do vojnového zajatia. Zdá sa, že justiniánski kompilátori prepracovali pôvodný Ulpianov text do nasledovnej podoby s cieľom zvýrazniť nerozlučiteľnosť manželstva:

Ulp. D. 23,2,45,6:

„Bolo povedané, že ak patrón, ktorý prepustil otrokyňu na slobodu, upadol do vojnového zajatia, obávam sa, že prepustenkyne, s ktorou sa tento oženil, prislúcha právo uzavrieť nové manželstvo (*conubium*), tak ako keby zomrel. A tí, ktorí súhlasia s Juliánom, by povedali, že prepustenkyňa *conubium* nemá: Julián si myslí, že manželstvo takejto prepustenkyne pretrváva aj počas jeho zajatia z dôvodu úcty voči svojmu patrónovi. Ak by však patrón upadol do otroctva akýmkoľvek iným spôsobom, než vojnovým zajatím, manželstvo bez akýchkoľvek pochyb zaniká“.¹⁶

¹⁴ *Sed etiam Captivitatis casus talis est, quale est bona gratia distrahere matrimonium: sive enim contingat tale infortunium viro, muliere in rep. manente, sive rursus mulier quidem in captivitatem ducatur, maneat autem vir in republica: scrupulosa quidem et subtilis ratio transigit nuptias: (servitute namque semel superveniente alteri personae fortunae in aequalitas aequalitatem ex nuptiis manere non sinit) attamen humanis talia contemplantes, donec quidem est manifestum superesse aut virum, aut uxorem, manere in soluta matrimonia sinimus: et non venient ad secundas nuptias neque mulieres, neque viri, nisi voluerint videri ausutemerario hoc egisse, et poenis succumbere: illum quidem ante nuptias donationis dicimus ex actioni illam vero dotis. Si vero incertum sit, utrum superest, an non quae ad hostes persona devenit: tunc quinquennium expectans dum est sive a viro, sive a muliere: post quod, sive manifestum de morte fiat, sive incertum maneat, nubere licebis sine periculo...* Nov. 22,7.

¹⁵ Na tému reformy manželského práva v Augustových časoch Porov. GREGOR, M.: Rímsky štát a právo za vlády cisára Augusta. Praha (2018), s. 155–161.

¹⁶ *Si ab hostibus patronus captus esse proponatur, vereor ne possit ista conubium habere nubendo, quemadmodum haberet, si mortuus esset. et qui iuliani sententiam probant, dicerent non habituram conubium: putat enim iulianus durare eius libertae matrimonium etiam in captivitate propter patroni reverentiam. certe si in aliam servitatem patronus sit*

Justiniánske inovácie týkajúce sa zvýraznenia psychického elementu držby možno predstaviť v nasledovnom interpolovanom fragmente. Podľa klasického rímskeho práva civilná držba zanikala stratou právnej subjektivity, čo sa uskutočnilo aj v prípade držiteľa, ktorý upadol do vojnového zajatia.

Jav. D. 41,2,23,1:

„Na tých (Rimanov), ktorí upadli do moci nepriateľov, sa vzťahuje osobitné právo ohľadne zachovania práv k ich vlastným veciam: [telesne] však držbu stratili ...“.¹⁷

Kodifikačná komisia pridala do pôvodného právneho textu latinské slovo *corporaliter* (t.j. telesne, fyzicky), čím sa elegantne snažila naznačiť, že zajatec stratil len fyzické ovládanie vecí (držanie).

Ako uvidíme neskôr, aplikáciu nových maxím možno pozorovať aj v ďalších fragmentoch justiniánskej kodifikácie.

Klasické rímske právo považovalo manželstvo Rimana za zaniknuté, keď upadol do vojenského zajatia hlavne z dvoch dôvodov: jednak preto, že ako zajatec prestal právne existovať (*capitis deminutio maxima*) a jednak preto, že z faktického hľadiska nemohol realizovať jeden z konštitutívnych prvkov manželstva – manželské spolužitie, ako to nepriamo vyplýva aj z textu právnika Paula:

Paul. D. 24,1,43:

„Medzi manželom a manželkou darovanie nie je zakázané následkom vyhnanstva (jedného z nich)“.

Pavlovo tvrdenie vychádzalo z predpokladu, že muselo ísť o manželstvo zaniknuté, lebo, ako je známe, právny poriadok zakazoval darovanie medzi manželmi (Pomp. D. 24,1,51). Naproti tomu poklasické a justiniánske právo vplyvom kresťanského náboženstva tendenciu v podobných situáciách manželský zväzok utužovať. Preto v justiniánskej dobe len samotný trest deportácie (ktorá počas cisárstva nahradila tzv. úradný zákaz vody a ohňa, čiže *interdictio aquae et ignis* – zákaz spolužitia s vlastnými spoluobčanmi) ešte

deductus, procul dubio dissolutum esset matrimonium. Ulp. D. 23,2,45,6. Interpoláciu tohto fragmentu uznal aj Pietro Bonfante. Porov. LEVY, E./RABEL, E.: *Index interpolationum.* Tomus II. Weimar (1931), s. 47.

¹⁷ *In his, qui in hostium potestate pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est: [corporaliter] tamen possessionem amittunt...* Jav. D. 41,2,23,1. Porov. LEVY, E./RABEL, E.: *Index interpolationum.* Tomus III. Weimar (1935), s. 187.

nerozlučoval platne uzavreté manželstvo. Tak ako to uvidíme v nasledujúcich interpolovaných textoch justiniánskej kodifikácie, bola to až strata manželskej náklonnosti (*affectio*) jedného z manželov, ktorá rozvážovala platné manželstvo a nie uloženie trestu deportácie. Hoci, samotný trest deportácie uložený jednému z manželov mu spôsobil stratu rímskeho občianstva, automaticky mu však nemusel spôsobiť zánik jeho manželstva.

Ulp. D. 48,20,5,1:

„Ak dcéra rodiny bola deportovaná, hovorí Marcellus (a tento názor je správny) [s jej deportáciou manželstvo nezaniká a pretože tu žena ostáva voľná, nič nezabráni manželovi od ponechania si jeho manželskej náklonnosti a ženy od ponechania si svojej náklonnosti ako manželky. Ak teda žena mala v úmysle zanechať svojho manžela,] Marcellus hovorí, že otec potom môže začať konať, aby získal naspäť jej veno“.¹⁸

Cod. Iust. 5,17,1:

„Manželstvo [nie] je zrušené deportáciou alebo zákazom vody a ohňa, [ak stav, do ktorého upadol manžel, nezmenil náklonnosť manželky]. Preto vymáhanie vena [samým právom nie] je prípustné. [Ale ani dôvody spravodlivosti, ani príklady nedovoľujú, aby ona, ktorej úmysel (byť manželkou) je chvályhodný, by mala zostať bez vena]“.¹⁹

Interpolácie uvedených textov sú podľa Bonfanteho zrejmé.²⁰ Vzhľadom na platnosť manželstva *animus mariti*, respektíve *animus uxoris* nadobudli v justiniánskom práve takú dôležitosť, že nielenže boli schopné odstrániť prekážku vzniknutú z nemožnosti realizácie manželského spolužitia, ale

¹⁸ *Quod si deportata sit filia familias, Marcellus ait, quae sententia et vera est, [non utique deportatione dissolvi matrimonium: nam cum libera mulier remaneat, nihil prohibet et virum mariti affectionem et mulierem uxoris animum retinere. si igitur eo animo mulier fuerit, ut discedere a marito velit,] ait Marcellus tunc patrem de dote acturum.* Ulp. D. 48,20,5,1. Porov. LEVY, E./RABEL, E.: *Index interpolationum*. Tomus III. Weimar (1935), s. 548.

¹⁹ *Matrimonium quidem deportatione vel aqua et igni interdictione [non] solvitur, [si casus, in quem maritus incidit, non mutet uxoris adfectionem]. Ideoque dotis actio [ipso iure non] competit, [sed indotatam esse eam, cuius laudandum propositum est, nec ratio aequitatis nec exempla permittunt].* * alex. a. avitiana. * <a 229 pp. Non. Nov. Alexandro a.Iii et dione cons.>. Cod. Iust. 5,17,1.

²⁰ Porov. BONFANTE, P.: *Corso di diritto romano*. Vol. I. Diritto di famiglia. Roma (1925), s. 240–269 a BONFANTE, P.: *Scritti giuridici varii*. 1. Famiglia e successione. Torino (1916), s. 72–74.

dokonca boli schopné odstrániť prekážku vzniknutú zo straty *conubia*.²¹ Isté je, že manželstvo opísané v uvedených textoch, nebolo možné považovať za manželstvo v zmysle civilného rímskeho práva.

Tak ako klasické právo považovalo rímske manželstvo za zaniknuté v prípade vyslovenia úradného zákazu vody a ohňa (*interdictio aquae et ignis*), zastávame názor, že rovnako aj držbu považovalo klasické právo za zaniknutú, keď išlo o nasledovné prípady: vzdialenie kolóna alebo otroka z pozemku; opustenie držby veci zo strany nezodpovedného alebo zlomyseľného prokurátora (*procurator*) alebo držba otroka, ktorý bol na úteku. Naproti tomu justiniánske a poklasické rímske právo posudzovalo vyššie uvedené situácie v prospech trvania držby, lebo kľúčovým prvkom na posúdenie jej trvania (respektíve zániku) nebol jej prvok telesný (*corpus possessionis*), ale prvok psychický (*animus possidenti*) v zmysle zásady „samotný úmysel udržiava držbu“.

Preto justiniánske právo nariaďovalo, že napriek neprítomnosti otroka alebo kolóna na určitom pozemku, držba tohto pozemku pretrvávala samotnou vôľou držiteľa:

Paul. D. 41,2,3,8:

„Ak ale otrok alebo kolón, prostredníctvom ktorých ja telesne ovládam (pozemok), by (tento pozemok) opustili alebo zomreli, tak držbu zachovám vôľou“.²²

V prípade konania nezodpovedného alebo nepoctivého prokurátora cisár Justinián nariadil:

Cod. Iust. 7,32,12:

„... rozhodujeme, že ak otrok alebo prokurátor alebo kolón alebo nájomník alebo ktokoľvek iný (prostredníctvom ktorého môžeme vykonávať držbu) opustí držbu veci... alebo túto vec odovzdá inému so silnou túžbou či úmyselne, aby sa otvorila možnosť niekomu inému túto istú držbu zachovať, preto nech vlastníkovi veci predbežným rozhodnutím nie je vytvorená škoda, nech z iných zlomyseľností sa nevytvára iná škoda“.²³

²¹ *Connubium* bolo jedným zo základných práv rímskeho občana, t.j. právo uzavrieť riadne manželstvo (*matrimonium iustum*).

²² *Quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem*. Paul. D. 41,2,3,8. Porov. LEVY, E./RABEL, E.: *Index interpolationum*. Tomus III. Weimar (1935), s. 182.

²³ *Definimus, ut sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius,*

Predstavíme ďalší právny text potvrdzujúci neskoršiu zásadu „samotný úmysel udržiava držbu“, ktorý sa nachádza v tzv. Paulových Sentenciách (*Pauli Sententiae*), ktoré boli zostavené neznámym kompilátorom. Tak ako je známe, poklasická právna literatúra,²⁴ ku ktorej patrí uvedené dielo, mala záľubu v skracovaní a prepracovávaní rôznych klasických učebných pomôcok, čo sa odrazilo aj v Paulových Sentenciách, ktoré na tému zachovania držby vôľou v prípade otroka na úteku (*servus fugitivus*) hovoria:

Sent. Paul. 4,14,3:

„Akýkoľvek počet otrokov na základe zákona Fufiam Caniniam je započítaný. Nech sú započítaný aj otroci na úteku, ktorých držba je stále zachovávaná vôľou (*animo*)“.²⁵

Naproti tomu teóriu držby otroka na úteku podľa klasického rímskeho práva odzrkadľuje Paulov text (D. 41,2,1,14), v ktorom Paulus najskôr predstavil náuku právnika Nervu mladšieho, ktorý držbu otroka na úteku popieral. V nadväznosti na to Paulus uviedol mienku týkajúcu sa dôvodu prospešnosti (*utilitas causa*) vo vzťahu k vydržaniu, t.j. predstavil názor, podľa ktorého napriek tomu, že držba (*corpore*) vôbec neexistuje, vydržacia doba plynie, pokiaľ sa otroka nezmocnil niekto tretí.

Paul. D. 41,2,1,14:

„Nerva syn hovorí, že nič nemôžeme držať prostredníctvom toho otroka, ktorý je na úteku. Hoci sa dovoľuje odpovedať, že keď (otrok na úteku) nie je iným držaný, tento je držaný nami, a preto za ten čas môže byť vydržaný. Ale z dôvodu prospešnosti sa malo za to, že vydržanie je ukončené, pokiaľ ho nikto nedostal do držby“.²⁶

*per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscumque rei eam derelinquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatu alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicium generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnium emergat... * iust. a. iohanni pp. * <a 531–532 >. Cod. Iust. 7,32,12.*

²⁴ Porov. BRŤKO, R.: Vonkajšie faktory vývoja poklasického a justiniánskeho rímskeho práva. In *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae*. Roč. 37 (2018), č. 1, s. 12–23.

²⁵ *Quotiens numerus servorum propter legem Fufiam Caniniam in eundusest, fugitivi quoque, quorum semper possessio animo retinetur, computandisunt.*

²⁶ *Per servum, qui in fuga sit, nihil posse nos possidere nerva filius ait, licet respondeatur, quamdiu ab alio non possideatur, a nobis eum possideri ideoque interim etiam usucapi. sed utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio, quamdiu nemo nactus sit eius possessionem. possessionem autem per eum adquiri, sicut per eos, quos in provincia habemus, cassii et iuliani sententia est. Paul. D. 41,2,1,14.*

Z fragmentu vyplýva, že medzi klasickými právnikmi bola názorová nezhoda. Nerva mladší a jeho nasledovník Pomponius (D. 6,2,15) považovali držbu otroka na úteku za zaniknutú. Naproti tomu Paulus a Gaius (D. 40,12,25) boli za trvanie držby takéhoto otroka, ale len v partikulárnej situácii, keď išlo o neprerušenie vydržacej doby, lebo to bolo v prospech otrokovho pána (*causa utilitas*).²⁷

V ďalšej časti nášho príspevku sa budeme venovať otázke krátkodobého vzdialenia sa držiteľa od veci a tiež analogicky otázke krátkodobej odluky manželov. Ako to vyplýva z nasledovných textov, klasické právo nepovažovalo krátkodobý odchod jedného z manželov zo spoločnej domácnosti (hoci aj z dôvodu odluky) za zánik manželstva v prípade, že po nie dlhom období obnovili manželské spolužitie.

Paul. D. 24,2,3:

„O rozvod ide vtedy, ak je pravdou to, že tento je uskutočnený so zámerom vytvoriť trvalé odlúčenie. A preto ak sa niečo urobí alebo povie v hnevливom rozrušení, (rozvod) nie je platný skôr ako sa trvalo ukázalo, že bol rozhodnutím vôle. Takže, manželka sa nepovažuje ešte za rozvedenú, ak potom ako vplyvom rozčúlenia zapudila manžela, po krátkom čase sa k nemu vrátila“.²⁸

Marc. D. 23,2,33:

„Väčšina (právnikov) sa domnieva, že keď sa tá istá žena vráti k tomu istému manželovi, to manželstvo ostáva nezmenené. Ja (s týmito právnikmi) súhlasím, ak sa zmierili po uplynutí nie dlhého obdobia, ak medzitým alebo ona sa nevydala za iného alebo on sa neoženil s inou, obzvlášť ak manžel ani nevrátil veno“.²⁹

Podobne to bolo aj v prípade držby. V klasickom práve krátkodobá neprítomnosť držiteľa nespôsobovala zánik materiálneho elementu držby (*corpore*) ako takého, čo vyplýva z nasledovných textov:

²⁷ GUARINO, A.: Il problema dogmatico e storico del diritto singolare. In *Pagine di diritto romano VI*. Napoli (1995), s. 64–65.

²⁸ *Divortium non est nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. itaque quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse: ideoque per calorem misso repudio si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur.* Paul. D. 24,2,3.

²⁹ *Plerique opinantur, cum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse: quibus adsentior, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint nec inter moras aut illa alii nupserit aut hic aliam duxerit, maxime si nec dotem vir reddiderit.* Marcell. D. 23,2,33.

Ulp. D. 43,16,1,24:

„Je očividné, že hocikto by mal byť považovaný za vyhnaného násilím, ak má držbu *corpore* alebo *animo*. A preto, ak by sa niekto vybral na cestu zo svojho poľa alebo domu bez toho, že by tam zanechal niekoho zo svojich ľudí, a potom pri jeho návrate, by sa mu bránilo vstúpiť na jeho majetok, alebo by ho niekto zdržal uprostred cesty...., on bude považovaný za násilne vyhnaného, pretože mu bola odňatá držba, ktorú mal vôľou (*animo*), ale nie telesne (*corpore*)“.³⁰

Pomp. D. 41,2,31:

„Ak by nájomník zanechal pozemok, nie však z dôvodu vzdania sa držby a potom by sa na pozemok vrátil, uznáva sa, že pozemok drží ten istý nájomník“.³¹

Justiniánski právnici pri riešení vyššie uvedených káuz (t.j. krátkodobého vzdialenia sa držiteľa od veci a krátkodobej odluky manželov) dospeli k rovnakým záverom ako právnici klasickí, avšak inou metódou. Pokiaľ išlo o krátkodobú odluku manželov, tak manželstvo nezaniklo (nie však preto, lebo krátka odluka manželov bola irelevantná pre posúdenie trvácnosti spolužitia), preto, lebo chýbala vôľa majúca základ v trvale určenom rozhodnutí jedného z manželov. Nešlo teda o definitívne či seriózne rozhodnutie manželského partnera a preto ani o prejav jeho skutočnej vôle, ale o unáhlené rozhodnutie, ktoré bolo ovocím pomimutel'ného hnevu, či rozrušenia.

Justiniánski kompilátori použili rovnakú metódu aj v prípadoch, kde bolo potrebné odôvodniť trvanie držby, ak držiteľ nemohol krátkodobo na predmetnú vec fyzicky pôsobiť. Podľa justiniánskych právníkov držba bola zachovaná (nie však preto, že krátke vzdialenie držiteľa bolo irelevantné vo vzťahu k materiálnemu prvku držby) preto, lebo aj pri dočasnom vzdialení sa držiteľa od predmetnej veci nezanikla a stále pretrvávala vôľa držiteľa vec ovládať.³² Okrem toho pri skúmaní vývoja právneho inštitútu držby je nutné

³⁰ *Sive autem corpore sive animo possidens quis deiectus est, palam est eum vi deiectum videri. idcircoque si quis de agro suo vel de domo processisset nemine suorum relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi vel ipsum praedium, vel si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit, vi deiectus videtur: ademisti enim ei possessionem, quam animo retinebat, etsi non corpore.* Ulp. D. 43,16,1,24.

³¹ *Si ego tibi commodavero, tu titio, qui putet tuum esse, nihilo minus ego id possidebo. et idem erit, si colonus meus fundum locaverit aut is, apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit. et id quamlibet per plurium personam factum observandum ita erit.* Pomp. D. 41,2,31.

³² Pozri odôvodnenie rozhodnutia vo fragmente Ulp. D. 43,16,1,24.

mať na pamäti, že v justiniánskom práve sa držba začína chápať ako právo, ako právo zvláštneho druhu (*ius possessionis*).³³

Na záver si položíme otázku. Čo bolo príčinou poklasických a justiniánskych inovácií prejavujúcich sa v zreteľnom odklone od faktického elementu manželstva a držby a naopak v zreteľnom posilnení ich elementu psychického? Odpoveď podľa nášho názoru je potrebné prioritne hľadať vo veľkom vplyve kresťanskej etiky na poklasické a justiniánske právo. Podľa cirkevného učenia je manželstvo medzi dvoma pokrstenými povýšené na úroveň sviatosti a nerozlučiteľnosť patrí medzi podstatné vlastnosti každého platne uzavretého manželstva. Preto justiniánske právo presadzovalo zásadu manželskej nerozlučiteľnosti počas života oboch manželov a zakazovalo rozvod na základe obojstranného súhlasu (*divortium communi consensu*). Kresťanské hodnoty inšpirovali kodifikačnú komisiu aj pokiaľ išlo o posilnenie formálneho prvku držby, dominancia ktorého prispela k zvýšeniu ochrany držiteľa proti násilnému konaniu iných a tiež zlomyseľnosti a inému nečestnému konaniu zo strany kolóna, nájomníka či prokurátora.

Klasické právo trvanie manželstva podmieňovalo existenciou oboch jeho podstatných prvkov: a) súhlasnej vôle manželov, b) reálneho manželského spolužitia. Avšak trvanie manželstva podľa justiniánskeho práva bolo prioritne a zásadne podmienené len prvkom psychickým (vôľovým). Preto justiniánski právnici radi dávali do pozornosti a zvýrazňovali, že „... manželstvo nevzniká telesným spojením (*concubitus*), ale súhlasom“. Klasické právo aj trvanie držby viazalo na existenciu dvoch podstatných prvkov: a) *animus*, b) *corpus*. Justiniánski kompilátori pritom za podstatný element pre zachovanie držby (rovnako ako v prípade trvania manželstva) považovali len element psychický, t.j. *animus*. Z toho dôvodu justiniánski právnici dávali do pozornosti zásadu *solo animo retinetur possessio*.

³³ Porov. BLAHO, P.: *Držba v dejinách práva*. Trnava (2015), s. 32–33.

Římské právo a jednotná koncepce držby

Petr Dostálík

Úvod – 1 Význam držby – 2 Pojem držby v římském právu – 3 Pojem držby v moderních zákonících – 4 Pojem držby v nejnovějším českém právu – 4.1 Pojem držby práva – 5 Nároky poctivého držitele – 6 Nároky nepoctivého držitele – Závěr

Úvod

Současná tzv. jednotná koncepce držby, která je obsažena v současném českém občanském zákoníku, se podstatně liší od tradičního civilistického pojetí, tak jak jej známe z historie československého práva.¹ Za takových okolností se nejlépe ukazuje význam římského práva, které umožní – na základě historické zkušenosti – posoudit, jaké jsou přednosti a nedostatky nového řešení a poskytne také prostor pro srovnání s právní úpravou německou, francouzskou a dokonce i právní úpravou britskou, kde budu srovnávat tradici římského práva a „common law“. Je nutné dodat, že vycházím z prací prof. P. Blaha, jehož nedožitému výročí je tato publikace věnována, a to zejména z jeho práce „Držba v dějinách práva“.²

1 Význam držby

Není sporu o tom, že držba je základním institutem majetkových práv.³ „La possession [...] constitue une notion fondamentale dans le système des droits réels“.⁴ Význam držby spočívá v tom, že mnoho pravidel, zejména

¹ DOSTÁLÍK, P.: Držba věci nebo držba práva? Historická polemika. In MALÝ, K./DVOŘÁK, T. a kol.: 200 let Všeobecného občanského zákoníku. Praha (2011), s. 529–537 a BĚLOVSKÝ, P.: Držba práva a držba vlastnického práva. In Pocta Sentě Radvanové k 80. narozeninám. Praha (2009), s. 49–60.

² BLAHO, P. Držba v dějinách práva. Římskoprávní nauka o držbě a jej vyústění v současnosti. Trnava (2015).

³ ELIÁŠ, K. a kol.: Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem. Praha (2012), s. 432.

⁴ PICHONAZ, P.: Les fondaments romains du droit privé. Genève – Zurich – Balle (2008), s. 195.

v oblasti vlastnického práva, se na ní zakládá.⁵ Právě v této oblasti můžeme nalézt mnoho situací, kdy má držba rozhodující význam pro vznik, převod nebo zánik vlastnictví. Proto je v moderních pracích držba většinou zkoumána v souvislosti s vlastnickým právem.⁶ P. Bělovský dochází na základě rozboru fragmentu z díla právníka Iavolena *Epistulae* (Iav. D. 50,6,115) k názoru, že odlišení faktického držitele a vlastníka má svůj původ v nejstarším římském agrárním právu.⁷

Na druhou stranu můžeme nalézt rovněž pravidla o držbě i mimo oblast soukromého práva – například trestný čin držení omamných a psychotropních látek. Přestože v českém jazyce (na rozdíl třeba od angličtiny) je pojem nepatrně odlišný (držba vs. držení), dvě základní charakteristiky jsou stejné.⁸

Sporná je ovšem samotná podstata držby. Současná tzv. jednotná koncepce držby, která je obsažena v současném českém občanském zákoníku, se podstatně liší od pojetí římského práva.⁹ V podstatě se zde opakuje spor, který se odehrával v meziválečné civilistice.¹⁰ V. Čermák tvrdí, že pojem držby práva, tak jak je konstruován v „superrevizní osnově“, naráží na vážné obtíže, zejména že se pokouší pojem „držba“ vysvětlit pomocí pojmu „právo“. Tedy pomocí neznámého pojmu vysvětlit jiný neznámý pojem (*ignotum per ignotius*).¹¹ Navíc je sporný samotný pojem „vlastnictví“. Podle L. Heyrovského je vlastnictví právním panstvím nad věcí, zatímco podle J. Krčmáře „právní panství“ není podstatným znakem vlastnictví. A konečně podle V. Čermáka působí obtíže již samotná dvojice pojmů „vlastnictví“ a „vlastnické právo“. J. Krčmář nevidí mezi pojmem „vlastnictví“ a „vlastnické právo“ žádný rozdíl, i OZ 1811 používá oba pojmy promíšeně.¹² A navíc

⁵ HICKEY, R.: Is the Possession Factual or Legal? In DESCHEEMAEKER, E. (ed.): The Consequences of Possession. Edinburgh (2014), s. 60.

⁶ Ibid.; WONNACOT, M.: Possession of Land. Cambridge (2006) a BLAHO, P. Držba v dějinách práva. Římskoprávná nauka o držbe a jej vyústění v současnosti. Trnava (2015).

⁷ BĚLOVSKÝ, P.: *Usucapio*. Vydržení v římském právu. Praha (2018), s. 83.

⁸ Tak i francouzské trestní právo pracuje s pojmy držba a detence: art. 222–34 Code criminal: Le fait de diriger ou d'organiser un groupement ayant pour objet la production, la fabrication, l'importation, l'exportation, le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploillícites de stupéfiants est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et de 7 500 000 euros d'amende.

⁹ DOSTALÍK, P.: Držba věci nebo držba práva? Historická polemika. In MALÝ, K./DVOŘÁK, T. a kol.: 200 let Všeobecného občanského zákoníku. Praha (2011), s. 529–537 a BĚLOVSKÝ, P.: Držba práva a držba vlastnického práva. In Pocta Sentě Radvanové k 80. narozeninám. Praha (2009), s. 49–60.

¹⁰ ČERMÁK, V.: K pojmu držby. In Právník. Roč. 71 (1932), s. 696n a KRČMÁŘ, J.: Právnícké názvosloví a právní pojmy. In Právník. Roč. 72 (1933), s. 41n.

¹¹ ČERMÁK, V.: K pojmu držby. In Právník. Roč. 71 (1932), s. 697.

¹² KRČMÁŘ, J.: Právo občanské. Práva věcná. Praha (1946), s. 95.

neomezené právní panství nad věcí je přece jenom omezené. Jestliže není jasno, co je to „pojem práva“, pak je tím méně jasno, co je to „výkon práva“. Výkonem práva není totiž nic jiného než užívání „statků“, tedy konkrétních věcí. Užívání pronajaté (propachtované) věci může rušit člověk, zvíře nebo živel, ale rušit výkon práva může jen propachtovatel. Právní pojmy, které se používají v souvislosti s vlastnictvím, jsou totiž ontologicky diferentní, to znamená, že je rozdíl v jejich podstatě.¹³ S tímto názorem V. Čermáka je možno jen souhlasit. Dále však navrhuje, že je třeba „... posadit držbu na jednu židli“, ale to na židli věci, nikoliv práva. J. Krčmář brání pojem výkon práva jako právní pojem velmi starý, který byl užíván již římskými právníky, a který prodělal jistý historický vývoj (podobně jako pojem dobytek, který původně znamenal jakýkoliv majetek, který kdo získal vlastním jednáním, a ze kterého se vyvinul pojem hospodářského zvířete).¹⁴ J. Krčmář chápe pojem „výkon práva vlastnického“ jako určitou skutečnost, tedy takové jednání, jak se chová ten, kdo si počíná jako vlastník. Pokud jde o peníze, pak výkon práva vlastnického spočívá v užívání těchto peněz, pokud jde o šaty, pak jde o jejich nošení, apod. Jako další příklady výkonu vlastnického práva uvádí vypouštění emisí nebo prohloubení pozemku tak, že sousedovo stavení ztratí na něm oporu.¹⁵ J. Krčmář si je vědom, že pojem „skutečnost vlastnictví“, jež použil jako prvý R. von Ihering,¹⁶ bývá kritizován, zejména z toho pohledu, že vlastnické právo existuje i k těm věcem, které nejsou vlastníkem užívány. Proto definuje J. Krčmář držbu jako „... skutečnost, která leží mezi okamžikem, kdy je držba nabývána a okamžikem, kdy se držba ztrácí“. Posledním argumentem, který J. Krčmář používá na podporu svého tvrzení, že výkon práva je právní skutečností, je obecné užití pojmu „výkon práva“ v obecném jazyce.¹⁷

Spor mezi J. Krčmářem a V. Čermákem ohledně pojmu výkonu práva a obecně pojmu držby je pokračováním civilistického sporu o tom, zda je držba právem nebo pouhým faktem s omezenými právními důsledky. Tento spor je zásadní i pro pojetí držby v novém občanském zákoníku. Klíčová otázka zní: je držba právní skutečností nebo je výkonem subjektivního práva? J. Krčmář definuje subjektivní právo ve své podstatě jako ochranu určitého zájmu.¹⁸

¹³ ČERMÁK, V.: K pojmu držby. In Právnický. Roč. 71 (1932), s. 697.

¹⁴ KRČMÁŘ, J.: Právníké názvosloví a právní pojmy. In Právnický. Roč. 72 (1933), s. 42.

¹⁵ KRČMÁŘ, J. Právo občanské. Právo obligační. Praha (1947), s. 327.

¹⁶ IHERING, R von: Über der Grund des Besitzschutzes. Jena (1868).

¹⁷ KRČMÁŘ, J.: Právníké názvosloví a právní pojmy. In Právnický. Roč. 72 (1933), s. 44.

¹⁸ K pojmu subjektivního práva viz KRČMÁŘ, J.: Právo občanské. Výklady úvodní a část všeobecná. Praha (1927), s. 83, §§ 12 V a 13 BI4.

Na základě studia římských pramenů se P. Blaho jednoznačně kloní k názoru, že v klasickém římském právu byla držba faktem.¹⁹ Uvádí, že Římané chápali držbu v ostrém protikladu k právu a viděli v ní skutečnost, která je nezávislá na zákonném vymezení práva.²⁰ V justiniánském právu se, přes upřímnou snahu tehdejších právníků o návrat ke klasickému římskému právu, stále více stírá rozdíl mezi vlastnictvím a držbou.²¹ Hlavní rozdíl v klasickém a justiniánském pojetí spatřuje P. Blaho v tom, že právníci klasického práva kladli důraz na fakticitu držby (*corporalis possessio*), zatímco justiniánští právníci dávají přednost *animus possidendi*.²² Toto odlišné pojetí vedlo ke sporu mezi chápáním držby jako faktického stavu a chápáním držby jako výkonu práva. P. Blaho uvádí jako typické představitele odlišných názorů na držbu C. F. von Savignyho a R. von Iheringa.²³

C. F. von Savigny se domnívá, že držba je pouhé faktum s právními účinky, a proto označuje držbu za právo a fakt zároveň.²⁴ Naproti tomu R. von Ihering považuje držbu za skutečnost vlastnického práva.²⁵ R. von Ihering chápe držbu jako „předpolí vlastnického práva“, nikoliv fakticky, ale z právní pozice. Pojem držby a postavení držitele jsou podle Iheringa odvozeny z pozice vlastníka. Podle P. Blaha ovšem není v římském právu držba odvozena z vlastnictví. Její počátky můžeme hledat v ochraně pokojného užívání veřejné půdy (*ager publicus*), která byla svěřena státem soukromým osobám do užívání.²⁶ Původně se tedy držební ochrana vztahovala pouze na nemovitosti, a přestože byla tato ochrana poskytována praetorem, měla veřejnoprávní,²⁷ a nikoliv soukromoprávní charakter. Byla založena na praetorově imperiu.²⁸ Držba a vlastnické právo tedy stojí proti sobě jako rovnocenné pojmy, nevychází jeden z druhého. Každý z nich má jiný předmět: *ager publicus* je chráněn držbou, kdežto *ager privatus* pomocí

¹⁹ BLAHO, P. Držba v dějinách práva. Římskoprávní nauka o držbě a jej vyústění v současnosti. Trnava (2015), s. 33.

²⁰ Ibid., s. 34.

²¹ Ibid., s. 82.

²² Ibid., s. 85.

²³ REBRO, K./BLAHO, P.: Římské právo. Bratislava (2010), s. 225.

²⁴ „Recht und Factum zugleich“. SAVIGNY, F. C. Von: Recht des Besitzes. Giessen (1803), s. 2.

²⁵ „Die Thatsachlichkeit des Eigenthums“. IHERING, R von: Über der Grund des Besitzschutzes. Jena (1868)..

²⁶ REBRO, K./BLAHO, P.: Římské právo. Bratislava (2010), s. 225.

²⁷ VANČURA, J.: Agrární právo římské republiky. Praha (1908).

²⁸ SOMMER, O.: Základy republikánské ústavy a císařské administrativy. In ŠUSTA, J. (ed.): Dějiny lidstva od pravěku k dnešku. Díl druhý. Římské impérium, jeho vznik a rozklad. Praha (1936).

vlastnictví.²⁹ To vysvětluje, proč je v římském právu ochrana pomocí držebních interdiktů poskytována i proti oprávněné osobě a proč je držba zloděje chráněna i proti vlastníku.³⁰

Jako zajímavost uvádím, že faktický a právní význam držby rozlišuje i anglické „common law“, a to navzdory skutečnosti, že nevychází z tradice římského práva.³¹ Abychom zjistili, zda je držba právem nebo faktem, navrhuje R. Hickey použít „test důkazem“. Důkaz je informace, která nám slouží k ověření, že je určitá skutečnost pravdivá. Pokud soud používá ke zjištění okolnosti, zda „... existuje držba důkazy“, potom je držba faktem. Pokud soud dospěje k závěru existence držby pomocí aplikace právního pravidla, je držba právem.³² Ve vztahu k vlastnictví se tedy držba jeví spíše faktickým stavem než právem.³³ Velmi významné je v tomto případě rozhodnutí britského soudu v kauze *Armory v Delamirie*.³⁴ V tomto případě našel kominík (chimney-sweep's boy) prsten, který byl ztracen neznámou osobou, a předal jej klenotníkovi, aby jej ocenil. Klenotník odmítl prsten vydat zpět, protože nepatřil kominíkovi, ale třetí straně. Soudce v tomto případě rozhodl ve prospěch žalobce (kominíka), protože byl oprávněn si prsten ponechat, a nebyl povinen jej vydat nikomu jinému, než vlastníkovi. Navíc mu vzniklo oprávnění požadovat po vlastníkovi nálezné (trover). Je zřejmé, že nálezci vzniká oprávnění podržet prsten u sebe a vydat jej pouze vlastníkovi výměnou za nálezné na základě faktu, že byl prsten získán do držby. Z hlediska kontinentálního práva se sluší poznamenat, že podobná situace by neznamenal získání vlastnického práva, ale buď nepoctivé držby, nebo detence a v římském právu by byl nálezce chráněn před násilným nebo tajným odejmutím.

Britské soudy byly také povinny rozlišit právní postavení služebníka (kuchaře nebo sluhy) nebo obchodníka s cennými papíry,³⁵ který přijal věc nebo peníze do svého opatrování a zpronevěřil je. Vzhledem k tomu, že ani služebník, ani bankéř neodejmuli „držbu“ (possession) vlastníkovi věci,

²⁹ REBRO, K./BLAHO, P.: *Římské právo*. Bratislava (2010), s. 225.

³⁰ DAJCZAK, W./GIARO, T./LONGSCHAMPS DE BÉRIER, F./DOSTALÍK, P.: *Římské právo. Základy soukromého práva*. Olomouc (2014), s. 175.

³¹ O vztahu mezi římským právem a common law viz BUCKLAND, W. W./MCNAIR, A. D.: *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*. Cambridge (1936).

³² HICKEY, R.: Is the Possession Factual or Legal? In DESCHEEMAERKER, E. (ed.): *The Consequences of Possession*. Edinburgh (2014), s. 60.

³³ *Ibid.*, s. 61.

³⁴ (1722) 1 Stra 505, 93 ER 664.

³⁵ Případ R v Walsh 1812 2 Leach.

nebylo možno posoudit jejich jednání jako krádež. A musel být vytvořen nový trestný čin, který kriminalizoval takové jednání (embezzlement).³⁶

2 Pojem držby v římském právu

V římském právu byla držba chápána jako skutečnost, faktum s právními účinky.³⁷ Vzhledem k tomu, že pojetí držby jsem se věnoval jinde,³⁸ je možno na tomto místě shrnout pouze základní body.³⁹ Již v Zákoně XII desek je připuštěna možnost získání vlastnického práva u pozemků ve dvou letech, u ostatních věcí po jednom roku, jestliže byly tyto věci po uvedení do užívání (*usus*).⁴⁰ Zákon XII desek tedy umožňuje, aby ten, kdo fakticky užívá věc, se stal jejím vlastníkem.⁴¹ Římsští právníci rozlišovali velmi pečlivě mezi vlastnictvím a držbou:

Ulp. D. 43,17,1,2:

Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate: fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit: fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.

Ovšem tento interdikt byl zaveden na základě toho důvodu, že má být odlišena držba od vlastnictví, neboť se může stát, aby jiný byl držitelem, třebaže není vlastníkem, a jiný byl vlastníkem, třebaže nedrží. A může také být, že v tentýž je jak držitelem, tak vlastníkem.⁴²

³⁶ STEPHEN, J. F.: A History of Criminal Law of England. Cambridge (2014), s. 153.

³⁷ V římském právu byl *bonae fidei possessor* ten, „... kdo nakládá s věcí jako se svou vlastní, nemaje ponětí o tom, že někomu škodí“. Držitel v dobré víře nakládá svobodně s věcí, může ji zcizit, spotřebovat, nabývá plodů a služeb otroka. Tato držba trvá pouze tak dlouho, dokud držitel ovládá věc. Držba v dobré víře je vztahem k věci. BONFANTE, P.: Instituce římského práva. Brno (1932), s. 348.

³⁸ DOSTALÍK, P.: Držba věci nebo držba práva? Historická polemika. In MALÝ, K./DVOŘÁK, T. a kol.: 200 let Všeobecného občanského zákoníku. Praha (2011), s. 529 – 537.

³⁹ O držbě v římském právu nejnověji VLADÁR, V.: Filozoficko-teoretické vymedzenie inštitútu držby. In BLAHO, P./MLKVÝ, M./VLADÁR, V.: Držba v rímskom a kánonickom práve. Praha (2019), s. 36–42.

⁴⁰ T 6, 3. O Zákonu XII desek viz KASER, M.: Römische Rechtsgeschichte. Göttingen (1967), s. 69. Viz také BEHREND, O.: Der Zwölfstüffel process. Göttingen (1974).

⁴¹ WOŁODKIEWICZ, W./ZABŁOCKA, M.: Prawo rzymskie. Instytucje. Warszawa (2009), s. 130.

⁴² Z lat. jazyka přeložil autor.

Rovněž i klasický římský právník Paulus tvrdí, že držba je skutkový stav.

Paul. D. 41,2,1,3:

Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.

Šílenec, a nedospělec bez svolení poručníka, nemůže začít držet, neboť nemají držební vůli, třebaže věc ve své moci nepochybně mají, neboť je to stejné, jako by bylo něco dáno do ruky tomu, kdo spí. Avšak nedospělec se svolením tutora může počít držet. Avšak Ofilius a Nerva Mladší říkají, že také nedospělec bez svolení poručníka může počít držet: neboť zde se nejedná o otázku právní, ale o otázku skutkovou: a tento názor je možno přijmout, jestliže jsou v takovém věku, aby již pobrali rozumu.⁴³

V římském právu vyjadřuje držba obsah vlastnického práva. Výkon vlastnického práva a výkon držby se od sebe nijak neliší. Postavení držitele a postavení vlastníka se od sebe liší pouze v prostředcích, které jsou poskytovány k jejich ochraně. Římské prameny uvádějí, že i tam, kde se nabývá vlastnické právo k věci bez pána (*res nullius*), nabývá vlastník s vůlí držitele (*animo possidendi*). Navíc ten, kdo takto nabývá věc, chce nabýt skutkovou možnost disponovat s věcí a efekt právní ochrany je pro něj zcela nerozhodný.⁴⁴

Podle klasického římského práva byla držba pojímána jako skutkový stav s právními účinky, který trvá od okamžiku, kdy nastanou skutečnosti, které držbu zakládají, až do okamžiku, kdy nastanou skutečnosti, které držbu ukončují. To má závažné důsledky. Jedním z nich je, že okolnosti rozhodné pro právní kvalifikaci držby se posuzují podle okamžiku nabytí, a platí tedy zásada *mala fides supereveniens non nocet*. To, že držba je podle římského práva skutkový stav, je možno doložit na následujících skutečnostech: držba nepřechází děděním; na držbu se, na rozdíl od vlastnického práva, nevztahuje *ius postliminii*; převod držby se nepovažuje za darování mezi manžely.

⁴³ Z lat. jazyka přeložil autor.

⁴⁴ BONFANTE, P.: *Instituce římského práva*. Brno (1932), s. 383.

O. Sommer zdůrazňuje, že je nutno odlišit otázku, kdo je držitel a kdo vlastník od otázky, kdo má právo na držbu (*ius possessionis*),⁴⁵ a dokládá to následujícím fragmentem z Digest:

Ulp. D. 41,2,12,1:

Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.

Nic společného nemá vlastnictví s držbou: a tak není odepřeno *interdictum uti possidetis* tomu, kdo počal věc vindikovat: neboť se nemá za to, že se vzdal držby ten, kdo vindikoval věc na soudě.

Podobně se L. Heyrovský domnívá, že je v tomto případě třeba rozlišovat mezi *ius possessionis* jako právními následky držby a *ius possidendi* jako oprávněním vlastníka držet věc (ve smyslu mít věc u sebe). To prvé je právním důsledkem faktického stavu, to druhé je ve skutečnosti subjektivním právem. *Ius possidendi* totiž náleží vlastníkovi bez ohledu na to, zda věc skutečně drží.⁴⁶

Jak již bylo řečeno výše, má držba svůj původ ve veřejném právu. Právní ochrana je poskytována tzv. držebními interdikty. Mezi interdikty, které nalézáme ve 43. titulu praetorského ediktu,⁴⁷ je jich většina zaměřena k ochraně „... nerušeného užívání věcí s náboženským nebo veřejným určením“.⁴⁸ *Interdicta* byla původně prostředky správního práva, byla používána nejen k odstranění rušení držby, ale například pro odstranění překážky, která bránila v užívání veřejné cesty. Teprve postupně bylo možno použít *interdicta* jako zvláštní druh civilního řízení. V případě, že adresát jednal v rozporu s příkazem, žalobce použil *actio per formulam arbitrariam*, která vedla k rozsudku na peněžité plnění.⁴⁹

⁴⁵ SOMMER, O.: Učebnice soukromého práva římského. Díl II. Právo majetkové. Praha (1946), s. 196.

⁴⁶ HEYROVSKÝ, L.: Dějiny a systém soukromého práva římského. Praha (1910), s. 326.

⁴⁷ LENEL, O.: E. P., s. 446–450.

⁴⁸ DAJCZAK, W./GIARO, T./LONGSCHAMPS DE BÉRIER, F./DOSTALÍK, P.: Římské právo. Základy soukromého práva. Olomouc (2014), s. 177.

⁴⁹ Inst. Gai. 4,141.

3 Pojem držby v moderních zákonících

Kodexy přirozeného práva upravily držbu podle vzoru římského práva.⁵⁰ Francouzský občanský zákoník důsledně rozlišuje detenci a držbu.⁵¹ Rakouský občanský zákoník⁵² chrání rovněž pouze držitele, nikoliv detentora,⁵³ ale mnoho případů detence je chráněno stejně jako držba (například nájemce, pachtýř nebo zástavce).⁵⁴ Soudnictví zdůrazňuje, že je třeba nejen výkon držby, ale musí být přítomna také držební vůle. Podle rakouského soudu nezíská vydržením právo služebnosti k sousednímu pozemku ten, kdo na tomto pozemku vykonává právo, odpovídající služebnosti (konkrétně pase husy a bílí prádlo), pokud považuje tento pozemek za obecní.⁵⁵

Pod vlivem germánské tradice se v moderním právu stírá rozdíl mezi detentorem a possessorem. C. F. von Savigny sice navázal na úzké, romanistické pojetí držby, do německého občanského zákoníku však byla přejata tzv. stupňovitá konstrukce držby, kdy je jako držitel chráněn nejen vlastník (který zprostředkovává držbu),⁵⁶ ale také každý, kdo má od vlastníka věc u sebe, ať již na základě věcného nebo obligačního práva.⁵⁷ V Německu,

⁵⁰ DAJČZAK, W./GIARO, T./LONGSCHAMPS DE BÉRIER, F./DOSTALÍK, P.: Římské právo. Základy soukromého práva. Olomouc (2014), s. 177.

⁵¹ Art. 2255 CC.: „La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom“. V preklade: „Držba je detence nebo užívání (požívání) věci nebo práva kterou držíme nebo které vykonáváme pro sebe nebo pro druhého nebo který drží tuto věc nebo vykonává toto práva v našem jménu“. Z franc. jazyka přel. autorova manželka.

⁵² STROHAL, E. Succession in den Besitz nach Römischen und heutigen Recht. Graz (1885).

⁵³ § 309 OZ 1811.

⁵⁴ § 312 OZ 1811.

⁵⁵ Rozhodnutí c. k. nejvyššího soudu z 20. listopadu 1902, č. 14930. Toto rozhodnutí bylo publikováno v časopisu Právník. Roč. 41 (1902), s. 824–825.

⁵⁶ § 868 BGB „Besitz jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in eine mahnlichen Verhältnis, vermöge dessener eine manderen gegen über auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)“. Viz SÄCKER, F. J./RIXECKER, R./OETKER, H./LIMPERG, B.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 7. Sachenrecht. §§ 854–1296. München (2017), s. 1238–1274.

⁵⁷ § 869 BGB. „Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu. Im Falle der Entziehung des Besitzes ist der mittelbare Besitzer berechtigt, die Wieder einräumung des Besitzes an den bisherigen Besitzer zu verlangen; kann oder will dieser den Besitz nicht wieder übernehmen, so kann der mittelbare Besitzer verlangen, dass ihm selbst der Besitz eingeräumt wird. Unter der gleichen Voraussetzung kann er im Falle des § 867 verlangen, dass ihm die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache gestattet wird“. Viz SÄCKER, F. J./RIXECKER, R./OETKER, H./

stejně jako ve Švýcarsku, je jako držitel chráněn pachtýř, schovatel i nájemce.⁵⁸ V československém právu meziválečného období byla tato otázka sporná.⁵⁹

I česká právní věda věnovala držbě velkou pozornost. Dne 20. února 1902 přednesl J. Krčmář přednášku nazvanou „O držení dle říšského práva německého“.⁶⁰ A. Randa ve své práci, věnované vlastnickému právu tvrdí, že okolnost, že bezelstný držitel má právo na požitky, stejně jako nárok na vyplacení ceny, pokud tím byl vlastníku sjednán prospěch, není následkem držby, ale je ochranou „bezelstnosti držitele“.⁶¹ Toto nabytí je neodvolatelné.

4 Pojem držby v nejnovějším českém právu

4.1 Pojem držby práva

Nový český občanský zákoník vychází z rakouské tradice koncepce držby, zároveň ji však výrazně modifikuje, a to na základě předchozí kritiky.⁶² Inspiruje se vládním návrhem z roku 1937.⁶³ Koncepce držby vychází z pojmu tzv. jednotné koncepce držby, která spojuje dvě tradiční kategorie držby věci a držby práva do jedné kategorie, držba práva, přičemž držbu věci nově označuje jako „držbu vlastnického práva“. Výše uvedený spor meziválečné civilistiky⁶⁴ tedy řeší současná právní úprava příklonem k teorii J. Krčmáře.⁶⁵ Důvodová zpráva rozlišuje majetková a osobní práva. Osobní práva nemohou

LIMPERG, B.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 7. Sachenrecht. §§ 854–1296. München (2017), s. 88.

⁵⁸ DAJZAK, W./GIARO, T./LONGSCHAMPS DE BÉRIER, F./DOSTALÍK, P.: Římské právo. Základy soukromého práva. Olomouc (2014), s. 178.

⁵⁹ DOSTALÍK, P. Obligační nebo věcně právní účinky pachtu? Spor mezi Františkem Weyrem a Miroslavem Boháčkem. In BUBELOVÁ, K./FRÝDEK, M. (eds.): Spory a polemiky v právní vědě. Olomouc (2010), s. 19–29.

⁶⁰ Zpráva o této přednášce byla publikována v časopise Právník. Roč. 41 (1902), s. 183n.

⁶¹ RANDA, A.: Právo vlastnické dle rakouského práva v pořádku systematickém. Praha (2008), s. 112.

⁶² KNAPPOVÁ, M.: Držba. Právo a zákonnost. Roč. 40 (1992), s. 41n.

⁶³ § 100 VN 1937: „Držeti lze práva, která jsou v právním obchodu a dopouštějí trvalý nebo opětovný výkon“. § 101 VN 1937: „Držitelem se stává, kdo vykonává právo pro sebe“.

⁶⁴ STROHAL, E. Succession in den Besitz nach Römischen und heutigen Recht. Graz (1885) a PININSKI, L.: Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht. Leipzig (1885).

⁶⁵ ELIÁŠ, K., a kol.: Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem. Praha (2012), s. 432: „Přejímaná úprava vychází z pojetí teoreticky zdůvodněného Janem Krčmářem“.

být předmětem držby. Jako příklad práva, které nemůže být předmětem držby ani vydržení, je právo rodičovské. Jako příklad majetkového práva, které může být předmětem držby, je právo osobní služebnosti.

5 Nároky poctivého držitele

Římské právo.

V římském právu byly nároky držitele ve zlé a v dobré víře řešeny procesním způsobem. Reivindikační žalobou mohl vlastník po držiteli požadovat plody. Držitel v dobré víře si mohl ponechat všechny plody až do okamžiku *litis contestatio*.⁶⁶ V poklasickém právu byla povinnost rozšířena i na plody, které poctivý držitel nespoteřeboval do doby *litis contestatio*. Dále musel poctivý držitel vydat i plody, které vytěžil po tomto okamžiku a dokonce i ty, které nevytěžil od *litis contestatio*. Držitel ve zlé víře (*malae fidei possessor*) měl ohledně vydání plodů mnohem horší postavení než držitel v dobré víře. Musel vydat kromě všech plodů, které musí vydat poctivý držitel, také všechny plody, které vytěžil od počátku držby do okamžiku zahájení procesu.⁶⁷ Jak držitel v dobré, tak držitel ve zlé víře si mohl ponechat část plodů za účelem náhrady nákladů vynaložených v souvislosti s těžbou všech plodů. Pokud vynaložil držitel náklady na věc, mohl se domáhat uhrazení těchto nákladů po vlastníkovu. Pokud by vlastník tyto náklady neuhradil, mohla být jeho žaloba, kterou by se domáhal vydání věci, odražena pomocí *exceptio doli*.⁶⁸ Pomocí této námitky se mohl domáhat nutného nákladu⁶⁹ držitel jak v dobré, tak ve zlé víře (výjimkou je zloděj – *fur*). Držitel v dobré víře má nárok na náklad užitečný,⁷⁰ a to do výše, o kolik byla zvýšena cena věci. Výše nároku za užitečný náklad se snižuje o hodnotu získaných plodů.⁷¹

OZ 1811.

Také podle OZ 1811 má bezelstný držitel z titulu držby právo na plody.⁷² F. Rouček v této souvislosti uvádí, že třebaže není v textu OZ 1811 nikde

⁶⁶ Tedy do okamžiku, kdy se strany shodly na předmětu sporu.

⁶⁷ HEYROVSKÝ, L.: Dějiny a systém soukromého práva římského. Praha (1910), s. 392.

⁶⁸ Ibid., s. 393.

⁶⁹ Nutný náklad je v pramenech definován jako takový náklad, který pokud by nebyl vynaložen, došlo by ke zničení nebo zhoršení věci. Paul. D. 50,16,79pr.

⁷⁰ Podle římských pramenů je užitečný takový náklad, který činí věc výnosnější, například zasazení oliv nebo vinné révy na pozemek. Paul. D. 50,16,79,1.

⁷¹ HEYROVSKÝ, L.: Dějiny a systém soukromého práva římského. Praha (1910), s. 392.

⁷² § 330 OZ 1811.

uvedeno, že plody jsou pouze „... užitky věci, které se periodicky opakují“, byl dozajista takový úmysl redaktorů OZ 1811.⁷³

J. Krčmář nepovažuje ovšem právo na plody za právní účinky držby obecně, ale pouze za právní účinky držby kvalifikované.⁷⁴ Stejně jako v římském právu může poctivý držitel užívat, spotřebovat i zničit.⁷⁵ Zejména však má poctivý držitel právo na náhradu nákladů na věc.⁷⁶ Tento rozsah „na věc“ (auf die Sache) je užší, než náklad, který se hradí například oprávněnému ze zadržovacího práva (tento náklad se označuje jako pro věc, für die Sache).⁷⁷ Stejně jako v římském právu hradí se *impensae necessariae*, které F. Rouček definuje jako „náklad pro trvalé zachování podstaty nutný“.⁷⁸ Dále se poctivému držiteli hradí *impensae utiles*, tedy „náklad pro rozmožení užitků dosud plynoucích užitečný“.⁷⁹ Výše hrazených nákladů je omezena „přítomnou hodnotou“. Vlastník věci tedy nezaplatí více, než kolik je stávající hodnota věci. Toto omezení považuje J. Krčmář ve srovnání s ust. §§ 1036, 1037 a 1041 za nespravedlivé a vykládá pravidlo o přítomné hodnotě restriktivně. Podle jeho názoru není poctivý držitel povinen si odpočítat hodnotu plodů, které mu ze zákona náleží.⁸⁰ Ten, kdo vynaložil *impensae voluptuariae*, má nárok pouze na *ius tollendi*.⁸¹ Podle ust. § 333 OZ 1811 však nemůže poctivý držitel požadovat po vlastníkově cenu, kterou zaplatil za věc, například při úplatném převodu (kupní smlouvě), kterou nabyl věc od nevlastníka. V žádném případě není v tomto ustanovení založen nárok vymáhat po poctivém příjemci to, co získal prodejem věci, kterou měl v bezelstné držbě. Ust. § 332 druhé věty OZ 1811 vykládá F. Rouček tak, že ten, kdo získá věc, která mu nepatří, ale kterou by její vlastník mohl obtížně získat pro sebe, posuzuje se jako jednatel bez příkazu.⁸² Tento výklad je poněkud problematický, protože ten, kdo poctivě

⁷³ ROUČEK, F./SEDLÁČEK, J.: Komentář k obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl II. §§ 285–530. Praha (1935), s. 125.

⁷⁴ KRČMÁŘ, J.: Právo občanské. Práva věcná. Praha (1946), s. 84.

⁷⁵ § 329 OZ 1811.

⁷⁶ § 331 OZ 1811.

⁷⁷ § 471 OZ 1811. Oprávněný z retenčního práva má právo nejen na náklady nutné pro zachování věci, ale také náklady, které vynaložil pro opatření si věci, jako například náklady na ušití šatů, které z titulu smlouvy o dílo nyní zadržuje. ROUČEK, F./SEDLÁČEK, J.: Komentář k obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl II. §§ 285–530. Praha (1935), s. 807.

⁷⁸ Ibid., s. 129.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ § 332 OZ 1811.

⁸² ROUČEK, F./SEDLÁČEK, J.: Komentář k obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl II. §§ 285–530. Praha (1935), s. 133.

získává věc pro sebe, nejedná jako jednatel bez příkazu (chybí mu vůle jednat pro jiného). Proto by bylo lépe posoudit takové jednání jako bezdůvodné obohacení – pomocí *versio in rem*.⁸³

VN 1937.

Poctivému držiteli se hradí náklad nutný (tedy takový, „jehož bylo zapotřebí pro trvalý zachování podstaty věci“⁸⁴) a náklad užitečný (tedy takový, „který užítky věci nebo její hodnotu zvyšuje“⁸⁵). Nehradí se „obyčejné náklady udržovací“.⁸⁶ Z nákladu učiněného ze záliby a pro okrasu hradí vlastník poctivému držiteli pouze to, „kolik věc získala na hodnotě“.⁸⁷ Náklady z rozmaru se nehradí ani držiteli v dobré víře, přísluší mu však *ius tollendi*.

OZ 1950.

Podle ust. § 147 OZ 1950 má oprávněný držitel nárok na všechny oddělené plody a vytěžené užítky po dobu oprávněné držby. Podle ust. § 148 OZ 1950 má oprávněný držitel právo na náhradu nákladu, který byl účelně učiněn na věc. Rozhodnou dobou je doba vrácení věci. I kdyby se hodnota věci zvýšila pomocí vynaloženého nákladu nad hodnotu učiněného nákladu, nemůže oprávněný držitel dostat více, než kolik skutečně vynaložil.⁸⁸ Vidíme, že v této souvislosti následuje OZ 1950 myšlenku římského právníka Celsa, kterou si pokládá v souvislosti s nároky toho, kdo z neopatrnosti koupil cizí pozemek a na tomto pozemku postavil dům. Jestliže chce vlastník pozemku získat pozemek (i s domem, platí zásada *superficies solo cedit*) nazpět, „... musí nahradit náklady, a to až do té výše do které byl pozemek učiněn hodnotnějším. Pokud však náklady dosáhnou více, než je zhodnocení pozemku, pouze tolik, co bylo skutečně vynaloženo“.⁸⁹ Oprávněný držitel nemá právo na „obyčejné náklady udržovací“.⁹⁰ Princip vyrovnání oprávněného držitele s vlastníkem se týká i ceny, která byla vynaložena ze záliby (pro okrasu). Podle ust. § 148 OZ 1950 se taková cena nehradí, oprávněný držitel má však nárok na to, aby mu bylo nahrazeno to, o č se zvýšila hodnota věci. Držiteli se však dává na výběr, aby využil *ius tollendi*.

⁸³ O *versio in rem* podrobněji DOSTALÍK, P.: *Upotřebení věci pro jiného* (v tisku).

⁸⁴ § 116 VN 1937.

⁸⁵ § 116 VN 1937.

⁸⁶ § 116 VN 1937.

⁸⁷ § 117 VN 1937.

⁸⁸ § 148 odst. 1 OZ 1950: „Nejvýše však náklad skutečný“.

⁸⁹ Cel. D. 6, 1, 38. Viz DOSTALÍK, P.: *Texty ke studiu soukromého práva římského*. Plzeň (2016), s. 78.

⁹⁰ § 148 odst. 1 OZ 1950.

OZ 1964.

Právní úprava OZ 1950, týkající se nároku oprávněného držitele vůči vlastníkovi, byla převzata i do OZ 1964. Ust. § 130 odst. 3 OZ 1964⁹¹ přiznává oprávněnému držiteli nárok na plody a užitky věci a nárok na náhradu nákladů, které byly vynaloženy na věc. Stejně jako v rámci předchozí právní úpravy se hradí účelně vynaložené náklady ke dni vrácení věci v rozsahu, který odpovídá zhodnocení věci. Sporný je ovšem charakter tohoto nároku. O. David chápe nárok oprávněného držitele jako nárok z bezdůvodného obohacení.⁹²

Naproti tomu J. Spáčil problematizuje nabytí plodů oprávněným držitelem. Připomíná, že nárok držitele na plody a užitky byl zaveden až novelou z roku 1992 (zák. č. 509/1991 Sb). Do té doby se jak nároky oprávněného, tak neoprávněného držitele řídily § 458 OZ 1964 o vydání bezdůvodného obohacení.⁹³ Podle bezdůvodného obohacení vydává užitky ten, kdo nebyl v dobré víře. Ovšem podle J. Spáčila je rozdíl v tom, že nepoctivá držba je kategorie objektivní (vzhledem ke všem okolnostem), zatímco dobrá víra⁹⁴ u bezdůvodného obohacení je kategorie subjektivní. J. Spáčil navrhuje použít § 130 odst. 1 a 2 OZ 1964 jako *lex specialis* a vyloučit tak užití § 458 OZ 1964.⁹⁵ Ovšem tato teze mu nebrání, aby při určení rozsahu náhrady za vynaložené náklady nevycházel z judikatury z bezdůvodného obohacení.⁹⁶ O. David připomíná, že obvyklé náklady se nehradí oprávněnému držiteli proto, že po dobu oprávněné držby vykonává stejná vlastnická oprávnění jako vlastník (§ 123).⁹⁷ O. David také správně dovozuje, že oprávněný držitel neodpovídá za škodu, kterou způsobil poškozením, spotřebováním nebo zničením věci.⁹⁸

OZ 2012.

Pojem užitek se vyskytuje v rámci nové právní úpravy nároku poctivého držitele vůči vlastníku. Podle ust. § 996 odst. 2 OZ 2012 náleží držiteli věci

⁹¹ Podle novely účinné od z roku 1992.

⁹² DAVID, O. In FIALA, J./KINDL, M. a kol.: Občanský zákoník. Komentář. I. díl. Praha (2009), s. 401.

⁹³ SPÁČIL, J. In ŠVESTKA, J./SPÁČIL, J. a kol.: Občanský zákoník I. Komentář. §§ 1–459. Praha (2008), s. 744–746.

⁹⁴ O pojmu dobré víry ve věcném a obligačním právu viz FORTE, A.: Good Faith in Contract and Property Law. Portland (1999).

⁹⁵ SPÁČIL, J. In ŠVESTKA, J./SPÁČIL, J. a kol.: Občanský zákoník I. Komentář. §§ 1–459. Praha (2008), s. 744.

⁹⁶ Ibid., s. 745.

⁹⁷ DAVID, O. In FIALA, J./KINDL, M. a kol.: Občanský zákoník. Komentář. I. díl. Praha (2009), s. 401.

⁹⁸ Ibid., s. 401.

všechny plody, jakmile se oddělí. Neoddělené plody jsou součástí plodonosné věci, a tedy ve vlastnictví jejího vlastníka. Poctivému držiteli náleží „... také všechny již vybrané užítky, které za držby dospěly“.

Podle mého názoru je třeba v tomto případě vykládat pojem užitek v širším slova smyslu – jako nepravidelný výtěžek věci. Vede mě k tomu jednak okolnost, že držitel neodvozuje svou vládu nad drženou věcí od vlastníka, ale drží nezávisle na něm a jednak, že právo na plody a užítky měl poctivý držitel již na základě předchozí právní úpravy (§ 123 OZ 1964). Držitel má v jistém ohledu stejné postavení jako vlastník – může věc zhoršit, ano i úmyslně zničit, aniž by vlastníku věci za její zkázu odpovídal (§ 996 odst. 1 OZ 2012) a má právo na všechny pravidelné i nepravidelné hospodářské výtěžky věci bez ohledu na vlastníka. Držitel v dobré víře sdílí s vlastníkem v jistém smyslu totožná oprávnění ke stejné věci.

Podle ust. § 998 OZ 2012 má poctivý držitel v případě nákladů ze záliby nebo pro okrasu nárok pouze na to, oč se zvýšila obvyklá cena věci. V této souvislosti je ovšem třeba souhlasit s názorem T. Kindla, že pokud se vynaloženým nákladem zvýšila cena věci, jedná se o náklad užitečný, nikoliv náklad z rozmaru.⁹⁹

Držitel má právo na *ius tollendi*. OZ 2012 se v tomto případě odvolává na ust. § 332 OZ 1811.¹⁰⁰ Z rakouské právní úpravy je vhodné doplnit i názor F. Sedláčka, že je zakázáno zneužití *ius tollendi*. Například tím, že by poctivý držitel oškrábal omítku, a tím ji zničil.¹⁰¹ Tento případ přesně odpovídá římským pramenům.¹⁰²

6 Nároky nepoctivého držitele

Římské právo.

Nároky nepoctivého držitele v římském právu byly probrány společně s nároky poctivého držitele (viz výše).

⁹⁹ KINDL, T. In ŠVESTKA, J./SPÁČIL, J. a kol.: Občanský zákoník I. Komentář. §§ 1–459. Praha (2008), s. 39.

¹⁰⁰ SPÁČIL, J. In ŠVESTKA, J./SPÁČIL, J. a kol.: Občanský zákoník I. Komentář. §§ 1–459. Praha (2008), s. 107.

¹⁰¹ ROUČEK, F./SEDLÁČEK, J.: Komentář k obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl II. §§ 285–530. Praha (1935), s. 131–132.

¹⁰² Cel. D. 6,1,38. Viz DOSTÁLÍK, P.: Texty ke studiu soukromého práva římského. Plzeň (2016), s. 78.

OZ 1811.

Nepoctivý držitel je povinen vydat všechny plody v nejširším smyslu slova (tedy i plody, které nepoctivý držitel opomněl nebo dokonce nebyl schopen vytěžít, stejně jako plody spotřebované). Dále musí vydat také veškerý užitek, který mu věc vynesla (jako je přiměřené nájemné za byt, který bezplatně užíval). Nepoctivý držitel odpovídá také za veškerou škodu. To znamená, že odpovídá jak za škodu zaviněnou, ale také za škodu nezaviněnou, ba dokonce i za náhodu, ledaže by náhoda postihla věc i u vlastníka. Pokud poctivý držitel učinil na věc náklad, má právo na náhradu jako nezmocněný jednatel.¹⁰³ To podle F. Roučka neznamená, že se uplatní pouze § 1037 OZ 1811, tedy že se musí jednat o jednatelství bez příkazu nutné. Naopak se domnívá, že i nepoctivý držitel má právo na náhradu nákladů podle ust. § 1036 OZ 1811.¹⁰⁴ Nepoctivý držitel má nárok na náhradu nákladů pouze tehdy, pokud jsou pro vlastníka věci užitečné subjektivně.¹⁰⁵

VN 1937.

Nepoctivému držiteli se hradí náklad nutný, stejně jako držiteli poctivému. V případě užitečného nákladu má nepoctivý držitel stejné právní postavení jako jednatel bez příkazu.¹⁰⁶

OZ 1950.

Podle ust. § 149 OZ 1950 má neoprávněný držitel povinnost vydat všechny užitek věci (rozumí se tedy vytěžené užítky a oddělené plody) a odpovídá za škodu, která vznikla jeho držbou. Je oprávněn požadovat nutné náklady. Pokud učinil na věc náklad jiný než nutný (zákon říká „nad to učiněné náklady“¹⁰⁷), přísluší mu *ius tollendi*.

OZ 1964.

Neoprávněný držitel má podle § 131 OZ 1964 povinnost vydat spolu s věcí i její plody a užítky. Naopak si může odpočítat náklady nutné na provoz věci. Pojem „odpočítat“ je chápán v literatuře tak, že není samostatně žalovatelný a může být uplatněn pouze započtením na vydávané plody

¹⁰³ § 336 OZ 1811.

¹⁰⁴ ROUČEK, F./SEDLÁČEK, J.: Komentář k obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl II. §§ 285–530. Praha (1935), s. 137.

¹⁰⁵ *Ibid.*, s. 137.

¹⁰⁶ § 120 VN 1937.

¹⁰⁷ § 149 odst. 1 OZ 1950.

a užitky.¹⁰⁸ Neoprávněnému držiteli přísluší i podle této právní úpravy *ius tollendi*.

Občanské zákoníky z let 1950 a 1964 neobsahují – na rozdíl od římského práva – podrobnější ustanovení o tom, jaké kategorie plodů musí neoprávněný držitel vydat.

Tato neúplnost právní úpravy vede k otázce, zda musí neoprávněný držitel vydat pouze plody, které existují v době vydání věci, nebo i plody, které vytěžil a spotřeboval, nebo dokonce i plody, které vlastní vinou nedokázal vytěžít a které tak byly vydány zkáze. Teze O. Davida, že nároky nepoctivého držitele se řídí právními předpisy bezdůvodného obohacení, vede ke dvěma závěrům:

1) Nepoctivý držitel musí vydat nejen plody vytěžené, které doposud má ve své držbě, ale zároveň musí vydat i ty plody, které po dobu držby spotřeboval, protože se jimi obohatil. Držitel hradí vlastníkovvi hodnotu spotřebovaných plodů v penězích. Tento nárok opírá O. David o ust. § 458 OZ 1964.¹⁰⁹ Za pozornost stojí, že právní úprava nároku držby nepoctivého držitele a rozsahu restituce z bezdůvodného obohacení je v podstatě totožná.

2) Pomocí institutu bezdůvodného obohacení je možno řešit situaci, kdy neoprávněný držitel vynaloží náklad na věc, a toto zhodnocení není možno oddělit bez zhoršení podstaty věci. Přestože nemá v takovém případě nepoctivý držitel právo na náhradu nákladů podle § 131 OZ 1964, je mu možno takovou náhradu přiznat podle ust. § 458 OZ 1964.¹¹⁰

Za rozporné považují tvrzení, podle kterého není nárok na vydání nutných nákladů samostatným nárokem nepoctivého držitele. Jestliže – jak tvrdí O. David – může žalovat z bezdůvodného obohacení nepoctivý držitel na zhodnocení, které není možno oddělit (a nemusí se tedy spokojit s *ius tollendi*), pak tím spíše by měl mít možnost žalovat na nutné náklady. Na rozdíl od J. Spáčila soudím, že i nepoctivý držitel má právo na nutný náklad,

¹⁰⁸ Shodně DAVID, O. In FIALA, J./KINDL, M. a kol.: Občanský zákoník. Komentář. I. díl. Praha (2009), s. 403 i SPÁČIL, J. In ŠVESTKA, J./SPÁČIL, J. a kol.: Občanský zákoník I. Komentář. §§ 1–459. Praha (2008), s. 749.

¹⁰⁹ § 458 odst. 1 OZ 1964: „Musí být vydáno vše, co bylo nabyto bezdůvodným obohacením. Není-li to dobře možné, zejména proto, že obohacení záleželo ve výkonech, musí být poskytnuta peněžitá náhrada“. § 458 odst. 2 OZ 1964: „S předmětem bezdůvodného obohacení musí být vydány i užitky z něho, pokud ten, kdo obohacení získal, nejednal v dobré víře“. § 458 odst. 3 OZ 1964: „Ten, kdo předmět bezdůvodného obohacení vydává, má právo na náhradu nutných nákladů, které na věc vynaložil“.

¹¹⁰ DAVID, O. In FIALA, J./KINDL, M. a kol.: Občanský zákoník. Komentář. I. díl. Praha (2009), s. 404.

a to i tehdy, pokud věc nevydá žádné plody, které by mohl nepoctivý držitel na své náklady započíst.

Pokud bychom ponechali náhradu nutných nákladů bez právního prostředku k jejímu vymožení, dopustili bychom, aby se vlastník věci bezdůvodně obohatil na nepoctivém držiteli. Držitel je za svou nepoctivou držbu trestán ztrátou práva na plody a užitky, povinností nahradit škodu, která vznikla držbou. Není žádný důvod jej trestat ještě ztrátou práva na náhradu nutných nákladů.

OZ 2012.

Obsahově je ustanovení o nárocích nepoctivého držitele shodné s ustanovením OZ 1964 ohledně neoprávněného držitele. Nepoctivý držitel je povinen vydat „veškerý užítek“, který držbou nabyl.¹¹¹ J. Spáčil rozumí pod pojmem veškerý užítek nejen „plody a užitky“, které byly odděleny za doby držby od plodonosné věci, ale také ty, které byly za dobu držby spotřebovány a dokonce „... veškerý užítek, který by za normálního běhu věcí mohl vytěžit vlastník“ a dokonce i takový „užítek“, který „nepoctivou držbou získal“. Takovým užitkem je třeba bezplatné užívání bytu, kdy musí být vydáno přiměřené nájemné.¹¹² Přestože pojem „veškerý užítek“ svádí k aplikaci některé z kondicí bezdůvodného obohacení, domnívám se, že držba je *lex specialis*, které vylučuje ustanovení §§ 2991 až 3005 OZ 2012.¹¹³

Druhým nárokem je nárok nepoctivého držitele na nutný náklad. Nutný náklad je definován jako „... takový náklad, bez kterého by věc ztratila svou identitu, zanikla by nebo by nemohla plnit svou svou funkci“.¹¹⁴ Tento nárok je podle mého názoru *lex specialis* a je vyloučeno užití žaloby z bezdůvodného obohacení. Od nutných nákladů zákon odlišuje „ostatní náklady“. Těmito náklady J. Spáčil rozumí „... náklady vynaložené na provoz, běžnou údržbu nebo vylepšení věci“.¹¹⁵ Zde byla přijata právní úprava, která odkazuje na jednatelství bez příkazu (stejně jako § 336 OZ 1811).

¹¹¹ § 1000 OZ 2012.

¹¹² SPÁČIL, J. In ŠVESTKA, J./SPÁČIL, J. a kol.: Občanský zákoník I. Komentář. §§ 1–459. Praha (2008), s. 108.

¹¹³ Podrobněji DOSTALÍK, P.: *Conditiones*. Ke kořenům bezdůvodného obohacení. Praha (2018), s. 210–214.

¹¹⁴ SPÁČIL, J. In ŠVESTKA, J./SPÁČIL, J. a kol.: Občanský zákoník I. Komentář. §§ 1–459. Praha (2008), s. 109.

¹¹⁵ *Ibid.*

Závěr

Cílem tohoto příspěvku bylo ukázat, že práce právních romanistů nemají význam pouze historický, neukazují tedy pouze podobu práva v minulosti, ale díky váze své tradice i preciznosti argumentace mohou být i důležitým vodítkem pro hodnocení současné (i budoucí) právní úpravy soukromého práva.

Mancipatio a in iure cessio – několik poznámek k jejich podobnostem a odlišnostem dle Gaiových Institucí

Kamila Stloukalová

Úvod – 1 Mancipace a iniurecesse v Gaiových Institucích – 2 Vzájemný vztah
mancipace a iniurecesse – Závěr

Úvod

Mancipace, stejně jako iniurecesse, jsou, dle dnešní systematiky římského práva, derivativními způsoby nabytí vlastnictví. Obě jednání charakterizují určité společné znaky, především, že jsou to jednání formální, abstraktní, která jsou upravena právem občanským (*ius civile*), a jsou vyhrazena pouze občanům římským, respektive těm, kteří mají *ius commercii*. Zajišťují se jimi mimo jiné publicita, zveřejnění převodu vlastnického, respektive jiného práva či moci nad věcmi nebo osobami.

Základní odlišnost spočívá v jejich provedení. Mancipace, tedy jednání pomocí bronzu a váhy (*per aes et libram*), mělo podobu trhu, původně reálného, později prováděného pouze symbolicky. Za přítomnosti pěti svědků, dospělých občanů římských, a další osoby, vážného, nabyvatel uchopil věc, jejíž vlastnictví se převádělo, pronesl známou formuli *HUNC EGO HOMINEM¹ EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA*, v níž se označil za kviritského vlastníka, udeřil kouskem mědi o váhy a tento kus odevzdal jako (symbolickou) cenu převodci,² který po celou dobu nic nekonal. Vzhledem k postupnému oddělení mancipace od původní kauzy, t.j. skutečného trhu, v jehož rámci se předává jakožto trhově cena neražený kov (*aes rude*),³ stala se jednáním určeným k převodu vlastnického práva bez ohledu na důvod tohoto převodu.⁴ Pro způsobení kýžených účinků převodu vlastnického práva

¹ Šlo-li o otroka.

² Inst. Gai 1,119.

³ Inst. Gai 1,122. LEE, R. W.: *The Elements of Roman Law*. London (1956), s. 116–117.

⁴ Kus bronzu, předávaný nabyvatelem převodci (*raudusculum*) po zavedení peněz pak již nepředstavuje kupní cenu, a je odevzdáván i v případě, že kauzou převodu vůbec nebyla koupě. JOŁOWICZ, H. F./NICHOLAS, B.: *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. Cambridge – London – New York – Melbourne (1972), s. 144.

postačovalo, že byla naplněna předepsaná forma. Mancipace tak díky tomu začala být používána i jako nástroj pro převod z jiných důvodů, například darování, věna, splnění dluhu, atd., a pro právní jednání fiduciární.⁵

Iniurecessio se uskutečňovala ve formě napodobující (adaptující k příslušnému účelu) soudní proces před magistrátem zahájený pomocí *legis actio sacramento in rem*⁶ (reivindikace), avšak, na rozdíl od sporného řízení v souladu s vůlí obou stran, a s tím, že proces neměl dojít až k litiskontestaci,⁷ a druhému stadiu *apud iudicem*. Nabyvatel-žalobce uchopil věc a pronesl vindikační formulí: *HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO*. Následoval dotaz magistráta směřovaný na zcizitele-žalovaného,⁸ zda uplatňuje své právo k věci (*an contra vindicet*). Ten mlčel, případně odpověděl záporně, čímž způsobil, že následně magistrát potvrdil svým výrokem jednání stran, a tedy přisoudil převáděnou věc nabyvateli-žalobci. Toto přisouzení (*addicere*), opět na rozdíl od rozsudku ve skutečném sporném řízení, nemělo účinek pouze mezi stranami, ale nabyvatel své právo mohl uplatnit i vůči třetím osobám.⁹ Rozsudek o reivindikaci by byl deklaratorní, zatímco přisouzení konstituuje právo osobě, která jej předtím neměla. I u tohoto právního jednání postačovalo dodržení výše uvedené formy k tomu, aby se dostavily zamýšlené účinky, a bylo jej tedy možno použít k nabytí, převodu i zániku všech kviritských práv, zkrátka všude, kde se uplatnila *legis actio sacramento in rem*.¹⁰

Řekli jsme, že co do formy se obě právní jednání liší, nikoliv však zcela, neboť obsah prohlášení se překrývá, alespoň co do výrazu *HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO*, tedy deklaraci existence určitého kviritského práva nabyvatele. Také pasivita zcizitele se zcela zřejmě projevuje v obou případech základního modelu převodního jednání. Nicméně,

⁵ Již v období Zákona XII desek sloužila jako abstraktní převodní jednání. BRUTTI, M.: *Il diritto privato nell'antica Roma*. Torino (2011), s. 276; WATSON, A.: *Roman Private Law around 200 BC*. Edinburgh (1971), s. 61; SOMMER, O.: *Učebnice soukromého práva římského*. Díl II. Právo majetkové. Praha (1935), s. 218 a VÁŽNÝ, J.: *Vlastnictví a práva věcná*. Soustava práva římského. Díl II. Brno (1937), s. 29.

⁶ WATSON, A.: *Roman Private Law around 200 BC*. Edinburgh (1971), s. 62.

⁷ Dokonce ani k sázce (*sacramentum*) v rámci legisakčního procesu. BRUTTI, M.: *Il diritto privato nell'antica Roma*. Torino (2011), s. 276.

⁸ *Ibid.*, s. 282. S odlišnou hypotézou, kdo je v postavení žalobce a kdo žalovaného viz studii BRUTTI, M.: *Towards a New Hypothesis of the legis actio sacramento in rem*. In WATSON, A. (ed.): *Studies in Roman Private Law*. London – Rio Grande (1991), s. 147–157.

⁹ JOLOWICZ, H. F./NICHOLAS, B.: *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. Cambridge – London – New York – Melbourne (1972), s. 150.

¹⁰ *Iniurecessio* bylo však možno podstupovat i v provinciích – Inst. Gai 2,24.

podle Zákona XII desek, co bylo vyčteno při nexu a mancipaci, to mělo být právem,¹¹ a na základě toho tedy mohly strany připojit k mancipaci ještě další prohlášení,¹² typicky vymezující rozsah nabytých práv. Tak mohly být zřízeny služebnosti, ať už k tíži nebo ku prospěchu mancipované věci (*impositio, deductio servitutis*). Také v případě iniurecesse byly možné vedlejší úmluvy. Naopak u obou právních jednání se podle názorů v romanistické literatuře nepřipouštělo uložení podmínky nebo časového určení.¹³

Mancipace se jeví jako právní jednání starší než *iniurecessio*. Stará římská agrární společnost považovala za nejvýznamnější majetkové hodnoty právě věci označované ne náhodou jako mancipační. Lze soudit, že mancipace byla prováděna ještě předtím, než se etablovala státní moc a legisakční soudní řízení. Ve *Fragmenta Vaticana*¹⁴ se uvádí, že obě dvě právní jednání znal již Zákon XII desek. Mancipace byla používána ještě v klasické době, ačkoliv zavedení praetorské ochrany tzv. bonitárního vlastnictví značně její postavení zásadního institutu římského práva soukromého oslabovalo. Poslední císařskou konstitucí se zmínkou o mancipaci je konstituce z roku 355 po Kr. (císařů Constantia a Constance).¹⁵ Tečku přineslo právo justiniánské, v němž se mancipace již nevyskytuje,¹⁶ vzhledem k definitivnímu setření rozdílu mezi *res mancipi* a *res nec mancipi*, a oprostíme-li se od kategorie věcných práv, také vzhledem k tendenci k větší neformálnosti právních jednání a jejich písemným formám. Iniurecesse se přestala užívat na konci klasické doby, poslední zmínku o ní nalezneme v roce 293 po Kr., když se kogniční proces stal běžnou formou soudního řízení, výjimkou budiž *manumissio vindicta*.¹⁷

¹¹ Tab. 6,1: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.*

¹² *Nuncupationes*, jednostranná prohlášení činěná zejména zcizitelem, zvaná také *leges mancipii*. SOMMER, O.: Učebnice soukromého práva římského. Díl II. Právo majetkové. Praha (1935), s. 217.

¹³ BARTOŠEK, M.: Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje). Praha (1988), s. 194; SOMMER, O.: Učebnice soukromého práva římského. Díl II. Právo majetkové. Praha (1935), s. 218 a TALAMANCA, M.: Istituzioni di diritto romano. Milano (1990), s. 256.

¹⁴ Frag. Vat. 50.

¹⁵ Cod. Theod. 8,12,7.

¹⁶ Ve většině případů, kde byla v klasických právních textech uváděna mancipace, ji v Justiniánově kodifikaci vystřídala tradice. Viz namátkou předpokládané interpolace ustanovení Ulp. D. 6,1,72; Iavol. D. 7,1,54; Gai D. 8,1,5pr. a další místa. V justiniánských Digestech je mancipace zmíněna v ustanovení Ulp. D. 28,3,8,1 (nejspíše zde zůstala omylem z původního textu) v souvislosti s emancipací dcery a dalších potomků s výjimkou syna. LEVY, E./RABEL, E.: *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*. Weimar (1929).

¹⁷ Také *in iure cessio* byla z justiniánské kodifikace odstraněna buď úplně (například interpolace k Ulp. D. 7,1,25,7) nebo pouhým vyškrtnutím slov *in iure* (například

Tolik co do obecné charakteristiky těchto právních jednání. Základním, nejzachovalejším a nejobsáhlejším pramenem popisujícím mancipaci a iniurecessi, z něhož lze také vyčíst mnohé, co bylo již řečeno, jsou Gaiovy Instituce. Podíváme-li se do nich, nalezneme oba instituty jako nástroje pro účely týkající se práv osob, práv věcných, včetně dědického i závazkových.

1 Mancipace a iniurecesse v Gaiových Institucích

Shrneme si nejprve výskyt mancipačního jednání, respektive jeho použití, jak nám jej uvádí Gaiovy Instituce:

a) Osoby

V odvětví práva osob se mancipace používá v následujících případech:

– *coemptio matrimonii causa*, t.j. z důvodu manželství,¹⁸ která je prováděna s manželem, jemuž tak vzniká nad ženou *manus* (moc manželská); *fiduciae causa*, t.j. z důvodu fiducie, a to například za účelem změny poručníka (*coemptio tutelae evitandae causa*),¹⁹ nebo, jak uvádí Gaius, v dřívějších dobách z důvodu poručení testamentu (*coemptio testamenti faciendi gratia*);²⁰
– *emancipatio*,²¹ která využívá trojitě mancipace otcem rodiny k osvobození

interpolace Cels. D. 8,1,9). LEVY, E./RABEL, E.: *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*. Weimar (1929) a SOMMER, O.: Učebnice soukromého práva římského. Díl II. Právo majetkové. Praha (1935), s. 219. V případě adopce a emancipace sice Justinian zrušil používání původní formy, když ve své konstituci (Cod. Iust. 8,47,11) hovoří o vypuštění starých formalit – emancipací a manumissí. Výslovně však nezmiňuje finální úkon u adopce – *in iure cessio*. BUCKLAND, W. W.: *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*. Cambridge (1963), s. 235.

¹⁸ Inst. Gai 1,113. Pokud žena podstoupí koempci s manželem, nabývá postavení dcery (*filiae loco*), pokud s mužem cizím, v postavení dcery k němu není. Viz Inst. Gai 1,114; 115b; 118 a 136.

¹⁹ Inst. Gai 1,115. Se souhlasem stávajícího poručníka dojde ke koempci. Koempcionátor pak mancipuje ženu osobě, kterou si ona žena za poručníka přeje. Tato osoba ji pak propustí hůlkou, a jakožto *quasi* patron se stane i jejím poručníkem fiduciárním. Žena tak mohla vystoupit ze své původní famílie, nedostávala se ale do rodiny a pod moc koempcionátora, který tak nenabýval nic jiného než právo ženu remancipovat. Viz HEYROVSKÝ, L.: *Dějiny a systém soukromého práva římského*. Díl II. Praha (1921), s. 239. Blíže též MELILLO, G.: *Personae e status in roma antica*. Napoli (2006), s. 101n.

²⁰ Inst. Gai 1,115a. Gaius naproti tomu neuvádí další z „druhů“ koempce: *coemptio sacrorum interimendorum causa*, již se žena zbavovala břemene náboženských povinností spojených s dědictvím, a to nejspíše vzhledem k archaičnosti této praxe. FRANCIOSI, G.: *Famiglia e persone in Roma antica*. Dall'età arcaica al principato. Torino (1995), s. 73–74.

²¹ Inst. Gai 1,132.

syna, respektive jediné mancipace v případě ostatních potomků, z moci otcovské;²²

– *adoptio stricto sensu*,²³ která, stejně jako emancipace potřebuje ke svému uskutečnění rozvázání otcovské moci pomocí tří mancipací (předpokládáme-li, že jde o adopci syna);

– převod osoby do mancipia, ať už za účelem noxálního ručení,²⁴ nebo převodů fiduciárních, například z důvodu procesu osvobození syna z moci otcovské.²⁵

b) Věci

Co se týče oblasti práv věcných, je jisté, že se mancipace používala k převodu kviritského vlastnictví k v určité době již pevně stanovenému²⁶ okruhu věcí mancipačních,²⁷ konkrétně tedy k:

– otrokům;

– zvířatům, která patří mezi věci mancipační;²⁸ v obou případech musela být při převodu věc přítomna;

– pozemkům městským i venkovským²⁹ (v Gaiových Institucích se uvádí stavby³⁰), ale pouze na italské půdě, nikoli provinčním.³¹ Nemovité věci bylo možno převádět i v nepřítomnosti – alespoň tak to pro svou dobu uvádí

²² Gaius hovoří také o zániku moci manželské pomocí jedné mancipace. Po následném propuštění se žena stává *sui iuris*. Inst. Gai 1,137. S procesem mancipace a manumise také souvisí vznik poručenství: legitimní poručenství nad ženou nebo nedospělcem vznikne tehdy, když dojde k mancipaci s doložkou převedení nazpět, následné remancipaci a propuštění z moci – Inst. Gai 1,166; fiduciární poručenství pak vznikne propuštěním svobodné osoby, která byla propouštějícímu mancipována agnátským předkem nebo koempcionátorem – Inst. Gai 1,166a.

²³ Inst. Gai 1,134.

²⁴ Inst. Gai 4,79. K potřebnému počtu mancipací v případě noxálního ručení, který byl sporný mezi školami Sabiniánů a Prokuliánů viz STLOUKALOVÁ, K.: Noxal Liability or How Many Mancipations of the Son are Necessary? In GAROFALO, L./ZHANG, L. (eds.): *Diritto Romano fra Tradizione e Modernità. Atti del Convegno internazionale di Shanghai (13–15 novembre 2014)*. Pisa (2017), s. 321–335.

²⁵ Inst. Gai 1,123. Gaius shrnuje, že všechny osoby podřízené moci agnátského předka jím mohou být mancipovány stejně jako otroci. Inst. Gai 1,117; 118 a 118a.

²⁶ Jak nasvědčuje zmínka v Inst. Gai 2,16 o zvířatech, která nebyla ještě známa, když se ustavovalo, co bude věcí mancipační.

²⁷ Inst. Gai 2,22.

²⁸ *Animalia quae collo dorsove domari solent*. Inst. Gai 2,14a; 15 a 16.

²⁹ Inst. Gai 1,120.

³⁰ *Aedes*, Inst. Gai 2,14a. Srov. *Tituli ex corpore Ulpiani* 19, 1 – zde je použit pojem *domus*.

³¹ Inst. Gai 2,31.

Gaius.³² V dřívějších dobách však praxe byla s největší pravděpodobností jiná, buď byla vyžadována přítomnost všech osob na dotčeném pozemku, či bylo obvyklé mít u převodu symbolickou hroudu půdy,³³

– služebnostem k pozemkům venkovským (nikoli městským).³⁴

Z výše uvedeného výčtu nám však vyvstávají další otázky, přičemž u některých z nich se nejspíše budeme muset smířit se skutečností, že odpověď na ně stoprocentně neznáme. Položit bychom si je ale přesto měli. Otázkou tedy je, zda lze převést mancipací i věci nemancipační. Nejprve je třeba pátrat po důvodu takového jednání. Tím by mohlo být zajištění dostatečné publicity převodu určité věci, na níž má převodce a nabyvatel eminentní zájem. V odborné literatuře se lze setkat i s naprostou negací možnosti, že by se daly mancipací převést i věci nemancipační.³⁵ Z hlediska právního by k převodu postačovala tradice,³⁶ záleželo by tedy, zda se naplní požadavky kladené na tento způsob převodu vlastnického práva.³⁷ Pak by tedy samotné vlastnictví věci přešlo jejím předáním, zatímco vnější znaky mancipace by byly jakýmsi dobrovolným nadstandardem, z něhož by nejzásadnější roli hráli přivolaní svědci, aby dostatečné veřejnosti konání převodních stran bylo učiněno zadost.³⁸

³² Inst. Gai 1,121.

³³ SABBATINI, G.: *Appunti di preistoria del diritto romano*. Torino (2014), s. 77.

³⁴ Inst. Gai 2,14a.

³⁵ Viz například SOMMER, O.: *Učebnice soukromého práva římského*. Díl II. Právo majetkové. Praha (1935), s. 217 a BRUTTI, M.: *Il diritto privato nell'antica Roma*. Torino (2011), s. 275.

³⁶ Inst. Gai 2,19.

³⁷ *Voluntas dominii transferendi* (vůle zcizitele převést vlastnictví) a s ní související faktické nabytí druhou stranou a kauza (*iusta causa traditionis*). VÁŽNÝ, J.: *Vlastnictví a práva věcná*. Soustava práva římského. Díl II. Brno (1937), s. 32n.

³⁸ Srov. BUCKLAND, W. W.: *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*. Cambridge (1963), s. 239. Na to navazující dotaz by se mohl týkat role svědků a důsledků odepření svědeckví. Bude svědek přítomný převodu nemancipační věci mancipací bezectným, odmítne-li o tomto úkonu svědčit? Jinak řečeno, je ustanovení Zákona XII desek v tomto směru striktní, t.j. bude bezectným, kdo se nechá vzít za svědka jakéhokoli úkonu, ať už je přítomnost svědků požadována zákonem pro platnost dotčeného jednání nebo nikoli, a následně o něm nesvědčí? Zcela jistě toto ustanovení míří na ta jednání, u nichž je přítomnost svědků podstatnou náležitostí, to však zároveň nevylučuje jeho možný dopad také na svědky úkonu, který je mít nutně nemusí. Stejně tak by bylo možno dále zkoumat otázku použití *actio auctoritatis* u úkonů, kde mancipace není nutná pro převod kviritského vlastnictví. Výše uvedené směry dalšího bádání jsou však již nad rámec zaměření tohoto článku, neboť Gaiovy Instituce na ně nenabízejí bližší odpovědi.

Kapitola sama pro sebe je pak vůbec kategorie věcí mancipačních, které Gaius označuje za ty cennější (*res pretiosiores*),³⁹ jaký je její původ, která zvířata se počítají (a hlavně odkdy) mezi *res mancipi*,⁴⁰ či které služebnosti patří mezi mancipační věci. Gaius na toto téma shrnuje, že mancipačními jsou obecně pozemkové venkovské služebnosti.⁴¹ Presumuje se ale, že mancipačními služebnosti byly pouze tzv. nejstarší pozemkové služebnosti – *via, iter, actus* a *aquaeductus*.⁴² Zda to byly právě a jenom tyto čtyři, nelze však pouze z Gaiova textu blíže určit.⁴³

Samostatnou oblastí v rámci věcných práv pak je právo dědické a z hlediska mancipace:

– zřízení tzv. testamentu *per aes et libram*,⁴⁴ jehož forma se vyvíjela, jak nás informuje Gaius, následovně. Nejprve zůstavitel převáděl celé svoje jmění na kupce rodinného majetku (*familiae emptor*), který se tím dostával do postavení dědice, a po smrti zůstavitele pak měl vykonat jeho poslední vůli,

³⁹ Inst. Gai 1,192. BRUTTI, M.: *Il diritto privato nell'antica Roma*. Torino (2011), s. 271.

⁴⁰ Odkdy jsou *animalia quae collo dorsove domari* mancipačními, t.j. zda od narození nebo od zkracení, respektive stáří, kdy obvykle bývají zkracena, to bylo předmětem sporu právních škol Sabiniánů a Prokuliánů. Inst. Gai 2,15. K tomu blíže například ONIDA, P. P.: *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*. Torino (2012), s. 207n.

⁴¹ Inst. Gai 2,14a; 17 a 29.

⁴² Výslovně tyto čtyři jsou uvedeny v ustanovení 19,1 *Tituli ex corpore Ulpiani*, nicméně jejich výčet (stejně jako výčet mancipačních zvířat) se uvozuje slovem *velut* – „jako“: *Mancipi res sunt praedia in italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus item iura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini*. Na to, že mancipačními věcmi byly pouze tyto čtyři pozemkové služebnosti míří také předpokládaná interpolace ustanovení Gai D. 8,1,5pr. (*Via iter actus ductus aquae isdem fere modis constituitur, quibus et usum fructum constitui diximus*), s tím, že původní text měl znít: *Via iter actus ductus aquae per mancipationem constituitur, ceterum isdem fere modis, quibus et usum fructum constitui diximus*. Jen uvedené čtyři pozemkové služebnosti uvádí jako mancipační například NARDI, E.: *Istituzioni di diritto romano*. C. Guida ai testi. Milano (1986), s. 51a 58 a TALAMANCA, M.: *Istituzioni di diritto romano*. Milano (1990), s. 467. Tuto otázku zmiňuje též BUCKLAND, W. W.: *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*. Cambridge (1963), s. 239 a JOLOWICZ, H. F./NICHOLAS, B.: *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. Cambridge – London – New York – Melbourne (1972), s. 158.

⁴³ Buď tedy a) mancipačními věcmi byly již od počátku všechny pozemkové venkovské služebnosti, nebo b) dříve byly mancipačními jen *via, iter, actus, aquaeductus*, ale v období, kdy Gaius vytvářel své Instituce se do skupiny mancipačních služebností počítaly všechny pozemkové venkovské služebnosti, nebo c) mancipačními byly stále jen výše uvedené čtyři služebnosti, ale Gaius pro zjednodušení příslušné materie používá zobecnění na pozemkové venkovské služebnosti.

⁴⁴ Inst. Gai 2,102–104.

tedy rozdělit pozůstalostní majetek dle ústního prohlášení při mancipaci.⁴⁵ Zato v Gaiově době již tato osoba figuruje v rámci mancipace jen naoko (*dicis gratia*), a to hlavní, tedy určení dědice, je zaznamenáno v testamentárních tabulkách při jednání přítomných.

c) Závazky

V tomto případě mírně rozšiřujeme původní záběr směřující jen ke zmapování institutů mancipace a iniurecesse v Gaiových Institucích:

– *solutio per aes et libram (imaginaria solutionis)* zařazuje odborná literatura vedle mancipace do širší skupiny právních jednání nazývaných *gesta per aes et libram*. Provedení těchto jednání pomocí bronzu a váhy je totožné, až na formuli, která bývala při tomto úkonu pronášena.⁴⁶ Obrazným plněním pomocí bronzu a váhy se dlužník osvobozoval se souhlasem věřitele od svého závazku tím, že prohlásil, že se zbavuje závazku a symbolicky plnil; rušil se tím závazek z nexa (*nexi liberatio*), z rozsudku a damnačního legátu.⁴⁷

Nyní se zaměříme na výskyt *iniurecessionis* u Gaia:

a) Osoby

V případě práva osob se iniurecesse používá při:

– vindikaci syna osvojujícím otcem, jako poslední fáze adopce;⁴⁸
– postoupení poručenství nad ženami;⁴⁹
– propouštění otroků a osob v mancipiu hůlkou (*manumissio vindicta*),⁵⁰ které, připomeňme, se odehrávalo za přítomnosti pána, osvobozovaného

⁴⁵ Viz také Inst. Gai 2,252.

⁴⁶ JOLOWICZ, H. F./NICHOLAS, B.: Historical Introduction to the Study of Roman Law. Cambridge – London – New York – Melbourne (1972), s. 144 a TALAMANCA, M.: Istituzioni di diritto romano. Milano (1990), s. 202.

⁴⁷ Inst. Gai 3,173–175.

⁴⁸ Inst. Gai 1,134.

⁴⁹ Inst. Gai 1,168. Jde o postoupení výkonu poručenství nad ženou, postupník se pak nazývá *tutor cesticus*. Použití iniurecesse, t.j. vindikace, údajně odkazuje na mocenský charakter poručenství nad ženou ve starších dobách, viz FRANCIOSI, G.: Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato. Torino (1995), s. 95. *Tutor cesticus* svou poručenskou moc odvozuje od původního poručníka (*tutor legitimus*) a například zemře-li původní tutor, i *cesticia tutela* zaniká. HEYROVSKÝ, L.: Dějiny a systém soukromého práva římského. Díl II. Praha (1921), s. 325.

⁵⁰ Propouštění hůlkou zmiňuje Inst. Gai 1,138. BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva. Praha (1994), heslo: *in iure cessio* a LEE, R. W.: The Elements of Roman Law. London (1956), s. 119. V případě *manumissio vindicta* však předobrazem nebyla vindikace, ale spor o svobodu (*causa liberalis*). JOLOWICZ, H. F./NICHOLAS, B.: Historical Introduction to the Study of Roman Law. Cambridge – London – New York – Melbourne (1972), s. 151.

otroka, respektive osoby v mancipiu, dalšího římského občana zvaného *adsertor libertatis*, a magistráta s impériem. *Adsertor libertatis* prohlašoval, že otrok je svobodný, pán k tomuto prohlášení nic nenamítal a úředník tak mohl prohlásit otrokovu svobodu. Výslovný popis tohoto procesu sice v Gaiových Institucích nenalzáme, jde nicméně nepochybně o velmi starý obyčej.⁵¹ K *manumissio vindicta* docházelo tedy také tehdy, když se rozvažovala trojím (jedním) prodejem moc otcovská, t.j. byla součástí procesu adopce či emancipace.

b) Věci

V odvětví věcných práv iniurecessi nalezneme v případech, kdy se:

– převádí kviritské vlastnictví k věcem jak mancipačním, když Gaius shrnuje, že tytéž právní účinky jako mancipace má iniurecesse,⁵² tak též nemancipačním, včetně (a především) těch nehmotných (nikoli však k pozemkům provinčním).⁵³

– co se týče služebností, práva k pozemkům městským (*iura praediorum urbanorum*) lze podle Gaiových slov postoupit pouze iniurecessí, zatímco práva k pozemkům venkovským (*iura praediorum rusticorum*) jak iniurecessí, tak i mancipací,⁵⁴

– zřizuje *ususfructus*;⁵⁵

– postupuje dědictví (*in iure cessio hereditatis*).⁵⁶

2 Vzájemný vztah mancipace a iniurecesse

Z výše uvedeného vyplývá, že existují tři modalities vzájemného vztahu mancipace a iniurecesse:

1) konkurenční použití: mancipaci a iniurecessi lze použít k dosažení téhož účelu, jednájí si vybere jedno z těchto dvou právních jednání;

2) samostatné použití: pro dosažení kýženého účelu lze použít pouze mancipaci nebo pouze iniurecessi, ale nikoliv druhé právní jednání, protože to by nebylo schopné způsobit požadované účinky;

⁵¹ Vytvořený těsně po vzniku římské republiky, opřeme-li se o Liviovo vyprávění. Liv. 2,5.

⁵² Inst. Gai 2,22.

⁵³ Inst. Gai 2,31.

⁵⁴ Inst. Gai 2,29.

⁵⁵ Inst. Gai 2,30 (a to i v provinciích, avšak nikoli k provinčním pozemkům, ale například k otrokům či zvířatům – Inst. Gai 2,32. Srov. též Inst. Gai 2,25). Viz dále v textu ad 2).

⁵⁶ Inst. Gai 2,34–37 a 3,85–87. K tomu blíže viz například KLEŇOVÁ, V.: *In iure cessio hereditatis*. In Právněhistorické studie. Roč. 48 (2018), č. 1, s. 97–110.

3) společné použití: k dosažení účelu je třeba použít obě právní jednání postupně.

Ad 1) Mancipace a iniurecesse si konkurují tehdy, převádí-li se věci mancipační. Tento převod lze učinit oběma právními jednáními se stejnými účinky, avšak je třeba si pro konkrétní převod vybrat pouze jedno z nich.

To, které právní jednání je preferováno v případech, kdy si mancipace a iniurecesse konkurují, je výslovně vyjádřeno Gaiem: „Nejčastěji, ne-li vždycky, používáme ovšem mancipace. Co totiž v přítomnosti přátel můžeme provést my sami, není nutné provádět s většími obtížemi před prétorem anebo před správcem provincie“.⁵⁷

Podívejme se krátce, které obtíže mohou být spojeny s iniurecessí. Především jde o samotnou nutnost interakce s úředníkem (praetorem nebo správcem provincie), kdy nestačí jeho přítomnost, ale vyžaduje se také aktivní činnost spočívající v přiřčení práva, tedy vyřčení onoho *addico*.

Soudní jednání se navíc může odehrávat pouze ve dnech, které jsou k tomu vyhrazeny – *dies fasti*. Jak nás informuje Varro v díle *De lingua latina*:⁵⁸ „*Dies fasti* jsou dny, kdy mají praetori povoleno pronášet jakékoliv výroky (*fari*), aniž by se provinili [...] dny k těmto protikladné se jmenují *dies nefasti*; během nich je zapovězeno, aby praetor řekl ‚ukládám‘, ‚soudím‘ a ‚ustanovuji‘ [*do, dico, addico*], čili nelze jednat, protože když se něco projednává podle zákona, je nutné některé z těchto slov použít. Stane-li se, že někdo toto slovo bezděčně vypustí a někoho tak osvobodí, pak tento sice skutečně osvobozen je, ale je to proti pravidlům [...] prétor, který v tento den takový výrok pronesl, může se, učinil-li tak nezáměrně, očistit smírnou obětí; pokud tak ovšem učinil záměrně, již se podle Quinta Mucia jakožto bezbožník očistit nemůže“.⁵⁹ Nicméně

⁵⁷ Inst. Gai 2,25: *Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur: quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non interest nec necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere*. Český překlad ustanovení Gaiových Institucí: KINCL, J.: Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách. Plzeň (2007). Watson uvádí, že pro období republiky iniurecessi zmiňují jen dva texty (Cic., Top. 28 a Varro, Rust. 2,10,4), které navíc nesouvisí s konkrétním případem. WATSON, A.: Roman Private Law around 200 BC. Edinburgh (1971), s. 62.

⁵⁸ Varro, De l. l., 6,29–30: *Dies fasti, per quos praetoribus omnia verba sine piaculo licet fari; [...] Contrarii horum vocantur dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem „do“, „dico“, „addico“; itaque non potest agi: necesse est aliquo eorum uti verbo, cum lege quid peragitur. Quod si tum imprudens id verbum emisit ac quem manumisit, ille nihilo minus est liber, sed vitio [...] Praetor qui tum fatus est, si imprudens fecit, piaculari hostia facta piatur; si prudens dixit, Quintus Mucius aiebat eum expiari ut impium non posse*.

⁵⁹ MARCUS TERENTIUS VARRO: *De lingua latina V–VIII*. Přel. L. PULTROVÁ. Praha (2015), s. 213.

v literatuře najdeme i názory, že vzhledem k tomu, že se obsahově nejedná o skutečný proces, ale pouze o jeho vnější formu, nevztahuje se na iniurecessi limit času výše uvedený.⁶⁰ Avšak vzhledem k nutnosti aktivního spolupůsobení magistráta a vyřčení onoho *addico*, které působí právní následky v podobě převodu vlastnického práva a zcela jasné souvislosti iniurecesse se skutečným sporným řízením, které je jejím předobrazem a z nějž vychází, se jeví jako pravděpodobnější dodržování *dies fasti a nefasti*.

Strany tohoto právního jednání, jak je zcela zřejmé, musely mít způsobilost být účastníky soudního řízení. Iniurecesse tedy nebyla dostupná pro osoby *alieni iuris*, které dle Gaiova odůvodnění nemohly podat vindikační žalobu z toho prostého důvodu, že jako podřízené cizí moci nemohly nic vlastnit.⁶¹ I v tomto bodě se tedy mancipace jeví být výhodnější, neboť *pater familias* může nabýt i skrze osoby podřízené (*alieni iuris* a otroky).⁶²

Zmíňme nakonec také fakt, že u mancipace v případě, že její kauzou byla skutečná koupě (*mancipatio ex causa venditionis*), pak zciziteli vznikala povinnost obhájit nabyvatele na soudě, pokud na něm mancipovaná věc byla vymáhána třetí osobou z důvodu, který nevznikl až po mancipaci (odpovědnost za evikci). Pokud této své povinnosti zcizitel nedostal nebo spor o vydání věci prohrál, podléhal tzv. *actio auctoritatis*, žalobě znějící na dvojnásobek kupní ceny.⁶³ Výhodu existence *actio auctoritatis* osoba nabývající iniurecessi postrádala. Iniurecesse navíc není spojována s platbou jakékoli částky.⁶⁴

⁶⁰ Například PEROZZI, S.: *Istituzioni di diritto romano*. Vol. I. Roma (1928), s. 680.

⁶¹ Inst. Gai 2,96.

⁶² Inst. Gai 2,87 a 3,167. SOMMER, O.: *Učebnice soukromého práva římského*. Díl II. Právo majetkové. Praha (1935), s. 219.

⁶³ V případech, kdy se neplatila skutečná kupní cena a částka byla pouze symbolická, šlo o jednání *nummo uno* (pomocí jediného penízu), splňující pouze předepsané formality (viz například Inst. Gai 2,252). WATSON, A.: *Roman Private Law around 200 BC*. Edinburgh (1971), s. 61–62; DĄCZAK, W./GIARO, T./ LONGCHAMPS DE BÉRIER, F.: *Právo římské. Základy soukromého práva*. Olomouc (2013), s. 199. BARTOŠEK, M.: *Encyklopedie římského práva*. Praha (1994), heslo: *numerus* a ZIMMERMANN, R.: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford (1996), s. 294–295.

⁶⁴ JOLOWICZ, H. F./NICHOLAS, B.: *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. Cambridge – London – New York – Melbourne (1972), s. 151. Tuto skutečnost například Perozzi vykládá jako jednu z výhod *in iure cessio* oproti mancipaci či tradici. Dle jeho názoru u mancipace a tradice nepřešlo vlastnictví k převádnému předmětu dříve, než byla zaplacená kupní cena, zatímco s *in iure cessio* nebyla tato podmínka spojována. PEROZZI, S.: *Istituzioni di diritto romano*. Vol. I. Roma (1928), s. 679. Ohledně převodu vlastnictví až zaplacením kupní ceny, respektive poskytnutím záruky jejího zaplacení se však v odborné romanistické literatuře vedou spory a objevují se zcela protichůdné názory, přičemž zkoumání této otázky by vyдалo minimálně na samostatný příspěvek.

Ad 2) Co se týče samostatného použití, je odlišení vcelku jasné. Pouze mancipací v podobě obrazného prodeje ženy, t.j. koempce, se zřizuje *manus*, převádí-li se žena do moci svého manžela, nebo se provádí změna poručníka. Jen mancipace poslouží také k obraznému prodeji syna, kterého chce jeho otec převést pod moc jiného otce rodiny (do mancipia). Naproti tomu nelze v právu osob ničím nahradit *iniurecessi* při propouštění hůlkou nebo postoupení poručenství nad ženami.

Dostaneme-li se k věcným právům, Gaius vymezuje, že pouze *iniurecessi* lze převést *iura praediorum urbanorum*. Stejně se zmiňuje také o *usufructu*, ačkoliv vzápětí dodává, že existuje i způsob jak služebnost či poživací právo zřídít pomocí mancipace, a to tak, že se sice převádí vlastnictví k věci, ale zcizitel si pro sebe vyhradí právo poživací k této věci – *deductio servitutis*, *deductio ususfructus*;⁶⁵ pozměněním vyřčené formule se docílilo, že nabyvatel nejen, že nabýval vlastnictví, ale ještě k tomu také služebnost k sousednímu pozemku patřícímu zciziteli – *impositio servitutis*.⁶⁶ Tyto vymezené případy bychom tedy měli zařadit ad 1) mezi možnosti konkurenčního použití mancipace a *iniurecesse*.

To, že v oblasti dědického práva se mancipace transformovala v právní jednání, jímž se porizuje testament, zatímco *iniurecessio* slouží k převodu pozůstalosti, netřeba již zvlášť rozvádět.

Obecně lze říci, že *iniurecessio* se jako způsob převodu uplatňovala především tam, kde jednodušší či pohodlnější právní jednání – tradice či mancipace – nebyly použitelné a jiný způsob právní řád nenabízel, tedy šlo-li o věci nehmotné nemancipační,⁶⁷ respektive nemancipační převáděné s fiduciární doložkou (*pactum fiduciae*), o *universitates facti*, pokud je, jako celek, bylo přípustné vindikovat, nebo o další absolutní práva (jako v případě *in iure cessio tutelae* nebo *hereditatis*).⁶⁸

Ad 3) Obě jednání poslouží pouze společně k provedení adopce a emancipace. Adopcí v užším slova smyslu se, převádí moc otcovská nad osobou *alieni iuris*. Na jedné straně tedy dochází k zániku otcovské moci u původního otce rodiny a vzniku otcovské moci u doposavad cizí osoby, která

⁶⁵ Inst. Gai 2,33.

⁶⁶ VÁŽNÝ, J.: Vlastnictví a práva věcná. Soustava práva římského. Díl II. Brno (1937), s. 29.

⁶⁷ WATSON, A.: Roman Private Law around 200 BC. Edinburgh (1971), s. 62. Nutno dodat, že do skupiny *res incorporales* jsou Gaiem zařazeny také obligace (Inst. Gai 2,14), zároveň ale konstatuje, že nejsou způsobilé k převodu žádným z uvedených způsobů (Inst. Gai 2,38), samozřejmě včetně tradice (Inst. Gai 2,28).

⁶⁸ TALAMANCA, M.: Istituzioni di diritto romano. Milano (1990), s. 435.

se stává novým otcem rodiny pro adoptovanou osobu. Přijmeme tezi, že moc otcovskou nebylo původně možno převést ani zrušit. Jako opatření sloužící k omezení zneužití *ius vendendi* bylo stanoveno pravidlo o trojím prodeji syna v souladu s ustanovením Zákona XII desek *Si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto*.⁶⁹ Tak se vyvinul nástroj ke zrušení moci otcovské a postupně také k jejímu převodu za účelem adopce, jejíž uskutečnění se rozpadá do dvou fází. Nejprve dojde k trojí mancipaci syna otcem do mancipia fiduciáře. Ten po prvních dvou prodejkách buď propustí (*manumissio vindicta*) nebo remancipuje syna zpět pod moc otce rodiny. Po třetím prodeji je moc původního otce rozvázána. Fiduciář typicky remancipuje syna znovu otci rodiny, který jej však již nyní nemá pod mocí otcovskou, ale v mancipiu. V druhé části tohoto jednání pak na scénu opět vstupuje iniurecse (*actio sacramenti in rem*) a adoptivní otec, který syna vindikuje na soudě, jako svého vlastního. Původní otec nepoužije kontravindikaci, takže magistrát přírke (*addicere*) syna adoptivnímu otci. Zatímco u iniurecse v případech převodu kviritského vlastnictví je převodce-žalovaný původním vlastníkem, a po provedení příslušného jednání se jím stává nabyvatel-žalobce, u adopce nedochází k „převodu“, neboť žalovaný již nemá moc otcovskou nad synem, ale má jej „pouze“ v mancipiu, zatímco osobě adoptujícího se vytvoří nová moc otcovská, přisouzená magistrátem.⁷⁰ Všimněme si tedy v rámci tohoto detailního popisu techniky adopce, že ve skutečnosti je *patria potestas* jako taková nepřevoditelná, t.j. jedna a táž moc otcovská (představme si, že ji můžeme rozlišit od jiné) nemůže přejít na jinou osobu. Nejprve musí dojít k zániku moci otcovské původního otce. Navíc k tomuto zániku nedochází v okamžiku „převodu“ této moci na adoptivního otce, tedy vzniku moci otcovské u adoptujícího, ale již předtím uskutečněním posledního ze tří prodejů.

V případě emancipace pak na závěr výše popsané první fáze, v níž se střídá trojí mancipace a dvojí manumise, dojde k finálnímu třetímu propuštění přímo od fiduciáře, ale daleko pravděpodobněji k remancipaci propouštěné osoby fiduciářem otci rodiny, který pak sám provede manumissi.

⁶⁹ Tab. 4,2b.

⁷⁰ FRANCIOSI, G.: *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*. Torino (1995), s. 65–66 a TALAMANCA, M.: *Istituzioni di diritto romano*. Milano (1990), s. 128.

Závěr

Mancipace a iniurecesse jsou skvělým a názorným příkladem vynalézavosti římské jurisprudence. Ta za použití omezených prostředků umožnila dosáhnout různorodých cílů a právních účinků, pro jejichž způsobení tehdy právo nemělo přímý a samostatný nástroj, a to postupným pozměněním a přizpůsobením reálného trhu a skutečného procesního jednání v jednání obrazná.⁷¹ Původní právní instituty tak byly používány k účelům, k nimž nebyly při svém vzniku zamýšleny. Tato abstrakce právního jednání, jeho „zobecnění“ pro vícero situací, absorpce různých forem a předmětů převodu, jsou neoddelitelnou součástí římské právní vědy, která je jinak označována za kazuistickou. Gaiovy Instituce nám v tomto smyslu nabízejí jedinečný náhled na podobu právních institutů nejen pro období klasické právní vědy, ale mnohdy i před něj, díky popisu jejich předchozího vývoje.

Bibliografie:

- BARTOŠEK, M.: Dějiny římského práva (ve třech fázích jeho vývoje). Praha (1988);
BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva. Praha (1994);
BRUTTI, M.: Il diritto privato nell'antica Roma. Torino (2011);
BUCKLAND, W. W.: A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian. Cambridge (1963);
DAJCZAK, W./GIARO, T./LONGCHAMPS DE BÉRIER, F./DOSTALÍK, P.: Právo římské. Základy soukromého práva. Olomouc (2013);
FRANCIOSI, G.: Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato. Torino (1995);
HEYROVSKÝ, L.: Dějiny a systém soukromého práva římského. Díl II. Praha (1921);
JOLOWICZ, H. F./NICHOLAS, B.: Historical Introduction to the Study of Roman Law. Cambridge – London – New York – Melbourne (1972);
KINCL, J.: Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách. Plzeň (2007);
KLEŇOVÁ, V.: *In iure cessio hereditatis*. In Právněhistorické studie. Roč. 48 (2018), č. 1, s. 97–110;
LEE, R. W.: The Elements of Roman Law. London (1956);
LEVY, E./RABEL, E.: *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*. Weimar (1929);
MARCUS TERENTIUS VARRO: *De lingua latina V–VIII*. Přel. L. PULTROVÁ. Praha (2015);
MELILLO, G.: Personae e status in roma antica. Napoli (2006);
NARDI, E.: Istituzioni di diritto romano. C. Guida ai testi. Milano (1986);
ONIDA, P. P.: Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano. Torino (2012);

⁷¹ K proměně a postupnému úpadku, respektive útlumu formálních (slavnostních) právních jednání viz například RICCOBONO, S.: Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII Tavole a Giustiniano. Parte II. Milano (1933–1934), zejm. s. 508n.

- PEROZZI, S.: Istituzioni di diritto romano. Vol. I. Roma (1928);
RICCOBONO, S.: Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII Tavole a Giustiniano. Parte II. Milano (1933–1934);
SABBATINI, G.: Appunti di preistoria del diritto romano. Torino (2014);
SOMMER, O.: Učebnice soukromého práva římského. Díl II. Právo majetkové. Praha (1935);
STLOUKALOVÁ, K.: Noxal Liability or How Many Mancipations of the Son are Necessary? In GAROFALO, L./ZHANG, L. (eds.): *Diritto Romano fra Tradizione e Modernità. Atti del Convegno internazionale di Shanghai (13–15 novembre 2014)*. Pisa (2017), s. 321–335;
TALAMANCA, M.: Istituzioni di diritto romano. Milano (1990);
VÁŽNÝ, J.: Vlastnictví a práva věcná. Soustava práva římského. Díl II. Brno (1937);
WATSON, A.: *Roman Private Law around 200 BC*. Edinburgh (1971);
WATSON, A.: *Studies in Roman Private Law*. London – Rio Grande (1991);
ZIMMERMANN, R.: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford (1996).

Ulp. D. 6,1,9 – Nochmals zum Problem der Passivlegitimation bei der *rei vindicatio*¹

Janez Kranjc

Professor **PETER BLAHO** hat sein Berufsleben dem römischen Recht gewidmet. Darin sah er jenes Element, welches das Gespür der Studierenden für eine klare Fachsprache, für logische Gedankenfiguren, für die Rechtskontinuität sowie für die traditionellen Ideale und Grundwerte des Rechts entwickeln und fördern kann und soll. Sein Einsatz war von besonderer Bedeutung am Anfang der Zeit des Übergangs vom sozialistisch-ideologischen zum demokratisch-freiheitlichen System, als man nach Festpunkten und neuen Orientierungen suchte. Nicht nur sein Studienbuch, sondern auch seine wissenschaftlichen Arbeiten und die Übersetzungen römischer Rechtsquellen haben ein dauerhaftes Fundament für das Rechtsstudium in seiner Heimat geschaffen und ihm internationales Ansehen gebracht. Leider hat ihn der Tod zu früh aus unserer Mitte gerissen, so dass er diese Festschrift zu Ehren seines 80. Geburtstags nicht mehr erleben konnte. Mit meinem bescheidenen Beitrag zu dieser Festschrift möchte ich meiner Bewunderung seiner Leistungen und der Dankbarkeit für seine Arbeit Ausdruck verleihen.

Nach Jahrhunderte langer Erforschung und Auslegung römischer Rechtsquellen, an denen die besten Juristen Europas beteiligt waren, gibt es auf dem Gebiet des römischen Rechts kaum noch Themen, die man als unerforscht bezeichnen könnte. Bei der heutigen Forschung geht es deswegen vornehmlich um neue Auslegungen konkreter Fragen, die in erster Linie wegen der Lückenhaftigkeit der Quellen umstritten geblieben sind. Obwohl heutzutage die Zweifel an der Echtheit der überlieferten Quellen bzw. die Angst vor ihrer Interpoliertheit nicht mehr so groß sind, bleibt es Tatsache, dass die justinianische Gesetzgebung nur einen Bruchteil dessen beinhaltet, was die römischen Juristen ersannen hatten. Dieser Umstand setzt weitgehend die Grenzen der romanistischen Forschung. Viele offene Fragen werden deswegen weiterhin offen bleiben und werden nie eine endgültige Antwort finden.

¹ An dieser Stelle möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Jürgen Kohler für die wertvolle Hilfe bei der sprachlichen Gestaltung meines Beitrags aufrichtig bedanken.

Eine dieser wohl nicht endgültig zu klärenden Problematiken betrifft die Passivlegitimation bei der *rei vindicatio*. Wenngleich es praktisch wohl unmöglich ist, nach Max Kaser,² Matteo Marrone³ und vielen anderen⁴ viel Neues dazu zu sagen, sei es mir dennoch erlaubt, einen Blick darauf zu werfen.

I.

Viele moderne Verfassungen gewährleisten das Eigentum (zusammen mit dem Erbrecht) als ein wichtiges Grundrecht. Das Eigentum ist ein wesentlicher Bestandteil der rechtlichen Kontinuität und Stabilität. Es ist auch eine unerlässliche Voraussetzung für die Verwirklichung persönlicher Freiheit.

Das Eigentum hat zwei praktische Aspekte. Einerseits ermöglicht es, die Sache zu gebrauchen und zu nutzen, andererseits aber über sie zu verfügen. Das Erste und in den meisten Fällen auch das Zweite ist nur dann möglich, wenn der Eigentümer auch den Besitz der Sache innehat. Für das Eigentumsrecht bzw. für seinen Träger spielt deswegen eine zentrale Rolle, ob ihm ein Rechtsbehelf zur Verfügung steht, mit welchem er den Besitz seiner Sache von jedem einfordern (beanspruchen) kann, der sie unberechtigterweise besitzt. Das Wesen einer Eigentumsklage liegt also in der Möglichkeit des Eigentümers mit ihrer Hilfe den Besitz der Sache zu erlangen. Es erscheint sinnvoll, auch die einschlägigen römischen Rechtsquellen in diesem Sinne auszulegen.

Das römische Recht war das erste, das den Besitz und das Eigentum als zwei selbständige und voneinander unabhängige Rechtsinstitute gestaltete. Es entwickelte auch zwei voneinander unabhängige Schutzsysteme – die Besitzinterdikte zum Schutz des Besitzes und die *rei vindicatio* zum Schutz

² Siehe z. B. MAX KASER, *Restituere* als Prozessgegenstand, Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, 16. Heft, München, 1932; 2. durchgesehene Aufl. mit Nachträgen, München 1968; DERS., Nochmals über Besitz und Verschulden bei den ‚*actiones in rem*‘, ZSS, Rom. Abt. 98. Bd. 1981, S. 80.

³ Siehe MATTEO MARRONE, *La facultas restituendi* di D. 6,1,9 (Ulp. 16 ad ed.). Brevi note in materia di legittimazione passiva alla rivendica, Studi Scaduto, III, Padova 1970, S. 536 ss.; DERS., Contributi in tema di legittimazione passiva alla ‚*rei vindicatio*‘, Studi Scherillo, I, Milano, 1972, S. 341 ss.; DERS., La rivendica contro i *filii familias*, Studi Grosso, VI, Torino 1974, S. 293 ss.

⁴ Siehe z. B. DARIO PORETTI, Profili della legittimazione passiva all’azione di rivendica, Dottorato di ricerca, Milano Bicocca, 2015–16. Erhältlich unter https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/170825/243826/phd_unimib_787831.pdf mit Angabe der neueren Literatur in Anm. 1, S. 3.

des quiritischen Eigentums. Ulpian betont, dass beide Rechtsinstitute nichts gemein haben, soweit es um den Rechtsschutz geht:

Ulp. D. 41,2,12,1 (lib. 70 ad ed.)
Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.

Ulp. D. 41,2,12,1:
Das igitum hat mit dem Besitz nichts gemein, und darum wird dem das Interdikt Wie ihr besitzt nicht verweigert, der bereits eine Sache mit der Eigentumsklage in Anspruch genommen hat; denn wer eine Sache mit der Eigentumsklage in Anspruch genommen hat, scheint nicht auf den Besitz verzichtet zu haben.⁵

Der Eigentümer durfte also sowohl den Schutz seines Besitzes als auch den seines Eigentums beantragen. Das Eine schloss das Andere nicht aus.

Dabei wurde der Besitzschutz als Schutz gegen unrechtmäßige Entziehung oder Störung unabhängig vom Eigentum eingeordnet. Als nur tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache musste aber der Besitz dem Anspruch des Eigentümers auf Rückgewähr der Sache weichen. Im Namen seines Eigentums durfte also der Eigentümer die Herausgabe seiner Sache verlangen. Als unbeschränktes Herrschaftsrecht über eine Sache beinhaltete das Eigentum auch das Recht auf Besitz als ein tatsächliches Herrschaftsrecht. Das ist dem unbeschränkten Eigentum immanent.

Zum Schutz des quiritischen Eigentums schuf das römische Recht die *rei vindicatio*. Man definiert sie normalerweise als *die Klage des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer*. Aktiv legitimiert zu dieser Klage war der quiritische Eigentümer, d. h. derjenige, der sein quiritisches Eigentum, bzw. das Eigentum seiner Vormänner bis zu der Person rückverfolgen und beweisen konnte, die das quiritische Eigentum durch Ersitzung oder auf eine ursprüngliche Weise erworben hatte.⁶

⁵ Deutsche Übersetzung: Das *Corpus Juris Civilis* in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter und herausgegeben von DR. CARL ED. OTTO, DR. BRUNO SCHILLING [...] und DR. CARL FRIEDRICH FERDINAND SINTENIS als Redactoren. Vierter Band, Leipzig 1832. Die deutsche Übersetzung anderer Digestenstellen ist der neuen deutschen Übersetzung (s. unten, Anm. 7) entnommen.

⁶ Siehe aber Paul. D. 6,1,23: *In rem actio competit ei, qui aut iure gentium aut iure civili dominium adquisiit* (Die dingliche Klage steht dem zu, der entweder nach Völkergemeinrecht oder nach Zivilrecht Eigentum erworben hat).

Die Passivlegitimation des Beklagten setzte indessen seinen Besitz voraus.⁷ Das geht aus dem Ulpian-Fragment D. 6,1,9 klar hervor.

Ulp. D. 6,1,9 (lib. 16 ad ed.)
Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

Ulp. D. 6,1,9 (im 16. Buch zum Edikt)
Bei dieser Klage ist es aber die Pflicht des Richters zu prüfen, ob der Beklagte besitzt. Es ist unerheblich, aus welchem Grunde er besitzt. Sobald ich nämlich beweisen habe, dass die Sache mir gehört, muss der Besitzer sie zurückgewähren, wenn er nicht eine Einrede vorgebracht hat. Einige aber, wie Pegasus, sind der Ansicht, die Klage erfasse nur denjenigen Besitz, der im Interdikt 'Wie ihr besitzt' oder 'Auf welcher Seite' vorausgesetzt wird. Zum Beispiel sagt er, könne man nicht von jemandem vindizieren, dem die Sache zur Verwahrung gegeben oder geliehen worden ist, der über sie einen Miet-, Pacht- oder Werkvertrag abgeschlossen hat, der zwecks Sicherung von [bedingten oder befristeten] Vermächtnissen, wegen einer Mitgift oder für eine Leibesfrucht in ihren Besitz gesetzt ist, auch nicht von jemandem, dem keine Sicherheit wegen künftigen Schadens geleistet ist, weil nämlich alle diese nicht besitzen. Ich meine indessen, man kann gegen alle klagen, weil sie die Sache innehaben und zur Rückgewähr in der Lage sind.⁸

⁷ Siehe auch Paul. D. 6,1,27,1. Dazu KASER, Nochmals über Besitz und Verschulden bei den ‚actiones in rem‘, S. 97 ff.

⁸ Die deutsche Übersetzung der Digestentexte: *Corpus Iuris Civilis*. Text und Übersetzung. II Digesten 1–10. Gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben von OKKO BEHREND, ROLF KNÜTEL, BERTHOLD KUPISCH, HANNS HERMANN SEILER. Mit Beiträgen von PETER APATHY, ELMAR BUND, MANFRED HARDER, FRANZ HORAK, BRUNO HUWILER, CHRISTOPH KRAMPE, FRITZ RABER, GOTTFRIED SCHIEMANN, HANS WEILING und CHRISTIAN WOLLSCHLÄGER. C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1995. Bis dato sind fünf Bände erschienen. Band V. (Digesten 28–34) ist 2012 veröffentlicht worden.

Das Fragment, insbesondere der recht umstrittene letzte Satz, wirft die Frage der Natur dieses Besitzes und der Voraussetzung für die Passivlegitimation bei der *rei vindicatio* auf. Aus dem Text Ulpians ergeben sich drei verschiedene Möglichkeiten:

- der Beklagte bei der *rei vindicatio* ist der Besitzer der Sache, wobei es „unerheblich ist, aus welchem Grunde er besitzt“,
- die Passivlegitimation setzt den Interdiktenbesitz voraus, oder
- passiv legitimiert ist jeder, der die Sache innehat und zur Rückgewähr in der Lage ist.

Die erste Möglichkeit erwähnt Ulpian als eine allgemein akzeptierte Regel, die zweite schreibt er einigen Klassikern zu, unter denen er ausdrücklich Pegasus erwähnt, und die dritte stellt er als seine eigene, ergänzende bzw. abweichende Meinung dar (*puto autem*).

Inhaltlich gibt es einen wesentlichen Unterschied zwischen Ulpian und Pegasus. Indem Pegasus ausdrücklich die Passivlegitimation eines Detentors verneint – als Detentor nennt Pegasus den Verwahrer, den Entleiher, den Mieter, den Pächter, den Unternehmer beim Werkvertrag, den, der eine Sache zwecks Sicherung von bedingten oder befristeten Vermächtnissen, wegen einer Mitgift oder für eine Leibesfrucht innehat, bzw. dem keine Sicherheit wegen künftigen Schadens geleistet ist –, vertritt Ulpian die Gegenmeinung, wonach jeder, der die Sache innehat und zur Rückgewähr in der Lage ist, passiv legitimiert sei.

Problematisch in diesem Fragment ist vor allem der letzte Satz, den man oft für interpoliert hielt.⁹ Denkt man aber seine sprachlichen Besonderheiten weg, so bleibt eine Aussage übrig, die durchaus plausibel ist. Zusammenfassend kann man sie folgendermaßen formulieren: Passiv legitimiert ist bei der *rei vindicatio* potentiell jeder, der die Sache und auch die *facultas restituendi*¹⁰ hat, d. h. imstande und berechtigt ist, sie zurückzugewähren.

⁹ Siehe GIUSEPPE PROVERA, *Indefensio e legittimazione passiva alla rei vindicatio*, Studi in onore di Giuseppe Grosso, VI, Torino, 1974, S. 210 mit Lit. Siehe auch KASER, *Besitz und Verschulden*, S. 91, v. A. Anm. 51: ... Das ist keine klassische Denk- und Ausdrucksweise.

¹⁰ Zur *facultas restituendi* siehe MATTEO MARRONE, *La facultas restituendi* D. 6,1,9 (*Ulp. 16 ad edictum*): brevi note in materia di legittimazione passiva alla rivendica. Studi in onore di Gioacchino Scaduto III, Padova 1970, S. 536 ff. und DERS. *La rivendica contro i filii familias*, Studi in onore di Giuseppe Grosso, VI, S. 175 ff. Siehe auch KASER, *Besitz und Verschulden bei den ‚actiones in rem‘*, S. 95 ff. und ANDREAS WACKE, *Zur Aktiv- und Passivlegitimation des gutgläubigen Sklavenbesitzers. Grenzen prozessualistischer Betrachtungsweise der römischen Rechtsquellen. Festschrift für Erwin Seidl: zum 70. Geburtstag*, Köln 1975, S. 179 ff.

Das letzte ist auch der Punkt, wo sich alle drei von Ulpian erwähnten Möglichkeiten überschneiden. Allen drei Möglichkeiten ist es nämlich gemeinsam, dass der Beklagte die Sache innehat und dass er imstande ist, sie zurückzugeben bzw. dem Kläger einen unmittelbaren Zugriff auf die Sache zu gewähren. Ulpian gibt auch die Erklärung dafür: der Beklagte, der den Prozess verloren und keine Einrede vorgebracht hat, muss die Sache zurückgewähren.

Den Text Ulpians kann man im Sinne einer Klassiker-Kontroverse oder als die Zusammenfassung einer (historischen) Entwicklung verstehen. Der Ausgangspunkt, d. h. die Behauptung, dass der Beklagte bei der *rei vindicatio* im Besitz der Sache sein muss, ist unbestritten und wird auch von anderen Juristen betont. Passiv legitimiert zur *rei vindicatio* war ursprünglich wahrscheinlich nur der Eigenbesitzer.

Die Meinung einiger Juristen (*quidam tamen*), von der Ulpian spricht, stellt offensichtlich eine abweichende Meinung dar. Es ist nicht ganz klar, ob die von Pegasus vorgeschlagene Neuerung eine Einengung oder eine Erweiterung bedeutete. Es ist denkbar, dass Pegasus den Interdiktenbesitz mit der Möglichkeit des Beklagten verband, mit Hilfe eines Besitzinterdikts die günstigere Parteirolle zu erwirken.¹¹ Vielleicht meinte er, dass man nur jenen Besitzer mit der Vindikationsklage verklagen konnte, dem das Besitzinterdikt offen stand.

Nachdem Ulpian von einigen Juristen spricht, wäre es möglich, dass die von Pegasus vorgebrachte Ansicht die Meinung der Prokulianer war, an deren Spitze Pegasus¹² Prokulus folgte. Dabei fällt es auf, dass Ulpian zu Pegasus' Meinung keine Gegenmeinung der Sabinianer anführt oder erwähnt. Es ist also eher unwahrscheinlich, dass es um einen Streit zwischen beiden Schulen ging.

Pegasus wich von der zu seiner Zeit herrschenden Ansicht ab, indem er die Meinung vertrat, dass die *rei vindicatio* nur gegen jene Besitzer zugelassen war, denen das Interdikt *uti possidetis* oder *utrubi* zustand.¹³ Diese Meinung

¹¹ Gai. D. 6,1,24.

¹² Siehe dazu Pomp. D. 1,2,2,53: Siehe auch PAUL KRÜGER, Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. Zweite Auflage, Duncker und Humblot, München und Leipzig 1912, S. 170, DIETER MEDICUS in: Der kleine Pauly. Lexikon der Antike in fünf Bänden, dtv 1979, Band 4, s. v. 2; DETLEF LIEBS, Hofjuristen der römischen Kaiser bis Justinian, Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, München 2010, S. 26 ff., WOLFGANG KUNKEL, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 1967, S. 133f.

¹³ Mehr zu Pegasus Auffassung PORETTI, Profili della legittimazione passiva all'azione di rivendica, S. 84 ff. und 105 ff. mit Lit. Siehe auch PROVERA, Indefensio e legittimazione passiva alla *rei vindicatio*, S. 226 ff.

wirft indessen die Frage auf, was an ihr anders oder neu war bzw. welcher Besitz vor dieser von Pegasus vertretenen Ansicht die Voraussetzung für die Passivlegitimation war. War das nur der Eigenbesitz oder jeder Besitz?

Man kann davon ausgehen, dass Ulpian am Anfang seines Textes die zu seiner Zeit gängige Auffassung wiedergibt. Im Anschluss führt er zwei abweichende Meinungen an: die von Pegasus und am Schluss noch seine eigene.

Die zu Ulpians Zeit gängige Auffassung über die Passivlegitimation bei der *rei vindicatio* war wahrscheinlich anders als zur Zeit der Einführung dieser Klage im Formularverfahren. Man kann annehmen, dass vor Pegasus nur der Eigenbesitzer zur *rei vindicatio* passiv legitimiert war. Indem Pegasus die Passivlegitimation der Interdiktenbesitzer zur *rei vindicatio* befürwortet, macht er ziemlich klar deutlich, dass er sich für eine Erweiterung und nicht eine Einengung der Passivlegitimation einsetzt, und zwar vor allem, weil er sich ausdrücklich gegen die Passivlegitimation eines Detentors bzw. eines mittelbaren Besitzers im Sinne von Gai. 4,153 äußert. Weil der Interdiktenbesitz neben dem Eigenbesitzer noch den Erbpächter, den Pfandgläubiger, den Prekarist und den Sequester umfasst, ist das wahrscheinlich der einzige logische Schluss.

Aufgrund von Ulp. D. 6,1,9 kann man also drei Stufen in der Entwicklung der Passivlegitimation bei der *rei vindicatio* erkennen: passiv legitimiert ist zunächst nur der Eigenbesitzer, passiv legitimiert ist im Weiteren auch der Interdiktenbesitzer, und passiv legitimiert zur *rei vindicatio* ist schließlich jeder, der die Sache innehat und sie zurück gewähren kann.

Die von Ulpian angeführten Meinungen erwähnen aber nicht einen wesentlichen Umstand, den der Klassiker wahrscheinlich für selbstverständlich hielt: dass der Beklagte, d. h. der Besitzer oder der Detentor dem Eigentümer sein Eigentum bzw. sein Recht auf die Rückgabe der Sache bestritt oder sich auf sein Recht zum Besitz der Sache berief.

Im Formularverfahren musste der künftige Kläger dem Gegner bei der Ladung die angestrebte *actio* bezeichnen und das Begehren nennen, das er geltend machen wollte. Noch vor der *litis contestatio* musste zwischen den Parteien abgeklärt werden, „über welches Beweisthema aufgrund welcher Beweismittel der *iudex* zu entscheiden haben wird“.¹⁴ Im Verfahren *in iure* wird dann der Kläger sein Begehren vortragen und beim Prätor die Erteilung der entsprechenden *actio* beantragen. Im Falle der *rei vindicatio* wird er die Herausgabe der vindizierten Sache beantragen.

¹⁴ So MAX KASER, Das römische Zivilprozessrecht. Zweite Auflage, neu bearbeitet von Karl Hackl, München 1996, S. 220 f.

Der Magistrat, der die vom Kläger postulierte *actio* nicht bereits denegiert hat, wird den Beklagten auffordern, sich zum Klagebegehren zu äußern. Der Beklagte hatte drei Möglichkeiten. Er konnte das Begehren als berechtigt anerkennen, jede Verteidigung unterlassen, ohne das Begehren anzuerkennen, oder – was wahrscheinlich in den meisten Fällen geschehen ist – das Klagebegehren des Klägers entweder als unbegründet bestreiten oder sein Gegenrecht mittels einer *exceptio* entgegenhalten.¹⁵ Er wird also versucht haben, den Prätor zur *denegatio actionis* bzw. zur Aufnahme seiner Einwände in die Klageformel mittels einer *exceptio* zu überreden.

So konnte z. B. der Pfandgläubiger, von dem der Verpfänder als Eigentümer seine Sache mit der *rei vindicatio* zurückforderte, eine *exceptio* entgegenhalten.¹⁶ Ähnlich konnte der Nutznießer gegen den Eigentümer verfahren.¹⁷ Wahrscheinlich konnte sich der Beklagte auch auf ein *pactum* oder einen Vertrag berufen. Auf diese Weise verlagerte sich der Schwerpunkt des Streits von der Frage, welche von den Parteien der Eigentümer ist, zur Frage der Pflicht zur Rückerstattung der Sache, d.h. zur Frage nach dem Recht zum Besitz. Das hatte auch eine Ausweitung der Passivlegitimation auf jene zur Folge, die imstande waren, die Streitsache zurück zu gewähren. Gerade in diesem Punkt liegt wahrscheinlich der Hauptunterschied zwischen dem Spruchformel- und dem Formularverfahren.

Eine interessante Parallele zur ergänzenden Meinung Ulpians in D. 6,1,9 bilden zwei Texte, die den Besitz bzw. die Detention des Beklagten als die Voraussetzung für die Passivlegitimation zur *actio ad exhibendum* behandeln:

Ulp. D. 10,4,3,15 (lib. 24 ad ed.)
Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni. denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.

Ulp. D. 10,4,3,15:
Man muss wissen, dass mit dieser Klage nicht nur der zivilrechtliche Besitzer verklagt werden kann, sondern auch derjenige, der den Besitz nur in natürlicher Weise innehat. So ist zum Beispiel anerkannt, dass der Gläubiger, der die Sache zum Pfand genommen hat, auf Vorlegung haftet.

¹⁵ Mehr dazu KASER/HACKL, RZ, S. 256 ff.

¹⁶ Ulp. D. 10,3,6,9. Siehe dazu KASER, Studien Zum Römischen Pfandrecht, 44 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 233 (1976), S. 262 ff.

¹⁷ Siehe z. B. Proc.-Ulp. D. 7,9,7pr. (dazu MARRONE, La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano, Annali Palermo 28 (1962) S. 140 ff.) oder Marcell. D. 31,26 (*exceptio doli*).

Pomp. D. 10,4,4 (lib. 6 ad Sab.)

Nam et cum eo, apud quem deposita vel cui commodata vel locata res sit, agi potest.

Pomp. D. 10,4,4:

Denn auch der, dem die Sache zur Verwahrung gegeben, geliehen oder kraft Miete, Pacht oder Werkvertrags übergeben worden ist, kann verklagt werden.

Die angeführten Fragmente stellen fest, dass sowohl der Besitzer als auch der Detentor zur Vorlegungsklage passiv legitimiert seien. Inhaltlich wiederholt Pomponius die Meinung, die Ulpian in D. 6,1,9 in Bezug auf die *rei vindicatio* vertritt. Trotz der Tatsache, dass die *rei vindicatio* eine Klage *in rem* und die *actio ad exhibendum* eine Klage *in personam* war, sind beide Klagen eng verbunden und hatten ein gemeinsames Ziel: die Vorlegung bzw. die Rückgewähr der Streitsache. Die Vorlegungsklage war auch jenes Rechtsmittel, das dem Eigentümer beim Streit um eine Sache, die nicht zugegen war, zur Verfügung stand.

II.

Der Anfang der Eigentumsklage lag im Spruchformelverfahren. Dort wurden zwei Eigentumsbehauptungen konfrontiert. Beide Parteien behaupteten vor dem Prätor, dass die anwesende Sache, die unter Umständen durch ihren Teil vertreten wurde, ihnen gehört. Auf die Frage des Klägers, warum er das Eigentum behauptet hat, antwortete der Beklagte, dass er sein Recht ausgeübt habe.

Gai. 4,16:

Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: ... qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIVM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM; SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM IMPOSUI, et simul homini festucam inponebat. adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum

Gai. 4,16:

Wenn dinglich geklagt wurde, wurden bewegliche Sachen und sich selbst bewegende, vorausgesetzt, dass sie zum Gerichtsort hergebracht oder hergeführt werden konnten, am Gerichtsort auf folgende Weise unter Berufung auf das Eigentum herausverlangt: Derjenige, der die Eigentumsbehauptung erhob, hielt eine Rute; dann berührte er die Sache selbst, zum Beispiel einen Menschen, und sprach folgendermaßen: ICH BEHAUPTETE, DASS DIESER MENSCH

uterque vindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM. illi mittebant. qui prior vindicaverat, sic dicebat (?): POSTULO, ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS? ille respondebat: IUS FECI, SICUT VINDICTAM INPOSUI. deinde qui prior vindicaverat, dicebat: QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO; adversarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE; aut si res infra mille asses erat, scilicet L asses sacramentum nominabant. deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur. postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quod id in publicum cedebat. festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur.

NACH QUIRITISCHEM RECHT MIR GEHÖRT, GEMÄSS SEINER RECHTSSTELLUNG, WIE ICH GESAGT HABE, SIEH HER, HABE ICH IHM DEN STAB ANGELEGT, und zugleich legte er dem Menschen die Rute an. Der Gegner tat und sprach dasselbe in ähnlicher Weise. Nachdem jeder sein Eigentum behauptet hatte, sprach der Prätor: LASST BEIDE DEN MENSCHEN LOS! Sie ließen ihn los. Derjenige, der zuerst sein Eigentum behauptet hatte, sprach folgendermaßen: ICH FORDERE DICH AUF ZU SAGEN, AUFGRUND WELCHER RECHTSLAGE DU DEIN EIGENTUM BEHAUPTET HAST. Der andere antwortete: ICH HABE RECHT AUSGEÜBT, SO WIE ICH DEN STAB ANGELEGT HABE. Daraufhin sprach der, der zuerst sein Eigentum behauptet hatte: SINTEMAL DU ZU UNRECHT DEIN EIGENTUM BEHAUPTET HAST, FORDERE ICH DICH MIT EINEM GELDEINSATZ VON FÜNFHUNDERT KUPFER-AS HERAUS. Der Gegner sprach auch in ähnlicher Weise: UND ICH FORDERE DICH MIT EINEM GELDEINSATZ VON FÜNFHUNDERT KUPFER-AS HERAUS, oder wenn die Sache weniger als 1000 As wer war, nannte man natürlich 50 As als Geldeinsatz. Daraufhin folgte dasselbe, wie wenn persönlich (schuldrechtlich) geklagt wurde. Danach sprach der Prätor zugunsten des einen von ihnen die Streitsache zu, das heißt, er setzte einstweilen einen als Besitzer ein, und befahl diesem, dem Gegner Bürgen für Streit und Streitsache zu stellen, das heißt, für die Sache und die Früchte; andere Bürgen aber erhielt der Prätor selbst von jedem der beiden wegen des Geldeinsatzes, weil dieser an den Staat fiel. Und zwar gebrauchte man eine Rute

an Stelle einer Lanze, gewissermaßen als Zeichen des rechtmäßigen Eigentums, weil man annahm, dass besonders dasjenige einem rechtmäßig zu eigen war, was man von den Feinden erworben hatte; daher wird bei Gerichtsverfahren vor den Hundertmännern eine Lanze aufgestellt.¹⁸

Umstritten in diesem Prozess war also das Eigentumsrecht, das beide Parteien für sich beansprucht haben. Der Beklagte bestritt das Eigentumsrecht des Klägers: der *vindicatio* des Klägers folgte die *contravindicatio* des Beklagten.¹⁹ Hätte er das nicht getan, so gäbe es keinen Streit, und der Prätor hätte die Sache dem Kläger zugesprochen. Diese Möglichkeit verwendete man auch als das Rechtsinstitut der *in iure cessio*. Dieses Verfügungsgeschäft wurde im Rahmen des Spruchformelverfahrens in Form eines Scheinprozesses durchgeführt, in dem der Beklagte das Eigentumsrecht des Klägers nicht bestritt. Der Beklagte verteidigte sein Eigentum nicht, und der Prätor sprach das Eigentum dem Kläger zu:

Gai. 2,24:

In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani vel praetorem [vel apud praesidem provinciae] is, cui res in iure ceditur, rem

Gai. 2,24:

Und zwar wird eine Abtretung vor Gericht auf folgende Weise durchgeführt: Vor einem obersten Beamten des römischen Volkes, zum Beispiel vor dem

¹⁸ Die deutsche Übersetzung der Stellen aus Gaius Institutionen ist der folgenden Quelle entnommen: Gaius Institutiones. Die Institutionen des Gaius. Herausgegeben, übersetzt und kommentiert von ULRICH MANTHE. 2. Auflage, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, Sonderausgabe 2015.

¹⁹ Siehe Gai. 4, 16: ... *qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM; SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM IMPOSUI, et simul homini festucam inponebat. adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. Cum uterque vindicasset, praetor dicebat: ...* (... Derjenige, der die Eigentumsbehauptung erhob, hielt eine Rute; dann berührte er die Sache selbst, zum Beispiel einen Menschen, und sprach folgendermaßen: ICH BEHAUPTETE, DASS DIESER MENSCH NACH QUIRITISCHEM RECHT MIR GEHÖRT, GEMÄSS SEINER RECHTSSTELLUNG, WIE ICH GESAGT HABE, SIEH HER, HABE ICH IHM DEN STAB ANGELEGT, und zugleich legte er dem Menschen die Rute an. Der Gegner tat und sprach dasselbe in ähnlicher Weise. Nachdem jeder sein Eigentum behauptet hatte, sprach der Prätor: ...).

tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur. hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum.

Prätor [oder vor dem Provinzstatthalter], fasst derjenige, dem die Sache vor Gericht abgetreten wird, die Sache an und spricht: ICH BEHAUPTE, DASS DIESER MENSCH NACH QUIRITISCHEM RECHT MIR GEHÖRT; nachdem dieser sein Eigentum behauptet hat, fragt der Prätor daraufhin den Abtretenden, ob er eine Gegenbehauptung aufstelle; wenn dieser das verneint oder schweigt, spricht der Prätor nunmehr die Sache dem zu, der sein Eigentum behauptet hat; und dies nennt man eine „Spruchformelklage“. Das kann auch in den Provinzen bei deren Statthaltern durchgeführt werden.

Im Formularverfahren hat sich die Lage geändert. Man verlangte von dem Beklagten keine formelle Eigentumsbehauptung mehr. Er war auch nicht verpflichtet, sich auf die Klage einzulassen. Wenn er die Mitwirkung bei der Prozessbegründung verweigerte, kam die *rei vindicatio* nicht zustande. Der Kläger konnte den Besitzer seiner Sache zur Einlassung auf die Klage nicht zwingen.²⁰ Der Prätor zwang den Beklagten, das *rem defendere* in einer Prozesskaution zu versprechen (*cautio iudicatum solvi*,²¹ *cautio pro praede litis et vindiciarum*²²), bzw. ermöglichte dem Kläger den Zugriff auf die Sache.²³ Ging es um den Streit um eine anwesende, bewegliche Sache, die der Beklagte nicht verteidigte, so ermächtigte der Prätor den Kläger, sie wegzuführen (*duci vel ferri iubere*).²⁴ Beim Streit um eine Sache, die nicht zugegen war, konnte der Kläger, wie schon erwähnt, mit der Vorlegungsklage (*actio ad*

²⁰ Siehe Ulp. D. 50,17,156pr.: *Invitus nemo rem cogitur defendere*. Mehr zur *indefensio* GIUSEPPE PROVERA, *Indefensio e legittimazione passiva alla rei vindicatio*, S. 209 ff.

²¹ Siehe dazu OTTO LENEL, EP³, S. 139 und 530 ff.

²² Siehe dazu OTTO LENEL, EP³, S. 136 und 516 ff.

²³ Siehe KASER/HACKL, RZ, S. 275.

²⁴ Ulp. D. 2,3,1,1: *Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est non fecit: veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est* (Man nimmt an, dass demjenigen, der Recht spricht, nicht gehorcht hat, wer nicht das getan hat, was bei Ausübung der Gerichtsbarkeit als letztes angeordnet wird. So wird beispielsweise, wenn jemand es zwar nicht geduldet hat, dass über eine bewegliche Sache gegen ihn ein Vindikationsprozess begründet wird, es aber geduldet hat, dass sie von Kläger weggeführt oder weggetragen wird, angenommen ...).

exhibendum) klagen und im Fall eines Grundstücks mit dem restitutorischen Interdikt *Quem fundum*.²⁵ Obwohl der Kläger auf diese Weise den Besitz der Sache erhielt, war seine Lage schlechter als nach einem gewonnenen Prozess, in dem sein Eigentumsrecht durch das Urteil festgestellt worden wäre.²⁶

Bei der *rei vindicatio* behauptete sein Eigentum im Verfahren vor dem Prätor nur der Kläger, der es auch beweisen musste. Es ist jedoch sehr wahrscheinlich, dass auch im Formularverfahren – zumindest am Anfang – der Beklagte in der Regel das Eigentum des Klägers im eigenen Namen bestritt. Man kann annehmen, dass von Haus aus nur der Eigenbesitzer zu dieser Klage passiv legitimiert war. In diesem Sinne kann man die Worte des Gaius (4,89) verstehen. Er spricht von der „Sache, von der es zweifelhaft ist, ob sie dir gehört“ (*rem, quae an ad te pertineat dubium est*). Ohne dass der Beklagte der Eigentumsbehauptung des Klägers seine eigene Eigentumsbehauptung entgegengestellte, wären Gaius' Worte nicht verständlich. Noch deutlicher geht das aus einer anderen Gaius-Stelle hervor:

Gai. D. 6,1,24:

Is qui destinavit rem petere animadvertere debet, an aliquo interdico possit nancisci possessionem, quia longe commodius est ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere quam alio possidente petere.

Gai. D. 6,1,24:

Wer sich entschlossen hat, auf eine Sache zu klagen, muss darauf achten, ob er durch irgendein Interdikt den Besitz erlangen kann. Denn es ist weit bequemer, selbst zu besitzen und dem Gegner die Last der Klägerstellung aufzudringen, als selbst zu klagen, während der andere besitzt.

Der Ratschlag von Gaius, wonach der Eigentümer, der mit der *rei vindicatio* zu klagen beabsichtigt, vorerst versuchen sollte, den Besitz der Sache zu erlangen und damit die bessere Position des Beklagten in dem künftigen Prozess einzunehmen, deutet darauf hin, dass es sich um zwei Personen handelt, die beide behaupten, Eigentümer der Sache zu sein. Es liegt auf der Hand, dass in einem solchen Fall beide Seiten das Eigentum der Sache in Anspruch genommen haben.

Anders als im Spruchformelverfahren, wo im Vordergrund die Frage, welcher von beiden Streitparteien das Eigentum der Sache zustehe, steht

²⁵ Dazu KASER/HACKL, RZ S. 275 f.

²⁶ Siehe dazu KASER/HACKL RS, S. 276 f.

jedoch im Formularverfahren das Recht des Eigentümers, seine Sache zu besitzen, im Vordergrund. Das geht aus (der Rekonstruktion) der Klageformel der *formula petitoria* deutlich heraus:

*IUDEX ESTO. SI PARET REM DE QUA AGITUR EX IURE QUIRITIUM A¹A¹ ESSE NEQUE EA RES ARBITRIO IUDICIS A^oA^o RESTITUETUR, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM IUDEX N^MN^M A^oA^o CONDEMNA. SI NON PARET ABSOLVITO.*²⁷

Das Ziel der Klage ist also die Rückgabe der Sache. Die Verurteilung auf den Wert der Sache ist nur subsidiär. Gelang dem Kläger, sein Eigentum zu beweisen, hingegen dem Beklagten nicht die Sachverteidigung, so fällt der Richter das Feststellungsurteil (*pronuntiatio*). Er stellte fest, dass dem Kläger die Sache gehörte (*rem q. d. a. A¹A¹ esse*), worauf er den Befehl zur Rückgabe der Sache (*iussum de restituendo*) anknüpfte. Erst wenn diesem nicht gehorcht wurde, kam es zur Verurteilung des Beklagten in Geld (*condemnatio pecuniaria*).²⁸ Das geht deutlich aus Gaius-Text hervor:

Gai. 4,89:

Igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes; aequum enim visum est, te eo quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisfactione cavere, ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis.

Gai. 4,89:

Wenn ich also zum Beispiel dinglich gegen dich klage, musst du mir Sicherheit leisten; es erscheint nämlich angemessen, dass du deshalb, weil dir der zwischenzeitliche Besitz einer Sache gestattet wird, von der es zweifelhaft ist, ob sie dir gehört, durch Stipulation mit Sicherheitsleistung versprichst, dass ich die Möglichkeit haben solle, gegen dich oder deine Sponsionsbürgen zu klagen, falls du nach einer Prozessniederlage weder die Sache selbst herausgibst noch den Schätzwert entrichtest.

²⁷ Siehe O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. Dritte, verbesserte Auflage, Leipzig, S. 185 f. Siehe auch: Cic. in Verr. II, 2, 31: *Si vero illud quoque accedit, ut praetor in ea verba iudicium det ut vel L. Octavius Balbus iudex, homo et iuris et officii peritissimus, non possit aliter iudicare – si iudicium sit eius modi: L. OCTAVIUS IUDEX ESTO. SI PARET FUNDUM CAPENATEM, QUO DE AGITUR, EX IURE QUIRITIUM P. SERVILI ESSE, NEQUE IS FUNDUS Q. CATULO] RESTITUETUR, non necesse erit L. Octavio iudici cogere, P. Servilium Q. Catulo fundum restituere, aut condemnare eum quem non oporteat?*

²⁸ So LENEL, EP 3, S. 519.

Gai. 4,90:

Multoque magis debes satisfacere mihi, si alieno nomine iudicium accipias.

Gai. 4,90:

Umso mehr musst du mir Sicherheit leisten, wenn du dich in fremden Namen auf eine Klage einlässt.

Gai. 4,91:

Ceterum cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsonem, si quidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quae appellatur iudicatum solvi, si vero per sponsonem, illa, quae appellatur pro praede litis et vindiciarum.

Gai. 4,91:

Da es übrigens zwei Arten von dinglichen Klagen gibt (es wird nämlich mittels Herausgabeklageformel geklagt oder mittels Sponson), so ist zwar dann, wenn mittels Herausgabeklagformel geklagt wird, diejenige Stipulation anwendbar, welche ‚dass das Urteil erfüllt wird‘ heißt, wenn aber mittels Sponson, diejenige, welche, an Stelle eines Bürgen für Streit und Streitsache‘ heißt.

III.

Man kann also annehmen, dass die *rei vindicatio* im gewissen Sinne ein Rechtsmittel war, womit das Rechtliche an einer Sache mit dem Tatsächlichen ergänzt wurde.²⁹ Weil im römischen Recht der Besitz ohne Eigentumsrecht existieren konnte und es nicht nötig war, dass der Besitzer auch der Eigentümer war, war das Ziel der *rei vindicatio* die Vereinigung beider Elemente – des faktischen, d. h. des Besitzes, und des rechtlichen, d. h. des Eigentums – in den Händen des Eigentümers. Deswegen konnte der Eigentümer sie nur dann anwenden, wenn er nicht auch Besitzer war, und zwar gegen den Besitzer, der kein Recht hatte, sie zu besitzen. Weil der Besitzer durch die Rechtsvermutung, dass er Eigentümer sei (*possessor ergo dominus*), geschützt war, war nur das Eigentumsrecht des Klägers umstritten. Er musste es beweisen.

Weil sein Eigentumsrecht den Eigentümer zum Besitz seiner Sache berechnete, ist die Tendenz im Zuge der Rechtsentwicklung verständlich, der zufolge nicht nur der Eigenbesitzer, der das Eigentumsrecht des Klägers bestritt, sondern im weiteren Verlauf auch andere, die faktisch und rechtlich imstande waren, die Sache dem Kläger zurückzugeben, bei der *rei vindicatio* passiv legitimiert (ge)worden sind. Eine solche Entwicklung, die aus Ulp. D. 6,1,9 ersichtlich ist, war verständlich und sogar unvermeidlich.

²⁹ Siehe in diesem Sinne PAUL OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit. Les biens*, Paris 1961, S. 296 ff.

Nochmals zur *servitus altius tollendi*

Johannes Michael Rainer

Schon im Jahre 2003 hat Monica De Simone in einem sehr anregendem und wohl recherchierten Beitrag für die *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* nochmals zur Problematik der *servitus altius non tollendi* Stellung bezogen¹. Obwohl sie in diesem Zusammenhang auf die von mir eingehend behandelte äußerst umstrittene *servitus altius tollendi* eingeht, ist es mir bislang nicht möglich gewesen, zu dieser bemerkenswerten Arbeit Stellung zu beziehen. Ich selbst hatte die bemerkenswerten Untersuchungen von Alan Rodger² wieder aufgenommen und war zum Schluss gelangt, dass es durchaus plausible Gründe für die Existenz einer derartigen Servitut geben könne³. Um es vorweg zu nehmen, De Simone steht grundsätzlich auf dem Standpunkt, die Existenz einer *servitus altius tollendi* ablehnen zu müssen. Sämtliche uns geläufige Stellen würden sich vielmehr auf prozessuale Situationen beziehen und würden somit – wenn es um ein *ius altius tollendi* gehe – in Wirklichkeit nichts anderes überliefern, als die *actio negatoria* der *servitus altius non tollendi*. Wir wollen eines sofort außer Streit stellen, und zwar die Formeln im Zusammenhang mit der *servitus altius non tollendi*, also jener Beschränkung, die dazu dienen sollte, dass ein mit einer derartigen Dienstbarkeit belasteter Hauseigentümer bis zu einer in der Servitut vereinbarten Höhe nicht bauen durfte, somit das Gebäude im extremsten Fall gar nicht erhöht werden konnte. Die *intentio*, im Rahmen der Formel der *actio confessoria*, der *servitus altius non tollendi*, muss folgendermaßen gelautet haben: *Si paret Numerio Negidio ius non esse invito Aulo Agerio aedes suas altius tollere ...* Spiegelbildlich hat es dazu eine Eigentumsfreiheitsklage gegeben, diese *actio negatoria* besagt in diesem Zusammenhang, dass es keine Servitut gebe. Deren *intentio* musste gelautet haben: *Si paret Aulo Agerio ius esse aedes suas invito Numerio Negidio altius tollere*. Sollte es je eine *servitus altius tollendi* gegeben haben, so erscheint es evident, dass die *actio confessoria* einer derartigen Servitut genauso gelautet haben musste, wie die

¹ M. DE SIMONE, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio nella tutela petitoria della servitus altius non tollendi*, in: AUPA 48 (2003), 83–154.

² A. RODGER, *Owners and Neighbours in Roman Law*, Oxford 1972.

³ J. M. RAINER, *Bau- und Nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen Römischen Recht*, Graz 1987.

actio negatoria im Rahmen der *servitus altius non tollendi*, somit *si paret Aulo Agerio ius esse aedes suas altius tollere invito Numerio Negidio* und die *actio negatoria* einer derartigen Servitut der *actio confessoria* der *servitus altius non tollendi* entsprechen musste: *Si paret Aulo Agerio ius non esse invito Numerio Negidio aedes suas altius tollere*. Grundsätzlich muss man zur Geltendmachung einer Dienstbarkeit die *actio confessoria* anstrengen: Mir steht das Recht zu, irgendetwas zu tun, mir steht das Recht zu, höher zu bauen (*servitus altius tollendi*) oder mir steht das Recht zu, zu verhindern, dass du baust (*servitus altius non tollendi*). Grundsätzlich ist somit die Hypothese, dass sämtliche Hinweise auf ein *ius altius tollendi* nichts anderes seien, als die Eigentumsfreiheitsklage im Falle einer im Zweifel stehenden *servitus altius non tollendi*, nicht a priori abzulehnen. Im Wesentlichen stützt De Simone ihre Argumentation auf Gai. 4,3. Dabei geht es in der Tat um die Aktionen dinglicher Natur, wobei neben den Wege- und Wasserdienstbarkeiten eben auch auf das *altius tollendi* hingewiesen wird. Zumindest der Hinweis, dass eine derartige Klage angestrengt werden kann, wenn „*ius aliquod nobis competere*“ deutet aber tatsächlich auf die Geltendmachung eines Rechts im Sinne einer Dienstbarkeit hin. Im weiteren Verlauf der Stelle heißt es dann, *aut cum actio ex diverso adversario est negativa*. Eine wichtige Behauptung, dass bei jeder Dienstbarkeit auch vom „Gegner“ das Gegenteil im Rahmen einer dafür bestimmten Klage behauptet werden kann. Gaius nennt diese *actio* einfach *negativa*. *Mihi ius est altius tollere* wäre die *intentio* der *actio confessoria*, sollte es je eine *servitus altius tollendi* gegeben haben, *tibi ius non est altius tollere* ist zweifellos der Wortlaut der *intentio* der *actio confessoria* im Rahmen einer *servitus altius non tollendi*. Wie gesagt, müsste/sollte sich auch diese Stelle einzig und allein auf eine *servitus altius non tollendi* beziehen – so muss die Behauptung *ius mihi est altius tollere* ausschließlich auf die *actio negatoria* einer *servitus altius non tollendi* Bezug nehmen. Es wäre allerdings schon in gewisser Hinsicht sonderbar, hätte Gaius die *actio negatoria* als Paradigma genannt und nicht die Behauptungsklage bezüglich der Existenz einer Dienstbarkeit. Ich sage nur „sonderbar“, bezüglich der Darstellungsweise, stelle aber nicht die von der Verfasserin auf Seite 93 genannte Komplementarität beider Klagen in Frage. Im Übrigen bin ich sogar noch mehr als die Verfasserin selbst davon überzeugt, dass jede nur mögliche, rechtskonforme und der *utilitas* entsprechende Beschränkung des Eigentums in Form einer Dienstbarkeit eingeräumt werden konnte und dass natürlich im Gegenzug die Eigentumsfreiheit mit Hilfe der *actio negatoria* in allen diesen Fällen als angebracht erfochten werden konnte. Bezüglich der Möglichkeit der Errichtung von Dienstbarkeiten zur Beschränkung des Eigentums zitiert die Verfasserin den berühmten Misthaufenfall in D. 8,5,17,2, ist sich

terminologisch aber nicht im Klaren, dass es sich einerseits natürlich um eine Eigentumsfreiheitsklage aus dogmatischer Sicht handeln muss, zum anderen, dass gerade dadurch auch impliziert ist, dass a contrario stets eine typische Dienstbarkeit dieser Art eingerichtet werden kann. Dabei geht es nicht um einen Namen, etwa *servitus sterculini*, die in der Tat nirgends überliefert ist, es geht nur darum, dass, wenn es für einen Nachbarn eine *utilitas* gibt, so kann diese den Inhalt einer Dienstbarkeit mit Hilfe derer das Eigentum des Nachbarn belastet wird, bilden. Es ist klar, dass es eine Unzahl solcher Dienstbarkeiten geben kann.

Das Argument, dass aufgrund der Palingenesie von Ulpian's Ediktcommentaren die *actio negatoria* der *servitus altius non tollendi* an erster Stelle Behandlung gefunden hätte und dann erst die *actio negatoria*, kann ich nicht nachvollziehen.

Entscheidender ist freilich De Simonis Argumentationsführung bezüglich der Rolle der *prohibitio* im Rahmen der *servitus altius non tollendi*. Auch wir wollen mit D. 8,5,4,7 (Ulp. 17 ad ed) beginnen:

Competit autem de servitute actio domino aedificii neganti servitutum se vicino debere, cuius aedes non in totum liberae sunt, sed ei cum quo agitur servitutum non debent. Verbi gratia habe aedes, quibus sunt vicinae Seianae et Sempronianae, Sempronianis servitutum debeo, adversus dominum Seianarum volo experiri altius me tollere prohibentem: in rem actionem experiar: liceat enim serviant aedes meae, ei tamen cum quo agitur non serviunt: hoc igitur intendo habere me ius altius tollendi invito eo cum quo ago: quantum enim ad eum pertinet, liberas aedes habeo.

Jemand hatte ein Gebäude, in dessen Nähe zwei weitere Gebäude standen, das seianische und das sempronianische. Gegenüber dem sempronianischen Gebäude ist das Gebäude des ICH mit einer *servitus altius non tollendi* belastet. Nun versucht der Eigentümer des seianischen Gebäudes den ICH am Weiterbauen zu hindern. Ulpian spricht in diesem Zusammenhang schlicht und einfach und ohne weitere erklärende Ausführungen von *prohibere*. Als Eigentümer muss ICH nun gegen denjenigen vorgehen, nennen wir ihn Seianus, der versucht, mich am Weiterbauen zu hindern, der also offenbar der Auffassung ist, dass mein Gebäude gegenüber dem seinen mit einer *servitus altius non tollendi* belastet ist. Lupenrein überliefert Ulpian die *intentio* jener dinglichen Klage, vermittels der der ICH sich gegen Seianus zur Wehr setzte: „*me ius altius tollendi invito eo cum quo ago*“. Keine Frage, es handelt sich in diesem Zusammenhang zweifellos um die *intentio* der *actio negatoria* der *servitus altius non tollendi*.

Doch was ist diese *prohibitio* in Wirklichkeit? De Simone nennt es einen Akt der Prohibition (S. 99). Jedenfalls ist klar, dass durch die *prohibitio* der Wille des Verbietenden zum Ausdruck gebracht wird, eine Handlung baulicher Art zu verhindern, da diese offenbar entgegen einer *servitus altius non tollendi* erfolgen soll. Bei der näheren Untersuchung zur *prohibitio* stützt sich De Simone insbesondere auf die Stelle D. 8,2,5 (Ulp. 17 ad ed).

*Invitum autem in servitutibus accipere debemus non eum qui contra dicit, sed eum qui non consentit. Ideo Pomponius libro quadragesimo et infantem et furiosum invitos recte dici ait: non enim ad factum, sed ad ius servitutis haec verba referuntur.*⁴

De Simone glaubt nun, dass sich diese Unterscheidung bezüglich der Begründung des *invitus* aus den verschiedenen Intentionen der Klage aus der *servitus altius non tollendi* ergeben würde. *Contra dicere* sei der Hinweis auf die *prohibitio*, die in der Folge den Prohibierten dazu bringe, selbst zu klagen *mihi ius esse invito te altius tollere (actio negatoria der servitus altius non tollendi)*. Das *consentire* sei dagegen schlicht und einfach dann angebracht, wenn der Berechtigte aus einer Dienstbarkeit selbst unmittelbar klagt *ius tibi non esse invitum me altius tollere*. Freilich, unabhängig davon, welchen Text man der Interpretation zu Grunde liegt, so scheinen doch die Juristen Ulpian und Pomponius bei der Gegenüberstellung anderes zu meinen. Die Definition des *invitus* beinhaltet nicht nur ein aktives Vorgehen, sondern unter Umständen auch die Bedeutsamkeit der Passivität. Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn Personen nicht in der Lage sind, rechtswirksam vorzugehen. Dies ist zweifellos der Fall bei einem *infans*, also einem Kind bis zum 7. Lebensjahr, oder einem Geisteskranken. Deren Schweigen bedeutet eben keine Zustimmung zur Vorgehensweise des Servitutenverpflichteten. Ganz richtig fügt Pomponius hinzu, dass es dabei eben nicht um ein Faktum gehe, hier hätte man auch einem *infans* oder *furiosus* in irgendeiner Weise Gelegenheit geben können, sondern dass es sich dabei um eine Rechtsauffassung handelt. Es geht um die Existenz oder Nichtexistenz einer Dienstbarkeit und dies kann nur von einem geistig gesunden Mündigen zum Ausdruck gebracht werden. Die Terminologie *invitus* heißt also in allen Fällen eine Gegnerschaft, sie heißt, dass der Berechtigte aus einer Dienstbarkeit sehr

⁴ Die Vulgata überliefert hier eine andere Form und zwar *invitum autem in servitutibus accipere debemus non solum eum qui contra dicit, sed etiam qui non consentit. Ideo Pomponius libro quadragesimo et infantem et furiosum invitos recte dici ait: non enim ad factum, sed ad ius servitutis haec verba referuntur.*

wohl *invitus* sein kann, wenn der Servitutenverpflichtete dagegen vorgeht. Zum anderen hat derjenige, der davon ausgeht, dass sein Grundstück nicht mit einer derartigen Dienstbarkeit belastet ist, die Klage anzustrengen, ich habe das Recht, ohne deine Gegnerschaft eine bauliche Maßnahme zu ergreifen. Daraus die Existenz oder Nichtexistenz einer *servitus altius tollendi* abzuleiten, ist schlicht und einfach nicht möglich. Klar ist jedenfalls, dass im Falle einer *servitus altius non tollendi* das *invitus* sich stets auf dieselbe Person beziehen muss und zwar auf denjenigen, der eben die Existenz der Dienstbarkeit behauptet, sei es durch eine unmittelbare Klage, das wäre die *actio confessoria*, sei es durch eine Handlung der *prohibitio*. Das *invito me* oder *invito te* ist eben spiegelbildlich das Ergebnis der Behauptung oder der Bestreitung der Existenz einer Dienstbarkeit. Dass die *prohibitio* in Zeiten, bevor die Servituten entstanden sind, eine ähnliche Funktion eingeleitet haben könne, die dann zu einem Schutz possessorischer Art mithilfe von Interdikten geführt haben könnte, ist zwar eine originelle Idee von De Simone, wird aber von den Quellen keineswegs unterstützt. Die von De Simone in diesem Zusammenhang genannten Interdikte *de sepulcro aedificando* und *de mortuo inferendo* sind gewiss von hohem Alter und hoher Spezifität, haben aber mit der Prohibition im späteren Baurecht wohl nichts gemeinsam. Ebenso wenig kann man der Autorin Gefolgschaft leisten, wenn sie (S. 117) meint, dass das System der *prohibitio* mit anschließendem possessorischen Interdikt im Bereiche des Baurechtes irgendwann einmal im 2. Jh. v. Chr. das System (*il regime*) des *paries communis* abgelöst haben soll. Mir ist schon klar, dass irgendwann im 2. Jh. Veränderungen stattgefunden haben, aber wohl nicht derart, wie es die Verfasserin annimmt. Den *paries communis* hat es in früherer wie auch in späterer, und insbesondere auch klassischer Zeit, immer gegeben⁵. Im Gegenteil, es ist davon auszugehen, dass es erst mit raffinierter und verfeinerter Technik zu zahlreichen *parietes communes* gekommen ist. Ein weiterer Hinweis dafür ist, dass ursprünglich Abstände (*ambitus*) von der Rechtsordnung vorgegeben waren. Mit der urbanen Verdichtung und der Entstehung verschiedener Bauformen, wie insbesondere die ständige Bebauung von abschüssigem Gelände musste man die Beschränkungen des Eigentums in das rechtliche Gewand der Dienstbarkeiten kleiden und zwar schlicht und einfach durch die probate Einführung spezieller Klagen in das Edikt durch die jeweiligen Prätores. Dies ist keineswegs auf einmal passiert zu einem Zeitpunkt, aber sukzessiv, je nach den Notwendigkeiten der Bauführungen und den sich daraus ergebenden Probleme, insbesondere wenn es im Zusammenhang mit

⁵ Vgl. J. M. RAINER, Der *Paries communis* im klassischen Römischen Recht, in: SZ 105 (1988), 488–513.

Bauführungen zu Schadens- und Vermögensminderungen gekommen ist. Man wird die Entstehungszeit der Dienstbarkeiten durchaus in der zweiten Hälfte des 2. Jh. v. Chr. sehen können, abschließend scheint dieser Prozess auch in der ersten Hälfte des 1. Jh. v. Chr. noch stattgefunden zu haben.

Im Übrigen ist die *prohibitio* im Rahmen des *paries communis* etwas durchaus anderes, vor allem auch von der juristischen Dogmatik her, als etwa die *prohibitio* im allgemeinen Baurecht. Es handelt sich im Rahmen des *paries communies* um Probleme des Miteigentums. Das ergibt sich auch in aller Klarheit in einer von der Verfasserin selbst zitierten Stelle (S. 125), D. 39,1,3,1–2 (Ulp. 52 ad ed). Dabei geht es um die Frage, ob im Falle eines Miteigentums eine *operis novi nuntiatio*, die eben auch zu einem Baustillstand im Sinne einer *prohibitio* führen müsste, anzuwenden sei. *Et putat Labeo, non posse nuntiare, quia possum eum alia ratione prohibere aedificare hoc est vel per praetorem vel per arbitrum communi dividundo: que sententia vera est.*

Ich möchte einer anderen Idee der Verfasserin zum möglichen Ursprung der Dienstbarkeiten näher treten, und zwar dass gerade bei der Veräußerung von Gebäuden gewisse Wünsche des Verkäufers zu berücksichtigen waren. Freilich kann man dadurch die Entstehung von Beschränkungen obligatorischer Art durchaus verstehen, ob diese aber besonderes nachhaltig zur Entstehung von neuen Rechtsverhältnissen geführt haben, ist schwer zu sagen. Jedenfalls ist den Prätores und somit Rechtsexperten der zweiten Hälfte des 2. Jh. die geniale Idee der Verdinglichung derartiger Rechtsverhältnisse zuzuschreiben. Obligatorische Verhältnisse finden ihre Erfüllung ausschließlich im Vertrag zwischen den Vertragsparteien, dingliche dagegen betreffen die Grundstücke und sind „ewig“. Eine zentrale Rolle spielt im Zusammenhang mit der *prohibitio* der zu Recht von der Verfasserin behandelte Text D. 8,5,6,1 (Ulp. 17 ad ed):

*Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum iuris et petitem.
Et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam: idem et si lapilli iactu impedit. Sed et si patiente eo aedificavero, ego possessor ero effectus.*

Dabei geht es darum, wer im Rahmen von Servitutenprozessen die Rolle des Klägers oder des Beklagten einzunehmen hat. Wiederum geht es um eine Bauführung: Solange noch nicht mit den baulichen Veränderungen begonnen wurde, „*adversarius meus possesor est*“. Solange nichts gebaut wird, obliegt es mir, wenn ich bauen möchte und die Rechtslage klären lassen möchte, ob eine Dienstbarkeit existiert oder nicht, eine Klage anzustrengen. Das wäre in

diesem Falle die *actio negatoria* einer *servitus altius non tollendi*. Ganz richtig ist dabei derjenige, der die Existenz einer derartigen Dienstbarkeit behauptet, damit der Beklagte. Sobald ich freilich mit der Bauführung beginne, kann der Nachbar und vermeintlich Servitutenberechtigte dies verhindern und zwar indem er selbst mit einer *actio civilis*, das heißt der *actio confessoria* der *servitus altius non tollendi* die weitere Bauführung zu verhindern trachtet. Dazu bietet sich weiters das Interdikt *quod vi aut clam* an und sogar die altertümliche Form des *lapilli ictus*. Wenn ich schließlich selbst eine bauliche Veränderung vornehme und der möglicherweise berechtigte Nachbar nichts tut, so kann er doch auch nach Abschluss der baulichen Tätigkeiten eine entsprechende Klage zum Schutz der Dienstbarkeiten anstrengen. Somit wiederum die *actio confessoria* betreffend die *servitus altius nun tollendi*. In diesem Fall werde ich als Bauführer zum Beklagten. Die Stelle ist in vieler Hinsicht klar, in anderer weniger klar, sodass hier meines Erachtens eine Textkorrektur anzunehmen ist, derart, dass wohl insbesondere im Zusammenhang mit dem *prohibere* auch die *operis novi nuntiatio* von Ulpian genannt worden war. Dies umso mehr, als diese ja nur während der Bauführung angestrengt werden kann, im Idealfall am Beginn derselben, nicht aber nach Beendigung der Arbeiten. Hier ist die Gegenüberstellung, *si patiente eo aedifivavero*, ganz eindeutig⁶. Natürlich kann ich der Interpretation der Verfasserin (S. 131 f.) folgen, dass Ulpian hier sowohl die Parteienstellung bei der *actio negatoria* und *confessoria* im Sinne hatte, dass er die Rollenverteilung im Prozess darstellen wollte. Ein Beweis für die Nichtexistenz einer *servitus altius tollendi* ist dies freilich nicht. Richtig ist auch der von De Simone (S. 136 ff.) erfolgte Hinweis auf den Unterschied einer baulichen Veränderung *in alieno* oder *in suo*. Klar kann, wer auf fremden Grund baut, mit Hilfe des Interdikts *quod vi aut clam* daran gehindert werden, auch der ritualisierte Steinwurf ist in diesem Zusammenhang zu sehen⁷. Wer hingegen auf eigenem Grund bauliche Veränderungen betreibt, dem kann, wenn dadurch dem Nachbarn als Servitutenberechtigten in dessen Rechte eingegriffen wird, ein Stopp verfügt werden und dieser Stopp ist ausschließlich auf dem Wege der *operis novi nuntiatio* zu erreichen. Eindeutig ist das Verfahren aus der *operis novi nuntiatio* erkennbar, d.h. insbesondere *operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus*. Ganz richtig erkennt auch De Simone, dass bei einem *facere in suo* die *operis novi nuntiatio* das einzig wirksame Mittel ist, den Baustopp zu bewirken, die *prohibitio* vorzunehmen. *At si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria* (D. 39,1,5,10). Wenn freilich De Simone meint, dass auf der

⁶ Vgl. DE SIMONE S. 135 mit weiterführender Literatur zum Text selbst.

⁷ Vgl. J. M. RAINER, Bau- und Nachbarrechtliche Bestimmungen, 6. Kapitel.

Grundlage von D. 39,1,1,6 in jedem Fall der Nuntiant Kläger und der Nuntiat zum Beklagten wird, so irrt sie. Durch die Nuntiation gestützt auf bestimmte Gründe, insbesondere bauliche Veränderungen, die den Bestimmungen einer Servitut zuwiderlaufen, muss der Bauherr mit seinen Tätigkeiten einhalten. Er kann aber entweder eine prätorische Aufhebung der Nuntiation erwirken oder eine Sicherheitsgarantie abgeben, jeden aus unrechtlicher Bauführung entstehenden Schaden zu ersetzen. In beiden Fällen baut er *iure* weiter. Tut er dies nicht, so unterliegt er den Bestimmungen des *interdictum demolitorium* und wird dafür, dass er der Nuntiation nicht entsprochen hat, auch sanktioniert werden, ohne dass die eigentliche Rechtsfrage, also die Existenz der Servitut zur Debatte stünde. Hat der Bauherr allerdings die Remission erwirkt oder *satisfatio* geleistet, so muss sich der Nuntiant bemühen, mit der dinglichen Klage als Kläger sein Recht darzutun. Wer somit höher baut, obwohl sein Grundstück mit der *servitus altius non tollendi* belastet ist, kann vermittels *operis novi nuntiatio* prohibiert werden. Doch nehmen wir die Existenz einer *servitus altius tollendi* an, so kann, wenn eine Beschränkung der Baufreiheit die Sinnhaftigkeit einer derartigen Servitut nahelegen könnte, bei Baubeginn eine derartige Prohibition ausgesprochen werden. Nach dem für die *servitus altius non tollendi* aufgezeigtem Muster müsste bei Erlass der Nuntiation oder *satisfatio* des Bauwilligen der Nuntiant mit der *actio negatoria* der *servitus altius tollendi* vorgehen, um seine Eigentumsrechte vor Eingriffen zu schützen. Hinzuzufügen wäre aber noch, dass in beiden Fällen der Bauwillige auch selbst als Kläger tätig werden kann, sei es vor einer Nuntiation oder auch danach, um die Existenz oder Nichtexistenz einer Dienstbarkeit möglichst schnell klären zu lassen.

Damit wird aber deutlich, dass die im Rahmen üblicher Bauverfahren eingesetzte *operis novi nuntiatio* gleichermaßen Im Rahmen einer *servitus altius non tollendi* oder einer *servitus altius tollendi* Verwendung finden konnte. Sie stellt jedenfalls kein Argument gegen die Existenz einer *servitus altius tollendi* dar.

Die wichtigsten Stellen zur *servitus altius tollendi* finden sich bei Gaius. Es handelt sich dabei um die Stellen aus Gaius-Institutionen 2,14 und 2,31 sowie um eine Stelle aus Gaius' Ediktskommentar zum Provinzialedikt in D. 8,2,2. Mit allen Stellen habe ich mich bereits vor vielen Jahren auseinandergesetzt⁸.

⁸ Idem, § 5.

Gaius Inst. 2,31

... *alioquin in provincialibus praediis sive quis usufructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiat, ceteraque similia iura consistere velit ...*

Ich möchte auch hier betonen, dass ich keine wie immer geartete nachklassische Textveränderung erkennen kann, und dass der Text, der sich auf die Entstehung (*iura consistere*) der Rechte bezieht, nicht aus der Sicht des Prozesses verfasst wurde, so dass ich nach wie vor davon ausgehe, ein *ius altius tollendi aedes* annehmen zu müssen⁹.

Was die Gaius-Stelle Inst. 2,14 anbelangt, so lässt der Text wohl keinen Zweifel daran aufkommen, dass von einem *ius altius tollendi* bzw. einem *ius non extollendi ne luminibus vicini officiat* auszugehen ist. Der einschlägige Passus in Epitome Gai ist im Übrigen insoweit aussagekräftig, als er tatsächlich die Rechtslage mit anderen Worten wiedergibt. Dort heißt es in 2,1,3:

Praediorum urbanorum iura sunt: stillicidia, fenestrae, cloacae, altius erigendae domus, aut non erigendae, et luminum ...

Auch in diesem Falle kann man davon ausgehen, dass es sich nicht um eine Darstellung der Klagen im Prozess handelt, sondern tatsächlich um die Rechte selbst. Nicht anders verhält es sich mit D. 8,2,2, wo von den Rechten, sprich Dienstbarkeiten die Rede ist:

Urbanorum praediorum iura talia sunt: altius tollendi et officendi luminibus vicini aut non extollendi ...

Im Übrigen wird eine *servitus altius tollendi* auch noch in zwei Paulusstellen erwähnt, und zwar D. 8,4,7,1 und D. 8,2,1pr. Beide werden nicht von De Simone erwähnt.

Auffallend ist jedenfalls, dass sich zwei der Gaiusstellen, nämlich D. 8,2,2 und Inst. 2,31 auf das Recht in den Provinzen bezieht. Dies hatte Giuseppe Branca dazu bewogen, von einem typischen Provinzialrecht zu sprechen, das ursprünglich nur *inter peregrinos* gegolten habe.¹⁰

⁹ Idem, S. 39 f.

¹⁰ G. BRANCA, Considerazioni sulla *servitus altius tollendi*, in: Studi Cicu I, Milano 1951, S. 107–118.

Es ist klar, dass eine derartige Dienstbarkeit höher zu bauen, und damit den Lichteinfall zu verringern, wie immer geartete Beschränkungen der Eigentumsfreiheit, in diesem Falle der Baufreiheit voraussetzt. Im Verhältnis unter Nachbarn kann freilich eine solche Dienstbarkeit nur dann Sinn machen, wenn es eine Beschränkung zugunsten eines Lichteinfalls gibt. Dass es eine derartige allgemeine Beschränkung der Baufreiheit zugunsten des Lichteinfalls nicht gegeben hat, beweist hinlänglich eine Codexstelle, C. 3,34,1 aus der Zeit Caracallas (211):

Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis. Is, qui iudex erit longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet¹¹.

Sowie eine Ulpianstelle, D. 8,2,11pr.–1:

Qui luminibus vicinorum officere aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere. (1) Si inter te et vicinum tuum non convenit, ad quam altitudinem extolli aedificia, quae facere instituisti, oporteat, arbitrum accipere poteris¹².

Nur unter ganz besonderen Umständen wird der Lichteinfall geschützt, insbesondere aufgrund eines lange anhaltenden Zustandes von Gebäuden im Verhältnis zueinander. Ein derartiger Fall wird geradezu eine Dienstbarkeit, in dem Fall des Nichthöherbauens, ersessen.

Nicht ausgeschlossen können dagegen lokale Sonderbestimmungen sein. Dies würde nicht zuletzt durchaus mit einem Ursprung einer derartigen Dienstbarkeit in den Provinzen übereinstimmen. Doch selbst in den Städten Italiens und auch in Rom mag es Sonderbestimmungen gegeben haben, die den Lichteinfall garantierten. So könnte durchaus in manchen Städten, denken wir beispielsweise an Ostia, für gewisse Bereiche ein derartiges Gebot geherrscht haben. Und hierbei könnte durchaus nun die *servitus altius tollendi* eine Rolle gespielt haben, um die verlorene Baufreiheit entweder zur Gänze oder zu einer gewissen Höhe wiederherzustellen. Während wir davon ausgehen können, dass die *servitus altius non tollendi* sich zweifellos bereits im spätrepublikanischen Edikt wiederfand, so stellt sich die Frage, auf welchem Wege die *servitus altius tollendi* Anerkennung gefunden haben

¹¹ RAINER, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen, 264 ff.

¹² Idem, 267 ff.

konnte. Wenn in einem Institutionen-Lehrbuch, wie jenem des Gaius, das sich im Übrigen größter Beliebtheit und Verbreitung erfreute, eine derartige Dienstbarkeit als ganz selbstverständlich aufschien, so war sie jedenfalls als juristische Realität anerkannt, und anempfohlen. Sie aber expressis verbis im Edikt aufzunehmen musste als sinnlos erscheinen, und zwar genau wegen jener Problematik, die auch De Simone sehr wohl und sehr richtig erkannt hat, und zwar der identischen Textierung der Formeln der *actio confessoria* und der *actio negatoria* der *servitus altius tollendi*, und der *servitus altius non tollendi* wegen. Sinnlos wäre es gewesen, diesen Wortlaut in umgekehrter Reihenfolge ein zweites Mal im Edikt aufzunehmen. Dagegen hätte jedenfalls der Pragmatismus der römischen Juristen und insbesondere des Endredaktors Julian gesprochen. Die Formel, die im Edikt aufschien, lautete: *Si paret Numerio Negidio ius non esse aedes suas altius tollere invito Aulo Agerio*, Diese stand als *actio confessoria* der *servitus altius non tollendi* bereits im Edikt, sie konnte nun auch im Sinne einer *actio negatoria* der *servitus altius tollendi* Verwendung finden. Zum anderen konnte die Formel der *actio negatoria* der *servitus altius non tollendi* im Sinne der *actio confessoria* der *servitus altius tollendi* herangezogen werden: *si paret Aulo Agerio ius esse aedes suas altius tollere invito Numerio Negidio*.

So bestand also keine Notwendigkeit der Einführung einer neu gestalteten Formel in das Edikt, die Juristen konnten sie aber auf den neuen Tatbestand der Überwindung eingeführter Beschränkungen ausdehnen. Dies lag anfangs gewiss an der Bereitschaft des Jurisdiktionsmagistraten, sich dieser Erweiterung anzuschließen. Eine Möglichkeit ist darin zu sehen, dass, wo es in Sonderfällen spezielle Gebote gab, Juristen denjenigen, die die Baufreiheit als Ausdruck der Eigentumsfreiheit wiedererlangen wollten, den Rat gaben, sich von eventuellen Nachbarn eine derartige Dienstbarkeit einräumen zu lassen.

Es war also nicht, und konnte es auch nicht sein, ein leeres Spiel mit Prozessformeln. Ein derartiges Recht musste als solches tatsächlich eingeräumt werden. In der Tat heißt es bei Paulus in D. 8,4,7,1: *imponi potest: veluti ut altius tollere liceat*, und in D. 8,2,1pr., ebenfalls ein Text von Paulus, ist sogar von *servitutes altius tollendi* die Rede. Eine weitere, bislang nicht vorgeschlagene Möglichkeit wäre diejenige, dass ein derartiges Recht errichtet wurde, um eine *servitus altius non tollendi* außer Kraft zu setzen, und damit die Baufreiheit zugunsten des ehemaligen Servitutenverpflichteten wiederherzustellen, aus dem nun ein Servitutenberechtigter geworden war. Nach wie vor bin ich aber fest davon überzeugt, dass es sich keineswegs um eine allgemein weit verbreitete Dienstbarkeit handelte, die eine allgemeine Bestimmung oder eine Legalservitut zum Schutze des Lichteinfalls

derogieren hätte sollen. Zu eindeutig sind diesbezüglich die Aussagen zur Bedeutsamkeit der *vetus forma* im Bereiche nachbarlicher Beziehungen im Baurecht, und zu eindeutig sind jene Vorschläge, die die Juristen zum Schutze des Lichteinfalls anhand der *cautio damni infecti* getan haben, wobei hier insbesondere Ulpian hervorzuheben ist¹³. Ich habe in meinen Untersuchungen zum Bau- und Nachbarrecht hervorgehoben, dass es sich möglicherweise um einen Schulenstreit gehandelt haben könnte, wobei offenbar Ulpian ganz entschieden die Bedeutung des *damnum infectum* zum Schutze des Lichteinfalls hervorgehoben hat, und möglicherweise jenes Reskript verfasst hat im Jahr 211, das den Lichteinfall infolge langandauernder Bauverhältnisse der Nachbarn untereinander garantieren sollte. Die Möglichkeit einer Juristenkontroverse bleibt natürlich bestehen, wiewohl ich nun doch mehr zur Auffassung neige, dass der eine oder andere Jurist angesichts der Existenz einer möglichen Klageform im Edikt, angesichts lokaler, vielleicht sogar streng lokaler auf Straßenzüge, Straßenviertel etc. bezogene Beschränkungen eine derartige Dienstbarkeit vorgeschlagen hat. Angesichts der Bedeutung des Lichteinfalles in einer Gesellschaft, in der Elektrizität selbstredend ein Fremdwort war, erscheint die Bedeutung der *servitus altius non tollendi* gewichtiger gewesen zu sein. Allerdings gibt es Anlässe, durchaus in welchen das Wiedererlangen der Baufreiheit, und damit die Belastung des Nachbarn, die Beeinträchtigung desselben, eine Option sein konnte, die natürlich angesichts der Errichtung des dinglichen Rechtes in entsprechender Weise abgegolten werden musste.

Als wichtigste Erkenntnis möchte ich erneut festhalten, dass die allgemeine Eigentumsfreiheit, die Bedeutung des Eigentumsrechtes auch grundsätzlich das Baurecht miteinschloss, und damit die Baufreiheit. Es gab schlicht und einfach keine allgemeinen Bestimmungen, die den Lichteinfall unter Schutz stellten. Und dies wäre auch angesichts der räumlichen Beschränktheit wohl sehr schwer als allgemeine gesetzliche Bestimmung, oder selbst als partikulare Norm in Städten durchaus schwierig gewesen. Andere Maßnahmen, insbesondere zur Verhinderung von Feuergefahren und grundsätzlich Gefahren im städtischen Bereichen, waren wohl wesentlich wichtiger und hierfür erlassenen Auflagen konnten gewiss nicht durch Dienstbarkeiten derogiert werden. Ebenso wenig hat es eine allgemeine Legalservitut zum Schutze des Lichteinfalls gegeben. Daran hat sich wohl auch in der Spätantike nichts geändert, und auch nicht im Justinianischen Recht. Wer glaubt, dass die Hinweise auf eine *servitus altius*

¹³ Idem, S. 242 f.

tollendi Glossen oder sogar Justinianischen Interpolationen sind, der irrt schlicht und einfach. Die Geringfügigkeit der zitierten Stellen zum einen, die klaren Hinweise in den Institutionen des Gaius zum anderen belegen aber eine zwar partikuläre, aber unumstrittene Existenz. So müssen es die Klassiker gesehen haben, und so und nicht anders auch die Justinianischen Juristen. Die *servitus altius tollendi* hat es gegeben, sie war spätestens zu Gaius' Zeiten als Hilfsmaßnahme durchaus zur Überwindung uns nicht im Einzelnen bekannten Beschränkungen lokaler oder lokalster Art anerkannt und einsetzbar. Dafür musste weder ein Gesetz erlassen werden, noch eine neue Formel in das Edikt aufgenommen werden. Ab wann die Juristen ihren Ratsuchenden empfohlen haben, gewisse Beschränkungen auf dieses Weise zu überwinden, ist nicht überliefert. Die erste Überlieferung, zeitlich gesehen, ist jene bei Gaius.

Während die *servitus altius non tollendi* überall eingesetzt werden konnte, in Rom, in Italien, in den Provinzen aufgrund des prätorischen Edikts und aufgrund der Provinzialedikte, und überall einen allgemeinen Sinn hatte, war dies im Fall der *servitus altius tollendi* nicht der Fall. Ihr Anwendungsbereich muss ein überaus sektorialer gewesen sein.

Zur Problematik des *ius offerendi* im römischen Privatrecht¹

Iván Siklósi

1 Einführung, Fragestellungen und Prämissen – 2 Die *sedes materiae* – 3 Die wichtigsten Quellen zum *ius offerendi* – 4 Fälle der hypothekarischen Sukzession – 5 Zur Interpretationsgeschichte des *ius offerendi* – 6 Die Ausübung des *ius offerendi* als ein Fall der hypothekarischen Sukzession? – Schlussbemerkungen

1 Einführung, Fragestellungen und Prämissen

a) In dem vorliegenden Aufsatz versuchen wir, eine knappe Darstellung über die komplexe Problematik des *ius offerendi* („Anbietungsrecht“) im römischen Recht² zu geben, unter besonderer Berücksichtigung der Analyse

¹ Ich möchte mich bei Herrn NORBERT POZSONYI für die wertvollen inhaltlichen und sprachlichen Verbesserungsvorschläge bedanken.

² Aus der reichen Literatur des *ius offerendi* siehe z. B. A. THON, Das „*ius offerendi*“ des besseren Pfandgläubigers nach römischem Rechte: Eine civilistische Abhandlung geschrieben zur Erlangung der Erlaubniß an der Ruprecht-Carls-Universität zu Heidelberg Vorlesungen zu halten, Heidelberg 1863 (reprint: 2010); A. R. B. REGELY, Das „*ius offerendi*“ in alter und neuer Zeit, unter Berücksichtigung der dasselbe betreffenden Bestimmungen des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich [Diss. Berlin], 1893; K. HELLMUTH, Das „*ius offerendi et succedendi*“ beim römischen Pfandrecht [Diss. Basel], 1959; DERS., Das „*ius offerendi et succedendi*“ beim römischen Pfandrecht, in: Jahrbuch der Basler Juristenfakultät 38–39 (1959–1960), 40 ff.; A. D’ORS, El „*ius offerendi*“ de „*Tertius*“, in: Studi in onore di B. Biondi, I, Milano 1965, 213 ff.; CH. EMUNDS/J. D. HARKE, Das „*ius offerendi et succedendi*“ des nachrangigen Pfandgläubigers, in: J. D. Harke [Hrsg.], Facetten des römischen Pfandrechts. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts, Berlin–Heidelberg 2015, 15 ff.; D. SCHANBACHER, Hypothekarische Sukzession, TR 84 (2016), 161–164. – Zur relevanten Literatur der Mehrfachverpfändung in Bezug auch auf das *ius offerendi* siehe unten. – Zum römischen Pfandrecht im Allgemeinen siehe aus dem modernen Schrifttum z. B. P. FREZZA, Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano II. Le garanzie reali, Padova 1963; W. KUNKEL, Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts, SZ 90 (1973), 150 ff.; M. KASER, Studien zum römischen Pfandrecht, TR 44 (1976), 233 ff.; DERS., Studien zum römischen Pfandrecht II. „*Actio pignericia*“ und „*actio fiducia*“, TR 47 (1979), 319 ff.; DERS., Studien zum römischen Pfandrecht, Napoli 1982; G. KRÄMER, Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat, Köln 2007; M. BRAUKMANN, „*Pignus*“. Das Pfandrecht unter dem

der dogmatischen Konstruktion des *ius offerendi* und der Rechtsfolgen dessen Ausübung.

Als Ausgangspunkt der Analyse des *ius offerendi* dient natürlich die Mehrfachverpfändung, ohne aber diese Problematik jetzt tiefer zu erörtern.³ Weil nur der Erstgläubiger zum Pfandverkauf berechtigt ist,⁴ sind die Nachpfandgläubiger in einer schlechteren Position. Durch die Verwertung der Pfandsache werden nämlich alle Pfandrechte erlöschen (und damit wird natürlich die *actio hypothecaria* des Nachpfandgläubigers auch wegfallen⁵), und die Nachpfandgläubiger können sich nur aus dem Überschuss (*superfluum*) befriedigen.⁶ Um eine günstigere Position zu erreichen, kann

Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft, Göttingen 2008; M. FUENTESECA, 'Pignus' e 'hypotheca' en su evolución histórica, Santiago de Compostela 2013; aus der ungarischen Literatur N. POZSONYI, Zálogpraxis az ókori Rómában [Pfandpraxis im alten Rom], Szeged 2012 (= http://doktori.bibl.u-szeged.hu/1641/1/Pozsonyi_Norbert_Ertekezes.pdf).

³ Diesbezüglich weisen wir nur auf drei bedeutende Quellentexte hin, in denen die Prinzipien „*prior tempore, potior iure*“ und „*melior est causa possidentis*“ erwähnt werden: „*Si fundum pignori accepisti [...] sicut prior es tempore, ita potior iure*“. (C. 8,17,3); „*Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est 'si non mihi ante pignori hypothecae nomine sit res obligata'. Sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione et ille excipiat 'si non convenit, ut sibi res sit obligata', hic in modum supra relatum replicabit. Sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget et adiudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem*“. (Marci. D. 20,4,12pr.); „*Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit*“. (Paul. D. 20,4,14). Vgl. z. B. J. MIQUEL, El rango hipotecario en el derecho romano clásico, Anuario de historia del derecho español 29 (1959), 229 ff.; M. KASER, Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht, in: Studi in onore di G. Grosso, I, Torino 1968, 27 ff.; A. BISCARDI, Die mehrfache Verpfändung einer Sache vom attischen bis zum spätrömischen Recht, SZ 86 (1969), 146 ff. (vor allem aber zum griechischen Recht); B. SIRKS, La pluralité des créanciers hypothécaires sans rang en droit romain classique et Paul. 5 « ad Plaut. » D. 20, 4, 13, BIDR 89·(1986), 305 ff.; aus der spanischen Literatur L. M. ROBLES VELASCO, La segunda hipoteca en el derecho romano, Revista crítica de derecho inmobiliario 668/2001, 2345 ff.; L. BERNAD SEGARRA, La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio de prioridad temporal en derecho romano y en el derecho civil español, Madrid 2010, 21 ff.

⁴ Vgl. z. B. Pap. D. 20,5,1; Marci. D. 20,5,5pr.; dazu siehe z. B. KASER, Über mehrfache Verpfändung (zit.), 45; DERS., Das römische Privatrecht, I, München 1971², 467.

⁵ Vgl. Marci. D. 20,4,12,7; siehe dazu z. B. KASER, Über mehrfache Verpfändung (zit.), 62. Siehe noch C. 8,19,1pr.; vgl. z. B. EMUNDS/HARKE, a. a. O. 16.

⁶ Siehe z. B. KASER, Über mehrfache Verpfändung (zit.), 31; DERS., RPR, I (zit.), 467 f.; EMUNDS/HARKE; a. a. O. 16. Das Recht des Nachpfandgläubigers, sich aus dem Überschuss zu beteiligen, ist unseres Erachtens unbestreitbar (anders siehe [aufgrund Marci. D.

der Nachpfandgläubiger das *ius offerendi* ausüben, d. h. dem Erstgläubiger die Erfüllung seiner Forderung anbieten. Durch die Ausübung des *ius offerendi* kann der Nachgläubiger sein Pfandrecht bestätigen,⁷ das heißt steht ihm das Verwertungsrecht (*ius vendendi*) der Pfandsache anhand des Pfandverhältnisses zu.

b) Diese Charakterzüge des *ius offerendi* sind in der römischrechtlichen Literatur wohl bekannt. Die Problematik des *ius offerendi* ist aber ziemlich komplex, mit vielbestrittenen dogmatischen Fragen und rätselhaften Quellentexten.

Es handelt sich z. B. in denjenigen Stellen um außerordentlich komplizierte Sachverhalte und schwere Rechtsfragen, in denen mindestens drei Pfandgläubiger beteiligt sind. Zur Erörterung der in dieser Hinsicht relevanten, dogmatisch ziemlich problematischen Fragmente (z. B. Paul. D. 20,4,16 [der „Fall von Claudius Felix“]⁸) und deren komplexen

20,4,12,9] D'ORS, a. a. O. 215 ff.; dagegen siehe aber richtig KASER, Über mehrfache Verpfändung [zit.], 51 ff.; DERS., Das römische Privatrecht, II, München 1975², 321; H. HONSELL/TH. MAYER-MALY/W. SELB, Römisches Recht [aufgrund des Werkes von P. JÖRS/W. KUNKEL/L. WENGER], Berlin–Heidelberg–New York 1987, 208).

⁷ Vgl. C. 8,17,1. Es geht hier um eine Konfirmation seines (wirksamen) Pfandrechts und natürlich nicht um eine Konvaleszenz. Zu dieser Stelle und zum ganzen Problem siehe unten.

⁸ „*Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutyichianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori: cum Eutyichiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat: Turbo apud alium iudicem victus appellaverat: quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem, an ea remota Turbo tertium excluderet. Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit: fuerunt igitur qui dicerent hic quoque tertium creditorem potioem esse debere. Mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. Pone primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem et exceptione aliove quo modo a tertio superatam: numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatae uti potest? Aut contra si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium optinuerit, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in eius locum quem exclusit, nec inter alios res iudicatae alii prodesse aut nocere solet, sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur*“. Wenn die Sache dreimal verpfändet worden war und der dritte Pfandgläubiger an den Erstgläubiger Zahlung geleistet hat, so blieb das Pfandrecht des zweiten Gläubigers unberührt. Weder rückt er, was beim Erlöschen des Erstpandrechts zu erwarten wäre, an die erste Stelle auf, noch wird er von dem dritten Pfandgläubiger aus seinem Rang verdrängt. Vielmehr tritt der dritte Pfandgläubiger an die Stelle des Erstgläubigers, aber nur *in ea quantitate, quam superiori exsolvit*. Seine eigene Forderung steht der des zweiten Pfandgläubigers weiterhin nach (EMUNDS/HARKE, a. a. O. 36⁶²). Zu diesem Fragment siehe ausführlich z. B. R. BACKHAUS,

Tatbestände bzw. Rechtsprobleme würden wir einen selbständigen Beitrag brauchen.

Neben der „Drittverpfändung“ ist es z. B. auch eine interessante und vielbestrittene Frage, welcher Pfandgläubiger das *ius offerendi* ausüben kann. In dieser Hinsicht ist eine vielleicht unechte und dogmatisch gar nicht unproblematische Stelle (PS 2,13,8)⁹ zu erwähnen. Gemäß diesem Quellentext kann auch der erste Pfandgläubiger das *ius offerendi* ausüben (*hapax legomenon*; diese Konstruktion wurde in das justinianische *Corpus iuris* nicht aufgenommen).

Mit den diesbezüglich erwähnten Problemen und Quellentexten, die nur als Beispiele angeführt worden sind, können wir uns in dieser Abhandlung nicht tiefer beschäftigen.

c) Im Weiteren möchten wir nur einige Grundprobleme des *ius offerendi* erörtern, unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses des *ius offerendi* und der „hypothekarischen Sukzession“.

Bis heutzutage liegt es im Dunkel, was mit dem Pfandrecht (und damit der Forderung) des abgefundenen Pfandgläubigers geschieht. Wird das Pfandrecht des Erstgläubigers vollkommen erlöschen, und wird der Nachpfandgläubiger durch die Ausübung des *ius offerendi* nur ein abstraktes Befriedigungsrecht (d. h. ohne ein Pfandrecht und eine Forderung) erwerben? Ist die diesbezüglich auch heute herrschende Ansicht von Max Kaser stichhaltig?¹⁰ Oder bewirkt die Ausübung des *ius offerendi* eine hypothekarische Sukzession, wie es in der älteren gemeinrechtlichen Fachliteratur angenommen wurde?¹¹ Wenn ja,

„*Casus perplexus*“. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz, München 1981, 133 ff.; P. ZILLOTTO, Effetti del giudicato rispetto ai terzi: due casi in materia di pegno, Teoria e storia del diritto privato 7/2014 (= <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cid=326>) . – Zur Drittverpfändung siehe noch die Texte Marci. D. 20,4,12,8 und Marci. D. 20,4,12,9.

⁹ „*Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit*“. Vgl. z. B. THON, a. a. O. 27 ff.; F. SCHULZ, Klagenzession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht, SZ 27 (1906), 106; D’ORS, a. a. O. 222 f.; KASER, Über mehrfache Verpfändung (zit.), 65 f.; KRÄMER, a. a. O. 19 f.; EMUNDS/HARKE, a. a. O. 17.

¹⁰ Zum „aktuellen Forschungsstand“ und zur Ansicht von KASER siehe ausführlicher unten.

¹¹ Die Glossatoren bzw. die Kommentatoren haben nämlich die originelle römischrechtliche Konstruktion des *ius offerendi* weiterentwickelt. In der mittelalterlichen und neuzeitlichen Jurisprudenz bewirkt die Ausübung des *ius offerendi* einen wirklichen Übergang der Forderung des vorherigen Erstpfandgläubigers, mit einer wirklichen Sukzession auch in Bezug auf die Rechte und Klagen des abgefundenen Gläubigers. Mit anderen Worten: Die Ausübung des weiterentwickelten *ius offerendi* bewirkt eine „gesetzliche Subrogation“

gibt es auch einen „originären“ Regress oder eine Klagezession („derivativer Regress“) als Rechtsfolge der Ausübung des *ius offerendi* im römischen Recht?

Unsere Hauptfrage ist, ob es im Fall des *ius offerendi* über eine „hypothekarische Sukzession“ gesprochen werden darf. Bewirkt die Ausübung eine völlige hypothekarische Sukzession? (Mit anderen Worten: erhält der neue Gläubiger ein Pfandrecht an der Stelle des abgefundenen Gläubigers?) Oder handelt es sich hier um keine hypothekarische Sukzession, nur um das Erlöschen des Pfandrechts des abgefundenen Gläubigers? Oder kann man die Konfirmation des Pfandrechts des Nachpfandgläubigers als eine „beschränkte“ (oder „teilweise“) hypothekarische Sukzession betrachten?

Im neuesten Schrifttum wurde die Problematik des *ius offerendi* in einer Abhandlung von Emunds und Harke¹² analysiert. In diesem Beitrag wurde auch die Interpretation von Kaser bezüglich des *ius offerendi* (mit Recht) kritisiert. Dieser gedankenreiche Aufsatz ist für uns eine Inspirationsquelle gewesen, um die dogmatische Konstruktion des *ius offerendi* tiefer zu untersuchen.

Im Jahre 2016 wurde ein ausgezeichnete Aufsatz zum Thema der hypothekarischen Sukzession von Schanbacher publiziert, auch in Hinsicht auf die Zusammenhänge des *ius offerendi* mit der „hypothekarischen Sukzession“.¹³

d) Zur Bezeichnung der hypothekarischen Sukzession finden sich in den römischrechtlichen Quellen vor allem die Ausdrücke „*successio in locum*“ und „*in ius (pignoris)*“; diesbezüglich siehe z. B. Paul. D. 20,3,3: „... *in ius pignoris succedet*“; „*in ius primi succedere debet*“; „*transire ad eum ius prioris*“; Pap. D. 20,4,3 pr.: „*in suum locum succedenti*“; Marci. D. 20,4,12,5: „*in suum locum eum succedere*“; C. 8,18,1pr.: „... *succedunt in locum hypothecarii creditoris*“; „*in locum eius succedat*“. Die Terminologie zeigt uns nicht eindeutig, ob es sich um welchen konkreten Fall handelt; diese Ausdrücke kommen auch beim *ius offerendi* vor.¹⁴

Neben den terminologischen Bedenken ist es auch dogmatisch fraglich, ob die Ausübung des *ius offerendi* zu einer hypothekarischen Sukzession oder nur

(vgl. H. COING, Europäisches Privatrecht, I, München 1985, 330). Mit dem Fortleben des römischrechtlichen *ius offerendi* können wir uns in diesem Aufsatz nicht tiefer beschäftigen. Zu diesen Fragen siehe z. B. J. HAWELLEK, Die persönliche Surrogation, Tübingen 2010, 29; J.-PH. LÉVY/A. CASTALDO, Histoire du droit civil, Paris 2002, 1080.

¹² EMUNDS/HARKE, a. a. O.

¹³ SCHANBACHER, Hypothekarische Sukzession (zit.), 149–164.

¹⁴ Siehe z. B. Marci. D. 20,5,5pr. Zu diesem Text siehe unten.

zum Erlöschen des Pfandrechts bzw. der Forderung und damit zur Entstehung eines (abstrakten) Befriedigungsrechts führt.

2 Die *sedes materiae*

a) Die *sedes materiae* des *ius offerendi* und der Fälle der hypothekarischen Sukzession sind vor allem die Texte unter dem vierten und fünften Titel des zwanzigsten Buches der Digesten (20,4: „*Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt*“; 20,5: „*De distractione pignorum et hypothecarum*“). Grundlegende Texte enthält diesbezüglich auch das achte Buch des *Codex Iustinianus* (siehe vor allem: 8,17: „*Qui potiores in pignore habeantur*“; 8,18: „*De his qui in priorum creditorum locum succedunt*“; 8,19: „*Si antiquior creditor pignus vendiderit*“; aber auch 8,13 „*De pignoribus*“¹⁵).

Die für uns wichtigsten Texte stammen aus dem spätklassischen römischen Juristenrecht. Äußerst wichtig sind die Stellen, die von Papinianus und Marcianus stammen (die Texte von Papinianus – *procurator a libellis* von Septimius Severus¹⁶ – aus seinem Werk „*Responsorum libri*“ und die Texte von Marcianus aus seinem Werk „*Liber singularis ad formulam hypothecariam*“). Bedeutsame Stellen bezüglich des *ius offerendi* und der hypothekarischen Sukzession stammen auch von Paulus (siehe z. B. Paul. D. 20,4,16¹⁷) und Tryphoninus (D. 49,15,12,12¹⁸).

¹⁵ Siehe die Konstitution von Diocletianus und Maximianus aus dem Jahre 294, die ausdrücklich die Ansicht von Marcianus (vgl. D. 20,4,12,6; siehe dazu unten) bestätigt (C. 8,13,22: „*Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus et a debitore sortem eiusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum usuras accipit*“). Vgl. A. CHERCHI, Il divieto di anatocismo nel sistema giuridico romano [Diss. Sassari], 2008–2009, 154 f. (= http://eprints.uniss.it/3444/1/Cerchi-A_tesi-Dottorato-2010_Divieto.pdf).

¹⁶ Vgl. Tryph. D. 20,5,12pr.: „... *libellos agente Papiniano* ...“; vgl. z. B. U. BABUSIAUX, Papinians „*Quaestiones*“. Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen, München 2011.

¹⁷ Zu diesem Text siehe oben.

¹⁸ Vgl. z. B. Tryph. D. 49,15,12,12: „*Si pignori servus datus fuerat ante captivitatem, post dimissum redemptorem in veterem obligationem revertitur, et si creditor obtulerit ei qui redemit, quanto redemptus est, habet obligationem et in priorem debiti causam et in eam summam qua eum liberavit, quasi ea obligatione quadam constitutione inducta: ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa: nisi quod in hoc conversa res est et posterior, quia eum servum, ut apud nos esset, efficit, ab eo, qui tempore prior fuit, ut infirmiore dimittendus est*“.

Im Sachverhalt dieses Textes ist ein Sklave

b) Als methodologische Prämisse möchten wir feststellen, dass Interpolationsverdachte in Hinsicht auf diese Quellen (abgesehen von den eventuellen Verkürzungen) nicht in Betracht kommen. Übereinstimmend dem „wissenschaftlichen Klima“ bzw. dem herrschenden Paradigma der (post)modernen römischrechtlichen Forschungen,¹⁹ werden die diesbezüglich relevanten Texte inhaltlich mit wesentlichen Interpolationen nicht verdächtigt. Die Argumentationen und die Ansichten der spätclassischen Juristen konnten die Rechtsgelehrten der nachklassischen Zeit wahrscheinlich nicht überholen.

3 Die wichtigsten Quellen zum *ius offerendi*

a) Als Ausgangspunkt dient die in Hinsicht auf die Konfirmation des nachrangigen Pfandrechts bedeutsame Konstitution von Septimius Severus und Antoninus Caracalla aus dem Jahre 197 (C. 8,17,1²⁰), die die früheste²¹

vor der Kriegsgefangenschaft zum Pfand gegeben worden. Der *redemptor* hat diesen Sklaven freigekauft und sich das Lösegeld vom Pfandgläubiger erstatten lassen. Nach der Abfindung des Loskäufer kehrt der Sklave in die alte Pfandhaftung zurück, und nicht nur in Höhe der ursprünglich gesicherten Forderung. Es erstreckt sich auch auf das Lösegeld, das der Gläubiger dem Loskäufer erstattet hat (vgl. EMUNDS/HARKE, a. a. O. 25). Und wenn der Gläubiger demjenigen, der ihn losgekauft hat, soviel angeboten hat, um wieviel er losgekauft worden ist, dann hat er ein Pfandrecht sowohl im früheren Umfang der Schuld als auch in Höhe der Summe, mit der er ihn befreit hat, so als wäre dieses Pfandrecht gewissermaßen durch eine Konstitution eingeführt worden, wie wenn der spätere Gläubiger den früheren befriedigt, um sein Pfandrecht zu festigen, nur dass die Sache in diesem Fall umgekehrt liegt und der Spätere, weil er bewirkt (hat), dass dieser Sklave bei uns ist, von demjenigen, der zeitlich früher war, als dem Schwächeren abgefunden werden muss. Siehe zu diesem Quellentext – in dem es sich um ein spezielles, „umgekehrtes“ *ius offerendi* handelt – aus der neueren Literatur ausführlich EMUNDS/HARKE, a. a. O. 24 f.

¹⁹ „Textkritik ist heute nicht das erste, sondern das letzte Mittel bei der Textauslegung“. Siehe W. KUNDEL / M. J. SCHERMAIER, Römische Rechtsgeschichte, Köln–Weimar–Wien 2001¹⁴, 309. Aus der reichen Literatur vgl. noch z. B. M. KASER, Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung, Wien 1972; D. JOHNSTON, Justinian's Digest: the interpretation of interpolation, OJLS 9/2 (1989), 149 ff.; R. KNÜTEL, Nicht leichter, aber umso reizvoller. Zum methodologischen Vermächtnis Max Kasers, SZ 115 (1998), 33 ff.

²⁰ „*Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit aut, cum obtulisset isque accipere noluisse, eam obsignavit et deposuit nec in usus suos convertit*“.

²¹ In einem berühmten Text von Gaius (D. 20,4,11,4) wird die Verweigerung des Anbietens des zweiten (späteren) Gläubigers als ein Gläubigerverzug betrachtet: „*Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere quod ei debetur, videndum est, an competat ei hypothecaria actio nolente priore creditore pecuniam accipere. Et dicimus priori creditori inutilem esse actionem, cum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur*“.

positivrechtliche²² Regelung des *ius offerendi* (vielleicht anfänglich ohne ein *ius succedendi*?²³) enthält. Gemäß dieser wohl bekannten Quelle kann

a. O. 105 ff.; EMUNDS/HARKE, a. a. O. 18 f.; SCHANBACHER, Hypothekarische Sukzession (zit.), 159 f. Emunds und Harke nehmen mit Recht an, dass Gaius in diesem Text nicht von einer hypothekarischen Sukzession handelt. Vielmehr geht es um die Ablösung des Erstgläubigers durch den Zweitpfandgläubiger. Aufgrund dieses Textes kann man auch feststellen, dass sich das Erstarken des zweitrangigen Pfandrechts durch das Angebot der Erfüllung an den erstrangigen Gläubiger aus der Formel der *actio Serviana* ergibt (vgl. EMUNDS/HARKE, a. a. O. 18). Aufgrund dieses Textes war also das aus der Formel der *actio Serviana* abgeleitete Ablösungsrecht schon für Gaius bekannt, und dieses Ablösungsrecht wird später durch das Kaiserrecht um das *ius succedendi* ergänzt und dadurch zu einem eigenständigen Rechtsinstitut entwickelt (vgl. EMUNDS/HARKE, a. a. O. 37).

²² Wahrscheinlich als eine Antwort auf die Ansprüche der Praxis. – Vgl. z. B. die in der Literatur vielbestrittene Konstruktion der – wahrscheinlich aus der Praxis stammenden – *custodia*-Haftung des Pfandgläubigers im spätklassischen römischen Recht („*Venit autem in hac actione [pigneraticia] et dolus et culpa [...] venit et custodia: vis maior non venit*“). [Ulp. D. 13,7,13,1]; „*Sicut vim maiorem pignorum creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur*“). [C. 8,13,19]; zur Problematik der Haftung des Pfandgläubigers – mit der wir uns jetzt nicht ausführlich beschäftigen können – siehe aus der reichen Literatur z. B. D. NÖRR, Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht, SZ 73 [1956], 84; H. ANKUM, „*Furtum pignoris*“ und „*furtum fiduciae*“ im klassischen römischen Recht (I), RIDA 26 [1979], 127 ff.; DERS., „*Furtum pignoris*“ und „*furtum fiduciae*“ im klassischen römischen Recht (II), RIDA 27 [1980], 95 ff.; DERS., La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico, in Studi in onore di A. Biscardi, IV, Milano 1983, 587 ff.; J. A. C. THOMAS, „*Furtum pignoris*“, in: Studi in onore di C. Sanfilippo, I, Milano 1982, 585 ff.; G. C. J. J. VAN DEN BERGH, „*Custodia*“ and „*furtum pignoris*“, in: Studi in onore di C. Sanfilippo, I, Milano 1982, 601 ff.; L. ROTA: Contrasti dottrinari e ipotesi di studio in tema di responsabilità del creditore pignoratizio, in: Studi in onore di A. Biscardi, V, Milano 1984, 329 ff.; M. SERRANO-VICENTE, ‘*Custodiam praestare*’. La prestación de ‘*custodia*’ en el derecho romano, Madrid 2006, 353; KRÄMER, a. a. O. 243¹⁰⁰; FUENTESECA, a. a. O. 177). – Zur Vertragspraxis siehe z. B. N. POZSONYI, Die Verkaufsabrede beim „*pignus*“ in Theorie und Praxis, in: Ph. Klausberger/Ch. Lehne/Ph. Scheibelreiter (Hrsg.), Disputationes Tirolenses. Tagungsband zum 7. Internationalen Treffen der Jungen Romanist(inn)en, Wien 2014, 123 ff.; F. KLINCK, Verpfändung und Speichermiete in den „*Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*“, in: J. D. Harke (Hrsg.), Facetten des römischen Pfandrechts. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts, Berlin–Heidelberg 2015, 55 ff. – Zum Zusammenhang der Vertragspraxis mit dem Pfandrecht siehe noch z. B. D. SCHANBACHER, Verpfändungspraxis und Pfandrecht, in: W. Ernst/É. Jakab (Hrsg.), Usus Antiquus Iuris Romani. Antikes Recht und lebenspraktischer Anwendung, Berlin–Heidelberg–New York 2005, 191 ff.

²³ Zu dieser Frage und zum Problem der Datierung des *ius offerendi et succedendi* siehe EMUNDS/HARKE, a. a. O. 37 f. In C. 8,17,1 gibt es nämlich keinen Hinweis auf eine Sukzession, nur auf eine Konfirmation (des zweiten Pfandrechts). Ein Ablösungsrecht durfte schon früher (aufgrund D. 20,4,11,4 auch bereits in der Zeit von Gaius) aus der Formel der *actio Serviana* abgeleitet werden. Wahrscheinlich ist, dass dieses Ablösungsrecht durch

ein Zweitgläubiger sein Pfandrecht dadurch verstärken,²⁴ dass er an den Erstgläubiger den geschuldeten Betrag zahlt oder es, wenn er es angeboten und dieser sich geweigert hatte anzunehmen, versiegelt und hinterlegt und nicht wieder zum eigenen Gebrauch verwendet.²⁵ In diesem – wahrscheinlich von den Kompilatoren gekürzten – Text handelt es sich um eine Konfirmation des zweiten Pfandrechts, nicht aber ausdrücklich um eine hypothekarische Sukzession.²⁶

die Konstitution von Severus und Caracalla zu einem selbständigen kaiserrechtlichen Rechtsinstitut entwickelt wurde. Dazu siehe überzeugend EMUNDS/HARKE, a. a. O. 38, die mit Recht annehmen, dass Severus und Caracalla nicht nur von einer Konfirmation, sondern auch von einem *ius succedendi* handeln (wie andere Texte aus dem derzeitigen Juristenrecht; vgl. z. B. D. 20,4,12,6 und D. 49,15,12,12). Wahrscheinlich geht es hier um eine kompilatorische Verkürzung.

²⁴ Es gibt auch andere Möglichkeiten für einen Zweitgläubiger, um sein Pfandrecht (das das gegen jedermann [d. h. auch gegen den Erstgläubiger] wirksame *ius vendendi* der Pfandsache nicht enthält) zu verstärken, siehe unten.

²⁵ Aufgrund der Übersetzung von EMUNDS/HARKE, a. a. O. 16.

²⁶ Und (natürlich) noch weniger um eine Konvaleszenz des zweiten Pfandrechts. In den Fällen der Konvaleszenz geht es nämlich um eine nachträgliche Heilung der anfänglich unwirksamen Pfandbestellung (siehe zu diesem Problem: Afr. D. 20,4,9,3; Paul. D. 13,7,41; Mod. D. 20,1,22; siehe zu diesen Quellen und zur ganzen Problematik z. B. F. WUBBE, ‘*Res aliena pignori data*’. De verpanding van andermans zaak in het klassieke Romeinse Recht, Leiden 1960; D. SCHANBACHER, Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht, Berlin 1987; P. GRÖSCHLER, Pfandrecht und Niessbrauch – Mehrfachbestellung und Konvaleszenz beschränkter dinglicher Rechte im römischen, im gemeinen und im geltenden Recht, in: *Meditationes de iure et historia. Essays in honour of L. Winkel*, I, Pretoria 2014, 357 ff. (= in: J. D. Harke [Hrsg.], *Facetten des römischen Pfandrechts. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Berlin–Heidelberg 2015, 39 ff.; zur Verpfändung einer fremden Sache siehe noch z. B. H. ANKUM, Spätclassische Problemfälle bezüglich der Verpfändung einer „*res aliena*“, in: *Festschrift R. Knütel*, Heidelberg 2009, 35 ff.). In der Stelle C. 8,17,1 handelt es sich keineswegs um eine („wirkliche“) Konvaleszenz. Zu dieser Konfirmation (die also die nachträgliche Konfirmation einer anfänglich wirksamen Pfandbestellung bedeutet) siehe noch z. B. Tryph. D. 49,15,12,12: „... *ut cum posterior creditor priori satisfacit confirmandi sui pignoris causa*“; C. 8,17,5: „*Prior quidem creditor compelli non potest tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre: sed si tu ei omne quod debetur solveris, pignoris tui causa firmabitur*“; C. 8,13,22: „*Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus*“. Vgl. EMUNDS/HARKE, a. a. O. 17.

b) Ein Quellentext von Marcianus (D. 20,4,12,6²⁷) – in dem die Ansicht von Papinianus bestätigt wird – hat im Kontext des Befriedigungsrechts des Nachgläubigers eine grundlegende Bedeutung. Durch die Ausübung des *ius offerendi* erwirbt der Nachpfandgläubiger das Recht, sich aus dem Erlös in Höhe und Rang der (von ihm eingelösten) Erstforderung zu befriedigen. Im Sachverhalt dieses Textes ist dieselbe Sache zweimal zur Sicherung eines verzinslichen Darlehens verpfändet worden. Gemäß diesem Text haftet die Sache dem nachrangigen Gläubiger auch gegen Willen des Schuldners nicht nur für seinen Anspruch, sondern auch für den des ersten Gläubigers und für seine Zinsen und für die, die er an den ersten Gläubiger gezahlt hat. Aber er wird von den Zinsen, die er dem Erstgläubiger gezahlt hat, keine Zinsen erlangen. Der Zweitgläubiger (der Offerent) hat nämlich nicht das Geschäft eines anderen geführt, sondern eher sein eigenes.

c) Eine der wichtigsten Stellen in Bezug auf die dogmatische Konstruktion des *ius offerendi* stammt auch von Marcianus (D. 20,5,5pr.²⁸). Während C. 8,17,1 eine Konfirmation des zweiten Pfandrechts befestigt und D. 20,4,12,6 über ein Befriedigungsrecht des Nachgläubigers berichtet, spricht Marcianus in der Stelle D. 20,5,5pr. ausdrücklich von einer Sukzession („*in locum eius successerit*“): Weil der zweite Gläubiger, indem er dem ersten das Geld angeboten hatte, an dessen Stelle getreten ist, nimmt er den Verkauf wegen des gezahlten und des dargeliehenen Geldes zu Recht vor.²⁹ Durch die Ablösung des Erstgläubigers ist der zweite Pfandgläubiger an die Stelle des Erstgläubigers getreten. Mit anderen Worten: Der Zweitgläubiger ist in die pfandrechtlche Stellung des Erstgläubigers gerückt.³⁰

Um was für eine Sukzession handelt es sich aber hier? Darf diese Sukzession als eine in einem technischen Sinne konzipierte, „wirkliche“ und „völlige“ hypothekarische Sukzession betrachtet werden?

d) Um die schweren dogmatischen Fragen in Bezug auf die Rechtsfolgen der Ausübung des *ius offerendi* beantworten zu können, erscheint es erforderlich, die verschiedenen Fälle der hypothekarischen Sukzession zumindest in Kürze zu untersuchen.

²⁷ „*Sciendum est secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum debitum quam in primi creditoris et in usuras suas et quas primo creditori solvit: sed tamen usurarum, quas creditori primo solvit, usuras non consequetur: non enim negotium alterius gessit, sed magis suum. Et ita Papinianus libro tertio responsorum scripsit, et verum est*“. Vgl. z. B. EMUNDS/HARKE, a. a. O. 19 f.

²⁸ „*Cum secundus creditor oblata priori pecunia in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit*“. Vgl. z. B. EMUNDS/HARKE, a. a. O. 21 f.

²⁹ So übersetzt von EMUNDS/HARKE, a. a. O. 21.

³⁰ So EMUNDS/HARKE, a. a. O. 22.

4 Fälle der hypothekarischen Sukzession

a) Es gibt zahlreiche Fälle der hypothekarischen Sukzession (die nach Schanbacher³¹ als ein „rätselhaftes Gebilde“ erscheint) in den Quellen des römischen Rechts. In diesen Fällen handelt es sich um eine wirkliche Sukzession: Der neue Gläubiger erhält ein Pfandrecht an der Stelle des abgefundenen Gläubigers.³²

Die Fälle der hypothekarischen Sukzession können hier nur in Kürze betrachtet werden, um unsere Hauptfrage beantworten zu können, ob es sich auch im Fall der Ausübung des *ius offerendi* einen Fall der hypothekarischen Sukzession handelt.

b) Zuerst ist eine sehr umstrittene, gar nicht hinsichtlich der Problematik des *ius offerendi* relevante Paulusstelle (D. 20,3,3)³³ anzuführen, die über die Ansicht von Titius Aristo berichtet. Dem Sachverhalt dieses Textes gemäß gab ein neuer Gläubiger (und nicht ein Nachgläubiger³⁴) dem Schuldner ein Darlehen, um den vorherigen Gläubiger des Schuldners zu befriedigen, unter der Bestimmung, dass der neue Gläubiger ein Pfandrecht anstelle des abgefundenen Gläubigers erwerbe. Dieser Text³⁵ hat auch in Hinsicht auf

³¹ SCHANBACHER, Hypothekarische Sukzession (zit.), 149.

³² Zur Problematik der hypothekarischen Sukzession siehe H. DERNBURG, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, II, Leipzig 1864, 490 ff.; aus der modernen Literatur SCHANBACHER, Hypothekarische Sukzession (zit.), 149–164.

³³ „*Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata: neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficitur. Denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat. Quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest*“.

³⁴ Weil das römische Pfandrechtssystem – nach der herrschenden Ansicht – Pfandrechtsmehrheiten bis Marcellus (siehe D. 44,2,19) nicht kannte (in der früheren klassischen Zeit war die Nachverpfändung zugunsten eines zweiten Gläubigers nur unter der aufschiebenden Bedingung anerkannt, dass das erste Pfandrecht erlischt [siehe Afr. D. 20,4,9,3 und Gai. D. 20,1,15,2; vgl. M. KASER/R. KNÜTEL/S. LOHSSE, Römisches Privatrecht, München 2017²¹, 186]); vgl. SCHANBACHER, Hypothekarische Sukzession (zit.), 153 f.: die Annahme, „dass das Darlehen von einem nachrangigen Gläubiger stammt, der mit der Abfindung des erstrangigen in dessen Rang und Verkaufsrecht folge..., ist damit ausgeschlossen“ (SCHANBACHER, Hypothekarische Sukzession [zit.], 154²²).

³⁵ Vgl. z. B. A. MANIGK, Zur Geschichte der römischen Hypothek, Breslau 1904, 43 ff.; KASER, Über mehrfache Verpfändung (zit.), 32 f.; SCHANBACHER, Hypothekarische Sukzession (zit.), 152 ff.

die Entwicklungsgeschichte des *ius vendendi* beim Pfandrecht eine große Bedeutung. Im Text findet man den Ausdruck „*succedere in ius pignoris*“ („Einrücken in das Pfandrecht“); Schanbacher betont mit Recht, dass Titius Aristo „die Lehre von der hypothekarischen Sukzession“ begründet.³⁶ Anhand der Formulierung von Schanbacher ist diese hypothekarische Sukzession nach Aristo „Einrücken eines Darlehensgebers in ein abstraktes Pfandrecht, konkret, in eine vom bisherigen Pfandrecht verlassene, leere Pfandrechtsstelle, wobei diese Verlassenheit selbst das Werk des Darlehensgebers ist, dessen Darlehen zur Abfindung des bisherigen Gläubigers und Pfandrechtsinhabers eingesetzt werden soll und eingesetzt wird“.³⁷ „Dieser Begriff der hypothekarischen Sukzession weist Fälle ab, in denen ein nachrangiger Gläubiger unvermittelt für den Schuldner zahlt (befreiende Drittleistung)“.³⁸

Im zweiten Fall der hypothekarischen Sukzession verkauft der Schuldner die Pfandsache ohne Mitwirkung seines Gläubigers an Dritten, um die Forderung des alten Erstgläubigers aus dem Kaufpreis zu befriedigen. Demzufolge wird der Käufer Eigentümer der Pfandsache (und kein wirklicher Pfandgläubiger; es handelt sich hier um eine Fiktion des Pfandrechts, um den Eigentümer gegen den Nachpfandgläubiger schützen zu können). Er wird gegenüber demjenigen nachrangigen Pfandgläubiger geschützt, dessen Forderung aus dem Kaufpreis nicht befriedigt wurde.³⁹

(Es ist ein anderer Fall, wenn der erste Pfandgläubiger die Pfandsache von dem Schuldner abkauft; in diesem Fall geht es nicht um eine hypothekarische Sukzession, weil der erste Pfandgläubiger der Eigentümer der Sache wird.⁴⁰

³⁶ SCHANBACHER, Hypothekarische Sukzession (zit.), 154.

³⁷ Ibid., 156.

³⁸ Ibid., 162.

³⁹ Die in diesem Betracht grundlegenden, sehr problematischen und deshalb umstrittenen Quellen: Pap. D. 20,5,3,1 („*Si tamen debitor non interveniente creditore pignus vendiderit eiusque pretium priori creditori solverit, emptori poterit offerri quod ad alium creditorem de nummis eius pervenit et usurae medii temporis: nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit an denuo pignori obliget*“); und eine Konstitution von Alexander Severus aus dem Jahre 224 (C. 8,18,3: „*Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in ius eorum successisti et contra eos, qui infirmiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes*“).

⁴⁰ Vgl. C. 8,19,1,1: „*Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor venumdedisset: sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris*“. Siehe dazu F. PETERS, Der Erwerb des Pfandes durch den Pfandgläubiger im klassischen und nachklassischen Recht, in: D. Medicus/H. H. Seiler (Hrsg.), Studien im römischen Recht. Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern, Berlin 1973, 150 f.

Es handelt sich auch um einen anderen Fall, wenn ein Nachgläubiger die Pfandsache von dem Schuldner abkauft und der Schuldner den ersten Pfandgläubiger aus dem Kaufpreis befriedigt; siehe die vielleicht verkürzte Paulusstelle [Paul. D. 20,4,17];⁴¹ in diesem Fall wird der Nachpfandgläubiger Eigentümer und nur mit einer Fiktion der „erste Pfandgläubiger“).

Im dritten Fall der hypothekarischen Sukzession verkauft der Schuldner die Sache mit der Zustimmung seines Gläubigers, um den Erstgläubiger des Schuldners aus dem Kaufpreis völlig zu befriedigen. Die Einwilligung des Gläubigers ist ein Verzicht auf sein Pfandrecht. Der zustimmende Gläubiger erwirbt das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers (Marci. D. 20,4,12,9).⁴²

Vierter Fall ist die hypothekarische Sukzession durch eine Novation⁴³ einer mit einem erstrangigen Pfandrecht gesicherten Forderung (Pap. D. 20,4,3 pr.;⁴⁴ Marci. D. 20,4,12,5⁴⁵). In diesem Fall behält sowohl der erste als auch der zweite Gläubiger seine eigene Pfandstelle.

Fünfter Fall der hypothekarischen Sukzession ist der Kauf des Pfandrechts, wenn ein Nachgläubiger das Pfandrecht (nicht um Eigentümer zu sein) von dem Erstgläubiger abkauft. Diese Fälle (Mod. D. 20,5,6;⁴⁶ Marci. D.

⁴¹ „*Eum qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit*“.

⁴² „*Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta in aliud pignus priori succedat, successurum eum Papinianus libro undecimo responsorum scripsit. Et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat*“. Siehe zu dieser Stelle z. B. M. COLAMONICO/R. ZINGARELLI, *Le garanzie delle obbligazioni. Lezioni di diritto romano*, Napoli 1897, 262, 388 f.; D'ORS, a. a. O. 220 f.; KASER, *Über mehrfache Verpfändung* (zit.), 63 ff.; ROBLES VELASCO, a. a. O. 2345 ff.; EMUNDS/HARKE, a. a. O. 22^{22, 23}.

⁴³ Dazu siehe H. ANKUM, „*Pignus*“ und „*novatio*“ im klassischen römischen Recht, in: *Festschrift E. Seidl*, Köln 1975, 1 ff.

⁴⁴ „*Creditor acceptis pignoribus (quae secunda conventionione secundus creditor accepit) novatione postea facta pignora prioribus addidit. Superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit tamquam in suum locum succedenti*“. Vgl. KASER, *Über mehrfache Verpfändung* (zit.), 54 ff.

⁴⁵ „*Papinianus libro undecimo respondit, si prior creditor postea novatione facta eadem pignora cum aliis accepit, in suum locum eum succedere: sed si secundus non offerat pecuniam, posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam quam postea credidit, et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat*“. Vgl. KASER, *Über mehrfache Verpfändung* (zit.), 54 ff.; CHERCHI, a. a. O. 148; EMUNDS/HARKE, a. a. O. 21¹⁸.

⁴⁶ „*Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam acquirendi dominii quam servandi pignoris sui causa intellegitur pecuniam dedisse et ideo offerri ei a debitore potest*“. Vgl. PETERS, a. a. O. 154.

20,5,5,1⁴⁷), in denen es sich um eine Klagezession handelt, sind von der Ausübung des *ius offerendi* zu unterscheiden, weil der Nachgläubiger bei diesem Kauf des Pfandrechts ausdrücklich ein Nachfolger des vorherigen Erstpfandgläubigers wird. (Bei der Ausübung des *ius offerendi* geht es um keinen Vertrag. Die Ausübung des *ius offerendi* darf z. B. nicht als ein [fiktiver] Kaufvertrag ausgelegt werden.⁴⁸)

Im sechsten Fall der hypothekarischen Sukzession erwirbt ein *fideiussor* den ersten Rang des vorherigen Pfandgläubigers (Pap. D. 20,5,2⁴⁹). Dieses auch im Hinblick auf die Bürgschaft wichtige Fragment ist auch bezüglich der Mehrfachverpfändung und des *ius offerendi* erheblich, ohne aber diesen Quellentext jetzt tiefer zu erörtern.

c) Nur nach der Übersicht mancher Fälle der hypothekarischen Sukzession kann man versuchen, die dogmatische Konstruktion des römischrechtlichen *ius offerendi* auszulegen, und die schwierige Frage zu beantworten, 1. ob die Ausübung des *ius offerendi* auch im römischen Recht zu einer hypothekarischen Sukzession führt (Interpretation der Konstruktion des *ius offerendi* in einem weiteren Sinne); 2. oder die Ausübung des *ius offerendi* (nur als eine Drittleistung⁵⁰) nur zur Konfirmation des Pfandrechts des Nachgläubigers (mit dem Erwerb der *actio Serviana* [gegen jedermann], des *ius distrahendi* und des Befriedigungsrechts aus dem Kaufpreis) und zum Erlöschen des Pfandrechts des abgefundenen Gläubigers führt (Interpretation der Konstruktion des *ius offerendi* in einem engeren Sinne).

⁴⁷ „*Si secundus creditor vel fideiussor soluta pecunia pignora susceperint, recte eis offertur, quamvis emptionis titulo ea tenuerunt*“. Vgl. PETERS, a. a. O. 152 ff.

⁴⁸ Zu dieser Frage siehe unten.

⁴⁹ „*Fideiussor conventus officio iudicis adsecutus est, ut emptionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet: nihilo minus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae, quam fideiussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit: nam huiusmodi venditio transferendi pignoris causa necessitate iuris fieri solet*“. Vgl. z. B. F. BRIGUGLIO, *Fideiussoribus succurri solet*, Milano 1999, 278 ff.

⁵⁰ Dazu siehe CH. EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum*. Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht, Berlin 2007.

5 Zur Interpretationsgeschichte des *ius offerendi*

a) Die bedeutendsten Ansichten aus der modernen Interpretationsgeschichte des *ius offerendi* stammen von Dernburg,⁵¹ Schulz,⁵² Kaser,⁵³ Wacke⁵⁴ und aus dem neuesten Schrifttum von Emunds und Harke.⁵⁵

Dernburg⁵⁶ – einer der hervorragendsten Juristen der Pandektenwissenschaft – sah in der Ausübung des *ius offerendi* nicht einen Übergang der Forderung des Erstgläubigers auf den Nachgläubiger, sondern nur das Erlöschen der Forderung des Erstgläubigers. Nach Dernburg ist die alte Schuld als gezahlt und nicht als verkauft zu betrachten. Wenn aber die Schuld bezahlt ist, ist das Pfandrecht auch erloschen. Diese Ansicht galt damals für eine revolutionäre These, weil es in der älteren Fachliteratur – übereinstimmend der in dem *ius commune*⁵⁷ ausgearbeiteten Neuinterpretation – über den Erwerb des Pfandrechts und damit über eine Klagezession beim *ius offerendi* diskutiert worden war.⁵⁸

Aufgrund der Forschungen von Dernburg haben später Schulz und Kaser die in der modernen Romanistik herrschende Auffassung ausgearbeitet. Beide große Romanisten des XX. Jahrhunderts vertraten eine engere Interpretation des *ius offerendi*.

Nach Schulz⁵⁹ handelt es sich beim *ius offerendi* zunächst lediglich um die Erlangung der Rangvorrechte des vorstehenden Pfandrechts (Besitz, Pfandklage und Verkaufsbefugnis). Schulz betont – gegen die Ansichten in der älteren Literatur –, dass die Ausübung des *ius offerendi* keine hypothekarische Sukzession im römischen Recht bewirkt. Der Offerent erwirbt weder die Forderung des abgefundenen Gläubigers gegen den Schuldner noch sein Pfandrecht an der Sache. Demzufolge geht es im römischen Recht um keine Klagezession als Rechtsfolge der Ausübung des *ius offerendi*.

⁵¹ DERNBURG, a. a. O. 518 ff.

⁵² SCHULZ, a. a. O. 104 ff.

⁵³ KASER, Über mehrfache Verpfändung (zit.), 46 ff.

⁵⁴ A. WACKE, Paulus Dig. 10,2,29: Zur Pfand-Adjudikation im Erbteilungsprozess und zur Entwicklung der sog. hypothekarischen Sukzession, in: Festschrift M. Kaser, München 1976, 527.

⁵⁵ EMUNDS/HARKE, a. a. O. 23 ff.

⁵⁶ DERNBURG, a. a. O. 518 ff.

⁵⁷ Wie es auch oben bereits erwähnt wurde, ist die Rechtsfolge der Ausübung des *ius offerendi* in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Jurisprudenz eine Surrogation (mit einer Klagezession).

⁵⁸ Siehe z. B. G. F. PUCHTA/TH. SCHIRMER, Pandekten, Leipzig 1877¹², 326.

⁵⁹ SCHULZ, a. a. O. 104 ff.

Kaser⁶⁰ spricht bezüglich des *ius offerendi* nur über ein abstraktes Befriedigungsrecht – ohne ein Pfandrecht bzw. eine Forderung. Der Offerent erwirbt nur das *ius vendendi* und die Befugnis, sich aus dem Erlös im ersten Rang in gleicher Weise zu befriedigen, wie dies dem Erstgläubiger vermöge seines Pfandrecht zugestanden hatte. Der Nachgläubiger erwirbt aber kein neues Pfandrecht. Kasers Ausgangspunkt und Hauptargument ist das Akzessorietätsprinzip:⁶¹ Weil die Forderung des Erstgläubigers erloscht ist, erwirbt der Nachgläubiger keine Forderung und kein Pfandrecht, sondern nur ein Befriedigungsrecht. Nach der Ansicht von Kaser bewirkt also die Ausübung des *ius offerendi* keineswegs eine hypothekarische Sukzession. In den Fällen der hypothekarischen Sukzession erhält nämlich der neue Gläubiger ein Pfandrecht an der Stelle des abgefundenen Gläubigers. Ganz anders aber beim *ius offerendi*.

Die Ansichten von Schulz und Kaser sind in der Literatur herrschend geworden.⁶²

Wacke⁶³ hat aber schon im Jahre 1976 darauf hingewiesen, dass ein Befriedigungsrecht ohne Forderung und Pfandrecht nicht leicht vorstellbar erscheine. Wacke hält es also möglich, dass der Nachpfandgläubiger durch die Befriedigung der Forderung des Erstgläubigers eine neue Forderung gegen den Schuldner erwirbt.

Die Argumentation und Lehre von Kaser wird im neuesten Schrifttum auch von Emunds und Harke bestritten. Emunds und Harke weisen darauf hin, dass die Quellen nicht belegen, dass der Offerent sein bisheriges nachstehendes Pfandrecht im bisherigen Rang behält und ein neues erstrangiges Befriedigungsrecht hinzuerwirbt.⁶⁴ Nach Emunds und Harke kommt Kaser – trotz seiner zutreffenden Analyse – zum falschen Ergebnis.⁶⁵ Obwohl der nachrangige Pfandgläubiger durch die Ablösung des vorrangigen keine neuen persönlichen Klagen gegen den Schuldner erworben hat, folgt daraus nicht, dass die zusätzliche Haftung der Pfandsache auf einem bloßen Befriedigungsrecht beruht.⁶⁶ Ein solches Recht – wie Emunds und Harke es überzeugend hervorheben – wäre ohne Parallele in den römischrechtlichen Quellen. Zum anderen hat der Zweitgläubiger sein eigenes Pfandrecht

⁶⁰ KASER, Über mehrfache Verpfändung (zit.), 46 ff.

⁶¹ Vgl. EMUNDS/HARKE, a. a. O. 23.

⁶² Siehe z. B. HONSELL/MAYER-MALY/SELB, a. a. O. 208; HAWELLEK, a. a. O. 29.

⁶³ WACKE, a. a. O. 527.

⁶⁴ EMUNDS/HARKE, a. a. O. 23 f.

⁶⁵ Ibid., 23.

⁶⁶ Ibid., 23.

konfirmiert; er benötigt daher gar kein zusätzliches Befriedigungsrecht, vielmehr genügt eine Erweiterung der bereits bestehenden Pfandhaftung.⁶⁷

b) Die Argumentation von Kaser enthält natürlich zweifellose Wahrheiten.

Beim *ius offerendi* ist die Mitwirkung des Schuldners wirklich nicht erforderlich; ebenso wenig darf man in der Ausübung des *ius offerendi* eine Geschäftsführung ohne Auftrag sehen, weil der Offerent das *ius offerendi* nicht im Interesse des Schuldners, sondern in seinem eigenen Interesse ausübt.⁶⁸ Der Offerent hat keine *actio negotiorum gestorum contraria* gegen den Schuldner. Es fehlt hier die reiche Kasuistik, die bei der Bürgschaft gefunden werden kann („Kauffiktion“ [„Derivativregress“ bei der *fideiussio* im klassischen Recht]; *actio mandati contraria* und *actio negotiorum gestorum contraria* als Regressklagen; siehe noch die *sui generis* Konstruktion des *beneficium cedendarum actionum* im justinianischen Recht⁶⁹). Offenbar nicht zufällig. Der Bürge leistet im Interesse des Schuldners. Der Offerent leistet aber in seinem eigenen Interesse, ohne zu dieser Leistung verpflichtet zu sein. Das Fehlen des Regressrechts des Nachgläubigers bzw. das Fehlen der Institutionalisierung der Klagezession beim *ius offerendi* des römischen Rechts – wenn diese Ansicht stichhaltig ist – kann man vielleicht auf diese Überlegung zurückführen („Utilitätsprinzip“, aber natürlich in einem anderen Sinne, als bei der vertraglichen Haftung⁷⁰). Wir halten es für wahrscheinlich, dass der Offerent alle Risiken („Gefahr“) der Ausübung des *ius offerendi*

⁶⁷ Ibid., 23.

⁶⁸ Vgl. die oben zitierte Stelle von Marcianus (D. 20,4,12,6): „... non enim negotium alterius gessit, sed magis suum“. Der Offerent (im Sachverhalt des Textes: der zweite Pfandgläubiger) führte also kein fremdes, sondern eher ein eigenes Geschäft. Daraus folgt, dass der Nachpfandgläubiger das *ius offerendi* in seinem eigenen Interesse ausübt. Vgl. EMUNDS/HARKE, a. a. O. 36, die die Ausübung des *ius offerendi* als eine „Drittleistung im eigenen Interesse“ bezeichnen.

⁶⁹ Siehe dazu die Konstitution von Justinian „*De fideiussoribus et de mandatoribus et de solutionibus*“ aus dem Jahre 535 (Nov. 4,1). Vgl. BRIGUGLIO, a. a. O. 1 ff.

⁷⁰ Zum „Utilitätsprinzip“ bei der Vertragshaftung siehe z. B. B. KÜBLER, Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht, in: Festgabe für Otto von Gierke, II, Breslau 1910, 235 ff.; NÖRR, a. a. O. 68; J.-H. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, 325 ff.; F. M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione I*, Bari 1983, 64 ff.; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford 1996³, 198 ff.; M. BAUER, „*Periculum emptoris*“. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf, Berlin 1998, 86 ff.; E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Granada 2001; M. NAVARRA, '*Utilitas contrahentium*' e sinallagma, in: L. Garofalo (cur.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, 2, Milano 2007, 223 ff.

tragen sollte. Der Offerent ist weder *mandatarius* (des Schuldners) noch *negotiorum gestor*, und zwischen ihm und dem Erstgläubiger gab es anfangs kein Rechtsverhältnis (die Zahlung des Nachgläubigers ist aus dem Aspekt des Erstgläubigers wirklich nichts anderes, als eine Drittleistung). Und vielleicht deshalb war sowohl ein originärer als auch ein derivativer Regress ausgeschlossen.

Ist aber die Ansicht von Kaser vollkommen annehmbar? Bewirkt die Ausübung des *ius offerendi* wirklich nur ein abstraktes Befriedigungsrecht ohne ein Pfandrecht bzw. eine Forderung? Und führt die Ausübung des *ius offerendi* – die, wie es oben bereits erwähnt worden ist, eine Konfirmation des Pfandrechts des Nachgläubigers bewirkt – wirklich nicht zu einer hypothekarischen Sukzession?

6 Die Ausübung des *ius offerendi* als ein Fall der hypothekarischen Sukzession?

a) Es stellt sich die Frage: Erlischt das Pfandrecht des erstrangigen Pfandgläubigers vollkommen durch die Ausübung des *ius offerendi* (Dernburg)? Erwirbt der Offerent (der originären Konstruktion zufolge) nur den Besitz, die Pfandklage und die Verkaufsbefugnis (Schulz)? Entsteht nur ein abstraktes Befriedigungsrecht als Rechtsfolge der Ausübung des *ius offerendi* (Kaser)?

Oder handelt es sich hier indessen um einen Fall der hypothekarischen Sukzession, mit dem Erwerb des Pfandrechts und der Forderung des abgefundenen Erstgläubigers, vielleicht mit einem Regress bzw. einer ausdrücklichen Klagezession?

b) Das Verhältnis des *ius offerendi* und der hypothekarischen Sukzession ist jüngst von Schanbacher⁷¹ analysiert worden. Die hypothekarische Sukzession ist nach Schanbacher vom *ius offerendi* zu trennen, zum einen was den Tatbestand, zum anderen was die Rechtsfolge angeht.⁷² Der deutsche Romanist betont, dass der Tatbestand der hypothekarischen Sukzession eine Tilgung der vom Pfandrecht gesicherten Forderung und eine eigene Pfandübereinkunft voraussetzt.⁷³ Der Tatbestand des *ius offerendi* hingegen verlangt eine Ablösung des Pfandrechts selbst.⁷⁴ Hypothekarische Sukzession ist die Übernahme eines abstrakten Pfandrechts oder, konkret, einer frei gewordenen Pfandrechtsstelle, während die Ausübung des *ius*

⁷¹ SCHANBACHER, Hypothekarische Sukzession (zit.), 161–164.

⁷² Ibid., 161.

⁷³ Ibid., 161.

⁷⁴ Ibid., 161.

offerendi Übernahme eines konkreten Pfandrechts und einer besetzten Pfandrechtsstelle ist.⁷⁵ Nach der von Aristo begründeten Doktrin besteht hypothekarische Sukzession, wie Schanbacher betont, im Einrücken eines Darlehensgebers in ein abstraktes Pfandrecht oder, konkret, in eine vom bisherigen Pfandrecht verlassene, leere Pfandrechtsstelle, wobei diese Verlassenheit das Werk des Darlehensgebers ist, dessen Darlehen zur Abfindung des bisherigen Pfandrechtsinhabers eingesetzt werden soll und eingesetzt wird.⁷⁶ Im Fall der Ausübung des *ius offerendi* übernimmt der nicht auf die durch das erstrangige Pfandrecht gesicherte Forderung zahlende, sondern das Pfandrecht selbst ablösende nachrangige Gläubiger Forderung und Pfandrecht des erstrangigen.⁷⁷

c) Unseres Erachtens kann selbst die Frage, ob die Ausübung des *ius offerendi* eine hypothekarische Sukzession bewirkt, nicht eindeutig und kategorisch beantwortet werden. Der Grund des Fehlens der kategorischen Stellungnahme besteht gerade in den Quellen des spätklassischen und nachklassischen römischen Rechts, in denen es weder auf das Erlöschen des Pfandrechts (und damit der Forderung) des abgefundenen Gläubigers noch auf den Übergang des Pfandrechts (und damit der Forderung) des ersten Gläubigers keine eindeutigen und ausdrücklichen Hinweise gibt. Die Probleme bezüglich des Regresses bzw. der Klagezession sind noch rätselhafter: keine Hinweise befinden sich in den Digesten und in anderen Quellen des römischen Rechts z. B. auf eine Klagezession („Derivativregress“), weder in einem positiven noch in einem negativen⁷⁸ Sinne.

d) Eine „vollkommene“ hypothekarische Sukzession würde zum Übergang des Pfandrechts mit der Zession der Klagen des abgefundenen Gläubigers gegen den Schuldner führen. In den Quellen des römischen Rechts findet

⁷⁵ Ibid., 161.

⁷⁶ Ibid., 162.

⁷⁷ Ibid., 162 f.

⁷⁸ Theoretisch könnte man deshalb auch annehmen, dass die Ausübung des *ius offerendi* auch im römischen Recht zu einem Übergang der Forderung des abgefundenen Gläubigers und damit zu einer völligen hypothekarischen Sukzession und zu einer Klagezession führt. Einen solchen Übergang – mit einer völligen hypothekarischen Sukzession und einer Klagezession – halten wir nicht für unvorstellbar. Wegen des Fehlens der diesbezüglichen Hinweise in den Quellen des römischen Rechts wäre es aber nur eine bloße Hypothese. Viel wahrscheinlicher – und vielleicht quellenmäßiger – ist dagegen anzunehmen (obwohl es auch nicht beweisbar ist), dass der Offerent (weil er das *ius offerendi* in seinem eigenen Interesse ausübte) alle Risiken aus seiner Tätigkeit tragen sollte und demzufolge die Ausübung des *ius offerendi* nicht zum Übergang der Forderung und damit nicht zu einer völligen hypothekarischen Sukzession und zu einer Klagezession führte. (Zu unserem Vorschlag bezüglich der „beschränkten hypothekarischen Sukzession“ siehe unten).

man keinen Beweis für eine „völlige“ hypothekarische Sukzession beim *ius offerendi*.

Die „hypothekarische Sukzession“ ist aber unseres Erachtens kein „homogener“ Begriff. Man kann vielleicht zwischen einer „völligen“ und einer „teilweisen“ hypothekarischen Sukzession unterscheiden. Wenn eine solche Unterscheidung möglich ist, bewirkt die Ausübung des *ius offerendi* unseres Erachtens vielleicht eine „teilweise hypothekarische Sukzession“. Es ist nämlich zweifellos, dass der Offerent – durch die Konfirmation seines Pfandrechts – die Pfandklage, die Verkaufsbefugnis und ein Befriedigungsrecht erwirbt. Gerade die Konfirmation des Pfandrechts des Nachgläubigers ist nach unserer Meinung der Beweis für eine in einem gewissen (engeren) Sinne konzipierte hypothekarische Sukzession.

Ob der Offerent auch der Nachfolger des Erstpfindgläubigers in Bezug auf die Forderung gegen den Schuldner wird, ist aber nicht beweisbar.

Es lässt sich vermuten – obwohl eine kategorische Stellungnahme keineswegs ungefährlich ist –, dass es bei der Ausübung des *ius offerendi* nur über eine teilweise hypothekarische Sukzession (also nur in Bezug auf einige inhaltliche Elemente des Pfandrechts) gesprochen werden kann. Wenn diese Vermutung stichhaltig ist, wird der Offerent nur „zum Teil“ der Nachfolger des Erstpfindgläubigers: Durch eine Konfirmation erwirbt er die Pfandklage und die Verkaufsbefugnis des abgefundenen Erstpfindgläubigers, ohne aber die Forderung und die Klagen gegen den Schuldner zu erwerben.

e) Trotz der zweifellosen Wahrheiten in der überzeugenden Argumentation von Schanbacher, darf man unseres Erachtens in der Ausübung des *ius offerendi* eine in einem gewissen Sinne konzipierte hypothekarische Sukzession sehen, aber natürlich nicht im Sinne der Konstruktion von Aristo, und nicht im Sinne einer „wirklichen“ oder „völligen“ hypothekarischen Sukzession.

f) Es handelt sich im Fall der Ausübung des *ius offerendi* vielleicht (in einem gewissen Sinne) um einen Grenzbereich der hypothekarischen Sukzession und der Drittleistung.⁷⁹ Die Rechtsfolgen der Ausübung des *ius*

⁷⁹ Emunds und Harke betonen, dass die Quellen des römischen Rechts keinen Hinweis darauf enthalten, dass die Leistung des Nachpfandgläubigers andere Wirkungen als eine gewöhnliche Drittleistung hätte. Die deutschen Romanisten weisen aber auch darauf hin, dass die Befreiung des Schuldners in den Quellen ebenso nicht ausdrücklich erwähnt wird (siehe EMUNDS/HARKE, a. a. O. 16⁵). Daher handelt es sich unseres Erachtens bei der Ausübung des *ius offerendi* um mehr als eine gewöhnliche Drittleistung. Eine zumindest beschränkte Sukzession kann also unseres Erachtens auch nicht ausgeschlossen werden. EMUNDS/HARKE, a. a. O. 36 bezeichnen aber die Ausübung des *ius offerendi* ausdrücklich als eine „Drittleistung im eigenen Interesse“, und sie differenzieren zwischen der Ausübung des *ius offerendi* und der hypothekarischen Sukzession. Die deutschen Romanisten heben

offerendi erinnern uns nämlich teilweise an die hypothekarische Sukzession (siehe die oben erwähnten Rechtsfolgen der Konfirmation des Pfandrechts des Nachpfandgläubigers), teilweise aber an die Drittleistung. Der Offerent erwirbt mit der Konfirmation seines Pfandrechts zweifellos die (gegen jedermann) erfolgreiche *actio Serviana*, das *ius distrahendi* und das Befriedigungsrecht aus dem Kaufpreis. Und in diesem Betracht kann man über eine (zumindest beschränkte) hypothekarische Sukzession sprechen, weil der Offerent – in Bezug auf die *actio Serviana* und das *ius distrahendi* – zweifellos der Nachfolger des vorherigen (abgefundenen) Erstpandgläubigers wird. Die Konfirmation des zweiten (oder dritten, vierten usw.) Pfandrechts kann man also als eine Sukzession betrachten. Diese hypothekarische Sukzession ist aber wahrscheinlich nur eine „beschränkte“ Sukzession. Es ist nämlich nicht beweisbar, dass der Offerent auch die Forderung des vorherigen Erstpandgläubigers erwirbt. Obwohl ein abstraktes Befriedigungsrecht, wie Kaser es angenommen hat, kaum vorstellbar ist, gibt es in den Quellen des römischen Rechts wirklich keinen Hinweis darauf, dass der Offerent auch die Forderung des vorherigen Erstgläubigers erwirbt. Auch die Hinweise auf eine Klagezession („Derivativregress“) und einen „originären“ Regress fehlen aus den römischrechtlichen Quellen.

Und warum hat das *ius offerendi* bzw. dessen Ausübung eine solche „gemischte Natur“? Vielleicht nicht bewusst. Der Grund dieser „gemischten Natur“ des *ius offerendi* bzw. dessen Ausübung ist vielleicht die einfache Vermutung, dass die Konstruktion des *ius offerendi* und besonders die Rechtsfolgen dessen Ausübung im römischen Recht nicht vollkommen ausgearbeitet wurden. Wahrscheinlicher ist aber anzunehmen, dass der Offerent – weil er sich in seinem eigenen Interesse betätigt – alle Risiken der Ausübung des *ius offerendi* tragen soll. Und demzufolge ist der Offerent vielleicht nicht berechtigt die Klage des abgefundenen Gläubigers gegenüber dem Schuldner anzustrengen.

auch hervor, dass die Zahlung des Zweitgläubigers in dem oben zitierten Quellentext (C. 8,17,1) nicht als Klagenkauf, sondern als *solutio* (EMUNDS/HARKE, a. a. O. 16), und die Zahlung des Zweitgläubigers schuldrechtlich wie jede andere Drittleistung behandelt wird (EMUNDS/HARKE, a. a. O. 36). Trotz dieser überzeugenden Argumentation sehen wir in der Ausübung des *ius offerendi* insgesamt mehr als eine gewöhnliche Drittleistung; unseres Erachtens handelt es sich beim *ius offerendi* eher um einen Grenzbereich der hypothekarischen Sukzession und der Drittleistung (obwohl die Ausübung des *ius offerendi* aus dem Aspekt des abgefundenen Gläubigers im Wesentlichen wirklich nicht mehr als eine Drittleistung ist).

Schlussbemerkungen

a) Mit allen dogmatischen Fragen des *ius offerendi* kann man sich natürlich in einem kurzen Aufsatz nicht ausführlich beschäftigen. Dementsprechend haben wir in diesem Beitrag vor allem im Allgemeinen über die dogmatische Natur und die Rechtsfolgen des *ius offerendi* dargestellt, in besonderer Hinsicht auf die Zusammenhänge des *ius offerendi* mit der „hypothekarischen Sukzession“.

b) Ob es sich bei der Ausübung des *ius offerendi* ausdrücklich um einen Fall der hypothekarischen Sukzession handelt, ist unseres Erachtens nicht ganz eindeutig. Im römischen Recht wurde vielleicht die Konstruktion des *ius offerendi* nicht so tiefgehend ausgearbeitet, um diese Frage quellenmäßig und fundiert beantworten zu können. Die Terminologie zeigt uns auch nicht eindeutig, ob es ausdrücklich um einen oben erwähnten Fall der hypothekarischen Sukzession oder gerade um die Ausübung des *ius offerendi* geht.

c) Fraglich ist es auch, ob eine Klagezession als Rechtsfolge der Ausübung des *ius offerendi* auch im römischen Recht in Betracht kam. Eine Weiterentwicklung bzw. Neuinterpretation des *ius offerendi* ist in dieser Hinsicht erst später ausgearbeitet worden. Das mittelalterliche und neuzeitliche *ius offerendi* bzw. dessen Ausübung bewirkt eine gesetzliche Surrogation (vgl. z. B. Coing,⁸⁰ Hawellek⁸¹), mit einer Klagezession (vgl. z. B. *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, 2, 6, 15. §;⁸² *Allgemeines Landrecht*, I, 20, 37. §;⁸³ *Code civil fr.*, [ehemaliger] art. 1251. [1];⁸⁴ ABGB,

⁸⁰ COING, a. a. O. 330.

⁸¹ HAWELLEK, a. a. O. 29.

⁸² „Wasmassen ein jeder Pfand-Glaubiger den älteren oder vorgehenden Glaubiger mit baar Geld zu entrichten, und dagegen in seine Stell einzutreten befugt seye, ist bereits in Cod. Jud. cap. 20 §. 14. mit mehrern versehen, wobey es noch weiter sein Verbleiben hat, jedoch mit dem wolmerklichen Beysatz, daß der ältere oder vorgehende Glaubiger die offerirte Bezahlung nur alsdann anzunehmen schuldig seye, wenn er sich nicht in Possessione Pignoris befindet, dann der Possessor Pignoris hat die freye Wahl, ob er die Possession behaupten und die sich anmeldende Glaubiger, sie seyen gleich Hypothecarii oder Chirographarii, älter oder jünger, mit ihren Forderungen gegen Cedir- und Ueberlassung derselben entrichten, oder aber das Pfand an sie abtreten wolle“. Vgl. HAWELLEK, a. a. O. 30.

⁸³ „Der Pfandgläubiger ist schuldig [...] gegen eine solche vollständige Befriedigung sein Pfandrecht abzutreten“.

⁸⁴ « La subrogation a lieu de plein droit : Au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques. » Vgl. z. B. F. TERRÉ/PH. SIMLER /Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris 1996⁶, 1019 ff.; zur ganzen Problematik siehe G.-A. BERTHOLD, *Réflexion sur cette subrogation que l'on dit consentie par le débiteur*, *Revue Juridique Themis* 45 (2011), 51 ff. – Siehe aber den

1422. §;⁸⁵ *Código civil esp.*, art. 1210. [1];⁸⁶ *Codice civile it.* [aus dem Jahre 1942], art. 1203. [1]⁸⁷). Es ist aber zweifellos, dass die römischrechtlichen Quellen keine Hinweise auf eine Klagezession bei der Ausübung des *ius offerendi* enthalten. Vielleicht darum, weil der Offerent allein alle Risiken der Ausübung des *ius offerendi* tragen sollte. Die bei der *fideiussio* im klassischen römischen Recht angewandte „Kauffiktion“ (vgl. Iul. D. 46,1,17⁸⁸) taucht auch nicht beim *ius offerendi* auf. Demzufolge halten wir es für wahrscheinlich, dass die Klagezession beim *ius offerendi* bewusst ausgeschlossen wurde.

d) Indem der Nachgläubiger das *ius offerendi* in seinem eigenen Interesse ausübt, und deshalb er als ein *mandatarius* oder ein *negotiorum gestor* gar nicht betrachtet werden darf, sind die bei der Bürgschaft angewandten (den der Bürge leistet im Interesse des Schuldners) Klagen für Regress gegen den Schuldner (*actio mandati contraria* und *actio negotiorum gestorum contraria*; vgl. Gai. 3,127;⁸⁹ Ulp. D. 17,1,6,2;⁹⁰ Paul. D. 17,1,40⁹¹) außer Betracht.

neuen Artikel des französischen Zivilgesetzbuches (vgl. *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*): „La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette“. (*subrogation légale*, *Code civil fr.*, [geltender] art. 1346.).

⁸⁵ Gemäß dem originellen Text: „Kann und will ein Dritter anstatt des Schuldners mit dessen Einverständnis nach Maß der eingegangenen Verbindlichkeit bezahlen; so muß der Gläubiger die Bezahlung annehmen, und dem Zahler sein Recht abtreten ...“.

⁸⁶ „Se presimirá que hay subrogación: Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente“. Vgl. z. B. Havelle, a. a. O. 29 f. Aus der spanischen Literatur siehe z. B. C. R. Pardo Núñez, *Las garantías reales excesivas y el „ius offerendi“*, in: *Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva*, Madrid 1998, 1129 ff.; J. M. Farré Alemán, *Código civil comentado y concordado*, Barcelona 2001, 1134 ff.

⁸⁷ „La surrogazione ha luogo di diritto nei seguenti casi: a vantaggio di chi, essendo creditore, ancorché chirografario, paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi, del suo pegno o delle sue ipoteche ...“

⁸⁸ „*Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina*“. Diese ganze Problematik kann hier nicht ausführlich erörtert werden; aus der reichen Literatur dieser Stelle siehe z. B. D. MEDICUS, *Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionsregresses*, in: *Festschrift M. Kaser*, München 1976, 394 ff.; BRIGUGLIO, a. a. O. 261 ff.

⁸⁹ „... quod si quid pro reo solverint, eius recipiendi causa habent cum eo mandati iudicium“.

⁹⁰ „*Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio*“.

⁹¹ „*Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur*“.

e) Die kritischen Bemerkungen von Wacke und zum letzten Mal von Emunds und Harke gegen die Theorie von Kaser bezüglich des „abstrakten Befriedigungsrechts“ sind unseres Erachtens fundiert. Auch wir können uns – gegen die Ansicht von Kaser – ein abstraktes Befriedigungsrecht ohne eine Forderung und ein Pfandrecht kaum vorstellen. Emunds und Harke weisen mit Recht darauf hin, dass ein abstraktes Befriedigungsrecht ohne Parallele in den Quellen wäre, und weil der Zweitgläubiger sein eigenes Pfandrecht konfirmiert hat, benötigt er kein zusätzliches Befriedigungsrecht.

Die Ausübung des *ius offerendi* bewirkt aber unseres Erachtens nicht nur eine Konfirmation bzw. Erweiterung des Pfandrechts des Nachgläubigers. Es handelt sich hier um mehr als eine einfache Drittleistung. Die Ausübung des *ius offerendi* bewirkt unseres Erachtens eine (zumindest spezielle) hypothekarische Sukzession. Gerade die Konfirmation und die Erweiterung des Pfandrechts des Nachgläubigers ist nämlich ein Beweis für eine (in einem gewissen Sinne konzipierte) hypothekarische Sukzession.

f) Wird aber der Nachpfandgläubiger, der das *ius offerendi* ausübt, ein wirklicher Nachfolger des vorherigen Erstpandgläubigers? Wenn ja, erwirbt er auch die Forderung und damit die Klagen des vorherigen Erstpandgläubigers gegen den Schuldner? In den Quellen des römischen Rechts findet man keine Antworten auf diese Fragen.

Wenn wir aber vermuten, dass die „hypothekarische Sukzession“ kein homogener Begriff ist, können wir zwischen einer „völligen“ und einer „teilweisen“ hypothekarischen Sukzession unterscheiden. Im Fall der Ausübung des *ius offerendi* kann man vielleicht über eine „teilweise hypothekarische Sukzession“ sprechen, weil der Offerent in Bezug auf die Pfandklage und die Verkaufsbefugnis zweifellos der Nachfolger des vorherigen Erstpandgläubigers ist. Das Befriedigungsrecht ist auch ein Beweis für eine (zumindest beschränkte) hypothekarische Sukzession. Wirklich nicht beweisbar ist es aber, ob der Offerent auch in Bezug auf die Forderung der Nachfolger des vorherigen Erstpandgläubigers werde.

Edilská ochrana kupujúceho v rímskom práve

Blažena Antalová

Úvod – 1 Žaloby poskytnuté kupujúcemu kurulskými edilmi – 1.1 Ochrana kupujúceho pri kúpe otroka – 1.2 Ochrana kupujúceho pri kúpe ťažného dobytku – Záver

Úvod

Kúpo-predaj (*emptio-venditio*) patril v rímskom práve medzi konsenzuálne kontrakty, ktoré si pre svoj vznik vyžadovali dohodu zmluvných strán o podstatných prvkoch právneho úkonu (*essentialia negotii*) – v prípade kúpy dohodu o predmete a o cene.

Bol to dvojstranný rovný kontrakt, ktorým sa predávajúci (*venditor*) zaväzoval odovzdať kupujúcemu (*emptorovi*) predmet kúpy do držby a pokojného užívania a *emptor* sa zaväzoval zaplatiť *venditorovi* dohodnutú kúpnu cenu.

Z kúpy ako z dvojstranného rovného kontraktu vyplývali pre obidve strany určité práva, ale aj povinnosti; obidve strany mali na presadenie svojich nárokov rovnocenné žaloby – predávajúci mal k dispozícii žalobu z predaja (*actio venditi*), kupujúci žalobu z kúpy (*actio empti*). Okrem týchto základných žalôb, ochranu zmluvným stranám priznávalo civilné a pretorské právo poskytnutím celého radu ďalších žalôb.

Cieľom príspevku nie je analyzovať všetky do úvahy prichádzajúce žaloby, ktoré pre zúčastnené strany zo zmluvy vyplývali, ale podať len stručný pohľad na žaloby *actio redhibitoria* a *actio quanti minoris*, ktoré kupujúcemu na jeho ochranu priznal v edikte kurulský edil. Podmienky pre ich poskytnutie sú uvedené v justiniánskych Digestach – Ulp. D. 21,1,1,1; Ulp. D. 21,1,1,8 a Ulp. D. 21,1,38pr.

1 Žaloby, poskytnuté kupujúcemu kurulskými edilmi

Pôvodné riešenie problémov vyplývajúcich z kúpnej zmluvy bolo v staršom období, konkrétne v legisakčnom procese, založenom na prílišnom formalizme a vylučujúcom neobčanov a osoby bez *ius commercii*, pre kupujúceho aj pre predávajúceho značne náročné.

Významný krok vo vývoji na odstránenie nepraktickosti a strnulosti civilného práva urobilo neskôr právo prétorské (*ius honorarium*), a to konkrétne prostredníctvom kurulských edilov, ktorí po odhalení nedostatkov takéhoto systému, vedúceho k poškodeniu kupujúceho, zasiahli za pomoci svojich ediktov¹.

Kurulskí edili patrili v Ríme od zriadenia tohto úradu v roku 367 pred Kr. medzi riadnych nižších magistrátov (*magistratus minores*), každoročne volených na *comitia tributa*. V rámci *cursus honorum* sa považovali za druhý stupeň v politickej kariére rímskeho občana (po kvestúre, ako predpoklad pre ďalší stupeň kariéry) na úrad prétora.

Ich základnou právomocou bol dozor nad trhmi, konkrétne nad zásobovaním, poriadkom na trhu, nad cenami a pod. Z takto vymedzenej pôsobnosti je samozrejmé, že kurulskí edili počas svojej každodennej činnosti poznali podmienky na trhu lepšie ako ostatní magistráti (predovšetkým prétori). Z toho dôvodu bolo logické, aby problémy, respektíve spory, ku ktorým došlo z kúpnych zmlúv uzavretých na trhu, prešli z pôsobnosti prátorov do rúk kurulských edilov.

V tomto zmysle im patrila špeciálna časť civilnej jurisdikcie², konkrétne vo veciach týkajúcich sa predaja otrokov a dobytka na trhu.

Kurulský edil mohol v rámci ročného programu činnosti právo vydávať súdne vyhlášky, čiže edikty, obsahujúce zásady, ktorými sa bude riadiť pri výkone svojej magistratúry, ako aj výpočet právnych prostriedkov sľubovaných počas svojho pôsobenia poskytnúť zainteresovanému. Zároveň zverejňoval aj kritériá a predpoklady, za akých bude tieto prostriedky (napríklad žaloby) poskytovať.

Cieľom ediktu kurulského edila bolo poskytnúť kupujúcemu ochranu proti predávajúcemu pri predaji otrokov alebo dobytka. Na zabezpečenie jeho ochrany nariadil predávajúcemu povinnosť:

- verejne oznámiť kupujúcemu závažné vady predávaného otroka či dobytka;
- stipulačne sa zaviazat' (na dvojnásobok hodnoty), že títo nemajú takéto vady, respektíve majú prednosti, ktoré kupujúcemu sľúbil.

¹ HAUSMANINGER, H./SELB, W.: Römisches Privatrecht. Wien – Köln (1983), s. 298.

² Pri jej výkone mali aj právo na užívanie zvláštneho sudcovského kresla, kurulskej stoličky (*sella curulis*).

Proti predávajúcemu, ktorý si nesplnil túto povinnosť, sľúbil edil v edikte poskytnúť kupujúcemu dve žaloby:

- *actio redhibitoria* – na odstúpenie od kúpy, t.j. na zrušenie kúpnej zmluvy;
- *actio quanti minoris* – na pomerné zníženie kúpnej ceny³.

V justiniánskych Digestach možno nájsť viaceré relevantné ustanovenia, prevzaté z Ulpianovej 1. knihy „K ediktu kurulských edilov“, poskytujúce ochranu kupujúcemu pri kúpe otroka a osobitne jeho ochranu pri kúpe dobytka.

1.1 Ochrana kupujúceho pri kúpe otroka

Pri kúpe otroka bola základná povinnosť predávajúceho a ochrana kupujúceho vyjadrená v Ulp. D. 21,1,1,1:

Aiunt aediles: „Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitivae cuique sit, quis fugitivus errore sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve feurit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur“.

Edili oznamujú: „Tí, ktorí predávajú otrokov, musia priamo a verejne oznámiť kupujúcemu akou nemocou a vadou vec (otrok) trpí, kto je utečeným otrokom a kto bol za trest vydaný poškodenému. Ak je predaj otroka uskutočnený v rozpore s tým, čo bolo uvedené alebo s tým, čo bolo prisľúbené pri predaji, kupcovi a všetkým, ktorých sa to dotýka, dáme žalobu, aby tento otrok bol predaný (odovzdaný) naspäť“.

V prvej vete kurulský edil stanovil povinnosť predávajúceho verejne oboznámiť kupujúceho, akou závažnou chorobou a vadami otrok trpí (telesné vady, sklon k zločinnosti či tuláctvu, k úteku, spáchanie deliktu a pod.).

V ďalšej časti stanovil sankcie za nedodržanie povinnosti predávajúceho. Ak si nesplnil povinnosť a neoboznámil kupujúceho s vadami, ktoré vyšli najavo až neskôr a kupujúci o nich nevedel, priznal kupujúcemu žalobu

³ Ku kúpnej cene pozri napríklad VRANA, V.: Zaplatenie kúpnej ceny. In ŠTENPIEN, E./VRANA, V./KIRSTOVÁ, K./FICO, M./ANTALOVÁ, B.: Historickoprávny vývoj inštitútu kúpnej zmluvy a tendencie jej súčasnej rekodifikácie v SR. Košice (2015), s. 49n.

*actio redhibitoria*⁴, smerujúcu na vrátenie kúpnej ceny oproti vráteniu predmetu kúpy, čiže na faktické zrušenie zmluvy, respektíve na odstúpenie od zmluvy.⁵

Cieľom tejto žaloby malo byť v prvom rade vrátenie všetkého, čo v dôsledku vadnej kúpy z majetku kupujúceho ubudlo (konkrétne kúpna cena, ale aj náhrada ďalšej škody).

Kupujúci ale nemal k dispozícii túto žalobu pri odhalení akýchkoľvek väd otroka, ale, ako uviedol Ulpian, len „... ak sa vyskytuje nejaká choroba alebo vada, ktorá prekáža využívaniu otroka alebo bráni jeho službám ...“⁶, to znamená v prípadoch, ak kúpený otrok mal takú ťažkú vadu znemožňujúcu jeho užívanie kupujúcim. V praxi to znamenalo, že kupujúci, keby vedel o takejto vade, nebol by otroka kúpil, teda by vôbec nedošlo k uzavretiu kúpnej zmluvy. Preto je logické, že touto žalobou sa mohol domáhať zrušenia zmluvy, avšak len do 6 mesiacov. Krátko stanovená premlčacia lehota (6 mesiacov) je tiež logická. Keďže za 6 mesiacov musel kupujúci odhaliť závažné vady kúpeného otroka, táto lehota mu musela stačiť na podanie žaloby na odstúpenie od kúpy.

Z Ulpianovho vyjadrenia je zrejmé, že kurulský edil neposkytoval ochranu kupujúcemu pri kúpe vadného otroka vždy, ale len v prípade jeho závažných väd. Preto niektoré situácie edil chránil, ale niektoré zostali mimo jeho právnej ochrany, ako napríklad prípad kúpy otrokyne – panny, popísaný v Ulp. D. 19,1,11,5:

Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur.

„Ak sa niekto domnieval, že kupuje pannu, zatiaľ čo sa mu predala žena a predávajúci ho vedome ponechal v tomto omyle, vrátenie síce v tomto prípade nie je dané, predsa však náleží žaloba z kúpy na zrušenie kúpy a po vrátení kúpnej ceny sa žena vráti“.

⁴ Bližšie pozri SOHM, R.: Institutionen Geschichte und system des römischen Privatrechts. München und Leipzig (1926), s. 424n a idem: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. Prag (1920), s. 176.

⁵ Ak by sa predávajúci pri predaji otroka dopustil podvodu – ak by vedel, že otrok je smrteľne chorý, ale predal by ho ako zdravého, mohol kupujúci zväziť podanie viacerých žalôb, ktoré by dostatočne uspokojili jeho nárok – predovšetkým *actio empti doli nomine* (tá ako žaloba *bonae fidei* obsahovala doložku, že pri kúpe nemôže dôjsť k podvodu – *clausula doli*), prípadne *actio doli*.

⁶ Ulp. D. 21,1,1,8.

Podstata kauzy bola v tom, že kupujúci kupoval otrokyňu – pannu, ale predávajúci mu vedome predal nie pannu, ale otrokyňu – ženu. Podľa civilného práva nič nebránilo platnosti zmluvy, a to z toho dôvodu, lebo nedošlo k podstatnému omylu, ani k omylu v predmete či k omylu v pohlaví.

Predseda ale k omylu došlo, a to vo vlastnosti kúpeného predmetu (*error in qualitate*) –kupujúci sa totiž mylne domnieval, že kúpil pannu, ale v skutočnosti kúpil ženu. Predávajúci v tomto prípade konal podvodne, lebo zamlčal skutočný stav, teda to, že otrokyňa už nie je panna a vedome tak uviedol kupujúceho do omylu.

Kupujúci sa voči takejto zmluve pochopiteľne bránil, ale diskutabilné bolo, akú žalobu mohol proti predávajúcemu použiť:

– edilskú *actio redhibitoria* nemohol použiť preto, lebo edikt by ho chránil len vtedy, ak by otrokyňa bola chorá alebo by mala nejakú závažnú vadu. To, že otrokyňa už nebola panna nemožno považovať za závažnú vadu, preto sa na tento prípad kúpy ochrana kurulským edikom nevzťahovala;

– do úvahy prichádzala aj civilná žaloba (*actio empti*). Túto kupujúci mohol použiť, lebo pre jej priznanie bolo rozhodujúce že kúpna zmluva bola úkonom *bona fidei*, čiže sa zakladala na dôvere a poctivosti konania protistrany. V skúmanom prípade predávajúci konal nepoctivo, lebo vedome uviedol kupujúceho do omylu, aj keď vedel, že kupujúci by zmluvu vôbec nebol uzavrel, keby mu bola známa skutočnosť, že kúpená otrokyňa už nie je panna.⁷

Pod ochranu edila okrem už uvedeného omylu vo vlastnostiach nepatrili ani ďalšie prípady, napríklad:

– podľa Paula nemal kupujúci ochranu v prípade, ak kúpenému otrokovi chýbal zub.⁸ Argumentoval tým, že nemožno považovať za chorého človeka ktorému chýbal zub – lebo väčšine ľudí nejaký zub chýba, ale preto ich nemožno považovať za chorých;⁹

– ďalšie vylúčenie ochrany kupujúceho uviedol Ulpian, vychádzajúci z mienky Pomponia, podľa ktorého na základe *responsa* niektorých právnikov sa edikt kurulských ediktov nevzťahoval ani na (hazardných) hráčov a pijanov, ani na pažravých alebo hochštaplerov alebo podvodníkov.¹⁰

⁷ Žalobou sa kupujúci domáhal nahradenia finančnej ujmy – domáhal sa vlastne neplatnosti zmluvy. Výsledkom malo byť obnovenie stavu pred uzavretím zmluvy (predávajúci musel kupujúcemu vrátiť kúpnu cenu, kupujúci musel predávajúcemu vrátiť predmet kúpy – otrokyňu).

⁸ Paul. D. 21,1,11.

⁹ Napríklad deti sa rodia bez zubov (ale preto nie sú menej zdravé, kým im zuby nenarastú); ani starcov nemožno považovať za chorých (lebo potom by nikto z nich nebol zdravý).

¹⁰ Ulp. D. 21,1,4,2.

Ulpian ale rozlišoval, akým spôsobom sa predávajúci vyjadril k predmetu kúpy a podľa toho stanovil jeho zodpovednosť:

– ak ho len chválil (napríklad: otrok je dobrý, poslušný...) – neniesol zodpovednosť za prípadné vady;

– ak ale kupujúcemu verejne sľúbil určité vlastnosti (otroka),¹¹ tým vlastne vyslovene sľúbil niesť zodpovednosť za jeho prípadné vady, a preto podľa ediktu kurulského edila zodpovedný samozrejme bol.¹²

Podobne ako pri kúpe otroka chránil kurulský edil kupujúceho aj pri kúpe dobytká.

1.2 Ochrana kupujúceho pri kúpe ťažného dobytká

Povinnosť predávajúceho oboznámiť kupujúceho s chorobami a vadami ťažného dobytká, stanovená v edikte kurulského edila bola prevzatá do justiniánskych Digest, konkrétne do Ulp. D. 21,1,38pr.:

Aediles aiunt: „Qui iumenta vendunt, palam recte dicunt, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitivae causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus, si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur“.

Edili oznamujú: „Kto predáva ťažný dobytok, nech verejne a priamo oznámi, akú má chorobu a vadu, dobytok nech je odovzdaný tak, aby bol čo najlepšie vystrojený za účelom predaja. Ak sa tak nestane, dáme do šesťdesiatich dní žalobu na vydanie výstroja alebo na vrátenie dobytká pre nedostatok výstroja; do šiestich mesiacov na zrušenie zmluvy pre chorobu alebo vadu; do jedného roka na pomernú zľavu kúpnej ceny, podľa hodnoty akú mal dobytok v čase uzavretia kúpnej zmluvy. Ak bol predaný súčasne pár ťažných zvierat a niektorého z nich sa bude týkať zrušenie kúpnej zmluvy, dáme žalobu na to, aby boli vrátené obidve zvieratá“.

¹¹ To bola podľa ediktu jeho povinnosť.

¹² Ulp. D. 21,1,19pr.

V princípiu, podobne ako pri predaji vadného otroka, priznával kurulský edil ochranu aj pri predaji vadného dobytká, rozšírenú ale o výstroj dobytká. Konkrétne stanovil: „... dobytok nech je odovzdaný tak, aby bol čo najlepšie vyzstrojený za účelom predaja ...“,¹³ čím uložil povinnosť predávajúcemu vybaviť dobytok výstrojom tak, aby mohol byť predaný (aby bol pripravený na predaj).

Pri porušení povinnosti predávajúceho mohol kurulský edil priznať kupujúceму tri žaloby:

– do 60 dní žalobu na vydanie výstroja alebo na vrátenie dobytká pre nedostatok výstroja;

– pre vážnu chorobu alebo závažné vady dobytká priznal kupujúceму žalobu *actio redhibitoria*, smerujúcu na odstúpenie od kúpy, na jej zrušenie;¹⁴

– žalobu *actio quanti minoris*¹⁵ priznal kupujúceму, ak predmet kúpy (dobytky) mal síce vadu, ale nie až takého charakteru aby ho kupujúci vôbec nemohol užívať. Kupujúci bol síce rozhodnutý takéto dobytko kúpiť, ale keby bol vedel o jeho vadách, chcel by ho kúpiť lacnejšie. Preto touto žalobou nežiadal zrušenie kúpnej zmluvy, ale len zrážky z kúpnej ceny (pomerné zníženie kúpnej ceny podľa hodnoty, ktorú mal dobytko v čase uzavretia kúpnej zmluvy), a to aj vtedy, ak by predávajúci o týchto vadách nevedel. Touto žalobou sa mohol kupujúci domáhať svojich nárokov len do jedného roka.

Názory klasikov na predaj vadného dobytká možno nájsť na viacerých miestach justiniánskych Digest. Z nich možno uviesť mienku Juliana¹⁶, ktorý pri rozhodovaní o zodpovednosti rozlišoval, či predávajúci predal chorý dobytko vedome alebo nevedome. Podľa neho ak tak urobil nevedome, mal zaplatiť len toľko, o čo menej by kupujúci zaplatil, ak by chcel vec kúpiť. Ak ale predávajúci vedel o skutočných vadách, ale pred kupujúcim ich zamlčal a vedome kupca oklamal, mal nahradiť všetku škodu, ktorú kupec z takejto zmluvy utrpel.

Reálne to mohlo znamenať, že ak by dobytko kupujúceho uhynul v dôsledku nákazy od kúpeného chorého zvieratá, mohol kupujúci žiadať náhradu všetkého, čo by bol mal, keby bol kúpil zdravé zviera.

V tejto časti bolo stručne naznačené, ako a akými prostriedkami kurulský edil vo svojom edikte chránil kupujúceho, ak tento kúpil otroka alebo ťažný

¹³ Ulp. D. 21,1,38pr.

¹⁴ Pozri v 1.1.

¹⁵ Porov. SOHM, R.: Institutionen Geschichte und system des römischen Privatrechts. München – Leipzig (1926), s. 424n.

¹⁶ Ulp. D. 19,1,13pr.

dobytok s určitými vadami: keby bol vedel o jeho závažných vadách, kvôli ktorým by ho vôbec nemohol užívať, nebol by uzavrel kúpnu zmluvu; ak by ho napriek jeho vadám chcel kúpiť, bol by síce uzavrel kúpnu zmluvu, ale bol by ho kúpil lacnejšie, teda za nižšiu kúpnu cenu.

Záver

Kúpo-predaj patril v rímskom práve medzi zmluvy, ktorým právny poriadok priznával ochranu udelením značného počtu žalôb.

Kupujúci, okrem základnej žaloby *actio empti* a analyzovaných honorárnych žalôb *actio redhibitoria* a *actio quanti minoris*, mal k dispozícii aj iné žaloby, z ktorých ako najznámejšie možno uviesť:

– *actio auctoritatis*¹⁷ – v prípade, ak išlo o právne vady predávanej veci pri mancipácii. Tá smerovala proti predávajúcemu mancipujúcemu cudziu vec, ktorá bola neskôr na základe súdneho rozhodnutia kupujúcemu odňatá právom silnejšieho – skutočným vlastníkom;

– *actio de modo agri*¹⁸ – proti predávajúcemu, ktorý pri predaji nesprávne uviedol väčšiu výmeru mancipovaného pozemku, ako tento reálne mal.

Samozrejme, nielen kupujúci si vymáhal svoje práva, ale aj proti nemu mohli byť uplatnené nároky, a to nielen predávajúcim (žalobou *actio venditi*), ale aj inými osobami.¹⁹

Ak predávajúci nebol vlastníkom veci, skutočný civilný vlastník si mohol voči kupujúcemu uplatniť svoj nárok žalobou *rei vindicatio*; prétorský, bonitárny vlastník žalobou *actio Publiciana*.

Kupujúceho mohol žalovať aj nevlastník, a to vtedy, ak predávajúci bol síce vlastníkom, ale neupozornil kupujúceho na to, že predmet kúpy je zaťažený existenciou nejakého vecného práva. V takýchto prípadoch mal napríklad žalovaný dlžník voči kupujúcemu, ktorý kúpil od predávajúceho (aj keď vlastníka veci) zaťaženú vec k dispozícii žalobu *actio Serviana*; ak niekto kúpil vec zaťaženú služobnosťou, mohol sa oprávnený k služobnosti domáhať svojho práva žalobou *vindicatio servitutis* či *actio confessoria*.

Tieto žaloby ale neboli predmetom skúmania príspevku.

¹⁷ Bližšie pozri WATSON, A.: *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*. Oxford (1965), s. 64n.

¹⁸ *Ibid.*, s. 81n.

¹⁹ BLAHO, P./HARAMIA, I./ŽIDLICKÁ, M.: *Základy rímskeho práva*. Bratislava (1997), s. 349.

Definícia *mandatum* v prácach glosátorov a komentátorov

Róbert Puškár

Úvod – 1 *Mandatum est officium honestum, gratis susceptum, exhibendum ab amico* – 1.1 *Honestum* – 1.2 *Ab amico* – 1.3 *Mandatum est officium ab eo, qui gratuito suscipit, exhibendum* – 2 *Officium* – 3 *Gratis* – 4 *Mandatum* – Záver

Úvod

Záväzkové právo, ku ktorému radíme aj príkaznú zmluvu, upravuje celú škálu rôznych spoločensko-ekonomických vzťahov. V dnešnej dobe sa s príkaznou zmluvou (*mandatum*) stretávame pomerne dosť často. Napríklad na súdnych pojednávaniach môžeme zaregistrovať ako advokát nazýva svojho klienta mandant, teda príkazca. Príkazná zmluva teda upravuje mnoho životných situácií, pričom samotné vymedzenie pojmu *mandatum* možno označiť z hľadiska vedy i praxe za najdôležitejšie. Predmetnú problematiku sa budeme snažiť načrtnúť na základe vybraných diel glosátorov a komentátorov, cez diela ktorých sa tento inštitút rímskeho súkromného práva dostal aj do novovekých kodifikácií.

Z textov justiniánskej kodifikácie je síce možné odvodiť základné črty príkaznej zmluvy, no jasne formulovanú definíciu v nej nenachádzame. Mnoho pojmov bolo vysvetlených v 50. knihe Digest v titule *De verborum significatione, mandatum* však nie. Iavolenus († 120) to zhodnotil nasledovne: *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posse*¹, čiže „Každá definícia v občianskom práve je nebezpečná, lebo je ťažké si predstaviť, že ju nebude potrebné zmeniť“². Glosátori sa s jeho obavami nestotožňovali a nimi formulované definície neskôr preberali, respektíve kriticky upravovali aj komentátori, čo priamo súviselo s uplatňovanými metódami ich práce. Podobným spôsobom sa pritom snažili vysporiadať aj s terminologickým vymedzením pojmu *mandatum*, na ktoré sa pozrieme bližšie.

¹ Iav. D. 50,17,202.

² Preklad autora. Všetky ostatné preklady sú prevzaté z diel uvedených v záverečnom bibliografickom zozname.

1 *Mandatum est officium honestum, gratis susceptum, exhibendum ab amico*

Glosátor Azo († 1230)³, ktorý prednášal v 12. storočí ako profesor na Bolonskej univerzite, vo svojich úvahách o konsenzuálnych kontraktach uviedol: *inter eos excelentior est contractus mandati*⁴, teda „Medzi nimi vynikajúcejšia je príkazná zmluva“⁵. Príkaznú zmluvu považoval známy glosátor za výnimočnejšiu než iné konsenzuálne kontrakty, a preto začal svoje úvahy o konsenzuálnych zmluvách práve pri nej. Ako sám Azo priznal v úvodnej časti svojho diela týkajúcej sa príkaznej zmluvy, dôvodom, pre ktorý si *mandatum* získalo jeho pozornosť, bol jeho pôvod, a síce, že sa vyvinulo z povinnosti a priateľstva⁶. Myšlienka pochádzajúca z Digest je súčasťou Paulovho výroku, ktorého cieľom bolo zdôvodniť bezodplatný charakter tejto zmluvy⁷. Po tomto úvode prezentoval Azo nasledovnú definíciu tohto inštitútu: *Mandatum est officium honestum, gratis susceptum, exhibendum ab amico*⁸. Toto vymedzenie bolo zahrnuté i do Placentinovej († 1192) *Summa Institutionum*⁹. Glosátor Odofredus († 1265) v *Summa Codicis* v nadväznosti na to uviedol, že išlo o *descriptio* nielen Placentina, ale tiež Rogeria († 1170)¹⁰. Definíciu, ktorá bola výsledkom úvah spomínaných právnikov, nepovažoval Azo za uspokojivú, a to najmä kvôli dvom použitým výrazom: *honestum* a *ab amico*¹¹. V ďalších troch častiach príspevku sa preto zameriame práve na tieto pojmy, ktoré Azo vo svojej vlastnej definícii príkaznej zmluvy uvedenej v tretej podkapitole vynechal.

³ K Azonovým dielam bližšie pozri LANGE, H.: *Römisches Recht im Mittelalter*. Band I. Die Glossatoren. München (1997), s. 255–271.

⁴ Sum. Cod. 35.

⁵ Preklad autora.

⁶ V origináli: *Trahit enim originem ex officio et amicitia*.

⁷ Paul. D. 17,1,1,4: *Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit*. V preklade: „Príkazná zmluva, ak nie je bezodplatná, nie je príkaznou zmluvou, lebo príkazná zmluva svoj pôvod odvodzuje od povinnosti a priateľstva a povinnosť je nezlučiteľná so mzdou. Ak totiž vstupujú do hry peniaze, ide skôr o pracovnú zmluvu alebo o zmluvu o dielo“.

⁸ Sum. Cod. 35,1.

⁹ Sum. Inst. 25. K životu a dielu Placentina bližšie pozri napríklad LANGE, H.: *Römisches Recht im Mittelalter*. Band I. Die Glossatoren. München (1997), s. 207–214.

¹⁰ Lec. sup. Cod. 4,35.

¹¹ Bližšie k tejto problematike pozri Baldus de Ubaldis, Com. 17,1. Bližšie k osobnosti Balda de Ubaldis pozri: LANGE, H./KRIECHBAUM, M.: *Römisches Recht im Mittelalter*. Band II. Die Kommentatoren. München (2007), s. 749–795.

1.1 *Honestum*

Vysvetlenie pojmu *honestum*, ktoré Placentinus zahrnul do svojej definície, pravdepodobne pod vplyvom fragmentu z Digest obsahujúceho slová *rei turpis nullum mandatum est*¹², hodnotilo činnosť, ktorú mal príkazník vykonať ako čestnú. Azo tento význam do svojho vymedzenia nezahrnul, ale napísal: *de inhonesta re fit mandatum, licet non fit obligatorium*¹³, čiže, v nečestnej záležitosti môže príkaz vzniknúť, nevytvára však záväzok. V tomto momente sa objavil problém s významom slova *mandatum*. V hovorovom jazyku sa používalo spojenie *mandare caedem, vel aliud delictum*¹⁴, čiže objednať vraždu alebo iný trestný čin. Takéto niečo však nebolo, ako zdôraznil aj Azo, možné kvalifikovať ako právne záväzný príkaz¹⁵.

Dohoda o vykonaní skutku, ktorý nebol v súlade s právom alebo dobrými mravmi, teda nemohla byť považovaná za príkaznú zmluvu. Taká zmluva totiž neumožňovala príkazcovi podať žalobu na príkazníka na vykonanie takého príkazu, a ani naopak, príkazník nemohol žalovať príkazcu a žiadať úhradu nákladov vynaložených pri výkone určenej činnosti. Súviselo to so všeobecnými požiadavkami stanovenými na predmet zmluvného záväzku¹⁶. Malo sa totiž za to, že predmetom záväzku nemohlo byť nečestné konanie¹⁷, ktoré nebolo v súlade s právom alebo dobrými mravmi. Slovo *honestum* bolo teda v definícii pojmu *mandatum* zbytočné, pretože nečestné konanie jednoducho nemohlo byť predmetom žiadneho kontraktu.

Na základe uvedeného sa môžeme stotožniť s názorom Azona, že pojem *honestum* je v príkaznej zmluve nadbytočný.

¹² Ulp. D. 17,1,6,3. V preklade: „Príkazná zmluva na vykonanie nemravnej veci je neplatná“.

¹³ Sum. Cod. 35,1.

¹⁴ Pojem „príkaz na vraždu“ (*mandator caedis*) sa vyskytuje napríklad v Paul. D. 29,5,6: *Etsi percussor certus sit, tamen habenda quaestio est, ut caedis mandator inveniatur: utique autem ipse maxime quaestioni dabitur, quamvis et ceteri puniantur*.

¹⁵ Inst. Iust. 3,26,7: *Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto aut damno faciendo aut de iniuria facienda tibi mandat. Licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem*. V preklade „Ani taký príkaz nezaväzuje, ktorý odporuje dobrým mravom, napríklad ak ťa Titus poverí niečo odcudzit' alebo poškodiť vec alebo zranit' osobu. Lebo ak si aj preto zaplatil pokutu, napriek tomu nemáš proti Titiovi nijakú žalobu“.

¹⁶ Porov. Inst. Iust. 3,19,24: *Quod turpi ex causa promissum est veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet*. V preklade: „Sľub daný zo zavrhnutiahodného dôvodu, napríklad ak niekto sľubuje spáchať vraždu alebo krádež v chráme, je neúčinný“.

¹⁷ V dnešnej dobe používame skôr pojem „nekalé konanie“. Porov. Rozhodnutie Krajského súdu v Prešove sp. zn. 7Co/21/2019 z 30. 5. 2019 body 5 a 24.

1.2 *Ab amico*

Pozornosť Azona zaujalo aj slovné spojenie *ab amico*. Inštitút príkaznej zmluvy sa nepochybne vyvinul z povinnosti a priateľstva, no napriek tomu to nebol kontrakt uzatváraný výlučne medzi priateľmi. Podľa Azonovho tvrdenia:

*Item etiam is, qui non est amicus, mandatum suscipere et implere potest et tenetur: ut si absenti et ignoto scribam, et mandatum suscipiat: nec enim ob hoc ipsum est amicus*¹⁸.

Na základe uvedeného aj osoba, ktorá nebola s príkazcom v priateľskom vzťahu, mohla prijať a splniť príkaz. Existovala napríklad možnosť zaslať neznámej osobe list s príkazom na vykonanie nejakej činnosti. Ak tá príkaz akceptovala, zaviazala sa ho splniť.

Akceptovanie príkazu teda samo o sebe ešte nevytváralo priateľský vzťah. Azo považoval za potrebné zdôrazniť, na čom tieto vzťahy spočívali, a preto sa odvolal na definíciu pojmu priateľa, ktorá sa zachovala v Digestach v titule *De verborum significatione*:

*„Amicos“ appellare debemus non levi notitia coniunctos, sed quibus fuerint in iura cum patre familias honestis familiaritatis quaesita rationibus*¹⁹.

Paulus uvádza, že priateľmi by sme nemali nazývať tých, ktorí sú s nami spojení povrchnou známosťou, ale tých, ktorí udržiavali úctivé a pevné vzťahy s našimi otcami. Vyššie uvedené slová poukazujú na trvácnosť vzťahov siahajúcich ďalej než jedno pokolenie a ich pevnosť.

Teraz poukážeme na to, ako zareagoval na Placentinovo zdôvodnenie slov *ab amico* Odofredus:

*Sed certe Roge[rrius] et Pla[centinus] bene credunt que possit mandari ignoto sed ideo dicunt ab amico exhibendum: que ignoti non consueverunt recipere mandatum, sed amici*²⁰.

Podľa neho si Rogerius aj Placentinus uvedomovali, že poveriť vykonaním činnosti bolo možné aj neznámu osobu, no rozhodli sa výraz

¹⁸ Sum. Cod. 35,1.

¹⁹ Paul. D. 50,16,223,1.

²⁰ Lec. sup. Cod. 4,35.

ab amico z definície nevynechať, pretože práve priatelia a nie neznámi ľudia zvyčajne súhlasili s vykonaním príkazu²¹. Odofredus rozlišoval medzi priateľstvom v zmysle, aký mu dávali starovekí autori a priateľstvom v bežnom ponímaní. Podľa antických filozofov *amicitia est idem velle et idem nolle in licitis et honestis*²², čiže priateľstvo je chcieť to isté a to isté nechcieť vo veciach čestných a dovolených. V bežnom chápaní sú priateľmi tí, ktorí pre nás vykonajú nejakú činnosť, činia pre nás láskavosť²³. Ako konštatoval Odofredus: *In larga significatione dicitur amicus: omnis qui suscipit mandatum, nam in hoc fit mihi amicus*²⁴. Podľa tohto možno v širšom slova zmysle nazvať priateľom každého, kto príkaz akceptoval, pretože vlastne práve tým sa prejavil ako priateľ. Odofredus okrem toho charakterizuje priateľa ako *custos animae*, teda strážcu duše, čím poukazuje na analógiu s duchovnými, ktorí poskytujú dušiam rady²⁵. Priateľstvo mohlo byť teda chápané ako spriaznenosť duší spojených túžbou po dobrých a čestných veciach, a tiež ako vzťah umožňujúci vyrovnáť sa s potrebami každodenného života.

Odofredus viedol úvahy o význame termínu „priateľ“, aby mohol vysvetliť, čo sa ukrýva za konštatovaním, že príkaz sa začína priateľstvom a prečo by malo ísť o zmluvu uzatvorenú medzi priateľmi, ako navrhoval Placentinus.

Možno konštatovať, že stredovekí právnici sa komentovaním bohatého materiálu justiniánskeho práva snažili interpretovať význam slov a nájsť ich správny zmysel. Všetko, čo sa v ňom nachádzalo, bolo pre nich pritom relevantné. Na rovinu však treba priznať, že občas prekročili výsostne právny kontext. V tom prípade mohla interpretácia výrazu *ab amico* vrhnúť iné svetlo na bezodplatný charakter tejto zmluvy a ušetriť mnoho problémov právníkom komentujúcim justiniánske zákony.

1.3 *Mandatum est officium ab eo, qui gratuito suscipit, exhibendum*

Azo sformuloval vlastné vymedzenie, ktoré však vychádzalo z definícií jeho predchodcov, a preto znelo takto: *Mandatum est officium ab eo, qui gratuito*

²¹ Odofredus sa tu odvoláva na Cels. D. 1,3,5: *Nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt*. V preklade: „Lebo právo sa musí zamerať skôr na to, čo sa často a ľahko stáva ako na to, čo sa zriedkakedy udeje“.

²² Lec. 17,1.

²³ V origináli: *Sed nos in vulgari vocamus omnem hominem amicum qui nobis servit de aliquo facto*. Lec. sup. Cod. 4,35.

²⁴ Ibid.

²⁵ V origináli: *Cum amicus est anime custos, ut sunt religiosi qui dant consilium anime*. Lec. sup. Cod. 4,35.

*suscepit, exhibendum*²⁶. Z predchádzajúcej definície teda vynechal dva prvky, ktorými sme sa zaoberali vyššie, a to: *honestum* a *ab amico*. Element *ab amico* totiž podľa Azona problematicky a nepravdivo zužoval kategóriu subjektov, ktoré mohli prijať príkaz.

Vynechanie prvku *honestum* možno zase vysvetliť dvomi spôsobmi. Azo buď chápal pojem *mandatum* všeobecne, alebo výlučne ako príkaznú zmluvu. Podľa prvej interpretácie by vynechanie tohto elementu neumožňovalo zahrnúť všetky typy príkazov, pretože by vylučovalo príkazy na vykonanie nedovolených činov. Podľa druhej interpretácie, Azo v snahe o bezchybné definovanie pojmov vynechal význam *honestum* ako zbytočný prvok v definícii zmluvy, ktorá by bez ohľadu na tento pojem mala byť čestná. Berúc do úvahy fakt, že v úvode svojich úvah Azo uviedol, že prechádza k vysvetľovaniu konsenzuálnych kontraktov, ako aj vzhľadom na jeho vynikajúce právnické vedomosti, by bolo asi vhodnejšie prikloniť sa k druhej interpretácii, a teda, že chápal *mandatum* výlučne ako príkaznú zmluvu.

2 *Officium*

Glosátori Placentinus, Rogerius a rovnako aj Azo definovali pojem *mandatum* ako *officium*, ktoré malo mnoho významov. Okrem iného mohlo totiž označovať: službu, úlohu, priateľskú službu, úrad ako aj povinnosť²⁷. Významom *officium* je v relevantných konotáciách: záväzok, povinnosť, láskavosť, služba, vykonanie niečoho, venovanie sa niečomu, spravovanie niečoho a pod. Ako teda glosátori chápali slovo *officium*? Bol to pre nich záväzok, niečo, čo bol mandatár povinný vykonať v prospech mandanta, alebo aj láskavosť mandatára? Odpoveď na túto otázku môže byť z hľadiska úlohy vykonávateľa ako zmluvnej strany zásadná.

Pierre Legendre, francúzsky právny historik a autor dizertačnej práce o prenikaní rímskeho práva do práva kanonického²⁸, písal o dvoch pohľadoch na tému *mandatum* v stredovekej právnej vede. Prvý smer, ktorého predstaviteľom bol Azo, mal klásť dôraz na to, že príkaz je založený na podriadenosti príkazníka (mandatára) voči príkazu príkazcu (mandanta). *Officium* z Azonovej definície bolo teda povinnosťou a záväzkom, ktoré

²⁶ Sum. Cod. 35,2.

²⁷ VAŇKOVÁ, J.: Právnická latinčina. Tretie prepracované a doplnené vydanie. Bratislava (2008), s. 226.

²⁸ LEGENDRE, P.: La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140–1254). Paris (1964).

vyplynuli zo stanovených pravidiel a museli byť vykonané. Druhý smer, ktorý reprezentoval Martinus († 1167)²⁹ a predstavitelia jeho školy, mal zdôrazniť nevyhnutnosť konsenzu medzi stranami. V tomto ponímaní bol príkaz vysvetľovaný predovšetkým ako priateľská služba, nie ako záväzok, ktorý musí byť vykonaný. Pierre Legendre sa v tomto ohľade odvolával na *Summa Tubingensis*³⁰:

*Constitutitur procurator mandato precedente et eo suscipiente sive coram nuncium, sive per epistulam: nam eo invito [non] constituitur. Invitum accepimus qui contradicit sed etiam eum qui non probatur consensisse*³¹.

Podľa uvedeného bol prokurátorom³² ten, kto prijal jemu zadaný príkaz. Tým istým bolo zdôraznené, že za zásadnú sa považovala vôľa oboch zmluvných strán. Nikoho nebolo možné totiž prinútiť, aby sa stal prokurátorom. Nesúhlas sa prejavoval nielen zapretím, ale tiež tým, že nebol potvrdený. Nepostačoval len predpoklad, že potvrdený bude.

Bohužiaľ, Pierre Legendre neuvádza iné zdroje, ktoré by verifikovali tento názor. U Azona nachádzame tiež podobné úvahy:

*Procurator est, qui aliena negocia mandato sibi a domino facto, gerenda gratuito suscipit. [...] Suscepit autem ideo dixi, quia procurator tenetur non ideo, quia gerit, sed quia gerendum suscipit. [...] Constituitur autem procurator inter praesentes et absentes [...] Certum tamen oportet eum demonstrare, et ipsum consentire praesentem vel absentem*³³.

V zmysle uvedeného bol prokurátorom človek, ktorý na základe príkazu súhlasil s bezodplatným vykonaním cudzích záležitostí. Súhlasu s ich vykonaním musel predchádzať príkaz splnomocniteľa. Nevyhnutným aspektom bol súhlas prokurátora s vykonaním požadovanej veci. Súhlas

²⁹ K Martinovej tvorbe bližšie pozri LANGE, H.: *Römisches Recht im Mittelalter*. Band I. Die Glossatoren. München (1997), s. 170–178.

³⁰ LEGENDRE, P.: *Du droit privé au droit public*. Nouvelles observations sur le mandat chez les canonistes classiques. In *Études en souvenir de G. Chevrier*. Dijon (1970–1971), s. 11–12.

³¹ *Sum. Tub.* 2,7.

³² Ako príkazníka bolo možné chápať aj mandátára, respektíve aplikoval sa aj pojem *procurator*. V našom právnom poriadku sa tento termín používa namiesto pojmu štátny zástupca ale v starovekom Ríme sa tento výraz vyznačoval iným významom. Porov. REBRO, K./BLAHO, P.: *Rímske právo*. Štvrté prepracované a doplnené vydanie. Bratislava (2010), s. 404.

³³ *Sum. Cod.* 12.

musel byť druhej strane oznámený jasne a jednoznačne, v závislosti od toho, či bol kontrakt uzatváraný medzi prítomnými osobami alebo prostredníctvom listu či posla. Konsenzuálny charakter príkazu zdôraznil Azo tvrdením, že prokurátor nebol zodpovedný kvôli vykonávaniu niekoho záujmov, ale preto, lebo prijal záväzok ich vykonať. Ten istý právnik zároveň považoval konsenzus k platnosti zmluvy za *condicio sine qua non*.

Významný je aj odkaz Hugolina († po 1233) o rozdielnych pohľadoch Azona a Martina na otázku, kto bol prokurátor:

Differunt in illo verbo „administrat“. Azo subaudit, id est „administranda suscepit“, vel sic sive mandato domini administrat, sive etiam adhuc non administrat, sed administranda suscepit, dicitur procurator [...]. M. (Martinus) vero videtur contra voluisse; sic enim glossavit super verbo isto: „duo necessaria sunt, id est, ut gerat negotia mea et meo mandato“³⁴.

Podľa Azona bol prokurátorom človek, ktorý sa zaviazal spravovať záležitosti príkazcu bez ohľadu na to, či začal vykonávať nejakú činnosť alebo nie. Podľa jeho názoru bolo na využitie nárokov zmluvných strán vyplývajúcich z príkaznej zmluvy postačujúce porozumieť im. Martinus však požadoval dva prvky: 1) aby príkazca vyhlásil výzvu; 2) aby sa prokurátor podujal zverenú činnosť vykonať. Martinus teda *de facto*, v porovnaní s Azonom, nehovoril o konsenze nevyhnutnom pre ustanovenie prokurátora, ale o nevyhnutnosti vykonať určité vecné úkony. Je však potrebné zdôrazniť, že začatie vykonávania činnosti bolo chápané ako akceptovanie príkazu. Takéto niečo sa ale kvalifikovalo ako osobitný spôsob. Charakter Martinovho výroku, ktorý je glosou verne odzrkadľujúcou úryvok Digest *Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat*³⁵, neumožňuje vyvodenie záveru, že by podceňoval dôležitosť dohody medzi stranami príkaznej zmluvy. O tom svedčia iné jeho výroky a celkový prístup k právnym problémom, nakoľko sa vo svojich textoch preslávil zdôrazňovaním zásad slušnosti.

Nezdá sa teda, že by sa Azonove úvahy výrazne odlišovali od Martinových. Obaja glosátori v konečnom dôsledku uznávali konsenzuálny charakter príkaznej zmluvy. Faktom však zostáva, že Azo vo svojej definícii pojmu *mandatum* konsenzuálny charakter príkaznej zmluvy nezdôraznil. Charakterizoval ho ako *officium ab eo, qui gratuito suscepit, exhibendum*, teda ako službu vykonanú osobou, ktorá sa podujala vykonať ju zadarmo.

³⁴ Sum. § 376.

³⁵ Ulp. D. 3, 3, 1.

V úvahách o termíne *mandatum* pokračoval aj komentátor Bartolus de Saxoferrato († 1357). Podľa neho *officium est quod homo homini debet in genere*³⁶. V tomto ponímaní bolo *officium* niečím, čo bol človek povinný vykonávať pre najbližších. Napriek tomu *officium* nepredstavovalo nevyhnutnosť ani nátlak³⁷. Bola to povinnosť, ktorá vyžadovala plnenie úlohy (*suscipere*), a teda súhlas na jej vykonanie. *Officium* bolo teda morálnou povinnosťou, ktorá, ak príkazník akceptoval, nadobúdala charakter služby alebo láskavosti.

Samotné *mandatum* bolo v Azonovej definícii špecifikované aj istou nevyhnutnosťou (*exhibendum*), teda ako niečo, čo treba vykonať, čo ešte nebolo zabezpečené a vyžadovalo si aktívny prístup.

3 *Gratis*

Glosátori zdôrazňovali, že činnosť musela byť vykonaná *gratis*. Je známe, že stredovekí učitelia poznali aj diela antických filozofov. Podľa Aristotela musela definícia opísať vymedzovaný predmet tak, aby sa odlišoval od iných³⁸. Bolo teda potrebné odhaliť a zvýrazniť také elementy, ktoré by zdôraznili jeho odlišnosť od iných inštitútov. Takéto ponímanie nachádzame u Azona:

*Gratis ideo dixi: quia alias non esset mandatum: nam originem ex officio et amicitia trahit. Contrarium porro est officium merces. Interveniente enim pecunia, res ad locationem potius respicit [...].*³⁹

Z Azonových slov, ktoré sú opakovaním fragmentu Digest⁴⁰, vyplýva, že príkazná zmluva musela byť zmluvou bezodplatnou. Mandatár sa totiž podujal vykonať úlohu bez peňažnej odplaty. Ak by bola určená odmena, zmluva by už nadobudla charakter nájmu. Rozsah možností rozšíril Baldus de Ubaldis († 1400)⁴¹, keď uviedol, že ak by do hry vstúpila odmena, išlo by o nájom

³⁶ Com. 17,1,1.

³⁷ Porov. Paul. D. 13,6,17,3: *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare*. V preklade: „Avšak tak, ako je vypožičanie viac vecou vôle a (ľudskej) povinnosti ako nevyhnutnosťou“.

³⁸ An. post. 2, 10.

³⁹ Sum. Cod. 35,2.

⁴⁰ Porov. Paul. D. 17,1,1,4.

⁴¹ Bližšie k osobnosti Balda de Ubaldis pozri LANGE, H./KRIECHBAUM, M.: *Römisches Recht im Mittelalter*. Band II. Die Kommentatoren. München (2007), s. 749–795.

alebo iný kontrakt⁴². Z Azonovej definície teda vyplýva, že príkazná zmluva sa odlišovala od iných zmlúv, ktorých predmetom bol záväzok vykonania nejakej úlohy, tým, že činnosť bola vykonaná zadarmo.

O tom, či príkaz musel mať vyššie uvedenú vlastnosť, uvažoval aj Bartolus de Saxoferrato. Ten sa pokúsil zodpovedať otázku, čo vyjadruje myšlienka, že príkaz vychádza z povinnosti a priateľstva. Napokon konštatoval, že povinnosť je všeobecnou kategóriou, keďže je záväzkom rozličných osôb, bez ohľadu na ich vzájomný vzťah⁴³. V súvislosti s priateľstvom napísal: *Amicitia est in specie quae hodie inter paucos est*⁴⁴, čiže zdôraznil, že s priateľstvom sa stretávame v individuálnych prípadoch. Z Bartolových slov snád' možno dedukovať predpoklad, že málokedy možno v medziľudských vzťahoch hovoriť o priateľstve, pod vplyvom ktorého by ľudia bežne vykonávali nejaké zverené činnosti. Ak by sa odplata stala hlavnou podmienkou uzatvorenia príkaznej zmluvy, ako uvádza Bartolus, zrejme by nebolo nikoho možné nazvať prokurátorom, pretože peniaze sa prijímali všeobecne⁴⁵. Pokiaľ išlo o odlišenie príkaznej zmluvy na základe bezodplatnosti, zjavne išlo o otázku zásadnú. V súvislosti s tým, že prax prijímania odmeny za zverené činnosti bola pravidlom, Bartolus navrhol nasledujúce riešenie:

*Mandatum potest considerari dupliciter. Primo respectu mandantis et mandatarii. Et isto casu si non esset gratuitum, non dicitur mandatum ut pariat actionem mandati. Secundo modo potest considerari respectu illius, contra quem agitur, seu respectu illius, contra quem quis est factus procurator: et tunc non curo utrum mandatum sit gratuitum vel non. Nam quantum ad istum sufficit quod procurator habeat domini voluntatem, sive per pecuniam, sive quoquunque modo*⁴⁶.

Podľa Bartola teda príkaz mohol byť vnímaný dvomi spôsobmi. Po prvé, z hľadiska príkazcu a príkazníka. V tomto prípade, ak nebol vykonaný bezodplatne, nešlo o príkaznú zmluvu, ktorou vznikla *actio mandati*. Po druhé, *mandatum* bolo možné vnímať z hľadiska osoby, vo vzťahu ku ktorej boli vykonávané úkony alebo proti ktorej bol ustanovený prokurátor. Pri takomto ponímaní nemalo význam, či bola príkazná zmluva odplatná alebo nie. Z tohto hľadiska bolo dôležité, že prokurátor konal podľa vôle (*voluntas*) príkazcu

⁴² Com. 17,1.

⁴³ V origináli: *Officium est quod homo homini debet in genere.*

⁴⁴ Com. 17,1,1.

⁴⁵ V origináli: *Igitur hodie nullus dicitur procurator: cum communiter accipiant pecuniam.*

⁴⁶ Com. 17,1,1.

a nebolo dôležité, či sa s poverením spájali peniaze alebo nie. Bartolus to formuloval slovami: *...respectu illius, contra quem agitur, seu respectu illius, contra quem quis est factus procurator*. Takýmto spôsobom sa mu zároveň podarilo prekonať vzťah, ktorý spájal zmluvné strany⁴⁷. Uvažovanie o tomto inštitúte so zohľadnením tretej osoby zdôrazňuje element zastúpenia, pri ktorom je dôležité splnomocnenie na vykonanie činnosti.

Bartolus navrhol také riešenie kvôli tomu, aby zosúladiť bezodplatný charakter príkaznej zmluvy, zdôrazňovaný justiniánskou kodifikáciou, a glosátormi, ktorí ho začleňovali aj do svojich definícií (napríklad Azonovo vymedzenie). Vo svojich úvahách, v ktorých sa snažil vystihnúť podstatu príkaznej zmluvy, prekročil tradičné vnímanie a upozornil, že podstatou príkazu nemusí byť bezodplatnosť. V takom ponímaní *gratis* nepredstavovalo podstatnú zložku (*essentialium negotii*) spomínanej zmluvy. Dôležité bolo, či prokurátor mal splnomocnenie na zastupovanie príkazcu. Bartolus preto navrhol výraz *mandatum*, v ktorom zohrávala na účely vstupu do vzťahu s treťou úlohou hlavnú úlohu *voluntas*. Bartolus však nehovoril o následkoch takéhoto vzťahu ovplyvňujúcich jeho pohľad na vzťahy medzi stranami príkaznej zmluvy a treťou osobou, s ktorou bol príkazník oprávnený a na základe zmluvy aj povinný zmluvu uzatvoriť.

4 *Mandatum*

Úlohou mandátára bolo zastupovanie mandanta v určitej veci. Stredovekí právnici to zdôrazňovali a vo svojich argumentoch sa odvolávali aj na etymológiu slova *mandatum*. Autor *Summa Trecensis*⁴⁸ to vysvetlil takto:

*Mandatum quidem [est] quasi manu datum, videlicet cum id tuis manibus faciendum committo quod per me confitiendum erat*⁴⁹.

Podstatou príkaznej zmluvy bolo to, že záležitosť, ktorú mal vykonať príkazca, bola zverená do rúk inej osoby. Aj z Azonových slov vyplýva, že

⁴⁷ V tomto výroku je načrtnutý rozdiel medzi príkazom a splnomocnením. Porov. REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo. Štvrté prepracované a doplnené vydanie. Bratislava (2010), s. 210. Táto neobvykle zaujímavá teoretická otázka však presahuje rozsah tohto článku.

⁴⁸ *Summa Trecensis* bola vydaná H. Fittingom ako Irneriovo dielo pod názvom *Summa Codicis des Irnerius*. Jeho autorstvo je vo vedeckých kruhoch kontroverznou záležitosťou. Porov. LANGE, H.: Römisches Recht im Mittelalter. Band I. Die Glossatoren. München (1997), s. 402–407.

⁴⁹ Sum. Trec. 4,35.

príkazná zmluva spočívala vo zverení činnosti, ktorá bola v kompetencii príkazcu, inej osobe⁵⁰. Placentinus zároveň zdôraznil, že predmetom príkaznej zmluvy mohlo byť len to, čo mohol v súlade so zákonom vykonať príkazca sám⁵¹.

Spomínaní glosátori argumentovali, že *mandatum* pochádza z dvoch slov *manu datum*. Z ich úvah vyplýva, že príkazná zmluva spočívala vo zverení vykonania určitej činnosti inej osobe. Azo vo svojom diele poukázal na skutočnosť, že mandatár bol povinný prijať záležitosť od príkazcu, ako to napokon vyplýva aj z etymologického rozboru predmetného inštitútu⁵². Mierne odlišne predmetný inštitút interpretoval Izidor zo Sevilly († 636), jeden z najvplyvnejších učencov raného stredoveku. V jeho diele *Etymologiae* sa dozvedáme: *Mandatum dictum, quod olim in commissio negotio alteri alteri manum dabat*⁵³. Izidor tak vysvetlil, že slovo *mandatum* pochádza zo zvyku podávania rúk počas zverenia obstarania nejakej záležitosti.

Placentinus, Rogerius aj Azo považovali príkaznú zmluvu za *officium*. Komentátor Raphael Fugosius († 1427) hovorí, že príkaznú zmluvu možno vnímať aj ako *commissio*, teda v zmysle plnej moci zo strany príkazcu:

*Ipsi putabant diffiniendum mandatum esse commissionem obligatoriam officii honesti, et privati et sponte suscepti gratis exhibendi*⁵⁴.

Fulgosius uvádza, že niektorí učitelia chápali príkaznú zmluvu ako poverenie v súkromnej veci vytvárajúce úctivý záväzok, ktorý mal byť prijatý dobrovoľne a zadarmo⁵⁵. V súlade s aristotelovským definovaním pojmov zároveň vysvetlil, odkiaľ sa vo vyššie uvedenej definícii vzali jej jednotlivé prvky⁵⁶. Príkazná zmluva mala byť špecifikovaná ako *commissio* preto, aby

⁵⁰ V origináli: *Dicitur autem mandatum, quasi manu datum: quod enim quis per se facturus erat, aliis gerendum committit*. Sum. Cod. ad 4,35.

⁵¹ *Est autem dictum mandatum quasi manu datum. Inde est, ut id demum quis debeat mandare quod ipse per se iure valeat explicare*. Sum. 20.

⁵² *Caeterum si tibi mandavero, ut tu mihi equum emas: cum et per te, et tibi emere posses, non dicitur proprie mandatum: quia nil a manu mea consequeris, ut ex etymologia nominis patet*. Sum. Cod. 35,2.

⁵³ Etym. 5,24,20.

⁵⁴ Com. 17,1.

⁵⁵ Tu sa dostal do rozporu s komentátorom Bartolom de Saxoferato.

⁵⁶ *Dixi commissionem ad differentiam neg. gest. dixi obligatoriam ad differentiam admonitionis, exhortationis et persuasionis [...]. Dixi officii honesti: que? rei inhoneste mandatum non est [...]. Dixi privati ad differentiam tutele et cure. Dixi gratis et sponte suscepti, ad differentiam eius, quod? videbitis in l. j. sponte ad differentiam in. l. at qui natura § si libero homini. str. de nego. gestis*.

ju bolo možné odlišiť od *negotiorum gestio*⁵⁷. Uvedené zverenie záležitosti muselo vytvoriť záväzok (*commissio obligatoria*), čo ho odlišovalo od pokynov, povzbudenia a podnecovania. Zverené *officium* malo byť *privatum*, aby sa odlišovalo od starostlivosti a kurately; *sponte suscepti*, aby bolo odlišené od situácie, keď k vykonaniu príkazu nedošlo z vlastnej vôle (*libera voluntate*), ale z nevyhnutnej podriadenosti (*necessitate servili*)⁵⁸. Zverená úloha mala byť navyše vykonaná *gratis*, pretože inak by kontrakt uzatvorený zmluvnými strany nadobudol charakter nájmu⁵⁹.

Príkaz bol teda definovaný buď ako *officium* zo strany mandatára, alebo ako *commissium* mandanta. Takéto chápanie poukazuje na akceptovanie slabšej pozície jednej zo strán, teda mandatára. Ani glosátori, ani komentátori, zdá sa, nesformulovali definíciu s dôrazom na to, že *mandatum* je *contractus*⁶⁰, teda vo význame *genus proximum* pre definíciu príkaznej zmluvy. Napriek tomu stredovekí právnici nepochybovali, že išlo o konsenzuálnu zmluvu. *Commissium* však muselo byť, aby vytvorilo záväzok príkazníkom akceptované. Všetky definície obsahujú prvok *suscipere* vyjadrujúci súhlas. Mandatár teda musel vždy so zverenou činnosťou súhlasiť. Inou otázkou už bolo to, či činnosť vykonal pod tlakom *officium*, teda z morálnej povinnosti, najmä ak mal zverenú činnosť vykonať bezodplatne.

Záver

Na záver možno konštatovať, že v predmetnom príspevku sme sa snažili načrtnúť ako stredovekí ponímali príkaznú zmluvu s ohľadom na prvky, ktoré

⁵⁷ Obstaranie cudzích záležitostí bez príkazu (*negotiorum gestio*) vzniklo, ak niekto dobrovoľne obstarával záležitosti druhého bez jeho vedomia a bez jeho špeciálneho poverenia (príkazu). Porov. REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo. Štvrté prepracované a doplnené vydanie. Bratislava (2010), s. 413–414.

⁵⁸ Paul. D. 3,5,18,2: *Si libero homini, qui bona fide mihi serviebat, mandem, ut aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem Labeo ait, quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili: erit igitur negotiorum gestorum actio, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem et is fuit, quem obligare possem.* Tento úryvok sa týka adresovania príkazu slobodnému človeku, ktorý žil v presvedčení, že je otrokom príkazcu. Predmet príkazu nevykonal z vlastnej vôle. Preto na neho nebolo možné podať žalobu z titulu príkaznej zmluvy, ale z *negotiorum gestio*.

⁵⁹ Tu sa Fulgosius dostal do rozporu s vyššie spomenutým komentátorom Bartolom de Saxoferrato.

⁶⁰ Fraciscus Hotomanus († 1590), parížsky profesor práva, sformuloval v 16. storočí definíciu: *Contractus bonae fidei, de eo quod fieri sine mercede ulla convenit, periculo mandatoris, exequendo, inter quos iure civili, factus.* Com. 3,14.

by mala jej definícia obsahovať. V príspevku možno zároveň vidieť akým precíznym spôsobom glosátori a komentátori pracovali a vykladali právne texty a ako pristupovali k argumentácii. Možno uzavrieť, že aj na základe ich erudovanosti a schopnosti zohľadniť požiadavky právnej praxe sa podarilo prevziať do novovekých kodifikácií aj inštitút príkaznej zmluvy.

Bibliografia

Pramene:

- ARISTOTELES: Druhé analytiky. Praha (1962), 190 s.;
- AZO: *Summa Codicis*. Basilea (1572). Dostupné na https://www.europeana.eu/portal/sk/record/09428/urn_nbn_de_gbv_3_1_238218.html;
- BLAHO, P.: Justiniánske Inštitúcie. Trnava, (2000), 439 s. – ISBN 80-88715-80-6;
- BLAHO, P./VAŇKOVÁ, J.: *Corpus iuris civilis. Digesta. Tomus I.* Žilina (2008), 528 s. – ISBN 978-80-89363-07-0;
- FULGOSIUS, R.: *Commentaria in secundam Digesti Veteris partem*. Lugdunum (1574);
- HOTOMANUS, F.: *Commentarius in quatuor libros Institutionum Iuris Civilis*, Basileae (1569). Dostupné na https://books.google.sk/books?id=yPtFAAAAcAAJ&pg=PA29&hl=sk&source=gb_s_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false;
- HUGOLINUS. In HAENEL, G.: *Dissensiones dominorum, sive Controversiae veterum juris romani interpretum qui glossatores vocantur*. Lipsia (1834). Dostupné na <https://books.google.be/books?hl=sk&id=zTUtAAAAYAAJ&q=506#v=snippet&q=506&f=false>;
- ODOFREDUS: *Lectura in secundam Digesti veteris partem*. Lugdunum (1552). Dostupné na https://books.google.sk/books?id=fo1pt55jdPUC&pg=PP5&hl=sk&source=gb_s_selected_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false;
- ODOFREDUS.: *Lectura super Codice*. Tridinum (1514). Dostupné na <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k313599/f5.image>;
- PLACENTINUS. In PESCATORE, G.: *Summa „Cum essem Mantue“ sive de accionem varietatibus*. Greifswald (1897). Dostupné na <https://archive.org/details/placentinsumma00pescgoog/page/n2>;
- PLACENTINUS: *Summa Institutionum*. Moguntia (1535);
- SAXOFERRATO, B.: *In II. partem Digesti veteris commentaria. Vol. 2*. Basilea (1588). Dostupné na https://books.google.sk/books?id=yMJTAAAcAAJ&pg=PA327&lpg=PA327&dq=officium+est+quod+homo+homini+debet+in+genere&source=bl&ots=UKwBqTsI2_&sig=opp63puamnGmPS8XqedVewKCnDs&hl=sk&sa=X&ved=0ahUKewi61ezdi5b-cAhWpMewKHdJtBssQ6AEINTAD#v=onepage&q=officium%20est%20quod%20homo%20homini%20debet%20in%20genere&f=false;
- Summa Trecensis*. In FITTING, H.: *Summa Codicis des Irnerius*. Berlin (1894). Dostupné na <https://archive.org/details/summacodicisdes00fittgoog/page/n5>;
- UBALDIS, B.: *In secundam Digesti veteris partem commentaria*. Lugdunum (1585). Dostupné na http://ccuc.cbuc.cat/search~S22*cat/a?Ubaldi%2C+Baldo+degli%2C+1327%3F-1400&search_code=a.

Literatúra:

- LANGÉ, H.: Römische Recht im Mittelalter. Band I. Die Glossatoren. München (1997), 485 s. – ISBN 978-3406419041;
- LANGÉ, H./KRIECHBAUM, M.: Römische Recht im Mittelalter. Band II. Die Kommentatoren. München (2007), 1017 s. – ISBN 978-3406430824;
- LEGENDRE, P.: Du droit privé au droit public. Nouvelles observations sur le mandat chez les canonistes classiques. In Études en souvenir de G. Chevrier. Dijon (1970–1971), s. 117–139;
- LEGENDRE, P.: La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140–1254). Paris (1964);
- REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo. Štvrté prepracované a doplnené vydanie. Bratislava (2010), 522 s. – ISBN 978-80-8078-352-5;
- VANKOVÁ, J.: Právnická latinčina. Tretie prepracované a doplnené vydanie. Bratislava (2008), 288 s. – ISBN 978-80-8078-236-8.

Das *pactum* als Konstruktionselement bei Abtretung und Schuldübernahme

Jan Dirk Harke

1 Ein *pactum* als Vehikel des Forderungsübergangs – 2 Das *pactum* bei der Schuldübernahme – 3 Ergebnis

1 Ein *pactum* als Vehikel des Forderungsübergangs

Bekanntlich ist dem klassischen römischen Recht die Vorstellung einer regelrechten Abtretung fremd, durch die ein Anspruch unter Wahrung seiner Identität durch Rechtsgeschäft zwischen altem und neuem Gläubiger auf diesen übergeleitet wird. Eine Auswechslung des Gläubigers im eigentlichen Sinne findet nur im Zuge einer *delegatio* statt, bei der durch ein Versprechen des Schuldners gegenüber dem Zessionar eine neue Verpflichtung begründet und die alte zum Erlöschen gebracht wird. Ohne Beteiligung des Schuldners kann der alte Gläubiger einer Verpflichtung zur Übertragung seines Anspruchs auf den neuen Gläubiger nur nachkommen, indem er diesem eine Prozessvollmacht erteilt, die ihn befugt, die Forderung als *procurator in rem suam* einzuziehen. Daneben tritt die Gewährung einer zweckdienlichen Klage für den Zessionar. In klassischer Zeit ist sie auf Fälle beschränkt, in denen es an einem Rechtsgeschäft fehlt, in das sich die Erteilung einer Prozessvollmacht hineininterpretieren lässt. Dies gilt namentlich für einen Erbschafts Kauf, der sich auf einen Inbegriff von Sachen und Rechten bezieht und sich daher nicht in gleicher Weise wie der Kauf einer einzelnen Forderung als Prozessauftrag deuten lässt.¹ Antoninus Pius gesteht dem Erbschaftskäufer daher eine *actio utilis* gegen einen Nachlassschuldner zu.² Derselbe Kaiser gewährt ein solches Klagerecht auch einem Mitvormund, der das Mündel befriedigt hat und nun Regress bei seinem Amtskollegen nehmen will.³ Auch hier fällt die Annahme einer Prozessvollmacht schwer, weil man sie in die schlichte Leistung an das Mündel hineinlesen müsste.⁴

¹ J. D. HARKE, *Actio utilis*. Anspruchsanalogie im römischen Recht, Berlin 2016, S. 274 ff.

² D. 2,14,16pr. (Ulp. 4 ed); s. u. im Text.

³ D. 27,3,1,13 (Ulp. 36 ed.).

⁴ HARKE (Fn. 1), S. 276.

Werden bestimmte Zessionare durch eine zweckdienliche Klage geschützt, lässt sie sich anderen nicht verwehren. Unter Diokletian wird sie deshalb zur durchgängigen Rechtsfolge einer Verpflichtung zur Abtretung und der Prozessauftrag entbehrlich.⁵ Zwar überrascht die so bewirkte Asymmetrie im Verhältnis zur Sachübereignung, bei der die bloße Verpflichtung eben nicht zur Rechtsübertragung hinreicht. Genau besehen, liegt hierin jedoch kein Widerspruch, weil die Prozessvollmacht im Gegensatz zur Sachübergabe für den Rechtsverkehr unsichtbar ist. Da auch der Schuldner keinen Einfluss auf ihre Erteilung hat, gibt es sogar in seiner Person kein schutzwürdiges Interesse, das ein Festhalten am Erfordernis des Klageauftrags rechtfertigte.⁶

Eine durch die Gewährung der *actio utilis* keineswegs bewältigte Frage bleibt das Verhältnis zwischen der Klagebefugnis des alten und der des neuen Gläubigers. Weder die Erteilung einer Prozessvollmacht noch das Zugeständnis der zweckdienlichen Klage beseitigt das Klagerecht des bisherigen Gläubigers. Er kann die Abtretung praktisch ihrer Wirkung berauben, indem er die Forderung selbst einzieht oder einen Pakt mit dem Schuldner schließt, der diesen zur Verweigerung der Leistung gegenüber dem neuen Gläubiger berechtigt:

D. 2,15,17 (Pap. 2 quaest.)

Venditor hereditatis emptori mandatis actionibus cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit: si emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accommodanda est. idem respondendum est et in eo, qui fideicommissam recepit hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegit.

Der Verkäufer einer Erbschaft hat sich nach Erteilung des Klageauftrags mit einem Nachlassschuldner, der den Verkauf der Erbschaft nicht kannte, verglichen; will der Käufer der Erbschaft diese Schuld von ihm einziehen, ist dem Schuldner wegen seiner Unterkenntnis die Einrede wegen eines Vergleichs zuzugestehen. Ebenso ist für jemanden zu befinden, der einen fideikommissarisch hinterlassenen Nachlass erhalten hat, wenn der Erbe sich mit einem unwissenden Schuldner verglichen hat.

Das *pactum* ist nun auch der Weg, auf dem der Zessionar eine exklusive Rechtsstellung gegenüber dem Schuldner erlangt. Ist er mit einer Prozessvollmacht ausgestattet und so zum *procurator in rem suam* geworden,

⁵ C. 4,15,5 (a. 294), C. 4,32,19,4; C. 6,37,18 (a. 294).

⁶ HARKE (Fn. 1), S. 279 f.

ist er nicht nur zur Einziehung der Forderungen, sondern auch zum Abschluss eines Pakts berechtigt, den der Schuldner dem Gläubiger entgegenhalten kann:

D. 2,14,13 (Paul. 3 ed.)

Sed si tantum ad actionem procurator factus sit, conventio facta domino non nocet, quia nec solvi ei possit. (1) Sed si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur: et ideo servandum erit pactum conventum.

Ist jemand bloß zum Prozessvertreter bestellt, schadet eine von ihm getroffene Vereinbarung dem Geschäftsherrn nicht, weil an ihn auch nicht geleistet werden kann. (1) Ist jemand dagegen zum Prozessvertreter in eigener Sache bestellt, nimmt er den Platz eines Geschäftsherrn ein; und daher ist ein getroffener Pakt einzuhalten.

Dasselbe gilt, wenn der neue Gläubiger mit einer *actio utilis* ausgestattet ist. Auch in diesem Fall begründet ein *pactum* mit dem Zessionar für den Schuldner eine Einrede. Ulpian zufolge ist es zwar nicht die *exceptio pacti*, wohl aber die funktionsgleiche und weitgehend austauschbare *exceptio doli*:

D. 2,14,16pr. (Ulp. 4 ed.)

Si cum emptore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. nam ex quo rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.

Ist mit dem Käufer einer Erbschaft eine Abrede getroffen worden und erhebt der Verkäufer der Erbschaft Klage, steht die Arglisteinrede entgegen. Denn seitdem vom göttlichen Pius entschieden worden ist, dem Käufer einer Erbschaft zweckdienliche Klagen zu gewähren, kann ein Nachlassschuldner gegenüber dem Verkäufer der Erbschaft sich zu Recht der Arglisteinrede bedienen.

Ein solches *pactum* muss nicht die Gestalt einer ausdrücklichen Vereinbarung über einen vollständigen oder teilweisen Erlass der Forderung oder ihre Stundung annehmen. Es kann auch konkludent zustande kommen. Dies ist der Hintergrund der bekannten Entscheidung Gordians, in der er als Alternative zur Klage durch den neuen Gläubiger die Annahme einer Teilleistung oder die bloße Mitteilung über den Forderungsübergang nennt:⁷

⁷ Hierzu HARKE, Zum römisches Recht der Forderungsübertragung, TR 76 (2008) 1, 15 ff.

C. 8,41,3 (a. 239)

Imp. Gordianus A. Muciano. Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. (1) Quod si delegatione facta iure novationis tu liberatus es, frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, cum per verborum obligationem voluntate novationis interposita debito liberatus sis.

Kaiser Gordian an Mucianus. Ist keine Anweisung deines Schuldners erfolgt und die Klage daher in deiner Hand geblieben, bist du, obwohl du deinem Gläubiger an Erfüllung Statt Klageauftrag erteilt hast, dennoch, bevor die Klage rechtshängig geworden ist, er eine Leistung auf die Schuld erhalten oder deinem Schuldner Mitteilung gemacht hat, nicht gehindert, von deinem Schuldner den geschuldeten Betrag einzuziehen und auf diese Weise eine Einziehung bei ihm durch deinen Gläubiger zu verhindern. (1) Bist du dagegen im Wege der Überweisung durch Novation befreit worden, fürchtest du unnötig, dass du aus dem Grund, dass er von seinem Schuldner nicht einzieht, ein Risiko trägst, weil du durch den Verbalvertrag, wenn eine Novationsabsicht vorlag, von deiner Schuld befreit worden bist.

Sowohl die Annahme einer Teilleistung als auch die Benachrichtigung des Schuldners über die Abtretung lassen sich als stillschweigendes *pactum* deuten, das im Ergebnis dieselben Wirkungen wie die Klageerhebung hat: Schließt diese automatisch ein eigenes prozessuales Vorgehen des alten Gläubigers gegen den Schuldner aus, kann sich dieser, wenn der Zessionar eine teilweise Leistung annimmt oder den Schuldner zumindest von dem Forderungsübergang unterrichtet, mit einer *exceptio pacti* verteidigen. Denn der neue Gläubiger bekundet so, dass er nun für die Einziehung der Forderung zuständig ist, aber einstweilen nicht auf die Leistung oder den noch ausstehenden Teil besteht, und liefert damit die Grundlage für die Annahme eines konkludenten Pakts über die Stundung der Forderung.

Das durch *denuntiatio* oder Teilleistung zustande gekommene *pactum* bildet den Schlussstein zu einer stimmigen Konstruktion der Abtretung: Sie ist zwar nicht auf einen besonderen Übertragungsakt angewiesen, sondern knüpft an die bloße Verpflichtung zur Forderungszession an. Um den alten Gläubiger aus seiner Rolle zu drängen, bedarf es aber einer Publikation des Forderungsübergangs gegenüber dem Schuldner. Wird er über den Wechsel des

Anspruchsinhabers informiert, kann er nicht mehr mit befreiender Wirkung an den alten Gläubiger leisten und sich, wenn er von ihm belangt wird, mit einer Einrede verteidigen.

2 Das *pactum* bei der Schuldübernahme

Bemerkenswert ist, dass ein ganz ähnlicher Mechanismus bei der Schuldübernahme Einsatz findet und dort zur Lösung eines parallelen Problems dient. Auch die Schuldübernahme setzt lediglich die Mitwirkung von zwei der insgesamt drei Beteiligten voraus, und dies im Gegensatz zur Abtretung nicht nur, wenn sie unförmlich erfolgt, sondern sogar im Fall einer *delegatio*: Um die Verpflichtung des alten Schuldners zu beenden, genügt eine Novationsstipulation, mit der der neue Schuldner dem Gläubiger die Leistung verspricht, die bisher dem alten Schuldner obliegt.⁸ So erlischt die Verpflichtung des alten Schuldners selbst dann, wenn dieser mit seiner Befreiung gar nicht einverstanden ist:⁹

D. 46,2,8,5 (Ulp. 46 Sab.)

Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem placet, si hoc actum est: quid enim interest, ipsa an alius quilibet promittat? quod enim ego debeo si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat: si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur. non tamen si quis stipuletur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur: liberat autem me is qui quod debeo promittit, etiamsi nolim.

Hat sich der Ehemann die von einem anderen versprochene Mitgift von der Ehefrau als Mitgift versprechen lassen, wird die Mitgift nicht verdoppelt, sondern es findet eine Novation statt, wenn dies beabsichtigt ist. Was macht es nämlich für einen Unterschied, ob sie selbst oder ein beliebiger anderer das Versprechen leistet? Denn wenn ein anderer verspricht, was ich schulde, kann ich befreit werden, wenn dies zum Zwecke einer Novation geschieht; erfolgt es dagegen nicht mit der Absicht der Novation, haften zwar beide, aber wenn der eine leistet, wird der andere befreit. Lässt sich dagegen jemand

⁸ Gai. 3,176.

⁹ Zum folgenden Ulpientext und zum Verhältnis zur Drittleistung *invito debitore* EMUNDS, *Solvendo quisque pro alio liberat eum*, Berlin 2007, S. 376 ff.

versprechen, was mir geschuldet wird, entzieht er mir den Anspruch nur dann, wenn das Versprechen mit meinem Einverständnis geleistet wird; derjenige, der verspricht, was ich schulde, befreit mich aber auch dann, wenn ich dies nicht will.

Daneben ist auch eine unförmliche Schuldübernahme in der Weise denkbar, dass sich der neue Schuldner schlicht auf die Klage des Gläubigers einlässt und seine Passivlegitimation nicht in Frage stellt, sondern sich entweder überhaupt nicht oder mit anderen Argumenten gegen die Forderung verteidigt. Der Vorteil, den dieses Vorgehen zumindest im Kognitionsverfahren bietet, liegt darin, dass die Forderung gegen den alten Schuldner nicht aufgehoben wird und hierfür bestellte Sicherheiten erhalten bleiben.

Das Problem der unförmlichen Schuldübernahme liegt ebenso wie das der Abtretung in der Drittwirkung: Im Formularprozess ergibt sie sich noch daraus, dass die *litis contestatio* zum Verbrauch der eingeklagten Forderung führt.¹⁰ Sie zeitigt die Befreiung des alten Schuldners ebenso wie eine Drittleistung wiederum ohne und sogar gegen dessen Willen.¹¹

D. 46,3,23 (Pomp. 24 Sab.)

Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus.

Durch Erfüllung oder die Aufnahme eines Rechtsstreits für uns können wir sowohl gegen unseren Willen als auch ohne unser Wissen befreit werden.

Keine vergleichbare Wirkung hat die Aufnahme des Prozesses im Kognitionsverfahren. Da es nicht zur *litis contestatio* kommt, bleibt die Forderung gegen den alten Schuldner von der Klageerhebung unberührt. Und es entsteht ein ähnliches Problem wie bei der Abtretung: So wie der alte Gläubiger hier zunächst einmal nicht gehindert ist, den Schuldner noch selbst in Anspruch zu nehmen, kann der Gläubiger ungeachtet der Schuldübernahme noch den alten Schuldner belangen, der mangels *delegatio* ja nicht aus seiner Verpflichtung entlassen ist. Zwar kann durch die gerichtliche Inanspruchnahme eines Vertreters des Schuldners das Klagerecht in der Weise verbraucht sein, dass eine *exceptio rei iudicatae* begründet ist:

¹⁰ Gai. 3,180.

¹¹ Hierzu EMUNDS (Fn. 9), S. 340 ff.

D. 44,2,11,7 (Ulp. 75 ed.)

Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continerentur, quae rem in iudicium deducunt: inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum: ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in iudicium deducit.

Es gilt, dass auf Klägerseite für die Einrede des Klageverbrauchs diejenigen Personen in Betracht kommen, die den Rechtsstreit eingeleitet haben; unter diesen sind der Vertreter, dem Klageauftrag erteilt worden ist, der Tutor, der Pfleger eines Geisteskranken oder eines Mündels, der Gemeindevertreter; auf Beklagtenseite ist der Verteidiger hinzuzuzählen, weil der Kläger gegen ihn den Rechtsstreit einleitet.

Dies gilt aber, wie von Ulpian hier unausgesprochen vorausgesetzt, nur dann, wenn der Schuldner seiner Vertretung im Prozess zugestimmt hat, indem er den Auftrag zu seiner Verteidigung gegeben hat. Ist die Schuldübernahme dagegen ohne Beteiligung des alten Schuldners durch Aufnahme des Verfahrens zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner erfolgt, ist der Gläubiger mangels Klagenkonsumtion eigentlich nicht gehindert, zugleich oder später noch den alten Schuldner in Anspruch zu nehmen. So würde er sich aber in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzen, das auf den Forderungseinzug beim neuen Schuldner zielte. Interessanterweise entscheidet sich die Kanzlei unter Septimius Severus hier nicht dazu, die Forderung gegen den alten Schuldner im Wege der *exceptio doli* zu entkräften. Stattdessen gewährt sie dem bisherigen Schuldner eine *exceptio pacti*:

C. 2,3,2 (a. 202)

Impp. Severus et Antoninus AA. Claudio. Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emptores actiones suas movisse probare potueris eosque eas spontanea suscepisse voluntate, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis.

Kaiser Severus und Antoninus an Claudius. Kannst du beweisen, dass nach dem Verkauf der Erbschaft durch dich die Gläubiger gegen die Käufer Klagen erhoben und diese sie freiwillig aufgenommen haben, verteidigst du dich nicht zu Unrecht mit einer Einrede aufgrund eines stillschweigenden Pakts.

Es ist sicherlich kein Zufall, dass es wieder um den Fall eines Erbschaftskaufs geht. Nicht nur bei der Übertragung der zum Nachlass

gehörenden Forderungen, auch bei der Übernahme der hierauf lastenden Schulden stellt sich das Problem, dass man dem Kaufvertrag wegen seines Bezugs auf eine Sach- und Rechtsgesamtheit keinen Auftrag für die Führung eines konkreten Rechtsstreits entnehmen kann. Damit steht dem Erbschaftsverkäufer als altem Schuldner nicht die *exceptio rei iudicatae* zu, wenn der Nachlassgläubiger es sich nach Inanspruchnahme des Erbschaftskäufers anders überlegt und noch den Verkäufer belangen will. Die Kanzlei verwehrt ihm eine solche Klage aber unter Verweis auf ein *pactum tacitum*, auf das sich der Verkäufer berufen darf. Damit kann keine Abrede zwischen Käufer und Verkäufer gemeint sein, die so wenig gegenüber dem Nachlassgläubiger wirken könnte wie die Stipulationen, mit denen die Parteien eines Erbschaftskaufs die Übertragung der Aktiva und die Übernahme der Passiva versprechen¹². Die Annahme eines *pactum* muss an ein Verhalten des Gläubigers anknüpfen; und als solches kommt allein die Inanspruchnahme des Erbschaftskäufers in Betracht. Mit ihr erklärt der Gläubiger stillschweigend, dass er sich fortan an diesen halten will und den Verkäufer entlastet sieht. Da man dessen Einverständnis zu dieser Erklärung voraussetzen kann, kommt zwischen beiden eine formlose Vereinbarung zustande, die dem Gläubiger den Rückgriff auf seinen alten Schuldner verwehrt. Auch ohne Novation der ursprünglichen Forderung ist so ab Bekundung der Absicht, den neuen Schuldner in Anspruch zu nehmen, dieser nun exklusiv für die Erfüllung der Forderung zuständig.

3 Ergebnis

Die Figur des stillschweigenden Pakts dient sowohl bei der Abtretung als auch bei der Schuldübernahme als Mittel zur Perfektion des Transfers von Forderung oder Verpflichtung: Im Fall der Abtretung sorgt es dafür, dass der Schuldner nicht mehr an den alten Gläubiger leisten muss, so dass der neue Gläubiger nun ausschließlich für den Forderungseinzug zuständig ist. Bei der Schuldübernahme bewirkt es, dass der Gläubiger nicht mehr auf den Schuldner zugreifen kann, sondern die Forderung allein von dem neuen Schuldner einziehen darf. Den Ansatzpunkt für die Annahme eines *pactum* bietet jeweils ein Verhalten der nach dem Übertragungsgeschäft für den Forderungseinzug zuständigen Person. Bei der Schuldübernahme ist es der Gläubiger, bei der Abtretung der Zessionar. Seine Erklärung, nun Inhaber

¹² Gai. 2,252.

des Anspruchs zu sein oder sich an den neuen Schuldner halten zu wollen, bildet die Grundlage für eine anspruchsausschließende Vereinbarung, weil das Einverständnis des betroffenen Schuldners zu unterstellen ist. Bei der Schuldübernahme muss er sich seine Befreiung ebenso gefallen lassen wie seine Entlastung durch Dritteistung oder *delegatio*; bei der Abtretung verhielte er sich treuwidrig, wenn er den ihm offenbarten Forderungsübergang ignorierte und weiterhin an den alten Gläubiger leisten wollte.

Kořeny zásady *pacta sunt servanda* v římském právu

Petr Bělovský

1 Základní prvky dohod: *conventio* a *consensus* – 2 Smluvní nominalismus – 3 *Pacta* a jejich vymahatelnost – 4 Vývoj doktríny o všeobecné závaznosti dohod

Historické kořeny dnes klíčové zásady soukromého práva *pacta sunt servanda* spočívají paradoxně v právě opačné zásadě římského práva, formulované klasickým právníkem Ulpianem *nuda pactio obligationem non parit*.¹ Navzdory tomu jsou obě zásady stojící na vzdálených koncích pomyslné osy vývoje obligačního práva historicky propojené, jak se autor pokusí vysvětlit v této kapitole.

Římské právo nikdy nedospělo k principu všeobecné závaznosti dohod, tak jako nikdy nedospělo ani k obecným pravidlům obligačního či smluvního práva.² Naopak, přístup starých Římanů k dohodám o určitém plnění, ať už uzavíraných formálním nebo neformálním způsobem, byl selektivní. Římské právo stálo tradičně na institucionální typizaci, což mělo zvláštní význam zejména u obligací,³ jak vyplývá už z Gaiovy učebnice, sepsané v klasickém období římského práva.⁴ Pouze takové dohody byly vymahatelné, které byly uznány jako konkrétní nominální typy.⁵ To vyplývalo zejména z převážně procesněprávní povahy římského soukromého práva, které mělo rovněž typizovaný charakter, kdy pro uplatnění určitého nároku bylo třeba vznést otázku *qualis actio*, jakou žalobou je možné se nároku domáhat u soudu?

¹ Ulp. D. 2, 14, 7, 4: „... pouhá dohoda nezakládá závazek“. Tato zásada byla parafrázována také v podobě zásady *ex nudo pacto actio non oritur*.

² Česká právní terminologie, stejně jako ta římská, nemá ustálený výraz pro jakýkoli druh vzájemného ujednání. Proto v této kapitole používá autor termín „dohoda“ v souladu s římským užitím slova *pactum*, a tedy pro jakýkoli typ dohody, stejně jako pro specifický druh neformálního ujednání, který je jako takový v pramenech označen, anebo jenž nebyl římským právem vymahatelný. Konkrétní význam je proto nutno dovodit z kontextu.

³ Ale nejen v obligačním právu, výrazně se to projevovalo ve všech oblastech římského práva, dále například v omezeném výčtu uznaných typů služebností, pořízení pro případ smrti, institutů pro zřízení věna atd.

⁴ Inst. Gai. 3,88–90.

⁵ Viz Ulp. D. 2,14,7,1. To platilo již v archaickém právu, viz například nejstarší typy kontraktů jakým byly *nexum* či *mancipace*, jakožto původně reálný formální prodej věci.

Odpověď na ní bylo možné nalézt původně pouze v seznamu legisakcí (který byl až do 3. století před Kr. veřejnosti nepřístupný), a po zavedení formulového procesu v prétorském ediktu. Ještě Ulpianus ve 3. století tak pojednává o kontraktech na základě žalob.⁶ Moderní smlouvy platného práva tak nevznikly jako instituty hmotného práva, ale jejich počátek spočíval v právu procesním, v němž se postupně utvářely konkrétní žalobní formule (žaloby), na jejichž základě se později formoval obsah nominálních typů smluv a dohod.

Důvody, proč římské právo nikdy nedospělo k principu všeobecné závaznosti dohod a nepřekročilo nikdy práh typizace obligací, spočívaly ve statickém charakteru tradičního *ius civile*, stejně jako v kazuistickém a procesním charakteru římského práva jako celku. Římané chápali *ius civile* jako součást základů své národní identity, za odkaz otců zakladatelů římské obce, a proto normy a instituty republikového *ius civile* byly statické a prakticky nezměnitelné. Navzdory římskému pragmatismu nebylo přípustné (zejména za republiky), aby se *ius civile* měnilo dle požadavků praxe, a to ani cestou legislativy, což bránilo rozšiřování škály kontraktních typů. Teprve se zavedením prétorské jurisdikce v oblasti procesního práva a s vlivem *iuris gentium*, se právo začíná pozvolna přizpůsobovat aktuálním požadavkům praxe. Římští právníci přitom studovali právo jako praktickou disciplínu, a proto se soustředili na konsistentní rozhodování v jednotlivých kauzách, aniž by ovšem měli potřebu systematicky formulovat obecné principy pro určitá odvětví práva. Takto přistupovali i k jednotlivým smlouvám a dalším dohodám, které buďto vyplývaly z obyčejů, anebo je přinášela právní praxe, výrazně ovlivněná importovanými zvyklostmi.⁷ Ještě v klasickém právu se sice dospělo k základní klasifikaci obligací (kontrakty a delikty), ale známá kvadripartice rozšířená o kvazikontrakty a kvazidelikty byla formulována až v justiniánské kodifikaci. K obecnému systému závaznosti jednotlivých typů dohod však římské právo nespělo nikdy a základy teorie závazkového práva tak byly položeny teprve ve středověku.

1 Základní prvky dohod: *conventio a consensus*

Nikoli pro každou dohodu, nýbrž jen pro vybrané typy slibů či vzájemných ujednání vytvářelo římské právo žaloby, ať už na základě obyčejového práva,

⁶ Ulp. D. 2,14,7,1.

⁷ Cic., De inv. 2,22 a Herm. D. 1,1,5.

či jiných pramenů.⁸ Mezi typizované, a tedy i žalovatelné dohody, uznané civilním právem patřily zejména smlouvy – kontrakty (*contractus*), což je patrné mimo jiné v klasickém výroku *legem enim contractus dedit* (srov. Ulp. D. 50,17,23), jenž ukazuje na význam dohody pro vymahatelnost kontraktů, stejně jako na právní sílu kontraktů.⁹ Okruh právem uznaných smluvních typů, které Ulpianus označuje za pojmenované (odsud byl později odvozen pojem nepojmenovaných kontraktů),¹⁰ byl striktně omezen. Z pramenů však víme, že Římané používali v praxi i některé další typy dohod s ustáleným obsahem, které však *de iure civili* nebyly (původně) žalovatelné. Byly označovány různými jmény – *pactum*, *receptum*, *constitutum* apod., ale postupem času se pro ně vžilo souhrnné označení *pacta*, nebo též *conventiones* (viz níže). Některé z nich byly během vývoje uznány za nepojmenované kontrakty, ačkoli své jméno získaly již dávno před tím, jako například *precarium* (výprosa) či *permutatio* (směna).

Ani klasická jurisprudence zjevně neusilovala o rozšíření vymahatelnosti na všechny neformální dohody a pokud můžeme soudit z dostupných pramenů, nevnímala omezení rozsahu vymahatelných typů dohod jako problém, ať už praktický, či systémový. Pravdou ovšem je, že v justiniánském právu již byly téměř všechny v praxi používané dohody uznány za vymahatelné. Cesta k tomuto stavu však nevedla přes všeobecný princip uznání vymahatelnosti dohod, ale přes postupné uznávání jednotlivých nominálních typů. Ani uznání inominálních kontraktů k čemuž s definitivní platností došlo až v justiniánské kodifikaci tento přístup neprolomil, protože i tato kategorie byla zúžena na reálné kontrakty synalagmatické, jejichž vymahatelnost byla podmíněna již poskytnutým plněním jednou smluvní stranou.

Mezi nejstarší typ právem uznaných dohod patřily kontrakty (*contractus*). Sloveso *contrahere* znamená doslova stáhnout či sloučit dohromady, což v právním významu opisuje právní spojení, respektive právní vztah, více osob. Proto se v pramenech setkáváme nejen s obraty *contrahere negotium*,

⁸ Jakkoli normativní povaha obyčejového práva v římském právu je sporná. Viz například KLEŇOVÁ, V.: Obyčejové právo římské – *ius, quod (etiam) ex auctoritate prudentium venit*. In Právník. Č. 9 (2012).

⁹ Tento fragment byl později parafrázován ve sbírce dekretálií papeže Bonifáce VIII. *Liber sextus*, respektive v připojeném výčtu 88 právních zásad (*regulae iuris*): *Contractus ex conventione legem accipere dignoscitur*. „Má se za to, že smlouva nabývá závaznosti na základě dohody stran“. (reg. 85).

¹⁰ Ulp. D. 2,14,7,1: ... *transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*, „... odvozují od nich (žalob) jména...“.

ale také *contrahere matrimonium* či dokonce *contrahere crimen*.¹¹ Ovšem jako substantivum se pojem *contractus* vyskytuje již téměř výlučně jako obligace v kontrapozici vůči deliktu (*delictum*, eventuálně ale též *male contractus*),¹² což je důsledek Gaiovy systematiky,¹³ a později též vůči kvazikontraktům a kvazideliktům.¹⁴ V klasické době se některé kontrakty označují také řeckým výrazem „synallagma“ (*συναλλαγμα*), jak to činí například Aristo v Ulpianově komentáři k ediktu.¹⁵ Pojmenování dalších typů dohod, eventuálně náležitostí takových dohod, není v pramenech používáno zcela konsistentně. Nejširší termín používaný pro označení soukromoprávních vzájemných ujednání bylo *conventio*, což byl také pojem používaný pro dohody (ale také pro *pacta*) středověkou právní vědou. Zdrojem byl zejména Ulpianův fragment z komentáře k prétorskému ediktu D. 2,14,1,3:

Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.

Slovo dohoda (*conventio*) je obecný výraz a vztahuje se na všechno, co si na základě právního jednání vzájemně dohodnou ti, co se chtějí vzájemně zavázat, nebo smířit. Neboť se říká, že se dohadují (*convenire*) ti, co přicházejí (*veniunt*), aby se na jednom místě sešli (*colliguntur*), a také, že se ti, co se z různých pohnutek myslí na tomtéž shodnou (*consentiunt*), tedy že dosáhnou shodného stanoviska (*sententiam*). Do té míry je tedy dohoda (*conventio*) obecný výraz, neboť jak říkal znamenitý Pedius, není smlouvy (*contractum*), a není (tedy) obligace (*obligationem*), která by v sobě neobsahovala dohodu (*conventionem*), ať už vzniká předáním věci, nebo slovy. Dokonce i stipulace, která vzniká slovy, bude neplatná, pakliže neobsahuje shodu (*consensum*).

¹¹ Ulp. D. 12,5,2,2. K tomu viz například VÁŽNÝ, J.: Římské právo obligační. Část I. Bratislava (1924), s. 35–36.

¹² Tryph. D. 42,1,52. K tomu viz VÁŽNÝ, J.: Římské právo obligační. Část I. Bratislava (1924), s. 36.

¹³ Inst. Gai. 3,88.

¹⁴ Gai. D. 44,7,5.

¹⁵ Ulp. D. 2,14,7,2. Řecký výraz *συναλλαγμα* bylo však obecným označením pro smlouvu.

Ačkoli tedy podle citovaného fragmentu je *conventio* obecný výraz pro dohodu, byly pojmy *consensus* a *conventio* užívány *promiscue*, tedy i ve smyslu shodné a jednotné vůle subjektů potřebné pro vznik závazku.

Také slovo *pactum* se v pramenech užívá v různých významech. Ulpianus jej definuje slovy *pactum est duorum consensus atquae conventio*, „pakt (*pactum*) je souhlas (*consensus*) a dohoda (*conventio*) dvou (osob)“.¹⁶ Znění tohoto fragmentu ilustruje to, že klasická jurisprudence nedbala zcela důsledně na dodržování terminologie a při práci s právní materií se soustředila spíše na obsah než na formu. Snaha o pojmovou konsistentnost lze pozorovat teprve od středověku a svého vrcholu dosáhla zejména v procesu kodifikace.

2 Smluvní nominalismus

V klasické době platí, že smlouvy (kontrakty) vznikají *verbis, literis, re a consensu*.¹⁷ Mezi nejstarší kontrakty patřily formální verbální kontrakty, jejichž závaznost vyplývala z přísahy, respektive ze slavnostního slibu (*sponsio*), jenž musel být pro vyvolání zamýšlených právních účinků recitován přesně stanovenými formulami, jejichž znění vycházelo z ústní tradice. Přítomny musely být zásadně obě (respektive všechny) smluvní strany, které si vzájemně odpovídaly na stanovené otázky *dari spondes? – spondeo* (slibuješ dát? slibuji), *facies? – faciam* (uděláš? udělám) apod.¹⁸ Závaznost takového slibu ovšem nespočívala pouze na normách právních, ale původně na náboženských a morálních. Závazek poskytnout určité plnění tak nebyl dán pouze protistraně, ale zejména bohům, respektive božstvům, což vyplývalo jak z morálky starých Římanů doby archaické, tak i z prolnutí světského práva (*ius*) s náboženskou tradicí (*fas*), což bylo v archaické době typické. Mezi nejstarší typy patřila zejména stipulace, slavnostní slib, jenž navzdory své formálnosti se v praxi udržel dlouho do doby klasické. Jak vyplývá z pramenů, ještě za principátu se běžně používaly pro určité druhy obchodních ujednání souběžně neformální i formální (zejména verbální) právní ujednání. Ukázkou může být nakupování genericky určených věcí, zejména vína, oleje, které se praktikovalo jak neformálním způsobem (*emptio venditio*),

¹⁶ Ulp. D. 50,12,3pr.

¹⁷ Inst. Gai. 3,89.

¹⁸ Inst. Gai. 3,92. Viz například DOSTALÍK, P.: *Conditiones* římského práva a moderní kodifikace. In STLOUKALOVÁ, K. (ed.): *Soudobé reflexe římského práva: římské právo v moderních kodifikacích*. Praha (2015), s. 163.

tak i tradiční stipulací.¹⁹ V tomto případě byla příčinou skutečnost, že římské klasické právo neuznávalo prodej čistě genericky určených věcí s ohledem na neurčitost objektu. Pro stipulaci to však nepředstavovalo překážku, protože zde se vymahatelnost kontraktu opírala o dodržení formy.

Již v průběhu republiky však došlo k zásadnímu zvratu. S rozvojem římské společnosti, římské ekonomiky a zejména pak obchodu, začaly být za závazné uznávány také dohody, které byly založeny prostým vzájemným souhlasem, tedy bez ohledu na formu, přítomnost svědků nebo jiné tradiční náležitosti původně vyžadované civilním právem. Stalo se tak zejména po zavedení formulového procesu zákonem Aebutiovým (někdy v polovině 2. století před Kr.), který prétorovi přiznal diskreční pravomoc ohledně vytváření nových žalob (*actiones*), které postupně nahradily starší a formální *legis actiones*.²⁰

Z hlediska vývoje římského práva představovalo uznání neformálních kontraktů zásadní průlom. Nejenže urychlovaly právní jednání, ale umožňovaly například zakládat smlouvy na dálku, případně v zastoupení, což u formálních (verbálních) kontraktů bylo nepřipustné.²¹

Výchozím pojmem pro uznání závaznosti neformálních dohod byla *fides*, vzájemná důvěra a poctivost, respektive *bona fides* v širším významu, jednání v dobré víře, s důvěrou v poctivost protistrany a bez úmyslu protistranu dohodnutým jednáním poškodit. Prétor začal poskytovat tzv. faktické žaloby (*actiones in factum conceptae*), které sice neměly oporu v tradičním a statickém *ius civile*, ale vycházely ze společenské reality, tedy ze skutečnosti, faktu. Zejména pak začal svými žalobami chránit ty vztahy, které se opíraly o vzájemnou důvěru a poctivost smluvních stran, tedy o přesvědčení, že protistrana dostojí svému závazku a že nemá v úmyslu druhého poškodit. Většina z žalob přiznaných neformálním kontraktům byly také proto označovány jako tzv. *actiones bonae fidei*, žaloby z dobré víry, které poskytovaly podstatně volnější prostor pro projednání žalobního nároku u soudu než u jiných právních jednání. Mezi tento typ žalob proto počítáme zejména žaloby z nejfrekventovanějších typů dohod, t.j. *actio empti* a *actio venditi*, z nichž se vyvinula neformální kupní smlouva (*emptio venditio*), *actio locati* a *actio conducti*, jež se staly základem

¹⁹ Srov. Ulp. D. 45,1,75,2; Iul. D. 18,1,39; Ulp. D. 18,6,1pr.; Ulp. D. 18,6,4; Paul. D. 18,6,8pr. Blíže k tomu viz BĚLOVSKÝ, P. *In vino veritas*: víno v římském právu. In BĚLOVSKÝ, P./STLOUKALOVÁ, K. (eds.): *Caro amico*: 60 kapitol pro Michala Skřejpka aneb římské právo napříč staletími. Praha (2017), s. 46n.

²⁰ K tomuto zásadnímu okamžiku ve vývoji římského práva nalézáme zmínku zejména u Aulla Gellia. Viz NA 16,10.

²¹ Inst. Gai. 3,136.

pro *locatio conductio* (nájem), rovněž tak *actio depositi directa* a *actio depositi contraria*, jakožto žaloby z úschovy a další žaloby, na jejichž základě vznikly neformální kontrakty. Tyto žaloby byly postupem času, avšak ještě za republiky, inkorporovány do *ius civile* a v prétorském ediktu byly uvedeny v kapitole *De bonae fidei iudiciis*. Gaius nám uvádí příklad formule (žaloby) koncipované na základě dobré víry:

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

Budiž soudcem. Protože Aulus Agerius dal Numeriovi Negidiovi do úschovy směnářenský stolek, odsud' soudče Numeria Negidia, aby v případě, že nevrátí tu věc, o kterou se jedná, nahradil Aulovi Ageriovi všechno to, co podle zásady dobré víry má kvůli té věci Numerius Negidius povinnost Aulovi Ageriovi dát (či) vykonat. Nevyjde-li (to) najevo, osvobod' (žaloveného).

Vnější projevem důvěry vyjádřené ve vzájemné *fides* byl *consensus* (nebo též *conventio*, viz výše). Takto Gaius například hovoří o uzavírání neformálních kontraktů:

*Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficeos, qui negotium gerunt, consensisse.*²²

Říkáme pak, že se obligace v těchto případech uzavírají (pouhým) souhlasem (*consensu*) a tedy bez nějakých náležitostí, slovních či písemných, ale postačí, pokud se dohodnou ti, kdo vedou právní jednání.

K tomu výslovně dodává, že u těchto kontraktů se klade důraz na to, aby smluvní strany jednaly *ex bono et aequo*,²³ což je prvek, který jednak podtrhuje význam vzájemného souhlasu při oproštění od jeho formy,

²² Inst. Gai. 3,136. V podobném duchu se vyjádřil i Ulpianus v D. 50,17,23. Z tohoto fragmentu je odvozena známá parafráze *conventio legem dat contractui* (souhlas dává kontraktu sílu zákona).

²³ Inst. Gai. 3,137. K autenticitě obratu *ex bono et aequo* v tomto fragmentu viz například KASER, M.: Das römische Privatrecht. München (1971), s. 526.

a současně vyjadřuje základní náležitost obsahu konsenzu. Shoda na obsahu kontraktu, respektive consensus, je tedy klíčová pro závaznost kontraktu. Jak již bylo výše uvedeno, Ulpianus se jasně vyjádřil k významu shodné vůle na uzavření jakékoli dohody: *nullum esse contractum, nulla obligationem, quae non habeat in se conventionem sive re, si veverbis fiat*²⁴, tedy „... není smlouvy, a není (tedy) závazku, které by neobsahovaly shodu, ať věci či slovy vyjádřenou“. Součástí konsenzu je tedy přesvědčení jedné smluvní strany, že druhá strana smýšlí o jejich závazku podobně, což dává navenek najevo tím, že souhlasí s uzavřením smlouvy.

Je tedy patrné, že původní důraz na formu, kladený archaickým římským právem, se v klasickém právu změnil a rozhodující pro posuzování účinků vzájemné dohody o poskytnutí určitého plnění, ať už při vzniku takové dohody, nebo v průběhu trvání určitého vztahu, se stala vůle zúčastněných subjektů, jak to potvrzuje Papinián:

*In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.*²⁵

Bylo uznáno, že při dohodách je třeba přihlížet spíše k vůli, než ke slovům.

3 *Pacta* a jejich vymahatelnost

Jak již bylo uvedeno, vedle kontraktů docházelo v každodenní praxi, zejména pak v důsledku rozvoje obchodu, k uzavírání i jiných typů dohod, které republikové *ius civile* nereflektovalo. Mezi takové patřilo zejména *pactum* (*actio*), ale také dohody s jinými názvy jako například *receptum*, *constitutum*, *pollicitatio* a další.²⁶ Zastřešujícím pojmem pro všechny neformální a původně nevymahatelném dohody se stalo nicméně *pactum*.

Slovo *pactum* (v pramenech též *actio*) vychází etymologicky od slova *pax* (mír)²⁷ a vyjadřuje tedy shodu na určitém řešení (ať už sporu nebo vyjednávání o určité), které prospívá oběma stranám. Nejstarší *pacta* byla

²⁴ Ulp. D. 2,14,1,3.

²⁵ Pap. D. 50,16,219.

²⁶ Z pramenů římského práva není zřejmé, proč určitá ujednání Římané označovali slovem *pactum* (například *pactum protimisseo*) a jiná soukromoprávní ujednání podobného charakteru označovali jinými výrazy, například *receptum arbitri*, *constitutum possessorium*. Šlo pravděpodobně o vliv praxe.

²⁷ Ulp. D. 2,14,7,1.

totiž uzavírána jako příměří mezi stranami, které se dohodly (t.j. uzavřely *pactum*) na smířícím urovnání sporu s tím, že se nebudou vzájemně žalovat, o čemž svědčí již Zákon dvanácti desek.²⁸

Oproti neformálním kontraktům však jiné typy neformálních dohod *ius civile* v důsledku své statické povahy původně neuznávalo za vymahatelné a nevytvořilo pro ně ani žaloby, jimiž by bylo možno se slíbeného plnění domáhat u soudu. To se projevilo ve formulaci zásady *ex nudo pacto actio non oritur*, „... z pouhé (holé) dohody nevyplývá žaloba“, která vychází z Ulpianova proslulého stanoviska k prétorskému ediktu.

*Sed cum nulla sub est causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*²⁹

Ale pokud není doprovozena důvodem (kauzou), je shoda v tom, že (pouhým) souhlasem (*conventio*) nelze založit závazek. A tedy prostá dohoda (*nuda pactio*) žalobu nezakládá, avšak zakládá námitku.

Pakta tedy sice nezakládala vymahatelný závazek, a tedy ani žalobu, ale zakládalo alespoň procesní námitku (*sed parit exceptionem*). Přestože tedy pakta nebyla přímo vymahatelná, postupem času si získala určitou právní váhu. To lze vidět i ve znění prétorského ediktu, které nám zprostředkovává Ulpianus:

*Ait praetor: „pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebiscita senatusconsulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo“.*³⁰

Prétor říká: „dohody, které nebyly uzavřeny ve zlém úmyslu, nejsou v rozporu se zákony, plebiscity, usneseními senátu, výnosy a vyhláškami císaře, a které neobcházejí žádný z nich, budu chránit“.

Uvedené prohlášení však nelze brát jako obecnou deklaraci obecné vymahatelnosti dohod, avšak šlo přesto o historický významný krok ve vývoji závaznosti dohod, který se záhy projevil například v uznání vedlejších dohod z kontraktů založených na dobré víře (*pacta adiecta*, zejména koupě,

²⁸ Aul. Gell., NA 20,1,46–47: *erat autem ius paciscendi*.

²⁹ Ulp. D. 2,14,7,4.

³⁰ Ulp. D. 2,14,7,7.

nájem). V další fázi došlo ke vzniku další skupiny dohod, tzv. *pacta praetoria*, neformálních mimosmluvních dohod, z nichž však vyplývaly přímo žaloby (například *constitutum debiti*, *receptum argentarii* ad.) Avšak i navzdory žalovatelnosti některých paktů, i nadále přetvrávaly typy ujednání, které nebyly vymahatelné. Zůstává otázkou, proč římské právo, pokud učinilo krok směrem k vymahatelnosti neformálních kontraktů a také některých paktů nepřiznalo žaloby také ostatním neformální právním ujednáním odlišným od kontraktů. Za hlavní příčinu lze spatřovat skutečnost, že římské právo setrvalo ve své kazuistické povaze a nedospělo tedy k formulaci obecných právních norem v oblasti soukromého práva. To platí i přesto, že klasická jurisprudence dávala souhlasu, respektive konsenzu u paktů, stejnou váhu jako kontraktům, respektive zdůrazňovala, že bez konsenzu nemůže vzniknout nejen kontrakt, ale ani *pactum*. Opět Ulpianus tak konstatuje, že *Pactum est duorum consensus atque conventio*,³¹ tedy „Dohoda je souhlas a ujednání dvou (osob)“.

Ani klasická jurisprudence neshledávala potřebným překročit práh smluvního nominalismu, ani zásadním způsobem rozšiřovat okruh již známých smluvních typů, to neodpovídalo dobovému myšlení. Je tak například pozoruhodné, že například dohoda o směně zboží (*permutatio*), která musí být fakticky starší než kupní smlouva, jež mohla vzniknout teprve po zavedení peněz, byla uznána za závaznou teprve v rámci nepojmenovaných kontraktů, tedy až za císařství. Za republiky tedy prétor nepovažoval takový vztah za žalovatelný, a to patrně na základě vlastního hodnocení (*aequitas*) společenské a hospodářské užitečnosti či přijatelnosti takového vztahu. Podobným příkladem může být *donatio*, darování, t.j. *pactum*, které bylo uznáno za žalovatelné rovněž až v době císařské. Zde byl ovšem důvodem především záporný postoj Římanů k bezúplatnému převodu vlastnictví, darování, o jehož motivech můžeme spekulovat. Za republiky bylo darování buďto přímo zákonem zakázáno, anebo alespoň regulováno (například darování za zastupování u soudu).³² Uznání darování za kontrakt bylo proto za republiky vnímáno za odporující tradičním společenským pravidlům a etickým hodnotám, na které Římané v době republikové velmi dbali. Ke změně přístupu došlo teprve za principátu, kdy bylo neformální darování uznáno *ex lege* za *pactum legitimum*, tedy vlastně za žalovatelný smluvní typ.

³¹ Ulp. D. 50,12,3pr. Obdobně Ulp. D. 2,14,1,2: *Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*. „Dohoda (*pactio*) je shoda dvou nebo více (osob) na stejných pravidlech“.

³² Viz zejména například *lex Cincia de donis et muneribus* či *lex Iulia iudiciorum privatorum*. Až do justiniánského práva se tak udržel v platnosti zákaz darování mezi manželi.

Terminologie byla zachována i poté, co byla uznána žalovatelnost některých protiplnění na základě již poskytnutého plnění z neformální dohody, což představovalo základ pozdějších inominátních kontraktů. Ani z jejich zavedení však nelze dovozovat princip všeobecného uznání neformálních dohod. Za žalovatelné kontrakty bez nominálního označení (t.j. inominátní) byla považována pouze taková synalagmatická ujednání, u nichž jedna ze stran poskytla slíbené plnění, pročež v právní nauce hovoříme o inominátních kontraktech reálných. Vznik inominátních kontraktů spojujeme se zavedením žaloby *actio praescriptis verbis*, kterou bylo možné se domáhat protiplnění na základě již poskytnutého plnění.

4 Vývoj doktríny o všeobecné závaznosti dohod

Selektivní přístup k závaznosti neformálních dohod přetrval v římském právu po celou dobu starověku a promítl se i do justiniánské kodifikace. Postupné změny, které nastaly s rozvojem právní vědy ve středověku na základě nové vlny zájmu o římské právo, byly výsledkem několika faktorů. Zásadní vliv na doktrinární přístup k otázce všeobecného uznávání neformálních dohod mělo překonání překážek, které vyplývaly z charakteru *ius civile*, tedy zejména z jeho statické a kazuisitické povahy, a dále pak v postupném rozvolňování z toho plynoucího přísného právního nominalismu, respektive typizace kontraktů a obligací celkem. Naopak středověká romanistická doktrína velmi rychle dospěla k novým vědeckým metodám v přístupu k právu (například zdokonalením interpretace *per analogiam*), které spočívaly jednak v teoretickém přístupu k právní materii, jednak v abstraktním či obecném pojetí právní normy, což byl posun od převážně procesního charakteru římského klasického práva. Na myšlení glosátorů a komentátorů měla vliv nově zpřístupněná (objevená a přeložená) díla antické filosofie, zejména pak s nástupem renesance, která dala nové podněty vědeckému přístupu k právu.³³ Hlavními faktory, které působily na nové chápání závaznosti dohod, se stalo jednak *ius commune* a *lex mercatoria*, které zohledňovaly potřeby obchodní praxe severoitalských městských států a do něhož se promítal také vliv křesťanství, a to jak jeho

³³ Viz například MLKVÝ, M.: K metóde vytvárania právnych pravidiel z fragmentov Digest v raných recepčných školách rímskeho práva. In VLADÁR, V. (ed.): *Digesta Iustiniani – thesaurus iurisprudentiae*. Zborník z medzinárodnej romanistickej konferencie uskutočnenej 10. novembra 2017 na Právnickej fakulte Trnavskej univerzity v Trnave. Bratislava : VEDA, 2018, s. 100n.

ideových hodnot, tak provázání kanonického práva s právem římským v oblasti právní vědy.

Historicky první písemnou formulací zásady všeobecné závaznosti dohod nacházíme v prostředí církevního práva,³⁴ konkrétně pak v souvislosti se sporem dvou biskupů o hranice mezi dvěma diecézemi, jímž se zabýval církevní koncil v Kartágu roku 348 po Kr.³⁵ Ten ve svém rozhodnutí použil slova *pax servetur et pacta custodiantur*, tedy „... budiž zachováván smír a dodržovány úmluvy“. Toto rozhodnutí bylo v roce 1234 převzaté do sbírky dekretálií papeže Řehoře IX. Nazvané *Liber extra* (pod titulem *De pactis*),³⁶ která se později stala součástí *Corpus iuris canonici*. K závěru kartaginského soudu byla v *Liber extra* doplněna poznámka: *pacta quantum cunque nuda servanda sunt*, teda „... dohody, třebaže holé, je nutno dodržovat“.

Tento výrok klade důraz na slova *quantum cunque nuda*, z nichž je patrné, že ještě ve 13. století římsko-kanonická právní věda používala klasický pojem *pactum nudum* ke zdůraznění nežalovatelnosti určitého druhu dohod. Z formulace je patrný vliv prérétského ediktu, respektive vyjádření prétora k procesnímu významu paktů, jak jej cituje Ulpianus ve výše uvedeném fragmentu D. 2,14,7,7: *Ait praetor: Pacta conventa [...] servabo*. Nejedná se ale o jedinou formulaci v justiniánské kodifikaci. Prérétský edikt parafrázuje (zřejmě pod vlivem Ulpianovy poznámky) také císař Justinián v jednom ze svých rozhodnutí zařazeném do jeho Kodexu:

Si enim ipso edicto praetoris pacta conventa, quae neque contra leges nec dolo malo inita sunt, omni modo observanda sunt ...³⁷

Jestliže podle prérétského ediktu byly uzavřené dohody, které nejsou v rozporu se zákony, ani nebyly vyvolány zlou vůlí, musí být v každém případě dodržovány ...

³⁴ Viz zejména ZIMMERMANN, R.: *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford (1990), s. 542n; VISSER, C.: *The Principle Pacta Servanda Sunt in Roman and Roman-Dutch Law, with Specific Reference to Contracts in Restraint of Trade*. In *South African Law Journal*. Vol. 101 (1984), s. 641n. K aplikaci zásady zejména v kanonickém právu viz též například JEREMY, A.: *Pacta Sunt Servanda the Influence of Canon Law upon the Development of Contractual Obligations*. In *Christian Law Review*. Vol. 144 (2000), No. 4.

³⁵ Proto je k případu uváděna poznámka *ex consilio Africano*. Není ovšem bez zajímavosti, že tato konkrétní úmluva mezi oběma biskupy byla ujednána písemně. Viz ZIMMERMANN, R.: *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford (1990), s. 543.

³⁶ X 1,35,1.

³⁷ Cod. Iust. 2,3,29,1.

Z tohoto znění je zřejmé, že je to spíše znění kodexu, které ovlivnilo formulaci uvedenou v *Liber extra*. Justinián zde cituje pramen (*edicto praetoris*) a částečně kopíruje jeho formulaci (*pacta conventa*), kterou interpoluje v pasáži věnované kriteriu legality (*contra leges*, namísto jmenovitého výčtu pramenů). Každopádně, jak Ulpianova, tak Justiniánova citace shodně konstatují, že závazné *pactum* nesmí být uzavřeno *dolo malo*, ve zlém úmyslu, což je zjevný odkaz na tradiční *fides*, která je tedy i za Justiniána stále hlavním kriteriem právní závaznosti dohod. Namísto prétorského *servabo* (udělím) však Justinián deklaruje *observanda sunt* (mají být dodržovány), a právě tato slova, respektive podobnost na formulaci *Liber extra* (*Pacta [...] servanda sunt*), nám ukazují na to, který z obou pramenů byl vzorem pro *Liber extra*. Pro domněnku, že vzorem byl Kodex, spíše než *Digesta* (či snad přímo Ulpianův komentář k ediktu) by svědčila snad i skutečnost, že zatímco díla klasické právní vědy, stejně jako samotná *Digesta*, byla ve druhé polovině prvního milénia prakticky zapomenuta, určité povědomí o justiniánském Kodexu přetrvala i ve druhé polovině prvního tisíciletí.

Změna ze *servabo* na *observanda sunt* přitom reflektuje posun od klasického, respektive prétorského práva, k pramenům císařského období. Termín *servabo* (budu dodržovat, chránit) vychází z procesněprávní jurisdikce římských prétorů, kteří svými edikty rozhodovali o uznání určitých právních nároků zaváděním procesních prostředků, jimiž bylo možné se obracet na soud. V tomto případě tedy sloveso *servabo* ve svém technickém významu znamená „udělím žalobu“. Naproti tomu císařské konstituce, stejně jako celá justiniánská kodifikace, jsou již prameny hmotného práva, od jehož norem se odvozují subjektivní práva (jakkoli tento pojem ještě v této době nebyl znám). Obrat *observanda sunt* již obsahuje určitý imperativ a vykazuje tedy znaky právní normy. Je třeba ovšem zdůraznit, že nešlo o všeobecně závaznou normu obligačního práva, respektive o obecný právní princip. Uvedené stanovisko představuje rozhodnutí v konkrétní kauze, která se týkala velmi specifické otázky závaznosti písemné dohody, kterou se někdo vzdává výhody plynoucí z funkce či úřadu. Ačkoli tedy šlo o soukromou dohodu, její obsah se týkal veřejného práva. I to mohlo být důvodem, proč poznámka *pacta quantum cunque nuda servanda sunt* uvedená v *Liber extra* a připojená ke sporu o jurisdikci dvou biskupů, inspirovala právě uvedenou pasáží justiniánského Kodexu.

Na druhou stranu lze v uvedených citacích vidět rozdíl v označení dohod. Zatímco prétorský edikt (v tomto bodě shodně citovaný Ulpianem i Justinianem) ve svém textu obsahuje slova *pacta conventa* (dohody ujednané, smluvené, na nichž se strany shodnou), formulace *Liber extra* používá obrat *pacta [...] nuda*, prosté, holé či nahé dohody. Ze sémantického hlediska lze

nicméně v obou výrazech (*conventa – nuda*) vidět paralelu, jelikož výraz *pacta conventa* označuje dohody, s nimiž obě strany projevíly souhlas (*conventio*, respektive konsenzus). Obrat *pacta nuda* popisuje vlastně totéž, tzn. dohody, které nejsou vymahatelné navzdory tomu, že se na nich strany dohodly.

Formování práva na evropském kontinentě bylo od 12. století pod vlivem zrekonstruované justiniánské kodifikace, stejně jako nově vydané sbírky kanonického práva – *Decretum Gratiani*. Zatímco civilisté pod vlivem klasického římského práva se přidržovali římskoprávní zásady *nuda pactio obligationem non parit*,³⁸ kanonisté ovlivnění učením církve se necítili být tradiční doktrínou tolik vázáni. Za základ všech dohod rovněž považovali *fides*, avšak nikoli ve smyslu tradičním římském, tedy jakožto vzájemné důvěry, nýbrž víry. Přísaha, ať už slavnostní a formální, či neformální, tak byla kanonisty vnímána podobně jako starodávná přísaha v římském právu, tedy jako závazek daný primárně božstvu a její porušení za *laesio fidei*, porušení přísahy, či křivou přísahu, a tedy také hřích. Nezáleželo přitom na formě, tedy zda šlo o dohodu, anebo o jednostranný slib. Například právník 14. století Albericus de Rosate, uvádí ve svém právnickém slovníku pod heslem *pactum* stanovisko: *ius canonicum et divinum non facit differentiam inter simplicem promissionem et iuramentum*,³⁹ tedy „... právo kanonické a božské nedělá rozdíl mezi prostým slibem a přísahou“. Takový přístup měl svůj původ přímo v primárním prameni křesťanské věrouky, kdy v Evangelii sv. Matouše se praví:

„... bylo řečeno otcům: ‚Nebudeš přísahat křivě, ale splníš Hospodinu přísahu své‘.⁴⁰ A následně já však vám pravím, abyste nepřísahali vůbec; ani při nebi, protože nebe je trůn Boží; ani při zemi, protože země je podnož jeho nohou; ani při Jeruzalému, protože je to město velikého krále; ani při své hlavě nepřísahej, protože nemůžeš způsobit, aby ti jediný vlas zbělel nebo zčernal. Vaše slovo buď ‚ano‘, anebo – ‚ne‘; co je nad to, je ze zlého“.⁴¹

Ve středověku byla většina smluv uzavírána formou slavnostního slibu,⁴² což dávalo církevním soudům také jurisdikci nad tímto druhem sporů. Přenesení stanoviska kanonistů do práva světského však navzdory blízkosti

³⁸ JEREMY, A.: *Pacta Sunt Servanda* the Influence of Canon Law upon the Development of Contractual Obligations. In *Christian Law Review*. Vol. 144 (2000), No. 4, s. 6.

³⁹ *Dictionarium iuris*, heslo *pactum*.

⁴⁰ Mt 5,33. Překlad z ekumenického vydání z roku 1985.

⁴¹ Mt 5,34–37.

⁴² ZIMMERMANN, R.: *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford (1990), s. 542.

kanonického a římského práva nebylo bez dalšího možné. Bartolus uvádí, že v jeho době (t.j. ve 14. století) se církevní soudy prakticky denně zabývaly vymáháním závazků, které světské právo neuznávalo.⁴³ V kanonickém právu se pro tyto účely vyvinula procedura zvaná *denuntiatio evangelica*,⁴⁴ která umožňovala domáhat se spravedlnosti u církevního soudu v případě, že světské právo určitou právní otázku neupravovalo.

Již středověcí kanonisté dosáhli shody v názoru, že zásada *pacta quantum cunque nuda servanda sunt*, je všeobecnou zásadou kanonického práva, což vedlo k obrácení tradiční římské zásady na *ex nudo pacto actio oritur*.

Následkem uznání všeobecné závaznosti všech dohod v oblasti kanonického práva ovšem vznikl prostor pro otázku, zda tato zásada má platnost také v právu civilním. Šlo o logický důsledek skutečnosti, že středověká právní věda nevedla ostré hranice mezi právem civilním a církevním. Známé osobnosti *ius commune* Baldus de Ubaldis, Bartolus de Sassoferrato, Cinus z Pistoje a další, byli uznávanými znalci práva nejen římského, ale také kanonického.

Oproti kanonické právní vědě, která dospěla v otázce všeobecné závaznosti dohod poměrně rychle ke shodě, nebyl v oblasti civilního práva tento proces zdaleka tak rychlý. Důvodem bylo lpění na tradičním charakteru římského práva a jeho přísné typové vázanosti v oblasti obligací, z níž vyplývala zřetelná formulace zásady *nuda pactio obligationem non parit*. Dalším výrazným faktorem bránícím uznání všeobecné závaznosti dohod civilní právní vědou byla dlouhodobá diskuse o významu kauzy (*causa*) pro vznik smlouvy v právu římském, která byla vedena napříč různými právními školami recepce římského práva prakticky až do moderní doby.

Navzdory tomu například Baldus zastával stanovisko, že mezi obchodníky jsou *nuda pacta* vymahatelná právě tak, jako formální kontrakty:

*... quia bona fides requiritur in iis qui plurimum negotiantur et in iis non differt pactum nudum a stipulatione.*⁴⁵

Teprve v průběhu 15. století dospěla civilní právní věda k obecnému závěru, že neformální (holé, nahé) dohody (*pacta nuda*) jsou, v souladu

⁴³ Bartolus de Sassoferrato, Ad repr. 5–6 a JEREMY, A.: *Pacta Sunt Servanda* the Influence of Canon Law upon the Development of Contractual Obligations. In *Christian Law Review*. Vol. 144 (2000), No. 4, s. 7.

⁴⁴ Opřena o Mt 18,15–17.

⁴⁵ Glosa k Ulp. D. 13,5,1: „... jelikož dobrá víra se vyžaduje (u dohod), která jsou nejčastěji sjednávána a pokud jde o ně neliší se holá dohoda od stipulace“.

s parafrází *ex nudo pacto actio non oritur*, sice nežalovatelné, avšak mohou být vymahatelné, pakliže získají „oděv“ (*vestimentum*). Šlo o vliv především glosátorské školy, která zavedla v rámci polemiky nad udržitelností této zásady, jako kontrapunkt ke klasickému pojmu *pactum nudum* termín *pactum vestitum*. Pojem *vestimentum* se objevuje v Accursiově glosách⁴⁶ (ze 13. století), jenž takto mimo jiné sjednocuje do jedné kategorie starší pojmy *pacta praetoria* (dohody žalovatelné na základě prétorského ediktu) a *pacta legitima* (žalovatelná na základě zákona). Šlo o reakci na výčet jeho učitele Azona, jenž ve svém spise *Summa codicis* shrnuje šest právem uznaných důvodů žalovatelnosti dohod: *Vestitur autem pactum sex modis: re, verbis, consensu, literis, contractus cohaerentia, rei interventu*.⁴⁷ Zde hovoří o žalovatelnosti čtyř základních typů dohod, a to založených odevzdáním věci (*re*, reálné kontrakty), formálním ústním slibem (*verbis*, verbální kontrakty), neformální dohodou (*consensu*, konsenzuální kontrakty) a formálním písemným záznamem (literární kontrakty). K tomuto výčtu přidává dohody, jejichž žalovatelnost se definitivně ustálila až v právu justiniánském, tedy dohody žalovatelné připojením ke kontraktu (*contractus coherentia*, tzn. *pacta adiecta*) a odevzdáním věci na základě inominátního kontraktu (*rei interventu*). Accursius využil Azonův obrat ohledně oblékání původně nahých dohod (*vestitur pactum*) k zavedení pojmu *vestimentum*, což vytvořilo základ pro další úvahy ohledně hranic „oblékání dohod“, a tedy také otázky, zda má vůbec smysl dále omezovat vymahatelnost nově vznikajících typů dohod. Accursius k tomu uvádí: *nullum pactum sit nudum: cum quodlibet habeat in se consensum*, tedy „... žádná dohoda není nahá, protože každá obsahuje dohodu (*consensus*)“, v čemž můžeme spatřovat jednoznačný náznak později rozvíjené myšlenky, že konsensus může být sám o sobě (opírá-li se o kauzu) kritériem pro vymahatelnost nejen právem uznaných typů kontraktů, ale vlastně všech dohod.

Od 15. století tak začíná mezi představiteli právní vědy postupně převládat stanovisko, že jakékoli neformální *pactum* může být žalovatelné. Například Jason de Mayno ve své glose k D. 2,14,7,4 z přelomu 15. a 16. století uvádí, že všeobecná vymahatelnost neformálních dohod může platit ve světském právu právě tak jako v kanonickém, a to s odkazem na tehdy již konsenzuálně akceptovanou zásadu kanonického práva *ex nudo pacto actio oritur*.⁴⁸ Známy je zejména přínos Hugo Grotia, jenž se zabýval otázkou

⁴⁶ Glos. leg. ad D. 2,14,6: *Sed quando ex nudo pacto datur actio: potest dici vestitum legis auxilio*.

⁴⁷ Azo, Sum. Cod. 2,15.

⁴⁸ Jason de Mayno, Com., glos. ad D. 2,14,7,4: *Ista sit communis opinio quod pactum nudum*

významu vzájemné důvěry (*fides*) pro obecný charakter spravedlnosti. Dovojuje, že sliby je nutno dodržovat bez ohledu na jejich formu, a tedy že veškeré dohody jsou závazné, což ilustruje tvrzením, že dokonce i Bůh by jednal proti své přirozenosti, pakliže by nedostál svému slovu.⁴⁹

Grotius odvozuje závaznost dohod na jednu stranu z vědeckého zpracování pramenů římského práva, avšak sám využívá římské právo, stejně jako další antické prameny, pouze jako základ pro vlastní úvahy nad původem a charakterem práva. Grotius neformuluje zásadu *pacta sunt servanda* přímo. Ve svém díle hovoří o *fides* (důvěře, poctivosti),⁵⁰ jakožto o hlavním stavebním článku práva obecně. S odkazem na původ práva v přirozenosti dospívá k závěru, že je v souladu s přirozeným právem, aby veškeré dohody, jakkoli ujednané, byly závazné. Pokud hodnotíme Grotiovu roli v prosazování všeobecné závaznosti dohod, je třeba mít na paměti, že Grotius svoji argumentaci pojímá jako rozvalu o obecné povaze práva a nepojednává tedy přímo o právu soukromém.

A tak tedy teprve od přelomu 16. a 17. století můžeme pod narůstajícím vlivem přirozeného práva ve spisech humanistických právníků, stejně jako v dílech německého *usus modernu*, konstatovat převažující shodu v otázce všeobecné závaznosti dohod a opuštění římské zásady *nuda pactio obligationem non parit*.⁵¹ Hlavní podíl na vývoji všeobecné vymahatelnosti dohod směrem od římské zásady *nuda pactio obligationem non parit* směrem k formulaci zásady *pacta sunt servanda* má tedy především právní věda. Na rozdíl od kanonického práva tedy v oblasti civilního práva nebyla zásada *pacta sunt servanda* nikdy v průběhu středověku vyjádřena jako všeobecný princip normativní povahy. Z hlediska platného práva v jednotlivých právních řádech napříč Evropou však můžeme definitivně potvrdit platnost této zásady teprve ve velkých soukromoprávních kodexech 19. století, které pod vlivem přirozenoprávní doktríny již vlastně jen reflektovaly převládající dobová stanoviska právní vědy v oblasti obligačního práva.

de iure canonico producat actionem [...] ubicunque proceditur de aequitate pactum nudum producit actionem [...] non solum in foro canonico sed et in foro saeculari, in omnibus terris subiectis ecclesiae. Viz VISSER, C.: *The Principle Pacta Servanda Sunt in Roman and Roman-Dutch Law, with Specific Reference to Contracts in Restraint of Trade.* In *South African Law Journal*. Vol. 101 (1984), s. 646–647.

⁴⁹ De iur. bel. 2,11,1 a 2,14,1 a JEREMY, A.: *Pacta Sunt Servanda the Influence of Canon Law upon the Development of Contractual Obligations.* In *Christian Law Review*. Vol. 144 (2000), No. 4, s. 11.

⁵⁰ De iur. bel. 2,9,1.

⁵¹ Například VOET, J.: *Commentarius ad Pandectas* 2,14,9. Podobně další, viz POTHIER, R.: *Traité des obligations* 3 a STRYK, S.: *Usus modernus Pandectarum* 2,14,1.

Zwischen Diebstahls- und Noxalrecht: Zur Argumentation bei Cels. (12 dig.) D. 47,2,68,4

Martin Pennitz

1 Einleitung – 2 Eine ausnahmsweise gewährte Klage an den Dieb? – 3 Eine Ausnahme zur Klagenlegitimation im Noxalrecht? – 4 Zur Entscheidungsbegründung: „Interpolierte Behauptung“ bzw. „poor reason“? – 5 Weiterreichende systematische Erwägungen – 6 Fazit: Die *crux* mit Sklaven „solcher Art“

1 Einleitung

Im Jahr 2006 hat der leider viel zu früh verstorbene *Peter Blaho* in einem Beitrag zum römischen Deliktsrecht nachgewiesen, wie wichtige und wertvolle Informationen sich den klassischen Juristentexten „für das Verständnis des Alltags im Alten Rom“ entnehmen lassen.¹ Schon in der 2009 zu seinen Ehren erschienenen Festschrift durfte ich dem damaligen Jubilar einen Beitrag zum *servus* „*noxia non solutus*“ widmen² und möchte mich nunmehr auf eine Juristenentscheidung konzentrieren, die erneut das Noxalrecht berührt und in ihrer Begründung zugleich Einblicke in das römische Alltagsleben zu geben verspricht.

Der hier interessierende Text, der aus dem 12. Buch der Digesten des Hochklassikers Celsus stammt³, lautet folgendermaßen:

Cels. (12 dig.) D. 47,2,68,4

Quod furi ipsi furtum fecerit furtivus servus, eo nomine actionem cum domino furem habiturum placet, ne facinora talium servorum non solum ipsis impunitatem, sed dominis quoque eorum quaestui erunt: plerumque enim eius generis servorum furtis peculia eorundem augentur.

¹ P. BLAHO, Die Verkehrsmittel in der *lex Aquilia*, in: R. GAMAUF (Hrsg.), Festschrift für H. Hausmaninger zum 70. Geburtstag, Wien 2006, 59–68, 59 f.

² M. PENNITZ, Zum *servus* „*noxia non solutus*“, in: P. MACH, M. NEMEC, M. PEKARIK (Hrsgg.), *Ius Romanum schola sapientiae*. Pocta P. Blahovi k 70. narodeninám, Trnava 2009, 343–363.

³ Gemäß O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. I, Leipzig 1889 (ebenso vol. II), 143 f. war dieser Beleg unter der Rubrik *De furtis* eingereiht.

Wenn ein gestohlener Sklave gegen den Dieb selbst einen Diebstahl verübt hat, steht dem Dieb nach herrschender Lehre darauf bezogen eine Klage gegen den Eigentümer zu, damit die Untaten derartiger Sklaven für sie selbst nicht straflos bleiben und darüber hinaus auch ihren Eigentümern keinen Gewinn bringen: Denn zumeist werden durch Diebstähle von Sklaven solcher Art deren Sondergüter vergrößert.

Ein Römer A entführt also dem *dominus* H dessen Sklaven S, sei es, dass A den S für Arbeitsleistungen benötigt oder aus anderen Gründen Gefallen an S gefunden hat; jedenfalls kommt dem so gestohlenen S (arg. *servus furtivus*) bei A ein gewisser Freiraum zu, den S letztlich zur Flucht nützt, um zu H zurückzukehren; zugleich bestiehlt er im Zuge dessen nun seinerseits den A, man wird etwa an einen Geldbetrag oder Wertgegenstände denken dürfen, und im Vorgriff (auf die näheren Ausführungen unter IV.) lässt sich bereits an dieser Stelle anfügen, dass S die so entzogenen Werte in weiterer Folge für einen Ankauf zu Gunsten des *peculium* nützt, das ihm H offenbar schon zuvor eingeräumt hat (arg. *dominis [...] eorum quaestui; servorum furtis peculia eorundem augentur*).

Nicht weiter erwähnenswert erscheint es Celsus in diesem Zusammenhang, dass dem H angesichts des ersten Delikts, der Entführung des S, eine *actio furti* auf das *duplum* in Höhe des Sklavenwerts gegen A zusteht, während sich eine sachverfolgende Klage (*condictio ex causa furtiva, rei vindicatio*) hier angesichts der Rückkehr von S erübrigt. Vielmehr konzentriert sich der römische Jurist auf das zweite Delikt, die Entwendung von Seiten des S, und hält fest, dass dem A nach herrschender Lehre insoweit eine *actio* zusteht (arg. *placet*). Die überschaubare Anzahl von Autoren, die sich mit diesem Celsustext beschäftigt,⁴ bezieht diese Aussage regelmäßig auf die *actio furti*

⁴ Insofern sucht man in Handbüchern zum römischen Recht einen Hinweis auf diesen Beleg vergeblich: So bei M. KASER, *Das römische Privatrecht*, Bd. I, 2. Aufl., München 1971, 820; H. HONSELL/TH. MAYER-MALY/W. SELB, *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin u.a. 1987, 606; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town u.a. 1990, 1172 od. M. KASER/K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., München 1996, 689. Gleiches gilt aber erstaunlicherweise auch für die grundlegende Arbeit zum *furtum* von B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, Palermo 1957, 219, sowie für die neueren Monographien von M. A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum*. *Genesi Sviluppo Vicende*, Napoli 2008, 382, bzw. C. PELLOSO, *Studi sull'furto nell'antichità mediterranea*, Padova 2008, 271 n. 317. Nicht anders verhält es sich bei umfassenden Studien zur Noxalhaftung, wie etwa F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles 1947, 597 od. B. BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, AUPA 10 (1925) 1–367, 365 belegen. In einer den Entscheidungsbegründungen von Celsus und Julian gewidmeten Monographie von J. D. HARKE, *Argumenta Iuventiana – Argumenta Salviana*, Berlin 2012,

noxalis:⁵ Das ist rein theoretisch denkbar,⁶ doch soll im Anschluss ein anderer Lösungsweg besprochen werden, um sowohl die Entscheidung selbst als auch die Argumentation des Celsus besser verständlich zu machen.⁷ Denn im Anschluss weist der Hochklassiker begründend darauf hin, die Klage habe den Zweck, derartige unfreie Diebe nicht ungestraft davonkommen zu lassen und auch deren Herren keinen Gewinn zu ermöglichen: Denn nur allzu oft würden sich Sondergüter, die Sklaven „solcher Art“ eingeräumt seien, durch *furta* vergrößern, womit ganz offensichtlich eine allgemeine Lebenserfahrung „im Alten Rom“ angesprochen wird.

2 Eine ausnahmsweise gewährte Klage an den Dieb?

Ein erster Grund, warum diese Entscheidung Erstaunen hervorrufen könnte, wird von *Klingenberg* aufgegriffen und völlig zu Recht entkräftet:⁸ Man könnte hier nämlich versucht sein, sich auf eine bei Julian und Ulpian überlieferte „Rechtsschöpfung der *iuris prudentes*“ zu berufen,⁹ wonach

352 (so schon DERS., *Argumenta Iuventiana*, Berlin 1999, 157) bleibt dieser Text gleichfalls unerwähnt.

⁵ So etwa W. W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge 1908, 106; 354; E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, Bd. I, Berlin 1918, 442 u. Fn. 4 oder G. KLINGENBERG, „*Constitutum est*“ in D. 47,2,14,4, in: RIDA 3. sér. 46 (1999) 243–314, 281.

⁶ Allerdings hat man dann davon auszugehen, dass Celsus hier eine Lehre zur Passivlegitimation bei der *actio noxalis* zum Ausgangspunkt seiner Entscheidung macht, die spätestens seit Justinian nicht länger der herrschenden Auffassung entspricht, weshalb die in D. 47,2,68,4 überlieferte Entscheidung aus Sicht der Kompilation letztlich überholt wäre; so wohl T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona 1981, 43 f. u. Fn. 53, die sich diesbezüglich freilich auf die Aussage beschränkt, Celsus habe eine abweichende Haltung bezüglich der *potestas* sowie der Passivlegitimation des *bonae* wie *malae fidei possessor* eingenommen.

⁷ Die ältere Literatur hat zwar die Entscheidung selbst für klassisch, die Begründungen jedoch für interpoliert angesehen; vgl. dazu nur BUCKLAND, *Law* (Fn. 5) 354 Fn. 10 od. LEVY, *Konkurrenz I* (Fn. 5) 442 Fn. 4; demgegenüber hebt schon F. HORAK, *Rez. Harke, Argumenta Iuventiana* (1999), in: SZ 118 (2001) 413–430, 423 u. Fn. 14 zu Recht hervor, dass Celsus auch an dieser Stelle wie sooft damit „argumentiert, was meistens – oder typischerweise – geschieht“, um die Klassizität der Begründung zu untermauern.

⁸ Vgl. KLINGENBERG, „*Constitutum est*“ (Fn. 5) 282 f. i. V. m. 243–248 u. 313 f.

⁹ Vgl. Ulp. (29 *ad Sab.*) D. 47,2,14,4: *Iulianus quoque libro vicensimo secundo digestorum scribit: quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt, ...*; zum Fortgang der Stelle u. bei Fn. 12.

keinem wie immer gearteten Dieb¹⁰ bezogen auf das Objekt, das er selbst gestohlen hat, eine *actio furti* eingeräumt werden dürfe.¹¹ Ulpian nützt diese Aussage dann zur Schlussfolgerung,¹² dass einem Verwahrer die *actio furti* auch im Fall zu versagen sei, dass er arglistig einen Diebstahl des Verwahrungsobjekts herbeigeführt hat, obwohl er dann ja (im Rahmen der *actio depositi directa*) für den Sachwert einzustehen hat.¹³

Aber bei dem von Celsus geschilderten Sachverhalt verhält es sich – wie schon *Klingenberg* betont hat – eben anders: Dort wird dem Dieb eines Sklaven von letzterem eine ganz andere Wertsache entwendet, es handelt sich also um unterschiedliche *res furtivae*, während Julian und Ulpian in D. 47,2,14,4 auf *furta* unterschiedlicher Personen Bezug nehmen, die aber ein und dasselbe Diebsgut betreffen.

¹⁰ Auslegungsprobleme könnte freilich die von Julian gebrauchte Wendung *in omnium furum persona* aufwerfen: Da sich Ulpian allerdings (ebenso wie im vorangehenden § 3) auf den Diebstahl beim *depositum* bezieht, dürfte sich aus diesem Kontext ergeben, dass die Aussage hier auf *fures* verweist, die entweder das Objekt selbst (*res*) veruntreuen oder bloß dessen Gebrauch (*usus*) entziehen, was im entwickelten Recht zu unterschiedlicher Verurteilungshöhe im Diebstahlsverfahren führt; dazu M. PENNITZ, *Actia et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres* (Gellius 6,15,1) – Überlegungen zum *furtum usus*, in: SZ 134 (2017) 147–187: Mit anderen Worten würde es keine Rolle spielen, ob der Verwahrer beschlossen hat, das vom Eigentümer bei ihm hinterlegte Pferd für sich zu behalten, und es ihm bei einem Ausritt von einem zweiten *fur* entwendet wird, oder ob es sich bei diesem Ausritt nur um unerlaubten Gebrauch gehandelt hat: In beiden Fällen ist dem Depositar die *actio furti* zu versagen; Gleiches würde auch für ein vom *dominus* verliehenes Pferd gelten, sofern der bloße Ausritt eines Entleihers gerade nicht von der Leihabrede gedeckt ist.

¹¹ Zu einer geschickt konstruierten Ausnahme von dieser Juristenregel s. M. PENNITZ, Ulpian D. 47,2,48,4 (42 ad Sab.): *Ita erit casus, quo fur furti agere possit* – Ulpian's raffiniertes Beispiel zur Voraussetzung eines „ehrenhaften Interesses“, in: TH. FINKENAUER, B. SIRKS (Hrsgg.), *Interpretationes iuris antiqui*. Dankesgabe für S. Nishimura, Wiesbaden 2018, 203–228.

¹² So Ulp. (29 ad Sab.) D. 47,2,14,4: ... *non habebit furti actionem is, apud quem res deposita est, quamvis periculo eius esse res coeperit qui eam contrectavit*.

¹³ Denn in solchen Fällen fehlt es – im Sinn von Pomp. (38 ad Qu. Muc.) D. 47,2,77,1 – am sog. ehrenhaften Interesse (des Depositars): ... *haec Quintus Mucius refert et vera sunt: nam licet intersit furis rem salvam esse, quia conditione tenetur, tamen cum eo is cuius interest furti habet actionem, si honesta ex causa interest; vgl. auch allg. Paul. (9 ad Sab.) D. 47,2,11: Tum is cuius interest furti habet actionem, si honesta causa interest*.

3 Eine Ausnahme zur Klagenlegitimation im Noxalrecht?

Einen zweiten Grund, weshalb die celsinische Entscheidung als „absurd-looking“ erscheine und einer Rechtfertigung „based on public grounds“ benötigen würde, nennt *Buckland*:¹⁴ In der Reformkonstitution C. 6,2,21¹⁵ berichtet Justinian im § 1 nämlich von einer *generalis regula ab antiqua prudentia exposita*, wonach jemand, der wegen eines Sklaven zur *actio furti noxalis* passivlegitimiert ist, diese Klage gegen keinen anderen erheben kann, wenn er selbst von besagtem Sklaven bestohlen wird.¹⁶ Bei Justinian bildet diese Aussage den Ausgangspunkt, um auf eine seit der frühen Jurisprudenz (arg. *antiqua prudentia*) bestehende Kontroverse einzugehen und sie ein für alle Mal zu entscheiden:

Ein Teil der (republikanischen/frühklassischen) Juristen – gemäß dem Scholiasten Thalelaeus sogar deren Mehrheit¹⁷ – gewährte nämlich, sollte ein beim *bonae fidei possessor* befindlicher Sklave *furta* gegen jenen oder gegen außenstehende Dritte verübt haben, (dem ehemaligen Besitzer oder sonstigen

¹⁴ Vgl. BUCKLAND, Law (Fn. 5) 106 Fn. 11; 354 u. Fn. 9. Der Versuch von KLINGENBERG, „*Constitutum est*“ (Fn. 5) 282, auch diesen Einwand zu entkräften, erweist sich m.E. als untauglich: Klingenberg meint, dass dem H gegen A die *actio furti* ja wegen des entführten Sklaven zustehe, so dass insoweit nichts gegen eine *actio furti noxalis* des A gegen H wegen entzogener Werte spreche. Aber das trifft nicht den Punkt: Man hat vielmehr zu fragen, ob A als *malae fidei possessor* des S generell einer *actio furti noxalis* von dritter Seite ausgesetzt ist, sollte S einer solchen Deliktsbegehung überführt werden; bejaht man diese Frage, so ist A seinerseits – dazu sofort im Text – von jeglicher Aktivlegitimation zur *actio furti noxalis* ausgeschlossen.

¹⁵ Zur genaueren Charakteristik solcher Konstitutionen s. etwa C. RUSSO RUGGERI, Studi sulle *Quinquaginta Decisiones*, Milano 1999, bes. 63 f. u. Fn. 128 od. zuletzt C. WILLEMS, Justinian als Ökonom, Köln u.a. 2017, 25–39, der diesbezüglich allg. von den „streitschlichtenden Konstitutionen Justinians“ spricht.

¹⁶ Iust. (*Iuliano pp.*; a. 530) C. 6,2,21,1: *Cumque generalis regula ab antiqua prudentia exposita est huiusmodi hominis gratia, pro quo noxalem furti actionem suscipere aliquis compellitur, adversus alium furti actionem habere non concedens, ...*; in § 3 nimmt Justinian dann noch einmal – dieses Mal aus der Perspektive des zur *actio furti noxalis* Aktivlegitimierten – auf die *regula* Bezug: ... *secundum regulam dicentem: qui habet adversus alium furti actionem, ipse ea teneri non potest*, womit sich der explizit betonte „generelle“ Charakter der Regel bestätigt.

¹⁷ Schol. 3 zu Bas. 60,6,38 (HEIMBACH V 401 f.; SCHELTEMA/HOLWERDA/VAN DER WAL B VIII 3267 i.V.m. A VIII 2797 f.) unter Hinweis auf τὸν νομικῶν οἱ πλείους; vgl. auch K. H. SCHINDLER, Justinians Haltung zur Klassik, Köln – Wien 1966, 164–166, bes. 164 u. Fn. 92 f., der allerdings meint, dass dabei von der Mehrheit aller klassischen Juristen auszugehen sei, was die Darstellung Justinians korrigieren sowie einer Reihe weiterer Quellenzeugnisse (s. u. Fn. 24) widersprechen würde.

Tatopfern¹⁸⁾ die *actio furti noxalis* gegen den Eigentümer, sobald letzterer wieder den Besitz am Sklaven erlangt hat;¹⁹⁾ daraus lässt sich (gemäß der *generalis regula*) ableiten, dass der *bonae fidei possessor* insoweit auch nicht als zur *actio furti noxalis* passivlegitimiert angesehen wurde: Wenn Justinian in § 2 dann auf *prisca iura* verweist, aus denen sich diese Interpretation im Wege einer (hypothetischen) Schlussfolgerung (arg. *coniectura*) ableite,²⁰⁾ so mag dahinter die althergebrachte Vorstellung gestanden haben, dass nur der Eigentümer (oder sein Prozessvertreter) zur Noxalklage passivlegitimiert erscheint, weil die *noxae deditio* ja zur Übereignung des unfreien Täters durch *mancipatio* führen soll.²¹⁾

Justinian folgt aber dem anderen Teil der *iuris periti* und legt verbindlich fest, dass ein redlicher Eigenbesitzer solange zur *actio furti noxalis* passivlegitimiert ist, solange sich der Sklave in seiner *potestas* befindet; daher steht auch für die während dieses Zeitraums (an ihm) verübten Delikte des Sklaven keine *actio furti noxalis* gegen den (später wieder besitzenden) *dominus* zu;²²⁾ aus rechtspolitischer Sicht lässt sich diesbezüglich noch anfügen, dass er während dieser Zeit ja die faktische Verfügungsmacht über den Delinquenten hat, so dass es an ihm läge, derartige *furta* „sich selbst gegenüber“ gar nicht erst zuzulassen

¹⁸⁾ Iust. C. 6,2,21pr.: *Apud antiquos quaerebatur, si servus, quem aliquis bona fide possidebat, furtum commiserit alienarum rerum vel ipsius apud quem constitutus est, si ipse qui bona fide eum detinet noxalem furti actionem adversus verum dominum habet, vel ipse ab eo qui furtum passus est praedicta convenitur actione.* Dass der justinianische Bericht hier – aus der Perspektive der dann getroffenen Entscheidung – das *ius controversum* auf die Klagebefugnis des *bonae fidei possessor* konzentriert und nicht auch die weiteren Tatopfer nennt, spricht m.E. nicht gegen die generelle Fragestellung zur Aktiv- und Passivlegitimation; anders freilich KLINGENBERG, „*Constitutum est*“ (Fn. 5) 272–281, bes. 276–278 (mit Lit.).

¹⁹⁾ Vgl. Iust. C. 6,2,21,1 (arg. ... *tunc autem bona fide possessorem furti nomine, quod passus est, noxalem actionem contra dominum habere posse, quando servus sub domini sui fuerit constitutus possessione; ...*).

²⁰⁾ So Iust. C. 6,2,21,2: *Quam interpretationem prisca quidem iura per coniecturam introducebant: nos autem altius et verius ad eam respicientes generalem regulam sic ab initio esse prolatam accipimus.*

²¹⁾ Einen dahingehenden Hinweis könnte eventuell Ulp. (18 *ad ed.*) D. 9,4,2,1 bieten: ... *Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. ...* Vgl. ferner G. L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di bona fede del servo*, Milano 1976, 127 f. sowie zur Einräumung der *mancipium*-Gewalt an Hauskindern mittels *mancipatio*, um sie an das Tatopfer auszuliefern, Gai Inst. 1,40 i.V.m. 4,79.

²²⁾ So Iust. C. 6,2,21,3–4.

oder sie ansonsten unverzüglich zu bestrafen.²³ Die Passivlegitimation des *bonae fidei possessor* findet im Übrigen auch in den spätclassischen Ediktskommentaren eines Ulpian oder Paulus ihre Bestätigung.²⁴

Allerdings bezieht sich Celsus in D. 47,2,68,4 gerade nicht auf einen solchen, sondern auf den unredlichen Besitzer A, der den S entführt und damit gestohlen hat. Im Hinblick darauf wird nur in einem einzigen Beleg, nämlich bei Gai. (13 *ad ed. prov.*) D. 9,4,13 ausgeführt, dass sich – ebenso wie der redliche – auch der unredliche Besitzer auf die *actio (furti)*²⁵ *noxalis* einzulassen habe: Denn es wäre nicht zu rechtfertigen, dass ein *malae fidei possessor* insoweit besser gestellt sei und sich der Noxalklage entziehen könne.²⁶ Bislang werden zwei Wege eingeschlagen, um die Klassizität der Celsus-Entscheidung zu befürworten: Die neuere Lehre, wie etwa zuletzt D’Angelo,²⁷ geht bei der Aussage des Gaius von einer isolierten Juristenmeinung aus, die erst durch die Kompilatoren verallgemeinert wurde. Insofern habe Celsus den *malae fidei possessor* hier nicht als passivlegitimiert angesehen, sollte der bei ihm befindliche Sklave Dritten gegenüber ein *furtum* begehen. Daraus leite sich ab, dass der von S bestohlene A im Sinn der *generalis regula* (C. 6,2,21,1; 3) mit der *actio furti noxalis* gegen H vorgehen kann, wenn letzterer später wieder den Eigenbesitz an S erlangt.

²³ S. zu den „Delikten gegen den eigenen Herrn“ etwa auch Gai Inst. 4,78 oder Ulp. (39 *ad Sab.*) D 47,2,17pr.

²⁴ Z. B. Ulp. (7 *ad ed.*) D. 9,4,11: *Bona fide servi possessor eius nomine furti actione tenebitur, dominus non tenetur. ...*; Paul. (6 *ad ed.*) D. 9,4,12: *Si bona fide possessor eum servum, quem bona fide possidebat, dimiserit, ne agi cum eo ex noxali causa possit, obligari eum actione, quae datur adversus eos, qui servum in potestate habeant aut dolo fecerint, quo minus haberent, quia per hoc adhuc possidere videntur*; beide Aussagen werden im prozessualen Kontext unter der Rubrik *De vadimoniis* getätigt; LENEL, Pal. I (Fn. 3) 975 ff., 976; Pal. II, 445 ff., 446. Vgl. FALCHI, Ricerche (Fn. 21) 168 f. od. auch KASER, RP I² (Fn. 4) 631 u. Fn. 11, der diesbezüglich freilich noch von „umstrittener Lehre“ spricht.

²⁵ Diese Einschränkung ergibt sich – s. LENEL, Pal. I (Fn. 3) 220 f., 221 – nicht nur aus der *inscriptio*, sondern auch aus der nachgereichten Begründung, dass ein *praedo*, d.h. ein Räuber bzw. Dieb, nicht unbehelligt davonkommen dürfe; erst das justinianische Recht führt durch die Einordnung dieses Belegs unter die Titelrubrik D. 9,4: *De noxalibus actionibus* eine Verallgemeinerung herbei.

²⁶ Gai. (13 *ad ed. prov.*) D 9,4,13: *Non solum adversus bona fide possessorem, sed etiam adversus eos qui mala fide possident noxalis actio datur: nam et absurdum videtur eos quidem qui bona fide possiderent excipere actionem, praedones vero securos esse*; für die Klassizität des Belegs schon FALCHI, Ricerche (Fn. 21) 169–173, mit überzeugender Argumentation.

²⁷ G. D’ANGELO, Il concetto di ‘potestas’ nell’editto ‘De noxalibus actionibus’. Per una ricostruzione della fase *in iure* del processo nossale classico, Torino 2017, 19 f. u. Fn. 13; s. auch FALCHI, Ricerche (Fn. 21) 170 u. Fn. 51. Zur entsprechenden Argumentation von Giménez-Candela bereits o. Fn. 6 sowie zum Ansatz von Klingenberg o. Fn. 14; 18.

Demgegenüber misst etwa *Buckland* der Gaius-Aussage generelle Bedeutung für das entwickelte klassische Recht zu, weshalb A einstehen müsste, wenn S *furtum* gegenüber Dritten begangen hätte, weil ihm die *potestas* an S zukommt;²⁸ deshalb wäre gemäß der von Justinian zitierten *regula ab antiqua prudentia exposita* dem A selbst, sollte er während dieser Zeit von S bestohlen werden, die *actio furti noxalis* gegen (den später wieder besitzenden) H eigentlich verwehrt, da zum einen die (anfangs zu versagende) Noxalklage – gemäß entwickelter Juristenlehre²⁹ – nicht nachträglich entstehen kann und das *furtum* des S gegen A zum anderen ja wie ein „Delikt gegen den eigenen Herrn“ einzustufen wäre.³⁰ Insofern sei die Celsusentscheidung eine „Ausnahme“ von dieser *generalis regula*, die besonderer Begründung bedürfe:³¹ Eine solche werde vom Hochklassiker in D. 47,2,68,4 – wenn auch in etwas sonderbarer Art und Weise – dann folgerichtig gegeben.

4 Zur Entscheidungsbegründung: „Interpolierte Behauptung“ bzw. „poor reason“?

Die beiden soeben besprochenen Auffassungen stimmen jedenfalls darin überein, dass Celsus mit jener dem A von der herrschenden Juristenlehre eingeräumten *actio*³² die *actio furti noxalis* meine, wofür sich allenfalls auch die *inscriptio* ins Treffen führen lässt.³³ Allerdings wird eine solche Sichtweise durch die bei Celsus nachgereichten Argumente getrübt, da man beim ersten, von der neueren Lehre vertretenen Interpretationsansatz gar keine besondere Begründung erwarten würde, aber bei beiden Auslegungsvarianten jedenfalls nicht so recht versteht, warum – neben einer denkbaren Bestrafung des diebischen S³⁴ – auch die allfällige Bereicherung des H bei dieser „einen“

²⁸ BUCKLAND, Law (Fn. 5) 106 Fn. 11; 354 u. Fn. 4–6.

²⁹ Vgl. nur Gai Inst. 4,78 *if.* (I. 4,8,6) bzw. Tryph. (15 *disp.*) D. 9,4,37.

³⁰ Dazu Gai Inst. 4,78 *init.* (I. 4,8,6) und Paul. (7 *ad Sab.*) D. 47,2,16 sowie mit rechtspolitischer Begründung Ulp. (39 *ad Sab.*) D. 47,2,17pr.; vgl. ferner Alex. (*Marcello*; a. 223) C. 3,41,1.

³¹ Vgl. BUCKLAND, Law (Fn. 5) 354, wonach „Celsus, who so states the rule, appears to see that it needs special justification“.

³² Arg. ..., *eo nomine actionem cum domino furem habiturum placet*, ... (in Cels. D. 47,2,68,4).

³³ S. schon o. bei Fn. 3. Im vorangehenden § 3 des Celsusfragments wird jedoch eine *actio furti (noxalis)* – aus ganz ähnlichen Erwägungen – explizit verneint; dazu dann u. bei Fn. 64 ff.

³⁴ Eine körperliche Bestrafung des unfreien Täters erscheint nach einer *noxae deditio* durchaus wahrscheinlich und ist wohl auch vom *dominus* zu erwarten, sollte er sich – aus wirtschaftlicher Vernunft – zur Leistung der *poena* genötigt sehen; die ökonomische

actio eine Rolle spielen sollte;³⁵ hierfür wären ja wohl die – daneben zustehenden – sachverfolgenden Klagen (*condictio ex causa furtiva* bzw. *rei vindicatio*) einschlägig. Abgesehen davon erscheint Buckland ein solcher Gedankengang auch aus rechtspolitischer Sicht äußerst unbefriedigend:³⁶ Damit würde doch der „Gewinn“ vom redlichen H hin zum *malae fidei possessor* A verlagert! Freilich lässt sich diesem Einwand wohl entgegenen, dass sich ein Verlustausgleich zu Gunsten des A in Höhe des ihm (von S) Gestohlenen eher nicht als „*profit*“ einstufen lässt.

Von einem anderen Strang der Lehre wird aber besonders die abschließende celsinische Überlegung in Zweifel gezogen:³⁷ Zwar lassen sich Interpolationenvermutungen hier nur schwer auf formale Kriterien stützen, wie das frühere Autoren vertreten haben:³⁸ Denn die Art der Argumentationsführung dürfte durchaus zu Celsus passen.³⁹ Doch werden gegen den Schlusssatz zudem Bedenken inhaltlicher Natur vorgebracht: Da nämlich ein deliktischer Erwerb von Seiten eines Sklaven zu keiner Erhöhung des ihm eingeräumten *peculium* führen könne, müsse – so etwa Levy – die „entgegenstehende Behauptung (D. 47,2,68,4 *i.f.*) ... wie der vorausgehende Finalsatz interpoliert“ sein.⁴⁰

Zur Stützung dieser These beruft man sich üblicherweise auf Iav. D. 41,2,24.⁴¹ Eingangs hält der Hochklassiker fest, dass ein ahnungsloser

Sichtweise klingt etwa bei Gai Inst. 4,75 *i.f.* an.

³⁵ Arg. ..., *ne facinora talium servorum non solum ipsis impunitatem, sed dominis quoque eorum quaestui erunt*: ... (in Cels. D. 47,2,68,4).

³⁶ BUCKLAND, Law (Fn. 5) 354 u. Fn. 10: „This is a poor reason: it gives a *malae fidei possessor* a profit which is at least as undesirable“.

³⁷ Arg.: *plerumque enim eius generis servorum furtis peculia eorundem augentur* (in Cels. D. 47,2,68,4).

³⁸ S. bezogen auf *facinora talium servorum* z.B. F. PRINGSHEIM, Das Alter der aedilizischen *actio quanti minoris*, in: SZ 96 (1952) 292 Fn. 253 unter Berufung auf G. v. Beseler.

³⁹ Vgl. zu Horak schon o. bei Fn. 7 sowie KLINGENBERG, „*Constitutum est*“ (Fn. 5) 281 f., wonach die „Art der Argumentation an eine *deductio ad absurdum* erinnert“. Wohl deshalb werden auch keinerlei sprachliche Bedenken mehr geäußert bei R. GAMAU, *De nihilo crevit* – Freilassungsmentalität und Pekuliarrecht. Einige Überlegungen zur Entstehung von Sklavenpekulien, in: Der Bürge einst und jetzt. Festschrift für A. Bürge, Zürich u.a. 2017, 239 Fn. 100; 243 Fn. 142.

⁴⁰ LEVY, Konkurrenz I (Fn. 5) 442 Fn. 4; im selben Sinn KLINGENBERG, „*Constitutum est*“ (Fn. 5) 282 u. Fn. 106, wonach „die zweite Erwägung dem klassischen Recht widerspricht“.

⁴¹ Vgl. Iav. (14 *epist.*) D. 41,2,24: *Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed iustam potest acquirere: sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet. nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia, quod ex iusta causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est et peculium, quod servus*

dominus nicht zum Besitzer wird, wenn sein Sklave eine Sache gewaltsam an sich bringt, da man Besitz durch einen Gewaltunterworfenen nur fehlerfrei erwerben könne (arg. *iustam possessionem*).⁴² Levy meint nun, der im Anschluss herangezogene Vergleichsfall lasse die Argumentation bei Celsus unglaublich erscheinen. Gemäß Javolen weise der Eingangsfall nämlich Ähnlichkeiten (arg. *sicut id*) mit dem Pekuliarerwerb auf: Sollte einem Sklaven ein *peculium* eingeräumt sein und habe er darauf bezogen eine Sache in *naturalis detentio*, so werde der *dominus* nur dann als deren Besitzer angesehen, wenn sich der Sklave auf eine *iusta causa* stützen könne; daraus folge, dass alles, was der Sklave aufgrund von Delikten ergriffen und insoweit körperlich an sich gebracht hat (arg. *corporaliter a servo tenetur*), zu keinem Zuwachs des *peculium* führe.

Nun fällt bei der Begründung von Celsus allerdings auf, dass er betont, *peculia* von Sklaven solcher Art werden „zumeist“ (arg. *plerumque*) durch *furtum* vergrößert.⁴³ Geht man also davon aus, dass der diebische Sklave S Geld oder Wertgegenstände des A mit sich genommen und dann entweder mit den gestohlenen Münzen Objekte für sein *peculium* erworben hat oder die entzogenen Wertgegenstände verkauft und das erhaltene Geld seinem Sondergut eingegliedert hat, so liegt in beiden Varianten ein Erwerb *ex iusta causa* vor,⁴⁴ der – auch im Sinn von Iav. D. 41,2,24 – das *peculium* des S vergrößern würde:⁴⁵

civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere. quod vero ex maleficiis adprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam adprehendit. Zum Beleg und dessen Klassizität zuletzt etwa F. KLINCK, Erwerb durch Übergabe an Dritte nach klassischem römischem Recht, Berlin 2004, 56–60; s. auch F. STURM, Rez. Klinck, Erwerb (2004), in: SZ 125 (2008) 790–804, 792 f.

⁴² Vgl. KLINCK, Erwerb (Fn. 41) 57 u. Fn. 54. Im selben Sinn offenbar Iul. (3 *ad Urs. Fer.*) D. 41,4,9, während Paul. (54 *ad ed.*) D. 41,3,4,16 unter Berufung auf Sabinus und Cassius einen entgegengesetzten Standpunkt einnimmt; dementsprechend auch Cels.–Ulp. (54 *ad ed.*) D. 41,4,2,11 *if.*: An dieser Stelle kann jedoch nicht näher auf diese besonders im Ersitzungszusammenhang relevante Frage eingegangen werden.

⁴³ S. o. Fn. 37.

⁴⁴ S. auch die vergleichbaren Überlegungen bei Ulp. (27 *ad Sab.*) D. 40,7,3,8–9, wenn sich ein *statuliber* durch Geld oder Wertgegenstände aus der *hereditas iacens* bereichert und auf diese Weise die erforderliche Summe (für seine Freiheit) dem Erben aushändigen möchte: Händigt er gestohlene Münzen aus, so bleibt ihm die *libertas* versagt, führt er aber davor ein gültiges Erwerbs- oder Veräußerungsgeschäft durch, so verhelfen ihm die *ex iusta causa* erworbenen und dann übergebenen Werte zur Freiheit; dazu M. PENNITZ, Noxalhaftung und Eigenverantwortung bei den Delikten bedingt freigelassener Sklaven, in: H. ALTMEPPEN u.a. (Hrsg.), Festschrift für R. Knütel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2009, 855–872, 858–862.

⁴⁵ Für GAMAU, Freilassungsmentalität (Fn. 39) 243 u. Fn. 142 stellt – insbes. aufgrund von D. 47,2,68,4, allerdings ohne Berücksichtigung von Iav. D. 41,2,24 – Gelegenheitskriminalität

Derartiges geschieht – sofern die *furta* schon einige Zeit zurückliegen – wohl in den meisten Fällen, da Diebe nach allgemeiner Lebenserfahrung darauf bedacht sind, *res furtivae* so schnell wie möglich „abzustoßen“.

Nachdem eine Interpolation der letzten beiden Sätze von D. 47,2,68,4 angesichts des gerade Ausgeführten auch aus inhaltlichen Gründen keineswegs zwingend erscheint, sprechen somit zwei klare Argumente gegen die von der bisherigen Lehre vertretene Auslegung, dass Celsus mit der von ihm angesprochenen Klage die *actio furti noxalis* meinen könnte: Zum einen versteht man nämlich nicht, warum der Bereicherungsgedanke bezogen auf H sowie auf das dem S eingeräumte *peculium* eine Rolle spielen sollte, wenn es hier doch nur um eine *poena (dupli)* bzw. die Auslieferung des S gehen soll. Und zum anderen kann dem A, sofern man Gai. D. 9,4,13 nicht als „dissenting opinion“ einstuft, sondern darin eine allgemeingültige Aussage der entwickelten klassischen Jurisprudenz zur Passivlegitimation bezüglich der *actio furti noxalis* sieht,⁴⁶ diese Klage gar nicht eingeräumt werden: Denn wenn man mit Gaius die *potestas* des A über S bejaht, solange sich dieser bei A befindet, so haftet letzterer Dritten gegenüber für die *furta* des S, was eine Aktivlegitimation des A gemäß der *generalis regula* (C. 6,2,21,1) ausschließt;⁴⁷ darüber hinaus hätte S dem A gegenüber aber auch einen Diebstahl begangen, der sich von A gar nicht verfolgen lässt, da A ja nicht gegen sich selbst die *actio furti noxalis* erheben könnte, mit anderen Worten handelt es sich dann um ein „Delikt gegen den eigenen Gewalthaber“.⁴⁸ Nach diesem Verständnis besteht also weder *ius controversum* im Allgemeinen noch ein Widerspruch zwischen Celsus (D. 47,2,68,4) und Gaius (D. 9,4,13) im Speziellen.

5 Weiterreichende systematische Erwägungen

Verwirft man eine *actio furti noxalis* des A, so ließe sich aus der bei Celsus mitangesprochenen Bereicherungsproblematik vielleicht ableiten, dass mit dem Terminus *actio* hier – wie auch an anderer Stelle im Titel D. 47,2⁴⁹ – auf

(neben Sex) einen nicht zu vernachlässigenden Faktor der Erhöhung eingeräumter *peculia* dar: Denn „rechtswidrig Erworbenes – wenn es nicht dem *dominus* entzogen war (Pomp. 7 Sab. D. 15,1,4,2) – rechneten Juristen ohne Skrupel als *peculium*“.

⁴⁶ S. zur entgegengesetzten Ansicht o. bei Fn. 27.

⁴⁷ S. o. bei Fn. 16 ff., sofern man den *malae fidei* insoweit dem *bonae fidei possessor* gleichsetzt.

⁴⁸ S. o. bei Fn. 29 f.

⁴⁹ So fragt sich etwa Ulpian in (29 *ad Sab.*) D. 47,2,14,16, welche *actio (furti)* etwa einem

die *condictio (ex causa furtiva)* Bezug genommen wird. Das könnte vor allem ein Ulpiantext nahelegen:⁵⁰

Ulp. (41 *ad Sab.*) D. 13,1,4

Si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit: in residuum noxae servum dominus dedere potest.

Wenn ein Sklave oder Haussohn einen Diebstahl verübt hat, so kann (im Hinblick auf den Sklaven⁵¹) beim Eigentümer dasjenige mit Bereicherungsklage gefordert werden, was an diesen gelangt ist. Hinsichtlich des restlichen Diebsguts kann der Eigentümer seinen Sklaven als Schädiger ausliefern.

Denn die sachverfolgende Klage lässt sich demnach bei *furta* von Sklaven nicht nur – etwa im Sinn einer *actio de peculio*⁵² – zur Herausforderung des dadurch an den Gewalthaber Gelangten, sondern eben auch als *actio noxalis* gewähren, soweit Diebsgut verloren gegangen ist: Dementsprechend könnte

Entleiher zu gewähren sei, um abschließend festzuhalten, dass die *condictio* nicht diesem, sondern eben nur dem *dominus* zustehe: *Qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est. et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati pignorisve accepti, si hae subreptae sint, omnibus furti actiones competere: condictio autem ei demum competit, qui dominium habet.*

⁵⁰ S. in diesem Sinn auch den bei M. PENNITZ/CH. LEHNE, Der bestohlene Dieb – Digestenexegese (D.47,2,68,4), in: V. HALBWACHS (Hrsg.), Gesammelte Prüfungsfälle und Exegesen des Römischen Rechts (JAPraxis), Wien 2018, 107–113, bes. 112 f. neben der traditionellen Sichtweise (*actio furti noxalis*) diskutierten „alternativen“ Lösungsvorschlag, der insbesondere aus didaktischer Sicht Gewinn verspricht, da den Studierenden so der Unterschied zwischen Buß- und sachverfolgender Klage verdeutlicht wird. Ulpian geht im 41. Buch seines Sabinuskommentars im Übrigen auf das Diebstahlsrecht ein; vgl. LENEL, Pal. II (Fn. 3) 1162 ff., 1167. Interpolationenverdacht noch bei KASER, RP I² (Fn. 4) 633 Fn. 28 i.V.m. 606 u. Fn. 5–6, aber vgl. bereits D. LIEBS, Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht, Göttingen 1972, 115–117; ferner W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere* im klassischen römischen Recht, Berlin 1988, 89–92 (mit umfassender Lit.), der eine *condictio noxalis* – allerdings nur aus allg. Erwägungen – für unklassisch ansieht.

⁵¹ Bezogen auf den Haussohn, der bei Ulpian im ersten Halbsatz ebenfalls Erwähnung findet, fügen die Compiler dann unter D. 13,1,5 eine Paulusaussage aus dem 9. Buch seines Sabinuskommentars an: *Ex furtiva causa filio familias condici potest: numquam enim ea conditione alius quam qui fecit tenetur aut heres eius.*

⁵² Zur rein bereicherungsrechtlichen Funktion der *condictio* s. ferner Ulp. (29 *ad ed.*) D. 15,1,3,12 und Paul. (3 *ad Ner.*) D. 13,1,19, doch könnte im Wortlaut dieser Belege eine davor (d.h. vermutlich vor Julian und Celsus) bestehende Schulenkontroverse anklagen; diese ist allerdings bei Diocl./Maxim. (*Sosio*; a. 294) C. 3,41,4 kein Thema mehr.

auf diesem Weg einerseits eine Bestrafung des Sklaven mittels *noxae deditio*⁵³ und andererseits die Abschöpfung des bei H durch Pekuliarzuwachs aufgetretenen Gewinns erreicht werden.

Gegen eine solche Überlegung spricht nicht von vornherein die von Justinian zitierte *generalis regula* (C. 6,2,21,1), da sich diese explizit ja nur auf die *actio furti noxalis* bezieht; aber vor allem der Umstand, dass S hier ein „Delikt gegen den eigenen Gewalthaber“ verübt, weil dem A in diesem Moment die *potestas* über den Täter zukommt (D. 9,4,13), dürfte im konkreten Fall eine Gewährung der *condictio (ex causa furtiva) noxalis* unmöglich machen:⁵⁴ Denn zum Zeitpunkt der Deliktsbegehung kann A diese Noxalklage – ebenso wie eine *actio furti noxalis* – keinesfalls gegen sich selbst als aktuellen Gewalthaber erheben, und auch ein späteres Entstehen solcher Klagen wird von der klassischen Jurisprudenz abgelehnt.⁵⁵

Diese Sichtweise scheint sich anhand einer bei Afrikan überlieferten Julianentscheidung zu bestätigen:⁵⁶

Afr. (8 *quaest.*) D. 19,1,30pr.

*Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. quamvis ea res quam subripuit interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa conditionis sit factus. nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino conditionem eo nomine de peculio non haberem aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset, tamen in proposito et retentionem me habiturum et, si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere. ...*⁵⁷

⁵³ Dazu schon o. bei Fn. 34.

⁵⁴ In diesem Sinn schon LIEBS, Klagenkonkurrenz (Fn. 50) 116, der im Hinblick auf die *condictio (ex causa furtiva) noxalis* zu Ulp. (43 *ad Sab.*) D. 18,1,29 ausführt: „Denn hier hat der Sklave den Diebstahl de iure am eigenen Herrn begangen, in welchem Fall eine Klage nicht entsteht und folgerichtig auch nicht etwa nach dem Grundsatz *noxae caput sequitur* bei Veräußerung aufleben kann, ...“.

⁵⁵ S. schon o. bei Fn. 29 f. sowie bei Fn. 48.

⁵⁶ Im 8. Buch seines kasuistischen Werks geht Afrikan neben dem Kauf- u.a. auch auf das Diebstahlsrecht ein; vgl. LENEL, Pal. I (Fn. 3) 23 ff., 27; zur Klassizität der Stelle schon ausführlich und in Auseinandersetzung mit den zahlreichen Interpolationenvermutungen A. SACCOCCIO, *Si certum peteretur*, Milano 2002, 383 f. i.V.m. 379–383.

⁵⁷ Die letzte Fallvariante des Textes – zur *condictio (sine causa)* – bringt in unserem Kontext keine zusätzliche Erkenntnis: ... *secundum quae dicendum: si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiare ademeris et consumpseris, condictio eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.* Dazu F. STURM, Rez. Saccoccio, *Si certum* (2002), in: SZ 124 (2007) 524.

Ein Sklave, den du von mir zusammen mit dessen Sondergut gekauft hast, hat mich bestohlen, bevor er dir übergeben wurde. Obwohl das Diebsgut untergegangen ist, habe ich deshalb, wie er (Julian) sagt, dennoch ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich des Sonderguts. Mit anderen Worten ist das Sondergut wegen dieser (Unrechts-)Tat von Rechts wegen verringert, nämlich deshalb, weil er (der Sklave) zu meinem (natürlichen) Schuldner auf der Rechtsgrundlage der Bereicherungsklage (wegen Diebstahls) wurde. Denn wenn ich auch im Fall, dass er mich erst nach der Übergabe bestohlen hätte, die Bereicherungsklage bezüglich des Sonderguts deswegen entweder überhaupt nicht hätte oder sie nur in der Höhe hätte, in der das Sondergut durch das Diebsgut vergrößert wäre, habe ich im vorliegenden Fall doch das Zurückbehaltungsrecht und ich kann, sofern sich das gesamte Sondergut bei dir befindet, sogar bereicherungsrechtlich klagen, zumal⁵⁸ ich (damit) gleichsam mehr geleistet habe, als geschuldet war. ...

Ein Sklave war hier von seinem *dominus* ausdrücklich zusammen mit dem ihm eingeräumten *peculium* veräußert worden: Allerdings entzieht dieser Sklave seinem *dominus* vor der vereinbarten Übergabe andere Wertgegenstände, womit ein „Delikt gegen den eigenen Herrn“ verübt wird; danach geht das Diebsgut verloren, und der Sklave wird übergeben, während sich das *peculium* noch in Händen des (nunmehrigen Ex-) *dominus* befindet. Julian führt aus, dass letzterem gegenüber seinem Vertragspartner ein Retentionsrecht zuzubilligen ist, sollte nun die Herausgabe des *peculium* (in voller Höhe) verlangt werden; denn durch den Diebstahl habe sich das Sondergut *ipso iure* verringert, weil der Sklave – gemäß *ius naturale*⁵⁹ – intern (aber eben nicht der Käufer extern) im Sinn einer *condictio (ex causa furtiva)*⁶⁰

⁵⁸ Demgegenüber will SACCOCCIO, *Certum* (Fn. 56) 389 f. das *vel* mit „nel senso di ‘au moins’ o ‘wenigstens’“ verstehen.

⁵⁹ Vgl. auch SACCOCCIO, *Certum* (Fn. 56) 384 f. i.V.m. 379 u. Fn. 2; 380 u. Fn. 5 f. sowie S. HEINEMEYER, *Der Freikauf des Sklaven mit eigenem Geld – redemptio suis nummis*, Berlin 2013, 194 f. S. HÄHNCHEN, *Die causa condictiois*, Berlin 2003, 83 u. Fn. 351 meint hingegen, im Text werde mit der Worten *debitor meus ex causa condictiois* u.a. auch eine *condictio* gegen den Sklaven selbst in Betracht gezogen, um dann zu folgern: „die Klage scheint fragwürdig, denn konnte ein Sklave ... haften?“

⁶⁰ SACCOCCIO, *Certum* (Fn. 56) 390 u. Fn. 34 betont demgegenüber die „unicità dell’azione (*condictio*) richiamata nel fr.“, während „la dottrina dominante si è sforzata di individuare nel passo tre distinte applicazioni di questa azione, riconoscendo dapprima una *condictio ex causa furtiva*, poi una *condictio indebiti*; ed infine una *condictio sine causa*“: Allerdings dient eine solche Präzisierung m.E. trotz der einheitlichen Sicht des *condicere* bei Afrikan dennoch dem besseren Verständnis der Argumentation bei den klassischen Juristen.

Schuldner des *dominus* ist. Mit anderen Worten kann der *dominus* angesichts des an ihm selbst begangenen *furtum* zwar keine *condictio (ex causa furtiva) noxalis* gegen den Käufer als neuen Gewalthaber des Sklaven erheben, aber das intern entstandene Schuldverhältnis soll gemäß Julian dennoch in Form des Zurückbehaltungsrechts Berücksichtigung finden.

Danach vergleicht der Jurist (nun wohl Afrikan) den erörterten Fall mit der Situation, dass der Sklave nach der Übergabe an den Käufer seinen früheren Herrn bestohlen hat: Hier würden dem (Ex-) *dominus* zwar die *actio furti* sowie die *condictio (ex causa furtiva)* als Noxalklagen zur Verfügung stehen, was im konkreten Kontext jedoch unerwähnt bleiben kann, doch hätte er angesichts des untergegangenen Diebsgutes natürlich keine *condictio* (im Sinn einer *actio de peculio*⁶¹), es sei denn, es wäre dennoch etwas wertmäßig an den (neuen) Gewalthaber gelangt; das hier Ausgeführte entspricht im Übrigen genau dem vorhin zitierten Beleg Ulp. D. 13,1,4.

Obwohl es also an einer solchen (das Diebsgut verfolgenden) bereicherungsrechtlichen Klage fehle, ergänzt der Hochklassiker, stehe im Eingangsfall dennoch ein Retentionsrecht und sogar eine bereicherungsrechtliche Klage zur Verfügung, sofern der (Ex-) *dominus* das *peculium* in voller Höhe bereits an den Käufer ausgefolgt haben sollte, etwa weil der Diebstahl des Sklaven zu spät entdeckt wird.⁶² Bei letzterer bereicherungsrechtlicher Klage würde es sich allerdings um eine anders zu begründende *condictio* handeln, da hier der (Ex-) *dominus* zuviel an seinen Vertragspartner geleistet hat, indem er die (nach Kaufabschluss eingetretene) Verminderung des *peculium* nicht in Rechnung gestellt hat; in diesem Zusammenhang ließe sich also von einer *condictio (indebiti)* sprechen.⁶³

Wenn also auch der Beleg Afr. D. 19,1,30pr. dafür spricht, dass angesichts eines Delikts „gegen den eigenen Gewalthaber“ weder die *actio furti noxalis* noch die *condictio (ex causa furtiva) noxalis* zur Verfügung stehen, so bleibt nun zu überlegen, welche Art von *actio* dem A gemäß Celsus und der herrschenden Lehre statt dessen eingeräumt sein könnte: Deshalb soll ergänzend – im Sinn eines systematisch ausgerichteten Interpretationsansatzes⁶⁴ – noch die vom Hochklassiker unmittelbar davor in

⁶¹ So zu Recht SACCOCCIO, *Certum* (Fn. 56) 386; 388; vgl. auch ПІКА, *Condicere* (Fn. 50) 95 u. Fn. 27 f.

⁶² Vgl. auch HÄHNCHEN, *Causa* (Fn. 59) 82.

⁶³ Vgl. SACCOCCIO, *Certum* (Fn. 56) 604 („assimilatione [...] ad una *solutio indebiti*“), aber andererseits o. bei Fn. 60. HÄHNCHEN, *Causa* (Fn. 59) 81 denkt hingegen offenbar an die *condictio ex causa furtiva*, „um die es sich nur handeln kann“.

⁶⁴ Demgegenüber bietet der nachfolgende § 5 keinerlei Anhalt für die hier interessierende Fragestellung, da Celsus dort sowohl die *actio furti* als auch die *condictio (ex causa furtiva)*

§ 3 getroffene Entscheidung auf allfällige Ähnlichkeiten bzw. Unterschiede abgetastet werden:

Cels. (12 dig.) D. 47,2,68,3: *Cum servus inemptus factus sit, non posse emptorem furti agere cum venditore ob id, quod is servus post emptionem, antequam redderetur, subripuisset.*

Sofern bezüglich eines gekauften Sklaven die Wandlung / der Rücktritt vom Vertrag erfolgt ist, kann der Käufer gegen den Verkäufer im Hinblick auf dasjenige, was dieser Sklave nach dem Kauf, aber vor seiner Rückgabe entwendet hatte, nicht die Diebstahlsklage erheben.

Der Text lässt sich auf zwei Arten verstehen: Man könnte – mit *Impallomeni* bzw. *Wesel*⁶⁵ – von einem mit Sachmangel behafteten Sklaven ausgehen, der vor der Wandlung (*redhibitio*) einen Diebstahl gegenüber dem Käufer verübt (arg. *antequam redderetur*): Da letzterer in diesem Moment noch Gewalthaber (*dominus*) des Sklaven ist, handelt es sich um ein „Delikt gegen den eigenen Herrn“, weshalb dem Käufer – wie Celsus ausführt – die *actio furti noxalis* im Hinblick auf den (dann wieder besitzenden) Verkäufer versagt bleibt. Ergänzende Ausführungen wären in diesem Fall nicht erforderlich, da es sich im entwickelten klassischen Recht durchgesetzt hat,⁶⁶ dass der Käufer mittels *actio redhibitoria* – neben dem Kaufpreis – auch den erlittenen Verlust geltend machen kann: Allerdings wird dem Verkäufer hierbei (im Sinn des Noxalrechts) die Möglichkeit eingeräumt, auf die *redhibitio* des Sklaven zu verzichten, um auf diese Weise dem Schadensersatz zu entgehen, was letztlich einer *noxae deditio* gleichkommt.⁶⁷

gegen einen untreuen Pächter bejaht: *Si colonus post lustrum conductionis anno amplius fructus invito domino perceperit, videndum, ne messis et vindemiae furti cum eo agi possit. et mihi dubium non videtur, quin fur et si consumpserit rem subreptam, repeti ea ab eo possit.*

⁶⁵ Vgl. G. IMPALLOMENI, L'editto degli edili curuli, Padova 1955, 200; 235 sowie U. WESEL, Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs, in: SZ 85 (1968) 94–172, 153 f.: Beide Autoren berufen sich diesbezüglich auf das *redderetur* im Text und den Umstand, dass das Wort (*servus*) *inemptus* auch an zwei Stellen in Bezug auf das ädilizische Recht überliefert ist, nämlich bei Ulp. (2 *ad ed. aed.*) D. 21,1,38pr. sowie bei Paul (1 *ad ed. aed.*) D. 18,1,54. Vorsichtiger bezüglich einer derartigen Annahme zuletzt N. DONADIO, La tutela del compratore tra *actiones aediliciae* e *actio empti*, Milano 2004, 279 f. u. Fn. 68.

⁶⁶ Insbes. Sab.–Ulp. (39 *ad ed.*) D. 47,2,17,2; Iul.–Ulp. (1 *ad ed. aed.*) D. 21,1,23,7–8; 29,3; 31pr.; Paul. (69 *ad ed.*) D. 21,1,60.

⁶⁷ Vgl. Afr. (8 *quaest.*) D. 47,2,62,2 bzw. Paul. (5 *resp.*) D. 21,1,58pr.

Plausibler erscheint m.E. freilich eine andere Auslegung: Celsus könnte in § 3 nämlich auch an eine unter Rücktrittsvorbehalt abgeschlossene *emptio venditio* denken, etwa an einen Kauf „auf Probe“: Aufgrund der Vereinbarung eines sog. *pactum displicentiae* wäre der Sklave dem Käufer dann auflösend bedingt überlassen worden,⁶⁸ wobei in diesem Kontext Wendungen wie (*servus*) *inemptus*⁶⁹ bzw. dessen *reddere*⁷⁰ durchaus einschlägig sind. Hat der Sklave nun in der Probezeit dem Käufer, seinem (zwischenzeitlichen) *dominus*, etwas entwendet, und entschließt sich letzterer – vielleicht gerade wegen dieses Diebstahls – von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen, so ist dem Käufer, wie Celsus festhält, keine *actio furti noxalis* zu gewähren, da hier erneut ein „Delikt gegen den eigenen Gewalthaber“ zur Diskussion steht. Zugleich stellt sich allerdings die – beim Hochklassiker in § 3 nicht näher behandelte – Frage, welche *actio* dem Käufer insoweit, also angesichts seines erlittenen Verlusts zustehen könnte: Während sich die Sabinianer, wie das noch bei Paul. D. 18,5,6 anklingt,⁷¹ in solchen Fällen wohl auf die Vertragsklage stützen, dürften andere Juristen wie etwa auch Celsus von einer *actio in factum* ausgehen: Deren Ziel müsste es sein, die beim Verkäufer allenfalls eingetretene Bereicherung abzuschöpfen und dem Käufer Ersatz für untergangesenes bzw. verschwundenes Diebsgut zu verschaffen, wobei bei letzterem Anspruch erneut ein Modus (z.B. ein Retentionsrecht etc.) denkbar wäre, der an eine *noxae deditio* bezogen auf den unfreien Täter erinnern könnte.

Liest man nun, dass Celsus in § 4 in einem vergleichbaren Fall, nämlich wiederum bei einem „Delikt gegen den eigenen Gewalthaber“ ausführt, nach herrschender Lehre (arg. *placet*) sei eine *actio* zu gewähren, so spricht m.E. viel dafür, auch dort an eine *actio in factum* zu denken, die dann ähnliche Charakteristika wie die (in einer solchen Konstellation gerade nicht zur Verfügung stehende)⁷² *condictio (ex causa furtiva) noxalis* haben dürfte.⁷³ Geht man also im Sinn der hier vertretenen These davon aus, dass Celsus

⁶⁸ S. auch Ulp. (18 *ad Sab*) D. 18,1,3: *Si res ita distracta sit, ut si displicisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione.*

⁶⁹ Arg. *inempta esset* (in D. 18,1,3).

⁷⁰ Vgl. Paul. (2 *ad ed.*) D. 18,5,6: *Si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur; ebenso schon Lab.-Ulp. (32 *ad ed.*) D. 19,5,20pr.: *Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. ...**

⁷¹ S. o. Fn. 70. Vgl. nur KASER, RP I² (Fn. 4) 561 f. u. Fn. 76 f.

⁷² S. dazu o. bei Fn. 54 ff.

⁷³ Vgl. o. Fn. 70 zu *aut proxima empti in factum datur* (in D. 18,5,6).

in § 3 einen Kauf auf Probe behandelt hat, bei dem der Ersatzanspruch des Käufers unerwähnt bleibt, so könnte das erklären, warum die Kompilatoren (oder allenfalls schon der Hochklassiker selbst) unmittelbar darauf die Entscheidung des § 4 anfügen: Denn aus der Zusammenschau der beiden Texte folgt, dass dem Tatopfer zwar jeweils keine *actio furti noxalis* zur Verfügung stehen kann, und insoweit auch keine *condictio ex causa furtiva noxalis*, dass aber das entwickelte klassische Recht (arg. *placet*) in solchen Fällen – trotz zu berücksichtigender Unterschiede im Detail – grundsätzlich eine nicht-pönale Klage (*actio in factum*) vorsieht, um zum einen den unfreien Täter nicht völlig straflos davonkommen zu lassen und zum anderen eine ungerechtfertigte Bereicherung seines *dominus* zu verhindern.

6 Fazit: Die *crux* mit Sklaven „solcher Art“

Damit bleiben abschließend noch kurz die Aussagen von Celsus zu würdigen, wonach es sich beim Beispiel des § 4 eben um *facinora talium servorum* handle und dass *plerumque* die Sondergüter von Sklaven *eius generis* (eben auch) durch *furta* vergrößert würden. Natürlich ist man bei einem solchen Unterfangen auf Spekulationen angewiesen: Wie aber bereits ausgeführt weist die Sachverhaltsdarstellung darauf hin, dass dem S von H ein *peculium* eingeräumt wurde, womit zugleich ein gewisser geschäftlicher Handlungsspielraum des Unfreien und ein nicht zu unterschätzendes Maß an persönlicher Freiheit einhergeht. Auch nach seiner Entführung von Seiten des A bleibt dem S ein solcher Freiraum offenbar erhalten, so dass ihm nicht nur die Flucht, sondern auch die Entwendung von Wertgegenständen möglich ist, und es besteht für S darüber hinaus ganz offensichtlich ein guter Grund, damit zu H zurückzukehren und die so erlangten Werte in das *peculium* zu investieren. All das bietet m.E. doch eine hinreichende Basis für die Schlussfolgerung, dass H dem S nicht bloß ein *peculium* zugebilligt, sondern dem Sklaven zugleich die Möglichkeit eingeräumt hat, etwa mittels der sog. *redemptio suis nummis* seinen Freiheitserwerb selbst in die Wege zu leiten:⁷⁴ Demnach darf er sich also selbst freikaufen, wenn er mittels *peculium* etwa eine bestimmte Summe erwirtschaftet hat. Dass Sklaven unter solchen Umständen versucht waren,⁷⁵ alle lauterer und unlauterer Wege

⁷⁴ Zu den Details vgl. nur HEINEMEYER, Freikauf (Fn. 59), passim, bes. 31–39; 343–351.

⁷⁵ Vgl. zu diesem Typus von Slaven auch den Hinweis bei M. PENNITZ, Die rechtliche Funktion von Asylstätten in Rom zur Zeit der Republik und des frühen Prinzipats, in: U. MANTHE,

einer raschen Geldvermehrung in Betracht zu ziehen,⁷⁶ liegt insofern für Römer seit den Zeiten der Republik und natürlich gerade für einen Juristen der entwickelten klassischen Epoche wie Celsus auf der Hand.

u.a. (Hrsgg.), Aus der Werkstatt römischer Juristen. Vorträge der Europäisch-Ostasiatischen Tagung 2013 in Fukuoka, Berlin 2016, 315–338, 331 i.V.m. 333–335.

⁷⁶ S. auch GAMAUF, Freilassungsmentalität (Fn. 39) 239–243.

Sulla *litis contestatio* e l'intrasferibilità ereditaria delle azioni penali nel Diritto Romano: regola generale ed eccezioni

José María Blanch Nougés

1 La regola dell'intrasferibilità ereditaria delle azioni penali – 2 Trasferibilità delle azioni penali in virtù della *litis contestatio* – 2.1 Enunciato – 2.2 Breve riferimento sull'origo e natura della *litis contestatio* – 2.3 La *litis contestatio* nel procedimento della *cognitio extra ordinem* – 2.4 La *litis contestatio* nell'ambito dei reati di Diritto Pubblico – 3 *Litis contestatio* fittizia?

1 La regola dell'intrasferibilità ereditaria delle azioni penali

Fin dai primi tempi, quasi *ab urbe condita*, si affermò a Roma¹, come una *iuris regula* di valore normativo, l'intrasferibilità ereditaria delle azioni penali, basata, a sua volta, sul principio della personalità della pena, che, come avviene tutt'oggi negli ordinamenti giuridici, stabilisce che il castigo imposto dallo Stato all'autore di un illecito penale s'impone solo allo stesso e non ai suoi figli, ai discendenti o al coniuge.

In quest'ambito del Diritto Romano ci troviamo innanzi a un principio di *ius civile*, nato dagli stessi *mores maiorum* e che si enuncia, tra le altre fonti, principalmente in Gai. 4,112², e in D. 47,1,1,pr. (*Ulp.* 41 *ad Sab.*)³. Nel

¹ Cic. de Nat. D. 3,38,90; Dion. Hal. 8,80; BLANCH NOUGÉS, J. M^a., *Observaciones acerca de D. 44,7,35pr.*, Studia et Documenta Historiae et Iuris, 61, Roma, 1995, pp. 821 ss.; ID., *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho Romano*, Madrid, 1997, p. 53; ID., “*Civilis constitutio est poenalibus actionibus non teneri*”: *acerca de la persecución post mortem de los ilícitos penales en derecho romano*, Scritti per Alessandro Corbino (coord. Isabella Piro), Vol. 1, Napoli, 2016, pp. 277 ss.

² La *actio iniuriarum* tratta del caso più caratteristico delle cosiddette *actiones vindictam spirantes*, che perseguono unicamente un indennizzo economico per il danno morale subito direttamente dalla vittima, e non un danno patrimoniale quantificabile e trasferibile agli eredi della vittima del reato. L'espressione <<*vindictam spirantes*>> allude alla vendetta o riparazione esclusivamente morale, che può risarcire solo la vittima e non i suoi eredi: Gai., 4,112; D. 47,1,1,1 (*Ulp.*, 41 *Sab.*); D. 47,10,13,pr. (*Ulp.*, 57 *ed.*); D. 47,10,15,14 (*Ulp.*, 77 *ed.*); D. 47, 10,28 (*Ulp.*, 34 *Sab.*).

³ *Civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri nec ceteros quidem*

primo testo, perfino Gai oriene che la regola dell'intrasferibilità delle azioni penali sia una *certissima iuris regula*, utilizzando questo termine (*certissima*) probabilmente per sottolineare che ci troviamo di fronte a una regola di valore normativo che sarebbe stata enunciata dalla stessa giurisprudenza pontificale fino, almeno, dagli inizi della Repubblica⁴.

2 Trasferibilità delle azioni penali in virtù della *litis contestatio*

2.1 Enunciato

Orbene, la suddetta *iuris regula* si avvale anche di limitazioni o eccezioni nella sua applicazione pratica nel corso della storia del Diritto Romano. Come limitazione temporale, di natura processuale, vi è quella che risulta dalla *litis contestatio*⁵, che è il momento processuale in cui s'intendono definitivamente fissate le posizioni delle parti innanzi al pretore, prima nel procedimento delle *legis actiones* dichiarative, e poi nel processo formulare, nei quali si sostanziano anche le cosiddette azioni penali private, che davano luogo a pene pecuniarie originate nelle *obligationes* concettualizzate dalla giurisprudenza classica come *obligationes ex delicto*: in base alla *litis contestatio*, se l'autore dell'illecito di natura penale o – almeno – di natura mista, penale e *rei persecutoria* o indennitaria –, moriva dopo che quella avesse avuto luogo, l'azione giudiziaria smetteva di essere intrasferibile e si rivolgeva contro gli eredi del reo. Ci troviamo di fronte ad un effetto della cosiddetta *perpetuatio iurisdictionis* che ha luogo con la *litis contestatio*, e, tra le fonti che si riferiscono ad esso, annoveriamo: Cod. Herm. 2,1 (a. 294)

successores: idcirco nec furti conveniri possunt. sed quamvis furti actione non teneantur, atamen ad exhibendum actione teneri eos oportet, si possideant aut dolo fecerint quo minus possideant: sed enim et vindicatione tenebuntur re exhibita. item conductio adversus eos competit.

⁴ Su questa materia: SCHMIDLIN, B., *Regulae iuris: Standard, Norm, oder Sprugel? Zum hermeneustischen Problem des Regelverständnisses*, Fest. M. Kaser, München–Beck, 1970, pp. 91 ss.; ID., *Die Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln–Wien, 1970 (rec. di CANNATA, C. A., IURA, 22, 1971, pp. 180 ss.); NÖRR, D., *Spruchregel und Generalisierung*, ZSS, 89, 1972, pp. 18 ss.; 81 ss.; VACCA, L., *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976, pp. 110–111; DE CASTRO CAMERO, R., <<Regula Iuris>>, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, 16, Valparaíso (Chile), 1994, pp. 25 ss.; BLANCH NOUGUÉS, J. M^a, *La certissima iuris regula de Gayo*, R.I.D.A., 44, Bruxelles, 1997, pp. 45 ss.

⁵ In generale, BONIFACIO, F., v., *Litis contestatio*, N.N.D.I., IX, 1965, pp. 973 ss., e bibliografia ivi citata.

y su *interpretatio* visigótica; C. 4,17,1 (a. 293); I. 4,12,1; D. 27,7,8,1 (*Paul.*, 9 *resp.*); D. 27,7,8,1 (*Paul.*, 9 *resp.*); D. 44,7,59 (58) (*Call.*, 1 *ed. mon.*); D. 50,17,139, pr. (*Gai.*, 9 *ed.*); D. 50,17,164 (*Paul.*, 51 *ed.*); D. 44,7,26 (*Ulp.*, 5 *de cens.*); D. 44,7,33 (*Paul.*, 3 *decr.*); D. 46,2,29 (*Paul.*, 24 *quaest.*); D. 47,10,13pr. (*Ulp.*, 17 *ed.*)⁶.

In realtà, era così perché, tra gli effetti prodotti dalla *litis contestatio*, c'era quello dell'estinzione della relazione giuridica che si portava a giudizio e la creazione di un vincolo processuale per il quale il reo veniva obbligato ad adempiere la pena pecuniaria corrispondente, purché mediasse uno *iudicatum* condannatorio, e, per quanto riguarda le azioni penali, il suddetto effetto si traduceva nell'estinzione della *obligatio ex delicto*, sorta dalla commissione dell'illecito, e nella creazione di un vincolo processuale di contenuto patrimoniale estraneo ad ogni genere di concezione penale.

2.2 Breve riferimento sull'origo e natura della *litis contestatio*

La dottrina romanistica ha apportato diverse tesi sull'origine e sul fondamento della *litis contestatio* e, soprattutto, sui suoi effetti processuali. Spiccano, sulle altre, due posizioni in materia: la tesi che fonda la *litis contestatio* sulla presenza del magistrato nel processo, che emana un decreto mediante il quale stipula una formula scritta⁷, e quella contrattualista, che vede nella *litis contestatio*, almeno nella sua origine, un contratto formale privato elaborato dalle parti intervenienti nel processo, mediante il quale queste s'impegnano a sottoporsi alla decisione di un *iudex*, in conformità alla

⁶ BLANCH NOUGUÉS, J. M^a, *La intransmisibilidad de las acciones penales...* cit., pp. 257 ss.

⁷ Secondo MURGA, J. L., *Derecho Romano clásico II, El proceso*, Zaragoza, 1993, pp. 288–289, nt. 412, possiamo citare la seguente bibliografia: KELLER, F. L., *Litiscontestatio und Urteil nach klassischem römischem Recht*, Zurich, 1827 (ed. anast., Leipzig, 1969); ID., *Der römischen Zivilprozess und die Aktionen*, Leipzig, 1883, (ed. anast., Stuttgart, 1966). Nella stessa linea di KELLER, anche se con sfumature e differenze: BEKKER, E. J., *Überschau des geschichtlichen Entwicklungsganges der Römischen Aktionen*, Z.S.S., 5, Weimar, 1894, pp. 145 ss.; ID., *Streitfragen aus dem Aktionenprozessrecht*, Z.S.S., 24, 1903, pp. 342 ss. (pp. 362 ss.); SCIALOJA, V., *Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos* (trad. esp., Buenos Aires, 1954); KÜBLER, B., *Über die Bedeutung von iudicium und formula bei Cicero und in den übrigen Quellen der republikanischen Zeit*, Z.S.S., 16, 1895, pp. 137 ss.; HÖLDER, E., *Die litiscontestatio des Formularprozesses*, Z.S.S., 24, 1903, pp. 197 ss.; Vid. anche, BLANCH NOUGUÉS, J. M^a, *La intransmisibilidad de las acciones penales...* cit. pp. 258 ss.; KASER, M., *Cicero ad Atticum, 16,15,2, Formularprozess ohne Litis contestatio*, Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, Wien–Köln–Graz, 1986, pp. 373 ss.

formula proposta dall'attore e accettata dal convenuto (Wlassak)⁸. Altri autori, inoltre, hanno sostenuto una tesi eclettica, come nel caso di Carrelli⁹, il quale affermava che nella *litis contestatio* intervengono sia l'accordo tra i litiganti, sia la copertura giurisdizionale che apporta la *iurisdictio* del magistrato, e Biscardi¹⁰ rileva che la *litis contestatio* classica passa a configurarsi “come un negozio bilaterale sui generis, creativo di un vincolo processuale, destinato ad estinguersi con la sentenza di condanna o di assoluzione”¹¹.

D'altro canto, constatiamo che la *litis contestatio* comporta l'immediata estinzione della relazione giuridica che si porta a giudizio, quando si tratta di *iudicia legitima*, vale a dire, di processi derivanti da azioni nate dallo *ius civile*, come consta in Gai. 3,180¹². In questo modo, nei *iudicia legitima*, si

⁸ WLASSAK, M., *Die litiscontestatio im Formularprozess*, Leipzig, 1889; ID., *Anklage und Streitbefestigung*, Wien, 1921, pp. 260 ss.; ID., *Der Judicationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien, 1921, pp. 260 ss.; ID., *Die klassische Prozessformel*, I, Wien–Leipzig, 1924, pp. 125 ss.; nella stessa linea: BETTI, E., *Diritto romano*, 1, Padova, 1935; ID., *Istituzioni di diritto romano*, 1, Padova, 1942, pp. 256 ss. (cit. MURGA, J. L., *Derecho romano clásico*, cit., p. 288, nt. 411).

⁹ CARRELLI, E., *La genesi del procedimento formulare*, Milano, 1946, pp. 80 ss. y 115 ss. (cit. BISCARDI, A., *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, pp. 42 ss.; MURGA, J. L., op. cit., p. 289).

¹⁰ BISCARDI, A., *La litis contestatio nell'ordo iudiciorum*, Siena, 1953; ID., *Lezioni sul processo romano...* cit., pp. 26 ss.

¹¹ ID., *Lezioni sul processo romano...* cit., p. 274. Sulla *Litis contestatio* nel proceso formulario, anche: BEKKER, E. I., *Die prozessualische konsumtion im classichen römischen Recht*, Berlin, 1853 (rist. Darmstadt, 1977); SCHLOSSMANN, S., *Litis contestatio. Studien zum römischen Zivilprozess*, Leipzig, 1905 (rist. Darmstadt, 1972); BONIFACIO, F., *Appunti sulla natura della Litis contestatio*, Studi in memoria di Emilio Albertario, I, Milano, 1953, pp. 63 ss.; ID., *Studi sul processo formulare romano, 1. Traslatio iudicii*, Napoli, 1956; JAHR, G., *Litis contestatio. Streitbezeugung und Prozessbegründung im Legisaktionem und im Formularverfahren*, Köln–Graz, 1960; WOLF, A., *Die litiscontestatio im römischen Zivilprozess*, 1968; KASER, M., *Zum formproblem der litiscontestatio*, ZSS, 84, 1967, pp. 1 ss.; ID., *Nuovi studi sul processo civile romano*, Labeo, 15, Napoli, 1969; ID., *Cicero ad Atticum, 16.15.2, Formularprozess ohne Litis contestatio?*, Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, Wien–Köln–Graz, 1986, pp. 372 ss.; GIOFFREDI, C., *Riflessioni su Gai. 3,180.181, S.D.H.I., 48*, Roma, 1982, pp. 471 ss.; SACCONI, G., *Studi sulla Litis contestatio nel processo formulare*, Napoli, 1982; PUGLIESE, G., *L'actio e la Litis contestatio nella storia del processo romano*, Scritti, 1, pp. 421 ss. (cit., MURGA, J. L., *Derecho Romano clásico II, El proceso*, p. 287, nt. 409).

¹² *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissoluitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc <est> quod apud ueteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem*

stabilirono dei requisiti formali rigorosi e arcaicizzanti, che ci suggeriscono una sopravvivenza del sistema processuale delle *legis actiones*: dal punto di vista formale si esige che il giudizio abbia luogo entro un miglio dalla città di Roma, che vi sia un *iudex* unico, non un tribunale di *recuperatores*, e che il *iudex* e i litiganti siano cittadini romani¹³. Dal punto di vista sostanziale, si esige che il reclamo si basi nello *ius civile*: <<*quae iuris civilis habet intentionem*>> (Gai. 4,107). In caso contrario, se questi rigorosi requisiti formali non fossero adempiuti o, semplicemente, se l'azione giudiziaria in questione fosse una *actio in factum*, e pertanto, emanasse dallo *ius honorarium*, ci troveremmo dinanzi a degli *iudicia imperio continentia*, basati su criteri di giustizia ed equità del pretore, e dunque la consumazione dell'azione non si produrrebbe *ipso iure*, mediante la *litis contestatio*, ma il pretore otterrebbe il risultato pratico dell'estinzione della relazione *ope exceptionis*, vale a dire, concedendo al convenuto una *exceptio rei in iudicium deductae*.

Nello specifico, Murga¹⁴ rilevò che “l'estinzione automatica subita da qualunque relazione giuridica nel portarla a giudizio era, per la giurisprudenza antica, un qualcosa di assoluto ed evidente, anche se, probabilmente, nessuno degli antichi giuristi arrivò a teorizzare il possibile fondamento processuale della suddetta estinzione”. Altresì rileva, Murga, per quanto riguarda l'effetto processuale più importante della *litis contestatio*, vale a dire, l'impossibilità di riproporre una seconda volta la questione trattata in giudizio, non potendo, di conseguenza, l'attore, presentare una nuova azione sullo stesso oggetto contro il convenuto, che il suddetto effettosi menziona attraverso l'espressione <<*ne bis in idem*>>¹⁵ o <<*bis de eadem re ne sit actio*>> o <<*bis de eadem re agere non licet*>>, che avrebbe, per la giurisprudenza più antica, il valore

iudicatum facere oportere. Gai. 4,107: *Si uero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio superuacua est; si uero uel in rem uel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae uel in iudicium deductae*.

¹³ Gai. 4,103: *Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur*. Gai. 4,104: *Legitima sunt iudicia quae in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes ciues Romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque e Lege Iulia iudiciaria nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. Et hoc est quod uulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori*.

¹⁴ MURGA, J. L., *Derecho romano clásico*, cit., p. 292, nt. 416.

¹⁵ Su quest'effetto della *litis contestatio* nel processo romano e la sua proiezione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Unione Europea (TJUE = CJEU): BRAVO BOSCH, M^aJ., *Ne bis in idem*, *Revista General de Derecho Romano* (www.iustel.com), Madrid, 2016, I, pp. 1 ss.

e l'evidenza di un principio giuridico¹⁶, anche se –aggiunge – la suddetta *regula* non ci è pervenuta attraverso fonti giuridiche dell'era della Repubblica, ma attraverso una fonte letteraria di fine I secolo d. C., nello specifico in Quintiliano, *Institutiones Oratoriae*, 7,6,4¹⁷: <<... *bis de eadem re ne sit actio, id est, hoc "bis" ad actorem an actionem*>>.

Insieme all'effetto estintivo o preclusivo della relazione giuridica precedente, la *litis contestatio* crea, allo stesso tempo, una relazione giuridica nuova, mediante la quale il condannato, per sentenza, è obbligato a soddisfare l'importo della suddetta condanna, contenuto nello *iudicatum* corrispondente. Betti¹⁸ descrisse questo effetto secondo il seguente schema: dalla concezione della *obligatio* romana come vincolo di responsabilità, la *litis contestatio* produce una scissione nella *obligatio*, che è fatta valere mediante una *actio in personam* nata dallo *iudicatum*, di modo tale che il debito resta fuori, mentre il vincolo di responsabilità si porta nella nuova relazione processuale, ed è così perché s'intende che l'attore, nel far valere la propria azione giudiziaria nel processo, ha rinunciato al suo diritto di esecuzione specifica e gli resta solo la possibilità di far valere il vincolo di responsabilità e di conseguire, con esso, il valore economico equivalente all'oggetto della *obligatio*, estinta mediante un <<*actione teneri*>> dato dal pretore¹⁹. È il passaggio da un

¹⁶ Su quest'aspetto, MEYER, H. D., *Die Strafklagekonsumption beim Repetundendelikt und die Rechtsregel "bis de eadem re ne sit actio"*, Z.S.S., 95, 1978, pp. 138 ss.

¹⁷ Sebbene Gaio menzioni implicitamente la suddetta regola, quando rileva che: <<*bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*>> (C. 9,2,9pr.; D. 48,2,7,2).

¹⁸ BETTI, E., *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, pp. 8 ss.

¹⁹ Altresi, LIEBS, D., *Die Klagenkonsumption des römischen Rechts*, Z.S.S., 86, 1969, pp. 169 ss., indica che la consumazione delle azioni romane proviene dal processo giudiziario delle *legis actiones*: il suddetto effetto conserva, tuttavia, grazie al conservatorismo di Augusto, nel processo formulare, una funzione modesta entro limiti rigorosi e arcaici. La sua formulazione fondamentale sta nello <<*scriptum*>> dei <<*veteres*>>: *ante litem contestam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum oportere* (Gai. 3,180). Non ha, dunque – LIEBS – per oggetto, l'azione in quanto tale, ma si estingue il diritto del reclamo materiale che le serve da base. Risale – il suddetto principio – a un'epoca in cui il debito (*Schuld*) non si differenziava propriamente dalla responsabilità (*Haftung*). Allora dovette formarsi il principio giuridico secondo il quale, fondandosi, un litigio, sulla legittimità <vale a dire, basandosi sullo *ius civile*> di un diritto di responsabilità (*Haftungsrechts*), quest'ultimo si annullava, cosa che includeva anche il debito. Originariamente non si pensava alla preclusione di un secondo processo. L'impedimento per tornare ad esaminare un caso lo istituì inizialmente il magistrato, in virtù del suo diritto ad un esame preliminare, nel caso nutrì dei dubbi in merito alla utilità del processo che s'intendeva iniziare. Aggiunge, LIEBS, che nei processi formulari, nati da azioni che danno luogo a *iudicia imperio continentia*, esisteva la possibilità d'impedire un

<<*dare oportere*>> a un <<*condemnari oportere*>>. Aggiunge Betti che la funzione della *litis contestatio* non è quella di realizzare una novazione sostituendo una *obligatio* con un'altra, nuova, di natura processuale, ma è una funzione propriamente conservativa²⁰, vale a dire, quella di mantenere in vita il vincolo di responsabilità nato nell'obbligo principale, perpetuando, quindi, la responsabilità, attraverso la *litis contestatio*, e facendo in modo che non si veda alterata dall'estinzione dell'oggetto della prestazione²¹.

2.3 La *litis contestatio* nel procedimento della *cognitio extra ordinem*

Quanto al procedimento della *cognitio extra ordinem*, può dedursi dalle fonti l'esistenza di un atto o momento processuale equivalente alla *litis contestatio* del procedimento formulare²². Così, ad esempio, in D. 48,10,12 (*Pap.*, 13 *resp.*)²³, a proposito del *crimen falsi*, si presume, *sensu contrario*, la trasferibilità della stessa azione penale contro l'erede del reo deceduto, dopo essersi compiuto un determinato momento processuale, che può identificarsi con la *litis contestatio*. E questo pur avendo, la dottrina, differenziato, a questi effetti, nell'ambito del procedimento *extra ordinem*, la via processuale del *civiliter agere* da quella del *criminaliter agere*²⁴, o il procedimento della *cognitio* in epoca post-classica e in epoca giustiniana. Gli autori mettono, perfino, in rilievo, che gli effetti processuali derivati comunemente dalla *litis*

nuovo esame del caso <<*apud iudicem*>> mediante l'introduzione della <<*exceptio rei in iudicium deductae*>>.

²⁰ BETTI, E., *La struttura...* cit., p. 21.

²¹ KASER, M., *Das römische Zivil Prozessrecht*, München, 1996, p. 300, indica a questo proposito che, pur con l'estinzione del primo obbligo, rimane tuttavia evidente che, finché il convenuto si attiene alle azioni della *litis contestatio* realizzata, l'attore può, con ciò, ritenersi soddisfatto. Sottolinea, inoltre, l'Autore, che questa regola trovò, inizialmente, solo un'applicazione *ipso iure* rispetto alla *legis actio per conditionem* e che poi, mediante la *lex Iulia* di Augusto, si estese a tutti gli *iudicia legitima* sulle *actiones in personam*. Nei restanti casi, non è più accettabile che il pretore neghi l'azione di *eadem re* o che conceda al convenuto una *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

²² BLANCH NOUGÉS, J. M.^a, *La intransmisibilidad de las acciones penales...* cit., pp. 264 ss.

²³ *Cum falsi reus ante crimen illatum aut sententiam dictam vita decedit, cessante Cornelia quod scelere quaesitum est heredi non relinquitur.*

²⁴ Sulla portata e il significato della via civile e penale nella *cognitio extra ordinem*: ARCHI, M., <<*Civiliter vel criminaliter agere*>> in *tema di falso documentale*, Scritti Ferrini, I, Milano, 1947, pp. 1 ss.; PUGLIESE, G., *Processo privato e processo pubblico. Contributo all'individuazione dei loro caratteri nella storia del diritto romano*, Rivista di Diritto Processuale, III, 1, Padova, pp. 63 ss. E, in generale, su questo procedimento: MURGA, J. L., *Derecho Romano Clásico...* cit., pp. 367 ss.

contestatio si produrrebbero, alcuni, in un momento processuale precedente, e altri, in un momento posteriore, nell'ambito del procedimento della *cognitio extra ordinem* in generale²⁵.

²⁵ Possiamo rilevare che BONIFACIO, F., v., *Litis Contestatio*, cit., p. 975, pur riconoscendo l'oscurità delle fonti su questo tema, è propenso a ritenere che nel procedimento della *cognitio extra ordinem* (*civiliter agere*) dovette esistere un atto con la stessa terminologia di <<*litem contestari*>>. A tale riguardo, aggiunge RICCOBONO, S., *Die Vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litiskontestation nach klassischem und justinianischem Rechte* [fr. 10 § 2 D. 2,11 und fr. 33 D. 44,7], Z.S.S., 47, 1927, pp. 75 ss., pp. 102 ss., dovettero insorgere dubbi e perplessità tra i giuristi rispetto al momento in cui fissare la *litis contestatio*, e conclude il suo studio indicando che in epoca classica e postclassica si sarebbe identificata la l.c. o con il momento nel quale si inizia il procedimento giudiziario, attraverso la presentazione, da parte dell'attore, dell'istanza in cui richiede l'azione giudiziaria contro il convenuto (*in ius vocatio, denuntiatio, conventio*), o con un momento processuale posteriore, coincidente con l'inizio della fase orale, cioè quando il convenuto presenta la propria difesa innanzi all'attore. Anche BISCARDI, A., *Sur la <<Litis contestatio>> du procès criminel*, R.I.D.A., 7, 1960, pp. 307 ss., difende la tesi secondo cui, nell'epoca classica, vi era nel seno della *cognitio extra ordinem* un procedimento analogo alla l.c. quanto alla produzione degli effetti che le erano propri nel processo formulare, e che, a partire dalla giurisprudenza dell'epoca dei Severi, le fonti citano l'espressione *litis contestatio* o altre affini rispetto alla *cognitio extra ordinem*, non solo nella via civile (*civiliter agere*) ma anche nella via penale (*criminaliter agere*), come risulta in numerose fonti giuridiche. Per esempio: CTh. 9,10,3; CTh. 9,3,4; CTh. 9,1,9 = C. 9,46,7; CTh. 9,19,4,1; CTh. 9,2,3 = C. 9,3,2,1; CTh. 9,1,19pr. = C. 9,2,17pr.; C. 3,42,6; C. 19,1,10; C. 9,9,15,1; C. 9,9,18,1; C. 9,12,3; C. 9,22,16; C. 9,35,11 (BISCARDI, A., *Sur la <<Litis contestatio>>... cit.*, p. 313). Questo procedimento processuale si dà, secondo il suddetto Autore, nell'ambito del *criminaliter agere*, attraverso la formalizzazione dell'accusa da parte dell'attore nei *sollemnia accusationis*. Da parte sua, ALBERTARIO, A., *Lis contestata e controversia mota*, Z.S.S., 35, 1914, pp. 305 ss. (= Studi Albertario, IV,2, 1936, pp. 262 ss.) identifica la *litis contestatio* nella suddetta via processuale con la cosiddetta <<*controversia mota*>>, e VOCI, P., *Diritto ereditario romano I, Introduzione e parte generale*, Milano, 1960, pp. 282–283, ritiene che nei processi fiscali e, in generale, in quelli in cui viene applicata una sanzione pecuniaria *extra ordinem*, la *perpetuatio iurisdictionis* si fissava nel momento della citazione o <<*conventio*>> del reo, chiamata in altre parole <<*controversia mota*>> o <<*lis inchoata*>>. A tale riguardo, in CTh. 1,2,10 (e *Interpretatio visigota*) si dice che la l.c. si intende prodotta dalla presentazione innanzi al Principe delle suppliche (*preces oblatae*) da parte dell'attore: *dubium non est contestationem intelligi etiam si nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae, easque adversus heredem quoque eius, in quem porrectae sunt, vel ab herede eius, qui meruerit, exerceri... Interpretatio: si quis principi de negotio suo preces obtulerit, litem contestatus esse cognoscitur. Et si defunctus fuerit is qui preces obtulerit, vel is contra quem obtulit, actio et heredibus defuncti et contra heredes pulsati salva permaneat, quia causa actione contestata ea, quae competeat defuncto, competit et heredi...* KASER, M., *Das römische...* op. cit., pp. 592–593, mette in rilievo che la *litis contestatio*, come essa si configurava nel procedimento formulare, scompare nel procedimento cognitorio del Diritto classico. Tuttavia in esso

Orbene, per quanto concerne l'effetto della trasferibilità ereditaria delle azioni penali in virtù della *litis contestatio*, va segnalato che nell'ambito del *criminaliter agere*, il suddetto effetto aveva solo una portata meramente patrimoniale, non personale, e si applicherebbe anche alla pena accessoria della confisca della totalità, o di parte, dei beni dell'autore (*ademptio bonorum*)²⁶ dell'illecito penale già deceduto, avendo, dunque, una finalità più fiscale che penale.

2.4 La *litis contestatio* nell'ambito dei reati di Diritto Pubblico

Tuttavia, l'effetto processuale della *litis contestatio*, per quanto riguarda la trasferibilità ereditaria delle pene pecuniarie per *crimina publica*, prevede importanti eccezioni in tarda epoca, a partire dal Diritto classico fino a quello

si comprendeva, con questo nome, il momento in cui il convenuto rispondeva innanzi al giudice alla domanda presentata dal attore. Anche in epoca postclassica, la *litis contestatio* si identificherebbe con il momento processuale nel quale il convenuto risponde innanzi al giudice (*contradictio, responsio*) in seguito alla esposizione della domanda da parte dell'attore (*narratio*). Tuttavia – KASER – non tutti gli effetti processuali della l.c. si potrebbero riferire a questo momento processuale, visto che la consumazione dell'azione dovrebbe avere luogo in un momento precedente, più precisamente il momento della citazione al convenuto, ossia quando questi assume l'obbligo di rispondere all'attore, e lo stesso avrebbe per quanto riguarda l'effetto della trasferibilità all'erede delle azioni penali, citando in tal senso sch. 5 ad Bas. 23,1,70 (C. 4,30,8); Heimb. II, 659 = Sch. B IV 1604) (KASER, op. cit., p. 594, nt. 80). RICCOBONO, S., *Die Vererblichkeit der Straftlagen...* cit. pp. 107–108, rilevò che, nel Diritto giustiniano, si verifica una forte rinascita della terminologia propria del Diritto classico, come frutto di uno studio tenace e sistematico delle fonti giuridiche romane nelle scuole giuridiche orientali e della “*reverentia*” dello stesso Giustiniano nei confronti del Diritto classico. In tal senso, anche BONIFACIO si trovava sulla stessa linea di RICCOBONO, ma, a differenza sua, evidenziò che, in base alle fonti, continua ad esserci confusione in merito al momento processuale in cui ha luogo esattamente la *litis contestatio*, considerando che, in C. 3,1,14,4 (1), (Giustiniano, a. 530) si verificherebbe con la risposta del convenuto all'istanza dell'attore: <<... *cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam...*>>, ma in C. 3,9,1 (Severo e Antonino, a. 202) anche se potrebbe essere stato oggetto di interpolazione giustiniana – la *litis contestatio* coinciderebbe con il momento nel quale il giudice inizia a trattare la causa, dopo l'esposizione della domanda da parte dell'attore: <<... *lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit*>>.

²⁶ Nel corso del Diritto Romano il principio generale fu quello della confisca dei beni e dell'eredità dei condannati per reati che davano luogo alla pena capitale (morte, perdita della cittadinanza, lavori forzati in miniera, esilio...): C. 7,66,3; C. 9,49,10; D. 48,22,3 (*Alf.*, 1, *epit.*); D. 28,1,8,4 (*Gai.*, 17 *ed. prov.*); D. 48,20,1,pr. (*Call.*, 1 *de iur. fisc.*); D. 48,4,11 (*Ulp.*, 8 *disp.*); D. 24,1,32,7 (*Ulp.*, 33 *Sab.*).

Giustiniano, in relazione al *crimen maiestatis* e al *crimen repetundarum*. Così osserviamo che, nel D. 48,2,20 (*Mod.*, 2 *poen.*), Modestino, dopo aver affermato espressamente che le pene non si trasferiscono a figli ed eredi, si aggiunge, a seguire, che, sia nel *crimen maiestatis*, sia nel *crimen repetundarum*, si anticipa la confisca del patrimonio ereditario del colpevole deceduto al momento in cui questi commette il reato, vale a dire, ad un momento di molto precedente rispetto a quello della *litis contestatio*²⁷. Questa eccezione alla regola della intrasferibilità ereditaria delle azioni penali, anche se in campo esclusivamente patrimoniale, era giustificata dalla gravità di questi due reati nell'epoca imperiale romana, nonché da ragioni di interesse pubblico, in particolare di natura fiscale²⁸.

Il *crimen maiestatis* derivava dall'antica *perduellio* dell'epoca arcaica e repubblicana²⁹, in base alla quale il colpevole era dichiarato *homo sacer*,

²⁷ *Ex iudiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademptionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum et maiestatis iudicio, quae etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc excerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur: adeo ut divus Severus et Antoninus rescripserint, ex quo quis aliquod ex his causis crimen contraxit, nihil ex bonis suis alienare aut manumittere eum posse. ex ceteris vero delictis poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta.*

²⁸ BLANCH NOUGUÉS, J. M^a., *La intransmisibilidad de las acciones penales...* cit., pp. 54 ss.; ID., “*Civilis constitutio est poenalibus actionibus non teneri*”... cit., p.289.

²⁹ Il *crimen de perduellio* o reato di tradimento dava luogo, nella Repubblica, oltre alle relative pene, alla *publicatio* dei beni dell'autore dell'illecito, che passavano all'erario pubblico romano. In epoca classica e postclassica, sia nella legislazione imperiale, sia nella giurisprudenza, il reato di *perduellio* continuò a comprendere i casi più gravi di attentato e tradimento verso il popolo romano (D. 48.4.11). Rileva a tale proposito DE CASTRO CAMERO, R., *El crimen maiestatis a la luz del senatus consultum de Cn. Pisone patre*, Sevilla, 2000, pp. 30–31, che “i giuristi continuarono a riconoscere due categorie di condotte nell'ambito del reato di maestà (le ipotesi di *perduellio*, da un lato, e, dall'altro, gli altri casi di *maiestas*) e le leggi continuarono a prevedere effetti diversi per l'uno e per l'altro tipo di comportamento”. I suddetti reati davano luogo alla confisca totale o parziale dei beni, non configurandosi tanto come una pena, ma come una conseguenza logica per chi è considerato indegno di essere cittadino romano ed è espulso dalla comunità. Tuttavia, in D. 48,4,11 (*Ulp.*, 8 *disp.*), si limita la confisca dell'eredità del defunto solo ai casi più gravi di *crimen maiestatis* (equiparabili al *perduellio*). Su questa materia: GAUDEMET, J., *Maiestas populi romani*, Synteleia V. Arangio-Ruiz, II, Napoli, 1964, pp. 699 ss. (= *Études de droit romain*, II, Camerino, 1979, pp. 31 ss.); BAUMANN, R. A., *The <<crimen maiestatis>> in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg, 1967; LEVI, M. A., *Maiestas e crimen maiestatis*, La parola del passato, 24, Napoli, 1969, pp. 81 ss.; DEMICHELI, A. M., *I processi di lesa maestà in Ammiano Marcellino*, Annali della Fac. di Giur. di Genova, 20, 1984–1985; BASANELLI SOMARIVA, G., *CTh.* 9,5, *ad legem Juliam Maiestatis*, B.I.D.R., 3^a s., 25–27, Milano, 1984, pp. 95 ss.; LIOU-GILLE, B., *La Perduellio: les procès d'Horace*

era privato di tutto il suo patrimonio, potendo essere ucciso da qualunque cittadino. D'altra parte, i casi più gravi del *crimen repetundarum*, che comprendevano, in epoca imperiale, importanti abusi di potere da parte di magistrati e funzionari in generale, furono assimilati, dalla legislazione imperiale, al *crimen maiestatis*, di modo tale che si sostanziano entrambi – l'uno e l'altro reato – attraverso la via del *criminaliter agere*, che dava luogo a pene personali e patrimoniali molto dure (pena di morte, deportazione in un'isola, esilio)³⁰, e che portava con sé la *ademptio bonorum*, vale a dire, la confisca totale o parziale di tutto il patrimonio del colpevole. Altresi, in D. 48,2,20 i.f. si cita un rescritto di Settimio e Antonino, nel quale si dispone che, se qualcuno commette uno di questi reati, non potrà né alienare alcunché del suo patrimonio, né concedere la libertà a nessuno dei suoi schiavi a partire dalla commissione del reato, cosa che implicava il conseguente annullamento di tutti i negozi giuridici precedenti al momento processuale equivalente alla *litis contestatio*, rivolti all'alienamento della totalità, o di una parte, del patrimonio proprio del reo.

Altresi, C. 9,8,6,2³¹ contiene una costituzione di Marco Aurelio che fissava la persecuzione *post mortem* dell'autore di un *crimen maiestatis*, che si rivolge direttamente contro i suoi eredi, dopo il decesso dello stesso, con la finalità di conseguire una *damnatio memoriae* dell'autore del reato deceduto, nonché la confisca del suo patrimonio ereditario e il conseguente annullamento dei negozi giuridici realizzati dallo stesso.³²

La regola della intrasferibilità ereditaria delle azioni penali finché non avesse luogo la *litis contestatio* non si applicò neanche ai reati di

et de Rabirius, Latomus, 53, Bruxelles, 1994, pp. 3 ss.; PESCH, A., *De perduellione, crimen maiestatis et memoria damnata*, Aachen, 1995.

³⁰ CTh. 9,27,4 = C. 9,27,2; D. 48,11,2.

³¹ ... *Post divi Marci constitutionem hoc iure uti coepimus, ut etiam post mortem nocentium hoc crimen inchoari possit, ut convictu mortuo, memoria eius damnetur, et bona eius successoribus eripiantur...* Altri testi concordanti: I. 3,1,5; I. 4,18,3; C. 1,5,4,4; D. 48,16,15,3 (*Mac.*, 2 de iud. pub.). VITTINGHOFF, F., *Der Staatsfeind in der römischen Kaiserzeit. Untersuchungen zur "damnatio memoriae"*, Berlin, 1936; VOLTERRA, E., *Processi penali contro i defunti in diritto romano*, R.I.D.A., 3, 1949, pp. 485 ss., p. 499 [= Mélanges Fernand De Visscher]; BRASIELLO, B., *Sulla persecuzione degli eredi del colpevole nel campo criminale*, Studi in onore di Edoardo Volterra, IV, Milano, 1971, pp. 332 ss. (335–336, nt. 32).

³² Altresi, diverse costituzioni di epoca postclassica stabilirono la persecuzione *post mortem* del patrimonio del colpevole in caso di *perduellio* e di *crimen maiestatis*: : CTh. 9,14,3 y C. 9,8,5 (Honorio e Arcadio, a. 397) o, nel contesto dell'Impero romano-cristiano, il reato di eresia, configurato come reato pubblico dalla legislazione dell'epoca: CTh. 16,5,40,5 y C. 1,5,4,4 (Honorio e Arcadio, a. 407).

appropriazione indebita o di malversazione di fondi pubblici da parte di magistrati e funzionari, dato che in essi la pena – di natura pecuniaria – che spettava all'autore dell'illecito si rivolgeva, secondo le fonti, direttamente contro gli eredi del reo deceduto: o con il *simplum* o con il quadruplo di quanto ci si era indebitamente appropriati nel caso del *crimen repetundarum*, o con il *simplum* più un terzo nel caso del reato *de residuis*, o con il quadruplo nel caso del *crimen peculatus*, o con il doppio per casi analoghi ai precedenti nella *lex Malacitana* del I secolo d. C., e ciò, senza dubbio, per ragioni di interesse pubblico, fermo restando il fatto che si sia discusso, in dottrina, del carattere più reipersecutorio che penale o, almeno, misto, di queste azioni giudiziarie³³.

³³ D. 48,13,16 (14) (*Pap.*, 36 *quaest.*): *publica iudicia peculatus et de residuis et repetundarum similiter adversus heredem exercentur, nec immerito, cum in his quaestio principalis ablatae pecuniae moveatur*. SERRAO, F., *Sul danno da reato in diritto romano*, A.G., Modena, 1956, II, pp. 30 ss., pp. 58 ss. (= N.N.D.I., XV, v. *Repetundae*, 1968, p. 461); ID., *Il frammento leidense di Paolo. Problemi di diritto criminale romano*, Milano, 1956, p. 65, e nt. 92, mette in rilievo che il *crimen repetundarum*, che fu stabilito e regolato da diverse leggi della Repubblica nei secoli II e I a.C., e che si sostanzialmente attraverso la corrispondente *quaestio perpetua*, passa a svolgersi, in epoca imperiale, nella *cognitio extra ordinem*, nella via del *criminaliter agere* per i casi più gravi, dando luogo, dunque, come abbiamo visto, alla confisca del patrimonio, come anche, in quella del *civiliter agere*, per i casi più lievi di appropriazione indebita di denaro pubblico da parte di un funzionario, dando luogo alla restituzione del *simplum* o alla pena del quadruplo: CTh. 9,27,3 = C. 9,27,1; C. 1,51,3; pertanto, ci troveremmo, in questo secondo caso, dinanzi ad un'azione giudiziaria di origine penale, ma con una funzione, più che altro, restitutoria, e pertanto, trasferibile agli eredi del reo (*P. Sent. Frag. Leidense*, R. 20–21: *lege Iulia repetundarum nemo in p[ublico iudicio acc]usatur, sed id quod datum est repeti potest*; D. 48,11,2, *Scaev.*, 4 *reg.*; SERRAO, F., op. cit., pp. 43 ss.). Lo stesso avverrebbe per il reato *de pecunia residuis*, sanzionato con il *simplum* più un terzo della somma di cui si sia illecitamente appropriato il funzionario (D. 48, 13,5 (4,3); *Marci.*, 14 *inst.*). Era trasferibile anche l'azione derivata dal *peculatus*, ma le fonti non chiariscono se era trasferibile per il *simplum* o per la pena del quadruplo, che è quella stabilita per questo reato in D. 48,13,15 (13) (*Mod.*, 2 *de poen.*). BRASIELLO, U., *Corso di diritto romano, Atto illecito pena e risarcimento del danno*, Milano, 1957, pp. 139 ss., prospettò la possibilità secondo cui il contenuto di quest'ultimo frammento del Digesto fosse una generalizzazione fatta dai giustinianei a una risposta data da Papiniano a una *quaestio* presentata. BLANCH NOUGUÉS, J. M^a, *La intransmisibilidad de las acciones penales...* cit., pp. 57 ss. Infine, la legge municipale Malacitana (L. 67) è di singolare importanza, poiché si dispone espressamente che, in caso di appropriazione di fondi pubblici da parte dei magistrati municipali, l'azione si rivolge per il doppio sia contro il reo, sia contro i suoi eredi. Su questa materia, anche: VENTURINI, C., *Studi sul "crimen repetundarum" nell'età repubblicana*, Milano, 1979; LAFFI, U., *La morte del reo nel procedimento "de repetundis"*, Studi in onore di Albino Garzetti, Brescia, 1996, pp. 238 ss.

3 *Litis contestatio* fittizia?

Riccobono³⁴, basandosi sui frammenti contenuti in D. 44,7,33 (*Paul.*, 3 *decret.*)³⁵ e D. 2,11,10,2 (*Ulp.*, 1 *ad Plaut.*)³⁶, difese la tesi secondo la quale negli stessi si alludeva implicitamente alla possibilità che il pretore potesse decretare una *litis contestatio* fittizia, ad esempio, per il caso in cui si fosse ritardata ingiustificatamente la comparizione o risposta del convenuto e questi fosse venuto a mancare in quel lasso di tempo, di modo che l'azione non si sarebbe potuta rivolgere contro gli eredi. Riccobono³⁷ conclude il suo studio affermando che D. 44,7,33 si riferiva al processo fiscale, possibilmente con un simultaneo riferimento alla finzione del processo privato, e D. 2,11,10,2 si riferiva al processo privato, nel quale, in casi eccezionali, avrebbe luogo la finzione della *litis contestatio*. Altresì l'Autore fa riferimento, tra le altre argomentazioni, a frammenti, come il contenuto del D. 50,17,111,1 (*Gai.*, 1 *ed. prov.*), che l'Autore ritiene classico, nel quale si afferma che <<*in heredem non solent actiones transire quae poenales sunt*>> per cui potrebbe interpretarsi, *sensu contrario*, visto l'impiego del termine <<*solent*>>, che il pretore potrebbe decretare, per ragioni di giustizia ed equità, la trasferibilità ereditaria di una azione penale.

Senz'altro sembra che nulla potrebbe impedire al pretore, in virtù del suo *imperium*, di agire, una volta presentatosi il caso, nel modo descritto, ma altri autori hanno messo in rilievo le difficoltà inerenti all'ammissione di questa tesi. E così Lenel non ritiene possibile l'introduzione di una *litis contestatio* fittizia, anche se il pretore o le parti volessero, per motivi particolari, lasciar passare a favore degli eredi dell'attore o contro gli eredi del convenuto una

³⁴ RICCOBONO, S., *Die Vererblichkeit der Strafklagen...* cit., pp. 75 ss.

³⁵ *Constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo.*

³⁶ *Qui iniuriarum acturus est, stipulatus erat ante litem contestatam, ut adversarius suus <<i>iudicio*>> sistat: commissa stipulatione mortuus est. non competere heredi eius ex stipulatu actionem placuit, quia tales stipulationes propter rem ipsam darentur, iniuriarum autem actio heredi non competit. quamvis enim haec stipulatio iudicio sistendi causa facta ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est: nam et defunctus si vellet omissa iniuriarum actiones ex stipulatu agere, non permitteretur ei. idem dicendum esse et si is, cum quo iniuriarum agere volebam, stipulatione tali commissa decesserit: nam non competit mihi adversus heredem eius ex stipulatu actio, et hoc Iulianus scribit, secundum quod et si <<*fideiussores*>> dati erant, minime dabitur in eos actio mortuo reo. idem Pomponius, si non post <<*longum tempus*>> decesserit: quia si <<*ad iudicium*>> venisset, litem cum eo contestari actor potuisset.

³⁷ RICCOBONO, S., *Die Vererblichkeit...* cit., pp. 114 ss.; BLANCH NOUGÉS, J. M^a., *La intransmisibilidad de las acciones penales...* cit., pp. 269 ss.

actio poenalis in factum concepta, contro la regola affermata in Gai. 4,112, posto che, anche se la *litis contestatio* non avesse potuto avere luogo per la morte dell'attore o del convenuto, il suddetto effetto – Lenel – non potrebbe mai prodursi mediante una finzione, ma il pretore poteva realizzare una *cognitio* riguardante il particolare motivo esistente nel caso in questione, oppure si includeva questo particolare motivo nei condizionanti della condanna. E ancora, mette in rilievo che nella formula *in ius concepta*, in base al Gai. 3,80, una *litis contestatio* fittizia è incompatibile con l'effetto della consumazione dell'azione proprio della *litis contestatio*, poiché con essa si produce l'estinzione del *dare debitorem oportet* e sorge un nuovo *condemnari oportet* di natura processuale; e pertanto, secondo l'interpretazione di Lenel, se non si fosse effettivamente svolta la *litis contestatio*, il giudice avrebbe dovuto assolvere il convenuto, nonostante il fatto che nella formula vi fosse il seguente addendum: <<*si lis contestata fuisset, tum si dari oportet*>>.

Voci³⁸ non negò del tutto la tesi di Riccobono, ma, compiendo la esegesi dei testi contenuti in D. 44,7,33 e D. 2,11,10,2, sottolineò che il primo frammento, pur includendo nel titolo che il *de obligationibus* del Digesto sarebbe stato oggetto di interpolazione, si collocherebbe, originariamente, nell'ambito del processo fiscale o, almeno, della *cognitio extra ordinem*, e che la sua unica finalità sarebbe quella di evidenziare l'analogia della *conventio*, che ha luogo nei suddetti procedimenti, con la *litis contestatio* del procedimento formulare. Infine, Biscardi³⁹, nel commentare il D. 44.7.33, riprende sinteticamente le opinioni della dottrina ed include l'opinione di autori come Wlassak⁴⁰, Pugliese⁴¹, o Serrao⁴², che ritengono che il frammento si riferiva al processo penale straordinario, realizzandosi, solamente, un paragone con gli effetti della *litis contestatio* del procedimento formulare.

³⁸ VOCI, P., *Diritto ereditario romano...* cit., pp. 311–312.

³⁹ BISCARDI, A., *Sur la <<litis contestatio>>...* cit., p. 314, nt. 18.

⁴⁰ WLASSAK, M., *Anklage und Streitbefestigung*, Wien, 1917, I, pp. 190 ss.

⁴¹ PUGLIESE, G., *Processo privato e processo pubblico...* cit., pp. 73 ss.

⁴² SERRAO, F., *Sul danno da reato...* cit., pp. 55–57.

Schädliche Stürze – Juristische Aspekte zu einem leidvollen Phänomen¹

† Rolf Knütel*

1 Einführung – 2 Stürze ohne zurechenbare Einwirkung Dritter – 2.1 Ein über Bord Gegangener – 2.2 Schlafwandler – 2.2.1 Das Erlebnis des Bildhauers – 2.2.2 Der Soldat, der aus dem Fenster ging – 2.3 Sturz durch Einsturz – 3 Stürze durch Einwirkung Dritter – 3.1 *Sexagenarios de ponte!* – 3.2 Der Sturz vom *saxum Tarpeium* – 4 Der argentinische Pudelsturz – 5 Stürze „von Mensch zu Mensch“ – 5.1 Der lübische Dachdecker – 5.2 Einer, der sich hinuntergestürzt hat – 5.3 Der Sturz des Levir – 5.4 Eine unheilvolle Bergwanderung – 6 Glückliches Ende – 6.1 Der Absturz auf die Abgestürzte – 6.2 Der Sturz des Arion

1 Einführung

Der Stürze gibt es viele an der Zahl wie in der Erscheinungsform. Überwiegend sind sie negativer Art, wie etwa Abstürze, Einstürze, Blut- und Hörstürze, Baum-, Berg-, Fels-, Schnee- und Wasserstürze, überdies Fensterstürze, von denen der Prager 1618 bekanntlich den Dreißigjährigen Krieg auslöste. Manche Stürze schmerzen die einen und erfreuen die anderen, wie Preis-, Kurs- oder Wetterstürze und auch die oft existentielle Auswirkungen zeitigenden Umstürze. Nur positiv dürfte allein der

* Rolf Knütel ist am 25. September 2019 an einer heimtückischen Krankheit verstorben.

¹ Möglicherweise kann die Betrachtung einiger merkwürdiger oder eigenartiger Vorfälle dazu beitragen, die Erinnerung an einen bedeutenden und international anerkannten Rechtswissenschaftler lebendig zu halten. **PETER BLAHO** hat sich sehr verdient gemacht um die Reetablierung des römischen Rechts im akademischen Unterricht; er hat mit großen Erfolgen gelehrt, zahlreiche unserer wichtigen Digestentitel in der *Justičná revue* in seine Muttersprache übersetzt, unsere Wissenschaft mit schönen Studien zum antiken Recht bis hin zur Europäisierung und Harmonisierung des Privatrechts bereichert und sich durch sein langjähriges Engagement als Dekan und Rektor seiner Universität Trnava viel Respekt und große Anerkennung erworben. Unser Beitrag zu seiner Gedächtnisschrift ist die überarbeitete und erweiterte Version eines unter demselben Titel erschienenen Versuchs in: C. MELLER-HANNICH, L. HAERTLEIN, H.F. GAUL, E. BECKER-EBERHARD (Hrsgg.), *Rechtsslage – Rechtserkenntnis – Rechtsdurchsetzung*, F Schr. f. EBERHARD SCHILKEN z. 70. Geb., München 2015, S. 43–59.

Fiebersturz, die sog. Krisis, empfunden werden, der schnelle Fieberabfall zur Normaltemperatur also.

Aus diesem weiten Feld wollen wir einige mehr oder minder eigenartige Fälle herausgreifen, in denen Personen unmittelbar durch Stürze betroffen wurden, sei es ohne Einwirkung Dritter (II.), sei es verursacht durch andere (III.) oder durch Stürze von Tier (IV.) oder Mensch (V.). Dass diese am Phänomen orientierte Auswahl den auch von uns seit jeher geschätzten Anforderungen dogmatischer Art nicht standhält, sei konzidiert. Da heutzutage jedoch feststeht, dass „Stürze die häufigste Unfallursache in Deutschland“² sind, dass sie die „Unfallursache Nummer eins für Senioren“³ darstellen, sollten wir nicht zögern darzutun, dass auch das Thema des schädlichen Sturzes in einer langen und anschauungsgesättigten Tradition steht. Terminologisch sei dazu noch klargestellt, dass – mag die ungerechte Umgangssprache auch zwischen gestürzten und gefallenem Mädchen unterscheiden – in unserem Zusammenhang kein Unterschied zwischen den Varianten besteht, dass jemand vom Dach gefallen oder dass er vom Dach gestürzt ist.

2 Stürze ohne zurechenbare Einwirkung Dritter

2.1 Ein über Bord Gegangener

Das Rechtsbuch von Brielle / Briel, einer an der Nordküste der Insel Voorne in Südholland gelegenen kleinen Hafenstadt, stammt aus dem Anfang des 15. Jahrhunderts; es enthält einen Bescheid an jemanden, der über Bord gegangen war:

„Eine Frage: Es geschah, dass Einer aus dem Schiffe über Bord fiel, und ein Anderer stand dabei und nahm einen Haken, um ihn herauszufischen, und hakte in sein Auge und hielt ihn über Wasser, damit er nicht ertrinke; und als der Mann davon befreit war, hatte er sein Auge verloren, und er nahm den Andern wegen der Schmerzen in Anspruch: Ob derjenige, der ihn herausgefischt hatte, schuldig sei ihm den Verlust und die Schmerzen zu ersetzen? Die Antwort ist: Wird die Sache zum Urteil vor den Schöffenstuhl gezogen, dann sollen die Schöffen dem, der das Auge verloren und Klage erhoben hat, sagen, er möge wieder auf einem Schiff an die Stelle gehen, an der er hinausfiel, und wieder

² So der Titel einer Meldung im Deutschen Ärzteblatt v. Montag, d. 29. 4. 2013, zu einer Studie des Robert-Koch-Instituts.

³ Siehe z.B. die Meldung im Weser Kurier v. Freitag, d. 24. 1. 2014.

ins Wasser fallen; gelange er aus eigener Kraft allein ans Land, dann solle er wieder zu ihnen kommen und Klage erheben; sie würden ihm darauf ein Urteil finden, wie sie meinten, dass es Recht wäre“⁴.

Der Bescheid macht dem Verletzten klar, dass seine Klage aussichtslos wäre. Da er sich nicht wieder ins Meer fallen lassen wird, zeigt er, dass er sich selbst nicht hätte helfen können. Dann aber muss er zufrieden sein, wenn ein Anderer ihm das Leben, sein höchstes Gut, gerettet hat, sei es auch unter Verletzung eines geringeren Gutes. Wir kämen heutzutage zu demselben Ergebnis über § 680 BGB, der bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, von der auszugehen wäre, eine Haftungsreduzierung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit für den Fall bestimmt, dass die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt. Vermutlich hat auch dieser aus dem römischen Recht (Ulp. D. 3,5,3,9) übernommene Gedanke, der „in hohem Maße billig und geeignet <ist>, Dritte zu vermögen [also in den Stand zu setzen], im Interesse der Gefährdeten helfend einzugreifen“⁵, bei der Entscheidung der Verfasser des Bescheides eine Rolle spielt.

2.2 Schlafwandler

Besonders sturzgefährdet sind die Schlafwandler, zumal wenn sie geweckt werden.

a) In seinen einst zum Bildungsgut zählenden „Jugenderinnerungen eines alten Mannes“ berichtet Wilhelm von Kugelgen (1802–1867), selbst Maler und Sohn des sehr angesehenen gravitatischen Porträtmalers Gerhard v. Kugelgen:

„Ulrich [ein Bildhauer] ... hatte die Unart an sich, wenn er zur Nachtzeit durch die öden Straßen ging, sein Liedchen, wie ein Gassenjunge, vor sich hin zu pfeifen, und zwar so vernehmlich, dass die anwohnenden Leute aus dem Schläfe fuhren. Da er nun eines Abends spät von uns nach Hause schlenderte und nach seiner Gewohnheit überlaut pfeifend, die Schloßgasse [in Dresden] passierte, geschah es, dass ihm, sehr unvermutet, eine mondsüchtige Person auf den Kopf fiel, oder vielmehr in seine unwillkürlich ausgebreiteten Arme,

⁴ Der Text ist entnommen aus W. EBEL, *Curiosa iuris germanici*, Göttingen 1968, S. 49. Ebel hat den Fall in der Ausgabe J.A. FRUIN/M.S. POLE, *Het Rechtsboek van den Briel*, 1880, S. 211, entdeckt und kundig übersetzt in seine Sammlung aufgenommen.

⁵ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Bd. II, 2. Ausgabe, 1896, S. 750.

und ihn zu Boden riß. Es sei gewesen, erzählte er, als er andern Tages krank lag, als wenn einer von einer Bombe getroffen werde, nur mit dem Unterschied, dass diese nicht krepirt wäre, und er auch nicht. Das unglückliche Mädchen hatte ganz harmlos nachtwandelnd, oben an den Dachrinnen herumgespukt und war durch den Lärm, den Ulrich mit seinem Pfeifen machte, erwacht und herabgestürzt“⁶.

Sollte Ulrich, möchte man fragen, da er krank lag, also wohl eine Körperverletzung davongetragen hatte, Schadenersatz wegen der Heilungskosten von dem Mädchen verlangen können? Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet bei Annahme eines „normalen“ Verlaufs aus, bei dem das Erwachen unmittelbar ein Erschrecken und mit diesem den Verlust der Fähigkeit, sich zu halten, zur Folge hat; es fehlt mithin schon an einer „Handlung“. Überdies wäre in dieser Situation auch die Schuldfähigkeit (§ 827 S. 1) nicht gegeben. Eher könnte § 829 BGB weiterführen, (der einem wohlhabenden Schädiger, welcher im Zustand der Schuldunfähigkeit einem anderen Schaden zugefügt hat, eine Billigkeitshaftung auferlegt und) der „nach seinem Sinn und Zweck die Fälle vorübergehender ‘Bewusstlosigkeit’ ohne Rücksicht darauf erfassen <will>, ob sie nur die Zurechnungsfähigkeit des Täters oder (wie Schlaf, Ohnmacht oder dergleichen) auch das Handeln mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit oder gar jede willensmäßige Steuerung des körperlichen Verhaltens ausschließen“⁷. Doch werden wohl die weiteren Voraussetzungen der Billigkeitshaftung nicht vorliegen, mit denen v. Kügelgen sich begreiflicherweise nicht aufgehalten hat, so dass sich auch die Frage eines Mitverschuldens durch das erweckende Pfeifen (§ 254 Abs. 1 BGB) nicht stellt. Wenn auch selten zwar, aber doch immer wieder von Schlafwandlern und ihren Stürzen berichtet wird⁸, so gehört es doch nicht zur im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, bei der nächtlichen Heimkehr mit der Gefahr eines möglichen Erschreckens von Somnambulen zu rechnen.

b) Natürlich können Schlafwandler aufgrund des Sturzes, in den sie hineingelaufen sind, ihrerseits Ansprüche haben, insbesondere wegen Obhutsverletzung, wenn in Seniorenheimen oder Krankenhäusern ihre Veranlagung oder Neigung bekannt oder erkennbar waren, angemessene

⁶ W. v. KÜGELGEN, Jugenderinnerungen ..., 51–60. Tausend, Ebenhausen bei München, 1909, S. 30.

⁷ BGHZ 23, 90, 98 m.w.N. (v. 1957).

⁸ V. FAUST, Psychosoziale Gesundheit, unter: <http://www.psychosoziale-gesundheit.net/psychiatrie/schlafwandel.html>.

Sicherungsmaßnahmen aber unterblieben sind⁹. Davon abgesehen treten bei derartigen Unfällen die Krankenversicherer ein, soweit der Versicherungsschutz reicht. Beispielsweise kann dieser für Verletzungen ausgeschlossen sein, die infolge einer Bewusstseinsstörung entstanden sind. Darum ging es im Fall eines 26 Jahre alten Soldaten der Bundeswehr:

„Während eines Manövers war der Unteroffizier nachts aufgestanden, über einen Stuhl ans offene Fenster im zweiten Obergeschoß der Kaserne geklettert und – wie ein Stubenkamerad aussagte – einfach ‘hinausgegangen’. Der Schlafwandler brach < sich > beim Sturz aus sechs Metern Höhe die Wirbelsäule und einen Fuß. Er lag drei Monate im Krankenhaus“¹⁰.

Der Soldat verklagte seine Unfallversicherung auf Zahlung von 6.000.- DM Krankenhaus-Tagegeld, wurde jedoch abgewiesen, weil das Schlafwandeln in der akuten Phase einer Bewusstseinsstörung gleichzustellen sei, für die eine Deckung in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen ausgeschlossen war. § 5 AGBG (§ 305c II BGB n.F.) half nicht.

2.3 Sturz durch Einsturz

Im Jahr 2013 kam es in Seffner nahe Tampa im US-Staat Florida zu einem tragischen Vorfall: Am frühen Morgen des 1. März lag Jeffrey Bush in seinem Bett, als sich plötzlich ein knapp 20 Meter tiefer Krater unter seinem Schlafzimmer auftat und mit dem Haus auch ihn in die Tiefe riss. Er konnte nicht gerettet werden¹¹. Dass auch ein Grundstück „abstürzen“ kann, ist ein geradezu klassischer Fall der *vis maior*, zu dem eine berühmte Erörterung des Juristen Ulpian (U 223 n. Chr.) noch in unserem § 287 S. 2 BGB fortwirkt:

⁹ Dazu etwa M. MIDDENDORF, Krankenhäuser: Haftungsrisiko Sturz, <http://www.aerzteblatt.de/archiv/56825/Krankenhaeuser-Haftungsrisiko-Sturzsowie> H. LANDOLT, Sturzproblematik aus juristischer Sicht, in: Pflegerecht 2013, S. 14 ff. mit Fallgruppen (Sturz aus dem Bett, aus dem Rollstuhl, von unbegleiteten Personen, von begleiteten Personen, Sturz aus dem Fenster) und reichen Nachweisen aus der deutschen und Schweizer Rechtsprechung.

¹⁰ Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) v. 5.1.1993, S. 9; Bericht zu dem am 4.1.93 veröffentlichten Urteil des LG Paderborn (Az: 5 S 165/92).

¹¹ FAZ v. 5.3.2013, S. 7. – Wie die Zeitungen Mitte Februar (insbes. v. 12.–14.2.) 2014 meldeten, brach in einer Ausstellungshalle des Nationalen Corvette-Museums im Staat Kentucky der Boden ein, wodurch acht Oldtimer in dem aufgerissenen Erdloch versanken.

D. 30,47,6 (Ulpian im 22. Buch zu Sabinus)

Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit: potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

Ferner: Zu dem Fall, dass ein [durch Damnationslegat vermachtes] Grundstück in einer sich öffnenden Erdspalte versunken ist, sagt Labeo, werde der Schätzwert auf keinen Fall geschuldet. Das ist dann richtig, wenn sich dies nicht nach Verzugseintritt ereignete. Denn der Vermächtnisnehmer hätte das Grundstück, wenn er es [vor dem Erdbeben] schon gehabt hätte, verkaufen können¹².

Labeo weist dem Sachuntergang durchweg befreiende Wirkung zu; Ulpian (oder schon Sabinus) dagegen nur vor Verzugseintritt. Im Verzug haftet der Schuldner (hier der Erbe aufgrund des Vermächtnisses) dagegen auch für höhere Gewalt. Ulpian stellt klar, dass diese Haftung nicht einmal dann entfällt, wenn dasselbe Schadensereignis auch bei rechtzeitiger Leistung beim Gläubiger zum Untergang der Sache geführt hätte, wenn also der Verzug für den bei ihm eingetretenen Schaden nicht kausal ist. Als Begründung dient die Erwägung, der Gläubiger hätte die rechtzeitig erhaltene Sache vor Eintritt des Schadens weiter verkaufen und dadurch die (mit Perfektion des Kaufvertrages übergehende) Preisgefahr sogleich auf seinen Käufer abwälzen können. – Dass der Gläubiger/Vermächtnisnehmer die Sache hätte weiterverkaufen können, wurde unwiderleglich vermutet; das Verkaufsargument dient also nur dazu, die unbedingte Zufallshaftung zu rechtfertigen. Anders verhielt es sich im Rahmen der mit Prozessbegründung eintretenden eigenständigen Haftung für zufälligen Untergang. Soweit man annahm, der Gläubiger sei hier zu stellen, wie er stehen würde, wenn ihm die Sache zur Zeit der Prozessbegründung herausgegeben worden wäre (Gai. D. 6,1,20), kam es auf die hypothetische Entwicklung seit Prozessbegründung an. Um dem Argument des Beklagten zu begegnen, dass die Sache auch in den Händen des Klägers untergegangen wäre, musste der Kläger also seine Verkaufsabsicht und -möglichkeit nachweisen¹³. – In der Privatrechtsgeschichte ging man zum Verzug seit dem 16. Jh. zunehmend davon aus, die Verkaufsmöglichkeit des Gläubigers sei im Grundsatz zu unterstellen, dem Schuldner aber der Nachweis möglich, dass der Gläubiger die Sache nicht verkauft haben würde. Das Fragment wurde schließlich Vorlage für § 287 S. 2 BGB (zu dem die h.M. noch heute annimmt,

¹² R. KNÜTEL/B. KUPISCH/TH. RÜFNER/H.H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis*. Text und Übersetzung, Bd. V (Digesten 28–34), Heidelberg 2012, S. 283.

¹³ Vgl. Ulp. D. 6,1,15,3; D. 4,2,14,11; anders aber Paul. D. 5,3,40pr.

der Schuldner müsse beweisen, dass der Gläubiger die Sache bis zum Eintritt des hypothetischen Schadensereignisses behalten und nicht vorher veräußert hätte!)¹⁴ und auch für Art. 103 OR.

3 Stürze durch Einwirkung Dritter

3.1 *Sexagenarios de ponte!*

Stehen wir gerade beim römischen Recht und ist der Blick auf Fälle von Dritten herbeigeführter Stürze zu richten, so kann die Gruppe feldherrlicher Stürze in das eigene Schwert, die ja in psychischer Kausalität von den siegreichen Gegnern herbeigeführt wurden, beiseite bleiben. Auch sollten wir von den anschaulichen Fällen absehen, die sich im Digestentitel 9,2 zur *lex Aquilia* (von etwa 286 v. Chr.) finden. Dieses Gesetz regelte den Klagschutz bei Verletzung von Sklaven und Sachgütern; seine Klage wurde aufgrund der engen Auslegung, wonach der Täter auf das verletzte Objekt unmittelbar körperlich eingewirkt haben musste, von den Juristen mit einem Kranz von Analogien versehen. So wurde etwa gegen jemanden, der ein Pferd, auf dem ein fremder Sklave ritt, scheu gemacht und dadurch bewirkt hatte, dass der Sklave kopfüber in einen Fluss stürzte und umkam, nicht die direkte, sondern nur eine auf den Sachverhalt zugeschnittene Klage (*actio in factum concepta*) gewährt, Ofilius–Ulp. D. 9,2,9,3.

Wichtiger sind in unserem Zusammenhang jedoch zwei auf anderem Gebiet liegende und durchaus bedenkliche Fälle von Stürzen, deren erster mit dem Sprichwort: *sexagenarios de ponte!* gekennzeichnet wird.

In seiner Rede für Sextus Roscius aus Ameria sagt Cicero: *Habeo etiam dicere quem contra morem maiorum minorem annis LX de ponte in Tiberum deiecerit* (100) (auch kann ich noch jemanden anführen, den er¹⁵ entgegen dem Brauch der Vorfahren als noch nicht Sechzigjährigen in den Tiber gestürzt hat). Dies lässt ebenso an eine Tötung Sechzigjähriger durch Sturz von der Tiberbrücke denken wie die Definition des Festus (2.–3. Jh. n. Chr.): *Depontani senes appellabantur, qui sexagenarii de ponte*

¹⁴ M. KASER/R. KNÜTEL/S. LOHSSE, Römisches Privatrecht, 21. Aufl., München 2017, S. 231 f., Rz. 37.8; 259, Rz. 41.21, ferner HKK-S. LOHSSE, Bd. I, Tübingen 2007, §§ 286–292 Rz. 8, 9, 18, 28, 39, 43, 63, beide m.w.N.

¹⁵ Der in das Mordkomplott gegenüber dem Vater des angeklagten Sextus Roscius verwickelte T. Roscius Capito.

*deieciabantur*¹⁶ (*Depontani* „Von der Brücke Gestürzte“, werden die Greise genannt, die als Sechzigjährige von der Brücke gestürzt werden) und etwa der Hinweis bei Laktanz (um 300): *Saturno sexagenarii homines de ponte in Tiberim deieciabantur*), dem Saturn [zum Opfer] wurden sechzigjährige Männer von der Brücke in den Tiber gestürzt¹⁷. – Lebte man in Rom als Sechzigjähriger gefährlich?

Drei Erklärungen sind uns aus der Antike überliefert, die sich in einem Festus-Text finden, der aus Überlieferungsbruchstücken unter Berücksichtigung paralleler Berichte anderer antiker Autoren in jahrhundertelanger Arbeit rekonstruiert und in allem Wesentlichen wohl glaubhaft ist. Wir geben ihm eine freie, die Klammerzusätze ohne weiteres einbeziehende Übersetzung bei:

*Sexagenarios [de ponte pro verbiu[m] est] cuius causam Mani[lius hanc refert, quod Romam] qui incoluerint [primi –]hominem LX [annorum – immolar]e Diti patri quot [annis soliti fuerint,] quod facere eos de[stitisse adventu Her]culis; sed religio[nis] observatione postea s] cirpeas hominum e[ffigies] de ponte in Tiberim antiquo] modo mittere [instituisse. Aliidicuntcett.] – Sunt qui dicant post urbem a Gallis liberatam ob inopiam cibatus coeptos sexaginta annorum homines iaci in Tiberim –. Sed exploratissimum illud est causae: quo tempore primum per pontem coeperunt comitiis suffragium ferre, iuniores conclamaverunt, ut ‘de ponte’ deicerentur sexagenarii, quia iam nullo publico munere fungerentur, ut ipsi potius sibi, quam illi deligerent imperatorem.*¹⁸

„Sechzigjährige von der Brücke“ ist ein Sprichwort, als dessen Grund Manilius berichtet, die Ersten, die in Rom sesshaft wurden, hätten ihrer Gewohnheit zufolge alljährlich einen Mann von 60 Jahren dem *Dis pater*¹⁹ geopfert, ein

¹⁶ *Sexti Pompei Festi De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, ed. W.M. LINDSAY, ed. stereotypa, Stuttgart/Leipzig 1997, S. 66.

¹⁷ Lactantius, epit.ad. Pentad. 23,2.

¹⁸ Sextus Pompeius Festus, *De verborum significatu*, s.v. *Sexagenarios* (F. 334); Text nach C. G. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, Bd. II (*Scriptores*), 7. Aufl. hgg. v. O. GRADENWITZ, Tübingen 1909, S. 38 f.

¹⁹ Gemeint ist Pluto (als der Jupiter der Unterwelt, auch Hades genannt). Nach anderer Überlieferung (vgl. Fn. 16) wurde das Opfer dem Saturn dargebracht, dem beherrschenden altitalischen Gott der Saaten und Fruchtbarkeit, der später mit dem griechischen Kronos identifiziert, dadurch auch mit dessen Sagenwelt verbunden und so zum Vater des Jupiter, Pluto, Neptun, der Juno, Ceres etc. wurde. Jupiter soll das Opfer dann dem Volk auferlegt haben, vgl. etwa Ovid, *Fasti* 5, 621–634, dort auch kurz die dritte Erklärung, zudem der Hinweis, die Opfer seien Leucadiomodo vollzogen, nach leukadischem Brauch. Die

Tun, von dem sie, seit Herkules nach Rom gekommen sei, Abstand genommen hätten; doch hätten sie danach in Befolgung religiöser Pflicht begonnen, aus Binsen geflochtene Menschengestalten von der Brücke in den Tiber zu werfen. Andere sagen ... – Es gibt einige, die sagen sollen, nach der Befreiung Roms von den Galliern habe man aufgrund des Nahrungsmangels angefangen, Sechzigjährige in den Tiber zu werfen. – Ganz sicher ausgemacht als Grund ist aber dies: Zur Zeit, als man erstmals dazu übergang, die Abstimmung in der Volksversammlung über Brücken durchzuführen, haben die Jüngeren lautstark gefordert, die Sechzigjährigen sollten „von der Brücke“ geworfen werden, weil sie keine allgemeine Dienstpflicht mehr zu erfüllen haben, so dass statt ihrer besser sie [die Jüngeren] sich selbst den Imperator in der Wahl bestimmen könnten.

Ob es, wie in der ersten Erklärung angenommen, in römischer Frühzeit tatsächlich Menschenopfer gegeben hat, muss dahinstehen; die Römer selbst scheinen – unabhängig von der Erklärung unseres Sprichworts davon ausgegangen zu sein²⁰. Dass die zweite Erklärung das Richtige trifft, ist, auch wenn man gelegentlich Schreckliches über den Umgang mit den Alten in der Antike lesen muss²¹, nicht glaubhaft; möglicherweise hat man sich bereits Verhungerte auf diese Weise entledigt.

Demgegenüber ist die dritte Erklärung in sich stimmig. In der alten republikanischen Volksversammlung, den Zenturiatkomitien, waren die Bürger nach Vermögen in 193 Zenturien aufgeteilt, und in jeder wurde zwischen *iuniores* und *seniores* unterschieden; die Grenze bildete das 46. Lebensjahr, das letzte Pflichtjahr für die Dienstpflicht im Felde²². Die Älteren verfügten in der Zenturie jeweils über die Hälfte der Stimmen, auch wenn sie – wie in der Regel – nach Köpfen weniger waren. Mit Ende des 60. Lebensjahres, wenn man also Sexagenarius wurde, trat mit der Befreiung von allen öffentlichen Geschäften auch die von der Dienstpflicht ein. Die Konfliktlage ist damit klar, und es „ist ganz glaublich, dass es bei den Wahlen der Feldherren, also zunächst der Consuln, die junge Mannschaft, die unter denselben in den Krieg ziehen sollte, das Mitstimmen der älteren Leute, deren Leben dabei nicht auf

Leukadier pflegten jährlich einen Menschen von einem Berg ins Meer zu stoßen, doch so, dass er nicht umkam.

²⁰ Vgl. J. MARQUARDT, Römische Staatsverwaltung, Bd. III, 2. Aufl., Leipzig 1885, S. 192 ff.

²¹ Vgl. etwa Aelian, Poikilehistoria 4,1.

²² TH. MOMMSEN, Römisches Staatsrecht, Bd. II/1, 3. Aufl., Leipzig 1887, Nachdr. Basel 1952, S. 409; E. MEYER, Römischer Staat und Staatsgedanke, 2. Aufl., Zürich/Stuttgart 1961, S. 50.

dem Spiele stand, insbesondere der durch ihr Alter vom Dienst gesetzlich befreiten Greise als eine Unbilligkeit empfand“.²³

Das Abstimmungsverfahren begann damit, dass der Vorsitzende die zunächst ungegliederte Bürgerschaft aufforderte, auseinander- und in die für die einzelnen Stimmabteilungen (durch Seile, später hölzerne Schranken) abgegrenzten Pferche einzutreten. Die Stimmabgabe fand dann beim Verlassen des Pferchs auf einer an dessen Ausgang errichteten Holzbrücke statt, wo der Bürger einem *rogator*, Frager, sein Votum zur Niederschrift erklärte oder – später nach Einführung der geheimen, schriftlichen Wahl – sein Stimmtäfelchen in die bereitstehende Urne warf²⁴.

Den *sexagenarii* wurde also nichts zuleide getan. Indem man sie in Fällen, in denen sie den Kopf hätten hinhalten müssen, von der Stimmbrücke fernzuhalten suchte, wären sie de facto in ihrer Mitwirkung beschränkt worden. Für einen auch nur teilweisen Verlust des Stimmrechts mit Vollendung des 60. Lebensjahres gibt es aber keine Anhaltspunkte; vielmehr erweist sich das Gegenteil an „den zahlreichen Fällen, wo Greise in Comitien auftreten“²⁵.

3.2 Der Sturz vom *saxum Tarpeium*

1. Der Sklave Barbarius Philippus hat eine bahnbrechende Entwicklung im Recht ausgelöst und dennoch ein sehr trauriges Ende gefunden. Die beste Überlieferung zu seinem Fall bietet das Digestenfragment

D. 1,14,3 Ulpian im 38. Buch zu Sabinus

Barbarius Philippus cum servus fugitivus esset, Romae praeturam petiit et praetor designatus est. Sed nihil ei servitutem obstetisse ait Pomponius, quasi praetor non fuerit: atquin verum est praetura eum functum. et tamen videamus: si servus quamdiu latuit, dignitate praetoria functus sit, quid dicemus? Quae edixit, quae decrevit, nullius fore momenti? an fore propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege vel quo alio iure? et verum puto nihil eorum reprobari: hoc enim humanius est: cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem, sed et si scisset servum esse, liberum effecisset. quod ius multo magis in imperatore observandum est.

²³ MOMMSEN, S. 408 Fn. 2, ferner S. 409.

²⁴ MEYER (o. Fn. 22), S. 195 f.; Einzelheiten und Abbildungen von Münzen mit abstimmenden Bürgern auf der Brücke bei R. SELINGER, Abstimmungen und Wahlen in Athen und Rom, in: L. CARLEN (Hrsg.), Forschungen zur Rechtsarchäologie und Rechtlichen Volkskunde 20 (2003) 35, 43 ff., 50 f.

²⁵ Treffend MOMMSEN (o. Fn. 22), S. 408 Fn. 2.

Barbarius Philippus bewarb sich, obwohl ein flüchtiger Sklave, in Rom um die Prätur und wurde zum Prätör gewählt. Sein Status als Sklave stand ihm aber, wie Pomponius sagt, keineswegs entgegen, so als wäre er überhaupt nicht Prätör gewesen. – Gleichwohl aber ist wahr, dass er die Prätur verwaltet hat. – Und dennoch wollen wir genau prüfen: Was sollen wir sagen, wenn ein Sklave, solange sein Status verborgen blieb, das Amt des Prätors verwaltet hat? Ist das, was er als Edikt verkündet oder als Dekret beschlossen hat, ohne rechtliche Wirkung? Oder ist es wirksam im Interesse derer, die vor ihm Rechtshandlungen im gesetzlichen Verfahren oder auf anderer Grundlage vorgenommen haben? Und ich halte es für richtig, nichts davon für ungültig zu erklären; denn das ist menschlicher, zumal da das römische Volk auch einem Sklaven diese Amtsgewalt hätte zuerkennen können und ihn sogar, wenn es gewusst hätte, dass er Sklave ist, zu einem freien Mann gemacht hätte. Dieses Recht [zur Freilassung durch Übertragung eines Amtes] ist beim Kaiser erst recht zu beachten.²⁶

Wie Barbarius als (zudem flüchtiger) Sklave zur Prätur gelangen konnte, bleibt ungewiss. Doch fällt das Geschehen in die Jahre des 2. Triumvirats, als die Welt aus den Fugen geraten war und „auch bei der Auswahl der – ernannten, nicht etwa gewählten – Magistrate alle Regeln und jeglicher Anstand missachtet“ wurden²⁷; das Jahr 38 v. Chr. kannte 67 Prätoren²⁸. Ungeachtet dieser Ungewissheiten wird immerhin klargestellt, Barbarius habe prätörische Funktionen wahrgenommen, obwohl – wie zu ergänzen ist – ihm mangels Freiheit und Bürgerrecht jegliche Befähigung dazu fehlte.

Das Fragment stammt aus dem Zusammenhang der prätörischen Vormundsbestellung. Ulpian erörtert die Frage, ob Amtsakte, die Barbarius oder sonst ein *falsus praetor* erlassen hat, rechtswirksam sind. Wegen einer Textstörung bleibt die Aussage des Pomponius unklar, dem Barbarius habe sein Status als Sklave keineswegs entgegengestanden. Ulpian jedenfalls befürwortet entschieden die Wirksamkeit der Edikte und der Entscheidungen

²⁶ O. BEHREND/S. KNÜTEL/B. KUPISCH/H.H. SEILER (o. Fn. 12), Bd. II (Digesten 1–10), Heidelberg 1995, S. 151 f. – Näheres zum Text und seiner Wirkungsgeschichte bei R. KNÜTEL, Barbarius Philippus und seine Spuren: *Falsus praetor; parochus putativus*, Scheinbeamter, in: D. SCHWAB U.A. (HRSG.), Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Fschr. Paul Mikat, Berlin 1989, S. 345 ff., ferner DERS., Barbarius Philippus in: H. HEINEN U.A. (HRSG.), Handwörterbuch der antiken Sklaverei (HAS) Band I, Stuttgart 2017, 342 f. (mit neuerer Lit.), danach das Folgende.

²⁷ R. SYME, Die Römische Revolution, Neuausgabe Darmstadt, 2003, S. 204.

²⁸ Cassius Dio 48,43,2 (deutsche Ausgabe: C. Dio, Römische Geschichte, übersetzt von O. Veh, Bd. III [Bücher 44–50], Düsseldorf 2007, S. 248).

im Rahmen der streitigen wie der freiwilligen Gerichtsbarkeit und begründet dies mit der *utilitas* (Vertrauensschutz, Rechtssicherheit), der *humanitas* (Vermeidung von Nachteilen für die Rechtsuchenden) und der uneingeschränkten Souveränität des römischen Volkes.

Ein Wort noch zur bahnbrechenden Entwicklung, die von der *lex Barbarius*, einer der berühmtesten der Rechtsgeschichte, ausgelöst worden ist: Sie hat im kanonischen Recht eine sehr bedeutende, durch die tridentinische Reform des Eheschließungsrechts vom November 1563 wesentlich gesteigerte Rolle gespielt, etwa zur Begründung der Wirksamkeit der vor einem vermeintlichen Priester geschlossenen Ehe. Über den im Amt handelnden, aber nicht wirksam bestellten ‘Scheinstandesbeamten’ ist die Lösung in das BGB (heute § 1310 Abs. 2) und das allgemeine und besondere Verwaltungsrecht gelangt. Anknüpfungen an die *lex Barbarius* und das kanonische Recht haben etwa zu den Lehren vom „fonctionnaire de fait“ im französischen, vom „funzionario di fatto“ im italienischen und vom „*de facto* officer“ im anglo-amerikanischen Recht geführt, die Eingang in nahezu alle Rechtsordnungen der Welt gefunden haben. Und wo dies nicht geschehen ist, kommt es zur unmittelbaren Anknüpfung an den Fall des Barbarius, wie etwa 1985 in einer griechischen Verfassungskrise²⁹.

Wie gesagt fand Barbarius Philippus ein trauriges Ende: Er wurde entdeckt und abgeführt. Da jede das Ansehen des römischen Gemeinwesens beeinträchtigende Tat als Majestätsverbrechen (*crimen maiestatis populi Romani imminutae*) verstanden wurde und dazu auch die Anmaßung magistratischer oder sonstiger Amtsgewalt zählte³⁰, ist davon auszugehen, dass Barbarius wegen Majestätsverbrechens zum Tode verurteilt wurde³¹. Zum Vollzug der Strafe erfahren wir aus dem Bericht des Cassius Dio (48,34,5) zum Jahr 39 v. Chr.: „doch wurde ein anderer Sklave [nämlich Barbarius Philippus], den man unter den Prätores entdeckte, den Kapitolinischen [= Tarpejischen] Felsen herabgestürzt, nicht ohne ihn vorher freigelassen zu haben, damit seine Bestrafung mit der rechten Würde erfolge“.

²⁹ Vgl. N.N., Barbarius Philippus, in DER SPIEGEL 15/1985, S. 124 f.

³⁰ Cicero de inventione 2,18,55 (*maiestatem minuere est aliquid de republica, cum potestatem non habeas, administrare*, das Ansehen des Volkes beeinträchtigen heißt, irgendetwas aus dem Gemeinwesen zu verwalten/wahrzunehmen, obwohl du keine Amtsgewalt hast); Marcian D. 48, 4, 3; TH. MOMMSEN, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, Nachdruck Berlin 1955, S. 565 mit Fn. 2. – Ein Parallelfall ist Diocl. C. 10, 33, 2 (Sklave als Ädil).

³¹ So auch MOMMSEN, Strafrecht, S. 565 Fn. 2.

Die letzte Bemerkung ist nicht höhnisch gemeint, denn durch Herabstürzen vom Tarpejischen Felsen wurde die Todesstrafe grundsätzlich nur an Bürgern vollstreckt, während Sklaven der Kreuzigung unterlagen. Fälle, in denen Sklaven zunächst freigelassen wurden, um dann durch den Felssturz hingerichtet zu werden, sind verschiedentlich überliefert³². Die Strafe des Felssturzes war bereits in den XII-Tafeln (um 450 v. Chr.) 8, 14 u. 24 als Sanktion für manifesten Diebstahl (durch Sklaven) und die Falschaussage als Zeuge bestimmt³³. Nach Kaiser Claudius (41–54) finden sich keine Zeugnisse für den Felssturz mehr; in der späteren Kaiserzeit muss er verboten worden sein³⁴.

4 Der argentinische Pudelsturz

Dass es durch Tiere leicht zu Stürzen kommen kann, ist eine Alltagserfahrung. Man denke an den Sturz vom Pferd, der die Tierhalterhaftung des § 833 BGB ebenso auslösen kann wie etwa ungestüm anspringende Hunde. Ist allerdings jemand (um es in einem unter Juristen inflationären Sprachgebrauch auszudrücken: „vorliegend“ vermutlich eine ältere Dame) „beim Anblick eines bellenden Hundes vor Schreck zu Boden gestürzt und dabei zu Schaden gekommen, so ist, wenn das Bellen von einem zahmen und gutmütigen Hunde ausging, eine Haftung des Eigentümers des Hundes nicht begründet“. So hat das Reichsgericht im Dezember 1907 entschieden³⁵, und Josef Esser hat zustimmend gemeint, „sozialadäquates“ harmloses Hundeklaffen müsse ein nicht besonders geschützter Verkehr ungeachtet der natürlichen Kausalität hinnehmen³⁶. Offenbar konnte

³² Zum Beispiel wurde 88 v. Chr. auf Veranlassung Sullas einem Sklaven seines Gegners, des Volkstribuns Sulpicius Rufus, die Freilassung für den Verrat von dessen Aufenthaltsort zugesagt. Der verräterische Sklave wurde freigelassen, dann jedoch durch den Felssturz hingerichtet, Valerius Maximus 6,5,7; Plutarch, *Vitae parallelae*, Sulla 10.

³³ Zu Fällen tribunizischer Exekution (etwa schon 491 v. Chr., Coriolan) Y. RIVIÈRE, *Éléments pour une relecture de la procédure tribunicienne*, RH (Révue historique) 91 (2013) 1 ff.

³⁴ Mod. D. 48,15,25,1; MOMMSEN, *Strafrecht*, S. 933 f. – Andernorts dürfte sich diese Form der Hinrichtung bis weit in die Neuzeit erhalten haben, bis in das vergangene Jahrhundert etwa im Königreich Swasiland: „Der gut tausend Meter hohe[n] Nyonyame ... hat vor der Einführung von Gefängnissen in Swasiland als Richtstätte gedient. Verurteilte Mörder wurden vom Felsengipfel hinuntergestoßen, bei Widerstand halfen Krieger mit ihren Speeren nach“, G. MAYR/G.BAYER, *Alles eine Frage des Abstands zum Krokodil*, FAZ v. 28. 8. 2014 Nr. 199, S. R 2.

³⁵ RG Recht 1908 Nr. 311 = JW 1908, 41.

³⁶ J. ESSER, *Schuldrecht*, 2. Aufl. 1960, S. 245 u., 248, 249.

man in Zeiten, die schon ein gutes Jahrhundert zurückliegen, bei den Verkehrsteilnehmern noch viel an Intuition erwarten, wenn es beim „Anblick“ des Hundes nicht etwa auf dessen Größe, sondern auf das „Anhören“ des Gebells ankam und diesem überdies entnommen werden konnte, ob der Hund ein zahmer und gutmütiger war.

Dass in unseren Tagen, in denen Bäume sterben, Häuser dagegen in den Himmel wachsen, selbst Intuitionen der genannten Art nicht schützen und die Kausalitätsfragen sich verkomplizieren, zeigt ein Geschehen, das sich im Oktober 1988 zugetragen hat:

„Ein außergewöhnliches Unglück hat am Wochenende in der argentinischen Hauptstadt Buenos Aires zum Tod dreier Menschen geführt. Wie die Presse am Samstag berichtete, stürzte ein Pudel vom Balkon einer Wohnung im dreizehnten Stock eines Apartmenthauses auf eine 75 Jahre alte Passantin. Die Frau war sofort tot. Der Hund verendete. Kurz darauf erfasste ein am Unglücksort vorbeifahrender Omnibus eine 46 Jahre alte Frau. Sie hatte in einer Gruppe von Schaulustigen gestanden, die über den außergewöhnlichen Unfall sprachen. Die Frau geriet unter die Räder des Busses und starb an der Unfallstelle. Ein männlicher Zuschauer erregte sich über die Ereignisse so, dass er einen Herzinfarkt erlitt und auf dem Weg in ein Krankenhaus starb“³⁷.

Der von Dalmacio Vélez Sársfield verfasste argentinische Código civil von 1869, der übrigens in manchem vom Preußischen ALR von 1794 beeinflusst ist³⁸, regelt in den acht Artikeln 1124–1131 des Kapitels *De los daños causados por animales* die Haftung für Schäden, die von Tieren verursacht werden. Wir durchmustern rasch die in Betracht kommenden Bestimmungen. Von ihnen muss der in Art. 1131 angeordnete Ausschluss der (aus dem römischen Recht, Ulp. D. 9,1,1 pr., nachwirkenden) *noxae deditio*, also der Berechtigung des Eigentümers, statt der Leistung von Schadenersatz das schädigende Tier auszuliefern, in unserem Fall fraglos unmittelbar einleuchten.

³⁷ FAZ v. Montag, d. 24.10.1988, S. 9. Daß übrigens Fußgänger auf Bürgersteigen, die an Hochhäusern entlang führen, auch höheren Gefahren ausgesetzt sind, hat sich auch in Hongkong gezeigt: „Aus dem 27. Stockwerk eines Hochhauses ist eine 74 Jahre alte Frau in Hongkong gestürzt und hat beim Aufprall eine Putzfrau erschlagen. Die Fallende sei wohl beim Abnehmen der Wäsche vor dem Fenster ausgeglichen und hinuntergefallen, teilte die Polizei mit. Ihr massiger Körper fiel auf die Putzfrau, die ... auf dem Weg nach Hause war“, General-Anzeiger (Bonn) v. 11.2.2010, S. 31.

³⁸ R. KNÜTEL, Preußisches Recht im argentinischen Código civil von 1869, F Schr. H. Niederländer, Heidelberg 1991, S. 41 ff.

Als Basisnorm bestimmt Art. 1124: „Der Eigentümer eines Tieres – Haustier oder wildes Tier – ist für den Schaden verantwortlich, den es verursacht. Dieselbe Verantwortlichkeit trifft die Person, der das Tier zum Gebrauch überlassen ist, unbeschadet ihres Rückgriffs gegen den Eigentümer“. Gehen wir von dem Normalfall aus, dass der Pudel vom Balkon der Wohnung seines Eigentümers (oder seiner Eigentümerin) gestürzt ist, also nicht einer anderen Person überlassen war, so bliebe zu erwägen, ob eine Haftung nicht von vornherein dadurch ausgeschlossen sein kann, dass sich *in concreto* keine „spezifische Tiergefahr“ verwirklicht haben könnte, ist es doch eigentlich *contra naturam* eines Pudels, von Balkonen zu springen, zumal im 13. Stock. Doch hat Vélez Sársfield auch diesen Ausweg durch Art. 1126 Abs. 2 versperrt, wonach die Verantwortlichkeit des Eigentümers auch nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil der vom Tier verursachte Schaden nicht den allgemeinen Verhaltensweisen von Tieren seiner Art entsprach („porque el daño que hubiese causado el animal no estuviese en los hábitos generales de su especie“).

Ein Blick ist ferner noch zu werfen auf Art. 1127³⁹, der die Haftung des Eigentümers ausschließt, wenn er das Tier jemandem zur Bewachung in Obhut gegeben hatte und das Tier sich ohne dessen Verschulden befreit hat oder verloren gegangen ist und dann den Schaden verursacht hat. Da wir von der Beteiligung eines Aufpassers aber nichts wissen und eher vermuten, der Pudel sei während der Arbeit oder des Einkaufens auf dem Balkon „abgestellt“ worden, hängt die Eigentümerhaftung (für die auch eine deliktische aus Eigenverschulden in Betracht käme) entscheidend von der Beurteilung der Kausalität ab. Es war offenbar – wie ja auch der Hergang zeigte – „nicht ganz unwahrscheinlich“, dass der Hund den Balkon verlassen und einen Unfall auf dem Bürgersteig verursachen konnte. Was die Weiterungen angeht, möchten wir annehmen, dass die durch psychische Anziehungskraft oder schlichte Neugier anfangs fortgesetzte Kausalkette aufgrund des selbstverantwortlichen und selbstgefährdenden Verhaltens der Passantin, die vermutlich nicht oder nicht ganz auf dem Bürgersteig stand, abgebrochen oder jedenfalls nicht mehr „zurechnungsgeeignet“ war⁴⁰.

³⁹ Art. 1127: Si el animal que causó el daño, se hubiese soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarla, cesa la responsabilidad del dueño. – Sachverhaltsnah ließe sich „soltarse“ mit „sich fallen lassen“ übersetzen.

⁴⁰ Ende April 1997 ging die Meldung „Fliegende Kuh versenkt japanisches Fischerboot“ durch die Presse. Russische Soldaten sollten auf der Insel Sachalin Kühe gestohlen und in ihrem Transportflugzeug weggebracht haben. Da die unangebundenen Tiere auf dem Flug nach Sibirien im Laderaum die Stabilität der Maschine gefährdeten, habe die Besatzung sie durch Öffnen der Heckklappe (was während des Fluges möglich war?) über dem Meer

5 Stürze „von Mensch zu Mensch“

5.1 Der lübische Dachdecker

Schauen wir mit Wilhelm Ebel nochmals in das Rechtsbuch von Briel, so stoßen wir dort auf das Referat eines Urteils, das vor Anfang des 15. Jahrhunderts in Lübeck ergangen, anderweit aber offenbar nicht überliefert ist:

Eine Frage: Wenn Einer auf einem hohen Haus liegt, fehlgreift und ausgeleitet und von oben herunterfällt und, als er zur Erde kommt, auf einen Menschen fällt und ihn tötet, und die Verwandten des Toten ihn vor Gericht ziehen und von ihm Buße fordern wegen des Toten: was wäre in der Sache Rechtens? Die Antwort mögen diejenigen, die den Verlust erlitten haben, einem Urteil entnehmen, das in einer derartigen Sache zu Lübeck gesprochen worden ist. Dort lag ein Dachdecker auf dem Rathaus, rutschte aus und fiel auf das (Glas-) Dach des Raumes, in welchem die Herren des Rates standen, und fiel durch das Dach auf einen der Ratsherren und brachte ihn zu Tode, blieb aber selber am Leben, und als er sich von dem Fall erholt hatte, sprach er sie an, grüßte und sagte: „Ihr Herren, erlaubtermaßen kam ich hier in Eure Morgensprache ungerufen“, und ging weg. Die Verwandten des Toten zogen ihn vor Gericht und beschuldigten ihn wegen ihres Verwandten Tod. Das Urteil lautete: Wer gegen den Mann sein Recht begehre, der sollte so hoch klettern als der Mann geklettert war, bevor er zu fallen anfing, und der Mann sollte sich an dieselbe Stelle hinstellen, an welcher der Ratsherr zu Tode gekommen war, und wenn des Toten Verwandter so hoch geklettert sei, sollte er sich loslassen und fallen; fiele er dann denjenigen tot, der seinen Verwandten totgefallen hatte, so sollte er wegen dieser Tötung frei und unbelastet bleiben. Und keiner von des Toten Verwandten wollte das riskieren; so blieb der andere unbelastet⁴¹.

Die Entscheidung des Lübecker Gerichts erinnert an den Bescheid, der dem über Bord Gegangenen erteilt wurde (B I.); dennoch ist sie nicht ohne

fallen gelassen. Eines der Tiere sei auf ein Fischerboot gestürzt, das gesunken sei; die Fischer seien gerettet worden. S. etwa DER TAGESSPIEGEL v. 28.4. und v. 30.4.1997; Berliner Zeitung v. 29.4.1997. Doch war die Geschichte von der Kuh eine „Ente“ und bleibt deshalb unerörtert. – Demgegenüber trifft zwar zu, dass 1989 bei einem schweren Sturm in Ipswich (50 km landeinwärts bei Brisbane) dutzendweise zappelnde Sardinen auf die Bewohner herabfielen, General-Anzeiger (Bonn) v. 8. 2. 1989, S. 25; doch kam niemand zu Schaden.

⁴¹ EBEL, Curiosa (o. Fn. 4), S. 14 f., entnommen und übersetzt aus FRUIN/POLE, S. 212.

weiteres einzuordnen. Es wird den Richtern in dem Verfahren, in dem es um Wergeld- oder Bußgeldzahlung gegangen sein dürfte, klar gewesen sein, dass es sich um eine absichtslose Tat handelte; in solchen Fällen sahen der Sachsenspiegel (um 1230) und die ihm folgenden Rechte des norddeutschen Raumes jedenfalls peinliche Strafen nicht mehr vor⁴². Dennoch ließen die Richter den Dachdecker nicht ungeschoren davonkommen, sondern erkannten auf eine Strafe, die auf die Talion hinausläuft – was im späten Mittelalter nicht selten vorgekommen sein soll⁴³. Allerdings steht hinter dieser nur auf den ersten Blick für den Dachdecker bedrohlichen Lösung erkennbar das Bestreben, das bisherige strengere Recht formal zwar aufrechtzuerhalten, es in der Sache aber dadurch zu unterlaufen, dass seine Wahrnehmung an unerfüllbare Bedingungen geknüpft wird⁴⁴.

Die Entscheidung in unserem Fall des Dachdeckers hat denn auch etwas das Rechtsgefühl Beruhigendes an sich, und es kann deshalb nicht überraschen, dass sie keineswegs singulär ist. Heinrich Brunner führt einen vergleichbaren Fall aus den angelsächsischen *Leges Henrici primi* (90,7) an und verweist dann auch auf das Lübecker Urteil aus dem Brieler Rechtsbuch:

Wer von einem Baume fällt und herabstürzend einen Menschen tötet, soll nach den sogen. *Leges Henrici primi* für unschuldig gelten. Falls dennoch jemand darauf bestünde, die That zu rächen oder das Wergeld einzuklagen, so soll ihm die Rache gestattet sein, aber nur so, dass er selbst auf den Baum steigt, um den anderen tot zu fallen⁴⁵.

Auch Josef Kohler beginnt sein bekanntes Buch „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz“⁴⁶ mit Bemerkungen zu den Problemlösungen dieser Art:

⁴² Vgl. R. SCHRÖDER/E. FRH. V. KÜNSSBERG, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl., Berlin u. Leipzig 1932, S. 841.

⁴³ SCHRÖDER/KÜNSSBERG, S. 839 („vielfach“).

⁴⁴ Vgl. H. BRUNNER, Ueber absichtslose Missethat im altdeutschen Strafrechte (aus 1889), in: DERS., Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes, Stuttgart 1894, S. 492. Vgl. auch F. LIEBERMANN, Die Gesetze der Angelsachsen, Bd. I, 1903, S. 606 Anm. f.; P. MIKAT, Erfolgshaftung und Schuldgedanke im Strafrecht der Angelsachsen, in: H. WELZEL/H. CONRAD U.A., F Schr. Hellmuth von Weber, 1963, S. 22: „Obwohl man sich also dem Vergeltungsverlangen des Verletzten nicht entziehen zu können glaubte, geht aus dem geradezu grotesk übertriebenen Talion doch deutlich genug hervor, was man von dem Verlangen der Rachsüchtigen hielt!“

⁴⁵ BRUNNER, S. 492.

⁴⁶ 2. Aufl., Berlin u. Leipzig 1919, S. 3f.

„... Die Sage von der Betörung des Bösen durch eine spitzfindige Auslegung des Vertrages oder eine gewagte Ausdeutung der Rechtslage ist ein psychologisch leicht begreifliches, namentlich für die Orientalen reizvolles Motiv, das bei ihnen unzählige Male behandelt worden ist... – Ein Hauptgebiet, in welchem sich dieses Motiv erweist, ist das Gebiet der Wiedervergeltung bei schuldloser Schädigung: denn das alte Recht bestrafte hier prinzipiell auch den Schuldlosen; das schwere Verhängnis der Wiedervergeltung im Falle der Schuldlosigkeit aber musste die Volksphantasie lebhaft erregen, und der Versuch, den oft entsetzlichen Folgen solcher Wiedervergeltung zu entgehen, musste zu derartigen Mitteln greifen. Man denke an das Märchen ... Oder jemand springt, des Lebens überdrüssig, einen Abhang hinunter und tötet hierbei einen alten Mann; auf die Klage des Sohnes wird entschieden: der Täter müsse sich unten in dieselbe Position stellen, wie sie der Getötete inne hatte, damit der Sohn des Getöteten auf ihn herabspringe, ein Experiment, auf das dieser leichthin verzichtet“⁴⁷. – Dem mag noch der Hinweis auf „Das Gebot des Kadi“ hinzugefügt werden, eine Erzählung, in der ein junger Mann, um auf dem schnellsten Weg zum Kadi zu kommen, von einem Dach gesprungen und dabei unversehens auf dem Bauch eines in seinem Garten liegenden Vaters geraten war. Der Kadi gab dem Sohn das Urteil: „Der Jüngling wird sich an genau die Stelle legen, an der dein Vater gelegen hat. Du wirst von deinem flachen Dach aus hinunterspringen, auch auf genau die Bauchstelle, auf die er deinem Vater sprang“⁴⁸.

5.2 Einer, der sich hinuntergestürzt hat

Dass in Rom unser Dachdecker von strafrechtlicher Verantwortung frei gewesen wäre, lässt sich einem Fragment aus der Einzelschrift des Paulus „Über die öffentlichen Strafverfahren“ entnehmen:

D. 48,8,7

In lege Cornelia dolus pro facto accipitur. neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. quare si quis alto se praecipitaverit et super alium venerit eum que occiderit, [...] ad huius legis coercionem non pertinet.

⁴⁷ KOHLER, Shakespeare (Fn. 46), S. 3f. mit Hinweis (zu dem angesprochenen Märchen) auf KARL SIMROCK, Quellen des Shakespeare in Novellen, Märchen und Sagen, 2. Aufl., Bonn 1870, S. 183f., S. 225 sowie auf unseren Fall des Dachdeckers.

⁴⁸ E. S. v. KAMPHOEVENER, An Nachtfeuern der Karawan-Serail. Märchen und Geschichten Alt türkischer Nomaden, Bd. III, Reinbek 1982, S. 7, 18f. – Ob diese Geschichten auf wirkliche Erzählungen in Karawanenserails zurückgehen, ist freilich mehr als zweifelhaft; doch mögen sie von Volksmärchen inspiriert sein.

In der *lex Cornelia* wird böse Absicht für die Tat genommen. Und in diesem Gesetz wird grobes Verschulden nicht für böse Absicht genommen. Wenn sich deshalb jemand hinuntergestürzt hat und auf einen anderen gelangt ist und ihn dadurch getötet hat ..., trifft ihn die Strafe dieses Gesetzes nicht.

Der Jurist erläutert die *lex Cornelia de sicariis et veneficis* v. 81 v. Chr., in der die Todesstrafe für diejenigen vorgesehen ist, die ihre Absicht, mit einem eisernen Messer (*sica*) oder durch Gift (*venenum*) zu töten, betätigt haben. Die Formulierung, die böse Absicht werde für die Tat genommen (*dolus pro facto accipitur*), bringt zum Ausdruck, dass es für die Bestrafung genügt, wenn die Mordabsicht – nach der Interpretation der Juristen gleichgültig, mit welchem Mittel – zutage getreten ist, auch wenn sie ihr Ziel nicht erreichte oder wegen Untauglichkeit des angewandten Mittels überhaupt nicht erreichen konnte⁴⁹.

Der von Paulus angeführte Fall ist eigenartig: *Se praecipitare* meint, zumal in der reflexiven Form, dass sich jemand bewusst hinunterstürzt, von einem Dach, einer Brücke, einem Felsen oder aus anderer Höhe. Die römischen Juristen verwenden das Verb zur Kennzeichnung einer geläufigen Form des Selbstmordes, etwa eines Täters, der einer Kapitalstrafe entgehen will⁵⁰. In der Tat dürfte Paulus an einen Selbstmörder gedacht haben. Dieser hat den Sturz jedoch überlebt⁵¹, und deshalb stellte sich die Frage nach der Strafbarkeit, für die überdies anzunehmen wäre, dass der eigene Körper Tatwaffe sein kann. Da der Täter nach der Fallsetzung jedoch keine Tötungsabsicht hatte, entfiel eine Bestrafung nach der *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, selbst wenn ihm *culpa lata* vorzuwerfen war.

Dass der Fall nur ein Schulbeispiel gewesen sei, wie wohl überwiegend angenommen wird⁵², ist zweifelhaft. Er hat übrigens Eingang in die *Lex Wisigothorum* gefunden⁵³.

⁴⁹ MOMMSEN, *Strafrecht* (Fn. 30), S. 627; Näheres dazu und zum Fragment bei A. WACKE, *Unius poena – metus multorum*, Neapel 2008, S. 12 ff. mit weiterer Literatur (Erstveröffentlichung in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* = RIDA 26, 1979, 505ff., 516ff.); ferner DERS., *Der Selbstmord im röm. Recht und in der Rechtsentwicklung*, SZ 97 (1980) 26, 49f.

⁵⁰ Vgl. Ulp. D. 15,1,9,7; Ulp. D. 21,1,17,4, ferner Ulp. D. 21,1,23,3; Diocl. C. 9,2,12 (a. 293); WACKE, *Unius poena*, S. 14 (= 518).

⁵¹ Wie auch oben in den Fällen zu den Fußnoten 47 und 48. Vielleicht weil er auf dem liegenden Opfer und nicht auf dem Erdboden aufschlug?

⁵² WACKE, S. 15 (= 519).

⁵³ 5,1,3: *Si quis [...] praecipitatus in alterum corruerit hominem que occiderit, pro homicidio nec damnis nec poenis damnabiliserit ...*

5.3 Der Sturz des Levir

Wieder ist es ein sehr trauriger Unfall: „Beim Abmontieren einer Hausantenne ist ein Techniker südlich von Tel Aviv vom Dach gestürzt. Der 60-jährige Israeli fiel durch ein Glasdach auf ein anderthalbjähriges Kind. Das Kind starb“⁵⁴. – Da im wärmeren Mittelmeerraum Glasdächer beliebter sind als im Norden, kommen dort auch Stürze durch das bekanntlich leicht brechende Glas von überdachten Terrassen oder Atrien wie auch von den nach innen geneigten Dächern häufiger vor, und es nimmt deshalb auch nicht wunder, dass dies zugleich die Phantasie derer beflügelt, die sich mit den Problemen des Lebens und seinen Gefahren zu beschäftigen pflegen.

*Levir est uxori meae frater meus*⁵⁵, mein Bruder ist für meine Frau Schwager. Aufgrund der Torah, d.h. der in den 5 Büchern Mosis enthaltenen Gesetze, kennt das jüdische Recht die Leviratsehe. Der Einfachheit halber geben wir die Grundlage nach der Einheitsübersetzung wieder: „5. Wenn zwei Brüder zusammen wohnen und der eine von ihnen stirbt und keinen Sohn hat, soll die Frau des Verstorbenen nicht die Frau eines fremden Mannes außerhalb der Familie werden. Ihr Schwager soll zu ihr kommen⁵⁶, sie heiraten und die Schwagerehe mit ihr vollziehen. 6. Der erste Sohn, den sie gebiert, soll den Namen des verstorbenen Bruders weiterführen. So soll dessen Name in Israel nicht erlöschen“⁵⁷. Wollte der Schwager, gleichgültig ob er schon verheiratet war oder nicht, diese Ehe nicht eingehen und blieb er dabei auch nach einer Befragung durch den Ältestenrat seiner Stadt, so musste er in einer sog. *halitzah*-Zeremonie vor den Ältesten seiner Schwägerin förmlich seine Weigerung, sie zu heiraten, erklären. Daraufhin musste sie ihm einen Schuh ausziehen (als Zeichen, dass sie ihm das Erbe des verstorbenen Bruders entzieht) und ihm ins Gesicht spucken (um die ihr durch die Weigerung widerfahrere Schmach auf ihn zurückzuschieben).

Im Talmud („Lehre“), der großen durch jahrhundertelange Auslegung der Torah entstandenen jüdischen Rechtssammlung, ist der Leviratsehe ein ganzer Traktat gewidmet: *Yebamoth* („Schwägerinnen“). Darin werden zum Teil höchst komplizierte Rechtsfragen erörtert. Üblicherweise erklärte der Mann der verwitweten, kinderlosen Schwägerin in einer Eheformel seinen Heiratswillen und es folgte (nach der Hochzeitsfeier) der gebotene Vollzug der Ehe. Wie es im Leben so ist, ergaben sich Schwierigkeiten, etwa dadurch, dass

⁵⁴ General-Anzeiger (Bonn) v. 29.5.1989, S. 26.

⁵⁵ Festus s.v. *levir*, ed. LINDSAY (o. Fn. 16), S. 102.

⁵⁶ Die ist genauer als „sich ihrer annehmen“, vgl. u. Fn. 58.

⁵⁷ Deuteronomium (= 5. Mos.) 25,5–6.

der Bruder zwei oder mehrere Witwen hinterließ, Wankelmütige die Dinge durcheinanderbrachten, Eheformel, Scheidungsbrief, Beischlaf und *halitzah* etc. Alle möglichen Situationen hierzu wurden in intensiven Diskussionen der Rabbinen durchdekliniert, und es ergab sich daraus vereinfachend gesagt als Grundsatz, dass einerseits schon der Beischlaf allein die Ehe begründete, andererseits dann, wenn die *halitzah*-Zeremonie stattgefunden hatte, eine Eheschliessung dieser Personen für alle Zukunft ausgeschlossen war.

Begreiflicherweise war dann zu klären, wann die Ehe wirksam vollzogen war. In der Mischna („Wiederholung“) – dem um 200 n. Chr. von Rabbi Jehuda, dem „Fürsten“ (geb. 135 n. Chr.), aus dem Traditionsstoff zusammengestellten „Kerntext“ des Talmud – wird der Vollzug sehr weit verstanden, was sich vor dem Hintergrund erklärt, dass es sich in Deut. 25,5⁵⁸ um ein Gebot handelt, das Zustandekommen der Ehe mithin so weit als möglich zu begünstigen war. Die Mischna setzt im V. Abschnitt des Traktats *Yebamoth* wie folgt ein⁵⁹:

„Wer seiner Schwägerin beiwohnt, ob versehentlich¹ oder vorsätzlich², ob gezwungen oder willig, selbst wenn er versehentlich und sie vorsätzlich, er vorsätzlich und sie versehentlich, er gezwungen und sie ungezwungen, oder sie gezwungen und er ungezwungen, ob nur angeschmiegt³ oder [die Beiwohnung] vollendet, eignet sie sich an, auch ist zwischen Beiwohnung und Beiwohnung⁴ nicht zu unterscheiden ...“.¹ Ohne zu wissen, dass sie seine Schwägerin ist. ² Zur Befriedigung des Geschlechtstriebes u. nicht in der Absicht, die Schwagerpflicht zu erfüllen. ³ Die Genitalien aneinander, ohne den Coitus zu vollenden; ... ⁴ Ob sie auf natürliche od. widernatürliche Weise erfolgt ist.

Dass der Schwager sich die Witwe durch sein Tun „aneignet“, ist eine zielsprachlich wenig glückliche Übersetzung. In der „Soncino-Edition“⁶⁰ erläutert der Übersetzer: „he acquires her’. The widow is deemed to be his legal wife. He is entitled to the heirship of her estate, and she can be released only by a letter of divorce”.

⁵⁸ O. nach Fn. 51.

⁵⁹ Wiedergabe nach der Übersetzung von LAZARUS GOLDSCHMIDT, *Der Babylonische Talmud*, Bd. IV, Berlin 1931, S. 496; auch die Erläuterungen sind von dort übernommen. – Zum abweichenden Text im palästinensischen Talmud vgl. J. NEUSNER (Hrsg.), *The Talmud of the Land of Israel. A Preliminary Translation and Explanation*, Bd. 21 (*Yebamot*, transl. J. NEUSNER), Chicago 1982, S. 203 ff.

⁶⁰ I. EPSTEIN (Hrsg.), *The Babylonian Talmud. Seder Nashim I (Yebamoth)*, translated by I.W. SLOTKI, London (Soncino Press) 1936, S. 355 Fn. 4.

Die Mischna wurde zur verbindlichen Lehre und bildete zugleich den Ausgangspunkt der rabbinischen Lehrdebatten in den Lehrhäusern Babyloniens und Palästinas. Die Ergebnisse dieser rund dreihundertjährigen Diskussion sind in der *Gemara* („Gelerntes“, Vervollständigung) zusammengetragen, die gleichsam als Kommentar den meisten Mischna-Kapiteln oder Paragraphen beigelegt ist und den zweiten Teil des babylonischen wie des palästinensischen Talmud bildet.

Angesichts der weitgehenden Definition all dessen, was nach der Mischna als ehebegründender Beischlaf zu gelten habe, verwundert es nicht, dass die Rabbinen eine klarere Abgrenzung zu finden suchten, wie es bei der Interpretation der „sehr praxisbezogenen Mischna“ überhaupt vor allem darum ging, „über die Erörterung konkreter Fälle hinaus ... allgemeingültige Prinzipien abzuleiten, um von ihnen aus die anfallenden Einzelprobleme entscheiden zu können“⁶¹. Nicht anders machten es die römischen Juristen (wie auch wir heute), wenn sie sich, um die Tragweite eines Prinzips zu ermitteln, bis zum Grenz- oder Extremfall durchfragten⁶². Was nun die Aktivität des Levir angeht, werden in der *Gemara* zwei Ausnahmefälle entwickelt, in denen ein Beischlaf nicht ehebegründend sei. Bereits Rabbi Jehuda hatte gesagt, im Schlaf könne jemand seine Schwägerin nicht zur Frau nehmen⁶³. Doch wurde das offenbar aufgrund der extensiven Tendenz der Mischna (o. nach Fn. 54) nicht von allen so gesehen:

Es wird ja aber gelehrt, ob er wach oder im Schläfe ist, ob sie wach oder im Schläfe ist. Hier wird von dem Falle gelehrt, wenn er nur eingenickt ist. Was heißt eingenickt? R. Ashi erwiderte: Halb schlummernd und halb wachend: wenn er beispielsweise, wenn man ihm etwas zuruft, antwortet, ohne jedoch eine überlegte Antwort geben zu können, und wenn man ihn erinnert, es weiß⁶⁴.

⁶¹ J. MAIER, *Das Judentum. Von der biblischen Zeit bis zur Moderne*, 3. Aufl., Bindlach 1988, S. 363.

⁶² Ein instruktives, wenn auch nicht gerade zu den juristischen Glanzstücken zählendes Beispiel bietet Ulpian (D. 1,6,8pr.), der von der Frage ausgehend, ob der Hausvater mit Ausbruch einer Geisteskrankheit die väterliche Gewalt verliert, in sich steigernden Fallabwandlungen zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Kind mit Geburt selbst dann in die Gewalt des Vaters fällt, wenn es aus einem Verkehr entstanden ist, den beide, Vater wie Mutter, im Zustand der Geisteskrankheit vollzogen haben, vgl. dazu R. KNÜTEL, *Zur Rechtsfindung der Römer*, in: A. SÖLLNER/W. GITTER U.A., Gs. M. Heinze, München 2005, S. 486 f.

⁶³ Da es im Deut. 25,5 „zu ihr kommen“ heißt, also absichtliches Handeln gemeint sei.

⁶⁴ GOLDSCHMIDT (o. Fn. 59), S. 497 (Yebamoth Fol. 54).

Die Lösung war folglich, dass auch ein „Beischlaf im Halbschlaf“ noch ehebegründend wirkte. So ergab es sich geradezu mit Notwendigkeit, wenigstens *einen* Fall zu finden, in dem eine Vereinigung nicht zur Begründung der Ehe führt. Und dies ist in der Tat ein überraschender Extremfall, der einem Rabbi namens Rabbah eingefallen ist:

„[Zurück zum] Haupttext. Rabbah sagte: Jemand, der von einem Dach fällt und dessen Sturz ein zufälliges Eindringen zur Folge hat, ist verpflichtet, in viererlei Hinsicht Ersatz zu leisten, und wenn die Frau seine Schwägerin ist, nimmt er sie auf diese Weise nicht zur Frau. [Er muss ihr zahlen] Ersatz wegen des Körperschadens, Schmerzensgeld, Verdienstaufschlag und Heilungskosten; doch ist er nicht verpflichtet, sie wegen Ehrverletzung zu entschädigen, denn der Meister sagte, man sei nur dann zur Entschädigung wegen Ehrverletzung verpflichtet, wenn sie mit Absicht geschehen sei“⁶⁵.

Es bedarf einiger Phantasie, sich die Situation vorzustellen: Hat ihn der Blick vom Dach, sei es gläsern oder nicht, so irritiert, dass er haltlos wurde? Doch empfiehlt es sich, hier abzuberechnen⁶⁶.

5.4 Eine unheilvolle Bergwanderung

Werfen wir noch einen kurzen Blick auf einen tragischen Sturz, der sich vor einigen Jahren zutrug. Eine Familie nahm den Abstieg von einer Bergtour über einen Wandersteig, der in Serpentinaen angelegt war, steiles felsiges Gelände durchquerte und feucht und rutschig war. Die Mutter führte ihre fast vierjährige Tochter an der Hand. Da der Steig zu eng wurde, so dass sie nicht mehr neben der Tochter hätte gehen können, um diese abzusichern, ergab sich die Situation: „Die Tochter der Bekl. hielt sich an der vorhandenen Stahlkette fest, die Bekl. ging schräg zum Tal hin versetzt hinter dem Mädchen und hielt deren talseitige Hand, ohne sich dabei selbst an der Stahlkette festzuhalten. Sie verlor den Halt, rutschte mit dem talseitigen Fuß weg und stürzte den an dieser Stelle steilen Hang (Gefälle von ca. 42 Grad) hinunter. – Die Kl. war

⁶⁵ Yebamoth Fol 54a. Wir haben den Passus entsprechend SLOTKIS Übersetzung (o. Fn. 60) wiedergegeben.

⁶⁶ Ein New Testament Professor at Chicago Theological Seminary kam 1992 in Schwierigkeiten, als eine Studentin, nachdem er den Fall (wie schon seit Jahrzehnten) vorgetragen hatte, sich bei der Leitung der Institution wegen sexual harassment beschwerte, vgl. <http://www.nytimes.com/1994/05/11/us/a-sexual-harassment-case-to-test-academic-freedom.html>.

mit ihrem Ehemann weiter unten auf demselben Wandersteig als Teil einer Wandergruppe unterwegs. Die Bekl. fiel im Rahmen ihres Sturzes von oben gegen den Ehemann der Kl., der dadurch das Gleichgewicht verlor und in die Tiefe stürzte.“ Aufgrund schwerster Verletzungen verstarb er nach zehn Operationen fast vier Wochen später.

Die Berufung der verklagten Mutter gegen das Urteil des Landgerichts, das sie gem. §§ 823 I, 253 II BGB zur Zahlung von 10.000 € Schmerzensgeld aus übergegangenem Recht an die Witwe verurteilt hatte, wurde vom OLG Stuttgart zurückgewiesen⁶⁷. Das OLG Stuttgart hebt zu Recht hervor, dass die Mutter sich aufgrund der Wegverhältnisse und der Steilheit des Hanges gleichfalls an der Sicherungskette hätte festhalten müssen; sie könne sich nicht damit entschuldigen, dass es notwendig war, ihr Kind besonders zu sichern, weil „dies gerade aus der von ihr selbst zu verantwortenden Entscheidung“ resultiere, den Steig mit dem Kind zu gehen, das in seinem Alter hinsichtlich der Gefahrenschätzung und der Trittsicherheit noch der Unterstützung bedurfte.

Bemerkenswert ist schließlich, dass das Gericht entscheidend und ausführlich auf eine Verkehrspflichtverletzung der Frau abstellt, also auf die pflichtwidrige Unterlassung nach vorangehendem gefährlichem Tun statt auf die Handlung. Auch das ist zutreffend. Denn in aller Regel verliert ein Stürzender während des Sturzes die Handlungsfähigkeit, sofern er sie nicht wie die Nachtwandler schon verloren hatte. Anders ist es nur, wenn jemand den Sturz in seine Handlung einbezieht, etwa bewusst eine Strecke geht, von der er weiß, dass er abstürzen wird – was dann auch geschieht. Dann hat er sich selbst herabgestürzt.

6 Glückliches Ende

Nach all den schlimmen Stürzen, auf die wir bei unseren Betrachtungen gestoßen sind, sollten wir wenigstens zwei Fälle mit glücklichem Ende einbeziehen.

6.1 Ein Absturz auf eine Abgestürzte

„Zu einem skurrilen Unfall ist es in einem unbewohnten Reihenhaus in der Frankfurter Innenstadt gekommen. Nach Polizeiangaben von gestern öffnete ein 27-Jähriger am Sonntagmorgen im dunklen Treppenhaus die Aufzugstür,

⁶⁷ NJW 2007, 1367ff. (v. 26.7.2006). Den Hinweis auf das Urteil verdanke ich dem Freunde Martin Schermaier.

machte einen Schritt hinein, stürzte etwa sechs Meter in die Tiefe – und landete auf einer Frau. Die lag schon längere Zeit bewusstlos auf dem Boden. Der nur leicht verletzte Mann befreite sich aus dem Schacht, alarmierte die Polizei und rettete so der lebensbedrohlich verletzten 57-Jährigen das Leben. Laut Polizei war der Aufzug schon länger außer Betrieb und entsprechend gesichert. Offenbar hatten Unbekannte die Aufzugstür im Erdgeschoss geöffnet⁶⁸.

Die juristisch interessante Frage ist, ob die Frau und ihr Retter für die Verletzungen, die sie durch den Absturz erlitten, von dem Eigentümer oder, mag das Haus auch unbewohnt gewesen sein, einem Besitzer nach § 823 Abs. 1 BGB Ersatz wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht verlangen können. Eine solche Pflicht trifft denjenigen, der einen Geschäftsbereich, eine Anlage oder Ähnliches dem Zugang Dritter eröffnet, möglichen Kunden etwa, und der aufgrund der Eröffnung alle objektiv zumutbaren Vorkehrungen zu treffen hat, damit Dritte in diesem Bereich oder beim Betrieb der Anlage nicht zu Schaden kommen. In unserem Fall hatte der Besitzer allerdings überhaupt keinen Verkehr eröffnet. Dies ist jedoch dann nicht maßgeblich, wenn die Liegenschaft in ihrer Gestaltung, zum Beispiel durch ein leerstehendes Haus oder einen Kletterbaum, eine geradezu magische Anziehungskraft ausübt. Die Einschränkung dient insbesondere dem Schutz von Kindern, die auch Zugangshindernisse überwinden, um das Haus zu erkunden oder den Baum zu erklimmen, ohne sich der möglichen Gefahren bewusst zu werden, die im Haus oder auf dem Gelände bestehen.

Unserer Gestürzten und ihrem Retter muss als erwachsenen Personen jedoch klar gewesen sein, dass sie auf dem Grundstück und in dem unbewohnten Haus nichts zu suchen hatten, und für sie gilt deshalb der Grundsatz, dass Personen gegenüber, die sich unbefugt in den Gefahrenbereich begeben, keine Haftung aus einer Verletzung der Verkehrssicherungspflicht begründet ist⁶⁹.

6.2 Der Sturz des Arion

Herodot, der *pater historiae*⁷⁰ (etwa 485–425 v. Chr.), berichtet in seinen Historien 1,24:

⁶⁸ General-Anzeiger (Bonn) v. 15.4.2008, S. 27.

⁶⁹ Vgl. dazu nur BGH NJW 1957, 499; G. WAGNER in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, Bd. V Rz. 260 (Grundsatz), 261–264 (Ausnahmen). Mithin stellt sich gar nicht erst die Frage eines mitwirkenden Verschuldens.

⁷⁰ Cicero, de legibus 1,5.

Nachdem Arion⁷¹ lange bei Periandros⁷² verweilt hatte, so erzählen sie, wollte er nach Italien und Sizilien hinüberfahren, und als er dort reiche Schätze erworben hatte, wünschte er wieder nach Korinth zurückzukehren. In Taras [Tarent] schiffte er sich ein, und da er zu niemandem so großes Vertrauen hatte wie zu den Korinthiern, mietete er ein korinthisches Schiff. Aber auf dem Meere verschworen sich die Schiffsleute, sie wollten ihn über Bord werfen und seine Schätze für sich behalten. Als er es erfuhr, flehte er sie an, sie möchten ihm nur das Leben schenken, die Schätze wolle er ihnen gern überlassen. Aber er konnte sie nicht erweichen, und sie befahlen ihm, sich selber das Leben zu nehmen, damit er an Land gebracht und bestattet werden könnte, oder jetzt sogleich aus dem Schiff ins Meer zu springen. In dieser verzweifelten Lage bat Arion, wenn sie es nun einmal so wollten, möchten sie ihm erlauben, in vollem Sängerschmuck auf die Ruderbank zu treten und zu singen. Er versprach, nachdem er gesungen, sich selbst den Tod geben zu wollen. Da überkam sie das Verlangen, den allerherrlichsten Sänger singen zu hören, und sie zogen sich vom Schiffsheck nach der Mitte hin zurück⁷³. Und er tat den vollen Sängerschmuck an, ergriff die Kithara, trat auf die Ruderbank und sang die Hohe Weise⁷⁴. Als das Lied zu Ende war, stürzte er sich mit dem vollen Schmuck, den er trug, ins Meer. Sie fuhren weiter nach Korinth, ihn aber, so erzählt man, nahm ein Delphin auf den Rücken und trug ihn nach Tainaron⁷⁵. Er ging an Land und wanderte im Sängerschmuck nach Korinth, und als er anlangte, erzählte er alles, was geschehen war. Periandros glaubte Arion nicht und ließ ihn in Gewahrsam nehmen. Er wartete, dass die Schiffsleute ankämen. Als sie da waren, rief er sie zu sich und fragte, was sie von Arion wüssten. Sie antworteten, er lebe noch in Italien; sie hätten ihn in Taras bei gutem Wohlsein verlassen. Da trat Arion vor sie hin, gekleidet wie damals, als er ins Wasser sprang. Sie erschrakten, und weil sie überführt waren, konnten sie nicht mehr leugnen⁷⁶. – So erzählt man in Korinth und in Lesbos ...⁷⁷.

⁷¹ Berühmter Musiker, Sänger und Dichter aus Methymna auf Lesbos, der erstmals einen künstlerisch gestalteten Wechselgesang von Vorsänger und Chor im Dionysoskult schuf (*Dithyrambos*) und das Satyrspiel geschaffen haben soll.

⁷² Alleinherrscher von Korinth, 685–585 v. Chr.

⁷³ So dass das höher gelegene Heck als Bühne diene.

⁷⁴ Eine in hohem Ton und klangreich gesungene Melodie erhebender und tragender Art.

⁷⁵ Südspitze der Peloponnes.

⁷⁶ Sicher müssten sie hingerichtet worden sein.

⁷⁷ Herodot, Historien. Deutsche Gesamtausgabe, übersetzt von A. HORNEFFER, neu herausgegeben u. erläutert v. H.W. HAUSSIG, 4. Aufl., Stuttgart 1971, S. 10.

Ein geglückter Rettungssturz: Arion ruft durch die Macht seines Gesangs den oder die Delphine – nach Plinius d. Ä. kamen sie, Freunde des Menschen mit Freude an harmonischem Gesang, sogar in Scharen⁷⁸– und wird gerettet. Man möchte an das alte *ius naturale* denken als das, was die Natur alle Lebewesen gelehrt hat, *quod natura omnia animalia docuit* (Inst. 1,2 pr.), und damit auch, Hilfe in der Not zu leisten, hier sogar zwischen Tier und Mensch.

Wir müssen dahingestellt sein lassen, ob die historische Wahrheit dieser Überlieferung dadurch bestätigt wird, dass sie sich auch bei Cicero, Plinius d. Ä. und Ovid findet⁷⁹ und dass Aulus Gellius⁸⁰ von ihr berichtet und am Ende hervorhebt, es solle für die Wahrheit dieser *fabula* sprechen, dass bei dem Vorgebirge Tainaron/Taenarus⁸¹ ein Bronze-Denkmal von einem schwimmenden Delphin und einem auf ihm sitzenden Menschen zu sehen sei. Offenlassen müssen wir auch, ob nicht vielleicht darin eine weitere Bestätigung liegt, dass in dem luxuriösen Salon, der *diaeta*, der Villa Romana del Casale nahe Piazza Armerina auf Sizilien (außer in den Thermen von Thina in Tunesien) ein Mosaik Arion mit langem, welligen Haar, Kappe und wehendem Mandel die Kithara spielend auf dem Rücken eines Delphins zeigt, ein Mosaik, das Eckart Peterich begeistert gepriesen hat als „ein Meermärchen von wunderbarer Fülle und Farbigkeit, in dem unsere Mosaizisten vielleicht ihr Bestes gegeben haben.“⁸² Und sollte die Überlieferung am Ende doch nicht ganz das Wahre treffen, so wollen wir es mit der italienischen Volksweisheit halten: *Se non è vero, è ben trovato*.

⁷⁸ Plinius, *Naturalis historia* 9,28, vgl. auch 9,24: *Delphinus non homini tantum amicum animal, verum et musicae arti, mulcetur symphoniae cantu ...* – Dort auch Weiteres zu den Erfahrungen des Menschen mit Delphinen.

⁷⁹ Cicero, *Tusculanae disp.* 2,67; Plinius d. Ä., *Nat. hist.* 9,28; Ovid, *Fasti* 2,95–118, eine Bezugnahme auch bei Vergil, *Bucolica* 8,56.

⁸⁰ *Noctes Atticae* 16,19.

⁸¹ In Lakonien (in der südlichen Peloponnes), wo sich in einer Höhle der Eingang zur Unterwelt befunden haben soll.

⁸² E. PETERICH, *Italien. Ein Führer*, Bd. III, 2. Aufl. 1965, S. 655. – Eine Abbildung etwa bei L. CATULLO, *Die antike römische Villa des Weilers von Piazza Armerina*, Messina 1999, S. 80.

Proč kvazidelikty?

Kamila Bubelová

Úvod – 1 Delikt – 2 Kvazidelikt – 3 *Iudex qui litem suam fecit (et mensor)* – 4 Kdo vyhodil a vylil – 5 Kdo postavil a pověsil – 6 Žaloba proti hostinskému, vlastníkovi lodi a provozovateli stájí – Závěr

Úvod

Různé kategorie protiprávných činů jsou rozlišovány prakticky ve všech právních řádech (delikty, přestupky, přečiny, zločiny). Jejich distinkce nezávisí pouze na stupni společenské nebezpečnosti či škodlivosti, ale i na dalších faktorech, které jsou podrobeny zkoumání jen v malé části případů. Poměrně velká pozornost bývá věnována deliktům, menší criminům a jen zcela malá kvazideliktům. Vzhledem k tomu, že právě kvazidelikty bývají označovány jako původci objektivní odpovědnosti,¹ budeme jim nyní věnovat větší pozornost.

Přehledové učebnice římského práva pravidelně traktují protiprávní jednání v kapitolách o obligačním právu² (obligace z deliktu a kvazideliktu) a uvedou též stručnou zmínku o criminech jako veřejných trestných činech. Vzhledem k faktu, že většina výkladů o římském právu je soustředěna na odvětví práva soukromého, lze *crimina* podrobněji studovat jen v samostatných monografiích věnovaných právě jim.³ Za výjimku v tomto směru lze považovat slovenskou učebnici profesorů Blaha a Rebra, která obsahuje i výklad o criminech a římském trestním procesu.⁴

¹ Například SKŘEJPEK, M.: Římské soukromé právo. Systém a instituce. Plzeň (2011), s. 216.

² Nelze opominout ani vynikající monografii – ZIMMERMANN, R.: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford (1996).

³ Například ANTALOVÁ, B./SOLIAR, L. (eds.): *Delicta privata a crimina publica*. Košice (2010), nebo SCHELLE, K./TAUCHEN, J. a kol.: *Sexuální trestné činy včera a dnes*. Ostrava (2014).

⁴ REBRO, K./BLAHO, P.: *Římske právo*. Bratislava (2010), s. 429n.

Vydeme-li z Gaiovy závazkové bipartice⁵ doplněné o justiniánskou kvadripartici,⁶ pak uvidíme soukromá protiprávní jednání ve formě deliktu a kvazideliktu, a veřejnoprávní zločiny (*crimina*). Při studiu Digest však potkáme i extraordinární zločin, který je výslovně vyřazen ze všech těchto kategorií, a tím je *stellionatus* (hanebnost).⁷ Sumarizujeme tedy nyní čtyři kategorie protiprávních činů. Jak je vzájemně odlišit a najít jejich specifika?

1 Delikt

Z hlediska římského práva byl deliktem protiprávní čin, který porušoval soukromý zájem nebo učinil neoprávněný negativní zásah do soukromé sféry.⁸ Dopad tohoto jednání se nejevil jako celospolečenský, celospolečensky nebezpečný, a obrana proti němu byla ponechána jednotlivci (ať už formou povolené svémoci, nebo žalobou). Vzhledem k tisíciletému vývoji římského práva se vnímání závažnosti a dopadů jednotlivých skutků pochopitelně měnilo, takže například z delikt ní kategorie krádež (*furtum*) byla vydělena loupež (*rapina*), která se v mnohých případech považovala za *crimen* (například loupež dobytka).⁹ Mezi delikty byly zahrnovány: krádež, protiprávní poškození cizí věci, loupež, *iniuria*, podvod, donucení a strach, *alienatio in fraudem creditorum*.

Společné znaky uvedených protiprávních jednání můžeme spatřovat v tom, že: a) pachatel porušil zákonný zákaz nebo příkaz, čímž způsobil poškozenému újmu; b) jednání pachatele bylo zaviněné: častější je úmysl (krádež, loupež, *iniuria*), přípouští se ale i nedbalost (*damnum iniuria datum*); c) následek delikt ního jednání je pro poškozeného negativní; d) ze zákona vzniká povinnost pachatele odškodnit poškozeného, narovnat vztahy.

⁵ Inst. Gai 3,88. Český překlad viz KINCL, J.: Gaius – Učebnice práva ve čtyřech knihách. Plzeň (2007). Gaius v Digestech uvádí ještě třetí důvod vzniku obligace: *ex variis causarum figuris*. Viz Gai. D. 44,7,1pr.

⁶ Inst. Iust. 3,13,2. Český překlad viz BLAHO, P./SKŘEJPEK, M.: *Iustiniani Institutiones*. Praha (2010).

⁷ Podrobněji o stellionatu viz BUBELOVÁ, K.: Metla na všechny úskoky, aneb Podvod stokrát jinak. In ANTALOVÁ, B./SOLIAR, L. (eds.): *Delicta privata a crimina publica*. Košice (2010), s. 92–101.

⁸ Prof. Leopold Heyrovský říká: „Bezprávným činem jest jednání nebo opominutí odporující právní normě“. Viz HEYROVSKÝ, L.: *Dějiny a system soukromého práva římského*. Praha (1910), s. 229.

⁹ Viz Ulp. D. 47,14,1.

U závazků z deliktů se v římském právu uplatňovala zásada noxality.¹⁰ Tato zásada byla zřejmě stěžejní také při formování kategorie kvazideliktů. Daný fakt vysvětluje prof. Rebro tak, že „... nejvýznamnějšími kvazidelikty byly ve starším římském právu případy noxálních škod (otrok, dítě, domácí zvíře)“.¹¹ Toto tvrzení je založeno na praktických úvahách vyplývajících z uplatňování náhrady škody už v Zákoně dvanácti desek. Je logické, že pokud moc nad osobou či zvířetem měl *pater familias*, musel za ně i odpovídat, a to zejména z toho důvodu, že podřízená osoba či zvíře neměly majetek, kterým by mohly škodu kompenzovat. Avšak posuzováno tímto pohledem nemůžeme jednoznačně tvrdit, že noxální žaloby¹² by se zakládaly na objektivní odpovědnosti otce rodiny, neboť (často) lze dovodit jeho zavinění ve formě nedbalosti, pokud nad dítětem či zvířetem nezajistil patřičný dohled.

2 Kvazidelikt

Obdobným způsobem charakterizuje kvazidelikty i Max Kaser. Říká, že kvazidelikty jsou pevně ohraničenou skupinou případů, když je osoba odpovědná za škodu způsobenou z nedbalosti/neopatrnosti, obvykle kvůli špatnému dohledu nad škůdcem samotným.¹³ Ani toto vysvětlení však nezahrnuje všechny případy kvazideliktního jednání, jak uvidíme dále. Výraz „obvykle, většinou“¹⁴ také naznačuje, že tím M. Kaser neměl na mysli všechny případy.¹⁵ Na jiném místě se vyjadřuje podrobněji: uvádí, že Justininán shrnul do východořímské doktríny určité případy porušení práva, které byly známy už právu klasickému a spojovalo je to, že poklasické právo u nich vyžadovalo pouhou culpa.¹⁶ Prof. Skřejpek u kvazideliktů zavinění vylučuje,¹⁷ prof. Rebro naopak nižší formu zavinění presumuje: říká, že nešlo u úmyslnou

¹⁰ O noxálním ručení viz výklad D. 9,4; Cod. Iust. 3,41 a Inst. Iust. 4,8.

¹¹ Viz REBRO, K./BLAHO, P.: Římské právo. Bratislava (2010), s. 427.

¹² V 9. knize Digest je výklad o noxálních žalobách zařazen hned za žalobu o vyhozeném a vylitém.

¹³ KASER, M./KNÜTEL, R.: Romisches Privatrecht. München (2008), s. 209.

¹⁴ V německém originále „zumeist“.

¹⁵ Opatrnější definice viz VINNIUS, A.: Institutionen kommentar Schludrecht. Text und Übersetzung. In WILLE, K. (ed.): Deutscheübersetzt. Heidelberg (2005), s. 745: Kvazideliktem je jakékoli jednání blízké deliktu, o kterém ale nemůžeme říci, že jde o delikt v pravém smyslu.

¹⁶ KASER, M./KNÜTEL, R.: Römisches Privatrecht. München (2008), s. 282.

¹⁷ SKŘEJPEK, M.: Římské soukromé právo. Systém a instituce. Plzeň (2011), s. 216–2017.

protiprávnost, ale jen o protiprávnost z nedbalosti.¹⁸ Pro dokreslení situace ještě uvedeme stanovisko prof. Turečka, který charakterizuje kvazidelikty jako výsledek rozšiřující činnosti préтора takto: „... nevlastní bezprávné činy, při nichž je přece jenom určitá souvislost s občanskými bezprávnými činy“.¹⁹ Otázka oné „určité souvislosti“ bude předmětem dalšího zkoumání. Prof. Tureček nazývá (velmi příhodně) při noxálních žalobách škůdce, za kterého má *pater familias* zaplatit nebo ho vydat, škodným tělesem. V jeho textu také najdeme odkaz na specifické případy odpovědnosti podle Autunského palimpsestu (*palimpsestus augustodunensis*), například dobytče, které se napáslo na cizím (proti vlastníkovu je určena *actio de pastu*), čtyřnohé zvíře způsobilo škodu náhlou zuřivostí (pes, *actio de pauperie*), a dokonce případ, když někdo obcházel s hady a z úděsu jinému vznikla újma.²⁰

Ačkoli se názory romanistů ohledně určení charakteristického znaku kvazideliktů liší, shodnou se více méně všichni na jejich výčtu:²¹ zařazují do něj soudce, měřiče a znalce, kteří porušením odborných povinností způsobili některé ze stran protiprávně újmu; dále škodu způsobenou vyhozením a vylitím z oken; škodu hrozící z postaveného a pověšeného předmětu; a konečně důležitou odpovědnost provozovatelů živností za převzaté věci.

3 *Iudex qui litem suam fecit (et mentor)*

Patrně starobyklým skutkem, který připouští spáchání jak úmyslné,²² tak z nedbalosti (*imprudencia* jako její forma), ale nepatří mezi delikty, je porušení odborných povinností soudce při řešení sporu.²³ Soudce je povinen rozhodovat nejen podle litery zákona, ale též spravedlivě a objektivně správně.²⁴ Pokud svým jednáním či opominutím způsobil jedné ze stran sporu neoprávněně majetkovou újmu, měl povinnost ji nahradit. Jeho jednání mohlo spočívat ve vydání výroku *in fraudem legis*, v omylu ve stanovení vysouzené

¹⁸ REBRO, K./BLAHO, P.: *Rímske právo*. Bratislava (2010), s. 420. Na s. 427 říká, že to nejsou delikty „pro nedostatek zlého úmyslu“.

¹⁹ TUREČEK, J.: *Soukromé právo římské*. In TUREČEK, J. a kol.: *Světové dějiny státu a práva ve starověku*. Praha (1963), s. 375.

²⁰ *Ibid.*, s. 376–377.

²¹ Například HOCHSTEIN, R.: *Obligationes quasi ex delicto*. Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte. Bd. 5. Stuttgart (1971).

²² Viz D. 50,13: například *dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*.

²³ Inst Iust. 4,5pr.: *licet per imprudentiam*.

²⁴ Podrobně viz SCEVOLA, R.: *La responsabilità del iudex privatus*. Milan (2004).

částky, v prodlení s vydáním rozhodnutí aj.²⁵ Jednání však nebylo srovnatelné s přijetím peněz za vydání určitého výroku (korupce) – pro takový čin soudce stanovoval už Zákon dvanácti desek²⁶ trest smrti; jednalo se o *crimen* porušující nezávislost soudního rozhodování.²⁷ Proč zkorumpovaný soudce páchal *crimen*, zatímco úmyslně škodící (ale nepodplacený) soudce páchá kvazidelikt?²⁸ I tato otázka může pomoci najít charakter kvazideliktů. Římský soudce, ačkoli byl soukromou osobou, vystupoval v dané pozici (byl ustanoven) jako zástupce státní moci soudní. Jeho rozsudek byl závazný a vynutitelný. Proto bylo nanejvýš důležité, aby stát měl kontrolu nad takovým jednáním. Zřetelně zde vystupuje do popředí prvek zásahu do veřejného prostoru. Vydáním nesprávného rozsudku nepoškodí soudce pouze stranu sporu, ale státní soudnictví jako celek; ohrozí důvěru občanů v justici. Míra závažnosti zásahu do veřejné sféry pak rozliší kvazidelikt zvaný *iudex qui litem suam fecit* a *crimen* spočívající v korupci soudce. O delikt se nejedná právě pro dosah činu. Náhrada za soudcem spáchanou újmu se lišila podle toho, zda soudce jednal úmyslně, nebo nedbale. Při porušení povinnosti z neopatrnosti/ nezkušenosti proti němu působila prétorská poenální žaloba. Pokud bylo jednání úmyslné, pak nahrazoval plnou hodnotu procesního předmětu.²⁹

Velmi podobným, analogickým skutkem bylo jednání *si mentor falsum modum dixerit*. Zeměměřič určil nesprávnou výměru pozemku, poškodil tím jinou osobu, zpravidla kupujícího.³⁰ Opět mohl jednat jak dolůzně, tak kulpózně (*culpa lata*). V případě úmyslného jednání zněla žaloba *in duplum*.³¹ Trojlístek žalob vůči osobám v autorizované pozici uzavírá *actio utilis* proti znalci, který poskytl nesprávné údaje o míře nebo počtu – u jednajícího znalce se vyžaduje zavinění ve formě úmyslu nebo hrubé nedbalosti.³²

²⁵ Tyto případy uvádí například ROZWADOWSKI, W.: Prawo rzymskie – zarys wykładu wraz z wyborem źródeł. Poznań (1992), s. 202.

²⁶ LDT IX,3 trestal „soudce nebo rozhodce ustanoveného podle práva, jestliže byl usvědčen, že přijal kvůli rozsudku peníze“. Text originálu Zákona dvanácti desek a překlad do češtiny viz SKŘEJPEK, M.: Prameny římského práva. Praha (2004), s. 47.

²⁷ Později upravený ještě *lege Cornelia de sicariis* a Karakalovou konstitucí.

²⁸ Podobnou otázku si klade i Vinnius: proč chybující soudce neodpovídá stejně jako lékař, který špatně léčil svého pacienta? VINNIUS, A.: Institutionen kommentar Schludrecht. Text und Übersetzung. In WILLE, K. (ed.): DeutscheÜbersetzt. Heidelberg (2005), s. 745.

²⁹ Viz HEYROVSKÝ, L.: Dějiny a system soukromého práva římského. Praha (1910), s. 804. Žaloba byla *in factum* – viz též Gai. D. 50,13,6: ... *ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit*.

³⁰ Viz Ulp. D. 11,6pr.

³¹ Ulp. D. 11,6,1: *Haec actio dolum malum dumtaxat exigit*.

³² *Tamtéž in finem: lata culpa plane dolo comparabitur*.

Celá výše uvedená skupina jasně ukazuje, že kvazideliktům zavinění nechybí.

4 Kdo vyhodil a vylil

Skutková podstata jednání, proti kterému byla namířena prétorská *actio popularis* zvaná *de effusis et deiectis*, mohla i nemusela obsahovat subjektivní zavinění. Žaloba umožňovala poškozenému získat dvojnásobek újmy, pokud mu byla způsobena vyhozením nebo vylitím škodného předmětu z domu³³ na veřejném místě:³⁴ za zranění náležela kompenzace ve výši dle volného uvážení soudce a za smrt pokuta ve výši 50 aureů (= 50 tisíc sesterců).³⁵ Za objektivní odpovědnost bychom mohli považovat situaci, pokud by odpovídal vlastník nemovitosti – to však v římské úpravě neplatilo. Odpovědnost nesl obyvatel té části domu,³⁶ ze které došlo k vyhození či vylití. Zavinění v případě samotného obyvatele je jasné – nedbalost.³⁷ Pokud předmět vyhodila jiná osoba,³⁸ například jeho návštěva, pak sice může jít o objektivní odpovědnost, leč ne vždy: i zde může být zavinění na straně obyvatele, který například v hádce vyprovokoval druhou stranu (počítáme-li s jižanským temperamentem) k hození předmětů, jež pak vysokou rychlostí opustily byt oknem.³⁹

Rozhodování o výši náhrady se netýkalo jen samotné způsobené škody. Gaius ve svém komentáři k provinčnímu ediktu výslovně připomíná soudci, že při aestimaci musí vzít do úvahy náklady uhrazené za lékařskou péči, léky, ošetřování pečovatelem v době nemohoucnosti a rovněž ztrátu na výdělku způsobenou výpadkem činnosti v důsledku poškození zdraví, stejně jako snížení možnosti pracovního uplatnění u trvalého následku. Jediné, co římské právo ve výši náhrady nezohledňovalo, byly jizvy a znetvoření (zde se uplatňovala zásada, že lidské tělo nelze ocenit).⁴⁰

³³ Pro vyhození věci z lodi lze užít *actio utilis*. Viz Paul. D. 9,3,6,3.

³⁴ Ulp. D. 9,3,1,2.

³⁵ Ulp. D. 9,3,1pr. a Ulp. D. 9,3,1,5.

³⁶ Není-li možno zjistit, kdo věc vyhodil či vylil, odpovídá více obyvatel *in solidum*, vzájemně mají mezi sebou regres. Plněním jednoho z nich jsou ostatní liberováni (Ulp. D. 9,3,3 a Paul. D. 9,3,4).

³⁷ Ulpian v Ulp. D. 9,3,1,4. hovoří výslovně o culpě.

³⁸ Obyvatel odpovídá i za své podřízené osoby. V originále: *Habitator suum suorumque culpam praestare debet*. Paul. D. 9,3,6,2.

³⁹ *Aberatio ictus* je v těchto případech častá.

⁴⁰ Viz Gai. D. 9,3,7.

Páchá ten, kdo vyhodil nebo vylil předmět z okna, delikt? Je zjevné, že porušil neoprávněně cizí zájmovou sféru, způsobil škodu. Avšak pokud by spáchal delikt, jednalo by se nepochybně o *damnum iniuria datum* a použila by se žaloba z akvilského zákona. Podle římského práva se o delikt nejednalo. Jednání tedy muselo vykazovat nějaké odlišné znaky. Tímto odlišným znakem zpravidla není absence zavinění, jak můžeme vidět výše. To, co činí *actio de effusis et deiectis* podobnou předchozím případům kvazideliktů, je zásah do veřejného prostoru. Ačkoli poškozeným je soukromá osoba, zásah se stal v prostoru veřejném (na ulici). Stát dohlíží na bezpečnost svých občanů, a proto zde k soukromému zájmu přistupuje i zájem veřejný. Nejde potom o delikt, ale o kvazidelikt.

5 Kdo postavil a pověsil

Už při popisu této skutkové podstaty vidíme jasnou podobnost a souvislost s předchozím případem. I ten, kdo postavil nebo pověsil něco na svůj dům a ohrožuje tak veřejnost, odpovídá. Odpovídá dokonce za ohrožovací kvazidelikt (*cuius casus cui nocere possit*): populární žaloba *actio de posito est suspenso* přiznávala žalobci (nikoli nutně poškozenému) pokutu ve výši 10.000,- sesterciů.⁴¹ Prétor chtěl povolením této žaloby předcházet zraněním, její preventivní účel je jasně deklarován. Může se jednat o objektivní odpovědnost? Vzhledem k tomu, že potenciální škůdce sám neopatrně konal (položil, pověsil), pak nikoli. Nedbalost či nezkušenost lze zahrnout pod termín *culpa*.

6 Žaloba proti hostinskému, vlastníkovi lodi a provozovateli stájí

Situace u těchto osob (provozovatelů živností, ve kterých je obvyklé odkládat si věci) je komplikovanější, protože poškozený, jemuž bylo v hostinci či na lodi či ve stáji něco ukradeno či poškozeno, mohl volit *actio furti*, nebo *actio damnum iniuria datum*, pokud poškození/ztráta nastala z viny živnostníků samotných či jejich podřízených/zaměstnaných osob (*culpa in eligendo*), a to na dvojnásobek. Obě jsou *actiones poenales*.⁴² *Furtum* i *damnum iniuria datum* jsou tedy typické delikty.

⁴¹ „Z toho důvodu může způsobit škodu“. Viz Ulp. D. 9,3,5,1.

⁴² Ulp. D. 47,5.

Avšak žaloba třetí, která proti živnostníkům tohoto typu mohla být použita, nazývaná *actio contra nautas, caupones, stabularios (et publicanum)*, označuje jednání jako kvazideliktní. Proč bylo nutno stanovit další možnost soudní ochrany? Jedná se o případy, kdy živnostník předměty od zákazníků přímo převzal do své péče.⁴³ Proč mohl poškozený volit mezi prétorskou *actio quasi ex delicto* proti živnostníku, civilní *actio furti* nebo *actio legis Aquiliae* proti pachateli? Pokud byly věci u živnostníka uloženy, jedná se o věci převzaté a k jejich ochraně musí provozovatel učinit aktivní úkony (vyplývá to z charakteru prétorských úmluv – *pacta praetoria*). Opominutím těchto úkonů se dopouští zavinění. Proč takové jednání není deliktem, ale je kvazideliktem? Poškozený totiž není jen zájem jednotlivce, ale zájem celospolečenský (čin má veřejný dosah). Starověké hostince (i lodě a stáje) nesloužily jen k občerstvení, ale zejména jako nutná podmínka pro cestování. V noci nebylo lze pokračovat v cestě kvůli tmě a na delší trasy cestovali lidé celodenně od jednoho zájezdního hostince ke druhému. Tam museli přespat, ustájit koně, odložit své věci. Hostinec (nebo loď⁴⁴ či stáje) se tak stával určitým typem veřejného místa, nad jehož bezpečností stát bděl. Ostatně důvod zavedení žaloby prétor v ediktu i vysvětlil: přímo uvádí, že provozovatelé oněch živností se podíleli na okrádání cestujících tím, že svou nedbalostí umožnili zlodějům jejich rejdy a o zisk se poté se zloději dělili.⁴⁵ Proto také žaloba zněla na *duplum*.⁴⁶ Pokud kradl otrok provozovatele, liberoval se pán tím, že otroka noxálně vydal.⁴⁷

Zajímavým způsobem určuje liberaci hostinského Ulpián: hostinský neodpovídá za osoby, které se ubytovaly na přespání (cestovatelé), protože ty si nemůže vybrat, ale odpovídá za ty, kdo u něj bydlí (obyvatele domu) – cestovatele nemůže odmítnout.⁴⁸ Je tedy nemožné jednoznačně říci, zda byla či nebyla odpovědnost provozovatele živnosti odpovědností objektivní, či nikoli. Spíše se zdá, že určitá forma zavinění u něj shledána byla: buď v tom, že si vybral nevhodné společníky, nebo zaměstnance, případně byl nedbalý v ostraze svého objektu.⁴⁹

⁴³ Ulp. D. 4,9,1pr.

⁴⁴ Vlastník lodí je odpovědný za nižší náhodu u všech věcí, které byly na loď přineseny (*custodia*). Viz Ulp. D. 4,9,1,7.

⁴⁵ Viz Ulp. D. 4,9,1.

⁴⁶ Ulp. D. 47,5,1,2.

⁴⁷ Ulp. D. 47,5,1,5.

⁴⁸ Viz Ulp. D. 47,5,1,6.

⁴⁹ V Digestech je uveden příklad loďní stráže a ostrahy kajut. Viz Ulp. D. 4,9,1,3. Rovněž na konci tohoto fragmentu je zajímavé konstatování: I kdyby potvrzení o převzetí věci do péče neexistovalo, bude vlastník lodí odpovídat.

Odpovědnost cestovních živnostníků je upravena jak v 5. titulu 47. knihy Digest (zvláštní druh krádeže), tak v 9. titulu knihy 4. (vrácení převzatých věcí). Tezi, že kvazideliktem se nezodpovědné jednání provozovatelů živností stalo právě pro veřejnoprávní dosah, potvrzuje i Ulpianův komentář k pretorskému ediktu: „Užitečnost tohoto ediktu je mimořádně velká, neboť je často nezbytné spolehnout se na důvěryhodnost takovýchto osob a předat jim věci k opatrování. Ať to nikdo nepokládá za příliš přísné proti nim, záleží totiž na jejich vlastním rozhodnutí, zda někoho přijmou, a bez tohoto ustanovení by jim byl dán návod na to, aby se spolčovali se zloději proti těm, které přijímají, když ani nyní se takovýchto úskoků nezdržují“.⁵⁰ Odpovědnost za věci přijaté sama o sobě objektivní odpovědností je, jak dosvědčuje Pomponius: „Podivuje se také, z jakého důvodu byla zavedena žaloba honorárního práva, když existují žaloby civilní. Odpověděl si, že zprvu proto, aby dal praetor těmto lidem najevo, že se postará o to, aby zabránil jejich nečestnému jednání ohledně cizích věcí na cestách. A protože při nájmu a pronájmu se odpovídá za nedbalost a u úschovy pouze za úmysl, odpovídá podle tohoto ediktu každý, kdo věci přijal, i kdyby se věc ztratila bez jeho zavinění, nebo kdyby vznikla škoda, s výjimkou škody vzniklé vyšší mocí“.⁵¹ Zde je zachycen jediný případ kvazideliktu, kterému chybí zavinění.

Závěr

Na základě výše uvedených faktů a úvah je zřejmé, že nelze kvazidelikty jako skupinu protiprávních jednání odlišit od deliktů konstatováním, že kvazideliktům chybí zavinění. Pouze jeden kvazidelikt (*actio de recepto*) vyvolává odpovědnost i bez zavinění. Na zcestí s úvahami však některé autory zřejmě přivedl text z justiniánských Institucí, který stanoví, že „... ten, z jehož bytu je něco vyhozeno nebo vylito tak, že by to někomu způsobilo škodu, je zavázán jakoby z protiprávního jednání, neboť se tak často stane cizím zaviněním, buď otroka, nebo svobodného“.⁵² Ovšem čteme-li pečlivě, říká Justinián, že se tak stane často, nikoli vždy. Co je kvazideliktům společné vždy, je jejich veřejnoprávní dosah. Nejedná se o ochranu pouze soukromého zájmu, jak je to typické u deliktů, ale ani to není státem stíhaný

⁵⁰ Český překlad Ulp. D. 4,9,1. Viz BLAHO, P./SKŘEJPEK, M./VAŇKOVÁ, J./ŽYTEK, J: *Digesta seu Pandectae. Tomus I. Fragmenta selecta*. Praha (2015), s. 367.

⁵¹ Ulp. D. 4,9,3,1. Překlad viz předchozí poznámka.

⁵² Inst. Iust. 4,5,1. Český překlad viz BLAHO, P./SKŘEJPEK, M.: *Iustiniani Institutiones*. Praha (2010), s. 319.

crimen. Z tohoto důvodu bylo nutno vytvořit mezikategorii kvazideliktů.⁵³ Z hlediska úvah o tom, co je v soukromém zájmu, a co v zájmu veřejném, nelze kvazidelikt zařadit jednoznačně ani do jedné kategorie. Poškozený je jednotlivec, ale ohrožena celá společnost na veřejném místě či místě veřejností využívaném. Lze se důvodně domnívat, že kvazidelikt je přechodová fáze mezi soukromoprávním deliktem a veřejnoprávním *criminem*. Míra zavinění tu hraje roli jen v omezené míře. U téměř všech kvazideliktů se v pramenech hovoří minimálně o *culpě* (s výjimkou *actio de recepto*, avšak i u ní bylo historickým důvodem jejího zavedení zaviněné porušení povinnosti).

⁵³ K vývoji kvazideliktů viz PARICIO, J.: *Los causidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*. Madrid (1987).

O abolícii, hlavne v klasickom rímskom práve

Alexander Bröstl

Carissime Petre,
Milý Peter,

cum statuissem scribere ad te aliquid hoc tempore, multa posthac ...
mám v úmysle venovať Ti zatiaľ aspoň niečo menšie, až neskôr napíšem viac ...

Začnem trochu spomienkovo: kde bolo, tam bolo, u Teba na Katedre v Bratislave, v čase, keď sme my na Katedre teórie a dejín štátu a práva v Košiciach z odbornej literatúry nemali celkom nič. Poukazoval si mi príručky z rímskeho práva, učebnice, časopisy (*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*), slovníky, základné diela z oblasti vedeckej literatúry, s ktorou sa malo a dalo pracovať a ktoré si mal priamo na katedre. Prelistoval som si odborné katalógy, na základe ktorých sa táto literatúra dala na Západe objednať. Bol si kritický voči tomu, čo máme o rímskom práve k dispozícii v slovenskom jazyku. A myslel si na to, že by sme už tiež mohli mať encyklopédie, lexikóny, slovníky... napríklad ako Malý Pauly (*Der Kleine Pauly*), lexikón antiky v piatich zväzkoch, ktorý na základe Paulyho Reálnej encyklopédie klasickej vedy o staroveku vydali Konrat Ziegler a Walther Sontheimer.¹ Nečakal si a išiel si vzorom. Dôkazom sú učebnice, štúdie, články, recenzie, ale tiež preklad *Institutiones* a oveľa, oveľa viac.

Mal som šťastie, že neskôr som si tieto a iné knižky mohol objednať pre vlastnú knižnicu. Univerzita ani fakulta na také tituly totiž financie nemali.

Dnes som si pomyslel (aj v súvislosti s nedávnou diskusiou o amnestiách), že by Ťa možno potešilo, ak by som sa pokúsil spracovať aspoň jedno heslo do encyklopédie alebo lexikónu, ktoré by boli venované rímskemu právu (verejnému i súkromnému). Takže začínam od A. No a keď som už povedal A, musím povedať aj B – takže ABOLÍCIA.

¹ ZIEGLER, K./SONTHEIMER, W. (eds.): *Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike in fünf Bänden. Band 1. München (1979)*, s. 15.

Abolitio (z *aboleo*, asi podľa *ἀπόλλυμι*²?) vo všeobecnosti znamená vymazanie (aj zo svedomia), odstránenie, zrušenie niečoho. To, či amnestie zohrali v dejinách významnú úlohu, na to môžu byť rôzne názory.³

Ako *pactum abolitionis* v zmysle amnestie (zabudnutie toho, čo sa stalo) sa teda *abolitio* po prvý raz spomína u Senecu Maior, v jeho diele *Controversiae* (5,8). V prameňoch rímskeho práva sa s týmto pojmom stretávame od 1.(?)/2. storočia ako s výrazom vo význame zrušenia a vymazania trestnej veci uznesením senátu alebo cisárskym aktom (*indulgentia*); ako aj na účely omilostenia (*abolitio publica*); okrem toho, pri skončení konania sudcom, pri odstúpení žalobcu (*abolitio privata*) alebo pri odpadnutí žaloby z iných dôvodov (*abolitio ex lege*).⁴

Toľko pokiaľ ide o možnosť heslo v lexikóne. Skôr než začneme uvažovať o klasickom inštitúte abolície je vari namieste pripomenúť si názor Theodora Mommsena v tejto oblasti, ktorý sa vyslovil vo svojom diele „Rímske trestné právo“ (Römisches Strafrecht) na sklonku 19. storočia takto: „Rímske právo nemá pevné pomenovanie pre (abolíciu). Pojmy *ἀμνηστία* alebo *ἄδεια*⁵ sú grécke; u Rimanov síce tento inštitút nechýba, ale úplne im chýba technické slovo“.⁶ Waldstein, na rozdiel od Mommsena, hľadal pre *abolitio* jasný významový zmysel.

Až novovek geneticky a funkcionálne odôvodnil režim abolície. V súčasnosti sú štátne orgány pri objasňovaní zločínov a pri ich stíhaní viazané

² *ἀπόλλυμι* = zničiť, priviesť do záhuby, zabiť, zlikvidovať. Bližšie pozri PASSOW, F.: Handwörterbuch der griechischen Sprache. Erster Band. Erste Abteilung. Darmstadt (2004), s. 29.

³ Bližšie pozri WALDSTEIN, W.: Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht. *Abolitio – indulgentia – venia*. Innsbruck (1964), s. 209; GAMAUF, R.: Zu den Rechtsfolgen der *abolitio* im klassischen Römischen Recht. In HARTER-UIBOPUU, K./MITTHOF, F. (eds.): Vergeben oder Vergessen. Amnestie in der Antike. Wien (2013), s. 299–318. Autor sa v tejto štúdii venuje vývoju, funkciám a právnym následkom *abolitio* v trestnom procese až do obdobia Severovcov. Bližšie pozri aj recenziu na Waldsteinovu prácu *Untersuchungen*, ktorú napísal Theodor Mayer-Maly. In Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung. Vol. 83 (1966), No. 1, s. 492–496.

⁴ Bližšie pozri LESCHTSCH, A.: Die *abolitio paschalis*. Ein Beitrag zum römischen Begnadigungswesen. Leipzig (1904); REIN, W. W.: Criminalrecht der Römer (von Romulus bis auf Justinianus). III. Abtheilung. 1. Abschnitt. 3. Kapitel. *Abolitio*. Leipzig (1844), s. 273n a GAMAUF, R.: Zu den Rechtsfolgen der *abolitio* im klassischen Römischen Recht. In HARTER-UIBOPUU, K./MITTHOF, F. (eds.): Vergeben oder Vergessen. Amnestie in der Antike. Wien (2013), s. 299–318.

⁵ *ἄδεια* = stav, kedy sa niet čoho obávať, bezpečie, beztrestnosť. Bližšie pozri PASSOW, F.: Handwörterbuch der griechischen Sprache. Erster Band. Erste Abteilung. Darmstadt (2004), s. 29.

⁶ MOMMSEN, T.: Römisches Strafrecht. Leipzig (1899), s. 458.

princípom legality. Riadny rímsky trestný proces naproti tomu spočíval na zásade súkromnej žaloby.⁷ Pri „priet’ahoch“ v konaní hrozilo paralyzovanie trestnej justície – na jej korekciu bola preto určená práve *abolitio*.

Z prameňov rímskeho práva venujú abolícii pozornosť justiniánske *Digesta*, konkrétne 48. kniha, 16. titul (K Turpilliánskemu uzneseniu senátu a k abolícii zločínov = *Ad senatus consultum Turpillianum et de abolitionibus criminum*). Tu vyslovili svoje názory na uvedený inštitút, okrem iných, takí významní rímski právnici ako Aemilius Papinianus a Domitius Ulpianus.

Neskorý klasik Papinianus rozlišoval tri druhy *abolitio*: *publica*, *privata* a *ex lege*.⁸ *Abolitio publica* vyhlasovala senát alebo výnimočne i cisár pri príležitosti sviatkov alebo iných radostných udalostí (napríklad nástup na trón, úspechy v štátnych záležitostiach a pod.). Pre *abolitio privata* bolo príznačné, že si vyžadovala návrh žalobcu. K abolícii podľa zákona (*abolitio ex lege*) došlo v prípade smrti žalobcu alebo na základe dobrého dôvodu, keď existovala nejaká iná prekážka, pre ktorú nemohol vzniknúť žaloba.

Z doplnení, ktorých autorom je Ulpianus, sa o *abolitio publica* možno dozvedieť, že tento druh abolície senát pravidelne vyhlasoval pri slávnostiach alebo dôležitých udalostiach v cisárskej rodine, ako aj pri iných príležitostiach, ktoré sa senátu zdali byť vhodné. Takéto *senatus consulta* pravdepodobne vzišli z cisárskeho návrhu (*oratio*); cisári sa však vôbec nemuseli spoliehať na senát, mohli ich vydať aj z vlastnej iniciatívy. Vysvetlenie motívov, ktoré viedli k vydaniu *abolitio publica* pri slávnostiach, poskytuje *oratio* Septimia Severa a Caracallu k *abolitio* pri príležitosti *ludi saeculares* (náboženská slávnosť trvajúca tri dni a tri noci, venovaná obetiam a divadelným predstaveniam) z roku 204. Zmyslom bolo, aby všetci občania mali príležitosť nerušené si užívať slávnosť, bez ohľadu na začaté a prebiehajúce (neskončené) trestné stíhanie. Na tento účel sa používal inštitút vyškrtnutia mien žalovaných, pričom nové žaloby boli prípustné až po skončení slávnosti.

S účinnosťou *abolitio publica* bol obžalovaný vymazaný zo zoznamu obžalovaných a konanie bolo tiež zastavené (*reus exemptus*). Abolícia však mala účinky beztrestnosti aj pre žalobcu. Dokonca i vtedy, keď nechal uplynúť lehotu na novú žalobu (*non deferre*), spravidla sa na neho nevzťahovali tresty podľa *senatus consultus Turpillianum* za *tergiversatio* (zmenu názoru).

⁷ KUNKEL, W.: Prinzipien des römischen Strafverfahrens. In Kleine Schriften zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte. Weimar (1974), s. 26–27.

⁸ Pap. D. 48,16,8: *Abolitio aut publice fit ob diem insignem aut publicum gratulationem. (10) Aut privatim actore postulante, tertio genere fit ex lege abolitio accusatore mortuo vel ex iusta causa impedito, quo minus accusare possit.*

V každom prípade však podľa Richarda Gamaufa *abolitio publica* ukončovala iba prebiehajúce konanie, nie však nevyhnutne aj trestné stíhanie: doterajší žalobca mohol dokonca žalobu zopakovať v rámci 30 dní. Po uplynutí tejto lehoty už možnosť žaloby nemal; tretia osoba však mohla žalovať ďalej.

V prípade predloženom Aemilioví Macerovi (počas vlády Alexandra Severa) sa trestný proces skončil v dôsledku podania *abolitio publica*. Po uplynutí menej ako 30 dní nasledoval ďalší proces. Keď žalobca potom chcel v rámci 30 dní po druhej žalobe a tým už neskôr ako 30 dní po prvej *abolitio* znovu žalovať, žalovaný namietol uplynutie lehoty na právo žalovať. Argumentoval zrušením procesu prvou aboliíciou, v nadväznosti na ktorú by sa mala rátať aj lehota opätovnej žaloby. Macer ale túto námietku zavrhol a počítal lehotu od druhej aboliície.

Politicko-ideologické pozadie *abolitio publica* obmedzovalo jej osobný rozsah pôsobnosti. Nie všetci žalovaní disponovali rovnakým právom zúčastniť sa na verejných slávnostiach: procesy týkajúce sa cudzoložstva proti zadržaným otrokom boli na základe ustanovení *lex Iulia de adulteriis* vedené ďalej, bez ohľadu na *abolitio*; aj otrokov, ktorí sa nachádzali vo vyšetrovacej väzbe, Domitianus všeobecne vyňal spod účinkov *abolitio publica*. Z aboliícií mali preto v prvom rade výhody osoby z vyšších kruhov.⁹

Abolitio privata sa, na rozdiel od všeobecnej *abolitio publica*, vydávala pre konkrétne konanie, aby sa vylúčila trestnosť žalobcu podľa *senatus consultus Turpillianum*. Nebudem však ďalej unavovať: do tohto problému sa už dnes nebudem púšťať, rovnako ako ani do podrobností o *abolitio ex lege*.

V súčasnej právnej teórii a praxi sa pod aboliíciou rozumie príkaz hlavy štátu orgánom činným v trestnom konaní, aby sa pre určitý čin nezačínalo trestné stíhanie, prípadne, aby sa v trestnom konaní nepokračovalo a trestné stíhanie sa zastavilo. Aboliícia patrí medzi podmienky zahladenia odsúdenia, vďaka čomu sa na príslušnú osobu hľadí, akoby nebola trestaná a odsúdená.¹⁰

Nabudúce budem stručnejší a vecnejší. Napokon verím, že i Tebe sa z toho, čo sa doteraz napísalo o aboliícii najviac pozdáva to, čo o nej s veľkým prehľadom napísal ešte v roku 1844 Wilhelm Rein vo svojom „Trestnom práve Rimanov“.

Vale! Alexander

Zbohom! Alexander

⁹ GAMAUF, R.: Zu den Rechtsfolgen der *abolitio* im klassischen Römischen Recht. In HARTER-UIBOPUU, K./MITTHOF, F. (eds.): Vergeben oder Vergessen. Amnestie in der Antike. Wien (2013), s. 309.

¹⁰ DRGONEC, J.: Amnestia v slovenskej právnej teórii. In Časopis pro právní vědu a praxi. Č. 3 (1999), s. 334. Bližšie pozri tiež *Encyclopaedia Belliana*. 1. zväzok. 1. vydanie. Banská Bystrica (1999), s. 26.

Le sanzioni penali comminate sui banchieri romani. Riflessioni al margine del frammento di *Vita Galbae* 9

Piotr Kołodko/Piotr Niczyporuk

Introduzione – 1 Suet., *Vita Galbae* 9 – 2 I *nummularii* come banchieri – 3 *Mensa nummularia* – 4 Controllo dell'attività dei *nummularii* – 5 Le sanzioni penali imposte da Galba ai *nummularii* – Le conclusioni

Introduzione

Nella Roma antica l'attività bancaria svolgeva un ruolo importantissimo, innanzitutto nel periodo dal III sec. a. C. fino al III sec. d. C., ritenuto il periodo di particolare fioritura del commercio e delle operazioni finanziarie¹. Gaio Svetonio nella sua opera *Vita divi Augusti* riporta quattro termini per indicare la professione di un banchiere: *argentarii*, *mensarii*, *nummularii* e

¹ J. MARQUARDT, *De l'organisation financière chez les Romains*, [in:] *Manuel des antiquités romaines*, vol. 10, Paris 1888, pp. 78 e ss.; A. DELOUME, *Les manieurs d'argent a Rome*, Paris 1892, p. 6 s.; T. FRANK, *Storia economica di Roma* (trad. it.), Firenze 1924, pp. 211 ss.; IDEM, *An Economic Survey of Ancient Rome*, Paterson, New Jersey 1959; M. ROSTOVZEFF, *Storia economica e sociale dell'impero romano* (trad. it.), Firenze 1946, pp. 214 ss.; 216 ss.; R. H. CHICO, *Función y origen de los 'Argentarii'*, «Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos» 6 (1977), pp. 105 ss.; G. MASELLI, 'Argentaria'. *Banche e banchieri nella Roma repubblicana. Organizzazione prosopografia terminologia*, Bari 1986, *passim*; J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain. Les métiers des manieurs d'argent (IV e siècle au J. C. – III e siècle ap. J. C.)*, Roma 1987, pp. 5 ss.; IDEM, *Les comtes bancaires en nature*, «Index» 15 (1987), pp. 413 ss.; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, «ZSS» 104 (1987), pp. 463 ss.; M. A. PEÑALVER RODRIGUEZ, *La banca en Roma*, [in:] *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias*, vol. III, J. ROSET ESTEVE (ed.), Madrid 1988, pp. 1531 ss.; A. PETRUCCI, 'Mensam exercere'. *Studi sull'impresa finanziaria romana (II sec. a. C. – metà del III sec. d. C.)*, Napoli 1991, pp. 6 ss.; IDEM, *Qualche riflessione sulla possibile configurazione di un 'diritto bancario' romano nell'età commerciale (età del III secolo a. C. – età del III secolo d. C.)*, «Studi Senesi» 15 (2005), pp. 71–85; P. NICZYPORUK, A. TALECKA, *Rzymska antyczna bankowość wspólnym dziedzictwem Europy* [L'antica attività bancaria romana come eredità comune europea], [in:] *Pieniądz – symbol – władza – wojna – wspólne dziedzictwo Europy, Białoruś – Estonia – Litwa – Łotwa – Polska – Rosja – Rumunia – Słowacja – Ukraina, Studia i materiały*, K. FILIPOW (ed.), Augustów – Warszawa 2010, pp. 28 ss.

*coactores argentarii*², perciò si può supporre che erano di uso comune in questo periodo.

Non c'è alcun dubbio che il termine più antico per indicare *stricte* la professione del banchiere è il termine latino *argentarius* equivalente alla parola d'origine greca – *trapezita*³. Pertanto nelle fonti si può riscontrare anche una diversa terminologia usata per indicare le persone impegnate nell'attività bancaria: *mensarii*, *mensularii*, *nummularii*, *coactores*, *coactores argentarii*, *stipulatores argentarii* e *collectarii*⁴. Alcuni studiosi propongono di aggiungere

² Cfr. P. NICZYPORUK, *Bankierzy w „Żywotach cesarów“ Swetoniusza* [I banchieri nell'opera di Svetonio 'La vita dei Cesari'], «Krytyka Prawa» 6, 2014, pp. 313–325.

³ Cfr. M. VOIGT, *Über die Bankiers die Buchführung und die Litteralobligation der Römer*, Leipzig 1887 [«Abhandlungen der philologisch-historischen Classe der königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften» 1 (1887), no 7], p. 3; R. BEIGEL, *Rechnungswesen und Buchführung der Römer*, Wiesbaden 1904 (ristampa 1968), p. 207; R. BOGAERT, *Les origines antiques de la banque de dépôt. Une mise au point accompagnée d'une esquisse des opérations de banque en Mésopotamie*, Leiden 1966, pp. 142 ss.; IDEM, *Banques et banquiers dans les cités grecques*, Leiden 1968, p. 40 e ss. Vedi anche L. MITTEIS, *Trapezitika*, «ZSS» 19 (1899), p. 198, in part. p. 199 e ss.; L. NADJO, *L'argent et les affaires à Rome des origines au IIe siècle avant J.-C. Étude d'un vocabulaire technique*, Paris 1989, p. 211; J. ANDREAU, *Banking and Business in the Roman World*, trad. J. LLOYD, Cambridge 2004, pp. 30 e ss.; M. MIELCZAREK, *O teorii pieniądza i praktyce instytucji banku w starożytnej Grecji doby klasycznej* [Sulla teoria del denaro e la pratica dell'istituzione della banca nella Grecia classica], [in:] *Pieniądz i banki – wspólnota dziejów. Białoruś – Litwa – Łotwa – Polska – Słowacja – Ukraina. Materiały z V Międzynarodowej Konferencji Numizmatycznej*, Warszawa 2002, p. 12.

⁴ Più ampiamente sulla terminologia adoperata per indicare le persone impegnate nell'attività bancaria cfr. G. MASELLI, *op. cit.*, pp. 138 ss.; M. A. PEÑALVER RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 1534; S. BALBINI DE CARO, *La banca a Roma*, Roma 1989, pp. 55 ss.; J. ANDREAU, *Commerce and Finance*, [in:] *The Cambridge Ancient History*, vol. XI, *The High Empire, A.D. 70–192*, Cambridge 2000, pp. 173 ss.; A. FÖLDI, *Dubbi e ipotesi in tema della terminologia relativa ai banchieri romani*, [w:] *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, t. I, Warszawa 2000, pp. 207 ss.; A. PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino 2002, pp. 15 ss.; IDEM, *Qualche riflessione sulla possibile configurazione di un 'diritto bancario' romano nell'età commerciale (età del III secolo a. C. – età del III secolo d. C.)*, *cit.*, pp. 71–85; IDEM, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori I*, Torino 2007, pp. 155 ss.; IDEM, *L'impresa bancaria: attività, modelli 'organizzativi funzionamento e cessazione*, [in:] P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2010, p. 100. Cfr. anche L. SCHMITZ, 'Mensarii', 'Mensularii', or 'Nummularii', [in:] *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, J. MURRAY (ed.), London 1875, p. 750; IDEM, 'Argentarii', [in:] *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, *cit.*, p. 130; J. OEHLER, 'Argentarii' (1), «RE» 2 (1895), coll. 706–710; P. HABEL, 'Argentarii' (2), «RE» 2 (1895), col. 710–711; M. TALAMANCA, 'Argentarii', «NNDI» 1. 2 (1957), pp. 940 ss.; P. NICZYPORUK, *Bankierzy i operacje*

a questo catalogo anche il termine *fenerator*⁵. La terminologia adoperata dai Romani per descrivere le persone impegnate nelle diverse sfere dell'attività finanziaria era quindi molto vasta, *in primis* nel periodo del massimo sviluppo del commercio e delle operazioni finanziarie (III sec. a. C. – III sec. d. C.).

1 Suet., *Vita Galbae* 9

Nelle fonti letterarie provenienti dal periodo classico numerose volte vengono menzionate le persone che svolgono l'attività bancaria. Particolare attenzione merita in questo contesto il testo di Svetonio, in cui lo storico parlando dell'imperatore Galba si riferisce anche ai *nummularii*.

Suet., *Vita Galbae* 9

*Per octo annos varie et inaequaliter provinciam rexit, primo acer et vehemens et in coercendis quidem delictis vel immodicus. Nam et nummulario non ex fide versanti pecunias manus amputavit mensaeque eius adfixit, et tutorem, quod pupillum, cui substitutus heres erat, veneno necasset, cruce adfecit; implorantique leges et civem Romanum se testificant, quasi solacio et honore aliquo poenam levaturus, mutari multoque praeter ceteras altiore et dealbatam statui crucem iussit. Paulatim in desidiam segnitiemque conversus est, ne quid materiae praerberet Neroni, et ut dicere solebat, quod nemo rationem otii sui reddere cogeretur*⁶.

Svetonio parla del futuro imperatore Galba, nella carica di governatore della provincia Spagna Tarragonese (*praesides provinciae*) negli anni 60–68

bankierskie w starożytnym Rzymie [I banchieri e le operazioni bancarie nella Roma antica], Białystok 2013, pp. 27 ss.

⁵ Più ampiamente vedi A. BÜRGE, *Vertrag und personale Abhängigkeiten in Rom der späten Republik und den früher Keiserzeit*, «ZSS» 97 (1980), pp. 114 ss.; IDEM, *Fiktion und Wirklichkeit*, cit., pp. 495 ss.; dagli autori polacchi vedi A. PIKULSKA-ROBASZKIEWICZ, *Lichwa w państwie i prawie republikańskiego Rzymu* [L'usura nello stato e nel diritto della Roma repubblicana], Łódź 1999, pp. 21 ss.

⁶ „Governò la sua provincia per otto anni in modo incostante e ineguale; in un primo tempo si mostrò pieno di ardore, energico e perfino esagerato nella repressione dei delitti. Infatti fece tagliare le mani ad un cambiavalute disonesto, ordinando di appenderle sul suo banco; fece avvelenare un tutore che aveva avvelenato un orfano di cui era stato nominato erede e poiché quello invocava la legge affermando di essere un cittadino romano, Galba, quasi per consolarlo e addolcire il suo supplizio con qualche nota d'onore, diede ordine di cambiare la croce e di erigerne un'altra molto più alta e dipinta di bianco“ [PN, PK].

d. C. Per sottolineare il suo carattere mutevole e capriccioso ricorda alcune delle sue decisioni più eclatanti. E così, il futuro imperatore ad un banchiere (*nummularius*) fraudolento avesse fatte tagliare ambe le mani e per sottolineare la severità della pena ordinò di appenderle sul suo banco, sul quale il colpevole ingannava i suoi clienti.

Nel testo di Svetonio viene adoperato il termine *nummularius*, che senza dubbio veniva usato per indicare un banchiere svolgente nel modo professionale la sua attività sul *Forum* oppure in un altro posto pubblico⁷. Nelle fonti giuridiche e nella letteratura questo termine è adoperato innanzitutto per descrivere gli oneri particolari gravanti sui banchieri⁸.

2 I *nummularii* come banchieri

Esistono diverse ipotesi per spiegare l'etimologia del termine *nummularius*: secondo una prima ipotesi, la sua l'etimologia va ricercata nella parola *nummus*⁹, che significa moneta spicciola, una seconda ipotesi indica la parola *nummus*, che significava generalmente moneta, denaro, contante, un sesterzo; una terza ipotesi invece fa risalire l'etimologia della parola *nummularius* al termine *nummatus* usato come sinonimo di una persona ricca, affluente¹⁰. Con il termine *nummularius* potevano indicarsi il proprietario di una piccola banca inizialmente destinata ad offrire i servizi di cambio valuta, il cambio valuta, il banchiere, un'ufficiale che controlla il buon conio delle monete. I *nummularii* appaiono a Roma durante il periodo repubblicano e il loro mestiere consisteva innanzitutto nell'accertare il buon conio della moneta e assegnare il valore alle monete d'oro e d'argento¹¹.

⁷ Cfr. P. NICZYPORUK, *Bankierzy i operacje bankierskie w starożytnym Rzymie*, cit., p. 37 ss.

⁸ Nelle fonti letterarie il termine *nummularius* appare nel *Satyricon* di Petronio (Petr., *Sat.* 56,3), nelle *epigrammata* di Marziale (Marc., *Epigr.* 12,57,7), nell'opera *La vita dei Cesari* di Svetonio (Suet., *Vita divi Augusti* 4,4) e nell'opera di Apuleio (Apul., *Met.* 4,9,5; 10,9,3). In tutti questi testi si menziona solo l'attività legata alle operazioni di cambiovaluta e al controllo del buon conio delle monete, tipica attività di *nummularii*. La figura del proprietario della mensa, capace al primo sguardo di distinguere una moneta buona da quella falsa (*qui per argentum aes videt*) suscita una grande stima nel Trimalchio (Petr., *Sat.* 56,3). P. NICZYPORUK, *Bankierzy publiczni w źródłach prawa rzymskiego* [I banchieri pubblici nelle fonti del diritto romano], «Zeszyty Prawnicze» 14.1 (2014), s. 113–131.

⁹ M. CHIAUDANO, *Banca. Cenni storici*, «NNDI» 2 (1957), p. 210.

¹⁰ Sull'etimologia, cfr. R. HERZOG, 'Nummularius', «RE» 17. 34 (1937), coll. 1415.

¹¹ D. 2,13,9,2; D. 2,14,47,1; D. 14,3,20; D. 16,3,7,2; Suet., *Vita divi Augusti* 4,4. G. MANNA (*Degli argentarii in diritto romano*, Lanciano 1886, s. 20 [= «AG» 37 (1886), s. 20 i n.]), pp. 13 ss.) riteneva che originariamente i *nummularii* si occupassero del cambio della valuta,

Successivamente, si sono dedicati anche alle operazioni di deposito e di prestito, facendo così una notevole concorrenza agli *argentarii*¹².

Per la prima volta il termine *nummularius* è attestato nell'offerta votiva dedicata da parte dei locali *nummularii* ritrovata nel santuario della Fortuna Primigenia nel Praeneste datata alla fine del II sec. a. C.: *Nummular(i) Fort(unie) Prim(igeniae) dant*¹³. Da ciò si può supporre la presenza dei *nummularii* nella vicinanza dei santuari visitati da numerosi viaggiatori, spesso anche da località lontane. Questi pellegrini, per poter coprire le spese del soggiorno o acquistare la merce, dovevano effettuare cambio valuta oppure semplicemente cambiare le monete in taglio piccolo. La testimonianza proveniente da Praeneste non è unica: a Roma, in Palatino, nella vicinanza del santuario *Magna Mater*, è stata ritrovata una tessera *nummularia*¹⁴, che può costituire una prova dell'esistenza in questa località di una banca oppure almeno di un punto di cambio valuta, e questo può corroborare l'ipotesi sulla localizzazione delle *mensae nummulariae* in prossimità dei santuari ove giungevano potenziali clienti in gran numero. Tra la prima metà del I sec. a. C. e la metà del III sec. d. C. le menzioni riguardanti i *nummularii* divennero sempre più frequenti, in particolare nelle iscrizioni epigrafiche, in maggioranza funerarie, ritrovate a Roma e nelle altre città italiche e nelle province occidentali¹⁵.

Le informazioni riguardanti le persone che si dedicavano alla professione bancaria chiamate *nummularii*, le ritroviamo anche nei testi dei giuristi romani. Sextus Caecilius Africanus, il giurista dal II sec. d. C., parla della tipica attività dei *nummularii* consistente nel controllo della moneta.¹⁶ Anche

su questo punta C. FERRINI, [in:] *RECENZIONE* [w:] *Opere di Contardo Ferrini*, t. III, *Studi vari di diritto romano e moderno (sulle Obbligazioni, sul Negozio giuridico, sulle Presunzioni)*, Milano 1929, p. 497 nella sua recensione dell'opera di Manna. Cfr. anche LAUM, *Banken*, «RE», Supplementband IV (1924), coll. 72, s.v. *Banken*; CH. GABRIELLI, *Moneta e finanza in età repubblicana*, Roma 2012, p. 100.

¹² A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit*, cit., pp. 467 ss.; R. HERZOG, 'Nummularius', cit., coll. 1416 ss. L. MITTEIS (*Trapezitika*, cit., s. 203 i n.) sosteneva che il termine *nummularii* veniva adoperato per descrivere le persone impegnate nell'attività di controllo delle misure, ed anche questi che si dedicavano alle operazioni finanziarie private. Secondo G. TOZZI invece i *nummularii* erano i banchieri privati che offrivano servizi di deposito. (G. TOZZI, *Economisti romani*, Siena 1958, pp. 119 ss.).

¹³ *CIL*. I (2), 1451 (= XIV, 2879).

¹⁴ P. PENSABENE, 'Tessera nummularia' dall'area della *Magna Mater* e della *Vittoria sul Palatino*, «BdN» 2 (1987), Supl. 4, pp. 69–76; S. BALBINI De Caro, *op. cit.*, p. 45.

¹⁵ R. HERZOG, 'Nummularius', cit., szp. 1421 i n.; J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain*, cit., s. 179; S. BALBINI De Caro, *op. cit.*, s. 45 i n.

¹⁶ D. 46,3,39. Per un'analisi più dettagliata del testo si rinvia a J. ANDREAU (*La vie financière dans le monde romain*, cit., pp. 187 ss.).

Servidio Scevola, giurista contemporaneo di Marco Aurelio, menziona nelle sue opere l'attività dei *nummularii*¹⁷. Di questi parlano pure Ulpiano¹⁸ e Paolo, quest'ultimo riferendosi all'opera della metà del II sec. a. C. di Pomponio.¹⁹ Partendo dall'inizio del IV sec. d. C., questo termine scompare dai testi dei giuriconsulti romani, permanendo soltanto nei testi letterari, in particolare d'origine cristiana del IV e V sec.²⁰

I *nummularii* si occupavano quindi di cambio di monete. Cambiavano le monete d'oro in quelle d'argento e quelle d'argento in monete di bronzo. La loro attività consisteva anche nel cambio di barre di metalli preziosi e cambio di valuta²¹.

3 *Mensa nummularia*

Nel testo di Svetonio appare il termine *mensa* nel senso di *mensa nummularia*, che senza dubbio indicava il posto in cui veniva svolta l'attività bancaria, l'attività di cambio di valuta oppure semplicemente una banca²². In questo posto i *nummularii* svolgevano la propria professione, originalmente consistente nel controllo della moneta e nel cambio di valute. Tale posto è menzionato nell'iscrizione:

190. *ad m(e)sa(m) delatu(m)quinque (?) p(ondo) (sesterios?)*.

¹⁷ D. 2,14,47,1. Cfr. J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain, cit.*, pp. 558 ss. Cfr. D. 14,3,20.

¹⁸ D. 16,3,7,2.

¹⁹ D. 2,13,9,2. Zob. C. FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano*, Napoli 1903, p. 120; J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain, cit.*, pp. 18ss.

²⁰ S. BALBINI De Caro, *op. cit.*, p. 53 e n. 212. Si può quindi supporre che svolsero la propria attività fino alla fine del III sec. a. C. – cfr. A. TORRENT, *Actividad bancaria e infl acción en epoca diocleciana-constantiniana*, «Iura» 57 (2008–2009), pp. 50 ss. Cfr. anche J. ANDREAU, *Declino e morte dei mestieri bancari nel mediterraneo occidentale (II–IV sec. d. C.)*, [in:] A. GIARDINA (ed.), *Società romana e impero tardoantico*, vol. I, *Istituzioni Ceti Economiche*, Bari 1986, pp. 601 ss. Cfr. anche D. VERA, *I 'nummularii' di Roma e la politica monetaria nel IV sec. d. C. per un'interpretazione di Simmaco 'relatio' 29*, «Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino» 108 (1974), pp. 201–250.

²¹ Cfr. M. GRANT, *The pattern of coinage in the early Principate*, [in:] *Essays in Roman Coinage presented to Harold Mattingly*, Oxford 1956, pp. 102–112.

²² J. SONDEL, *Szczególne rodzaje depozytu w prawie rzymskim* [I tipi particolari di deposito nel diritto romano], *cit.*, p. 58; A. KIRSCHENBAUM, *Sons, Slaves, and Freedmen in Roman Commerce*, Jerusalem – Washington 1987, p. 157.

L'iscrizione, risalente probabilmente alla fine del I sec. d. C. o l'inizio del II sec. d. C., è stata ritrovata nel palazzo costruito dall'imperatore Domiziano sul *Clivus Victoriae* al posto della *Domus Tiberiana* da parte del *Forum*²³. L'uso del termine *mensa* può ovviamente far pensare ad una banca o ad un ufficio di cambio valuta. Per di più, in quel posto sono stati ritrovate numerose scritte sui muri contenenti i numeri ed anche le monete²⁴. Controversa risulta però la questione, se l'attività di *mensa* situata sul *Clivus Victoriae* aveva un carattere pubblico o privato. Secondo P. Castrén e H. Lilius era un tipo di banca pubblica, mentre J. Andraeu sostiene che le *mensae* erano istituzioni private²⁵, che offrivano servizi di cambiovaluta. A prescindere da questi dubbi, bisogna ammettere che il termine *mensa* nel II sec. d. C. indicava il posto ove si svolgeva l'attività bancaria. Prendendo in considerazione il fatto che offriva anche il servizio di cambiovaluta, può essere stato il posto in cui operavano i *nummularii*.

Il termine *mensa* appare anche in un'altra iscrizione, nella quale, tra i tanti uffici di carattere pubblico, viene elencata anche la *mensa nummularia*:

CIL. XIV, 2045

P. Aelio Aug(usti) lib(erto) Liberali, procuratori annonae Ostiensis, et ad naves vagas, tribunicio college magni, decuriali decuriae viatoriae consul(aris), decuriali gerulorum, praeposito mensae nummul(ariae) f(isci) frumentarii Ost(iensis), ornate ornamentis decurionatus col(oniae) Ost(iensis), patrono Laurentium vivi Augustanor(um).

Non è stabilito in dottrina in quale veste venissero citati nell'iscrizione i banchieri: se si trattasse di persone private oppure di ufficiali dello stato²⁶. L'iscrizione proveniente dal II sec. d. C. e costituente una dedica a P. Elio Liberale, un liberto dell'imperatore Adriano, ha un carattere simile all'iscrizione proveniente dal Palatino. Da ciò si può supporre che i banchieri ivi menzionati offrissero il servizio di cambio valuta nell'ambito di una *mensa nummularia*. Non si può escludere che svolgevano anche diverse attività bancarie come il controllo delle monete. La locuzione *praeposito mensae*

²³ P. CASTRÉN, H. LILIUS, *Graffiti del Palatino: II, Domus Tiberiana*, Helsinki 1970, (=Acta Instituti Romani Finlandiae, IV.), p. 196.

²⁴ A. PETRUCCI, 'Mensam exercere', *cit.*, pp. 253 ss.

²⁵ J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain*, *cit.*, p. 461.

²⁶ L. MITTEIS, *Trapezitika*, *cit.*, p. 203; G. BOULVERT, *Esclaves et affranchise impériaux sous le Haut Empire romain. Rôle politique et administratif*, Napoli 1970, pp. 232 ss.; J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain*, *cit.*, p. 203 ss.

nummul(ariae) f(isci) f(rumentarii) Ost(iensis) può far pensare al carattere pubblico della *mensa*.

Nella dottrina romanistica peraltro, talvolta si segnala il legame tra il testo dell'iscrizione (*CIL*. XIV,2045) e il testo del Digesto (D. 14,3,20) proveniente dall'opera di Servidio Scevola²⁷.

D. 14,3,20 (*Scaevola libro quinque digestorum*):

Lucius Titius mensae nummulariae quam exercebat habuit libertum praepositum: is Gaius Seio cavet in haec verba: "Octavius terminalis rem agens Octavii Felicis Domitii Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie kalendas maias". Quaesitum est, Lucio Titio defuncto sine herede bonis eius venditis an ex epistula iure conveniri terminalis possit. Respondit nec iure his Derbis obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse, cum id institoris offi cio ad fidem mensae protestandam scripsisset.

Nel testo sopra citato il giurista descrive la struttura organizzativa delle *mensae nummulariae*, basata su persone appartenenti a diversi strati sociali. Come s'evince dal contesto, il problema principale analizzato da Scevola riguardava l'attività svolta da un liberto di Lucio Titio. Quest'ultimo amministrava una *mensa (exercebat)* tramite un agente, il proprio liberto preposto come *institor*²⁸. Il giurista rifletteva sulla possibilità da parte di terzi di esperire azioni processuali direttamente contro il preponente che aveva nominato tale agente oppure che ne consentiva la sua attività (e quindi, in tutti e due i casi, lo autorizzava ad agire in nome suo)²⁹. Tale responsabilità del preponente avrebbe garantito la sicurezza del commercio. Nella fattispecie descritta da Scevola appaiono i *nummularii* in veste di *institores*, subordinati al patrone e ciò permetteva d'equilibrare gli interessi delle parti nelle operazioni commerciali. I *nummularii* quindi amministravano le *mensae nummulariae*, svolgendo le operazioni che possiamo definire bancarie.

²⁷ J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain, cit.*, pp. 204 ss.; A. PETRUCCI, 'Mensam exercere', *cit.*, pp. 56 ss.

²⁸ A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit, cit.*, pp. 472 ss.

²⁹ J. KRZYNÓWEK, *Odpowiedzialność przedsiębiorcy (exercitor) w prawie rzymskim* [La responsabilità dell'imprenditore (*exercitor*) nel diritto romano], Warszawa 2000, pp. 18 ss., in part. n. 17.

Della stessa problematica tratta un altro testo, sempre di Servidio Scevola.

D. 2,14,47,1–2 (*Scaevola libro primo digestorum*)

*Lucius Titius Gaium Seium [...] in haec verba: “ex ratione mensae ...”.
Quaesitum est, cum Lucius Titius ante hoc chirographum Seio nummulario
mandaverat ...*

Il giurista nel primo libro del suo digesto analizza una fattispecie complicata. Bisogna chiedersi se avesse in mente il banchiere chiamato *nummularius* oppure *mensularius*³⁰. Senza dubbio il punto cruciale delle divagazioni del giurista, consisteva in una serie di rapporti finanziari tra Lucio Titio e il proprietario della *mensa* – Gaio Seio. La figura del banchiere, prima definita come *mensularius* e successivamente chiamata *nummularius*, era di un'importanza secondaria rispetto alle operazioni effettuate nell'ambito della *mensa*. Bisogna sottolineare, che il testo di Scevola potrebbe costituire una prova dell'evoluzione dell'attività bancaria. Inizialmente nell'ambito della *mensa* le operazioni finanziarie venivano svolte dagli *argentarii*, e successivamente anche da altri soggetti impegnati nell'attività bancaria: i *mensularii* oppure i *nummularii*. Senza dubbio erano banchieri professionisti che operavano sul foro o in altro posto pubblico³¹. I giuristi usavano il termine *nummularii* anche quando parlavano della loro necessità di partecipare nella vita sociale, giustificata dal punto di vista dell'utilità pubblica: su questa categoria di banchieri gravava l'obbligo di registrare le operazioni finanziarie nei *codices rationum* ed erano loro ad essere subordinati al controllo da parte dello stato, e ciò può dedursi dal testo di Festo:

Fest., s. v. *Mensarii*, L. 112:

Mensarii nummulari.

Il grammatico, per spiegare il termine *mensarii*, utilizza un altro termine, per lui equivalente, cioè i *nummularii*. Questo può rispecchiare una tendenza presente nel III sec. d. C. di trattare sia i *mensarii* che i *nummularii* come banchieri pubblici, che svolgevano attività bancaria in nome e nell'interesse dello stato, essendo ufficiali statali che godevano di stima sociale³².

³⁰ Cfr. A. PETRUCCI, '*Mensam exercere*', cit., pp. 28 ss.; IDEM, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, cit., pp. 14 ss. con la letteratura indicata dall'Autore.

³¹ Cfr. P. NICZYPORUK, *Bankierzy i operacje bankierskie w starożytnym Rzymie*, cit., pp. 37 ss.

³² P. NICZYPORUK, *Mensarii, bankers acting for public and private benefit*, «Studies in Logic,

4 Controllo dell'attività dei *nummularii*

Nel periodo repubblicano il controllo sopra i mercati veniva affidato agli edili plebei³³ e agli edili curuli³⁴, muniti di un potere di polizia³⁵: questo era

Grammar and Rhetoric» 24[37] (2011), pp. 105–115; IDEM, *Mensarii – как банкиры*, «Miscellanea Historico-Iuridica» 11 (2012), pp. 29–40; IDEM, *Bankierzy publiczni w starożytnym Rzymie* [I banchieri pubblici nella Roma antica], «Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego», Seria Prawnicza, 82 (2014), Prawo 14, pp. 145–161.

³³ T. MOMMSEN, *Römischen Staatsrecht*, vol. II.1, Leipzig 1877 (reprint Basel 1952), p. 471; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. I, Leipzig 1885, p. 250; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², vol. II, Napoli 1975, pp. 237 ss.; M. KURYŁOWICZ, 'Loca aedilem metuentia' (Sen. de vita beata 7,1,3). Z działalności edylów rzymskich na rzecz ochrony porządku i moralności publicznej, ['Loca aedilem metuentia' (Sen. de vita beata 7,1,3). Dell'attività degli edili romani nell'ambito della protezione dell'ordine pubblico e della moralità pubblica], «Annales UMCS. Sectio G, Ius» 22–23 (1985–1986), pp. 123 ss.; IDEM, *Działalność karno-administracyjna edylów rzymskich w sprawach handlowych* [Le competenze penali ed amministrative degli edili romani nell'ambito del commercio], «Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego» 876, «Prace Prawnicze» 125 (1989), pp. 65 ss.; A. DĘBIŃSKI, J. MISZTAŁ-KONECKA, M. WÓJCIK, *Prawo rzymskie publiczne* [Il diritto romano pubblico] Warszawa 2010, pp. 14 i 26 e ss.

³⁴ W. KUBISCHEK, 'Aedilis', «RE» 1.1 (1894), coll. 453; W. W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908, pp. 52 ss.; H. SIBER, *Die plebejischen Magistraturen bis zur 'lex Hortensia'*, Leipzig 1939, pp. 7 ss.; D. SABBATUCCI, *L'Edilità romana: magistratura e sacerdozio*, Roma 1954 (Memorie della Accademia Nazionale dei Lincei–Classe di Scienze morale, storiche e filologiche 8.6, fasc. 3), pp. 255 ss.; E. VOLTERRA, *Intorno all'editto degli edili curuli*, [in:] *Scritti della facoltà di Bologna in onore di U. Borsi*, Padova 1955, pp. 3 ss.; IDEM, *Ancora sull'editto degli edili curuli*, «Iura» 7 (1956), pp. 141 ss.; A. GUARINO, *L'editto edilizio e il diritto onorario*, «Labeo» 1 (1955), pp. 295 ss.; IDEM, *Ancora sull'editto edilizio*, «Labeo» 2 (1956), s. 352 ss.; U. COLLI, 'Aediles', «NNDI» 1.1 (1957), pp. 338 ss.; G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova 1955, pp. 7 pp.; IDEM, 'Edictum aedilium curulium', «NNDI» 6 (1960), pp. 372 ss.; A. A. SCHILLER, *Roman Law: Mechanisms of Development*, Mouton 1978, p. 186; M. KURYŁOWICZ, *Działalność karno-administracyjna edylów rzymskich w prawach handlowych*, *cit.*, pp. 65 ss.; IDEM, 'Tresviri capitales' oraz edylowie rzymscy jako magistratury policyjne [Tresviri capitales e gli edili romani come magistrati di polizia], «Annales UMCS»: Sectio G 40, 1993, pp. 77 ss.; IDEM, *Działalność edylów rzymskich w okresie republiki w sprawach agrarnych* [L'attività degli edili romani nella sfera agraria nel periodo repubblicano], [in:] *Honeste vivere...*, *cit.*, pp. 97 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, p. 174; S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, vol. I, Milano 1981, pp. 173 ss.; A. WATSON, *Sellers' Liability for Defects: Aedilician Edict and Praetorian Law*, «Iura» 38 (1987), pp. 167 ss.; W. KUNKEL, R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik. Zweiter Abschnitt: Die Magistratur*, München 1995, pp. 481 ss.; C. RUSSO RUGGERI, 'Ne veterator pro novicius veneat', «Index» 24 (1996), pp. 251 ss.

³⁵ A. W. ZUMPT, *Das Criminalrecht der römischen Republik*, vol. II, *Die Schwurgerichte*, Berlin

connesso alle loro prerogative nell'ambito di *cura annonae*, per assicurare l'ordine pubblico sulle strade, nelle piazze e nel foro³⁶.

Probabilmente anche i *nummularii* sono stati sottoposti a controllo da parte degli edili, in quanto, nell'ambito delle competenze di quest'ultimi rientrava la verifica di pesi e misure³⁷, i cui campioni si trovavano nei templi³⁸. Anche gli ufficiali municipali erano muniti di campioni ufficiali e quindi il controllo dei pesi e delle misure non poneva problemi di portata significativa³⁹. Non è da escludere che nelle province le competenze di controllo nei confronti dei banchieri, ed in particolare dei *nummularii*, spettassero ai governatori della provincia.

Il prefetto urbano aveva competenze nell'ambito del controllo sopra l'attività dei *nummularii*, come supervisori professionisti della qualità delle monete.

D. 1,12,1,9 (*Ulpianus libro singulari de officio praefecti Urbi*)

Praeterea curare debebit praefectus urbi, ut nummularii probe se agant circa omne negotium suum et temperent his, quae sunt prohibita.

1865, p. 120; O. KARŁOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. I, *cit.*, p. 251; M. KURYŁOWICZ, *Działalność karno-administracyjna edylów rzymskich w prawach handlowych*, *cit.*, p. 66; IDEM, *Zur Marktpolizei der römischen Ädilen*, [in:] *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, *cit.*, pp. 439 ss.; IDEM, *Nadzór magistratur rzymskich nad porządkiem publicznym*, [Il controllo dell'ordine pubblico da parte dai magistrati romani], [in:] *Bezpieczeństwo i porządek publiczny – historia, teoria, praktyka: Konferencja naukowa: Hadle Szklarskie, 26 września 2003 r.*, (ed.) E. URA, Rzeszów 2003, pp. 43 ss.; W. NIPPEL, *Aufruhr und „Polizei“ in der römischen Republik*, Stuttgart 1988, pp. 29 ss.

³⁶ Cic., *De legibus* 3,3,7. Cfr. S. RUCIŃSKI, 'Praefectus Urbi'. Strażnik porządku publicznego w Rzymie w okresie wczesnego Cesarstwa ['Praefectus Urbi'. Il custode dell'ordine pubblico a Roma nel primo periodo imperiale], Poznań 2008, pp. 97 ss. Cfr. anche M. KURYŁOWICZ, 'Crimen artioris annonae', «Res Historica» 29 (2010), pp. 73 ss.

³⁷ M. KURYŁOWICZ, *Działalność karno-administracyjna edylów rzymskich w prawach handlowych*, *cit.*, pp. 71 ss.

³⁸ W. SMITH, *Moneta*, [in:] *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, *cit.*, pp. 766 ss.; *Vademecum historyka starożytnej Grecji i Rzymu*, [*Vademecum* dello storico dell'antica Grecia e Roma] vol. I, ed. E. WIPSYCKA-BRAVO, Warszawa 1983, p. 334.

³⁹ W. LANDGHAMMER, *Die Rechtliche und Soziale Stellung der 'Magistratus Municipales' und der 'Decuriones'*, Wiesbaden 1973 [=Übergangsphase der Städte von sich selbstverwaltenden Gemeinden zu Vollzugsorganen des spätantiken Zwangsstaates (2–4. Jahrhundert der römischen Kaiserzeit)], p. 150; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², t. II, *cit.*, p. 240.

Dal testo di Ulpiano, che segue il testo del D. 1,12,1,8⁴⁰, s'evince che il *praefectus Urbi* doveva assicurare che i *nummularii* svolgessero i propri doveri agendo in modo corretto e astenendosi da atti illeciti.

Le regolazioni riportate dal giurista si riferivano ai *nummularii* come soggetti che eseguivano il controllo sulle monete. L'obbligo di sorvegliare le loro operazioni era imposto al prefetto urbano in base alla costituzione del divino Severo e non – come ritiene ingiustamente S. Ruciński – in base all'*epistula* di Adriano⁴¹. Probabilmente questo dovere gravante sul *praefectus Urbi* era connesso all'uso in corso delle operazioni bancarie dei pesi e delle misure ufficiali⁴². Quelle competenze erano quindi legate con la facoltà del prefetto urbano di stabilire i campioni ufficiali usati durante le operazioni bancarie. I commercianti e i banchieri erano quindi sottoposti ad un controllo riguardante i pesi e le misure che usavano⁴³, e ciò era connesso alla *cura annonae*. Usare pesi falsi continuava ad essere un reato secondo la *lex Cornelia de falsis*, giudicato davanti un tribunale speciale instaurato da

⁴⁰ D. 1,12,1,8 (*Ulpianus libro singulari de officio praefecti Urbi*): *Quod autem dictum est, ut servos de dominis querentes praefectus audiat, sic accipiemus non accusantes dominos (hoc enim nequaquam servo permittendum est nisi ex causis receptis) sed si verecunde expostulent, si saevitiam, si duritiam, si famem, qua eos premant, si obscenitatem, in qua eos compulerint vel compellant, apud praefectum urbi exponant. Hoc quoque officium praefecto urbi a divo Severo datum est, ut mancipia tueatur ne prostituantur.*

⁴¹ Por. S. RUCIŃSKI, 'Praefectus Urbi'. *Strażnik porządku publicznego w Rzymie w okresie wczesnego Cesarstwa, cit.*, p. 99. La tesi dell'Autore è basata sul testo del D. 1,12,2. Infatti, nel testo di Paolo si menziona la costituzione di Adriano, ma questa si riferiva solo agli *argentarii*. I *nummularii* vengono invece menzionati in un altro testo, proveniente dall'opera di Ulpiano: quindi solo nei tempi di Settimo Severo sono stati sottoposti ad un controllo da parte del *praefectus Urbi* (D. 1,12,1,8–9).

⁴² Cfr. le divagazioni di T. MOMMSEN, *Römischen Staatsrecht*, t. II.2, Leipzig 1888 (reprint Basel 1952), pp. 1063 ss.; E. HERZOG, *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung*, vol. II, Leipzig 1891, p. 734; P.-E. VIGNEAUX, *Essai sur l'histoire de la praefectura urbis à Rome*, Paris 1896, p. 336; R. CAGNAT, 'Praefectus urbi', «DS» 4.1 (1896), p. 620; T. DYDYŃSKI, *Cesarz Hadrian. Studium historyczno-prawne* [L'imperatore Adriano. Lo studio storico-giuridico], Warszawa 1899, pp. 155 ss.; B. D'ORGEVAL, *L'Empereurs Hadrien oeuvre législative et administrative*, Paris 1950, p. 171; H. FREIS, *Die Cohortes Urbanae*, Köln – Graz 1967 (Epigraphische Studien 2), pp. 45 ss.; J. DE CHURRUCA, *Die Gerichtsbekiet des 'praefectus urbi' über die 'argentarii' im klassischen römischen Recht*, «ZSS» 108 (1991), pp. 308 ss.

⁴³ Al *praefectus Urbi* l'imperatore ha consegnato le competenze per stabilire i campioni ufficiali di pesi, di questi quelli originali dei quali venivano depositati al *mons Capitolinus*. (*CIL*. IX, 6090; X, 8067; XI, 6727). I campioni ufficiali si trovavano anche nelle province, in particolare nelle colonie e nei *municipia* nella parte occidentale dell'impero – S. RUCIŃSKI, 'Praefectus Urbi'. *Strażnik porządku publicznego w Rzymie w okresie wczesnego Cesarstwa, cit.*, pp. 99 ss. Cfr anche *CIL*. II, 4962; 6245; V, 8119; IX, 6088; X, 8068.

Augusto – *quaestio annonae*⁴⁴. Nel corso del tempo, le sue competenze sono state assunte dai tribunali imperiali⁴⁵, con il *praefectus Urbi* come capo⁴⁶.

Come strettamente legato alla giurisdizione del prefetto urbano nell'ambito del controllo del commercio e degli imprenditori impegnati nelle operazioni finanziarie, può interpretarsi un altro testo, proveniente dall'opera di Ulpiano, che tratta delle competenze del *praefectus Urbi*.

D. 1,12,1,13 (*Ulpianus libro singulari de officio praefecti Urbi*)

Et urbe interdiceret praefectus urbi et qua alia solitarum regionum potest, et negotiatione et professione et advocacionibus et foro, et ad tempus et in perpetuum: interdiceret poterit et spectaculis: et si quem releget ab Italia, summovere eum etiam a provincia sua.

Secondo il giurista, il prefetto urbano poteva emanare divieti che riguardavano il commercio in città. Era quindi il *praefectus Urbi* che aveva la facoltà d'interdire, o per sempre (*in perpetuum*) o solo per un periodo prestabilito (*ad tempus*), le operazioni bancarie oppure altre attività negoziali.

Può essere che nelle province il potere di controllo nei confronti dei banchieri, ed in particolare dei *nummularii*, fosse assegnato al governatore della provincia.

Delle competenze del governatore della provincia tratta il titolo 18 del primo libro del Digesto. In questo contesto, un testo particolarmente significativo, è il testo tratto dal secondo libro *iuris epitomarum* di Ermogeniano:

⁴⁴ D. 48,12,2pr.–2. Cfr. W. KUNKEL, *Kleine Schriften. Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar 1974 (Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historisch Klasse [1969] 2), p. 92; H. PAVIS D'ESCURAC, *La Préfecture de l'annone: Service Administratif Impérial d'Auguste à Constantin*, cit., p. 276; M. KURYŁOWICZ, *Ustawodawstwo rzymskie w sprawie fałszywych miar i wag*, [La legislazione romana rispetto ai falsi pesi e alle false misure], «*Folia Societatis Scientiarum Lublinensis*» 33.1–2 (1991), s. 77; IDEM, *Przestępstwa spekulacji contra annonam w prawie rzymskim* [Il crimine di speculazione *contra annonam* nel diritto romano] «*Folia Societatis Scientiarum Lublinensis*» 34.1 (1993), pp. 9 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano 1998, pp. 204 ss.

⁴⁵ M. KURYŁOWICZ, *Przestępstwa spekulacji contra annonam w prawie rzymskim*, cit., p. 9 e n. 15; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aspetti della 'giurisdizione civile' del 'praefectus urbi' nell'età severiana*, «*Labeo* 39» (1993), pp. 228 ss.

⁴⁶ S. RUCIŃSKI, «*Praefectus Urbi*». *Strażnik porządku publicznego w Rzymie w okresie wczesnego Cesarstwa*, cit., p. 100.

D. 1, 18, 10 (*Hermogenianus libro secundo iuris epitomarum*)

Ex omnibus causis, de quibus vel praefectus urbi vel praefectus praetorio itemque consules et praetores ceterique Romae cognoscunt, correctorum et praesidum provinciarum est notio.

Tutte le materie che a Roma erano nelle competenze del prefetto urbano, del prefetto dei pretoriani, dei consoli, dei pretori e degli altri magistrati, nelle province erano di competenza del governatore della provincia. Alla testimonianza di Ulpiano corrispondono fonti concernenti l'attività dei *praesides provinciae* provenienti da Svetonio e quindi risalenti all'epoca del principato (Suet., *Vita Galbae* 9):

D. 1,18,6,4 (*Ulpianus libro primo opinionum*)

Neque licita negotiatione aliquos prohiberi neque prohibita exerceri neque innocentibus poenas irrogari ad sollicitudinem suam praeses provinciae revocet.

Il giurista ha indicato nei dettagli le competenze del governatore della provincia. Secondo lui, quest'ultimo nella sua attività doveva assicurare che a nessuno venisse vietata l'attività negoziale lecita. Inoltre, e ciò dal punto di vista della presente ricerca è molto importante, doveva assicurare che nessuno svolgesse l'attività proibita e nessun innocente potesse essere punito. Può ritenersi quindi che a lui venissero delegate competenze nell'ambito del controllo dell'attività dei banchieri e della giurisdizione penale. Il governatore della provincia assicurava che l'attività di concessione, svolta nell'ambito della *mensa nummularia*, fosse praticata onestamente, con affidabilità e con la diligenza dovuta.

5 Le sanzioni penali imposte da Galba ai *nummularii*

Galba, per punire il cambiovaluta (*nummularius*) fraudolento, ordinò di tagliargli le mani. Queste successivamente, sempre per suo ordine, vennero appese sul banco su cui il colpevole svolgeva le sue operazioni disoneste. (Suet., *Vita Galbae* 9.1). In questo caso, il futuro imperatore comminò una pena mutilatoria.

Nei testi giuridici non troviamo però conferme dell'adozione nella Roma antica di pene mutilatorie.

Come sostiene M. Jońca, basandosi sulle ricerche svolte da R. Mac Mullen, le pene mutilatorie non vennero comminate dai tribunali prima dell'inizio del

IV sec., ma solo nei due secoli successivi. Secondo quest'Autore, raramente la pena mutilatoria veniva adottata come sanzione legale, rappresentando più una manifestazione di rabbia o di volontà di discreditare, ignominare il colpevole⁴⁷. In quest'ottica, l'ordine di tagliare le mani ad un cambiavalute fraudolento, dovrebbe intendersi solo come la manifestazione della rabbia del futuro imperatore di fronte ad un banchiere disonesto, tesa a scoraggiare altri dal commettere simili reati.

A parer mio, non è credibile che l'intenzione di Galba fosse solo quella di discreditare i *nummularii* disonesti. Ne condivido il parere di Jońca, secondo cui le pene mutilatorie sono state "importate" a Roma e specialmente nella parte orientale dell'impero, dalle terre governate dalla dinastia persiana dei Sasanidi⁴⁸.

Sembra invece molto probabile che la pena mutilatoria – discreditante pena corporale, consistente nel privare il condannato di parti del suo corpo – in quanto d'uso comune nel mondo antico, venisse praticata anche dai Romani. Nel codice di Hammurabi erano previste pene mutilatorie, consistenti nella privazione della mano (§§ 195, 218, 226, 253), dell'occhio (§ 193), dell'orecchio (§ 282) oppure della lingua (§ 192). Tali pene, così come il taglione, venivano usate nella Mesopotamia antica⁴⁹. Anche nella Torah⁵⁰ sono

⁴⁷ M. JOŃCA, *Przestępstwo znieważenia grobu w rzymskim prawie karnym* [Offesa di insultare una tomba nella legge penale romana], Lublin 2013, p. 329.

⁴⁸ M. JOŃCA, *op. cit.*, p. 329.

⁴⁹ D. H. MÜLLER, *Die Gesetze Hammurabis und ihr Verhältnis zur Mosaischen Gesetzgebung, sowie zu den XII Tafeln*, Wien 1903, pp. 146 ss.; R. WESTBROOK, *Studies in Biblical and Cuneiform Law*, Paris 1988, pp. 39–126; L. FIJAŁKOWSKA, *O przydatności mediewistyki prawniczej dla studiów nad historią prawa starożytnego Bliskiego Wschodu* [Sull'utilità della medievistica giuridica per gli studi concernenti la storia del diritto del Vicino Oriente antico], «Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego» 12 (2009), p. 46; D. NOWICKA, S. NOWICKI, *Prawo boskie i prawo ludzkie. Sądownictwo starożytnego Izraela na tle praktyki mezopotamskiej* [Il diritto divino e il diritto umano. La giurisdizione dell'antico Israele alla luce della pratica mesopotamica], «Scripta Biblica et Orientalia» 1 (2009), p.161, n. 34; K. D. RYŚ, *Historia kary śmierci do końca I połowy XX wieku. Wybrane zagadnienia* [La storia della pena di morte fino alla fine della prima metà del XX-esimo secolo] «Kortowski Przegląd Prawniczy» 1 (2012), p. 33; W. KAMACEWICZ, *Instytucja kary śmierci od starożytności po średniowiecze – wybrane kraje i kodyfikacje* [L'istituzione della pena di morte dall'antichità fino al medioevo – alcuni paesi e codificazioni], «Kortowski Przegląd Prawniczy» 2 (2017), p. 68.

⁵⁰ Per indicare i primi cinque libri del Vecchio Testamento (Pentateuco di Mose) sia nell'antichità che oggi si usa il termine Torah. Questa parola, d'origine ebraica, indica il diritto. Cfr. K. SÓJKA-ZIELIŃSKA, *Historia prawa* [La storia del diritto], Warszawa 1995, p. 16; M. PETLER, *Dzieje Izraela*, [La storia d'Israele], Poznań 1996, p. 30; J. WARYLEWSKI, *Biblijne prawo karne* [Il diritto penale biblico], «Gdańskie Studia Prawnicze» 15 (2006), p. 92, n. 6.

previste pene mutilatorie, come ad esempio il taglio della mano (Deut. 25,11–12)⁵¹. Le pene mutilatorie venivano usate ancora nel periodo dell'impero persiano dei Sasanidi.⁵² Queste vengono infatti menzionate talvolta nelle fonti letterarie. La lettura delle declamazioni di Pseudo-Quintiliano dalla collana *Declamationes maiores* (Decl. mai. 372), dell'opera di Lattanzio *Sulla morte dei persecutori* (*De mortibus persecutorum* 36), oppure delle opere di Procopio di Cesarea, conferma la pratica delle pene mutilatorie. Pure nelle costituzioni imperiali emanate dai tempi di Costantino il Grande si possono rintracciare menzioni di queste pene.

Sembra molto probabile, che la pena del taglio delle mani fosse adottata dai Romani antichi e fosse riconosciuta dal diritto romano. Prendendo in considerazione che l'idonea sanzione era riconosciuta nel diritto mosaico e nel codice di Hammurabi, ne discende che dovesse essere conosciuta ai Romani. Comunque, la scarsità delle testimonianze nelle fonti non permette di stabilire con sicurezza se tale pena fosse da loro praticata. Non è da escludere che funzionasse nel periodo arcaico e successivamente, dopo la *lex Aebutia*, insieme con la *lex talionis* sia stata abrogata (tabl. 1.1⁵³ = Gell. 16.10.8)⁵⁴.

Tale pena di carattere mutilatorio era comminata non solo da Galba, ma anche prima di questi, in quanto è stata eseguita sotto il regno dell'imperatore Claudio.

Suet., *Vita Divi Claudii* 15.2

*Proclamante quodam praecidendas falsario manus, carnificem statim acciri cum machaera mensaque lanionia flagitavit*⁵⁵.

Come riporta sempre Svetonio, l'imperatore seguì il suggerimento secondo cui uno che testimoniava il falso doveva essere punito con taglio delle mani. Claudio, per realizzare pienamente il verdetto della pena, ordinò immediatamente di far venire il carnefice con la spada e il suo banco da beccaio.

⁵¹ Dt 25, 11–12: “Se gli uomini, un uomo e suo fratello combattono, una moglie di uno di loro si avvicina e – volendo strappare il marito dalle mani dell'uomo che picchia – si allungherà e afferrerà le parti vergognose, le taglierà la mano, i tuoi occhi non saranno pietosi”.

⁵² M. JOŃCA, *op. cit.*, p. 329.

⁵³ M. J. ZABŁOCCY, *Ustawa XII Tablic. Tekst – Tłumaczenie – Objaśnienia* [La legge delle Dodici Tavole. Il testo- la traduzione-il commento], Warszawa 2000, p. 19.

⁵⁴ J. ZABŁOCKI, *Rozważania o procesie rzymskim w „Noctes Atticae” Aulusa Gelliusa* [Le divagazioni sul processo romano nelle *Noctes Atticae* di Aulo Gelio], Warszawa 1999, pp. 65 ss.

⁵⁵ “Poiché uno gridava che bisognava tagliare le mani a un falsario, ordinò sull'istante che si facesse venire il carnefice, con la spada e il suo banco da beccaio” [PN. PK].

La credibilità della testimonianza di Svetonio non è certa: talvolta si avanza l'ipotesi su un qualche *topos* letterario. La falsa testimonianza, così, come frodi nel cambio moneta venivano puniti con la pena mutilatoria di tagliare le mani. Bisogna anche ricordare che Svetonio non apprezzava Galba e lo descriveva come un tiranno, mentre dell'imperatore Claudio spesso rideva.

A parer mio però tutte e due le testimonianze riguardanti le pene mutilatorie raccontano eventi reali.

Nel diritto pubblico romano la *cognitio extra ordinem* („la cognizione straordinaria“) costituiva una risposta ad un sistema repubblicano dei tribunali giurati (*quaestiones perpetuae*) riconosciuto come l'*ordo iudiciorum publicorum*⁵⁶. La giurisdizione nell'ambito di *cognitio extra ordinem* spettava all'imperatore e agli altri funzionari imperiali da lui autorizzati a Roma e nelle province. Spesso capitava, in particolare nella formula iniziale, che le pene venissero imposte secondo la volontà del giudice, pure *per analogiam*, nelle situazioni in cui la legge non definiva la sanzione dovuta⁵⁷. La giurisdizione penale fu delegata a quattro funzionari centrali dell'imperatore e ai governatori delle province (*praesides provinciae*)⁵⁸. Tale pratica viene confermata dalle testimonianze di Svetonio: sia l'imperatore che il governatore della provincia potevano disporre tale sanzione penale, anche perché il cambio valuta è un'attività di concessione di primaria importanza dal punto di vista dello stato e dell'interesse pubblico. Bisogna interpretare il testo di Svetonio riguardante la vita di Galba (Suet., *Vita Galbae* 9.1) come l'azione premeditata per disdegnare in due maniere il fraudolente banchiere: tagliandogli ambe le mani e appendendole sul banco e non come una pena semplicemente dettata dalla rabbia. Durante il periodo imperiale, l'importante interesse pubblico poteva giustificare sanzioni così severe e portare a pene mutilatorie, ormai da tempo in disuso.

Per di più, i banchieri – *nummularii* di solito appartenevano all'ordine equestre⁵⁹. L'esecuzione della pena mutilatoria consistente nel taglio di ambe le mani rispetto al rappresentante di un ceto sociale inferiore⁶⁰ non faceva

⁵⁶ K. AMIELAŃCZYK, *Cognitio extra ordinem w rzymskim prawie karnym publicznym* [*Cognitio extra ordinem* nel diritto penale pubblico romano], «*Studia Iuridica Lublinensia*» 25 (2016), no 3, pp 41ss.

⁵⁷ P. ŚWIECICKA, *Proces Jezusa w świetle prawa rzymskiego. Studium prawno-historyczne* [Il processo di Gesù alla luce del diritto romano. Lo studio storico-giuridico], Warszawa 2012, pp. 256 ss.

⁵⁸ K. AMIELAŃCZYK, *op. cit.*, pp. 41 ss.

⁵⁹ P. NICZYPORUK, *Bankierzy i operacje bankierskie w starożytnym Rzymie*, *cit.*, p. 15.

⁶⁰ R. TEJA, *Honestiores y humiliores en el bajo imperio: hacia la configuracion. En clases sociales de una division juridica*, [in:] *Estructuras sociales durante la antigüedad. Actas*

nascere il pubblico disprezzo. La doppia ignominia rispecchiata nel taglio delle mani e nel loro fissaggio al banco, su cui il banchiere fraudolente svolgeva le proprie operazioni di cambio, costituiva solo una prova del carattere crudele del governatore della provincia, il futuro imperatore Galba.

Le conclusioni

Tra la vasta terminologia usata per indicare le persone svolgenti l'attività bancaria, possiamo ritrovare il termine *nummularii*. Questi banchieri appaiono a Roma già nel periodo repubblicano, entrando in concorrenza con il tradizionale gruppo di banchieri chiamati *argentarii*. Inizialmente la loro attività consisteva innanzitutto nella verifica dei metalli preziosi usati per il conio delle monete e nello stabilire il valore delle monete d'oro e d'argento. Tale figura di *nummularius* la ritroviamo nella testimonianza di Svetonio riguardante l'imperatore Galba. Il futuro imperatore ordinò di tagliare ambedue le mani ad un banchiere fraudolento (*nummularius*). Per sottolineare la severità della pena ordinò di appenderle sul banco sul cui il colpevole praticava le sue frodi.

L'obiettivo della presente ricerca consiste nel mostrare l'attività di concessione svolta nell'ambito della *mensa nummularia*, che doveva essere praticata debitamente, scrupolosamente e con particolare onestà e affidabilità. In questo contesto rientra la problematica del cambio di valuta, in quanto l'attività di concessione era importantissima per lo stato e per l'interesse pubblico.

Nella ricerca si tenta di verificare se il prefetto urbano e il governatore della provincia disponessero delle stesse prerogative nel disporre sanzioni penali. Particolare attenzione merita in questo contesto la pena mutilatoria: bisogna chiedersi se questo tipo di sanzione penale fosse riconosciuto nella Roma antica, o, come la *lex talionis*, sia stata derogato dalla *lex Aebutia* oppure se fosse in vigore così come nel diritto mosaico oppure nella legislazione di Hammurabi. Il fatto stesso di imporre una pena così severa ad un banchiere

del coloquio 1977, Oviedo 1977, pp. 115–118. Vedi G. CARDASCIA, *L'Apparition dans le Droit des classes d'«Honestiores» et d' «Humiliores»*, «RHD», 28 (1950), pp. 305 ss.; R. RILINGER, *Humiliores – honestiores. Zu einer sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit*, München 1988, pp. 188 ss.; F. J. NAVARRO, *La formación de dos grupos antagónicos en Roma: honestiores y humiliores*, Pamplona 1994, *passim*; J. HARRIES, *Law and Crime in the Roman World*, Cambridge 2007, pp. 24 ss.; W. KUMPITSCH, *Honestiores und Humiliores. Die Entwicklung der Zweiklassengerichtbarkeit ab Hadrian*, München 2017, pp. 2 ss.

poteva dipendere semplicemente dalla rabbia del futuro imperatore oppure servire a discreditare il colpevole. La drasticità della pena fa pensare all'ignominia di doppio carattere: al colpevole non solo gli vennero tagliate le mani ma successivamente furono anche appese sul suo banco. Occorre ricordare che nel periodo imperiale venivano praticate talvolta pene severe: in questo particolare caso, il taglio delle mani e il fatto che fossero state appese sul banco può essere giustificato dall'interesse pubblico, e questo può spiegare il motivo per cui si adottò un tipo di pena già da tempo abrogata.

Bibliografia:

- AMIELAŃCZYK K., *Cognitio extra ordinem w rzymskim prawie karnym publicznym*, «Studia Iuridica Lublinensia» 25, no 3 (2016) pp. 41–51;
- ANDREAU J., *Banking and Business in the Roman World*, tl. J. LLOYD, Cambridge 2004;
- ANDREAU J., *Commerce and Finance*, [w:] *The Cambridge Ancient History*, t. XI, *The High Empire, A. D. 70–192*, Cambridge 2000, pp. 769–786;
- ANDREAU J., *Declino e morte dei mestieri bancari nel mediterraneo occidentale (II–IV sec. C.)*, [w:] A. GIARDINA (ed.), *Società romana e impero tardoantico*, t. I, *Istituzioni Ceti Economie*, Bari 1986, pp. 601–615, 814–818;
- ANDREAU J., *La vie financière dans le monde romain. Les métiers des manieurs d'argent (IV e siècle au J. C. – III e siècle ap. J. C.)*, Roma 1987;
- ANDREAU J., *Les comtes bancaires en nature*, «Index» 15 (1987), pp. 413–422;
- ANDREAU J., *Patrimoines, échanges et prêts d'argent: l'économie romaine*, Roma 1997;
- BALBINI DE CARO S., *La banca a Roma*, Roma 1989;
- BEIGEL R., *Rechnungswesen und Buchführung der Römer*, Wiesbaden 1904 (przedruk 1968);
- BOGAERT R., *Banques et banquiers dans les cités grecques*, Leiden 1968;
- BOGAERT R., *Les origines antiques de la banque de dépôt. Une mise au point accompagnée d'une esquisse des opérations de banque en Mésopotamie*, Leiden 1966;
- BOULVERT G., *Esclaves et affranchise impériaux sous le Haut Empire romain. Rôle politique et administratif*, Napoli 1970;
- BUCKLAND W. W., *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908;
- BÜRGE A., *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, «ZSS» 104 (1987), pp. 463–558;
- BÜRGE A., *Vertrag und personale Abhängigkeiten in Rom der späten Republik und den früherer Kaiserzeit*, «ZSS» 97 (1980), pp. 105–156;
- CAGNAT R., 'Praefectus urbi', «DS» 4.1 (1896), pp. 620;
- CARDASCIA G., *L'Apparition dans le Droit des classes d'«Honestiores» et d'«Humiliores»*, «RHD», 27 (1950), pp. 461–465;
- CASTRÉN P., LILIUS H., *Graffi ti del Palatino: II, Domus Tiberiana*, Helsinki 1970, (= «Acta Instituti Romani Finlandiae», IV.);
- CHIAUDANO M., *Banca. Cenni storici*, «NNDI» 2 (1957), pp. 210–216;
- CHICO R. H., *Función y origen de los 'Argentarii'*, «Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos» 6 (1977), pp. 105–127;

- COLLI U., 'Aediles', «NNDI» 1.1 (1957), pp. 337–339;
- D'ORGEVAL B., *L'Empereurs Hadrien oeuvre législative et administrative*, Paris 1950;
- DE CHURRUCA J., *Die Gerichtsberkiet des 'praefectus urbi' über die 'argentarii' im klassischen römischen Recht*, «ZSS» 108 (1991), pp. 304–324;
- DE MARTINO F., *Storia della costituzione romana*², t. II, Napoli 1975;
- DELOUME A., *Les manieurs d'argent a Rome*, Paris 1892;
- DĘBIŃSKI A., MISZTAŁ-KONECKA J., WÓJCIK M., *Prawo rzymskie publiczne*, Warszawa 2010;
- DYDYŃSKI T., *Cesarz Hadrian. Studium historyczno-prawne*, Warszawa 1899;
- FADDA C., *Istituti commerciali del diritto romano*, Napoli 1903;
- FERRINI C., RECENZIONE [w:] *Opere di Contardo Ferrini*, t. III, *Studi vari di diritto romano e moderno (sulle Obbligazioni, sul Negozio giuridico, sulle Presunzioni)*, Milano 1929, pp. 497;
- FIAŁKOWSKA L., *O przydatności mediewistyki prawniczej dla studiów nad historią prawa starożytnego Bliskiego Wschodu*, «Studia z dziejów państwa i prawa polskiego» 12 (2009), pp. 43–52;
- FÖLDI A., *Dubbi e ipotesi in tema della terminologia relativa ai banchieri romani*, [w:] *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, t. I, Warszawa 2000, pp. 207–219;
- FRANK T., *An Economic Survey of Ancient Rome*, Paterson, New Jersey 1959;
- FRANK T., *Storia economica di Roma* (trad. it.), Firenze 1924;
- FREIS H., *Die Cohortes Urbanae*, Köln – Graz 1967 (Epigraphische Studien 2);
- GABRIELLI CH., *Moneta e fi nanza in età repubblicana*, Roma 2012;
- Gajus Swetoniusz TRANKWILLUS, *Żywoty cesarów*, przeł. J. NIEMIRSKA-PLISZCZYŃSKA, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1987;
- GRANT M., *The pattern of coinage in the early Principate*, [w:] *Essays in Roman Coinage presented to Harold Mattingly*, Oxford 1956, pp. 102–112;
- GUARINO A., *Ancora sull'editto edilizio*, «Labeo» 2 (1956), pp. 352–257;
- GUARINO A., *L'editto edilizio e il diritto onorario*, «Labeo» 1 (1955), pp. 295–299;
- HABEL P., 'Argentarii' (2), «RE» 2 (1895), coll. 710–711;
- HARRIES J., *Law and Crime in the Roman World*, Cambridge 2007;
- HERZOG E., *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung*, v. II, Leipzig 1891;
- HERZOG R., 'Nummularius', «RE» 17. 34 (1937), coll. 1415–1455;
- IMPALLOMENI G., *L'editto degli edili curuli*, Padova 1955;
- IMPALLOMENI G., 'Edictum aedilium curulium', «NNDI» 6 (1960), pp. 372–373;
- JONES A. H. M., *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford 1972;
- JOŃCA M., *Przestępstwo znieważenia grobu w rzymskim prawie karnym*, Lublin 2013;
- KAMACEWICZ W., *Instytucja kary śmierci od starożytności po średniowiecze – wybrane kraje i kodyfikacje*, «Kortowski Przegląd Prawniczy» 2 (2017), pp. 67–72;
- KARŁOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, v. I, Leipzig 1885;
- KASER M., HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996;
- KIRSCHENBAUM A., *Sons, Slaves, and Freedmen in Roman Commerce*, Jeruselem – Washington 1987;
- KRZYNÓWEK J., *Odpowiedzialność przedsiębiorcy (exercitor) w prawie rzymskim*, Warszawa 2000;
- KUBISCHEK W., 'Aedilis', «RE» 1.1 (1894), coll. 453–463;
- KUMPITSCH W., *Honestiores und Humiliores. Die Entwicklung der Zweiklassengerichtbarkeit ab Hadrian*, München 2017;

- KUNKEL W., WITTMANN R., *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik. Zweiter Abschnitt: Die Magistratur*, München 1995;
- KUNKEL W., *Kleine Schriften. Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar 1974 (Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historisch Klasse [1969] 2);
- KURYŁOWICZ M., *Działalność edylów rzymskich w okresie republiki w sprawach agrarnych*, [w:] *Honeste vivere...*, *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego*, pod red. Andrzeja Sokali i Ewy Gajdy, Toruń 2001, pp. 97–109;
- KURYŁOWICZ M., ‘*Crimen artioris annonae*’, «*Res Historica*» 29 (2010), pp. 73–80;
- KURYŁOWICZ M., ‘*Loca aedilem metuentia*’ (Sen. de vita beata 7,1,3). Z działalności edylów rzymskich na rzecz ochrony porządku i moralności publicznej, «*Annales UMCS. Sectio G, Ius*» 22–23 (1985–1986), pp. 123–136;
- KURYŁOWICZ M., *Działalność karno-administracyjna edylów rzymskich w sprawach handlowych*, «*Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego*» 876, «*Prace Prawnicze*» 125 (1989), pp. 65–78;
- KURYŁOWICZ M., *Nadzór magistratur rzymskich nad porządkiem publicznym*, [w:] *Bezpieczeństwo i porządek publiczny – historia, teoria, praktyka: Konferencja naukowa: Hadle Szklarskie, 26 września 2003 r.*, (red.) E. URA, Rzeszów 2003, pp. 43–49;
- KURYŁOWICZ M., *Przestępstwa spekulacji contra annonam w prawie rzymskim*, «*Folia Societatis Scientiarum Lublinensis*» 34.1 (1993), pp. 5–14;
- KURYŁOWICZ M., ‘*Tresviri capitales*’ oraz edylowie rzymscy jako magistratury policyjne, «*Annales UMCS*»: Sectio G 40, 1993, pp. 71–79;
- KURYŁOWICZ M., *Ustawodawstwo rzymskie w sprawie fałszywych miar i wag*, «*Folia Societatis Scientiarum Lublinensis*» 33.1–2 (1991), pp. 73–77;
- KURYŁOWICZ M., *Zur Marktpolizei der römischen Ädilen*, [w:] *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, t. II, Warszawa 2000, pp. 439–456;
- LANDGHAMMER W., *Die Rechtliche und Soziale Stellung der ‘Magistratus Municipales’ und der ‘Decuriones’*, Wiesbaden 1973 [= Übergangsphase der Städte von sich selbstverwaltenden Gemeinden zu Vollzugsorganen des spätantiken Zwangsstaates (2–4. Jahrhundert der römischen Kaiserzeit)];
- LAUM, *Banken*, «RE», Supplementband IV (1924), coll. 72;
- LITEWSKI W., *Rzymski proces karny*, Kraków 2003;
- MANNA G., *Degli argentarii in diritto romano*, Lanciano 1886, pp. 20 [= «AG» 37 (1886), pp. 20 ss.);
- MARQUARDT J., *De l’organisation financière chez les Romains*, [w:] *Manuel des antiquités romaines*, t. 10, Paris 1888;
- MASELLI G., ‘*Argentaria*’. *Banche e banchieri nella Roma repubblicana. Organizzazione prosopografia terminologia*, Bari 1986;
- MIELCZAREK M., *O teorii pieniądza i praktyce instytucji banku w starożytnej Grecji doby klasycznej*, [w:] *Pieniądz i banki – wspólnota dziejów. Białoruś – Litwa – Łotwa – Polska – Słowacja – Ukraina. Materiały z V Międzynarodowej Konferencji Numizmatycznej*, Warszawa 2002, pp. 11–16;
- MITTEIS L., *Trapezitika*, «ZSS» 19 (1899), pp. 198–260;
- MOMMSEN T., *Römischen Staatsrecht*, t. II.1, Leipzig 1877 (przedruk Basel 1952). t. II.2, Leipzig 1888 (przedruk Basel 1952);
- MÜLLER D. H., *Die Gesetze Hammurabis und ihr Verhältnis zur Mosaischen Gesetzgebung, sowie zu den XII Tafeln*, Wien 1903;

- NADJO L., *L'argent et les affaires à Rome des origines au IIe siècle avant J.-C. Étude d'un vocabulaire technique*, Paris 1989;
- NAVARRO F. J., *La formación de dos grupos antagónicos en Roma: honestiores y humiliores*, Pamplona 1994;
- NICZYPORUK P., *Mensarii – как банкроты*, «Miscellanea Historico-Iuridica» 11 (2012), pp. 29–40;
- NICZYPORUK P., *Bankierzy i operacje bankierskie w starożytnym Rzymie*, Białystok 2013;
- NICZYPORUK P., *Bankierzy publiczni w źródłach prawa rzymskiego*, «Zeszyty Prawnicze» 14.1 (2014), pp. 113–131;
- NICZYPORUK P., *Bankierzy publiczni w starożytnym Rzymie*, «Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego», Seria Prawnicza, z. 82/2014 Prawo 14, pp. 145–161;
- NICZYPORUK P., *Bankierzy w „Żywotach cesarów” Swetoniusza*, «Krytyka Prawa» 2014, t. 6, pp. 313–325;
- NICZYPORUK P., *Mensarii, bankers acting for public and private benefit*, «Studies in Logic, Grammar and Rhetoric» 24[37] (2011), pp. 105–115;
- NICZYPORUK P., TALECKA A., *‘Nummularii’ jako strażnicy jakości monety w starożytnym Rzymie*, [w:] *Psucie pieniądza europy środkowo wschodniej od antyku po czasy współczesne. Białoruś – Litwa – Łotwa – Polska – Słowacja – Ukraina. Materiały z VI Międzynarodowej Konferencji Numizmatycznej*, Warszawa 2006, pp. 23–30;
- NICZYPORUK P., TALECKA A., *Rzymska antyczna bankowość wspólnym dziedzictwem Europy*, [w:] *Pieniądz – symbol – władza – wojna – wspólne dziedzictwo Europy, Białoruś – Estonia – Litwa – Łotwa – Polska – Rosja – Rumunia – Słowacja – Ukraina, Studia i materiały*, red. K. FILIPOW, Augustów – Warszawa 2010, pp. 27–41;
- NIPPEL W., *Aufruhr und „Polizei“ in der römischen Republik*, Stuttgart 1988;
- NOWICKA D., NOWICKI S., *Prawo boskie i prawo ludzkie. Sądownictwo starożytnego Izraela na tle praktyki mezopotamskiej*, «Scripta Biblica et Orientalia» 1 (2009), pp. 149–162;
- OEHLER J., *‘Argentarii’* (1), «RE» 2 (1895), coll. 706–710;
- PAVIS D’ESCURAC H., *La Préfecture de l’annone: Service Administratif Impérial d’Auguste à Constantin*, Rome 1976 [= Bibliothèque des Écoles françaises d’Athènes et de Rome 226];
- PENSABENE P., *‘Tessera nummularia’ dall’area della Magna Mater e della Vittoria sul Palatino*, «BdN» 2 (1987), Supl. 4, pp. 69–76;
- PEÑALVER RODRIGUEZ M. A., *La banca en Roma*, [w:] *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Igliesias*, t. III, J. ROSET ESTEVE (ed.), Madrid 1988, pp. 1531–1575;
- PETLER M., *Dzieje Izraela*, Poznań 1996;
- PETRUCCI A., *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori I*, Torino 2007;
- PETRUCCI A., *‘Mensam exercere’*. *Studi sull’impresa finanziaria romana (II sec. a. C. – metà del III sec. d. C.)*, Napoli 1991;
- PETRUCCI A., *L’impresa bancaria: attività, modelli ‘organizzativi funzionamento e cessazione*, [w:] P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2010;
- PETRUCCI A., *Profili giuridici delle attività e dell’organizzazione delle banche romane*, Torino 2002;
- PETRUCCI A., *Qualche riflessione sulla possibile configurazione di un ‘diritto bancario’ romano nell’età commerciale (età del III secolo a. C. – età del III secolo d. C.)*, «Studi Senesi» 15 (2005), pp. 71–85;
- PIKULSKA-ROBASZKIEWICZ A., *Lichwa w państwie i prawie republikańskiego Rzymu*, Łódź 1999;

- RILINGER R., *Humiliores – honestiores. Zu einer sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit*, München 1988;
- ROSTOVZEFF M., *Storia economica e sociale dell'impero romano* (trad. it.), Firenze 1946;
- RUCIŃSKI S., 'Praefectus Urbi'. *Strażnik porządku publicznego w Rzymie w okresie wczesnego Cesarstwa*, Poznań 2008;
- RUSSO RUGGERI C., 'Ne veterator pro novicius veneat', «Index» 24 (1996), pp. 251–274;
- RYŚ K. D., *Historia kary śmierci do końca I połowy XX wieku. Wybrane zagadnienia*, «Kortowski Przegląd Prawniczy», 1 (2012), pp. 67–72;
- SABBATUCCI D., *L'Edilità romana: magistratura e sacerdozio*, Roma 1954 (Memorie della Accademia Nazionale dei Lincei–Classe di Scienze morale, storiche e filologiche 8.6, fasc. 3);
- SANTALUCIA B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma²*, Milano 1998;
- SCHILLER A. A., *Roman Law: Mechanisms of Development*, Mouton 1978;
- SCHMITZ L., 'Argentarii', [w:] *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, J. MURRAY (ed.), London 1875, p. 130;
- SCHMITZ L., 'Mensarii', 'Mensularii', or 'Nummularii', [w:] *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, J. MURRAY (ed.), London 1875, p. 750;
- SIBER H., *Die plebejischen Magistraturen bis zur 'lex Hortensia'*, Leipzig 1939;
- SMITH W., *Moneta*, [w:] *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, J. MURRAY (ed.), London 1875, pp. 620–621;
- SOLIDORO MARUOTTI L., *Aspetti della 'giurisdizione civile' del – praefectus urbi' nell'età severiana*, «Labeo 39» (1993), pp. 174–233;
- SONDEL J., *Szczególne rodzaje depozytu w prawie rzymskim*, Kraków 1967;
- SÓJKA-ZIELIŃSKA K., *Historia prawa*, Warszawa 1995;
- ŚWIĘCICKA P., *Proces Jezusa w świetle prawa rzymskiego. Studium prawno-historyczne*, Warszawa 2012;
- TALAMANCA M., 'Argentarii', «NNDI» 1. 2 (1957), pp. 940–941;
- TEJA R., *Honestiores y humiliores en el bajo imperio: hacia la configuración. En clases sociales de una división jurídica*, [w:] *Estructuras sociales durante la antigüedad. Actas del coloquio 1977*, Oviedo 1977, pp. 115–118;
- TONDO S., *Profilo di storia costituzionale romana*, t. I, Milano 1981;
- TORRENT A., *Actividad bancaria e influencia en época diocleciana-constantiniana*, «Iura» 57 (2008–2009), pp. 49–90;
- TOZZI G., *Economisti romani*, Siena 1958;
- Vademecum historyka starożytnej Grecji Rzymu*, t. I, red. E. WIPSYCKA-BRAVO, Warszawa 1983;
- VERA D., 'I "nummularii" di Roma e la politica monetaria nel IV sec. d. C. per un'interpretazione di Simmaco "relatio" 29', «Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino» 108 (1974), pp. 201–250;
- VIGNEAUX P.-E., *Essai sur l'histoire de la praefectura urbis à Rome*, Paris 1896;
- VOIGT M., *Über die Bankiers die Buchführung und die Litteralobligation der Römer*, Leipzig 1887 [«Abhandlungen der philologisch-historischen Classe der königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften» 1 (1887), no 7];
- VOLTERRA E., *Ancora sull'editto degli edili curuli*, «Iura» 7 (1956), pp. 141–149;
- VOLTERRA E., *Intorno all'editto degli edili curuli*, [w:] *Scritti della facoltà di Bologna in onore di U. Borsi*, Padova 1955;
- WARYLEWSKI J., *Biblijne prawo karne*, «Gdańskie Studia Prawnicze» 15 (2006), pp. 91–109;
- WATSON A., *Sellers' Liability for Defects: Aedilician Edict and Praetorian Law*, «Iura» 38 (1987), pp. 167–175;

Pocta Petrovi Blahovi k nedožitým 80. narodeninám

- WESTBROOK R., *Studies in Biblical and Cuneiform Law*, Paris 1988;
ZABŁOCY M. J., *Ustawa XII Tablic. Tekst – Tłumaczenie – Objaśnienia*, Warszawa 2000;
ZABŁOCKI J., *Rozważania o procesie rzymskim w „Noctes Atticae” Aulusa Gelliusa*, Warszawa 1999;
ZUMPT A. W., *Das Criminalrecht der römischen Republik*, t. II, *Die Schwurgerichte*, Berlin 1865.

Zur Entwicklung des römischen Testamentsrechts*

Dietmar Schanbacher

1 Die gesetzlichen Grundlagen des Manzipationstestaments – 2 Das Manzipationstestament in seiner Bezogenheit auf die gesetzlichen Grundlagen – 3 Die Ausrichtung der gesetzlichen Grundlagen – 4 Erweiterungen der Ausrichtung von tab. V 3 – 5 Hochklassischer Rückblick

1 Die gesetzlichen Grundlagen des Manzipationstestaments

Das römische Testament (Manzipationstestament, *testamentum per aes et libram*) hat seine Grundlage in zwei Zwölftafelsätzen, nämlich in tab. VI 1¹ und tab. V 3². Privatautonome Gestaltung, nämlich die Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen³, ist im Erbrecht, wie anderswo, und damals wie heute⁴, nach Form und möglichem Inhalt durch die Rechtsordnung bestimmt. Demgemäß bestimmen tab. VI 1 die Form (wie?), tab. V 3 den möglichen Inhalt (was? worüber?) der letztwilligen Verfügung. Nicht Einschränkung einer der Rechtsordnung vorgegebenen Befugnis ist dies, sondern Erteilung einer eingeschränkten Befugnis durch die Rechtsordnung selbst (Ermächtigung)⁵.

* Na pamiatku významného vedca i láskavého človeka.

¹ Cic. de or. 1,245; A. MAGDELAIN, *Jus Imperium Auctoritas. Études de Droit Romain*, Roma 1990, 659, 664 (aus 1983).

² O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig 1901 (Neudruck 1997), 853 f. (tab. VI 1 als primäre, tab. V 3 als sekundäre Grundlage); einschränkend M. KASER, *Römisches Privatrecht I*, München ²1971, 109 f., 111 (bezüglich der Damnationslegate). Abweichend A. MAGDELAIN, *Jus etc.* (o.¹) 664 (tab. VI 1 als „appui supplémentaire“).

³ W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II. Das Rechtsgeschäft*, Berlin u.a. ³1979, 1.

⁴ W. FLUME, *Allgemeiner Teil etc.* (o.³) 1 f., 6, 14 (die Feststellung hat überzeitlichen Charakter); H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin u.a. ⁵1993, 195.

⁵ All dies wird verkannt von M. HUMBERT, in M. HUMBERT, *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005, 3, 17³⁷, der kritisiert, in den Worten *ita ius esto* der tab. V 3 werde gesehen „il valore (debole, inoperante, fuori luogo in un testo normativo) ,che questo atto sia giuridicamente efficace“. Treffend demgegenüber J. GAUDEMET, in: *Hommages à Robert Schilling* (éd. par H. ZEHACKER et G. HENTZ), Paris 1983, 106, 110

Das Manzipationstestament nimmt auf die aus tab. VI 1 hervorgehende Ermächtigung ausdrücklich Bezug, in den Worten *QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUPPLICAM*⁶.

Tab. VI 1

CUM NEXUM FACIET⁷ MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA IUS ESTO⁷.

„Wenn jemand ein *nexum* vornehmen wird und eine *mancipatio*, so soll es, wie die Zunge es in Gegenwart mehrerer Leute bekundet haben wird, Recht sein“.

Tab. V 3

UTI LEGASSIT⁸ SUAE REI, ITA IUS ESTO⁸.

zu tab. V 3 und tab. VI 1: „Dans un cas comme dans l’autre, la loi des XII Tables entend reconnaître valeur de droit (*ius*) à des déclarations émanant de simples citoyens [...] Cette intervention est d’importance. Elle manifeste une volonté d’associer l’autorité politique et les volontés individuelles dans l’instauration de l’ordre juridique. Ici la loi cautionne l’initiative privée“.

⁶ Gai. 2,104; s. u. unter 2.

⁷ Auf Fut. I *faciet* folgt Fut. II *nuncupassit*; s. K. E. GEORGES/H. GEORGES, Hdwb. II, Hannover 1913 (Neudruck 1995) s. v. *nuncupo* Sp. 1224 (oder archaist. [?] Perfekt); *esto* ist Imp. Fut. (Imp. II) (in Gesetzen und Verträgen die Regel; R. KÜHNER/C. STEGMANN, Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache II 1, Hannover ⁵1976 [Neudruck 1997] 196). Die Kombination von Imp. Fut. und Fut. II oder Fut. I ist überaus häufig (R. KÜHNER/C. STEGMANN 196 f.). Vgl. etwa Plaut. Asin. 800–802 *si dixerit, haec multa ei esto, vino viginti dies ut careat*; Plaut. Stich. 148 *si a viro tibi forte veniet nuntius, facito ut sciam*; Ter. Phormio 1027 *sic dabo: age nunc, Phormionem qui volet, lacessito*; Cato, agr. 33 (30) *pabulum aridum, quod condideris in hiemem, quam maxime conservato cogitatoque hiemis quam longa siet*; Cic. Tusc. 1,103 (Socrates) *verum tamen Crito, si me adsequi potueris, aut sicubi nactus eris, ut tibi videbitur sepelito*; Cic. Att. 1,12,4 (1. Jan. 61 v. Chr.) *si nullum habebis, quod in buccum venerit, scribito*; Cic. Att. 2,4,4 (Anfang April 59 v. Chr.) *tu quidquid indagaris de re publica et maxime, quos consules futuros putes, facito ut sciam* (R. KÜHNER/C. STEGMANN a. O.).

⁸ *legassit* ist Fut. II (vgl. o.⁷ zu *nuncupassit* in tab. VI 1). So auch F. TERRANOVA, Ricerche sul testamentum per aes et libram I. Il ruolo del *familiae emptor* (con particolare riguardo al formulario del testamento librato), Torino 2011, 238⁵⁰⁶, 256. Anders K. E. GEORGES/H. GEORGES, Hdwb. II (o.⁷) 1. lego Sp. 606 (archaist. [?] Perfekt). Rhet. Her. 1,13,23 *legaverit* ist eine Modernisierung; M. CRAWFORD, Roman Statutes II, London 1996, 636. Zum Imp. Fut. (Imp. II) *esto* in der Kombination mit dem Fut. II s. o.⁷.

‚Wie er letztwillig verfügt haben wird hinsichtlich seiner Sache⁹, so soll es Recht sein‘.

Dies sind nach Pomponius¹⁰ und Gaius¹¹ ‚die Worte des Zwölftafelgesetzes‘. Es ist dies, vorbehaltlich des Laut- und Formenstandes¹², die authentische Fassung des Zwölftafelsatzes¹³.

⁹ *suae rei* ist Genitiv der Beziehung; D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae*. Die falzidische Rechnung bei Zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand, Berlin 1995, 17 mit⁹ (archaischer *Genetivus relationis*). Ferner J. B. HOFMANN/A. SZANTYR, Lateinische Syntax und Stilistik, München 1965, 74; M. CRAWFORD, *Roman Statutes II* (o.⁸) 637 („genitive of respect“). Auch so M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma–Bari 1998, 34; F. TERRANOVA, *Ricerche* (o.⁸) 249⁵²⁵. Das Phänomen ist bei dem Wort für ‚Sache‘ gemeintalisch, wie aus einem Vergleich von osk. Tab. Bant. 2,24 *manim aserum eizazunc egmazum* ‚manum inicere earum rerum‘ mit tab. V 3 hervorgeht; J. B. HOFMANN/A. SZANTYR a. O. – A. A. A. MAGDELAIN, *Jus etc.* (o.¹) 666, 672 (Dativ); abl. M. CRAWFORD a. O.; M. BRETONE 34⁵¹; F. TERRANOVA a. O.

¹⁰ Pomp. 5 ad Q. Muc. D. 50,16,120.

¹¹ Gai. 2,224. Weitere dahingehende Zeugnisse: I. 2,22pr.; Theophil. Paraf. 2,22 (FERRINI p. 232,20); Nov. 22,2 (a. 536). P. ARCÉS, *RivDR* 4 (2004) 1, 10 f. glaubt, in I. 2,22pr. ein (bis heute nachwirkendes) ‚veritables offizielles Missverständnis‘ entdeckt zu haben („un vero e proprio ufficiale fraintendimento“). Doch wird dort die bei Gaius über den Legatszusammenhang ausgreifende Bemerkung *qua cavetur* etc. lediglich auf den seit I. 2,20 vorliegenden Legatszusammenhang reduziert, was nachvollziehbar ist; vgl. P. ARCÉS selbst 11 f., der schließlich von einer ‚Wahl‘ („scelta“) spricht.

¹² ED. NORDEN, *Aus altrömischen Priesterbüchern*, Lund 1939 (Neudruck 1995) 6. So dass der Schluss des Satzes etwa lautete [...] *ITA IOUS ESTOD* (wie in *CIL I² 2,401*; s. ED. NORDEN 40 und V. PISANI, *Testi latini arcaici e volgari con commento glottologico*, ³Torino 1975, 19 f.) oder vielleicht ... *ESED* (wie in *CIL I² 2,1*; ED. NORDEN 258 f., 291; V. PISANI 1; G. RADKE, in: *Sein und Werden im Recht*, Fg. f. U. v. LÜBTOW [hg. v. W. G. BECKER u. a.], Berlin 1970, 223, 234).

¹³ D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae* (o.⁹) 15 ff. Sehr umstritten. Vielfach folgt man UE 11,14 und nimmt als Fassung des Zwölftafelsatzes an *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*; s. NW. bei D. SCHANBACHER 16³; darunter A. MAGDELAIN, *Jus etc.* (o.¹), 660, 666, 668 f., der diese Fassung neben die im Text genannte stellt („... est vérifié que cette incise <sc. super pecunia tutelave> n’est pas une addition explicative postérieure aux XII Tables, mais qu’elle appartient au texte décmviral, dont il existe aussi une version abrégée“, 669). Desweiteren, außer M. WLASSAK, *SZ* 31 (1910) 196, 204 f. und schon TH. MOMMSEN/C. G. BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, Freiburg ⁵1887, 22 und H. E. DIRKSEN, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf=Tafel=Fragmente*, Leipzig 1824, 320 ff., U. MANTHE, *Testament*, DNP 12, 1, Stuttgart Weimar 2002, Sp. 182; M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpanische liber singularis regularum*, Göttingen 2005, 308 f.; M. KASER /R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, München ¹⁹2008, 67.5 (S. 356). Dagegen D. SCHANBACHER, *IVRA* 61 (2013) 197, 214 f. (ausgeschlossen). Zweifeld jetzt M. KASER/R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, München

2 Das Manzipationstestament in seiner Bezogenheit auf die gesetzlichen Grundlagen

Auf der Grundlage dieser Bestimmungen wird von der Jurisprudenz das Manzipationstestament (*testamentum per aes et libram*) geschaffen¹⁴. Die Schaffung des Manzipationstestaments muss in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Zwölf Tafelgesetzgebung geschehen sein¹⁵. Denn tab. VI 1 und tab. V 3 ermöglichten, das Manzipationstestament verwirklichte die Vergabe von Vindikationslegaten¹⁶. Das Manzipationstestament besteht aus drei Teilen¹⁷: dem Vollzug von (1) *mancipatio* und (2) *nuncupatio* und (3)

²⁰2014, 67.5 (S. 386) und M. KASER/R. KNÜTEL/S. LOHSSE, Römisches Privatrecht, München ²¹2017, 67.5 (S. 398). Seltsam der Einwand von B. ALBANESE, Ann. Pal. 45 (1998) 35, 62 f. („è d'una generalità così ampia e indeterminata che difficilmente la si potrebbe supporre in epoca tanto antica; ed inoltre la norma sarebbe stata talmente netta ed esauriente da rendere impensabili come aggiunte successive le differenti versioni attestate dalle altre fonti“), wenn man an den originalen Bezug des Satzes denkt (s. u. unter 3.). – M. CRAWFORD, Roman Statutes II (o.⁸) 638 will Rhet. Her. 1,13,23 und Cic. de inv. 2,50,148 mit berücksichtigten.

¹⁴ O. KARLOWA, Römische Rechtsgeschichte II (o.²) 855 (künstliche Konstruktion der Jurisprudenz); F. SCHULZ, Classical Roman Law, Oxford 1951 (Nachdruck 1992) Nr. 432 (S. 241) („artificial product of early Roman cautulary jurisprudence“) [1]. A.A. (2) P. JÖRS/W. KUNKEL/L. WENGER, Römisches Recht, Berlin u. a. ³1949 (Nachdruck 1978) 318⁶; F. TERRANOVA, Ricerche (o.⁸) 257, 258⁵⁵⁰, 275 (Manzipationstestament älter als die Zwölf Tafeln). A.A. (3) M. WLASSAK, SZ 31 (1910) 196, 209 ff.; A. MAGDELAIN, Jus etc. (o.¹) 660, 661⁹ f., 664 f.; M. BRETONNE, I fondamenti (o.⁹) 40 (vgl. P. GRÖSCHLER, SZ 117 [2000] 578, 580) und M. HUMBERT, in: M. HUMBERT, Le Dodici Tavole etc. (o.⁵) 17 ff. (jünger als die Zwölf Tafeln, die sich auf das Komitialtestament beziehen). Das Komitialtestament war sich jedoch selbst Gesetz und bedurfte seinerseits keiner gesetzlichen Grundlage; ähnlich O. KARLOWA 853. A.A. M. WLASSAK 218 (hinsichtlich des Vindikationslegats bloßes Zeugnis); A. MAGDELAIN 660, 671 (fiel noch in den *nefastus*-Teil der im Kalender mit QRCF bezeichneten Tage [doch schweigt die Überlieferung über die Vorgänge auf dem *Comitium*]; K. LATTE, Römische Religionsgeschichte, München ²1967 [Nachdruck 1992] 117 f.). Unentschlossen (4) E. WEISS, SZ 42 (1921) 102, 106.

¹⁵ Erwogen, jedoch schließlich abgelehnt, von M. WLASSAK, SZ 31 (1910) 196, 209 ff. (zugunsten einer Zuweisung des Vindikationslegats an das Komitialtestament).

¹⁶ S. u. unter 3.

¹⁷ Anders O. KARLOWA, Römische Rechtsgeschichte II (o.²) 853 (zwei). Doch gehört zur *nuncupatio* nur, was der Testator, die Testamentsurkunde haltend, spricht. HAEC ITA UT etc., Gai. 2,104 *et hoc dicitur nuncupatio* etc.; H. HEUMANN/E. SECKEL, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, Jena ⁹1907, s. v. Nuncupare 1) 377; M. KASER, Römisches Privatrecht I (o.²) 679¹⁴. Die *nuncupatio* kann freilich auch weiter reichen und umfasst gelegentlich die Verkündung des Erben; Serv./Lab./Jav. 3 post. Lab. D. 28,1,25; Ulp. 2 ad Sab. D. 28,1,21pr.; M. WLASSAK, SZ 31 (1910) 196, 206²; E. WEISS, SZ 42 (1921) 102, 105².

der darin in Bezug genommenen schon vorweg verfassten Testamentsurkunde (*tabulae testamenti*)¹⁸. Bei der *mancipatio* (1) spricht der *familiae emptor* die Worte *FAMILIAM PECUNIAMQUE*¹⁹ *TUAM ENDO*²⁰ *MANDATELA TUA CUSTODELAQUE MEA*²¹ <ESSE AIO, EAQUE>²² *HOC AERE (AENEAQUE LIBRA) ESTO MIHI EMPTA*²³. ‚Dein Vermögen²⁴ sei in deiner Gewalt und in

¹⁸ Gai. 2,104.

¹⁹ Das Wortpaar wird später in der *interpretatio super familia pecuniaque*, –ve zu tab. V 3 (Cic. de inv. 2,50,148; Rhet. Her. 1,12,23) aufgegriffen (s. u. unter 4); nach A. MAGDELAIN, Jus etc. (o.¹) 664 dagegen in einer angeblichen ‚rhetorischen Version‘.

²⁰ Die Verwendung des ansonsten in den Zwölf Tafeln vorkommenden Wortes *endo* belegt das hohe Alter der Formel; M. CRAWFORD, Roman Statutes II (o.⁸) 638 (mit weiteren Nach- und Hinweisen). Das Wort begegnet bereits in einem der ältesten lateinischen Sprachdenkmäler, der sog. Duenos-Inschrift (CIL I² 2, 4); V. PISANI, Testi latini arcaici e volgari (o.¹²) 6 ff.; F. GRAF (Hg.), Einleitung in die lateinische Philologie, Stuttgart Leipzig 1997, 127 f.

²¹ So die Lesung von E. SECKEL/ B. KÜBLER, Gai Institutiones, Stuttgart 1935 (Nachdruck 1968) 77. Sie folgt im Wesentlichen dem Codex Veronensis 13 (H. L. W. NELSON, Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones, Leiden 1981, 1 ff.), indem sie lediglich M hinter TUA streicht, das offensichtlich auf einem Schreibversehen beruht; E. WEISS, SZ 42 (1921) 102, 104⁸. Dieser Lesung folgen P. JÖRS/W. KUNKEL/L. WENGER, Römisches Recht (o.¹⁴) 318; M. KASER, Römisches Privatrecht I (o.²) 679 mit²⁶; A. MAGDELAIN, Jus etc. (o.¹) 663; U. MANTHE, Gaius. Institutionen, Darmstadt 2004, 146; M. KASER/R. KNÜTEL/S. LOHSSE, Römisches Privatrecht (o.¹³) 67.4 (S. 398). In manchen Ausgaben wird hingegen TUAM ganz gestrichen; so in M. DAVID, *Gai Institutiones secundum codicis Veronensis apographum Studemundianum et reliquias in Aegypto repertas*, Leiden 1964, 48; s. M. DAVID/H. L. W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV*. Kommentar 2. Lief., Leiden 1960, 315 ff. (Antithese; fehlerhafte Wiederholung). So auch M. BRETONNE, I fondamenti (o.⁹) 38, 41. – Anders will A. MAGDELAIN, der Jus etc. (o.¹) 661 ff. eine ursprüngliche und eine spätere abgewandelte Form des Manzipationstestaments unterscheidet („forme archaïque“, „forme nouvelle“), die Klausel ENDO MANDATELA TUA CUSTODELAQUE MEA der neuen Form zurechnen (662 f.). Doch gehört das Wort *endo* gerade schon der Zwölf Tafelzeit an (o.²⁰) und auch die Wörter *mandatela* und *custodela* sind alt; M. DAVID/H. L. W. NELSON 317.

²² Die im Codex Veronensis 13 fehlenden Worte sind wegen des Akkusativs FAMILIAM PECUNIAMQUE und Gaius‘ Hinweis auf *ceterae mancipationes*, entsprechend Gai. 1,119, zu ergänzen; E. WEISS, SZ 42 (1921) 102, 104³; M. DAVID/H. L. W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV* (o.²¹) 316 (mit Erklärung der Auslassung).

²³ Gai. 2,104. Abweichende (aufwendige, jedoch fragwürdige) Rekonstruktion neuerdings bei F. TERRANOVA, Ricerche (o.⁸) 200 f.

²⁴ FAMILIAM PECUNIAMQUE lässt sich mit ‚Vermögen‘ zusammenfassen; F. SCHULZ, Classical Roman Law (o.¹⁴) Nr. 432 (S. 241); M. KASER/R. KNÜTEL/S. LOHSSE, Römisches Privatrecht (o.¹³) 67.4 (S. 398). Für Gaius bilden die ursprünglich ‚Gesinde und Vieh‘ bedeutenden Worte einen Pleonasmus; H. HEUMANN/E. SECKEL, Handlexikon (o.¹⁷) s. v. Pecunia vor 1) 413. *Familia* bedeutet schon zur Zwölf Tafelzeit ‚Vermögen‘ (Ulp. 46 ad ed. D. 50,16,195,1 ... in res <sc. deducitur> ut puta in lege duodecim tabularum his verbis,

meiner Obhut²⁵, so sage ich, und es soll mit diesem Kupfer (und mit dieser kupfernen Waage) mir gekauft sein‘.

Die Formel verwendet die Worte *FAMILIA PECUNIAQUE* als sog. Zwillingsformel²⁶ im ursprünglichen sicherlich volkstümlichen Sinn („Gesinde und Vieh“)²⁷. Dies fügt sich der Beobachtung, dass Zwillingsformeln nicht allein in den germanischen Sprachen zu finden sind, sondern auch in der altlateinischen sakralen und juristischen Formelsprache vorkommen²⁸. Dort werden die Worte entweder asyndetisch aneinandergereiht oder durch *que* (in früher Zeit nie *et*) verbunden²⁹. So etwa die Anfangsworte der in ihrer Substanz uralten Auguralformel *TEMPLA TESCAQUE MEAE FINES ITA SUNTO QUOAD EGO EASTE LINGUA NUNCUPAVERO*³⁰. Nur hier und in tab. VI 1, den beiden ältesten Zeugnissen für das uralte Verbum *nuncupare*, wird die Zunge (*lingua*) mitgenannt, als das Organ, mit dem der Sprechende seine Gedanken in Worte fasst³¹. Ähnlich wird bei der Sicherungsübereignung (*fiducia*)

adgnatus proximus familiam habeto‘ [tab. V 4]; H. HEUMANN/E. SECKEL s. v. Familia 1) a) 208), *pecunia* auch (vgl. tab. V 7a und desweiteren Paul. 59 ad ed. D. 50,16,53pr. und [vgl.] H. HEUMANN/E. SECKEL s. v. Pecunia 3) 413). Hinter der Doppelung steckt sachlich nichts. A. A. M. WLASSAK, Studien zum altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht I, Wien Leipzig 1933, 4 („erhebliche Bedeutung“) 5 ff. (*familia* = ‚Hausvermögen‘, *pecunia* = ‚Eigentum‘). WLASSAKS Lehre hat viel Zustimmung gefunden; s. P. ARCÉS, RivD 4 (2004) 1, 20 („un seguito larghissimo nella dottrina romanistica“), jedoch auch Widerspruch; s. U. COLI, IVRA 7 (1956) 24, 39 („è vana illusione quella di fare della pecunia un‘ entità contrapposta alla familia“).

²⁵ So nach E. WEISS, SZ 42 (1921) 102, 107 ff. Ähnlich U. MANTHE, Gaius. Institutionen (o.²¹) 147 („Verfügungsmacht‘ und ‚Obhut‘) oder M. KASER/R. KNÜTEL/S. LOHSSE, Römisches Privatrecht (o.¹³) 67.4 (S. 398) („Verfügungsgewalt‘ und ‚Schutzgewalt‘). *Mandatela* ist im Zusammenhang mit *manus* (Gewalt über Menschen/Sachen) zu sehen; E. WEISS 108 ff., *custodela* (alt) ist gleichbedeutend mit *custodia*; E. WEISS 107 f. Vgl. Fest. ed. LINDSAY p. 44.19 *Custodelam dicebant antiqui, quam nunc dicimus custodiam*; Plaut. Most. 405–406 *In tuam custodelam meque et meas spes trado, Tranio*; Plaut. Rud. 625 *Veneri Veneriaequae antistitae more antiquo in custodelam suom commiserunt caput*; 695 *in custodelam nos tuam ut recipias et tutere* (E. WEISS a.O.).

²⁶ Verbindung zweier Worte derselben grammatischen Kategorie, die als technisches Mittel der Rechtssprache verwendet wird; G. DILCHER, Paarformeln in der Rechtssprache des frühen Mittelalters, Darmstadt 1961, 18 f.

²⁷ S. o.²⁴. Die Vermutung von B. ALBANESE, Ann. Pal. 45 (1998) 35, 41 ff., die Formel habe ursprünglich allein die *familia* genannt (*familia pecuniaque* sei „una chiarificazione con intento di aggiornamento del linguaggio decemvirale“), nimmt ihr diesen Zauber.

²⁸ G. DILCHER, Paarformeln (o.²⁶) 25.

²⁹ ED. NORDEN, Aus altrömischen Priesterbüchern (o.¹²) 17 f.

³⁰ DERS., 96 ff.

³¹ DERS., 47 f.

die Zwillingsformel *fidi fiduciae causa* (,der Treue und Verlässlichkeit wegen‘)³² angewandt³³, womit zurückgegriffen wird auf ein volkstümliches Wortpaar: *fidi fiduciae* (,der Treue und Verlässlichkeit‘). Jemanden oder etwas ,der Treue und Verlässlichkeit eines anderen anvertrauen‘ ist eine alte Redensart, die schon bei Plautus³⁴, und bereits mit juristischer Färbung, auftritt³⁵.

Trotz der (formelhaften) Worte ,Es soll mir gekauft sein‘ (*ESTO MIHI EMPTA*) erlangt der *familiae emptor* nicht mehr als jene Obhut (*custodia*)³⁶. Die *nuncupatio* (2) besteht aus den Worten *HAEC ITA UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR ITAQUE VOS QUIRITES, TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE*³⁷, ,Wie dies in diesen Wachstafeln³⁸ geschrieben ist, so gebe ich, so verfüge ich letztwillig, so rufe ich zu Zeugen auf, und so gewährt mir, Quiriten, Zeugnis‘.

Vielfach vermutet man ursprüngliche Mündlichkeit der getroffenen Anordnungen³⁹. Doch scheint die gajanische Formel ursprünglich zu

³² Ein Hendiadyoin; so TH. MOMMSEN, CIL II 5042 adn. Bestr.: a.A. L. PEPPE, in: *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica* (hg. von L. PEPPE), Padova 2008, 173, 179 ff. (verschiedene Bedeutungen).

³³ *Formula Baetica*, FIRA III Nr. 92 S. 295 ff. Z. 3–4 (1./2. Jh. n. Chr.); s. desweiteren TPN 73.2.8–9; TPN 74.2.8–9 *fidei fiduciae causa*; TPN 75.2.8 und TPN 76.3.1 *ffc*; TPN 78.2.14 *fidei*; TPN 79.3.1 *fiduciae causa*; J. G. WOLF, *Neue Rechtsurkunden aus Pompeji. Tabulae Pompeianae Novae*, Darmstadt 2010, 108 ff.

³⁴ Plaut. Trin. 116–118 *Quid tu, adulescentem, quem esse corruptum vides, qui tuae mandatus est fide et fiduciae, quin eum restituas, quin ad frugem conrigis? 141–142 quod meae concreditumst taciturnitati clam, fide et fiduciae.*

³⁵ L. PEPPE, in: *Fides etc.* (o.³²) 184 f.

³⁶ O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II* (o.²) 854 (Gewalt über den Nachlass zum Zwecke der Ausführung der Bestimmungen des Testators). Weitergehend P. JÖRS/W. KUNKEL/L. WENGER, *Römisches Recht* (o.¹⁴) 317 (das Vermögen); F. SCHULZ, *Classical Roman Law* (o.¹⁴) Nr. 432 (S. 241 f.) (bedingtes treuhänderisches Eigentum) [?]; M. KASER, *Römisches Privatrecht I* (o.²) 108 f. (,ruhendes Eigentum‘); A. MAGDELAIN, *Jus etc.* (o.¹) 662 (,une part de la succession‘); F. TERRANOVA, *Ricerche* (o.⁸) 168 ff., 218 f., 276 ff. (,una forma di potere limitato‘, 186 f.). Skeptisch zurecht M. F. CURSI, *Ess. B. SIRKS* (hrsgg. von J. HALLEBEEK u.a.), Göttingen 2014, 145, 157.

³⁷ Gai. 2,104.

³⁸ *TABULIS CERISQUE*, wieder eine Zwillingsformel.

³⁹ O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II* (o.²) 855 vermutet einen ursprünglichen nachfolgenden Verweis auf vom Testator zuvor mündlich geäußerte Anordnungen (*haec uti verbis nuncupavi, ita do ita lego etc.* oder *haec ut ex illis tabulis cerave recitata sunt, ita do ita lego etc.*). Krit. M. WLASSAK, *SZ* 31 (1910) 196, 206². Für ursprüngliche Mündlichkeit auch M. KASER, *Römisches Privatrecht I* (o.²) 107²⁰, 679; U. MANTHE, *Testament*, DNP 12, 1 (o.¹³) Sp. 183.

sein. Der Gebrauch von innen ausgehöhlten und in den Vertiefungen zum Einritzen der Schrift mit Wachs ausgelegten Holztäfelchen⁴⁰ ist für das 5. Jh. v. Chr. vorzusetzen⁴¹. Schon in ältester Zeit schrieb man in Italien auf Holztafeln⁴². Auffällig ist überdies der Anklang an die Formel, die seit alter Zeit beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge vom römischen *pater patratus* gesprochen worden zu sein scheint ... *UT ILLA PALAM PRIMA POSTREMA EX ILLIS TABULIS CERAVE RECITATA SUNT* ...⁴³. Wäre übrigens die letztwillige Verfügung mündlich ergangen, wäre sie als in die *nuncupatio*⁴⁴ eingeschlossen schon von tab. VI 1 erfasst gewesen; tab. V 3 wäre überflüssig gewesen.

Mancipatio (1) und *nuncupatio* (2) stützen sich auf tab. VI 1. Die Manzipsationsformel unterbricht sich selbst⁴⁵, um dies⁴⁶ eigens auszusprechen (...<... *EAQUE*>) *QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUPPLICAM (HOC AERE ...)*⁴⁷, (...<und dies soll>) aufgrund welchen Rechts du ein Testament⁴⁸ machen kannst nach dem allgemeinen Gesetz (mit diesem Kupfer ...). Man erwartet vielleicht *iure quo tu* etc. Doch wird hier, wie oft⁴⁹, das Beziehungswort (*iure*) in den Relativsatz

⁴⁰ O. KARLOWA, Römische Rechtsgeschichte II (o.²) 856.

⁴¹ L. WENGER, Die Quellen des römischen Rechts, Wien 1953 (Nachdruck 2000) 55.

⁴² Hier. epist. 8; L. WENGER, Die Quellen des römischen Rechts (o.⁴¹) 55. Schon bei Homer wird auf Holztafeln geschrieben; Hom. Il. 6,168–169; L. BOVE, *Labeo* 31 (1985) 155¹ (155 f.).

⁴³ Liv. 1,24,7; F. TERRANOVA, *Ricerche* (o.⁸) 255⁵⁴⁰. Skeptisch R. M. OGILVIE, A commentary on Livy Books 1–5, Oxford 1965, 111 f. („The terms of the declaration are pseudo-archaic [...] The phrase *ex tabulis cerave* is taken over from the legal language in which a will and its codicil are drawn up (Gaius 2.104) and is evidently anachronistic in an age when even writing is hard to credit“).

⁴⁴ S. o.¹⁷.

⁴⁵ An derlei syntaktischen Gewaltsamkeiten scheint man sich nicht gestoßen zu haben. So wird auch die syntaktische Störung (vgl. schon M. WLASSAK, *SZ* 31 [1910] 196, 204 f.; *Studien* [o.²⁴] 4), die aus der Zusammenziehung von Zwölftafeltext und *interpretatio* in *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* (UE 11,14) [s. u. unter 4.] resultiert, hingenommen.

⁴⁶ Für einen Bezug auf tab. V 3 hingegen A. MAGDELAIN, *Jus etc.* (o.¹) 665; B. ALBANESE, *Ann. Pal.* 45 (1998) 35, 65⁴⁸. Die Frage ist umstritten; s. F. TERRANOVA, *Ricerche* (o.⁸) 212 ff.

⁴⁷ Gai. 2,104.

⁴⁸ Wörtlich ‚Zeugengeschäft‘; E. WEISS, *SZ* 42 (1921) 102, 105 mit³(105 f.). – Eine spannende Frage ist das Verhältnis von osk. *tristaamentud* zu lat. *testamento*; s. E. GOLDMANN, *SZ* 51 (1931) 223 ff. (selbst für Entlehnung aus dem Lateinischen, ungefähr im 6. Jh. v. Chr.); A. WALDE/J. B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch* I, Heidelberg ⁵1982 s. v. 2. *testis*, 677. Vgl. desweiteren A. ERNOUT/ A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris ¹⁴1985, s. v. *testis* 689; F. TERRANOVA, *Ricerche* (o.⁸) 353 f.

⁴⁹ R. KÜHNER/C. STEGMANN, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache* II 1 (o.⁷) 309 ff.

hineingezogen. *Quo* ist Relativpronomen, *ius* meint das subjektive Recht. Anders sieht es allerdings die übliche Wiedergabe oder Übersetzung des Satzes ‚Damit dieser sein Testament errichten könne⁵⁰ oder ‚Damit du rechtswirksam ein Testament nach dem Volksgesetz errichten kannst⁵¹, wonach *quo* Konjunktion ist⁵², *ius* aber das objektive Recht meint⁵³. Dass die Beteiligten das Ziel verfolgen, ein rechtmäßiges Testament zu errichten, versteht sich aber von selbst. Was nach einer Bewusstmachung im Rechtsakt verlangt und die dramatische Unterbrechung der Manzipationsformel veranlasst haben mag, ist dagegen das Bedürfnis nach Vergegenwärtigung des in tab. VI 1 begründeten subjektiven Rechts (Ermächtigung). Zwar deutet die spätere Testierpraxis den Satz gerade so. Denn sie lässt den *familiae emptor* das Vermögen den Testators (*familiam pecuniamque*) ‚zum Zwecke ein Testament zu machen‘ (*testamenti faciendi causa*) ‚kaufen⁵⁴. Doch entfernt sie sich damit vom authentischen Inhalt des Satzes⁵⁵.

Die Testamentsurkunde (3) stützt sich auf tab. V 3.

3 Die Ausrichtung der gesetzlichen Grundlagen

Tab. VI 1 fordert *mancipatio* (1) und *nuncupatio* (2), verleiht diesen Rechtsakten Wirklichkeit und löst damit die Frage: Wie kann letztwillig verfügt werden? Die Antwort ist: durch *mancipatio* und *nuncupatio*⁵⁶. Tab. V 3 bestimmt den möglichen Inhalt der so zu treffenden letztwilligen Verfügung und löst damit die Frage: Was/ worüber kann letztwillig verfügt

⁵⁰ M. KASER, Römisches Privatrecht I (o.²) 679.

⁵¹ U. MANTHE, Gaius. Institutionen (o.²¹) 147; ähnlich DERS., Testament, DNP 12, 1 (o.¹³) Sp. 183. Ähnlich M. KASER/R. KNÜTEL/S. LOHSSE, Römisches Privatrecht (o.¹³) 67.4. (S. 398).

⁵² So auch M. DAVID/H. L. W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV* (o.²¹) 318.

⁵³ Ähnlich F. TERRANOVA, Ricerche (o.⁸) 207 ff., 394 ff. („finalità dell’ atto“, „conformità di un atto a un rituale“), mit folgender Übersetzung „affinché tu possa fare conformemente al diritto una richiesta di testimonianza finalizzata a pianificare la tua futura successione secondo la Legge delle XII Tavole“ (410 f.).

⁵⁴ Testamentum Antonii Silvani, FIRA II Nr. 47 S. 129 ff. (142 n. Chr.) l. 39 *tfē* u. a.; s. F. TERRANOVA, Ricerche (o.⁸) 208⁴³⁷. Die griechische Nachahmung lässt den finalen Sinn vermissen; vgl. Testamentum C. Longini Castoris, FIRA II Nr. 50 S. 146 ff. (191/4 n. Chr.) pag. II l. 4 τ[αύ]της διαθήκης γενομένης (Genetivus absolutus); s. F. TERRANOVA 208⁴³⁷ f.

⁵⁵ A.A. F. TERRANOVA, Ricerche (o.⁸) 208 (verkürzte und vereinfachte Wiedergabe).

⁵⁶ So ist entschieden worden. Heute die Erforderlichkeit dieser Festlegung infrage zu stellen (A. MAGDELAIN, Jus etc. [o.¹] 660 f. „Si l’adage uti legassit avait pour fonction essentielle de garantir l’efficacité des legs, on ne voit pas pourquoi ceux-ci avaient besoin du support de l’acte libral“), ist zwecklos.

werden?⁵⁷ Die Antwort ist: über die dem Testator gehörende Einzelsache. Das Wort *legare*, welches sich (Denominativum) von *lex* (‚Bindung‘) herleitet⁵⁸ (‚binden‘), meint in den Zwölf Tafeln ‚letztwillig verfügen‘⁵⁹; ursprünglich mag seine Bedeutung weitergereicht haben (‚verfügen‘ schlechthin)⁶⁰. Eine Verengung auf die Einzelsache, und zwar die dem Testator gehörende, bewirkt⁶¹ der archaische Genetivus relationis⁶² *suae rei* (‚hinsichtlich seiner Sache‘⁶³). Wozu hiermit ermächtigt wird, ist das Vindikationslegat⁶⁴ (*legatum*

⁵⁷ S. schon M. WLISSAK, SZ 31 (1910) 196, 208 (rechtliche Wirksamkeit).

⁵⁸ M. WLISSAK, SZ 31 (1910) 196, 208; F. SCHULZ, Classical Roman Law (o.¹⁴) Nr. 539 (S. 310); desweiteren A. WALDE/J. B. HOFMANN, Lateinisches etymologisches Wörterbuch I (o.⁴⁸), s. v. 1. lego, 779; A. ERNOUT/ A. MEILLET, Dictionnaire étymologique de la langue latine (o.⁴⁸) s. v. lego 350 („lego est proprement le dénominatif de lex“). Daran anknüpfend M. KASER, Römisches Privatrecht I (o.²) 109 (von *legem dicere* ausgegangen); A. MAGDELAIN, Jus etc. (o.¹) 666, 672 („sa pleine valeur étymologique: legem dicere“). Ablehnend und skeptisch: M. CRAWFORD, Roman Statutes II (o.⁸) 637, 639 („If that is what the Twelve Tables had wanted to say, they could perfectly well have said it“; „legare, whose etymology is uncertain“).

⁵⁹ M. CRAWFORD, Roman Statutes II (o.⁸) 639 („to dispose by way of testament“). Letztlich auch so A. MAGDELAIN, Jus etc. (o.¹) 666 („embrasser l’ensemble de dispositions testamentaires“), 667 („Par uti legassit, le XII Tables entendent etc.“); 668 („Ce seul mot etc.“). Enger M. WLISSAK, SZ 31 (1910) 196, 205 ff., 219 f. (‚durch Vindikationslegat verfügen‘); spezieller A. ERNOUT/A. MEILLET, Dictionnaire étymologique de la langue latine (o.⁴⁸) s. v. lego 350 („déléguer à ses héritiers l’exercice d’une autorité posthume“).

⁶⁰ M. CRAWFORD, Roman Statutes II (o.⁸) 639 („to dispose“).

⁶¹ Nach M. WLISSAK liegt sie schon im Begriff des *legare*; s. o.⁵⁹.

⁶² S. o.⁹.

⁶³ Nicht: ‚hinsichtlich seines Vermögens‘; so jedoch A. MAGDELAIN, Jus etc. (o.¹) 667 („La res sua n’est pas telle ou telle chose prise individuellement, c’est le patrimoine dans son ensemble“). Vom Vermögen ist erst danach, in tab. V 4, 5 die Rede (*familia*). *Res* und *familia* gleichsetzen zu wollen (A. MAGDELAIN 672 f.) geht nicht an. *Res* begegnet zwar im Sinn von ‚Vermögen‘ (A. MAGDELAIN 667), so in Fest. ed. LINDSAY 51.1 *Censores* oder in Liv. 22,53,11 (A. MAGDELAIN a.O.); weitere Quellen bei D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae* (o.⁹) 21³⁴ f., nachweislich jedoch erst seit dem 3. Jh. v. Chr., D. SCHANBACHER 21 f. S. schon O. KARLOWA, Römische Rechtsgeschichte II (o.²) 855 (das Zwölf Tafelgesetz verstand unter *legare suae rei* gewiss nicht die Erbeinsetzung). Das mit *si intestato moritur* der tab. V 4 als nicht vorliegend vorausgesetzte auf das Vermögen (*familia*) bezogene Testament (U. COLI, IVRA 7 [1956] 24, 39) ist nicht etwa das (erst im Anschluss an die Zwölf Tafeln geschaffene, s. o. unter 2) Manzipationstestament, sondern das althergebrachte Komitialtestament. Für *res* im Sinn von ‚Vermögen‘ auch M. BRENONE, I fundamenti (o.⁹) 29 (vgl. P. GRÖSCHLER, SZ 117 [2000] 578, 579 f.); B. ALBANESE, Ann. Pal. 45 (1998) 35, 64 (der jedoch die Existenz eines „valore più antico, remoto, di res come singolo oggetto“ einräumt, 64⁴⁷ [65]). Verfehlt M. HUMBERT, in: M. HUMBERT, Le Dodici Tavole etc. (o.⁵) 17³⁷ („indica l’oggetto controverso etc.“).

⁶⁴ UE 19,17; D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae* (o.⁹) 20. S. schon M. WLISSAK, SZ 31

im ursprünglichen Sinn⁶⁵), nicht das (spätere) Damnationslegat. Durch das Vindikationslegat bindet der Testator seine Sache, durch das Damnationslegat bindet er seinen Erben (so treffend M. Wlassak⁶⁶). Das Vindikationslegat setzt demgemäß, anders als das Damnationslegat, quiritisches Eigentum des Testators voraus⁶⁷.

Der Inhalt von tab. V 3 (letztwillige Verfügbarkeit der dem Testator gehörenden Einzelsache) wirkt über die Testamentsurkunde (3) zurück auf den Inhalt der *nuncupatio* (2). Deren Worte *ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR* meinen gerade das Vindikationslegat⁶⁸. In der bezogenen Testamentsurkunde (3) stößt man gerade auf ein solches, passend angeordnet etwa mit den Worten *TITIO HOMINEM STICHUM DO LEGO*⁶⁹.

4 Erweiterungen der Ausrichtung von tab. V 3⁷⁰

Tab. V 3 bestimmt ursprünglich als möglichen Inhalt der nach tab. VI 1 zu treffenden letztwilligen Verfügung das Vindikationslegat⁷¹. Es liegt darin eine

(1910) 196, 206 ff. („Urtypus“); ferner P. VOCI, *Diritto ereditario romano I*, Milano ²1967, 11 ff. (Vorläufer des klassischen Vindikationslegats).

⁶⁵ Flor. 11 inst. D. 30,116pr.; M. Wlassak, SZ 31 (1910) 196, 207, 208⁴ f.

⁶⁶ M. Wlassak, SZ 31 (1910) 196, 205.

⁶⁷ Gai. 2,196; 202.

⁶⁸ M. Wlassak, SZ 31 (1910) 196, 206; M. Kaser, *Römisches Privatrecht I* (o.²) 108. A.A. A. Magdelain, *Jus etc.* (o.¹) 672 („une erreur“); F. Terranova, *Ricerche* (o.⁸) 230 ff., bes. 263 und 331 ff., bes. 346 (drei gesonderte Akte, nämlich *mancipatio familiae*, „Bitten“, Zeugenaufwurf).

⁶⁹ Gai. 2,193; M. Wlassak, SZ 31 (1910) 196, 205 f., 207; M. Kaser, *Römisches Privatrecht I* (o.²) 110 mit¹⁰, 743 mit⁴. Das Verhältnis von *nuncupare* zu *legare* (s. F. Terranova, *Ricerche* [o.⁸] 246 ff.) ist vor dem Hintergrund der beiden Aspekte (Form? Inhalt?) zu sehen.

⁷⁰ An der Ausrichtung von tab. VI 1 ändert sich nichts; Gai. 2,104 QUO TU IURE etc. (s. o. unter 2.) Doch geht die Zeit darüber hinweg; I. 2,10,1 ff.; M. Kaser, *Römisches Privatrecht I* (o.²) 680; M. Kaser/R. Knütel/S. Lohsse, *Römisches Privatrecht* (o.¹³) 67.9 (S. 400). – Wer *res* in tab. V 3 von vornherein als „Vermögen“ deutet (o.⁶³), verschließt sich den Blick auf eine Entwicklung, die als solche offen zu Tage liegt; vgl. U. Coli, *IVRA* 7 (1956) 24, 40 („Ma è qui che il problema si complica etc.“).

⁷¹ S. o. unter 3. Abweichend, freilich von UE 11,14 als Wiedergabe der Zwölf Tafelfassung ausgehend (o.¹³), M. Wlassak, SZ 31 (1910) 196, 203 f. (und die letztwillige Vormundsberufung); anders (enger) Ders., *Studien* (o.²⁴) 4 ff. (nur das Vindikationslegat am „Eigentum“); M. Kaser, *Römisches Privatrecht I* (o.²) 89, 109 f. (und die letztwillige Freilassung und die letztwillige Vormundsberufung), anders (enger) Ders., 679 (späteres Hinzutreten der letztwilligen Vormundsberufung). A.A. A. Magdelain, *Jus etc.* (o.¹)

(durch das solonische Testiergesetz inspirierte⁷²) Neuerung⁷³ gegenüber dem bisherigen Recht, das⁷⁴ allein das Komitialtestament (*testamentum calatis comitiis*) mit der Erbeinsetzung kannte.

Im Laufe der Zeit führt man aber, außer der letztwilligen Freilassung, noch die letztwillige Vormundsberufung, die Erbeinsetzung und schließlich das Damnationslegat auf tab. V 3 zurück⁷⁵. Die Rückführung der letztwilligen Vormundsberufung auf tab. V 3 schlägt sich nieder in der Erläuterung *super pecuniae tutelaeve suae*⁷⁶, die Rückführung der Erbeinsetzung auf tab. V 3 in der Erläuterung *super familia pecuniaque, -ve sua*^{77, 78}, welche die Zwillingsformel aus dem Manzipationstestament aufgreift⁷⁹. Beide Erläuterungen finden sich im Kommentarteil der Tripertita (*interpretatio*) des Sextus Aelius (cos. 198 v. Chr.) wieder⁸⁰.

Diesen Erläuterungen wird eine im Wege der *interpretatio* durch die alten Juristen⁸¹ gewonnene Erweiterung des Begriffes *sua res* zu ‚sein Vermögen‘ vorausgegangen sein (4./ 3. Jh. v. Chr.), die die Rückführung von letztwilliger Vormundsberufung und Erbeinsetzung auf tab. V 3 ermöglichte⁸². Der schon

665 (alle letztwilligen Verfügungen, vor allem die Erbeinsetzung, „il validait toutes les dispositions du testateur, l'institution d'héritier en tête“). Nicht differenzierend P. JÖRS/W. KUNKEL/L. WENGER, Römisches Recht (o.¹⁴) 317 f. (Legate); M. KASER/R. KNÜTEL/S. LOHSE, Römisches Privatrecht (o.¹³) 67.5 (S. 398) (Legate und Freilassungen).

⁷² Dazu an anderer Stelle.

⁷³ Voreilig M. HUMBERT, in: M. HUMBERT, Le Dodici Tavole etc. (o.⁵) 17 („La devoluzione ereditaria dei beni (Tavola V, nella ricostruzione convenzionale) non manifesta maggiormente una qualunque volontà di riforma“).

⁷⁴ U. MANTHE, Testament, DNP 12, 1 (o.¹³) Sp. 182; vgl. M. WLASSAK, SZ 31 (1910) 196, 209 (C. FADDA); selbst a.A. (209 ff.).

⁷⁵ D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae* (o.⁹) 20.

⁷⁶ Paul. 59 ad ed. D. 50,16,53pr. Moderne Version in UE 11,14 *super pecunia tutelave*.

⁷⁷ Cic. de iur. 2,50,148; Rhet. Her. 1,13,23.

⁷⁸ D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae* (o.⁹) 21.

⁷⁹ S. o. unter 2.

⁸⁰ D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae* (o.⁹) 21. – Ein Zusammenhang zwischen der Formel des Manzipationstestaments und Cic. de inv. 2,50,148 und Rhet. Her. 1,13,23 ist nicht zu verkennen; M. BRETONE, I fondamenti (o.⁹) 36 ff. (die Tripertita hätten die Manzipationsformel als ‚geschäftliche‘ *legis actio* aufgeführt; vgl. P. GRÖSCHLER, SZ 117 [2000] 578, 580).

⁸¹ D. SCHANBACHER, IVRA 61 (2013) 197 ff.

⁸² Auf diese Weise gelangt man zu einer Datierung des Erbeinsetzungstestaments in das 4./ 3. Jh. v. Chr., wie sie von U. MANTHE, Testament, DNP 12, 1 (o.¹³) Sp. 182 vertreten wird. Vgl. desweiteren M. WLASSAK, SZ 31 (1910) 196, 206 (Testierfreiheit im weitesten Wortsinn sicher lange vor Quintus Mucius); DERS., Studien (o.²⁴) 4 (Ausdehnung von tab. V 3 auf die Erbeinsetzung ungefähr zur Zeit Catos d. Ä.).

von Anfang an weite Begriff des *legare* (,letztwillig verfügen‘)⁸³ verlangte nach keiner Erweiterung⁸⁴. Wer letztwillig einen Vormund berief, indem er in der Testamentsurkunde (3) etwa anordnete *LIBERIS MEIS TITIUS TUTOR ESTO* oder *LIBERIS MEIS TITIVM TUTOREM DO*⁸⁵, konnte sich jetzt auf tab. V 3 stützen⁸⁶. Denn er verfügte letztwillig (*legavit*) über sein Vermögen (*suae rei*)⁸⁷. Es leuchtet daher ein, dass die Erläuterung zur letztwilligen Vormundsberufung ein Wort für ‚Vermögen‘ voranstellt (*pecunia*), ja dass eine letztwillige Vormundsberufung ‚ohne Vermögen‘ gar nicht möglich sein soll⁸⁸. Die *nuncupatio* (2) gewinnt auf diese Weise, im Ganzen⁸⁹, einen erweiterten Sinn.

Auch wer einen Erben einsetzte, indem er in der Testamentsurkunde (3) etwa anordnete *TITIUS HERES ESTO*⁹⁰, konnte sich jetzt auf tab. V 3 stützen. Denn er verfügte letztwillig (*legavit*) über sein Vermögen (*suae rei*). Dies wird erläutert mit der aus dem Manzipationstestament entnommenen Zwillingsformel *familia pecuniaque*. Die *nuncupatio* (2) gewinnt auf diese Weise, im Ganzen⁹¹, einen erweiterten Sinn. Allerdings beansprucht die Erbeinsetzung (*heredis institutio*) als ‚gleichsam Quelle und Grund des gesamten Testaments‘ (*velut caput et fundamentum totius testamenti*) in der Testamentsurkunde die erste Stelle⁹². Mit dem Eintritt des Erben in das Manzipationstestament wird der *familiae emptor*, im Rückblick an Erbenstelle fungierend (*heredis loco*), zur bloßen Randfigur⁹³. Das Komitialtestament beginnt sich seitdem zurückzuziehen⁹⁴.

⁸³ S. o. unter 3.

⁸⁴ Anders, konsequent (s. o.⁵⁹), M. WLASSAK, SZ 31 (1910) 196, 206 (Erweiterung).

⁸⁵ Gai. 2,289.

⁸⁶ Die von Livius erwähnte testamentarische Vormundsberufung des Ancus Marcius (Liv. 1,34,12; R. M. OGILVIE, A commentary on Livy [o.⁴³] 144 [Erfindung]; M. KASER, Römisches Privatrecht I [o.²] 89 [Legende]) gehört einer anderen Zeit an.

⁸⁷ Keinesfalls über die Kinder (!), wie jedoch M. WLASSAK, SZ 31 (1910) 196, 204, Studien (o.²⁴) 22 und neuerdings M. AVENARIUS, Der pseudo-ulpianische *liber singularis regularum* (o.¹³) 309 f. annehmen.

⁸⁸ Paul. 59 ad ed. D. 50,16,53pr.

⁸⁹ Anders (eventuell, s. o.⁸⁷) M. WLASSAK, Studien (o.²⁴) 22 (im Einzelnen, was *legare* angeht).

⁹⁰ Gai. 2,117.

⁹¹ Anders M. WLASSAK, SZ 31 (1910) 196, 206 (im Einzelnen, was *legare* angeht).

⁹² Gai. 2,229 (vor Legaten). S. ferner Gai. 2,179 (vor Substitutionen); Gai. 2,231 (vor der letztwilligen Vormundsberufung? strittig; s. D. LIEBS, ANRW II, 15 [Berlin New York 1976] 197, 253).

⁹³ Gai. 2,105.

⁹⁴ Cic. de or. 1, 228; M. WLASSAK, SZ 31 (1910) 196, 214.

Ohne die Begriffserweiterung in tab. V 3 wären letztwillige Vormundsberufung und Erbeinsetzung nicht möglich gewesen. Denn es ist die Rechtsordnung, die Form und möglichen Inhalt der privatautonomen Gestaltung, auch hier im Erbrecht, bestimmt⁹⁵. Auf ihre Ermächtigung kommt es an⁹⁶. So sind privatautonome Gestaltung und Rechtsordnung der Geltungsgrund des privatautonomen Aktes⁹⁷: hier der letztwilligen Verfügung. Dies ist ein Gedanke, den schon der Spätklassiker Ulpian, bezogen auf die Erbeinsetzung, geäußert hat: Man könne durchaus treffend sagen, eine testamentarisch zugewandte Erbschaft falle kraft Gesetzes an. Denn das Zwölftafelgesetz bestätige die testamentarischen Erbschaften⁹⁸.

Nun sind die durch den Begriffswandel ermöglichten und vollzogenen Erweiterungen durch jene Erläuterungen expliziert worden. Das Bedürfnis danach muss aus der veränderten Einstellung Roms zur Sprache erwachsen sein. Seit dem 3./ 2. Jh. v. Chr., im Zuge der Einnahme Roms durch die griechische Kultur⁹⁹, gerät Rom unter den Einfluss der stoischen Sprachlehre, wonach jeder Gegenstand ‚seine Bezeichnung‘ hat (*suum nomen*), die zu verwenden ist, will man ‚sprechen‘¹⁰⁰. Sprache leitet sich ab von Ort, so Varros Etymologie der Sprache¹⁰¹. Varro bezieht sich auf Chrysipp ‚Wer Worte sagt und sagt, ehe er sie an ihrem Ort sagen kann, spricht nicht, sondern spricht nur gleichsam‘¹⁰². Daher spricht derjenige, der an seinem Ort jedes Wort bewusst setzt¹⁰³. Varro greift auf die stoische Sprachtheorie zurück, die

⁹⁵ S. o. unter 1.

⁹⁶ S. o. unter 1.

⁹⁷ W. FLUME, Allgemeiner Teil etc. (o.³) 2.

⁹⁸ Ulp. 2 ad l. Iul. et Pap. D. 50,16,130. Entsprechend äußern sich UE 19,17 (zum Vindikationslegat), Gai. 12 ad ed. prov. D. 26,2,1pr. und Paul. 38 ad ed. D. 26,2,20,1 (zur letztwilligen Vormundsberufung). Dass die Grundlage der Wirkungen des Testaments auch im Gesetz gesehen wird, scheint es von diesem eher abzusetzen, als es ihm (wie M. AVENARIUS, IVRA 60 [2012] 201, 220 f., 233 meint) anzunähern.

⁹⁹ Horaz. epist. 2,196–197; ED. NORDEN, Die römische Literatur, Stuttgart Leipzig³1998, 5 ff.; D. SCHANBACHER, SZ 123 (2006) 49, 55³³ f.

¹⁰⁰ Serv./Cels. 19 dig. D. 33,10,7,2; D. SCHANBACHER, in: FS R. Knütel zum 70. Geburtstag (hrsg. von H. ALTMEPPEN u.a.), Heidelberg 2009, 1025 ff.

¹⁰¹ Varro, ling. 6, 56 *loqui ab loco dictum*.

¹⁰² Varro, ling. 6, 56 = Chrysipp frgm. 143 SVF II p. 44.8–11 = R. NICKEL, Stoa und Stoiker I, Düsseldorf 2008, 120 (Fragment 121) *Quod, qui primo dicitur iam fari vocabula et reliqua verba dicit ante quam suo quique loco ea dicere potest, hunc Chrysippus negat loqui, sed ut loqui*.

¹⁰³ Varro, ling. 6, 56 *Igitur is loquitur, qui suo loco quodque verbum sciens ponit*; D. SCHANBACHER, in: FS R. Knütel (o.¹⁰⁰) 1026 f.

ihm durch seinen Lehrer L. Aelius Stilo vermittelt wurde¹⁰⁴. Danach genügt es nicht mehr, das Wort *res*, mit den alten Juristen, einfach auf das Vermögen zu beziehen, um letztwillige Vormundsberufung und Erbeinsetzung zu erfassen. Vielmehr sind die Dinge jetzt ‚bei ihrem Namen‘ zu nennen, und das geschieht. Man verwendet die der letztwilligen Vormundsberufung eignende Wendung (*legare*) *super pecuniae tutelaeve suae* und weiter die der Erbeinsetzung eignende (*legare*) *super familia pecuniaque*¹⁰⁵.

Eine eigene Erläuterung zum Damnationslegat¹⁰⁶ ist nicht überliefert. Ein Bedürfnis danach besteht, als es soweit ist, Damnationslegaten eine gesetzliche Grundlage zu geben, offensichtlich nicht mehr. Denn das Wort *res* hat sich inzwischen in semantischer Beziehung schon selbst fortentwickelt (3. Jh. v. Chr.). Auch außerhalb der von den Juristen beherrschten streng rechtlichen Zusammenhänge wird *res* inzwischen im Sinn von ‚Vermögen‘ gebraucht¹⁰⁷. So lässt sich das Damnationslegat nunmehr (2. Jh. v. Chr.)¹⁰⁸ ohne Weiteres dem Zwölftafelsatz zuordnen¹⁰⁹. Nach der Rückführung der Erbeinsetzung auf tab. V 3 kann es den eingesetzten Erben beschweren, in dem es etwa lautet *HERES MEUS STICHUM SERVUM MEUM DARE DAMNAS ESTO*¹¹⁰. Das schon seit den Zwölftafeln zulässige Vindikationslegat¹¹¹ und das nunmehr (2. Jh. v. Chr.)

¹⁰⁴ R. NICKEL, *Stoa und Stoiker I* (o.¹⁰³) 121⁴⁹; II, Düsseldorf 2008, 934.

¹⁰⁵ S. o.

¹⁰⁶ Wie vielleicht (*legare*) *per damnationem familiae pecuniaeque suae*?

¹⁰⁷ D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae* (o.⁹) 21 mit³⁴ [Ennius, Plautus, Cato d. Ä.]. Eine derartige Fortentwicklung liegt durchaus auf der Linie der stoischen Sprachentwicklungslehre; M. POHLENZ, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, Göttingen 82010, 41 (Übertragung und uneigentliche Benennungen aufgrund innerer Verwandtschaft). Als Fall der Verschüttung der Urbedeutung durch den Sprachgebrauch (συνήθεια) gesehen, fordert sie die Etymologie, das Bemühen um Erkenntnis des ursprünglichen Wortinhaltes; M. POHLENZ 42 f. Diese Forderung wird von den römischen Juristen übernommen; Serv./Cels. 19 dig. D. 33,10,7,2 (zur Testamentsauslegung) *non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere*; D. SCHANBACHER, in: FS R. Knütel (o.¹⁰⁰) 1027 f.

¹⁰⁸ Diese Datierung des Damnationslegats trifft sich mit der aus anderen Beobachtungen gewonnenen Datierung M. WLASSAKS, SZ 31 (1910) 196, 201 f., 219 f. (zwischen 204 und 169 v. Chr.). Ähnlich spät die Datierung C. FERRINIS, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano*, Milano 1889 (Nachdruck 1976) 20 ff. (nach 169 v. Chr.) [etwas zu spät, denn ältere und jüngere Sakralordnung sowie die *lex Voconia* kennen das Damnationslegat bereits; D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae* (o.⁹) 26 f.]

¹⁰⁹ D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae* (o.⁹) 21.

¹¹⁰ Gai. 2,201. Eine Beschwerde des *familiae emptor* (M. KASER, *Römisches Privatrecht I* [o.²] 111) scheidet aus (Randfigur, s. o.).

¹¹¹ S. o. unter 3.

zugelassene Damnationslegat vereinigen sich, zusammen mit gewissen Sonderformen, im neuen Legatsbegriff (*legatum* im neuen Sinn)¹¹².

Während im Weiteren der Begriff ‚sein Vermögen‘ für *sua res* festgehalten wird, spaltet sich vom früheren weiten Begriff des *legare* (‚letztwillig verfügen‘)¹¹³ ein engerer Begriff ab (‚vermachen‘)¹¹⁴.

Als Ergebnis dieses Prozesses gewinnt tab. V 3, über die ursprüngliche Ermächtigungsfunktion¹¹⁵ hinaus, für alle Legate Bezugs- und Begrenzungsfunktion (sog. *ultra vires*-Prinzip), Funktionen, die auch unter der Geltung der *lex Falcidia* fortbestehen¹¹⁶.

5 Hochklassischer Rückblick

„Diesen Worten des Zwölftafelgesetzes ‚Wie er letztwillig verfügt haben wird hinsichtlich seiner Sache, so soll es Recht sein‘, so fasst der Hochklassiker Pomponius die zurückliegende Entwicklung von tab. V 3 zusammen¹¹⁷, ‚scheint weitestgehende Bedeutung zuerkannt worden zu sein, sowohl für die Erbeinsetzung als auch für die Vergabe von Legaten und Freiheiten und auch für die Begründung von Vormundschaften. Doch ist dies durch Auslegung eingeengt worden, sei es der Gesetze, sei es der aufgrund ihrer *auctoritas* Recht Schaffenden‘¹¹⁸. Der Text referiert die im

¹¹² UE 24,1–6; M. WŁASSAK, SZ 31 (1910) 196, 208.

¹¹³ S. o. unter 3.

¹¹⁴ H. HEUMANN/E. SECKEL, Handlexikon (o.¹⁷) s. v. Legare 2) 308. Treffend A. MAGDELAIN, Jus etc. (o.¹) 667 („L’un d’eux, le legs proprement dit, donnera lieu à une spécialisation du mot“).

¹¹⁵ S. o. unter 1.

¹¹⁶ D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae* (o.⁹) 21 ff., 31 ff., 228 f.

¹¹⁷ Pomp. 5 ad Q. M. D. 50,16,120 *Verbis legis duodecim tabularum his Uti legassit suae rei, ita ius esto latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelae quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.*

¹¹⁸ D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae* (o.⁹) 15, 20, *verbis (...)* *his* (o.¹¹⁷) ist Dativ, *potestas* (o.¹¹⁷) bedeutet ‚Bedeutung‘; D. SCHANBACHER 20. Herkömmlich wird hingegen *verbis (...)* *his* als Ablativ gedeutet und *potestas* als ‚Befugnis‘, s. H. STIEGLER, SZ 115 (1998) 580, 583 f. S. ferner A. MAGDELAIN, Jus etc. (o.¹) 660, 665 („la liberté de tester“); M. BRETONNE, I fondamenti (o.⁹) 27 („potere amplissimo“); U. AGNATI, in: M. HUMBERT, Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti, Pavia 2005, 239, 255 („amplissimo potere“). Doch lässt sich eine Befugnis als Rechtslage nicht durch *interpretatio* einschränken (Pomp. cit. ¹¹⁷ *sed id interpretatione* etc.), D. SCHANBACHER, IVRA 61 (2013) 197, 200 ff. Der im Text (o.¹¹⁷) anklingende Vorbehalt (*videtur*) ist durch das Folgende motiviert (*sed id interpretatione* etc.); s. D. SCHANBACHER 20. Im technischen Sinn von *legare*,

Laufe der Zeit in tab. V 3 verankerten und damit seitens der Rechtsordnung ermöglichten Inhalte der – nach tab. VI 1 vollzogenen – letztwilligen Verfügung, was zusammengenommen den Eindruck einer ‚weitestgehenden Bedeutung‘ (*latissima potestas*) des Zwölf Tafelsatzes hervorruft, um diesen Eindruck jedoch sogleich durch die Benennung der einschränkenden Gesetzesinterpretation und Doktrin wieder abzuschwächen¹¹⁹. In seiner Aufzählung der durch tab. V 3 ermöglichten Inhalte der letztwilligen Verfügung vernachlässigt der Text die Chronologie der Ereignisse. Die Erbeinsetzung wird vor der Legatsvergabe oder der Vormundsberufung genannt, was der historischen Entwicklung¹²⁰ nicht entspricht. Doch mag immerhin der palingenetische Ort des Textes¹²¹ auf den Ausgangspunkt der Entwicklung hinweisen.

meint hingegen A. MAGDELAIN, *Jus etc.* (o.¹) 665 f. („Le juriste laisse entendre qu’entre le texte légal e l’interprétation il y a une dissonance“); ähnlich M. CRAWFORD, *Roman Statutes II* (o.⁸) 637 („It is also a text that made at least Pomponius uneasy“). *heredis instituendi etc.* (o.¹¹⁷): attributiv gebrauchtes Gerundivum und Gerundium mit verbaler Rektion stehen nebeneinander; es handelt sich um Genitive der Beziehung, abhängig von *potestas* (o.¹¹⁷). Der Genitiv der Beziehung verbindet sich mit Verben und Adjektiven; J. B. HOFMANN/A. SZANTYR, *Lateinische Syntax und Stilistik* (o.⁹) 74. Doch auch in Verbindung mit Substantiven kommt er vor, etwa in Plaut. *Persa* 785 *quia si fidem non habui argenti* (J. B. HOFMANN/A. SZANTYR 74 f.) oder (K. E. GEORGES/H. GEORGES, *Hdwb. II* [o.⁷] s. v. *illex* Sp. 47) Apul. apol. 31 *illex animi Venus* (vgl. J. B. HOFMANN/A. SZANTYR 79).

¹¹⁹ D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidia* (o.⁹) 20, 31 f. – Vielfach wird der zweite Satz für gestört angesehen; P. VOGLI, *Diritto ereditario romano I* (o.⁶⁴) 6 (justinianische Zusammenfassung); M. BRETONI, *I fondamenti* (o.⁹) 27, 28 f. (für Einfügung von <voluntate> nach *legum*); B. ALBANESE, *Ann. Pal.* 45 (1998) 35, 37 (für *legibus* statt *legum*).

¹²⁰ S. o. unter 3; unter 4.

¹²¹ Pomp. frgm. 248; O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis II*, Leipzig 1889 (Nachdruck 2006) Sp. 65 (aus dem Abschnitt *De legatis* 3).

Testamentum mulieris calatis comitiis

Jan Zabłocki

Le *Noctes Atticae* di Aulo Gellio, antiquario all'epoca degli Antonini, sono una miniera di preziosissimi ragguagli sul diritto arcaico, quello delle successioni incluso. Riportano, tra altro, la più antica definizione del testamento¹; rinvencono il *consortium ercto non cito*², all'epoca ormai caduto da tempo nell'oblio; rammentano i testamenti più remoti³: il *testamentum calatis comitiis*, fatto dinanzi all'assemblea del popolo, il *testamentum in procinctu*⁴ pronunciato nell'imminenza della pugna davanti ai commilitoni schierati in ordine di battaglia, il *testamentum per familiae emancipationem* che contemplava il ricorso ad *aes et libram*⁵. Dal racconto di Gellio risulta che i Romani avevano tre forme di testamento, ma non se ne evince quale avesse preceduto le altre. Ne informano le Istituzioni del giurista Gaio, contemporaneo di Gellio.

¹ Gell. 7,12,1–6. Cf. R. ŚWIRGOŃ-SKOK, *Testament jako przykład zapewnienia kontynuacji rodziny rzymskiej w świetle 'Noctes Atticae' Aulusa Gelliusa*, [in:] *'Noctes Iurisprudentiae'*, red. P. NICZYPORUK, A. TARWACKA, p. 268 ss.; A. TARWACKA, *Testament zwierciadłem obyczajów? Pliniusz Młodszy o ostatniej woli Domitiusa Tullusa*, [in:] *'Noctes Iurisprudentiae'*, p. 275 ss.

² Gell. 1,19,12. Cf. J. ZABŁOCKI, *'Consortium ercto non cito' w 'Noctes Atticae' Aulusa Gelliusa*, *Prawo Kanoniczne* 31.3–4,1988, p. 271–182, Sum. A. TARWACKA, *op. cit.*, p. 279 ss.

³ Cf. J. ZABŁOCKI, *Le più antiche forme del testamento romano*, [in:] *'Ius romanum schola sapientiae'*. *Pocta Petrovi Blahovi k 70. narodeninám*, Trnava 2009, p. 554 ss.; T. RÜFNER, *Testamentary Formalities in Roman Law*, [in:] *Comparative Succession Law, I: Testamentary Formalities*, ed. K.G.C. REID, M.J. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, Oxford – New York 2011, p. 3 ss.

⁴ Cf. L. MINIERI, *Il 'testamentum in procinctu'*, *SDHI* 64,1998, p. 253 ss.; M. JOŃCA, *Forma i czas obowiązywania 'testamentum in procinctu' w prawie rzymskim*, *Prawo-Administracja-Kościół* 5.4,2004, p. 35 ss.; J. RUDNICKI, *Testament żołnierski i testamenty wojskowe w europejskiej tradycji prawnej*, Kraków 2015, p. 34 ss.

⁵ Gell. 15,27,3: ... *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*. Cf. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, 1967, p. 22 ss.; A. SKALEC, *Testament mancypacyjny Antoniusa Silvanusa*, *Zeszyty Prawnicze* 9.2,2009, p. 29 ss. F. TERRANOVA, *Ricerche sul 'testamentum per aes et libram'*, I: *Ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011, p. 73 ss.

Per Gaio il *testamentum calatis comitiis* e il *testamentum in procinctu* erano ormai istituiti passati alla storia, ma purtuttavia utili a dimostrare che il *testamentum per aes et libram* permetteva di conseguire gli stessi effetti, anche nell'immediato pericolo di morte. E, per giunta, in ogni momento e non, come i primi, soltanto due volte all'anno ai *comitia calata* in tempo di pace, e in *procinctu* della battaglia in tempo di guerra⁶.

È risaputo che le donne romane non servivano nell'esercito e non partecipavano alle spedizioni militari. Pertanto il *testamentum in procinctu* non poteva fare per loro. Gellio soggiunge che le donne erano anche escluse dalle assemblee⁷. Come, dunque, in epoca arcaica, potevano testare? Gellio ribadisce più volte che le donne non solo potevano succedere, ma anche far testamento. Purtroppo ne tace la forma. Prendiamo per buone le affermazioni di Gellio: le donne potevano testare. Ma in quale forma?

Nelle *Noctes Atticae* i brani al riguardo si richiamano principalmente alle leggende⁸

⁶ G. 2,101–102: *Testamentum 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 in pace en in otio faciebant, alterum in procinctu exituri. Accedit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur ...*

⁷ Gell. 5,19,10: *Neque pupillus autem neque mulier quae in parentis potestate non est adrogari possunt, quoniam et cum feminis nulla comitorum communio est et tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est ut caput liberum fidei suae commissum alienae ditioni subiciant.*

⁸ Gell. 7,7,1–8: *Accae Larentiae et Gaiae Taraciae, sive illa Fufetia est, nomina in antiquis annalibus celebria sunt. earum alterae post mortem, Taraciae autem vivae, amplissimi honores a populo Romano habiti. 2. Et Taraciam quidem virginem Vestae fuisse lex Horatia testis est quae super ea populum lata. qua lege ei plurimi honores fiunt, inter quos ius quoque testimonii dicendi tribuitur, testabilisque una omnium feminarum ut sit datur. id verbum est legis ipsius Horatiae; contrarium est in duodecim tabulis scriptum. 3. 'Inprobus intestabilis esto'. 4. Praeterea si quadraginta annos nata sacerdotio abire ac nubere voluisset, ius ei potestasque exaugurandi atque nubendi facta est munificentiae et beneficii gratia, quod campum Tiberinum sive Martium populo condonasset. 5. Sed Acca Larentia corpus in vulgus dabat pecuniamque emeruerat ex eo quaestu uberem. 6. Sed testamento, ut in Antiatis historia scriptum est, Romulum regem, ut qudam autem alii tradiderunt, populum Romanum bonis suis heredem fecit. 7. Ob id meritum a flamine Quirinali sacrificium ei publice fit et dies e nomine eius factos additus. 8. Sed Sabinus Masurius in primo memoraliū, secutus quosdam historiae scriptores, Accam Larentiam Romuli nutricem fecisse dicit. 'ea', inquit, 'mulier ex duodecim filiis maribus unum morte amisit. in illis locum Romulum Accae sese filium dedit seque et ceteros eius filios fratres Arvales appellavit. ex eo tempore collegium mansit fratrum Arvalium numero duodecim, cuius sacerdotii insigne est spicea corona et albae infulae'. Cf. J. ZABŁOCKI, *Appunti sul 'testamentum mulieris'*, BIDR 94–95, 1991–1992, p. 159 ss.*

su Gaia Tarazia⁹ e Acca Larenzia¹⁰ e a un appunto sulla facoltà delle Vestali di far testamento¹¹. La leggenda di Acca Larentia, benchè formata in un'epoca successiva, si riferisce agli albori dello stato romano e, almeno così credevano i Romani, confermava che sin dalle più remote origini di Roma le donne potevano disporre per testamento dei propri beni¹².

Le nozioni concernenti la possibilità di testare da parte delle Vestali risalgono ai tempi della Legge delle XII Tavole¹³. Tale possibilità era la conseguenza della liberazione della donna dalla patria potestà. La liberazione e il conseguente acquisto del *ius testamenti faciendi* avveniva *sine emancipatione* e *sine capitis deminutione*¹⁴. Le altre donne liberandosi dalla potestà del padre o del marito acquistavano il *ius testamenti faciendi* solo grazie alla *emancipatio* e alla *capitis deminutio*¹⁵. Sfruttando tale possibilità dovevano quindi far testamento nella forma apposita¹⁶.

Da Gellio, e soltanto da lui, sappiamo che il *testamentum calatis comitiis* si effettuava agli stessi *comitia* in cui si procedeva alla *sacrorum detestatio*¹⁷: dunque, ai *comitia calata* che si svolgevano *pro conlegio pontificum*. Sempre di Gellio l'appunto che il *testamentum calatis comitiis* si effettuava in *populi contione*.

⁹ Cf. F. BOEM, s.v. *Gaia Tarazia*, [in:] RE VII.1, Stuttgart 1010, c. 480; L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano 1984, p. 38 ss.; J. MISZTAL-KONECKA, *'Incestum' w prawie rzymskim*, Lublin 2007, p. 236 ss.

¹⁰ Cf. G. WISSOWA, s.v. *Acca*, [in] RE I.1, Stuttgart 1894, p. 131; F. GUIZZI, *Miti e politica nella capacità successoriale del 'populus Romanus'*. Labeo 8,1962, p. 182 ss.

¹¹ Gell. 1,12,9: *Virgo autem Vestalis simul est capta atque in atrium Vestae deducta et pontificibus tradita est, eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione et patris potestate exit et ius testamenti faciendi adipiscitur*. Cf. VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne a far testamento*, BIDR 48,1942, p. 78; J. ZABŁOCKI, *Appunti sul 'testamentum mulieris' ...*, p. 162 ss.

¹² Cf. E. VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne...*, p. 80 ss.; F. GUIZZI, *Miti e politica nella capacità ...*, p. 186 ss.; P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*², I, Milano 1967, p. 419; L. PEPPE, *op. cit.*, p. 38.

¹³ Gell. 1,12,18: *Praeterea in commentariis Labeonis, quae ad duodecim tabulas composuit, ita scriptum est: Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato, neque intestatae quisquam, sed bona eius in publicum redigi aiunt. id quo iure fiat, quaeritur*. Gellio riferisce i dubbi del giurista solo in relazione alla legalità dell'acquisto dei beni ereditari della Vestale morta *ab intestato* da parte dall'*aerarium* e non menziona i dubbi rispetto alla successione testamentaria. Cf. D.T. OLIVER, *Roman Law in Aulus Gellius*, Cambridge Law Journal 5,1933, p. 54; J. MISZTAL-KONECKA, *op. cit.*, p. 239 ss.

¹⁴ Cf. J. MISZTAL-KONECKA, *op. cit.*, p. 224 ss.

¹⁵ Cf. E. VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne ...*, p. 81 ss.; J. ZABŁOCKI, *Appunti sul 'testamentum mulieris' ...*, p. 162 ss.; J. MISZTAL-KONECKA, *op. cit.*, p. 224 ss.

¹⁶ Cf. J. ZABŁOCKI, *Le più antiche forme del testamento romano ...*, p. 551 ss.

¹⁷ Cf. J. ZABŁOCKI, *Appunti, sulla 'sacrorum detestatio'*, BIDR 92–93, 1989–1990, p. 542 ss.

Il vocabolo *contio* aveva tuttavia più accezioni¹⁸. Poteva indicare il luogo o la tribuna da cui si concionava il popolo, il popolo in ascolto, oppure il solo discorso. Sempre in *contio* il magistrato informava il popolo, partecipava il proprio punto di vista, compiva atti la cui validità era subordinata alla presenza del popolo¹⁹.

Dovendo distinguere tra *contio* e *comitium*, i Greci erano di solito spaesati. Polibio, residente a Roma verso la metà del II sec. a. C., evitava di tradurre i vocaboli legati al concetto di assemblea: per Polibio, il popolo riunito in *contio* o *comitia* è *demos*. Ne avrebbe fatto tesoro Dione Cassio scrivendo del principato. La differenza tra sfuggiva anche a Plutarco e ad Appiano: quest'ultimo traduceva sovente *contio* con *ekkllesia*, in greco assemblea che discute e vota²⁰.

Viene da domandarsi se *contio* significasse anche: riunione, una riunione in cui si passa al voto. Lo farebbe pensare la spiegazione di *contionem convocari* data Lucio Giulio Cesare e ricordata nei *Saturnalia* di Macrobio²¹: *cum populo agi*. Ma non è certo che la locuzione si riferisse a un'assemblea votante²². V'è da considerare, per giunta, che nessun'altra fonte attribuisce a *contio* tal significato. Un brano di Asconio²³ potrebbe perfino escluderlo. Vi si distinguono i votanti riuniti nelle proprie *tribus* dalle assemblee, chiamate *contiones*, in cui

¹⁸ Gell. 18,7,2–3 e 5–9: *Misit autem paulo post Favorino librum, quem promiserat – Verri, opinor, Flacci erat –, in quo scripta ad hoc genus quaestionis pertinentia haec fuerunt: (...) “contionem” autem tria significare: locum suggestumque, unde verba fierent, sicut M. Tullius in oratione, quae inscripta est contra contionem Q. Metelli: “escendi” inquit “in contionem, concursus est populi factus”; item significare coetum populi adsistentis, sicuti idem M. Tullius in oratore ait: “Contiones saepe exclamare vidi, cum apte verba cecidissent. Etenim exspectant aures, ut verbis conligetur sentential”; item orationem ipsam, quae ad populum diceretur. Cf. F. PINA POLO, *Las ‘contiones’ civiles y militares en Roma*, Zaragoza 1989, p. 4 ss. e 41 ss.*

¹⁹ Varro, *De ling. Lat.* 5,155; Fest., s.v. ‘Comitiales’, L. 34: Festus, s.v. *Comitiales*, L.34: *Comitiales dies appellabant, cum in comitio conveniebant; qui locus a coeundo, id est insimul veiendo est dictus.*

²⁰ Cf. L. ROSS TAYLOR, *Roman Voting Assemblies. From the Hannibalic War to the Dictatorship of Caesar*, New York 1966, p. 3.

²¹ Macrobius, *Sat.* 1,16,29: *Sed contra Iulius Caesar sexto decimo Auspicioium libro negat mundinis concionem advocari posse, id est cum populo agi.* Cf. L. ROSS TAYLOR, *op. cit.*, p. 3.

²² Cf. J. FARRELL, *The Distinction between ‘Comitia’ and ‘Concilium’*, *Athenaeum* 84,1986, p. 408 nt. 4.

²³ Asconius, *In Cornelianam*, C. 71 (=Giarattano 77): *Alia populus confusus ut semper alias, ita et in contione. sed his peractis, cum id solum superest, ut populus sententiam ferat, iubet eum is qui fert legem “discedere”: quod verbum non hoc significat quod in communi consuetudine est, eant de eo loco ubi lex feratur, sed in suam quisque tribum discedat in qua est suffragium laturus.*

regnava il disordine. Concorde, in *De lingua Latina*, Varrone²⁴, per il quale i *comitia centuriata*, destinate al voto, si riunivano chiuse le *contiones*.

Contio – potrebbe quindi indicare la prima fase dell'assemblea, preposta alla presentazione delle mozioni da mettere al voto²⁵. Tanto più che la facoltà di indirla risultava alquanto diffuso. Le *contiones* potevano tenersi in vari luoghi, contemporaneamente, senza un ordine del giorno molto preciso²⁶. Convocate dal magistrato²⁷ o dai pontefici²⁸, erano la cornice necessaria di liturgie sacrali e atti effettuabili solo previa gli *auspicia*²⁹. Ricordiamo, a mo' di esempio, l'*inauguratio regis aut flaminum*, il *testamentum calatis comitiis* e la *sacrorum detestatio*³⁰. Poiché la partecipazione era disgiunta dall'appartenenza a *curia*, *centuria* e *tribus*, tali *contiones* erano aperte a tutti, donne incluse³¹.

²⁴ Varro, *de ling. Lat.* 6,88: *In commentariis consularibus scriptum sic inveni: qui exercitum imperatus erit, accenso dicit: 'C. Calpurni, voca inclinium omnes Quirites huc ad me'. accensus dicit sic: 'omnes Quirites, inclinium vos huc ad iudices'. 'C. Calpurni', cos. dicit, 'voca ad conventionem omnes Quirites huc ad me'. accensus dicit sic: 'omnes Quirites, ite ad conventionem huc ad iudices'. Dein consul eloquitur ad exercitum: 'impero qua convenit ad comitia centuriata'.*

²⁵ Gell. 13,16,3: *Ex his verbis Messalae manifestum est, aliud esse 'cum populo agere' aliud 'contionem habere'. Isdem comitiis, quae 'calata' appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Nam 'cum populo agere' est rogare quid populum, quod suffragiis suis aut iubeat aut vetet, 'contionem' autem 'habere' est verba facere ad populum sine ulla rogatione.*

²⁶ Cf. TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, I, Graz 1887 (Nachdruck 1952), p. 198 ss.

²⁷ Varro, *De ling. Lat.:* 6,82 *Circum muros mitti solitum, quo modo inliceret populum in eum locum, unde vocare posset ad contionem, non solum ad consules et censores, sed etiam quaestores.*

²⁸ Gell. 15,27,1–3: *In libro Laelii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est Labeonem scribere 'calata' comitia esse, quae pro conlegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandorum causa. Eorum autem alia esse 'curiata', alia 'centuriata'; 'curiata' per lictorem curiatum 'calari', id est 'convocari', 'centuriata' per cornicinem.*

²⁹ Competenti a fare gli *auspicia* erano i magistrati, cf. G. W. BOTSFORD, *The Roman Assemblies. From their Origin to the End of Republic*², New York 1968, p. 100 ss.; L. ROSS TAYLOR, *op. cit.*, p. 4 ss.; J. BLEICKEN, *Zum Begrift der römischen Amtsgewalt ('auspicium – potestas – imperium')*, Göttingen 1981, p. 259 ss. Sulle competenze dei sacerdoti e dei magistrati, cf. C. CASTELLO, *Il problema evolutivo della 'adrogatio'*, SDHI 33,1967, p. 147 nt. 55 con la letteratura ivi indicata.

³⁰ Gell. 15,27,3: *Isdem comitiis, quae 'calata' appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant ...*

³¹ L. ROSS TAYLOR, *op. cit.*, p. 3.

Lo conferma il brano di Gellio sulla *captio* delle Vestali³². Al riguardo, la *lex Papia* fu un punto di svolta³³. Par giusto supporre che in epoca regia la *captio* fosse prerogativa del *rex*; quindi, del *rex sacrorum*; infine, votata la *lex Papia*, del *pontifex maximus*³⁴. Inizialmente le fanciulle venivano scelte dal re in persona, dopo si preferì al sorteggio. Ad ogni modo, la *captio* delle Vestali avveniva *in populi contione*³⁵. Le fanciulle dovevano esserci per poter essere scelte o sorteggiate a servire il Tempio di Vesta. La loro presenza fa pensare che vi fossero altre donne³⁶. Autorizzate a testare?

La veridicità dell'appunto secondo il quale il *testamentum calatis comitiis* veniva fatto *in populi contione* è alquanto contestata.

Per alcuni studiosi un atto di tal importanza, istitutivo per giunta di un erede, non poteva acquisire efficacia se non mediante il voto di un'apposita *lex*.

Per altri, *in populi contione* significa assemblea del *populus* riunito non secondo l'appartenenza politica a *curia*, *centuria* o *tribus*, bensì senza criteri precisi. Per farvi testamento, non c'era bisogno del voto. Di conseguenza, le donne potevano testarvi³⁷.

I primi trovano conforto in un istituto analogo: l'*adrogatio*³⁸ e, assumendo che il testatore elevasse l'erede testamentario al del figlio, ricostruiscono la formula testamentaria sul modello dell'*adrogatio*³⁹: *VELITIS IUBEATIS, UT L. VALERIUS L. TITIO TAM IURE LEGEQUE POST MORTEM EIUS HERES SUUS SIET,*

³² Gell. 1,12,10–11; 15: *De more autem rituque capiundae virginis litterae quidem antiquiores non exstant, nisi, quae capta prima est, a Numa rege esse captam. Sed Papiam legem invenimus, qua cavetur, ut pontificis maximi arbitrato virgines e populo viginti legantur sortitioque in contione ex eo numero fiat et, cuius virginis ducta erit, ut eam pontifex maximus capiat eaque Vestae fiat. [...] Plerique autem 'capi' virginem solam debere dici putant. Sed flamines quoque Diales, item pontifices et augures 'capi' dicebantur.* Cfr L. ROSS TAYLOR, *op. cit.*, p. 3.

³³ Cf. G. ROTONDI, *'Leges publicae populi Romani'*, Milano 1912, p. 376 ss.

³⁴ Cf. G.1,130; Ulp. 10.5; Cf. anche F. GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli 1968, p. 32 ss.

³⁵ J. MISZTAL-KONECKA, *op. cit.*, p. 220 ss.

³⁶ Cf. F. GUIZZI, *Aspetti giuridici ...*, p. 32 ss.

³⁷ Più dettagliatamente su questa discussione, cf. J. ZABLOCKI, *Appunti sul 'testamentum mulieris' ...*, p. 179.

³⁸ Cf. U. COLI, *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, Iura 7,1956, p. 42; P. VOCI, *op. cit.*, I, p. 16 e la letteratura ivi indicata.

³⁹ Cf. J. ZABLOCKI, *Il concetto di 'mater familias' in caso di arrogazione*, [in:] *'Mater familias'*. *Scritti romanistici per Maria Zablocka*, a cura di Z. Benincasa, J. Urbanik, Varsavia 2016, p. 1199 ss.

*QUAM SI EX EO PATRE MATREQUE FAMILIAS NATUS ESSET*⁴⁰ ... Il testamento sarebbe stato quindi l'effetto della *rogatio* indirizzata al popolo, seguita dal voto della mozione presentata dal testatore⁴¹. Risultava dunque soggetto alla decisione del popolo.

Nei brani raccolti da Gellio non v'è tuttavia alcuna traccia né dell'approvazione del popolo né tantomeno del voto dell'assemblea⁴². Se ne evince piuttosto il contrario: che il testamento veniva fatto ai *comitia calata*, dunque agli stessi comizi in cui si celebrava l'*inauguratio regis aut flaminum*, ai quali il popolo assisteva passivamente. L'*inauguratio* si svolgeva *pro conlegio pontificum*. Non c'è fonte che indichi che in tali *comitia* si contemplatesse il voto⁴³.

Riassumiamo. Gellio informa che il *testamentum calatis comitiis* e la *sacrorum detestatio* avvenivano in *populi contione*. Il *testamentum in procinctu*, in quanto tale, era precluso alle donne. Se effettivamente potevano testare, dovevano farlo nell'unica fase dell'assemblea, cui erano ammesse, ovvero in *populi contione*.

Bibliografia:

- BLEICKEN J., *Zum Begrift der rösichen Amtsgewalt ('auspicium – potestas – imperium')*, Göttingen 1981;
- BOEM F., s.v. *Gaia Tarazia*, [in:] RE VII.1, Stuttgart 1910, c. 480–485;
- BOTSFORD G. W., *The Roman Assemblies. From their Origin to the End of Republic*², New York 1968;
- CASTELLO C., *Il problema evolutivo della 'adrogatio'*, SDHI 33, 1967, p.129–163;
- COLI U., 'Regnum', SDHI 17,1951, p. 1–168;
- COLI U., *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, Iura 7, 1956, p. 24–91;
- FARRELL J., *The Distinction between 'Comitia' and 'Concilium'*, *Atheneum* 84, 1986, p. 407–438;
- GUIZZI F., *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli 1968;
- GUIZZI F., *Miti e politica nella capacità successoria del 'populus Romanus'*, *Labeo* 8, 1962, p. 169–205;

⁴⁰ Cf. U. VON LÜBTOW, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbsrechts*, [in:] *Studi in onore di Pietro De Franciscis*, I, Milano 1956, p. 425.

⁴¹ Cf. TH. MOMMSEN, *op. cit.*, III, p. 319 ss.; M. KASER, *Das alrömische 'ius'*. *Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949, p. 64 ss. P. VOCI, *op. cit.*, p. 16.

⁴² Sembra che tale *rogatio* indirizzata *ad populum* da parte del testatore non doveva essere votata ma solo accettata per acclamazione. Cf. U. COLI, 'Regnum', SDHI 17,1951, p. 65 ss.; L. ROSS TAYLOR, *op. cit.*, p. 2 ss.

⁴³ Più ampiamente sul tema J. ZABLOCKI, *Appunti sul 'testamentum mulieris' ...*, p. 175 ss.

- JOŇCA M., *Forma i czas obowiazywania 'testamentum in procinctu' w prawie rzymskim*, Prawo-Administracja-Kořciol 5.4, 2004, p. 35–43;
- KASER M., *Das altrömische 'ius'. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949;
- LÜBTOW U. VON, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbsrechts*, [in:] *Studi in onore di Pietro De Franciscis*, I, Milano 1956, p. 409–516;
- MINIERI L., *Il 'testamentum in procinctu'*, SDHI 64, 1998, p. 253–296;
- MISZTAŁ-KONECKA J., *'Incestum' w prawie rzymskim*, Lublin 2007;
- MOMMSEN TH., *Römisches Staatsrecht*³, I, Graz 1952 (Nachdruck 1952);
- OLIVER D. T., *Roman Law in Aulus Gellius*, Cambridge Law Journal 5, 1933, p. 46–60;
- PEPPE L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*; Milano 1984;
- PINA POLO F., *Las 'contiones' civiles y militares en Roma*, Zaragoza 1989;
- ROSS TAYLOR L., *Roman Voting Assemblies. From the Hannibalic War to the Dictatorship of Caesar*, New York 1966;
- ROTONDI G., *'Leges publicae populi Romani'*, Milano 1912;
- RUDNICKI J., *Testament żołnierski i testamenty wojskowe w europejskiej tradycji prawnej*, Kraków 2015;
- RÜFNER T., *Testamentary Formalities in Roman Law*, [w:] *Comparative Succession Law*, I: *Testamentary Formalities*, ed. K.G.C. REID, M.J. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, Oxford – New York 2011, p. 1–25;
- SKALEC A., *Testament macyjny Antoniusa Silvanusa*, Zeszyty Prawnicze 9.2, 209, p. 29–46;
- ŚWIRGOŃ-SKOK R., *Testament jako przykład zapewnienia kontynuacji rodziny rzymskiej w świetle 'Noctes Atticae' Aulusa Gelliusa*, [w:] *'Noctes Iurisprudentiae'*, red. P. NICZYPORUK, A. TARWACKA, p. 265–283;
- TARWACKA A., *Testament zwierciadłem obyczajów? Pliniusz Młodszy o ostatniej woli Domitiusa Tullusa*, [w:] *'Noctes iurisprudentiae'*, red. P. NICZYPORUK, A. TARWACKA, p. 275–283;
- VOCI P., *Diritto ereditario romano*², I, Milano 1967;
- VOLTERRA V., *Sulla capacità delle donne a far testamento*, BIDR 48, 1942, p. 73–87;
- WISSOWA G., s.v. *Acca*, [in] RE I.1, Stuttgart 1894, c. 131–134;
- ZABŁOCKI, *Appunti, sulla 'sacrorum detestatio'*, BIDR 92–93, 1989–1990, p. 525–543;
- ZABŁOCKI J., *Appunti sul 'testamentum mulieris'*, BIDR 94–94, 1991–1992, p. 157–179;
- ZABŁOCKI J., *'Consortium ercto non cito' w 'Noctes Atticae' Aulusa Gelliusa*, Prawo Kanoniczne 31.3–4, 1988, p. 271–182;
- ZABŁOCKI J., *Il concetto di 'mater familias' in caso di arrogazione*, [in:] *'Mater familias'. Scritti romanistici per Maria Zabłocka*, a cura di Z. BENINCASA, J. URBANIK, Varsavia 2016, p. 1199–1205;
- ZABŁOCKI J., *Le più antiche forme del testamento romano*, [in:] *'Ius romanum schola sapientiae'*. *Pocła Petrovi Blahovi k 70. narodeninám*, Trnava 2009, p. 549–560.

Právna história/Rechtsgeschichte

Die Töchter des Zelofhad – Num. 27,1–11 und Coll. 16,1¹

Ulrich Manthe

1 Num. 27,1–11 – 1. 1 Zelofhad – 1. 2 Die Klage der Töchter – 1. 3 Die Siedlungsgebiete – 2 Die rabbinische Auslegung – 2. 1 Prozessrecht – 2. 2 Das System der Mischna – 2. 3 Gleichberechtigung der Tochter mit dem Sohn? – 2. 4 Verhältnis der Tochter des Verstorbenen zur Tochter eines vorverstorbenen Sohnes – 2. 5 Warum starb Zelofhad? – 2. 6 Die Töchter wurden von den Rabbinen hoch geschätzt – 2. 7 Die Anteile der Töchter – 2. 8 Die Eheschließungen der Töchter – 3 Coll. 16,1 und Vetus latina – 3. 1 Antike Übersetzungen von Num. 27,1–11 – 3. 2 Collatio, Vetus Latina und Septuaginta – 3. 3 Zelofhad – Salphad – 3. 4 Collatio, Codex Lugdunensis und Rufinus – 4 Die Änderungen des Bibeltexes durch den Collator – 4. 1 Hinzufügungen – 4. 2 Kürzungen – 5 Zusammenfassung

Im letzten Jahr der Wüstenwanderung der Israeliten gewährte der Ewige² den Töchtern des Zelofhad und allen künftigen Töchtern ein Intestaterb-recht nach ihrem Vater, welches nur durch Söhne des Erblassers und deren Abkömmlinge ausgeschlossen wurde, aber allen Seitenverwandten des Erblassers vorging (u. 1). Die jüdischen Schriftgelehrten des 1. bis 4. Jhdts. n. Chr. diskutierten die Entscheidung unter manchen Gesichtspunkten (u. 2), während die Kirchenväter für die juristischen Aspekte des Falles wenig

¹ Zweisprachige Ausgabe des **babylonischen Talmuds**: L. GOLDSCHMIDT, Der babylonische Talmud I², II–IX, Leipzig / Berlin / Haag 1899–1935 (Bandzahlen in **römischen** Ziffern); deutsche Übersetzung: L. GOLDSCHMIDT, Der babylonische Talmud 1–12, Berlin 1929–1936, Ndr. Darmstadt 1996 (Bandzahlen in **arabischen** Ziffern); hebräische Ausgabe der **Mischna**: H. ALBEQ, Šiššā sidrē Mišnā „Die sechs Ordnungen der Mischna“ I–VI (Jerusalem 1988); deutsche Übersetzung (neben Einzelausgaben der zweisprachigen Gießener Mischna): D. CORRENS, Die Mischna, Wiesbaden 2005. – **STEMBERGER, Einl.** = G. STEMBERGER, Einleitung in Talmud und Midrasch, München 2011⁹. – Hebräische Namen und biblische Bücher werden in der Form der Luther-Übersetzung 2017, die Namen der Rabbinen und ihrer Schriften in der von STEMBERGER, Einl.⁹ verwendeten Transkription zitiert. In Einzelfällen folgt für hebräische Wörter in Klammern eine Transliteration der hebräischen Buchstaben: *ʿ b g d h w z ḥ ṭ j k l m n s ʿ p ṣ q r š ṣ ṣ t*; Vokalzeichen: *a* (Qamaṣ) *ā* (Qamaṣ ḥaṭūf) *ā* (= Pātāh) *æ* (S^ḳōl) *e* (Šerē) *i* (Hīræq) *o* (Hōlæm) *u* (Qibbūs); *scriptio plena* (Vokalzeichen + *h j w ʿ*) ist mit Makron (*ā* usw.) bezeichnet; *S^ḳwa mobile* und *ḥaṭef-Vokale*: *e d ā ā*. Nach Vokal spirantisierte *litterae b g d k p t* werden als *v ḡ ḏ k f t* transliteriert.

² Übersetzung des Gottesnamens *JHWH* nach L. ZUNZ, Die vierundzwanzig Bücher der Heiligen Schrift nach dem masoretischen Text, Tel-Aviv / Stuttgart 1997.

Interesse zeigten.³ Die Collatio nahm den Fall und seine Entscheidung in ihren Titel *De legitima successione* auf. Der Collatio-Text folgt inhaltlich nicht dem hebräischen Text, sondern dem der Septuaginta (LXX), zeigt aber gewisse Unterschiede zu den wenigen erhaltenen Vetus-Latina-Zeugen für die Perikope Num. 27,1–11 (u. 3). Schließlich weist der Collatio-Text kleine Ergänzungen und größere Lücken gegenüber dem Bibeltext auf (u. 4).

Der Verfasser der Collatio hatte Kenntnisse der jüdischen Tradition. Der Beweis, dass er jüdisch gebildet, daher gewiss auch jüdischer Herkunft war, ist bereits geführt worden;⁴ er stützt sich auf Coll. 6,7 pr. *rudibus populis ... isdem abstipulantibus*, womit die Zurückweisung des Gesetzes vom Sinai durch die Heidenvölker gemeint ist – ein Christ des ausgehenden 4. Jhdts. hätte die Annahme oder Ablehnung des Alten Gesetzes nicht zum Zentrum seiner Argumentation gewählt, da doch die Tora durch den Neuen Bund aufgehoben war. Da der Collator mit Coll. 16,1 einen Text in seine Sammlung aufgenommen hat, der nicht zum Kernbereich des christlich rezipierten Gesetzes zählt und auch mit dem Dekalog wenig zu tun hat,⁵ hatte er wohl Kenntnisse des altjüdischen Rechts, um genau diesen Text zu finden.⁶

³ Origenes hom. in Num. 22,1–2 in der lateinischen Übersetzung des Rufinus von Aquileia (PG 12, 1857, 740–743), Ambrosius, ep. 76,6 (PL 16, 1880, 1315–1316) und Hieronymus, ep. 78,43,3 (u. Fn. 18) legten die Perikope nur allegorisch aus, wie es einst schon Philon von Alexandria getan hatte (de migratione Abrahami 205).

⁴ U. MANTHE, 6,7 pr. *isdem abstipulantibus*, in: *Ars Iuris*, Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag, Hrsg. M. AVENARIUS u. a., Göttingen 2009, 351–370, 356–367; U. MANTHE, Die Collatio: Inhalt, Textkritik und Verfasserfrage, in: *Aus der Werkstatt römischer Juristen. Vorträge der Europäisch-Ostasiatischen Tagung 2013 in Fukuoka*, Hrsg. U. MANTHE/SH. NISHIMURA/M. IGIMI, Berlin 2016, 197–218, 211–213. Das Wort *abstipulantibus* steht in allen drei Collatio-Handschriften; seit dem ersten Herausgeber P. PITHOU, *Fragmenta quaedam Papiniani, Pauli, Ulpiani, Gaii, Modestini, aliorumque veterum Iuris auctorum*, Paris 1573, 21 über TH. MOMMSEN, in: P. KRUEGER/TH. MOMMSEN/GU. STUEDEMUND edd., *Collectio librorum iuris anteiustiniani III*, Berlin 1890, 160,24 bis zu KUEBLER, in: E. SECKEL/B. KUEBLER edd., *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae*, Leipzig 1927, 354 zu Fn. 11, haben die Herausgeber das Hapax legomenon *abstipulantibus* in *adstipulantibus* „emendiert“, obwohl der in den Handschriften durch *abstipulantibus* bezeugte Gedankengang richtig ist. Nur die 2. Ausgabe von PITHOU 1574 druckte *abstipulantibus*, s. MANTHE, Die Collatio 212 Fn. 57.

⁵ Anders R. M. FRAKES, *Compiling the Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum in Late Antiquity*, Oxford 2011, 105 f.: dem 10. Gebot zuzuordnen.

⁶ Solche Grundkenntnisse kann man auch an anderer Stelle der Collatio vermuten, vgl. U. MANTHE, Dubletten im Text der Collatio als Spuren der Redaktionstätigkeit, in: *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, Hrsg. K. MUSCHELER, Berlin 2011, 395–412, 411; MANTHE, Die Collatio (o. Fn. 4) 206–211. Vgl. u. zu Fn. 119.

1 Num. 27,1–11

Num. 27,1–11 (Übersetzung aus dem Hebräischen)

(1) Und es traten heran die Töchter des ZELOFHAD, des Sohnes des HEFER, des Sohnes des GILEAD, des Sohnes des MACHIR, des Sohnes des MANASSE (von den Sippen des MANASSE), des Sohnes des JOSEF; dies sind die Namen seiner Töchter: MACHLA, NOA und HOGLA und MILKA und TIRZA. (2) Und sie stellten sich hin vor MOSE und vor den Priester ELEASAR und vor die Fürsten und die ganze Versammlung, um am Eingang des Zeltes der Begegnung zu sprechen: (3) „Unser Vater starb in der Wüste; er war allerdings nicht in der Schar derer, die sich zusammenrotteten gegen den Ewigen in der Rotte KORACH; vielmehr starb er wegen seiner eigenen Sünde, und Söhne hatte er nicht. (4) Warum soll der Name unseres Vaters aus der Mitte seiner Sippe ausgelöscht werden, weil es keinen Sohn von ihm gibt? Gib uns Grundbesitz inmitten der Brüder unseres Vaters!“ (5) Und MOSE brachte ihren Anspruch vor den Ewigen. (6) Da sprach der Ewige zu MOSE Folgendes: „(7) Richtiges haben die Töchter des ZELOFHAD gesagt; gib, ja gib du ihnen erblichen Grundbesitz inmitten der Brüder ihres Vaters; und lasse den Nachlass ihres Vaters auf sie übergehen. (8) Und zu den Söhnen des ISRAEL sprich Folgendes: *Wenn ein Mann stirbt und es keinen Sohn von ihm gibt, so lasst seinen Nachlass auf seine Tochter übergehen. (9) Und wenn es keine Tochter von ihm gibt, so gebt seinen Nachlass seinen Brüdern. (10) Und wenn es keine Brüder von ihm gibt, so gebt seinen Nachlass den Brüdern seines Vaters. (11) Und wenn es keine Brüder seines Vaters gibt, so gebt seinen Nachlass seinem nächsten Blutsverwandten aus seiner Sippe, und der nehme ihn in Besitz.* Dies werde für die Söhne des ISRAEL zu einer Rechtsregel, wie der Ewige dem MOSE geboten hat“.

1. 1 ZELOFHAD

ZELOFHAD, der in der Collatio den Namen SALPHAD trägt (u. 3. 3), war mit den Israeliten aus Ägypten ausgezogen. Er war Ururur-Enkel des JOSEF (Num. 26,28–33; 27,1; Jos. 17,3; 1. Chr. 7,14–17) und hinterließ fünf Töchter, aber keinen Sohn. Nach der Chronik des EUSEBIOS in der Bearbeitung durch HIERONYMUS⁷ geschah der Exodus im Jahre ABRAHAMIS 505.⁸ Die Klage der Töchter

⁷ Eusebi chronicorum libri duo II: Eusebi chronicorum canonum quae supersunt, ed. A. SCHOENE, Berlin 1866.

⁸ SCHOENE II 29: a. Abr. 505 ~ 1512 v. Chr. Meine (sehr anachronistischen) Umrechnungen in die Jahre der vorchristlichen Ära folgen der Gleichung Olympiade 1,1 = 776 v. Chr. ~ a. Abr. 1241 (SCHOENE II 79).

des Zelofhad⁹ fand im 40. Jahr der Wüstenwanderung¹⁰ statt (a. Abr. 545 ~ 1472 v. Chr.);¹¹ wenn wir annehmen, dass alle fünf Töchter bei der Klagerhebung mannbar waren, so dürfte die älteste Tochter spätestens a. Abr. 528 (~ 1489 v. Chr.) geboren sein. Zwischen Josefs Geburt (a. Abr. 252 ~ 1765 v. Chr.)¹² und der Geburt der ältesten Tochter (ca. a. Abr. 528) lagen also ungefähr 276 Jahre. In diesen 276 Jahren wurden Manasse, Machir, Gilead, Hefer, Zelofhad und die Töchter geboren, das waren sechs Zeugungen mit durchschnittlich 46 Jahren.

Das 4. Buch Mose wurde aus älterem Material, aber erst nach dem Exil zusammengestellt;¹³ wir müssen der Richtigkeit der Genealogie und der Chronologie keinesfalls vertrauen. Für unsere Untersuchung wollen wir aber die Ergebnisse der modernen Bibelkritik übergehen¹⁴ und den Bericht über die Töchter einfach nur aus der Sicht eines Bibellesers des 4. Jhdts. n. Chr. betrachten, der vielleicht den Berechnungen von Eusebios und Hieronymus folgte. Für einen solchen Leser war die Chronologie durchaus glaubhaft.

1. 2 Die Klage der Töchter

In der 42. und letzten Station¹⁵ der 40jährigen Wüstenwanderung lagerten die Israeliten in den Steppengebieten von Moab am Ufer des Jordans gegenüber Jericho (Num. 22,1).¹⁶ Dort fand die Musterung statt, die die künftige Landnahme vorbereiten sollte (Num. 26), und dort erhoben

⁹ Die Namen der Töchter wurden viermal aufgezählt: Num. 26,33; 27,1; 36,11; Jos. 17,3 (u. 2. 6). Töchter bleiben im Alten Testament oft namenlos, eine vierfache Aufzählung ist ganz ungewöhnlich, E. SEIFERT, Tochter und Vater im Alten Testament, Neukirchen-Vluyn 1997, 77, 158. Nach J. J. STAMM, Hebräische Frauennamen, in: Hebräische Wortforschung. Festschrift zum 80. Geburtstag von Walter Baumgartner, Hrsg. B. HARTMANN u. a., Leiden 1967, 301–340, 309 stehen rund 1400 Männernamen im Alten Testament nur 92 Frauennamen gegenüber; Tirza wird allerdings bei Stamm nicht erwähnt.

¹⁰ Zeitlich nach dem Tod Aarons (Num. 20,22–29) im 40. Jahr (Num. 33,38).

¹¹ Vgl. SCHOENE II 33 Anm. e: a. Abr. 545 *Mors Moysi*.

¹² SCHOENE II 17 Anm. l: a. Abr. 252 *Primo anno Ioseph ...*

¹³ M. NOTH, Das Alte Testament Deutsch 7: Das 4. Buch Mose Numeri, Göttingen 1982⁴, 7–13.

¹⁴ Zu den Schwierigkeiten, die verschiedenen Genealogien in Num. 26,29–33; 27,1; 36,1–3; Jos. 17,1–3 zu vereinen, siehe H. SEEBASS, Machir im Ostjordanland, *Vetus Testamentum* 32 (1982) 496–503.

¹⁵ Num. 33,48–49; Hieron. ep. 78,43,1: *In quadragesima secunda, quae et extrema mansio est ...* (u. Fn. 18).

¹⁶ Y. AHARONI/M. AVI-YONAH, Der Bibel Atlas, Augsburg 1991, 42 Karte 52.

Zelofhads Töchter vor Mose, Eleasar, den Stammesobleuten¹⁷ und der Versammlung ihre Klage, weil sie nicht als künftige Landbesitzerinnen vorgesehen waren (vgl. Num. 26,33);¹⁸ sie wiesen darauf hin, dass ihr Vater nicht der Rotte Korach angehört habe, deren Mitglieder vernichtet worden waren (Num. 16,35) und keinen Anteil am künftigen Land erhalten sollten.¹⁹ Die Töchter richteten ihren Anspruch nicht auf eigenes Recht, sondern darauf, dass der Name ihres Vaters weitergeführt werden solle.²⁰ Mose legte ihre Klage dem Ewigen vor. Das Urteil zugunsten der Töchter bildete einen Präzedenzfall für die Zukunft und wurde als von besonderer Bedeutung angesehen.²¹

Die Entscheidung des Ewigen, die Töchter sollten neben ihren Vatersbrüdern den Anteil ihres Vaters bekommen (Num. 27,7), wurde noch am Jordanufer eingeschränkt (Num. 36,1–12): Auf Antrag der Familienhäupter²² aus der Sippe des Gilead sollten die Töchter innerhalb des Stammes Manasse heiraten (Num. 36,8), damit ihr Erbe nicht auf einen anderen Stamm übergehe (Num.

¹⁷ Coll. 16,1,1 *principes*, „Stammesobleute“: H. SEEBASS, Biblischer Kommentar Altes Testament, Numeri I: Num. 1,1 – 10,10, Neukirchen-Vluyn 2012, 35; „Sprecher“ der agnatischen Sippen: NOTH, Numeri (o. Fn. 13) 182.

¹⁸ Hieron. ep. 78,43,3 (o. Fn. 3, 15): *Interpellant quinque filiae Salphaad et iudicio Domini hereditatem accipiunt inter fratres suos, nec femineus a possessione Dei sexus excluditur*; Hieron. ep. 65,1,4 *Filiae Salphaad hereditatem inter fratres merentur accipere*. Der Kirchenlehrer scheint in der Annahme, sie hätten ihren Anteil neben ihren Brüdern (*inter fratres suos*) empfangen, geirrt zu haben – es waren doch die Brüder des Vaters (Num. 27,6). Aber er meinte wohl die Brüder im geistlichen Sinne, wie sich aus *nec femineus a possessione Dei sexus excluditur* ergibt. Oder kannte Hieronymus die Ansicht des R. Papa, dass auch Töchter neben den Söhnen erbten (u. 2. 3)?

¹⁹ J. WEINGREEN, *The Case of the Daughters of Zelophchad*, *Vetus Testamentum* 16 (1966) 518–522, 518, 521; *The Soncino Chumash*, ed. A. COHEN, Brooklyn, N. Y. 1983², 941 unter Berufung auf Abraham Ibn Ezra (1089 – ca. 1164) und Moshe ben Nachman (Nachmanides, 1194 – 1270).

²⁰ Für die Mischna spielte die Weiterführung des Namens keine Rolle mehr, vielmehr wurde nur das eigene Recht der Töchter behandelt (u. 2. 2).

²¹ Es sind nur vier weitere Fälle überliefert, in welchen Mose nicht selbst entschied, sondern sich an den Ewigen wandte: Lev. 24,10–23 (Strafe der Gotteslästerung); Num. 9,6–14 (Aufschub der Passa-Zeremonie für Verunreinigte); Num. 15,32–36 (Strafe der Sabbatentweihung, s. u. 2. 5) und Num. 36,1–12 (Ehebeschränkung für Erbtöchter, hierzu sogleich); WEINGREEN (o. Fn. 19) 520; H. SEEBASS, *Biblischer Kommentar Altes Testament, Numeri III: Num. 22,2 – 36,13*, Neukirchen-Vluyn 2007, 199. Nach Ch. ALBECK, *Einführung in die Mischna*, Berlin 1971, 36 war Mose bei diesen fünf Fällen im Zweifel; zu den rabbinischen Ansichten u. 2. 1.

²² Nicht die „Stammesbrüder“ (so SEIFERT, *Tochter und Vater* [o. Fn. 9] 78), sondern die Abkömmlinge des gemeinsamen Urgroßvaters Gilead.

36,7). Daraufhin wählten die Töchter Zelofhads ihre agnatischen Vettern zu Ehemännern.²³

Die Verteilung des Landes geschah nach der Landnahme (Jos. 14–21). Nach Num. 26,30–32 sollte der Stamm Manasse je einen Anteil für die sechs Enkel des Machir über Gilead erhalten: Hefer und seine fünf Brüder Iëser, Helek, Asriël, Sichem und Schemida; des Hefer Sohn war Zelofhad. Der Anteil des schon verstorbenen Hefer wurde an Hefers noch lebende Söhne (Zelofhads Brüder) und deren agnatische männliche Abkömmlinge sowie an die Töchter des verstorbenen Zelofhad verteilt (Jos. 17,2–6). Freilich mussten die Töchter den Eleasar noch einmal ausdrücklich auf das neue Erbrecht hinweisen (Jos. 17,4); Eleasar, der doch der Gesetzgebung Num. 27, 8–11 beigewohnt hatte, scheint Erinnerungslücken gehabt zu haben.

1.3 Die Siedlungsgebiete

Für die Historizität der Landverteilung auch an die Töchter spricht, dass einige Namen der Abkömmlinge des Gilead in der israelischen Topographie als Ortsnamen erscheinen, also die Siedlungsgebiete der Abkömmlinge bezeichnen.

Im Jahre 1910 wurden in Samaria 102 Ostraka aus dem 8. Jhdt. v. Chr. aufgefunden, auf denen Naturallieferungen für den Palast aufgezeichnet sind.²⁴ Einige Orte, aus denen geliefert wurde, trugen die Namen der Abkömmlinge des Gilead (Num. 26,30–32): Abiëser, Helek, Asriël, Sichem und Schemida; Hefer fehlt, denn er war zur Zeit der Landverteilung schon gestorben, aber seinen Söhnen (den Brüdern des Zelofhad) war Land zugeteilt worden.²⁵ Ein Gebiet Zelofhad fehlt und ist auch später nicht nachweisbar; aber in den Ostraka gibt es Orte mit den Namen zweier Töchter, Noa und Hogla.²⁶ Machla,

²³ Derselben Regel folgten später auch die Töchter eines Eleasar, der keinen Sohn, aber Töchter hinterlassen hatte (1. Chr. 23,22–23), vgl. u. 2. 8. Scheschan, der nur Töchter hatte, gab eine seinem Knecht zur Frau (1. Chr. 2,34); wahrscheinlich wurde der Knecht Erbe des Scheschan, SEIFERT, Tochter und Vater (o. Fn. 9). Hiobs Töchter erbten nicht intestat, sondern aufgrund Testaments (Hi. 42,15).

²⁴ J. RENZ/W. RÖLLIG, Handbuch der Althebräischen Epigraphik I, Darmstadt 1995, 79–109: Ostraka *Sam* (8): 1, 1–102.

²⁵ Jos. 17,2; ein Gebiet Hefer ist 1. Kön. 4,10 belegt.

²⁶ Noa: Ostraka *Sam* (8): 1,50. 52. 64, RENZ/RÖLLIG, Hdb. I (o. Fn. 24) 103, 106; Hogla: Ostraka *Sam* (8): 1,45. 47. 66, RENZ/RÖLLIG I 101, 102, 106. Die Ehemänner der Töchter setzten nicht ihren eigenen Namen fort, sondern übernahmen wohl den Namen des verstorbenen Schwiegervaters, so auch Esr. 2,61 = Neh. 7,63; aber die Ortsnamen trugen die Namen der Töchter. Nach D. VOLGGER, Und dann wirst du gewiss sterben. Zu den Todesbildern im Pentateuch, St. Ottilien 2010, 232 f., 235 Fn. 33 sollte der Erbesitz der Töchter

Milka und Tirza fehlen in den Ostraka, aber die Stadt Tirza ist als Residenz der Könige von Israel von Jerobeam bis Omri belegt.²⁷ Das Gebiet des Hefer und seiner Enkelinnen lag nordöstlich von Samaria, das Gebiet der Brüder Hefers westlich, südlich und südöstlich von Samaria.²⁸

2 Die rabbinische Auslegung

Um 200 n. Chr. sammelte R. Jehuda²⁹ die mündlich überlieferten Gesetze³⁰ in der sog. Mischna.³¹ Der Traktat Bava Batra „Letztes Eingangstor (des Zivilrechts)“ in der Ordnung Neziqin „Beschädigungen“ behandelt in den Kapiteln 8 und 9 das Erbrecht. Die Rabbinen, die bis zur Redaktion der Mischna die bis dahin ungeschriebenen Rechtssätze tradierten und nach der Fertigstellung der Mischna bis zum Abschluss des Jerusalemer und des Babylonischen Talmuds die Sätze der Mischna analysierten, diskutierten den Fall der Töchter; ihre Diskussionen sind in den Talmuden und der sonstigen Auslegungsliteratur aufgezeichnet.

den Namen Zelofhads tragen; ein Ort „Zelofhad“ ist aber nicht bekannt, während Orte mit den Namen der Töchter belegt sind. Näheres SEEBASS, Komm. Numeri III (o. Fn. 21) 201 f. Nach U. BECHMANN, s. v. Zelofhad 2.5.1, in: Das wissenschaftliche Bibellexikon im Internet (<http://www.bibelwissenschaft.de/stichwort/35298>, 18.6.2018) habe Num. 27 „Lokalnamen zu Töchternamen personalisiert“ [also einen ätiologischen Mythos geschaffen?]; da aber Noa, Hogla, Tirza weibliche Namen sind (o. Fn. 9), liegt es näher, dass umgekehrt die Töchternamen zu Lokalnamen wurden, die Töchternamen also eine historische Grundlage haben.

²⁷ 1. Kön. 14,17; 16,23 und öfter.

²⁸ Karte in RENZ/RÖLLIG, Hdb. I (o. Fn. 24) 87; Y. AHARONI/M. AVI-YONAH, Atlas (o. Fn. 16) 87 Karte 137.

²⁹ STEMBERGER, Einl. 87.

³⁰ Die nach jüdischer Tradition schon dem Mose am Sinai offenbart und von ihm weitergegeben wurden, vgl. Mischna Avot („Väter“) 1,1a; Ch. ALBECK, Einf. (o. Fn. 21) 34–41; G. STEMBERGER, Das klassische Judentum, München 1979, 127–130.

³¹ Hebr. *mišnā* „Wiederholung der Lehre“ (von hebr. *šānā* „wiederholen“) bezeichnet zunächst das mündlich tradierte Religionsgesetz, die *παράδοσις τῶν πρεσβυτέρων* (im Gegensatz zu einer in der Tora schriftlich überlieferten Vorschrift), Mark. 7,3. 5. 9. 13; Matth. 15,2. 3. 6; Augustinus gebrauchte *deuterosis*, contra adversarium Legis et Prophetarum 2,2 (PL 42, 1841, 637). Vor allem heißt die von R. Jehuda redigierte Sammlung des mündlichen Religionsgesetzes „Mischna“; auch diese Sammlung wurde von den Christen als *δευτέρωσις*, bezeichnet: Nov. 146,1,2 (Iust. 553); STEMBERGER, Einl. 46, 84, 143; ALBECK, Einf. (o. Fn. 21) 1–3. In Nov. 146 meint *δευτέρωσις* wohl nicht nur die schriftliche Mischna, sondern auch die mündliche Tradition (o. Fn. 30), die sich nicht auf den Bibeltext stützt, STEMBERGER, Einl. 244 f.

2.1 Prozessrecht

Die Rabbinen wehrten sich gegen das wörtliche Textverständnis, die Töchter hätten erst bei Mose protestiert, der aber keine Entscheidung getroffen habe, und gegen Mose Berufung bei Eleasar und den andern eingelegt; nur Mose selbst könne doch die oberste Instanz gewesen sein. R. Joschijja³² sagte: „Ist es denn möglich, dass sie zuerst vor Mose traten und er ihnen nichts sagen konnte, und dann erst vor die Fürsten und die ganze Versammlung? Vielmehr wende man den Schriftvers um und lege ihn aus“.³³ Mit „den Schriftvers umwenden“ ist die Auslegungsregel „Vorhergehendes, welches in der Sache nachgestellt wird“ gemeint.³⁴

R. Chanina³⁵, nach anderen R. Joschijja, begründete das Unvermögen Moses, selbst zu entscheiden, damit, dass er sich gerühmt habe, alle schwierigen Fälle selbst entscheiden zu können (Deut. 1,17: *Die Sache, die für euch zu schwierig ist, bringt vor mich, und ich werde sie hören*), und dafür gestraft worden sei. Den späteren Einwand des R. Nachman bar Isaak³⁶, Mose habe doch nur gesagt, er wolle die Sache „hören“, was bedeute, dass er, wenn er keine Entscheidung treffen könne, sich kündigt machen werde, entkräftete Chanina (oder Joschijja) vorweg,³⁷ es sei zwar vorgesehen gewesen, dass Mose selbst eine Entscheidung treffen sollte, aber die Entscheidung sei aufgrund der Verdienste der Töchter vom Ewigen selbst getroffen worden.³⁸ Nach R. Simeon aus Schiqmona³⁹ hatte Mose zwar gewusst, dass die Töchter erben sollten, aber nicht gewusst, ob sie auch den (verdoppelten) Anteil eines Erstgeborenen (u. 2. 7) (nämlich des Zelofhad) erhalten sollten.⁴⁰ An Deut. 1,17 knüpfte auch R. Levi⁴¹ an: Mose habe sich gerühmt, deshalb habe ihm der Ewige einen Fall zugewiesen, den ein Schüler seines Schülers verstehen könnte, den aber Mose nicht verstehe.⁴² Ganz anders meinte R. Simeon ben Laqisch⁴³, Mose hätte die

³² 2. Jhdt. n. Chr., STEMBERGER, Einl. 91.

³³ Bab. Talm. Bava Batra 119b (8, 313 = VI 1249,1–3).

³⁴ STEMBERGER, Einl. 41 Nr. 31.

³⁵ 3. Jhdt., STEMBERGER, Einl. 98 f.

³⁶ Gest. 356, STEMBERGER, Einl. 111.

³⁷ Es ist nicht ungewöhnlich, dass im Talmud auf anachronistische Weise, wie hier, fiktive Diskussionen von Gelehrten aus verschiedenen Jahrhunderten berichtet werden.

³⁸ Bab. Talm. Sanhedrin („Gerichtshof“) 8a (8, 491 = VII 26,2–8).

³⁹ 2. Jhdt., STEMBERGER, Einl. 90.

⁴⁰ Bab. Talm. Bava Batra 119a (8, 312 = VI 1248,7–12).

⁴¹ Um 300, STEMBERGER, Einl. 104.

⁴² Sifre Deut. § 17,7 zu Deut. 1,17 (www.sefaria.org, unter: Sifre_Devarim, 30.5.2018).

⁴³ 3. Jhdt., STEMBERGER, Einl. 102.

Antwort selbst gewusst, aber weil ihm die Frage im Instanzenzug vorgelegt worden sei, habe er das Verfahren nicht abbrechen wollen, sondern den Fall dem Ewigen vorgelegt.⁴⁴

2.2 Das System der Mischna

Mischna Bava Batra 8,2

(1) Die Ordnung der Nachlässe ist folgende: (2) Wenn ein Mann stirbt und es keinen Sohn von ihm gibt, so sollt ihr seinen Nachlass auf seine Tochter übergehen lassen. (3) Der Sohn geht der Tochter vor, und alle leiblichen Abkömmlinge des Sohnes gehen der Tochter vor. (4) Die Tochter geht den Brüdern [des Erblassers] vor, und alle leiblichen Abkömmlinge der Tochter gehen den Brüdern vor. (5) Die Brüder gehen den Brüdern des Vaters [des Erblassers] vor, und alle leiblichen Abkömmlinge der Brüder gehen den Brüdern des Vaters vor. (6) Dies ist die allgemeine Regel: Wenn jemand beim Nachlass vorgeht, so gehen dessen leibliche Abkömmlinge vor, und der Vater geht allen seinen leiblichen Abkömmlingen vor.

Mischna Bava Batra 8,2 behandelt das System der agnatischen Ordnungen mit Repräsentationsprinzip nach Num. 27,8–11: Die Söhne und ihre Abkömmlinge bilden die 1. Ordnung; wenn es keine Söhne gibt, folgen die Töchter und ihre Abkömmlinge in der 2. Ordnung (Num. 27,8); die Brüder des Verstorbenen und ihre Abkömmlinge bilden die 3. Ordnung (Num. 27,9); die 4. Ordnung besteht aus den Vatersbrüdern des Verstorbenen und ihren Abkömmlingen (Num. 27,10); eine 5. Ordnung wird von den nächststehenden (männlichen?) Verwandten aus der Sippe des Verstorbenen gebildet (Num. 27,11); in der 5. Ordnung entscheidet nur der Verwandtschaftsgrad (wie im römischen Agnatenerbrecht), nicht aber eine weitere denkbare Ordnungszugehörigkeit. Die 5. Ordnung (Num. 27,11) wird in der Mischna nicht erwähnt.⁴⁵

⁴⁴ Numeri Rabba 21,12 zu Num. 27,7 (www.sefaria.org, unter: Bemidbar_Rabbah, 10.6.2018); A. WÜNSCHE, Der Midrasch Bemidbar Rabba, Leipzig 1885, 514.

⁴⁵ Auch H. L. STRACK/P. BILLERBECK, Kommentar zum Neuen Testament aus Talmud und Midrasch III, München 1926, 546 u. 547 Anm. 6 schweigen über die 5. Ordnung. Nach A. CHILL, The Mitzvot. The Commandments and Their Rationale, Jerusalem 1990⁸, 351 f. besteht die 5. Ordnung aus dem Urgroßvater und seinen Abkömmlingen, und so weiter „ad infinitum, up to the twelve tribes and their descendants“. Dies widerspricht Num. 27,11. Korrekt hingegen Origenes (übers. Rufinus) hom. in Num. 22,2, PG 12, 742 C (o. Fn. 3): *Post hoc ponitur lex Dei de successione, ut primo filius, filia secundo in loco succedat, tertio frater, quarto patris frater. Quintus uero gradus certum aliquem non designat, sed quisquis illi propinquior ex omni familia fuerit, ut ipse succedat.*

Statt dessen findet sich in Mischna Bava Batra 8,2,6 die allgemeine Regel der Repräsentation.

2.3 Gleichberechtigung der Tochter mit dem Sohn?

Wird eine Tochter immer von ihrem Bruder ausgeschlossen (so Num. 27,8 und Mischna Bava Batra 8,2) oder erbt sie auch neben ihm? R. Papa bar Chanan,⁴⁶ trat zunächst dafür ein, dass Sohn und Tochter gleichberechtigt seien, kam aber nach einer Diskussion mit seinem Lehrer R. Abaje⁴⁷ zum Ergebnis, die Töchter Zelofhads hätten dies nur geglaubt, aber später sei die Tora endgültig verliehen worden und die gesetzliche Auslegung festgelegt worden, wonach sich die Tora endgültig für den Vorrang der Söhne entschieden habe.⁴⁸

R. Papa glaubte, aus Num. 27,8 gehe hervor, dass Töchter auch *neben* den Söhnen erben, und glaubte auch, dass die Verleihung der Tora *später* als der Rechtsstreit der Töchter geschehen sei. Tatsächlich aber hatte der Ewige die Töchter nur der 2. Ordnung zugewiesen und fand der Rechtsstreit erst im 40. Jahr der Wüstenwanderung statt, während die Tora am Sinai schon im 1. Jahr⁴⁹ verliehen worden war. Vielleicht dachte R. Papa an die Auslegungsregel, in der Tora gebe es kein „früher“ oder „später“,⁵⁰ so dass es bei der Auslegung nicht auf die Chronologie ankomme. R. Abaje zitierte daraufhin die nach Ravina⁵¹ aus Num. 27,11 (*der Nächste*) zu entnehmende Regel, im Erbrecht gehe stets der nächste Verwandte vor; dass Söhne näher verwandt seien als Töchter, ergebe sich aus Lev. 25,46 (*Und ihr sollt sie vererben euren Söhnen nach*

⁴⁶ Gest. 375, STEMBERGER, Einl. 112.

⁴⁷ Ungefähr 280–339, STEMBERGER, Einl. 110.

⁴⁸ Bab. Talm. Bava Batra 110a–b (8, 295 = VI 1230,5–18).

⁴⁹ Vgl. Hieron. ep. 78,14,2–3, nämlich am 50. Tag des Auszugs aus Ägypten, also am Wochenfest / Pfingstfest (Lev. 23,15 / Apg. 2,1) – die Verleihung der Tora im Alten Testament wies nach Hieronymus, ep. 78,14,2–3 typologisch auf die Ausgießung des Heiligen Geistes im Neuen Testament voraus; Hieronymus spricht hier nicht vom Dekalog, sondern in jüdischer Tradition von der *Lex*, die verliehen wurde, also von der gesamten Tora. Hieronymus kannte vermutlich die rabbinische Tradition, wonach die Tora an einem Sabbat verliehen wurde (Bab. Talm. Shabbat („Sabbat“) 86b [1, 690 = I 518,6–7]), der 50 Tage nach dem Auszug an einem Donnerstag, 15. Nisan, mit dem 6. oder 7. Sijan, dem 1. oder 2. Tag des Wochenfestes, zusammenfiel, Bab. Talm. Shabbat 87b (1, 692 = I 519,28–29), Shabbat 86b (1, 690 = I 518,2–3). Näheres: E. MAHLER, Handbuch der jüdischen Chronologie, Frankfurt a. M. 1916, 124; STRACK/BILLERBECK, Komm. II (o. Fn. 45) 601.

⁵⁰ STEMBERGER, Einl. 42 Nr. 32.

⁵¹ Gest. etwa 420, STEMBERGER, Einl. 113. Die Berufung des R. Abaje auf Ravina ist anachronistisch, vgl. o. Fn. 37.

euch), da in diesem Satz die Töchter nicht erwähnt worden seien. Schließlich stimmte R. Papa wegen Deut. 11,21 (*Damit sich mehren eure Tage und die Tage eurer Söhne*) zu.⁵²

2.4 Verhältnis der Tochter des Verstorbenen zur Tochter eines vorverstorbenen Sohnes

Nach der Erbbordnung von Num. 27,8–11 wird eine Tochter von der Erbschaft ausgeschlossen, wenn der Erblasser wenigstens einen Sohn hinterlassen hat.⁵³ Ist der Sohn bereits vor dem Erblasser verstorben, so wird er von seinen Abkömmlingen repräsentiert. Hat der vorverstorbene Sohn des Erblassers einen Sohn hinterlassen, so schließt dieser seine Vaterschwester, die Tochter des Erblassers, aus. Was aber, wenn der Sohn des Erblassers nur eine Tochter hinterlassen hat? Aus dem System der Repräsentation, welches die Mischna aus der Erbbordnung von Num. 27,8–11 entwickelt hat (o. 2. 2), folgt, dass eine Tochter eines Sohnes des Erblassers den Sohn repräsentiert und daher eine Tochter des Erblassers verdrängt.

Die Sadduzäer waren anderer Ansicht:⁵⁴ Die Tochter des Erblassers stehe dem Erblasser im Verwandtschaftsgrade näher als die Sohnestochter, und mit einem Schluss *a minore ad maius*⁵⁵ begründeten sie daher: „Wenn einen die Tochter seines Sohnes, die nur Rechtsnachfolgerin seines Sohnes ist, beerbt, um wie viel mehr seine eigene Tochter, die seine Rechtsnachfolgerin ist“. Nach einiger Diskussion gab R. Jochanan⁵⁶ die Regel: „Die Tochter des Sohnes ist erbberechtigt gleich den Brüdern (ihres Vaters), die Tochter ist nicht erbberechtigt gleich (ihren) Brüdern“.⁵⁷

⁵² Bab. Talm. Bava Batra 110b (8, 296 = VI 1230,18–1231,4).

⁵³ Die Tochter muss aber von ihrem Bruder aus dem väterlichen Nachlass versorgt werden, Mischna Bava Batra 8,4,3.

⁵⁴ Z. W. FALK, Introduction to Jewish Law of the Second Commonwealth II, Leiden 1978, 337 zu Fn. 2.

⁵⁵ Ein Schluss *qal wa chomer* („vom Leichten auf das Schwere“), einer der wichtigsten Schlüsse der rabbinischen Methodenlehre, STEMBERGER, Einl. 29 Nr. 1.

⁵⁶ Wohl R. Jochanan ben Zakkai (1. Jhdt. n. Chr.), STEMBERGER, Einl. 83; ALBECK, Einf. (o. Fn. 21) 395 f.

⁵⁷ Bab. Talm. Bava Batra 115b (8, 305–306 = VI 1240,9–1241,9).

2.5 Warum starb Zelofhad?

Die Töchter betonten, dass ihr Vater Zelofhad nicht der aufrührerischen Rotte Korach angehört hatte, sondern aufgrund seiner eigenen Sünde⁵⁸ gestorben war (Num. 27,3). Die Rotte Korach war offenbar von der Landverteilung ausgeschlossen worden.⁵⁹ Worin die Sünde Zelofhads bestanden hatte, wurde von den Rabbinen diskutiert. R. Aqiva⁶⁰ identifizierte Zelofhad mit jenem ungenannten Israeliten, der am Sabbat ein Stück Holz aufgelesen hatte⁶¹ und deshalb vom Ewigen zur Steinigung verurteilt worden war (Num. 12,32–36):⁶²

⁵⁸ Dass Zelofhad gestorben sei, „ohne eine *besondere* Schuld auf sich geladen zu haben“ (SEIFERT, Tochter und Vater [o. Fn. 9] 77), meint wohl, dass er aufgrund der *allgemeinen* Schuld der Murrenden gestorben sei (Num. 14,27–30); dies vermutet NOTH, Numeri (o. Fn. 13) 183 einleuchtend. Vgl. u. Fn. 75, aber auch u. Fn. 83.

⁵⁹ Oben Fn. 19.

⁶⁰ STEMBERGER, Einl. 87 f.; ALBECK, Einf. (o. Fn. 21) 403. Der christlichen Kirche wurde R. Aqiva durch Hieronymus bekannt: ep. 121,10,20; ad Eccl. 4,13–16 (PL 23¹, 1845, 1048 C mit der gelehrten Anmerkung von VALLARSI, col. 1048–1049 Anm. n [2. Absatz] = PL 23², 1883, 1102 Anm. 7); in Ies. 3,8 (PL 24¹, 1845, 119 A = PL 24², 1865, 122 A).

⁶¹ Eine der 39 Arbeiten, die am Sabbat verboten waren; unvollständige Aufzählung in Mischna Shabbat („Sabbat“) 7,2; Erläuterung in Mischna Shabbat 12,2,2: „Wer Holzstücke aufliest, um aufzuräumen, ganz gleich, wie wenige es sind ..“. Die 39 Arbeiten waren diejenigen, die bei Errichtung der Stiftshütte nötig waren, Bab. Talm. Shabbat 49b (1, 576 = I 429,19–21): „Wem entsprechen die vierzig Hauptarbeiten weniger eins, von denen gelehrt wird? Da sprach R. Chanina bar Chama (3. Jhdt., STEMBERGER, Einl. 98 f.): Sie entsprechen den Arbeiten beim Bau der Stiftshütte“. Vgl. M. FRIEDLÄNDER, Die jüdische Religion, Frankfurt a. M. 1936, 277 Fn. 1; CHILL, The Mitzvot (o. Fn. 45) 37 f.; A. COHEN, An Introduction to Jewish Civil Law, Spring Valley, N. Y. / Jerusalem 1991, 28.

⁶² Vgl. o. Fn. 21. Die Steinigung wegen Sabbatentweihung wurde in Mischna Sanhedrin („Gerichtshof“) 7,4,1 geregelt: „Das sind die, welche gesteinigt werden: ... wer den Sabbat entweiht“. Aber Mischna Sanhedrin 7,8,1: „Wer den Sabbat entweiht: Bei einer Sache, bei der man bei vorsätzlichem Tun Ausrottung und bei irrtümlichem Tun Sühneopfer schuldig ist“. Mischna Keritot („Ausrottungen“) 1,1 zählt 36 vorsätzliche Straftaten auf, welche mit Ausrottung bestraft wurden, darunter die Sabbatentweihung. Die Ausrottung war eine von nichtmenschlicher Hand vollstreckte Strafe, welche in einem vorzeitigen Tod ohne Abkömmlinge bestand. Bei den 36 Straftaten war zu unterscheiden, ob der Täter vor der Begehung gewarnt worden war und trotzdem vorsätzlich handelte – dann drohte ihm die von Menschen vollstreckte Todesstrafe (z. B. Steinigung bei Sabbatentweihung) – oder ob er zwar vorsätzlich, aber ohne vorhergehende Warnung handelte – dann drohte ihm die Ausrottung. Fahrlässige Tat konnte mit einem Opfer gesühnt werden. Bab. Talm. Keritot 3b (12, 122 = IX 463,3–5): „Wie dort (Lev. 17,4 *ein solcher Mensch soll ausgerottet werden aus seinem Volk*) eine Bestrafung nur bei Warnung erfolgt, ebenso erfolgt da (Lev. 17,9 *der soll ausgerottet werden aus seinem Volk*) eine Bestrafung nur bei Warnung“. Mit der „Bestrafung“ ist die in Lev. 17,4 und Lev. 17,9 genannte Ausrottung gemeint; die Warnung war durch die Verkündung des Gesetzes Lev. 17,3–4 erfolgt. Ferner Bab. Talm.

„Der Holzaufleser war ZELOFHAD, denn hier (Num. 15,32) heißt es: *Als die Söhne des Israel in der Wüste waren, ertappten sie einen Mann* [der am Sabbat Holz aufas], und dort (Num. 27,3) heißt es: *Unser Vater starb in der Wüste*. Wie es dort ZELOFHAD war, so war es auch hier ZELOFHAD – so R. AQIVA“.⁶³ R. AQIVA vertrat eine Auslegungsmethode, die sich genauestens auf jeden Buchstaben und jedes Wort der Schrift stützte.⁶⁴ Es heißt, er habe aus jedem „Tüpfelchen“ der Tora Berge von Lehrsätzen herausgefunden.⁶⁵ Hier verwendete R. AQIVA eine Wortanalogie aufgrund der Verwendung desselben Ausdrucks⁶⁶ „in der Wüste“ in beiden Stellen, woraus er schloss, dass es sich um denselben Mann handelte. Das Argument R. AQIVAS überzeugt uns heute nicht; für seine Zeit ist allerdings zu bedenken, dass (1) der Ausnahmefall einer Entscheidung durch den Ewigen selbst⁶⁷ sowohl beim Holzaufleser (Num. 15,35) als auch bei ZELOFHADS TÖCHTERN (Num. 27,5) geschah und (2) der Babylonische Talmud den Holzaufleser-Fall an zwei Stellen unmittelbar nach dem Fall der Töchter behandelte.⁶⁸

Sanhedrin 60b (8, 704 = VII 258,10–12): „Du wirst bemerkt haben, dass ich sage [zu dieser Übersetzung von *sālqā dā tak* ^u*mīnā* siehe Y. FRANK, *The Practical Talmud Dictionary*, Jerusalem 1991, 209 s. v.], dass die Todesstrafe Rechtsfolge des Falles ist, dass er gewarnt worden ist, die Ausrottung Rechtsfolge des Falles, dass er nicht gewarnt worden ist“. Näheres: D. HOFFMANN, *Mischnajot*. Die sechs Ordnungen der Mischna IV: Ordnung Nesikin, Berlin 1898, 176 Fn. 85 f.; S. KRAUSS, *Die Mischna IV 4–5: Sanhedrin Makkōt*, Gießen 1933, 232 Anm. 2 zu VII 8a. Zu Straftaten in der Tora, die mit Ausrottung bestraft wurden, siehe D. VOLGGER, *Und dann wirst du gewiss sterben* (o. Fn. 26) 248–253. Zum Fall des Holzauflesers weiterführend J. WEINGREEN, *The Case of the Woodgatherer* (Numbers XV 32–36), *Vetus Testamentum* 16 (1966) 361–364; J. BURNSIDE, ‘What Shall We Do with the Sabbath-Gatherer?’ A Narrative Approach to a ‘Hard Case’ in Biblical Law (Numbers 15:32–36), *Vetus Testamentum* 60 (2010) 45–62.

⁶³ Bab. Talm. Shabbat 96b (1, 724 = I 544,28–30).

⁶⁴ STEMBERGER, Einl. 87; ALBECK, Einf. (o. Fn. 21) 403; E. TOV, *Der Text der Hebräischen Bibel*, Stuttgart 1989, 121.

⁶⁵ Bab. Talm. Menachot („Speiseopfer“) 29b (10, 486–487 = VIII 514,6–23). Ein „Tüpfelchen“ (Mt. 5,18 Lutherübersetzung, *κεράια* = *apex* Vulgata) ist eine Verzierung der Buchstaben in den Tora-Handschriften, G. BERGSTRÄSSER, *Hebräische Grammatik I*, Leipzig 1918, 30 (§ 5 zu Note 1).

⁶⁶ Der Schluss heißt *gezera schawa* „gleiche Satzung“, STEMBERGER, Einl. 30 Nr. 2; ALBECK, Einf. (o. Fn. 21) 68; FRANK, *Talmud Dictionary* (o. Fn. 62) 60a sv. *g^ezera shava*; COHEN, *Introduction* (o. Fn. 61) 38–40.

⁶⁷ Oben Fn. 21.

⁶⁸ Bab. Talm. Bava Batra (8, 312–313 = VI 1248,12–16) und Sanhedrin 8a (8, 491 = VII 26,9–10).

2.6 Die Töchter wurden von den Rabbinen hoch geschätzt

Die Rabbinen führten es auf die Verdienste der Töchter zurück, dass der Ewige selbst entschieden habe.⁶⁹ Sie bemerkten, dass die Namen der Töchter in Num. 26,33; 27,1 und Jos. 17,3 in gleicher Reihenfolge genannt waren, aber in Num. 36,11 in anderer Reihenfolge, und meinten, in Num. 36,11 seien die Töchter in der Reihenfolge ihres Alters aufgezählt worden, in Num. 27,1 aber in der Reihenfolge ihrer Weisheit. R. Ammi⁷⁰ habe nämlich erklärt, wenn es um eine gerichtliche Entscheidung gehe (Num. 27,1), gehe der Weise dem Älteren vor, bei einem Gastmahl (wie bei einer Hochzeit, Num. 36,11) gehe der Ältere dem Weisen vor (vgl. Gen. 45,33). Die Schule des R. Jischmael⁷¹ lehrte aber, die Töchter seien einander gleich gewesen, denn es heiße „und sie waren“ (Num. 26,11), was bedeute „es ist eine für alle“.⁷²

2.7 Die Anteile der Töchter

Die Töchter Zelofhads erhielten nach der Landnahme den ihrem verstorbenen Vater zustehenden Grundbesitz (Num. 36,2; Jos. 17,4):

Mischna Bava Batra 8,3

(1) Die Töchter Zelofhads erhielten drei Anteile am Erbesitz: (2) Den Anteil ihres Vaters, der unter den Auszögern aus Ägypten gewesen war, (3) und den Anteil, den er (ihr Vater) mit seinen Brüdern am Vermögen Hefers hatte. Und da er [ihr Vater] Erstgeborener war, erhielt er zwei Anteile.

(1) Zelofhads Vater Hefer hatte mehrere Söhne.⁷³ In der Erbfolge nach Hefer stand dem Zelofhad grundsätzlich derselbe Anteil wie jedem seiner Brüder zu.

(2) Ferner war Zelofhad Erstgeborener. Das ergibt sich daraus, dass er schon beim Auszug aus Ägypten dabei gewesen war (Mischna Bava Batra 8,3,2). Da alle Israeliten, die im 1. Jahr des Exodus 20 Jahre und älter waren, vor der Landnahme sterben mussten,⁷⁴ gehörten die nach der Landnahme noch

⁶⁹ Siehe oben zu Fn. 38.

⁷⁰ Um 300, STEMBERGER, Einl. 105.

⁷¹ Jischmael ben Elischa (2. Jhdt.), STEMBERGER, Einl. 87; ALBECK, Einf. (o. Fn. 21) 402 f.

⁷² Bab. Talm. Bava Batra 120a (8, 314 f. = VI 1250,12–18).

⁷³ Num. 36,12 heiraten Zelofhads Töchter die Söhne ihrer Vatersbrüder; Jos. 17,2. 4 ist von den Brüdern Zelofhads die Rede.

⁷⁴ Mit Ausnahme von Kaleb und Josua, Num. 14,22–24. 29–30; Num. 26,65–66.

lebenden Brüder (Jos. 17,4) zur jüngeren Altersgruppe, die beim Auszug noch nicht geboren oder noch nicht 20 Jahre alt war (Num. 14,29). Hieraus folgt, dass der schon gestorbene Zelofhad älter als seine Brüder, also Erstgeborener war.⁷⁵ Nach Mischna Bekhorot („Erstgeburt“) 8,9,1 gilt: „Der Erstgeborene erhält den doppelten Anteil am Vermögen seines Vaters.“⁷⁶ ... Er erhält ... keinen doppelten Anteil am künftigen⁷⁷ Vermögen“. Nun hatte Zelofhads Vater Hefer bei seinem Tod den Grundbesitz in Israel noch nicht erhalten; dieser Grundbesitz war also Hefers künftiges Vermögen, deshalb hätte der erstgeborene Zelofhad das künftige Vermögen seines Vaters grundsätzlich nicht erwerben und auch nicht seinen Töchtern vererben können. Die Rabbinen lösten den Widerspruch zwischen Mischna Bava Batra 8,3,2 und Mischna Bekhorot 8,9,1 auf: Nach R. Simeon aus Schiqmona habe Mose nicht gewusst, ob die Töchter auch den Erstgeborenen-Anteil am Erwartungsland erhalten sollten, aber aufgrund der Verdienste der Töchter sei dies so festgesetzt worden.⁷⁸ Die Möglichkeit, väterliches Erwartungsland in Israel zu erben, folgte aber letztlich aus Ex. 6,8 *Ich gebe es* [das verheißene Land] *euch zum Erbbesitz*. Für Einwanderer war das zugeteilte Land sowohl ein von den Vätern ererbter Besitz als auch ein selbst erworbener und vererbbarer Besitz.⁷⁹ Da somit der zukünftige Landanteil Hefers schon vor der Landnahme für seine Abkömmlinge nicht als künftiges, sondern als aktuelles Vermögen galt, konnte Zelofhad den zusätzlichen Erstgeborenen-Anteil am zukünftigen Landteil seines Vaters erwerben und vererben.⁸⁰

(3) Schließlich hatte Zelofhad nach Mischna Bava Batra 8,3,2 auch am Auszug aus Ägypten teilgenommen. Erst aus dieser Mischnastelle erfahren wir, dass jeder Teilnehmer des Auszugs einen zusätzlichen Anteil am Land erhalten sollte. Dies hat keinen Anknüpfungspunkt in der Tora und gehört

⁷⁵ Dies setzt freilich voraus, dass Zelofhad als Mitglied der Murrenden gestorben war (o. Fn. 58). Nach 1. Chr. 7,15 war Zelofhad Zweitgeborener eines nicht genannten Vaters; der Text ist freilich sehr verderbt, SEEBASS, Machir (o. Fn. 14) 501 Anm. 5, und wurde von den Rabbinen, soweit ersichtlich, nicht berücksichtigt.

⁷⁶ Mischna Bekhorot 8,9,1 stützt sich auf Deut. 21,17 (... *den Erstgeborenen muss er anerkennen, ihm nach Verhältnis von Zweien zu geben von allem, was bei ihm vorhanden ist* ...). Vgl. FALK, Introduction II (o. Fn. 54) 335 Fn. 4.

⁷⁷ Hergeleitet aus Deut. 21,17 (*vorhanden*), CHILL, The Mitzvot (o. Fn. 45) 351 f.

⁷⁸ Bab. Talm. Bava Batra 119a (8, 312 = VI 1248,7–12), oben Fn. 40.

⁷⁹ Bab. Talm. Bava Batra 119b (8, 313 = VI 1248,19–22).

⁸⁰ R. Abaje, Bab. Talm. Bava Batra 119a (8, 312 = VI 1247,12–14): „Der Schriftvers (Jos. 17,5–6, wonach auf Manasse 10 Anteile entfielen) lehrt uns, dass die Töchter Zelofhads den Erstgeborenen-Anteil erhielten, woraus zu entnehmen ist, dass das Israelland bereits ersessen war“. HOFFMANN, Mischnajot IV (o. Fn. 62) 129 Fn. 25.

mithin nicht zur schriftlichen, sondern zu mündlichen Tora, die dem Mose am Sinai unmittelbar verkündet worden war, in der Tradition weitergegeben und schließlich in der Mischna niedergeschrieben wurde.⁸¹ Da der zusätzliche Auszügler-Anteil vererbbar war, wie man am Fall der Töchter sah, müssten eigentlich alle Israeliten den zusätzlichen Anteil ihres Vorfahren, der mitausgezogen war, erhalten – zu diesem Schluss kamen die Rabbinen nicht. Sie meinten allerdings, dass Josua und Kaleb⁸² sowohl die Anteile der Mitglieder der Rotte Korach (Num. 16,31–32) als auch die Anteile der anderen Kundschafter (Num. 13,31–33) und / oder der Murrenden (Num. 14,2–4. 22–23. 29–30) erhalten hätten, und hoben ausdrücklich hervor, dass Zelofhad weder zur Rotte Korach noch zu den Murrenden gehört habe.⁸³ R. Papa⁸⁴ leitete den zusätzlichen Anteil eines Auszüglers aus Jos. 17,5–6 her: „Es fielen auf (den Stamm) Manasse 10 Landteile ...; denn die Töchter Manasses⁸⁵ empfangen einen Erbteil unter seinen Söhnen“. R. Papa bemühte sich aber vergeblich, die in Jos. 17,5 genannten 10 Anteile mit den 6 Erbteilen für die Abkömmlinge Gileads (zu denen Zelofhad gehört hatte) sowie mit dem Erstgeborenen-Anteil Zelofhads und dem Auszügler-Anteil Zelofhads zu identifizieren.⁸⁶

2.8 Die Eheschließungen der Töchter

Nach Num. 36,6 durften Zelofhads Töchter ihre Ehemänner frei wählen, allerdings nur Männer aus dem Stamm Manasse (o. 1. 3). Nach Mar Samuel⁸⁷ hatten die Töchter nur einen unverbindlichen Rat erhalten; es sei ihnen nämlich grundsätzlich frei gestanden, Männer aus einem beliebigen Stamm zu Ehemännern zu wählen.⁸⁸ Dies schloss er aus den Worten (Num. 36,6): *Lass sie Frauen*

⁸¹ Oben Fn. 30.

⁸² Da überhaupt nur die beiden Auszügler Kaleb und Josua überlebt hatten, erwartet man bei der Landverteilung im Josua-Buch einen Hinweis, dass wenigstens sie einen doppelten Anteil erhalten hätten. Ein solcher findet sich weder in Jos. 14,14 u. 15,13 (für Kaleb) noch in Jos. 19,49–50 u. 23,30 (für Josua).

⁸³ Bab. Talm. Bava Batra 118b (8, 310–311 = VI 1246,3–16), vgl. aber o. Fn. 58.

⁸⁴ Oben Fn. 46.

⁸⁵ Gemeint sind die Töchter Zelofhads, die als einzige weibliche Abkömmlinge des Stammes Manasse Anteile erhielten.

⁸⁶ Bab. Talm. Bava Batra 118b–119a (8, 311–312 = VI 1246,19–1247,14). Wenig überzeugend schrieb N. H. SNAITH, *The Daughters of Zelophehad*, *Vetus Testamentum* 16 (1966) 124–137, 127, den Töchtern insgesamt 10 Anteile zu: jede Tochter habe einen doppelten Anteil erhalten.

⁸⁷ Mar Samuel, gest. 254, STEMBERGER, Einl. 101.

⁸⁸ Nach SEIFERT, *Tochter und Vater* (o. Fn. 9) 78 f. bleibe es letztlich unklar, welche Bedeutung Num. 36,6–9 für Zelofhads Töchter gehabt habe. Dies trifft für den biblischen Text zu; aber die rabbinischen Quellen geben weitere Aufklärung.

*dessen werden, der in ihren Augen gut ist.*⁸⁹ Für alle späteren Erbtöchter⁹⁰ sei aber die endogame Heirat zwingend vorgeschrieben worden.⁹¹

3 Coll. 16,1 und *Vetus latina*

3.1 Antike Übersetzungen von Num. 27,1–11

Seit Mommsens Sammlung möglicher Vorlagen der Bibeltexthe in der *Collatio*⁹² steht fest, dass der *Collator* mehrere der zahlreichen⁹³ lateinischen Übersetzungen, die heute unter dem Namen *Vetus Latina* zusammengefasst werden, benutzt hat, es aber nicht feststellbar ist, welche es im Einzelnen waren. Mommsen fand auch diejenige altlateinische Übersetzung, der der Text von Coll. 16,1 am nächsten steht, den *Codex Lugdunensis* aus dem 7. Jhd.⁹⁴ Dem hatten Smits und Schulz nichts hinzuzufügen.⁹⁵ Eine weitere parallele Übersetzung blieb allerdings, soweit ersichtlich, unbeachtet: Die Homilie 22,1 des Origenes zu Numeri, welche Rufinus von Aquileia ins Lateinische übersetzt hat.⁹⁶

⁸⁹ Er ließ bei dieser Auslegung die einschränkende Fortsetzung in Num. 36,6 außer Acht: *Jedoch sollen sie Frauen werden einer Familie aus dem Stamm ihres Vaters.*

⁹⁰ Beispielsweise für die Töchter des Eleasar, oben Fn. 23.

⁹¹ Bab. Talm. Bava Batra 120a (8, 315 = VI 1250,18–1251,10). Tobit schärfte seinem Sohn Tobias das Endogamiegebot ausdrücklich ein (Tob. 4,12); wahrscheinlich wurde es zur Zeit der Abfassung des Tobit-Buches (ca. 200 v. Chr.) nicht mehr ernst genommen, FALK, *Introduction II* (o. Fn. 54) 336. Vgl. *Septuaginta Deutsch, Erläuterungen und Kommentare zum griechischen Alten Testament I: Genesis bis Makkabäer*, Hrsg. M. KARRER/W. KRAUS, Stuttgart 2011, I 1323 (zu Tob. 1,9), 1334 (zu Tob. 4,12).

⁹² MOMMSEN, *Collectio III* (o. Fn. 4) 130–134.

⁹³ Hieron. *praefatio in libro Iosue* (*Biblia Sacra iuxta Vulgatem editionem*, ed. WEBER, Stuttgart 1984, 285,11–12): *Cum apud Latinos tot sint exemplaria quot codices et unusquisque pro arbitrio suo uel addiderit uel subtraxerit, quod ei uisum est.* Ferner Hieron. *praefatio in Evangelio* (WEBER 1515,12–13); Augustin. *de doct. christ.* 2,11,16 (PL 34, 1887, 43).

⁹⁴ *Pentateuchi versio latina antiquissima e codice Lugdunensi*, ed. U. ROBERT, Paris 1881. Der *Codex* wird in der Göttinger *Septuaginta* mit der Sigle „100“ bezeichnet, *Septuaginta III,1 Numeri*, edd. J. W. WEVERS/U. QUAST, Göttingen 1982, 19.

⁹⁵ N. SMITS, *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*, Haarlem 1934, 68–71; F. SCHULZ, *Die biblischen Texte in der Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, SDHI 2 (1936) 20–43, 40–42.

⁹⁶ PG 12, 740–743 (o. Fn. 3). Rufinus starb 410 n. Chr., seine Origenes-Übersetzungen wurden vielleicht später als die *Collatio* angefertigt. PH. E. HUSCHKE, *Über Alter und Verfasser der legum Mosaicarum et Romanarum collatio*, ZGRW 13 (1846) 1–49, der Rufinus als Verfasser der *Collatio* in Erwägung zog (vgl. MANTHE, *Die Collatio* [o. Fn. 4] 210 Fn. 43), sah sich 29 Fn. 24 mangels einer Textausgabe außer Stande, Rufinus' *Pentateuch-Übersetzungen* mit der *Collatio* zu vergleichen.

3.2 Collatio, Vetus Latina und Septuaginta

Coll. 16,1,1–8	Num. 27,1–11 Cod. Lugd. (Robert p. 293) ¹	Rufinus PG 12, 740 D–741 B	LXX Num. 27,1–11 (Wevers 324–327) ²	LXX Übersetzung
Scriptura diuina sic dicit:				
	¹⁴ (1) Et accesserunt		(1) Καὶ προσελθούσασαι	(1) Und als hinzukamen
(1) Filiae Salphadae ³	filiae Sal ¹⁵ paat,	^{740 D} (1) ... filiae ... de Salphaat ...	αἱ θυγατέρες Σαλπαὰδ	die Töchter des Salpaad,
	fili Aphor, fili Gatat, fili Machir,		υἱοῦ Ὀφερ υἱοῦ Γαλαὰδ υἱοῦ Μαχίρ,	des Sohnes des Hopher, des Sohnes des Machir,
	plebs Manasse, fili ¹⁶ Ioseph. Et haec nomina sunt earum: Magala, et Nua, et ¹⁷ Tegla, et Melcha, et Thersa.		τοῦ δήμου Μανασσῆ τῶν υἱῶν Ἰωσήφ· καὶ τὰ ὀνόματα αὐτῶν· Μααλὰ καὶ Νουὰ καὶ Ἑγλὰ καὶ Μελχὰ καὶ Θερσά·	aus der Sippe des Manasse der Söhne Josephs – und dies sind ihre Namen: Maala und Nua und Hegla und Melcha und Thersa –,
adstantes	(2) et stantes		(2) καὶ στᾶσαι	(2) und als sie sich hinstellten
ante Moysen et			ἔναντι Μωϋσῆ καὶ	vor Mose und
Eleazarum sacerdotem et principes omnemque senatum filiorum Israhel in foribus tabernaculi testimonii dixerunt:	contra ¹⁸ Eleazar sacerdotem, et contra principes in omnem syna ¹⁹ gam ad ostium tabernaculi testimonii ²³ dixerunt:		ἔναντι φελεαζάρ τοῦ ἱερέως καὶ ἔναντι τῶν ἀρχόντων καὶ ἔναντι πάσης συναγωγῆς ἐπὶ τῆς θύρας τῆς σκηνῆς τοῦ μαρτυρίου λέγουσιν	vor Eleazar, den Priester, und vor die Anführer und vor die ganze Versammlung am Eingang zum Zelt des Zeugnisses, sprachen sie:
(2) pater noster mortuus est	(3) Pater noster mortuus est	(3) qui mortuus est	(3) Ὁ πατήρ ἡμῶν ἀπέθανεν	(3) „Unser Vater starb
	in deserto,	in deserto,	ἐν τῇ ἐρήμῳ,	in der Wüste,
	²⁴ et ipse non erat in media synagoga illius, qui ingressus ²⁵ est contra Dominum in synagoga Core, et propter peccatum illius obiit,		καὶ αὐτὸς οὐκ ἦν ἐν μέσῳ τῆς συναγωγῆς τῆς ἐπιστάσεως ἔναντι κυρίου ἐν τῇ συναγωγῇ Κόρε, ὅτι διὰ ἁμαρτίαν αὐτοῦ ἀπέθανεν,	doch er war nicht inmitten der Rotte der Verschwörung gegen den Herrn, in der Rotte Kores, weil er wegen seiner eigenen Sünde starb,
et filii non fuerunt ei,	Et filii non fuerunt.	nulla uirili subole derelicta. ...	καὶ υἱοὶ οὐκ ἐγένοντο αὐτῷ·	und Söhne hatte er nicht.

¹ – ROBERT, Pentateuchi versio (o. Fn. 94). ² – Septuaginta III,1, edd. WEVERS/QUAST (o. Fn. 94). ³ – *Salfad* MOMMSEN.

sed filiae,				
(3) et ideo non de-leatur nomen patris nostri de medio tribus suae. non est ei masculus:	(4) Et non de ²⁷ leatur nomen patris nostri de media plebe eius, quia ²⁸ non est filius:	^{741 A} (4) ne deleatur nomen patris earum de medio plebis suae. quia non est ei uir filius natus.	(ἵ) μὴ ἐξᾶλειφ-θῆτω τὸ ὄνομα τοῦ πατρὸς ἡμῶν ἐκ μέσου τοῦ δήμου αὐτοῦ, ὅτι οὐκ ἔστιν αὐτῷ υἱός:	(4) Der Name unseres Vaters soll nicht mitten aus seiner Sippe ausgelöscht werden, weil er keinen Sohn hat.
date nobis possessionem in medio fratrum patris nostri.	date nobis possessionem in medio fratrum ²⁹ patris nostri.		δότε ἡμῖν κατὰ-σχεσιν ἐν μέσῳ ἀδελφῶν πατρὸς ἡμῶν.	Gebt uns Besitz inmitten der Brüder unseres Vaters“.
(4) et obtulit Moyses petitionem earum coram ⁴ Deo.	³⁰ (5) Et obtulit Moyses iudicium earum contra Dominum.	(5) Refert pro hoc Moyses consultationem ad Deum. ...	(5) καὶ προσήγα-γεν Μωυσῆς τὴν κρίσιν αὐτῶν ἔναντι κυρίου.	Und Mose brachte die Entscheidung ihres Falles vor den Herrn.
(5) et locutus est Dominus Moysi dicens:	³² (6) Et locutus est Dominus ad Moysen dicens:	(6) Loquens erat Dominus ad Moysen:	(6) καὶ ἐλάλησεν κύριος πρὸς Μωυσῆν λέγων	(6) Und der Herr sprach zu Mose:
(6) recte filiae Salphadae ⁵ locutae sunt: et ideo dabitur eis possessionem hereditatis in medio fratrum patris earum.	³³ (7) Recte filiae Salpaat locutae sunt: datam dabis eis possessionem hereditatis in medio fratrum patris earum,	(7) Recte locutae sunt filiae Salphaat. Dabis eis possessionem in medio fratrum patris sui,	(7) Ὅρθως θυγατέρες Σαλπαὰδ λελαλήκασιν· δῶμα δώσεις αὐταῖς κατὰσχεσιν κληρονομίας ἐν μέσῳ ἀδελφῶν πατρὸς αὐτῶν,	(7) „Richtig haben die Töchter des Salpaad gesprochen. Du sollst ihnen Erbschaftsbesitz als Gabe geben inmitten der Brüder ihres Vaters
	et ³⁵ circumdabis sortem patris earum eis.	et dabis sortem patris ipsarum ipsis,	καὶ περιθήσεις τὸν κληρον τοῦ πατρὸς αὐτῶν αὐταῖς.	und ihnen das Erbe ihres Vaters übertragen.
(7) et dices haec filiis Israel:	(8) Et filiis Is ³⁶ rahel loqueris, dicens:	(8) et filiis Israel loqueris dicens:	(8) καὶ τοῖς υἱοῖς Ἰσραὴλ λαλήσεις λέγων	(8) Und zu den Söhnen des Israel sollst du sprechen:
homo si deceaserit et filios ⁶ non habuerit,	Homo si deceaserit, et filios ³⁷ non habuerit,	Homo si mortuus fuerit, et filius non fuerit ei,	Ἐάνθρωπος ἐάν ἀποθάνῃ καὶ υἱὸς μὴ ᾖ αὐτῷ,	„Wenn ein Mensch stirbt und er keinen Sohn hat,
	circumdabitur hereditatem eius filiae ip ³⁸ sus.	dabitur hereditatem eius filiae eius.	περιθήσετε τὴν κληρονομίαν αὐτοῦ τῇ θυγατρὶ αὐτοῦ·	sollt ihr seinen Erbbesitz an seine Tochter übertragen.
	(9) Si autem non fuerit filia, dabitur hereditatem ³⁹ patris ipsius.	(9) Quod si non fuerit ei filia, dabitur ^{741B} hereditatem fratri eius.	(9) ἐάν δὲ μὴ ᾖ θυγάτηρ αὐτῷ, δώσετε τὴν κληρονομίαν τῷ ἀδελφῷ αὐτοῦ·	(9) Wenn er aber keine Tochter hat, sollt ihr die Erbschaft seinem Bruder geben;
	⁴⁰ (10) Si autem non fuerit pater, dabitur patri eius. ⁷			

⁴ – Coram W MOMMSEN: *domino* BV. ⁵ – *Salphad* MOMMSEN. ⁶ – *Filius* BV PITHOU, BLUME: *filium* W HUSCHKE, MOMMSEN, KUEBLER, FRAKES.

	⁴¹ (11) Si autem non fuerit frater, dabitur hereditatem patris ⁴² patri ⁸ ipsius.	(10) Quod si non fuerint ei fratres, dabitur hereditatem fratri patris eius.	(10) ἐὰν δὲ μὴ ᾧσιν αὐτῷ ἀδελφοί, δώσετε τὴν κληρονομίαν τῷ ἀδελφῷ τοῦ πατρὸς αὐτοῦ.	(10) wenn er aber keine Brüder hat, sollt ihr die Erbschaft dem Bruder seines Vaters geben;
	Si autem non fuerit frater patris ipsius,	(11) Quod si non fuerint ei fratres patris eius,	(11) ἐὰν δὲ μὴ ᾧσιν ἀδελφοὶ τοῦ πατρὸς αὐτοῦ,	(11) wenn aber sein Vater keine Brüder hat,
(8) dabitur hereditatem proximo eorum de tribu eius:	da ⁴³ bitur hereditatem domestico proximo ipsius de tribu ip ⁴⁴ suis,	dabitur hereditatem domestico, qui fuerit propinquior illi ex tribu sua,	δώσετε τὴν κληρονομίαν τῷ οἰκείῳ τῷ ἔγγιστῳ αὐτοῦ ἐκ τῆς φυλῆς αὐτοῦ,	sollt ihr die Erbschaft seinem engsten Verwandten aus seinem Stamm geben,
et possidebit omnia eius: et erit haec filiis Israhel iustificatio iudiciorum secundum quae ⁹ constituit Dominus Moysi.	et possidebit quae sunt ipsius. et erit haec filiis Istra ⁴⁵ hel iustificatio iudiciorum secundum quae constituit ⁴⁶ Dominus Moysi.	et capiet hereditatem eius, et erit hoc filiis Israel iustificatio iudicii, sicut constituit Dominus Moysi.	κληρονομήσει τὰ αὐτοῦ. καὶ ἔσται τοῦτο τοῖς υἱοῖς Ἰσραὴλ δικαίωμα κρίσεως, καθὼς συνέταξεν κύριος τῷ Μωϋσῆϊ.	der soll sein Vermögen erben“. Und dies sei den Söhnen des Israel eine Vorschrift für die Entscheidung des Falls, so wie es der Herr dem Mose geboten hat“.

⁷ – *Si autem* – eius del. ROBERT, Pentateuchi versio (o. Fn. 94) CXV ad p. 293,40 („est une répétition de ce qui suit“). ⁸ – *Patris patri: fratri patris* em. ROBERT CXV ad p. 293,41. ⁹ – *Secundum quae* BV: *sicut* W.

Dort, wo der Text der LXX vom Text der hebräischen Bibel (o. 1) und damit auch von der Vulgata des Hieronymus abweicht, folgt der Collatio-Text dem der LXX.

3.3 Zelofhad – Salphad

Coll. 16,1,1: Zelofhad wird im hebräischen Text des Alten Testaments (Num. 26,33; 27,1. 7; 36,2. 6; Jos. 17,3; 1. Chr. 7,15) mit den Konsonanten *šlphd* geschrieben und *Šelāfhād*⁹⁷ vokalisiert (gesprochen *Zelofchād*). Hebräische Eigennamen haben fast alle eine durchsichtige Bedeutung; aus *Šelāfhād* kann aber keine überzeugende Etymologie des Eigennamens hergestellt werden. Der ungefähr im 7. Jhdt. n. Chr. geschaffenen Vokalisation des Konsonantentextes widersprechen auch die Wiedergaben des Namens in den

⁹⁷ Eine viersilbige Lesung *Šelāfhād* (gesprochen etwa *Ze-lā-fe-chād*), wie bei SEIFERT, Tochter und Vater (o. Fn. 9) 77: „Zelofhad“, ist ausgeschlossen, weil eine offene Silbe *la* als Nebentonträger im hebräischen Text mit dem Akzentzeichen Mätäg versehen worden wäre.

griechischen und lateinischen Übersetzungen und Kommentaren: Σαλπααδ⁹⁸, *Salphaad*⁹⁹, *Salphaat*¹⁰⁰, *Salphad*¹⁰¹, *Salfad*¹⁰², *Salpad*¹⁰³, *Salpaat*¹⁰⁴.

Aufgrund von LXX Σαλπααδ rekonstruierte Nöldeke¹⁰⁵ mit anderer Vokalisierung ein hebräisches *šāl-pā'hāḏ (gesprochen *Zalpāchad*) „Schutz vor dem (oder durch den) Schrecken“¹⁰⁶. Schon Hieronymus hatte, von Nöldeke nicht erwähnt, den Namen ebenso gedeutet: *Salphaad, umbra formidinis siue umbra in id ipsum, id est pariter* „Schatten des Schreckens oder Schatten zugleich, das heißt auf gleiche Weise“.¹⁰⁷ Rufinus teilt in der Übersetzung von Origenes hom. in Num. 22,1¹⁰⁸ die Etymologie des Origenes mit: *umbra in ore eius* „Schatten in seinem Mund“, abgeleitet von šl (vokalisiert šel) „Schatten“

⁹⁸ LXX; Philo Alexandr. de migratione Abrahami 205. Die (ohne handschriftliche Grundlage vorgenommene) Akzentuierung auf der Ultima, Salpaḏd, in der Göttinger Septuaginta III,1 (edd. WEVERS/QUAST [o. Fn. 94] 324, 326) berücksichtigt nicht, dass der zweite Bestandteil von Salpaad im Hebräischen als Segolatum auf der ersten Silbe betont wird: pā'hāḏ (u. Fn. 115). Die Handschriften von Flavius Iosephus antiqu. 1,7,5 (§ 174) geben den Namen als Ὀλοφάντης (Flavii Iosephi Opera omnia, ed. S. A. NABER, Leipzig 1888, 235 mit cod. P; Δολοφάντης cod. O; Ὀλοφάντις cod. S; ὠλοφάντου [Gen.] cod. E); B. NIESE ed., Flavii Iosephi Opera I, Berlin 1887, 260 rekonstruierte für Iosephus einleuchtend Σωλοφάντης.

⁹⁹ Hieron. Vulgata, ed. WEBER; ep. 65,1,4 (aliqui codd. *Salfaad, Salphaath*, ed. I. HILBERG I [CSEL 54] 617,14); 78,43,3 (aliqui codd. *Salphad, Salphat, Salphath*, ed. HILBERG II [CSEL 55] 84,17); Hieron. de nominibus hebraicis, PL 23¹, 1845, 797 = PL 23², 1883, 841 = P. DE LAGARDE, Onomastica Sacra, Göttingen 1887², 20,23 (*Salfaath* de Lagarde, aliqui codd. *Salfaath, Salfaad, Safaad*).

¹⁰⁰ Rufinus von Aquileia in der Übersetzung von Origenes hom. in Num. 22,1, PG 12, 740 D.

¹⁰¹ Coll. 16,1,1. 6 Cod. W; so auch MOMMSEN, Collectio III (o. Fn. 4) 189,11, Coll. 16,1,6.

¹⁰² Coll. 16,1,1 Cod. B; so auch MOMMSEN, Collectio III (o. Fn. 4) 189,4, Coll. 16,1,1.

¹⁰³ Coll. 16,1,1 cod. V, 16,1,6 Codd. B V.

¹⁰⁴ Cod. Lugdunensis nach ROBERT, Pentateuchi versio (o. Fn. 94) 293,14–15. 33.

¹⁰⁵ TH. NÖLDEKE, Untersuchungen zur Kritik des Alten Testaments, Kiel 1869, 89 Fn. 1; F. PERLES, The Fourteenth Edition of Gesenius-Buhl's Dictionary, Jewish Quarterly Review 18 (1906) 383–390, 387.

¹⁰⁶ Hebr. šel „Schatten, Schutz“; Ex. 31,2 B^e-šāl-'el „Im Schatten / Schutz Gottes“ (Eigennamen). Šel ist als Bestandteil von Eigennamen schon seit dem 8. Jhd. v. Chr. belegt, RENZ/RÖLLIG, Hdb. I (o. Fn. 24) 131 f.: Ostrakon *Nim (8):3 Šillā* „Schutz“ (auch Gen. 4,19. 21 f.), 153 f.: Ostrakon *Arad (8):49 B^e-šel* „im Schutz“; RENZ/RÖLLIG, Hdb. II 1, Darmstadt 1995, 82, 62. *Pā'hāḏ* „Schrecken“ ist hier vielleicht metonymische Bezeichnung des Gottesnamens, vgl. Gen. 31,42 *pā'hāḏ Jišḥāq* „der Schrecken Isaaks“ = „der Gott Isaaks“, dann bedeutet *šāl-pā'hāḏ*: „Schutz durch Gott“.

¹⁰⁷ Hieron. de nominibus hebraicis (o. Fn. 99); seine Transkription *Salphaad* kommt der vermuteten Form *šāl-pā'hāḏ am nächsten. Was mit *umbra in id ipsum, id est pariter* genau gemeint ist, kann ich nicht erklären; zu *in id ipsum* = *in unum, simul, unā, pariter* siehe H. RÖNSCH, Itala und Vulgata, Marburg 1875, 424 f.

¹⁰⁸ PG 12, 741 D – 742 A (o. Fn. 3, 96).

und *ph* (vokalisiert *pē*) „Mund“. Nach Euseb. hist. eccl. 6,16 war Origenes ein guter Kenner der hebräischen Sprache, dann aber hätte er aber die Buchstaben *Heṭ* (in *ṣl-phd*) und *He* (in *ṣl-ph*) doch wohl kaum verwechselt.¹⁰⁹

Seebass hält für den Bibeltext an *Zelofhād* (*Ṣ^olāfhād*) als *lectio difficilior* fest;¹¹⁰ das Zeugnis der LXX für Aussprache und Bedeutung des Namens spricht aber wohl mehr für *Ṣālpā'hād*.¹¹¹ Die Schreibweise der Collatio-Handschrift W *Salphad* gibt die Aussprache des hebräischen *p* als aspirierte, aber im Silbenanlaut nach Konsonant nicht spirantisierte Tenuis (*p^h*, nicht *f*) im ausgehenden 4. Jhd. n. Chr. wieder; *Salfad* (Cod. B) ist eine mechanische Umschrift der als Bezeichnung für einen Spiranten *f* verstandenen Schreibung *ph*.¹¹² Die Codd. B und V der Collatio deklinieren den hebräischen Namen,¹¹³ was im Lateinischen für biblische Eigennamen, die mit einem Konsonanten enden, ganz ungewöhnlich ist.¹¹⁴

3.4 Collatio, Codex Lugdunensis und Rufinus

a) Coll. 16,1, 1 ~ Num. 27,1–2. Im hebräischen Text steht (1) „und es traten heran“ ... (2) „und stellten sich hin“, beides in der üblichen Konstruktion *Waw consecutivum* + *Ip̄f.* als historische Vergangenheit. Die LXX gibt die beiden Verben in ungewöhnlicher Weise mit Aorist-Partizipien wieder: (1) καὶ προσελθούσαι ... (2) καὶ στᾶσαι.¹¹⁵ Der LXX folgen in Num. 27,2 sowohl

¹⁰⁹ Nach STEMBERGER, *Klass. Judentum* (o. Fn. 30) 203 beherrschte Origenes die hebräische Sprache wahrscheinlich gar nicht. Ambrosius, der Hebräisch kaum verstand, zitierte (wohl aus Origenes) diese Etymologie als „Schatten des Mundes“, nannte den *Salphaad* aber ohne den Schlusskonsonanten *Salpha*: Ambros. ep. 76,6, PL 16, 1880, 1315 D *Salpha enim umbra oris significatur*.

¹¹⁰ SEEBASS, *Kommentar Numeri III* (o. Fn. 21) 154 f. App. ad 33a; 196 App. ad 1c.

¹¹¹ Für die Zeit der LXX ist meiner Ansicht nach an *Salpaad* = *Ṣāl-pā'hād* nicht zu zweifeln; die Übersetzer wussten, dass sie einer bezeugten Aussprache zu folgen hatten, J. BARR, *Vocalization and the Analysis of Hebrew among the Ancient Translators*, in: *Festschrift Baumgartner* (o. Fn. 9) 1–11, 5.

¹¹² Zu Schreibung von *f* für *ph* ab dem 4. Jhd. vgl. H. L. W. NELSON/U. MANTHE, *Gai Institutiones III* §§ 88 – 181, Berlin 1999, 216.

¹¹³ Genitiv Cod. B *Salfade* (coll. 16,1,1) und *Salpade* (16,1,6), Cod. V *Salpadē* (16,1,1) und *Salpade* (16,1,6); Cod. W dekliniert nicht.

¹¹⁴ F. NEUE/C. WAGENER, *Formenlehre der lateinischen Sprache I: Das Substantivum*, Leipzig 1902, 872–884; P. STOTZ, *Handbuch zur lateinischen Sprache des Mittelalters IV*, München 1998, 114 (VIII § 50.8). Auch Ambrosius (o. Fn. 109) deklinierte: *Salphae*, Gen. zu *Salpha*.

¹¹⁵ Auf die ungewöhnliche Struktur in der LXX weist CH. SCHLUND in: *Septuaginta Deutsch, Erläuterungen I* (o. Fn. 91) 499 hin. Die Vulgata folgt dem hebräischen Text: (1) *accesserunt autem* ... (2) *steteruntque*.

Coll. 16,1,1 *adstantes* als auch Cod. Lugd. Num. 27,2 *et stantes*. In Num. 27,1, von Coll. nicht übersetzt, hat Lugd. aber *et accesserunt*. Im hebräischen Text sind die Verben „traten heran“ und „stellten sich hin“ Verba finita; das folgende „sprachen“ steht in der üblichen Konstruktion *l^e* „zu“ + Inf. *'emor* „sprechen“ (= *lēmōr*) „um zu sprechen“ – dies wird in der LXX sonst partizipial wiedergegeben: λέγων „sprechend“ (z. B. Num. 27,6), hier aber, gezwungen durch die Transformation der finiten Verben zu Partizipien, mit dem finiten Verb λέγουσιν¹¹⁶ „sie sprechen“.

b) Coll. 16,1,1: Anders als Num. 27,2 Lugd. *synagogam* bezeichnete der Collator die Versammlung auf ungewöhnliche Weise mit *omnem senatum filiorum Israhel*. Συναγωγή bezeichnet die Versammlung des Volkes, was bei gerade gezählten 610 730 + 23 000 Männern (Num. 26,51. 62) phantastisch anmutet. Der Collator korrigierte die biblische Tradition: Die συναγωγή war für ihn der „Senat der Söhne des Israel“. Vielleicht hatte er die „Große Versammlung“ im Sinn, die nach Mishna Avot 1,1 die mündliche Tora¹¹⁷ über die Propheten, die Ältesten (Jos. 24,31; Ri. 2,7) und Josua von Mose empfangen und an die historischen Rabbinen weitergegeben hatte. Diese Große Versammlung, für deren Historizität es keine überzeugenden Beweise gibt, soll von der Zeit Esras bis zur Zeit Alexanders des Großen existiert haben.¹¹⁸ Die meines Wissens sonst nirgends belegte Interpretation von συναγωγή könnte ein weiteres Indiz für die jüdische Bildung des Collators sein.¹¹⁹

c) Coll. 16,1,1 ~ Num. 27,2: Die Stiftshütte wird im Hebräischen meist mit „Zelt der Begegnung“ (*'ohael mō'ed*), nämlich der Begegnung des Menschen mit dem Ewigen, bezeichnet, so auch Num. 27,2. An einigen Stellen heißt sie auch „Wohnung des Gesetzes“ (*miškān ha'edūt*); das Wort *'edūt* bezeichnet in technischem Sinne die zwei Tafeln mit den Zehn Geboten.¹²⁰ Seltener ist „Zelt

¹¹⁶ Historisches Präsens, wie sich aus dem Aorist der Partizipien ergibt. Dem entspricht Coll. 16,1,1 = Lugd. Num. 27,2 *dixerunt*.

¹¹⁷ Oben Fn. 30.

¹¹⁸ K. MARTI/G. BEER, Die Mischna IV 9: 'Aḇōt, Gießen 1927, 3 Anm. 4 zu Avot I 1a („Große Synagoge“); ALBECK, Einf. (o. Fn. 21) 34 f. mit Fn. 65 („Große Synode“), 214 s. v. *knæsæt* „Versammlung, Synode“; STEMBERGER, Klass. Judentum (o. Fn. 30) 145 („Große Synode“); STEMBERGER, Einleitung 78 f., 141 f. („Große Synagoge“). Die Tradition von der Großen Versammlung geht vielleicht auf eine falsche Deutung von Neh. 8–10 zurück, vgl. MARTI/BEER 4; CORRENS, Mischna (o. Fn. 1) 584. Allerdings kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass der Collator an die 70 Ältesten dachte, die Mose zuweilen hinzuzog, Ex. 24,1; Num. 11,16. 24–25.

¹¹⁹ Vgl. oben zu Fn. 4, 6.

¹²⁰ So z. B. Ex. 25,22 *'rōn ha'edūt* „Kasten des Gesetzes“, „Bundeslade“, W. GESENIUS/F. BUHL, Hebräisches und aramäisches Handwörterbuch über das Alte Testament, 1910¹⁵, 560 s. v. *'edūt* 2.

des Gesetzes“ (*'ohæl ha'edūt*).¹²¹ Da *'edūt* aber auch „Zeugnis“ bedeuten kann,¹²² übersetzte die LXX regelmäßig mit σκηνῆ τοῦ μαρτυρίου „Zelt des Zeugnisses“, wohl eine stereotype Übersetzung des seltenen *'ohæl ha'edūt*. Hiervon stammt *tabernaculum testimonii* (Coll., Lugd.). Hieronymus, der in der Vulgata „Stiftshütte“ mit verschiedenen Ausdrücken¹²³ wiedergab, oft ohne den hebräischen Ausdruck der jeweiligen Stelle zu berücksichtigen, hat Num. 27,2 *tabernaculum foederis*, vielleicht nach der metonymischen Verwendung von hebr. *'edūt* „Gesetz“ für „Bund“.

d) Coll. 16,1,2 *et filii non fuerunt ei*, Num. 27,2 Lugd. *et filii non fuerunt*:¹²⁴ Rufin. *nulla uirili subole derelicta* (freie Übersetzung nach Origenes).

e) Coll. 16,1,2–3: Im hebräischen Text Num. 27,4 heißt es: *Warum soll der Name unseres Vaters ... ausgelöscht werden, weil er keinen Sohn hat?*, was die LXX mit „Der Name unseres Vaters soll nicht ... ausgelöscht werden, weil er keinen Sohn hat“ wiedergibt. Im hebräischen Original stellten die Töchter eine rhetorische Frage und erwarteten als Antwort, dass der Umstand, dass der Vater keinen Sohn hatte, keinen genügenden Grund¹²⁵ für die Auslöschung seines Namens biete; die LXX löste die rhetorische Frage auf: aus „warum soll ..., weil ..“ wurde „es soll nicht (deshalb) ..., weil..“. Die logische Tiefenstruktur des hebräischen Textes wurde in der LXX gewahrt: „Wenn jemand keinen Sohn hat, soll sein Name nicht aus diesem Grund ausgelöscht werden“. Coll., Lugd. und Rufin. folgen der auflösenden Konstruktion der LXX: Coll. 16,1,3 *et ideo* (u. 4. 1 b) *non deletur nomen patris nostri*, Num. 27,4 Lugd. *et non deletur nomen patris earum*, Rufin. *ne deletur nomen patris earum*. Die Verneinung *ne* vor dem Konj. *deletur* (Rufin.) entspricht der Schulgrammatik¹²⁶ und dem griechischen μή vor Imp. Aor.; *non* vor Konj. (Coll., Lugd.) drückt das Nichtgewollte rhetorisch verstärkt aus.¹²⁷

¹²¹ Num. 9,15; 17,22–23; 18,2; 2. Chr. 24,6.

¹²² GESENIUS/BUHL, Handwörterbuch (o. Fn. 120), 560 s. v. *'edūt* 1.

¹²³ Meist *tabernaculum testimonii* oder *tabernaculum foederis*, auch *tectum foederis* (Ex. 40,30).

¹²⁴ *Fuerunt* <ei> ROBERT, Pentateuchi versio (o. Fn. 94) CXV ad p. 293,26; SCHULZ, Bibl. Texte (o. Fn. 95) 41: ohne *ei* SMITS, Collatio (o. Fn. 95) 69.

¹²⁵ Nach SEEBASS, Kommentar Numeri III (o. Fn. 21) 197 Anm. 4 ist hebr. *lammā* mit „wozu“ statt „warum“ zu übersetzen; es werde nicht „der Grund der Maßnahme, sondern ihr Zweck in Frage gestellt“; III 198: „daß es keinen Sinn mache, den Namen ihres Vaters aus seiner Sippe zu tilgen“. Jedenfalls hat LXX das hebräische *lammā* als „warum“ verstanden; der Collator folgte dem Verständnis der LXX.

¹²⁶ R. KÜHNER/C. STEGMANN, Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache II: Satzlehre 1, Darmstadt 1976⁵, 180 (§ 47).

¹²⁷ KÜHNER/STEGMANN, Satzlehre 1 (o. Fn. 126) 192 (§ 48,2); J. B. HOFMANN/A. SZANTYR, Lateinische Syntax und Stilistik, München 1972, 337 (§ 186 III Zus. γ).

f) Coll. 16,1,4 *petitionem earum*: Num. 27,5 Lugd. *iudicium earum*, Ruf. *consultationem*, LXX κρίσιν αὐτῶν „Entscheidung ihres Falles“. *Petitio earum* „ihr Anspruch“ weicht vom LXX-Text und den anderen Übersetzungen („Urteilsfindung“) ab und nähert sich dem hebr. *mišpaṭan* „ihr Anspruch“.¹²⁸

g) Coll. 16,1,5 = Num. 27,6 Lugd. *et locutus est ... dicens* sind näher am griechischen Text ἐλάλησεν ... λέγων als Rufin. *loquens erat*. Vgl. u. 3. 4 k.

h) Coll. 16,1,6 *recte*: Im hebräischen Text Num. 27,7 steht das Adjektiv¹²⁹ *ken* „das Richtige“. Hieronymus übersetzte in der Vulgata wörtlich *iustam rem* (*postulant*), die LXX empfand das Akk.-Obj. als Adverb ὀρθῶς; so auch Coll. 16,1,6, Num. 27,7 Lugd. = Rufin. *recte* (*locutae sunt*).

i) Coll. 16,1,6 *et ideo dabit is possessionem*, Num. 27,7 Lugd. *datam dabis eis possessionem*, Rufin. *dabis eis possessionem*. Der hebräische Text verstärkte das Verbum finitum durch Hinzufügung eines inneren Objektes *in figura etymologica* in Form eines absoluten Infinitivs: *naṭon titten* „das Geben sollst du geben = geben, ja geben sollst du“. Die LXX gab die *figura etymologica* mit δόμα δώσεις „als Gabe¹³⁰ sollst du geben“ wieder; die Übersetzung des Inf. abs. mit einem Akk.-Obj. ist für die LXX ungewöhnlich, meist wird der Inf. abs. mit einem Dativ wiedergegeben, θανάτω θανατούσθω „mit dem Tode soll er getötet werden“.¹³¹ Lugd. übersetzte den LXX-Text ungenau mit einem auf „Besitz“ bezogenen Partizip *datam dabis ... possessionem*; Rufin. gab kein Äquivalent für δόμα. Die Vetus-Latina-Vorlage des Collators hat aus LXX „als Gabe sollst du geben“ *et ideo dabis* gemacht, also die emphatische Struktur als kausale Folge von *recte locutae sunt* interpretiert. Der Wechsel vom Sing. LXX δώσεις, Lugd., Rufin. *dabis* zum Pl. Coll. *dabit is* mag eine Vorwegnahme des mehrfachen δώσετε *dabit is* Num. 27,8–11, Coll. 16,1,8 sein.

j) Coll. 16,1,6 = Num. 27,7 Lugd. *patris earum*: Rufin. *patris sui*.¹³²

¹²⁸ Die Vorlage der Collatio scheint an zwei Stellen Kenntnis der rabbinischen Diskussion (coll. 2,1,2 *fortis*) und des hebräischen Kontextes (coll. 15,1,1 *sortes*) gehabt zu haben, MANTHE, Die Collatio (o. Fn. 4) 208, 206. Ob dies auch auf Coll. 16,1,4 zutrifft?

¹²⁹ GESENIUS/BUHL, Handwörterbuch (o. Fn. 120) 348 sv. *ken* II.

¹³⁰ Ob δόμα wirklich „Geschenk“ bedeutet, wie M. RÖSEL/CH. SCHLUND in: W. KRAUS/M. KARRER, Septuaginta Deutsch, Das griechische Alte Testament in deutscher Übersetzung (Textband), Stuttgart 2009, 165 übersetzen, ist mir wegen Mt. 7,11; Phil. 4,17 (dort jeweils „Gabe“, Vulgata: *data*) etwas zweifelhaft.

¹³¹ F. BLASS/A. DEBRUNNER, Grammatik des neutestamentlichen Griechisch, Göttingen 1965¹², 127 (§ 198,6). Die Collatio verwendete bei hebr. *mōtjūmāt* „den Tod soll er getötet werden“ = „getötet werden, ja getötet werden soll er“ den Akk. *mortem moriatur*, s. MANTHE, Die Collatio (o. Fn. 4) 210 f.

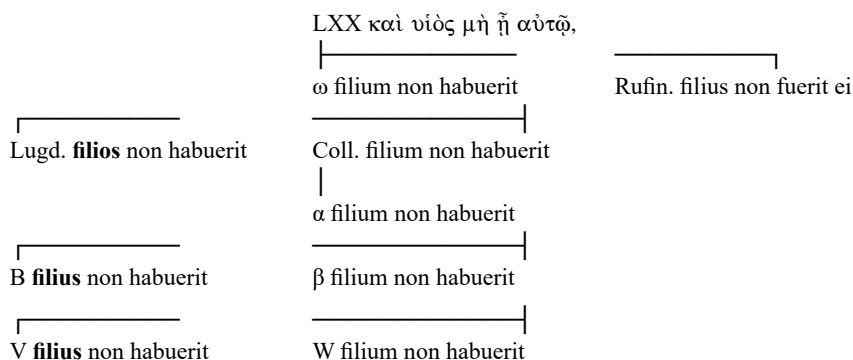
¹³² Das Reflexivpronomen *sui* bezieht sich hier nicht auf das Subjekt „du“ des *dabis* (nämlich Mose), sondern auf einen Casus obliquus desselben Satzes (*eis*), was häufig vorkommt,

k) Coll. 16,1,7 *dices*: Num. 27,8 Lugd. = Rufin. *loquēris dicens* wie LXX λαλήσεις λέγων, während die Collatio den Semitismus¹³³ latinisierte; anders noch Coll. 16,1,5 *et locutus est ... dicens*. Vgl. oben 3. 4 g.

l) Coll. 16,1,7 Codd. BV *filius non habuerit*, Cod. W Mommsen *filium non habuerit*, Num. 27,8 Lugd. *filios non habuerit*: Rufin. *filius non fuerit*.

Schulz¹³⁴ folgte für den Collatio-Text dem Cod. W (*filium*) und emendierte Lugd. [*filios*] <*filium*>. Seine Emendation setzt (1) voraus, dass sowohl der Schreiber von Lugd. Num. 27,8 als auch der Collator für Coll. 16,1,7 einen nicht erhaltenen Vetus-Latina-Codex (den ich hier mit „ω“ bezeichne) benutzt hätten, der LXX Num. 27,8 υἱὸς μὴ ἦ ἀὐτῶ richtig mit *filium non habuerit* übersetzt hatte, aber (2) sowohl die Schreiber der Collatio-Handschriften β und V aus ihren Vorlagen (Archetyp α für B und Hyparchetyp β [Abschrift von α] für V)¹³⁵ als auch der Schreiber von Lugd. aus seiner Vorlage unabhängig voneinander das in den Vorlagen vorgefundene *filium* falsch als *filius* (B und V sogar *filios*) *non habuerit* abgeschrieben hätten, während nur W aus β *filium* bewahrt hätte.

Im nachfolgenden Schulzschen Stemma sind die Veränderung des Numerus in Lugd. (*filios* für *filium*) und die beiden Abschreibebefehle (*filius* für *filium* in B und V) **fett** gedruckt:



z. B. Cic. pro Sest. 68,142 *Hunc (scil. Hannibalem) sui ciues e ciuitate ieecerunt*; KÜHNER/STEGMANN, Satzlehre 1 (o. Fn. 126) 604 (§ 117 A 4 a).

¹³³ Vgl. BLASS/DEBRUNNER, Grammatik (o. Fn. 131) 261 (§ 420).

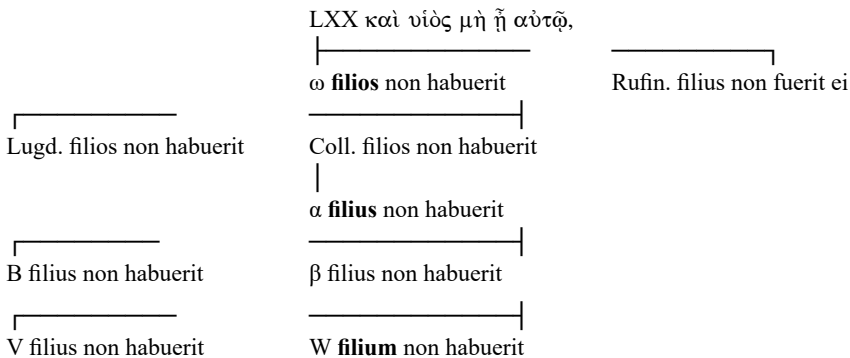
¹³⁴ SCHULZ, Bibl. Texte (o. Fn. 95) 41.

¹³⁵ Dass B aus α, V und W aus β abschrieben, hat gerade Schulz erwiesen: F. SCHULZ, The Manuscripts of the *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, BIDR 55–6 «post-bellum» (= NS. 14–5) (1951) 49–69, ebenfalls in: M. DAVID et al. edd., *Symbolae ad jus et historiam pertinentes Julio Christiano van Oven dedicatae*, Leiden 1946, 313–332; H. L. W. NELSON/U. MANTHE, *Gai Institutiones III §§ 1 – 87*, Berlin 1992, 9–13; W. KAISER, *Die Epitome Iuliani*, Frankfurt / M. 2004, 169.

Die von Schulz vermutete und zweimal unabhängig voneinander auftretende (B und V) Verschreibung *FILIUS* aus *FILIŪ* lässt sich paläographisch schlecht erklären. Das Lugd. *filium* zu *filios* verwandelte, ist denkbar.

m) Da die Collatio-Handschrift B eine direkte Abschrift des wohl im 8. Jhdt. angefertigten Archetyps α für BVW ist, während V und W eine Zwischenhandschrift, den Hyparchetyp β , der seinerseits Abschrift aus α ist, voraussetzen,¹³⁶ spricht die Übereinstimmung von B und V (*filios*) für α *filios*, was aus *filios* verschrieben sein dürfte; dass erst B und V unabhängig voneinander (B kopierte aus α , V aus β) *filios* aus *filium* abgeschrieben hätten (Schulz), ist eher unwahrscheinlich. Für den Schreiber von W war es hingegen einfach, seine Vorlage (β *filios*) zu emendieren; er glaubte, *filios* sei aus *filium* entstanden, und erkannte nicht, dass es aus *filios* kam. Wenn, was ich dem Befund entnehme, die Vorlage von α (nämlich die Originalhandschrift der Collatio) tatsächlich *filios* hatte, so deckt sich dies mit Lugd. *filios*. Sowohl Coll. als auch Lugd. haben den LXX-Text $\nu\acute{\iota}\omicron\varsigma \mu\grave{\eta} \tilde{\eta} \alpha\upsilon\tau\tilde{\omega}$ ungenau wiedergegeben. Da es wiederum unwahrscheinlich ist, dass Coll. und Lugd. unabhängig voneinander dieselbe Änderung vorgenommen haben (*filios* statt *filium*), hatten sie wahrscheinlich eine gemeinsame nicht erhaltene Vorlage: ω *filios*. Möglicherweise ließ sich der Verfertiger der Vorlage von Coll. und Lugd. von der Mehrzahl der Töchter beeinflussen, so dass er „Söhne“ statt „Sohn“ schrieb.

Im von mir vermuteten Stemma sind die Veränderung des Numerus in ω (*filios* für *filium*), der Abschreibefehler in α (*filios* für *filios*) und die Emendation in W (*filium* für *filios*) **fett** gedruckt:



¹³⁶ Oben Fn. 135.

Nach diesem Stemma wurde nur einmal (in α) *FILIUS* aus *FILIOS* verschrieben, während nach dem Schulzschens Stemma zweimal *filius* aus *filium* verschrieben wurde. Dass W *filius* in *filium* verwandelte, ist denkbar.

n) Coll. 16,1,8 *proximo eorum*,¹³⁷ Num. 27,11 Lugd. *domestico proximo ipsius*: Rufin. *domestico, qui fuerit propinquior illi*. Lugd. steht LXX τῷ οἰκείῳ τῷ ἔγγιστα αὐτοῦ am nächsten; Coll. ließ *domestico* (welches τῷ οἰκείῳ wiedergab) aus, Rufin. verwandelte das Attribut τῷ ἔγγιστα αὐτοῦ in einen Relativsatz.

o) Coll. 16,1,8 = Lugd. Num. 27,11 *iustificatio iudiciorum*: Rufin. *iustificatio iudicii* mit Singular *iudicii* wie LXX kr...sewv.

p) Die Stellen, an denen Coll. und Lugd. mit LXX übereinstimmen, sind für ein Stemma von Coll. und Lugd. nicht verwertbar, aber die Stellen, an denen sie eine gleiche Abweichung von LXX bieten, deuten darauf hin, dass Coll. (4. Jhdt.) und Lugd. (7. Jhdt.) eine gemeinsame Vorlage hatten:¹³⁸ (1) Coll. 16,1,3 = Lugd. Num. 27,4 *non (deleatur)*: LXX μὴ (ἐξαλειφθήτω); (2) Coll. 16,1,7 Codd. BV *filius* = Lugd. Num. 27,8 *filius*: LXX υἰός; (3) Coll. 16,1,8 = Lugd. Num. 27,11 *iudiciorum*: LXX κρίσεως.

q) Dort, wo Lugd. und LXX gegen Coll. übereinstimmen, hat entweder der Collator seinen Text gegenüber seiner Vorlage verändert oder war es schon die Vorlage, die freier übersetzt hatte: (1) Coll. 16,1,1 *omnemque senatum filiorum Israhel*: Num. 27,2 Lugd. *et ... in omnem synagogam*, LXX καὶ ἕναντι πάσης συναγωγῆς; (2) Coll. 16,1,4 *petitionem*: Num. 27,5 Lugd. *iudicium*, LXX kr...sin; (3) Coll. 16,1,6 *dabitis*: Lugd. Num. 27,7 *dabis*, LXX δώσεις; (4) Coll. 16,1,7 *dices*: Num. 27,8 Lugd. *loqueris dicens*, LXX λαλήσεις λέγων.

r) Insgesamt zeigt sich, dass Lugd. und Coll. 16,1 sich nahestehen und wohl auf eine gemeinsame Vorlage ω ¹³⁹ für Num. 27,1–11 zurückgehen. Wenn man annimmt, dass schon die Vorlage der Collatio die Veränderungen gegenüber LXX und der Vetus-Latina-Vorlage des Lugd. (o. 3. 4 q) vorgenommen hat, dann kann diese Vorlage nur eine von der für Coll. und Lugd. gemeinsamen Vorlage ω abhängige Zwischenhandschrift gewesen sein; wenn man hingegen

¹³⁷ Zu *eorum* unten zu Fn. 148.

¹³⁸ Dasselbe gilt für Coll. 14,1,1 *Quicumque plagauerit quemquam Israhel et uendiderit eum, mortem moriatur* und Lugd. Ex. 21,17 (p. 175,39 ROBERT) *Quicumque inuolauerit aliquem de filiis Israhel, et uendiderit, et inuentum fuerit in eo, morti morietur*, wo in beiden Texten LXX Ex. 21,17 καὶ καταδυναστεύσας (Vulg. *eum conuictus*) weggelassen wurde. Die anderen Collatio-Stellen, welche eine Parallele im Cod. Lugd. haben, geben für die Frage einer gemeinsamen Vorlage nichts her; ihr Text stimmt entweder mit Lugd. und LXX überein (coll. 2,1; 3,1; 13,1) oder weichen vollkommen von beiden ab (coll. 15,1).

¹³⁹ Oben 3. 4 l.

annimmt, dass die drei Veränderungen erst vom Collator stammen, könnte es sein, dass sowohl Coll. als auch Lugd. dieselbe Handschrift w verwendet haben.

Dies dürfte eine Vetus-Latina-Handschrift spätestens des 4. Jhdts. gewesen sein. Rufinus, ein geübter Übersetzer aus dem Griechischen, hat den LXX-Text, den vielleicht schon Origenes paraphrasiert hatte, gewiss ohne Hilfe einer Vorlage eigenständig übersetzt.

4 Die Änderungen des Bibeltextes durch den Collator

4.1 Hinzufügungen

a) Coll. 16,1,2 hat einen Zusatz, der vom Bibeltext nicht gedeckt ist: nach *et filii non fuerunt ei* steht *sed filiae*, was in Lugd., Rufin. und LXX fehlt.

b) Es folgt in § 3 *et ideo* (o. 3. 4 e) *non deletur nomen patris nostri ... non est ei masculus*, wofür Lugd. (wie LXX, ähnlich Rufinus) hat: *Et non deletur nomen patris nostri ... quia non est filius*.

In Lugd. wie LXX ist der Gedankengang: „Wenn jemand keinen Sohn hat, so wird sein Name nicht aus diesem Grund ausgelöscht“. Dieser Satz wendet sich gegen die Norm, nach welcher der Tatbestand „jemand hat keinen Sohn“ die Rechtsfolge „sein Name wird aus diesem Grund ausgelöscht“ herbeiführt. Anders Coll. 16,1,3: *et ideo* weist zurück auf den gerade vorher genannten Tatbestand, dass nämlich Zelfhad (Salphad) keine Söhne hatte, aber Töchter. Diesem Sachverhalt wird eine andere Rechtsfolge zugeordnet: daher soll nicht gelten: „Wenn jemand keinen Sohn hat, so wird sein Name nicht deshalb ausgelöscht“, sondern es soll gelten: „Wenn jemand keinen Sohn hat, aber Töchter, so wird sein Name nicht ausgelöscht“.

Der Collator hat, wie ich vermute, erkannt, dass der biblische Rechtssatz Num. 27,4 nicht präzise genug war, um daraus einen tauglichen Obersatz eines juristischen Syllogismus zu gewinnen. Das biblische Recht geht nämlich von der Norm Num. 27,4 aus: „Wer keinen Sohn hat, dessen Name soll ausgelöscht werden“. Die Verbindung des Tatbestandes „wer keinen Sohn hat“ mit der Rechtsfolge „dessen Name soll ausgelöscht werden“ geschieht in Num. 27,4 durch die kausale Konjunktion LXX ὅτι „weil“, Lugd. = Rufin. *quia*. Die Töchter wandten sich gegen die Anwendung dieser Norm und forderten stattdessen eine Norm: „Der Name soll nicht aus dem Grund ausgelöscht werden, dass er keinen Sohn hat“, mit anderen Worten: „Es soll nicht gelten: Wer keinen Sohn hat, dessen Name soll ausgelöscht werden“. Aber was folgte daraus? Der Sachverhalt, dass Zelfhad (Salphad) keinen Sohn hinterlassen

hatte, ließ sich unter den Tatbestand „wer keinen Sohn hat“ subsumieren. Da die Rechtsfolge „dessen Name soll ausgelöscht werden“ für gerade diesen Tatbestand nicht gelten sollte, blieb sein Name zunächst bestehen, was aber nicht gehindert hätte, dass sein Name aus einem anderen Grund ausgelöscht würde, z. B. weil er „wegen seiner eigenen Sünde“ gestorben war (Num. 27,3) oder weil Töchter als nicht grundbesitzfähig angesehen wurden.¹⁴⁰ Es musste also eine Norm gefunden werden, die gerade Töchter zu Erben einsetzt.

Der Collator ließ die Töchter eine solche Norm beantragen: „Wer keinen Sohn, aber Töchter hat, dessen Name soll deshalb nicht ausgelöscht werden“. Unter den Tatbestand dieser Norm ließ sich Zelofhads Fall subsumieren; es folgte daraus: „Der Name des Zelofhad, der keinen Sohn, aber Töchter hat, soll nicht ausgelöscht werden“.¹⁴¹

Im folgenden Satz Coll. 16,1,3 *non est ei masculus* fehlt folgerichtig eine Entsprechung zu LXX ὄτι „weil“, Lugd. *quia*, denn die Rechtsfolge „Zelofhads Name wird nicht ausgelöscht“ folgt nicht aus dem Tatbestand „jemand hat keinen Sohn“ (also aus dem nachfolgenden *non est ei masculus*), sondern aus dem Tatbestand „jemand hat keinen Sohn, aber Töchter“ (also aus dem vorhergehenden *et filii non fuerunt ei, sed filiae*). Daher ist *ideo* „deshalb“ als Begründung der Rechtsfolge *non deleatur nomen patris* aus dem Sachverhalt *sed filiae* konsequent, während *quia (non est ei masculus)* als Begründung der Rechtsfolge *non deleatur nomen patris* falsch wäre.

Schulz¹⁴² tilgte § 2 [*sed filiae*] und fügte § 3 <*quia*> (*non est ei masculus*) ein, als ob *ideo* auf *non est ei masculus* vorwärtsverwies.

¹⁴⁰ Wie man in Num. 36,6–9 (o. zu Fn. 22) sieht, waren die Familienhäupter bemüht, den Töchtern den Erbbesitz streitig zu machen.

¹⁴¹ Man mag darüber nachdenken, ob der Collator ein Schlussverfahren der stoischen Aussagenlogik, die manchen römischen Juristen und Kirchenvätern einigermaßen präsent war, herstellen wollte. Der erste elementare Schluss der Stoiker lautet: *Wenn p, dann q; nun aber p; also q*, Diog. Laert. 7,80 = SVF II p. 80,2–5 (fr. 241); M. FREDE, *Die stoische Logik*, Göttingen 1974, 131, 148; M. WINKLER, *Mathematik und Logik in Julians Digesten*, Berlin 2015, 250. Für unseren Fall: *Wenn jemand keinen Sohn hat, aber Töchter, dann wird sein Name nicht ausgelöscht; nun hat Zelofhad keinen Sohn, aber Töchter; also wird sein Name nicht ausgelöscht*. Zu den Juristen, die die stoische Logik verwendeten: J. MIQUEL, *Stoische Logik und römische Jurisprudenz*, ZRG RA 89 (1972) 85–122; WINKLER, *Mathematik* 107–109 und pass.; zu Kirchenvätern: R. H. AYERS, *Language, Logic, and Reasons in the Church Fathers*, Hildesheim / New York 1979, 79.

¹⁴² SCHULZ, *Bibl. Texte* (o. Fn. 95) 41.

4.2 Kürzungen

a) Coll. 16,1,2–3 *sed filiae, et ideo* ist nicht die einzige Abweichung vom Text der LXX und der Vetus Latina. In der Collatio wurden mehrere Abschnitte des biblischen Textes ausgelassen.

Zunächst verzichtete der Verfasser von Coll. 16,1,1 auf die Genealogie des Salphad, die für seine Zwecke unerheblich war. Ferner fehlt Coll. 16,1,2 der Hinweis der Töchter, dass ihr Vater zwar nicht der Rotte Korach angehört hatte, aber wegen einer eigenen Verfehlung gestorben sei (o. 2. 5). Auch dies war für die Vergleichung des mosaischen mit dem römischen Erbrecht unerheblich; es ging dem Collator ja um das Erbrecht der Töchter nach dem Vater, aber nicht um die Zuteilung eines Grundstücks im Lande der Verheißung und schon gar nicht um die Gründe für den frühen Tod des Zelofhad (Salphad).

b) Hingegen stört die große Lücke nach Coll. 16,1,7 *et dices haec filiis Israel: homo si decesserit et filios non habuerit*; es fehlt ein Satz (wie z. B. Lugd.) *circumdabit hereditatem eius filiae ipsius*. Vielmehr folgt in Coll. 16,1,8 sogleich der Schlussteil der Erbrechtssatzung *dabit hereditatem proximo eorum de tribu eius*. In den zum Vergleich herangezogenen Texten für das römische Intestaterbrecht nach *ius civile* (Coll. 16,2–4) wird das zivile Erbrecht der *sui, agnati* und *gentiles* behandelt; Coll. 16,1,8 ~ Num. 27,11 gibt aber nur einen dem römischen Erbrecht der Gentilen vergleichbaren Satz des jüdischen Rechts wieder. Es ist unwahrscheinlich, dass der Collator sich auf einen Vergleich von Coll. 16,1,8 mit Coll. 16,2,17 und 16,4,2 beschränken wollte. Die ausführliche Wiedergabe der römischen Texte durch den Collator macht nur Sinn, wenn er auch das jüdische Erbrecht der Kinder (Num. 27,8) und agnatischen Verwandten (Num. 27,9–10) behandelte, insbesondere auch das Erbrecht der Töchter (Num. 27,8), welches sich ja in Coll. 16,2,2; 16,3,4 und (implizit) 16,4,1 widerspiegelte.

Ein Grund, das jüdische Töchtererbrecht auszulassen, könnte allenfalls darin bestehen, dass römische Töchter in gleicher Weise wie Söhne erbten (Coll. 16,2,2. 14; 16,3,4. 20), während jüdische Töchter neben Söhnen kein Erbrecht hatten (Num. 27,9) – dies offenzulegen, hätte dem Beweisthema, das mosaische Recht habe denselben Inhalt wie das Zwölfafelrecht (Coll. 7,1 pr.), widersprochen. Ich halte aber den Text der Collatio für einen Entwurf des Verfassers, der noch nicht veröffentlichungsreif war und sich auf die Sammlung der Quellen und einige Bemerkungen (Coll. 6,7 pr., 7,1 pr., 14,3,6) beschränkte.¹⁴³ Die gezielte Weglassung eines störenden Elementes ist in diesem Stadium noch nicht zu erwarten.

¹⁴³ Zu einigen unbereinigten Dubletten in der Collatio, die darauf hindeuten, dass das Manuskript noch nicht fertig redigiert war, siehe U. MANTHE, Dubletten (o. Fn. 6) 395–412, 412 mit Fn. 100.

Vielmehr ist die ganze Passage, die Num. 27,8b–11a wiedergab, wahrscheinlich vom Schreiber des Archetyps infolge eines Homoioteleuton oder Homoiioarkton weggelassen worden. Huschke¹⁴⁴ ergänzte die Lücken sinngemäß, während Mommsen ebenfalls eine größere Lücke vermutete, aber auf eine Ergänzung verzichtete.¹⁴⁵ Mit Huschke und Kübler ist der ausgefallene Teil ungefähr als *homo si decesserit et filios¹⁴⁶ non habuerit, < dabit is hereditatem eius filiae eius. si filiam non habuerit, dabit is fratribus eius. si fratres non habuerit, dabit is patruis eius. si patruos non habuerit, > dabit is hereditatem proximo eorum* zu rekonstruieren; die der Collatio nahestehende Version des Codex Lugdunensis bietet weder Homoioteleuton noch Homoiioarkton.

In dem der Lücke folgenden Satz (*dabit is ...*) *proximo eorum* „(gibt ...) dem Nächsten von ihnen“, nämlich dem Gradnächsten der soeben Genannten, meint *eorum* nicht die Söhne des Erblassers, die unmittelbar vor der Lücke genannt sind, schon gar nicht einen einzigen Sohn des Erblassers;¹⁴⁷ erbberechtigt in der 5. Ordnung ist derjenige Verwandte des Erblassers, der dem Erblasser im Grade am nächsten steht, wenn es keinen Angehörigen der ersten vier Ordnungen gibt; dies ist in Num. 27,11 LXX τῷ οἰκείῳ τῷ ἔγγιστῳ αὐτοῦ, Lugd. *domestico proximo eius* [des Erblassers] richtig ausgedrückt. Der Plural *eorum* in der Collatio bezieht sich wahrscheinlich auf die in der Lücke vorausgehenden Vatersbrüder, Num. 17,11 LXX ἀδελφοὶ τοῦ πατρὸς αὐτοῦ, Rufin. *fratres patris*, in der Rekonstruktion Huschkes *patruos*. Die Angleichung an den vorausgehenden Plural in der Collatio ist sachlich nicht falsch, denn es ist ja denkbar, dass es mehrere *proximi* gibt, die denselben Rang haben. Die Numerusangleichung dürfte ein Indiz dafür sein, dass der Collator in seiner Vorlage tatsächlich einen Plural *patruos* (oder *fratres patris*) gelesen hatte.¹⁴⁸

¹⁴⁴ PH. E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, Lipsiae 1861¹, 580 f. = 1886⁵, 696. – B. KUEBLER, *Iurisprudentiae* (o. Fn. 4) 384 und FRAKES, *Compiling* (o. Fn. 5) 193 folgen Huschke.

¹⁴⁵ MOMMSEN, *Collectio III* (o. Fn. 4) 189,14 im Apparat: „post habuerint [sic!] exciderunt plura“.

¹⁴⁶ So PITHOU (o. Fn. 4) nach B; F. BLUME, *Lex Dei sive Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, Bonnae 1833 nach V und Pithou (die Handschrift B war 1833 noch verschollen; Blume verwendete die Edition Pithous *codicis instar*); HUSCHKE (o. Fn. 153), MOMMSEN, KUEBLER (o. Fn. 4) und FRAKES, *Compiling* (o. Fn. 5) haben *filium* nach W.

¹⁴⁷ Coll. 16,1,7 *filius* BV, *filium* W und die neueren Herausgeber, o. Fn. 102, 155.

¹⁴⁸ KUEBLER (o. Fn. 4) emendierte [*eorum*] <*eius*>, was unnötig ist. Unnötig ist auch Huschkes Konjekturen [*eorum*] <*reliquorum*> oder <*cognatorum*>, HUSCHKE⁵ (o. Fn. 144), 696 Fn. 2, die inhaltlich nichts verbessert und von Kuebler nicht übernommen wurde.

5 Zusammenfassung

Das Erbrecht der Töchter in der 2. Ordnung (nach Söhnen, aber vor allen anderen Agnaten) veränderte das männlich dominierte Erbrecht der halbmythischen Zeit. Die Tradition setzte das Gesetz des Ewigen in die Zeit der Wüstenwanderung; Urkunden aus Samaria aus dem 9. Jhd. v. Chr. erweisen, dass die Ereignisse wenigstens zum Teil historisch sind (o. 1. 3). Die Familienhäupter der Landnahmezeit verhinderten durch ein Endogamiegebot, dass infolge des Töchtererbrechts Vermögen in stammesfremde Geschlechter transferiert wurde (o. 1. 2, 2. 8). Auch die *Voconiana ratio* des römischen Rechts hatte dieses Ziel;¹⁴⁹ der Collator zitierte, wenn auch wohl ohne beabsichtigten Bezug auf Num. 36,1–12, die römischen Texte zur *Voconiana ratio* (Coll. 16,2,14; 16,3,20). Das System des Intestaterbrechts nach Num. 27,8–11 war dem des Zwölfafelrechts sehr ähnlich, und so konnte der Collator mit der Aufnahme von Num. 27,1–11 in die Collatio sein Programm in hervorragender Weise verwirklichen: Coll. 7,1 pr. *Scitote, iuris consulti, quia Moyses prius hoc statuit, sicut lectio manifestat*.

In der rabbinischen Zeit wurde das Erbrecht der Töchter in einem System dargestellt, welches dem Intestaterbrecht nach *ius ciuile* sehr ähnlich war (o. 2. 2–4). Das Gentilenerbrecht der mosaischen Zeit (Num. 27,11) war in der rabbinischen Zeit ebenso wie das Gentilenerbrecht der Zwölfafeln obsolet geworden und wurde von den Rabbinen, soweit ersichtlich, nicht erwähnt.¹⁵⁰ Der Collator nahm aber das Gentilenerbrecht in seine Sammlung auf (Coll. 16,1,8), vielleicht um auch einen Vergleich mit Gai. Inst. 3,17 (Coll. 16,2,17) und Ulp. reg. 16,1a (Coll. 16,4,2) zu ermöglichen.

Die textkritische Analyse zeigt, dass der Text des Codex Lugdunensis (7. Jhd.) dem Text der Collatio (4. Jhd.) ziemlich nahesteht (3). Die Texte von Coll. und Lugd. gehen – mit oder ohne Zwischenhandschriften – beide auf eine altlateinische Vorlage zurück, die spätestens im 4. Jhd. angefertigt wurde (o. 3. 4 r); gemeinsame Abweichungen von der LXX (Coll. 16,1,3. 7. 8; 14,1,1)¹⁵¹ legen diese Annahme nahe.

¹⁴⁹ Vgl. U. MANTHE, Das Erbrecht der römischen Frauen nach der *lex Papia Poppaea*, in: Vorträge gehalten auf dem 28. deutschen Rechtshistorikertag Nimwegen 23. bis 27. September 1990, Hrsg. P. NÈVE/C. COPPENS, Nijmegen 1992, 33–46, 39–43; hierzu A. WEISHAUP, Die *lex Voconia*, Köln / Weimar / Wien 1999, 137–139.

¹⁵⁰ Ravina erschloss aus Num. 27,11 (*der am nächsten Verwandte*) das Erbrecht der Söhne, nicht das der Gentilen (Bab. Talm. Bava Batra 110b [8, 296 = VI 1230,19]); oben zu Fn. 51.

¹⁵¹ Oben Fn. 138.

Der Collator hielt sich nicht exakt an seine biblische Vorlage, sondern veränderte den Text, indem er 16,1,2 *sed filiae* einfügte und 16,1,3 *et ideo* einfügte, aber *quia* strich (4. 1). Damit verschob er die Begründung für die Rechtsfolge, dass Zelfohads Name nicht ausgelöscht wurde; da eine solche Änderung voraussetzt, dass der Ändernde den Gedankengang durchdrungen hat, wurde sie vermutlich schon vom Verfasser der Collatio und nicht von einem gedankenlosen Abschreiber vorgenommen. Während juristische Exzerpte der Collatio große Texttreue des Collators zu oft fehlerhaften Vorlagen und gleichzeitig zahlreiche Fehler späterer Kopisten aufweisen,¹⁵² verfuhr der Collator bei den biblischen Texten mit größerer Freiheit. Er sammelte mehrere Übersetzungen desselben Textes (Coll. 6,7,3. 4. 7; 15,1,1 und 2),¹⁵³ vielleicht weil er wusste, dass *tot sint exemplaria quot codices*.¹⁵⁴ Auch schuf er Bibeltexte neu, die so nicht in der Tora standen (Coll. 6,7,5. 6. 8);¹⁵⁵ dafür wird er kaum eine Vorlage gehabt haben.

Dass der wichtigste Teil von Num. 27,1–11, nämlich 27, 8–11, in der Collatio fehlt, geht hingegen mit großer Wahrscheinlichkeit auf ein Homoioteleuton (*habuerit*) oder Homioarkton (*dabitis*) im Archetyp α zurück (4. 2 b). Es ist nämlich kaum anzunehmen, dass der Collator das Erbrecht der Töchter und der Agnaten gestrichen und sich auf das obsolete Erbrecht der Gentilen beschränkt hätte.

¹⁵² F. WIEACKER, Textstufen klassischer Juristen, Göttingen 1975, pass.

¹⁵³ MANTHE, Dubletten (o. Fn. 6) 406–410, 410–412.

¹⁵⁴ Oben Fn. 93.

¹⁵⁵ Mit kühner Veränderung des Wortlauts von Lev. 18,12. 13. 16.

K vybraným prameňom stredovekej inkvizície

Veronika Kalyniv

Úvod – 1 Obdobie biskupskej inkvizície – 1.1 Tretí lateránsky koncil – 1.2 *Ad abolendam* – 1.3 *Vergentis in senium* – 1.4 *Ad eliminandam* – 1.5 Štvrtý lateránsky koncil – 2 Obdobie pápežskej inkvizície – 2.1 *Ille humani generis* – 2.2 Koncil v Tarragone – 2.3 *Ad extirpanda* – Záver

Je mi veľkou čťou prispieť do zborníka vydaného pri príležitosti nedožitých osemdesiatych narodenín pána profesora Petra Blaha. Jeho život a dielo zanechali vo mne nezmazateľnú stopu, a to či už po ľudskej alebo odbornej stránke.

Úvod

Predkladný príspevok podáva prehľad významných prameňov postupne vydaných v období formovania dovedy prvého rozhodovacieho orgánu, ktorý svoju činnosť sústreďoval výhradne na vydávanie verdiktov vo veciach herézy. Našu pozornosť zameriavame najmä na analýzu textu vybraných prameňov, čo čitateľovi otvára možnosť na vytvorenie si obrazu o fungovaní tejto novovznikajúcej inštitúcie.

Stredoveká inkvizícia vznikla ako odpoveď na rozšírenie heréz hlavne vo Francúzsku a v Itálii od konca 11. storočia. Dôvod jej vzniku bol jasne vyjadrený v názvoch jednotlivých predpisov: *Ad abolendam*, *Ad eliminandam*, *Excommunicamus*, respektíve *Ad extirpanda*. Všetky použité slová mali veľmi podobný význam, z ktorých je zrejmé, za akým účelom boli tieto predpisy vydané: *abolere* (lat.) = kaziť, zničiť, *eliminare* (lat.) = odpratať, *excommunicare* (lat.) = exkomunikovať, vyobcovať z cirkvi, *extirpare* (lat.) = vykoreniť, vytrhnúť.¹ Hlavným cieľom takto vydaných právnych predpisov bolo zničenie herézy a zachovanie jednoty učenia Katolíckej cirkvi (ďalej len „cirkev“).

Podľa Della Veneriu boli inkvizičné zákony v porovnaní so svetskou legislatívou tohto obdobia omnoho pokrokovejšie. Obsahovali zásadu

¹ DEL COL, A.: *L'inquisizione in Italia dal XII. al XXI. secolo*. Milano (2006), s. 67.

písomnosti dôkazov, právomoc sudcu viesť konanie, povinnosť prijímať procesné akty za prítomnosti najmenej dvoch svedkov (okrem zamestnancov súdu) a zásadu tajnosti konania. Tieto úpravy mali byť zárukou nestrannosti a spravodlivosti, mali zabrániť svojvoľnosti v rozhodovaní a zabezpečiť zákonne nadobudnutým dôkazom právnu silu.²

1 Obdobie biskupskej inkvizície

1.1 Tretí lateránsky koncil

Aj keď k založeniu biskupskej inkvizície došlo prijatím buly *Ad abolendam* v roku 1184, na prvom mieste spomenieme skôr vydaný dokument *Excommunicamus* prijatý na Tretom lateránskom koncile (r. 1179). Už kánony tohto dokumentu totiž obsahovali prísne pravidlá odsudzujúce herézu, špecifickú analýzu heretickej viery a heretickej praxe ako aj privilégia príslušiaci križiakom bojujúcim proti heretikom a ich pomocníkom. Takto prijaté pravidlá predstavovali významný predpis, pokiaľ ide o vydávanie ďalších právnych predpisov týkajúcich sa stredovekého inkvizičného procesu. Posledný kánon spomínaného dokumentu, a to kánon 27, odsudzoval a uvažoval kliatbu na všetkých heretikov a ich podporovateľov a upieral im tiež kresťanský pohreb:

Ea propter quia in Gasconia Albigesio et partibus Tolosanis et aliis locis ita haereticorum quos alii catharos alii Patrinos alii publicanos alii aliis nominibus vocant invaluit damnata perversitas ut iam non in occulto sicut aliqui nequitiam suam exerceant sed suum errorem publice manifestent et ad suum consensum simplices attrahant et infirmos eos et defensores eorum et receptores anathemati decernimus subiacere et sub anathemate prohibemus ne quis eos in domibus vel in terra sua tenere vel fovere vel negotiationem cum eis exercere praesumat.³

² DELLA VENERIA, C.: L'Inquisizione medioevale ed il processo inquisitorio. Milano (1939), s. 188–190.

³ V preklade: „Z dôvodu, že sa v oblastiach Gaskonska, Albi, Toulouse a aj na iných miestach vyskytla tá ohavná heréza nazývaná rôzne – Katari, Pataríni, ako aj inak a z dôvodu, že sa ona už rozšírila natoľko, že jej prívrženci svoju herézu už nepraktizujú iba v utajení ako to robia ostatní, ale verejne a vyberajú si jednoduchých a slabých, aby sa k nim pridali, vyhlasujeme, že oni a ich stúpenci, aj tí ktorí ich prijímajú sú exkomunikovaní a pod hrozbou exkomunikácie je aj každý kto by kohokoľvek z nich u seba alebo na svojom pozemku skrýval, podporoval ho či obchodoval s ním“. Porov. <http://www.documentacatholicaomnia>.

1.2 *Ad abolendam*

Ďalším prameňom je vyššie spomenutá bula pápeža Lucia III. (1181–1185) vydaná na koncile vo Verone v roku 1184 – bula *Ad abolendam*, nazývaná aj zakladacou listinou inkvizície. Je považovaná za najprepracovanejšiu zákonnú úpravu tohto obdobia týkajúcu sa postupu proti heretikom. Išlo o rámcový predpis, súbor pravidiel, ktorý upravoval postup proti ľuďom podozrivým zo šírenia heretických myšlienok a proti ich podporovateľom.

Prijatím buly *Ad abolendam* boli biskupi splnomocnení vyhl'adávať heretikov, vypočúvať ich a v prípade dokázania viny rozhodnúť o ich treste. Biskupova právomoc bola rozšírená o právo navštevovať a vstupovať do náboženského života ľudí, ktorí mu boli zverení do pastorácie:⁴

... quilibet archiepiscopus vel episcopus per se, vel archidiaconum, suum [sic], aut per alias honestas idoneasque personas, bis vel semel in anno propriam parochiam, in qua fama fuerit haereticos habitare, circumeat, et ibitres vel plures boni testimonii viros, vel etiam, si expedire videbitur, totam viciniam iurare compellat, quod, si quis ibidem haereticos scierit vel aliquos occulta conventicula celebrantes, seu a communi conversatione fidelium vita et moribus dissidentes, eos episcopo vel archidiacono studeat indicare. Episcopus autem vel archidiaconus ad praesentiam suam convocet accusatos, qui, nisi se ad eorum arbitrium iuxta patriae consuetudinem ab obiecto reatu purgaverint, vel, si post purgationem exhibitam in pristinam relapsi fuerint perfidiam, episcoporum iudicio puniantur. Si qui vero ex eis, iurationem superstitione damnabili respicientes, iurare forte noluerint, ex hoc ipso haeretici iudicentur, et poenis, quae praenominatae sunt, percellantur.⁵

eu/04z/z_11791179_Concilium_Lateranum_III_Documenta_LT.doc.html; <http://www.ewtn.com/library/COUNCILS/LATERAN3.HTM>; FRŇKOVÁ, M.: Počátky stredoveké inkvizície. Bakalárska práca. Olomouc (2005), s. 20 a PETERS, E.: Heresy and authority in medieval Europe. London (1980), s. 168.

⁴ PETERS, E.: Inquisition. California (1989), s. 47 a 48.

⁵ V preklade: „... každý arcibiskup alebo biskup, buď osobne alebo prostredníctvom svojho arcidiacona alebo inej dôveryhodnej a vhodnej osoby, má raz alebo dvakrát ročne navštíviť farnosť, v ktorej bolo ohlásené, že v nej bývajú heretici; tam vyzve tri alebo viac osôb dobrej povesti, alebo, ak sa to zdá byť vhodné, celé blízke okolie, zložiť prísahu, že ak sa dozvedia o nejakých heretikoch alebo o nejakých tajných zhromaždeniach alebo o niekom, kto sa spôsobom svojho života líši od bežných zvykov veriacich, upozorní na nich biskupa alebo arcidiacona. Ten predvolá obvineného a ak sa ten neočistí od obvinení vznesených proti nemu podľa zvyku svojej krajiny alebo ak po takejto očiste znova upadne do svojich omylov, bude potrestaný podľa biskupovho rozsudku. Ak však hociktorí z nich pre zavrnutiahodnú poverčivosť popierajú zákonnosť prísahy a odmietnu prisahať, majú byť následkom práve

Svetskej moci bolo nariadené spolupracovať s duchovenstvom pod hrozbou trestu exkomunikácie, trestu uvalenia interdiktu na ich územie, ako aj pod hrozbou trestu oslobodenia ich poddaných spod prísahy poslušnosti:

*Statuimus insuper, ut comites, barones, rectores et consules civitatum et aliorum locorum, iuxta commonitionem archiepiscoporum et episcoporum, praestito corpolariter iuramento promittant, quod in omnibus praedictis fideliter et efficaciter, ab eis exinde fuerint requisiti, ecclesiam contra haereticos et eorum complices adiuuabunt et studebunt bona fide iuxta officium et posse suum ecclesiastica simul et imperiali statuta circa ea, quae diximus, executioni mandare. Si vero id observare noluerint, honore, quem obtinent, spolientur et ad alios nullatenus assumantur, eis nihilominus excommunicatione ligandis, et terris ipsorum interdicto ecclesiae supponendis. Civitas autem, quae his decretalibus institutis duxerit resistendum, vel contra commonitionem episcopi punire neglexerit resistentes, aliarum careat commercio vicinatum et episcopali se noverit dignitate privandam.*⁶

V priebehu biskupskej inkvizície bol vďaka sprísnenému biskupskému dohľadu posilnený duchovný život každej diecézy najmä:

- podrobnou kontrolou nariadení buly *Ad abolendam* a dozorom synodálnych svedkov, ktorých policajné právomoci boli zvýšené,
- verejnou prísahou poslušnosti voči cirkvi a kresťanským doktrínam, ktorú počas biskupských vizitácií museli zložiť všetci miestni obyvatelia,
- dohľadom nad pokutami uloženými usvedčeným heretikom a ľuďom podozrivým z herézy.⁷

tejto okolnosti prehlásení za heretikov a potrestaní podľa biskupovho uváženia“. X 5,7,9.

⁶ V preklade: „Okrem toho nariaďujeme, aby sa grófi, baróni, konzuli miest a iných komunit, keď budú povolani arcibiskupmi a biskupmi, zaviazali prísahou, že vo všetkých už spomenutých veciach budú rozhodne a účinne pomáhať cirkvi proti heretikom a ich pomáhačom; a v dobrej viere sa budú snažiť, podľa ich úradu a právomoci, uviesť do platnosti cirkevné, a zároveň aj cisárske nariadenia, o ktorých sme hovorili. Ak však toto nedodržia, nech sú zbavení privilégií, ktoré majú, a v žiadnom prípade nemôžu získať ďalšie, navyše budú exkomunikovaní a na ich majetky bude uvalený interdikt. Taktiež každé mesto, ktoré by chcelo odporovať nariadeniam tejto dekretácie alebo ktoré, keď bude vyzvané biskupom, zanedbá potrestať heretikov, nech je izolované od styku s inými mestami a nech je zbavené svojej biskupskej dôstojnosti“. X 5,7,9. Bližšie pozri aj MAITLAND, S. R.: *Facts and Documents Illustrative of the History, Doctrine and Rites of the Ancient Albigenses et Waldenses*. London (1832), s. 496.

⁷ PETERS, E.: *Inquisition*. California (1989), s. 58. K synodálnym svedkom pozri aj LEA, H. Ch.: *A History of the Inquisition of the Middle Ages*. Vol. I. New York (1888), s. 312.

Pápežské predpisy vydané v ďalších dekádach naznačovali dôležitosť buly *Ad abolendam*. Po jej vydaní sa pápeži spolu so svetskými panovníkmi začali aktívne podieľať na odhaľovaní heretikov a na vyhľadávaní informácií ohľadom zákonného postupu proti nim.

1.3 *Vergentis in senium*

Dekrét *Vergentis in senium* (r. 1199) vydal pápež Inocent III. (1198–1216). Týmto právnym predpisom pokračoval v boji cirkvi proti rozmachu herézy a robil tak až do konca svojho pontifikátu.⁸ Dekrét predstavoval významný krok v procese legalizácie postihovania heretikov, nakoľko v ňom po prvý raz, v duchu práva rímskych cisárov, pápež označil herézu za velezradu a urážkou majestátu (*crimen laesae maiestatis*). Poukázal tak na analógiu medzi kresťanskou spoločnosťou a rímskou ríšou – obe ich vyhlásil za objekty *laesae maiestatis*.⁹ Postihovanie heretikov bolo takto možné organizovať v zmysle ústavnej ochrany.¹⁰ A nakoľko predpis *Vergentis in senium* zaraďoval herézu medzi najzávažnejšie delikty, umožnilo to sakcionovať obvinených i tými najtvrdšími trestami:¹¹

*Quum enim secundum legitimas sanctiones, reis laesae maiestates punitis capite, bona confiscentur eorum, filiis suis vita solummodo ex misericordia conservata: quanto magis, qui aberrantes in fide Domini Dei filium Iesum Christum offendunt, a capite nostro, quod est Christus, ecclesiastica debeat districtione praecidi, et bonis temporalibus spoliari, quum longe sit gravior aeternam quam temporalem laedere maiestatem?*¹²

⁸ Bližšie pozri aj DEL COL, A.: *L'inquisizione in Italia dal XII. al XXI. secolo*. Milano (2006), s. 65.

⁹ T.j. urážka majestátu.

¹⁰ HATTENHAUER, H.: *Evropské dějiny práva*. Praha (1998), s. 221.

¹¹ Dekrét *Vergentis in senium* pápež adresoval mestu Viterbo, ktoré sa nachádzalo v pápežskom štáte. Bližšie pozri PETERS, E.: *Inquisition*. California (1989), s. 47 a 48; RYŠ, G.: *Inkvizice*. Praha (2004), s. 59 a 60 a <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/288633/Innocent-III/236551/Early-pontificate?anchor=ref838051>.

¹² V preklade: „... A tak, ak podľa predpisu svetských zákonov majetok tých, ktorí pre zločin urážky majestátu dostali trest smrti, bude skonfiškovaný a život ich detí bude zachovaný len z milosrdenstva, o čo viac tí, ktorí, zablúdení vo viere, urazili Božieho Syna Ježiša Krista, našu Hlavu a sú odrezaní od Cirkvi, **boli zabavení časných majetkov, pretože vážnejšie je porušenie večného než časného majestátu?**“ X 5,7,10.

1.4 *Ad eliminandam*

Aj napriek snahe snahe pápeža Inocenta III. o obrátenie podozrivých a obvinených z herézy, rozširovaniu učenia odchyľujúceho sa od vtedajšej oficiálnej cirkevnej doktríny nedokázal zabrániť. Ďalším dekrétom – *Ad eliminandam* (r. 1207) nariadil, okrem odovzdania heretika svetskému súdu, i konfiškáciu jeho majetku a určil postup, aký mal byť dodržaný pri rozdeľovaní zisku z konfiškácie. Konkrétne nariadil:

- povinnosť zničiť dom, v ktorom chytili heretika a
- uložiť pokutu obrancom a nasledovníkom heretikov:

*Bona vero ipsius omnia publicentur; ita ut de ipsis unam partem percipiat qui ceperit illum, alteram curia quae ipsum punierit, tertia vero deputetur ad constructionem murorum illius terrae ubi fuerit interceptus. Domus autem in qua haereticus fuerit receptatus funditus destruat, nec quisquam eam raedificare praesumat [...] Credentes praetera et defensores ac fautores eorum quarta bonorum suorum parte multentur, quae ad usum rei publicae deputetur.*¹³

1.5 Štvrtý lateránsky koncil

V roku 1215 zvolal pápež Inocent III. na konci svojho pontifikátu štvrtý lateránsky koncil. Tretí kánon jeho dekrétu, *De haereticis*, upresnil postup v konaní proti heretikom a ich podporovateľom, ktorý bol vymedzený už bulou *Ad abolendam*. Text kánonu *De haereticis* obsahoval podrobnú analýzu ďalšieho postupu, ktorý mal nasledovať v procese proti osobám podozrivým z herézy ako aj proti už obvineným heretikom.

Úvodná časť tohto kánonu sa zaoberala odsúdenými. Po vydaní odsudzujúceho rozsudku mali byť obvinení odovzdaní do rúk svetskej moci a potrestaní podľa toho, či išlo o laika alebo klerika. Prezumpcia viny bola deklarovaná v časti venovanej podozrivým, ktorí mali byť daní do kliatby

¹³ V preklade: „**Všetok jeho majetok má byť skonfiškovaný.** A ten, kto heretika chytil má dostať jednu časť, druhú časť dostane ten, kto ho usvedčil na súde a tretia časť sa použije na stavbu väznice v krajine, kde heretika chytili. Dom, v ktorom heretika našli, musí byť úplne zničený, ani nemôže byť nikomu dovolené ho prestavať [...] Navyše, ich prívržencom, obrancom a nasledovníkom, nech je uložená pokuta vo výške jednej štvrtiny ich majetku a táto má byť použitá na verejné účely“. PL 217, SS. Innocentius III, Regesta Supplementum (AD 1198–1215). Liber X, CXXX–CXXXI, col. 1226–1228. Bližšie pozri aj SHANNON, A. C.: *The Popes and Heresy in the Thirteenth Century*. Villanova (1949), s. 54n.

pokiaľ nepreukázali svoju nevinu. Ak tak neurobili do jedného roka, mali byť odsúdení ako heretici:

*Qui autem inventi fuerint sola suspicione notabiles nisi iuxta considerationes suspicionis qualitatem que personæ propriam innocentiam congrua purgatione monstraverint anathematis gladio feriantur et usque ad satisfactionem condignam ab omnibus evitentur ita quod si per annum in excommunicatione perstiterint extunc velut hæretici condemnentur.*¹⁴

Nasledoval príkaz adresovaný svetským predstaviteľom:

*Moneantur autem et inducantur et si necesse fuerit per censuram ecclesiasticam compellantur sæculares potestates quibuscumque fungantur officiis ut sicut reputari cupiunt et haberi fideles ita pro defensione fidei præsent publice iuramentum quod de terris suæ iurisdictioni subiectis universos hæreticos ab Ecclesia denotatos bona fide pro viribus exterminare studebunt ita quod amodo quandocumque quis fuerit in potestatem sive spiritualem sive temporalem assumptus hoc teneatur capitulum iuramento firmare.*¹⁵

Trestom exkomunikácie mali byť potrestaní tí svetskí vládcovia, ktorí zanedbávali povinnosť očistiť svoje územie od heretikov, a navyše:

*Et si satisfacere contempserit infra annum significetur hoc summo pontifici ut ex ipse vassallos ab eius fidelitate denunciaret absolutos et terram exponat catholicis occupandam qui eam exterminatis hæreticis sine ulla contradictione possideant et in fidei puritate conservent ...*¹⁶

¹⁴ V preklade: „Ale tí, ktorí sú iba podozriví, sú daný patričný ohľad na povahu podozrenia a charakter osoby, kým nepreukážu ich nevinu náležitou obhajobou, nech sú daní do kliatby a všetci sa im vyhýbajú, kým nevykonajú vhodné zadosťučinenie; ale ak sú pod kliatbou jeden rok, potom nech sú odsúdení ako heretici“. PL 217, SS. Innocentius III, Regesta Supplementum (AD 1198–1215). Liber X, CXXX–CXXXI, col. 1226–1228.

¹⁵ V preklade: „Svetskí predstavitelia, akýkoľvek úrad zastávajú, budú pokarhaní a donútení a, ak to bude nevyhnutné, prinútení cirkevným zavrhnúť, že keď chcú byť považovaní za veriaticich, tak vo veci obrany viery majú povinnosť verejne prisahať, že sa budú na územiach v ich právomoci v dobrej viere a čo najlepšie snažiť vykynožiť všetkých heretikov označených cirkvou; a tak kedykoľvek bude niekto nastupovať do úradu, či už svetského alebo duchovného, je povinný potvrdiť tento dekrét prisahou“. PL 217, SS. Innocentius III, Regesta Supplementum (AD 1198–1215). Liber X, CXXX–CXXXI, col. 1226–1228.

¹⁶ V preklade: „Ak bude (svetský vládca) počas jedného roka odmietat' vykonať zadosťučinenie, nech sa táto záležitosť oznámi pápežovi, aby ten mohol vyhlásiť jeho vazalov za oslobodených spod prisahy vernosti a ponúknuť jeho územie do správy

Exkomunikovaní mali byť aj tí, ktorí prijímali heretikov, ochraňovali ich a podporovali. Takto exkomunikovanej osobe, ak počas jedného roka úmyselne nevykonala zadosťučinenie, malo byť uložené množstvo trestov:

*... ex ipso iure sit factus infamis nec ad publica officia seu consilia nec ad eligendos aliquos ad huiusmodi nec ad testimonium admittatur.*¹⁷

Okrem toho mali byť tieto osoby postihnuté aj trestami zbavenia niektorých civilných práv:

*Sit etiam intestabilis ut nec testandi liberam habeat facultatem nec ad hereditatis successionem accedat. Nullus præterea ipsi super quocumque negotio sed ipse alii respondere cogatur. Quod si forte iudex exstiterit eius sententia nullam obtineat firmitatem nec causæ aliquæ ad eius audientiam perferantur. Si fuerit advocatus eius patrociniū nullatenus admittatur. Si tabellio eius instrumenta confecta per ipsum nullius penitus sint momenti sed cum auctore damnato damnentur. Et in similibus idem præcipimus observari.*¹⁸

Klerici mali pod hrozbou trestu pozbavenia svojho úradu zakázané týmto ľudom udeľovať sviatosti a kresťanský ich pochovať:

*Sane clerici non exhibeant huiusmodi pestilentibus ecclesiastica sacramenta nec eos christianæ præsumant sepulturæ tradere nec eleemosynas aut oblationes eorum accipiant. Alioquin suo priventur officio ad quod numquam restituantur absque indulto Sedis Apostolicæ speciali.*¹⁹

katolíkom laikom, ktorí takto uvoľnené územie môžu po vyhnaní heretikov nadobudnúť neskôr do vlastníctva s povinnosťou udržiavať ho v čistote viery“. PL 217, SS. Innocentius III, Regesta Supplementum (AD 1198–1215). Liber X, CXXX–CXXXI, col. 1226–1228.

¹⁷ V preklade: „... nech na základe zákona dostane znamenie hanby a nech nie je prijatá do verejných úradov alebo rokovaní, nemôže sa zúčastniť volieb do takýchto úradov, takisto nemá právo svedčiť na súde“. PL 217, SS. Innocentius III, Regesta Supplementum (AD 1198–1215). Liber X, CXXX–CXXXI, col. 1226–1228.

¹⁸ V preklade: „Nech nemá schopnosť spísať závet a nech je zbavená práva dediť. Nikto nesmie byť nútený podať jej správu v žiadnej záležitosti, ale ona musí podávať správy iným. Ak je snáď sudcom, nech sú jej rozhodnutia neplatné, ani nemôže riešiť žiadnu kauzu. Ak je advokátom, v žiadnom prípade sa nemôže vyhľadať pomoc takejto osoby. Ak je notárom, dokumenty takto spísané sa považujú za bezcenné – pretože ich autor je odsúdený, nech aj takéto osoby majú podobný osud. Nariaďujeme, aby sa vo všetkých podobných prípadoch dodržiavalo to isté“. PL 217, SS. Innocentius III, Regesta Supplementum (AD 1198–1215). Liber X, CXXX–CXXXI, col. 1226–1228.

¹⁹ V preklade: „Klerici nesmú takým škodlivým ľudom udeľovať sviatosti, ani sa nesmú

Na konci kánonu bolo citované už opísané nariadenie prevzaté z buly *Ad abolendam*, podľa ktorého boli biskupi povinní vizitovať aspoň raz ročne farnosti vo svojej diecéze, o ktorých sa dopočuli, že sa v nich šíri heréza. Biskup bol povinný obvinených vyzvať, aby pred ním predstúpili a prisahali vernosť cirkvi. Tí, ktorí tak neurobili, mali byť vyhlásení za heretikov. Dôraz sa kládol na povinnosť biskupov bdieť nad dodržiavaním tohto nariadenia, a to pod hrozbou suspendovania z úradu:

*Volumus igitur et mandamus et in virtute obedientiae districte praecipimus ut ad haec efficaciter exequenda episcopi per dioeceses suas diligenter invigilent si canonicam effugere voluerint ultionem. Si quis enim episcopus super expurgando de sua dioecesi haereticæ pravitatis fermento negligens fuerit vel remissus cum id certis indicibus apparuerit et ab episcopali officio deponatur et in loco ipsius alter substituatur idoneus qui velit et possit haereticam confundere pravitatem.*²⁰

Pápež Inocent III. bol v boji proti heretikom mimoriadne aktívny. Jeho snahu o zničenie herézy možno badať v priebehu celého jeho pontifikátu.

2 Obdobie pápežskej inkvizície

K čiastočnej inštitucionalizácii inkvizície došlo počas prvých šiestich rokov pontifikátu pápeža Gregora IX. (1227–1241). V dovtedy vydaných dokumentoch absentoval reálny príkaz k založeniu inkvizíčných súdov. Predpisy boli všeobecné, bez akejkoľvek inštrukcie, ktorá by nariaďovala založenie konkrétnej inštitúcie na boj s herézou.

V roku 1229 boli na koncile v Toulouse prijaté pravidlá týkajúce sa inkvizíčného postupu. Išlo v prvom rade o koncilové kánony 1, 6 a 10–16.

opovážiť poskytnúť im kresťanský pohreb, alebo prijímať ich almužny alebo milodary; inak budú pozbavení svojho úradu, do ktorého sa nemôžu vrátiť bez špeciálneho povolenia Apoštolskej stolice“. PL 217, SS. Innocentius III, Regesta Supplementum (AD 1198–1215). Liber X, CXXX–CXXXI, col. 1226–1228.

²⁰ V preklade: „Preto si želáme a z moci cirkevnej autority prísne nariaďujeme biskupom účinne vykonávať tieto nariadenia v ich diecézach s úzkostlivou ostrážitosťou, ak sa chcú vyhnúť kánonickému trestu. Ak je zo zjavného dôkazu zrejme, že biskup je nedbalý v čistení jeho diecézy od kvasu heretickej hanebnosti, nech je zbavený biskupského úradu a nahradený iným, ktorý bude úspešne ničiť heretickú skazenosť“. PL 217, SS. Innocentius III, Regesta Supplementum (AD 1198–1215). Liber X, CXXX–CXXXI, col. 1226–1228. Blížšie pozri aj Rvš, G.: Inkvizycja. Krakov (1998).

Prvý kánon deklaroval ustanovenie inštitútu *testes synodales*,²¹ ktorým boli priznané nové právomoci pri aktívnom vyhľadávaní heretických zoskupení. Kánon 10 odsúdil heretikov na trest nosenia križov, ktorí sa takýmto spôsobom mali kajať. Podľa kánonu 15 mal byť tým, ktorí boli čo i len podozriví z herézy, odopretý prístup k určitým profesiám²²

2.1 *Ille humani generis*

Ďalší predpis pápeža Gregora IX. – *Ille humani generis* (r. 1231) – poskytol podľa Burmana už prvý náznak konania, ktoré sa neskôr stalo pre inkvizítorov záväzným.²³ Išlo o dekretáliu adresovanú opäť dominikánskeho rádu a bratru dominikánom v Regensburgu, ktorá sa nestala súčasťou žiadnej väčšej zbierky. Pôsobí dojmom, že bola vydaná izolovane. Tento prameň určil, aby odhaľovaním a súdením heretikov boli poverení vzdelaní ľudia, vybavení splnomocneniami pápežských delegovaných sudcov.

V úvode predpisu bolo poukázané na nebezpečenstvo, ktoré predstavovala prítomnosť a rozmach heretikov a ich úmysel pritiahnúť veriacich katolíkov k vyznávaniu heretickej viery:

*Ille humani generis pernicax inimicus omnium malorum incentor quem de supremis ad ima superbia sua prostravit, non contentus, quod sue fraudis nequitia hominem produxit ad casum erumpnis et miseriis applicandum, callide eum nititur pestiferis retibus irretire astute sibi parans insidias, ne resurgat locum a quo ipse ceciderat, obtenturus.*²⁴

²¹ Išlo o sedem mužov zreleho veku s uznávanou bezúhonnosťou vybraných na synode konanej v diecéze, ktorí prisahali na relikvie, že bez strachu a zaujatosti budú odhaľovať všetko, čo budú vedieť alebo počuť, hneď alebo dodatočne, o hocíjakom delikte vyžadujúcom si vyšetrovanie. Porov. LEA, H. Ch.: A History of the Inquisition of the Middle Ages. Vol. I. New York (1888), s. 312.

²² Bližšie pozri MAITLAND, S. R.: Facts and Documents Illustrative of the History, Doctrine and Rites of the Ancient Albigenes et Waldenses. London (1832), s. 192n.; PETERS, E.: Inquisition. California (1989), s. 51; PETERS, E.: Heresy and authority in medieval Europe. London (1980), s. 194 a 195 a FLICHE, A./THOUZELLIER, Ch./AZAIS, Y.: Storia della Chiesa. Vol. 10. Torino (1968), s. 399n.

²³ BURMAN, E.: The Hammer of Heresy. New York (1992), s. 31 a 35. Bližšie pozri aj FLICHE, A./THOUZELLIER, Ch./AZAIS, Y.: Storia della Chiesa. Vol. 10. Torino (1968), s. 407 a 410.

²⁴ V preklade: „Ten, ľudského plemena zarytý nepriateľ, podnecovateľ všetkého zla, ktorého vlastná pýcha stiahla z najvyššieho postavenia na najnižšie, nie (je) spokojný, že svojimi skazenými klamstvami vedie ľudstvo do prvého hriechu a do mizérie. Estivo sa snaží lapiť ľudstvo do svojich zhubných sietí, rafinovane zosnovaných proti nim, aby nemohli znova

Nasledovala výzva povstať proti heretikom v záujme zachovania viery v Krista:

*Unde expedit, quod insurgatur viriliter contra eos, ut eorum omnino heresi confutata per totum vigeat fides Christi, nam corona sequetur premii temptationibus resistentes.*²⁵

Inkvizítori mali mať pri výkone svojej právomoci podľa tohto predpisu voľnosť, boli oslobodení od kazateľskej povinnosti vyplývajúcej z členstva v rehoľnej spoločnosti a prísľub úplných odpustkov:

*Ad hec ut super premissis omnibus officium vobis commissum liberius et efficacius exercere possitis [...] Et si qui ex hiis in prosecutione huiusmodi negotii forte decesserint, eis omnium peccatorum de quibus corde contriti ac ore confessi sunt, plenam veniam indulgemus.*²⁶

2.2 Koncil v Tarragone

Skúsenosti prvého desaťročia pápežskej inkvizície boli zosumarizované v ustanoveniach koncilu v Tarragone (r. 1242). Poskytli presné vymedzenia pojmov heretik, veriaci, podozrivý, vyhľadávači, skývajúci sa, príjemcovia, obrancovia a podporovatelia heretikov. Koncil zároveň poskytol presné vymedzenie recidivistov, ako tých, ktorí sa vrátili k vyznávaniu heretických názorov, potom ako tieto názory predtým odvolali. Upravil tiež inštitút priznania sa heretikov. Priznanie im malo zaručiť uloženie menej prísnejších trestov, ako keby boli uznaní vinnými z trestného činu herézy – mali teda možnosť vyhnúť sa uloženiu rôznych trestov ukladaných heretikom – od charakteristického oblečenia a verejného aktu pokánia, až po uväznenie a odovzdanie do rúk svetskej moci, aby tá vykonala trest smrti. Jednotlivé kánony koncilu v Tarragone boli zhrnutím zákonodarnej aktivity pápeža Gregora IX., a zároveň faktickým návodom na inkvizíčný proces. Rôzne

vystúpiť hore a dosiahnuť znova vrchol, z ktorého raz spadli“. Bližšie pozri aj PETERS, E.: *Heresy and authority in medieval Europe*. London (1980), s. 196n.

²⁵ V preklade: „Preto je vhodné, že sme proti nim statočne povstali, aby mohla viera Kristova prekvitať, táto ich heréza byť prekliata a koruna by mala byť odmenou tým, ktorí odolajú zvädzaniu“. Bližšie pozri aj PETERS, E.: *Inquisition*. California (1989), s. 55.

²⁶ V preklade: „Úrad takto vám zverený môžete vykonávať slobodne a účinne [...] A ak niekto z týchto zomrie počas činného vykonávania tejto práce, udelíme mu úplné odpustenie všetkých hriechov, ktoré vo svojom srdci oľutovali a ústne ich vyznali“. Bližšie pozri aj PETERS, E.: *Heresy and authority in medieval Europe*. London (1980), s. 197.

praktiky skôr pôsobiacich inkvizítorov, napríklad Konráda z Marburgu²⁷, boli zakázané. Zároveň došlo k jasnému vymedzeniu procesu zameranému na teologické poňatie zločinu herézy.²⁸

2.3 *Ad extirpanda*

Verný politike Gregora IX. pokračoval v otázke inkvizície v súlade s normami prijatými svojim predchodcom aj pápež Inocent IV. (1243–1254). Rôzne procesy a prax postupne nadobudnuté v boji proti heretikom boli počas jeho pontifikátu spojené do inštitúcie, respektíve úradu, ktorý používal formalizované postupy – do inkvizičného tribunálu.²⁹ Ten istý pápež prijal v roku 1252, podľa Burmana, „... snáď najdesivejšiu bulu v histórii inkvizície, *Ad extirpanda*, ktorá účinne založila policajný štát v Itálii a zaviedla použitie tortúry v inkvizičných procesoch a upálenie zaživa na hranici pre recidivistov“.³⁰ Bulou *Ad extirpanda* bolo povolené použiť mučenie na účely získania priznania od človeka obvineného z herézy:

*Teneatur praeterea Potestas, seu Rector omnes haereticos, quos captos habuerit, cogere citra membri diminutionem, et mortis periculum, tamquam vere latrones, et homicidas animarum, et fures sacramentorum Dei, et Fidei Christianae, errores suos expresse fateri, et accusare alios haereticos, quos sciunt, et bona eorum, et credentes, et receptatores, et defensores eorum, sicut coguntur fures, et latrones rerum temporalium, accusare suos complices, et fateri maleficia, quae fecerunt.*³¹

²⁷ Inkvizítor Konrád z Marburgu (1180–1233) bol prvým pápežským inkvizítorom. Známý bol svojou prisnosťou s akou vykonával svoju funkciu v Porýnii. Arcibiskup z mesta Mainz Sigfried III. von Eppenstein sa ho neúspešne snažil krotiť a krátko po Konrádovej krutej smrti (zomrel rukami rozvášnených heretikov v júli 1233) omilostil mnohých, ktorí boli falošne obvinení z herézy. Porov. VACANDARD, E.: *The Inquisition. A Critical and Historical Study of the Coercive Power of the Church*. New York (1908); bližšie pozri: PETERS, E.: *Inquisition*. California (1989), s. 57.

²⁸ Bližšie pozri aj PETERS, E.: *Heresy and authority in medieval Europe*. London (1980), s. 198 a 199.

²⁹ Bližšie pozri FLICHE, A./THOUZELLIER, Ch./AZAIS, Y.: *Storia della Chiesa*. Vol. 10. Torino (1968), s. 433.

³⁰ Porov. BURMAN, E.: *The Hammer of Heresy*. New York (1992), s. 41.

³¹ V preklade: „Nech hlava štátu alebo vládca od všetkých zajatých heretikov násilím vynúti, avšak musí dohliadnúť, aby neboli pritom zabití alebo zlomené ich ruky a nohy, ako naozajstným lupičom a vrahom duší a zlodějov Božích sviatostí a kresťanskej viery, aby priznali svoje chyby a obvinili ďalších heretikov, ktorých poznajú a upresnili svoje pohnútky, aby označili tých, ktorých zvedli, ako aj tých, ktorí ich prichýlili; rovnako

Táto bula tvorila základ nasledujúcej legislatívy týkajúcej postupu v procese s ľuďmi odsúdenými pre herézu. Práve preto jej budeme venovať najviac pozornosti. Podľa nej mali byť odsúdení heretici prenechaní svetskej moci na exemplárne potrestanie; tí, ktorí sa „vrátili“ do cirkvi, mali byť doživotne uväznení. Každý, kto sa dozvedel o heréze, musel to pod trestom exkomunikácie oznámiť cirkevným autoritám.³²

Predpis bol z hľadiska systematiky rozdelený na 38 pravidiel,³³ ktoré mali ustanoviť aparát na plánované postihovanie herézy ako integrálnej súčasti spoločenského aparátu v každom štáte a meste, hoci nepresný spôsob, akým sa v nej striedavo určovali oprávnenia biskupa, inkvizítora a rehoľníkov poukazoval skôr na nejasnosť a neurčitosť vymedzenia kompetencií. Išlo o veľmi detailný predpis, ktorý si zaslúži našu pozornosť, a preto sa mu budeme venovať podrobnejšie.

Cieľ buly bol vyjadrený už v jej úvode, pričom sa odvolával aj na skôr vydané predpisy, ktoré mali ostať v platnosti:

*Ad extirpanda de medio Populi Christiani haereticæ pravitatis zizania, quæ abundantius solito succreverunt, superseminante illa licentius his diebus hominis inimico tanto studiosius, juxta commissam nobis sollitudinem insudare proponimus, quanto perniciosius negligere eadem in necem catholici seminis pervagari. Volentes autem, ut adversus hujusmodi nequitiae operarios consurgant, stentque nobiscum Ecclesiae filii, ac Orthodoxae fidei zelatores, Constitutiones quasdam extirpationem haereticæ pestis edidimus, a vobis ut fidelibus ejusdem Fidei defensoribus exacta diligentia observandas, quæ seriatim inferius continentur. [...] Quo circa Universitati vestrae per Apostolica scripta mandamus, quatenus singuli Constitutiones easdem conscribi vestris Capitularibus facientes, nullis inde temporibus abolendas, secundum eas contra omnem haeresim, se adversus hanc sanctam Ecclesiam extollentem, sine omissione aliqua procedatis.*³⁴

ako sú donútení lupiči hmotných statkov obviniť svojich spolupáchateľov a priznať sa k zločinom, ktoré spáchali“. http://www.documentacatholicaomnia.eu/01p/1243-1254,_SS_Innocentius_IV,_Bulla_`Ad_Extirpanda`_%5bAD_1252-05-15%5d,_LT.pdf. Bližšie pozri aj FRŇKOVÁ, M.: Počátky stredoveké inkvizície. Bakalárska práca. Olomouc (2005), s. 26.

³² LEA, H. Ch.: A History of the Inquisition of the Middle Ages. Vol. I. New York (1888), s. 325.

³³ V texte buly je označenie *lex* = zákon, my používame termín „pravidlo“.

³⁴ V preklade: „Vykoreniť zo stredú kresťanstva burinu heretickej zloby, ktorá trápi zdravé rastliny viac ako kedysi, vyliievajúc nemravnosť naprieč úradmi nepriateľa ľudstva, v tejto dobe čím horlivejšie, tým nebezpečnejšie, skúmame spôsob, ktorým táto náказа bujnie

Po tomto úvode nasledovali jednotlivé pravidlá. „Tieto pravidlá“, píše historik Henry Charles Lea, „... nie sú divokými predstavami nočnej mory, ale vecnými faktickými záležitosťami legislatívy dôvtipne a starostlivo navrhnuté na dosiahnutie stálej taktiky a poskytujú nám cenný prehľad o dobovej verejnej mienke so zistením, že neexistoval účinný odpor proti ich prijatiu“.³⁵

V prvom pravidle textu byly je vyjadrený výrazný vplyv cirkvi na svetské súdy ako aj na laických funkcionárov.³⁶ Nariad'ovalo všetkým vláďarom a hlavám štátov prisahať, že budú posvätné chrániť a dbať o to, aby každý človek na jeho území dodržiaval predpisy tejto buly. Nezloženie predpísanej prísahy malo za následok stratu postavenia, stratu svojho územia i poddaných, ktorí viac neboli viazaní záväzkom poslušnosti voči nemu:

Lex I: Statuimus, ut Potestas, seu Rector, qui Civitati praeest, vel loco alii ad praesens, aut pro tempore praefuerit in futurum [...] juret praecise, et sine timore aliquo, attendere inviolabiliter, et servare, et facere ab omnibus observari toto tempore sui regiminis, tam in Civitate, vel loco sui regiminis, quam in Terris suae ditioni subjectis, omnes, et singulas tam infrascriptas, quam alias Constitutiones, et Leges, tam canonicas, quam civiles, editas contra haereticam pravitatem. Et super his praecise observandis recipiant a quibuslibet sibi in Potestaria, vel regimine succedentibus, iuramenta. Quae qui praestare noluerint, pro Potestatibus, vel Rectoribus nullatenus habeantur. Et quae ut Potestates, vel Rectores fecerint, nullam penitus habeant firmitatem. Nec ullus teneatur, aut debeat sequi eos, etiamsi de sequela praestanda eis exhibuerint iuramentum. Quod si Potestas, vel Rector aliquis haec omnia, et singula servare noluerit, vel neglexerit, praeter notam periurii, et perpetuae iacturam infamiae, ducentarum marcharum poenam incurrat, quae irremissibiliter exigantur ab eo, et in utilitatem Communis integra

medzi katolíckymi plodinami. Túžiac, aby sa synovia Cirkvi a vrúčni stúpenci pravej viery postavili na odpor proti tvorcom tohto druhu škody, týmto vyhlasujeme, aby ste sa ako verní obhajcovia viery s úzkostlivou pozornosťou riadili týmito predpismi, postupne obsiahnutými v nasledujúcom dokumente, aby sa vykorenila epidémia herézy. [...] V tom, čo sme dali vášmu spoločenstvu v apoštolských spisoch, rovnajúcich sa tomu, čo sme napísali pre vaše zákonníky, sa nesmie nikdy nič zrušiť, vyhlasujúc vojnu podľa týchto nariadení všetkým herézam, ktoré zdvíhajú hlavu proti tejto svätej Cirkvi, aby ste zakročili bez obmedzenia“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

³⁵ LEA, H. Ch.: A History of the Inquisition of the Middle Ages. Vol. I. New York (1888), s. 339.

³⁶ Bližšie pozri CANFORA, D.: La libertà al tempo dell'inquisizione: antologia di documenti dal 1252 al 1948. Milano (1999), s. 25n.

*convertantur, et nihilominus ut perjurus, et infamis, et tamquam haereticorum fautor, de fide suspectus, officio, et honore sui regiminis spolietur; nec ulterius Potestas, seu Rector in aliquo habeatur, et de caetero ad aliquam dignitatem, vel officium publicum nullatenus assumatur.*³⁷

Nasledovali rozsiahle pravidlá upravujúce ďalšie povinnosti hláv štátov a vládcov:

*Lex 2: Idem quoque Potestas, seu Rector cujuslibet Civitatis, vel loci, in principio sui regiminis, in publica concione more solito congregata, banno Civitatis, vel loci supponat tamquam pro maleficio, omnes haereticos utriusque sexus, quocumque nomine censeantur. Et teneatur bannum hujusmodi a suis praedecessoribus positum confirmare. Praecipue autem, quod nullus haereticus, vel haeretica de caetero habitet, vel moretur, aut subsistat in Civitate, seu aliquo modo jurisdictionis, aut districtus ejusdem, et quicumque ipsum, vel ipsam invenerit, libere capiat, et capere possit impune, et omnes res ipsius, vel ipsorum eis licenter auferre, quae sint auferentium pleno jure, nisi auferentes hujusmodi sint in officio constituti.*³⁸

³⁷ V preklade: „Pravidlo 1: Nariaďujeme, aby hlava štátu, akákoľvek je jeho hodnosť alebo titul, v každom panstve, či už je tak situovaný teraz alebo bude v budúcnosti [...] jasne a bez váhania prisahal, že bude posvätné chrániť, a počas celého jeho funkčného obdobia dbať na to, aby každý v jeho diecéze alebo administratívnej oblasti a na územiach jemu podliehajúcich dodržiaval to, čo je napísané v tomto dokumente ako aj ostatné cirkevné a civilné pravidlá a nariadenia, ktoré boli vydané proti heretickej náказe. A prisahu dodržiavať takto vydané nariadenia a pravidlá musí zložiť každý, kto príjme kráľovský alebo guvernerský titul. Ktokoľvek si v tomto ohľade nesplní povinnosť, stratí svoje postavenie hlavy štátu alebo guvernéra. Hlavy štátov a vládcovia, ktorí takto nebudú konať (tzn. odmietnu zložiť predpísanú prisahu), úplne stratia záruky neútočenia zo strany druhých vlád. Nikto nebude viac viazaný poslušnosťou voči takýmto vladárom, aj keby sa neskôr podriadili zložením prisahy. Ak hlava štátu alebo vládca odmietne poslúchať niektoré z týchto nariadení, alebo ich bude zanedbávať, toho, okrem znamenia krivoprisažníctva a pohromy večnej hanby, stihne aj trest straty hraníc svojej krajiny a tento trest sa mu uloží nenávratne. Takéto územie bude dané k spoločnému užívaniu, pretože človek krivoprisažný a hanebný, ochranca heretikov sa spreneveril svojej viere, prisvojil si vznešenosť a dôstojnosť guvernerskej moci. Takto postihnutý vládár nemôže získať späť svoje miesto alebo verejný úrad. Jeho postavenie, ani územie nemôže získať iná hlava štátu alebo vládca inej krajiny“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

³⁸ V preklade: „Pravidlo 2: Na začiatku svojho funkčného obdobia, na zhromaždení občanov mesta zvolanom, ako je zvykom, z právomoci mesta alebo feudálneho panstva, hlava štátu, alebo vládca mesta alebo feudálneho panstva obviní zo zločineckého správania všetkých heretikov obidvoch pohlaví bez ohľadu na to, pod akým menom sa objavujú na zoznamoch

*Lex 28: Teneatur insuper Potestas, seu Rector, nomina Virorum omnium, qui de haeresi fuerint infamati, vel banniti, in quatuor libellis unius tenoris facere annotari: quorum unum commune Civitatis, vel Loci habeat, et alium Dioecesanus, et tertium Fratres Praedicatores, et quartum Fratres Minores, et ipsorum nomina ter in anno, et in concione publica solemniter faciat recitari.*³⁹

*Lex 29: Teneatur quoque Potestas, seu Rector, filios, et nepotes haereticorum, et nepotes haereticorum, et receptatorum, defensorum, et fautorum diligenter investigare, eosque ad aliquod officium publicum, seu consilium nullatenus admittere futurum.*⁴⁰

Na každom mieste, ktoré inkvizítori navštívili, mal jeden poradca vybraný diecéznym biskupom vyzvať troch mužov dobrej povesti, aby pod prísahou odhalili každého heretika, označili majetok takejto osoby, alebo udali ktorúkoľvek osobu, ktorá usporadúvala tajné zhromaždenia a líšila sa spôsobom svojho života od bežného veriaceho:

Lex 30: Teneantur praeterea Potestas, seu Rector, unum de Assessoribus suis, quem elegerit Dioecesanus si fuerit praesens, et Inquisitores praedicti ab Apostolica sede dati, mittere cum eis quandocumque voluerint, et in jurisdictione Civitatis, atque districtu. Qui Assessor, secundum quod praedictis Inquisitoribus visum fuerit, ibi tres, aut plures, boni testimonii viros, vel totam viciniam, si eis videbitur, jurare compellat; quod si quos ibidem haereticos sciverint, vel bona eorum, quod si quos occulta conventicula celebrantes, seu a communi conversatione fidelium vita, et moribus diffidentes, vel credentes,

občanov mesta. Takýmto spôsobom potvrdí svoje právo na úrad zdedený po svojom predchodcovi. Žiadny heretik sa nesmie zdržiavať, ani len dočasne, ani prechovávať svoju existenciu v jeho krajine či mať v nej nejaké právomoci. Ktokoľvek nájde heretika, smelo a beztriestne sa zmocní jeho majetku, ponechá si ho s neobmedzeným právom, ak nie je tento druh prevodu obmedzený na osoby určené zákonom“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

³⁹ V preklade: „Pravidlo 28: ... zabezpečiť, aby mená všetkých ľudí zbavených práv alebo postavených mimo zákon kvôli heréze, boli zapísané v jednotnej forme do štyroch zoznamov, z ktorých jeden sa mal odovzdať štátnej alebo miestnej vláde, druhý diecéznemu biskupovi, tretí dominikánom a štvrtý františkánom, pričom mená týchto osôb sa mali nahlas prečítať trikrát za rok na verejnej slávnosti“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

⁴⁰ V preklade: „Pravidlo 29: ... starostlivo prešetrovať synov a vnukov heretikov, a tých, ktorí im poskytli útočisko, obraňovali ich a poskytli im pomoc tak, aby v budúcnosti nemohli riadiť verejné záležitosti a zastávať nijaký úrad“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

*aut defensores, seu receptatores, vel fautores haereticorum, eos dictis Inquisitoribus studeant indicare.*⁴¹

K ďalším povinnostiam pridal zákonodarca úlohu menovať dvanástich bezúhonných mužov katolíkov, dvoch notárov a ďalších pomocníkov, prípadne i dvoch členov dominikánskeho rádu a dvoch františkánov (ďalej len „funkcionári“):

*Lex 3: Idem quoque Potestas, seu Rector infra tertium diem post introitum regiminis sui, duodecim Viros probos, et catholicos, et duos Notarios, et duos Servitores, vel quotquot fuerint necessarii, instituere teneatur, quos Dioecesanus, si praesens extiterit, et interesse voluerit, et duo Fratres Praedicatorum, et duo Minores ad hoc a suis Prioribus, si Conventus ibi fuerint eorumdem Ordinem, deputati, duxerint eligendos.*⁴²

Bula pokračovala podrobnou analýzou práv a povinností takto zvolených funkcionárov inkvizičného súdu:

*Lex 4: Instituti autem hujusmodi, et electi possint, et debeant haereticos, et haereticas capere, et eorum bona illis auferre, et facere auferre per alios, et procurare haec tam in Civitate, quam in tota ejus jurisdictione, atque districtu, plenarie adimpleri, et eos ducere, et duci facere in potestatem Dioecesani, vel Vicariorum eiusdem.*⁴³

⁴¹ V preklade: „Pravidlo 30: Hlava štátu alebo vladár musí vyslať jedného zo svojich poradcov vybraného diecéznym biskupom spolu s inkvizítormi určenými Apoštolskou Stolicou na súdy štátov a do správnych oblastí. Tento poradca na príkaz inkvizítorov vyzve troch alebo viacerých spoľahlivých mužov alebo celé susedstvo, aby dosvedčili inkvizítorom, že ohlásia prítomnosť či pohnútky heretikov alebo ich tajné zhromaždenia alebo či si robia posmech z bežného života veriacich alebo ich zvykov; alebo že určia tých, ktorých heretici zvedli, alebo ich obhajcov, alebo tých, ktorí im poskytujú útočisko, alebo tých, ktorí heretikom pomáhajú ...“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

⁴² V preklade: „Pravidlo 3: Hlava štátu alebo vládca musí do tretieho dňa svojho funkčného obdobia menovať dvanásť bezúhonných mužov – katolíkov, dvoch notárov a dvoch alebo viacerých služobníkov vybraných diecéznym biskupom, podľa potreby, ak si prajú nimi byť; ďalej dvoch dominikánov a dvoch františkánov vybraných ich prioriami, ak sú v oblasti rehoľné domy týchto rádov“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

⁴³ V preklade: „Pravidlo 4: Takto menovaní funkcionári smú a mali by zadržať heretikov a zaisťiť ich majetok, a odovzdať ich, alebo zabezpečiť ich odovzdanie do väzby u diecézneho biskupa alebo u jeho zástupcov, a dozerať na to, aby sa predpisy tejto buly presne dodržiavali tak v diecéze, ako aj v oblasti spadúcej pod právomoc príslušného biskupa“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

Pravidlo 5 stanovovalo povinnosť svetských vládcov zabezpečiť, aby boli uväznení heretici odovzdaní do rúk diecézneho biskupa:

Lex 5: Teneatur autem Potestas, seu Rector quilibet in expensis Communis, cui praeest, facere duci eosdem haereticos ita captos, quocumque Dioecesanos, vel ejus Vicarii in jurisdictione, vel districtu Dioecesani Episcopi, seu Civitatis, vel loci voluerit illos duci.

Názor vybratých funkcionárov inkvizičného súdu sa mal podľa pravidla 6 buly *Ad extirpanda* rešpektovať:

*Lex 6: Officialibus vero praedictis plena fides de his omnibus habeatur, quae ad eorum officium pertinere noscuntur, aliquo specialiter praestito juramento, probatione aliqua in contrarium non admissa, ubi duo, vel tres, vel plures praesentes fuerint ex eisdem.*⁴⁴

Pravidlo 7 upravovalo povinnosť funkcionárov prisahať, že budú poctivo realizovať všetky nariadenia tejto buly a že budú hovoriť len pravdu a svedomito vykonávať všetky záväzky, ktoré patria k ich úradu.⁴⁵

Podporu výkonnej a trestnej moci štátu pri výkone ich funkcie garantovalo pravidlo 8:

*Lex 8: Et tam dicti duodecim, quam Servitores, et Notarii praetaxati, simul, vel divisim, plenarium praecipienda sub poena, et banno, quae ad officium suum pertinent, habeant potestatem.*⁴⁶

Spomínaní funkcionári mali právo na náhradu škody spôsobenú pri výkone svojej funkcie:

⁴⁴ V preklade: „Pravidlo 6: Výroky vyššie spomenutých funkcionárov sa musia poctivo prijímať v každej veci, ktorá sa týka ich úradu, obzvlášť v už spomínanej prísahe; opačné názory nie sú dovolené, keď dvaja, traja alebo viacerí z prítomných sú títo funkcionári“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

⁴⁵ V preklade: „Pravidlo 7: Okrem toho, keď sú títo funkcionári vybraní, sú povinní prisahať, že budú poctivo vykonávať všetky tieto nariadenia podľa svojich najlepších schopností, že budú hovoriť len pravdu a svedomito vykonávať všetky záväzky, ktoré patria k ich úradu“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

⁴⁶ V preklade: „Pravidlo 8: Vyššie spomenutí dvanásť mužov, ich pomocníci a notári, či už budú konať ako skupina alebo ako jednotlivci, budú mať vo všetkom, čo patrí k ich úradu, neobmedzenú právomoc podporovanú výkonnou a trestnou mocou štátu“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

*Lex 10: Quod dictis Officialibus aliquo tempore aliquod damnum contigerit, in personis, vel rebus, pro suis officiis exequendis, a communi Civitatis, vel loci, per restitutionem plenariam serventur indemnes.*⁴⁷

Ich funkčné obdobie bolo pol roka:

*Lex 12: Ipsorum autem officium duret tantummodo per sex menses, quibus completis Potestas teneatur totidem subrogare Officiales secundum formam praescriptam, qui praedictum officium secundum formam eamdem, in aliis sex mensibus sequentibus exequantur.*⁴⁸

Ostatné pravidlá týkajúce sa inkvizičných funkcionárov predstavovali príkaz venovať sa iba povinnostiam, ktoré súviseli s funkciou, na výkon ktorej boli zvolení:

*Lex 15: Sed ad nullum aliud, quod istud officium impediatur, vel impedire possit, ullo modo officium, vel etiam exercitium, compellantur.*⁴⁹

– postup, ktorý sa mal sledovať pri nečinnosti týchto funkcionárov, ako aj postup pri prekročení hraníc ich právomocí:

*Lex 17: Et si quis horum Officialium propter ineptitudinem, vel inertiam, vel occupationem aliquam, vel excessum, Dioecesano, et Fratribus supradictis visus fuerit amovendus, ipsum ad mandatum, vel dictum eorum teneatur amovere Potestas, aut Rector, et alium secundum formam praescriptam substituere loco ejus.*⁵⁰

⁴⁷ V preklade: „Pravidlo 10: Ak spomenutí funkcionári kedykoľvek utrpia hocakú škodu osobne alebo na svojom majetku ako dôsledok výkonu ich povinností, budú plne odškodnení“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

⁴⁸ V preklade: „Pravidlo 12: Funkčné obdobie týchto funkcionárov bude len pol roka, ktoré keď uplynie, hlava štátu je povinná nahradiť ich podľa predpísaného spôsobu rovnakým počtom funkcionárov, ktorí budú zastávať funkciu takisto pol roka za tých istých podmienok“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

⁴⁹ V preklade: „Pravidlo 15: Ale nemôže sa od nich požadovať vykonávanie žiadnej inej povinnosti alebo práce, ktorá zasahuje alebo môže zasahovať do tejto povinnosti“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

⁵⁰ V preklade: „Pravidlo 17: A ak je niekto z týchto funkcionárov nečinnosťou, zaneprázdnenosťou inou úlohou alebo prekročením hraníc svojej právomoci zbavený svojej funkcie diecéznym biskupom a rehoľným rádom, hlava štátu alebo vládca ho musí na ich príkaz odvolať a nahradiť ho iným podľa predpísanej formy“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

*Lex 18: Quod si quis eorum contra fidem, et sinceritatem officii sui in favorem haeresi fuerit excessisse, praeter notam infamiae perpetuae quam, tamquam fautor haereticorum incurrat, per Potestatem, vel Rectorem ad Dioecesani loci, et dictorum Fratrum arbitrium puniatur.*⁵¹

Pravidlo 20 upravovalo postup proti tým, ktorí zorganizovali útek heretika z väzby, zabránili uväzneniu heretika alebo akýmkoľvek spôsobom bránili v jeho zatknutí, či v zhromažďovaní dôkazov proti heretikovi:

*Lex 20: Qui cumque autem haereticum, vel haereticam, captum, vel captam auferre de manibus capientium, vel capientis ausus fuerit, vel defendere ne capiatur: seu prohibere aliquem intrare domum aliquam, vel turrim, seu locum aliquem ne capiatur, et inquiratur ibidem, juxta Legem Paduae promulgatam per Fridericum tunc Imperatorem, publicatis bonis omnibus in perpetuum relegetur, et domus illa, a qua prohibiti fuerint sine spe reaedificandi funditus destruatur, et bona, quae ibi reperta fuerint, fiant capientium, ac si haeretici fuissent ibidem inventi, et tunc propter hanc prohibitionem, vel impeditionem specialem, Burgus componat Communi librarum ducentarum, et Villa librarum centum, et vicinia tam Burgi, quam Civitatis librarum quinquaginta Imperialium, nisi infra tertium diem ipsos defensores, vel defensorem haereticorum Potestati captos duxerint personaliter praesentandos.*⁵²

⁵¹ V preklade: „Pravidlo 18: Ak nejaký z týchto úradníkov neverne a vierolomne prekročí hranice svojej právomoci poskytnutím pomoci a útechy osobám pod dozorom kvôli obžalobe z herézy, okrem večnej hanby, ktorú si, ako ochranca heretikov na seba privolá, bude potrestaný hlavou štátu alebo vládcom podľa rozsudku vyššie uvedeného miestneho diecézneho biskupa a rehoľných rádov“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

⁵² V preklade: „Pravidlo 20: Ktokoľvek bude mať odvahu zariadiť útek heretika z väzby, alebo sa pokúsi zabrániť uväzneniu takejto osoby, alebo zamedzí vstupu úradníka do domu, veže alebo miesta, aby tak bránil v zatknutí, alebo bránil zhromažďovaniu dôkazov týkajúcich sa osôb podozrivých z herézy, **všetok svoj majetok**, podľa zákona z Pavie, keď tam bol cisárom Fridrich, **odovzdá navždy štátu a dom, do ktorého bránili vstúpiť úradníkovi, bude zrovnaný so zemou**, jeho znovupostavenie bude zakázané a príslušenstvo, čo sa v ňom nájde, sa prideli úradníkom vykonávajúcim zatknutie heretika; a ak budú heretici objavení aj napriek tomuto zákazu, mesto zaplatí štátu pokutu 200 libier; lokality miest, ktoré do troch dní neprivedú pred hlavu štátu osloboditeľa alebo osloboditeľov heretikov zaplatia štátu ďalších 50 ríšskych“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

Štátna moc mala povinnosť držať heretikov v bezpečnom a dobre stráženom väzení tak, aby boli oddelení od zlodejov a narušiteľov svetských zákonov dovtedy, kým ich vec nebola prejednaná:

*Lex 21: Teneatur insuper Potestas, seu Rector quilibet omnes haereticos, vel haereticas, qui capti amodo fuerint, per Viros Catholicos ad hoc electos a Dioecesano, si fuerit praesens, et Fratribus supradictis, in aliquo speciali carcere tuto et securo, in quo ipsi detineantur, seorsum a latronibus, et bannitis, donec de ipsis fuerit definitum.*⁵³

Nasledoval výpočet trestov, ktoré postihli tých, ktorí boli prichytení pri poskytovaní pomoci heretikovi:

*Lex 27: Quicumque vero fuerit deprehensus dare alicui haeretico, vel haereticas, consilium, vel auxilium, seu favorem, praeter aliam poenam superius, et inferius praetaxatam, ex tunc ipso iure in perpetuum sit factus infamis, nec in publica officia, seu consilia, vel ad eligendos aliquos ad hujusmodi, nec ad testimonium admittatur, sit etiam intestabilis, ut nec testamenti liberam habeat factionem, nec ad haereditatis successionem accedat. Nullus praeterea ei super quocumque negotio, sed ipse alii respondere cogatur. Quod si forte Judex extiterit, ejus sententia nullam obtineat firmitatem, nec causae aliquae ad ejus audientiam perferantur. Si fuerit Advocatus, ejus patrocinium nullatenus admittatur. Si Tabellio instrumenta confecta per ipsum, nullius penitus sint momenti. Credentes quoque erroribus haereticorum tamquam haeretici puniantur.*⁵⁴

⁵³ V preklade: „Pravidlo 21: Hlava štátu alebo vládca musí držať heretikov odo dňa ich zadržania pod dozorom funkcionárov vymenovaných diecéznym biskupom v bezpečnom a zaistenom väzení len pre nich, v ktorom budú držaní len oni, preč od zlodejov a narušiteľov svetských kriminálnych predpisov, kým sa v ich prípade nerozhodne“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

⁵⁴ V preklade: „Pravidlo 27: Ktokoľvek bude prichytený pri poskytovaní rady, pomoci alebo láskavosti heretikovi, bude, okrem ďalších trestov náležite zmienených v iných častiach tohto dekrétu, tým istým zákonom zbavený občianskych práv, nebude môcť zastávať žiadny verejný úrad, riadiť verejné záležitosti, či voliť do úradov, ďalej nemôže svedčiť v súdnom procese ani odkazovať svoj majetok dedičom, ani on sám dediť. Nikto nemusí reagovať na ním zahájené obchodné jednanie, ale on bude prinútený s ostatnými jednať. Ak je náhodou sudcom, jeho rozsudky budú neplatné, ani nemôže prerokovávať žiadny prípad. Ak je advokátom, jeho obhajoba na súde nebude môcť nikdy vyhrať. Ak je notárom, právne dokumenty ním vyhotovené budú neplatné. Tí, ktorí budú počúvať falošné doktríny heretikov, budú trestaní ako heretici“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

Podľa buly sa odsudzujúci rozsudok uložený v inkvizičnom procese musel vždy vykonať, a teda odvolanie voči nemu nebolo prípustné:

*Lex 32: Omnes autem condemnationes, vel poenae, quae occasione haeresis factae fuerint, neque per concionem, neque per consilium, neque ad vocem populi ullo modo, aut ingenio, aliquo tempore valeant relaxari.*⁵⁵

Zrušenie, obmedzenie alebo zmena nariadení tejto buly boli zakázané pod hrozbou trestu odňatia práv a peňažnej pokuty:

*Lex 34: Si quis autem de caetero aliquod istorum Statutorum aut Constitutionum attentaverit delere, diminuere, vel mutare, sine auctoritate Sedis Apostolicae speciali, Potestas, seu Rector, qui pro tempore fuerit in illa Civitate, vel Loco, teneatur eum tamquam defensorem haereticorum publicum, et fautorem, secundum formam praescriptam perpetuo publice infamare, atque punire in libris quinquaginta Imperialium in pecunia numerata, quam si exigere non potuerit, eum maleficii banno supponat, de quo eximi non valeat, nisi solverit duplam dictae pecuniae quantitatem.*⁵⁶

Zároveň boli prijaté viaceré opatrenia, ktoré mali zabezpečiť dodržiavanie buly *Ad extirpanda*. Text buly mal byť zapísaný do miestnych zákonníkov spolu so všetkými neskoršími zákonmi, ktoré mohol pápež vydať:

Lex 38: Porro haec omnia Statuta, seu Constitutiones, et Leges, et si quae aliae contra haereticos, et eorum complices, tempore aliquo auctoritate Sedis Apostolicae conderentur, in quatuor voluminibus unius tenoris debeant contineri: quorum unum sit in Statuario communis cujuslibet Civitatis, secundum apud Dioecesanum, tertium Fratres Praedicatorum, quartum apud

⁵⁵ V preklade: „Pravidlo 32: Žiadny z týchto rozsudkov alebo trestov uložených vo veciach herézy nebude, ani na podnet verejného zhromaždenia, rady advokáta, ani na podnet ľudového protestu, alebo vrodenej ľudskosti zodpovedných činiteľov, akýmkoľvek spôsobom popretý alebo odpustený“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

⁵⁶ V preklade: „Pravidlo 34: Ak sa ktokoľvek pokúsi zrušiť, obmedziť alebo zmeniť niektoré z týchto nariadení bez zvláštnej právomoci od Apoštolskej stolice, hlava štátu alebo vládca vládnucci v tom čase v štáte alebo správnej oblasti, ho musí ako verejného obhajcu a patróna heretikov, podľa predpísanej formy, zbaviť práv a pokutovať ho 50 ríšskymi, ktoré ak hlava štátu nie je schopná zinkasovať, postaví ho mimo zákona a tento biľag nie je možné odstrániť, kým nebude zaplatená dvakrát vyššia suma“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

*Fratres Minores, cum omni sinceritate serventur, ne possint per falsarios in aliquo violari.*⁵⁷

Táto bula je posledným predpisom, ktorému sme sa v našom príspevku venovali. Veríme, že čitateľovi poskytla aspoň malý exkurz v téme prameňov stredovekej inkvizície.

Všetky hlavné dokumenty týkajúce sa organizácie a činnosti inkvizície sú úplne alebo čiastočne obsiahnuté v zbierke dekretálií *Liber extra* (r. 1234), ktorá bola zostavená dominikánom Rajmundom z Peňafortu (1175–1275) na pokyn pápeža Gregora IX.⁵⁸ Obsahuje buly tohto pápeža i jeho predchodcov a člení sa do piatich kníh. Dodatok k tejto zbierke bol zostavený na príkaz pápeža Bonifáca VIII. (1294–1303) a nesie názov *Liber sextus decretalium*. *Liber extra* i zbierka *Liber sextus decretalium* sú spolu so zbierkou *Constitutiones Clementinae* (r. 1313) pápeža Klementa V. (1305–1314) súčasťou zbierky *Corpus iuris canonici*.⁵⁹

Záver

V príspevku sme texty jednotlivých prameňov viac-menej opakovali a postupne k nim pridávali nové rozširujúce hmotné a neskôr aj procesnoprávne ustanovenia. Avšak v zmysle neskoršieho dejinného vývoja máme za to, že predložené pramene boli iba akýmsi „predskokanom“. O inštitúcii inkvizície v zmysle centrálne riadenej organizácie možno hovoriť až od roku 1542, keď bola konštitúciou Pavla III. (1534–1549) *Licet ab initio* založená rímska inkvizícia ako Posvätná kongregácia rímskej a univerzálnej

⁵⁷ V preklade: „Pravidlo 38: Nakoniec, všetky tieto nariadenia, predpisy a zákony a všetko, čo bude kedykoľvek vydané Apoštolskou stolicou proti heretikom a ich komplicom, sa musí zapísať v jednotnej úprave do štyroch zoznamov, z ktorých prvý bude uložený v právnych archívoch štátu, druhý u diecézneho biskupa, tretí u dominikánov a štvrtý u františkánov, všetky uchovávané s najväčšou starostlivosťou, aby nijako nemohli byť poškodené falšovateľmi“. SS Innocentius IV, Magnum Bullarium Romanum, Tom. I, s. 117–119.

⁵⁸ Porov. VLADÁR, V.: Pramene práva Katolíckej cirkvi v historickom vývoji. Plzeň (2009), s. 158.

⁵⁹ DEL COL, A.: L'inquisizione in Italia dal XII. al XXI. secolo. Milano (2006), s. 67. Bližšie pozri aj HRDINA, A.: Prameny ke studiu kanonického práva. Plzeň (2002), s. 53n; DELLA VENERIA, C.: L'Inquisizione medioevale ed il processo inquisitorio. Milano (1939), s. 98; GUIRAUD, J.-B.: Elogio dell'inquisizione. Milano (1994), s. 36 a VLADÁR, V.: Pramene práva Katolíckej cirkvi v historickom vývoji. Plzeň (2009).

inkvizície (lat. *Sacra congregatio Romanæ et universalis Inquisitionis*).⁶⁰ Neskôr, v roku 1908, sa jej názov zmenil na Sväté officium (lat. *Sanctum officium*). Po reštrukturalizácii rímskych úradov po Druhom vatikánskom koncile (1962–1965) ju pápež Pavol VI. (1963–1978) premenoval na Kongregáciu pre náuku viery (lat. *Congregatio pro doctrina fidei*).⁶¹

Bibliografia

Pramene:

- Ad abolendam* (r. 1184). In *Corpus iuris canonici. Decretalium Gregorii IX. Liber V, Titulus VII de hæreticis, capitulum 9*. Dostupné na internete: http://digilander.libero.it/eresieme-dievali/decretale_1.htm;
- Vergentis in senium* (r. 1199). In *Corpus iuris canonici. Decretalium Gregorii IX. Liber V, Titulus VII, capitulum 10*. Dostupné na internete: http://www.hs-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lspost13/GregoriusIX/gre_5t07.html;
- Ad eliminandam* (r. 1207). In MIGNE, J. P.: *Patrologia latina*. Vol. 217. SS. Innocentius III. Regesta Supplementum (AD 1198–1215). Liber 10, 130–131, col. 1226–1228. Dostupné na internete: http://www.documentacatholicaomnia.eu/01p/1198-1216,_SS_Innocentius_III,_Regestorum_Sive_Epistolarum_%5BAD_1203-1208%5D,_MLT.pdf;
- Excommunicamus*, dekrét Štvrtého lateránskeho koncilu (r. 1215). In *Corpus Iuris Canonici. Decretalium Gregorii IX. Liber V, Titulus VII de hæreticis, Cap. 13*. Dostupné na internete: <http://www.internetsv.info/Archive/CLateranense4.pdf><http://www.fordham.edu/halsall/basis/lateran4.asp>;
- Ille humani generis* (r. 1231). In FARNS, J. (ed.): *Historische Texte. Mittelalter*. Bd. 8. Ketzler und Ketzlerbekämpfung im Hochmittelalter. Göttingen (1968);
- Concilium Tarraconense. In MANSI, J. D.: *Sacrorum conciliorum nova amplissima collectio*. Vol. 23, cols. 553–558;
- Ad extirpanda* (r. 1252). In SS Innocentius IV. *Magnum bullarium Romanum*. Tom. I. Cherubini Lærazio. Vol. I, s. 117–119.

Literatúra:

- BACHRACH, D.: *The Inquisition*. San Diego (1995). – ISBN 1-56006-247-9;
- BURMAN, E.: *The Hammer of Heresy*. New York (1992). – ISBN 0-759-3722_X;
- CANFORA, D.: *La libertà al tempo dell'inquisizione: antologia di documenti dal 1252 al 1948*. Milano (1999). – ISBN: 8870397718;
- DEL COL, A.: *L'inquisizione in Italia dal XII. al XXI. secolo*. Milano (2006). – ISBN 8804534338;

⁶⁰ http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/index_it.htm. Bližšie pozri aj PETERS, E.: *Inquisition*. California (1989), s. 108.

⁶¹ GIVEN, J. B.: *Inkvizice a středověká společnost: Moc, kázeň a odpor v Languedocu*. Neratovice (2008), s. 30.

- DELLA VENERIA, C.: *L'Inquisizione medioevale ed il processo inquisitorio*. Milano (1939).
Dostupné na: http://books.google.sk/books?id=4aMtAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=sk&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false;
- FLICHE, A./THOUZELLIER, Ch./AZAIS, Y.: *Storia della Chiesa*. Vol. 10. Torino (1968);
- FRŇKOVÁ, M.: *Počátky stredoveké inkvizície*. Bakalárska práca. Olomouc (2005);
- GIVEN, J. B.: *Inkvizície a stredoveká spoločnosť: Moc, kázeň a odpor v Languedocu*. Neratovice (2008). – ISBN 978-80-903920-0-7;
- GUIRAUD, J.-B.: *Elogio dell'inquisizione*. Milano (1994). – ISBN 9788835511021. Dostupné na internete: http://www.pdfdownload.org/pdf2html/view_online.php?url=http%3A%2F%2Fwww.documentacatholicaomnia.eu%2F03d%2F18661939%2C_Guiraud._Jean%2C_Baptiste-Elogio_Dell%2527Inquisizione%2C_IT.pdf;
- HATTENHAUER, H.: *Evropské dejiny práva*. Praha (1998). – ISBN: 80-7179-056-7;
- HRDINA, A.: *Prameny ke studiu kanonického práva*. Plzeň (2002). – ISBN 978-80-7380-039-0;
- KOMA, Š.: *Inkvizícia. Skutočnosť, mýtus, odprosenie*. Liesek (1999);
- LEA, H. Ch.: *A History of the Inquisition of the Middle Ages*. Vol. I. New York (1888). – ISBN 0-7661-8893-0;
- MAITLAND, S. R.: *Facts and Documents Illustrative of the History, Doctrine and Rites of the Ancient Albigenses et Waldenses*. London (1832);
- PETERS, E.: *Heresy and authority in medieval Europe*. London (1980). – ISBN 0-85967-621-8;
- PETERS, E.: *Inquisition*. California (1989). – ISBN 0-520-06630-8;
- RYŠ, G.: *Inkvizície*. Praha (2004);
- SHANNON, A. C.: *The Popes and Heresy in the Thirteenth Century*. Villanova (1949). – ISBN 1436715288;
- VACANDARD, E.: *The Inquisition. A Critical and Historical Study of the Coercive Power of the Church*. New York (1908). – ISBN 9781451013375. Dostupné na: http://books.google.com/books?id=wMEPIR3MmAC&printsec=frontcover&hl=sk&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false;
- VLADÁR, V.: *Pramene práva Katolíckej cirkvi v historickom vývoji*. Plzeň (2009). – ISBN 978-80-7380-187-8.

Hrabě F. A. Špork, Herkommanus a římské právo

Ignác Antonín Hrdina

1 Hrabě František Antonín Špork – 2 Herkommanus Magnus – 3 Římské právo v Německu v Šporkově době – Místo závěru

1 Hrabě František Antonín Špork

Říšský hrabě František Antonín Špork (1662–1738) zřejmě na Slovensku (s výjimkou odborných kunsthistorických kruhů) nebude příliš známou osobou.¹ To na rozdíl od jeho otce, generála Jana Šporcka (1595–1679), původně selského synka z bohatšího statku Sporeckhof ve vestfálské obci Westerloh poblíž města Delbrücku, který byl za své vynikající vojenské výkony císařem povýšen až na generálporučíka kavalerie a nobilitován – nejprve na říšského svobodného pána (*liber baro a Sporck*) a posléze na dědičného říšského hraběte. Tento Jan Špork stál totiž v čele vojska, jež mělo potlačit a také skutečně potlačilo povstání hornouherské protestantské šlechty, tzv. spiknutí magnátů, vedené střídavě palatinem Ferencem Wesselényim (1605–1667), sedmihradským vévodou Ferencem I. Rákóczim (1645–1676) a Petrem Zrinským (Zrinyi, 1621–1671) proti císaři Leopoldu I. v letech 1664 až 1671. Po prozrazení spiknutí generál Špork roku 1671 obsadil Slovensko a povstání stejně úspěšně jako krutě potlačil. Majetek vzbouřených uherských šlechticů následně propadl uherskému králi – tedy císaři.² Generál Jan Špork bojoval i na Bílé hoře – samozřejmě na císařské straně.

¹ Pro zájemce o jeho životopis lze doporučit doposud nepřekonanou šporkovskou biografii z pera vídeňského právníka: BENEDIKT, H.: Franz Anton Graf von Sporck. Zur Kultur der Barockzeit in Böhmen. Wien (1923). V češtině pak vyniká publikace: PREISS, P.: František Antonín Špork a barokní kultura v Čechách. Praha – Litomyšl (2003).

² Mezi tento majetek patřily i cenné movitosti povstaleckého šlechtice Ference Bonise, jichž se generál zmocnil a jež měl až do dalších pokynů císaře v držení; jenže Jan Špork jaksi nepřilíš precizně rozlišoval mezi správou a držbou, a tak se stalo, že věc nakonec tehdejší český královský prokurátor Felix Had z Proseče a Pellersteinu jménem fisku (už dávno po generálově smrti) zažaloval, když se oba generálovi univerzální dědicové, František Antonín i jeho mladší bratr Ferdinand Leopold, nemohli vykázat kvitancí, že by generál tyto movitosti, zabrané z trestu za povstání (*ex delicto rebellionis*) při zatčení Ference Bonise, královské komoře vydal. Rozsudkem z roku 1695 byli proto odsouzeni k tomu, aby věci

Jeho starší syn František Antonín se s právem (a to také a zejména s právem římským) seznámil během svých studií na tehdejší Karlo-Ferdinandově univerzitě, kterou po vychození školy v Heřmanově Městci a latinského gymnázia u jezuitů v Kutné Hoře začal navštěvovat. To už byla doba, kdy se díky úsilí jezuitů pražská univerzita z úrovně provinční školy s jedinou (a to artistickou) fakultou, na níž poklesla v důsledku Kutnohorského dekretu, husitských válek a následného vývoje českého stavovského státu, opět pozvedla na evropskou úroveň a znovu zahrnovala všechny čtyři fakulty: artistickou (filosofickou), teologickou, právnickou a medicínskou. A tak František Antonín spolu se svým mladším bratrem Ferdinandem Leopoldem na této univerzitě navštěvoval kurzy filosofie a práva, jak to ostatně bylo běžné u většiny šlechtických synků. Jak sice uvádí Fabián Slabý s odvoláním na dějiny pražské univerzity od W. W. Tomka³, „... studium práv přestávalo na hubených a prázdných výkladech Pandekt a bylo jen překážkou v rozvoji ducha. Hlavním předmětem filosofických studií byla stará scholastická filosofie, jež při pokroku, který učinily všechny vědy, jevila se jako úplně bezcenný šlendrián. Na univerzitě Špork mnoho nezískal“.⁴ Hedvika Kuchařová mě ovšem upozornila,⁵ že „... současné zkoumání pražské univerzitní výuky na sklonku 17. století je schopno postihnout ji ve spravedlivějším dobovém kontextu, než Slabého (respektive Tomkův) tendenčně zabarvený názor“.⁶ Nicméně ani tak hloubku znalostí práva tam získanou není třeba přeceňovat – aktivity šlechtických posluchačů se měly po absolutoriu upírat jiným směrem: na dobrou správu jejich panství, na jejich hospodářské zvelebení a vyšperkování uměleckými díly, na pěstování společenského života (bály, hony ...), na povznesení vlastní společenské prestiže a získání výnosných či alespoň zvůcně znějících úřadů apod. Na právo měli advokáty a prokurátory. Ani František Antonín, jinak geniální stavebník a investor (mimo jiné zakladatel tehdy slavných kukských lázní na Královédvorsku), držitel mnoha čestných úřadů atd. nebyl v tomto směru výjimkou.

buď naturálně restituovali (*vel in natura*) nebo fisku poskytlí odpovídající relutární plnění (*vel in aestimatione*), a to do dvanácti týdnů *a die publicatae sententiae*; prominuty jim byly jen úroky. Po obvyklých průtazích byl rozsudek potvrzen *in revisorio*, ale i tak se hrabě František Antonín, cítící se jako „držitel v dobré víře“ (*bonae fidei possessor*), snažil exekuci oddálit, ovšemže marně. Ještě roku 1729 se v této věci obrací na císaře se žádostí o milost, ta byla nicméně reskriptem císaře Karla VI. následujícího roku definitivně zamítnuta.

³ TOMEK, W. W.: Geschichte der Prager Universität. Praha (1849), s. 291.

⁴ SLABÝ, F.: Hrabě František Antonín Špork. In Listy filologické. Roč. 34 (1907), s. 428.

⁵ V nepublikovaném lektorském posudku ze dne 16. 7. 2012 (s. 2).

⁶ K tomu srv. například BERÁNEK, K. et al.: Dějiny Univerzity Karlovy II, 1622–1802. Praha (1995).

V několika rysech se však Špork od svých šlechtických současníků nepochybně odlišoval. Vedle záliby v teologii (zvláště morální) a s tím souvisejícími edičními aktivitami, které mu nakonec způsobily nemalé potíže včetně obžaloby z kacířství a jeho šíření,⁷ šlo především o jeho věhlasné sudičství, při němž nemohl nepřijít s právem do užšího styku. V souvislosti se správou svého rozsáhlého majetku se soudil skutečně o cokoli a s kdekým: se svými sirotčími poručníky (*tutores pupillares*) o špatnou správu svěřeného dědického podílu a údajně neoprávněně pobíranou rentu; soudil se se svou švagrovou (manželkou svého bratra Ferdinanda Leopolda) Apolonií Rozálií Šporkovou o vyúčtování kurátorského hospodaření; soudil se s vlastními právními zástupci o palmáře, přičemž jeden z těchto sporů (s věhlasným pražským advokátem Václavem Xaverem Neumannem z Puchholtzu) ho přivedl až do dlužnického vězení v pověstné věži Daliborce na Hradě pražském; soudil se s českou komorou o plavení dříví po Labi z Trutnova do Kutné Hory, jež poškozovalo jeho majetek; soudil se se správou královských lesů v Brandýse nad Labem o honební právo atd. Šporkovy soudní spory se táhnou a proplétají celým jeho životem od jeho dospělosti až po smrtelné lože a zabralo by nemalou část knihovny, kdyby měly být po právně historické stránce zpracovány.

2 Herkommanus Magnus

Jakkoli si hrabě mohl dovolit ty nejlepší a nejvěhlasnější advokáty, úspěšný býval spíše málokdy. Své soudní prohry připisoval jak liknavosti svých právních zástupců, tak (a nikoli zcela neprávem) zkorumpované justici a konečně i samotnému právnímu řádu – přesněji řečeno: změnám starého domácího (rozuměj: německého) práva ve prospěch práva cizího (rozuměj: římského). Ty se po prohraném směnečném sporu s advokátem a univerzitním profesorem římského práva Václavem Xaverem Neumannem z Puchholtzu snažil zkarikovat v bizarní kreaci tzv. Herkommana,⁸ fiktivního patrona všech zlotřilých advokátů (rabulistů) a právníků vůbec, u jehož zrodu stála Šporkova „spravedlivá bolest“ (*justus dolor*) nad „spravedlivou, nicméně prohranou pří“ (*bona causa lapsus*), jak můžeme číst na soklu

⁷ K tomu viz HRDINA, I. A./KUCHAŘOVÁ, H.: Kacířský proces s hrabětem F. A. Šporkem v právně historickém a teologickém kontextu. Ostrava (2011).

⁸ K tomu srv. například HRDINA, I. A.: Proč hrabě Špork seděl ve vězení pro dlužníky? Právně historická analýza jednoho sporu hraběte Šporka s advokátem Neumannem (K 350. výročí narození hraběte Františka Antonína Šporka). Ostrava (2013), s. 194–202.

sochy. Preiss jméno „Herkommanus“ překládá jako „Zvykomil“ – z německého „Herkommen“ (zvyk, obyčej). To je sice doslovný překlad, který však nevystihuje úplně Šporkův záměr. Herkoman není ani tak karikaturou obyčejového práva,⁹ ovšem ani římského práva (v podobě nepříliš přehledné justiniánské kodifikace v podání různých římskoprávních škol),¹⁰ jakkoli Špork toto posledně uvedené právo považoval v Německu za vetřelce a jeho recepci za zásadně nežádoucí fenomén. To ostatně nebyl jen Šporkův případ, a už dlouho mezi vzdělanci i prostým lidem převládal pocit, že „... právo opustilo své sepětí s myšlenkou spravedlnosti a že ‚bartolovské vychytralosti‘ naopak mají vést především k tomu, aby lidé byli o své ‚spravedlivé nároky‘ okradeni“.¹¹ Ne nadarmo nalezneme mezi Herkomanovými nohama i Bartolovy spisy. Herkoman má být prostě ztělesněním svévolného překrucování každého práva těmi, jimž by jinak příslušela péče o „vysluhování spravedlnosti“ (*administratio justitiae*).

Terminum ad quem, kdy hraběcí představy o podobě tohoto právního lotra nabyly pevnějších kontur, představuje podzim roku 1719, kdy Špork objednal první grafický list od rytce Antona Birekharta (1677–1748), usedlého v Praze; ten byl dodán následujícího roku a jako „vynálezce“ (*inventor*), tedy kreslíř, je uveden Matyáš Bernard Braun.

Na rytině,¹² o níž nás ve svém úvodu podrobně informuje sám stejnojmenný a Šporkem vydaný spis „Herkommanus Magnus“,¹³ je vyobrazena na soklu stojící socha rozkročené postavy mohutného vousatého muže v brnění, který třímá v pravici vztyčený meč (na pravém rukávu má nápis *Manuale*) a který v levici drží říšské jablko jakožto symbol světovlády s nápisem *IURE ERUI* („vydobył jsem prostřednictvím práva“); jde o slovní hříčku – týž text lze číst zleva i zprava. Na dílcích brnění jsou zřetelní tři draci. Na prázdné pochvě je nápis *Compendium iuris* („právní příručka“). Mezi nohama má tento ozbrojenec své hlavní zbraně (a snad i oběti své „jurisprudence“) – právní spisy, a sice: z římskoprávních pramenů kodifikaci císaře Justiniána *Corpus juris civilis* – z něj jmenovitě justiniánský Kodex (*Codex Justinianus repetitae praelectionis*) z roku 529 a justiniánské Novelly (*Novellae leges*), vydané po zpracování vlastního korpusu (zvláště v letech 529–566), dále

⁹ Jakkoli Šporkovi toto právo „nevonělo“, jak vyplývá z nápisu na soklu Herkomanovy sochy: *Lex est rex, sed consuetudo tyrannus* („zákon je králem, ale obyčej je tyranem“).

¹⁰ V Německu šlo zejména o tzv. *usus modernus Pandectarum*.

¹¹ SELTENREICH, R.: Ulrich Zasius (1461–1535), znalec římského a obhájce kanonického práva. In *Revue církevního práva*. Č. 1 (2012), s. 59.

¹² „Das große Herkommanuskupfer“, v Benediktově seznamu pod č. 57.

¹³ V Benediktově seznamu pod č. 101.

spisy jeho nejslavnějších komentátorů a čelných představitelů školy tzv. postglosátorů Bartola de Saxoferrato (1314–1357), profesora práva v Perugii, a jeho žáka Balda de Ubaldis (1327–1400). Z českých právních pramenů pak jde o pobělohorskou kodifikaci českého zemského práva „Obnovené zřízení zemské“ (Verneuerte Landesordnung) z roku 1627 a o kodifikaci českého práva městského – zákoník Pavla Kristiána z Koldína (1530–1589), schválený roku 1579 zemským sněmem pod názvem „Práva městská království Českého“; obojí vykazuje silný vliv římského práva. „Kolem hraběcího znaku nakupené knihy s nápisy, které se vesměs vztahují k právním zařízením a poctivě jich zachovávání vyhlášují za hlavní povinnost každého člověka, dávaly ten smysl, že rodina hraběcí, ačkoliv těmito významnými knihami jako hradbou byla chráněna, přece od všemocného Herkommanna t.j. prastarého zlovyku velice stísněna a její vážnost od jeho ukrutné nespravedlnosti takřka nohama šlapána. Nic nebylo platno hraběti, že se odvolával na spisy nejproslulejších italských právníků žijících ve 14. století, Bartola, kterého současníci nazývali světlem a hvězdou právníků, a jeho vynikajícího žáka Balda. Marné bylo, že při hájení své věci se opíral o dobrá zřízení zemská a městská. Vždy vítězil zlovyk, předsudek a formálnost“.¹⁴

Na soklu je uveden latinský nápis:

HERKOMMANNO
Invicto hactenus justitiae
DEBELLATORI
Formalitatumque Juris
PRINCIPI
Aequi justique
TYRANNO
Posteritatem in cautelam
hanc statuam
bona causa lapsus
JUSTUS DOLOR
erexit.
*MDCCXX.*¹⁵

¹⁴ HALÍK, T.: Hrabě František Antonín Špork a Kuks za jeho doby. Dvůr Králové nad Labem (1905), s. 15.

¹⁵ „Herkomanovi, až doposud nepřemoženému vítězi nad spravedlností a knížeti právních formalit, tyranovi všeho, co je spravedlivé, potomstvu pro výstrahu tuto sochu vystavěla ve spravedlivém sporu poražená spravedlivá bolest. 1720“. (Herkommannus Magnus, s. 8). Autorovi se do latinského textu vloudila drobná chyba – místo akuzativu (*posteritatem*) má být správně dativ (*posteritati*).

Vedle sochy jsou na rytině vypořádány tři lidské postavy, jedna vlevo a dvě vpravo; jedna z nich (ta dále od sochy), která k Herkomanovi patrně v úctě vzhlíží, je oblečena do doktorského taláru a má na hlavě alonžovou paruku – ta má představovat Herkomanova věrného žáka advokáta Neumanna.¹⁶

Patrně v polovině roku 1720 se hrabě rozhodl pro Herkomanovu sochu do Kuksu. Provedení přirozeně zadal Braunovi, který k němu už pro Birckharta nakreslil skicu. Mistr dílo dokončil ještě toho roku – bylo třeba doplnit jen nápisy. O tom průčelním již byla řeč. Nahoře na pravé straně piedestalu stojí slovo *Praejudicatum* („předem odsouzeno“), na levé straně pak „Vorurtheil“ („předsudek“) – další zbraně z herkomanovského zbrojního arsenálu. Napravo pod tím je nápis „Im Cabinet der schalt, Im Tabinet er walt“ („vládne v kabinetu, kráčí v popelínu“ /?/). Nalevo ve spodní části čteme: „Der Schul giebt er, auch dem Conclavi Lehr“ („učí ve školách, a také v konkláve“). Jinak řečeno: svůj vliv vykonává Herkoman všude: ve vládním kabinetu, ve školách, v církvi – i v tom jejím nejtajnějším gremiu, jímž je konkláve při papežské volbě. O nápisu, který prohlašuje právní obyčej (*consuetudo*) za tyrana už byla řeč. Herkoman prostě vládne všude, a vládne zcela libovolně, či spíše svévolně a zlovolně: když se mu líbí, ovečky trestá a vlkům nadřazuje:

„Mým zbožným ovečkám vždy tak, jak zachce se mi,
žalář mohu přinášet a vlkům prospěch v zemi“.¹⁷

A hrabě okusil (jakkoli velmi mírně a konec konců ne bez vlastního přičinění) i tohoto žaláře, a to právě vlivem oné inkarnace Herkomana – advokáta Neumanna.

„Ideový náboj“ Herkomanův se snažil popsat Pavel Preiss: „Herkoman je také unikátním pomníkem závažné fáze názorového přerodu v dějinách práva. Útočí totiž na právo římské z pozice jeho kritiky ve jménu práva přirozeného, obsaženého prý ryzeji v německém právním cítění a chápání, jak to na univerzitě v Halle hlásal Christian Thomasius. Proto se

¹⁶ K tomu srv. Šporkův dopis Grossovi ze dne 17. 11. 1719: „Hiebey folgt ein Abdruck von meinem Herkomanno, finde aber Vieles zu verbessern, unter diesem die Bücher zu anotieren, einige Auffschrifft so ausgelassen, und sonderlich der ohne Huth mit einem Mantel so doctorisch herauskommen muss, den Dr. N(eumann) darstellen mag“ (Benedikt, s. 427).

¹⁷ Beschreibung Des im Königreich Böhmen An der Elbe gelegenen Kuckus-Bades, Verfertiget Von Gottfried Benjamin Hancken, Schweidnitz, Gedruckt bey Johann Christian Müllern (1722) (v Benediktově seznamu pod č. 79); český překlad převzat z: BOR, D. Ž.: František Antonín Hrabě Špork, významný mecenáš barokní kultury v Čechách (katalog k výstavě). Praha (1999), s. 40.

o Herkommanovi praví v satirické básni, že sál mateřské mléko v Athénách, odkud vítězně vtáhl do Říma. Pak se Themis (homérská bohyně, bdící nad řádem a zákony přírodními i společenskými) obrátila do Německa (jímž je tu míněna pozdní říše římská), kde velký vladař Justinián dal uspořádat rozptýlené právní předpisy do ‚formy a řádu‘; že je to míněno sarkasticky, vyplývá z dalšího verše, který tvrdí, že ‚touto cizí stravou se stali Němci chtivými‘. Tak se zrodil německý Herkomman, který se zahrabává dnem i nocí do knih; kodexy, pandekty a novely (vesměs termíny justiniánského *Corpus juris civilis*) dovede nařizovat jako hodinové stroje a interpretovat jako Lykurgos; proto platí jeho protiprávní jednání za velmi učené. Mezi kodexy u Herkomanových nohou byly kromě justiniánského corpusu také dva svazky komentátorů, Bartola de Saxoferrato a jeho nástupce Balda de Ubaldis, jehož četné spisy se staly příslovečnými tím, že mnohdy hájily stanoviska zcela protichůdná.¹⁸

3 Římské právo v Německu ve Šporkově době

Pán Bůh ale ví, co chtěl hrabě Špork svým Herkomanem skutečně vyjádřit (kromě obecného nářku nad stavem tehdejší justice). Ve skutečnosti šlo totiž při vývoji recepce římského práva na německé půdě od 16. století do Šporkovy doby o proces značně složitý, který hrabě se svými chatrnými znalostmi (římského) práva těžko mohl postihnout a tím méně objektivně zhodnotit.

Za počátek tohoto vývoje bývá považováno vydání soudního řádu pro říšský komorní soud roku 1495,¹⁹ který nadále měl primárně judikovat ‚podle obecného [tedy římského] práva Říše‘ (‚nach des Reiches gemeinen Rechten‘), a teprve sekundárně brát v potaz jednotlivé domácí právní řády. Poměr domácího a římského práva se tak v průběhu recepce v Německu dostával do opačného vztahu, než jaký vyznačila komentátorská teorie o subsidiární platnosti římského práva jako práva obecného. K tomu přispívala i okolnost, že spolu se zásadami římského práva hmotného byl recipován německými soudy i římskoprávní (lépe řečeno římsko-kanonický) proces. Podle jeho

¹⁸ Ibid., s. 309n.

¹⁹ Odhlédneme-li od tzv. Lotharské legendy, podle níž už císař Lothar III. (1125–1137) zavedl římské právo jako právo platné v Říši zákonem. Tuto fikci, která měla zdůvodnit platnost římského práva i v reformaci rozdělené Říši, definitivně odmítl německý polyhistor Hermann Conring (1606–1681). To však znamenalo, že neopíralo-li se užívání římského práva o nějakou promulgační normu, musel se hledat nový důvod jeho obecné závaznosti; stala se jím skutečnost, že toto právo začínalo být respektováno právní praxí.

pravidel byl ten, kdo se u soudu odvolával na římské právo, ve výhodě proti tomu, kdo svůj nárok opíral o domácí, místní obyčej; říkalo se, že kdo má nárok podle práva římského, má ‚fundovaný nárok‘ (*fundatam habet intentionem*): nemusil totiž dokazovat, že právo, jímž dokládá svoje tvrzení, platí, zatímco strana, která odůvodňovala svůj požadavek místním obyčejem, musila nejdříve podat důkaz o tom, že takovýto obyčej vůbec existuje. V praxi byla tedy římskému právu dáována přednost před domácím, bylo aplikováno ne subsidiárně, nýbrž primárně a absolutně.²⁰ A kodifikační úsilí, které se od 16. století v německých knížectvích prosazuje, tomuto vývoji nahrávalo už proto, že se jej účastnili „učení právníci“, kteří do budoucích kodexů vnášeli „učená práva“ (*jura docta*), t.j. zejména právo římské, v oblasti procesu též právo kanonické, respektive římsko-kanonické. To se však dalo nikoli zlomově, nýbrž plynule, cestou vývoje, takže postupem doby „... římské a domácí právo v této nové legislativě vzájemně srůstalo, neboť jeho vliv se prosadil v okamžiku tak významném, jakým byla fixace dosavadního obyčejového práva“.²¹ A tak tomu bylo i ve Šporkově době.

Sotva se ovšem lze domnívat, že by hraběte Šporka, jehož právnické znalosti byly zřejmě omezeny na nejnámější floskule z Digest, tento proces implementace římského práva do práva domácího (německého) ve skutečnosti nějak příliš iritoval. Ani jeho „hofpoeta“ Gottfried Benjamin Hancke, který byl pravděpodobným autorem inskripce na Herkommanově soše včetně soklu, jakkoli byl skutečným právníkem, přesto nepředstavoval na tehdejších právnickém nebi žádnou hvězdu; ostatně jeho povinností (tak jako u všech Šporkových umělců) nebyla vlastní invence, nýbrž realizace hraběcích – arci někdy kuriózních – nápadů.

Nejspíše tomu tedy bylo tak, že hrabě, znechucený vesměs negativními výsledky svých právních sporů, napadal jak tehdejší legislativu, tak všechny úřady (tehdy včetně soudů), advokáty, prokurátory apod., směšuje při tom (vyjádřeno terminologií teorie práva) tvorbu práva a jeho aplikaci. Za zvláštní zmínku zde stojí, že takovéto konfúze se nedopustil jeho současník a pravidelný odpůrce v soudních kauzách, výše již zmiňovaný Václav Xaver Neumann z Puchholtzu, který například ve své sbírce traktátů *De abusibus*,²² vydané roku 1733, precizně rozlišuje mezi právem, jakkoli v Čechách vykazujícím různé „zvláštnosti“ (*specialitates*), a mezi jeho hojným zneužíváním českou

²⁰ KINCL, J./URFUS, V.: Římské právo. Praha (1990), s. 410.

²¹ Ibid.

²² Plným názvem *Tractatus juridico-practici de abusibus quibusdam praxeos Bohemiae et de specialitatibus juris Bohemici circa actiones et executiones [...] disputationi publicae expositi, nunc autem denuo typis editi*, Norimberk (1733).

soudní praxí (*abusus... praxeos Bohemiae*) – a ta byla i tehdy velmi vynalézavá – včetně korupce, úmyslného protahování sporů atd. A rytíř Václav Petr Dobřenský z Dobřenic obhájil svou disertaci právě na Neumannovu tezi *Maneat usus, tollatur abusus*,²³ v níž dochází výrazu loyality vůči jedinému zákonodárci, císaři Karlu VI.: zákony jeho a jeho předků – českých králů jsou dobré a je třeba je zachovat, jen je třeba dbát, aby je česká právní praxe nezneužívala. Prohnaný advokát Neumann, který byl mezi oněmi *abusibus* jako doma a bez skrupulí jich užíval, by o tom mohl něco vědět; ale to už by byla jiná kapitola...

Místo závěru

Hrabě František Antonín Špork byl upřímným křesťanem, který si vážil Písma (samozřejmě i Starého zákona), jež lidovým způsobem zpřístupňoval svým poddaným (viz například jeho „Křesťanský rok“, který pro ně vydával). Fascinovala ho přirozeně i náboženská hloubka a krása poesie Žalmů, takže dokonce sám v pražské arcibiskupské tiskárně Wolfganga Wickharta v Klementínu nechal roku 1713 vydat Davidovy Žalmy – tedy Žaltář²⁴, a to dokonce s církevním schválením, což u něj nebylo nijak samozřejmé (jiná věc je, že k žalmům byl nenápadně připojen komentář odsouzeného jansenisty a Pascalova duchovního rádce Isaaca Le Maîtra de Sacy, který se ovšem odvolával na výklad Otců).

A v jednom z nich, v dvacátém druhém, který tak skvěle zhudebnil Antonín Dvořák, čteme: „Hospodin je můj pastýř, nebudu mít nedostatek. Dopřává mi odpočívání na travnatých nivách... I když půjdu roklí šeré smrti, nebudu se bát ničeho zlého, vždyť se mnou jsi ty“. Náš jubilant se vydání tohoto sborníku, plánovaného k jeho počtě u příležitosti jeho osmdesátých narozenin, už nedománil; musel před tím projít onou „roklí šeré smrti“. Ale my věříme a pro

²³ Plným názvem *Commune sententium votum Maneat usus, tollatur abusus. Seu Dissertatio Juridica de Abusibus Quibusdam Praxes Bohemicæ contra Mentem Legislatoris introductis. Quam sub Gloriosissimis Auspiciis [...] Romanorum Imperatoris Caroli VI. [...] sub Rectoratu [...] D. Leonardi Ferdinandi Meisner [...] sub Praesidio [...] D. Wenceslai Xaverii Neumann de Pucholtz [...] Pro Studiorum Coronide disquisitioni publicae exposuit [...] Wenceslaus Petrus Dobrzensky Eques de Dobrzenitz.*

²⁴ Die Psalmen Davids, Nebst ihrer aus dene Heiligen Vättern und Lehrern der wahren Kirche zusammen gezogenen Auslegung, Anfänglich in Frantzösischer Sprache an das Licht gegeben, Von dem Herrn de Sacy. Nun aber ins Teutsche übersetzt. 3 Teile. Vorr. Alt-Stadt Prag im Königs-Hoff gedruckt bey Wolfgang Wickhart (1713) (v Benediktově seznamu pod č. 36).

Poeta Petrovi Blahovi k nedožitým 80. narozeninám

Boží milosrdenství doufáme, že i na těch (obrazně řečeno) *pratis virentibus*, o nichž mluvil žalmista, má z tohoto „festschriftu“ nejméně stejnou radost, jakou by nepochybně měl, kdyby byl ještě mezi námi. *Requiescat in pace!*

Vplyv Veľkej francúzskej revolúcie na vývoj vzťahov medzi Cirkvou a štátom¹

Vojtech Vladár

Úvod – 1 Historické pozadie a priebeh Veľkej francúzskej revolúcie – 2 Koniec revolúcie a vláda Napoleona I. Bonaparteho – 3 Koniec napoleonských vojen a Viedenský kongres – Záver

Úvod

Všeobecná zmena myslenia, súvisiaca s prerozdelením hospodárskej moci v prospech meštianstva, dosiahla prvý raz silu meniacu spoločenský systém v americkej Deklarácii nezávislosti (Declaration of Independence, r. 1776) a Veľkej francúzskej revolúcii (La Révolution française, 1789–1795), a preto sa stala skutočnou revolúciou.² Práve zo severoamerického kontinentu, ktorému sa podarilo vo vojne za nezávislosť (1775–1783) oslobodiť spod mocenskej nadvlády Anglicka, sa v praxi presadené myšlienky všeobecných občianskych a ľudských práv, hlásané európskymi osvietencami (najmä François-Marie Voltaire, † 1778; Jean-Jacques Rousseau, † 1778; a Denis Diderot, † 1784), navracali späť do Európy.³ Z konfesnoprávneho pohľadu možno za vzor ideí Veľkej francúzskej revolúcie považovať predovšetkým ústavu severoamerickej Virginie, ktorá deklarovala slobodu svedomia a náboženského vierovyznania už v roku 1776. Tieto princípy boli akceptované aj Ústavou Spojených štátov amerických (Constitution of the United States) zo 17. septembra 1787, ktorá zakazovala akúkoľvek náboženskú diskrimináciu pri udeľovaní verejných úradov (čl. 6).⁴ V roku 1791 navyše ústavný dodatok vo forme známej Listiny práv (Bill of Rights) vyhlásil slobodu svedomia a náboženského vierovyznania, zakázal

¹ Príspevok je výstupom z vedeckého grantu APVV-17-0022 s názvom „Rímsko-kánonické vplyvy na slovenské verejné právo“.

² Porov. KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva. Spišská Kapitula (2003), s. 279.

³ Porov. HERTLING, L.: Dejiny Katolíckej cirkvi. Trnava (1983), s. 343.

⁴ Bližšie k tejto problematike pozri TOMKINS, S.: Stručné dějiny křesťanství. Praha (2009), s. 286.

vláde zasahovať do náboženských práv občanov a nepriamo deklaroval odluku cirkvi od štátu (dodatok I.).⁵ Napriek tomu, že duchovní všetkých vierovyznaní boli oslobodení od vojenskej služby a cirkevný majetok od daní, všetky cirkvi a náboženské spoločnosti, vrátane Katolíckej cirkvi, mohli od toho času pôsobiť len ako subjekty súkromného práva. Súčasná náboženská tolerancia bola teda prvý raz v praxi realizovaná na právnych základoch práve v Amerike, v krajine bez tradícií. Po dlhšom čase blúdenia a upadnutí do chýb svojich prenasledovateľov, prejavujúcich sa najmä v trestných postihoch inovercov (katolíkom napríklad hrozila strata občianskych práv, dvojité zdanenie, zákaz slávenia Svätej Omše a vydržiavania vlastných škôl a pod.), pred ktorými európski vystaňovalci utiekli do Severnej Ameriky, sa im tak podarilo nájsť cestu k politickej a náboženskej slobode.⁶

Podobne v Európe začali pod vplyvom osvietenecov v druhej polovici 18. storočia postihy na náboženskom základe čiastočne poľavovať, čo sa prejavilo aj v tolerančnom zákonodarstve niektorých európskych štátov, a to najmä v Prusku, Rusku a Rakúsku.⁷ K uvedeným krajinám sa pridalo i Francúzsko, v ktorom zaručil kráľ Ľudovít XVI. (1774–1792) francúzskym disidentom v roku 1787 Tolerančným ediktom z Versailles možnosť pôsobenia s obmedzením náboženského kultu na kostoly.⁸ Okrem uvedených zásad sa však zo Severnej Ameriky do Európy dostal aj revolučný duch (nepokoje v Ženeve, r. 1779; Írsku, 1783–1784; severnom Holandsku, 1783–1787; a južnom Holandsku, t.j. Belgicku, 1787–1790), pričom z Francúzska sa heslá slobody, rovnosti a bratstva (*liberté, égalité, fraternité*) rýchlo rozleteli do celého sveta. Novú kapitolu v myslení európskeho ľudu, ale tiež začiatok nových nepokojov, ktoré viedli k vypuknutiu Veľkej francúzskej revolúcie (r. 1789), vyvolala predovšetkým potreba zmeny spoločensky neudržateľnej formy vlády v podobe absolutistického štátu (*ancien régime*).⁹ Práve francúzska revolúcia je napokon vo všeobecnosti považovaná za symbolický zlom, prah medzi tradičnou predindustriálnou spoločnosťou a societou modernou. Dodnes jej viacerí bádatelia priznávajú i prívlastok „buržoázna“ (*bourgeoisie*, z fr. „mešťanstvo“), keďže prispela k vzostupu západného mešťanstva a oslabeniu feudálnej aristokracie pod tlakom rozvoja kapitalizmu.

⁵ Thomas Jefferson to Danbury Baptist Association (1. Jan. 1802), Writings 16:281.

⁶ Bližšie k tejto problematike pozri napríklad HENNESEY, J.: *American Catholics: A History of the Roman Catholic Community in the United States*. New York (1981).

⁷ Porov. TOMKINS, S.: *Stručné dějiny křesťanství*. Praha (2009), s. 286.

⁸ Porov. KUMOR, B.: *Cirkevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva*. Spišská Kapitula (2003), s. 275.

⁹ Porov. BEDOUELLE, G.: *História Cirkvi*. Prešov (2005), s. 141 a 143.

Práve ona tak znamenala koniec predchádzajúcej evolúcie a zároveň začiatok nového štátneho a spoločenského usporiadania.¹⁰ Z pohľadu štátneho vývoja sa navyše v dôsledku ideí počas nej prezentovaných, začali výrazne presadzovať myšlienky demokracie, konštitucionalizmu, parlamentarizmu a nacionalizmu. Najmä idea rovnosti všetkých ľudí, ktorá bola v teoretickej rovine európskymi filozofmi dlhodobo hlásaná, sa napokon začala realizovať aj v praxi a stala sa podkladom rozvoja moderného života.¹¹

1 Historické pozadie a priebeh Veľkej francúzskej revolúcie

Z politického hľadiska bolo Francúzsko, ktoré začiatkom 18. storočia prišlo o postavenie európskeho hegemóna, monarchiou s najpočetnejšou populáciou na kontinente (približne 28 miliónov obyvateľov). Tamojšia spoločnosť pozostávala z troch stavov: duchovenstva, šľachty a tretieho stavu (mešťanstvo a sedliaci), pričom takmer 99 % obyvateľstva patrilo k poslednej skupine.¹² Pokiaľ išlo o francúzsku cirkev, tá vychádzala približne od 13. storočia predovšetkým zo širokého uplatňovania slobôd galikánskej cirkvi. Od roku 1516 bolo jej postavenie upravené Bolonským konkordátom, ktorý bol obdobne vo viacerých ohľadoch vystavaný na galikanizme a francúzskemu kráľovi priznával v cirkevnej oblasti viaceré rozsiahle césaropapisticky koncipované práva. Tamojší králi svoju národnú cirkev zároveň úzkostlivo bránili pred akýmikoľvek vonkajšími zásahmi a presadzovali jej jurisdikčnú nezávislosť na pápežovi. Francúzska cirkev sa tak stala skôr slúžkou francúzskeho kráľa, než duchovným spoločenstvom spojeným so svojou hlavou – rímskym biskupom. Na druhej strane je však potrebné uviesť, že práve králi ju strážili pred herézami (napríklad jansenizmus), bežne potláčajúc každý iný kult, okrem katolíckeho, ktorému boli ako jedinému priznané verejné práva. Napriek častému riskovaniu schizmy, tak Francúzsko zostávalo z pohľadu dogmatiky naďalej v jednote s pápežom.¹³ Aj keď bola tamojšia cirkev vlastníčkou obrovských majetkov (cca 10 % všetkej pôdy), bohatstvo sa hromadilo jedine v rukách vyššieho duchovenstva (biskupi, opáti a kanonici),

¹⁰ Porov. TINKOVÁ, D.: Francouzská revoluce. Praha (2008), s. 11 a 14.

¹¹ Porov. ŠKODÁČEK, J.: Veľká francúzska revolúcia a rozvoj európskej demokracie. In KOTULÁN, J./UHLÍŘ, D.: Evropa 1805. Sborník příspěvků V. Napoleonského kongresu konaného v budově veřejného ochránce práv Brno. Brno (2006), s. 341n.

¹² Porov. ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny IV. Turčiansky Svätý Martin (1943), s. 313.

¹³ Porov. KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva. Spišská Kapitula (2003), s. 276 a 280.

pochádzajúceho najmä zo šľachtických kruhov, kým nižší klérus (diecézne kňazstvo, cirkevní úradníci, altaristi a pod.) žil v značnej biede.¹⁴ Cirkevný majetok bol navyše vo Francúzsku zásadne vyňatý spod štátnych daní, pričom cirkev odvádzala štátu len dobrovoľné príspevky (don gratuit).¹⁵ Aj z toho dôvodu prepadlo v priebehu 18. storočia vyššie duchovenstvo úplnému zosvetšteniu a staralo sa viac o svetské a štátne záležitosti, ako o duchovný život veriacich, čo obdobne napomáhalo celkovej laicizácii francúzskej spoločnosti.¹⁶

Predovšetkým z vyššie uvedených dôvodov sa v tejto dobe začali čoraz viac ozývať kritické hlasy voči francúzskej cirkvi, a to či už z radov jednoduchých veriacich alebo nižšieho duchovenstva. Na intenzite naberali najmä od druhej polovice 18. storočia a spolu s nespokojnosťou ostatných nižších spoločenských vrstiev súvisiacou predovšetkým s katastrofálnou finančnou situáciou štátu a zlým hospodárskym rokom 1788, napokon viedli k vypuknutiu Veľkej francúzskej revolúcie.¹⁷ Jej začatiu predchádzalo zasadanie generálnych stavov (États généraux, t.j. celofrancúzsky „parlament“, naposledy zvolaný ešte v roku 1614), ktoré kráľ konvokoval na rok 1789 v snahe presadiť reformu štátneho finančného a daňového systému.¹⁸ Tretí stav, disponujúci toľkými hlasmi ako ostatné dva spolu, však na seba čoskoro strhol všetku moc a po získaní podpory duchovenstva sa vyhlásil za Národné zhromaždenie (Assemblée nationale) reprezentujúce celý francúzsky ľud, a preto ako jediné disponujúce právom rozhodovať o zvyšovaní daní.¹⁹ Kráľ Ľudovít XVI. sa neodvážil ráznejšie zakročiť a prvému a druhému stavu preto nariadil, aby sa pridali k novému orgánu.²⁰ S cieľom vypracovať novú ústavu a nahradiť absolutistickú monarchiu konštitučnou sa Národné zhromaždenie neskôr zmenilo na Ústavodarné zhromaždenie (Assemblée constituante).²¹ Praktické dôsledky tohto vývoja sa prejavili najmä v zrušení feudálneho systému (féodalité) a vzdaní sa stavovských feudálnych privilégií šľachtou a klérom.²² Aj z týchto dôvodov nebola francúzska revolúcia spočiatku

¹⁴ Porov. NOWAK, J. R.: *Cirkev a Velká francouzská revoluce*. Olomouc (2003), s. 37.

¹⁵ Porov. TINKOVÁ, D.: *Francouzská revoluce*. Praha (2008), s. 24.

¹⁶ Porov. MICHELET, J.: *Francouzská revoluce*. Praha (1989), s. 57.

¹⁷ Porov. ŠPIRKO, J.: *Cirkevné dejiny IV. Turčiansky Svätý Martin* (1943), s. 313.

¹⁸ Porov. FRANZEN, A.: *Malé dějiny církve. Třetí, doplněné a rozšířené vydání*. Kostelní Vydří (2006), s. 257 a TINKOVÁ, D.: *Francouzská revoluce*. Praha (2008), s. 44.

¹⁹ Porov. KUMOR, B.: *Cirkevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva*. Spišská Kapitula (2003), s. 274.

²⁰ Porov. FRÖHLICH, R.: *Dva tisíce let dějin církve*. Praha (2008), s. 181.

²¹ Porov. HERTLING, L.: *Dejiny Katolíckej cirkvi*. Trnava (1983), s. 347.

²² Porov. FRÖHLICH, R.: *Dva tisíce let dějin církve*. Praha (2008), s. 182.

Cirkvi nepriateľská a smerovala len k odstráneniu zavedených zlozvykov.²³ V osvietenskými ideami inšpirovanej Deklarácii práv človeka a občana (La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen), vyhlásenej 26. augusta 1789, bola napokon v jej 10. článku zakotvená úplná náboženská (sloboda svedomia a náboženského vierovyznania) i občianska sloboda, pričom na tomto základe boli protestanti úplne zrovnoprávnení s katolíkmi. Samotný revolučný vývoj však mal prebiehať ešte viacerými nečakanými smermi.²⁴

Už počas prvého roka revolúcie došlo k zrušeniu cirkevných desiatkov a o rok neskôr i k zoštátneniu všetkých cirkevných majetkov ako „národných“, rušeniu katedrálnych kapitúl, rehoľných rádov a kongregácií a napokon i k úplnému zákazu skladania rehoľných sľubov.²⁵ V roku 1790 bola zase vyhlásená galikanizmom preniknutá Občianska ústava duchovenstva (Constitution civile du clergé), na základe ktorej bolo zrušené teritoriálne vymedzenie francúzskych diecéz a bez pápežského súhlasu došlo k ich stotožneniu so štátnymi departmentmi.²⁶ Týmto aktom fakticky došlo k začleneniu francúzskej cirkvi do štátu. Z dôvodu zoštátnenia cirkevného majetku, ku ktorému došlo aj z iniciatívy niektorých duchovných, bolo od toho času francúzske duchovenstvo platené štátom.²⁷ Podobne ako všetky štátne úrady i biskupstvá mali byť od toho času obsadzované výlučne voľbami a katolícki farári i dekaní boli v jednotlivých dištriktoch volení ľuďom vybranými elektormi (aj nekatolíkmi).²⁸ Kánonická investitúra biskupov bola prenesená na metropolitov a investovanie farárov na diecéznych biskupov.²⁹ Pápežské listy podliehali vládnej cenzúre a zrušené boli i ročné dávky v prospech pápeža, ktorému bola odňatá cirkevná jurisdikcia na

²³ POROV, TINKOVÁ, D.: Francouzská revoluce. Praha (2008), s. 47.

²⁴ POROV, MICHELET, J.: Francouzská revoluce. Praha (1989), s. 100n.

²⁵ POROV, KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva. Spišská Kapitula (2003), s. 278–279.

²⁶ POROV, FRANZEN, A.: Malé dějiny církve. Třetí, doplněné a rozšířené vydání. Kostelní Vydří (2006), s. 257.

²⁷ Zaujímavosťou zostáva, že tento model bol naznačený už koncom 13. storočia, keď sa ozývali hlasy po zavedení štátneho dohľadu nad Cirkvou a sekularizácii cirkevných majetkov, namiesto ktorých mal štát poskytovať duchovenstvu štátne platy. Týmto myšlienkami sa prezentovali najmä dominikán Ján Parížsky (*Jean de Paris*, † 1306) a advokát Pierre Dubois († po r. 1321). Obdobné idey však vo svojich dielach hlásal aj anglický reformátor Ján Viklef († 1384). Bližšie k tejto problematike pozri napríklad LECLERCQ, D. J.: *Jean de Paris et l'ecclésiologie du XIIIe siècle*, Paris, 1942; KANTOROWICZ, E. H.: *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*. Princeton (1957) a MCFARLANE, K. B.: *The Origins of Religious Dissent in England*. New York (1966).

²⁸ POROV, NOWAK, J. R.: *Církev a Velká francouzská revoluce*. Olomouc (2003), s. 38–39.

²⁹ POROV, TINKOVÁ, D.: Francouzská revoluce. Praha (2008), s. 90.

území celého Francúzska.³⁰ Na základe osobitného dekrétu boli napokon všetci duchovní nútení prisahať na Občiansku ústavu duchovenstva, čo však väčšina z nich (približne 2/3) odmietla.³¹ Od toho času tak boli francúzski klerici rozlišovaní na prisahajúcich (*assermentés*) a neprisahajúcich, teda odbojných (*insermentés, réfractaires*), ktorí sa vystavili životu v chudobe a neskôr i krvavým trestným postihom.³² Pápež Pius VI. (1775–1799) vyhlásil uvedený dokument prostredníctvom dvoch breve (*Quod aliquantum a Caritas*) z roku 1791 za heretický, pre katolícke učenie absolútne neprijateľný a prisahajúcich klerikov potrestal suspenziou.³³ Aj na základe týchto skutočností a najmä kvôli stále častejšiemu zdôrazňovaniu prepojenia francúzskej cirkvi s kráľovskou mocou, sa začal postoj predstaviteľov revolúcie voči Cirkvi meniť z priateľského na krajne nepriateľský. Už nový revolučný trestný zákonník (*Le code pénal*, r. 1791) preto zrušil všetky zločiny proti náboženstvu (rúhanie, svätokrádež, heréza a čarodejníctvo) vrátane trestného postihu samovraždy a väčšiny ostatných mravnostných deliktov.³⁴ V tom istom roku napokon zriadilo Ústavodarné zhromaždenie vo Francúzsku konštitučnú monarchiu a zároveň sa zišlo nové Zákonodarné zhromaždenie (*La Législative*).³⁵

Revolúcia vyvrcholila za vlády demokraticky zvoleného parlamentu – Národného konventu (*Convention nationale*, 1792–1795), vedeného v rokoch 1793 až 1794 najväčšími jakobínskymi radikálmi (*La Montagne*), ktorý zrušil monarchiu a vyhlásil republiku. Najmocnejší z výborov – Výbor pre verejné blaho (*Comité de salure public*) a novozriadované dozorné výbory (*Comités de surveillance*) zaviedli vládu Teroru, sledujúc ciele očistenia verejnosti od všetkých domnelých nepriateľov republiky, za ktorých boli považovaní i katolícki duchovní.³⁶ Aj kráľ Ľudovít XVI. bol po neúspešnom pokuse o útek a väznení napokon odsúdený ako „zradca štátu a národa“ a v roku 1793 popravený.³⁷ V tom istom roku došlo i k nahradeniu gregoriánskeho kalendára

³⁰ Porov. MALÝ, R.: *Církevní dějiny*. Olomouc (2001), s. 231–232.

³¹ Porov. BEDOUELLE, G.: *História Cirkvi*. Prešov (2005), s. 142.

³² Porov. ŠPIRKO, J.: *Církevné dejiny IV. Turčiansky Svätý Martin* (1943), s. 315 a HERTLING, L.: *Dejiny Katolíckej cirkvi*. Trnava (1983), s. 348.

³³ Porov. KUMOR, B.: *Církevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva*. Spišská Kapitula (2003), s. 271 a 281.

³⁴ Porov. NOWAK, J. R.: *Církev a Velká francouzská revoluce*. Olomouc (2003), s. 42–43.

³⁵ Porov. FRÖHLICH, R.: *Dva tisíce let dějin církve*. Praha (2008), s. 183.

³⁶ Porov. MALÝ, R.: *Církevní dějiny*. Olomouc (2001), s. 232 a TINKOVÁ, D.: *Francouzská revoluce*. Praha (2008), s. 159 a 194.

³⁷ Porov. HERTLING, L.: *Dejiny Katolíckej cirkvi*. Trnava (1983), s. 348 a TOMKINS, S.: *Stručné dějiny křesťanství*. Praha (2009), s. 289.

novým revolučným, zákonnému zrušeniu kresťanského náboženstva a cirkevnej územnej organizácie a vyhlásené bolo povinné náboženstvo Rozumu a prírody (Culte de la Raison), ktoré prakticky hlásalo ateizmus.³⁸ Zároveň boli povolené rozvody, zriadené štátne matriky, nariadilo sa povinné uzavieranie civilných manželstiev a oficiálne došlo tiež k zrušeniu zákona prikazujúceho celibát duchovných.³⁹ V roku 1794 bol na návrh Maximiliána Robespiera († 1794), na základe osobitného dekrétu, Konventom vyhlásený deisticky orientovaný kult „Najvyššej bytosti“ (L'Être Suprême), ktorý predstavoval pokus o ustanovenie nového štátneho náboženstva.⁴⁰ Najmä v tejto fáze revolúcie doplatil enormný počet duchovných i jednoduchých veriacich životom na svoju príslušnosť ku katolíckemu vierovyznaniu.⁴¹ Po skorom páde vlády jakobínov i spomenutého kultu došlo v roku 1794 za tzv. thermidorského Konventu k odklonu od radikálneho štátneho ateizmu a proticirkevných opatrení a kostoly boli zase otvorené. V tom istom roku však štát zároveň formálne zrušil akúkoľvek finančnú podporu všetkým cirkvám a náboženským spoločnostiam.⁴²

V 1795 dostalo Francúzsko opätovne novú formu republikánskej vlády, pričom výkonná moc bola zverená do rúk piatich direktorov, volených na 5 rokov členmi Rady 500.⁴³ Prijatá nová ústava hlásala náboženskú toleranciu a štát tiež oficiálne vyhlásil neutralitu v náboženských otázkach, potvrdil zrušenie štátnych príspevkov cirkvám a náboženským spoločnostiam a výkon kultu povolil len v budovách na to určených (čl. 354).⁴⁴ Na pozadí tohto vývoja bola počas Veľkej francúzskej revolúcie v roku 1795 vo Francúzsku prvý raz v Európe v praxi vykonaná odluka cirkvi od štátu.⁴⁵ Z právnického hľadiska možno odluku definovať ako štátne vyhlásenie o neuznávaní cirkvi a náboženských spoločností v právnom zmysle, nepriznávajúc im právnú subjektivitu a neuznávajúc cirkevné právo, inštitúcie a cirkevnú jurisdikciu voči jednotlivcom ako štátnym občanom. Aj po skončení revolúcie a zmiernení

³⁸ Porov. TINKOVÁ, D.: *Francouzská revoluce*. Praha (2008), s. 185.

³⁹ Porov. MICHELET, J.: *Francouzská revoluce*. Praha (1989), s. 475n a TINKOVÁ, D.: *Francouzská revoluce*. Praha (2008), s. 130.

⁴⁰ Porov. FRANZEN, A.: *Malé dějiny církve*. Třetí, doplněné a rozšířené vydání. Kostelní Vydří (2006), s. 258.

⁴¹ Porov. KUMOR, B.: *Cirkevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva*. Spišská Kapitula (2003), s. 284–285.

⁴² Porov. ŠPIRKO, J.: *Cirkevné dejiny IV. Turčiansky Svätý Martin* (1943), s. 317.

⁴³ Porov. KUMOR, B.: *Cirkevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva*. Spišská Kapitula (2003), s. 286.

⁴⁴ Porov. TINKOVÁ, D.: *Francouzská revoluce*. Praha (2008), s. 227.

⁴⁵ Porov. MICHELET, J.: *Francouzská revoluce*. Praha (1989), s. 579n.

viacerých negatívnych dopadov tohto systému na nábožensko-cirkevný život si francúzsky štát čoraz viac osvojoval zásadu oddelenia cirkvi od štátu, pričom až na začiatku 20. storočia došlo na krátky čas k ich opätovnému zblíženiu a nastoleniu aspoň čiastočne vyhovujúceho modelu koexistencie a kooperácie oboch právne dokonalých spoločností (*societates iuridice perfectae*). Práve za vlády Direktória bol zároveň vytvorený nový systém školstva a zdravotnej i sociálnej starostlivosti, ktoré boli do toho času úzko naviazané na Cirkev.⁴⁶ Na druhej strane, direktori nepovolili obnovu cirkevnej organizácie a v roku 1797 za vlády Druhého direktória (1797–1799) došlo i k obnoveniu viacerých protináboženských dekrétov hrôzovlády, za súčasného podporovania novej racionalisticky orientovanej sekty theofilantropov, ktorá bola založená v roku 1796.⁴⁷

Počas Veľkej francúzskej revolúcie dochádzalo k šíreniu revolučných myšlienok po celej Európe, a to najmä v krajinách, ktoré boli postupne obsadzované francúzskymi vojskami, keďže Francúzsko bolo v uvedenom období vo vojnovom stave s väčšinou štátov, predovšetkým západnej Európy (Rusko, Rakúsko, Anglicko, Portugalsko, Neapolské kráľovstvo i Osmanská ríša). Po francúzskych úspechoch v Prvej (1792–1797) a Druhej koalícnej vojne (1799–1802) bol nový revolučno-republikánsky poriadok pod francúzskym protektorátom zavádzaný aj v novopodmanených štátoch (Holandsko, v rokoch 1795 až 1806 ako Batávská republika; Belgicko; Švajčiarsko, v rokoch 1798 až 1803 ako Helvétska republika; Porýnie; severná Itália a Neapol).⁴⁸ Ako už bolo spomenuté, práve myšlienky Veľkej francúzskej revolúcie položili ideologické základy novej občianskej spoločnosti, ktoré spočívali na ústavnom, reprezentatívnom režime a Deklarácii práv človeka a občana, vychádzajúc prioritne z garancie rovnosti všetkých ľudí ako občanov štátu pred zákonom. Najmä na tomto pozadí začali v Európe pod vplyvom Francúzska vo väčšom počte vznikať konštitucionálne (ústavné) štáty. Aj keď v týchto krajinách bola poväčšine proklamovaná sloboda svedomia a náboženského vyznania, bežne v nich tiež dochádzalo k poštátnovaniu cirkevného majetku, rušeniu reholí, sekularizácii matiek a zavádzaniu odluky cirkvi od štátu.⁴⁹ Uvedené revolučné protináboženské postuláty sa napokon stali univerzálnym modelom pre pôsobenie ďalších podobných revolučne

⁴⁶ Porov. TINKOVÁ, D.: Francouzská revoluce. Praha (2008), s. 240–241.

⁴⁷ Porov. FRANZEN, A.: Malé dějiny církve. Třetí, doplněné a rozšířené vydání. Kostelní Vydří (2006), s. 258 a TINKOVÁ, D.: Francouzská revoluce. Praha (2008), s. 250–251.

⁴⁸ Porov. ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny IV. Turčiansky Svätý Martin (1943), s. 317 a 329–330.

⁴⁹ Porov. KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva. Spišská Kapitula (2003), s. 304.

orientovaných hnutí, ktoré sa okrem Európy v neskoršom období presadili predovšetkým v krajinách Latinskej Ameriky.⁵⁰

2 Koniec revolúcie a vláda Napoleona I. Bonaparteho

Nestabilný a nepopulárny režim Direktória, vrátane trestných postihov na báze náboženstva, boli napokon ukončené až v roku 1799 po štátnom prevrate pripravenom direktorom, abbé Emmanuelom Josephom Sieyèsom († 1836), ktorý zrealizoval francúzsky generál Napoleon I. Bonaparte († 1821), prichádzajúci z vojenského ťaženia v Egypte.⁵¹ Po týchto udalostiach došlo k zriadeniu novej formy vlády – konzulátu, na čele ktorej stáli traja konzuli. Až Napoleonovi I., ktorý sa najskôr nechal vyhlásiť za prvého konzula Francúzskej republiky (ústava z roku VIII) a v roku 1802 za doživotného konzula (ústava z roku X), sa v skutočnosti podarilo zabezpečiť v tejto krajine politickú i sociálnu stabilitu a vytvoriť racionálny systém, na ktorom spočíva Francúzsko do značnej miery dodnes.⁵² Čo sa týka vzťahov medzi Cirkvou a štátom, urýchlene zrušil revolučné opatrenia, ktoré organizačne celkom rozvrátili francúzsky katolicizmus. Tie totiž v skutočnosti tamojšiu partikulárnu cirkev pripútavali čoraz viac k pápežovi, pričom jej predstavitelia sa súčasne vzdávali uplatňovania tradičných galikánskych požiadaviek.⁵³ Keďže Napoleon I. považoval náboženstvo za hlavnú silu spoločenských vzťahov, v snahe riešiť náboženskú situáciu vo Francúzsku, uzatvoril po dlhých rokovaníach s pápežom Piom VII. (1800–1823) v roku 1801 konkordát, pozostávajúci zo 17 článkov.⁵⁴ Práve táto normatívna zmluva prvý raz zaviedla do vzťahov Cirkvi a štátu zásadu rovnosti (parity), keďže nepredpokladala nijaké privilégia Katolíckej cirkvi a považovala ju za rovnocenného partnera štátu. Na základe tohto tzv. Napoleonského konkordátu bol katolicizmus vyhlásený za náboženstvo väčšiny francúzskeho národa, pápežom boli nanovo ohraničené diecézy (podľa návrhu štátu) a štát sa tiež zaviazal k finančným príspevkom biskupom a farárom.⁵⁵

⁵⁰ Porov. TINKOVÁ, D.: Francouzská revoluce. Praha (2008), s. 20.

⁵¹ Porov. TOMKINS, S.: Stručné dějiny křesťanství. Praha (2009), s. 292.

⁵² Porov. BEDOUELLE, G.: História Cirkvi. Prešov (2005), s. 142.

⁵³ Porov. KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva. Spišská Kapitula (2003), s. 294.

⁵⁴ Porov. ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny IV. Turčiansky Svätý Martin (1943), s. 319.

⁵⁵ Bližšie k tejto problematike pozri HERTLING, L.: Dejiny Katolíckej cirkvi. Trnava (1983), s. 350.

Práve uvedený konkordát pápežovi zároveň umožnil, aby na Napoleonov pokyn prostredníctvom jednostranného zásahu vymenil celý francúzsky episkopát za novú cirkevnú hierarchiu.⁵⁶ Obsadzovanie biskupstiev a mnohé ďalšie oprávnenia štátu však zostali naďalej zachované v rozsahu, v akom ich štát uplatňoval podľa Bolonského konkordátu (r. 1516), teda ešte pred revolúciou. Podľa tohto vzoru nasledovala po biskupskom menovaní pápežská investitúra a zloženie sľubu vernosti prvému konzulovi. Farári boli zase menovaní biskupmi zo zoznamu, ktorý im predkladala vláda. Konkordát sa priamo dotýkal i zóny na západ od Rýna (Alsasko a Lotrinsko), ktorá bola v danom čase pod mocenským vplyvom Francúzska, pričom v troch z jeho departmentov (Bas-Rhin, Haut-Rhin a Moselle) sa jeho ustanoveniami spravuje tamajšia cirkev dodnes. Napriek skutočnosti, že revolúciou zoštátnený cirkevný majetok nebol Cirkvi vrátený a mlčky bola obídená aj otázka obnovenia všetkých reholí, ktoré vo Francúzsku pôsobili do čias revolúcie, z obsahového hľadiska znamenala uvedená normatívna zmluva jasné víťazstvo Cirkvi.⁵⁷ Napoleon I. k nej však v roku 1802 pri vyhlasovaní ako doplnok jednostranne pripojil 77 prísne galikanisticky a konciliaristicky orientovaných Organických článkov (Les Articles organiques), na základe ktorých vykonával napriek pápežovým protestom väčšinu jej ustanovení po svojom. Tento dokument zároveň poskytol právne záruky vyznávačom luteránskeho i kalvínskeho vierovyznania, ktoré boli v roku 1805 rozšírené i na židov. Obdobne nový Napoleonov občiansky zákonník (Code civil des Français, respektíve Code Napoléon) z roku 1804, uplatňovaný za napoleonských čias aj v Belgicku, Itálii či Španielsku, legalizoval civilné sobáše a rozvody, pričom cirkevnému sobášu musel predchádzať obligatórny civilný sobáš.⁵⁸

Napoleonova vnútorná i vonkajšia politika stála predovšetkým na jeho vojenských úspechoch násobených stále novými výbojmi, po ktorých úspešne rozširoval územia pod vplyvom Francúzska. V roku 1797 zriadil v severnej Itálii (Lombardsko) Cisalpínsku republiku (Repubblica Cisalpina), ktorú potom znovuobnovil v roku 1800 po víťazstve nad Rakúskom pri Marengu (od roku 1802 premenovaná na Italskú republiku).⁵⁹ Pri italskom ťažení zároveň prinútil pápeža Pia VI. vzdať sa definitívne Avignonu a Venaissin, ako aj

⁵⁶ Porov. KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva. Spišská Kapitula (2003), s. 290.

⁵⁷ Porov. TOMKINS, S.: Stručné dejiny kresťanství. Praha (2009), s. 292.

⁵⁸ Bližšie k tejto problematike pozri JÁNOŠÍKOVÁ, P./KNOLL, V./STARÝ, M.: Napoleonská éra a kodifikácie. In KOTULÁN, J./UHLÍŘ, D.: Evropa 1805. Sborník příspěvků V. Napoleonského kongresu konaného v budově veřejného ochránce práv Brno. Brno (2006), s. 389n.

⁵⁹ Porov. ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny IV. Turčiansky Svätý Martin (1943), s. 319 a TINKOVÁ, D.: Francouzská revoluce. Praha (2008), s. 254.

časti Pipinovho daru (Ferrara a Bologna) pochádzajúceho ešte z 8. storočia.⁶⁰ V roku 1798 obsadil i samotný Rím, proklamoval v ňom Rímsku republiku a oficiálne deklaroval zrušenie svetskej moci pápeža.⁶¹ Nespolupracujúci Pius VI. bol deportovaný a v roku 1799 umrel vo väzení vo francúzskom Valence (*Valentia*). V roku 1803 uzatvoril Napoleon I. so Svätou Stolicou pre Italskú republiku konkordát analogický tomu francúzskemu, ktorý bol neskôr obdobne jednostranne modifikovaný pridaním tzv. arbitrážnych článkov (r. 1804). Skutočnosť, že Napoleon I. sa považoval za nástupcu franského kráľa a západného cisára Karola I. Veľkého (*Carolus Magnus*, Charlemagne, 768/800–814) sa prejavila najmä v roku 1804, keď sa nechal zvoliť za cisára Francúzov a došlo tiež k proklamovaniu dedičného cisárstva v jeho rodine.⁶² Pápež Pius VII. ho v bezúspešnej snahe o odvolanie Organických článkov pomazal, avšak korunu si na hlavu nový francúzsky cisár položil sám. Ako recipročné ústupky z jeho strany boli prezentované akceptovanie obnovenia činnosti niektorých reholí vo Francúzsku a zrušenie republikánskeho kalendára.⁶³ Keď sa Napoleonovi I. po víťazstve pri Slavkove (bitka troch cisárov, r. 1805), ktorým začala Tretia koalíčná vojna (1805–1807), podarilo detronizovať neapolských Burbonovcov, za nového neapolského kráľa ustanovil svojho brata Jozefa Bonaparta (1806–1808).⁶⁴

Cisár František II. Habsburský (1792/1804–1835), ktorý si už v roku 1804 zmenil meno na František I. a prehlásil sa za dedičného cisára Rakúska, sa na pozadí uzavretého Bratislavského mieru (r. 1805), dňa 6. augusta 1806 výslovne zriekol titulu cisára Svätej rímskej ríše (*Sacrum imperium Romanum*), ktorá tak definitívne zanikla aj po formálnej stránke.⁶⁵ Po

⁶⁰ Porov. HERTLING, L.: Dejiny Katolíckej cirkvi. Trnava (1983), s. 346–347.

⁶¹ Porov. KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva. Spišská Kapitula (2003), s. 287.

⁶² Porov. MALÝ, R.: Cirkevní dějiny. Olomouc (2001), s. 235.

⁶³ Porov. BEDOUELLE, G.: História Cirkvi. Prešov (2005), s. 142–143.

⁶⁴ Porov. UHLÍŘ, D.: Slavkov a Evropa roku 1805. In KOTULÁN, J./UHLÍŘ, D.: Evropa 1805. Sborník příspěvků V. Napoleonského kongresu konaného v budově veřejného ochránce práv Brno. Brno (2006), s. 7n.

⁶⁵ Porov. ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny IV. Turčiansky Svätý Martin (1943), s. 331. Bližšie k tejto problematike pozri HÄUSLER, W.: Das österreichische Kaisertum von 1804 und seine Bedeutung für das Staats – und Reichsproblem der Habsburgermonarchie. In KOTULÁN, J./UHLÍŘ, D.: Evropa 1805. Sborník příspěvků V. Napoleonského kongresu konaného v budově veřejného ochránce práv Brno. Brno (2006), s. 75n; BOBOKOVÁ, J.: Bratislava a napoleonské vojny. Bratislavský mier 1805. In KOTULÁN, J./UHLÍŘ, D.: Evropa 1805. Sborník příspěvků V. Napoleonského kongresu konaného v budově veřejného ochránce práv Brno. Brno (2006), s. 277n a RAPP, F.: Svatá říše římská národa německého. Od Oty Velikého po Karla V. Litomyšl (2007), s. 296.

detronizácii španielskych Burbonovcov dosadil Napoleon I. svojho brata Jozefa Bonaparta na trón španielskeho kráľa (José, 1808–1813), ktorý nechal v Cádize (*Gades*, r. 1812) vyhlásiť pre Španielsko jednu z najliberálnejších ústav toho času.⁶⁶ Napriek tomu, že za jeho vlády došlo k zrušeniu španielskej inkvizície i všetkých reholí, definitívne tiež zanikol nábožensko-politický systém tamojšieho regalizmu.⁶⁷ V roku 1808 napokon nechal Napoleon I. opätovne obsadiť Rím, vrátane cirkevného štátu, svojimi vojskami, pričom rok na to vyhlásil Rím za slobodné cisárske mesto, odvolal donácie Pipina III. Krátkeho (*Pippinus Brevis*, Pépin le Bref, 751–768) i Karola I. Veľkého a zvyšok pápežského štátu pripojil k francúzskemu cisárstvu.⁶⁸ Na pápežovu exkomunikáciu z nasledujúceho roka odpovedal jeho deportáciou do Francúzska, kde sa ho snažil prinútiť k vzdaniu sa cirkevného štátu a ďalších dôležitých výsad. Od toho času však Napoleon I. nedosiahol ani jedno vojenské víťazstvo, a predovšetkým nevydarená výprava do Moskvy (r. 1812) a bitka pri Lipsku (r. 1813) definitívne dokonali jeho pád.⁶⁹ Píovi VII. sa ešte v roku 1814 podarilo vrátiť z francúzskeho zajatia do pápežského štátu, ktorého vnútornú štruktúru ihneď reorganizoval viacerými reformnými zákonmi. O jezuitských zásluhách a pretrvávajúcej potrebe ich aktivít najviac vypovedá skutočnosť, že ešte v tom istom roku bulou *Sollicitudo omnium ecclesiarum* znovuzriadil (obnovil) Spoločnosť Ježišovu (*Societas Jesu*). Napriek tomu, že v roku 1815 bol cirkevný štát opätovne obsadený Napoleonom I. a pápež musel na istý čas opustiť Rím, stodňové cisárstvo predstavovalo úplný záver napoleonského obdobia európskych dejín.

3 Koniec napoleonských vojen a Viedenský kongres

Definitívnym pádom Napoleona I. po bitke pri Waterloo (r. 1815) zavládol v Európe po štvrtstoročí napoleonských vojen opätovne pokoj, ktorého podmienky boli členmi protinapoleonskej koalície dojednané na mierovom Viedenskom kongrese (*Wiener Kongress*, 1814–1815).⁷⁰ Jeho hlavným cieľom bolo najmä obnovenie legitímnych vládncích európskych

⁶⁶ Porov. KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva. Spišská Kapitula (2003), s. 305.

⁶⁷ Porov. FRÖHLICH, R.: Dva tisíce let dějin církve. Praha (2008), s. 187.

⁶⁸ Porov. ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny IV. Turčiansky Svätý Martin (1943), s. 322.

⁶⁹ Porov. KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva. Spišská Kapitula (2003), s. 298.

⁷⁰ Bližšie k tejto problematike pozri JUST, T./MADERTHANER, W./MAIMANN, H. (eds.): Der Wiener Kongress. Die Erfindung Europas. Wien (2014).

dynastií a princípov absolutistického štátu, vrátane všetkých jeho inštitúcií, ktoré boli zničené Veľkou francúzskou revolúciou a výbojmi Napoleona I.⁷¹ Aj z toho dôvodu je táto historická etapa označovaná aj ako „obdobie reštaurácie“. Na ilustráciu možno uviesť, že z hľadiska náboženského rozloženia žilo okolo roku 1815 v Európe približne 100 miliónov katolíkov, 40 miliónov pravoslávnych, 40 miliónov protestantov a niekoľko miliónov moslimov a židov. Z pôvodných katolíckych absolutistických monarchií sa po francúzskej revolúcii a Napoleonových výbojoch pri moci udržal iba rakúsky cisár. Za účelom ďalšieho udržiavania pokoja v Európe na kresťanských zásadách bol na záver Viedenského kongresu na návrh pravoslávneho ruského cára Alexandra I. Romanova (1801–1825) uzatvorený pakt európskych kresťanských panovníkov Svätej aliancie (Heilige Allianz), ktorý spolu s ním v Paríži ešte v roku 1815 podpísali katolícky rakúsky cisár František I. Habsburský (1792/1804–1835) a protestantský pruský kráľ Fridrich Viliam III. (Friedrich Wilhelm, 1797–1840). K tejto zmluve sa neskôr pridali všetci európski monarchovia, s výnimkou anglického kráľa, škandinávskych panovníkov a pápeža. Tento pakt zároveň predstavoval vyjadrenie zásady rovnosti všetkých kresťanských vierovyznaní, ktorá bola na kongrese obdobne deklarovaná.⁷²

Aj keď sa na Viedenskom kongrese rokovalo i o obnove sekularizovaných nemeckých duchovných kniežatstiev, k ich reštaurovaniu napokon nedošlo. O reštitúcii cirkevných majetkov zabraných v iných krajinách sa i napriek prítomnosti pápežských nuncií vôbec nehovorilo. Pápežská kúria sa tak mlčky vzdala ich vrátenia, hoci sama sekularizáciu naďalej odsudzovala ako olúpenie Cirkvi. Na kongrese bol však aspoň obnovený cirkevný štát, a to podľa hraníc pred Veľkou francúzskej revolúcie, s výnimkou Avignonu a Venaissin (pripadli Francúzsku) a časti kniežatstva Ferrary (pripadla Rakúsku).⁷³ Cirkevný štát sa zároveň dostal pod medzinárodnú ochranu a pápežstvo bolo uznané a akceptované ako samostatná zvrchovaná mocnosť. Aj po Viedenskom kongrese naďalej platilo, že Cirkev bola pozbavená väčšiny nehnuteľností po celej Európe a stala sa chudobnou, pričom jej inštitúcie (biskupstvá, kapituly a kňazské semináre) sa stali závislými od

⁷¹ Porov. KUMOR, B.: *Cirkevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva. Spišská Kapitula* (2003), s. 288.

⁷² Bližšie k tejto problematike pozri napríklad JARRETT, M.: *The Congress of Vienna and its Legacy: War and Great Power Diplomacy after Napoleon*. London (2013).

⁷³ Porov. REINERMAN, A. J.: *Papacy and Papal State in the Restoration (1814–1846): Studies since 1939*. In *The Catholic Historical Review*. Vol. 64 (1978), No. 1, s. 36n.

štátnych subvencií.⁷⁴ Obdobne, európske duchovenstvo prišlo o takmer všetky dovtedajšie privilégia a aj počtom sa drasticky zmenšilo. Z pohľadu ďalšieho vývoja, bola v súlade s deistickými myšlienkami Cirkev považovaná predovšetkým za morálnu políciu štátu, ktorej hlavná úloha mala spočívať v udržiavaní poriadku a morálky v štáte. Pápeži tohto obdobia preto museli cieľavedome pracovať na zlepšení postavenia Apoštolskej Stolice, využívajúc naďalej najmä pomoc pápežských nuncií. V záujme utuženia dlhodobo presadzovaného cirkevného centralizmu pápež Pius VII. popri spomenutom obnovení jezuitského rádu a modernizácii štruktúry cirkevného štátu, zreorganizoval inkvizičnú kongregáciu a obnovil tiež Index zakázaných kníh, ktorým v tom čase disponovali i viaceré štáty.⁷⁵

⁷⁴ Bližšie k tejto problematike pozri CHAPMAN, T.: The Congress of Vienna 1814–1815. London (1998).

⁷⁵ Svätá Stolica sa v tomto období neustále usilovala o posilnenie svojho medzinárodnoprávneho postavenia. Keď sa jej napríklad nepodarilo usporiadať cirkevné záležitosti v Nemecku celorišským konkordátom, snažila sa aspoň o uzavretie normatívnych zmlúv s jednotlivými nemeckými krajinami, na ktoré potom nadviazali konkordáty s ďalšími európskymi štátmi. Po dohode s Bavorskom (r. 1817), tak nasledovali zmluvy s Francúzskom (r. 1817), Kráľovstvom Piemontu a Sardínie (r. 1817), Kráľovstvom oboch Sicílií (r. 1818), Ruskom (r. 1818), Holandskom (r. 1827) a Švajčiarskom (r. 1828). Porov. ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny IV. Turčiansky Svätý Martin (1943), s. 335–336. Napriek viacerým výhodám týchto konkordátov pre jednotlivé štáty (najmä právo nominácie biskupov, ustúpenie od zásady navrátenia cirkevných majetkov atď.), boli ich ustanovenia, po vzore aplikovania Napoleonových Organických článkov, v praxi obmedzované absolutistickými štátnymi zásahmi, pričom niektoré z nich vďaka tomu prakticky ani nevstúpili do platnosti (Francúzsko a Rusko). Dôležitosť týchto konkordátov však jednako spočívala minimálne v skutočnosti, že jednotlivé štáty ich uzatvorením uznali právnu existenciu Katolíckej cirkvi ako plnoprávneho subjektu medzinárodného práva a umožnili jej opätovné uvedenie do verejného života. Keďže s niektorými krajinami sa v tomto období z rôznych dôvodov, vrátane neuznávania medzinárodnoprávnej subjektivity Svätej Stolice, nepodarilo zmluvy uzavrieť, pápeži ich v takom prípade nahrádzali tzv. cirkumskripčnými bulami (*bullae circumscriptiones*), na základe ktorých boli, po predchádzajúcej dohode s tým-ktorým štátom, aspoň teritoriálne vymedzované hranice diecéz príslušnej partikulárnej cirkvi. Takéto buly boli v tomto období vyhlásené pre Poľské kráľovstvo (r. 1818, *Ex imposita nobis*), Prusko (r. 1821, *De salute animarum*), Württembersko, Bádensko, Hessensko a Nassausko (r. 1821, *Provida sollersque* a *Ad Dominici gregis custodiam*, r. 1827) a Hannoverské kráľovstvo (r. 1824, *Impensa Romanorum pontificum*). Porov. KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 7. Novovek. 1815–1914. Spišská Kapitula (2003), s. 18. O pozvoľnom náraste autority pápežstva v medzinárodnej komunite v tomto období okrem iného vypovedal i zvýšený počet akreditovaných diplomatických predstaviteľov jednotlivých štátov v Ríme, ktorý sa rozšíril z ôsmich (r. 1815) na sedemnášť (r. 1823). Porov. HERTLING, L.: Dejiny Katolíckej cirkvi. Trnava (1983), s. 368.

Záver

Čo sa týka samotných vplyvov Veľkej francúzskej revolúcie na ďalší štátotvorný vývoj, je nevyhnutné podotknúť, že v skutočnosti ju riadili revolučné idey, ktoré zostávali peknými výlučne na papieri. Samotná revolúcia sa totiž bežne zvrhávala vo vládu teroru a absolútneho popierania ľudských práv, a to v mene revolúcie a subjektívne poňatého pojmu „verejného blaha“.⁷⁶ Aj z toho dôvodu sa nemožno čudovať, že viacero bádateľov ju zároveň označuje za predchodkyňu novodobých totalitných diktatúr, vládnucich násilím a šíriacimi atmosféru strachu.⁷⁷ Podobne možno spochybnit' i záver, že v jej prípade išlo o revolúciu buržoázu, respektíve kapitalistickú, keďže iniciovaná bola celou osvietenou elitou národa, vrátane šľachty a duchovenstva, s výraznou podporou vidiečanov.⁷⁸ Z náboženského hľadiska možno za najpozitívnejší výsledok revolúcie označiť predovšetkým skutočnosť, že biskupské hodnosti, ktoré boli do tých čias rezervované výlučne pre príslušníkov šľachty, prestali byť pre najvyššie kruhy atraktívnymi a biskupmi sa tak od toho času stávali zásadne osoby apoštolského ducha. Práve na pozadí útlaku cirkvi, revolučných bojov a začatých obrodných procesov sa v tomto období zároveň začal proces vytvárania užšieho puta medzi francúzskou partikulárnou cirkvou a pápežským Rímom, ktorý napokon vyvrcholil v hnutí ultramontanizmu (integralizmu) a jeho postulátoch vznesených počas konania Prvého vatikánskeho koncilu (1869–1870).⁷⁹

Z ďalších dôležitých porevolučných fenoménov, tentoraz v medzinárodnom kontexte, možno uviesť, že francúzsky konkordát z roku 1801 zostal vo Francúzsku v platnosti až do uzákonaenia do dnešných čias trvajúcej odluky cirkvi a štátu v roku 1905 a stal sa vzorom pre všetky ďalšie konkordáty, ktoré boli uzavreté v období 19. do polovice 20. storočia.⁸⁰ Zo strany Cirkvi bolo ich prioritným cieľom zabezpečenie základných práv a slobôd v oblasti jej slobodného pôsobenia a duchovnej starostlivosti o veriacich (*concordata defensionis*). Francúzske vplyvy sa prejavili aj v ďalšom šírení sekularizácie, ku ktorej došlo v rozsiahlej miere aj v Nemecku.⁸¹ V tejto krajine bol

⁷⁶ Porov. MALÝ, R.: Církevní dějiny. Olomouc (2001), s. 231.

⁷⁷ Porov. KUMOR, B.: Církevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva. Spišská Kapitula (2003), s. 283.

⁷⁸ Porov. NOWAK, J. R.: Církev a Velká francouzská revoluce. Olomouc (2003), s. 10.

⁷⁹ Porov. ŠPIRKO, J.: Církevné dejiny IV. Turčiansky Svätý Martin (1943), s. 343.

⁸⁰ Porov. KUMOR, B.: Církevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva. Spišská Kapitula (2003), s. 269.

⁸¹ Porov. FRANZEN, A.: Malé dějiny církve. Třetí, doplněné a rozšířené vydání. Kostelní Vydří (2006), s. 259.

prítom nábožensko-politický vývoj dlhodobo spojený s mnohými zmätkami a praktickým ovládaním tamojšej cirkvi partikulárnymi predstaviteľmi svetskej moci.⁸² Týmto krokom prišla nemecká cirkev takmer o všetky materiálne prostriedky a stala sa úplne závislou od partikulárnych vlád, keďže podľa francúzskeho modelu malo byť aj nemecké duchovenstvo platené štátom. I z toho dôvodu sa v celom Nemecku ujal systém štátnej zvrchovanosti nad cirkvou (*jus circa sacra, Kirchenhoheit*), ktorý si v duchu dlhodobo uplatňovaného césaropapizmu nárokoval značné práva v náboženskej oblasti a v rozsiahlej miere uprednostňoval protestantov na úkor katolíkov.⁸³ Z hľadiska Katolíckej cirkvi však možno za pozitíva tejto sekularizácie označiť obdobnú reorganizáciu nemeckej cirkvi, ktorej sa podarilo zbaviť šľachtického monopolu pri obsadzovaní biskupstiev a cirkevných benefícií. Biskupstvá a kanonikáty hlavných kostolov tak prestali byť od toho času vyhradené len pre šľachtu a stali sa dostupnými pre každého, bez ohľadu na pôvod. Celé stredoveké štátno-cirkevné usporiadanie sa tým úplne vytratilo zo života a namiesto tradičného ponímania benefícia iba ako zdroja príjmov začal do popredia vystupovať duchovný charakter cirkevného úradu.⁸⁴

⁸² Celý proces súvisel práve s napoleonskými vojnami. V súvislosti s prehrou v Prvej koalícnej vojne (1792–1797) protinapoleonskej koalície došlo totiž k dohode, na základe ktorej mali byť vojnové náklady hraené z cirkevného majetku nachádzajúceho sa v Nemecku. Keď František II. Habsburský (1792/1804–1835) prehrál aj v Druhej koalícnej vojne (1799–1802), musel podľa mieru z Lunéville (r. 1801) na úkor nemeckého cisárstva ustúpiť v prospech Francúzska územia na ľavom brehu rieky Rýn. Článok 7 mierovej dohody ustanovil, že nemecké dedičné svetské kniežatá majú za straty na dotknutom území dostať náhradu vo vnútri hraníc cisárstva, pričom vykonanie tejto dohody bolo zverené osemčlennej ríšskej deputácii, zloženej z kniežat ríšskeho kniežacieho kolégia. Porov. FRÖHLICH, R.: Dva tisíce let dějin církve. Praha (2008), s. 186. Na základe uznesenia z Regensburgu však došlo v roku 1803 k prehnánu a takmer úplnému vydrancovaniu nemeckej cirkvi, do toho času najbohatšej partikulárnej cirkvi na svete. Porov. HERTLING, L.: Dejiny Katolíckej cirkvi. Trnava (1983), s. 350. Spolu boli sekularizované 4 duchovné kniežactvá kniežatstvá (Mohučské, Kolínske a Trevírske kurfirstvo a Salzburské arcibiskupstvo), 18 biskupstiev, 80 opátstiev a viac ako 200 kláštorov, ktoré podliehali rímsko-nemeckej Ríši. Svetská jurisdikcia nemeckých prelátov tým definitívne zanikla a územia bývalých ríšskych biskupstiev boli pripojené k existujúcim nemeckým štátom. Porov. KUMOR, B.: Cirkevné dejiny 6. Novovek. Obdobie absolutizmu a osvietenstva. Spišská Kapitula (2003), s. 300.

⁸³ Zároveň, podobne ako k tomu dochádzalo už od čias osvietenstva a Veľkej francúzskej revolúcie, zaniklo v Nemecku 18 katolíckych univerzít, čo v budúcnosti výrazne komplikovalo situáciu so vzdelávaním duchovných. Porov. ŠPIRKO, J.: Cirkevné dejiny IV. Turčiansky Svätý Martin (1943), s. 320 a 333.

⁸⁴ Porov. FRANZEN, A.: Malé dejiny cirkve. Tretí, doplnené a rozšírené vydání. Kostelní Vydří (2006), s. 260.

Pokiaľ išlo o ďalšie pozitívne vplyvy na náboženský život, čoskoro po Viedenskom kongrese sa predovšetkým v krajinách strednej a západnej Európy začal rozvíjať významný proces katolíckeho náboženského obrodenia, ktorý bol porovnateľný s obrozením 16. storočia a napokon pretrval až do konca 19. storočia. Aj v tomto prípade išlo o obdobie zakladania početných nových rehoľných kongregácií a najmä hlbšieho a aktívnejšieho zaangažovania laikov do života Cirkvi. Táto skutočnosť sa prejavila i v zrodení novej idey laického apoštolátu, predovšetkým však po roku 1870 pevne etablovanej Katolíckej akcie (*Actio catholica*), ktorá sa usilovala o čo najširšie presadzovanie katolíckych stanovísk vo vtedajšej spoločnosti.⁸⁵ Kresťanské zásady tak boli od toho času čoraz častejšie uplatňované nielen v náboženskej, ale aj politickej, sociálnej a kultúrnej oblasti, pričom katolík vystupoval do popredia nielen ako veriaci, ale tiež ako občan štátu. Mnohí intelektuáli sa obdobne začali odkláňať od myšlienok osvietenstva a pod vplyvom negatívnych skúseností z revolučných a vojnových rokov bola Katolícka cirkev s pápežom čoraz viac vnímaná ako garant budúceho mieru a rastu pravých hodnôt a morálky. Jednou z príčin zvýšenia religiozity a pozitívneho pohľadu na katolicizmus bolo i romantické hnutie, ktoré sa objavilo ako intelektuálna, literárna a umelecká reakcia na obdobie osvietenstva, klasicizmu a európskych vojen.⁸⁶ Tento smer sa pritom prejavoval predovšetkým obdivom k stredoveku, jeho literatúre a umeniu a v reakcii na chladný scientizmus osvietenstva staval do popredia emócie a spontánnosť.⁸⁷ Napriek silnému náboženskému obrodeniu je však nevyhnutné zároveň konštatovať, že duchovný svet človeka bol v 19. storočí už silne sekularizovaný a aj samotná kultúra mala prevažne svetské zameranie.⁸⁸

⁸⁵ Bližšie k tejto problematike pozri napríklad TRUMAN, T.: *Catholic Action and Politics*. London (1960) a FRANKLIN, J.: *Catholic Thought and Catholic Action*. In *Journal of the Australian Catholic Historical Society*. Vol. 17 (1996), s. 44–55.

⁸⁶ Porov. RAPP, F.: *Svatá ríša rímska národa nemeckého*. Od Oty Velikého po Karla V. Litomyšl (2007), s. 296.

⁸⁷ Po období osvietenského racionalizmu 18. storočia začalo začiatkom 19. storočia zároveň dochádzať k obnovovaniu kresťanskej filozofie, keďže popierané kresťanské metafyzické a náboženské koncepcie sa stali opätovne aktuálnymi a bližšími duchu doby, obzvlášť vďaka pôsobeniu predstaviteľov romantizmu. Aj z toho dôvodu dochádzalo v tomto storočí k postupnému návratu a rozvoju scholastickej filozofie, vychádzajúcej predovšetkým z téz Tomáša Akvinského (*Thomas Aquinas*, † 1274), vo forme neoscholastiky a neotomizmu. Porov. KUMOR, B.: *Církevné dejiny 7. Novovek. 1815–1914*. Spišská Kapitula (2003), s. 47n.

⁸⁸ Porov. MALÝ, R.: *Církevní dějiny*. Olomouc (2001), s. 235.

Z celocirkevného hľadiska začalo postupne dochádzať vo viacerých krajinách k zániku episkopálno-nacionálnych ašpirácií a k čoraz výraznejšiemu zblížovaniu tamojších katolíkov s pápežom. Od feudálnej cirkevnej decentralizácie sa tak začala v celej Katolíckej cirkvi otvárať cesta k novodobej prísnej centralizovanej úradníckej organizácii, úzko spätéj s úradom rímskeho biskupa, pričom v tomto ohľade možno prenesene hovoriť tiež o opätovnom oživení myšlienky cirkevného univerzalizmu. Aj z toho dôvodu možno konštatovať, že s Veľkou francúzskou revolúciou a udalosťami s ňou spojenými, respektíve na ňu nadväzujúcimi súviseli viaceré dôležité zmeny týkajúce sa nielen štátoprávneho, ale taktiež konfesnoprávneho vývoja. Na jednej strane možno poukázať na prevažujúce negatíva, ktoré však na strane druhej naštartovali procesy oslobodenia viacerých partikulárnych cirkví od vplyvov predstaviteľov svetskej moci. Prenesene tak možno povedať, že v uvedenom období sa podarilo v praxi obnoviť stav nastolený ešte postulátmi Wormského konkordátu (r. 1122), ktorý Cirkvi zabezpečil na niekoľko storočí nezávislosť. Samozrejme, pri týchto úvahách netreba zabúdať na skutočnosť, že uzavretím uvedenej normatívnej zmluvy Katolícka cirkev neprišla, na rozdiel od revolučného a porevolučného obdobia, o majetok. Prenesene by sme tak mohli hovoriť o jej vykúpení sa spod stáročia trvajúceho svetského panstva, ktoré ju obmedzovalo prakticky vo všetkých aspektoch jej pôsobenia. Od uvedených čias bol zároveň vývoj nasmerovaný k postupným zmenám presadeným v priebehu 20. storočia, ktoré zabezpečili Cirkvi slobodu pôsobenia v modernom zmysle, a to najskôr v západnom a koncom 90-tych rokov v zásade i východnom svete.

Povinný podiel v systéme uhorského súkromného práva – drobná úvaha o jeho mieste v minulom práve platnom na Slovensku

Adriana Švecová

1 Právna podstata uhorského pevného podielu – 2 Úvahy a postrehy k povinnému podielu a testamentárnej slobode – Záver

Historickoprávnu glosu chcem v nasledujúcich riadkoch naplniť aj v odkaze na v blahej pamäti prof. Petra Blaha jemu blízke odvetvie dedičského práva a variabilných subtém s ním spojených. Sama som sa vedno s ním ako jeho doktorandka v prvých rokoch doktorandských štúdií na Právnickej fakulte TU v Trnave zaoberala blízkou témou – verejnonotárskej listinnej agende stredovekého Uhorska a neraz som s pánom profesorom dumala nad štruktúrou a vecným obsahom už i tak veľmi extenzívne poňatej témy. Predmetom môjho prvotného bádania sa pod láskavým vedením pána profesora stali stredoveké listiny (medzi nimi aj závetý), obsahovo infiltrované špecifickou uhorskou obyčajovoprávnou praxou, viažucou sa na európske či dokonca latentne aj rímskoprávne korene (odkazujem na dobre známu pseudoromanizáciu uhorského stredovekého a potripartitného uhorského súkromného práva). Plnohodnotným dedičom uhorského právneho poriadku sa stalo slovenské právo, alebo právo platné na Slovensku v prvej polovici 20. storočia, kým ho nestrovalo marxistické, respektíve sovietske chápanie štátu a práva, no a práve v dedičskom práve spred roka 1948 a jeho niektorých inštitútoch a mechanizmoch dedičskej sukcesie sa výborne, priam emblematicky vyníma individualita a originalita uhorského právneho poriadku. To však platí len do času intenzívnych kodifikačných prác v Uhorsku, keď sa často hľadal prienik či kompromis medzi tak tradicionalistickou, ako aj liberalizujúcou sa uhorskou a vlnou moderných kodifikácií predchnutou európskou úpravou počas 18. a 19. storočia. No a uhorské dedičské právo zostalo v podstate jediným odvetvím súkromného práva, prostredníctvom ktorého sa dostali na pretras základné otázky občianskeho, spoločenského a právneho poriadku.

Pri pozastavení sa nad, ako si dnes s odstupom času dobre spomínam, neraz zanietným, osobným vkladom pedagóga a vedca a bohatým ideovým dedičstvom nášho drahého pána profesora, vplývavým na našu mladšiu a dnes už dozrievajúcu akademickú a vedeckú generáciu juristov

a neodkloniac sa zároveň príliš od svojho historickoprávneho zamerania som sa zamyslela nad inštitútom pomerne mladým v slovenskej (respektíve uhorskej) historickoprávnej tradícii, a to nad inštitútom inkorporovaným z tradície rímskeho práva, a dnes už trvalo zapusteným v európskom práve – povinným podielom (*portio legitima, kötelésrész, Pflichtteil*).

1 Právna podstata uhorského povinného podielu

Keďže som už pár identifikačných poznámok o uhorskom povinnom podieli napísala, obmedzím sa tu len na jeho historickoprávnu podstatu, tak ako ju po prvýkrát prijalo v znení Dočasných súdnych pravidiel (ďalej len DSP, § 7¹) uhorské dedičské právo v modernizmom a taktiež najmä nemeckou (respektíve rakúskou) pandektistikou poznačenej právnej rámcovej úprave. Prvýkrát bol tento inštitút však aplikovaný so všeobecnou záväznosťou v Uhorsku cestou prijatého ABGB od roku 1853². Bol a je teda súčasťou dnešnej právnej úpravy dedičského práva (§ 479 OZ³), no v spomínanom čase druhej polovice 19. storočia sa len nanovo konštituoval prostredníctvom obyčajového práva (cestou prijatých DSP). V československom práve platnom na Slovensku v prvorepublikovom období sa opätovne potvrdilo jeho postavenie ako samostatného dedičského titulu.⁴

¹ „V nedostatku priamych dedičov zostupnej línie a rodičov sa právo testovať vzťahuje na všetok zdedený a nadobudnutý majetok; ale ak sú ešte priami dedičia v zostupnej línii alebo rodičia, nemôže sa posledný poriadok dotýkať ich zákonného podielu. Tento zákonný podiel sa rovná polovici toho, čo by dedili dedičia v zostupnej línii po poručiteľovej smrti, keby zomrel bez posledného poriadku. Posledný poriadok je teda v tejto časti nulitný a priami dedičia v zostupnej línii, a keď ich niet, tak žijúci rodičia môžu požadovať doplnenie tejto polovice“. Citované podľa LACLAVÍKOVÁ, M./ŠVECŮVÁ, A.: Pramene práva na území Slovenska II. (1790–1918). Trnava (2012), s. 247–248.

² Upravený v 14. hlave §§ 762–796 ABGB a aplikovaný v Uhorsku po prijatí ABGB patentom č. 211/1952 s účinnosťou od 1. mája 1853.

³ „Maloletým potomkom sa musí dostať aspoň toľko, koľko robí ich dedičský podiel zo zákona, a plnoletým potomkom aspoň toľko, koľko robí jedna polovica ich dedičského podielu zo zákona. Pokiaľ tomu závet odporuje, je v tejto časti neplatný, ak nedošlo k vydedeniu uvedených potomkov“.

⁴ Ako samostatný titul vystupoval iba proti existujúcemu poslednému poriadku, ak poručiteľ v ňom opomenul neopomenuteľných dedičov. Bližšie k tejto problematike pozri FAJNOR, V./ZÁTURECKÝ, A.: Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi so zreteľom aj na banské právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme (s príslušnými časťami návrhu čl. všeobecného zákonníka občianskeho, zhotoveného superrevíznou komisiou). II. prepracované, judikatúrou siahajúcou do r. 1935 doplnené vydanie. Bratislava (1935), s. 485 a 508n.

Vieme, že v DSP reformovaná zákonná dedičská postupnosť v rámci nastupujúceho dualistického uhorského práva sledovala viaceré znaky a charakteristiky: čistý⁵ parentálny systém s právom prezentácie dedenia potomkov v každej parentele bez obmedzenia (*in infinitum*)⁶ bez osobitného dedičského práva prvorodeného; upustenie od rozdielnej sukcesie jednotlivých druhov majetkov; dedenie *per capita* pre dedičov príslušnej skupiny a *per stirpes* vo vzťahu jednotlivých dedičských skupín a ich potomkov; duálna sukcesia vetvového (singulárna) a samostatne nadobudnutého (univerzálna) majetku, zavedená pre ostatné zákonné skupiny a dedenie manželov – prezumpcia, že všetko bolo nadobudnutým (samostatne alebo koakvizíčne) majetkom, pokiaľ sa nepreukázalo, že majetok bol vetvovým majetkom⁷; vzájomné (korrespondívne) dedičské právo manželov, ktoré pozostalého manžela preferovalo pred ostatnými dedičskými skupinami s výnimkou potomkov⁸, no a v neposlednom rade inštituovanie povinného podielu pre neopomenuteľných dedičov.⁹

Ako sa vyjadril T. Kern: „... konferencia (Judexkuriálna, pozn. aut.) zaviedla namiesto aviticity pojem zdedený majetok (vetvový), obmedzila slobodnú dispozíciu s majetkom pri zachovaní povinného dedičného podielu potomkov a rodičov, v otázke zrušenia zákazu scudzenia majetku podľa cis. patentu z r. 1852 nariadila, že dediči nie sú oprávnení, napadnúť žalobou tie úkony scudzenia majetku medzi živými, ktoré sa zakladajú na prirodzenej povahe vecí“.¹⁰ Jeho výrok však nemožno brať doslovne, keďže v dedičskoprávnej úprave DSP slovami T. Gábriša: „... sa prejavila snaha o kompromis medzi tradíciami, na ktorých lipli veľkostatkárske vrstvy, a liberálnymi predstavami o vlastníctve a dedičskom práve, ktoré boli blízke buržoáznym vrstvám. Vyjadrením takéhoto kompromisu bolo napríklad posilnenie inštitútu fideikomisu, zavedenie povinného dedičského podielu či vytvorenie inštitútov vetvového majetku a vetvového dedenia“.¹¹

⁵ Neobmedzený početom parentel v porovnaní z úpravou ABGB, obmedzenej dedením do šiestej parentely, po prvej novele ABGB obmedzenej do štvrtej parentely. Bližšie pozri FAJNOR, V.: Dedičské právo na Slovensku. In Právny obzor. Roč. 6 (1923), s. 42.

⁶ V dedení potomkov sa zachovali nasledujúce zásady: absencia osobitného dedičského práva prvorodeného (v minulosti podľa Trip. I/čl. 42, § 1), nerovnocenné postavenie nemanželského dieťaťa v nároku na pozostalosť po otcovi.

⁷ FAJNOR, V.: Dedičské právo na Slovensku. In Právny obzor. Roč. 6 (1923), s. 46.

⁸ Ibid., s. 45.

⁹ Ibid., s. 37–45.

¹⁰ KERN, T.: Die gesetzliche Erbfolge in Ungarn. Wien (1897), s. 11.

¹¹ GÁBRIŠ, T.: Dočasné súdne pravidlá Judexkuriálnej konferencie z roku 1861. Monografická štúdia a historickoprávny komentár. Bratislava (2014), s. 202 a 210.

Jednou z veľkých sporných otázok dedičského práva predkodifikačného obdobia (spojenom s intenzívnym kodifikačným úsilím prijatia všeobecného uhorského občianskeho zákonníka) zostalo rozšírenie alebo obmedzenie testamentárnej slobody¹². Protipólne odpovede za alebo proti zákonodarcovia kryštalizovali vo všeobecnom príklone k prednosti dedenia zo závetu pred dedením zo zákona (t.j. jeho subsidiárne postavenie), a tak moderná občianska spoločnosť kládla do popredia predovšetkým seberealizáciu osobnosti a slobodu jednotlivca disponovať – testovať s majetkom¹³, pričom zároveň v záujme ochrany rodiny obmedzila testovaciu slobodu poručiťľa v období nadchádzajúceho dualizmu v prijatom a všeobecne sa rozširujúcom inštitúte povinného podielu¹⁴.

Inštitút len čiastočne „nahradil“ v uhorskom šľachtickom práve dobre známu aviticitu, no s miernejšími právnymi následkami (pozri záver štúdie). Na druhej strane uhorská staršia právna veda o ňom už skôr diskutovala¹⁵.

¹² Diskusie sa sústreďovali v 19. storočí spravidla na jej škodlivý alebo priaznivý účinok na rodinu, hospodársky a spoločenský vývoj. Podporovatelia videli v testamentárnej slobode ochranu rodiny, veď posilňovala rodičovskú (otcovskú) moc; súčasne podľa jej odporcov ale ohrozovala práve rodinu poručiťľovým individualizmom v jeho slobodnom testovaní. Ako jej pozitívny hospodársky následok liberáli vyzdvihovali, že zabezpečovala pružnosť v rozdeľovaní majetku, ktorá bola nevyhnutná pre hospodársky rozvoj; avšak podľa jej odporcov práve tomuto rozvoju bránila, keď napomáhala vytvárať neproduktívne veľkostatky a hromadiť tak kapitál. Bližšie k tejto problematike pozri KLIPPEL, D.: Familie versus Eigentum. Die naturrechtlich-rechtsphilosophischen Begründungen von Testierfreiheit und Familienrecht im 18. und 19. Jahrhundert. In Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung. Vol. 101 (1984), s. 167.

¹³ Súkromná autonómia sa v oblasti dedičského práva prejavila v zákonom určenej miere testamentárnej slobody. Na jej základe mohol poručiťľ rozhodnúť tak, že svojich najbližších vylúčil z dedenia. Z morálneho hľadiska sa takéto rozšírenie testamentárnej slobody javilo a javí aj dnes ako nespravodlivé a neodôvodnené. Z toho dôvodu normy dedičského práva spravidla vymedzili spomedzi týchto (poručiťľových najbližších príbuzných) určitý okruh osôb, pre ktorých sa predsa len rezervoval istý podiel na dedičstve aj proti vôli poručiťľa (*contra testamentum*).

¹⁴ Jedným zo základov tohto je myšlienka, že poručiťľ zostal aj na čas po svojej smrti viazaný povinnosťou postarať sa o svojich blízkych príbuzných, preto osoby oprávnené na povinný podiel mohli vystúpiť voči osobám ustanoveným za dedičov v záвете so záväzkovoprávnym nárokom, na základe čoho mohli žiadať vyplatenie ustanovenej peňažnej sumy. V slovenskej, prvorepublikovej právnej vede zaujal k nemu stanovisko HEXNER, J.: Povinný podiel na Slovensku (*de lege lata a ferenda*). In Právny obzor. Roč. 16 (1933), s. 589–595 a Právny obzor. Roč. 17 (1934), s. 187–189.

¹⁵ Proti alebo za *partis legitimae* v uhorskej právnej vede hovorili najmä nejednoznačné názory Kövyho, Husztyho, Franka, Wenzela. Bližšie pozri HEXNER, J.: Povinný podiel na Slovensku (*de lege lata a ferenda*). In Právny obzor. Roč. 16 (1933), s. 590 a NÁNASY, B.: A Magyar polgárnak törvény szerént való rendes örökösse. Pesten (1799), s. 20n.

Nepriame dôkazy o akceptácii zákonných neopomenuteľných dedičských nárokov jednotlivých dedičských skupín nachádzame v meštianskom testamentárnom práve¹⁶. Logickým pokračovaním k zrušenej aviticite § 4 DSP ponechal už existujúce právo na povinný podiel podľa §§ 762 až 796 ABGB¹⁷, ktorý prináležal zákonným neopomenuteľným dedičom – potomkom a rodičom poručiteľa¹⁸. Ustanovením § 7 DSP sa jednoznačne konštituovalo individuálne vlastníctvo poručiteľa a dispozičné právo naň pri zachovaní povinného podielu pre určených dedičov.

2 Úvahy a postrehy k povinnému podielu a testamentárnej slobode

Normy dedičského práva slúžia (čo bol aj prípad dualistického Uhorska) v moderných občianskych spoločnostiach predovšetkým realizácii slobody poručiteľa, kladúc do popredia sebarealizáciu osobnosti. Súkromná autonómia sa v oblasti dedičského práva prejavuje vo forme testamentárnej slobody. Na základe testamentárnej slobody môže poručiteľ rozhodnúť tak, že svojich najbližších príbuzných v postavení zákonných dedičov vylúči z dedenia.

Vládnuce idey 19. storočia sa (aj) v súkromnom práve zhmotnili v heslách slobody a rovnosti. V jeho priebehu zápas týchto dvoch súperiacich ideí nepochybne vyústil do víťazstva slobody v systéme

¹⁶ Závety trnavských poručiteľov z prvej polovice 19. storočia potvrdili zákonný dedičský nárok (pri rovnosti podielov) na zdedený majetok v poradí descendantov, pozostalého manžela, ascendentov a bočných príbuzných podľa zásady *per capita a per stirpes*. Bližšie som sa touto problematikou zaoberala ŠVECOVÁ, A.: *Institutio haeredis ex testamento* vo vzťahu k zákonnému dedeniu v uhorskom práve (na príklade slobodného kráľovského mesta Trnavy prvej polovice 19. storočia). In KNOLL, V./KARHANOVÁ, M. (eds.): *Naděje právní vědy – Býkov 2007. Sborník z mezinárodního setkání mladých vědeckých pracovníků konaného ve dnech 12.–14. 10. 2007. Plzeň (2008)*, s. 185.

¹⁷ Prvorepublikoví autori preto správne poukázali na jeho zavedenie počas Bachovho neoabsolutizmu. Bližšie pozri HEXNER, J.: *Povinný podiel na Slovensku (de lege lata a ferenda)*. In *Právny obzor*. Roč. 16 (1933), s. 590.

¹⁸ § 4: „... avšak v prípade mánotratnosti priami potomkovia, a keď ich niet, žijúci ešte rodičia môžu si zátvorom zabezpečiť svoj zákonný dedičský podiel (*pars legitima*). Právo darovať je tiež obmedzené zákonným podielom priamych dedičov zostupnej línie, a ak by ich nebolo, zákonným podielom žijúcich rodičov. Uvedené ustanovenie definovalo právo na povinný podiel neobmedzene v zostupnej línii potomkov alebo reštriktívne v vzostupnej línii len pre rodičov poručiteľa. Jedinou možnosťou, ako neakceptovať tento inštitút, respektíve ho odmietnuť, bol inštitút vydedenia neopomenuteľných dedičov, ktorý sa viazal v dôvodoch exhereditácie opätovne na tradičné dôvody podľa Tripartita (I/čl. 52 a 53)“. Bližšie k tejto problematike pozri HEXNER, J.: *Povinný podiel na Slovensku (de lege lata a ferenda)*. In *Právny obzor*. Roč. 16 (1933), s. 593.

súkromného práva, a tým aj v oblasti dedičského práva. V menovanom súkromnoprávnom odvetví sa to prejavilo uznaním testamentárnej slobody a druhoradosti zákonom garantovaného dedičského práva príbuzných poručiteľa (neraz silne infiltrovanom postfeudálnymi právnymi prežitkami, tzv. rezíduami).¹⁹ V kontexte živých dualistických diskusií (aj v rámci pripravovanej kodifikácie uhorského všeobecného OZ koncom 19. storočia) sa diskusie o testamentárnej slobode, ktorá bola predovšetkým inštitútom povinného podielu výrazne obmedzená, sústreďovali spravidla tak na jej škodlivý alebo priaznivý účinok na rodinu, ako aj na jej hospodársky i celospoločenský vplyv. Jej podporovatelia v nej videli ochranu rodiny, veď posilňovala rodičovskú (otcovskú) moc nad všeobecným právnym panstvom nad vlastnými vecami; súčasne podľa jej odporcov odporoval rodine individualizmus testátora rozhodovať o budúcom vlastníctve aj proti vôli budúcich zákonných dedičov – respektíve neopomenuteľných dedičov. Ako jej priamy hospodársky dôsledok vyzdvihovali pružnosť *libertas testandi* v rozdeľovaní statkov, nevyhnutnej pre ďalší rozvoj pluralitného voľného trhu. Ten bol však v Uhorsku podľa súdobého právneho stavu výrazne utlmovaný, keď napomáhal vzniku a pretrvaniu neproduktívnych veľkostatkov a tým kumulácii kapitálu.

Z morálneho hľadiska sa takéto rozšírenie testamentárnej slobody javí ako nespravodlivé a neodôvodnené voči vlastnej rodine/príbuzenstvu, a preto moderná dedičskoprávna norma európskej právnej tradície (k čomu sa uhorské právo sústavne hrdo hlásilo) spravidla vymedzila a aj dodnes vymedzuje spomedzi týchto (poručiteľových najbližších príbuzných) určitý okruh osôb, pre ktoré je povinný podiel na dedičstve zabezpečený. Jednou z hybných myšlienok jeho právnych základov je idea, že poručiteľ je aj na čas po svojej smrti viazaný povinnosťou postarať sa o blízkych príbuzných: preto osoby oprávnené na povinný podiel môžu vystúpiť voči osobám ustanoveným za dedičov v závete so záväzkovoprávnym nárokom, na základe čoho môžu žiadať vyplatenie/odovzdanie ustanoveného podielu, obvykle v peniazoch.

Rodinné puto teda predstavuje najvyššie morálne obmedzenie poručiteľovho závetu (či iného úkonu *mortis causa*) a výkon testamentárnej slobody musí preto slúžiť rozvíjaniu rodinnej spolupatričnosti. Idealizovaná predstava sa však v mnohých prípadoch realizácie tejto slobody nenaplní vždy v dedičskoprávnej praxi, a preto sa javí ako nevyhnutné obmedzenie slobody

¹⁹ Bližšie so sa touto problematikou zaoberala ŠVECŮVÁ, A.: Základné vývojové zmeny v dedičskom práve na podklade Dočasných súdnych pravidiel. In LAČLAVÍKOVÁ, M./ŠVECŮVÁ, A./VYŠNÝ, P.: *Quid leges sine moribus?* (Metamorfózy vývoja štátu a práva v dejinách). Trnava (2014), s. 201–203.

poručiť a prostredníctvom povinného podielu predstavujúceho ochranu pre členov poručiteľovej rodiny.

Inštitút povinného podielu je očividne inštitútom obmedzenia slobodnej dispozície pre prípad smrti, a súčasne prostriedkom ochrany zákonných nárokov (dedenia zo zákona, respektíve jeho náhrady, za ktorú sa povinný podiel v čase prijatia DSP, aj v čase I. ČSR považoval ako osobitný dedičský titul proti existujúcemu úkonu *mortis causa*, respektíve závetu) oprávnených osôb: s ohľadom na rodinné vzťahy zabezpečený určitý podiel z majetku poručiť a, ktorý môžu bezpodmienečne vymáhať poručiteľovi potomkovia, prípadne jeho predkovia, a to aj napriek poručiteľovej poslednej vôli (*contra testamentum*). Povinný podiel tvoril teda skôr kompromis medzi neobmedzenou testamentárnou slobodou a záväznosťou zákonnej úpravy intestátneho dedenia²⁰.

Základom tejto náhrady, respektíve ochrany je príkaz zákonodarcu, na základe ktorého povinný podiel ako dlh zaťažuje poručiť a, respektíve testamentárných dedičov a oprávneným patrí ako oprávnenie, čiže čakateľstvo. Oprávnenie na povinný podiel znamená taký právny vzťah, ktorý vznikne už za života poručiť a, ale v skutočnosti tento právny vzťah zo zákona existuje v súvislosti s budúcim dedičstvom každej fyzickej osoby, pokiaľ sú nažive osoby právnym poriadkom oprávnené naň a svoje práva z tohto právneho vzťahu môžu uplatniť iba tie osoby, ktoré prežili smrť poručiť a. Z toho dôvodu povinnosť z tohto právneho vzťahu zaťažuje osoby, ktoré v zmysle závetu získali pozíciu dedičov.

Do centra pozornosti (tak v Uhorsku, ako i v európskom priestore) sa pritom infiltrujú rôznorodé diskusie o potrebnosti obmedzenia – rozšírenia dispozíčného oprávnenia pre prípad smrti, ktoré obklopuje najmä odborný diskurz a zákonodarné návrhy z čias konca 19. a začiatku 20. storočia o takých otázkach, akými boli: okruh oprávnených na povinný podiel, miera ich oprávnenia a možnosti jeho uplatnenia – presnejšie právna kvalita povinného podielu, spôsob jeho výpočtu, úzko súvisiaci inštitút vydedenia, kolačná povinnosť, zodpovednosť za povinný podiel atď. Obsah predmetných diskusií vo mne len umocňuje presvedčenie, aby som v rozdielnych názoroch týkajúcich sa povinného podielu nevidela predovšetkým prísne dogmatickú diskusiu týkajúcu sa alternatív medzi jednotlivými právnotechnickými riešeniami, lež oveľa viac dišputu – alebo ak chceme, ideologický zápas –

²⁰ KLIPPEL, D.: Familie versus Eigentum. Die naturrechtlich-rechtsphilosophischen Begründungen von Testierfreiheit und Familienrecht im 18. und 19. Jahrhundert. In Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung. Vol. 101 (1984), s. 168.

o právnych tradíciách vzťahu štátu a spoločnosti, respektíve jednotlivca, obmedzenia či voľnosti slobody vlastníka, *ergo* adekvátnosti použitia rôznych hľadísk: morálnych, hospodárskych či politických.

Ak sa pozrieme na vlajkové európske právne poriadky, na ktoré Uhorsko pri tvorbe prvých kodifikačných prác iste prihliadalo či sa nimi čiastočne inšpirovalo, tak, čo sa týka miery slobody, anglosaské právo už od 17. storočia jednoznačne hlásalo takmer neobmedzenú dispozičnú slobodu²¹; na nemecky hovoriacich územiach, kde sa od konca 18. storočia rozvíjalo veľmi intenzívne kodifikačné dielo, posvätili budúci kodifikátori dovtedy vládnucu prax, ktorá vychádzala zo slobody vôle poručiťa a v protiklade s touto slobodou uznávala iba značne obmedzené dedičské nároky členov rodiny. Nemecký BGB vychádzal totiž zo základného princípu súkromnej autonómie, ktorú však poskytol v neobmedzenej miere iba pre časť dedičstva; vo vzťahu ku zvyšnej časti dedičstva – presnejšie v jej istej hodnote – sa uplatnil nevyhnutný rovný dedičský nárok blízkych príbuzných rovnakého stupňa. Tento okruh príbuzných tvorili len členovia tzv. jadrovej rodiny (*Kernfamilie, nuclear family*), ktorá sa vyvinula v moderných spoločnostiach. Na opačnú stranu môžeme postaviť francúzsku úpravu, ktorá sa o ňu v očarení druhou veľkou ideou – rovnosti stále usilovala, hoci aj na úkor uctievanej slobody. Sociálne a kolektivistické hľadiská, objavujúce sa od konca 19. storočia, predstavujú (tak v minulosti aj dnes) popri – niekedy namiesto – zámere individua v súkromnom práve výrazné etické a politické postuláty. V dôsledku podporovanej socializácie aj v oblasti dedičského práva rastie význam hodnôt rovnosti, respektíve solidarity a spravodlivosti, ktoré nevyhnutne pôsobia proti absolutizácii testamentárnej slobody, v prospech zvýšeného záujmu o ochranu záujmov určeného príbuzenstva. Štát vystúpivší zo svojej pasivity spoznáva, že funkciou noriem dedičského práva je aj zachovávanie rodiny a spoločnosti, a preto upúšťa od ich úpravy založenej výlučne na vôli jednotlivca.

Záver

Stabilitu jednotlivých inštitútov súkromného práva v zásade určuje ich zakorenenosť v právnej kultúre, čo vysvetľuje zachovanie povinného podielu

²¹ Testamentárna sloboda, tak typická pre anglické právo, bola v skorších storočiach prítomná iba výnimočne – vo vzťahu k hnutelným veciam a aj tu obmedzene. Skutočnosťou sa stala až v 17. storočí. V nasledujúcich storočiach sa však stala tak zakoreněným princípom anglického práva, že až do 20. storočia ju nezasiahla zásadná kritika.

a odôvodňuje i jeho zachovanie do budúcnosti. Tradičné uhorské súkromné právo postihli konečne po roku 1848 už toľkokrát ohlasované revolučné zmeny, a hoci v roku 1848 išlo len o deklaratívny rozchod, ten sa po roku 1853 stal skutočnosťou a priviedol uhorský právny vývoj na zásadne nové cesty. Toto tvrdenie platí aj pre dedičské právo, hoci – zvlášť na prvý pohľad sa môže zdať – tu vidno najväčšiu mieru zachovania skorších noriem a ich ducha, čo platí najmä v dedení podľa vetiev, považovanom za druhé, slabšie vydanie aviticity (dedovizne). V tejto súvislosti si však treba uvedomiť len viazanosť stredovekej aviticity, respektíve viazanosti jej dedenia v prospech mužských dedičov – najprv potomkov, potom predkov a konečne príbuzných v bočnej línii, v ktorej by sme iste poznali isté, podobné znaky kontinentálnej *portio legitima*. Inštitút dedovizne sa nám teda (povedané veľmi literárne) vracia ako pravidlo pozitívneho práva najneskôr s prijatím DSP v úplne inom (!) „šate“, keď podmienené zabezpečuje dedičský nárok niektorých členov poručiteľovej rodiny, a preto len v uvedenom charaktere/znaku sú si oba inštitúty (dedovizeň – povinný podiel) zhodné alebo historicky previazané.

Súčasne pred-nad dedičskoprávnymi normami považovanými za nositeľov tohto duchovného odkazu sa ako základná idea vznáša postulát zachovania testamentárnej slobody, bez ohľadu na pôvod majetku, prítomný i v Uhorsku minimálne od čias prevzatia ABGB (r. 1853). *Libertas testandi* sa spolu s inštitútom povinného podielu prispôsobuje hospodársko-spoločenským požiadavkám druhej polovice 19. storočia – voľného trhu a rigorózneho ochrany vlastníctva a z tohto uhla pohľadu je povinný podiel zreteľne produktom periódy markantnej „modernizácie“ uhorského súkromného práva. Predsa je ale vo vtedajšej uhorskej právnej kultúre (alebo jej časti) považovaný za predstaviteľa prežívania istých tradícií (viď zmienená aviticitá). Jeho povaha je však mnohoraká: priaznivci starého práva si v ňom ctia aspoň čiastočného ochrancu rodinnopokrvných vzťahov; súčasne ho môžeme hodnotiť ako stelesnenie revolučnej i reakčnej myšlienky v súvislosti s posilňovaním spoločenského významu súkromného práva, vyšších záujmov spoločnosti kogentných i v súkromnom práve. Účasť príbuzných na dedení zabezpečená silou zákona proti závetnému dedeniu, stelesnená v inštitúte povinného podielu, chrániacom jednotlivca a v širšom meradle celú spoločnosť pred extrémami, pred neobmedzenosťou súkromnej autonómie a dispozičnej slobody, znamená i dnes čerstvý poryv spravodlivosti a dôstojnosti, keď etický význam povinného podielu iste bráni, posilňuje rodinu, ktorá je ako základná jednotka spoločnosti vyšším a stabilnejším spoločenským aj právnym vzťahom než holé záujmy jednotlivcov a ich (i)racionálne rozhodnutia.

Aj keď môžeme uznať, že testamentárna sloboda sa počas ostatných dvoch storočí stala základným pilierom dedičských noriem, je nepochybné, že

právny poriadok v historickom kontinuu v sebe nesie morálne jadro dedenia pochádzajúceho z najstarších čias: právo členov rodiny, predovšetkým potomkov, dediť po poručiteľovi. Dedičskoprávny nárok rodiny je a zostal trvalou súčasťou našich právnych dejín, nech už bola v rôznych historických obdobiach miera slobody subjektov práva rozhodovať o osude majetku pre prípad smrti akákoľvek. Nezávisle od formy prejavu inštitútu povinného podielu, od právnotechnických charakteristík prejavujúcich sa ako jeho nositeľ, je tento inštitút organickou súčasťou každého z európskych moderných právnych poriadkov, i keď aj dnes hlasní podporovatelia neobmedzenosti slobody naň z času na čas – v podstate nič nemeniac na argumentačnom inštrumentáriu z minulosti – zaútočia. Zároveň reprezentanti tejto samoučelnej „modernizácie“ svoje názory, požadujúce likvidáciu dedičského práva členov rodiny, odôvodňujú zdôrazňovaním „moderne“ podaných ideí slobody a súkromnej autonómie, čo možno vnímať už len ako stále sa opakujúce historickoprávne alebo súčasné pozitívne „dējã vu“.

Výuka církevního práva na brněnské Právnické fakultě v letech 1919 až 1950

Ladislav Vojáček

1 Dvacátá léta: Josef Vacek – 2 Třicátá léta: „náhradníci“, Rudolf Wierer, Vratislav Bušek – 3 Dobové úvahy *de lege ferenda* – 4 Čtyřicátá léta: František Kop a zase „náhradníci“ – Závěr

Při oslavách životních jubileí profesora Petera Blaha jsem se vracel k historii výuky římského práva. V příspěvku, který je bohužel již posmrtným připomenutím skvělého romanisty, váženého kolegy a především vzácného člověka, chci připomenout výuku církevního práva na brněnské právnické fakultě v letech 1919 až 1950, přesněji vyučované předměty, učitele, kteří se tomuto oboru věnovali, jejich stěžejní práce a dobové úvahy o budoucnosti tohoto oboru. Psát tedy budu především o profesorech Josefu Vackovi, Rudolfu Wiererovi a Františku Kopovi a o jejich práci. Nemohu však opomenout ani profesora Vratislava Buška, který se však v Brně jen mihnul, „zaskakující“ profesory Rudolfa Dominika, Františka Čádu, Jana Vážného, Hynka Bulína a Jiřího Cvetlera či suplenta dr. Miroslava Smejkalu. Tak dlouhá totiž byla řada těch, kteří v Brně – někdy z hlubokého zájmu, jindy z nutnosti – církevní právo do roku 1950 učili. A není náhodou, že mezi nimi najdeme romanisty J. Vážného a J. Cvetlera¹ a R. Dominika a H. Bulína, kteří měli římskému právu také blízko.

Než budu popisovat výuku církevního práva v Brně, musím stručně připomenout, že právní úprava právnického studia v Československu vycházela z rakouských předpisů (zákon č. 68/1893 ř. z., o právovědeckých a státovědeckých studiích a státních zkouškách, na něj navazující nařízení č. 204/1893 ř. z., jímž se upravují právnická a státovědecká studia a teoretické státní zkoušky, a také rigorózní řád, respektive přesněji zákon č. 57/1872 ř. z., kterým se vydávají nová ustanovení o tom, jak lze nabýti doktorátu na světských fakultách). Všechny tyto předpisy však byly po získání samostatnosti novelizovány, aby odpovídaly změněným poměrům. Krátce po vzniku

¹ Autor této stati se na začátku sedmdesátých let minulého století římské právo učil ze skriptu CVETLER, J.: Právo římské. Brno (1969).

republiky československý parlament novelizoval zákon o právovědeckých a státovědeckých studiích a státních zkouškách, a to zákonem č. 290/1919 Sb. z. a n., o prozatímní úpravě studia a státních zkoušek na fakultách věd právních a státních. Novelizace však přinesla v podstatě jen kosmetické změny. Podotýkám, že to bylo v době, kdy se už řadu let o reformě uvažovalo. Přesto, jak ještě ukáží, diskuse o ní vyplnily také celé námi sledované období, aby nakonec vyústily – světe div se – v experiment zásadně se rozcházející s domácí tradicí. Nicméně tím předbílám. Vracím se proto do roku 1919, kdy vláda k provedení zákona o prozatímní úpravě studia a státních zkoušek na fakultách věd právních a státních vydala nařízení č. 510 Sb. z. a n., jímž měnila ustanovení rakouského nařízení č. 204/1893 ř. z. a detailněji upravovala náplň studia.² Do organizace rigorózních zkoušek zasáhla nařízením č. 235/1919 Sb. z. a n., o některých změnách rigorózního řádu pro fakulty věd právních a státních.

Výuky církevního práva se ovšem novelizace studijních předpisů přímo nedotkly. Stále se vyučovalo v třísemestrovém prvním studijním oddílu v rozsahu šesti hodin týdně, a to buď začleněných do jednoho semestru, nebo rozdělených do dvou semestrů. Materie církevního práva zůstala také obsahem historickoprávní státní zkoušky a historickoprávního rigoróza. Avšak přesto, že se změny studijních předpisů výuky církevního práva nedotkly, jeho výuka již delší dobu významnou změnou procházela. Dříve se v ní pozornost koncentrovala téměř výlučně na kanonické právo, pak se však těžiště výuky více posouvalo k výkladům o vnitrostátním právu, pokud upravovalo církevní, respektive náboženské poměry.³

1 Dvacátá léta: Josef Vacek

Prvním profesorem, který na brněnské právnické fakultě vypisoval přednášky z církevního práva, byl jeden z „otců zakladatelů“, kteří na fakultu nastoupili už při jejím založení, Josef Vacek. Jeho nominálním oborem sice byla srovnávací pravověda, v níž získal v roce 1917 v Praze mimořádnou profesuru, ale jmenovací dekret mu ukládal i povinnost vedení přednášek z kanonického práva.⁴

² Dodejme, že vláda tímto nařízením zároveň realizovala zmocnění, aby rozhodla o působnosti nových ustanovení na studenty (a z nich zvláště na vojáky), kteří začali studovat podle starších předpisů.

³ K tomu zejména HENNER, K.: Několik slov ku pěstění církevního práva. In Sborník věd právních a státních. Praha (1901), s. 83–92.

⁴ K tomu i Dějiny univerzity v Brně. Brno (1969), s. 113.

Josef Vacek (* 1875 v Kolíně – † 1930 v Praze)⁵ se na fakultě lidsky i profesně profiloval jako solitér, nebo slovy Františka Weyra, jako „... v každém ohledu originál“. ⁶ Mezi profesory právnické fakulty nezapadal ani svým životním stylem, ani přístupem k právu. Otázkám manželského práva se věnující starý mládenec se asi stále cítil být více spojen s Prahou než s Brnem. Při pobytu v Brně si proto ani nenašel byt, bydlel přímo na fakultě a nijak se nezapojoval do společenského života. Jak konstatoval profesor R. Dominik, který k němu měl zřejmě ze všech kolegů nejbližší, „... tento způsob Vackova života dal vzniknouti mnohému podivínství v jeho povaze“. ⁷ Styk s okolím mu v Brně komplikoval nejen jeho životní styl, ale také brzy vážně zhoršený zdravotní stav. Při přístupu k právu po vzoru svého učitele Josefa Trakala a berlínského profesora Josefa Kohlera inklinoval k sociologickému vidění, ⁸ pro něž v dominantně normativistickém prostředí brněnské fakulty příliš porozumění nezískal. Již citovaný F. Weyr sice konstatoval, že „... nebyl to jistě člověk povahově zlý“, ale jinak pro něj nacházel jen odsudky. V praktickém životě jej vnímal jako „... přímo kolosálního nešiku“ a naznačoval i jeho pozitivní vztah k alkoholu. Vackovy vědecké práce podle něj „... působily po jeho smrti stejně dlouho jako kámen vržený do klidné vodní hladiny“ a on a profesor Bohumil Baxa se mu jeví jen jako „... jakási druhá garnitura“, postoupená do Brna pražskou fakultou, a „... přímí jurističtí antitalenti“. ⁹ Výtkám, že se vlastně nezabývá právem, ale spíše problémy společnosti, musel čelit nejen od normativistů. ¹⁰

Přes Weyrův příkrý odsudek Vackova díla je třeba říci, že vědecké krédo profesora Vacka zůstalo živé dodnes a může se k němu bez váhání připojit i současný právní historik. I když tak nečiním ani zdaleka poprvé, chci opět zopakovat jeho slova ze studie „Právní věda a studium sociálních poměrů“,

⁵ J. Vacek se v roce 1908 habilitoval na pražské právnické fakultě a v roce 1917 tam získal mimořádnou profesuru. Nelze také nepřipomenout, že předtím se, právě zásluhou Josefa Vacka, srovnávací pravověda ustavila jako nový obor na právnické fakultě v Praze.

⁶ WEYR, F.: Paměti 2. Za republiky (1918–1938). Brno (2001), s. 62.

⁷ Z nekrologu Rudolfa Dominika (DOMINIK, R.: *In memoriam* Josefa Vacka. In Vědecká ročenka PF MU IX. Brno (1930), s. 306.

⁸ Vackovu sociologickou orientaci názorně dokládá zejména studie „Právní věda a studium sociálních poměrů“ [Sborník věd právních a státních. Praha (1915), s. 149–176], z níž ještě budu citovat, ale samozřejmě i jeho níže uvedené práce o manželství.

⁹ Všechny citace v této a předchozích větách WEYR, F.: Paměti 2. Za republiky (1918–1938). Brno (2001), s. 61–64.

¹⁰ Tak Josef Tureček o něm napsal, že „... se zajímal více o sociologické problémy než juristické. I tam, kde se snaží býti juristou, podává více pozitivního pro sociologii, než pro právní vědu. ... V přednáškách, článcích i monografiích řeší zhusta otázky čistě sociologické“. [TUREČEK, J.: Vzpomínka. In Naše věda. Roč. 6 (1930), s. 141].

publikované již před více než sto lety. Podle něj „... práce pravodatná má znáti skutečné poměry sociální, které chce upravit, a názory, které lid chová ohledně úpravy poměrů, v nichž žije“. Při hodnocení právní úpravy „... ten, kdo nezná sociálních poměrů, na které svého času sociální pravidla dopadala, nemůže si nikterak činiti úsudek o tom, zda pravidla tato v době, v níž vznikla, skutečně se osvědčila, čili nic“, a „... bádání dogmatické není jediným druhem vědecké práce právnické“. Svým kolegům-normativistům přímo oponoval, když prezentoval přesvědčení, že „... právně-filosofické závěry lze činiti vždy jen na základě poznatků vytěžených ze skutečných zjevů sociálního života, jež zákonné texty mohou osvětliti pouze tomu, kdo se zajímá o podobu sociálního života v skutku a pravdě“, a že „... na stav právní vědy mají myšlenkové podněty, které modernímu zákonodárství dává jednak věda národohospodářská jednak filosofie sociologická, vliv dalekosáhlý a blahodárný“.¹¹

Vacek byl spíše komparatistou či právním historikem, nikoliv speciálním kanonistou.¹² Proto se ve výuce i v literární tvorbě zpočátku koncentroval především na otázku vztahu státu a církve. Brzy však svou pozornost soustředil také na institut manželství. Jeho výuka se postupně ustálila tak, že v letním (jarním) semestru přednášel vždy v rozsahu tří hodin „Církevní právo I.“ a „Římsko-katolické právo manželské“ a v rozsahu jedné hodiny „Prameny církevního práva“. V zimním (podzimním) semestru pak vypisoval tříhodinovou přednášku „Církevní právo I.“, jednodinové přednášky „O civilním procesu kanonickém“ a „O církevním právu trestním“ a dvouhodinový seminář „Z církevního práva“.¹³ Na formální stránku Vackovy výuky lze usuzovat jen z drobné poznámky jeho žáka Vladimíra Kubeše,¹⁴ který poukazyval na to, že Vackovy písemné projevy převyšovaly schopnost prezentovat se ústně.

¹¹ VACEK, J.: Právní věda a studium sociálních poměrů. In Sborník věd právních a státních. Praha (1915), s. 156, 163 a 165.

¹² Svou první větší práci, na základě níž se habilitoval, také věnoval historickoprávní problematice [VACEK, J.: Problem mobilární vindikace v západoevropském právu moderním a dějinný jeho vývoj. Sv. I. a II. Praha (1906 a 1908)].

¹³ Všechny informace o vyučovaných předmětech jsou čerpány z pravidelně vydávaného „Seznamu přednášek, které se budou konati na Masarykově univerzitě v Brně“, vydávaného nákladem Masarykovy univerzity v zásadě pro jednotlivé semestry výuky (v prvních dvou letech v rámci stejně pravidelně vydávaného „Seznamu osob a ústavů Masarykovy univerzity“).

¹⁴ V hodnocení Vackovy práce se Vladimír Kubeš zcela neshodl svým učitelem Františkem Weyrem, protože ji hodnotil v podstatě pozitivně, když oceňoval, že některé Vackovy postřehy zůstaly aktuální i po letech. Musím ovšem dodat, že Kubešovo hodnocení bylo napsáno za předlistopadového režimu. K tomu KUBEŠ, V.: Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu. I. Brno (1995), s. 233.

O problematice vývoje římskokatolické církve a jejího vztahu k státní moci profesor Vacek pojednal v práci „Právní názory církve římsko-katolické ve světle dějin“ z roku 1923.¹⁵ Mimo jiné proklamoval svůj postoj k úpravě právního postavení církve: byl proti odluce i konkordátu a jako optimální se mu jevil shovívavý státní dozor nad církvemi. Zmíněné historii (i současnosti) manželství se profesor Vacek věnoval hned v několika obsáhlejších pracích.¹⁶ V popularizační práci „Církev římsko-katolická a manželství“ (1920)¹⁷ využil výsledků své dřívější práce a soustředil se na problém nerozlučitelnosti manželství. Obsáhlé práci „Manželské právo dle názorů církve římsko-katolické u srovnání s hlavními názory moderních právních systémů“ (I. a II., 1922 a 1924)¹⁸ bohužel citelně chybí odkazy na prameny a literaturu, což zřejmě souvisí s tím, že měla sloužit také jako učebnice. Oblouk výkladů o manželském právu, klenutý už od pravěku, zakončil profesor Vacek výklady o dobovém stavu a úvahami *de lege ferenda* v tehdy aktuální popularizačně pojaté studii „Naše revoluce a manželství“ (1920).¹⁹ Postavil se v ní značně kriticky k manželské novele z roku 1919. Byl přesvědčen, že je plodem specifické „revoluční“ popřevratové atmosféry a neprospívá stabilizaci společenských poměrů. *De lege ferenda* se v zásadě zasazoval za nerozlučitelnost manželství, protože „... pouze tam, kde instituce manželství byla seřízena pravidly jasnými a přejíci stability manželského svazku, vyvinul se zdravý život rodinný“ (s. 102).

2 Třicátá léta: „náhradníci“, Rudolf Wierer, Vratislav Bušek

Profesor J. Vacek v roce 1930 podlehl těžkému a dlouhému onemocnění, které mu znepríjemnilo poslední roky života.²⁰ Jediným žákem, kráčejším

¹⁵ VACEK, J.: Právní názory církve římsko-katolické ve světle dějin. I. Brno (1923).

¹⁶ V první z nich [VACEK, J.: Pravěk a manželství na základě pramenů o dávnověku kulturních národů. I., II. Praha (1912 a 1913)] formuloval vlastní teorii o vývoji monogamního manželství z matrimoniátu.

¹⁷ VACEK, J.: Církev římsko-katolická a manželství. Praha (1920).

¹⁸ VACEK, J.: Manželské právo dle názorů církve římsko-katolické u srovnání s hlavními názory moderních právních systémů. I. a II. Brno (1922 a 1924).

¹⁹ VACEK, J.: Naše revoluce a manželství. Praha (1920).

²⁰ Archiv Masarykovy univerzity v Brně (dále A MU), fond A 1 RMU, osobní spis Josef Vacek. Jeho úmrtí právnické veřejnosti připomenulo již zmíněné ohlédnutí za jeho životem a prací z pera R. Dominika ve „Vědecké ročence PF MU“ a dále stať Josefa Turečka (Naše věda. Roč. 6 (1930), s. 140–141). Krátce jej vzpomenu i odstupující rektor MU profesor Bohuslav Hostinský ve své zprávě publikované v „Ročence Masarykovy univerzity v Brně“ [Brno, (1930)].

v jeho šlépějích a habilitujícím se v Brně v oboru kanonického práva, byl R. Wierer (* 1907 v Brně – † 1986 Santa Ana). Patřil k těm nadaným a ctižádostivým studentům brněnské fakulty, před nimiž se po absolvování otevřela cesta k rychlé akademické kariéře. Avšak v době, kdy jeho učitel zemřel, byl ještě příliš mladý. Právě v roce 1930 nastoupil jako asistent v knihovně pro historickoprávní seminář, kde už v závěru svého studia pracoval jako pomocná vědecká síla. Výuku církevního práva proto bylo třeba zajistit provizorním způsobem.

Těmi, kteří se chopili výuky církevního práva, byli právní historik F. Čáda, romanista J. Vážný²¹ a všestranný R. Dominik, jehož nominálním oborem bylo správní právo (zpočátku z důvodu naléhavé potřeby zajišťoval výuku římského práva, pak vyučoval také obchodní a směnečné právo a propagoval výuku nové disciplíny – dělnického práva). F. Čáda, který se stal i zástupcem ředitele Semináře církevního práva²² a pro nějž to nebyl poslední kontakt s výukou církevního práva, vypisoval předmět „Právní prameny církevní a církevní trestní právo“ a v zimních semestrech vedl také seminární cvičení. J. Vážný přednášel dvě hodiny „Poměr mezi církví a státem“ (a v zimě 1935/1936 vypsals též seminář). R. Dominik své kolegy doplňoval dvouhodinovou přednáškou „Organizace církve římsko-katolické a majetkové církevní právo“. Jako jediného z tří „náhradníků“ jej mezi těmi, kteří se vědecky věnovali církevnímu právu, uvedl Václav Vaněček ve svém kvalitním přehledu československé právní literatury, uveřejněném právě na začátku třicátých let v „Československé vlastivědě“.²³ R. Dominik si to zasloužil svou publikovanou habilitační přednáškou z Vysoké školy technické v Brně „Poměr mezi státem a náboženskými společnostmi a jeho budoucí úprava v Československé republice“²⁴ a (pro mne nedopátratelnou) prací „Právní postavení církevních úřadů podle československého práva správního“.²⁵

²¹ K jejich životním osudům srovnej například medailony autora této stati, publikované v práci SKŘEJPKOVÁ, P. (ed.): *Antologie československé právní vědy v meziválečném období (1918–1938)*. Praha (2009), s. 15–19.

²² Aniž bychom to příliš vysvětlovali, jen upozorňujeme, že slovo seminář neoznačovalo jen jednu z forem výuky, ale také základní složku v organizační struktuře fakulty (vedle seminářů se zřizovaly ještě ústavy). V čele semináře církevního práva původně stál J. Vacek. Po provizorním vedení F. Čádou se jej ujal nově ustanovený mimořádný profesor R. Wierer.

²³ VANĚČEK, V.: *Literatura právníká*. In *Československá vlastivěda X*. Praha (1931), s. 242.

²⁴ DOMINIK, R.: *Poměr mezi státem a náboženskými společnostmi a jeho budoucí úprava v Československé republice*. In *Časopis pro právní a státní vědu*. Brno (1919), s. 57–68.

²⁵ DOMINIK, R.: *Právní postavení církevních úřadů podle československého práva správního*. *Církevně-právní kolegium* (1923), s. 1n; citováno podle uvedené práce V. Vaněčka.

Vackovým nástupcem se však měl stát již zmíněný R. Wierer. Na své budoucí učitelské působení se cílevědomě připravoval. V akademickém roce 1930/1931 díky stipendiu francouzské vlády studoval církevní právo na právnické fakultě Ecole pratique des hautes études a na fakultě kanonického práva Institut catholique v Paříži. Jako hospitant a později řádný posluchač filozofické fakulty navštěvoval přednášky a semináře z historie a pomocných věd historických. Publikačně na sebe výrazně upozornil již za studentských let, z nichž pocházejí jeho studie o poměru Moravy k římsko-německé říši a o syllabu papeže Pia IX.²⁶ V první z nich R. Wierer nejdříve podal přehled názorů na postavení Moravy ve středověku a na počátku novověku a pak charakterizoval poměr Moravy k říši v jednotlivých vývojových fázích. Je tedy zřejmé, že se podobně jako jeho učitel pohyboval na pomezí církevního práva a právní historie, které ostatně od sebe ani důsledně oddělit nelze.

Venia docendi v oboru církevního práva R. Wiererovi udělil profesorský sbor brněnské fakulty v roce 1933. Podkladem pro jeho habilitaci se stala práce „Stát a církev“ z roku 1932,²⁷ za kterou v tomtéž roce získal Hennerovu cenu. Podal v ní soustavný obraz učení římskokatolické církve o poměru státu a církve. Kriticky posoudil jednotlivé názory a směry vykládající poměr státu a církve, ovšem hlavním předmětem jeho zájmu se staly encykliky *Quata cura* a *Syllabus errorum*, jejichž prostřednictvím chtěla církev zásadně odsoudit tzv. moderní bludy. Nový soukromý docent vypsals nejdříve v letním semestru akademického roku 1933/1934 jednogodinové přednášky „Sbírka Pseudoisidorova“ a „Zřízení beneficiální“, v následujícím semestru (a o rok později) pak „Systém československého práva konfesního“ a dvouhodinové „Repetitorium z práva církevního“. V dalším semestru studentům nabídl jednogodinové přednášky „Církevní právo trestní“, „Civilní proces kanonický“ a „Právo patronátní a církevní právo řeholní“.

Od letního semestru akademického roku 1935/1936 již na čerstvého mimořádného profesora přešla veškerá výuka (s výjimkou semináře vypsáného prof. F. Čádou v zimním semestru 1936/1937). Podkladem pro získání mimořádné profesury²⁸ se R. Wiererovi stala práce „Uznání a právní postavení náboženských společností podle zákona z 20. května 1874, č. 68

²⁶ WIERER, R.: Poměr Moravy k říši římsko-německé. Brno (1928), tuto studii později autor publikoval i v „Časopisu pro právní a státní vědu“ (1928); týž: „Syllabus papeže Pia IX“. Brno (1929).

²⁷ WIERER, R.: Stát a církev. Praha – Brno (1932).

²⁸ K tomu A MU, fond B 120 Rudolf Wierer. Materiály ke jmenování R. Wierera mimořádným profesorem.

ř. z.“²⁹ Jak napovídá název, je především dogmatickým výkladem zákona č. 68/1874 ř. z. a s ním souvisících ustanovení jiných předpisů. Při popisu přípravy zákona autor konstatoval, že se do jeho obsahu negativně promítly různé postoje vlády na jedné straně a poslanců říšské rady na straně druhé, avšak přesto se v praxi celkem osvědčil. Totéž konstatoval i o působení novelizovaného zákona v Československu. Při výkladu právní úpravy věnoval pozornost též ochraně náboženské svobody a podmínkám uznávání náboženských společností. Konstatoval při tom, že zákonodárce musí pojímat náboženskou svobodu především jako právo náboženských společností, protože pokud by ji chápal jako právo jednotlivce, nutně by musel dospět k odluce církve odstátu. Chápání náboženské svobody především jako práva náboženských společností pak umožňuje – v závislosti na uznávané ideologii – vytvořit různý režim vztahu státu a církve od široké autonomie až po velmi úzce vymezenou samosprávu.

Turbulentní konec třicátých let se promítl i do výuky církevního práva. R. Wierer se začal ochotně podřizovat politickým změnám a v rámci výuky církevního práva zavedl přednášku „Poměr mezi státem a církvemi v říši německé“ (a v rámci srovnávací pravovědy „Problém ochrany rasy“).³⁰

Na přelomu let 1938 a 1939 se výuky církevního práva dotkl také nedobrovolný odchod českých profesorů z bratislavské právnické fakulty. Ministerstvo školství a národní osvěty bez konzultací s profesorským sborem rozhodlo, že do Brna má spolu s dalšími třemi kolegy přejít uznávaný kanonista profesor V. Bušek (* 1897 v Košířích – † 1978 v New Yorku). Do výuky se zřejmě zapojil již na jaře 1939, avšak v „Seznamu přednášek“ najdeme až čtyřhodinovou přednášku „Dějiny práva církevního, část II.“ a seminář „Z církevního práva“, vypsané pro zimní semestr roku 1939/1940. V rozhodnutí, že právě on má přejít do Brna, možná sehrála jistou roli

²⁹ WIERER, R.: Uznání a právní postavení náboženských společností podle zákona z 20. května 1874, č. 68 ř. z. Praha – Brno (1935), 106 s.

³⁰ Za okupace se R. Wierer kompromitoval aktivní prací ve Veřejné osvětové službě a v Českém svazu pro spolupráci s Němci. Na konci války odešel s ustupujícími německými jednotkami, takže se na fakultu už nevrátil. V nepřítomnosti pak byl podle ustanovení velkého retribučního dekretu obviněn ze zločinu kolaborace. Na univerzitě se jeho záležitostí už v roce 1945 zabývala disciplinární komise a pak ještě v roce 1949 Akademický senát MU. Disciplinární komise začala řízení „... pro podezření z hrubého porušení úředních povinností a jednání hrubě porušujícího čest a vážnost stavovskou“, neboť je všeobecně známo, že „... za Protektorátu vyvíjel aktivní činnost pro spolupráci s Němci-nacisty“. Výsledkem bylo propuštění s účinností od 1. května 1945. Přesto se Rudolf Wierer brzy vrátil na dráhu vysokoškolského učitele, nejdříve v SRN a pak v USA. K tomu A MU, fond B 120 Rudolf Wierer, H III/279/489.

i skutečnost, že osoba profesora V. Buška se s Brnem propojila již při hledání nástupce po zemřelém J. Vackovi. Spolu s Josefem Turečkem a svým žákem z Bratislavy docentem Ludevitem Knappkem patřil k aspirantům, vybraným v roce 1936 do tzv. terna na uvolněné profesorské místo. Na nabídku však nereflaktoval a místo sebe doporučil nakonec vítězného R. Wierera.³¹

V. Buška tak do Brna nedobrovolně přiváby až po několika dalších letech politické větry. Ovšem jen na kratičkou dobu do zavření českých vysokých škol v roce 1939, protože po válce se již na fakultu reálně nevrátil.³² Jen připomínám, že v odborných kruzích se jako mladý bratislavský profesor etabloval zejména objevným zkoumáním problematiky církevního soudnictví.³³

3 Dobové úvahy *de lege ferenda*

O změně organizace i obsahu právnického studia se diskutovalo už v dobách habsburské monarchie.³⁴ Téma reformy právnického studia a v rámci ní

³¹ Konfliktního J. Turečka komise odmítla a proti L. Knappkovi hovořila příliš krátká doba jeho učitelské činnosti, i když R. Wierer na tom nebyl v tomto ohledu o moc lépe. K tomu A MU, fond B 120 Rudolf Wierer; Materiály ke jmenování R. Wierera mimořádným profesorem.

³² Profesor V. Bušek byl *homo politicus*, a tak se politika do jeho života „pletla“ téměř soustavně, zpočátku ovšem jinak než jeho kolegovi R. Wiererovi. V roce 1941 jej zatkl gestapo a zbytek války strávil v Mauthausenu. Po válce byl přidělen na fakultu do Prahy, kde jej profesorský sbor s odvoláním na porušení právních předpisů dlouho odmítal přijmout. Nakonec se s jeho příchodem smířil, ale jen proto, že „... vzal ohled na ... mimořádnou osobní situaci“, tedy jeho věznění nacisty. V té době se profesor Bušek výrazně angažoval v národně socialistické straně, proto hned v průběhu únorové krize jej na základě aktivity fakulturního akčního výboru zmocněnec Akčního výboru Národní fronty na ministerstvu školství a osvěty pro vysoké školy „... s okamžitou platností až do dalšího opatření“ zprostil funkce (a spolu s ním i profesory Karla Engliše, Ladislava Voštu, Jana Matějku a Jiřího Cvetlera a doc. Jana Novotného; k tomu A MU, fond A 22 Akční výbor PrF MU, č. 2). V. Bušek se následně rozhodl emigrovat a nakonec – život je plný paradoxů – zakotvil stejně jako z kolaborace s Němci obviněný R. Wierer ve Spojených státech. Ve vlasti jej mezitím Státní soud v nepřítomnosti odsoudil k trestu smrti. Rehabilitován byl až posmrtně v roce 1990. K tomu KINDL, V.: Život a dílo prof. JUDr. Vratislava Buška. Brno (1993).

³³ Zejména BUŠEK, V.: Církevní soudnictvím věcech civilních v říši římské v I.–V. století po Kristu. Bratislava (1925).

³⁴ Dodejme, že například už v polovině devadesátých let T. G. Masaryk kritizoval novou úpravu zavedenou uvedenými předpisy z roku 1893, která podle něj „... je nedostatečná a nestojí vlastně za nic“; [MASARYK, T. G.: Naše nynější krize. In Česká otázka. Naše nynější krize. Praha (1990), s. 341]. Kritikům se studium vesměs jevilo jako zastaralé, protože

i způsobu a rozsahu výuky církevního práva se pak životem našich předchůdců na právnických fakultách táhlo jako pověstná červená nit.

První z brněnských učitelů církevního práva J. Vacek své tíhnutí k právní historii nezapřel ani v úvahách o zaměření studia církevního práva. Nelpěl na tom, aby se na právnických fakultách důkladně vykládalo platné kodexové právo, ale důraz kladl na osvětlení vztahu státu a církví. Proto dokonce navrhoval zrušit samostatný obor vykládající církevní právo a chtěl jej nahradit výukou předmětu „Dějiny práva v západní Evropě“, který by se koncentroval na problematiku vztahu státu a církve a doplňoval tehdejší výuku středoevropských a československých právních dějin. Když i po vzniku republiky církevní právo ve studijním programu zůstalo, pojímal je jako historickoprávní propedeutickou disciplínu.³⁵

Permanentní, ale k žádnému reálnému výsledku nevedoucí prvorepublikovou diskusi o reformě právnického studia oživilo v roce 1935 ministerstvo školství a národní osvěty, při němž už deset let pracovala odborná komise pro reformu právnického studia na čele s profesorem Augustinem Miříčkou. Zainteresované veřejnosti poskytlo osnovu „... zákona, obsahujícího základní ustanovení o studiu a zkouškách právnických“ a na něj navazujícího vládního nařízení o podmínkách nabytí doktorátu práv.³⁶ V Brně se právě v té době chystalo vydání monotematického čísla fakultní Vědecké ročenky vyhrazeného tomuto tématu a osnova byla zveřejněna krátce po uzavěření příspěvků. Redakce se souhlasem profesorského sboru však autorům odevzdaných příspěvků umožnila, aby své příspěvky v reakci na ni ještě upravili nebo pozměnili, a někteří té možnosti využili.

Jedna z důležitých připravovaných změn se týkala právě církevního práva. Osnova s ním nepočítala jako se samostatně vyučovanou disciplínou, ale včleňovala je do výuky právních dějin. Podle jejího § 3 se měl v prvním studijním oddíle vyučovat vedle úvodu do věd právních a římského práva nepříliš logicky koncipovaný „... vývoj práva ve středověku a novověku, v tom podrobněji vývoj práva církevního a vývoj práva na území republiky

v duchu ustupující historickoprávní školy příliš akcentovalo výuku historickoprávních disciplín, vzhledem k převažujícím metodám výuky a celé organizaci studia také jako nedostatečně motivující a celkově neefektivní. Blíže k reformním úvahám VOJÁČEK, L.: Příprava reformy právnického studia v první ČSR a učitelé brněnské právnické fakulty. In *Notitiae ex Academiae Bratislavensi Iurisprudentiae*. Roč. 1 (2007), s. 28–49.

³⁵ K tomu DOMINIK, R.: In memoriam Josefa Vacka. In *Vědecká ročenka PF MU IX*. Brno (1930), s. 304.

³⁶ Jistě není bez významu, že MŠANO v té době vedl skvělý civilista a pražský profesor Jan Krčmář (ministr v letech 1934–1936 a už předtím v roce 1926 v úřednické vládě Jana Černého).

Československé“.³⁷ Zákodárce se tak vlastně vracel k představě, kterou již před vznikem republiky prezentoval J. Vacek.

Je zajímavé, že v brněnské ročence věnované reformě studia se postavení církevního práva dotkli dva profesori, kteří právě v inkriminované době církevní právo vyučovali, nikoliv však budoucí ordinář tohoto oboru R. Wierer. Ten na rozdíl od dalšího zainteresovaného, R. Dominika, do ročenky sice přispěl, ale svou pozornost koncentroval pouze na zavedení přijímací zkoušky.³⁸

Romanista J. Vážný v ročence konstatoval, že stanovisko osnovy k církevnímu právu zůstává nejasné. Ztotožnil se s myšlenkou, že by se mělo přednášet v souvislosti s dějinami práva ve střední Evropě. Požadoval však, aby profesor církevního práva souvisle přednášel i materii platného československého práva upravující náboženské a církevní poměry, dosud roztržštěnou ve výuce ústavního, správního a mezinárodního práva.³⁹ Právní historik F. Čáda kritizoval celkové pojetí nové disciplíny „Vývoj práva ve středověku a novověku, v tom podrobněji vývoj práva církevního a vývoj práva na území republiky Československé“. Ve vztahu k církevnímu právu upozorňoval, že by se v rámci výuky československých a středoevropských dějin jen posílily výklady o poměru státu a církve, ovšem podávat „... vývoj církevního práva“ jako takového by nebylo praktické. I on upozorňoval, že by zároveň bylo třeba upravit výuku platného práva, i soukromého.⁴⁰ Lze tedy říci, že oba v konkrétní realizaci reformy rozpoznávali problémy, které si tvůrci návrhu buď neuvědomovali, nebo je nepovažovali za natolik závažné, aby mohly negativně ovlivnit úroveň budoucích absolventů.

Fakultní „Vědecká ročenka“ ukázala typický rys velmi citlivých diskusí o reformách studia. Názory se v nich často diametrálně rozcházejí, protože málokdo dokáže potlačit přirozenou snahu preferovat svou disciplínu a vnímat celý kontext vysokoškolského studia pokud možno ve všech jeho vnitřních i vnějších souvislostech, nikoliv jen v podobě úzkostlivého lpění na tradici nebo naopak – nebezpečněji – v podobě rasantního naplňování z kontextu vytržených, momentálně aktuálních plakátových hesel převratnými koncepcemi.

³⁷ Text návrhu in Vědecká ročenka PF MU XIII. Brno (1934/1935), s. 3n.

³⁸ WIERER, R.: Otázka přijímací zkoušky na právnickou fakultu. In Vědecká ročenka PF MU XIII. Brno (1934/1935), s. 118n.

³⁹ VÁŽNÝ, J.: Reforma právnického studia. In Vědecká ročenka PF MU XIII. Brno (1934/1935), s. 47 a 48.

⁴⁰ ČÁDA, F.: Právnické studium. Několik poznámek o jeho reformě. In Vědecká ročenka PF MU XIII. Brno (1934/1935), s. 61.

Za doplnění ještě stojí návrh profesora Jaromíra Sedláčka⁴¹, který ovšem ve „Vědecké ročence“ pro léta 1934/1935 nepublikoval. Pochází až z konce listopadu 1936, zjevně reflektoval některé nápady z předcházející diskuse, byl velmi podrobný a jako celek zcela novátorský. Originalitu dokládá i začlenění církevního práva: mělo se vyučovat ve čtvrtém semestru v rámci výuky obecného práva, t.j. práva vzniklého v procesu recepce a tvořícího most od římského práva k právu současnému. I když osobně mám vážné pochybnosti, zda by Sedláčkův koncept fungoval podle autorovy představy, nelze mu upřít promyšlenost v duchu teze, že se má postupovat od jednoduššího ke složitějšímu.

Prvorepublikové reformní úvahy nezůstaly zcela bez praktické odezvy, i když jen na kratičkou dobu. Z některých z nich vycházela tzv. malá reforma právnického studia (vl. nař. č. 16, 31 a 66/1939 Sb. z. a n. II) a slovenská reforma provedená v letech 1940 a 1941 nařízením slovenské vlády, po válce modifikovanými nařízením Sboru pověřenců SNR. Zatímco druhorepublikové předpisy se po válce v duchu kontinuity s předmnichovským uspořádáním už neaplikovaly, slovenské, jak je z uvedeného zřejmé, ano.

4 Čtyřicátá léta: František Kop a zase „náhradníci“

Válečná léta brněnský prvorepublikový pedagogický sbor důkladně zdecimovala. Pro nás je důležité, že v rámci jeho rekonstrukce do Brna přišel (spolu s romanistou Jiřím Cvetlerem) a na místo mimořádného profesora byl v roce 1946 ustanoven kanonista František Kop, který se krátce předtím, v listopadu 1945, na brněnské fakultě habilitoval.

Bezprostředně po osvobození výuku ve třech hodinách týdně zajišťoval suplent dr. Miroslav Smejkal. Přes krátké působení ve výuce stihl pro posluchače v podobě skript vydat své přednášky.⁴² V roce 1947 publikoval práci „Právo církevní a právo kanonické“⁴³ a pokusil se na základě ní habilitovat. Jeho řádně započaté habilitační řízení však zůstalo nedokončeno, přestože poúnorový prakticky všemocný fakultní akční výbor odvolal své původně zamítavé stanovisko k ní.⁴⁴

⁴¹ Je součástí fondu A MU, fond B 28 Bohumil Kučera, kart. 17.

⁴² SMEJKAL, M.: Přednášky o právu církevním. Část I. 1946. Dostupné také z: <https://digi.law.muni.cz/handle/digilaw/10788>; Idem: Přednášky o právu církevním. Část II. 1946. Dostupné také z: <https://digi.law.muni.cz/handle/digilaw/10792>.

⁴³ SMEJKAL, M.: Právo církevní a právo kanonické. Brno (1947).

⁴⁴ K tomu A MU, fond A 22 Akční výbor PrF MU.

F. Kop (* 1906 v Praze – † 1979 v Rožnově pod Radhoštěm),⁴⁵ publikoval už svou práci ze semináře profesora Kamila Henera „O vývoji a závaznosti dekretu *Tametsi*. Ukázka ze studia vývoje práva manželského“.⁴⁶ Problematice dějin církevního práva se věnoval i po promoci, kdy se přihlásil ke studiu historie, a v následujících letech. Především začal pracovat na rozsáhlém projektu „Vývoj metropolitní pravomoci v církvi západní“, jehož první dva díly vydal v době války.⁴⁷ Na základě prvního dílu („Obyčejový a zákonný podklad ústavy metropolitní. Začátky její závislosti na moci papežské“) se brzy po osvobození habilitoval. Nevyhýbal se ovšem i aktuální problematice, konkrétně provádění *Modus vivendi*⁴⁸ a po válce zakotvení poměru církvi a státu v ústavě.⁴⁹

Soukromý docent F. Kop poté, co profesorský sbor schválil jeho žádost z 22. února 1946, vstoupil v zimním semestru 1946/1947 do služebního poměru na univerzitě, když se stal jedním z asistentů ředitele F. Čády v seminární knihovně. Po jmenování profesorem (k 1. listopadu 1946) se postavil do čela ústavu pro církevní právo, který navázal na prvorepublikový seminář. Úkolem semináře bylo sledovat veškeré veřejné dění důležité pro obor církevního práva, konat bibliografické práce a sestavovat podkladový materiál pro provádění *Modus vivendi*.

Profesor Kop církevní právo pro právníky definoval jako nauku, zabývající se pravidly jakéhokoliv původu, upravujícími právní poměry jednotlivých církví. V souladu se studijními předpisy vyučoval v letním semestru „Církevní právo I.“ (tři hodiny týdně) a v zimním semestru ve stejném rozsahu „Církevní právo II.“ Výuku v letním semestru roku 1946/1947 doplnil dvouhodinovými „Prameny církevního práva“ a v následujícím zimním semestru též dvouhodinovým „Poměrem mezi státem a církví“. V obou semestrech vypisoval také seminář.

⁴⁵ Následující životopisné informace jsou čerpány především z Kopova *Curriculum vitae* s přehledem vědecké činnosti, které sepsal 4. prosince 1947, zřejmě v souvislosti s návrhem na své jmenování řádným profesorem z 2. prosince 1947, a z jeho dalších osobních materiálů z archivu Masarykovy univerzity (A MU, fond A 1 RMU, osobní spis František Kop). K jeho osobě viz též SCHELLE, K.: Život a dílo prof. JUDr. Františka Kopa. Brno (1993).

⁴⁶ KOP, F.: O vývoji a závaznosti dekretu *Tametsi*. Ukázka ze studia vývoje práva manželského. In Všehrd (1929), s. 56–60, 96–99 a 120–134.

⁴⁷ KOP, F.: Vývoj metropolitní pravomoci v církvi západní. Příspěvek k dějinám monarchistického zřízení církevního. Praha (1941 a 1944).

⁴⁸ Zejména práce KOP, F.: *Modus vivendi*. Nynější stav jeho provedení. K vydání papežské buly *Ad ecclesiastici regiminis incrementum* z 2. září 1937 o zevní delimitaci československých diecézí. Praha (1937), která vyšla i v německé verzi.

⁴⁹ KOP, F.: O jasnou formulaci poměru církvi ke státu v chystané ústavě Československé republiky. In Vědecká ročenka Právnické fakulty MU XV. Brno (1947), s. 74n.

Z dvou možností, které nabízely studijní předpisy, tedy podobně jako jeho předchůdci upřednostňoval před koncentrací výuky do jednoho semestru výuku ve dvou semestrech (přednášky pro sebe nazval „Základy práva církevního“ a „Dějinný vývoj a právo platné“). Přestože považoval za vhodné oddělení historie církevního práva a výkladů o platném právu, v organizaci výuky nakonec po jistém váhání zvolil vzhledem k rozsahu výuky metodu opačnou, tedy spojení obojího: výklad jednotlivých institutů platného práva opatřený přiměřeným historickým úvodem. Zároveň se chtěl soustředit především na to, co je významné pro československého právníka.⁵⁰

Sotva stabilizovanou situaci na fakultě opět narušily zásadní politické změny z roku 1948. Ještě v posledních únorových dnech navrhl (už v pořadí druhý) fakultní Akční výbor několik zásadních personálních opatření v učitelském sboru, které pak provedl Ústřední akční výbor brněnských vysokých škol. Mezi profesory, kteří „... se až na další zdrží výkonu svého úřadu“, se ocitl i F. Kop,⁵¹ i když podle F. Weyra „... se staral pouze o svůj nominální vědecký obor (církevní právo) a vedle toho také trochu o hudbu“.⁵² V březnu 1948 byl dán na „... dovolenou s čekatelným“ s tím, že jeho služební poměr bude rozváznán po nastoupení do nového působiště, nejpozději však 30. června 1949. K tomuto dni pak také jeho služební poměr mimořádného profesora skutečně zanikl. František Kop se ovšem s opatřením akčního výboru nesmířil a již 18. března 1948 proti němu podal – bez žádoucího výsledku – rozklad. Žádal v něm navrácení profesorského titulu nebo *in eventum* převedení do jiného sektoru vysokoškolské správy nebo k Zemské a univerzitní knihovně, případně k zemskému archivu, „... kde bych mohl uplatnit své znalosti“.⁵³

V osobní složce F. Kopa v Archivu MU je uloženo poněkud záhadné sdělení děkana Jaroslava Pošváře z března 1949, zřejmě vyžádané v souvislosti s blížícím se datem skončení Kopova služebního poměru na univerzitě, v němž sděluje ministerstvu, že jmenovaný nemá zaměstnání a pracuje na nějakém „... veřejně důležitém díle“. Lze celkem důvodně spekulovat, že oním „... veřejně důležitým dílem“ mohla být práce na

⁵⁰ *Curriculum vitae* a program přednášek, vypracované F. Kopem při zahájení jeho učitelského působení v Brně; A MU, fond A 1 RMU, osobní spis František Kop.

⁵¹ K tomu blíže SCHELLE, K./VOJÁČEK, L.: Persekuce studentů a učitelů na brněnské právnické fakultě po únoru 1948. In *Časopis pro právní vědu a praxi*. Roč. 4 (2009), s. 301–306.

⁵² WEYR, F.: Paměti 3. Za okupace a po ní (1939–1951). Brno (2004), s. 127.

⁵³ A MU, fond A 1 RMU, osobní spis František Kop.

překladu Kodexu kanonického práva,⁵⁴ Vatikánem oficiálně povoleném 22. ledna 1948.⁵⁵ Text připravený F. Kopem a jeho spolupracovníky byl sice k publikaci určen až v šedesátých letech, ale v úvodu k němu ThDr. Jaroslav Michal konstatoval, že jde o „... publikaci řadu let již přichystaného překladu“.⁵⁶

F. Kop prožil konec svého života v Rožnově p. R. a od roku 1963 usiloval o rehabilitaci.⁵⁷ Na obnovenou fakultu se nevrátil, ale po politickém uvolnění v roce 1968 proslavil několik přednášek na filosofické fakultě brněnské univerzity (tehdy UJEP).⁵⁸

Po nuceném odchodu F. Kopa z fakulty se muselo ve výuce znovu improvizovat. Podobně jako po smrti J. Vacka jí byl pověřen triumvirát učitelů. Kontinuitu s první trojicí zajišťoval F. Čáda, který se ujal výuky dvouhodinového „Církevního práva I“, na nějž „Církevním právem II“ a „Církevním právem III“ navazovali mimořádní profesori H. Bulín a J. Cvetler.

Ještě je třeba doplnit, že i po válce se uvažovalo o reformě právnického studia. K dlouhodobě pociťované potřebě reformy přistoupily další faktory, které ji umocňovaly: odlišnost právní úpravy v českých zemích a na Slovensku a změněná politická situace. To byly hlavní impulsy obnovení diskusí, provedení dílčích změn (vl. nař. č. 14/1947 Sb.) a v roce 1947 také ustavení odborné komise pro reformu studia v čele s V. Buškem.⁵⁹ Zřejmě pro jednání této komise byl určen nedatovaný referát jejího předsedy, v němž se dotkl i postavení církevního práva. Zcela zřetelně odmítl snahu včlenit výuku církevního práva do rámce stredoevropských právních dějin, v nichž viděl především pokračování výuky dřívějšího práva německého, a kritizoval i tendenci některých vyučujících církevního práva „... položit důraz u této disciplíny na její pozitivistické, státně konfesní zaměření“. V tom se však s většinou svých kolegů neshodoval. Zřejmě převažující názor v tomtéž roce veřejnosti prezentoval ve své jen lehce načrtnuté představě o organizaci právnického studia brněnský profesor správního práva (a později z přinucení

⁵⁴ Překlad Kodexu kanonického práva. Pracovní text komise pro překlad Kodexu při CMB fakultě v Praze, pobočce v Olomouci; (kopie strojopisu; osobní archiv autora).

⁵⁵ PCI Řím 22. 1. 1948, č. prot. 8/47.

⁵⁶ Překlad Kodexu kanonického práva. Pracovní text komise pro překlad Kodexu při CMB fakultě v Praze, pobočce v Olomouci; (kopie strojopisu; osobní archiv autora).

⁵⁷ Dopis zasláný Bohumilu Kučerovi, A MU, fond B 28 Bohumil Kučera, kart. 17, i. č. 118.

⁵⁸ SCHELLE, K.: Život a dílo prof. JUDr. Františka Kopa. Brno (1993), s. 5.

⁵⁹ Brno v ní zastupovali profesori F. Čáda, B. Kučera a V. Kubeš, vedle profesorů z jiných fakult v ní zasedali i praktici, ministerští úředníci či zástupci Ústřední rady odborů. Poprvé se sešla 10. května 1947. (A MU, fond B 28 Bohumil Kučera, kart. 17).

okolnostmi i velmi zdatný právní historik) Jaroslav Pošvář. Podle něj by se mělo učit v rámci „... práva evropského, které by se přednášelo se zvláštním zřetelem k právům slovanským“ v dvousemestrovém prvním (přípravném) oddílu studia.⁶⁰

Profesor J. Pošvář publikoval svou práci v roce 1947. Není třeba zvlášť zdůrazňovat, že od února roku 1948 nabraly reformní úvahy jasný směr, který se už nesměle klubal v předchozích letech: směr k převzetí sovětského vzoru a k jednotné úpravě vysokoškolského studia. V nové koncepci církevní právo nemělo nárok na samostatnou existenci, ale přesto se z výuky prozatím nemělo zcela vytrátit. Podle „Seznamu přednášek“ na studijní rok 1949/1950 se v letním semestru („běhu“) druhého ročníku vyučovalo, jak se to objevovalo již v dřívějších návrzích, v rámci výuky právních dějin, respektive předmětu „Dějiny státu a práva (feudální právo, církevní právo)“, pro který bylo vyhrazeno pět hodin přednášek a hodina cvičení.

Závěr

Mé ohlédnutí za výukou církevního práva na Právnické fakultě MU končí. Letní semestr roku 1949/1950 byl totiž pro brněnskou fakultu na dlouhou dobu posledním. Zanikla na základě vládního nařízení z 27. června 1950 č. 81/1950 Sb., o některých změnách v organizaci vysokých škol. Pro naprostou většinu těch, kteří přečkali poúnorové zemětřesení, tedy i pro H. Bulína, J. Cvetlera a F. Čádu, to i přes opačné sliby znamenalo konec nebo alespoň dlouhé přerušení akademické dráhy.

⁶⁰ Hovorna. Reforma právnického studia (Prof. Dr. Jaroslav POŠVÁŘ). In Časopis pro právní a státní vědu. Brno (1947), s. 88–89.

Stála delegácia advokátskych komôr československých so sídlom v Prahe a zástoj slovenskej advokácie¹

Martina Gajdošová

Úvod – 1 Advokácia na Slovensku po vzniku Československa – 2 Na Slovensku sa prišlo k podstatnej organizačnej zmene advokácie – 3 Stála delegácia advokátskych komôr československých so sídlom v Prahe – 4 Personálne obsadenie Stálej delegácie zo Slovenska – 5 Úvahy o založení Stálej delegácie advokátskych komôr na Slovensku – 6 Problém jednotného československého advokátskeho poriadku – 7 Personálne obsadenie Stálej delegácie advokátskych komôr československých so sídlom v Prahe zo Slovenska od 30-tych rokov – 8 Aktivity Stálej delegácie advokátskych komôr československých so sídlom v Prahe – 9 Personálne zastúpenie Stálej delegácie advokátskych komôr československých so sídlom v Prahe za Slovensko a jej činnosť po vojne – Záver – Spomienka na profesora Petra Blaha

Úvod

Tento príspevok sa venuje Stálej delegácii advokátskych komôr československých so sídlom v Prahe a najmä jej slovenskému zastúpeniu. Stála delegácia bola celorepublikový koordinačný orgán advokátskych komôr v Československu, ktorý vznikol v roku 1923 a svoje zastúpenie v ňom mali advokátske komory so sídlom v Prahe, Brne a v Turčianskom Sv. Martine. Neskôr sa pridala aj opavská a bratislavská komora. Tento orgán pracoval najmä pri príprave právnych predpisov, ktoré sa týkali advokátskeho stavu a presadzoval tak záujmy advokácie voči štátu. Stála delegácia pracovala do roku 1939 a potom po vojne, od konca roku 1945 až do zániku advokátskych komôr v Československu (1948).

¹ Príspevok je výstupom z projektu VEGA 1/0172/17 s názvom „Združenia ako prvok demokracie a prejav slobody združovania vo verejnoprávných vzťahoch a súkromnoprávných vzťahoch“.

1 Advokácia na Slovensku po vzniku Československa

Po vzniku Československa advokácia na Slovensku vyše dvoch rokov fungovala v zásade v pôvodnom režime svojej organizácie. Tak, ako boli v roku 1875 v Uhorsku vytvorené samosprávne regionálne advokátske komory, a z nich štyri sa svojím územným obvodom nachádzali na dnešnom území Slovenska, tak koncom roka 1918 sa tieto advokátske komory so sídlom v Bratislave, Banskej Bystrici, Prešove a Košiciach stali advokátskymi komorami operujúcimi v Československu. Výkon advokátskeho povolania zostal naďalej slobodný a štát ponechal samosprávu stavovským organizáciám, teda aj advokátskym komorám. V medzivojnovom období na Slovensku po vzniku Československa advokácia fungovala naďalej podľa uhorského advokátskeho poriadku². Výkonu advokácie sa dotkli bezprostredné opatrenia, z roku 1919 – prisaha advokátov Československej republiky, podmienka československého štátneho občianstva pre výkon povolania a podmienka právnického vzdelania po roku 1918 z územia Československa. Na Slovensku sa zaviedli nové miesta advokátskych skúšok, pretože v uhorskom období to boli Budapešť a Marosvásárhely. Upravili sa územné obvody advokátskych komôr na Slovensku tak, aby sa zohľadnilo vytýčenie hraníc s Maďarskom (Slovenska sa dotýkali územné obvody uhorských advokátskych komôr so sídlom v Rábe, Balašských Ďarmotách, Miškovci a v Marmarošskej Sihoti).

V Československej republike sa počítalo s tým, že pôsobnosť rakúskeho advokátskeho poriadku a uhorského advokátskeho poriadku je dočasná, pretože čoskoro sa prijme spoločný československý advokátsky poriadok. Napriek systematickému úsiliu v celom nasledujúcom období, práce na ňom neboli úspešne zavŕšené. Prvý spoločný československý advokátsky poriadok bol uzákonený až v roku 1948 a bol to predpis polo-poštátneného režimu advokácie.

2 Na Slovensku sa prikróčilo k podstatnej organizačnej zmene advokácie

Pre novovzniknutú Československú republiku bolo dôležité, aby sa na Slovensku zmenila organizácia advokácie. Bolo potrebné vybudovať novú štruktúru v zastrešení advokácie na Slovensku. Zmeny zaviedol zákon č. 167/1920 Sb. o dočasnej úprave činnosti advokátskych a notárskych komôr na Slovensku. Ukončila sa činnosť bývalých uhorských advokátskych komôr

² Zák. čl. XXXIV z roku 1874 o advokácii (advokátsky poriadok).

so sídlom v Bratislave, Banskej Bystrici, Prešove a v Košiciach, a tým aj činnosť pôvodných volených 17-členných správnych výborov týchto advokátskych komôr. Zlúčili sa obvody štyroch bývalých advokátskych komôr do jedného pokrývajúceho celé Slovensko. Vytvoril sa jeden nový 17-členný správny výbor, ale už nie na základe voľby advokátmi, keďže ho vymenoval minister spravodlivosti po dohode s ministrom unifikácie. Títo ministri určili sídlo novej zlúčenej komory – Turčiansky Sv. Martin. Napokon vymenovaný správny výbor v sebe kumuloval pôsobnosť valného zhromaždenia komory a v nasledujúcom období sa už valné zhromaždenia advokátov nezvolávali. Obdobne sa napokon dotklo aj verejnonotárskej komory so sídlom v Bratislave.

Vymenovaním zo strany vlády sa vytvorilo personálne zloženie na vrcholných pozíciách advokácie v duchu priaznivom k novovytvorenému štátu.³ Najpodstatnejším faktorom pre toto riešenie bolo národnostné zloženie v advokácii na Slovensku. V advokátskom povolani na Slovensku pôsobilo totiž iba približne 80 až 90 Slovákov, čo bolo menej ako desatina z celkového počtu. Prišlo sa k dočasnému opatreniu – k obmedzeniu autonómie advokácie, a to iba na Slovensku. Táto dočasnosť však pretrvala v celom medzivojnovom období, aj počas Slovenskej republiky, dokonca aj po vojne, a to až do roku 1948.

Ostatná časť republiky takýmto opatrením do samosprávy advokácie zasiahnutá nebola.

Na Slovensku od roku 1921 pôsobila zlúčená advokátska komora pre Slovensko so sídlom v Turčianskom Sv. Martine. V disciplinárnej oblasti

³ Národnostný dôvod síce nebol uvádzaný oficiálne, no je vyslovený v internej komunikácii medzi ministerstvom spravodlivosti v Prahe a organizáciou súdnictva na Slovensku v Bratislave. Svedčí o tom napríklad poznámka pri komplikovanom vytváraní správneho výboru verejnonotárskej komory na Slovensku, ktorý sa riešil spolu s vytváraním výboru advokátskej komory. Správny výbor verejnonotárskej komory bol v roku 1920 postupne vytváraný bývalými advokátmi. „Dr. Slavík byl navržen do správního výboru notářských komor, jenž dle zákona ze dne 16. března 1920, č. 167 sb. z. má být utvořen (ale v tom čase Dr. Slavík rezignoval na úrad notára, teda nemohol byť členom výboru verejnonotárskej komory, poznámka M. G.) Rovnež navržen byl do tohto výboru nově jmenovaný ministr Dr. Martin Mičura, který svým jmenováním úřadu notářského pozbyl (§ 33b/ not. ř.). (Martin Mičura sa vtedy stal ministrom s plnou mocou pre správu Slovenska, poznámka M. G.) Dr. Slavík a Dr. Mičura byli s Drem Bargarom v Prievidzi jedinými veřejnými notáři, kteří byli skutečnými Slováky. K ostatním, třeba se někteří z nich nyní k slovenskému svému původu hlásili, neměla vláda důvěry – jinak by nebyla prosadila zákon ze dne 16. března 1920, č. 167 sb. z.“ In List Dr. Hausmanna (Organizácia súdnictva na Slovensku) ministerstvu spravodlivosti v Prahe, 18. 9. 1920, č. 8292/20 org. In Národní archiv Praha, fond Ministerstvo spravedlnosti, spis Adv. 1, Prozatímní úprava činnosti advok. a notářských komor na Slovensku.

sa jej pôsobnosť vzťahovala aj na advokátov a koncipientov zapísaných na Podkarpatskej Rusi, kde komora zriadená nebola a zoznamy advokátov a koncipientov viedol predseda Krajského súdu v Užhorode.

V roku 1936 štát podľahol tlaku v advokácii a vytvoril pre Slovensko druhú advokátsku komoru so sídlom v Bratislave, pričom martinskú komoru zmenšil (menovanie oboch výborov už zostalo zachované, rovnako aj obmedzenie zvolávania valných zhromaždení advokátov). Od konca roku 1944 pre Slovensko pôsobila len jedna advokátska komora, a to Advokátska komora Bratislava.

3 Stála delegácia advokátskych komôr československých so sídlom v Prahe

Advokátske komory sa na pôde Československa rozhodli vytvoriť si spoločný orgán na koordináciu spoločného stavovského postupu v štáte. Vytvorenie Stálej delegácie advokátskych komôr československých so sídlom v Prahe bolo výsledkom porady zástupcov československých advokátov konanej v októbri 1923. Cieľom Stálej delegácie bolo uplatňovanie a obhajovanie spoločných stavovských záujmov, a to najmä pri prijímaní nových právnych predpisov.

Myšlienka Stálej delegácie má svoj pôvod v historických zemiach v predvojnovom období. Na základe rakúskeho advokátskeho poriadku mala byť Stála delegácia vytvorená ako spoločný orgán advokátskych komôr a v roku 1911 to obsahoval návrh rokovacieho poriadku.⁴

Stála delegácia nebol orgán vytvorený legislatívne, ale dohodou advokátskych komôr v Československu. Získala si silný faktický vplyv a bola súčasťou agendy všetkých advokátskych komôr v Československu. Dôležitou súčasťou prác Stálej delegácie bola príprava jednotného československého advokátskeho poriadku, ale aj ďalšie ťaživé témy advokátov, penzijné poistenie, činnosť pokútnikov, zdanenie advokátov, výkon práva chudoby a iné.

Stála delegácia mala byť zakomponovaná do jednotného československého advokátskeho poriadku a jej postavenie malo centralizačný charakter.

⁴ Vyjadrenie Aloisa Stompfého, predsedu Advokátskej komory v Prahe, a teda aj predsedu Stálej delegácie na schôdzi 3. 3. 1927 na Ministerstve spravodlivosti, ktorá bola zvolaná k téme obnovenia autonómie advokátskych komôr na Slovensku a Podkarpatskej Rusi, kde výslovne požadoval uzákonenie Stálej delegácie. MS č. 10339/27; z 4. 3. 1927. Umiestnenie: Praha: Národní archiv, fond Ministerstvo spravedlnosti, spis Adv. 1, Obnova autonómie advok. komor na Slovensku a P. R.

Uvažovalo sa, že Stála delegácia bude organizačnou súčasťou advokácie ako druhostupňový orgán v administratívnych veciach všetkých advokátskych komôr. Nemala však disponovať kompetenciami v disciplinárnych veciach. Tretím stupňom malo byť ministerstvo spravodlivosti a o opravnom prostriedku by rozhodoval Najvyšší správny súd. V disciplinárnych veciach mala byť vytvorená disciplinárna rada druhej stolice, ktorej rozhodnutie malo byť konečné.⁵ Keďže nedošlo k prijatiu advokátskeho poriadku, nedošlo ani k právnemu zakotveniu Stálej delegácie v organizácii advokácie.

Stálu delegáciu podľa stanov pri jej založení tvorili prezidenti (predsedovia) a viceprezidenti (podpredsedovia) advokátskych komôr v Československu a pätnásť ďalších volených členov, z nich deväť z pražskej komory, dvaja z brnianskej a štyria z martinskej komory. Predsedom Stálej delegácie bol vždy predseda pražskej komory. Predsedovia ostatných komôr boli viceprezidentmi Stálej delegácie.

Stála delegácia fungovala z príspevkov jednotlivých advokátskych komôr.⁶

4 Personálne obsadenie Stálej delegácie zo Slovenska

Slovenská advokácia bola zakomponovaná do formovania tohto celorepublikového orgánu od počiatku, teda od roku 1923, prostredníctvom zlúčenej Advokátskej komory pre Slovensko so sídlom v Turčianskom Sv. Martine. Od roku 1936, keď bola na Slovensku vytvorená Advokátska komora v Bratislave, aj ona mala svoje zastúpenie v Stálej delegácii.

Slovenská advokácia si vytvorila svoje zastúpenie v Stálej delegácii už koncom roka 1923. Advokátov zvolil správny výbor Advokátskej komory

⁵ Z vyjadrenie Aloisa Stompfeho, predsedu Advokátskej komory v Prahe, a teda aj predsedu Stálej delegácie na schôdzi 3. 3. 1927 na Ministerstve spravodlivosti. MS č. 10339/27; z 4. 3. 1927. Umiestnenie: Praha: Národní archiv, fond Ministerstvo spravedlnosti, spis Adv. 1, Obnova autonomie advok. komor na Slovensku a P. R.

⁶ Napríklad príspevok Advokátskej komory Turč. Sv. Martin na Stálu delegáciu bol rozpočtovaný na roky 1930, 1932, 1933, 1934, 1935, 1936 po 5000 Kčs. Zároveň, nevedno, z akých dôvodov, príspevok na Stálu delegáciu 5000 Kčs nebol použitý v roku 1934, ani v roku 1935; Spis Ministerstva spravodlivosti č. 62752/34-11, 1. 12. 1924, List Advokátskej komory Turč. Sv. Martin č. 122/1934/I z 1. 12. 1934, Správa za roky 1930 – 1933; záverečné účty preskúmali Dr. Ernest Klein, Dr. Moric Messinger, Dr. Juľo Milch, martinskí advokáti; Zpráva správneho výboru advokátskej komory pre Slovensko v Turčianskom Sv. Martine za rok 1934. Turčiansky Sv. Martin: Kníhtlačiarsky účastinársky spolok, 1935; Zpráva Správneho výboru Advokátskej komory pre Slovensko v Turčianskom Sv. Martine z roku 1935. Turčiansky Sv. Martin: Kníhtlačiarsky úč. spolok, 1936; Umiestnenie: Bratislava: Slovenský národný archív, fond MPs, krab. 228.

v Turčianskom Sv. Martine 26. novembra 1923.⁷ Zástupcov do Stálej delegácie si zvolil jednak z členov správneho výboru, ale aj z advokátov z celého Slovenska. Zastúpenie tu tak mali, približne na polovicu, funkcionári ministrom menovaného výboru komory a aj ďalší advokáti. Komora potom zvolila štyroch riadnych členov a štyroch náhradníkov. K nim sa automaticky prirátal predseda martinskej komory, ktorý bol *ex offico* podpredsedom (viceprezidentom) Stálej delegácie.

Z funkcionárov správneho výboru martinskej komory boli za zástupcov do Stálej delegácie zvolení dvaja riadni členovia, Bohuslav Klimo (Hrádok, námestník komorového žalobcu) a Miloš Vančo (Turč. Sv. Martin, tajomník komory) a jeden náhradný člen Stálej delegácie, Dušan Halaša (Turč. Sv. Martin, komorový žalobca). Predseda martinskej komory Ján Vanovič bol podľa stanov podpredsedom Stálej delegácie.

Do tohto republikového orgánu však bol za riadneho člena zvolený aj významný bratislavský advokát, Emil Stodola (1862–1945). Ten mal mimoriadnu úctu v prostredí právnikov i advokátov. Stál pri zrode vydavateľstva *Transcius* a bol zakladateľom právnického časopisu v slovenčine, *Právneho obzoru*, ktorý vydával od roku 1917 v Budapešti a aj ho sám financoval. V roku 1920 bol spoluzakladateľom významného spolku právnikov, *Právnickej jednoty na Slovensku* a stal sa jeho prvým podpredsedom.⁸ Neskôr sa stal predsedom *Sväzu advokátov na Slovensku*, najväčšieho spolku advokátov. Emil Stodola pôsobil aj v diplomacii, po vzniku Československej republiky ako *charge d'affaires* v Budapešti.⁹

⁷ Zpráva správneho výboru Advokátskej komory pre Slovensko v Turčianskom Sv. Martine z rokov 1921 – 1925. Turčiansky Sv. Martin: Kníhtlačiarsky učastinársky spolok, 1926, s. 10.

⁸ Právnická jednota svojimi aktivitami citeľne zasiahla v prospech budovania nového štátu. Funkcionári spolku sa stali popredné osobnosti práva v československom rozmere. Predsedom bol Vladimír Fajnor, bývalý advokát, vtedy predseda súdnej tabule v Bratislave, neskôr minister unifikácie, prezident Najvyššieho súdu ČSR a minister spravodlivosti. Druhým podpredsedom spolku bol Otto Eisenstein. Členom výboru Právnickej jednoty bol Ivan Dérer, bývalý advokát a v tom čase minister s plnou mocou pre správu Slovenska, neskôr minister unifikácie, minister školstva a národnej osvety, minister spravodlivosti. Ďalší členovia výboru boli Milan Ivanka, významný bratislavský advokát a člen odvolacieho disciplinárneho senátu pre advokátov pri najvyššom súde v Brne zvolený výborom martinskej komory, Jaroslav Vojtíšek, Jiří Štolla, ppl. justičnej služby Rudolf Böhnel a Cyril Bařinka. Právnická jednota prevzala vydávanie časopisu *Právny obzor*. Tento spolok splnil veľké úlohy pri budovaní slovenského právneho názvoslovía a plnil aj vedecké úlohy. Podrobnejšie pozri OVEČKOVÁ, O. a kol.: 100 rokov časopisu *Právny obzor*. Bratislava (2017), s. 47n.

⁹ Pozri podrobnejšie VOZÁR, J: *Významní slovenskí právnici z Liptova*. Bratislava (2016), s. 11n.

Ďalším riadnym členom Stálej delegácie z advokátov – nečlenov správneho výboru – bol zvolený košický advokát Hugo Tänzer, ktorý bol výborom komory zvolený aj za člena advokátskej skúšobnej komisie v Košiciach.

Za náhradného člena Stálej delegácie bol zvolený Karol Tandlich, advokát z Banskej Bystrice. Bol skúsený komorový funkcionár ešte z uhorského obdobia, ktorý od roku 1914 plnil úlohu komorového žalobcu bývalej Advokátskej komory Banská Bystrica. Skúsenosti tiež „zdedil“, pretože bol synom bývalého dlhoročného funkcionára banskobystrickej komory Emanuela Tandlicha, ktorý bol funkcionárom takmer 30 rokov, z toho v rokoch 1894 až 1913 komorovým žalobcom. Náhradnými členmi Stálej delegácie boli tiež advokát z Levoče, Koloman Hritz a advokát z Trenčína, Marek Gažík.

Prvé zasadnutie Stálej delegácie sa uskutočnilo v apríli 1924 a za martinskú komoru sa ho zúčastnil Ján Vanovič, predseda Advokátskej komory v Turčianskom Sv. Martine¹⁰.

5 Úvahy o založení Stálej delegácie advokátskych komôr na Slovensku

Obmedzená autonómia advokátskej komory na Slovensku spôsobila veľký tlak na jej znovu obnovenie. Tento tlak vyvinula zanikajúca Advokátska komora v Bratislave v roku 1921, mnohí advokáti osobne, poslanci národného zhromaždenia, ale aj advokátske spolky na Slovensku, najmä Sväz advokátov na Slovensku (neskôr aj Sdruženie advokátov Slovákov), dokonca aj martinská advokátska komora samotná. Ministerstvo spravodlivosti v Prahe v tejto agende malo kontinuálnu prácu – neustále odolávať, rokovať a vysvetľovať potrebu obmedzenia autonómie, či dávať prísľuby na skoré vyriešenie situácie¹¹. Pre zložitosť problému však nebolo možné nájsť spoločné a všetkým vyhovujúce riešenie.

Snaha o samostatné riešenie situácie na Slovensku je doložená ambicióznym plánom vytvoriť tri samosprávne advokátske komory – so sídlom v Bratislave, v Košiciach a Turčianskom Sv. Martine a zároveň plánom vytvoriť ich spoločný orgán – Stálu delegáciu advokátskych komôr na Slovensku, ktorý by mal partnerské postavenie voči Stálej delegácii so sídlom v Prahe. Takéto dve Stále delegácie by spoločne vystupovali voči štátu a zastupovali by záujmy advokácie.

¹⁰ KOBER, J.: Advokacie v českých zemích v létech 1848–1994. Praha (1994), s. 95.

¹¹ Pozri napríklad GAJDOŠOVÁ, M./KERECMAN, P./ĎURIŠKA, Z./KUŠNÍR, J./HELLENBART, V.: Advokátske komory na Slovensku v rokoch 1875–1948. Bratislava (2018), s. 341n.

Úvahy o založení Stálej delegácie advokátskych komôr na Slovensku sú známe z roku 1926. Svedčí o tom materiál, ktorý pripravil Sväz advokátov na Slovensku spolu s martinskou advokátskou komorou. Materiál sa stručne nazýval „Memorandum“ a jeho celý názov znel „Návrh na obnovenie samosprávy advokátskej komory“.¹² Materiál bol doručený Predsedníctvu Poslaneckej snemovne Národného zhromaždenia, Ministerstvu spravodlivosti v Prahe aj Stálej delegácii advokátskych komôr československých so sídlom v Prahe. Bola to veľmi podrobne napísaná analýza právneho vývoja organizácie advokácie v Uhorsku a aj po vzniku Československa na Slovensku. Materiál obsahoval návrhy vyriešenia stavu na Slovensku, predovšetkým navrátenie autonómie a vytvorenie novej organizácie advokácie na Slovensku.

Autor memoranda, Jozef Zlocha¹³ (1881–1939), patril k popredným osobnostiam slovenskej advokácie. Jeho dlhoročné osobné vzťahy s ďalšími významnými osobnosťami advokácie prezrádzajú už údaje o koncipientskej praxi. Bol koncipientom u Jána Vanoviča v Turčianskom Sv. Martine, u Vladimíra Fajnora vo Zvolene, bol spoločníkom v advokátskej kancelárii Matúša Dulu v Turčianskom Sv. Martine a od roku 1910 tu vykonával samostatnú advokátsku prax. Jozef Zlocha bol vymenovaný za člena správneho výboru martinskej advokátskej komory a pracoval v ňom v rokoch 1923¹⁴ až 1929. V roku 1924 bol pri zakladaní Sväzu advokátov na Slovensku a stal sa jeho prvým predsedom. Ako člen ministrom menovaného orgánu komory si uvedomoval veľkú dôležitosť spoločného postupu advokátov pri inštitucionálnom oklieštení, a preto využil priestor dobrovoľného slobodného združovania. Vytvoril sa tak spolok advokátov, ktorí boli zapísaní na území

¹² V texte sa uvádza: „Keďže v Čechách, na Morave a v Sliezske nebola samospráva advokátskych komôr zastavená, Sväz advokátov na Slovensku navrhol: obnoviť samosprávu komory v medziach advokátskeho poriadku z roku 1874, vytvoríť tri advokátske komory so sídlami Bratislava, Turč. Sv. Martin a Košice, napokon, aby aj advokátske komory na Slovensku utvorili spoločné zastupovanie slovenských komôr – takáto stála delegácia by bola povolaná spoločne so stálou delegáciou historických zemí zastupovať všeobecné záujmy advokátskeho zboru“. Z požiadaviek Sväzu advokátov na Slovensku v memorande s nadpisom „Návrh na obnovenie samosprávy advokátskej komory“; podpísaný predseda Sväzu advokátov na Slovensku Dr. Jozef Zlocha, advokát v Turč. Sv. Martine, 21. 5. 1926; MS k č. 11486/28. Umiestnenie: Praha: Národní archiv, fond Ministerstvo spravodlivosti, spis Adv. 1, Obnova autonomie advok. komor na Slovensku a P. R.

¹³ Pozri napríklad GAJDOŠOVÁ, M./KEREČMAN, P./ĎURIŠKA, Z./KUŠNÍR, J./HELLENBART, V.: Advokátske komory na Slovensku v rokoch 1875–1948. Bratislava (2018), s. 605.

¹⁴ Ročenka Republiky Československé. Ročník II. Praha, 1923, s. 216. V priebehu roku 1923 bol Karol Štúr k 4. 1. 1923 vymazaný zo zoznamu advokátov, pretože sa stal verejným notárom, na jeho miesto riadneho člena správneho výboru komory bol vymenovaný Jozef Zlocha (Turč. Sv. Martin).

Slovenska v advokátskej komore a ktorý získal v nasledujúcom období veľmi silnú pozíciu v živote advokácie.¹⁵ Spolupráca advokátskeho stavu združeného v dobrovoľnom spolku s výborom martinskej komory však dosvedčuje dôležitú skutočnosť. Napriek tomu, že výbor komory bol menovaný ministrom spravodlivosti, nezastával výlučne provládne stanovisko, ale v otázke podstaty advokátskeho stavu sa priklonil k zásade plnej stavovskej samosprávy. Problematickým však bolo, ako zabezpečiť, aby slovenskí advokáti neboli pri navrátení autonómie vylúčení z funkcií vo výbore a tým aj zo správy komory, pretože slovenských advokátov bola stále výrazná menšina.¹⁶

¹⁵ Podľa stanov cieľom združenia bolo, „... s vylúčením každej politiky a) hájiť všetky záujmy stavu advokátskeho na Slovensku, a to jak hmotné tak mravné, b) spolupôsobiť pri vývine súkromného a verejného práva, vplyvať na platné právo, a to tak na judikatúru ako aj na zákonodarstvo, c) udržovať priateľský a kolegiálny pomer a styk medzi advokátmi. Tohto cieľa dosiahne sa prednáškami, právovedeckými prácami, vydávaním odborného časopisu, debatami, návrhmi a sťažnosťami na ktorúkoľvek vrchnosť, súd alebo zákonodarný zbor, spoluúčinkovaním s podobnými organizáciami na území Československej republiky, konečne sjazdy a zábavami“. Členské zápisné bolo 100 korún, čo bolo približne ako ročné členské aj v komore (ročné členské sa určovalo na valnej hromade spolku). Stanovy obsahovali klauzulu, že ak by bol zväz rozpustený vrchnostensky, majetok pripadne advokátskej komore na Slovensku. Sídлом zväzu bola Bratislava, pričom sa mohli vytvárať odbočky v sídle súdnych sedrií a v rámci nich skupiny v sídle okresných súdov. „Tieto stanovy beriem v známosť, v Bratislave, 23. 10. 1924 minister s plnou mocou pre správu Slovenska“, č. 54195, adm. V., č. 71908/924, č. 898/66, Stanovy boli prijaté na ustanovujúcom valnom zhromaždení v Trenčianskych Tepliciach 29. 6. 1924; predseda sriaďujúceho valného zhromaždenia Dr. Jozef Zlocha, uhodnovernovatelia 2 podpisy, zapisovatelia 2 podpisy. In Slovenský národný archív, fond: MPS, krab. 66.

¹⁶ „Dnes je na Slovensku 1035 advokátov. Po prevrate bolo z 1000 advokátov len asi 50 Slovákov. K 1. 3. 1927 je z 1035 podľa dobrovoľného hlásenia jednotlivých národností: 176 Slovákov, 14 Čechov, 12 Českoslovákov, 1 Rus, 23 Nemcov, 246 Maďarov, 563 Židov. Títo sa potom hlásia k národnosti: 168 slovenskej, 7 československej, 154 maďarskej, 22 nemeckej, 212 inej. Podľa toho, kde bola zložená skúška: Banská Bystrica 17, Turčiansky Sv. Martin 6, Bratislava 89, Košice 41, Praha 7, Brno 2 = 217. Podľa toho, kde bol získaný doktorát: Brno 1, Praha 7, Bratislava 79. *Cum grano salis* je Slovákov 176 (v skutočnosti nie viac ako 100). Po prevrate bola absolútna rezistencia. Dnes je slovenčina len trpená v advokátskych kanceláriách. Advokáti nevedia slovensky. (...) Konnex výboru s advokátmi tu bol: bývalý predseda zväzu Dr. Zlocha je členom výboru. Členovia zväzu z Bratislavy sú prísediacimi disciplinárneho senátu najvyššieho súdu. Tajomník zväzu bol členom výboru. Keby bola úplne obnovená autonómia, mohlo by sa stať, že by slovenskí advokáti boli úplne vylúčení z administratívy tejto inštitúcie. Podkarpatská Rus je „... tak rozhádzaná (i rečovo)“, že nie je možné, aby tam bola osobitná advokátska komora“. Vyjadrenie predsedu martinskej komory Jána Vanoviča na porade na ministerstve spravodlivosti v Prahe 3. 3. 1927, MS č. 10339/27; z 4. 3. 1927. Umístění: Praha: Národní archiv, fond Ministerstvo spravedlnosti, spis Adv. 1, Obnova autonomie advok. komor na Slovensku a P. R.

Samostatná Stála delegácia advokátskych komôr na Slovensku napokon nevznikla.

6 Problém jednotného československého advokátskeho poriadku

Otázka navrátenia autonómie v advokácii na Slovensku úzko súvisela s prípravou jednotného československého advokátskeho poriadku. Ten bol pripravený už v roku 1925.¹⁷ S advokátskym poriadkom súvisela aj otázka rokovacieho poriadku, teda interného predpisu každej advokátskej komory (v ktorom sa napríklad riešili aj pravidlá obsadzovania národností vo výbore komory). Jednou z možností bolo vypracovanie jednotného československého advokátskeho poriadku ako zákona a jednotného československého rokovacieho poriadku ako internej normy spoločnej pre všetky komory.

Iná bola situácia v Čechách a na Morave, kde zastúpenie národností vo výboroch komôr nebolo problematickým vďaka dlhodobo ustáleným pravidlám (parita českých a nemeckých advokátov vo funkciách v pražskej a národnostné katastrofe v moravskej komore).¹⁸ Nové spoločné československé riešenia sa preto nejavili vhodnými najmä zo strany historických zemí.

Schýľovalo sa k rokovaniu so všetkými zainteresovanými stranami, ktoré malo mať zásadný význam.

V tomto období bol Sväz advokátov na Slovensku veľkým združením advokátov a pre svoju početnosť cítil mimoriadnu zodpovednosť za advokátsky stav. Združoval približne 700 advokátov, čo bola podstatná väčšina členov Advokátskej komory v Turčianskom Sv. Martine (vtedy asi tisíc advokátov). Voči ministerstvu spravodlivosti postupoval po dohode so správnym výborom martinskej komory, no usiloval sa aj samostatne presadiť svoj vplyv. Angažoval sa za obnovenie samosprávy advokátskych komôr na Slovensku.

¹⁷ Návrh advokátskeho poriadku, poznámka M. G. „... zůstal ležeti u pana ministra a konečně v lednu 1926 nařídil jej nepodávati ,pro poměry na Slovensku po rozmluvě s Drem Kloudou (neskorší predseda Advokátskej komory v Prahe, poznámka M. G.) za advokátní komoru“. Přes to jsem navrhl hned po advokátním sjezdu loňského roku sub č. 29548 jednání o tom, za jakých podmínek bylo by možno autonomii advokátních komor obnoviti“. Koncept v spise ministerstva spravodlivosti č. 23346/26; 16. 6. 1926. Umiestnenie: Praha: Národní archiv, fond Ministerstvo spravedlnosti, spis Adv. 1, Obnova autonomie advok. komor na Slovensku a P. R.

¹⁸ BALÍK, S.: Formování české právnické obce v letech 1861–1914 (Advokátní komory, právnické spolky a časopisy): disertační práce. Brno (2016).

V marci 1927 sa v Prahe na pôde ministerstva spravodlivosti uskutočnila porada o podmienkach pre obnovu autonómie advokátskych komôr na Slovensku a Podkarpatskej Rusi. Na schôdzi boli prítomní, okrem zástupcov ministerstva spravodlivosti, predseda Stálej delegácie a predseda pražskej komory, predseda advokátskej komory v Brne, Opave, Turčianskom Sv. Martine a aj predseda Sväzu advokátov na Slovensku, v tom čase Emil Stodola.¹⁹ Minister spravodlivosti mal k obnoveniu autonómie v advokácii na Slovensku aj stanoviská od predsedov súdnych tabulí na Slovensku, v Bratislave a v Košiciach a od ministerstva s plnou mocou pre správu Slovenska.

Podstatou problému bolo národnostné zloženie v advokácii na Slovensku a obava z prevahy neslovenskej advokácie, preto sa s navrátením autonómie „neponáhľalo“. Mohlo to totiž zasiahnuť aj do moravského riešenia.²⁰

Závermi schôdze na ministerstve spravodlivosti bolo, že Sväz advokátov na Slovensku po dohode so Správnym výborom Advokátskej komory Turčiansky Sv. Martin vypracuje návrh rokovacieho poriadku, ktorý by zohľadnil všetky zamýšľané ciele (postupne prinavrátiť autonómiu a dať záruky voči neslovenskej prevaha). Návrh mali predložiť Stálej delegácii a tá ministerstvu spravodlivosti. Potom sa mala predložiť ministerskej rade a národnému zhromaždeniu osnova zákona, ktorým by sa zrušil zákon č. 167/1920 Sb. z. a n. o obmedzení autonómie advokátskych komôr. A až potom sa malo prikrčiť k rokovaniu o spoločnom československom advokátskom poriadku.

¹⁹ Na schôdzi 3. 3. 1927 boli prítomní zástupcovia Ministerstva spravodlivosti, odb. prednosta Hartmann, tabulárny sudca Křepinský, predseda Stálej delegácie advokátskych komôr v Prahe Dr. Stompfe, predseda advokátskej komory Brno Dr. Rosenberg, miestopredseda Dr. Čapek, predseda advokátskej komory v Opave, predseda Správneho výboru Advokátskej komory Turč. Sv. Martin Dr. Vanovič a tajomník Dr. Vančo, predseda Sväzu advokátov Dr. Stodola (s viacčlennou deputáciou i odbočiek z Bratislavy a Košíc a Podkarpatskej Rusi), Dr. Šebesta z Prahy. MS č. 10339/27; z 4. 3. 1927. Umiestnenie: Praha: Národní archiv, fond Ministerstvo spravodlivosti, spis Adv. 1, Obnova autonómie advok. komor na Slovensku a P. R.

²⁰ Dr. Čapek z brnianskej komory uviedol, že „... faktum je, že predprevaratových Slovákov advokátov je asi 50, poprevratových tiež 50 na 280 tisíc Slovákov, teda celá advokácia je tam maďarská“. Z toho vyplýva, že dôvody, ktoré viedli k zrušeniu autonómie, trvajú a ministerstvo by urobilo chybu, keby zrušilo obmedzenie. Ak by sa prikrčilo k zmene, odporúčal ako riešenie voľbu podľa katastrov, ale zloženie má zodpovedať zloženiu obyvateľstva. Zároveň však potom upozorňuje na možné žiadosti z Moravy, kde bola dosiaľ parita, hoci Nemcov bola len asi pätina obyvateľstva. Rokovací poriadok by mal byť vypracovaný tak, aby zaisťoval ochranu. MS č. 10339/27; z 4. 3. 1927. Umiestnenie: Praha: Národní archiv, fond Ministerstvo spravodlivosti, spis Adv. 1, Obnova autonómie advok. komor na Slovensku a P. R.

Téma jednotného advokátskeho poriadku bola medzi inými predmetom rokovania Stálej delegácie v roku 1928. V dňoch 6. a 7. apríla 1928 sa zasadnutie Stálej delegácie advokátskych komôr československých uskutočnilo v Bratislave. Na zasadnutí, aj za účasti Sväzu advokátov na Slovensku, sa rokovalo o zárukách, ktoré by mali mať slovenskí advokáti v advokátskej komore. Vzhľadom na to, že samotné obnovenie autonómie by nezaručovalo, aby slovenských advokátov zo samosprávy nevytlačili neslovenskí advokáti, rokovalo sa o možných garanciách. Uznesením sa schválilo, že posty predsedu a námestníka advokátskej komory, „návladného“ a predsedu disciplinárnej rady budú obsadené Slovákmi. V tom zmysle sa mal pripraviť legislatívny návrh.²¹

Predmetom rokování Stálej delegácie bol tiež rokovací poriadok, čiže vnútorný predpis martinskej advokátskej komory. Advokátske komory z čias uhorských svoje vlastné rokovacie poriadky mali, prirodzene v súlade s uhorským advokátskym poriadkom (zákon o advokácii z roku 1874). Každá komora si v ňom podrobnejšie upravovala svoje osobitné podmienky. Po vzniku zlúčenej martinskej komory táto svoj vlastný rokovací poriadok nemala a ani v ďalšom období nebol prijatý.

Nie je možné z dosiaľ objavených dokumentov zistiť osud rokovacieho poriadku Advokátskej komory Turčiansky Sv. Martin, jestvujú však o ňom isté správy z roku 1934. Rokovací poriadok Advokátskej komory Turč. Sv. Martin bol vypracovaný a predložený ministerstvu spravodlivosti. Ministerstvo ho správneho výboru vrátilo na doplnenie 8. 1. 1930, pod č. 48369 a od tej doby znovu ministerstvu predložený nebol. K tomu dal Miloš Vančo vysvetlenie, že rokovací poriadok mala vypracovať Advokátska komora v Brne. Na poradách Stálej delegácie advokátskych komôr republiky Československej, ktorej sa zúčastňovali aj členovia výboru martinskej komory, bolo dohodnuté, že Stála delegácia vypracuje advokátsky poriadok pre celú republiku, čiže spoločný zákon o advokácii. Zároveň tiež bolo dohodnuté, že vypracuje spoločný rokovací poriadok, teda vnútorný predpis komory, pričom zástupcovia martinskej komory poskytli svoje pripomienky Stálej delegácii.²²

²¹ Koncept odpovede ministerstva spravodlivosti k návrhu zákona, tlač 627, 2. 6. 1928, č. 22183/28; koncept odpovede ministerstva spravodlivosti na žiadosť ministerstva vnútra o stanovisko k danému návrhu zákona senátora Dr. Törkölyho, 21. 6. 1928, č. 24702/28. Umiestnenie: Praha: Národní archiv, fond Ministerstvo spravedlnosti, spis Adv. 1, Obnova autonomie advok. komor na Slovensku a P. R.

²² Správa Ministerstva spravodlivosti v Prahe adresovaná Prezídium Vrchného súdu v Bratislave z 13. 9. 1934, č. 47.812/34-11; Umiestnenie: Bratislava: Slovenský národný archív, fond Hlavný súd Bratislava, krab. 169. Spis Prezídia Vrchného súdu v Bratislave č. Prez. 11496/12b/34.

Práce na jednotnom československom advokátskom poriadku stále prebiehali, vždy s novou energiou a s novými spôsobmi riešenia, napríklad so zakomponovaním verejného penzijného poistenia advokátov, so sankcionovaním pokútnictva, alebo samostatne. Definitívnu podobu však nenadobudol.

7 Personálne obsadenie Stálej delegácie advokátskych komôr československých so sídlom v Prahe zo Slovenska od 30-tych rokov

Do roku 1936 zastúpenie za Slovensko zasielala Advokátska komora Turčiansky Sv. Martin. Od októbra 1936, keď bola vytvorená aj Advokátska komora Bratislava, zastúpenie do Stálej delegácie za Slovensko už zasielali dve komory.

Z ďalšieho slovenského zastúpenia v Stálej delegácii za martinskú komoru možno uviesť, že v zásade fungovalo bez väčších zmien. Až od roku 1934 bol zoznam viac doplnený aj advokátmi z Bratislavy.

V rokoch 1930 až 1933 to boli: Ján Vanovič, ako predseda martinskej komory, riadni členovia: Bohuslav Klimo, Emil Stodola, Hugo Tänzer, Miloš Vančo, náhradní členovia: Jozef Hranec (bývalý náhradný člen výboru, neskôr riadny člen výboru komory), Karol Tandlich, Dušan Halaša a Koloman Hrizt.²³

Členovia Stálej delegácie za martinskú advokátsku komoru od roku 1934 boli: Ján Vanovič ako predseda komory, riadni členovia: Bohuslav Klimo, Emil Stodola, Hugo Tänzer, Miloš Laučík (Liptovský Mikuláš, od roku 1922 člen martinského výboru, člen skúšobnej komisie pre advokátske skúšky v komisii v Košiciach). Náhradníkom sa stal Vojtech Vičánek, advokát z Bratislavy, člen správneho výboru martinskej komory, vymenovaný na uprázdnené miesto po Emilovi Zlochovi v roku 1930, člen advokátskych skúšok v komisii v Bratislave, generálny tajomník Sväzu advokátov na Slovensku v roku 1935, neskôr od roku 1936 komorový žalobca bratislavskej komory. Náhradníkom bol tiež Emil Fábry, advokát zo Zvolena, náhradný člen výboru martinskej komory, od roku 1936 náhradný člen výboru bratislavskej komory. Ďalším náhradníkom sa stal Pavel Šimkovic, advokát z Bratislavy, v rokoch 1930 až 1936 za martinskú komoru člen odvolacieho disciplinárneho súdu pre advokátov pri Najvyššom súde v Brne a člen skúšobnej komisie pre

²³ Spis Ministerstva spravodlivosti č. 62752/34-11, 1. 12. 1924, List Advokátskej komory v Turč. Sv. Martine č. 122/1934/I z 1. 12. 1934; Umiestnenie: Bratislava: Slovenský národný archív, fond MPs, krab. 228.

advokátske skúšky aj pre sudcovské skúšky v komisii v Bratislave. Pavel Šimkovic bol od roku 1936 vymenovaný za námestníka komorového žalobcu bratislavskej komory a výborom zvolený za člena skúšobnej komisie pre advokátske a sudcovské skúšky. V roku 1938 istý čas pôsobil ako náhradný člen výboru, od novembra 1938 bol vymenovaný za predsedu bratislavskej komory. Posledným náhradníkom v Stálej delegácii za Slovensko bol Béla Forberger, advokát zo Spišskej Novej Vsi, od 1933 náhradný člen martinského výboru, od októbra 1936 riadny člen výboru.²⁴

V roku 1935 mala martinská komora na čele Jána Izáka, ktorý bol do roku 1936 poverený ministrom súčasne troma najvyššími funkciami komory – predsedu, tajomníka a pokladníka. Preto aj v tomto období reprezentoval komoru v Stálej delegácii. Členovia Stálej delegácie advokátskych komôr za Slovensko v roku 1935 boli: predseda Ján Izák, riadni členovia: Bohuslav Klimo, Emil Stodola, Hugo Tänzler, Miloš Laučík, nahradní členovia: Vojtech Vičánek, Emil Fábry, Pavel Šimkovic a Béla Forberger.²⁵

Členovia Stálej delegácie advokátskych komôr za advokátsku komoru v roku 1936 (do októbra 1936) boli: predseda Ján Izák, riadni členovia: Bohuslav Klimo, Vojtech Vičánek, Hugo Tänzler, Miloš Laučík, nahradní členovia: Vojtech Vičánek, Emil Fábry, Pavel Šimkovic, Béla Forberger.²⁶ Koncom roka 1936 bol novovymenovaným predsedom martinskej komory Miloš Laučík.

Vo výbore martinskej komory sa postupne uvoľňovali miesta, okrem iného aj v dôsledku Viedenskej arbitráže, preto neobsadené ostali aj pozície zástupcov do Stálej delegácie. Členmi Stálej delegácie advokátskych komôr v Prahe za martinskú komoru v roku 1938 boli Miloš Laučík, predseda komory a riadny člen Ján Izák.

Zastúpenie v Stálej delegácii advokátskych komôr československých so sídlom v Prahe od roku 1936 už mala aj Advokátska komora v Bratislave. Správny výbor novoustanovenej bratislavskej komory 18. októbra 1936 zaslal Stálej delegácii do Prahy zoznam svojich delegátov: Vladimír Trslín ako predseda, Vojtech Vičánek a Julio Palovič ako riadni členovia a ako

²⁴ Umiestnenie: Bratislava: Slovenský národný archív, fond MPs, krab. 228. Zpráva správneho výboru advokátskej komory pre Slovensko v Turčianskom Sv. Martine za rok 1934. Turčiansky Sv. Martin: Kníhtlačiarsky účastinársky spolok, 1935. Č. 14/1935/I.

²⁵ Zpráva správneho výboru advokátskej komory pre Slovensko v Turčianskom Sv. Martine za rok 1935. Turčiansky Sv. Martin (1936).

²⁶ Meno V. Vičánka je uvedené dvojmo; Správa Advokátskej komory Turč. Sv. Martin za rok 1936, č. 38/1937/I, z 20.2.1937. Umiestnenie: Bratislava: Slovenský národný archív, fond MPs, krab. 228.

náhradníci Ľudovít Baracs a Karol Szegő, všetko advokáti z Bratislavy.²⁷ Vladimír Trslín bol predsedom Sväzu advokátov na Slovensku, predsedom bratislavskej komory od októbra 1936 do novembra 1938 a potom znova po oslobodení v roku 1945. Predtým, v rokoch 1932 až 1933, ho správny výbor martinskej komory zvolil za člena disciplinárneho súdu pri najvyššom súde. Vojtech Vičánek bol generálnym tajomníkom Sväzu advokátov na Slovensku, komorovým žalobcom bratislavskej komory (aj po novembri 1938), pôvodne bol od roku 1930 do októbra 1936 členom výboru martinskej komory. V rokoch 1932 až 1933 ho správny výbor martinskej komory zvolil za člena disciplinárneho súdu pri najvyššom súde. Julo Palovič bol tajomníkom bratislavskej komory a po oslobodení v 1945 podpredsedom bratislavskej komory. Náhradníci neboli síce funkcionári bratislavského výboru, ale Karol Szegő už zastával významné posty. Od roku 1921 do októbra 1936 pôsobil ako člen výboru martinskej komory. V rokoch 1932 až 1933 ho správny výbor martinskej komory zvolil za člena disciplinárneho súdu pri najvyššom súde, pôsobil tiež aj ako člen advokátskych a sudcovských skúšok pri komisii v Bratislave pre sudcovské skúšky. Za Advokátsku komoru Bratislava bol zvolený za člena advokátskych a sudcovských skúšok pri vrchnom súde v Bratislave.

V roku 1937 ako členovia Stálej delegácie za Advokátsku komoru Bratislava pôsobili: predseda: Vladimír Trslín, námestník predsedu: Móric Katona, riadni členovia: Július Palovič, Vojtech Vičánek, náhradní členovia: Ľudovít Baracs, Karol Szegő. Móric Katona, advokát z Dunajskej Stredy, pôsobil od roku 1929 do októbra 1936 ako člen výboru martinskej komory a od októbra 1936 do novembra 1938 ako člen výboru bratislavskej komory a zároveň ako námestník predsedu. Bol bývalým univerzitným profesorom, neskôr advokátom.²⁸ V rokoch 1932 až 1933 ho správny výbor martinskej komory zvolil za člena disciplinárneho súdu pri najvyššom súde.

V dôsledku štátoprávnych zmien od konca roku 1938 a v roku 1939 nastali zmeny na poli spolupráce advokátskych komôr v Stálej delegácii.

Vzhľadom na to, že v novembri 1938 sa udiali podstatné zmeny v správnom výbore bratislavskej komory, nový výbor delegoval do Stálej

²⁷ List Advokátskej komory Bratislava z 18. 10. 1936 Stálej delegácii advokátskych komôr v Prahe, č. 2/1936/I., tajomník Dr. Palovič, predseda Dr. Trslín. List Dr. Izáka ako odpoveď Dr. Šimkovicovi z 20. 1. 1936. Umiestnenie: Bratislava: Slovenský národný archív, fond Advokátske komory, krab. 1.

²⁸ Zpráva Správneho výboru advokátskej komory v Bratislave z rokov 1936–1937. Trnava (1938). Podľa nar. vl. č. 273/1919 Sb. z. a n.

delegácie novozvolených členov.²⁹ Zástupcami za bratislavskú komoru do Stálej delegácie od novembra 1938 boli: Pavol Šimkovic, predseda, Edmund Rosíval, námestník predsedu, Ivan Urbánek a Vojtech Vičánek, ako riadni členovia a Dušan Úradníček a Štefan Klenko ako náhradní členovia.

Edmund Rosíval sa od novembra 1938 stal členom výboru a námestníkom predsedu bratislavskej komory. Ivan Urbánek bol od novembra 1938 tajomníkom bratislavskej komory. Dušan Úradníček pôsobil v bratislavskej komore v rokoch 1936 a 1937 ako člen skúšobnej komisie pre sudcovské skúšky.

8 Aktivity Stálej delegácie advokátskych komôr československých so sídlom v Prahe

Na pôde Stálej delegácie sa konali jednotlivé porady, niekedy aj štyri do roka, najčastejšie v Prahe, ale aj v Brne a Bratislave. Témy rokovaní sa sústredili na legislatívnu činnosť štátu ovplyvňujúcu život advokáta, predovšetkým prípravu zákona o pokútnictve, prípravu advokátskeho poriadku, prípravu zákona o stíhaní pokútnictva vo veciach právnych, prípravu starobného a penzijného poistenia advokátov, odmeny advokátov, ale aj zmenu štatútu stálej delegácie vzhľadom na novo vytvorenú Advokátsku komoru v Bratislave a voľbu delegátov do Medzinárodného zväzu advokátov so sídlom v Bruseli.³⁰ Stála delegácia sa venovala aj téme zdaňovania advokáta, reklame advokáta³¹, právnym poradiam a právnym poradcom uverejňovaným v denníkoch a iných

²⁹ List Advokátskej komory v Bratislave č. 61/1938/I/4 z 14. 11. 1938, adresovaný Stálej delegácii advokátskych komôr republiky československej v Prahe; Dr. Pavla Šimkovica, predsedu, Dr. Edmunda Rosívala, námestníka predsedu, Dr. Ivana Urbánka a Dr. Vojtecha Vičánka, ako riadnych členov a Dr. Dušana Úradníčka a Dr. Štefana Klenku ako náhradných členov. Umiestnenie: Bratislava: Slovenský národný archív, fond Advokátske komory.

³⁰ Pozvánka na zasadnutie Stálej delegácie advokátskych komôr v Prahe z 15. 2. 1937, prezident Dr. Klouda. Advokátska komora v Bratislave na poradu do Prahy na 26. 2. 1937 vyslala Dr. Trslína ako predsedu, Dr. Júliusa Paloviča a Dr. Vojtecha Vičánka ako riadnych členov. Umiestnenie: Bratislava: Slovenský národný archív, fond Advokátske komory, krab. 1.

³¹ Protokol zo zasadnutia Stálej komisie advokátskych komôr republiky československej, konanej v Prahe 25. 6. 1937, zapísal Dr. Hendrich. Zúčastnili sa jej aj prezident Moravskej advokátskej komory v Brne, Dr. František Pauk a zástupca prezidenta Opavskej advokátskej komory, Dr. Isidor Wolf. Za Slovensko tu boli prítomní Dr. Trslín, Dr. Rosenberg, Dr. Palovič, Dr. Szegő, Dr. Redéky, Dr. Baracs a Dr. Laučík. Umiestnenie: Bratislava: Slovenský národný archív, fond Advokátske komory, krab. 1.

časopisoch, dala stanovisko k osnove zákona o „obchodne hospodárskych konzultentoch“. Na pôde Stálej delegácie advokátskych komôr sa členovia bratislavskej komory zúčastnili na príprave osnovy zákona o pokútnictve, zákona o neďelnom pokoji a nového pozemkovoknižného zákona.³²

Stála delegácia zároveň reprezentovala záujmy advokácie v republike aj na jednotlivých zjazdov právnikov a advokátskych zjazdoch, ktoré sa v medzivojnovom období uskutočňovali v hojnom počte. Na týchto zjazdoch, kde sa pravidelne schádzali právnici zo všetkých oblastí pôsobenia v štáte (zástupcovia ministerstiev a vyšších súdov, župných úradov, neskôr krajského úradu, zástupcovia advokátskych komôr a notárskych komôr, advokáti, notári, sudcovia, zástupcovia univerzít a právnických fakúlt, zástupcovia finančných úradov a iní) sa intenzívne rokovalo o legislatívnej činnosti i aplikačnej praxi Československej republiky, o unifikácii práva a o vývoji v jednotlivých právnych oblastiach.³³

Stála delegácia pracovala až do januára 1939, potom sa jej činnosť znovu obnovila po vojne, koncom roka 1945 a fungovala až do zániku advokátskych komôr koncom roka 1948.

9 Personálne zastúpenie Stálej delegácie advokátskych komôr československých so sídlom v Prahe za Slovensko a jej činnosť po vojne

Po vojne a obnovení Československa sa nadviazalo na činnosť Stálej delegácie a prvé spoločné stretnutie sa uskutočnilo vo februári 1946 v Prahe. Za členov delegácie za Slovensko správny výbor bratislavskej komory určil členov správneho výboru: **Vladimír Trslín**, predseda, **Július Palovič**, podpredseda, **Ján Poničan**, tajomník, **Alexander Šimkovic**, pokladník, náhradníci: **Dominik Drgoň**, **Branislav Šimonovič**, **Andrej Charváth** a **Jozef Rippa**.³⁴

³² Podklady s ohľadom na odlišné právne predpisy platné na Slovensku vypracoval Dr. Vojtech Vičánek; Zpráva Správneho výboru advokátskej komory v Bratislave z roku 1936–1937. Trnava (1938). Umiestnenie: Bratislava: Slovenský národný archív, fond MPs, krab. 228.

³³ K jednotlivým zjazdom pozri bližšie napríklad ZAVACKÁ, K.: Právna veda na Slovensku v rokoch 1918–1939. In OVEČKOVÁ, O. a kol.: 100 rokov časopisu Právny obzor. Bratislava (2017), s. 69n.

³⁴ List Advokátskej komory v Bratislave z 6. 2. 1946, č. 2/1946/I, adresovaný Stálej delegácii advokátskych komôr do Prahy. Umiestnenie: Bratislava: Slovenský národný archív, fond Advokátske komory.

Činnosť Stálej delegácie odzrkadľovala „témy dňa“. Permanentne aktuálnou bola otázka advokátskeho poriadku, respektíve v tom čase jeho novela rakúskeho advokátskeho poriadku, advokátska tarifa, zastupovanie znárodnených a národných podnikov, osnova zákona o hospodárskych poradcov, správy o výsledkoch očistnej akcie (previerky a výmazy v zoznamoch advokátov), návrhy na poštátnenie advokácie, honorovanie zastupovania chudobných (ex offa zastupovania), národné poistenie, daňové reformy a zdanenie advokácie.³⁵

Bratislavská komora v roku 1946 navrhla rokovať o zmene štatútu Stálej delegácie ohľadom štátoprávných zmien. Prezident Stálej delegácie Antonín Klouda prisľúbil, že štatút Stálej delegácie sa upraví po dohode s bratislavskou advokátskou komorou. Košický vládny program totiž zakotvoval isté nároky, ktoré si slovenská advokácia chcela uplatniť.³⁶ Ján Poničan upozorňoval na potrebu uspokojiť oba národy, Čechov a Slovákov, pričom uviedol, že na Slovensku pôsobí nepriaznivo rozlišovanie podľa zemí na Čechy, Moravu, Sliezsko a Slovensko, akoby Slovensko bolo štvrtou zemou štátu.³⁷

Záver

Spolupráca advokátskych komôr na pôde Stálej delegácie advokátskych komôr československých so sídlom v Prahe zaznamenala svoju etapu vo vývoji advokácie na našom území. Stála delegácia zastrešovala celoštátne problémy advokácie a bola platformou pre spoločný postup. Udržiavala myšlienku základných zásad slobodného výkonu advokácie a stavovskej

³⁵ Napríklad Zpráva o zasadnutí Stálej delegácie advokátskych komôr v Prahe 23. 2. 1946, zapísal Dr. Poničan; Protokol o schůzi Stále delegace advokátních komor republiky Československé, konané v sobotu, dne 23. února 1946, prítomní: za advokátske komory v Prahe: Dr. Ant. Klouda, Dr. Th. Bartošek, Dr. Křížek, Dr. Venta, Dr. Šnorek, Dr. Slajs, Dr. Kopáč, Dr. Stein, Dr. Jonáš, Dr. Polanský, Dr. Kočka, za advokátsku komoru v Brne: Dr. Josef Slezák, v miestnostiach Advokátskej komory Praha, Praha II, Mikulandská 12; Advokátsku komoru v Bratislave tu reprezentovali Dr. Július Palovič, Dr. Ján Poničan, Dr. Alexander Šimkovic a Dr. Hanes. Umiestnenie: Bratislava: Slovenský národný archív, fond Advokátske komory.

³⁶ Dr. Poničan upozornil, že by nebolo vhodné, aby „... vzhľadom na košický vládny dohodu bratislavská komora vystupovala ako jedna z advokátskych komôr, prípadne ako advokátska komora jednej z troch, poľažne zo štyroch zemí“. Umiestnenie: Bratislava: Slovenský národný archív, fond Advokátske komory.

³⁷ Podrobnejšie pozri napríklad GAJDOŠOVÁ, M./KEREČMAN, P./ĎURIŠKA, Z./KUŠNÍR, J./HELLENBART, V.: Advokátske komory na Slovensku v rokoch 1875–1948. Bratislava (2018), s. 426 a 478n.

samosprávy – i keď na Slovensku nie v plnom rozsahu, čo však predznačovali súdobé podmienky. Nezískala pozíciu oficiálneho a právom zakotveného centrálného orgánu československej advokácie. Jej činnosť bola koordinačná a fakticky získala významný vplyv. Stála delegácia „sprevádzala“ advokáciu v medzivojnovom a povojnovom Československu, a to až do konca roku 1948, keď bola advokácia u nás poštátnená.

Možno však konštatovať, že Stála delegácia svojou ambíciou centrálnym spôsobom zastrešovať advokáciu v celej republike azda inšpirovala neskorší vývoj v Československu, keď po roku 1948 advokácia v Československu fungovala v rámci Krajských združení advokátov a na vrchole stálo Ústredné združenie advokácie so sídlom v Prahe, neskôr Ústredie advokátskych poradní so sídlom v Prahe a potom Ústredie československej advokácie. K faktickému vytvoreniu Ústredia slovenskej advokácie došlo v roku 1969 a jeho právnomu zakotveniu až v roku 1975.³⁸

Spomienka na profesora Petra Blaha

Pána profesora Petra Blaha som mala česť poznať osobne ako pútavého prednášajúceho profesora rímskeho práva na prednáškach ako poslucháčka prvého ročníka na Právnickej fakulte Univerzity Komenského v Bratislave v zaplnenej prednáškovej sále, v tom čase na Ulici odbojárrov. Vtedy pôsobil ako dekan fakulty a z neskoršieho spomínania jeho kolegov som si uvedomovala jeho veľkú rozvážnosť a širokú mieru slobody, ktorú do akademického prostredia vnášal. Neskôr, v doktorandskom štúdiu, som ho poznala ako rektora Trnavskej univerzity. Súhrn jeho výnimočných kvalít som však naplno pochopila, až keď som s ním mala možnosť pôsobiť vo vedení ako prodekanka Právnickej fakulty Trnavskej univerzity. Jeho rada patrila k tým „s najvyššou váhou“, pretože zosobňoval múdrosť, rozvážnosť, pokoj, triezvy úsudok, náročnosť, skúsenosti a zároveň skromnosť a ľudskosť. Navyše mal nadhľad, každú otázku či problém zasadil do súvislostí a videl mnoho krokov dopredu. Vedel situáciu jemne odľahčiť humorom. Jeho erudovanosť zahŕňala nielen rímske právo, ale aj právo všeobecne i v čase, organizačné a riadiace majstrovstvo, potreby a úlohy akademického prostredia. Bol rozhladený aj v umení. Mnohí si pamätáme jeho nádherné prejavy na promóciách či nenapodobiteľný spôsob moderovania rôznych vedeckých podujatí či fakultných slávností, ale aj spev a hru na klavíri na

³⁸ Z. č. 322/1948 Sb. o advokácii, z. č. 114/1951 Sb. o advokácii, z. č. 57/1963 Sb. o advokácii, zákon SNR č. 133/1975 Zb. o advokácii.

spoločenských stretnutiach kolegov. A určite mnohí sme si uvedomili, akú „školu pozorného počúvania“ pred akoukoľvek reakciou nám dal. Zrejme dlho si budeme postupne uvedomovať, akú „ďalšiu školu“ nám ešte zanechal. Zatiaľ najviac vnímam jeho „školu neustáleho napredovania“ – osobného, za katedru, za odbor, za fakultu, za univerzitu, aj za Nadáciu Štefana Lubyho, za právo a právnu vedu, za celospoločenské napredovanie. Zároveň „školu napredovania aj napriek prekážkam“ – viackrát sme ho mnohí počuli povedať pri nepriazni akéhokoľvek druhu: „Toto si my nebudeme všímať, my budeme pracovať“.

Profesor Blaho s nami zostáva vo svojom diele a v našich spomienkach. Česť jeho pamiatke.

Norimberský proces s hlavnými vojnovými zločincami

Daniel Krošlák

Úvod – 1 Zloženie Tribunálu – 2 Hmotnoprávna a procesnoprávna úprava – 3 Obžalobná reč Roberta Jacksona a kritika procesu – 4 Rozsudok – 4.1 Zločiny proti mieru – 4.2 Vojnové zločiny a zločiny proti ľudskosti – 4.3 Zločinecké organizácie – 4.4 Odsúdenie a potrestanie hlavných vojnových zločincov – 5 Kritika procesu a reakcia na ňu – Záver

Úvod

V lete roku 1945 sa v Londýne stretli zástupcovia štyroch štátov, ktoré vyhrali druhú svetovú vojnu (Veľká Británia, Francúzsko, Spojené štáty americké a Sovietsky zväz), aby rozhodli, akým spôsobom majú byť potrestaní nacistickí vojnoví zločinci. Do úvahy prichádzala celá škála možností, okrem iného sa hovorilo o okamžitej poprave či o vojenskom súde.¹ Na Londýnskej konferencii sa však nakoniec dohodlo, že vec bude rozhodovať Medzinárodný vojenský tribunál pozostávajúci zo zboru sudcov menovaných uvedenými štyrmi štátmi. Tento *ad hoc* tribunál bol zriadený na základe tzv. Londýnskej dohody z 8. augusta 1945, ktorej súčasťou bola aj Charta Medzinárodného vojenského tribunálu (IMT) a Pravidlá konania.²

1 Zloženie Tribunálu

Medzinárodný vojenský tribunál bol v zmysle Charty zriadený na účely spravodlivého a rýchleho trestného konania a potrestania hlavných vojnových zločincov európskych štátov Osi. Pozostával zo štyroch členov (za každú

¹ Bližšie pozri napríklad DARGE, T.: *Kriegsverbrechen im nationalen und internationalen Recht: Unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes*. Heidelberg (2010), s. 84–85.

² Z činnosti Tribunálu existuje záznam, ktorý bol publikovaný po procese spolu s rozsiahlym dôkazným materiálom. Pozri *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*. 14 November 1945–1 October 1946. 42 volumes. Nuremberg (1947–1952).

vít'aznú mocnosť jeden), z ktorých každý mal jedného zástupcu. Kto sa mohol stať sudcom a kto jeho zástupcom v Tribunáli, určili vlády vít'azných veľmocí.

Členmi Tribunálu sa tak stali:

1) za Spojené štáty americké – Francis Biddle a ako jeho zástupca John Parker;

2) za Spojené kráľovstvo Veľkej Británie a Severného Írska – lord Geoffrey Lawrence (predseda Tribunálu) a ako jeho zástupca Norman Birkett;

3) za Francúzsku republiku – Henry Donnedieu de Vabres a ako jeho zástupca Robert Falco;

4) za Zväz sovietskych socialistických republík – Iona Timofjevč Nikičenko a ako jeho zástupca Alexander Fjodorovič Volčkov.³

2 Hmotnoprávna a procesnoprávna úprava

Najdôležitejšou súčasťou Charty je vymedzenie právomoci a všeobecné princípy, ktorými je Tribunál povinný sa riadiť. Trestné činy, ktoré mal Tribunál stíhať, sú vypočítané v čl. 6:

1) zločiny proti mieru: osnovanie, príprava, podnecovanie alebo podniknutie útočnej vojny alebo vojny porušujúcej medzinárodné zmluvy, dohody alebo záruky, alebo účasť na spoločnom pláne alebo sprisahaní na účely uskutočnenia ktoréhokoľvek z vyššie uvedených činov;

2) vojnové zločiny: porušenie zákonov vojny alebo vojnových zvyklostí. Medzi tieto porušenia patrí vražda, zlé zaobchádzanie alebo deportácie civilného obyvateľstva z obsadeného územia alebo v jeho rámci na otrocké práce alebo na akýkoľvek iný účel, vražda vojnových zajatcov alebo osôb na mori alebo zlé zaobchádzanie s nimi, vraždenie rukojemníkov, plienenie verejného alebo súkromného majetku, svojvoľné ničenie miest a obcí, pustošenie neodôvodnené vojenskou nutnosťou a iné zločiny;

3) zločiny proti ľudskosti: a to vražda, vyhladzovanie, zotročovanie, deportácie alebo iné ukrutnosti spáchané proti civilnému obyvateľstvu pred vojnou alebo počas vojny, alebo prenasledovanie z politických, rasových či náboženských príčin pri páchaní akéhokoľvek zločinu spadajúceho pod právomoc Tribunálu alebo v spojení s takýmto zločinom, bez ohľadu na to, či bolo porušené právo štátu, v ktorom boli zločiny spáchané.

³ Ibid., Vol. 1, s. 1.

Takto koncipovaná hmotnoprávna úprava bola v tom čase významným krokom vpred. Predovšetkým v tom, že za zločiny patriace do kompetencie Medzinárodného vojenského tribunálu vyhlásila aj zločiny proti mieru a humanite. Obidve kategórie totiž ďaleko presahovali rámec toho, čo sa dovtedy nazývalo „medzinárodné zločiny“. Zločiny proti mieru do rámca starého chápania „vojnových zločinov“ nepatrili vôbec a zločiny proti ľudskosti tam nepatrili, ak boli spáchané pred vojnou, prípadne počas vojny na občanoch vlastného štátu alebo na osobách bez štátnej príslušnosti.⁴

Novinkou bolo tiež zavedenie zásady kolektívnej zodpovednosti, v zmysle ktorej mali niest' osobnú a trestnú zodpovednosť za spáchané zločiny vodcovia, organizátori, podnecovatelia a spoluvinníci, ktorí sa zúčastnili zosnovania alebo uskutočnenia spoločného plánu alebo sprisahania za účelom vykonania niektorého zo zmienených zločinov. Táto zásada zrejme vyplynula z inšpirácie jednak v anglo-americkej právnej úprave tzv. sprisahania (conspiracy) a tiež zo sovietskej teórie tzv. banditizmu podľa sovietskeho trestného práva.⁵

Historický význam tohto ustanovenia je daný skutočnosťou, že vôbec po prvýkrát v dejinách medzinárodného práva boli politickí, vojenský, hospodárski a ideologickí vodcovia štátu zaťažení osobnou a trestnou zodpovednosťou za zločiny režimu nimi organizovaného.

V čl. 8 sa Charta vyrovnáva so starou námietkou vojnových zločincov už z prvej svetovej vojny, ktorú vojnoví zločinci druhej svetovej vojny opakovali. Totiž, že konali na rozkaz svojich nadriadených a v najvyššej inštancii na rozkaz Adolfa Hitlera. Článok 8 stanovil: „Skutočnosť, že obžalovaný konal na rozkaz svojej vlády alebo svojho predstaveného, ho nezbavuje zodpovednosti, ale môže byť pokladaná za poľahčujúcu pre výmeru trestu, ak sa tribunál rozhodne, že to spravodlivosť vyžaduje“.

Čl. 9 sa spolu s čl. 10 a čl. 11 zaoberajú problémom zločineckých skupín alebo organizácií. Uvedená právna úprava umožnila pri hlavnom pojednávaní s ktorýmkoľvek jednotlivým členom niektorej skupiny alebo organizácie Tribunálu prehlásiť (v súvislosti s ktorýmkoľvek činom, pre ktorý môže byť jednotlivец odsúdený), že skupina alebo organizácia, ktorej členom bol tento jednotlivец, bola organizáciou zločineckou. Toto bol dôležitý základný kameň pre kolektívnu zodpovednosť nacistických skupín a organizácií, keďže v procese s hlavnými vojnovými zločincami vystupovali ich vrcholní predstavitelia.

⁴ EČER, B.: Norimberský soud. Praha (1946), s. 74–75.

⁵ Ibid., s. 75.

Celý procesný mechanizmus vyzerá podľa Charty takto: Po prijatí žaloby Tribunál oznámi spôsobom, ktorý uzná za vhodný, že žaloba zamýšľa požiadať Tribunál, aby prehlásil určitú organizáciu za zločineckú; pritom každý člen organizácie má právo požiadať Tribunál, aby mu poskytol možnosť vypočutia v otázke, či organizácia mala zločineckú povahu. Tribunál je oprávnený žiadosti vyhovieť alebo ju zamietnuť. Ak žiadosti vyhovie, nariadi, akým spôsobom majú byť žiadatelia zastúpení a vypočutí.

Ak bola skupina alebo organizácia prehlásená Tribunálom za zločineckú, má podľa čl. 10 príslušný štátny orgán každého signatára Charty právo stíhať jednotlivcov pre členstvo v nej pred štátnymi, vojenskými alebo okupačnými súdmi. V každom takom prípade je zločinecká povaha skupiny alebo organizácie pokladaná za preukázanú a nemôžu byť o tom pochybnosti. Charta potom špecifikuje otázku trestného postihu obžalovaných osôb pred vnútroštátnym súdom, ak už boli odsúdené Medzinárodným vojenským tribunálom: „Každý, kto bol odsúdený Tribunálom, môže byť obžalovaný pred štátnym, vojenským alebo okupačným súdom, zmieneným v článku 10 tejto Charty, z iného zločinu než z členstva v zločineckej skupine alebo organizácii a taký súd mu môže po odsúdení uložiť trest nezávislý na treste, ktorý mu uložil Tribunál za účasť na zločinnej činnosti takej skupiny alebo organizácie a dodatočný trest k takémuto trestu (čl. 11)“. Takýmto postupom by v podstate nemal byť porušený princíp *ne bis in idem*.

Keďže víťazným mocnostiam (azda s výnimkou Sovietov) záležalo, aby proces pôsobil dôveryhodne a bol vnímaný ako spravodlivý (a nie ako odvetá víťazov), bolo potrebné zabezpečiť, aby obžalovaní mohli efektívne uplatniť svoje právo na obhajobu. Preto im boli v tretej hlave Charty (čl. 16) priznané nasledujúce práva:

1) Žaloba musí obsahovať všetky okolnosti, špecifikujúce v podrobnostiach obvinenia proti obžalovaným. Rovnopis žaloby a všetkých listín predložených so žalobou bude obvinenému dodaný v primeranej lehote pred pojednávaním, preložený do jazyka, ktorému obvinený rozumie.

2) Pri každom predbežnom výsluchu obžalovaného alebo na pojednávaní s ním má obžalovaný právo podať akokoľvek závažné vyjadrenie týkajúce sa žaloby vznesenej proti nemu.

3) Predbežný výsluch obžalovaného a pojednávanie s ním sa koná v jazyku, alebo sa prekladá do jazyka, ktorému obžalovaný rozumie.

4) Obžalovaný má právo hájiť sa pred Tribunálom sám alebo mať obhajcu.

5) Obžalovaný má právo predkladať na pojednávaní sám alebo prostredníctvom svojho obhajcu dôkazy na podporu svojej obhajoby a vykonať krížový výsluch všetkých svedkov obžaloby.

Piata hlava Charty upravuje právomoc Tribunálu a obsahuje procesnoprávne normy týkajúce sa vedenia pojednávania. Podľa čl. 17 je Tribunál oprávnený predvolať svedkov na pojednávanie, žiadať ich prítomnosť a svedectvo a klásť im otázky; vypočúvať každého obžalovaného; žiadať, aby boli predložené dokumenty a iný dôkazný materiál; vziať svedkov pod prísahu; ustanoviť úradníkov na vykonanie všetkých úloh, ktoré im Tribunál určí, vrátane oprávnenia získať dôkazy na základe príkazu. V čl. 19 je stanovené, že Tribunál nie je viazaný žiadnymi formálnymi dôkaznými pravidlami. Má v čo najväčšej možnej miere využívať urýchľujúce a neformálne procesné pravidlá a pripustiť každý dôkaz, o ktorom sa domnieva, že má preukaznú hodnotu.

Čl. 24 až 26 určujú priebeh súdneho pojednávania: Najskôr sa prečíta pred súdom obžaloba. Tribunál potom položí každému obžalovanému otázku, či sa cíti „vinným“ alebo „nevinným“. Obžaloba potom prednesie úvodnú reč. Tribunál sa spýta obžaloby i obhajoby, aké dôkazy – pokiaľ nejaké – chcú predložiť Tribunálu a rozhodne o ich prípustnosti. Potom budú vypočutí svedkovia obžaloby a potom svedkovia obhajoby. V nadväznosti na to môže obžaloba alebo obhajoba vykonať protidôkazy, ak ich Tribunál uzná za prípustné. Tribunál môže ktorémukoľvek svedkovi alebo obžalovanému kedykoľvek položiť akúkoľvek otázku. Obžaloba i obhajoba môžu klásť otázky a podrobiť krížovému výsluchu všetkých svedkov a obžalovaných. Obhajoba prednesie obhajovaciú reč. Obžaloba prednesie záverečnú reč. Každý obžalovaný má právo na posledné slovo. Tribunál vynesie rozsudok. Rozsudok musí, čo sa týka viny alebo nevinu, obsahovať dôvody, na ktorých je založený. Je konečný a podanie opravného prostriedku proti nemu je vylúčené.

Čl. 27 Charty dáva Tribunálu právo uložiť obžalovanému trest smrti alebo iný trest, ktorý bude podľa jeho určenia spravodlivý. Podľa čl. 28 môže Tribunál tiež nariadiť konfiškáciu všetkého ukradnutého majetku a určiť, aby bol tento majetok odovzdaný Kontrolnej rade pre Nemecko.

3 Obžalobná reč Roberta Jacksona a kritika procesu

Na tomto mieste by sme sa zamerali na obžalobnú reč prednesenú americkým hlavným žalobcom Robertom Jacksonom, ktorá veľmi presne vystihuje podstatu norimberských procesov a stala sa asi najslávnejším a najcitovanejším fragmentom z procesu. Súdna sieň počula prostredníctvom žalobcových úst tieto slová: „Privilegium zahájiť prvý proces v dejinách pre zločiny proti svetovému mieru ukladá veľkú zodpovednosť. Zločiny, o odsúdenie a potrestanie ktorých sa usilujeme, sú tak zámerné, zlomyseľné

a devastujúce, že civilizácia nemôže strpieť, aby boli ignorované, lebo keby došlo k ich opakovaniu, znamenalo by to jej zánik. Skutočnosť, že štyri veľmoci, naplnené radosťou z víťazstva a bolesťou nad stratami, nehľadali odplatu a dobrovoľne odovzdali svojich zajatých nepriateľov súdu spravodlivosti, je jedným z najsilnejších príkladov podrobenia sa moci rozumu“.⁶

Význam procesu vystihol Jackson týmito slovami: „Tento Tribunál, aj keď je novinkou a pokusom, nie je produktom abstraktných špekulácií, ani nie je vytvorený na dokazovanie správnosti právnických teórií. Toto súdne vyšetrovanie reprezentuje praktické úsilie štyroch najsilnejších národov, s podporou ďalších sedemnástich, aby bolo použité medzinárodné právo s cieľom čeliť najväčšej hrozbe našich čias – útočnej vojne. Zdravý rozum ľudstva požaduje, aby sa spravodlivosť nezastavila potrestaním drobných zločinov malých ľudí. Musí dosiahnuť aj na tých, ktorí majú veľkú moc a premyslene ju spoločne využívajú, aby uviedli do pohybu zlo, ktoré neponechalo žiadny domov na svete nedotknutý. Z dôvodu tohto rozsahu predkladajú Spojené národy danú vec Vaším Ctihodnostiam.

Na lavici obžalovaných sedí dvadsať zlomených mužov, ktorých osobná schopnosť k páchaniu zla je navždy minulosťou. Zostali len zahanbení ponížením tých, ktorých viedli rovnako kruto, ako vyplienili tých, ktorých napadli. Dnes je na týchto mužoch ako väzňoch ťažko postrehnuteľná moc, ktorú mali kedysi ako nacistickí vodcovia, keď ovládali tak veľkú časť sveta a naháňali jej strach. Ako u jednotlivcov má ich osud pre tento svet len malý význam.

Čo však činí tento súdny proces dôležitým, je to, že títo obžalovaní predstavujú temné sily, ktoré budú číhať na svete dlho po tom, ako sa ich telá premenia na prach. Preto ukážeme, že sú žijúcimi symbolmi rasovej nenávisti, terorizmu a násilia, a arogancie a krutosti moci“.⁷

Jackson dopredu odpovedal aj kritikom, podľa ktorých by bolo korektné poveriť súdením obžalovaných reprezentantov neutrálnych štátov: „Bohužiaľ, charakter uvedených zločinov je taký, že obžalobu aj rozsudok nad porazenými nepriateľmi musia vyniesť víťazné národy. Celosvetový rozsah agresie uskutočnenej týmito mužmi zanechal len málo štátov skutočne neutrálnych. Porazených môžu súdiť buď víťazi, alebo sa budú súdiť sami. O márnosti druhého spôsobu sme sa poučili po prvej svetovej vojne. Bývalé vysoké pozície týchto obžalovaných, všeobecná známosť ich činov a prispôsobivosť ich správania na vyprovokovanie odvety sťažujú rozlišovanie medzi požiadavkou

⁶ Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. 14 November 1945–1 October 1946. 42 volumes. Nuremberg (1947–1952), Vol. 2, s. 98–99.

⁷ Ibid., s. 99.

spravodlivého a primeraného potrestania, a nerozvážneho volania po pomste, ktoré vychádza z múk vojny. Našou úlohou, ak je to vôbec ľudsky možné, je načrtnúť medzi týmito dvomi momentmi hranicu. Nesmieme nikdy zabudnúť, že to, na základe čoho dnes súdime týchto obžalovaných, je tým, na základe čoho bude nás história súdiť zajtra. Keby sme podali týmto obžalovaným čašu jedu, bolo by to, ako by sme ju pozdvihli ku vlastným perám. Je našou úlohou preukázať objektivnosť a intelektuálnu bezúhonnosť, ktorú tento proces vyžaduje, aby naši potomkovia nadobudli presvedčenie, že sa stal naplnením ľudskej túžby po spravodlivosti“.⁸

Napriek Jacksonovej presvedčivej argumentácii, veta, ktorú ako prvý v súvislosti s procesom vyslovil Hermann Göring („Vít'az je vždy sudcom, porazený obžalovaným“),⁹ sa stala pre odporcov procesu jednou z neustále omieľaných fráz, ktoré používali na jeho spochybnenie.¹⁰

Avšak Jacksonovo stanovisko v tejto otázke bolo pevné: „Žalujeme za plánované a úmyselné správanie, ktoré zahŕňa nespravodlivosť z hľadiska morálky i práva. [...] Nežalujeme ich za to, že podľahli normálnym ľudským slabostiam. Na lavicu obžalovaných ich doviedlo nenormálne a neľudské správanie“.¹¹

⁸ Ibid., s. 101.

⁹ GILBERT, G. M.: Norimberský deník. Praha (1971), s. 8.

¹⁰ Napríklad v septembri 1945, ešte pred začiatkom procesu s hlavnými vojnovými zločincami, sa dvaja dôstojníci z úradu americkej vojenskej justičnej služby opýtali bývalého nemeckého kancelára Heinricha Brüninga, vtedy profesora na Harvard University: majú vojnoví zločinci a ľudia ako Julius Streicher vyviaznuť bez potrestania? Brüning na to odvetil, že by bolo správnejšie, ak by Streichera súdil nemecký súd. Ako dodal, Streicher bol už pred tým, ako sa dostali k moci nacisti, odsúdený osemkrát. Pozri BRÜNING, H.: Briefe und Gespräche 1934–1945. Stuttgart (1974), s. 542–543. Proti tvrdeniu, že nacistickí vojnoví zločinci mali byť súdení nemeckými súdmi, namieta oxfordský profesor Anthony Nicholls: „... the Germans could not have been left to deal with the nazis because for four years after the war there was no German government. The German public was numbed by the war and although there were certainly many social democrats and communists who wanted the nazis to be punished, public opinion polls showed that there was plenty of residual support for the nazis in the population. The length of time which it took for the nazi past to be thoroughly investigated in West Germany suggests that without the Allied determination to punish the nazi leaders, nothing much would have happened to them. More important is the fact that, in so far as actions against the nazis were discredited it was not the Nuremberg Trial which created hostility towards the occupiers, but the wide-ranging denazification procedures instituted by the Americans from the autumn of 1945“.

NICHOLLS, A.: The Nuremberg Trials: Victors' Justice or a Categorical Imperative? Dostupné na <http://www.sant.ox.ac.uk/events/lecturesarchive/nicholls.html>.

¹¹ Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. 14 November 1945–1 October 1946. 42 volumes. Nuremberg (1947–1952), Vol. 2, s. 102.

Americký hlavný žalobca ďalej uviedol, že v žalobe sa nenachádza jediný bod, ktorý by sa neopieral o knihy či úradné záznamy. Nemecká mánia archivovať všetky písomnosti tak výrazne zjednodušila obžalobe prácu. Jackson tiež avizoval premietanie filmov, v ktorých vystupujú jednotliví obžalovaní „v akcii“ ukazujúc líniu ich sprisahania.

Nacistická strana sa dostala k moci vďaka spojenectvu nacistických revolučných extrémistov, najbezuzdnejších nemeckých reakcionárov a najagresívnejších nemeckých militaristov. Nie je však možné v tomto bode inkriminovať nemecký národ ako celok. Keby prijali nacistický program jednotne všetci Nemci, tak by NSDAP na začiatku nepotrebovala SA (Sturmabteilung), Gestapo a ani koncentračné tábory.¹²

Jackson vo svojej úvodnej reči načrtol tiež program, podľa ktorého postupovala obžaloba: „Všeobecne ukážeme, že v určitej chvíli všetci obžalovaní súhlasili s nacistickou stranou, so zámermi, o ktorých vedeli, že ich možno dosiahnuť iba rozpútaním vojny v Európe. Uchopenie moci v Nemecku, podrobenie si nemeckého národa, teror voči disidentským živlom a ich vyhladzovanie, plánovanie a začatie vojny, vykalkulované a plánované krutosti v priebehu jej vedenia, premyslená a plánovaná zločinnosť voči podrobeným národom, – toto všetko boli ciele, pre uskutočnenie ktorých konali v súčinnosti; všetky predstavujú fázy sprisahania, ktoré sledovalo naplnenie jedného cieľa iba preto, aby sa hneď mohlo vrhnúť za ďalším, ešte ambicióznejším. Rovnako prejdeme zložité prepojenie organizácií, ktoré títo muži vytvorili a užívali, aby sa dostali k uskutočneniu týchto cieľov. Ukážeme, nakoľko bola celá štruktúra úradov a úradníkov oddaná zločineckým zámerom a angažovaná v používaní zločineckých metód naplánovaných týmito obžalovanými a ich spolu sprisahancami, z ktorých na mnohých nedosiahneme, lebo zmizli vo víre vojny, alebo spáchali samovraždu“.¹³

4 Rozsudok

Proces proti hlavným vojnovým zločincom pred Medzinárodným vojenským tribunálom sa začal 20. novembra 1945 o desiatej hodine predpoludním v Justičnom paláci v Norimbergu a trval do vynesenia rozsudku dňa 1. októbra 1946.

Počas trvania procesu sa uskutočnilo 403 verejných zasadnutí tribunálu. Okrem 19 obžalovaných bolo vypočutých ďalších 94 svedkov (z toho

¹² Ibid., s. 102–103.

¹³ Ibid., s. 104.

33 svedkov na strane obžaloby, 61 svedkov na strane obhajoby) a 143 osôb na strane obhajoby predložilo písomné výpovede vo forme odpovedí na otázky z dotazníka.¹⁴

Okrem toho Tribunál určil komisárov pre zhromažďovanie dôkazov. Pred týmito komisármi vypovedalo 101 svedkov obhajoby. Ďalej bolo predložených 1809 prísazných vyhlásení iných svedkov; a tiež šesť úhrnných správ, ktoré obsahovali resumé z 38 tisíc prísazných vyhlásení podpísaných 155 tisíc osobami týkajúcich sa politických vodcov a zo skoro 200 tisíc prísazných vyhlásení týkajúcich sa činnosti zločineckých organizácií (SS, SA, SD, Gestapo, Generálny štáb a vrchné velenie nemeckej brannej moci).¹⁵

Samotný Tribunál vypočul 22 svedkov na strane organizácií. Dokumenty, predložené ako dôkazy viny jednotlivých obvinených, skupín a organizácií, dosahujú počet niekoľkých tisícov.¹⁶

Podme sa teraz bližšie pozrieť na obsah rozsudku. Pre zabezpečenie prehľadnosti si ho rozčleníme do viacerých okruhov.

4.1 Zločiny proti mieru

Tvrdenie žaloby, že obžalovaní zosnovali a podnikli útočné vojny, je podľa sudcov najzávažnejším obvinením. Vojna je totiž už vo svojej podstate zlom. Jej následky sa neobmedzujú len na bojujúce štáty, ale sa dotýkajú celého sveta. Preto nie je rozpútanie útočnej vojny len medzinárodným zločinom, je to najťažší medzinárodný zločin, ktorý sa líši od iných vojnových zločinov len tým, že obsahuje v koncentrovanej podobe zlo, ktoré je obsiahnuté vo všetkých ostatných zločinoch.

Tribunál konštatoval, že niektorí obžalovaní plánovali a uskutočnili útočné vojny proti dvanástim štátom. Okrem iného boli porušené tieto medzinárodné zmluvy: Haagske konvencie z roku 1899 a 1907, Versailleská zmluva, Briand-Kellogov pakt, ďalšie vzájomné garančné, arbitrážne zmluvy a paky o neútočení.

4.2 Vojnové zločiny a zločiny proti ľudskosti

Tribunál konštatoval, že je k dispozícii také množstvo dôkazného materiálu o vojnových zločinoch a zločinoch proti ľudskosti a tento je natoľko presvedčivý, že bolo nemožné o ňom podať v rozsudku primeraný prehľad

¹⁴ Ibid., Vol. 1, s. 172.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

(a nie je to možné ani na tomto mieste). Boli spáchané vojnové zločiny, ktoré nemajú v predošlých dejinách obdoby. Vychádzali väčšinou z nacistického chápania totálnej vojny. Vojnové zločiny boli z veľkej časti výsledkom chladnej, zločinnej kalkulácie, sčasti plánovanej dlho predtým, ako napríklad v prípade Sovietskeho zväzu. Iné vojnové zločiny, ako vraždenie utečených a znovu chytených vojnových zajatcov, boli spáchané na základe rozkazu.

4.3 Zločinecké organizácie

Tribunál vyhovel návrhu obžaloby len ohľadom štyroch organizácií a vyhlásil za zločinecké organizácie Zbor politických vodcov NSDAP, Gestapo, Sicherheitsdienst (SD) a Schutzstaffel (SS). V prípade všetkých organizácií vylúčil z vyhlásenia členov, ktorí z nich vystúpili pred 1. septembrom 1939 (dôvodom pre takéto časové obmedzenie bola účasť organizácií na páchaní vojnových zločinov a zločinov proti ľudskosti, o ktorých možno hovoriť až od tohto momentu).

Konanie proti organizáciám bolo uskutočnené tak, že súd určil akýchsi „splnomocnených sudcov“, ktorí za súčinnosti obžaloby vykonali potrebné procesné úkony ako výsluch svedkov a výsluch obžalovaných organizácií, ktorí(é) o výsluch žiadali (pravda nie všetkých 45 tisíc). Toto konanie prebiehalo paralelne s hlavným pojednávaním. Po piatich mesiacoch činnosti predložili títo sudcovia Tribunálu svoje výsledky.

4.4 Odsúdenie a potrestanie hlavných vojnových zločincov

V zmysle článku 26 Charty obsahoval rozsudok Medzinárodného vojenského tribunálu aj podstatné dôvody pre konštatovanie viny alebo nevinu obžalovaných nacistických prominentov – hlavných vojnových zločincov. Tribunál po tom ako oznámil dôvody vynesenia rozsudku nad jednotlivými obžalovanými, určil aj tresty, ktoré im majú byť vymerané. Zachytáva ich nasledujúca tabuľka:

Č.	Obžalovaný	Pozícia	Rozsudok
1.	Martin Bormann	vodcov tajomník (odsúdený <i>in absentiam</i>)	trest smrti
2.	Hermann Wilhelm Göring	rišsky maršal a veliteľ letectva	trest smrti
3.	Joachim von Ribbentrop	rišsky minister zahraničných vecí	trest smrti
4.	Wilhelm Keitel	poľný maršal a náčelník štábu vrchného veliteľstva	trest smrti

Daniel Krošlák – Norimberský proces s hlavnými vojnovými zločincami

5.	Ernst Kaltenbrunner	poľný maršal a šéf bezpečnostnej služby	trest smrti
6.	Alfred Rosenberg	minister pre okupované východné územia, ideológ strany	trest smrti
7.	Hans Frank	guvernér Poľska	trest smrti
8.	Julius Streicher	majiteľ a vydavateľ protizidovských novín „Der Stürmer“	trest smrti
9.	Fritz Sauckel	splnomocnenec pre nasadenie pracovných síl	trest smrti
10.	Alfred Jodl	náčelník Operačného štábu Vrchného veliteľstva brannej moci, rehabilitovaný 1953	trest smrti
11.	Wilhelm Frick	minister vnútra a ríšsky protektor v Čechách a na Morave	trest smrti
12.	Arthur Seyss-Inquart	guvernér Rakúska a holandský komisár	trest smrti
13.	Rudolf Hess	Hitlerov zástupca a vodca NSDAP	doživotie
14.	Walter Funk	minister hospodárstva	doživotie
15.	Erich Raeder	veľkoadmirál a vrchný veliteľ námorníctva	doživotie
16.	Baldur von Schirach	vodca združenia nacistickej mládeže Hitler-Jugend	20 rokov
17.	Albert Speer	Hitlerov architekt a minister zbrojnej výroby	20 rokov
18.	Konstantin von Neurath	minister zahraničia do roku 1938, prvý protektor Čiech a Moravy	15 rokov
19.	Karl Dönitz	admirál a Hitlerov nástupca vo funkcii hlavy štátu	10 rokov
20.	Gustav Krupp von Bohlen und Halbach	riaditeľ koncernu Krupp, stíhanie zastavené pre vysoký vek a neuspokojivý zdravotný stav	zastavenie trestného stíhania
21.	Robert Ley	vedúci Deutsche Arbeitsfront (Nemeckého pracovného frontu), spáchal samovraždu ešte pred začiatkom hlavného pojednávania	zastavenie trestného stíhania
22.	Hjalmar Schacht	prezident ríšskej banky, minister hospodárstva do roku 1937	oslobodený
23.	Hans Fritzsche	vedúci ríšskeho rozhlasu	oslobodený
24.	Franz von Papen	bývalý kancelár, veľvyslanec v Rakúsku a v Turecku	oslobodený

5 Kritika procesu a reakcia na ňu

Aj keď viacerí obžalovaní v rámci procesu tvrdili, že víťazi budú vždy sudcami a porazení vždy odsúdenými, povojnové procesy neboli nevyhnutne výrazom zásady *vae victis* (beda porazeným). Nikto asi nebude popierať, že nacistická vláda porušila ustanovenia haagskych a ženevských konvencií, či Briand-Kellogovho paktu. Najmä s ohľadom na to nemohla očakávať generálny pardon (*tout pardonner*). Navyše tri oslobodzujúce výroky potvrdzujú, že jednoducho nešlo len o zúctovanie sa s porazeným nepriateľom.

Argumentácia, že k väčšej vierohodnosti procesu by prispelo, keby mal Medzinárodný vojenský tribunál iné zloženie – napríklad sudcov z neutrálnych krajín, alebo by pozostával z kolégia sudcov, teda sudcov spojeneckých, neutrálnych a nemeckých, nie je podľa nášho videnia až natoľko podstatná. Vierohodnosť súdu predsa nezávisí od toho, odkiaľ sú jeho sudcovia, ale či sú féroví a dodržiavajú stanovené pravidlá.¹⁷

Kritici tiež niekedy tvrdia, že v rámci procesu dochádzalo k porušovaniu práva na rovnosť strán. Zatiaľ čo obžaloba mala prístup ku všetkým skonfiškovaným archívom a dokumentom, z ktorých si mohli ľubovoľne vyberať, obhajoba sa k nim nedostala a mohla tak iba reagovať na vyselektovaný dôkazný materiál predložený obžalobou. Na druhej strane je potrebné si uvedomiť, že obžaloba musela nejakým spôsobom prebrať obrovské množstvo písomných materiálov, ktoré mala k dispozícii, a v prípade, keby k nim mali úplne voľný prístup všetci obžalovaní a ich právni zástupcovia, proces by to nesmiernym spôsobom predĺžilo a skomplikovalo. Dokonca by to mohlo viesť k tomu, že by nebol naplnený účel spojeneckej retribúcie, t.j. potrestať tých hlavných vojnových zločincov, o ktorých zločinoch väčšinou neboli pochybnosti a ich vina bola viac než pravdepodobná už od začiatku (k tomu však samozrejme nemalo dôjsť bez riadneho a spravodlivého súdneho procesu a predloženia príslušných dôkazov).

¹⁷ Profesor Goodhart na margo tejto otázky uviedol: „Attractive as this argument may sound in theory, it ignores the fact that it runs counter to the administration of law in every country. If it were true then no spy could be given a legal trial, because his case is always heard by judges representing the enemy country. Yet no one has ever argued that in such cases it was necessary to call on neutral judges. The prisoner has the right to demand that his judges shall be fair, but not that they shall be neutral. As Lord Writ has pointed out, the same principle is applicable to ordinary criminal law because a burglar cannot complain that he is being tried by a jury of honest citizens“. GOODHART, A. L.: *The Legality of the Nuremberg Trials*. In METTRAUX, G. (ed.): *Perspectives on the Nuremberg Trial*. Oxford (2008), s. 627.

Čo sa týka konkrétnych rozsudkov, niekedy sa objavujú námietky proti trestom, ktoré boli súdom vynesené, napríklad proti odsúdeniu Alfreda Jodla, ktorý bol v roku 1953 posmrtné úplne rehabilitovaný (rehabilitácia však bola neskôr zrušená), odsúdeniu Juliusa Streichera s poukazom na slobodu slova, či odsúdeniu Karla Dönitza, v ktorého prospech svedčil na procese i americký admirál Chester Nimitz. Kritizovať vymerané tresty je, samozrejme, možné, ba priam normálne. Musíme si však uvedomiť, že nešlo o rozhodnutie samosudcu, ale o rozhodnutie osemčlenného senátu, z ktorého každý jeden člen zastupoval záujmy niektorej zo štyroch víťazných veľmocí. Nakoniec, proces s hlavnými zločincami nebol len právnym procesom, ale aj politickým, a to v tom najširšom zmysle slova. Preto si myslíme, že väčšinový konsenzus, ktorý sa sudcom podarilo za daných okolností dosiahnuť, je korektným výsledkom a zároveň aj naplnením stanoveného cieľa spojeneckej retribúcie.

Problematickým momentom, s ktorým sa možno v rámci kritických ohlasov stretnúť, je aj argument *tu quoque*, podľa ktorého sa majú rovnaké činy posudzovať „rovnakým metrom“. Obhajoba sa v rámci procesu viackrát pokúsila toto tvrdenie uplatniť, aj keď bezúspešne. Tribunál prakticky vždy odpovedal, že podľa Charty je jeho jurisdikcia obmedzená iba na súdenie nemeckých vojnových zločincov. Na stíhanie protiprávneho konania víťazných veľmocí kompetenciu nemal. Iba v jedinom prípade, týkajúcom sa námornej vojny, sa obhajobe podarilo uplatniť argument *tu quoque* v prospech dvoch obžalovaných Raedera a Dönitza. V ďalšom prípade bolo nepriamo uznané, že vzhľadom k anglo-americkému plánu plošného bombardovania nemeckých miest nezávisle na ich vojenskom význame a stratám nemeckého civilného obyvateľstva (predovšetkým v Hamburgu a v Drážďanoch) bude adekvátne, ak sa do norimberskej obžaloby nezahrnú útoky nemeckých striel V1 a V2, ani bombardovanie Rotterdamu, Coventry či Londýna. V konečnom dôsledku však vyznieva celá táto „matematika“ prinajmenšom zvláštne.

Záver

Pokiaľ by sme po viac ako šesťdesiatich piatich rokoch mali zhrnúť význam spojeneckej retributívnej spravodlivosti v Norimbergu, azda by sme mohli použiť slová jedného z účastníkov procesu, právneho zástupcu Otta Kranzbühlera, napísané s nadhľadom po uplynutí osemnástich rokov: „Bol

to bolestný začiatok budovania vzťahov medzi Nemeckom a západnými spojencami, ktoré existujú dodnes“.¹⁸

Medzinárodný vojenský tribunál v Norimbergu bol svojím vznikom a fungovaním jedinečnou inštitúciou, ktorá nemala priameho nástupcu. Jeho existencia (pokiaľ hovoríme o jeho zakladajúcich dokumentoch a rozsudku) výrazne obohatila medzinárodné právo jednak zavedením katalógu zločinov podľa medzinárodného práva, ako aj presadením princípu individuálnej zodpovednosti podľa medzinárodného práva. Na základe toho bol jednotlivец uznaný (i keď v relatívne obmedzených parametroch) za subjekt medzinárodného práva.

Charta Medzinárodného vojenského tribunálu sa stala dôležitým prameňom vo vývoji medzinárodného trestného práva a najmä jej článok 6 zavádzajúci novú klasifikáciu zločinov podľa medzinárodného práva v podstate nasledovali všetky neskoršie úpravy (t.j. v Štatúte Medzinárodného trestného tribunálu pre bývalú Juhosláviu, Štatúte Medzinárodného trestného tribunálu pre Rwandu, návrhu Kódexu zločinov proti mieru a bezpečnosti ľudstva a v Rímskom štatúte Medzinárodného trestného súdu).

Bibliografia:

- BRÜNING, H.: Briefe und Gespräche 1934–1945. Stuttgart (1974). – ISBN 3421016127;
- DARGE, T.: Kriegsverbrechen im nationalen und internationalen Recht: Unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes. Heidelberg (2010). – ISBN 9783642116414;
- EČER, B.: Norimberský soud. Praha (1946);
- GILBERT, G. M.: Norimberský deník. Praha (1971);
- GOODHART, A. L.: The Legality of the Nuremberg Trials. In METTRAUX, G. (ed.): Perspectives on the Nuremberg Trial. Oxford (2008). – ISBN-10 0199232334 a ISBN-13 9780199232338;
- KRANZBUHLER, O.: Nuremberg Eighteen Years Afterwards. In METTRAUX, G. (ed.): Perspectives on the Nuremberg Trial. Oxford (2008). – ISBN-10 0199232334 a ISBN-13 9780199232338;
- NICHOLLS, A.: The Nuremberg Trials: Victors' Justice or a Categorical Imperative? Dostupné na <http://www.sant.ox.ac.uk/events/lecturesarchive/nicholls.html>;
- Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. 14 November 1945–1 October 1946. 42 volumes. Nuremberg (1947–1952).

¹⁸ KRANZBUHLER, O.: Nuremberg Eighteen Years Afterwards. In METTRAUX, G. (ed.): Perspectives on the Nuremberg Trial. Oxford (2008), s. 444.

**Teória práva a pozitívne právo/
Rechtstheorie und geltendes Recht**

Čas, právo a spravodlivosť (alebo čas v práve a právo v čase)

Patrik Príbelský

Ako každý sociálny systém, i právo pôsobí v určitom a určenom priestore a čase. Zároveň však s časom i pracuje, pretože sa subjektívne pokúša pripísať určitým časovým obdobiam charakteristiku podľa vzorca pozitívny/negatívny, či progres/degres a vtláčením „časovej pečate“ objektivizovať svoje pôvodne subjektívne videnie času (časových období), či už minulého, aktuálneho či budúceho, pre aktuálne generácie „žijúce“ s normatívnym systémom.

Právo sa o čas teda intenzívne zaujíma, a to jednak v snahe vtláčiť mu „pečať“ a jednak aby ovládnutím času (teda minulosti, prítomnosti a budúcnosti) posilnilo žiadaným smerom svoju efektívnosť.

Prioritne sa vzťahom medzi minulosťou a budúcnosťou zaoberajú najmä ústavy, teda základné zákony určitej politickej entity. Ústavy sú často prospektívne zamerané, akoby operacionalizovali budúcnosť. Často sa však „utiekajú“ k minulosti, zvlášť keď chcú zvýrazniť diskontinuitu s vývojom a stavom existujúcim bezprostredne pred prijatím ústavy a kontinuitu s vývojom a stavom predminulým, teda akýsi návrat k osvedčeným hodnotám, ktoré boli v dôsledku náhleho zvratu (revolúcie) opustené a zavrhnuté. S minulosťou i budúcnosťou teda v určitom zmysle manipulujú. Hodnotením dejín totiž možno účinne ovplyvniť súčasné procesy a posilniť či prípadne oslabiť pozíciu ich aktérov¹. V snahe vytvoriť a posilniť homogenitu spoločnosti tak sa tak ústavy snažia „kodifikovať“ (kvázi)posvätný priestor a čas. Ústavy, totiž okrem svojich „klasických“ právnych funkcií, slúžia i ako „zásobník“ pamäte politického spoločenstva. Stelesňujú tak zároveň prechod od rituálnej ku textuálnej koherencii, prechod od ústnej k písomnej pamäťovej kultúre, a to prostredníctvom práva. Tento proces na druhej strane však pôsobí i na právo samotné. Právo a revolúcia sú spojené v revolučnom mýte. Revolúcia poskytuje právu „začiatok“ a právo poskytuje revolúcii „pamäť“². Revolúcie prostredníctvom práva získavajú možnosť byť „čítania

¹ Porov. KOZÁK, J.: Právo na pomezí diktatury a demokracie. Právní vyrovnání s totalitní minulostí v České republice po roce 1989. Praha (2014), s. 7.

² Porov. HALTERN, U.: Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende. In Archiv des öffentlichen Rechts. Vol. 128 (2003), s. 532.

schopné“ a tým i schopnosť byť zapamätateľné. Túto potrebu najlepšie v sebe stelesňuje ústava ako „médium“ pamäte. Konzekvence z toho vyplývajú nielen pre samotný právny text, ale i na požiadavky jeho interpretácie. Tá musí byť vykonávaná v zhode s požiadavkou „lojality“, aby sa na večné časy nezabudlo na konanie našich predchodcov. Ide o re-prezentáciu originárnej vôľe, akt replikácie pôvodného (revolučného) aktu – avšak aktuálne nie ako skúsenosti revolučnej slobody, ale ako politickej lojality³.

Ústavy, i keď sa k tomu vo väčšine prípadov oficiálne nepriznávajú, preto akoby opúšťali priestor profánný a presahovali do priestoru pôvodne posvätného. Táto skutočnosť paradoxne súvisí so vznikom moderného štátu a opustením náboženského princípu ako princípu jednotiaceho. Bolo potrebné nájsť nový jednotiaci princíp, ktorým sa na prelome 19. a 20. storočia stal národ a neskôr na konci 20. storočia ústavný patriotizmus. Spoločnosť bola síce na prvý pohľad sekularizovaná, ale opustením klasického náboženského spojiva sa objavila potreba spojiť spoločnosť na náhradnom spojive, akomsi umelom náboženstve, či kvázináboženskom princípe, prostriedkom čoho sa stal i spomínaný ústavný patriotizmus.

Mircea Eliade hovorí, že pre náboženského človeka existuje na jednej strane priestor posvätný, ktorý je zmysluplný, a na druhej strane priestory neposvätené, nemajúce vlastnú štruktúru a konzistenciu – sú amorfné. Priestor teda nie je homogénny, sú v ňom zlomy. V priestore existuje zlom, ktorý zodpovedá založeniu sveta a tento zlom ustanovuje svet. Reprezentuje pevný bod a osu celej ďalšej budúcej existencie.⁴

Jednou z úloh ústavy ako predovšetkým právneho, politického a kultúrneho regulátora spoločenských procesov danej entity je proskribovať pre subjekty viazané jej normatívnou záväznosťou, aké konanie je potrebné a vhodné pre zachovanie *status quo*, teda identity a súdržnosti politickej spoločnosti. Diferenciácia temporality práva je súčasťou procesu funkcionálnej diferenciácie modernej spoločnosti⁵. Tá, viac ako kedykoľvek inokedy, využíva historické udalosti na stabilizáciu prítomnosti a definovanie budúcnosti. Na tento účel si vytvára pre určité historické časové obdobia mytológiu, aby ju mohla vzápätí účinne využiť. I keď je otáznе, nakoľko sme objektívne schopní porozumieť minulosti, pretože mnohokrát už bolo v literatúre tematizované, či vôbec minulosť „objektívne“ bola a či jediné, čo máme, nie sú texty tu a teraz, na ktorých základe minulosť i víziu budúcnosti

³ Ibid., s. 535.

⁴ ELIADE, M.: Posvätné a profánné. Praha (1994), s. 17.

⁵ PŘIBÁŇ, J.: Právní symbolismus. O právu, času a evropské identitě. Praha (2007), s. 90–91.

voľne generujeme⁶. Ako reakcia na necitlivé narábanie s históriou v politickom a právnom priestore sa potom objavujú i názory, podľa ktorých moderné dejiny národných štátov dostatočne dokumentujú túto schopnosť histórie tvoriť mýty a ich menom vyvolávať vojny a mobilizovať celé populácie. Preto je potrebné sa oslobodiť od hľadania nejakého objektívneho rozumu v behu dejín, či hľadania nejakého objektívneho rozumu v behu dejín alebo svetového ducha humanizmu naplňujúceho sa v civilizačnom procese ľudstva a ďalších zvieracích kazajok, akými sa filozofia snaží porozumieť ľudským dejinám. Predstava, že objavíme v dejinách nejaký transcendentálny princíp, vo forme pokroku, slobody, rozumu alebo humanity, je neudržateľná.⁷

Aj v práve, ako špecifickom sociálnom systéme, môžeme z filozoficko–sociologického hľadiska operovať s dvomi základnými kategóriami času, a to s kategóriou *chronos* a *efēmeros*. Starovekí Gréci totiž rozlišovali pri úvahách o čase práve tieto dve kategórie.

Chronos je časom prázdny, je možné ho formulovať v abstraktných jednotkách⁸, teda fyzikálnych veličinách. Vyžaduje kodifikáciu konvenciami a kultúrnu kontextualizáciu a špecifikáciu prostredníctvom efémeru. Prázdny čas totiž nemôže existovať, rovnako ako prázdny priestor. Čas nemôže existovať bez dynamiky zmien založenej v trvaní materiálnych substancií⁹. *Efēmeros* je teda pluralitný čas rôznych sociálnych systémov, umožňujúci v každom sociálnom systéme zvlášť špecifickú sociálnu diferenciaciu minulosti, súčasnosti a budúcnosti¹⁰. *Kairos* tak isto nie je možné vyjadriť vo forme fyzikálnej veličiny, je to kategória vyplnená určitým dejom, takpovediac podmienená určitým poznaním subjektu.

Nie náhodou je charakteristickou črtou pojmu času aspekt pohybu, ako materiálny aspekt. Ten však zároveň predpokladá aspekt formálny, teda existenciu vnímajúceho subjektu, ktorý v pamäti uchováva dej minulý, vníma dej prítomný a očakáva dej budúci. Aspekt pohybu však pre naše úvahy súvisiace s témou vzťahu času a ústavy však nemusíme chápať prísne materiálne ako zmenu polohy telies, ale tiež ako pohyb v sociálnej rovine, teda progres, degres či stagnáciu sociálnych systémov.

Pravdou je, že právny systém, ako systém pozitívneho práva, môže fungovať vtedy, ak si ustanoví svoju vnútornú, efemérnu, štruktúru času, čím si

⁶ KOMÁREK, S.: Evropa na rozcestí. Praha (2016), s. 26.

⁷ HVÍŽĎALA, K./PŘIBÁŇ, J.: Hledání dějin. O české státnosti a identitě. Praha (2018), s. 15.

⁸ PŘIBÁŇ, J.: Právní symbolismus. O právu, času a evropské identitě. Praha (2007), s. 91.

⁹ ANZENBACHER, A.: Úvod do filozofie. Praha (1991), s. 109.

¹⁰ PŘIBÁŇ, J.: Právní symbolismus. O právu, času a evropské identitě. Praha (2007), s. 91.

vytvorí vnútornú temporalitu nevyhnutnú pre vytváranie právnych operácií¹¹. Politický a morálny systém si však tiež vytvárajú svoju vlastnú, vnútornú temporalitu, ktorá je pre ich fungovanie nevyhnutná a ktorá sa odlišuje od tej vytvorenej v rámci systému práva.

Špecifické postavenie ústavy, ktorá si môže dovoliť balansovať na hraniciach medzi systémom práva, politiky i morálky, jej však prepožičiava výnimočnú vlastnosť, a to možnosť využívať vnútornú temporalitu iných sociálnych systémov, teda politiky i morálky. Zároveň však umožňuje uvedeným sociálnym systémom prostredníctvom ústavy „vtláčať“ svoje videnie a chápanie vnútornej temporality do systému práva, teda využívať právo ako médium pre svoje chápanie času. Ako vidíme, jedná sa o proces nie jednosmerný, ale obojsmerný. V tejto súvislosti aj profesor Přibáň poukazuje na to, že časové štruktúry morálneho systému sa často kodifikujú v symbolicky právnom kontexte, čím sa ústava, zákony i ústavná judikatúra stávajú súčasťou morálneho úsilia konštituovať rámec potvrdzujúci identitu a spolupatričnosť určitej politickej entity. Systém morálky tak využíva ústavu (ako súčasť systému práva) ako nástroj kontroly sociálneho času¹².

Kolektívne bytie moderných štátov ako kultúrno-politického spoločenstva je založené na spoločne zdieľaných predsudkoch tvoriacich tmel spoločenstva doby modernej. Kolektívne či spoločne zdieľané predsudky totiž vyvierajú z minulosti, ktorá je spoločne vytáraná a zdieľaná „veľkými rozprávami“. A najmä právne dokumenty, predovšetkým ústavy, sú vhodnými médiami na prerozprávanie spoločnej histórie, teda na účinnú kodifikáciu sociálneho času, vytvorenie spojnice medzi minulosťou, prítomnosťou a budúcnosťou, na vyskladanie špecifických dejín z rôznych fragmentov minulosti a na ich perspektívne zapracovanie do očakávaní. Pojem predsudok pritom v tejto súvislosti nesmieme rozhodne vnímať len v negatívnej konotácii, i keď ju, samozrejme, nemôžeme vylúčiť, on má totiž i pozitívny význam. Môže slúžiť ako vnútorná konštrukcia, ako „tmel“, ktorý drží určitú spoločnosť pokope, dáva jej v retrospektívnom i perspektívnom pohľade zmysel. Chápanie aktuálneho času, prítomnosti je priamo závislé na vytváraní predsudkov v čase minulom a ich historicky spoločnom zdieľaní a porozumení. Ústavné princípy sú v tomto videní vlastne prostredníctvom systému práva kodifikované predsudky. Přibáň správne poukazuje na fakt, že predsudok zahŕňa „longue durée“ sociálnych inštitúcií a vyvíja sa v procese kultúrnej sedimentácie. Každý akt tvorby práva, i akt ústavodarný, potom môžeme interpretovať nielen ako konkrétnu udalosť, ale tiež ako súčasť dlhodobej kontinuálnej

¹¹ Ibid., s. 92.

¹² Ibid., s. 93.

reprodukcie konkrétnej sociálnej inštitúcie¹³. A na druhej strane každý dejinný akt, či už revolučný, alebo kontinuálny, je podriadený interpretácii, reinterpretácii či dokonca manipulácii a fabulácii prostredníctvom práva. Akty právotvornej činnosti sú konštruované prostredníctvom spoločenských predsudkov, avšak zároveň žiadané predsudky sami konštituujú, dotvárajú a využívajú. Minulosť spoločnosti je tak neustále dotváraná, či dokonca novovytváraná prostredníctvom súčasnosti, teda z perspektívy aktuálneho sociálneho času a jeho potrieb. Ak sa právny dokument rozhodne interpretovať, reinterpretovať či dokonca falzifikovať sociálnu minulosť, musí si byť jeho pôvodca vedomý toho, že zároveň nutne vytvorí napätie medzi skutočne prežitou minulosťou a jej aktuálnym uchopením. Každá snaha o (dez)interpretáciu sa viaže k procesu aktívneho zabudnutia, ktoré opúšťa chápanie dejín ako toku objektívnych okolností, ale podriaďuje ich aktuálnym záujmom¹⁴. Retrospektíva je tak pod nadvládou perspektívy. Pritom nie je v silách právneho dokumentu, toto napätie účinne zvládnuť, najmä ak nemá k dispozícii potrebné ideologické prostriedky. To platí i o justícii a najmä o súdoch ústavných, ktoré sa svojimi interpretačnými postupmi niekedy pasujú do pozície prostriedkov sociálnej zmeny. Línia „zabudnutých dejín“ totiž zostáva v aktuálnej pamäti spoločnosti hlboko vtlačená a bráni sa tlaku na násilné zabudnutie zo strany nástrojov systému sociálnej kontroly.

Moderná, na spotrebu orientovaná spoločnosť, je založená na nadmernom množstve očakávaní, ktoré nie vždy môžu byť v plnom rozsahu uspokojené. Aktuálne skúsenosti sú podmienené budúcimi očakávaniami.

Časová pečať je obzvlášť viditeľná v prípade revolúcií, keď nová ústava má oddeliť starý čas od nového, starú politiku nahradiť novou, „zlé“ právo nahradiť „dobré“. Ide o založenie nového času, nová ústava sa stáva rokom „nula“, novým letopočtom, od ktorého sa budú odvíjať „svetlé zajtrajšky“, nová budúcnosť. Príkladom môže byť napríklad i zavedenie nového počítania času v dobe francúzskej revolúcie. V prípade revolúcie vzniká naliehavá potreba a s ňou spojený naliehavý spoločenský tlak, oddeliť zrno do pliev, čo v časovej rovine možno vyjadriť snahou akcelerovať proces segregácie starej zlej doby od doby dobrej, ktorá je vytúžene očakávaná. Vo všeobecnosti revolúcia aktívne využíva minulosť, prítomnosť i budúcnosť. Minulosť sa prostredníctvom politiky a právneho systému požadovaným spôsobom reinterpretuje a následne rekonštruuje s cieľom autorizácie budúcnosti, pričom politická prítomnosť je, ako „odsúdeniahodná“ zbavovaná normativity. Revolúcia je akási „čierna diera“ naopak, pretože „požiera“ čas a kumuluje

¹³ Ibid., s. 96.

¹⁴ Ibid., s. 98.

zatiaľ neusmernenu energiu. Revolúcie preto symbolizujú rýchly čas, ktorý prikazuje zmenu a hľadá vlastnú stabilizáciu¹⁵.

Samotná revolúcia, ako symbol rýchlych zmien a rýchleho času teda vyžaduje svoju stabilizáciu, každá zmena musí byť konečná, musí sa stať novou prítomnosťou, pretože tá stará bola odmietnutá. Suverén, formou realizácie ústavodarnej moci vytvorí nový začiatok, ktorý sa prijatím novej ústavy definitívne stáva prítomnosťou. Výnimka, zmena sa ústavou legalizuje do stability votkanej v aktuálnej prítomnosti. Ústavodarný akt je procesom sprítomnenia politickej budúcnosti, ktorý revolúciu dokončuje¹⁶. Zo zmeny, výnimky z dovtedajšieho behu času, sa stáva normalita. S empiricky i ideologicky novým časom/novými časmi v rovine politickej vzniká nové normatívne ohnisko, nová Grundnorma v rovine právnej. Symbolický čas je tak zovretý do klieští právnej procedúry, čím deštruktívna sila politiky dostala ohlávku.

V súvislosti s pôsobením temporality v ústave a vôbec, s využitím času právom a využitím práva časom prichádzame k pojmu tzv. kolektívnej pamäte, ako spôsobu sebareflexie politickej entity. Potreba sebareflexie nutne vyvoláva tlak na kodifikáciu kolektívnej pamäte, ktorá je zasa základným predpokladom možnosti sebareflexie. A najvýhodnejší na kodifikáciu je právny kód, ustanovenie kolektívnej pamäte prostredníctvom právnej procedúry, ktorá ponúka okrem pátosu a zvláštnej formy „posvätnosti“ aj právnu vynútiteľnosť. Okamihom právnej kodifikácie narábame (môžeme narábať?) s k kódom legálny/ilegálny, a to paradoxne i v oblasti sociálneho času.

Ďalšou úlohou právnej kodifikácie času v momentoch sociálnych zmien je umožnenie a dosiahnutie vyrovnania sa s minulosťou a vyriešenie s tým spojených otázok formálnej a materiálnej (dis)kontinuity nastupujúceho právneho, politického i morálneho systému s predchádzajúcim.

Zákonodarca sa dokonca niekedy snaží formou zvláštneho zákona kodifikovať určité minulé časové epochy ako spravodlivé, či nespravodlivé a ich režimy ako zákonné či nezákonné. To je napokon i predmetom na území ČR a SR prijímaných zákonov o protiprávnosti komunistického režimu. Je však otázne, či „odsúdenie“ určitej časovej epochy môže byť realizované prostredníctvom právneho jazyka a právneho systému. Zákon totiž nemôže (nemal by?) autoritatívne definovať určité časové obdobie ako spravodlivé či nespravodlivé a zaväzovať tým budúcich normotvorcov a zákonodarcov. To

¹⁵ Ibid., s. 104.

¹⁶ Ibid., s. 106.

je parketa ústavy¹⁷. I keď otázne je, či si takéto hodnotenie môže „uzurpovať“ i samotná ústava. I ústava je totiž právnou normou a charakteristika určitého obdobia v kategórii dobrý/zlý je vlastne snahou o vtláčenie pečate „pravdy“ o určitom historickom období. A tu narážame na problém pravdivosti noriem, teda či v súvislosti s normami môžeme hovoriť o kategórii ich pravdivosti, respektíve nepravdivosti. Norma je totiž produktom kognitívno-voľnej ľudskej činnosti a na rozdiel od výroku nekonštatuje existenciu akýchsi vlastností nejakého prvku. Norme preto nielenže nemožno priradiť hodnoty pravdivosti, ale nemožno ani uvažovať o zmysle takého priradenia¹⁸. Kategória pravdivosti preto právnym normám príliš „nesvedčí“, o čom nás presvedčajú totalitné ideológie, ktoré v priebehu 20. storočia „kanonizovali“ svoju historickú „pravdu“. Právne normy by sa preto mali vyhýbať na jednej strane kanonizovaniu historickej pravdy, na druhej strane však nemôžu rezignovať (a to sa týka zvlášť noriem ústavných) na svoju axiologickú funkciu. Vhodným východiskom sa preto javí vyhnúť sa explicitnému hodnoteniu určitého časového obdobia a namiesto toho skôr vytvoriť podmienky na zabránenie opakovania určitých chýb minulosti formou pozitívneho zakotvenia určitých princípov, ktoré zabránia opakovaniu sa „neželanej“ histórie.

Problém kontinuity so „starým“ právom sa dostával na otázku dňa vždy po výraznejších sociálnych zmenách vytvárajúcich dostatočne silný potrebný tlak na zmenu právnej úpravy. A keďže právny systém v záujme svojho vlastného efektívneho zachovávanía operuje s princípom právnej istoty bolo potrebné upraviť vhodnú formu riešenia napätia medzi požiadavkou právnej reflexie sociálnej zmeny a požiadavkou onej právnej istoty – teda ochrany nadobudnutých práv. Bolo skrátka potrebné stanoviť jasnú hranicu, ktorú už revidovanie práva nemá prekročiť. Touto hranicou sa stala prípustná retroaktivita. Všetko čo zostalo za hranicou prípustnej retroaktivity bolo vyňaté z dispozičnej právomoci práva a prenechané súdu dejín, ktorý vykoná história. To, čo zostalo pred hranicou, bolo ponechané v dosahu nového zákona, a teda práva tvoreného novým zákonodarcom a pomerovateľného ohniskom nového právneho poriadku.

Spor o minulosť, o nadväznosť, kontinuitu či diskontinuitu je zo svojej podstaty automaticky sporom o budúcnosť, pretože ten kto drží v rukách kľúč od legálneho výkladu minulosti, je pánom budúcnosti. V tomto kontexte je značná časť legálneho výkladu dôb minulých zverená do rúk sudcov. Uvedeným postupom (či už zo strany legislatívy alebo justície) vznikajú účinné legálne mýty, prípadne i bludy s jasným legitimizačným

¹⁷ POROV. ŠAMALÍK, F.: Ústava sevřená v protikladech restaurace. Brno (2008), s. 108.

¹⁸ POROV. HOLLÄNDER, P.: Filosofie práva. Plzeň (2012), s. 257.

podtextom. Z vykladača sa tak ľahko môže stať manipulátor, a to všetko v háve legality.

Nový suverén musí najmä v časoch sociálnych zvrátov rozhodnúť, čo zabudnuté bude a čo už nie. Ak sa rozhodne pre diskontinuitu s minulosťou, teda zabudnutie zavrhne, musí počítať s určitou dávkou nestability. Naopak potom, daňou za zachovanie stability je nutnosť formálnej kontinuity s minulosťou a odloženie „účtovania“ so starými poriadkami¹⁹. Aj pri radikálnej diskontinuite však určitý čas existuje „významová medzera“, ktorá spôsobuje, že prežíva „minulá“ politická a spoločenská prax pri posudzovaní významov existujúcich inštitútov a zároveň existuje vákuum, akým konkrétnym významom naplniť nové inštitúty. V tejto situácii sa stáva dôležitou existencia a úloha oficiálneho interpretátora obsahu právnych predpisov tak z doby minulej, ako i novej.

Rozhodnutie suveréna o tom, či zvolí cestu postupnej kontinuity alebo prísnej diskontinuity s minulými poriadkami, však nemusí byť motivované výlučne len hodnotovými diskrepanciami. Často hrá dôležitú úlohu prioritne ekonomický záujem, keď urýchlená ekonomická transformácia má pretnúť akékoľvek väzby s minulým režimom a umožniť založenie nových ekonomických vzťahov a základov spoločnosti. Hodnotová zmena sa potom môže javiť druhoradou, i keď tomu tak nutne po hlbšej úvahe o podstate transformácie byť nemusí. Na tomto mieste možno ako príklad uviesť československú cestu transformácie po roku 1989.

¹⁹ KOZÁK, J.: Právo na pomezí diktatury a demokracie. Právní vyrovnání s totalitní minulostí v České republice po roce 1989. Praha (2014), s. 17.

Právna istota*

Eduard Bárány

Tento text je voľným pokračovaním úvahy na rovnakú tému, ktorú som mal česť uviesť roku 2012 v publikácii *Exemplo ducti*, Pocta k životnému jubileu Jozefa Prusáka. Dr. h. c. mult. prof. JUDr. Peter Blaho, CSc. bol pre mňa spojený s tým istým prostredím a tradíciou ako jeho kolega, s prostredím univerzity a tradíciou poctivej právnej vedy. Preto som si dovoľil po niekoľkých rokoch v žiaľ už posmrtnej pocte prof. Blahovi uvažovať o rovnakej téme ako pred šiestimi rokmi v *Exemplo ducti*.

Právna istota tvorí podstatnú časť zmyslu práva a aj jej prostredníctvom prispieva k civilizovaným podmienkam života. Na prvý pohľad síce pôsobí menej vznešeným dojmom ako spravodlivosť, ale v šedi každodennosti realizácie práva je prinajmenej rovnako dôležitá. Postmoderná situácia a v jej rámci zvlášť právny pluralizmus však dramaticky menia charakter, štruktúru a vnímanie právneho poriadku i postupy jeho realizácie. Predvídateľnosť sa i vo svete práva a pre profesionálnych právnikov stáva nedostatkovým tovarom. Odpoveď na otázku, čo odo mňa právo vyžaduje je stále zložitejšia a neistejšia.

Problém právnej istoty sa vynára pri práci nad mnohými teoretickoprávnymi témami, pri vymedzení práva, tvorbe práva, jeho realizácii, právnom štáte, výklade práva a bolo by vlastne ťažké nájsť tému, s ktorou nesúvisí.

Pre G. Radbruchu vytvára právna istota spolu s účelom (účelmi) práva a spravodlivosťou ideu práva.¹ V novšom právnom myslení ostáva nezaslúžene v tieni ostatných dvoch súčastí myšlienky práva a venuje sa jej menšia pozornosť, hoci v bežnom právnom živote, teda mimo situácie extrémne neznesiteľnej nespravodlivosti práva a (alebo) jeho realizácie predstavuje prinajmenej rovnocenný prvok idey práva.

Ani základné právne pojmy vrátane práva samotného nie sú vymedzené a chápané jediným všeobecne prijatým spôsobom, a tak je už v záujme

* Tento príspevok bol spracovaný v rámci projektu APVV-15-0267 s názvom „Právny pluralizmus: zmeny v chápaní práva“.

¹ RADBRUCH, G.: Rechtsphilosophie: Studienausgabe. In DREIER, R./PAULSON, S. L. (eds.). Heidelberg (2003), 73n.

správneho pochopenia teoretickoprávneho textu vhodné ich na úvod vymedziť alebo sa prihlásiť k ich niektorému významu. V rámci tejto úvahy sa pod právnou istotou chápe predvídateľnosť konania účastníkov právnych vzťahov a zvlášť orgánov verejnej moci. Pokus o vymedzenie právnej istoty vyžaduje prinajmenej dve poznámky. Zdanlivo paradoxne môže jej načrtnutému chápaniu vyhovieť aj predvídateľné konanie *contra legem*, napríklad ustálená protiprávna prax tiež poskytuje nezanedbateľnú mieru predvídateľnosti konania (právnej istoty) orgánu verejnej moci. Štandardne však právnej istote prospieva dodržiavanie práva, lebo, okrem sledovania reality procesov realizácie práva, tu i text právnej normy poskytuje vierohodnú informáciu o budúcom konaní subjektov práva a orgánu verejnej moci. Právna istota *contra legem* teda predstavuje formálnu možnosť, ktorá sa len veľmi zriedka naplní.

Ústavný súd Slovenskej republiky v rozhodnutí PL. ÚS. 7/2017-159 na strane 132 vyslovil: „Keďže občania boli v posudzovanom prípade sklamaní vo svojej legitímnej dôvere v právny poriadok, čo nepochybne porušilo ich právnú istotu ...“. Dôveru v právny poriadok aj právnú istotu pripísal neurčitej mase občanov a nie jednotlivcovi v rámci jeho právnych vzťahov, ktorých je účastníkom a možno ešte širšie, v rámci právne relevantného konania iných vrátane a hlavne orgánov verejnej moci, voči nemu. Dôvera v právny poriadok sa týka obsahu práva, teda toho, či právo svojím obsahom aj uplatňovaním vzbudzuje dôveru. Neobmedzuje sa na právne vzťahy jednotlivca (alebo iného subjektu práva), a to ani pokiaľ ide o zdroje či vznik, ani pokiaľ ide o jej pôsobenie. Vyrastá aj z atmosféry či prostredia danej spoločnosti, z jej tradícií a patrí do rámca právnej kultúry. Súvisí s právnou istotou, ale výrazne sa od nej líši. Právnemu poriadku možno dôverovať aj napriek, ba azda i vďaka jeho neznalosti, ale predvídať konanie účastníkov právnych vzťahov možno len na základe nejakej znalosti, napríklad ich predchádzajúcich konaní alebo noriem upravujúcich konanie. Právna istota sa viaže na konkrétne fyzické alebo právnické osoby s ich konkrétnymi právnymi vzťahmi. Právnu istotu konkrétneho subjektu práva porušuje to, čo znižuje predvídateľnosť konania účastníkov právnych vzťahov voči nemu.

Uvedená formulácia ústavného súdu predstavuje len jeden príklad nedostatočného rozlišovania dôvery v právny poriadok a právnej istoty. Zároveň problematcky pripisuje právnú istotu mase občanov mimo ich právnych vzťahov (ako jednotlivcov) a mimo uplatňovania práva voči nim.

V úvahe o právnej istote sa ponúka inšpirácia časťou právneho realizmu, zvlášť legendárnou formuláciou O. V. Holmesa: „Predpovede toho, čo urobia v skutočnosti súdy a nič náročnejšie, sú tým, čo myslím

pod pojmom právo², ktorá ako keby redukovala ideu práva na časť právnej istoty“. O. V. Holmes mal pravdu do tej miery, že právo chápané ako súbor noriem nejakých vlastností je aj súborom predpovedí toho, čo urobia súdy. Nesprávne však obmedzil právo výlučne na súbor predpovedí konania, a to ešte navyše konania súdov. Zároveň opomína otázku, prečo nejaký text obsahuje predpovede konania. Len časť práva upravuje konanie súdov a je súdmi priamo presadzovaná. Väčšina realizácie práva nie je dielom súdov ale (ne)konania iných adresátov práva. Toto ich (ne)konanie skutočne predpovedá právo a správnosť jeho predpovedí závisí vo veľkej miere od (ne)zachovávania právnych noriem adresátmi práva. Správnosť predpovedí konania je významne spoluurčená jeho predvídateľnosťou.

V duchu Holmesovej formulácie je teda právna istota určená aj jednoznačnosťou právnych noriem chápaných ako predpovede (ne)konania ich adresátov. Úvaha o právnej istote vedie k pohľadu zo zorného uhla adresáta práva, ktorý je nositeľom či subjektom právnej istoty. Predvídateľnosť konania účastníkov právnych vzťahov je síce na jednej strane silne objektívnou, ale vzhľadom na praktickú povahu práva nadobúda zmysel až ako predvídateľnosť adresátom právnej normy. Predvídateľnosť konania adresátov práva právnou vedou alebo skúseným právnikom je niečo iné ako predvídateľnosť adresátom práva. Významnou časťou alebo stránkou právnych služieb, ktoré poskytujú advokáti svojim klientom, je predvídanie (prognóza) ďalšieho vývoja ich kauzy, teda konania ďalších adresátov práva voči nim.

Právna istota je hlavne v podmienkach formálneho právneho štátu dôsledne rešpektujúceho princíp legality konania orgánov verejnej moci a právnej kultúry s vysokou mierou zachovávania práva do značnej miery funkciou zrozumiteľnosti textov prameňov práva vo formálnom zmysle a aj pre laika pochopiteľných a, samozrejme, korektne uplatňovaných metód výkladu práva. Nezrozumiteľnosť práva pre jeho adresáta vedie v horšom prípade k chaosu a rozvratu právnej istoty a v lepšom prípade k ustálenému poriadku vecí nezávislému na práve, ktorý môže založiť právnu istotu *extra ius*.

Požiadavka zrozumiteľnosti práva, teda v rámci veľmi konzervatívneho prístupu textov obsahujúcich právne normy, bola mnohokrát nastolená. „Predpoklad inteligibilného zákonodarcu tvrdí, že ak chápeme určité znaky ako text zákona, implicitne predpokladáme, že tento text vytvorila nejaká osoba, že táto osoba mala úmysel k niekomu prehovoriť (komunikačný úmysel), že mala úmysel prehovoriť o niečom (sématický úmysel) a že vedela

² HOLMES, O. V.: The Path of the Law. In Harvard Law Review. Vol. 10 (1897), No. 8, s. 461.

svojimi jazykovými zručnosťami prehovoríť spôsobom, ktorý prekročil prah základnej zrozumiteľnosti“.³

Formulácia M. Káčera ide za hranice požiadavky zrozumiteľnosti textu obsahujúceho právne normy, lebo koniec koncov postuluje ju ako predpoklad alebo asi vyvrátiteľnú domnienku. Keď L. L. Fuller zaradil medzi svojich osem požiadaviek vnútornej morálky práva jasnosť zákonov⁴, tak tým hovoril inými slovami o zrozumiteľnosti textu obsahujúceho právne normy. Jasný a nezrozumiteľný zákon je formulácia mimo rozumnosti.

Súčasťou odpovede na otázku prečo má byť právo zrozumiteľné, predstavuje právna istota. Možno si predstaviť despota, ktorý dbá na zrozumiteľnosť ním vydávaných právnych predpisov preto, aby ich adresáti konali presne podľa jeho predstáv a ich právna istota mu je ľahostajná. V podmienkach súdobej európskej právnej kultúry je však ťažko predstaviteľné takéto prehliadanie záujmu a zorného uhla adresáta práva. Navyše zrozumiteľnosť práva spravidla prospeje právnej istote adresáta práva bez ohľadu na zámer jeho tvorca.

Zrozumiteľnosť textu prameňa práva vo formálnom zmysle je jeho relatívnou vlastnosťou. Odhliadnuc od málo pravdepodobnej situácie, keď text nedáva pri použití žiadnych metód výkladu a analýzy zmysel, možno rozlišovať mieru zrozumiteľnosti textu pre jeho rôznych čitateľov. V prípade textu prameňa práva vo formálnom zmysle a vzhľadom na praktickú povahu práva vystupuje do popredia zrozumiteľnosť textu normatívneho právneho aktu pre profesionálneho právnik a pre adresáta práva, čiže pre toho, koho konanie daná právna norma reguluje. Samostatnú kapitolu predstavuje jeho zrozumiteľnosť pre právnu vedu, ktorá však v zásade nepostačuje. Právna veda síce pomáha a sprostredkuje porozumenie textu prameňov práva vo formálnom zmysle hlavne pre profesionálnych právnikov, ale ak si porozumenie tomuto textu vyžaduje vedeckú analýzu, tak to znamená, že je pre prax nedostatočne zrozumiteľný.

Na tomto mieste azda prospeje pripomenúť samozrejmosť, že právo je síce všeobecne záväzné, čiže platí pre každého, ale jeho rôzne časti v skutočnosti regulujú konanie rôznych subjektov práva (fyzických alebo právnických osôb) a v konečnom dôsledku zatiaľ konkrétnych ľudí. Prakticky významná je zrozumiteľnosť časti právneho poriadku hlavne pre toho, koho konania upravuje. Zrozumiteľnosť pre právnik a profesionála nadobúda praktický význam vtedy, keď je skutočne možné, aby adresát práva využil pri

³ KÁČER, M.: Na okraji krajnej núdze. O prepisovaní zákonov počas ich aplikácie. Praha (2015), s. 71.

⁴ FULLER, L. L.: Morálka práva. Praha (1998), s. 63.

rozhodovaní o svojom konaní a pri predvídaní konania iných voči nemu jeho služby. Patrí sa spomenúť aj situáciu, keď je adresátom práva profesionálny právnik.

Právna úprava dohľadu nad finančným trhom, teda vzťahov medzi Národnou bankou Slovenska a subjektmi finančného trhu môže byť napísaná vysoko odborným jazykom, ktorý je plne zrozumiteľný len pre špecializovaných právnikov a ekonómov a jeho výklad si vyžaduje ovládanie náročných interpretačných metód. Od bánk možno spravodlivo očakávať, že si zabezpečia kvalifikovaných ekonómov a právnikov. Dohľad nad finančným trhom má síce význam pre riadne fungovanie bankového sektora a tým koniec koncov pre skoro každého, ale jeho právna úprava reguluje len profesionálnych adresátov práva. Porozumenie zákonu č. 747/2004 Z.z. o finančnom trhu je aj pre právника náročnou úlohou a zídu sa mu konzultácie s ekonómom pôsobiacim v bankovom sektore.

Dedičské právo hmotné by malo zodpovedať predstavám danej spoločnosti o správnom prechode majetku *mortis causa*. Týka sa každého, ale uplatňuje sa v živote len veľmi zriedka a jeho predmetom bývajú väčšie hodnoty. Realizuje sa vždy prostredníctvom právnikov profesionálov (notárov), a teda môže byť napísané spôsobom, ktorý je pre neprávnikov plne zrozumiteľný až s pomocou právnikov. Siedma časť občianskeho zákonníka nazvaná dedenie v zásade zodpovedá týmto požiadavkám. Kúpa v obchode je niečím čo človek robí nevyhnutne a denne, neuvedomujúc si, že uzatvára kúpno-predajnú zmluvu. Právna úprava sa tu stáva pre kupujúceho zaujímavou až keď nastanú závažné problémy a nejde o vec malej hodnoty, ale pre predávajúceho predstavuje usmernenie jeho podnikania. Ustanovenia §§ 612 až 627 občianskeho zákonníka sú však paradoxne hlavne v záujme ochrany kupujúceho príliš zložité a rozsiahle na to, aby si ich bol tento v každodennosti vedomý.

Už na základe uvedených príkladov možno vysloviť hypotézu, že zrozumiteľnosť práva alebo presnejšie textu prameňa práva vo formálnom zmysle treba posudzovať zo zorného uhla jeho adresáta, a teda niet univerzálneho, na celý právny poriadok uplatniteľného štandardu požiadaviek zrozumiteľnosti na formuláciu textu prameňov práva. Právo má byť zrozumiteľné pre jeho adresáta.

Analogicky možno pristúpiť aj k vhodnosti použitia rôznych metód výkladu. Pri výklade právnej úpravy bankového dohľadu možno rozvinúť bohaté metodologické inštrumentárium poskytované právnou vedou i praxou. Pri výklade dedičského práva sú vhodné len metódy, ktorých využitie dokáže vzdelaný neprávnik sledovať s pomocou právnikov. Pri výklade právnej úpravy kúpy v obchode je vhodné neprekročiť zjavný význam textu pre laika.

Predchádzajúce riadky mlčky predpokladali: 1. relatívne vysokú mieru zachovávanía práva; 2. platnosť jediného a relatívne jednotného právneho poriadku na určitom území.

Ani jeden z uvedených predpokladov nie je v postmodernej dobe a ani vo vyústení postmodernej samozrejmosťou.

Teoreticky či formálnologicky je možný aj stav právnej istoty *contra legem*, čiže štandardného, a teda i predvídateľného konania účastníkov právnych vzťahov aj orgánov verejnej moci v rozpore s právom. Text prameňa práva vo formálnom zmysle je však aj nosičom informácií o požadovanom/predpísanom konaní adresátov práva. Predstavuje nielen, ale aj významnú informáciu o budúcom konaní adresátov práva. Táto stránka práva súvisí s citovanou formuláciou O. W. Holmesa. Rozpor medzi ustálenou praxou konania účastníkov právnych vzťahov a právnymi normami ako obsahom textov prameňov práva vo formálnom zmysle nastoľuje viacero teoretických i praktických otázok napríklad chápanie platnosti práva. Určite ale neprospieva právnej istote.

Minulá čiže moderná doba priniesla platnosť jediného hierarchicky usporiadaného právneho poriadku na určitom území a už platnosť rôznych systémov súkromného práva v rôznych častiach štátu sa pokladala za neželateľnú. Právne dualizmy a trializmy medzivojnového obdobia boli dedičstvom o prekonanie ktorého sa Poľsko, Československo a Juhoslávia húževnato usilovali. Právny pluralizmus, alebo „Právo v pluráli je hádankovým upozornením, že modernému Západu vlastná paradigma jedného všeobecne záväzného práva vynucovaného centralizovaným štátom sa stretáva s impulzmi, ktoré narúšajú jeho celistvosť (a koherenciu)“.⁵ Existuje mnoho podôb a chápaní právneho pluralizmu, ktoré sa opierajú o výskum práva platného v rôznych dobách a na rôznych miestach, napríklad v postkoloniálnej Afrike, centrálnom New Yorku, favelas brazílskych veľkomiest, Európskej únii atď. Ich spoločným znakom je, že na tom istom území súčasne platí pre tých istých adresátov práva viac (ako jeden) právnych systémov. Táto úvaha pracuje s veľmi úzkym a prísnyim vymedzením právneho pluralizmu ako situácie, keď na tom istom území, pre tých istých adresátov práva platí súčasne viacero právnych systémov, ktoré neraz regulujú ten istý právny vzťah. V Európskej únii je bežné, keď ten istý právny vzťah upravujú normy patriace k právnemu poriadku národného štátu, právu EÚ, právnemu poriadku spojenému s Radou Európy (hlavne judikatúra Európskeho súdu pre ľudské práva) a možno i k ďalším. Pri spätnom pohľade

⁵ COLOTKA, P./KÁČER, M./BERDISOVÁ, L.: Právna filozofia dvadsiateho storočia. Praha (2016), s. 120.

do dejín právneho myslenia možno nájsť predobraz právneho pluralizmu už v známej formulácii H. Kantorovicza, ktorý v polovici 20. storočia napísal: „V skutočnosti je štátne právo len jedným z mnohých druhov práva nachádzajúcich sa v štáte a medzi týmito rôznymi druhmi sú rozpory rovnako nevyhnutné ako neodstrániteľné“.⁶ Nevedno, či by H. Kantorovicz súhlasil so svojím zaradením medzi právnych pluralistov, ale pre úvahu o právnej istote je dôležité, že súčasnú platnosť viacerých právnych systémov na tom istom území pokladal za zdroj ich rozporov a zároveň si uvedomil prítomnosť viacerých „druhov“ práv, okrem právneho poriadku štátu.

Na stretoch týchto právnych poriadkov vznikajú niektoré nové javy (aplikačná prednosť, hybrid obnovy konania a kasácie), ktoré riešia pre adresáta práva významné situácie stretov právnych systémov pri regulácii jeho konania. Ide o koncepcie, ktorých uplatnenie býva náročné aj pre právnikov. Do akej miery sú zrozumiteľné pre laického adresáta noriem patriacich k rôznym právnym systémom? Ich nesprávne použitie alebo opomenutie pre neho môže mať nepriaznivé následky. Veď neznalosť práva a ani jeho nesprávne pochopenie neospravedľujú.

Zo zorného uhla adresáta práva sa situácia právneho pluralizmu môže javiť ako jeden nejednotný právny poriadok s viacerými centrami, kde Kelsenovskú pyramídu právnej sily aspoň čiastočne nahrádza sieť takýchto menších hierarchií s premenlivými a nie úplne jednoznačnými vzájomnými vzťahmi. Pohľadu adresáta práva v právnom pluralizme dobre zodpovedá poľsko-česká koncepcia polycentrického právneho systému: „Polycentrizmus si vyžaduje prijatie samotného faktu, že rôzne centrá môžu záväzne vyplňať svojim pôsobením ten istý právny priestor (v rovine tvorby práva, ako aj jeho pôsobenia, teda výkladu a aplikácie)“.⁷ Polycentrizmus a sieťová štruktúra právneho poriadku sú v zásade zložitejšie ako jeho minulé hierarchická výstavba. Táto väčšia zložitosť zvyšuje nároky na adresáta práva a zvlášť sťažuje poznanie pre daný prípad všetkého relevantného práva. Adresát práva sa už nezaobíde bez elektronického právneho informačného systému.

Predvídanie konania účastníkov právnych vzťahov aj orgánov verejnej moci len na základe poznania relevantných častí práva sa stáva stále ťažšie až nemožné. Preto sa pre právnu istotu stáva stále dôležitejším ustálený poriadok vecí. V postmodernej situácii charakterizovanej aj zrýchľujúcim sa prúdom zmien, keď sa reforma stala čarovným pozitívnym heslom, je však práve zaužívaný a ustálený poriadok vecí nedostatkovým tovarom.

⁶ KANTOROVICZ, H.: Der Begriff des Rechts. Göttingen (1958), s. 96.

⁷ ŁĘTOWSKA, E.: Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje. In Państwo i Prawo. Vol. 60 (2005), No. 4, s. 4.

Volanie po právnej istote naráža v postmodernej situácii i jej vyústení, ktoré sú spojené s nástupom a konsolidáciou informačnej spoločnosti na zložitost' a rýchly vývoj informačných technológií, nevyhnutných pre plnohodnotnú účasť na živote spoločnosti. Tieto technológie spoluurčujú podobu veľkých oblastí života spoločnosti/sociálnych subsystémov aj ich právnej úpravy. Okrem IT profesionálov je vo vzťahu k informačným technológiám, teda počítačom, mobilným telefónom, tabletom atď. skoro každý v úlohe viac či menej chápaného a zručného užívateľa, čo začína platiť aj pre veľké časti právneho poriadku spojené s týmito technológiami. Logika tejto časti práva reaguje na jeho ťažkú zrozumiteľnosť pre jej adresátov a presúva ich z pozície subjektov práva presadzujúcich a chrániacich svoje záujmy a práva vlastnými právnymi úkonmi bližšie k postaveniu objektu ochrany, ktorý právo a ním zriadené alebo aspoň uznané inštitúcie bránia pred časťami sveta a práva, ktorým nerozumie. Jeho právna istota tu nadobúda podobu predvídateľnosti poskytnutia služieb alebo iných plnení pod ochranou niekoho tretieho, obvykle orgánu verejnej moci. Píšem o ochrane spotrebiteľa a osobných údajov.

Na základe uvedeného možno azda sformulovať hypotézu, že právnú istotu už neohrozujú ani tak zlovoľné a nepredvídateľné režimy ako zložitost', premenlivosť, rozsah a pluralizmus práva a nevyhnutne i jeho výkladu. Všetko to je ľudským dielom, ale len v malej miere prístupným cieľavedomému rozhodovaniu a zmene. Dodržiavanie príliš zložitého, nejednotného (právny pluralizmus) a pre adresáta nezrozumiteľného práva členitým systémom orgánov verejnej moci (deľba moci, systém brzd a protiváh, nezávislosť atď.) nevedie k predvídateľnosti konania orgánov verejnej moci, ani ďalších účastníkov právnych vzťahov. Adresát práva síce dôvodne verí, že voči nemu bude postupované podľa práva, ale zistiť z práva aký tento postup bude je buď vôbec mimo ich možností alebo to vyžaduje úsilie neprímerané významu danej veci. A tak nastupuje ustálená prax, obvyklý poriadok vecí, keď adresát práva predpokladá, že bude tak ako obvykle.

V texte o právnej istote asi nemožno opomenúť jej vzťah k ďalšej súčasti idey práva, spravodlivosti, ktorého sa týka legendárna Radbruchova formula: „Konflikt medzi spravodlivosťou a právnou istotou sa má vyriešiť tým, že pozitívne stanovením a mocou zabezpečené právo má prednosť aj vtedy, keď je obsahovo nespravodlivé a neúčelné, okrem toho, keď rozpor pozitívneho zákona so spravodlivosťou dosiahol neznesiteľnú mieru, keď má zákon ako ‚nesprávne právo‘ (unrichtiges Recht) ustúpiť spravodlivosti“.⁸ Radbruchova formula vznikla ako reakcia na hrôzy nacistického režimu v Nemecku, keď

⁸ RADBRUCH, G.: Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht. Stuttgart (1950), s. 353.

sa vynorila otázka potrestania páchatel'ov (zlo)činov, ktoré boli v čase svojho vykonania v súlade s právom, ale ich neľudskosť stála mimo rozumných pochybností. Neskôr bola opakovane (zne)užitá po zmene režimov. Dnes by v obdobnej situácii nastúpilo medzinárodné právo trestné.

Uvedená formula predstavuje pokus o východisko z bezprecedentnej situácie a sudca ani adresát práva sa s obdobnou situáciou s pravdepodobnosťou hraničiacou s istotou nestretnú. Je návodom pre hraničnú situáciu a rieši jadro a každodennosť vzťahov právnej istoty a spravodlivosti, lebo tu nejde o konflikt neznesiteľne nespravodlivého zákona a jasného pocitu (ne)spravodlivosti, ale o večné napätie medzi individuálnosťou každého adresáta práva, jeho konania a situácie s právom, ktoré túto individualitu nemôže plne zohľadniť. Na tomto mieste prospeje myšlienka iného nemeckého právneho mysliteľa 20. storočia C. W. Canarisa, ktorý upozornil na vnútorné napätie v rámci samotnej spravodlivosti, keď napísal „... ,individualizujúca tendencia‘ spravodlivosti, ktorá pôsobí proti myšlienke systému spočívajúcej na ,generalizujúcej tendencii‘ ...“⁹. Na inom mieste tej istej knihy označil tendenciu k zovšobecneniu v práve za jednu z konkretizácií príkazu k spravodlivosti (Gerechtigkeitsgebot).¹⁰

Naznačené napätie v rámci koncepcie spravodlivosti preniká aj do rámca právnej istoty. Na prvý pohľad je právnej istote spočívajúcej v predvídateľnosti bližšia generalizujúca tendencia spravodlivosti vedúca k rovnoprávnosti, teda k zohľadňovaniu len právom predvídaných častí skutkového stavu a vlastností adresátov práva. Je jej vlastná aj redukcia komplexity, lebo si zo zložitosti sveta a človeka v ňom všima len to, na čo ukazuje právo.

Individualizujúca tendencia vedie k zohľadneniu viacerých prvkov skutkového stavu a vlastností adresáta práva. Nevyhnutne dáva väčší priestor pre zohľadnenie jedinečnosti. Namiesto predvídateľnosti konania sa spája viac s dôverou v konanie, či s „predvídaním často bližšie neurčenej spravodlivosti“.

Radbruchova formula vznikla z extrémnej situácie a rieši extrémne situácie, ale každodennej „prevádzke práva“ viac zodpovedá Canarisove rozlíšenie individualizujúcej a generalizujúcej tendencie v rámci spravodlivosti, keď právnu istotu v zmysle predvídateľnosti konania účastníkov právnych vzťahov a zvlášť orgánov verejnej moci viac podporuje tendencia generalizácie. Nejde tu o čierno-biely rozdiel a rozpor, ale o kontinuum a napätie medzi jeho vzdialenými bodmi. Slabinou Canarisovho rozlíšenia tendencií je,

⁹ CANARIS, C.-W.: System denken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschem Privatrechts. Berlin (1983), s. 112.

¹⁰ Ibid., s. 17.

že nepredstavuje návod na riešenie žiadnej kauzy, ani na konanie, ale štruktúrovaním prispieva k poznaniu. Nie je argumentom, ale poznatkom či aspoň hypotézou.

Napätie medzi právnou istotou a spravodlivosťou je menej významné ako medzi právnou istotou a účelnosťou práva a jeho realizácie. V tejto súvislosti sa nemožno vyhnúť Ihringovej vete „... účel je tvorcom celého práva, že niet právnej vety (Rechtssatz), ktorá by za svoj pôvod nevďačila nejakému účelu, čiže praktickému motívu“.¹¹ Spravodlivosť potom možno chápať aj ako jeden z početných účelov práva. Veľká časť práva sa len mierne dotýka spravodlivosti a je skoro spravodlivostne indiferentná, či v tomto zmysle „nespravodlivá“. Každá zmena práva a jeho výkladu však zasahuje do právnej istoty a len ak je nový text alebo jeho výklad zrozumiteľnejší a jednoznačnejší, tak môže zvýšiť predvídateľnosť konania účastníkov právnych vzťahov a zvlášť orgánov verejnej moci. Premennivosť a početnosť účelov (záujmov) sledovaných v postmodernej spoločnosti a právnom štáte prostredníctvom tvorby (zmeny) a realizácie (výkladu) práva vedie k napätiu účelnosti a právnej istoty, ktoré je prakticky významné.

Táto úvaha sa zakladá na nevyslovenom predpoklade, že právna istota predstavuje významnú pozitívnu hodnotu, o ktorú je možné a má význam sa usilovať.¹² Snaží sa prekonať dojem navodený azda popularitou Radbruchovej formuly, že právna istota je to, čo má ustúpiť spravodlivosti. Problémom právnej istoty v skutočnosti nie je vzťah so spravodlivosťou, ale sila faktorov znižujúcich pre adresáta práva predvídateľnosť konania účastníkov právnych vzťahov vrátane orgánov verejnej moci, napriek vysokej miere dodržiavania práva alebo aspoň tých jeho častí, ktoré adresát práva pozná a sú pre neho zrozumiteľné. V spoločnosti charakterizovanej neistotou a rizikovosťou životných príbehov je pritom istota nedostatkovým tovarom a právna regulácia k nej podľa skúseností minulých moderných časov prispieva. Reaguje však na predmet svojej úpravy, veď inak by stratila zmysel, a tak preberá i jeho zdroje neistoty, čo obmedzuje ňou poskytovanú právnú istotu.

V právnom myslení sa pred niekoľkými rokmi objavilo slovné spojenie právna úzkosť charakterizované ako „... stav právnej úzkosti ako

¹¹ IHRING, R. von: Der Zweck im Recht. Erster Band. Leipzig (1893), s. VIII.

¹² O vážnosti a význame právnej istoty svedčí aj jej zaradenie medzi ústavné princípy: „... na právnú istotu, ktorá má v modernom demokratickom a právnom štáte postavenie ústavného princípu“. POROV, CIBULKA, L.: Ústavná SR – trhací kalendár? In JIRÁSEK, J. (ed.): 25 let Ústavy České republiky. Aktuální otázky ústavního práva. Sborník příspěvků sekce ústavního práva prednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnické dny 2017. Olomouc (2017), s. 27.

negatívny stav, ktorý vzniká pri ohrození, neistote, neúspešnosti, ostrých konfliktoch alebo deprivácii¹³. S citovanou formuláciou možno až príliš ľahko polemizovať, ale ťažko jej uprieť kontakt s každodennou realitou uskutočňovania práva v postmodernej situácii, ale nie iba v nej. Extrémnym fiktívnym príkladom právnej úzkosti boli situácia a pocity Kafkovho Jozefa K.

¹³ ĽALÍKOVÁ, N./BALOG, B.: Právna úzkosť. In BÁRÁNY, E. (ed.): Ako právo reaguje na novoty. Bratislava (2015), s. 131.

Systematický alebo kazuistický prístup: k výhodám právnej kazuistiky

Tomáš Gábriš

Úvod – 1 Systematický prístup k právu – 2 Kazuistická jurisprudencia – 3 Recentné pokusy o oživenie kazuistiky – 4 Neformálna logika a moderné teórie argumentácie vo svetle kognitívnych štúdií – Záver

Úvod

Dnes prevažujúci systematický prístup k právu možno vnímať ako víťazstvo právneho myslenia 19. storočia, nadväzujúceho na Kantovu predstavu o práve. Na prelome 18. a 19. storočia sa totiž začala ako neúspešná opúšťať idea axiomatizácie práva a právnej vedy *more geometrico*, keď sa tejto myšlienke začalo vytýkať, že niektoré z jej axiém boli právne, kým iné naopak neprávne, morálne, pričom každý z týchto normatívnych systémov si vraj vyžaduje odlišný vedecký prístup, ako preukázal na prelome storočí práve Immanuel Kant.¹ Zároveň sa však s jeho menom spája aj snaha o vytvorenie novej podoby právnej vedy a právneho myslenia – na iných než geometrických a axiomatických základoch. Aby šlo o skutočnú vedu, mala sa podľa neho právna veda zaoberať namiesto „veci osebe“ iba pozitívnym právom ako prejavom fenomenálneho sveta, a navyše tomuto právu mala dať osobitný vedecký systém, t.j. usporiadanosť.²

Nastupujúca nemecká historická škola práva sa preto pokúšala vytvoriť práve takýto kantovský vedecký systém práva – a to na podklade analýzy historického (najmä rímskeho, ale i germánskeho) práva. Vzápätí jednotlivé abstraktné právne pojmy rozpracovala po odoznení historickej školy pandektistika, respektíve tzv. pojmová škola práva (*Begriffsjurisprudenz*). Produktom a zároveň vrcholom tohto vedeckého prístupu sa na prelome 19. a 20. storočia stal nemecký občiansky zákonník, účinný od roku 1900 až dodnes.

¹ REIMANN, M.: Nineteenth Century German Legal Science. In Boston College Law Review. Vol. 31 (1990), s. 844.

² Ibid., s. 846–847. Naopak, právo „common law“ nie je dodnes systematizované. SPECTOR, H.: The Future of Legal Science in Civil Law Systems. In Louisiana Law Review. Vol. 65 (2004), s. 261. Dostupné na <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol65/iss1/8>.

Ako korektív čisto pojmovej jurisprudencie sa však už od konca 19. storočia a potom v 20. storočí začali formovať školy poukazujúce aj na nutnosť zohľadňovať účel práva (Ihering), záujmy v práve (Heck), sociologické prvky (Gény, Duguit, Ehrlich, Kantorowicz) a psychologické prvky (Petražky) v práve, význam osobnosti sudcu (právny realizmus), či hodnoty a pomeriavanie princípov v práve (napríklad dodnes žijúci Alexy). (Proti takémuto vťahovaniu prvkov iných vied do práva sa však vzápätí postavil a vymedzil právny normativizmus H. Kelsena.) Podobne ako axiomatizácia práva v 17. a 18. storočí totiž aj pozitívnoprávna systematizácia začala vykazovať viacero nedostatkov – v podobe medzier v zákone, nejednoznačnosti práva, zneužívania práva a podobne – ktoré sa začali najmä od polovice 20. storočia riešiť odmietaním normativistického formalizmu, prirodzenoprávnymi korektívami, prostredníctvom „vyšších princípov“, či naopak znovuoživenými realistickými, sociologickými a psychologickými prístupmi k právu so súvisiacimi pochybnosťami o možnosti „jedinej správnej odpovede“ v práve.

Popri štandardnom a tradičnom systematickom prístupe k právu sa tak dodnes formulujú doplňujúce, prípadne protikladné, nesystematické teórie, ktoré sa snažia nedostatky učenia o uzavretom systéme práva korigovať snahou o konštruovanie práva ako otvoreného systému (napríklad Canaris), či zavádzaním problémového myslenia do práva – tzv. *Problemdenken* (Viehwegova topika). Uvedení autori a ich riešenia však nie sú celkom originálne. Veď topický pohľad, respektíve „*Problemdenken*“, používali, okrem antických gréckych filozofov,³ aj starovekí rímski právnici v rámci svojej kazuistiky; preto keď problémový, topický prístup v 20. storočí rozpracoval Viehweg, nadväzoval nezakryte práve na antické myslenie.⁴

Často sa však v tejto súvislosti opomína obdobné stredoveké myslenie, osobitne myslenie rozpracované v rámci kánonického práva, respektíve morálnej teológie, kde kňaz – spovedník pôsobí (aj) v roli (právneho) poradcu a hľadá správne riešenie problému potenciálne hriechneho správania.⁵ Ide tu podobne ako v rímskom práve o tzv. kazuistický prístup k riešeniu problémov, ktorý dnes, v 21. storočí, znovu ožíva osobitne v etike, respektíve v bioetike, a to tam, kde zlyhávajú klasické principalistické či utilitaristické pohľady

³ Bližšie pozri MORO, P.: *Topica digitale e ricerca del diritto. Metodologia e informatica giuridica nell'era dell'«infosourcing»*. Torino (2015).

⁴ OTTE, G.: *Die historische Topik und ihre Rezeption durch Theodor Viehweg*. In *Orbis iuris romani*. Vol. 9 (2006).

⁵ Pozri JONSEN, A. R./TOULMIN, S.: *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*. Berkeley (1988).

na etiku. Zrejme podobne by pritom na obdobné problematické situácie mohlo reagovať aj právo – najmä tam, kde absentuje jednoznačné riešenie právneho problému a kde sa musí argumentovať iba princípmi (ich vážením, pomeriavaním), respektíve dokonca bez princíпов. Významnú inšpiračnú rolu tu môže podľa nášho názoru zohrať práve v novoveku podrobne rozpracovaný morálno kazuistický prístup, hľadajúci ideálne riešenie pre každý konkrétny prípad, a to hoci aj poskytnutím výnimky zo všeobecného pravidla (výkladom *contra legem*).

V záujme preskúmania takéhoto kazuistického prístupu k právnym otázkam po vzore obdobného prístupu v súčasnej etike ponúkame v tomto príspevku teoretické a historické porovnanie tradičného systematického prístupu k právu (príznačného pre prelom 19. a 20. storočia) so v súčasnosti znovuožívaným kazuistickým, problémovým (topickým, argumentatívno-rétorickým) prístupom k právu, ktorý môžeme považovať za opak systematického, t.j. za nystematický prístup.

1 Systematický prístup k právu

Scholastická právna veda vyučovaná na stredovekých univerzitách ako teoretická disciplína⁶ síce spĺňala všetky dobové nároky na vednú disciplínu (veď preto aj predstavovala jednu zo základných univerzitných vied), ale ešte stále nepredstavovala moderný spôsob právneho a právnického myslenia – osobitne teoretická rímskoprávna náuka pestovaná na univerzitách totiž na rozdiel od súčasnosti neskúmala národné právo tvorené konkrétnym štátom, ani jeho realizáciu a aplikáciu v praxi, a nebola teda priamo naviazaná na právnu prax.

Právna veda, zrodená a rozpracovaná v európskych podmienkach osobitne na stredovekých univerzitách, však otvorila v období absolutizmu počnúc od 16. storočia cestu pre modernú ideu práva ako osobitného normatívneho systému, tvoreného najvyššou normotvornou autoritou – panovníkom, stelesňujúcim štátny monopol tvorby práva. Štát 17. a 18. storočia sa totiž snažil prevziať všetky dovtedajšie nástroje sociálnej kontroly, či už šlo o normy obcí, miest, cechov, alebo iných komunít, a premeniť ich na právo centrálné vydávané panovníkom a vykladané jeho sudcami ako štátnymi úradníkmi. Učení univerzitní právnicki sa v tejto situácii stali byrokratmi absolutistického štátu a začali svoje teoretické predstavy o práve vteľovať do panovníkom

⁶ MEDER, S.: *Ius non scriptum* – Traditionen privater Rechtssetzung. Tübingen (2008), s. 55.

vydávaných zákonov – v súlade s Halpérinovou teóriou o role právnikov pri tvorbe právneho systému.⁷ Právo sa tak čoskoro stalo z „učenej“ idey realitou ovplyvňujúcou chod štátu a životy ľudí. Tým sa idea práva definitívne priblížila jeho súčasnej paradigme, paradigme štátom, respektíve zákonodarným orgánom tvoreného práva, vykladaného a aplikovaného sudcami platenými štátom. Želaným stavom dokonca malo byť to, aby takto tvorené právo sudcovia ani neinterpretovali, iba priamo aplikovali – príkladom nám tu môže byť pruský *Landrecht* z roku 1794 so svojimi vyše 19 000 paragrafmi, ktorý prikazoval v prípade sporných otázok tieto adresovať panovníkovi a ponechať mu právo interpretácie.⁸ Nie nepodobná je exegetická koncepcia francúzskeho Code civil s montesquieuovským konceptom sudcu ako „iba“ úst zákona (*la bouche de la loi*).

S touto zmenou povahy práva sa v 16.–18. storočí pochopiteľne mení aj povaha právnej vedy. Najprv už v naznačenom zmysle obsahovo opúšťa tradície rímskeho a kánonického práva v prospech prirodzeného práva, ale mení sa aj jej metodologický prístup k spracovaniu vedeckej matérie. Typickým príkladom a stelesnením tohto vývoja nám môže byť dobre známy filozof a zároveň právnik – Leibniz.⁹ Okrem toho, že v jeho osobe sa snúbi nové poslanie právnej vedy ako nástroja absolutistického panovníka (Leibniz bol autorom legislatívneho návrhu *Codex Leopoldus*, ktorý však nikdy nebol panovníkom prijatý), zároveň nám Leibnizovo dielo ponúka aj vhodný príklad na nový vedecký prístup k právnej vede. Leibniz si už totiž naplno osvojil formalistický, systematický prístup k právu, ako prístup racionalistický, deduktívny, snažiac sa o axiomatizáciu práva a právnej vedy *more geometrico*. Právna veda sa tak mala pod dojmom novovekého pokroku v prírodných vedách a po kritizovaných scholastických metódach priblížiť ostatným vedám, a to ideálne za použitia geometrických a logických matematizujúcich postupov. Leibniz pritom v tejto snahe nezostal sám – právnici nemeckých krajín 17. a 18. storočia ho bez väčších výhrad nasledovali.

Na prelome 18. a 19. storočia sa však idea právnej vedy *more geometrico* začala ako neúspešná opúšťať, o čo sa osobitne zaslúžil už v úvode

⁷ HALPÉRIN, J.-L.: Five Legal Revolutions since the 17th Century : An Analysis of a Global Legal History. Berlin (2014), s. 187–188.

⁸ Predchádzal mu známy prípad mlynára Arnolda z roku 1779, v ktorom pruský kráľ Fridrich II. prikázal sudcom, ako majú v mlynárovom prípade rozhodnúť, a keď to odmietli, dal ich uväzniť.

⁹ Pozri BERKOWITZ, R.: The gift of science : Leibniz and the modern legal tradition. Cambridge (2005).

spomenutý I. Kant.¹⁰ Aby šlo o skutočnú vedu, mala sa podľa neho právna veda zaoberať iba pozitívnym právom, a navyše tomuto právu mala dať osobitný vedecký systém.¹¹ Nastupujúca nemecká historická škola práva sa pokúšala vytvoriť práve takýto kantovský vedecký systém práva – a to na podklade analýzy historického (najmä rímskeho) práva. Základ tomuto prístupu položili v prvej polovici 19. storočia Hugo a Savigny a vzápätí jednotlivé abstraktné právne pojmy rozpracovala pandektistika, tzv. pojmová škola práva (*Begriffsjurisprudenz*), v podaní Puchtu, Iheringa, Vangerowa a Windscheida.¹² Nebude pritom zrejme náhodou, že ich postupy sa dobovo opäť pripodobňovali prírodným vedám – konkrétne vedeckému postupu v chémii – zlučovaniu a odlučovaniu chemických zložiek (pojmov).¹³ Ideálom sa stala formálna právna veda vo weberovskom „wertfrei“ podaní.

Podobne ako zlyhaná axiomatizácia práva *more geometrico* však aj táto „wertfrei“ systematizácia začala vzápätí vykazovať viacero nedostatkov v podobe medzier v zákone, nejednoznačnosti práva, zneužívania práva a podobne, ktoré sa začali v 20. storočí (osobitne po zneužití „wertfrei“ práva a právnej vedy totalitnými režimami) riešiť prirodzenoprávnymi korektívnymi práva, či realistickými, sociologickými a psychologickými prístupmi k právu.

Stále však v právnom a právnickom myslení dominuje systematický pozitívnoprávny prístup, v 20. storočí ešte posilnený Hansom Kelsenom a jeho princípmi hierarchie a výstavby právneho poriadku ako systému. Ide pritom o prístup, ktorý sa sústreďuje primárne na text zákona – ten sa má totiž použitím právneho sylogizmu aplikovať na skutkový stav. Vo väčšine učebníc pre študentov práva sa tak dočítame, že právne rozhodovanie je rozdelené na nasledujúce kroky:¹⁴

- 1) analýza skutkového stavu veci;
- 2) hľadanie (a) a výklad (b) aplikovateľného predpisu;
- 3) záver dosiahnutý v zmysle právneho sylogizmu.

Pritom však už hnutie právnych realistov v USA poukázalo na skutočnosť, že aj samotné skutkové okolnosti prípadu (sub 1) je možné a potrebné interpretovať, čo tiež ovplyvňuje konečné rozhodnutie vo veci.

¹⁰ REIMANN, M.: Nineteenth Century German Legal Science. In Boston College Law Review. Vol. 31 (1990), s. 842–843.

¹¹ Ibid., s. 846–847.

¹² Ibid., s. 864–866.

¹³ Ibid., s. 883.

¹⁴ PRÜMM, H. P.: The Didactic Turn of German Legal Methodology. In Jurisprudence. Vol. 18 (2011), No. 4, s. 1239n.

Analýze faktov prípadu však pritom v akademickej obci nie je venovaná žiadna pozornosť. Dôraz sa kladie iba na hľadanie a následne interpretáciu príslušnej právnej normy (sub 2). Postup hľadania normy sa pritom riadi tromi hlavnými princípmi, ktoré regulujú vzťahy medzi normami v rámci jedného systému:

- *lex superior derogat legi inferiori*;
- *lex specialis derogat legi generali*;
- *lex posterior derogat legi priori*.

H. P. Prümm však uvádza, že v skutočnosti nikdy právnu otázku nezodpovie iba jedna právna norma; namiesto toho je potrebné „vytvoriť“ takzvanú rozhodovaciu normu, a to kombináciou niekoľkých právnych noriem. Konštrukcia takejto rozhodovacej normy môže mať napríklad nasledujúcu podobu:

Primárna norma + Pomocné normy + Protikladné (odporujúce) normy = Rozhodovacia norma¹⁵.

Ak pritom ani takto skonštruovaná rozhodovacia norma neprinesie praktický alebo rozumný výsledok, a to ani jej rozširujúcim, ani zužujúcim výkladom, právna metodológia a metodika ponúka ďalšie nástroje na správne právne rozhodovanie, a to konkrétne:

- vyplnenie zákonných medzier;
- oprava väd zákona.¹⁶

Tieto nástroje však predstavujú výnimky a sú prípustné len vtedy, keď sú naozaj nevyhnutné. Orgány aplikácie práva však často zakrývajú reálne použitie týchto metód tým, že tvrdia, že ich postup je iba interpretáciou práva.¹⁷

Napokon, pokiaľ ide o vlastný postup v rámci právneho sylogizmu (sub 3), teda o aplikovanie práva na fakty, klasický prístup zdôrazňuje logicko-systematický spôsob aplikácie práva ako akýsi analyticko-deduktívny postup v nasledujúcej štruktúre:

- Prvá / hlavná premisa: Osoba, ktorá spácha trestný čin vraždy, potrestá sa trestom odňatia slobody na x rokov;
- Druhá / vedľajšia premisa: M zavraždil F;
- Záver / výsledok: M sa potrestá trestom odňatia slobody na x rokov.

¹⁵ Pozri PRÜMM, H. P.: Einführung in die Rechtsphilosophie – Rechtstheorie und Rechtsethik. Berlin (2008), s. 37.

¹⁶ PRÜMM, H. P.: The Didactic Turn of German Legal Methodology. In Jurisprudence. Vol. 18 (2011), No. 4, s. 1242.

¹⁷ Ibid.

Ako však už bolo uvedené vyššie, tak konštrukcia skutočností vo vedľajšej premise (sub 1), ako aj interpretácia práva v rámci hlavnej premisy (sub 2) ponúkajú aplikačnému orgánu množstvo ciest, ktoré môžu viesť k úplne odlišným záverom.

Takže ani logický (sylogistický) systém aplikácie práva nedokáže úplne presne zachytiť, ako právo v skutočnosti funguje v praxi, osobitne v tých prípadoch, kde samotná hlavná premisa chýba a musí byť najprv vytvorená vyplnením medzery alebo opravou vady v zákone (právnom predpise), prípadne ak sú skutkové okolnosti veci (vedľajšia premisa) nejasné alebo ich možno interpretovať rôznymi spôsobmi. Prijatie tejto skutočnosti vedie k potrebe kompenzovať nedostatky dominujúceho prístupu k právu prostredníctvom iných prístupov vrátane opäť raz aktuálneho problémového, topického, rétoricko-argumentatívneho alebo všeobecne kazuistického prístupu k právu, berúc do úvahy špecifiká každého konkrétneho prípadu, namiesto automatického uplatnenia všeobecných pravidiel a sylogistickej postupnosti krokov pri aplikácii práva.

2 Kazuistická jurisprudencia

Vznik právnickej profesie a právnej vedy sa v právnej historiografii tradične spája s antickou rímskou ríšou.¹⁸ Aj znovuobjavenie právnej vedy v stredoveku sa obdobne spája so znovuobjavením rímskoprávnej vedy v 11. storočí. U právnych historikov totiž všeobecne vládne názor, že to boli až antickí Rimania, kto, na rozdiel od Grékov¹⁹, rozlišoval právne a mimoprávne normy, a tým položil základy súčasnému právnemu mysleniu. Niektoré najnovšie výskumy a názory však s touto koncepciou nesúhlasia bez výhrad a v kritickom duchu hlásajú, že predstava rozlišovania právnych a mimoprávných noriem v dnešnom zmysle pri podrobnejšom skúmaní neobstojí ani u antických Rimanov. Kým totiž právní historici a právní romanisti zväčša venujú pozornosť iba rímskemu súkromnému právu, ktoré vnímajú ako inšpiračný vzor pre ďalší vývoj stredovekého, ale aj moderného práva, takmer úplne opomínajú rímske verejné právo, ktoré obraz prísneho rozlíšenia právnych a mimoprávných (osobitne náboženských) noriem

¹⁸ SCHULTZ, F.: *History of Roman Legal Science*. Oxford (1946).

¹⁹ GAGARIN, M./WOODRUFF, P.: *Early Greek Legal Thought*. In MILLER, F./BIONDI, C.-A. (eds.): *A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*. Dordrecht (2007), s. 7.

významne spochybňuje.²⁰ Rimanom navyše chýbala aj koncepcia hierarchie právnych noriem, a to dokonca na rozdiel od Aténčanov, ktorých zákony už v roku 403 pred Kr. zaviedli pravidlo, že *nomos* nemôže byť menený dekrétom.²¹ Ďalšie výčitky voči rímskej právnej vede smerujú k tomu, že rímske právo rozvíjali iba teoretickí právnici, ktorí nemali vždy priamy dopad na normotvorbu a súdnu prax. Klasickí rímski právnici boli totiž vskutku „iba“ teoretikmi, ktorí poskytovali rady, ako sa vyhnúť prípadným právnym problémom – rímska právna veda preto aj nesie označenie kautelárna, keďže jej predstavitelia predovšetkým radili k opatrnosti (*cautela*). Názory týchto právnikov samé osebe neboli právne záväzné, hoci v praxi reálne neraz ovplyvňovali magistrátov pri tvorbe návrhov zákonov a ediktov.²² A napokon, aby rozdielov oproti dnešku nebolo málo, aj formálny prístup rímskych právnikov k právnym problémom bol podstatne iný, než na aký sme zvyknutí dnes – nesnažili sa aplikovať normy na konkrétny prípad, keďže vopred daný súbor noriem neexistoval v takej podobe, na akú sme zvyknutí dnes, ale naopak snažili sa hľadať najvhodnejšie riešenia pre konkrétne problémy. Právnik Paulus tak skonštatoval: „Právo sa nevyvodzuje z pravidla, ale pravidlo musí vyvstať z práva takého, ako je dané“ (Paul. D. 50,17)²³. Pre takýto postup sa zaužívalo označenie kazuistika, ako opak dnes prevládajúceho, tzv. systematického prístupu k právu.²⁴

Zozbieraním jednotlivých právnických riešení sa až v 6. storočí po Kristovi, v poklasickej dobe rímskoprávneho myslenia, vytvoril justiniánsky *Corpus iuris civilis*, ktorý sa začal pokladať za „zákonník“ (a zdroj inšpirácie pre barbarské „zákonníky“), v ktorom sa mali hľadať odpovede na konkrétne právne problémy. Úpadok vzdelanosti však vzápätí viedol k podstatným zjednodušeniam, až k zabudnutiu tejto kodifikácie, a k jej nahrádzaniu stručnejšími dielami.

Klasická rímska právna veda sa teda podstatne líšila od našej dnešnej, ale čiastočne aj od stredovekej scholastickej právnej vedy, ktorá už postupovala inou, osobitnou metódou – ak medzi jednotlivými normami Corpusu nachádzali právnici v stredoveku rozdiely a rozpory, bolo ich potrebné „vedecky“ objasniť a vyriešiť, podobne ako sa riešili prípadné

²⁰ KANTOR, G.: Ideas of Law in Hellenistic and Roman Legal Practice. In DRESCH, P./SKODA, H. (eds.): *Legalism: Anthropology and History*. Oxford (2012), s. 59.

²¹ *Ibid.*, s. 72.

²² ČIPKÁR, J.: Úvod do právnej antropológie. Košice (2008), s. 113.

²³ CAIRNS, J. W./PLESSIS, P. J. du: Introduction. In CAIRNS, J. W./PLESSIS, P. J. du (eds.): *The Creation of the *Ius Commune* : From *Casus* to *Regula**. Edinburgh (2010), s. 1.

²⁴ HONSELL, H./MAYER-MALY, T.: *Rechtswissenschaft : Eine Einführung in das Recht und seine Grundlagen*. Berlin (2015), s. 138.

rozpory v kánonickom práve (o to sa pokúsil Gracián vo svojom Dekréte), alebo rozpory medzi rímskym a kánonickým právom.²⁵ Nezanikla však ani kazuistika ako problémový prístup k riešeniu právnych prípadov tam, kde absentuje zákon, alebo kde znenie zákona nevyhovuje cieľu spravodlivého rozhodnutia. Presídlila však primárne do oblasti morálnej teológie, ktorá pružne reagovala na morálne problémy veriacich, uvedomujúc si, že len zlomok možných variantov správania je upravený zákonom (Bibliou), a preto otázky toho, čo je povolené a čo nie, riešila v podrobnostiach práve tzv. teologická či morálna kazuistika, rozlišujúca podľa miery riskovania a odkláňania sa od „zákona“, alebo naopak miery pridržania sa „zákona“ prístupy označované ako legalizmus, probabilizmus, probabiliorizmus, equiprobabilizmus, či tutorizmus.

Kazuistika tak získala veľmi silné väzby s morálkou (etikou), osobitne náboženskou morálkou. To je aj dôvod, prečo sa dnes niekedy kazuistika sofistov kvôli svojej „nemorálnosti“ ani nepovažuje za skutočnú kazuistiku, a vraj až Aristotelova dialektika otvorila dvere tej skutočnej kazuistike. Po tom, ako Aristotelove spisy prevzal Teofrastos, sa pritom grécka dialektika ešte ďalej zdokonaľovala, najmä pokiaľ ide o jej integráciu do práva. Zdroje neskoršej stredovekej kazuistiky však možno nájsť nielen v Aristotelovej filozofii, ale osobitne aj v Ciceronovej rétorike,²⁶ rímskom a kánonickom práve, a tiež v patristickej a tomistickej teológii. Kresťanskí moralisti sa totiž pri tvorbe svojich vlastných morálnych pojednaní často obracali na staroveké antické korene morálneho počítania, keď sledovali cieľ ponúknuť pastoračnú radu hriešnikovi-veriacemu, a to osobitne pri spovedi. Kresťanská kazuistika tak vyrastala osobitne z konfesiónálnych praktík, ktoré sa začali objavovať v 7. storočí, keď sa začala zavádzať súkromná spoveď, pri ktorej sa kňazi odvolávali na penitenciálne príručky, ktoré podrobne vymenúvali hriechy a určovali za ne primerané pokánie.

Tieto príručky sa rýchlo rozšírili do celej Európy²⁷ a dali za vznik tradícii kazuistických konfesiónálnych manuálov, ktorá pretrvala tisícročie. Tzv. vrcholná éra kazuistiky, éra vysokej kazuistiky, sa pritom datuje od zverejnenia

²⁵ HSIN, J. D.: Law Without Absolutes: Toward a Pragmatic Science of Law. In Washington University Jurisprudence Review. No. 9 (2017), s. 14–15. Dostupné na http://openscholarship.wustl.edu/law_jurisprudence/vol9/iss2/6.

²⁶ SHYTOV, A. N.: Conscience and Love in Making Judicial Decisions. Dordrecht (2001), s. 76.

²⁷ Podobne aj na našom území, v Trnave, pôsobil V. Tapolcsanyi. Tapolcsanyi študoval morálnu teológiu, ktorá vlastne predstavovala všeobecnú právnu teóriu v danej dobe. V *diele Centuria casuum ex academicis qua decretalibus quat theologis praelectionibus* (Tyrnavia, 1728) sa venoval aj otázkam významným pre uhorskú právnu prax. Často pritom konštatuje, že hľadiská zákona a morálky sa rozchádzajú, ale podľa neho treba dať

príručky augustiniánskeho duchovného Martina Azpilcuetu (1549) a skončila kritickými Provinčnými listami Blaisa Pascala (1656/57).²⁸ Počas tejto doby bola kazuistika vo veľkom používaná na riešenie problémov, ako v otázkach svedomia, tak aj spoločenského správania veriacich (t.j. v otázkach vnútorného aj vonkajšieho fóra). Vo väčšine prípadov sa používala pri riešení tých morálnych problémov, na ktoré ani antickí myslitelia a rímske právo neposkytovali uspokojivú odpoveď.²⁹ Hlavnými propagátormi kazuistiky pritom boli najmä jezuiti, ktorí boli osobitne dôkladne vyškolení v diskusiách a logike,³⁰ neskôr sa však objavili aj protestantské kazuistiky; nešlo teda o výlučne katolícku záležitosť.

Kazuistika nakoniec vyšla z rozšíreného používania v Amerike a Európe až v 18. storočí, a to kvôli kombinácii viacerých príčin – kvôli vzrastu teologického rigorizmu v Cirkvi, politickému odmietaniu Ríma a hnutiu osvietenскеj filozofie. Kazuisti boli konkrétne obviňovaní z toho, že vraj dokážu ospravedlniť dokonca i vraždu.³¹ Namiesto toho sa začalo presadzovať striktné trvanie na daných pravidlách a ich bezvýnimčnom uplatňovaní. Napriek tomu však bol z globálneho pohľadu vplyv kazuistiky na rozvoj práva v celej Európe markantný a veľmi dôležitý.³² Kazuistická metóda bola paradoxne obzvlášť pozitívne prijatá v protestantských krajinách „common law“, v ktorých sudcovia mali a aj naďalej majú väčšiu voľnosť pri aplikácii a nachádzaní práva. Kazuistická metóda totiž predstavuje v takýchto podmienkach ideálny model sudcovského uvažovania, keď namiesto abstraktných morálnych a právnych princípov pri rozhodovaní kladie dôraz na okolnosti, odvoláva sa na rozum, rôzne spôsoby interpretácie zavedených pravidiel, a to s cieľom, aby zohľadnila špecifické okolnosti a situácie, ktoré normotvorca nepredpokladal – to všetko vraj vzniklo práve v kazuistickom myslení, rozvíjanom v jeho morálno-teologickom kontexte.³³

prednosť morálke. REBRO, K.: Die Juristische Fakultät der Universität in Trnava (1667–1777). In *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae*. Die juristische Bildung in der Slowakei und Ungarn bis zum J. 1848. Bratislava (1968), s. 15.

²⁸ Niekedy je toto obdobie datované až k smrti sv. Alfonza Liguoriho (1696–1787).

²⁹ JONSEN, A. R./TOULMIN, S.: *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*. Berkeley (1988), s. 47, 52–53, 101 a 113–121.

³⁰ CALKINS, M.: *Developing a Virtue-Imbued Casuistry for Business Ethics*. Dordrecht (2014), s. 8–15.

³¹ Právnici a kazuisti boli považovaní za nemorálnych. Pozri bližšie ROMEO, A.: Juristen, böse Christen (?). *Religione e deontologia forense nella teoria del diritto*. In *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*. No. 15 (2017).

³² CALKINS, M.: *Developing a Virtue-Imbued Casuistry for Business Ethics*. Dordrecht (2014), s. 141.

³³ SHYTOV, A. N.: *Conscience and Love in Making Judicial Decisions*. Dordrecht (2001), s. 75.

Jadro kazuistiky totiž spočíva predovšetkým v myšlienke, že všeobecné pravidlá, či už náboženské alebo právne, by sa mali uplatňovať flexibilným spôsobom. Okolnosti totiž podľa kazuistov ovplyvňujú nielen interpretáciu, ale i celkovú aplikovateľnosť všeobecných pravidiel, ktoré môžu vzhľadom na špecifickosť situácie pripustiť výnimku – i *contra legem*. Kazuistika tak dávala rozhodovacím orgánom väčšiu slobodu určiť, do akej miery sa pri aplikácii pravidiel tieto prispôbia požiadavkám konkrétnych situácií. Ako v tejto súvislosti uviedol Juan Azor: „V práve okolnosti menia všetko, pretože iba na základe okolností prípadu sa možno dopracovať k spravodlivému rozhodnutiu“.³⁴ Druhou dôležitou súčasťou kazuistickej metódy bolo to, že keď existuje rôznorodosť názorov na to, ktorý postup je správny, treba použiť techniku porovnávania rôznych názorov. Po tretie, hlavný záujem katolíckej kazuistiky spočíval v hľadaní riešenia v situáciách, keď je morálny agent v pochybnostiach. Pochybnosti boli chápané ako neschopnosť morálneho agenta prikloniť sa k jednej z dvoch protichodných možností. Úlohou kazuistiky bolo odstrániť tieto pochybnosti prostredníctvom zohľadnenia okolností prípadu a využitia autoritatívnych textov. Po štvrté, posudzovanie prípadov, ktoré vyvolávali pochybnosti, sa často uskutočňovalo v kontexte konfrontácie s pravidlami, ktoré boli považované za dlhodobo uznávané, a napriek tomu za nevyhovujúce na vyriešenie konkrétneho sporného prípadu. S cieľom vyriešiť konflikt medzi zavedenými pravidlami a špecifickými okolnosťami prípadu sa kazuisti snažili nájsť základný princíp, ktorý by morálnym agentom umožnil zvoliť spôsob ich konania.³⁵ Práve tak sa vynorili už zmienené školy kazuistiky: legalizmus, probabilizmus, probabiliorizmus, equiprobabilizmus a tutorizmus. Líšili sa práve tým, do akej miery pripúšťali odchýlenie od základného (právneho) pravidla.

Všetky doteraz uvedené črty morálnej kazuistiky pritom zjavne naznačujú potenciálnu užitočnosť kazuistiky pri sudcovskom rozhodovaní, a to aj v súčasnosti – ako v jeho deskriptívnej, tak aj v preskriptívnej rovine – všade tam, kde majú sudcovia možnosť voľby buď pri výbere (interpretácii) faktov alebo pri výbere (interpretácii) pravidiel, ktoré sa majú na daný prípad aplikovať.³⁶ Je však iba pochopiteľné, že takéto kazuistické myslenie je neprijateľné vo svete absolutistických štátov, respektíve štátov s monopolom

³⁴ Instit. mor. 68, s. 43–44, Kolín (1602). Citované podľa Ibid., s. 80. V stredovekom diele „Proces so Satanom“ bol Satan právnym formalistom, ale Matka Božia naopak kazuistkou. Pozri COULSON, D.: The Devil's Advocate and Legal Oratory in the Processus Sathanae. In Rhetorica. Vol. 33 (2015), No. 4, s. 409–430.

³⁵ SHYTOV, A. N.: Conscience and Love in Making Judicial Decisions. Dordrecht (2001), s. 78–79.

³⁶ Ibid., s. 82.

tvorby práva zvereným jedinému orgánu, a dokonca aj so snahou obmedziť interpretáciu zákonov súdmi a sudcami –v takýchto podmienkach mal jednotlivec (vrátane sudcu) bez akejkoľvek výhrady poslušne dodržiavať príkazy štátu, či sú vyjadrené monarchom alebo neskôr kolektívnou vôľou zastupiteľského orgánu, a to pod hlavnou zámienkou právnej istoty. Takémuto spôsobu myslenia bude preto viac vyhovovať systematický legalizmus, ba až formalizmus, a bude sa strániť neistoty vyplývajúcej z kazuistiky, odmietajúc jej možné (ne)výhody v podobe prácneho hľadania a zohľadňovania spravodlivosti v každom jednotlivom prípade.

Vzhlľadom na uvedené nás preto vôbec nemusí prekvapiť, že dnes, v časoch postmoderných spochybňovaní právotvorného monopolu štátov, sa znovu objavujú myšlienky blízke kazuistike. Nič iné ako reflexiu základných myšlienok kazuistiky totiž zrejme nepredstavuje súčasný „právnorealistický“ pohľad na axiologické medzery v práve a ich súdne vyplňanie,³⁷ či podobné náhľady na nesystematickosť práva, zdôrazňujúce rétoricko-argumentatívne alebo psychologické, či hodnotové pozadie sudcovského rozhodovania. Hlavnou myšlienkou a (ne)výhodou kazuistiky je totiž to, že otvára dvere pre interakciu právnych a mimoprávnych prístupov a záujmov. Všeobecným prístupom zdieľaným v akejkoľvek kazuistickej teórii je totiž ten, že prípad nie je možné spravodlivo vyriešiť, kým sa nezoberú do úvahy všetky jeho okolnosti. Spôsob, akým sa posudzujú okolnosti, však pritom vo veľkej miere určuje aj výber aplikovateľného pravidla, či jeho interpretáciu, alebo vytvorenie nového pravidla (hoci i *contra legem*).³⁸ Extrémnym záverom by však v takomto náhľade vskutku mohla byť až absolútna právna neistota a skutočná nesystematickosť práva...

3 Recentné pokusy o oživenie kazuistiky

Pomerne blízko mala v recentnej právnej teórii ku kazuistickému mysleniu tzv. právna topika,³⁹ ktorú naposledy podrobne rozpracúval najmä Theodor Viehweg. Ten však vo svojom diele spomínal len Aristotela, Cicerona, Vica a Hartmannovo „Problemdenken“, pričom kazuistiku v jej stredovekej

³⁷ Bližšie pozri GUASTINI, R.: Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione. In *Revus*. No. 14 (2010).

³⁸ SHYTOV, A. N.: Conscience and Love in Making Judicial Decisions. Dordrecht (2001), s. 83.

³⁹ SANZ BAYÓN, P.: Sobre la tópica jurídica en Viehweg. In *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. No. 16 (2016), s. 83–108.

a novovekej podobe úplne opomenul. Viehweg sa konkrétne vracia k Aristotelovskému hľadaniu pevných východísk (*topoi*) pre rozhodovanie a argumentovanie, ktoré nachádza v sentenciách a heslách, známych často ešte z rímskeho práva, aplikovateľných buď na celý právny poriadok alebo na niektoré jeho odvetvia. Rozlišuje pritom topikú prvého stupňa, na ktorú sa právnici spoliehajú intuitívne, a topikú druhej úrovne, ktorá si vyžaduje podrobnejšie zvažovanie a výber topík z ich katalógu.⁴⁰ Ide teda o akúsi obdobu rýchleho a pomalého myslenia, ako ich rozlišuje D. Kahneman.⁴¹ Podobne však aj dnešné kognitívne vedy skúmajúce teóriu rozhodovania, poukazujú na obdobný mechanizmus expertného myslenia, aký konštatuje aj Viehweg: že skúsení odborníci vrátane právnikov myslia v základných zásadách,⁴² respektíve maximách, na základe ktorých intuitívne alebo pomaly pomeriavajú jednotlivé možné postupy, aby napokon čo najsprávnejšie rozhodli.

Viacerí autori si vzápätí uvedomili, že Viehwegova topika má predstavovať osobitný metodologický prístup k právu, ktorý sa podobá na prístup, akým postupujú sudcovia v právnej kultúre „common law“.⁴³ Ide pritom o myslenie a postup príznačný pre vlastnú kazuistickú jurisprudenciu, ktorá spochybňuje priamočiare aplikovanie právnych noriem na skutkové stavy, teda jednoduchú aplikáciu právneho (sudcovského) sylogizmu. Naopak, zdôrazňuje skúmanie okolností prípadu a hľadanie ideálneho riešenia, a to na základe identifikácie všetkých okolností prípadu, analógiou s inými prípadmi a pomeriavaním maxim a východísk (*topoi*) v záujme spravodlivého a efektívneho riešenia.

Kazuistika sa teda zásadne pri rozhodovaní nepokúša vysvetliť alebo apelovať na princípy. Zostáva zameraná na dosiahnutie morálnych (spravodlivých) rozsudkov v konkrétnych situáciách. Preto sa aj v dnešnej etike tvrdí, že kazuistika splňa hlavný cieľ etiky lepšie ako prístupy založené na princípoch (princípalizmus), ktoré sa viac zaoberajú uspokojením požiadaviek teórií a princípov, než naplnením hlavného cieľa etiky.⁴⁴ Ako pritom vysvetľuje John Arras, v kazuistike sú princípy objavované „...

⁴⁰ LAUNHARDT, A.: Topik und Rhetorische Rechtstheorie. Eine Untersuchung zu Rezeption und Relevanz der Rechtstheorie Theodor Viehwegs. Dissertation. Düsseldorf (2005), s. 38–39.

⁴¹ KAHNEMAN, D.: Thinking, fast and slow. New York (2013).

⁴² CANKOREL, T.: Cognitive Classification of Legal Principles: A New Approach to International Legal Training. In Ankara Law Review. Vol. 5 (2008), No. 2, s. 168n.

⁴³ LAUNHARDT, A.: Topik und Rhetorische Rechtstheorie. Eine Untersuchung zu Rezeption und Relevanz der Rechtstheorie Theodor Viehwegs. Dissertation. Düsseldorf (2005), s. 1⁵.

⁴⁴ CALKINS, M.: Developing a Virtue-Imbued Casuistry for Business Ethics. Dordrecht (2014), s. 27.

v samotných prípadoch, rovnako ako sú právne princípy v systéme ‚common law‘ rozvíjané v súdnych rozhodnutiach v konkrétnych právnych prípadoch“.⁴⁵ V tomto chápaní teda kazuistika nie je procesom „zhora nadol“, postupom od všeobecných princípov a pravidiel, ale formou „artikulovaného umenia“ so zásadami s „otvorenou štruktúrou“⁴⁶, ktoré „... vždy podliehajú ďalšej revízii v súvislosti s novými prípadmi“.⁴⁷

Kazuistika ako proces „zdola nahor“ má jeden konečný cieľ, a to dosiahnutie obhájiteľného úsudku v konkrétnych situáciách. Tento cieľ poskytuje kazuistike jej morálnu silu a dáva jej praktický účel. Kazuistika má teda za cieľ poskytnúť priamu odpoveď na ústrednú otázku: „Čo mám robiť v tejto situácii?“ Neobťažuje sa však pritom vytváraním komplexných teórií a ani sa nesnaží vyvodiť závery s absolútnou istotou. Namiesto toho vychádza z obdobných predtým vyriešených prípadov, aby si vytvorila obhájiteľný úsudok o spornej veci. Je to proces cieľavedomý a aj morálne akceptovateľný.⁴⁸

Z uvedených dôvodov je kazuistika v súčasnosti populárna osobitne v lekárskej etike (konkrétne bioetike⁴⁹), keďže sa v tejto oblasti dobre znáša so štandardnými rozhodovacími procesmi v medicíne. V tejto oblasti sa totiž kritické úsudky bežne robia prostredníctvom prebiehajúceho procesu analógie a porovnávaní s predchádzajúcimi obdobnými prípadmi, pričom rozhodnutia sa musia robiť rýchlo, bez odvolávania sa na morálnych odborníkov. V zložitých situáciách, keď sú prítomní viacerí lekári, každý praktik navrhuje postup na základe svojich predchádzajúcich skúseností. Záverom je potom kvalifikovaný odhad, respektíve úsudok založený na tom, čo je pravdepodobné, nie však absolútne isté. Medicína a jej poznanie sa tak zdokonaľuje opakovaním, praxou, čím sa lekári stávajú čoraz lepšími odborníkmi na to, aby robili obhájiteľné úsudky, tým, že rozoznávajú a uznávajú podobnosti a rozdiely medzi minulými a súčasnými prípadmi. Medicína je vraj práve preto plne kompatibilná s kazuistickou metódou. Kazuistika je však obdobne použiteľná aj v iných disciplínach: okrem práva tak má napríklad afinitu s určitými oblasťami počítačovej a kybernetickej etiky, ale tiež žurnalistiky.⁵⁰

⁴⁵ Citované podľa *ibid.*, s. 30.

⁴⁶ Citované podľa *ibid.*

⁴⁷ Citované podľa *ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, s. 45.

⁴⁹ PAULO, N.: Casuistry as common law morality. In *Theoretical Medicine and Bioethics*. Vol. 36 (2015), s. 373–389.

⁵⁰ CALKINS, M.: *Developing a Virtue-Imbued Casuistry for Business Ethics*. Dordrecht (2014), s. 65–69.

Oživenie záujmu o kazuistiku v etike, bioetike, ale i v iných disciplínach na prelome 20. a 21. storočia možno pritom do veľkej miery pripísať dvojici autorov, Albertovi Jonsenovi a Stephenovi Toulminovi, ktorí ponúkli novú verziu kazuistiky v ich diele z roku 1988, nazvanom „Abuse of Casuistry“.⁵¹ Mnohí autori v nadväznosti na to uznali úzky vzťah a podobnosť medzi kazuistikou a spôsobom usudzovania, rozhodovania a odôvodňovania rozhodnutí v právnej kultúre „common law“, ale tiež v práve vo všeobecnosti. John Arras tak dokonca nazval kazuistiku „múdroťou“ a „morálkou common law“.⁵² Kazuisti totiž tvrdia, že „morálne poznanie je v podstate konkrétne“, t.j. rozpoznateľné iba v konkrétnych situáciách, a že všeobecné princípy sú len abstrakcie z našej skúsenosti s jednotlivými morálnymi prípadmi.

Na základe uvedeného možno situovať kazuistický prístup vedľa jeho rivalov –princípalizmus (deontológia) a utilitarizmus (konzekvencializmus). Tieto prístupy spoločne s kazuistikou predstavujú tri základné druhy súčasných etických teórií⁵³ a prístupov k aplikovanej etike. Konzekvencializmus je konkrétne paradigmatickým príkladom zdôvodnenia „zhora nadol“, začínajúc od veľmi abstraktného morálneho princípu úžitku, ktorý sa aplikuje na konkrétne problémy. Kazuistika so svojím zameraním na predchádzajúce skúsenosti a analogické úvahy a porovnania s paradigmatickými prípadmi, predstavuje opačný spôsob (etického) uvažovania. Ide o prístup zdola nahor, začínajúci od konkrétnych prípadov, prepracúvajúc sa k abstraktnejším morálnym pravidlám, pričom sa však kazuisti v čo najväčšej miere vyhýbajú všeobecným zásadám (princípom) a ich aplikácii na prípad – namiesto princípov pracujú s maximami a s *topoi*. Princípalizmus zasa napohľad spája prvky z prístupov zhora nadol a zdola nahor, keď pracuje so súborom princípov, ktorých uplatňovanie má vraj byť vždy citlivé na okolnosti v konkrétnych situáciách.⁵⁴ Princípy si teda vyžadujú istú špecifikáciu a vzájomné pomeriavanie, či váženie, s čím v práve pracujú osobitne Dworkin a Alexy. Z pohľadu kazuistov však váženie a pomeriavanie princípov nie je dostatočným spôsobom zohľadňovania špecifik jednotlivých prípadov. V porovnaní s princípalizmom totiž hlavnými črtami kazuistiky sú vraj v omnoho väčšej miere: 1) spoliehanie sa na paradigmy a analógie; 2) odvolávanie sa na maxímy

⁵¹ JONSEN, A. R./TOULMIN, S.: The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning. Berkeley (1988).

⁵² PAULO, N.: Casuistry as common law morality. In Theoretical Medicine and Bioethics. Vol. 36 (2015), s. 374.

⁵³ PAULO, N.: The Confluence of Philosophy and Law in Applied Ethics. London (2016), s. 111n.

⁵⁴ Ibid.

(sentencie, napríklad rímskoprávneho alebo kánonickoprávneho pôvodu); 3) podrobná analýza okolností prípadu; 4) pomeriavanie pravdepodobností; 5) používanie kumulatívnych argumentov; a 6) ponúknutie jednoznačného konečného rozhodnutia.⁵⁵ Uvedené rozdiely oproti princípalizmu lepšie pochopíme, ak sa zameriame na Jonsenom a Toulminom zdôrazňované tri aspekty, či kategórie novej kazuistiky: taxonómiu, morfológiu a kinetiku, ktoré si tu bližšie predstavíme.⁵⁶

Morfológia rozlišuje „jadro prípadu“ a okolnosti, ktoré „stoja okolo jadra“. Jadro je „tvorené maximami, krátkymi pravidlami, sentenciami, či výrokmi, ktoré sú výsledkom skúsenosti“. Maximy sa tým líšia od abstraktnejších paradigiem. Ako príklad, ak je paradigmou všeobecný zákaz zabíjania, maximou môže byť sentencia typu *vim vi repellere licet* („násilie možno odraziť násilím“). Keď sa používajú maximy ako napríklad „informovaný súhlas je povinný“, prejavujú sa v nich vlastne čiastkové aspekty hlavných paradigiem relevantných pre danú oblasť, ako je napríklad autonómia vôle. Maximy teda slúžia ako miesta istoty (*topoi, loca certitudinis*), na základe ktorých možno konštruovať argumenty a dosiahnuť konečné rozhodnutie.⁵⁷

Taxonómia je potom „zoradenie prípadov v určitom poradí“. Východiskom je zvyčajne prípad, ktorý je paradigmatickým príkladom správnosti alebo nesprávnosti v rámci príslušného typu. Napríklad úlohou môže byť zostavenie radu prípadov zabíjania, počnúc paradigmou nevyprovokovaného zabitia, ktoré zahŕňa maximu „nezabíjaj“ a od tohto jadra sa potom presúvame postupne k čoraz menej určitým prípadom, ako je napríklad sebaobrana proti priamemu útoku na osobu, rodinu, majetok atď. Prípady lekárskej asistovanej samovraždy by obdobne mali svoje miesto v taxonómii zabíjania.⁵⁸ Hlavnou myšlienkou je tu teda začať s najznámejšími porušeniami všeobecnej paradigmy v najzrejmejšom zmysle, a potom navrhnúť prípady, ktoré sa pohybujú smerom od jadra paradigmy zavedením rôznych kombinácií okolností a motívov, ktoré robia dotknutý prípad menej zrejým.⁵⁹ Pritom však platí, že aj samotné paradigmy musia byť v sporných prípadoch „vážené“ alebo „pomeriavané“, čo je však vraj operácia odlišná od pomeriavania alebo váženia princípov

⁵⁵ Ibid., s. 182.

⁵⁶ Ibid., s. 182–206.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ PAULO, N.: Casuistry as common law morality. In *Theoretical Medicine and Bioethics*. Vol. 36 (2015), s. 375.

⁵⁹ PAULO, N.: *The Confluence of Philosophy and Law in Applied Ethics*. London (2016), s. 183n.

v principialistickom poňatí – kým totiž pomeriavanie princípov vraj hneď ponúka odpoveď na spornú otázku, pomeriavanie paradigiem⁶⁰ ešte nedáva konečnú odpoveď.⁶¹ Tú dosiahneme až v tretej etape, pri využití kazuistickej kinetiky.

Až v treťom kroku – kinetike – sa totiž kvantifikujú a vážia príslušné okolnosti,⁶² aby sa čo najspravodlivejšie vyriešil sporný prípad.⁶³ Toto vysvetlenie sa nám však môže zdať dosť nejasným; presný návod Jonsen a Toulmin neponúkajú. Možno nám tu pomôže odbočiť na chvíľu k moderným teóriám argumentácie, ktoré ponúkajú určité vysvetlenie toho, ako funguje dialektické zohľadňovanie všetkých aspektov prípadu, nadväzujúc pritom na východiská Aristotelovej dialektiky.

4 Neformálna logika a moderné teórie argumentácie vo svetle kognitívnych štúdií

Už v antickom Grécku sa rozlišovali dva druhy súdnych rečí. Cieľom prvého druhu, tzv. *genus rationale*, bolo pomenovať, zovšeobecniť skutkovú podstatu činu, aby mohla byť potrestaná alebo odmenená (Sokrates sa vo svojej obhajobnej reči dovoľáva toho, že by mal byť odmenený). Druhá kategória, *genus legale*, vychádzala z textu a zmyslu zákona a konkretizovala ho pre jednotlivý prípad.⁶⁴

Aristotelova dialektika spracúvala prvý uvedený prístup, ako postup hľadania zovšeobecňujúceho záveru za použitia argumentov z každého uhla pohľadu. V diele Topiky tak sformuloval svoje *ars inveniendi* – umenie nachádzania rôznych pohľadov a argumentov. Dialektika v jeho poňatí je však využiteľná aj vo viacerých ďalších smeroch: Po prvé, slúži ako cvičenie k nadobudaniu schopnosti seriózne diskutovať o akomkoľvek probléme. Po druhé, je vhodná na diskutovanie s laikom, a to prispôbovaním voľby argumentov tak, aby im porozumel. Po tretie, slúži na kritické zhodnotenie argumentov a rôznych názorov. Konkrétne, dokáže vyvracať nepodložené koncepcie. Po štvrté, umožňuje vedecky skúmať každý fenomén zo všetkých

⁶⁰ Ibid., s. 194.

⁶¹ Ibid., s. 189–190.

⁶² PAULO, N.: Casuistry as common law morality. In *Theoretical Medicine and Bioethics*. Vol. 36 (2015), s. 376.

⁶³ PAULO, N.: *The Confluence of Philosophy and Law in Applied Ethics*. London (2016), s. 190–191.

⁶⁴ KRAUS, J.: *Rétorika v evropské kultuře i ve světě*. Praha (2011), s. 53.

možných hľadísk, a pritom umožňuje skúmať aj tzv. apórie, na ktoré existujú dva alebo viaceré rovnako pravdepodobné náhľady.⁶⁵

Umením invencie je pritom Aristotelova dialektika nazývaná osobitne preto, že umožňuje objavovať premisy a axiómy, teda vedie „k počiatkom“, východiskám, kým logika naopak smeruje od nich. Dialektika a logika však nestoja proti sebe v rozpore; navzájom sa dopĺňajú. Tento názor zastával aj Cicero, ktorý bol tým, kto hovoril, že Aristotelovo dielo Analytiky je o *ars iudicandi*, teda o formálnej logike, kým Topiky sú o *ars inveniendi*, teda dialektike.⁶⁶

O dialektike sa pritom hovorí v rámci teórie argumentácie aj dnes, a to v úzkom spojení s tzv. neformálnou logikou. Socialistická teória pritom poznala aj osobitnú, dialektickú logiku (vychádzajúcu z Hegla a Marxa), ako protiklad formálnej logiky.⁶⁷ Malo ísť o logiku, ktorá skúma myslenie v spoločenskom kontexte, teda o akúsi ekologickú logiku, eko-logiku. Podobne pritom aj Aulis Aarnio konštatuje, že dobrý argument v práve vychádza z kultúry spoločnosti, ktorá ovplyvňuje právny diskurz. Podľa neho preto dobrý právny argument musí byť relevantný, akceptovateľný a verifikovateľný,⁶⁸ hoci zároveň môže byť aj vyvrátiteľný,⁶⁹ i keď ide len o výsledok prípadnej aktivity sporových strán a nie o automatickú inherentnú vlastnosť noriem či argumentov.⁷⁰ S tým, samozrejme, súvisí aj problém možnosti jedinej správnej odpovede v práve,⁷¹ ktorá sa spochybňuje dokonca aj v situácii, keď by rozhodovací orgán priamo vlastnými zmyslami vnímal predmet sporu,⁷² nieto ešte v situácii, keď sudca rozhoduje iba na základe *ex post* dodaných informácií a argumentov predkladaných (a vyvracaných) stranami.

⁶⁵ BERKA, K.: Úvod. In ARISTOTELES: Topiky. Praha (1975), s. 19–21.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ KNAPP, V./GERLOCH, A.: Logika v právním myšlení. Praha (2000), s. 15n.

⁶⁸ AARNIO, A.: On Legal Reasoning. Turku (1977).

⁶⁹ BROŽEK, B.: Law and Defeasibility : A few comments on The Logic of Legal Requirements. In *Revus*. Vol. 23 (2014), s. 165–170; PRAKKEN, H./SARTOR, G.: The Three Faces of Defeasibility in the Law. In *Ratio Juris*, Vol. 17 (2004), No. 1, s. 118–139.

⁷⁰ GUASTINI, R.: Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas e Interpretación. In *Análisis Filosófico*. Vol. 26 (2006), No. 2, s. 284.

⁷¹ AARNIO, A.: Essays on the Doctrinal Study of Law. Dordrecht (2011), s. 165–166.

⁷² SINAI, Y./GOLDING, M. P.: Is There Only One Correct Legal Answer to a Question of Fact? Three Talmudic Answers to a Jurisprudential Dilemma. In *Ratio Juris*. Vol. 29 (2016), No. 4, s. 480.

Dialektická logika a na nej postavená argumentácia, vzhľadom na to, že je logikou a argumentáciou obsahovou a kontextovou, sa nemôže vyznačovať jednoznačnosťou ako formálna logika.⁷³ S takouto charakteristikou právnej argumentácie a rozhodovania právnych sporov dodnes pracuje tzv. nededuktívna teória argumentácie, na ktorú upozorňuje napríklad poľský právny teoretik Krzysztof Szymanek.⁷⁴ Ide pritom o prístup nesystematický, blízky ku kazuistike, a teda protikladný k inak prevažujúcim systematickým prístupom k právu a logike. Nededuktívny prístup má konkrétne za to, že už Aristoteles správne konštatoval nemožnosť axiomatizovania etiky, a rovnako to platí i pre právo. Obe disciplíny totiž patria k tzv. praktickým (fronetickým⁷⁵) vedám, ktoré oproti prírodným vedám kladú namiesto systematickosti dôraz skôr na skúsenosť a učenie sa „cností“.

Na empirickej úrovni konkrétne právny pragmatizmus tvrdí, že v právnickom myslení na celom svete existuje a významnú rolu zohráva akýsi „praktický zmysel“, ktorý vraj právnik nadobúda práve prostredníctvom praktických skúseností. Podobne zameranou zložkou súčasného právneho myslenia je aj teória etickej cnosti (virtue ethics), nadväzujúca tiež na Aristotela. Jej podstatou je predstava, že právnik aplikuje na rôzne právne situácie svoje intelektuálne nadobudnuté cnosti, a zároveň aj jednotlivé právne inštitúty sú stavané na takýchto cnostiach. Napríklad Heidi Feldman tak používa etiku cnosti (virtue ethics) na interpretáciu tripartitnej kvality právnej zodpovednosti za škodu – tá totiž podľa nej pozostáva z trojice (ne)cností: opatrnosti, dobromyseľnosti a neobanlivosti – a naznačuje, že praktická múdrosť je neodmysliteľnou súčasťou cnosti opatrnosti, ktorú je možné a potrebné u každého jedinca rozvíjať.⁷⁶

Správne (právne) rozhodovanie teda vyžaduje podobne ako v prípade aristotelovských cností určitý druh tréningu – odbornú právnu prax, expertízu. Expertíza je pritom v kognitívnovedných prácach definovaná ako schopnosť efektívne a presne riešiť praktické problémy. Má pritom spočívať na dvoch faktoroch: 1) množstve vedomostí; a 2) kvalite ich organizácie. Jednoducho, „vedieť viac“ neznamená byť odborníkom.

⁷³ KNAPP, V./HOLLÄNDER, P. et al.: Právne myslenie a logika. Bratislava (1989), s. 22.

⁷⁴ SZYMANEK, K.: Perswazja, argumentacja, slaby argument, mocny argument. In STELMACH, J. (ed.): Studia z filozofii prawa. Krakow (2003), s. 33–44.

⁷⁵ FLYVBJERG, B.: Making Social Science Matter: Why Social Inquiry Fails and How it Can Succeed Again? Cambridge (2001).

⁷⁶ Feldman, H. L.: Prudence, Benevolence, and Negligence: Virtue Ethics and Tort Law. In Chicago-Kent Law Review. Vol. 74 (2000), s. 1431; CANKOREL, T.: Cognitive Classification of Legal Principles: A New Approach to International Legal Training. In Ankara Law Review. Vol. 5 (2008), No. 2, s. 169.

Rozlišovacím prvkom experta je jeho schopnosť organizovať množstvo znalostí (poznatkov) spôsobom, ktorý mu umožňuje rozpoznať vzory a získať informácie z vlastného fondu poznatkov oveľa efektívnejšie ako to robia nováčikovia v danej oblasti. Prevádzkovanie tejto organizačnej štruktúry v realite často konkrétne znamená vytváranie skupín informácií (chunks of knowledge) a ich ukladanie do mentálnych modelov s vysokou úrovňou abstrakcie. Nadobúdanie zručnosti prepájania týchto mentálnych modelov a skupín informácií postupne transformuje laikov či začiatočníkov na odborníkov. Hlavným rozdielom medzi odborníkmi a nováčikmi je teda práve ich kognitívna schopnosť efektívneho prístupu k relevantným znalostiam, dosiahnutá klasifikáciou celého odborného fondu znalostí do rôznych „zásuviek“ a ich prepojeným využívaním.

Je teda zrejmé, že riešenie problematického praktického prípadu, špecificky v oblasti práva, najmä keď je potrebné vziať do úvahy špecifické okolnosti prípadu, aby sa dospelo k „spravodlivému“ rozhodnutiu, nepracuje (iba, či primárne) s deduktívnym myslením a aplikovaním pravidiel či noriem na faktickú skutočnosť. Skúsený právny praktik pracuje iným spôsobom – používa iný typ odbornosti nadobudnutý prostredníctvom skúsenosti: kombinuje intuíciu a rýchle myslenie na jednej strane (ktoré však môžu byť ovplyvnené kognitívnymi sklonmi) s pomalým analytickým uvažovaním v podobe použitia „blokov“ vedomostí a skúseností, často zachovávaných vo forme maxim a paradigiem (či exemplárnych prípadov). Takýto postup mu umožňuje jednoduchšie, rýchlejšie a efektívnejšie dosiahnuť najlepšie (a podľa skúsenosti najspravodlivejšie) riešenie daného problematického prípadu.

Ak sme teda v súčasných teóriách dialektickej argumentácie hľadali vysvetlenie Jonsenovej a Toulminovej kinetiky rozhodovania v kazuistickom myslení, tieto teórie, rovnako ako recentné kognitívnovedné výskumy, nám iba potvrdzujú dávne Aristotelove náhľady formulované v tom zmysle, že konkrétny spôsob správneho (právneho) usudzovania a rozhodovania v tzv. fronetických vedách (kam patrí etika i právo) získavame zásadne iba opakovanou praxou, skúsenosťou...

Záver

Ak sa dnes hlásime k dedičstvu rímskeho práva, treba mať na pamäti, že formálny prístup rímskych právnikov k riešeniu právnych problémov bol podstatne iný, než na aký sme zvyknutí dnes – nesnažili sa totiž aplikovať všeobecné normy zákonov, či zákonníkov na konkrétny prípad, keďže vopred daný súbor noriem v podstate neexistoval. Naopak, snažili sa hľadať

najvhodnejšie riešenia pre konkrétne problémy porovnávaním s inými obdobnými prípadmi, s využitím analógie, či s využitím prístupu, ktorý sa v systéme „common law“ označuje ako „distinguishing“ – teda vzájomným odlišovaním prípadov (*distinctio*). Pre takýto postup sa zaužívalo označenie kazuistický, prípadový, či inak povedané problémový prístup k právu, ako opak dnes prevládajúceho tzv. systémového, systematického prístupu k právu.

Systematický prístup k právu má pritom paradoxne tiež základ v rímskoprávnom vzore, ale až z poklasického, justiniánskeho obdobia. Práve justiniánsky *Corpus iuris civilis*, ako kompilát jednotlivých kazuistických stanovísk klasických právnikov, začal po jeho znovuobjavení v 11. storočí postupne slúžiť ako súbor prípadov a riešení, v ktorých sa stredovekí univerzitní právnici snažili nájsť (či skôr vytvoriť) „systém“ – objasniť vzájomné vzťahy prvkov tohto súboru, ktoré v skutočnosti vykazovali príliš mnoho nejednoznačností, ba aj protirečení.

Obdobie 16. až 18. storočia potom prinieslo podstatné zmeny v právnom myslení. Okrem hľadania systému v rozporoch rímskoprávných a kánonickoprávných textov začali neskorí scholastici prvýkrát samostatne formulovať aj všeobecné pravidlá (*regulae*), ktoré vyvodili z textu jednotlivých rímskoprávných prípadov, a ktoré sa mali stať zárodkom dnes známeho a prevažujúceho systematického prístupu k právu – prístupu aplikujúceho na skutkový stav pravidlo vyjadrené právnou normou (stanovenou zákonom, súdnou praxou alebo právnou vedou),⁷⁷ metódou takzvaného právneho sylogizmu.

Aj napriek opakovaným zlyhaniam takéhoto systematického právneho myslenia – v podobe tzv. *mos geometricus*, či v podobe uzavretého systému pozitívneho práva, dodnes ide o prístup v právnom myslení stále prevažujúci – pomerne efektívne obmedzujúci „svojevôľu“ sudcov a zaručujúci väčšiu mieru právnej istoty, či predvídateľnosti rozhodnutí. A hoci v polovici 20. storočia existovali aj snahy o opätovné posilnenie kazuistického prístupu k právu (Viehwegova topika, či Perelmanova nová rétorika), respektíve o rozšírenejšie využívanie tzv. problémového právneho myslenia, tieto snahy ponúkajúce iné ako systematické náhľady na právne myslenie, zdôrazňujúce do väčšej miery okolnosti prípadu a cieľ spravodlivosti a individuálnosti rozhodovania, v konečnom dôsledku sa nateraz prevažujúci súčasný systematický spôsob právneho myslenia nezmenil.

⁷⁷ GORDLEY, J.: *Ius Quaerens Intellectum: The Method of the Medieval Civilians*. In CAIRNS, J. W./PLESSIS, P. J. du: Introduction. In CAIRNS, J. W./PLESSIS, P. J. du (eds.): *The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*. Edinburgh (2010), s. 81.

Je však nepochybné, že práve v hraničných, najťažších právnych prípadoch, kde absentuje jednoznačné právne riešenie vyjadrené v právnych normách, alebo sa toto riešenie javí nespravodlivým, majú svoje miesto a výhody aj prístupy a metódy kazuistického právneho myslenia. Veď aj poznatky o skutočnom fungovaní spôsobu myslenia skúseného praktika naznačujú, že na kognitívnej úrovni procesy usudzovania a riešenia právnych prípadov aj v „systematickej“ paradigme práva vykazujú rovnaké postupy, aké sú príznačné pre kazuistický prístup k právu – prácu s paradigmami a maximami – a teda že kazuistika je potenciálne bližšia ľudskému spôsobu myslenia než je myslenie deduktívno–systematické.

Či však uvedené bude mať väčšiu odozvu v súčasnom postmodernom myslení, zdôrazňujúcim pluralizmus aj v práve a právnych riešeniach (hoci za cenu väčšej neprehľadnosti a neistoty), ukáže až budúcnosť...

Bibliografia:

- AARNIO, A.: On Legal Reasoning. Turku (1977);
AARNIO, A.: Essays on the Doctrinal Study of Law. Dordrecht (2011);
BERKA, K.: Úvod. In ARISTOTELES: Topiky. Praha (1975);
BERKOWITZ, R.: The gift of science : Leibniz and the modern legal tradition. Cambridge (2005);
BROŽEK, B.: Law and Defeasibility : A few comments on The Logic of Legal Requirements. In *Revus*. Vol. 23 (2014), s. 165–170;
CAIRNS, J. W./PLESSIS, P. J. du: Introduction. In CAIRNS, J. W./PLESSIS, P. J. du (eds.): The Creation of the *Ius Commune* : From *Casus* to *Regula*. Edinburgh (2010);
CALKINS, M.: Developing a Virtue–Imbued Casuistry for Business Ethics. Dordrecht (2014);
CANKOREL, T.: Cognitive Classification of Legal Principles: A New Approach to International Legal Training. In *Ankara Law Review*. Vol. 5 (2008), No. 2;
ČÍPKÁR, J.: Úvod do právnej antropológie. Košice (2008);
COULSON, D.: The Devil’s Advocate and Legal Oratory in the Processus Sathanae. In *Rhetorica*. Vol. 33 (2015), No. 4, s. 409–430;
ERICSSON, K. A./SMITH, J.: Toward a General Theory of Expertise: Prospects and Limits. Cambridge (1991);
FELDMAN, H. L.: Prudence, Benevolence, and Negligence: Virtue Ethics and Tort Law. In *Chicago-Kent Law Review*. Vol. 74 (2000);
FLYVBJERG, B.: Making Social Science Matter: Why Social Inquiry Fails and How it Can Succeed Again? Cambridge (2001);
GAGARIN, M./WOODRUFF, P.: Early Greek Legal Thought. In MILLER, F./BIONDI, C.-A. (eds.): A History of the Philosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics. Dordrecht (2007);
GORDLEY, J.: *Ius Quaerens Intellectum*: The Method of the Medieval Civilians. In CAIRNS, J. W./PLESSIS, P. J. du: Introduction. In: Cairns, J. W./Plessis, P. J. du (eds.): The Creation of the *Ius Commune* : From *Casus* to *Regula*. Edinburgh (2010);
GUASTINI, R.: Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione. In *Revus*. No. 14 (2010);

- GUASTINI, R.: Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas e Interpretación. In *Análisis Filosófico*. Vol. 26 (2006), No. 2;
- HALPÉRIN, J.-L.: Five Legal Revolutions since the 17th Century : An Analysis of a Global Legal History. Berlin (2014);
- HONSELL, H./MAYER-MALY, T.: *Rechtswissenschaft : Eine Einführung in das Recht und seine Grundlagen*. Berlin (2015);
- HSIN, J. D.: Law Without Absolutes: Toward a Pragmatic Science of Law. In *Washington University Jurisprudence Review*. No. 9 (2017). Dostupné http://openscholarship.wustl.edu/law_jurisprudence/vol9/iss2/6;
- JONSEN, A. R./TOULMIN, S.: *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*. Berkeley (1988);
- KAHNEMAN, D.: *Thinking, fast and slow*. New York (2013);
- KANTOR, G.: Ideas of Law in Hellenistic and Roman Legal Practice. In DRESCH, P./SKODA, H. (eds.): *Legalism: Anthropology and History*. Oxford (2012);
- KNAPP, V./GERLOCH, A.: *Logika v právním myšlení*. Praha (2000);
- KNAPP, V./HOLLÄNDER, P. et al.: *Právne myslenie a logika*. Bratislava (1989);
- KRAUS, J.: *Rétorika v evropské kultuře i ve světě*. Praha (2011);
- LAUNHARDT, A.: *Topik und Rhetorische Rechtstheorie. Eine Untersuchung zu Rezeption und Relevanz der Rechtstheorie Theodor Viehwegs*. Dissertation. Düsseldorf (2005);
- MEDER, S.: *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtssetzung*. Tübingen (2008);
- MORO, P.: *Topica digitale e ricerca del diritto. Metodologia e informatica giuridica nell'era dell'«infosourcing»*. Torino (2015);
- OTTE, G.: Die historische Topik und ihre Rezeption durch Theodor Viehweg. In *Orbis iuris romani*. Vol. 9 (2006);
- PAULO, N.: *Casuistry as common law morality*. In *Theoretical Medicine and Bioethics*. Vol. 36 (2015);
- PAULO, N.: *The Confluence of Philosophy and Law in Applied Ethics*. London (2016);
- PRAKKEN, H./SARTOR, G.: The Three Faces of Defeasibility in the Law. In *Ratio Juris*, Vol. 17 (2004), No. 1, s. 118–139;
- PRÜMM, H. P.: *Einführung in die Rechtsphilosophie – Rechtstheorie und Rechtsethik*. Berlin (2008);
- PRÜMM, H. P.: The Didactic Turn of German Legal Methodology. In *Jurisprudence*. Vol. 18 (2011), No. 4, s. 1233–1282;
- REBRO, K.: Die Juristische Fakultät der Universität in Trnava (1667–1777). In *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae*. Die juristische Bildung in der Slowakei und Ungarn bis zum J. 1848. Bratislava (1968);
- REIMANN, M.: Nineteenth Century German Legal Science. In *Boston College Law Review*. Vol. 31 (1990);
- ROMEO, A.: Juristen, böse Christen (?). Religione e deontologia forense nella teoria del diritto. In *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. No. 15 (2017);
- SANZ BAYÓN, P.: Sobre la tópica jurídica en Viehweg. In *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. No. 16 (2016), s. 83–108;
- SCHULTZ, F.: *History of Roman Legal Science*. Oxford (1946);
- SHYTOV, A. N.: *Conscience and Love in Making Judicial Decisions*. Dordrecht (2001);
- SINAI, Y./GOLDING, M. P.: Is There Only One Correct Legal Answer to a Question of Fact? Three Talmudic Answers to a Jurisprudential Dilemma. In *Ratio Juris*. Vol. 29 (2016), No. 4, s. 478–505;

- SPECTOR, H.: The Future of Legal Science in Civil Law Systems. In Louisiana Law Review. Vol. 65 (2004), s. 261. Dostupné na <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol65/iss1/8>;
- SZYMANEK, K.: Perswazja, argumentacja, slaby argument, mocny argument. In STELMACH, J. (ed.): Studia z filozofii prawa. Krakow (2003).

Postavenie noriem medzinárodného práva verejného v rámci ústavného práva a ostatnej právnej úpravy Slovenskej republiky

Juraj Jankuv

Úvod – 1 Pôvod pojmu medzinárodné právo verejné a medzinárodnoprávna úprava vzťahu medzinárodného práva verejného a vnútroštátneho práva – 2 Teórie vzťahu medzinárodného práva verejného a vnútroštátneho práva – 3 Spôsoby a inštitúty, ktorými štáty garantujú plnenie svojich medzinárodnoprávných záväzkov a vnútroštátne recepčné normy a normy upravujúce vzťah medzinárodného a vnútroštátneho práva – 4 Vývoj právnej úpravy v oblasti vzťahu vnútroštátneho a medzinárodného práva v Slovenskej republike – 5 Súčasná slovenská ústavná a zákonná úprava vzťahu medzinárodného práva verejného a vnútroštátneho práva – Záver

Úvod

Problematika postavenia noriem medzinárodného práva verejného v rámci slovenskej ústavy a zákonnej právnej úpravy sa v priebehu času relatívne dynamicky mení a prispôbuje meniacej sa povahe medzinárodnoprávných vzťahov. Preto je, podľa nášho názoru, potrebná pravidelná identifikácia a systematizácia celého radu pravidiel existujúcich v tejto oblasti.

V nadväznosti na uvedené je cieľom tejto štúdie analýza postavenia noriem medzinárodného práva verejného v rámci slovenského ústavného práva a ostatnej slovenskej súvisiacej právnej úpravy. Ako teoretický základ pre túto analýzu je súčasťou tejto štúdie i prehľad existujúcej medzinárodnoprávnej úpravy v oblasti vzťahu medzinárodného práva verejného a vnútroštátneho práva, existujúcich teórií vzťahu medzinárodného práva verejného a vnútroštátneho práva v rámci vedy medzinárodného práva a existujúcich spôsobov, inštitútov, ktorými štáty garantujú plnenie svojich medzinárodnoprávných záväzkov vrátane všeobecného pohľadu na problematiku vnútroštátnych recepčných noriem a noriem upravujúcich vzťah medzinárodného práva verejného a vnútroštátneho práva a stručný pohľad na historický vývoj postavenia noriem medzinárodného práva v rámci ústavného práva a ostatnej súvisiacej právnej úpravy Slovenskej republiky. Do rámca noriem medzinárodného práva verejného nezahŕňame právne

normy práva Európskej únie, kvôli autonómnemu charakteru týchto noriem prostredníctvom judikatúry Súdnyh dvorom Európskej únie.

Skúmanie celej tejto problematiky je veľmi významné z pohľadu aplikácie čoraz širšieho spektra noriem medzinárodného práva verejného v rámci právneho poriadku Slovenskej republiky či už ide o normy tradičných odvetví medzinárodného práva verejného ako je medzinárodné zmluvné právo, medzinárodné diplomatické právo, právo medzinárodných orgánov a organizácií či normy úplne nových odvetví medzinárodného práva verejného ako je medzinárodné ekonomické právo, medzinárodné právo ľudských práv či medzinárodné právo životného prostredia.¹

Osobitným cieľom tejto štúdie je prispieť do pocty nedávno zosnulému prof. JUDr. Petrovi Blahovi., CSc. vynikajúcemu človeku a mimoriadnej vedeckej osobnosti pôsobiacej v oblasti rímskeho práva, ktorého som si veľmi vážil. Preto je súčasťou tejto štúdie i hľadanie súvisu témy práce s problematikou rímskeho práva v kontexte pôvodu pojmu medzinárodné právo verejné.

1 Pôvod pojmu medzinárodné právo verejné a medzinárodnoprávna úprava vzťahu medzinárodného práva verejného a vnútroštátneho práva

Z úcty k prof. Blahovi na úvod uvedieme, že samotné slovné spojenie „medzinárodné právo verejné“ pochádza z latinského *ius gentium* („právo národov“ prekladané aj ako „cudzinecké právo“), ktoré v histórii označovalo právne odvetvie existujúce v rámci právneho poriadku antického Ríma. *Ius gentium* však ani zďaleka nekorešpondovalo so súčasným medzinárodným právom verejným, pretože predstavovalo jednu z autonómnych zložiek rímskeho súkromného (vnútroštátneho) práva, ktoré bolo tvorené cudzineckým prétorom (lat. *praetor peregrinus*). Táto súčasť rímskeho práva upravovala vzťahy medzi rímskymi občanmi a nerímskymi súkromnými osobami – teda v našom ponímaní cudzincami.² Prenesenie pojmu *ius gentium* do rámca vzťahov medzi štátmi signalizujú pramene

¹ Táto štúdia je publikovaná v rámci grantového projektu „Environmentalizácia medzinárodného verejného práva“ schváleného Komisiou VEGA MŠ SR pod č. 1/0193/18 ako všeobecný základ pre skúmanie spôsobov a metód aplikácie noriem medzinárodného práva životného prostredia v rámci právneho poriadku Slovenskej republiky.

² K tejto problematike bližšie pozri REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo. Bratislava (2010), s. 64–65.

kánonického práva najmä Graciánov dekrét (*Decretum Gratiani*, respektíve *Concordia discordantium canonum*) zostavený okolo r. 1140.³ Pojem *ius gentium* do sféry právnych vzťahov medzi štátmi definitívne preniesol v 16. storočí španielsky dominikán Francisco de Vittoria (1480–1546) tým, že ho poopravil na *ius inter gentes* – právo medzi národmi.⁴ Vyskytuje sa však i názor, že túto zásluhu má iný španielsky jezuitský teoretik Francisco Suárez (1548–1617).⁵ Všeobecnému rozšíreniu pojmu *ius inter gentes* výrazne napomohol v roku 1780 anglický právny teoretik Jeremy Bentham, ktorý ho preložil do angličtiny ako „international law“ a používal v protiklade k pojmu „national law“ (vnútroštátne právo). Z angličtiny sa tento termín dostal do ostatných najmä románskych a slovanských jazykov.⁶ Francúzsky tento pojem znie „droit international“, v taliančine „diritto internazionale“, v ruštine „meždunarodnoje pravo“ a pod. Iní teoretici však v tejto súvislosti naďalej používali pojem *ius gentium* – právo národov. Od 18. storočia sa používali oba pojmy rovnocenne.⁷ Pojem právo národov rezonuje doposiaľ najmä v nemecky hovoriacich krajinách. Nemecky píšuci autori doposiaľ označujú medzinárodného právo ako právo národov (nem. „völkerrecht“), čím v podstate zachovávajú tradičný rímskoprávny pojem *ius gentium*. Pojem medzinárodné právo je však vo svete podstatne rozšírenejší. Od začiatku 19. storočia začali autori k tomuto pojmu pripájať slovo „verejné“, ktoré malo označovať verejnú povahu medzinárodného práva, keďže ho vytvárajú verejnoprávne inštitúcie, ktoré sú zriadené k presadzovaniu verejného záujmu – štáty.⁸ Takýmto spôsobom sa v prevažnej časti medzinárodného spoločenstva štátov zaužíval pojem „medzinárodné verejné právo“ a ani početné neskoršie pokusy zmeniť tento pojem na iný presnejší (napríklad medzištátne právo, či vonkajšie štátne právo) tento stav nezmenili.⁹ Vo vedeckej a odbornej spisbe sa pojem medzinárodné verejné právo často

³ Bližšie pozri VLADÁR, V.: Koncepčné poňatie pojmu *ius gentium* v Graciánovom dekréte. In *Forum iuris Europaeum*. Č. 1 (2018), s. 55–66.

⁴ MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému. Brno (2008), s. 32.

⁵ BIERZANEK, R./SYMONIDES, J.: Prawo miedzynarodowe publiczne. Warszawa (1997), s. 19.

⁶ MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému. Brno (2008), s. 32.

⁷ BIERZANEK, R./SYMONIDES, J.: Prawo miedzynarodowe publiczne. Warszawa (1997), s. 19.

⁸ JANKUV, J./LANTAJOVÁ, D./ŠMID, M./BLÁŠKOVIČ, K.: Medzinárodné právo verejné. Prvá časť. Plzeň (2015), s. 12.

⁹ Takéto rôzne koncipované pokusy o zmenu názvu medzinárodné právo prezentovali I. Kant, F. von List, G. Jellinek, N. M. Korkunov, G. W. Hegel či F. von Holtzendorff.

skrakuje na medzinárodné právo,¹⁰ pričom sa vychádza zo všeobecne uznávaného predpokladu, že ide skratku pojmu medzinárodné právo verejné.

Je však nepochybné, že názov medzinárodné právo má svoje historické korene v rímskom práve v rámci pojmu *ius gentium*. To je nevyvrátiteľný fakt. Už v časoch existencie rímskeho práva bolo potrebné riešiť otázku vzťahu medzi rímskym právom a cudzími právnymi poriadkami. Rímske *ius gentium* do určitej miery dlhodobo plnilo túto úlohu. Ako už bolo povedané bolo tvorené už spomínaným cudzineckým prétorom (lat. *praetor peregrinus*). Tento úrad bol uvedený do života už v roku 242 pred Kr.¹¹ Jeho úlohou a právomocou bolo rozhodovať právne spory medzi Rimanmi a cudzincami, pokiaľ v Ríme bývali alebo sa v ňom prechodne zdržiavali. Cudzinecký prétor rozhodoval voľne a vytváral celý rad právnych úprav a inštitúcií, ktoré platili bez ohľadu na občianstvo sporových strán tak, aby vyriešil právny vzťah rímskych občanov a cudzincov. Inou otázkou bola aplikácia rímskeho práva v podrobených provinciách. V tomto smere Rimania vytvárali provinčné poriadky, v duchu ktorých boli provinciám ponechané ich vlastné právne poriadky, pričom použitie rímskeho práva bolo koncipované rôzne. V západných provinciách sa v praxi používalo pomiešané rímske právo a domáce právo, vo východných provinciách skôr právo domáce a rímske právo sa rešpektovalo len obmedzene.¹² Využívajúc teoretickoprávny inštitút analógie práva je možné konštatovať, že podobnému problému čelí dnes slovenské vnútroštátne, najmä ústavné právo, ktorého úlohou je nájsť vhodný vzťah medzinárodného práva verejného a vnútroštátneho práva.

Súčasnú všeobecnú obyčajovú medzinárodné právo neobsahuje všeobecne platné pravidlo, ktoré by priamo upravovalo jeho vzťah k vnútroštátnemu právu, a ani pravidlo, ktoré by určovalo, akým spôsobom má byť obsah medzinárodnoprávnych záväzkov prenesený do vnútroštátnych právnych poriadkov štátov alebo pravidlo upravujúce spôsob akým štáty zabezpečia plnenie medzinárodných záväzkov vo svojich právnych poriadkoch.¹³ V súčasnom medzinárodnom práve tiež absentuje norma, ktorá by upravovala riešenie možných konfliktov medzi medzinárodným a vnútroštátnym právom. Z pohľadu medzinárodného práva fakticky k takýmto konfliktom ani nemôže dôjsť keďže pokladá vnútroštátne právo za mimoprávny fakt. Tento prístup

¹⁰ MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému. Brno (2008), s. 34.

¹¹ REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo. Bratislava (2010), s. 64.

¹² Ibid., s. 66.

¹³ Bližšie pozri KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné (všeobecná a osobitná časť). Bratislava (2017), s. 90.

bol mnohokrát potvrdený medzinárodnou rozhodovacou praxou.¹⁴ Ako najstarší príklad medzinárodnej judikatúry v tejto oblasti býva citovaný výrok v rozsudku Stáleho dvora medzinárodnej spravodlivosti v prípade týkajúcom sa určitých nemeckých záujmov v Hornom Sliezske (r. 1926) v spore medzi Nemeckom a Poľskom.¹⁵ Podľa tohto výroku: „Z pohľadu medzinárodného práva i Dvora, ktorý je jeho orgánom, sú vnútroštátne zákony, rovnako ako súdne rozhodnutia či administratívne opatrenia, obyčajnými faktami, prejavmi vôle štátov“. Napriek tomu viaceré medzinárodnoprávne normy výslovne rátajú s existenciou vnútroštátnych právnych poriadkov vo vzťahu k niektorým vnútroštátnym právnym inštitútom.¹⁶ Ako príklad je možné uviesť inštitút štátneho občianstva, s ktorého existenciou rátajú niektoré medzinárodné zmluvy v oblasti ochrany ľudských práv pri úprave politických práv, inštitút vnútroštátneho schvaľovania medzinárodných zmlúv, s ktorým počíta Viedenský dohovor o zmluvnom práve (r. 1969)¹⁷ alebo inštitút funkcií hlavy štátu, s ktorým ráta Viedenský dohovor o diplomatických stykoch (r. 1961).¹⁸ V obyčajovom medzinárodnom práve taktiež existuje pravidlo zakotvujúce záväzok štátov zachovať na svojom území určitý stupeň verejného poriadku.

Na druhej strane v oblasti vzťahu medzinárodného práva a vnútroštátneho práva existuje aspoň nepriama rámcová právna úprava, z ktorej je možné nepriamo odvodiť, aká by mala byť podoba vzťahu medzinárodných zmlúv a vnútroštátneho práva.¹⁹ Primárne v tejto oblasti platí medzinárodný záväzok svedomitého plnenia záväzkov – *pacta sunt servanda*, ktorý platí v súčasnom medzinárodnom práve všeobecne. Tento záväzok teda existuje v obyčajovej podobe a bol potvrdený i zmluvne v článku 26 Viedenského dohovoru o zmluvnom práve (r. 1969). Na tento záväzok nadväzuje záväzok, v súlade s ktorým sa štát nemôže dovoľávať ustanovení svojho vnútroštátneho práva ako dôvodu pre neplnenie medzinárodných

¹⁴ JANKUV, J./LANTAJOVÁ, D./ŠMID, M./BLAŠKOVIČ, K.: Medzinárodné právo verejné. Prvá časť. Plzeň (2015), s. 211.

¹⁵ Case concerning certain German interests in Upper Silesia (1926). Permanent Court of International Justice (PCIJ), Ser. A, No 7, 25. 5. 1926, s. 33.

¹⁶ Bližšie pozri KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné (všeobecná a osobitná časť). Bratislava (2017), s. 98–99.

¹⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties (1969). United Nations, Treaty Series, vol. 1155, s. 331.

¹⁸ Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961). United Nations, Treaty Series, vol. 500, s. 95.

¹⁹ JANKUV, J./LANTAJOVÁ, D./ŠMID, M./BLAŠKOVIČ, K.: Medzinárodné právo verejné. Prvá časť. Plzeň (2015), s. 211.

záväzkov. Toto pravidlo má obyčajový pôvod a bolo potvrdené i judikatúrou medzinárodných súdnych orgánov. Prvými v tomto smere boli posudky Stáleho dvora medzinárodnej spravodlivosti (ďalej SDMS) z rokov 1930 a 1932. Vo veci Grécko-bulharské komunity (r. 1930)²⁰ SDMS uviedol, že „...patrí medzi všeobecne uznávané zásady medzinárodného práva, že vo vzťahoch medzi stranami medzinárodného dohovoru ustanovenia vnútroštátneho práva nemôžu prevážiť nad ich záväzkami podľa dohovoru ...“. Vo veci zaobchádzania s poľskými štátnymi občanmi a inými osobami poľského pôvodu či reči na území Danzigu (r. 1932)²¹ SDMS konštatoval, že „...žiadny štát nemôže voči inému štátu namietat' svoju ústavu, aby sa vyhol plneniu svojich záväzkov, ktoré pre neho vyplývajú z medzinárodného práva alebo platných zmlúv ...“. Toto pravidlo bolo neskôr potvrdené i Medzinárodným súdnym dvorom vo veci aplikovateľnosti záväzku arbitráže podľa odseku 21 Dohody o sídle OSN (r. 1988),²² v súvislosti s neochotou USA tolerovať zastupiteľský úrad Organizácie pre oslobodenie Palestíny v sídle OSN v New Yorku. Medzinárodný súdny dvor tu konštatoval: „Malo by byť dostatočné pripomenúť základnú zásadu medzinárodného práva, že medzinárodné právo prevažuje nad vnútroštátnym právom“.²³ Uvedené pravidlo potvrdzuje i článok 3 Návrhu článkov o zodpovednosti štátov za protiprávne správanie (r. 2001) Komisie OSN pre medzinárodné právo, ktorý predstavuje približnú podobu medzinárodných obyčajových pravidiel v danej oblasti.²⁴ Podľa článku 3 tohto kodifikačného dokumentu „... akt štátu sa bude považovať za protiprávny, ak je v rozpore s platným záväzkom štátu podľa medzinárodného práva, bez ohľadu na to, že z hľadiska vnútroštátneho práva je s ním v súlade ...“.²⁵ Dané pravidlo je zakotvené aj v článku 27

²⁰ Greco-Bulgarian Communities Case, PCIJ, Ser. B, No. 17, 30. 7. 1930, s. 32.

²¹ Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, PCIJ, Ser. A/B, No. 44, 4. 2. 1932, s. 4 a 24.

²² Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1988, s. 49.

²³ Komentár k medzinárodnej judikatúre v tejto oblasti bližšie pozri v diele MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné jeho obecná část a poměr k jiným právním systémům, zvláště k právu českému. Brno (2008), s. 418–419 a BROWNLIE, I.: Principles of Public International Law. Oxford (2008), s. 36–38.

²⁴ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, November 2001, International Law Commission, Supplement No. 10 (A/56/10), chp. IV. E. 1. In Report of the International Law Commission (2001). UN Doc. A/51/10, s. 43n. Valné zhromaždenie OSN tento návrh vzalo na vedomie osobitnou rezolúciou UN Doc. 56/83 (2001), ktorej prílohu tvorí samotný návrh článkov.

²⁵ Bližšie pozri dielo KLUČKA, J.: Mezinárodní právo veřejné (všeobecná a osobitná část). Bratislava (2017), s. 180.

Viedenského dohovoru o zmluvnom práve (r. 1969), v zúženej podobe, vo vzťahu k medzinárodným zmluvám. Uvedené normy a judikatúra indikujú prioritu medzinárodnoprávných záväzkov štátu pred jeho vnútroštátnym právnym poriadkom. Každý štát pritom zodpovedá za plnenie svojich medzinárodnoprávných záväzkov v plnom rozsahu bez ohľadu na znenie svojho vnútroštátneho práva. Vo vede medzinárodného práva však existuje názor, že uvedené pravidlo sa postupne dostáva do stavu „agónie“ vzhľadom na mnohé prípady z praxe štátov, ktoré toto pravidlo ignorujú.²⁶

Uvedená právna úprava či judikatúra však svojim obsahom neposkytuje štátom podrobný návod na úpravu vzťahu medzinárodných zmlúv a ich vnútroštátneho práva. Vzhľadom na existujúci stav medzinárodnoprávnej úpravy, riešia jednotlivé štáty uvedené otázky samostatne v rámci svojej výlučnej právomoci. Vzhľadom na nedostatočnú právnu úpravu riešiacu otázky vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva veda medzinárodného práva sformovala tri základné teórie vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva v praxi štátov. Ide o monistickú teóriu s primátom vnútroštátneho práva, dualistickú teóriu a monistickú teóriu s primátom medzinárodného práva.²⁷ V nadväznosti na tieto teórie sa v praxi štátov vyvinuli viaceré spôsoby a inštitúty, ktorými štáty garantujú svoje medzinárodnoprávne záväzky ako aj osobitné druhy vnútroštátnych, tzv. recepčných noriem.²⁸

2 Teórie vzťahu medzinárodného práva verejného a vnútroštátneho práva

Ako už bolo uvedené, vzhľadom na nedostatočnú právnu úpravu riešiacu otázky vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva, veda medzinárodného práva sformovala tri základné teórie vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva v praxi štátov. Ide o monistickú teóriu s primátom vnútroštátneho práva, dualistickú teóriu a monistickú teóriu s primátom medzinárodného práva. Historicky prvou bola monistická teória s primátom vnútroštátneho práva sformovaná nemeckou tzv. bonnskou školou (E. Kafmann, M. Wenzel,

²⁶ MALENOVSKÝ, J.: L'agonie sans fin du principe de non-invocabilité du droit interne. In *Revue Générale de Droit International Public*. No.2 (2017), s. 291–333.

²⁷ Ku koncepciám monizmu a dualizmu bližšie pozri diela SEIDL-HOHENVELDERN, I.: *Mezinárodní právo veřejné*. Praha (2006), s. 113–123 a BIERZANEK, R./SYMONIDES, J.: *Prawo międzynarodowe publiczne*. Warszawa (1997), s. 26–30.

²⁸ JANKUV, J./LANTAJOVÁ, D./ŠMID, M./BLAŠKOVIČ, K.: *Medzinárodné právo verejné*. Prvá časť. Plzeň (2015), s. 212.

K. Bergbohm a iní), ktorá vznikala v druhej polovici 19. storočia na základe niektorých starších názorov J. J. Mosera, G. Jellineka, či G. W. F. Hegela vychádzajúcich z predstavy, že medzinárodné právo je len „vonkajšie štátne právo“.²⁹ Teória monizmu s primátom vnútroštátneho práva vychádzala z predstavy, že vnútroštátne práva a medzinárodné práva tvoria jeden spoločný systém. Závaznosť a spôsob realizácie noriem medzinárodného práva plne záviseli od prejavov vôle jednotlivých štátov, pričom vo vzťahu oboch právnych celkov dominovalo vnútroštátne právo. V súčasnosti už táto teória nie je udržateľná a ani vo vede medzinárodného práva nezohráva významnejšiu úlohu. Podľa prof. Türka má táto teória veľmi malú oporu vo vývoji medzinárodného práva.³⁰

Dualistická teória vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva bola formovaná na počiatku 20. storočia. Jej hlavní predstavitelia H. Triepel (v diele „Völkerrecht und Landsrecht“ z roku 1899) a D. Anzilotti (v diele „Il diritto internazionale nel giudizi interni“ z roku 1905) vychádzali z nutnosti celkového posilnenia autority medzinárodného práva ako autonómneho systému práva. Vnútroštátne a medzinárodné právo sú podľa tejto teórie považované za dva odlišné systémy práva. V duchu dualizmu preto platí, že norma medzinárodného práva sa stáva záväznou pre subjekty práva vnútroštátneho iba v prípade ak je transformovaná do vnútroštátneho práva jeho normou. Táto teória sa používa vo viacerých významných štátoch sveta ako je Holandsko, Veľká Británia, Írsko, Kanada, Austrália, India či Južná Afrika. V rámci právnych poriadkov týchto štátov v duchu teórie dualizmu platia výlučne normy vnútroštátneho práva, pričom obsah niektorých z nich je „prenesený“ z medzinárodného práva.³¹

Ostatnou teóriou vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva je monistická teória s primátom medzinárodného práva. Táto teória sa rozvinula po prvej svetovej vojne a je spojená predovšetkým s menami predstaviteľov rakúskej normatívnej školy H. Kelsena, W. Kaufmana a G. Verdrossa.³² Vychádza z predstavy, že medzinárodné a vnútroštátne právo tvorí jeden spoločný systém, v rámci ktorého dominujú pravidlá medzinárodného práva. Vnútroštátne právo teda musí byť v súlade s medzinárodným právom inak jeho normy nie sú platné. Pravidlá medzinárodného práva nie je potrebné

²⁹ Bližšie pozri dielo KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné (všeobecná a osobitná časť). Bratislava (2017), s. 90.

³⁰ TÜRK, D.: Základy mezinárodního práva. Beroun (2010), s. 61.

³¹ Bližšie pozri dielo KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné (všeobecná a osobitná časť). Bratislava (2017), s. 91–92.

³² Ibid., s. 92–93.

transformovať a môžu byť uplatňované vnútroštátnymi orgánmi priamo. Táto teória prebehla svoju dobu nakoľko neodrážala realitu medzinárodnej situácie v ktorej vznikala. Jej opodstatnenie sa však preukazuje najmä v súčasnosti, keď začína byť v určitých modifikovaných podobách uplatňovaná značným množstvom štátov. Zhruba od polovice 20. storočia sa totiž vnútroštátne právo postupne začína otvárať čoraz viac medzinárodnému právu, v dôsledku čoho sa zužuje priestor pre striktné uplatňovanie dualistickej teórie.

Prax jednotlivých štátov medzinárodného spoločenstva je však v konečnom dôsledku tak rôznorodá, že nedáva v plnom rozsahu za pravdu ani monistickej, ani dualistickej teórii vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva. Niet štátu, ktorý by vo svojej praxi vychádzal len z monistickej koncepcie s prednosťou medzinárodného práva, takisto ani štátu, ktorý by vo všetkých prípadoch siahal k formálnej transformácii svojich záväzkov podľa medzinárodného práva prostredníctvom noriem vnútroštátneho práva.³³

3 Spôsoby a inštitúty, ktorými štáty garantujú plnenie svojich medzinárodnoprávných záväzkov a vnútroštátne recepčné normy a normy upravujúce vzťah medzinárodného a vnútroštátneho práva

V nadväznosti na platnú medzinárodnoprávnu úpravu i uvedené teórie vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva je úprava otázok vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva ponechaná na jednotlivé štáty. Štáty majú podľa medzinárodného práva iba povinnosť zabezpečiť plnenie svojich medzinárodných záväzkov. V rámci aplikácie tejto povinnosti štáty môžu slobodne rozhodnúť o podobe vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva. Prax štátov v oblasti vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva je veľmi rôznorodá. Terminológia a obsah vnútroštátnych úprav v oblasti vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva nie sú jednotné. Je však možné poskytnúť aspoň rámcový prehľad vnútroštátnych spôsobov a inštitútov, ktorými štáty (predovšetkým v európskom, t.j. kontinentálnom právnom systéme) garantujú plnenie svojich medzinárodných záväzkov.³⁴

Na prvom mieste možno spomenúť transformáciu medzinárodnej zmluvy, pod ktorou je potrebné chápať legislatívny proces, v rámci ktorého je obsah medzinárodnej zmluvy doslovne prenesený do podoby niektorého

³³ KLUČKA, J.: Medzinárodné právo verejné (všeobecná a osobitná časť). Bratislava (2017), s. 93.

³⁴ JANKUV, J./LANTAJOVÁ, D./ŠMID, M./BLAŠKOVIČ, K.: Medzinárodné právo verejné. Prvá časť. Plzeň (2015), s. 213.

z vnútroštátnych prameňov práva (napríklad zákona) a až v takejto forme sa stáva súčasťou vnútroštátneho právneho poriadku štátu. Ďalším spôsobom riešenia vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva je adaptácia medzinárodných zmlúv, v rámci ktorej dochádza k obsahovo približnému (t.j. nie doslovnému) prenosu medzinárodných zmluvných záväzkov štátu do vnútroštátneho práva prostredníctvom zákonov alebo iných prameňov vnútroštátneho právneho poriadku štátu. Ide tu o prenos častí medzinárodných zmlúv do vnútroštátneho prameňa práva. Ďalším spôsobom riešenia tohto vzťahu je inkorporácia medzinárodnej zmluvy. V rámci tohto legislatívneho procesu sa medzinárodná zmluva stáva priamo súčasťou vnútroštátneho právneho poriadku štátu bez straty formy (povahy) základného prameňa medzinárodného práva.³⁵ Procesom inkorporácie sú do vnútroštátneho právneho poriadku štátu „vnášané“ medzinárodné zmluvy, vo svojej pôvodnej forme a platia popri tradičných vnútroštátnych prameňoch práva, akými sú zákony, ústavné zákony, vyhlášky ministerstiev a pod. Prenos zmluvy sa deje na základe osobitného legislatívneho aktu, ktorým spravidla býva oznámenie o uzavretí medzinárodnej zmluvy. Inkorporačný prístup býva niekedy označovaný ako umiernené dualistická koncepcia vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva s prvkami monizmu s prednosťou medzinárodného práva. Tento prístup zrejme postupne začína v praxi štátov prevažovať.³⁶

V nadväznosti na uvedené je možné uviesť i syntetizujúci názor profesora Klučku, ktorý tvrdí, že prax štátov potvrdzuje dva základné prístupy k zabezpečeniu plnenia medzinárodných zmluvných záväzkov vo vnútroštátnych právnych poriadkoch. Prvý z nich spočíva v priamej a bezprostrednej aplikácii pravidiel medzinárodného práva na základe trvalých alebo jednorazových recepčných noriem (inkorporácia pravidiel medzinárodného práva), zatiaľ čo druhý prístup predpokladá „transformačnú“ ingerenciu vnútroštátneho práva, t.j. zabezpečenie plnenia medzinárodných záväzkov prostredníctvom noriem vnútroštátneho práva (obsahová transformácia alebo adaptácia medzinárodných záväzkov).³⁷

V súčasnom medzinárodnom práve existujú i právne záväzné pravidlá, ktorých prenos do vnútroštátneho právneho poriadku zvyčajne nebýva

³⁵ K uvedeným trom spôsobom prenosu medzinárodnoprávných záväzkov do vnútroštátneho práva bližšie pozri DAVID, V./BUREŠ, P./FAIX, M./SLADKÝ, P./SVAČEK, O.: *Mezinárodní právo veřejné s kazuistikou*. Praha (2011), s. 125.

³⁶ K uvedeným vnútroštátnym spôsobom a inštitútom, ktorými štáty garantujú plnenie svojich medzinárodných záväzkov bližšie pozri MALENOVSKÝ, J.: *Mezinárodní právo veřejné, obecná část a poměr k jiným právním systémům*. Brno – Plzeň (2014), s. 399–404.

³⁷ KLUČKA, J.: *Mezinárodní právo veřejné (všeobecná a osobitná část)*. Bratislava (2011), s. 99.

predmetom vnútroštátnych úprav. Ide o obyčajové pravidlá medzinárodného práva, rozhodnutia medzinárodných orgánov a organizácií, či rozhodnutia medzinárodných súdnych či arbitrážnych orgánov. Tieto normy štáty v praxi spravidla rešpektujú i bez úpravy ich prenosu do vnútroštátneho práva pričom platí, že vo vnútroštátnom právnom poriadku platia ako normy medzinárodného práva.³⁸ V anglo-americkéj právnej oblasti však v súvislosti s medzinárodnými obyčajami existuje osobitný spôsob ich prenosu do vnútroštátneho práva. Je to tzv. adopcia, t.j. osvojenie a použitie obyčajového pravidla medzinárodného práva vnútroštátnym sudcom v jeho rozhodovacej činnosti.³⁹ Vo vzťahu k rozhodnutiam medzinárodných orgánov a organizácií sa v rámci kontinentálnej Európy občas objavujú vykonávacie zákonné úpravy.

Právny život noriem medzinárodného práva (vrátane medzinárodných zmlúv) v rámci vnútroštátneho práva sa zabezpečuje prostredníctvom, tzv. recepčných noriem prípadne iných noriem vnútroštátneho práva upravujúcich vzťah medzinárodného a vnútroštátneho práva. Podľa niektorých názorov vedy je možné rozlišovať základné (primárne, generálne) recepčné normy a sekundárne recepčné normy.⁴⁰ Primárne recepčné normy rámcovo definujú ako a v akej miere sa medzinárodné právo stáva súčasťou práva vnútroštátneho a ktoré zložky moci (ktoré orgány) sú zmocnené rozhodovať o recepcii noriem či foriem medzinárodného práva. Sekundárne recepčné normy, stanovujú legislatívne predpoklady pre vnútroštátne používanie a vykonávanie noriem medzinárodného práva, obsahujú legislatívny návod k vnútroštátnej aplikácii týchto noriem alebo vymedzujú kompetencie jednotlivých štátnych orgánov pri recepcii medzinárodného práva.⁴¹

Podľa iných názorov vedy existujú, tzv. trvalé alebo jednorazové recepčné normy (*ad hoc* recepčné normy), ktoré platné pravidlá medzinárodného práva vyhlasujú za súčasť vnútroštátneho právneho poriadku.⁴²

Niektoré z recepčných noriem majú povahu tzv. prioritných doložiek (doložiek o prednostnej aplikácii medzinárodných zmlúv) vo vnútroštátnej právnej úprave, ktorými sa „odblokováva“ jej použitie v prípade obsahového nesúladu s medzinárodnou zmluvnou úpravou. Takéto prioritné doložky môžu mať všeobecný charakter, pričom bývajú súčasťou ústavných úprav alebo sú

³⁸ Ibid., s. 103–104.

³⁹ DAVID, V./BUREŠ, P./FAIX, M./SLADKÝ, P./SVAČEK, O.: Mezinárodní právo veřejné s kazuistikou. Praha (2011), s. 125.

⁴⁰ MALENOVSKÝ, J.: Mezinárodní právo veřejné, obecná část a poměr k jiným právním systémům. Brno – Plzeň (2014), s. 394–398.

⁴¹ Ibid., s. 424–428.

⁴² KLUČKA, J.: Mezinárodní právo veřejné (všeobecná a osobitná část). Bratislava (2011), s. 100.

konkrétne, pričom bývajú umiestnené v konkrétnych zákonných úpravách. Prioritné doložky zabezpečujú najmä priamu aplikáciu medzinárodných zmlúv tzv. samovykonávacieho (angl. self-executing) charakteru. Ide o normy, ktoré sú svojou povahou prispôsobené vnútroštátnemu použitiu, t.j. normy spôsobilé priamo upravovať vnútroštátne právne pomery. Medzinárodné zmluvy sa takto dostávajú v hierarchii vnútroštátnych prameňov medzi Ústavu a obyčajné zákony. V praxi sa takto môže vyskytnúť prípad rozporu medzinárodnej zmluvy z Ústavou daného štátu. Tieto rozpory sa riešia osobitnými konaniami o súlade právnych predpisov spravidla v rámci právomoci Ústavných súdov jednotlivých štátov. Obdobné prioritné doložky používajú štáty i vo vzťahu k normám práva Európskej únie.

Bohaté členenie rôznych druhov recepčných noriem je typické najmä pre štáty aplikujúce monistickú teóriu s primátom medzinárodného práva. Menej komplexné čiastkové recepčné normy sa však objavujú i v krajinách aplikujúcich dualistickú teóriu.⁴³

4 Vývoj právnej úpravy v oblasti vzťahu vnútroštátneho a medzinárodného práva v Slovenskej republike

Právna úprava miesta a postavenia noriem medzinárodného práva v slovenskom právnom poriadku má relatívne krátku a nie veľmi komplexnú históriu. Ústavný poriadok na území Slovenskej republiky v rámci Československej republiky a Československej socialistickej republiky do roku 1989 formálnoprávne dlhodobo charakterizovalo uprednostňovanie vnútroštátneho práva pred právom medzinárodným bez osobitnej regulácie vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva. Právna úprava sa obmedzovala na zriedkavé klauzuly o prednostnej aplikácii medzinárodných zmlúv v jednotlivých zákonoch, ako je napríklad § 2 zákona č. 97/1963 Zb. o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom a tiež na úpravu spôsobu publikácie medzinárodných zmlúv a vypovedávania medzinárodných zmlúv.⁴⁴

Čiastočné prelomenie tejto doktríny prinieslo až prijatie ústavného zákona č. 23/1991 Zb., ktorým sa uvádzala Listina základných práv a slobôd, ako

⁴³ JANKUV, J./LANTAJOVÁ, D./ŠMID, M./BLAŠKOVIČ, K.: Medzinárodné právo verejné. Prvá časť. Plzeň (2015), s. 215.

⁴⁴ Pozri Zákonné opatrenie Predsedníctva Národného zhromaždenia č.4/1962 Zb. v znení neskorších predpisov, ktoré bolo neskôr zrušené zákonom č. 131/1989 Zb. o Zbierke zákonov.

ústavný zákon Federálneho zhromaždenia Českej a Slovenskej Federatívnej Republiky. Tento zákon už upravoval niektoré otázky vzťahu slovenského vnútroštátneho poriadku a jedného z prameňov medzinárodného práva – medzinárodných zmlúv. V jeho § 2 sa konštatovalo, že: „Medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách, ratifikované a vyhlásené Českou a Slovenskou Federatívnou Republikou, sú na jej území všeobecne záväzné a majú prednosť pred zákonom“. Toto ustanovenie stanovovalo absolútnu prednosť medzinárodných zmlúv o ľudských právach a základných slobodách pred zákonmi a stanovilo ich miesto v hierarchii právnych predpisov hneď za Ústavu a ústavné zákony, pred zákony a právne normy nižšej právnej sily ako zákon. Právna úprava postavenia ostatných medzinárodných zmlúv sa naďalej obmedzovala na klauzuly o prednostnej aplikácii medzinárodných zmlúv v jednotlivých zákonoch, ktoré pretrvávali z predchádzajúceho obdobia a na úpravu spôsobu vyhlasovania medzinárodných zmlúv v zákone č.131/1989 Zb. o Zbierke zákonov.

Na uvedené čiastočne a limitujúcim spôsobom nadviazal aj text Ústavy Slovenskej republiky č.460/1992 Zb.⁴⁵ V pôvodnom znení článku 11 sa uvádzalo, že: „Medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách, ktoré Slovenská republika ratifikovala a boli vyhlásené spôsobom ustanoveným zákonom, majú prednosť pred jej zákonmi, ak zabezpečujú väčší rozsah ústavných práv a slobôd“. Ústava Slovenskej republiky (ďalej aj „Ústava SR“) v obsahu článku 11 stanovila podmienenú prednosť medzinárodných zmlúv o ľudských právach a základných slobodách iba pre prípad, ak stanovujú väčší rozsah práv a slobôd ako vnútroštátna zákonná úprava.⁴⁶ Článok 11 takto určil miesto medzinárodných zmlúv o ľudských právach a základných slobodách v rámci hierarchie právnych predpisov inak ako § 2 Ústavného zákona č. 23/1991 Zb. Medzinárodným zmluvám o ľudských právach priznal miesto medzi ústavnou a zákonnou úpravou, avšak len v prípade ak stanovujú väčší rozsah práv a slobôd ako zákonná úprava. V prípade ak by bol rozsah práv menší, alebo rovnaký ako rozsah uvedený v zákonoch Slovenskej republiky, štátne orgány boli povinné použiť zákonnú úpravu. V nadväznosti na znenie čl. 11 Ústavy SR stratilo ustanovenie § 2

⁴⁵ Ústava SR bola neskôr novelizovaná celkovo 19-krát, a to ústavnými zákonmi č. 244/1998 Z. z., 9/1999 Z. z., 90/2001 Z. z., 90/2001 Z. z., 140/2004 Z. z., 323/2004 Z. z., 323/2004 Z. z., 463/2005 Z. z., 92/2006 Z. z., 210/2006 Z. z., 100/2010 Z. z., 356/2011 Z. z., 232/2012 Z. z., 161/2014 Z. z., 306/2014 Z. z., 427/2015 Z. z., 44/2017 Z. z., 71/2017 Z. z. a 137/2017 Z. z. K prvým 17 novelám bližšie pozri dielo PETRANSKÁ-ROLKOVÁ, N.: Ústava Slovenskej republiky a jej dvadsaťpäť rokov (1992–2017). Bratislava (2017), s. 181–228.

⁴⁶ Bližšie pozri dielo KLUČKA, J.: Medzinárodné právo a Ústava Slovenskej republiky. Košice (1996), s. 63.

Ústavného zákona č. 23/1991 Zb. v zmysle ustanovenia čl. 152, ods. 1 Ústavy platnosť, keďže odporovalo čl. 11 Ústavy.

V Ústave SR v pôvodnom znení naďalej absentovala úprava právneho postavenia medzinárodných zmlúv z ostatných oblastí medzinárodnoprávnej úpravy, noriem práva Európskej únie (vzhľadom na skutočnosť, že SR ešte nebola ani pridružená k EÚ), obyčajových noriem a rozhodnutí medzinárodných orgánov a organizácií. Ústava SR však už obsahuje úpravu zabezpečenia obsahového súladu noriem vnútroštátneho práva s medzinárodnými zmluvami (kontrola *a posteriori*), dojednávania medzinárodných zmlúv a vnútroštátneho schvaľovania medzinárodných zmlúv. Tieto otázky boli detailnejšie rozpracované zákonom č. 38/1993 Z. z. o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov v znení neskorších predpisov, v Rozhodnutí prezidenta SR o prenesení právomocí dojednávať niektoré medzinárodné zmluvy č. 205/1993 Z. z. a v zákone č. 350/1996 Z. z. o rokovacom poriadku Národnej rady Slovenskej republiky.

Zákonná úprava v oblasti vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva ďalej pozostávala zo spomenutých klauzúl o prednostnej aplikácii medzinárodných zmlúv v jednotlivých zákonoch, ktorých počet sa postupne zvyšoval, ako aj zo zákona č. 1/1993 Z. z. o Zbierke zákonov (nahradil zákon č. 131/1989 Zb. avšak sám bol neskôr nahradený zákonom č. 400/2015 Z. z. o tvorbe právnych predpisov a o Zbierke zákonov Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov), ktorý v zmysle ustanovení §§ 1 a 3 ods.1 priznával medzinárodným zmluvám postavenie všeobecne záväzného právneho predpisu a reguloval spôsob ich publikácie a vypovedania. Osobitnú zákonnú úpravu v oblasti vzťahu vnútroštátneho práva k rozhodnutiam medzinárodných orgánov predstavoval § 75 zákona č. 38/1993 Z. z. o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov v znení neskorších predpisov, ktorý zakladal právomoc Ústavného súdu Slovenskej republiky začať konanie o ústavnej sťažnosti prijatej na ďalšie konanie v prípade ak Výbor pre ľudské práva v Ženeve, vytvorený v zmysle Medzinárodného paktu o občianskych a politických právach (r. 1966), konštatoval vo svojom Názore porušenie práva zakotveného v pakte slovenským štátnym orgánom. Právna nevyváženosť tohto ustanovenia, viedla najprv k jeho novelizácii a neskôr k jeho zrušeniu zákonom č. 124/2002 Z. z. V nadväznosti na uvedenú historickú podobu právnej úpravy Slovenskej republiky v oblasti vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva je možné konštatovať, že v prevažnej časti dotknutých ustanovení vykazovala charakter tzv. umierneného dualizmu.

Ústavnú úpravu v danej oblasti neskôr výrazne zmenil Ústavný zákon č. 90/2001 Z. z., ktorý o. i. vypustil článok 11 a nahradil ho ustanoveniami novo formulovaného článku 1 ods. 2, rozšíreného článku 7, ako aj článku 154c ods. 1. a uskutočnil ďalšie súvisiace zmeny ústavnej úpravy. Spomínaná zákonná i podzákonná úprava bola tiež viackrát menená. V nadväznosti na uvedené zmeny sa do právnej úpravy vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva dostávajú i niektoré myšlienky monistickej koncepcie vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva s prednosťou medzinárodného práva.⁴⁷

5 Súčasná slovenská ústavná a zákonná úprava vzťahu medzinárodného práva verejného a vnútroštátneho práva

Súčasná právna úprava miesta a postavenia noriem medzinárodného práva verejného v právnom poriadku Slovenskej republiky je typická relatívne veľkým počtom noriem. Zahŕňa ústavnú a zákonnú úpravu vo viacerých oblastiach. V prvom rade je to právna úprava viazanosti medzinárodným právom všeobecne obsiahnutá v článku 1, ods. 2 Ústavy SR. Tento článok zakotvuje, že: „Slovenská republika uznáva a dodržiava všeobecné pravidlá medzinárodného práva, medzinárodné zmluvy, ktorými je viazaná, a svoje ďalšie medzinárodné záväzky“. Ustanovenie článku 1 ods. 2 ústavy transformuje do vnútroštátneho poriadku všeobecnú zásadu medzinárodného práva svedomitého dodržiavania medzinárodných záväzkov – *pacta sunt servanda*. Citované ustanovenie vychádza z uznania a dodržania všetkých záväzkov, ktoré pre Slovenskú republiku vyplývajú z medzinárodného práva, bez ohľadu na ich povahu (zmluvné alebo obyčajové) a tiež bez ohľadu na to či vznikajú priamo uplatnením noriem medzinárodného práva (tzv. primárne medzinárodné právo), v dôsledku rozhodnutí súdnych alebo arbitrážnych orgánov, ktorými je Slovenská republika viazaná (tzv. sekundárne medzinárodné právo) alebo v dôsledku jednostranných právnych aktov medzinárodných organizácií, či jednostranných medzinárodnoprávných aktov Slovenskej republiky alebo iných štátov.

V právnom poriadku Slovenskej republiky sa vyskytujú i ďalšie vnútroštátne ústavné a zákonné úpravy obsahujúce normy, ktoré je už

⁴⁷ K celej problematike bližšie pozri dielo JANKUV, J.: Vývoj a súčasná podoba právnej úpravy miesta postavenia noriem medzinárodného práva v právnom poriadku Slovenskej republiky. In PRÍBELSKÝ, P. (ed.): Ústavné právo 20 rokov po páde komunizmu. Plzeň (2011), s. 127–152.

možné nazvať recepčnými normami. Uvedené vnútroštátne úpravy obsahujúce recepčné normy zahŕňajú úpravu zabezpečenia záväzkov z medzinárodných zmlúv, úpravu otázky záväznosti medzinárodnej zmluvy podľa vnútroštátneho práva, úpravu zabezpečenia obsahového súladu noriem vnútroštátneho práva s medzinárodnými zmluvami, úpravu právomoci ústavného súdu rozhodovať o sťažnostiach fyzických a právnických osôb proti porušeniu ľudských práv vyplývajúcich z medzinárodnej zmluvy, úpravu dojednávania medzinárodných zmlúv, úpravu vnútroštátneho schvaľovania medzinárodných zmlúv a úpravu viazanosti sudcov všeobecných súdov medzinárodnými zmluvami a pod.⁴⁸

Uvedené recepčné normy sú zakotvené vo viacerých článkoch Ústavy SR, konkrétne v článkoch 7 ods. 2, 4 a 5, 86 pís. d), 102 ods. 1 pís. a), 120 ods. 2., 125, 125a, 127, 144 ods. 2, 154c, v zákone č. 400/2015 Z. z. o tvorbe právnych predpisov a o Zbierke zákonov Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov, v zákone č. 126/2011 Z. z. o vykonávaní medzinárodných sankcií, v zákone č. 38/1993 Zb. o organizácii Ústavného súdu SR a konaní pred ním, v Občianskom súdnom poriadku č. 99/1963 Zb. a niektorých ďalších normách. Z povahy týchto prevažne čiastkových noriem nie je úplne zreteľné, ktoré z nich sú primárnymi (základnými) recepčnými normami a ktoré sekundárnymi recepčnými normami.

Za zrejme nesporný príklad primárnej recepčnej normy je však pravdepodobne možné považovať článok 7 ods. 5 Ústavy SR, v rámci ktorého je obsiahnutá právna úprava zabezpečenia plnenia záväzkov z medzinárodných zmlúv priamym použitím ich ustanovení.⁴⁹ Tento článok zakotvuje, že: „Medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách, medzinárodné zmluvy, na ktorých vykonanie nie je potrebný zákon, a medzinárodné zmluvy, ktoré priamo zakladajú práva alebo povinnosti fyzických osôb alebo právnických osôb a ktoré boli ratifikované a vyhlásené spôsobom ustanoveným zákonom, majú prednosť pred zákonmi“. V tomto článku je stanovená absolútna prednosť medzinárodných zmlúv o ľudských právach a základných slobodách, medzinárodných zmlúv, na ktorých vykonanie nie je potrebný zákon, a medzinárodných zmlúv, ktoré priamo

⁴⁸ Tento výpočet bol inšpirovaný dielom KLUČKA, J.: Miesto a úprava noriem medzinárodného práva v Ústave Slovenskej republiky. In *Justičná revue*. Roč. 54 (2002), č. 4, s. 381–392.

⁴⁹ K problematike priamej aplikovateľnosti medzinárodného práva vo vnútroštátnom práve bližšie pozri diela ŠMID, M.: Priama aplikovateľnosť medzinárodného práva a jeho postavenie voči vnútroštátnemu právu. In *Právny obzor*. Č. 1 (1997), s. 28–35 a KUHN, Z.: Samovykonateľnosť, priama účinnosť a niektoré teoretické otázky aplikácie medzinárodných smlúv vo vnútroštátnom právu. In *Právnik*. Č. 5 (2004), s. 471–501.

zakladajú práva alebo povinnosti fyzických osôb alebo právnických osôb a ktoré boli ratifikované a vyhlásené spôsobom ustanoveným zákonom, pred zákonmi. Slovenský zákonodarca sa týmto priklonil k akceptácii monistickej úpravy vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva s prednosťou medzinárodného práva a umožňuje priame a bezprostredné uplatňovanie medzinárodných zmluvných záväzkov bez potreby ich formálneho a obsahového prenosu normami vnútroštátneho práva. Ustanovenie článku 7 ods. 5 sa však týka iba skupiny už spomenutých tzv. samovykonávacích (self-executing) medzinárodných zmlúv, ktoré sú obsahovo upravené tak, aby boli priamo použiteľné príslušnými štátnymi orgánmi alebo inými subjektmi ich zmluvných strán. V prípade pochybností štátnych orgánov o tom, či v danom prípade ide o medzinárodnú zmluvu samovykonávacieho charakteru, ktorej právny život v právnom poriadku SR je upravený v článku 7 ods. 5 Ústavy SR, Ústava SR zakotvuje v článku 86 pís. d) právo Národnej rady Slovenskej republiky (NR SR) rozhodnúť o tom či ide o medzinárodné zmluvy podľa článku 7 ods. 5.

Ďalšou súvisiacou zložkou slovenskej právnej úpravy zabezpečenia plnenia záväzkov z medzinárodných zmlúv je právna úprava ďalších spôsobov zabezpečenia plnenia záväzkov z medzinárodných zmlúv. Táto úprava sa týka iných ako samovykonávacích zmlúv, na ktorých vykonanie je potrebný vnútroštátny vykonávací predpis. Táto úprava vyplýva z niektorých ustanovení článku 7 ods. 4, a niektorých ustanovení článku 86 pís. d) Ústavy SR. V oboch týchto článkoch sa uvádza formulácia „medzinárodné zmluvy na ktorých vykonanie je potrebný zákon“. Ide evidentne o iné ako zmluvy vymenované v článku 7 ods. 5 Ústavy, pričom sa predpokladá zabezpečenie ich plnenia prostredníctvom vnútroštátnych zákonov.

Ostatnou zložkou slovenskej právnej úpravy zabezpečenia plnenia záväzkov z medzinárodných zmlúv je právna úprava zabezpečenia plnenia záväzkov z medzinárodných zmlúv, ktoré pre Slovenskú republiku vstúpili do platnosti pred 1. júlom 2001, ktorá je obsiahnutá v článku 154c Ústavy SR. Ustanovenie článku 7 ods. 5 teda platí iba vo vzťahu k medzinárodným zmluvám ratifikovaným a vyhláseným v zbierke zákonov po účinnosti Ústavného zákona č.90/2001 Z. z. Článok 154c Ústavy SR pozostáva z dvoch odsekov. Odsek 1 sa týka medzinárodných zmlúv o ľudských právach a znie „Medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách, ktoré Slovenská republika ratifikovala a boli vyhlásené spôsobom ustanoveným zákonom pred nadobudnutím účinnosti tohto ústavného zákona, sú súčasťou jej právneho poriadku a majú prednosť pred zákonom, ak zabezpečujú väčší rozsah ústavných práv a slobôd“. Právny režim článku 154c vo vzťahu k postaveniu dohovorov o ľudských právach a základných slobodách kopíruje

ustanovenie pôvodného článku 11 Ústavy SR a pre medzinárodné dohovory o ľudských právach stanovuje i obdobné miesto v hierarchii právnych predpisov. Vo vzťahu k ostatným medzinárodným zmluvám ratifikovaným pred účinnosťou zákona č. 90/2001 Z. z. platí odsek 2 článku 154c, ktorý stanovuje že medzinárodné zmluvy, ktoré SR ratifikovala a boli vyhlásené v zbierke zákonov sú súčasťou jej právneho poriadku, ak tak stanovuje zákon. Vzhľadom na skutočnosť, že toto ustanovenie ďalej nijako nekonkretizuje podmienky použitia tejto skupiny zmlúv, ponecháva týmto túto úpravu iným druhom právnych noriem. Táto úprava je obsiahnutá predovšetkým v rámci tzv. prioritných doložiek o prednostnej aplikácii medzinárodnej zmluvy, ktoré sú obsiahnuté vo viacerých zákonoch, ako je napríklad § 2 zákona č. 97/1963 Zb. o medzinárodnom práve súkromnom a procesnom, § 17 zákona č.40/1993 Z. Z. o štátnom občianstve a pod. K uvedeným právnym úpravám je potrebné dodať, že použitý termín „zákon“ sa vo všetkých spomenutých úpravách chápal a chápe ako označenie konkrétneho všeobecne záväzného právneho predpisu a výsledku normotvornej činnosti Národnej rady Slovenskej republiky, ktorým je tzv. obyčajný nie ústavný zákon.

Z ostatných noriem právneho poriadku Slovenskej republiky, ktoré upravujú vzťah medzinárodného práva a vnútroštátneho práva a obsahujú spravidla sekundárne recepčné normy je možné uviesť, napríklad viacero ustanovení zákona č. 400/2015 Z. z. o tvorbe právnych predpisov a o Zbierke zákonov Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ktorý nahradil viackrát novelizované ustanovenia zákona č. 1/1993 Z. z. o zbierke zákonov. Tento zákon obsahuje celý rad ustanovení pričom viaceré z nich je možné považovať za recepčné normy.

Podľa § 12 ods.1 tohto zákona je Zbierka zákonov je štátnym publikačným nástrojom Slovenskej republiky. Podľa § 12 ods.1 pís. c) sa v zbierke zákonov uverejnením vyhlasujú, okrem iného, i akty medzinárodného práva podľa § 20 tohto zákona. Podľa § 20 ods. 1 sú aktmi medzinárodného práva, ktoré sa vyhlasujú v zbierke zákonov medzinárodná zmluva, rozhodnutie medzinárodného orgánu a rozhodnutie medzinárodnej organizácie. V duchu § 20 ods. 2 sa medzinárodná zmluva, ktorou je Slovenská republika viazaná, vyhlasuje v zbierke zákonov, ak ide o medzinárodnú zmluvu ratifikovanú prezidentom alebo inú medzinárodnú zmluvu, ktorá obsahuje úpravu týkajúcu sa právneho postavenia osôb alebo ich oprávnených záujmov. V nadväznosti na § 20 ods. 3 iná medzinárodná zmluva, ako sú medzinárodné zmluvy uvedené v odseku 2, rozhodnutie medzinárodného orgánu alebo rozhodnutie medzinárodnej organizácie sa v zbierke zákonov vyhlasuje, ak o tom rozhodne Ministerstvo zahraničných vecí a európskych záležitostí Slovenskej republiky (ďalej len „ministerstvo zahraničných vecí“).

V znení § 20 ods. 4 akt medzinárodného práva nadobúda platnosť dňom a spôsobom určeným v jeho ustanoveniach alebo iným spôsobom podľa pravidiel medzinárodného práva. Medzinárodná zmluva je vyhlásením v zbierke zákonov záväzná pre osoby, ak v nej nie je ustanovený neskorší deň nadobudnutia jej platnosti. Podľa § 20 ods. 5 sa akt medzinárodného práva v zbierke zákonov vyhlasuje oznámením ministerstva zahraničných vecí. V oznámení sa uvedú relevantné skutočnosti dôležité na jeho vykonávanie, najmä deň nadobudnutia platnosti pre Slovenskú republiku. V duchu nadväzujúceho odseku 6 § 20 platí pre prípad, ak sa má uverejniť aj úplné znenie aktu medzinárodného práva, ktoré je súčasťou oznámenia ministerstva zahraničných vecí. Znenie § 20 odsek 7, 8 a 9 sa týka vyhlásenia úplného znenia medzinárodných zmlúv a iných medzinárodných aktov. Úplné znenie medzinárodnej zmluvy sa v zbierke zákonov vyhlási, ak má medzinárodná zmluva prednosť pred zákonmi; informácia o rozhodnutí Národnej rady Slovenskej republiky o tejto skutočnosti sa uvedie v oznámení ministerstva zahraničných vecí. V úplnom znení sa vyhlási aj medzinárodná zmluva, pri ktorej sa vyžaduje pred ratifikáciou súhlas Národnej rady Slovenskej republiky. Úplné znenie inej medzinárodnej zmluvy, ako sú medzinárodné zmluvy uvedené v odseku 7, úplné znenie rozhodnutia medzinárodného orgánu alebo úplné znenie rozhodnutia medzinárodnej organizácie sa v zbierke zákonov vyhlási, ak o tom rozhodne ministerstvo zahraničných vecí. Úplné znenie aktu medzinárodného práva sa v zbierke zákonov vyhlasuje v autentickom jazyku. Ak autentickým jazykom aktu medzinárodného práva nie je štátny jazyk, vyhlasuje sa aj v preklade do štátneho jazyka. Ak má akt medzinárodného práva viacero cudzích autentických jazykov, vyhlasuje sa len v jednom z nich, avšak znenie aktu medzinárodného práva, ktoré je v prípade rozdielneho výkladu textov rozhodujúce, sa vyhlasuje vždy.

Ustanovenie § 20 ods. 10 ukladá povinnosti štátnym orgánom v súvislosti s aktmi medzinárodného práva, ktorých úplné znenie sa neuvěřnilo. Ministerstvá, ostatné ústredné orgány štátnej správy a Národná banka Slovenska zabezpečia, aby akty medzinárodného práva, ktorých úplné znenie sa neuvěřnilo, boli odo dňa vyhlásenia oznámenia o ich uzavretí alebo prijatí každému prístupné na nazretie na všetkých miestach uvedených v tomto oznámení, a v prípade potreby aj v preklade do štátneho jazyka. Ustanovenie § 20 ods. 11 sa týka uverejnenia ďalších skutočností týkajúcich sa aktu medzinárodného práva. Oznámením ministerstva zahraničných vecí sa uverejňujú aj iné skutočnosti týkajúce sa aktu medzinárodného práva, o ktorých uverejnení rozhodne ministerstvo zahraničných vecí, najmä zánik platnosti vyhlásenej medzinárodnej zmluvy pre Slovenskú republiku,

výhrady a vyhlásenia Slovenskej republiky uskutočnené pri podpise, ratifikácii, schválení alebo prijatí medzinárodnej zmluvy alebo pri prístupe k medzinárodnej zmluve alebo uverejnenie konsolidovaného znenia aktu medzinárodného práva v znení neskorších zmien alebo doplnení.

Podľa § 21 ods. 1 právne predpisy, iné akty a akty medzinárodného práva sa v zbierke zákonov vyhlasujú na základe písomnej žiadosti o vyhlásenie doručenej ministerstvu spravodlivosti, pričom podľa nadväzujúceho ustanovenia § 21 ods.1 g) žiadosť o vyhlásenie aktov medzinárodného práva podáva minister zahraničných vecí na základe žiadosti príslušného ministra alebo príslušného vedúceho ostatného ústredného orgánu štátnej správy.

Podľa § 21 ods. 4 za súlad podpísaného znenia s elektronickou podobou určenou na vyhlásenie zodpovedá ten, kto žiadosť o vyhlásenie podal, pričom za správny text aktu medzinárodného práva zodpovedá ten, kto požiadal ministerstvo zahraničných vecí o jeho vyhlásenie. Za text oznámenia, ktorým sa vyhlasuje akt medzinárodného práva, zodpovedá ministerstvo zahraničných vecí. Za súlad textu vyhláseného v zbierke zákonov s textom odovzdaným na vyhlásenie zodpovedá ministerstvo spravodlivosti.

V duchu § 22 ods. 2 je akt medzinárodného práva vyhlásený v zbierke zákonov v záhlaví prvej strany opatrený štátnym znakom Slovenskej republiky, slovami „Zbierka zákonov Slovenskej republiky“, číslom ročníka zbierky zákonov a dňom vyhlásenia. Strany aktu medzinárodného práva sa čísloujú samostatne pre každý jednotlivý akt medzinárodného práva.

Významnou zložkou právnej úpravy Slovenskej republiky v oblasti vzťahu medzinárodného práva a vnútroštátneho práva obsahujúcou recepčné normy je právna úprava režimu dojednávania a ratifikácie medzinárodných zmlúv. Táto úprava je obsiahnutá v článku 102 ods.1 pís. a) Ústavy SR, ktorý túto právomoc zveruje prezidentovi republiky s možnosťou preniesť časť svojich právomocí v tejto oblasti na vládu Slovenskej republiky alebo so súhlasom vlády na jej jednotlivých členov. Ostatným rozhodnutím v tomto smere je Rozhodnutie prezidenta SR č. 250/2001 Z. z. Týmto rozhodnutím preniesol prezident na vládu SR právomoc: a) pripravovať a prerokovávať návrhy medzinárodných zmlúv, na ktoré je potrebný súhlas NR SR; b) dojednávať tie medzinárodné zmluvy, na ktoré nie je potrebný súhlas NR SR (tzv. vládne medzinárodné zmluvy), schvaľovať tieto zmluvy a vyjadriť súhlas, že SR bude nimi viazaná podpisom, prijatím, schválením, prístupom alebo iným dohodnutým spôsobom. Týmto istým rozhodnutím preniesol prezident všeobecne na členov vlády poverených riadením príslušného ústredného orgánu štátnej správy, so súhlasom vlády ako celku, právomoc dojednávať medzinárodné zmluvy, na ktoré nie je potrebný súhlas NR SR a ktoré nepresahujú rámec pôsobnosti ústredných orgánov štátnej správy stanovený zákonom, a vo vzťahu k týmto

zmluvám i oprávnenie vyjadriť súhlas, že SR bude nimi viazaná podpisom alebo iným dohodnutým spôsobom. Vláda v tejto oblasti prijala Uznesenie č. 615 z 26. augusta 1997 obsahujúce „Zásady vlády Slovenskej republiky pre uzatváranie medzinárodných zmlúv“.

Ďalšou úpravou v oblasti vzťahu medzinárodného práva a vnútroštátneho práva je právna úprava režimu schvaľovania určitých skupín medzinárodných zmlúv Národnou radou Slovenskej republiky (NR SR) pred ich ratifikáciou je obsiahnutý v článku 7 ods. 4 a článku 86, pís. d) Ústavy SR. Takýmto spôsobom sú podľa uvedených ustanovení schvaľované medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách, medzinárodné politické zmluvy, medzinárodné zmluvy vojenskej povahy, medzinárodné zmluvy, z ktorých vzniká SR členstvo v medzinárodných organizáciách, medzinárodné hospodárske zmluvy všeobecnej povahy, medzinárodné zmluvy, na ktorých vykonanie je potrebný zákon a medzinárodné zmluvy, ktoré priamo zakladajú práva alebo povinnosti fyzických alebo právnických osôb. Procedurálne pravidlá pre oblasť schvaľovania medzinárodných zmlúv NR SR sú obsiahnuté v §§ 88 a 89 zákona č. 350/1996 Z. z. o rokovacom poriadku NR Slovenskej republiky v znení neskorších zmien.

Inou dôležitou zložkou právnej úpravy Slovenskej republiky v oblasti vzťahu medzinárodného práva a vnútroštátneho práva je právna úprava viazanosti sudcov medzinárodnými zmluvami zakotvená v článku 144 ods. 1 Ústavy SR. Táto úprava zakotvuje, že sudcovia sú pri výkone svojej funkcie nezávislí a sú viazaní ústavou, ústavným zákonom, medzinárodnou zmluvou podľa článku 7 ods. 2 a 5 a zákonom. Zakotvenie tohto ustanovenia bolo dôsledkom zakotvenia pravidla prednosti samo vykonávateľných priamo záväzných medzinárodných zmlúv ratifikovaných NR SR v duchu článkov 7 ods. 2 a 5. Predpokladá sa preto, že v prípade rozporu medzi zákonom a príslušnou medzinárodnou zmluvou dajú sudcovia prednosť medzinárodnej zmluve, t.j. nepoužijú zákon. Podľa článku 144 ods. 2 majú sudcovia právomoc iniciovať konanie podľa článku 125 ods.1 Ústavy SR pre prípad ak sa domnievajú, že vnútroštátny právny predpis alebo jeho časť odporuje medzinárodnej zmluve podľa článku 7 ods. 5 Ústavy SR. Uplatňovanie uvedených ustanovení Ústavy SR v občianskoprávnom konaní sa zabezpečuje prostredníctvom § 109 ods. 1 pís. b) Občianskeho súdneho poriadku (zákon č. 99/1963 Zb. v znení neskorších zmien).

Článok 144 Ústavy dopĺňajú v oblasti viazanosti sudcov medzinárodným právom ustanovenia zákona č. 757/2004 Z. z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Podľa § 2 ods.1 pís. d) tohto zákona súdy v Slovenskej republike rozhodujú v ďalších veciach ustanovených medzinárodnou zmluvou, ktorou je Slovenská republika viazaná.

Súdny systém Slovenskej republiky v praxi postupne rozvíja judikatúru súvisiacu s medzinárodnými zmluvami. Judikatúra Ústavného súdu bude v rámci tohto príspevku komentovaná neskôr. Judikatúra všeobecných súdov v tejto oblasti nie je veľmi rozsiahla. Existujú však prípady, keď sa všeobecné súdy dotkli veľmi závažných otázok spojených s aplikáciou medzinárodných zmlúv ako o tom svedčia rozsudky Krajského súdu v Banskej Bystrici 23S/115/2008–59, Krajského súdu v Bratislave v 4S 84/2008–72 a Najvyššieho súdu Slovenskej republiky 5 Sžp 6/2009. Tieto tri rozsudky sa, okrem iného, dotýkali statusu Dohovoru o prístupe k informáciám, účasti verejnosti na rozhodovaní a prístupe k spravodlivosti v záležitostiach životného prostredia (r. 1998 – v skratke Aarhuský dohovor).⁵⁰ V rámci uvedených prípadov išlo o aplikáciu jedného z práv zaručených Aarhuským dohovorom – práva na prístup k spravodlivosti podľa článku 9 ods. 3 v súvislosti s konaniami, predmetom ktorých bolo povolenie výnimiek z podmienok ochrany chránených živočíchov – medveďov hnedých. Iniciátor konania záujmové združenie L.Z.V. namietalo, že mu v zmysle Aarhuského dohovoru nebolo umožnené vstúpiť do správneho konania príslušných orgánov, ktoré skutočne odmietli uznať postavenie záujmového združenia ako postavenie účastníka konania. Krajský súd v Banskej Bystrici v prvom spomínanom rozsudku rozhodol v prospech žalobcu a vec vrátil správne orgánom na prejednanie. Konštatoval, že Aarhuský dohovor je medzinárodnou zmluvou v zmysle článku 7 ods. 5 Ústavy SR, ktorá má prednosť pre zákony a je priamo aplikovateľná.⁵¹ Tento prístup korešponduje s uznesením Národnej rady Slovenskej republiky č. 1840 z 23. septembra 2005, ktorý vyslovila súhlas s prístupím Slovenskej republiky k tomuto dohovoru a súčasne rozhodla, že ide o medzinárodnú zmluvu podľa článku 7 ods. 5 Ústavy SR. Krajský súd v Bratislave v druhom spomenutom rozsudku v rovnakej veci žalobu záujmového združenia zamietol s odôvodnením, že článok 9 ako celok je aplikovateľný až po prostredníctvom úprav vnútroštátneho práva⁵² v rozpore

⁵⁰ Convention on Access to Information, Public Participation on Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (1998) v anglickom jazyku dostupný na: www.unece.org/env/environment. Tento dohovor vyšiel v slovenskej zbierke zákonov ako Oznámenie MZV č. 43/2006 Z. z. Text i komentáre k dohovoru v českom jazyku sú dostupné na internetovej stránke www.unece.org/ev/pp.

⁵¹ Bližšie pozri KOŠIČIAROVÁ, S.: Aarhuský dohovor a súdna judikatúra. In Teória aplikácie medzinárodnej zmluvy ako nástroja právnej regulácie na národnej, medzi národnej a komunitárnej úrovni. Zborník príspevkov z medzinárodnej konferencie, Trnava, 24. 9. 2009, Právnická fakulta TU v Trnave. Bratislava (2009), s. 59.

⁵² Ibid., s. 60.

so spomínaným uznesením NR SR č. 1840 (2005). Najvyšší súd v treťom spomenutom rozsudku potvrdil názor Krajského súdu v Bratislave.⁵³

S novým spôsobom riešenou problematikou postavenia určených medzinárodných zmlúv v ústavnom a právnom poriadku Slovenskej republiky súvisí aj ďalšia zložka právnej úpravy Slovenskej republiky v oblasti vzťahu medzinárodného práva a vnútroštátneho práva týkajúca sa kontroly vzájomného súladu medzinárodných zmlúv a vnútroštátneho práva. Primárne ide o právnu úpravu zakotvujúcu oprávnenie Ústavného súdu Slovenskej republiky (ďalej aj Ústavný súd SR) posudzovať súlad určených medzinárodných zmlúv s Ústavou Slovenskej republiky a jej ústavnými zákonmi, a to ešte pred tým, ako Národná rada Slovenskej republiky s nimi vysloví svoj súhlas. Ide o tzv. preventívnu *a priori* kontrolu súladu ústavnosti dojednanej medzinárodnej zmluvy s Ústavou a ústavnými zákonmi. Uvedené je významné pre schopnosť Slovenskej republiky plniť svoje medzinárodné zmluvné záväzky aj vzhľadom na skutočnosť, že prípadný rozpor medzi Ústavou SR a určenými medzinárodnými zmluvami, by spôsobil nielen neschopnosť ich uplatňovania, ale bol by aj dôvodom pre uplatňovanie medzinárodnoprávnej zodpovednosti Slovenskej republiky za ich neplnenie. Právnu úpravu uvedených právomocí Ústavného súdu SR poskytuje článok 125a Ústavy SR ako aj príslušné ustanovenia zákona č. 38/1993 Z. z. o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov v znení neskorších predpisov.

Ústava SR v sebe obsahuje i úpravu *a posteriori* kontroly súladu rôznych druhov vnútroštátnej právnej úpravy s medzinárodnými zmluvami. Táto právna úprava v Ústave SR existuje od jej vzniku. Pre prípad potenciálneho nesúladu vnútroštátnej úpravy s medzinárodnými zmluvami je Ústavný súd SR vybavený právomocou konať o súlade zákonných a podzákonných predpisov s medzinárodnými zmluvami v zmysle čl. 125 Ústavy SR. Konkretizáciu ustanovení tohto článku je obsiahnutá v príslušných ustanoveniach už spomenutého zákona č. 38/1993 Z. z. Ustanovenia článku 125a a 125, okrem úpravy právomocí Ústavného súdu SR v danej oblasti, vymedzujú i miesto medzinárodných zmlúv vrátane tých o ľudských právach v hierarchii právnych predpisov Slovenskej republiky, a to hneď za ústavu a ústavné zákony. V nadväznosti na článok 125 ústavy je možné registrovať celý rad judikatúry Ústavného súdu SR v oblasti súladu vnútroštátnych právnych predpisov s medzinárodnými zmluvami. Ako príklad je možné uviesť prípad Jazykový zákon (r. 1997).⁵⁴ V tomto prípade skupina 33 poslancov Národnej rady SR

⁵³ Ibid., s. 60–61.

⁵⁴ Nález ústavného súdu SR sp. Zn. PL.ÚS 8/96 z 26. augusta 1997 publikovaný v Zbierke

podala Ústavnému súdu návrh na vyslovenie nesúlady celkom 26 ustanovení zákona č. 270/1995 Z. z. o štátnom jazyku Slovenskej republiky s viacerými ustanoveniami Ústavy SR, ale aj s viacerými ustanoveniami medzinárodných zmlúv, ktoré zahŕňali Medzinárodný pakt o občianskych politických právach (r. 1966),⁵⁵ Medzinárodný pakt o hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach (r. 1966)⁵⁶ a Medzinárodný dohovor o odstránení všetkých foriem rasovej diskriminácie (r. 1965).⁵⁷ Ústavný súd SR však vo vzťahu k ustanoveniam spomenutých medzinárodných zmlúv návrhu nevyhovel.⁵⁸ V inom zaujímavom prípade Poplatky za učebnice (použitie výkladových pravidiel medzinárodného práva) (r. 1994)⁵⁹ Ústavný súd SR použil výkladové pravidlá medzinárodného zmluvného práva v súvislosti s podaním skupiny 32 poslancov, ktorá navrhovala vyloviť nesúlad §§ 3 a 10 nariadenia vlády SR č. 196/1993 Z. z. o poskytovaní učebníc žiakom s článkom 42 Ústavy SR, ktorý občanom SR zaručuje bezplatné vzdelanie na základných a stredných školách. V nadväznosti na uvedené výkladové pravidlá Ústavný súd návrhu nevyhovel.⁶⁰

Dôležitou zložkou právnej úpravy Slovenskej republiky v oblasti vzťahu medzinárodného práva a vnútroštátneho práva obsahujúcou recepčné normy je zákonná a ústavná úprava, ktorá umožňuje Ústavnému súdu SR rozhodovať i o sťažnostiach fyzických a právnických osôb, ak namietajú porušenia ľudských práv a základných slobôd vyplývajúcich z medzinárodnej zmluvy, ktorú SR ratifikovala a bola vyhlásená spôsobom ustanoveným zákonom. Právnu úpravu tejto právomoci obsahuje článok 127 Ústavy SR. Toto oprávnenie významne podporuje dodržiavanie medzinárodných zmlúv o ľudských právach v Slovenskej republike a skrýva v sebe potenciál zníženia množstva sťažností slovenských občanov proti porušovaniu

zákonov SR pod č. 260/1997 Z. z. a v Zbierke nálezov a uznesení Ústavného súdu SR pod č. 14/97.

⁵⁵ International Covenant on Civil and Political Rights (1966). United Nations, Treaty Series, vol. 999, s. 171. Tento pakt vyšiel zbierke zákonov pod č. 120/1976 Zb.

⁵⁶ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966). United Nations, Treaty Series, vol. 993, s. 3. Tento pakt vyšiel v zbierke zákonov pod č. 120/1976 Zb.

⁵⁷ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965). United Nations, Treaty Series, vol. 660, s. 195. V zbierke zákonov tento dohovor vyšiel pod č. 95/1974 Zb.

⁵⁸ Bližšie pozri KRESÁK, P. (ed.): Rozhodovacia činnosť Ústavného súdu Slovenskej republiky 1993–1997. Bratislava (1999), s. 149–159.

⁵⁹ Uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. PL. ÚS 5/93 z 18. mája 1994, publikované v Zbierke nálezov a uznesení ústavného súdu SR pod č. 39/94.

⁶⁰ Bližšie pozri KRESÁK, P. (ed.): Rozhodovacia činnosť Ústavného súdu Slovenskej republiky 1993–1997, Bratislava (1999), s. 242–251.

medzinárodných dohovorov o ľudských právach na medzinárodné súdne a kvázi súdne orgány vytvorené týmito dohovormi. Konkretizácia postupu Ústavného súdu SR v tejto oblasti je obsiahnutá v príslušných ustanoveniach zákona č. 38/1993 Z. z. o organizácii ústavného súdu a konaní pred ním. I v súvislosti s článkom 127 je možné zaregistrovať už relatívne rozsiahlu relevantnú judikatúru vo vzťahu k medzinárodným zmluvám.

Príkladom môže byť prípad Právo na verejné vyhlásenie rozsudku (r. 2009),⁶¹ v rámci ktorého dvaja sťažovatelia namietali porušenie ustanovení článku 6 ods. 1 Európskeho dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (r. 1950)⁶² a článku 14 ods. 1 Medzinárodného paktu o občianskych a politických právach (r. 1966) v spojení s článkom 1 ods. 1 a článkom 142 ods. 3 Ústavy SR postupom Krajského súdu v Bratislave v konaní sp. zn. 8 Co 393/2006, ktorý podľa ich názoru nevyhlásil rozsudok verejne. Ústavný súd SR sa v tomto prípade priklonil k názoru sťažovateľov a konštatoval porušenie príslušných ustanovení oboch medzinárodných zmlúv. V inom prípade Právo na súkromie, právo na súdnu ochranu a rešpektovanie súkromného a rodinného života (r. 2009)⁶³ sťažovateľka, okrem iného, namietala porušenie práva na spravodlivé súdne konanie podľa čl. 6 ods. 1 a práva na rešpektovanie súkromného a rodinného života podľa čl. 8 ods. 1 a 2 Európskeho dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (r. 1950) v súvislosti s rozhodnutiami Krajského súdu v Banskej Bystrici o udelení súhlasu na odpočúvanie a zaznamenávanie telekomunikačnej prevádzky vo vzťahu k sťažovateľke. Ústavný súd i v tomto prípade konštatoval porušenie spomenutých ustanovení Európskeho dohovoru.

Hore uvedené a komentované sekundárne recepčné normy relatívne podrobne upravujú problematiku vzťahu slovenského právneho poriadku a jedného z prameňov medzinárodného práva – medzinárodných zmlúv. Pre úplnosť je však potrebné preskúmať problematiku zabezpečenia plnenia záväzkov z iných prameňov medzinárodného práva. Zabezpečenie plnenia záväzkov z obyčajových pravidiel medzinárodného práva vyplýva z článku 1 ods.2 Ústavy SR. Tak ako už bolo povedané, tieto normy štáty v praxi rešpektujú i bez úpravy ich prenosu do vnútroštátneho práva. Platí teda, že vo vnútroštátnom právnom poriadku platia ako normy medzinárodného

⁶¹ Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. I. ÚS 121/09 z 14. júla 2009.

⁶² European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (1950). Európsky dohovor o ochrane ľudských práv v znení niektorých protokolov bol publikovaný v Zbierke zákonov pod č. 209/1992 Z. z. Protokol č. 11 k Európskemu dohovoru bol publikovaný osobitne pod č.102/1999 Z. z.

⁶³ Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. I. ÚS 117/07 z 4. februára 2009.

práva. Právna úprava, v rámci ktorej sa Slovenská republika prihlásila k medzinárodným obyčajovým záväzkom, je obsiahnutá v prvej časti prvej časti formulácie článku 1 ods. 2 Ústavy SR: „Slovenská republika uznáva a dodržiava všeobecné pravidlá medzinárodného práva...“. Podrobná úprava postavenia medzinárodných obyčají v právnom poriadku SR však absentuje. V tejto súvislosti je potrebné povedať, že v medzinárodnom práve existuje celý rad pravidiel, ktoré majú obyčajovú podobu a sú záväzné pre všetky štáty sveta *erga omnes*. Ide napríklad o inštitút zodpovednosti štátov za protiprávne správanie, inštitút individuálnych protiopatrení (represálií) štátov, inštitút diplomatickej ochrany, inštitút azylu a pod. Z hľadiska vnútroštátnych subjektov Slovenskej republiky je osobitne aktuálny najmä tradičný medzinárodnoprávny inštitút diplomatickej ochrany, v zmysle ktorého má každý štátny občan Slovenskej republiky a každá právnická osoba Slovenskej republiky, ktorí boli podľa ich názoru poškodení iným štátom, právo požiadať Slovenskú republiku, aby prevzala ich nárok a presadzovala ho vo vzťahu k danému štátu vo svojom mene. Daný vnútroštátny subjekt Slovenskej republiky však pritom musí vyčerpať všetky vnútroštátne prostriedky nápravy v danom štáte. Problematika aplikácie obyčajových noriem medzinárodného práva zatiaľ nebol riešená v rámci judikatúry slovenských súdov.

Určitý potenciál v tomto smere skrýval prípad Konanie o podnete a Všeobecná deklarácia ľudských práv (r. 1997)⁶⁴ riešený Ústavným súdom SR v rámci konania o podnete podľa článku 130 ods. 3 Ústavy SR. Navrhovateľ Mgr. L. J. (fyzická osoba) v rámci tohto prípadu namietal porušenie svojich práv podľa viacerých ustanovení Všeobecnej deklarácie ľudských práv (r. 1948) Valného zhromaždenia OSN⁶⁵ v dôsledku skutočnosti, že Ministerstvo dopravy, pôšt a telekomunikácií SR od neho neoprávnene vymáhalo uhradenie telefónnych poplatkov. Ústavný súd v tomto prípade správne konštatoval, že Všeobecná deklarácia ľudských práv je politickým dokumentom a nemá povahu prameňa práva Slovenskej republiky.⁶⁶ Všeobecná deklarácia ľudských práv je právne nezáväzným dokumentom. Jej význam spočíva v primárne vo fakte, že je považovaná za záväzný výklad ustanovení Charty OSN (r. 1945)⁶⁷ v oblasti ochrany ľudských práv.

⁶⁴ Uznesenie Ústavného súdu SR sp. zn. II.ÚS 18/97 z 25. marca 1997, publikované v Zbierke zákonov a uznesení Ústavného súdu SR pod č. 42/97.

⁶⁵ Universal Declaration of Human Rights (1948), UN Doc. A/RES/217/III A (1948).

⁶⁶ Bližšie pozri KRESÁK, P. (ed.). Rozhodovacia činnosť Ústavného súdu Slovenskej republiky 1993–1997. Bratislava (1999), s. 518–519.

⁶⁷ United Nations Charter (1945). V zbierke zákonov vyšla pod číslom 30/1947 Zb. v znení č. 127/1965 Zb.

Všeobecná deklarácia taktiež ovplyvnila štáty medzinárodného spoločenstva jednak pri vytváraní medzinárodnej zmluvnej normotvorby v oblasti ľudských práv, ako aj pri formovaní vlastných vnútroštátnych právnych predpisov v danej oblasti. Niektorí teoretici medzinárodného práva sa navyše domnievajú, že pravidlá obsiahnuté vo Všeobecnej deklarácii nadobúdajú postupne obyčajovú podobu.⁶⁸ V nadväznosti na túto skutočnosť by, podľa nášho názoru, možno bolo zaujímavé ak by sa Ústavný súd v danom prípade vyslovil k otázke obyčajovej záväznosti namietaných pravidiel zakotvených vo Všeobecnej deklarácii ľudských práv. Tento potenciál však Ústavný súd v danom prípade nevyužil.

Právna úprava prenosu rozhodnutí medzinárodných orgánov a organizácií – tzv. sekundárneho medzinárodného práva, vychádza taktiež z citovaného článku 1 ods. 2 Ústavy SR, a to z nasledovnej časti tohto článku: „Slovenská republika uznáva a dodržiava [...] svoje ďalšie medzinárodné záväzky ...“. Zákonodarca teda vyjadril pripravenosť plniť aj tento typ medzinárodných záväzkov. Ani v tomto prípade však Ústava SR (podobne ako ústavné texty mnohých iných štátov) výslovne neupravuje spôsob zabezpečenia plnenia záväzkov z týchto právnych aktov. Vzhľadom na vecnú pôsobnosť medzinárodných orgánov a organizácií a obsahovú rôznosť a rozdiely v právnej záväznosti ich rozhodnutí je to plne pochopiteľné. V medzinárodnoprávnej praxi je možné evidovať rozhodnutia medzinárodných súdnych a arbitrážnych orgánov, ktoré zaväzujú len strany sporu, ale i záväzné rozhodnutia orgánov medzinárodných organizácií, ako sú napríklad rozhodnutia Bezpečnostnej rady OSN či Rady Európskej únie. Vo vzťahu k rozhodnutiam niektorých orgánov však príslušné recepčné pravidlá existujú v normách nižšej právnej sily, a to buď v podobe obyčajných zákonov alebo dokonca v normách podzákonnej povahy.

Príkladom je tu zákon č. 289/2016 Z. z. Zákon o vykonávaní medzinárodných sankcií a o doplnení zákona č. 566/2001 Z. z. o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o cenných papieroch) v znení neskorších predpisov, ktorý reaguje na prípadné rozhodnutia Bezpečnostnej rady OSN a Rady Európskej únie. Tento zákon predpokladá možnosť vydania nariadení vlády alebo iných právnych aktov na vykonanie príslušných sankcií podľa § 2 pís. b) body 3 a 4. Priestor pre vydávanie iných podzákonných aktov v tejto oblasti výslovne vytvárajú ustanovenia § 12 pís. b) a § 13 písm. a) a e) zákona č. 400/2015 Z. z. o tvorbe právnych predpisov a o Zbierke zákonov Slovenskej republiky a o zmene

⁶⁸ Bližšie pozri napríklad MORSINK, J.: *The Universal Declaration on Human Rights, Origins, Drafting and Intent*. Philadelphia (1999), s. X–XIII.

a doplnení niektorých zákonov, podľa ktorého sa v zbierke zákonov uverejňujú i rozhodnutia medzinárodných orgánov a medzinárodných organizácií. o ktorých Ministerstvo zahraničných vecí SR rozhodlo, že sa majú v zbierke uverejniť. Zákon č. 289/2016 Z. z. upravuje podľa ustanovení svojho § 1 a) vykonávanie medzinárodných sankcií s cieľom zabezpečenia, udržania a obnovy medzinárodného mieru a bezpečnosti, ochrany základných ľudských práv, boja proti terorizmu a šíreniu zbraní hromadného ničenia a v záujme dosiahnutia cieľov spoločnej zahraničnej a bezpečnostnej politiky Európskej únie a cieľov Charty Organizácie Spojených národov; b) pôsobnosť, právomoci, úlohy a zodpovednosť orgánov štátnej správy pri zabezpečovaní vykonávania medzinárodných sankcií vrátane ich pôsobnosti a právomocí na správne konanie, rozhodovanie alebo iný úradný postup vo veciach vykonávania medzinárodných sankcií, ako aj povinnosti, úlohy a zodpovednosť orgánov štátnej správy, ďalších orgánov verejnej správy a iných osôb pri samotnom vykonávaní medzinárodných sankcií; c) pôsobnosť, právomoci a úlohy orgánov štátnej správy pri vykonávaní medzinárodných sankcií v oblastiach podľa § 5; d) postupy ochrany práv fyzických osôb a právnických osôb, ktorých práva alebo právom chránené záujmy sú dotknuté týmto zákonom; e) postupy medzinárodnej spolupráce pri vykonávaní medzinárodných sankcií; f) podávanie návrhu na zaradenie fyzických osôb alebo právnických osôb do zoznamu sankcionovaných osôb; g) podávanie návrhu na vyradenie fyzických osôb alebo právnických osôb zo zoznamu sankcionovaných osôb; h) obmedzenie vykonávania medzinárodných sankcií.

Z hľadiska aplikácie a ochrany ľudských práv je možné zvýrazniť v súvislosti s rešpektovaním rozhodnutí medzinárodných orgánov a organizácii otázku rešpektovania záväznej judikatúry Medzinárodného súdneho dvora, Súdneho dvora Európskej únie a Európskeho súdu pre ľudské práva, pokiaľ sa ich rozhodovacia činnosť týka Slovenskej republiky. Osobitná diskusia by mohla byť vedená i o otázke implementácie nezáväzných rozhodnutí kvázi súdnych orgánov OSN v oblasti ochrany ľudských práv alebo nezáväzných rozhodnutí tzv. Aarhuského výboru zriadeného spomínaným Aarhuským dohovorom, ktoré síce nie sú pre štát záväzné, avšak ich rešpektovanie vyplýva z niektorých ustanovení príslušných medzinárodných zmlúv. I tieto orgány už prijali rozhodnutia vo vzťahu k Slovenskej republike.

Právna úprava zabezpečenia plnenia jednostranných právnych aktov, ktoré veda medzinárodného práva registruje ako osobitný prameň medzinárodného práva ja rovnako zastrešené spomínanou formuláciou článku 1 ods. 2 Ústavy SR. „Slovenská republika uznáva a dodržiava [...] svoje ďalšie medzinárodné

záväzky ...“. Žiadne ďalšie všeobecne záväzné ustanovenia v tomto smere sa v právnom poriadku SR nenachádzajú.

Záver

Skúmaním matérie postavenia noriem medzinárodného práva verejného v rámci ústavného práva a ostatnej právnej úpravy Slovenskej republiky je možné dospieť k záveru, že súčasná slovenská právna úprava vzťahu vnútroštátneho a medzinárodného práva v sebe obsahuje prvky ako dualistickej, tak i monistickej teórie vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva. Monistický model vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva s prednosťou medzinárodného práva je primárne stanovený v článku 7 ods. 5 Ústavy Slovenskej republiky č. 460/1992 Zb., kde však pôsobí len vo vzťahu k vybraným medzinárodným zmluvám ratifikovaným a vyhláseným v zbierke zákonov po účinnosti Ústavného zákona č. 90/2001 Z. z. Vo vzťahu k medzinárodným zmluvám ratifikovaným a vyhláseným pred účinnosťou Ústavného zákona č. 90/2001 Z. z. sa v zmysle článku 154c Ústavy zachoval umiernené dualistický model s určitými prvkami monizmu s prednosťou medzinárodného práva. Tento istý prístup sa aplikuje i vo vzťahu k tým medzinárodným zmluvám ratifikovaným a vyhláseným po účinnosti Ústavného zákona č.90/2001 Z. z., ktoré nie sú zahrnuté v článku 7 ods. 5 Ústavy SR.⁶⁹

Vo vzťahu k normám všeobecného obyčajového medzinárodného práva, jednostranným právnym aktom a rozhodnutiam medzinárodných orgánov a organizácií sa vychádza z ustanovení článku 1 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky a SR ich v duchu tohto článku rešpektuje. Vo vzťahu k niektorým rozhodnutiam medzinárodných orgánov a organizácií existuje i osobitná zákonná a podzákonná úprava určená na ich vykonanie. Ide o rozhodnutia Bezpečnostnej rady OSN a Európskej únie ohľadom sankcií.

Pokiaľ ide o miesto a postavenie noriem medzinárodného práva v rámci právneho poriadku SR, je možné konštatovať, že v hierarchii právnych predpisov, v duchu existujúcich recepčných noriem slovenského právneho poriadku, je osobitne riešené iba postavenie medzinárodných zmlúv. Podstatné časť medzinárodných zmlúv uzavretých SR, má v rámci danej hierarchie, podľa čl. 7 ods. 5 a čl. 154c Ústavy SR, miesto medzi Ústavou a ústavnými zákonmi

⁶⁹ Bližšie pozri JANKUV, J.: Vývoj a súčasná podoba právnej úpravy miesta postavenia noriem medzinárodného práva v právnom poriadku Slovenskej republiky. In PRÍBELSKÝ, P. (ed.): Ústavné právo 20 rokov po páde komunizmu. Plzeň (2011), s. 148–149.

a bežnými zákonmi. Iná skupina medzinárodných zmlúv podľa článku 7 ods.4 je podľa znenia ústavy SR vykonávaná zákonmi. Medzinárodnoprávna obyčajová úprava však indikuje prednosť pravidiel medzinárodného práva pred vnútroštátnym právom ako takým vrátane ústavných noriem.

Postavenie medzinárodných obyčajových noriem, medzinárodných jednostranných právnych aktov štátov a jednostranných právnych aktov – rozhodnutí medzinárodných orgánov a organizácií, v rámci hierarchie noriem právneho poriadku Slovenskej republiky, nie je osobitne upravené. Je teda zreteľné, že v duchu článku 1 ods. 2 Ústavy sú v rámci právneho poriadku Slovenskej republiky zachovávané ako právne normy *sui generis* bez presnejšieho vymedzenia ich miesta v rámci hierarchie slovenských právnych predpisov.

Prezident ako armádny veliteľ

Radoslav Procházka

1 Základné východiská – 1.1 Ústavná úprava – 1.2 Zákonná úprava – 1.3 Systémové aspekty – 2 Veliaca pôsobnosť hlavy štátu – 2.1 Komu velí prezident? – 2.2 Ako velí prezident? – 2.3 Kto tu komu naozaj velí? – 3 Vojna – 3.1 Ústavná deľba právomocí – 3.2 Kto je pánom vojny? – 4 Iné mimoriadne situácie – 4.1 Vojnový stav – 4.2 Výnimočný stav – Zhrnutie

Ambíciou tohto rámcového príspevku¹ je rozbor obsahu a normatívnych účinkov jednej krátkej vety, obsiahnutej v čl. 102 ods. 1 písm. k) Ústavy Slovenskej republiky: Prezident je hlavným veliteľom ozbrojených síl Slovenskej republiky.

Je to veta notoricky známa, takpovediac ošúchaná, vieme ale, čo naozaj znamená? Pre odpoveď si treba ísť nielen do Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len „ústava“), ale aj do osobitného ústavného zákona a viacerých bežných zákonov. Ani tam však tie odpovede nie sú ani zďaleka úplné.

Zákonná a špeciálna ústavná úprava síce čiastočne činia obsolétym konštatovanie Ústavného súdu Slovenskej republiky z druhej polovice deväťdesiatych rokov, že „... pojem, obsah a rozsah hlavného veliteľstva ozbrojených síl nebol ústavou ani zákonom vymedzený“,² naďalej však platí pozorovanie Jána Drgonca, že na „... určenie rozsahu a obsahu právomocí zverenej prezidentovi SR čl. 102 ods. 1 písm. k) (...) si zatiaľ právna veda nenašla čas“.³ V istom rozsahu sa túto medzeru pokúsime kompenzovať práve v tomto príspevku.

¹ Ďakujem zostavovateľom zborníka a vážim si príležitosť zúčastniť sa na pocte vedcovi a pedagógovi profesorovi Petrovi Blahovi, s ktorým som mal tú česť spolupracovať aj vo vedení Právnickej fakulty Trnavskej univerzity.

² Nález ústavného súdu PL. ÚS 32/95 zo 7. 11. 1996.

³ DRGONEC, J.: Ústava Slovenskej republiky. Teória a prax. Bratislava (2015), s. 1206.

1 Základné východiská

1.1 Ústavná úprava

Podľa čl. 102 ods. 1 písm. k) ústavy, prezident je hlavným veliteľom ozbrojených síl Slovenskej republiky. Podľa čl. 102 ods. 2, rozhodnutie prezidenta vydané podľa ods. 1 písm. k) je platné, ak ho podpíše predseda vlády Slovenskej republiky alebo ním poverený minister; v týchto prípadoch za rozhodnutie prezidenta zodpovedá vláda Slovenskej republiky.

Podľa čl. 102 ods. 1 písm. l), prezident vypovedáva vojnu na základe rozhodnutia Národnej rady Slovenskej republiky, ak je Slovenská republika napadnutá alebo ak to vyplýva zo záväzkov z medzinárodných zmlúv o spoločnej obrane proti napadnutiu, a uzatvára mier. Podľa čl. 102 ods. 1 písm. m), prezident môže na návrh vlády Slovenskej republiky nariadiť mobilizáciu ozbrojených síl, vyhlásiť vojnový stav alebo vyhlásiť výnimočný stav a ich skončenie.

Podľa § 1 ods. 8 ústavného zákona č. 227/2002 Z.z. o bezpečnosti štátu v čase vojny, vojnového stavu, výnimočného stavu a núdzového stavu v znení neskorších zmien a doplnení (ďalej len „ústavný zákon o bezpečnosti štátu“), pri ohrození bezpečnosti štátu alebo pri bezprostrednej hrozbe jeho napadnutia cudzou mocou, v čase vojny alebo vyhláseného vojnového stavu môže prezident na návrh vlády nariadiť čiastočnú alebo všeobecnú mobilizáciu ozbrojených síl podľa osobitného zákona.

Podľa § 2 ods. 1 ústavného zákona o bezpečnosti štátu, vojnu vypovie prezident na základe rozhodnutia Národnej rady len za podmienky, že Slovenská republika je napadnutá cudzou mocou, ktorá jej vypovedala vojnu alebo ktorá bez vypovedania vojny narušila jej bezpečnosť, alebo za podmienky, že vypovedaním vojny Slovenská republika plní záväzky vyplývajúce z členstva v organizácii vzájomnej kolektívnej bezpečnosti alebo z medzinárodnej zmluvy o spoločnej obrane proti napadnutiu.

Podľa § 3 ods. 1 ústavného zákona o bezpečnosti štátu, vojnový stav môže na návrh vlády vyhlásiť prezident, len za podmienky, že Slovenskej republike bezprostredne hrozí vypovedanie vojny alebo bezprostredne hrozí napadnutie cudzou mocou bez vypovedania vojny.

Podľa § 4 ústavného zákona o bezpečnosti štátu, výnimočný stav môže na návrh vlády vyhlásiť prezident len za podmienky, ak došlo alebo bezprostredne hrozí, že dôjde k teroristickému útoku, k rozsiahlym pouličným nepokojom spojeným s útokom na orgány verejnej moci, drancovaním obchodov a skladov alebo s inými hromadnými útokmi na majetok alebo dôjde k inému hromadnému násilnému protiprávnemu konaniu, ktoré

svojím rozsahom alebo následkami podstatne ohrozuje alebo narušuje verejný poriadok a bezpečnosť štátu, ak ho nemožno odvrátiť činnosťou orgánov verejnej moci a ak je znemožnené účinné použitie zákonných prostriedkov; výnimočný stav možno vyhlásiť len na postihnutom alebo ohrozenom území (ods. 1). Výnimočný stav možno vyhlásiť v nevyhnutnom rozsahu a na nevyhnutný čas, najdlhšie na 60 dní. Ak vzniknú nové okolnosti bezprostredne súvisiace s dôvodmi, pre ktoré bol výnimočný stav vyhlásený, možno výnimočný stav predĺžiť v nevyhnutnom rozsahu a na nevyhnutný čas, najviac o ďalších 30 dní (ods. 2).

Podľa § 8 ods. 9 ústavného zákona o bezpečnosti štátu, prezident má právo a) navrhovať zvolanie Bezpečnostnej rady a zúčastňovať sa na jej zasadnutiach; ak prezident navrhne zvolanie Bezpečnostnej rady, predseda Bezpečnostnej rady zvolá Bezpečnostnú radu tak, aby sa jej zasadnutie uskutočnilo najneskôr do 48 hodín od okamihu, keď sa o návrhu dozvedel; b) vyžadovať od predsedu Bezpečnostnej rady a ďalších jej členov informácie potrebné na plnenie svojich úloh; c) predkladať Bezpečnostnej rade návrhy v záležitostiach bezpečnosti štátu.

1.2 Zákonná úprava

Na niektoré prvky výkonu veliteľskej pôsobnosti hlavy štátu sa vzťahujú aj obyčajné zákony, osobitne zákon č. 321/2000 Z.z. o ozbrojených silách Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov, zákon č. 570/2005 Z.z. o brannej povinnosti a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, zákon č. 281/2015 Z.z. o štátnej službe profesionálnych vojakov v znení neskorších predpisov, zákon č. 569/2005 Z.z. o alternatívnej službe v čase vojny a vojnového stavu, a zákon č. 319/2002 Z.z. o obrane Slovenskej republiky.

Základnou zákonnou úpravou rozsahu a spôsobu, akým prezident velí ozbrojeným silám, je § 7 ods. 3 zákona o ozbrojených silách, v zmysle ktorého prezident a) vydáva vojenské rozkazy ozbrojeným silám, b) schvaľuje a vydáva základné vojenské poriadky, c) schvaľuje a vydáva organizačný poriadok Vojenskej kancelárie prezidenta Slovenskej republiky, d) zapožičiava čestné alebo historické názvy vojenský útvarom a vojenským zväzkom, e) zapožičiava vojenským útvarom a vojenským zväzkom bojové zástavy, f) na návrh ministra obrany vymenúva a odvoláva náčelníka Vojenskej kancelárie prezidenta Slovenskej republiky, ktorý je mu podriadený a zodpovedá mu za výkon svojej funkcie.

1.3 Systémové aspekty

Veliteľská pozícia prezidenta je, samozrejme, v prvom rade statusová a protokolárna vec. Ozbrojené sily patria medzi sekundárne znaky štátov (t.j. také znaky, ktoré síce nie sú definične nevyhnutné na to, aby sme o nejakom útvare hovorili ako o štáte, ale patria medzi typické indikátory štátnej moci) a preto je aj vecou tradície, aj vecou inherentnej logiky, že ozbrojené sily formálne vedie najvyšší ústavný činiteľ. Úplne jednoducho povedané, keď je raz niekto hlavou štátu, nemal by podliehať veliacej pôsobnosti inej osoby.

Tradičia pritom siaha až do počiatkov česko-slovenskej štátnosti, do zákona č. 11/1918 Zbierky zákonov a nariadení štátu československého, ktorý prezidenta definoval ako „najvyššieho veliteľa vojska“.⁴

Ústavný súd Slovenskej republiky (ďalej len „ústavný súd“) k tomu v jedinom prípade, keď mal možnosť rozhodovať o obsahu predmetnej ústavnej vety, uviedol nasledovné: „Pojem, obsah a rozsah hlavného veliteľstva ozbrojených síl nebol ústavou ani zákonom vymedzený. Niet však sporu o tom, že s funkciou hlavného veliteľa týchto síl je spojená veliteľská právomoc, bez ktorej by takéto postavenie nemalo zmysel“ (PL. ÚS 32/95).

Statusovými aspektmi sa však pôsobenie prezidenta v oblasti velenia ozbrojeným silám nevyčerpáva. Ústava priznáva hlave štátu konkrétne právomoci, ktoré s velením ozbrojeným silám súvisia viac či menej priamo. Prezident napríklad nariaďuje mobilizáciu, vypovedáva vojnu, vyhlasuje vojnový stav a výnimočný stav a rovnako tak ich ukončenie, a uzatvára mier. Okrem toho menuje náčelníka generálneho štábu a troch členov Bezpečnostnej rady štátu, ktorej zasadnutia sa môže zúčastniť a takisto navrhnúť jej zvolanie.

Nebol by to slovenský ústavodarca, keby nám to celé nespestril niekoľkými otáznikmi. Hneď ten prvý súvisí s klasifikáciou prezidentských právomocí vo vzťahu k ozbrojeným silám. Právomoc vypovedávať vojnu či vyhlasovať vojnový stav, právomoc uzatvárať mier, právomoc nariadiť mobilizáciu ozbrojených síl či kreačná právomoc prezidenta vo vzťahu k náčelníkovi generálneho štábu a členom Bezpečnostnej rady štátu síce bezprostredne súvisia s postavením hlavy štátu ako hlavného veliteľa ozbrojených síl, ale všetky majú osobitnú ústavnú úpravu a *stricto sensu* teda v daných prípadoch nejde o výkon vecnej pôsobnosti prezidenta podľa čl. 102 ods. 1 písm. k) ústavy. Tú ústava nijako nešpecifikuje a je teda, okrem

⁴ Podrobnejší prehľad ústavných úprav za ostatných sto rokov ponúka napríklad idem, s. 1205.

mnohých iných vecí, otázne aj to, ktoré rozhodnutia prezidenta podľa tohto ustanovenia sú viazané na podpis predsedu vlády.

Istou neprehľadnosťou základnej ústavnej úpravy sa však otázky, týkajúce sa obsahu veliteľskej pôsobnosti prezidenta ani zďaleka nevyčerpávajú.

2 Veliaca pôsobnosť hlavy štátu

2.1 Komu velí prezident?

Prezident velí ozbrojeným silám, ktoré ústavný zákon o bezpečnosti štátu nedefinuje cez inštitucionálne parametre, ale cez personálne definičné znaky. Ozbrojené sily sú *ratione personae* otvorená množina, ktorej obsah závisí od aktuálneho právneho a skutkového stavu.

V čase bezpečnosti tvoria ozbrojené sily profesionálni vojaci, vojaci v zálohe povolaní na pravidelné cvičenie alebo na plnenie úloh ozbrojených síl a vojaci dobrovoľnej vojenskej prípravy.

V čase vojny a vojnového stavu tvoria ozbrojené sily, okrem osôb uvedených vyššie, aj vojaci v zálohe povolaní na výkon mimoriadnej služby a registrovaní občania povolaní na výkon mimoriadnej služby, ktorí boli odvedené na základe odvodného konania.

V čase výnimočného stavu a núdzového stavu tvoria ozbrojené sily profesionálni vojaci, vojaci v zálohe a vojaci dobrovoľnej vojenskej prípravy.

Náznak inštitucionálneho vymedzenia ozbrojených síl možno nájsť v zákone o ozbrojených silách, ktorý síce odkazuje na ústavný zákon o bezpečnosti štátu, ale nad jeho rámec ustanovuje, že súčasťou ozbrojených síl je aj Vojenská kancelária prezidenta republiky a jeho čestná stráž.

Otáznikom je zaradenie civilných zamestnancov do pojmu ozbrojené sily. Ústavný zákon ich do ozbrojených síl nezaraďuje, zákon o ozbrojených silách však ustanovuje, že „... na plnení úloh ozbrojených síl sa podieľajú aj štátni zamestnanci a zamestnanci, ktorí tvoria civilný personál ozbrojených síl“.

Domnievam sa, že kombinácia taxatívneho vymedzenia ozbrojených síl v ústavnom zákone o bezpečnosti štátu a nie celkom jednoznačná zákonná definícia „civilistov“ (ako civilného personálu ozbrojených síl, ktorý sa podieľa na plnení úloh ozbrojených síl) vedie k záveru, že **na štátnych zamestnancov a na civilný personál sa veliaca pôsobnosť prezidenta nevzťahuje, pretože *stricto sensu* nie sú vojakmi, a teda nie sú integrálnou súčasťou ozbrojených síl.**

Tomuto záveru zodpovedá aj zákon o štátnej službe profesionálnych

vojakov, ktorého § 8 ods. 1 podrobuje veliteľskej právomoci profesionálnych vojakov, nie iné osoby.

2.2 Ako velí prezident?

Z hľadiska vnútornej logiky by sa javilo, že právomoci nariadiť mobilizáciu, vypovedať vojnu či vyhlásiť vojnový stav sú právomoci, spadajúce pod čl. 102 ods. 1 písm. k) ústavy, t.j. právomoci, ktoré prezident vykonáva ako hlavný veliteľ ozbrojených síl. Zákon o ozbrojených silách však velenie ozbrojeným silám definuje inak, konkrétne ako „... proces, v ktorom veliteľ vydáva v rozsahu svojej pôsobnosti vojenské rozkazy na zabezpečenie plnenia úloh ozbrojených síl“. V rozsahu svojej pôsobnosti velí ozbrojeným silám v prvom rade prezident a po ňom, zostupne, náčelník generálneho štátu, ostatní ustanovení velitelia a veliteľ organizácie vzájomnej kolektívnej bezpečnosti, ktorej je Slovenská republika členom. V podrobnom vymedzení zákon hlavne štátu priznáva právomoci, uvedené v bode 1.2.

Z tohto vymedzenia vyplýva, že prezident ozbrojeným silám velí tak, že 1) vydáva základné vojenské poriadky a poriadok vlastnej vojenskej kancelárie (normotvorná pôsobnosť), 2) zapožičiava vojenským útvarom čestné názvy a bojové zástavy (symbolická pôsobnosť), 3) vymenúva a odvoláva náčelníka svojej vojenskej kancelárie (kreačná pôsobnosť), a 4) vydáva vojenské rozkazy ozbrojeným silám (veliteľská pôsobnosť).

Nie je však vôbec zrejmé, ako konkrétne realizuje prezident práve svoju veliteľskú pôsobnosť.

Zákon o ozbrojených silách totiž definíciu vojenského rozkazu neobsahuje, a to ani nepriamo. Približné pojmové vymedzenie inštitútu vojenského rozkazu bolo možné nájsť v už zrušenom zákone č. 370/1997 o vojenskej službe, ktorý v § 74 ods. 2 ustanovoval, že „... na velenie v ozbrojených silách služobný orgán a nadriadený vojak vydávajú ústne alebo písomné vojenské rozkazy, ktoré vojaka zaväzujú podľa nich konať alebo sa konania zdržať“.

Túto úpravu v časti nahradil zákon o brannej povinnosti a v časti zákon o štátnej službe profesionálnych vojakov, pojmová definícia vojenského rozkazu však v zákonnej úprava chýba. Zákon o štátnej službe profesionálnych vojakov (§ 8 ods. 3 v spojení s ods. 1) prezidenta definuje ako veliteľa, ktorý je „... oprávnený vydávať podriadenému profesionálnemu vojakovi vojenské rozkazy, nariadenia, príkazy a pokyny na vykonávanie štátnej služby alebo v súvislosti s jej výkonom v určenom rozsahu“.

Veliteľ teda podľa zákona o ozbrojených silách znamená (aj) vydávať vojenské rozkazy, pričom veliteľom je podľa zákona o štátnej službe

profesionálnych vojakov ten, kto má právo vydávať vojenské rozkazy. Klasickejšiu ukážku tautológie by sme ťažko hľadali, toto je naozaj jedna z najtypickejších. Nevieme síce, čo presne by mohlo byť obsahom vojenského rozkazu prezidenta, v akej podobe a komu všetkému ich môže adresovať, ale vieme, že je veliteľ, lebo má právo vydávať vojenské rozkazy, respektíve naopak, že má právo vydávať vojenské rozkazy, lebo je veliteľ. Hlavný veliteľ!

Táto minuciózna úprava, aj keď ju zákonodarca nenazval Hlavou XXII, je pre laika dostatočne ilustratívnym dôkazom, že aj parlament si uvedomuje, že armáda je paralelný vesmír s vlastnými pravidlami a že tautologické a nelogické ustanovenia najlepšie zodpovedajú špecifickej logike armádneho sektora. A hlavne, niečo sa prezidentovi do jeho kompetenčného portfólia predsa napísať muselo, keď už je teda tým hlavným veliteľom a má aj Vojenskú kanceláriu.

Lenže pomaly. Je tu ešte zákon o brannej povinnosti, ktorý prezidentovi priznáva napríklad právomoc nariadiť prepustenie vojakov mimoriadnej služby a/alebo na jej výkon povolať iných občanov, či právomoc povoliť vojakovi službu v ozbrojených silách cudzieho štátu. Je takéto nariadenie alebo povolenie vojenským rozkazom alebo je nejakou inou, nešpecifikovanou formou výkonu veliacej pôsobnosti prezidenta? Z hľadiska viazanosti platnosti takéhoto rozhodnutia na podpis predsedu vlády je to jedno, pretože táto podmienka sa vzťahuje na všetky rozhodnutia prezidenta, ktoré vydá ako hlavný veliteľ ozbrojených síl.

A je tu aj zákon o štátnej službe profesionálnych vojakov, ktorý prezidenta vymedzuje ako veliteľa, ale vo zvyšku už mu vlastne nič konkrétne neukladá, ani neumožňuje, s výnimkou statusových vecí, súvisiacich s pôsobením jeho vojenskej kancelárie. Dalo by sa, samozrejme, podrobnejšie vymenúvať rôzne protokolárne a úradnícke možnosti/povinnosti prezidenta, faktom ale zostáva, že **kombinácia ústavnej a zákonnej úpravy nám nedáva žiadnu ucelenú a už vôbec nie zrozumiteľnú odpoveď na základnú otázku: ak by Slovenská republika vypovedala vojnu alebo vyhlásila vojnový stav, komu a ako by prezident velil?**

Tak si na tomto mieste povedzme aspoň to, čo určite nie je výkonom veliacej pôsobnosti. Rozhodnutie prezidenta o vypovedaní vojny, vyhlásení vojnového stavu alebo nariadení mobilizácie nie je rozhodnutím podľa čl. 102 ods. 1 písm. k) ústavy, t.j. rozhodnutím hlavného veliteľa ozbrojených síl, ktoré podlieha schváleniu premiérom, ale je rozhodnutím hlavy štátu *sui generis*, v osobitnom vzťahovom rámci v mocenskom trojuholníku prezident – vláda – parlament.

2.3 Kto tu komu naozaj velí?

Čo ale s rozhodnutiami prezidenta, ktoré spadajú pod výkon veliteľskej pôsobnosti? Podľa čl. 102 ods. 2 ústavy, rozhodnutie prezidenta podľa ods. 1 písm. k) je platné, ak ho podpíše premiér alebo ním poverený minister, v takom prípade za rozhodnutie hlavy štátu zodpovedá vláda.

Lenže písmeno k) na žiadne rozhodnutia neodkazuje, len všeobecne vymedzuje postavenie hlavy štátu ako hlavného veliteľa ozbrojených síl. Chcel ústavodarca azda povedať, že všetky rozhodnutia, ktoré prezident prijme ako hlavný veliteľ ozbrojených síl, sú platné až po kontrasignácii predsedom vlády, respektíve jej povereným členom? Pravdepodobne áno a ak aj nechcel, tak to povedal, nič iné z toho jednoducho nevychádza.

S uvedeným sa spájajú hneď dva problémy, jeden symbolický a jeden praktický. Zo symbolického hľadiska je prinajmenšom pozoruhodné, že výkon veliacej pôsobnosti zo strany hlavy štátu podlieha schváleniu zo strany predsedu vlády, ktorého pritom zákon o ozbrojených silách neuvádza medzi orgánmi, ktoré by sa mali podieľať a podieľajú na velení ozbrojeným silám. To isté sa týka vlády; ani tá nefiguruje medzi orgánmi, poverenými pôsobnosťou v oblasti velenia ozbrojeným silám, má však niest' zodpovednosť za vojenské rozkazy, vydané prezidentom a podpísané predsedom vlády, čiže za velenie ozbrojeným silám. **Ústava teda zodpovednosť za tú časť velenia ozbrojeným silám, ktorú zveruje prezidentovi, kladie na plecía orgánom, ktorým zákonnú časť na velení ozbrojeným silám nepriznáva.** Nehovoriac o čudesne koncipovanej mocenskej vertikále, kde prezident s' a hlavný veliteľ pôsobí ako suplikant vo vzťahu k predsedovi vlády.

Je to neprehľadné, nelogické a aj z protokolárneho hľadiska nevhodné.

A je to aj veľmi nepraktické. Po prvé, čo je to za úpravu, ktorá prezidentovi zveruje právomoc v oblasti, kde je rýchlosť a efektivita postupu podriadeného podľa pokynov nadriadeného kľúčovým prvkom ich vzájomného vzťahu, ale výkon tejto právomoci zároveň podrobuje podmienkam, ktoré akúkoľvek rýchlosť a efektivitu menia na presný opak?

Po druhé, ústne vydané vojenské rozkazy sú z povahy veci nepodpisateľné, tu sa ústavná podmienka ich platnosti objektívne nedá naplniť. Čo môže byť skutočne problém. Je vojak viazaný ústne vydaným rozkazom hlavného veliteľa ozbrojených síl? Zákon hovorí, že áno, ústava, že nie, pretože platnosť akéhokoľvek rozhodnutia hlavy štátu vydaného na základe čl. 102 ods. 1 písm. k), a teda aj platnosť vojenského rozkazu, sa viaže na podpis premiéra. Táto čudesná medzera či chyba akoby viedla k záveru, že prezident jednoducho ústne rozkazy ako hlavný veliteľ ozbrojených síl vydávať nemôže.

K takémuto záveru sa pri výklade totožnej českej úpravy prikláňa aj Koudelka. Tvrdí, že v čase mieru naozaj platí, že prezident ústne rozkazy vydávať nemôže, lebo by tým obchádzal povinnosť nechať si ich podpísať premiérom. V čase vojny však podľa Koudelku musí takýto výklad ustúpiť praktickým požiadavkám: „Z hľadiska povahy tejto právomoci sa tu musí použiť účelový výklad, ktorý vychádza z úlohy ozbrojených síl zabezpečiť vonkajšiu, ale aj vnútornú bezpečnosť štátu. (...) Preto je nevyhnutné zvoliť výklad, ktorý zaisťuje akcieschopnosť vrchného velenia vrátane nevyhnutnosti vydávať ústne rozkazy. Výsledkom je, že je možné vydávať ústne, a teda nekontrasignované rozhodnutia, špeciálnym druhom rozhodnutí používaných v styku v rámci ozbrojených síl je rozkaz. Dá sa to však urobiť len v mimoriadnej dobe, napríklad v čase vojny“.⁵

Spolu s Koudelkom rozlišuje medzi požiadavkami na výkon veliteľskej pôsobnosti prezidenta v čase mieru a jej výkonom v čase vojny aj Drgonec, a rovnako vníma tento rozdiel ako relevantný aj prvorepubliková doktrína. Takéto rozlišovanie síce nemá priamu oporu v ústavných textoch, ale vychádza z bazálnej logiky veci. Súčasťou tohto logického výkladu je trvanie na tom, že v čase vojny sa od prezidenta očakáva, že priamym velením ozbrojených síl, a teda aj vydávaním vojenských rozkazov poverí náčelníka generálneho štábu alebo iného ustanoveného veliteľa. Koudelka v tejto súvislosti argumentuje potrebou chrániť prezidenta pred zodpovednosťou za prípadné zlyhanie armádnych operácií,⁶ Drgonec zase absenciou potrebného vojenského výcviku na strane hlavy štátu.⁷

Povedzme si teraz, čo by stavu vojny mohlo a malo predchádzať z ústavného hľadiska.

3 Vojna

3.1 Ústavná del'ba právomocí

Podľa čl. 102 ods. 1 písm. l) ústavy, prezident vypovedáva vojnu na základe rozhodnutia Národnej rady, ak je Slovenská republika napadnutá alebo ak to vyplýva zo záväzkov z medzinárodných zmlúv o spoločnej obrane proti napadnutiu.

⁵ KOUDELKA, Z.: Vrchní velitel ozbrojených sil. Právo a bezpečnost. Brno (2014), s. 32–33.

⁶ Ibid., s. 36.

⁷ DRGONEC, J.: Ústava Slovenskej republiky. Teória a prax. Bratislava (2015), s. 1206.

Podľa čl. 86 písm. k) ústavy, do právomoci parlamentu patrí uznášať sa o vypovedaní vojny, ak je Slovenská republika napadnutá alebo ak to vyplýva zo záväzkov z medzinárodných zmlúv o spoločnej obrane proti napadnutiu.

Podľa čl. 2 ods. 1 ústavného zákona o bezpečnosti štátu, vojnu vypovie prezident na základe rozhodnutia NR SR len za podmienky, že Slovenská republika je napadnutá cudzou mocou, ktorá jej vypovedala vojnu alebo ktorá bez vypovedania vojny narušila jej bezpečnosť, alebo za podmienky, že vypovedaním vojny SR plní záväzky vyplývajúce z členstva v organizácii vzájomnej kolektívnej bezpečnosti alebo z medzinárodnej zmluvy o spoločnej obrane proti napadnutiu.

Tie dve úpravy nie sú totožné. **Zatiaľ čo ústava podmieňuje vypovedanie vojny, okrem napadnutia, už len záväzkom vyplývajúcim z medzinárodnej zmluvy o spoločnej obrane proti napadnutiu, ústavný zákon ako podmienku pre vypovedanie vojny uvádza aj plnenie záväzkov vyplývajúcich z členstva v organizácii vzájomnej kolektívnej bezpečnosti.** Iste, aj toto členstvo sa opiera o medzinárodnozmluvný základ, ale je pozoruhodné, že v ústavnom zákone o bezpečnosti štátu sa ústavodarca rozhodol použiť namiesto totožnej úpravy, aká je v ústave, úpravu, ktorá medzi plnením záväzkov z medzinárodných zmlúv a plnením záväzkov z členstva v kolektívnej organizácii výslovne rozlišuje. Vieme pritom, že ak normotvorca výslovne rozlišuje medzi dvoma situáciami, má mať toto rozlišovanie aj normatívne účinky. Znamenalo by to, že ústavný zákon možnosti vypovedať vojnu upravuje širšie, ako ústava, a keďže bol prijatý neskôr, ako ústava, má prednosť. Ale keďže tu si výkladové spory na najvyššej úrovni pravidelne dopriavame aj o jednoznačnejších úpravách, máme dosť dôvodov si myslieť, že by jeden prezident by mohol preferovať užší výklad a iný prezident zas ten širší.

3.2 Kto je pánom vojny?

Skúsme radšej vyjsť z predpokladu, že je to „iba“ legislatívna nedôslednosť a ležérnosť, a že hmotnoprávne ide o kompatibilnú úpravu. Hlavná otázka potom znie, či je prezident návrhom Národnej rady viazaný. Ide teda o otázku, kto meritórne posudzuje, či sú dané podmienky splnené. Má prezident možnosť dospieť k inému záveru o splnení ústavných podmienok pre vypovedanie vojny, než k akému dospel parlament?

Zatiaľ čo na základe čl. 86 ústavy sa zdá byť zrejmé, že tie podmienky posudzuje Národná rada, čl. 2 ods. 1 ústavného zákona o bezpečnosti štátu by sa poľahky dal vykladať tak, že prezident môže splnenie týchto podmienok podrobiť ešte vlastnému skúmaniu.

Môže sa to javiť ako zbytočná pedantéria, ale predstavte si situáciu, že v parlamente preváži „jastrabí“ pohľad a na základe čl. 5 Washingtonskej zmluvy o NATO a napadnutia niektorého spojencu iným štátom sa Národná rada uznesie na vypovedaní vojny, zatiaľ čo v paláci v tom čase sedí pacifistickejšie naladený prezident, ktorému sa vypovedanie vojny prieči.

Ak si viete predstaviť takúto situáciu, určite si viete predstaviť aj to, že sa taký prezident bude prikláňať skôr k výkladu, že to, či sú splnené podmienky na vypovedanie vojny, podlieha aj jeho záverom a že rozhodnutím parlamentu striktné viazaný nie je.

S prihliadnutím na systematiku ústavného textu mám ale za to, že o vypovedaní vojny substantívne rozhoduje parlament a že prezident je jeho rozhodnutie povinný vykonať vlastným aktom. Opieram sa nielen o výslovné zakotvenú právomoc Národnej rady sa na vypovedaní vojny uznieť, ale aj o fakt, že v prípade vyhlásenia vojnového stavu na návrh vlády používa ústava inú modalitu. Vojnu prezident vypovedáva na základe rozhodnutia národnej rady (čiže „vypovedáva“ plus národná rada „rozhoduje“), zatiaľ čo vojnový stav môže vyhlásiť na návrh vlády (čiže „môže vyhlásiť“ plus vláda „navrhuje“).

Navyše, je tu potreba istej symetrie. **Keďže prezident nemôže vypovedať vojnu bez rozhodnutia parlamentu, mala by byť jeho dispozičná autonómia v situácii, keď je viac pacifistickejší ako parlament rovnaká ako v situácii, keď je to naopak, t.j. keď sa prezident domnieva, že vojnu vypovedať treba, ale v parlamente pre to nie je požadovaná väčšina.**

Rovnako ako situáciu popísanú vyššie si totiž dobre vieme predstaviť i takú, kde má hlava štátu silný názor, že vojnu, ktorú už agresorovi vypovedali napríklad Spojené štáty, Veľká Británia, Nemecko, Poľsko a Česká republika, vypovedať treba, pričom v parlamente sa k tomuto názoru hlási ledva päťdesiat poslancov. Ak nevie prezident presadiť svoj pohľad v tejto situácii a je viazaný omisívnym rozhodnutím Národnej rady sa na vypovedaní vojny neuznieť, mal by byť viazaný aj jej komisívnym rozhodnutím do vojny ísť.

Rozhodnutie parlamentu je teda nevyhnutnou a zároveň dostatočnou podmienkou prezidentského aktu. Inými slovami, prezident tu zastupuje štát, ale autonómne nerozhoduje, „len“ vykonáva rozhodnutie parlamentu.

V prípade uzatvorenia mieru však čl. 102 ods. 1 písm. l) ústavy o predchádzajúcom rozhodnutí parlamentu mlčí a napísaný je tak, ako by prezident mohol mier uzavrieť aj bez návrhu Národnej rady. Ústavný zákon o bezpečnosti štátu proces uzavretia mieru neupravuje vôbec nijako. V článku 86 ústavy, upravujúcom pôsobnosť Národnej rady, sa však dočítame, že tá sa, okrem vypovedania vojny, uznáva aj na uzatvorení mieru. Je teda zrejmé, že napriek nešťastnej syntaxi v ústavnom texte aj rozhodnutiu hlavy štátu o uzavretí mieru by mal predchádzať návrh parlamentu. V praxi by tak

nepochybné prevážil správny názor, že rovnako ako o vypovedaní vojny, aj o uzatvorení mieru rozhoduje Národná rada, prečo to však v jednom článku musí byť napísané inak, ako v druhom, ktorý upravuje totožnú otázku?

4 Iné mimoriadne situácie

4.1 Vojnový stav

Aj vyhláseniu vojnového stavu a jeho ukončeniu predchádza akt iného subjektu, v týchto prípadoch návrh vlády. Tomu však prezident povinný vyhovieť nie je, keďže ústava, na rozdiel od vypovedania vojny, používa sloveso „môže“ a výslovne hovorí o návrhu.

Ústavný zákon o bezpečnosti štátu, na rozdiel od ústavy, však v týchto prípadoch formuluje konkrétne podmienky, za ktorých prezident môže návrhu vlády vyhovieť. V prípade vojnového stavu je to vtedy, ak bezprostredne hrozí vypovedanie vojny alebo bezprostredne hrozí napadnutie cudzou mocou bez vypovedania vojny.

Tu sa javí byť zrejším, že hlava štátu nielen, že môže skúmať tieto podmienky, ale že ich skúmať dokonca musí. Môže totiž návrhu vyhovieť iba vtedy, ak sú splnené. Zároveň ale nemôže o vyhlásení vojnového stavu rozhodnúť bez návrhu vlády.

Okrem toho môže prezident počas vojnového stavu a opäť výlučne na návrh vlády 1) nariadiť výkon mimoriadnej služby profesionálnym vojakom, vojakom v zálohe a vojakom dobrovoľnej vojenskej prípravy, 2) povolať na výkon mimoriadnej služby vojakov v zálohe a občanov, ktorí sú na základe odvodového konania odvedení, 3) povolať na výkon alternatívnej služby registrovaných občanov a vojakov v zálohe, ktorí v stave bezpečnosti odoprelí výkon mimoriadnej služby a 4) nariadiť čiastočnú alebo všeobecnú mobilizáciu ozbrojených síl. Rovnakú právomoc má prezident aj v čase vojny, pričom ich realizácia je aj v takom prípade viazaná na návrh vlády.

4.2 Výnimočný stav

Prezident môže na návrh vlády vyhlásiť aj výnimočný stav, a to v prípade, ak došlo alebo bezprostredne hrozí, že dôjde k teroristickému útoku, k rozsiahlym pouličným nepokojom spojeným s útokmi na orgány verejnej moci, drancovaním obchodov a skladov alebo s inými útokmi na majetok alebo ak dôjde k inému hromadnému násilnému protiprávnemu konaniu, ktoré svojim rozsahom alebo následkami podstatne ohrozuje

alebo narušuje verejný poriadok a bezpečnosť štátu, ak ho nemožno odvrátiť činnosťou orgánov verejnej moci a ak je znemožnené účinné použitie zákonných prostriedkov.

Platia pritom dve obmedzenia. Po prvé, výnimočný stav možno vyhlásiť len na postihnutom alebo bezprostredne ohrozenom území. Po druhé, možno ho vyhlásiť len na nevyhnutný čas, maximálne na dobu 60 dní a v prípade, ak vzniknú nové okolnosti bezprostredne súvisiace s dôvodmi, pre ktoré bol vyhlásený, možno výnimočný stav predĺžiť, avšak najviac o ďalších 30 dní.

Ústavný zákon však už nič nehovorí o tom, či predĺženiu výnimočného stavu takisto musí predchádzať návrh vlády alebo môže prezident sám dospieť k záveru, že nové okolnosti jeho predĺženie vyžadujú. Podľa mňa sa predpokladá, že aj predĺženie výnimočného stavu navrhuje prezidentovi vláda, škoda však, že sa tie tri slová „na návrh vlády“ do dlhého a podrobného ústavného zákona už nezmestili.

Takto si opäť vieme predstaviť situáciu, v ktorej má prezident na potrebu predĺženia výnimočného stavu iný názor ako vláda a rozhorí sa medzi nimi spor o to, či ho prezident môže predĺžiť bez toho, aby mu to vláda navrhla. Kým by o takomto spore rozhodol ústavný súd, je tridsať dní potenciálne protiústavného stavu dávno za nami.

V prípade výnimočného stavu môže prezident na návrh vlády nariadiť výkon mimoriadnej služby profesionálnym vojakom, vojakom v zálohe a vojakom dobrovoľnej vojenskej prípravy, a povolať na výkon mimoriadnej služby vojakov v zálohe.

Tým sme v základnom režime vyčerpali ústavnú úpravu pôsobnosti prezidenta vo vzťahu k ozbrojeným silám. Hlava štátu ju realizuje vo vzťahovom trojuholníku s parlamentom a vládou, pričom miera ich vzájomnej súčinnosti i vzájomnej kontroly sa líši v závislosti od aktuálneho bezpečnostného stavu a jeho potrieb.

Zhrnutie

Celkovo sa zdá, že ustanovenie prezidenta za hlavného veliteľa ozbrojených síl a paralelné zverenie iných právomocí, súvisiacich s bezpečnostnou krízou, je úpravou, ktorá nepočíta s tým, že by niekedy mala byť naozaj použitá, respektíve že by sa na ňu malo vôbec prihliadať.

Mali sme, našťastie, dobré dôvody zvyknúť si vychádzať z predpokladu bezpečnosti a mieru na našom území. V stave mieru a bezpečnosti sú veliteľské právomoci prezidenta, samozrejme, skôr okrasou ústavného textu, ako reálnou témou. V situácii, ktorá môže viesť k potrebe vyhlásiť napríklad

výnimočný stav alebo takýto stav predĺžiť sa však ústavná úprava pôsobnosti hlavy štátu celkom zjavne témou stať musí. Nejde pritom o situácie, ktoré si vôbec nedokážeme predstaviť. Odhliadnuc od podvedomého pocitu, že ani teroristický útok, ani rozsiahle pouličné nepokoje už nemusia byť tak dokonale nereálnou predstavou, ako ešte pred niekoľkými rokmi, je tu tiež spomienka na pokusy o rabovanie na východnom Slovensku v roku 2004.⁸ Viedli k nim drastické škrty v dávkach sociálnej pomoci znevýhodneným občanom. Armáde a polícii sa podarilo situáciu „vyriešiť“ bez toho, aby nastala potreba vyhlasať na danom území výnimočný stav.⁹ Pripomínam túto situáciu iba preto, aby som ilustroval potenciálnu relevanciu pravidiel, ktorými ústava viaže prezidenta a ďalšie orgány štátnej moci vo výnimočných situáciách. A to sme stále len na domácej pôde a v polohe výnimočného stavu, nie v polohe vojnového stavu alebo nebudaj vojny.

Bolo by príliš odvážne povedať, že v dôsledku aktuálnej globálnej a kontinentálnej bezpečnostnej situácie a/alebo v dôsledku rastúceho spoločenského napätia u nás doma máme dôvody očakávať, že v dohľadnej dobe príde na použitie pravidiel, upravujúcich pôsobnosť prezidenta v čase bezpečnostnej krízy. V tejto chvíli asi žiadne také dôvody nemáme alebo o nich aspoň nevieme. Rovnako odvážne by ale bolo povedať, že na ne nepríde nikdy. To je čosi, v čo sa dá len dúfať; spoliehať sa na to určite nemožno.

Iste, sú to všetko právomoci, pri výkone ktorých sa predpokladá vysoká miera konsenzu a súčinnosti všetkých zložiek štátnej moci, akási forma spoločenskej dohody. Je veľmi zložitá si predstaviť, že by prezident, nech by ním bol ktokoľvek, išiel osamotene proti sústredenej vôli domácej ústavnej väčšiny a/alebo dohode našich spojencov. Ale... nie je to predsa len úplne vylúčené, teoreticky si takú konšteláciu moci predstaviť dokážeme. Najmä však nevieme, akou pevnou a spoľahlivou by takáto dohoda bola. Čím vratkejší je konsenzus v parlamente, tým väčší priestor dostáva hlava štátu na postup ponad jeho rámec či popri ňom. A tým jasnejšie by mali byť pravidlá vymedzujúce jej akčný rádius. Lenže nie sú, a ľúty spor ústavných orgánov o, napríklad, výnimočný stav dokáže napáchať prinajmenšom takú škodu, ako ich potýčky pri menovaní generálneho prokurátora či ústavných sudcov.

Všetci si asi želáme, aby takéto pravidlá naveky zostali iba na papieri a aby tento príspevok nebol viac, než len analytickým cvičením. Ale prinajmenšom z opatrnosti sa niektorým jeho varovaniam oddá venovať aspoň základnú pozornosť.

⁸ Bližšie pozri <https://spravy.pravda.sk/cierna-kronika/clanok/138000-po-rabovackach-hovoria-romovia-o-vojne/>.

⁹ O sedem rokov neskôr rovnaké obavy: <https://www.noviny.sk/slovensko/93569-politici-sa-boja-rabovania-romov-v-obchodoch>.

Aktuální otázky ústavněprávního postavení presidenta republiky

Jan Pinz

Entrée – 1 Hlava státu obecně – 2 President republiky v československé ústavní tradici
– 3 President republiky v českém ústavním právu – Épiloque

Entrée

Ústavněprávní postavení presidenta republiky bylo a je předmětem pozornosti odborné i laické veřejnosti už od dob první republiky, ale také je v posledních letech vystaveno i politicky motivovanému zkreslování ze strany některých politologů a tzv. politických analytiků a komentátorů. Přičemž takové tendenční interpretace jsou pak většinou přebírány sdělovacími prostředky, jakož i některými politologicky orientovanými členy akademické obce. Přitom se úřad presidenta republiky tradičně těší přízni nejširších vrstev obyvatelstva, avšak s výjimkou některých politicky ambiciózních kruhů, jejichž postoj je spíše vyjádřením zklamání z všeobecného volebního neúspěchu.

1 Hlava státu obecně

Hlava státu (*Staatsoberhaupt*) obecně vzato je nejvyšší státní orgán reprezentující stát uvnitř jeho hranic i mimo ně v souhrnu jeho vztahů. Ústava každého státu zpravidla určuje, kdo je jeho hlavou. V zásadě je to v monarchii monarcha, t.j. panovník, vladař apod. a v republice president republiky nebo spolkový president. V obou případech je to individuální hlava státu, respektive nejvyšší monokratický státní orgán. Vedle individuální hlavy státu může být v čele státu také sbor jednotlivců, respektive kolegiální hlava státu jako například *presidium*, státní rada, *directorium*, spolková rada (*praesidium*, *consilium publicum*, *Staatsrat*, *directorium*, *Consilium foederale*, *Bundesrat*). Působnost hlavy státu je stanovena vnitrostátním zákonodárstvím. V mezinárodních vztazích jedná jménem státu jeho hlava a všechny její právně závazné úkony pokládají se za úkony státu, až na

případy, kdyby hlava státu překročila svou pravomoc. Právo hlavy státu činit takové úkony jménem státu (*ius repraesentationis omnimodae*) zahrnuje v sobě zejména přijímání a vysílání diplomatických zástupců a konsulů, sjednávání mezinárodních smluv, vypovídání války a sjednávání míru. Jelikož subjektem mezinárodního práva je pouze sám stát a nikoliv jeho hlava, je mezinárodní postavení hlavy státu odvozeno od něj. Stejně tak prerogativy, t.j. pocty (práva čestná) a výsady (práva výsostná) poskytované hlavám států cizími státy vyplývají z toho, že tato důstojnost je uznávanou vlastností států jako členů rodiny národů a mezinárodních osob. Zde ovšem činí mezinárodní právo rozdíl mezi tradičními poctami a výsadami udělovanými monarchům (původně *sacrosancti*) a projevy úcty a privilegií udělovanými presidentům republiky. Na monarchy se vždy hledí jako na suverény, i když jejich vnitrostátní konstituční postavení je velmi rozdílné. Mezi čestná práva jim náleží vydržování komonstva, tělesné stráže, udílení šlechtictví a řádů. K právům výsostným patří spolupůsobení při vydávání zákonů, vydávání nařízení, jmenování státních hodnostářů, udílení vyznamenání apod. Do svých funkcí jsou zpravidla ustanovováni na základě dědičné poslušnosti. Pohybuje-li se monarcha na území svého státu, jsou cizí státy povinny dávat mu ve všech úředních stycích jeho obvyklé a uznávané tituly (král, císař, car, emír, velkokníže) a predikáty (Veličenstvo, Královská výsost, Výsost, Jasnost, Svátost), kromě predikátů udělených papežem (například *Rex apostolicus*). Obdobně platí, že mešká-li monarcha v cizině s vědomím cizí vlády, má jeho domovský stát právo požadovat pro něj určité obřadné pocty, a to i pro členy jeho rodiny a družiny, jakož i obvyklé tituly a predikáty. Kromě toho náleží monarchovi při legálním pobytu v cizině ještě zvláštní ochrana plynoucí z nedotknutelnosti jeho osoby a vynětí z trestní jurisdikce, vztahující se i na choť monarchovu a dále vynětí z moci státu pobytu, tzn. exteritorialita podle zásady *par in parem non habet imperium*. Podle tradice se monarchové vzájemně oslovují „Můj bratře“, ale presidenta republiky oslovují „Můj příteli“. Cestuje-li monarcha po cizích státech inkognito, poskytují se mu zmíněné pocty a výsady v omezeném rozsahu. Vývoj pokud jde o obřadové pocty a výsady monarchům příliš nepřeje. Hlavy státu republik na rozdíl od hlav státu monarchií nejsou subjektem těchto poct a výsad. Na presidenty republik se hledí jako na občany, první mezi rovnými (*primus inter pares*). Jako hlavě státu přináleží presidentům republik některé pocty a výsady jako jsou například pocta a čestná práva jakožto nejvyššího velitele branné moci, užívání standardy presidenta republiky a státní pečeti, udělování milosti, promíjení nebo zmírňování trestů a zpravidla neodpovědnost z výkonu své funkce, respektive vynětí z obecné trestněprávní odpovědnosti. Domovský stát může žádat pro svou hlavu státu dílicí v cizině jen určité ohledy, jež přináleží

důstojnosti hlavě státu jak takové, nikoliv jako svátosti (*sacrosanctitas*). Na rozdíl od panovníků je prezident republiky volen, a to buď přímo nebo nepřímo lidem, nebo zákonodárnými sbory.

2 President republiky v československé ústavní tradici

Pojem presidenta značí obecně předsedu, osobu stojící v čele na místech význačných jako je například stát, země, vyšší soud, akademie apod. Mezinárodně politický význam má pouze prezident jako hlava státu, který ve většině případů ztělesňuje výkonnou moc státu. Ústavněprávní postavení presidenta republiky v době republiky Československé, tzv. první republiky vycházelo z parlamentní formy vlády převážně podle vzoru francouzského (ústava z roku 1875).

Ústavněprávní postavení presidenta republiky podle prozatímní ústavy z roku 1918 (zákon č. 37/1918 Sb. zák. a nař. státu československého, o prozatímní ústavě) bylo považováno všeobecně i ze strany samotného presidenta T. G. Masaryka za slabé. Jistou nápravu přinesla nejprve tzv. květnová novela z roku 1919 a potom tzv. definitivní ústava z roku 1920 (zákon č. 121/1920 Sb. zák. a nař., kterým se uvozuje ústavní listina Československé republiky). Přesto neposkytovalo toto výsledné ústavněprávní postavení presidenta republiky Československé profesoru T. G. Masarykovi stejně práv jako jeho francouzskému vzoru, například chybělo právo zákonodárné iniciativy, právo vyhlášovat zákony, právo vydávat nařízení. V dobové atmosféře po radikálním odstranění neblaze proslulé rakousko-uherské monarchie v čele s neomezeným panovníkem se soudilo, že bude pro veřejnost přijatelnější, když bude hlava státu v pravomocích více omezena. Na druhé straně se kalkulovalo s tím, že samotný respekt, který doprovázel postavu první hlavy samostatného republikánského státu, zmíněný handicap ve věci pravomocí presidenta republiky vyrovná. Odborná literatura té doby uváděla: „V některých zvláště důležitých věcech [...] je třeba souhlasu vlády a presidenta republiky. Tím je dána možnost, aby prezident republiky, je-li opravdu ‚silnou osobností‘ [...] například v politice zahraniční vykonával vůdčí vliv na vedení státu“.¹ Ostatně jeden z hlavních tvůrců návrhu ústavní listiny prof. Jiří Hoetzel si přes existující rozdíl s francouzským vzorem ústavněprávní postavení presidenta republiky pochvaloval: „Podle mého názoru výpočet oprávnění presidenta republiky v § 64 pod č. 1.–11. je tak

¹ JOACHIM, V.: Co má vědět každý občan. Praha (1992), s. 24.

vydatný, že zaručuje prezidentovi republiky žádoucí vliv na vedení vládních věcí, aniž by ho zanášel příliš nepatrnými věcmi“.² Prozatímní ústava ani definitivní ústava republiky Československé nebyla dána tzv. konstituantou, protože Národní výbor ani revoluční Národní shromáždění nebylo sněmem způsobilým dát ústavu. Oběma shromážděním chyběla z hlediska konstituční teorie moc ústavodárná (le pouvoir constituant) podle vzoru francouzského assemblée nationale constituante ze dne 30. června 1789.³

Ústavněprávní postavení prezidenta republiky podle tzv. definitivní ústavy z roku 1920 v podstatě odpovídalo novelám vydaným k ústavě prozatímní. Za platnosti definitivní ústavy, ale už v kontextu s ústavními dekrety prezidenta republiky jako hlavy prozatímního československého státního zřízení v zahraničí v letech 1940–1945 a v období po květnu roku 1945, byla zvýrazněna jeho dekretální pravomoc. Ze tří základních orgánů prozatímního státního zřízení v Londýně (prezident republiky, Státní rada československá a československá exilová vláda) se jako jediný funkční ústavní činitel a zároveň nositel osobní státoprávní kontinuity vrátil na osvobozené území československého státu prezident republiky Dr. Edvard Beneš, který se těšil nejen rozsáhlými ústavními pravomocemi, ale také značným respektem překračujícím jeho autoritu, danou oficiální funkcí hlavy státu. Dekrety prezidenta republiky vydané ještě v době nesvobody podléhaly ratihabici Prozatímním Národním shromážděním. Dekrety prezidenta republiky vydané od května 1945, t.j. již v době osvobozené Československé republiky, na základě zákonodárné iniciativy vlády, podléhaly kontrasignaci předsedy vlády, respektive jiného člena vlády. Ústavní dekrety a ostatní dekrety prezidenta republiky byly znovu usneseny jako ústavní zákony a obyčejné zákony v nejvyšším zákonodárném orgánu v té době zřízeném, proto lze soudit, že byly dány jedinou dobově dostupnou konstituantou *sui generis*.

Ústavněprávní postavení prezidenta republiky podle Ústavy 9. května z roku 1948 (ústavní zákon č. 150/1948 Sb. zák. a nař., Ústava Československé republiky) navázalo na v zásadě demokratické tradice prvorepublikové ústavy, takže zůstalo téměř úplně shodné s ústavněprávním postavením prezidenta republiky podle ústavní listiny z roku 1920. Návrh ústavy byl v zásadě akceptován všemi složkami Národní fronty, podroben veřejné všenárodní diskusi a předložen k projednání a schválení Ústavodárnému Národnímu shromáždění. Pro výhradu k jednotné kandidátce ve volbách do Národního shromáždění konaných dne 30. května 1948 a výhradu k formulaci ústavního

² HOETZEL, J.: Ústava republiky Československé. Praha (1920), s. IX a X.

³ Srv. WEYR, F. Československé ústavní právo. Praha (1937), s. 85–89.

slibu prezidenta republiky „... konat své povinnosti [...] podle vůle lidu a v zájmu lidu ...“ prezident republiky Dr. Beneš ústavu nepodepsal. Ústava 9. května byla dána tzv. konstituantou, protože za účelem jejího přijetí bylo zvlášť zvoleno ústavodárné shromáždění, tzn. sněm s mocí ústavodárnou. Ústavodárné Národní shromáždění zvolené dne 26. 5. 1946 bylo *ipso facto* sněmem ústavodárným (assemblée constituante).

Ústavněprávní postavení prezidenta republiky podle ústavy z roku 1960 (ústavní zákon č. 100/1960 Sb., Ústava Československé socialistické republiky) oproti ústavněprávnímu postavení prezidenta republiky podle tzv. definitivní ústavy z roku 1920 a podle Ústavy 9. května z roku 1948 posílilo. Prezident republiky byl odpovědný z výkonu své funkce Národnímu shromáždění, pravomoc jmenovat a odvolávat členy vlády a vyšší státní funkcionáře vykonával bez kontrasignace vlády a měl zákonodárnou iniciativu, avšak nebyl oprávněn rozpouštět Národní shromáždění a vracet mu usnesené zákony. Návrh ústavy z roku 1960 byl podroben veřejné všelidové diskusi a předložen k projednání a schválení Národnímu shromáždění. Ústava z roku 1960 nebyla dána tzv. konstituantou, protože za účelem jejího přijetí nebylo zvlášť zvoleno ústavodárné shromáždění. Dosavadnímu Národnímu shromáždění totiž *ex eadem causa* příslušela pouze moc zákonodárná (le pouvoir législatif), avšak chyběla moc ustavující, respektive ústavodárná (le pouvoir constituant).

Ústavněprávní postavení prezidenta Československé socialistické republiky podle ústavy z roku 1960 novelizované v roce 1968 v souvislosti s federalizací státu (ústavní zákon č. 100/1960 Sb., Ústava Československé socialistické republiky, ve znění ústavního zákona č. 143/1968 Sb., o československé federaci) oproti ústavněprávnímu postavení prezidenta republiky podle ústavy z roku 1960 částečně posílilo. Vedle dosavadních pravomocí, zákonodárné iniciativy a odpovědnosti nejvyššímu zastupitelskému sboru, t.j. nyní Federálnímu shromáždění, význam funkce hlavy státu vzrostl tím, že symbolizoval společnou československou státnost a působil jako integrující činitel a nejvyšší představitel federativního státu. Novelizovaná ústava (tzv. přímá novela) přinesla k 1. 1. 1969 přeměnu dosavadního unitárního státu na stát složený, tzn. podstatnou změnu ústavy, navíc spojenou s dubiosní představou vzniku tří suverénních států (federace a národní republiky). Tato zásadní ústavní změna je spojena se zákonem o československé federaci z roku 1968 přijatého dne 27. 10. 1968 k návrhu nově zřízené (instalované Národním shromážděním) České národní rady a dosavadní Slovenské národní rady, a to dosavadním Národním shromážděním (podobně i zákon č. 144/1968 Sb., o postavení národností v Československé socialistické republice). Lze proto konstatovat, že tato

novelizovaná ústava nebyla dána tzv. konstituantou, protože za účelem jejího přijetí nebylo zvlášť zvoleno ústavodárné shromáždění, tedy stávající Národní shromáždění nemohlo po právu přijímat podstatnou změnu ústavy, nový základní zákon (charte constitutif).

3 President republiky v českém ústavním právu

Ústavněprávní postavení presidenta republiky podle ústavy z roku 1993 (ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších ústavních zákonů) v porovnání s ústavněprávním postavením presidenta republiky podle ústavy z roku 1960 a ústavněprávním postavením presidenta Československé socialistické republiky podle ústavy z roku 1960 novelizované v roce 1968 poněkud oslabilo. President republiky zejména ztratil právo zákonodárné iniciativy. Ústava ve svém úvodu prohlašuje, že si občané dávají prostřednictvím zvolených zástupců ústavu. Ústava je klíčovým ústavním zákonem i pro postavení presidenta republiky, proto je otázka její nezpochybnitelné ústavní konformity otázkou, kterou je třeba položit *coram publico*. Dali si Ústavu občané nově zřízeného zastupitelského sboru? Ve skutečnosti si však ústavu nového samostatného českého státu usnesli v dosavadní České národní radě zástupci původně zvoleni do zmíněného zastupitelského sboru jedné z mezinárodně právně nesamostatných členských republik federativního státu – České a Slovenské Federativní Republiky. Tedy tuto ústavu nového státu nepřijali právoplatní zástupci lidu zvoleni občany za tím účelem do nového zastupitelského sboru. Dosavadní poslanci původní České národní rady totiž nebyli nadáni pravomocí k takovému ústavodárnému aktu, nebyli ústavodárným shromážděním, neměli tzv. *pouvoir constituant*. Tedy se nutně nabízí otázka právní kvalifikace takto samovolně vydané ústavy, to jest tzv. oktrojírky (*octroyement*). Mimochodem v této souvislosti za zmínku stojí i otázka legálnosti a legitimity ústavních aktů tehdejšího Federálního shromáždění, kterými došlo k zániku československého státu, dělení jeho majetku a k sebelikvidaci toho zákonodárného orgánu.⁴ Ústavněprávní postavení našeho současného presidenta republiky je z větší míry obdobné ústavněprávnímu postavení našeho prvorepublikového presidenta republiky. A podobné je i ústavněprávní postavení slovenského

⁴ Viz PINZ, J.: Ústava české republiky – některé aktuální úvahy *de constitutione validum*. In JIRÁSEK, J. (ed.): 25 let ústavy České republiky. Aktuální otázky ústavního práva. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2017. Olomouc (2017), s. 111.

presidenta republiky. Stejně jako za dob první republiky stojí tento právní status hlavy státu v popředí odborného i veřejného zájmu. V republikánsko-demokratickém československém státu byl prezident republiky jeho volenou hlavou a v souladu s principem trojdílnosti státních moci začleněn do moci vládní a výkonné jako její součást a zároveň i její nejvyšší orgán. Většina jeho taxativně stanovených pravomocí a odpovědnosti náležela do oboru moci vládní, některé výjimečně i do oboru moci zákonodárné a soudní. Shodně jako v platné ústavě byly tyto ústavní akty presidenta republiky zpravidla vyjádřené slovesnými tvary v třetí osobě jednotného čísla přítomného času (jmenuje, propouští, přijímá, pověřuje apod.). Výkon těchto aktů náležejících do pravomoci hlavy státu byl podle povahy věci buďto jeho oprávněním nebo povinností. Podle tehdejšího dobrého zdání předních konstitucionalistů, ale i podle důvodové zprávy k ústavní listině a příslušných judikátů měl prezident republiky (vůči konkrétním subjektům) ve většině případů právo (nikoliv povinnost) činit tyto úkony, například právo jmenovat ministry a stanovit jejich počet, jmenovat vysokoškolské profesory, svolávat a rozpustit Národní shromáždění, propouštět předsedu vlády a její členy. V ojedinělých případech měl naopak povinnost činit jisté ústavní úkony jako například svolat v určitých případech obě sněmovny Národního shromáždění, propustit vládu, vyslovili ji poslanecké sněmovna nedůvěru. Přitom všechny jeho právně relevantní vládní úkony ke své platnosti podléhaly kontrasignaci příslušného ministra „... leč právě on sám ministry jmenuje a propouští a má tudíž moc dosadit vládu, která mu tyto podle jeho názoru nutné úkony umožní“ (stanovisko profesora ústavního práva JUDr. Z. Pešky). Z celého souboru ústavních pravomocí českého presidenta republiky jsou středem pozornosti a leckdy i novinářského zkeslování zejména úkony vztahující se na jmenování předsedy vlády a jím navržených osob za členy vlády a na pověřování ministrem navržených osob funkcí velvyslance.

Může nebo musí prezident republiky jmenovat osoby navržené předsedou vlády za členy vlády a pověřit je řízením ministerstev nebo jiných úřadů? Podle čl. 62 písm. a) Ústavy (ústavní zákon č. 1/1933 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších ústavních zákonů) „Prezident jmenuje a odvolává předsedu vlády a další členy vlády“ a podle čl. 68 odst. 2 Ústavy „Předsedu vlády jmenuje prezident republiky a na jeho návrh jmenuje ostatní členy vlády a pověřuje je řízením ministerstev nebo jiných úřadů“. Filologický význam slova „jmenovati“ jako právního termínu je „ustanovit někoho do určité funkce“, nebo „povýšit do vyšší funkce“⁵. Při posuzování

⁵ Srv. Slovník spisovného jazyka českého. Díl I. Věd. red. J. BĚLIČ. Heslo „jmenovati“. Praha (1960), s. 802.

otázky, kdo je v daném právním poměru, t.j. mezi prezidentem republiky a předsedou vlády nositelem pravomoci ustanovit někoho z navržených osob do funkce ministra, je třeba především respektovat doslovné znění ústavního textu, nikoliv jak je dnes časté vycházet z politologických úvah, respektive z ideologicky motivovaných interpretací, podle kterých je návrh na jmenování vlastně aktem nadřízeného vůči podřízenému jmenujícímu. Bereme-li v úvahu text Ústavy pak je odpověď evidentní. President republiky jako subjekt této jmenovací pravomoci, t.j. způsobilosti vydávat individuální právní akty, jimiž se jmenují členové vlády, je při jejím výkonu vázán návrhy předsedy vlády toliko v tom smyslu, že nemůže rozhodnout o jmenování ministrem nikoho jiného než z osob mu navržených. A *vice versa* president republiky může jmenovat ministrem jen toho, kdo je v seznamu jemu navržených osob. Tuto ústavněprávní praxi si osvojila již prvorepubliková právní věda, když shodně vycházela ze zásady, že slovům zákona se má přikládat jejich skutečný význam, nikoliv je pokládat za pouhou floskuli, které lze přičítat libovolný význam podle momentálního politického zadání. Termín „jmenuje“ vyjadřuje v právním kontextu pojem rozhodování o jmenování, tedy jednak slovně označuje tuto pravomoc presidenta republiky a jednak charakterizuje její konstitutivní význam. Tím se vylučují z pojmu jmenování všechny akty deklaratorní a verifikační, tzn. pouhá úřední potvrzení návrhu na jmenování ve smyslu jeho formálního vzetí na vědomí nebo pouhá ověření návrhu na jmenování ve smyslu jeho formální správnosti. Z této právní kvalifikace aktu jmenování je zřejmé, že návrhovací právo předsedy vlády nemůže jít dále než jmenovací právo presidenta republiky. Naopak teprve vlastním jmenovacím aktem presidenta republiky vzniká navržené osobě právní postavení ministra. Není proto ústavně možné, ani obecně logicky odůvodnitelné, aby předseda vlády vyvozoval ze svého návrhovacího práva zároveň právo rozhodovací. Zatímco logické argumenty lze v politice celkem úspěšně opomíjet, nelze už opomíjet argumenty ústavněprávní, ledaže by byl takový ústavní činitel z platnosti ústavy eximován. I z doslovného textu platné ústavy je jasné, že jmenovací a jiné akty presidenta republiky nejsou pouhým schválením, nýbrž právním rozhodnutím (viz čl. 63 odst. 3 Ústavy), t.j. oprávněním rozhodnout se buď pro přijetí návrhu a navrženou osobu jmenovat, nebo pro opuštění návrhu a navrženou osobu nejmenovat. Protože rozhodovat znamená volit mezi nejméně dvěma možnostmi, nikoliv posvěcovat jiné rozhodnutí jiného.

Je-li tedy nepochybné, kdo je subjektem jmenovacího práva, klade se nutně též otázka, existují-li nějaké překážky, které by prezidentovi republiky nedovolily volně se rozhodnout a tedy opustit návrh a navrženou osobu nejmenovat. V souvislosti s touto pravomocí presidenta republiky se před jistou dobou rozpoutala ze strany některých novinářských aktivistů diskuse,

jejímž předmětem byla hlásaná legenda nepřesahující politologickou úroveň, že prezident republiky může navrženou osobu odmítnout jmenovat, jen když k tomu má ústavní důvody, protože prý jmenovací rozhodnutí hlavy státu má vždy právní povahu individuálního správního aktu, respektive správního rozhodnutí. Z tohoto závěru se pak dovozovalo, že každý takový správní akt, kterým se návrhu nevyhovuje, musí být jako takový příslušně právně odůvodněn.

Problematika právní kvalifikace postavení hlavy státu jako subjektu jmenovací a propouštěcí pravomoci byla již v počátečních letech první republiky předmětem ústavněprávního zkoumání. Od první novely prozatímní ústavy samostatného státu československého z roku 1918, přes tzv. definitivní československou ústavu z roku 1920, slovenskou ústavu z roku 1939, československou ústavu z roku 1948, československou ústavu z roku 1960/1968 a slovenskou ústavu z roku 1992, až po současnou českou ústavu z roku 1993, se pro označení jmenovací a odvolávací pravomoci hlavy státu volí stejná nebo obdobná formulace. Tato ústavní dikce zpravidla zněla a zní: „Předsedu a členy vlády (ministry) jmenuje a propouští prezident republiky“. V minulosti šlo v jedné části případů o jmenovací akty presidenta republiky vládou kontrasignované (1919–1920–1948–1960) a v druhé části případů o autonomní akty presidenta republiky, to znamená, že k jejich platnosti se nevyžadovala vládní kontrasignace (1960–1968–1993). V současnosti (1993–) jde o řadu jmenovacích a odvolacích aktů presidenta republiky nepodléhajících kontrasignaci, například předmětné jmenování předsedy a členů vlády, ale i jiných státních funkcionářů a na druhé straně jde o některé jeho akty, například pověřování a odvolávání vedoucích zastupitelských misí nebo jmenování generálů, podléhající kontrasignaci. Výjimečně jde v nynější době (stejně jako v době minulé) i o presidentské ústavní akty sice nekontrasignované, ale vydávané obligatorně k návrhu předsedy vlády nebo na základě jiné ústavní skutečnosti, například odvolání člena vlády nebo přijetí demise vlády. Samotná problematika existence spolupodpisu člena vlády na vládním aktu hlavy státu byla daleko prozaičtější, než se domnívá řada současných žurnalistů a politologů, ba některých politologicky zaměřených právníků, totiž že byla *a priori* zamýšlena jako právní omezení pravomoci presidenta republiky. Československá prozatímní ústava v původní verzi kontrasignaci jako podmínku platnosti presidentových aktů vůbec nepožadovala a jediný důvod jejího zavedení bylo ozřejnění ministrovy, respektive vládní všeobecné odpovědnosti, která tu vůči neodpovědné hlavě státu však již tak jako tak je. Konec konců, jak soudí sbor konstitucionalistů v přední prvorepublikové monografii „Československý prezident republiky“ z roku 1934, účelem kontrasignace není, aby presidentovy úkony

znemožňovala, nýbrž jen, aby konstruovala odpovědnost za tyto akty. Nemohl by přece zůstat ministrem, ten kdo by pozbyl důvěry presidentovy, tím spíše že by mohlo být podnětem k jeho propuštění právě odmítnutí kontrasignace.⁶

Při projednávání návrhu ústavní listiny Československé republiky v rozpravě v ústavním výboru Revolučního Národního shromáždění konané počátkem roku 1920 bylo konstatováno, že president republiky není ve výkonu svého jmenovacího práva omezen. Předseda tohoto výboru JUDr. A. Meissner, advokát a poslanec (klub Československé strany sociálně demokratické) shledal, že „... vláda, která je arci od presidenta odvislá, poněvadž jest jím jmenována i propouštěna“⁷. Shodné názory zastávala ve svých pojednáních a stanoviscích i prvorepubliková konstituční nauka. O vztazích presidenta republiky a vlády soudila, že „... v demokraciích parlamentárních jest vláda zpravidla ve své moci držena dvojím poutem: poutem odpovědnosti vůči parlamentu a poutem k činiteli, který vládu jmenuje a propouští [...] že tak může činiti, kdykoliv pozbude k vládě či jednotlivým členům vlády důvěry“.⁸ V kontextu s praxí presidenta T. G. Masaryka se všeobecně pokládalo za ústavně konformní, „... že si pan president nedal vzíti své ústavní právo a účastnil se na výběru osob do funkce ministrů a jmenoval jen ty, které považoval za vhodné“⁹. Ostatně v důvodové zprávě k vládní osnově novely zákona č. 37/1918 Sb. zák. a nař., o prozatímní ústavě (tzv. květnová novela – zákon č. 271/1919 Sb. zák. a nař., kterým se mění zákon o prozatímní ústavě) se uvádí, že „Vláda má za to, že [...] nutno hájiti názor, že jest nezbytně nutno právo jmenovati ministry vyhraditi presidentovi republiky. Je to jediný prostředek, jak zabezpečiti rovnováhu moci, což jest podstatnou podmínkou každé svobodné vlády“. V komentáři k československé ústavě se v téže věci a ve stejném duchu praví, že „... vláda jest přímo závislá na presidentu republiky a nepřímo na Národním shromáždění. Jest to běžný typ parlamentární vlády [...] může tedy president republiky jmenovati libovolný počet členů (vlády) [...] nemůže však zřizovati a rušiti nové správní úřady (ministerstva)“.¹⁰ Konečně se v uvedeném komentáři ještě konstatuje, že „President republiky podle právních norem může zcela neomezeně rozhodnouti, koho za ministra povolá nebo propustí“.¹¹ Tudíž má-li například hlava státu právo propouštět

⁶ SOBOTA, E.: Československý president republiky. Praha (1934), s. 103, 104 a 122.

⁷ Diskuse v ústavním výboru Revolučního Národního shromáždění republiky Československé v lednu a únoru 1920. In Prozatímní československá ústava. Red. E. BROKLOVÁ. Praha (1992), s. 42.

⁸ SOBOTA, E.: Československý president republiky. Praha (1934), s. 102.

⁹ Ibid., s. 111.

¹⁰ PEŠKA, Z.: Československá ústava a zákony s ní souvislé. I. díl. Praha (1935), s. 118.

¹¹ Ibid., s. 252.

ministry, znamená to – ačli není jiného ustanovení v ústavě, které by mluvilo proti tomu – že tak může učinit, kdykoli pozbude k vládě či jednotlivým jejím členům důvěry. Shodná či velmi obdobná ustanovení o postavení hlavy státu v navazujících ústavách československé historie nutně přinášela shodné či velmi podobné právní názory.

Pokud jde o právní povahu rozhodnutí presidenta republiky, kterým se jmenují, pověřují a propouštějí státní funkcionáři, nejde o otázku, která by nebyla řešena a vyřešena už v době minulé. Již od počátku československé státnosti se v odborné veřejnosti kladla otázka, zdali mohou být úkony moci vládní a výkonné presidenta republiky přezkoumávány nejvyšším správním soudem jako akty správní? V této souvislosti se zároveň zvažovalo, jestli je úřad presidenta republiky správním úřadem a jestli tedy jeho akty mají takovou právní povahu, že by jimi mohlo být porušeno subjektivní právo jednotlivců. Tehdejší československá právní věda vycházela z platného ústavního stavu, že není-li prezident republiky odpovědný z výkonu svého úřadu, je už pojmově vyloučeno, aby mohl být právně odpovědný ze svého rozhodnutí učiněného v jeho rámci s výjimkou velezrady. Nejvyšší správní soud by proto měl takovou stížnost proti negativnímu rozhodnutí hlavy státu odmítnout pro nepřislušnost. Soudní praxe tomuto právnímu názoru odpovídala, když nejvyšší správní soud v roce 1933 odmítl stížnost na rozhodnutí presidenta republiky jako nepřípustnou. Ovšem ani podle pozitivních právních předpisů (soudní řád správní) nerozhodují správní soudy o rozhodnutích hlavy státu vydaných na základě jeho ústavní pravomoci a v rozsahu jeho ústavní působnosti, nýbrž rozhodují jen o žalobách proti rozhodnutím vydaným v oblasti veřejné správy orgánem moci výkonné. Ústavní akt hlavy státu není rozhodnutím o právech a povinnostech účastníků správního řízení, není individuálním správním aktem, jehož součástí je odůvodnění.¹² I kdyby se stálo, že by nějaký soudní orgán, například nejvyšší správní soud si neoprávněně osvojil příslušnost k takovému rozhodování, bylo by jeho rozhodnutí vůči presidentovi neúčinné a nevykonatelné. Příslušným k vydání rozhodnutí vůči hlavě státu, které by bylo účinné a vykonatelné, by byl pouze Ústavní soud v řízení o velezradě nebo hrubém porušení Ústavy. Jiné sankční pravomoci hlava státu nepodléhá. V tomto kontextu lze navíc přesvědčivě soudit, že presidenta republiky nelze právně donutit, aby se rozhodoval proti své vůli.

Summa summarum odpověď na otázku, zda může nebo musí prezident republiky jmenovat osoby navržené předsedou vlády za členy vlády a pověřit

¹² SrV. PAVLIČEK, V. et al.: Ústavní právo a státověda. II. díl. Ústavní právo České republiky. Praha (2011), s. 827 a 828.

je řízením ministerstev nebo jiných úřadů?, by z hlediska ústavněprávního měla znít: může, ale nemusí. Tento právní závěr byl ověřen od dob první republiky dlouhou ústavní praxí. President T. G. Masaryk i president Dr. E. Beneš nejednou jmenovali členy vlády a jiné vysoké státní funkcionáře proti vůli vlády nebo je naopak odmítli jmenovat proti jejímu návrhu. Obdobná zkušenost je i z funkčního období posledních dvou předchozích českých presidentů republiky, ale i z funkčního období dosavadních slovenských presidentů republiky. Shodně mluví i stanovisko Ústavního soudu Slovenské republiky a komentář Ústavy Slovenské republiky, totiž, že při rozhodování hlavy státu o návrzích na jmenování nebo odvolání ministrů má president republiky povinnost pouze se návrhem zabývat, nikoliv mu vyhovět.

Může nebo musí president republiky pověřit osoby navržené ministrem zahraničí funkcí vedoucího zastupitelské mise (velvyslance)? Podle čl. 63 odst. 1 písm. e) Ústavy „Prezident republiky dále pověřuje a odvolává vedoucí zastupitelských misí“. Podle odst. 3 téhož článku „Rozhodnutí prezidenta republiky vydané podle odstavců 1 a 2 vyžaduje ke své platnosti spolupodpis předsedy vlády nebo jím pověřeného člena vlády“. A podle odst. 4 stejného článku „Za rozhodnutí prezidenta republiky, které vyžaduje spolupodpis předsedy vlády nebo jím pověřeného člena vlády, odpovídá vláda“. Pravomoc prezidenta republiky pověřovat a odvolávat vedoucí zastupitelských misí (velvyslanci a nunciové pověření u hlav států; vyslanci, ministři a internunciové pověření u hlav států; *chargés d'affaires* pověření u ministerstva zahraničních věcí) je obdobná jako u jmenování a odvolávání členů vlády, s tím rozdílem, že k platnosti rozhodnutí o pověření je třeba spolupodpisu představitele vlády. Úkolem těchto původně posílů, legátů a vyslanců odedávna bylo a je representovat hlavu svého státu a jeho prostřednictvím stát sám u hlavy státu cizího. Vyslanec je tradičně *alter ego* svého panovníka, prezidenta. Tento osobní vztah hlavy státu k vedoucímu každé zastupitelské mise ozřejmuje pravomoc prezidenta republiky ve věci jejich pověřování a odvolávání. Přes zjevnou jasnost ústavního textu se kladly otázky, zdali je president republiky při svém rozhodování v této věci vázán návrhy podanými ze strany vlády, zejména ze strany ministra zahraničí.

Ústavní úprava instalace vyslanců jako pravomoci prezidenta republiky je od počátku samostatné československé státnosti až do dnešních dob v podstatě stejná. Tato pravomoc zůstala v moderních zemích nadále hlavě státu již od slavné francouzské ústavy z roku 1791 zaručující práva člověka a občana. Tak i v konstituci československé. Podle prozatímní ústavy z roku 1918 „President republiky: zastupuje stát na venek“. V rámci zastupování na venek se v ústavní praxi mělo za to, že jde i o pověřování vyslanců. Podle její novely z roku 1919 „President republiky: přijímá a pověřuje vyslance“.

Stejný nebo téměř stejný text měla definitivní ústava z roku 1920, slovenská ústava z roku 1939 (prijímať a poverovať diplomatických zástupcov), ústava z roku 1948 a s jedinou modifikací v titulu hlavy státu i ústava z roku 1960. Obdobný text má slovenská ústava z roku 1992 („Prezident prijíma, poveruje a odvoláva vedúcich diplomatických misií“), která jako česká ústava z roku 1993 nahrazuje slovo „vyslanec“ významově širším souslovím „vedoucí diplomatické (zastupitelské) mise“. Jak je patrné, není prezident republiky ústavně omezen ve volnosti rozhodování o pověření nebo odvolání vedoucího zastupitelské mise. Jinou otázkou je potom nabytí platnosti jeho rozhodnutí spolupodpisem. Předmětem spekulací se ale stalo slovo „pověřuje“ jako *terminus technicus*, t.j. odborný název, který prý má zásadně odlišný význam než slovo „jmenuje“. Tedy že termín „pověřuje“ je odborným označením úplně jiného pojmu než ho označuje výraz „jmenuje“. Z této údajné zásadní odlišnosti významu slova „pověřuje“ se pak konstruoval závěr, že akt pověření je vlastně výraz pro pouhé vzetí předchozího závazného návrhu ministra zahraničí na vědomí.¹³ Název „pověření“ (například pověřit někoho za vyslance krále) je historicky spjat s významem někoho zmocnit ke konkrétnímu jednání nebo k výkonu určité funkce. Výraz „pověření“ vyjadřuje pojem pravomoci uložit nebo dovolit někomu určitou činnost. Ve specifickém významu je tento termín spojen s akreditací diplomatických zástupců u cizího státu, tedy přímo s ústavní funkcí prezidenta republiky zastupovat stát navenek a zároveň s institucí mezinárodního práva jemu svědčící. Některé přípravné práce a kroky před rozhodnutím hlavy státu o pověření určité osoby vedoucím zastupitelské mise organizačně zajišťuje ministerstvo zahraničí, jako je například zjišťování, zda uvažovaná osoba je pro přijímající stát *persona grata*, tzn. důvěrný dotaz vysílajícího státu (*demande d'agrément*) a schválení kandidáta přijímajícím státem (*agrément*), teprve po kterém prezident republiky vydává pověření v oboru vnitrostátním (aktivní právo vyslanecké) a poté v oboru mezinárodním pověřovací listinu (*lettres de créance*). Tomu ale předchází ze strany ministra zahraničí předložení spektra vhodných osob, které po souhlasném projednání ve vládě podává hlavě státu k úvaze jako přehled kandidátů navržených k pověření. Je nasnadě, že navrhování není rozhodnutím ve věci, nýbrž jen určitým podnětem pro rozhodování prezidenta republiky, které mu Ústava vyhrazuje *verbis expressis*. Pokud by měl mít tento nejvyšší ústavní činitel nějaké omezení ve svém ústavněprávním postavení, muselo by být stanoveno v Ústavě nebo v jiném ústavním zákonu. Proto prezident republiky může při zvažování okruhu osob vhodných pro pověření

¹³ Singulární názor tehdejšího ministra zahraničí K. Schwarzenbergera.

výkonem funkce vedoucího zastupitelské mise vzít do úvahy i jiné kandidáty než z kategorie úředníků diplomatické služby a přihlédnout i k jiným podnětům mimo návrhy ministra zahraničí včetně podnětu vlastního. To znamená „... pověřiti úřadem vyslance republiky osobu, jíž v konkrétním případě uzná za nejzpůsobilejší pro tuto funkci“,¹⁴ a to s obligatorní podmínkou následné kontrasignace vládou. Shodný právní režim v této věci platil v období první republiky i v době poválečné.¹⁵ V případě, že příslušný člen vlády odepře kontrasignovat pověřovací akt presidenta republiky, potom se tento nejvyšší ústavní činitel zpravidla přikloní k jinému návrhu a návrh předchozí opustí. Pokud jde o právní povahu rozhodnutí presidenta republiky, kterým se pověřuje a odvolává vedoucí zastupitelských misí, je situace obdobná jako u rozhodnutí, kterým se jmenuje a odvolává předseda a další členové vlády. To znamená, že její řešení má už svou minulost. Již prvorepubliková věda ústavního práva konstatovala, a to i základě ústavní praxe, že různost názorů mezi hlavou státu a vládou v řadě ústavních otázek je přirozená, a tudíž přejetá politická odpovědnost vlády za akty presidenta republiky neznamená povinnost shody. Takový předpoklad stálé shody je pouhou a po výtce politickou fikcí. A tak stejně jako v případě jmenovacích a odvolacích aktů presidenta republiky i v případě jeho pověřovacích aktů nejde o správní akty, proti nimž by byly přípustny opravné právní prostředky. Nepříslušné jsou k rozhodování o těchto ústavních aktech hlavy státu i jiné soudy (soudy obecné, Ústavní soud). To potvrdila i ústavní praxe posledního československého presidenta republiky i dosavadních českých i slovenských presidentů republik.¹⁶

Pokud jde o srovnání dvou slovně odlišných názvů „jmenuje a odvolává předsedu vlády a další členy vlády“ a „přijímá a pověřuje vedoucí zastupitelských misí“ z hlediska pojmového, je třeba přistoupit ke komparaci lexikální. Porovnáme-li význam obou výrazů, t.j. „jmenování“ a „pověření“ můžeme konstatovat: Jmenování je rozhodnutí, jímž se určitá osoba povolává nebo ustanovuje do nějaké funkce nebo zařazuje do příslušnosti k nějakému stavu (jmenování do funkce předsedy vlády, jmenování členem vlády). Pověření je rozhodnutí, jímž se určité osobě ukládá nějaký konkrétní úkol (například řízení ministerstva, vedení úřadu, vedení diplomatické mise) nebo se zmocňuje k nějaké činnosti (například k určitému jednání). V obou případech jde o pravomoc konstitutivně rozhodovat ve věcech moci

¹⁴ SOBOTA, E.: Československý prezident republiky. Praha (1934), s. 393.

¹⁵ Sr. Ústava 9. května v deseti letech socialistické výstavby ČSR. Red. B. RATTINGER. Praha (1958), s. 324n.

¹⁶ Viz PAVLÍČEK, V. et al.: Ústavní právo a státověda. II. díl. Ústavní právo České republiky. Praha (2011), s. 814 a KOUDELKA, Z.: Prezident republiky. Praha (2011), s. 90 a 91.

výkonné (včetně aktů reprezentativních), kde rozdíl v označení rozhodování má charakter pouhé nuance. V odborné literatuře se termín „jmenuje“ a „pověřuje“ vyskytuje *promiscue*, aniž by se dodatečně pokládalo za nutné konstatovat nějaký zásadní rozdíl mezi oběma termíny.¹⁷ Proto lze nahlížet shodně na oba výrazy v tom smyslu, že jsou odborným názvem, jehož významem je samostatná rozhodovací pravomoc hlavy státu ve věcech stanovených Ústavou.

Summa summarum odpověď na otázku zda může nebo musí prezident republiky pověřit osoby navržené ministrem zahraničí funkcí vedoucího zastupitelské mise (velvyslance)?, by z hlediska ústavněprávního měla znít: může, ale nemusí.

Může být předmětem tzv. kompetenčního sporu neshoda mezi prezidentem republiky a předsedou vlády o tom, která z jím navržených osob bude jmenována členem vlády? Podle čl. 87 odst. 1 písm. k) Ústavy Ústavní soud rozhoduje spory o rozsah kompetencí státních orgánů a orgánů územní samosprávy, nepřísluší-li podle zákona jinému orgánu. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu návrh na zahájení řízení v kompetenčním sporu je oprávněn podat státní orgán v kompetenčním sporu mezi [...] státními orgány navzájem. Podle § 121 cit. zákona účastníky řízení ve věcech kompetenčních sporů jsou též státní orgány [...], které jsou uvedeny v návrhu na zahájení řízení, nebo které tvrdí, že jsou příslušné vydat rozhodnutí ve věci uvedené v návrhu, nebo které takovou kompetenci popírají. Podle § 124 odst. 1 cit. zákona Ústavní soud nálezem rozhodne, který orgán je příslušný vydat rozhodnutí ve věci uvedené v návrhu na zahájení řízení. Podle § 125 odst. 1 cit. zákona jestliže orgán, který je účastníkem řízení v kompetenčním sporu, vydal rozhodnutí ve věci uvedené v návrhu na zahájení řízení a podle Ústavního soudu je k vydání takového rozhodnutí příslušný jiný orgán, Ústavní soud svým nálezem takové rozhodnutí zruší. Posuzování otázky, zdali skutečně může být předmětem tzv. kompetenčního sporu neshoda ohledně toho, kdo rozhoduje o jmenování ministrů, je vlastně posouzením otázky, kterému státnímu orgánu přiznává Ústava pravomoc rozhodovat o jmenování předsedy vlády a na jeho návrh o dalších členech vlády. Zřejmou podstatou tohoto sporu by tedy měla být ústavní nejasnost v osobě, která členy vlády navrhuje a která je jmenuje. Úvaha vedená tímto směrem může být motivovaná pouze politicky, nikoliv odborně, neboť *de constitutione lata* je subjekt jmenovací pravomoci zcela zřejmý. Nevyslovenou podstatou takového případného pseudosporu je však

¹⁷ Viz SOBOTA, E.: Československý prezident republiky. Praha (1934), s. 377.

dualismus moci výkonné, totiž presidenta republiky jako významné součásti moci výkonné a zároveň hlavy státu jako nejvyššího ústavního činitele na straně jedné a vlády v čele s jejím předsedou jako nejvyššího orgánu moci výkonné na straně druhé. Vládní systém parlamentární, na rozdíl od jiných tzv. demokratických státních režimů (vládní systém shromáždění a vládní systém presidentský), je založen na přiměřené rovnováze všech mocí ve státě. Účelem této rovnovážné konstrukce státní moci uvnitř republikánské formy státu byla snaha zamezit snadné usurpaci jedné moci na úkor druhé. V době první republiky konstituční nauka odůvodňovala zmíněný dualismus moci vládní a výkonné (president republiky – vláda) poukazem na skutečnost, že kdyby celá exekutivní moc byla svěřena pouze určitému počtu osob vzatých ze sboru zákonodárného (vláda), byla by ohrožena svoboda ve státě, neboť by obě moci splynuly úplně v jednu. Z toho pak vycházela vládní osnova návrhu zákona, kterým se uvozuje ústavní listina Československé republiky zdůrazňující, že jediným prostředkem jak zajistit rovnováhu v rámci moci vládní a výkonné je vyhrazení jmenovacího a propouštěcího práva presidentu republiky, který jak uvádí přední československý konstitucionalista profesor Z. Peška „... může zcela neomezeně rozhodnouti, koho za ministra povolá nebo propustí“.¹⁸ Tato právní situace podle československé ústavy z roku 1920 je v podstatě více méně srovnatelná s právní situací podle Ústavy, tzn. podle české ústavy z roku 1993. President republiky jmenovací a propouštěcí pravomoci vykonává v rámci své ústavní působnosti.¹⁹ Aby mohl vzniknout spor o rozsah působnosti presidenta republiky a předsedy vlády musely by se oba tyto orgány považovat za ústavně povolané k vydání jmenovacího rozhodnutí (positivní kompetenční spor) a nesmělo by být z doslovného znění příslušných ústavních ustanovení zcela zjevné kdo je nositelem předmětné pravomoci. Samotné znění citovaných ustanovení Ústavy však vylučuje pochybnosti o tom, kdo je povolán k jmenování členů vlády, respektive do působnosti kterého státního orgánu přísluší jmenování členů vlády.

Summa summarum odpověď na otázku, zda může být předmětem tzv. kompetenčního sporu neshoda mezi presidentem republiky a předsedou vlády o tom, která z jím navržených osob bude jmenována členem vlády?, by z hlediska ústavněprávního měla znít: nemůže.

¹⁸ PEŠKA, Z.: Československá ústava a zákony s ní souviselé. I. díl. Praha (1935), s. 252.

¹⁹ SRV. PAVLÍČEK, V. et al.: Ústavní právo a státověda. II. díl. Ústavní právo České republiky. Praha (2011), s. 841.

Épiloque

V období druhé světové války se začalo nově uvažovat o významu role republikánské hlavy státu. V domácím odboji proti Třetí říši a brzo na to i ve spojení s československým zahraničním protinacistickým hnutím odporu se začalo uvažovat o revisi dosavadní československé ústavní listiny z roku 1920. Zejména Prozatímní státní zřízení Československé republiky ve Velké Británii (1939–1945) v součinnosti s některými významnými představiteli domácího odboje pracovalo na zásadní koncepci nové poválečné ústavy osvobozené Československé republiky.²⁰ Kromě odstranění dysfunkčního bikameralismu, t.j. senátu a řady dalších úprav patřilo k důležitým ústavním změnám posílení postavení presidenta republiky, včetně jeho volby přímo lidem a zřízení Státní rady jako poradního orgánu hlavy státu.²¹ Podobné úvahy o zdůraznění role presidenta republiky jako protiváhy faktické nadvlády politických stran ve společnosti i ve státě se objevovaly v prvních poválečných letech častěji i v odborných kruzích. Jimi se také inspiroval návrh nové československé ústavy předložený v roce 1947 Československou stranou národně socialistickou.

Jedinečnost postavení a funkce hlavy státu v republikánsko-demokratické formě státu je předmětem uvažování i dnes. Jako prezident republiky je prvním úředníkem státu, součástí moci výkonné (*primus inter pares*), ale jako hlava státu je nejvyšším orgánem státu, stojícím ve státě na prvním místě (*primo loco, prima fronte*), který má z tohoto titulu svá prerogativa (svolávání zasedání a rozpouštění parlamentu, jmenování vlády a velvyslanců/vyslanců a vysokých státních funkcionářů, vrchní velitelství branné moci, vypovídání války, udílení milosti, udělování řádů aj.).²² Hlava státu je představitelem státní suverenity, státní integrity, státní kontinuity a státní stability, jakož i nositelem, respektive ztělesněním státnosti vůbec a zvláště navenek. Je také symbolem jednoty státu a jednoty státního národa. Postavení presidenta republiky je ještě dotvářeno právně nezávaznými tradicemi a obyčejí ceremoniálního charakteru. V případech ústavních konfliktů vyvolaných politickým vlnobitím

²⁰ Viz PINZ, J.: Kritika vývoje československé a české ústavnosti, zejména prismatem tzv. Londýnské koncepce reformy ústavního řádu Československé republiky. In GERLOCH, A./ŽAK KRYŽÁNKOVÁ, K. (eds.): Sborník z mezinárodní vědecké konference Ústavní kontinuita České republiky s československou tradicí, konané v květnu 2018 v Praze. Plzeň (2018), s. 407n..

²¹ Viz KUBEŠ, V.: Význam a potřeba práva. Brno (1946), s. 17n.

²² K problematice generální a individuální milosti ve vztahu k amnestii a v historickém kontextu blíže prof. Pavlíček ve své znamenité souborné monografii PAVLÍČEK, V.: O České státnosti. Úvahy a polemiky. Díl 2. O právech, svobodách a demokracii. Praha (2002), s. 174n.

působí hlava státu jako rádce a arbitr jejich řešení vystupující *ad hoc* v posici neutrální protiváhy moci zákonodárné a vládní s cílem stabilizace fungování státního mechanismu.²³ Při tom všem má hlava státu především sledovat zájmy státu a státního lidu, jakož i národní zájmy, nikoliv stranické zájmy některé ze soupeřících politických stran.²⁴

V souvislosti s renesancí významu institutu presidenta republiky v posledních desetiletích, zejména ve střední a východní Evropě, se znovu diskutuje i o potřebnosti právní ochrany hlavy státu. Novodobý jev nazývaný *fascismus redivivus* a projevující se některými rysy fašizace politického i civilního života v Evropě i ve světě připomíná v našich podmínkách éru tzv. druhé republiky.²⁵ Již v době počátků trvání tzv. první republiky se ukázala nutnost vydání právních předpisů k ochraně hlavy státu před útoky ze strany německé iredenty, ale i ze strany jiných odpůrců republikánsko-demokratické formy samostatného československého státu. Československá věda ústavního práva brzo pochopila, že ochrana hlavy státu cestou pouhých soukromoprávních deliktů nepostačuje a navíc soudila, že by bylo samotné osobní podávání soukromoprávních žalob – totiž sestoupení na stanovisko sporné strany v procesu soukromožalobném s urážeci – pro presidenta republiky nedůstojné. Tehdejší konstitucionalistika konstatovala, že prezident republiky je sice jen jedním z orgánů republiky, ale jako hlava státu je státním orgánem jediným, jedinečným a nejvyšším a že to byla zprostředkovaná vůle lidu, která ho pověřila být vrcholným představitelem československé státnosti.

²³ Srv. k tomu PAVLÍČEK, V. et al.: Ústavní právo a státověda. I. díl. Obecná státověda. Praha (1998), s. 276.

²⁴ Žurnalisticky propagovaná role presidenta republiky jako tzv. moderátora politických půtek, který pouze nezainteresovaně řídí proces ideologických šarvátek a protivné strany tzv. politicky sjednocuje, je názor zcela scestný. Ostatně společnost od vzniku politických stran nic více nerozděluje než právě politické strany a politika sama. Úkolem hlavy státu je naopak postupovat zainteresovaně ve smyslu prosazování integrity státních a národních zájmů, svrchovanosti a celistvosti republiky proti sobeckým zájmům partajním.

²⁵ Nejde jen o známé uctívání masového vraha z konce 2. světové války Stepana Bandery a teroristických oddílů tvořených ukrajinskými nacionalisty, tzv. banderovců nakonec spojených přímo s SS divizí Galizien, současným ukrajinským režimem, ale i o další signály vzrůstajícího fašismu v Evropě. Jako připomenutí poslouží například v současné České republice oslavování a stavění pomníků a vydávání známek s portrétem tzv. státnímu presidentovi v tzv. Protektorat Böhmen und Mähren Emilu Háchovi, který veřejně prohlašoval exilového presidenta republiky Dr. Edvarda Beneše a exilovou československou vládu v Londýně za největšího nepřítele a který sliboval věrnost Vůdci Adolfu Hitlerovi, nebo veřejná chvála zrádce Francie kolaborantského maršála Philippe Pétaina, který ve spolupráci s nacisty poslal tisíce Francouzů do koncentračních táborů a byl po 2. světové válce odsouzen k trestu smrti, vyslovena nedávno současným francouzským presidentem.

Z tohoto poznatku pak dovodila potřebu zachování vážnosti postavení prezidenta republiky jako hlavy demokratického státu, jakož i nutnost šetřit prestiž a autoritu jeho úřadu. Tedy ne právní ochrana jednoho konkrétního občana, nýbrž každého lidem vyvoleného prvního občana republiky zastávajícího úřad hlavy státu. Proto vláda připravila v letech 1921–1923 legislační záměr a návrh zákonné trestněprávní ochrany prezidenta republiky zavedením oficiality deliktu. Ve vládní osnově zákona se uvádělo, že dosud není dostatečně chráněn veliký zájem, který má stát na ochraně cti svého prezidenta, která není totožná s osobní ctí prezidenta jako osoby soukromé a že prostřednictvím jeho hanobení se tak vlastně útočí na republiku. Dále se zde konstatovalo, že útoky na hlavu státu se podvrací vážnost a důvěra lidu nejen v osobu prezidenta republiky, nýbrž i v samo zřízení republikánské. Neboť napadání tohoto symbolu státnosti se považuje za napadání republiky samotné a bylo by známkou slabosti státu, kdyby nenalezl prostředků jak se chránit i v tomto směru. Prozíravost onoho zákonodárného kroku prvorepublikové vlády se znovu osvědčila ještě později v třicátých letech, kdy kulminovala aktivita fašistických, klerofašistických a nacionalistických politických stran (Sudetoněmecká strana, Hlinková slovenská ľudová strana, Národní obec fašistická, částečně i Národní sjednocení a ještě jiné německé a maďarské strany).²⁶

Dnešní doba je na jedné straně charakterizovaná údělem menších evropských států existovat ve stínu svěrací kazajky Evropské unie a na druhé straně údělem našich občanů být vystaven stálé ideologické manipulaci tzv. veřejnoprávních sdělovacích prostředků. Koneckonců současná společenská situace poznamenaná svéráznou dominancí samozvané elity tzv. pražské kavárny, žurnalisticky silně preferovanou a příznačně se vyznačující organizovanými aktivitami nátlakových skupin zaměřených ostře proti výsledkům demokratických procesů, t.j. především proti výsledkům lidového hlasování a svobodných voleb, může být projevem také dost možná i nesmiřitelnosti sahající hluboko do minulosti. Tyto antidemokratické postoje jejích aktivistů jsou často provázeny i primitivní tendencí k hanobení hlavy demokratického státu.²⁷

²⁶ Srv. k tomu PINZ, J.: Politické strany. In SCHELLE, K./TAUCHEN, J. (eds.): Encyklopedie českých právních dějin. V. svazek Pa-Právní. Plzeň (2016), s. 578n.

²⁷ Většina redaktorů tzv. veřejnoprávních sdělovacích prostředků ani netuší, že hlava státu má tradiční čestné právo na označení „prezident republiky“, kterému odpovídá povinnost všech takto ho titulovat. Ovšem kultivovanost v těchto prostředcích není dosud zabydlená, zvláště v televizi, kde dominuje neděli co neděli jeden sebestředný redaktor, který už roky téměř neumí oslovit hosty jinak než tupě familiárně, například „Bronislave Vytočile“ místo například „pane poslanče“. Ceremoniář a autor společenského katechismu na Pražském

Proto shodně s prvorepublikovou československou konstitucionalistikou dospíváme k poznání, že v kontextu reality parlamentního systému jako faktické vlády politických stran bez jakéhokoliv státnického rozhledu, je třeba nejvyššího individuálního ústavního orgánu, který by státní autoritu ztělesnil a jako takový by byl i „comme il faut“ právně chráněn.

Bibliografie

Prameny:

- Československá ústava. Komentář. Red. S. ZDOBINSKÝ a spol. Praha (1988);
Diskuse v ústavním výboru Revolučního Národního shromáždění republiky Československé v lednu a únoru 1920. In Prozatímní československá ústava. Red. E. BROKLOVÁ. Praha (1992);
HOETZEL, J.: Ústava republiky Československé. Praha (1920).

Literatura:

- JOACHIM, V.: Co má vědět každý občan. Praha (1992);
KOUDELKA, Z.: Prezident republiky. Praha (2011);
KUBEŠ, V.: Význam a potřeba práva. Brno (1946);
PAVLÍČEK, V. et al.: Ústavní právo a státověda. I. díl. Obecná státověda. Praha (1998);
PAVLÍČEK, V.: O České státnosti. Úvahy a polemiky. Díl 2. O právech, svobodách a demokracii. Praha (2002);
PAVLÍČEK, V. et al.: Ústavní právo a státověda. II. díl. Ústavní právo České republiky. Praha (2011);
PEŠKA, Z.: Československá ústava a zákony s ní souvislé. I. díl. Praha (1935);
PINZ, J.: Politické strany. In SCHELLE, K./TAUCHEN, J. (eds.): Encyklopedie českých právních dějin. V. svazek Pa-Právní. Plzeň (2016);
PINZ, J.: Ústava české republiky – některé aktuální úvahy *de constitutione validum*. In JIRÁSEK, J. (ed.): 25 let ústavy České republiky. Aktuální otázky ústavního práva. Sborník příspěvků sekce ústavního práva, přednesených na mezinárodní vědecké konferenci Olomoucké právnícké dny 2017. Olomouc (2017);
PINZ, J.: Kritika vývoje československé a české ústavnosti, zejména prismatem tzv. Londýnské koncepce reformy ústavního řádu Československé republiky. In GERLOCH, A./ŽAK KRYŽÁNKOVÁ, K. (eds.): Sborník z mezinárodní vědecké konference Ústavní kontinuita České republiky s československou tradicí, konané v květnu 2018 v Praze. Plzeň (2018);
Slovník spisovného jazyka českého. Díl I. Věd. red. J. BĚLIČ. Heslo „jmenovati“. Praha (1960);
SOBOTA, E.: Československý prezident republiky. Praha (1934);
WEYR, F.: Československé ústavní právo. Praha (1937);
Ústava 9. května v deseti letech socialistické výstavby ČSR. Red. B. RATTINGER. Praha (1958).

hradu za dob presidenta Masaryka Dr. Guth-Jarkovský by asi takového redaktora více v redakci nezdržoval.

K procesnoprávnym aspektom pojednávania návrhových priestupkov

Soňa Košičiarová

Úvod – 1 Právna povaha konania o návrhovom priestupku a zásady v ňom uplatňované – 2 Ktoré priestupky sa pojednávajú na návrh? – 3 Návrh na začatie konania o priestupku – 4 Kto má procesnoprávne postavenie navrhovateľa? – 5 Náležitosti návrhu na pojednanie priestupku – 6 Lehota na podanie návrhu na pojednanie priestupku – 7 *Quo vadis* právna úprava návrhových priestupkov?

S úctou venované pamiatke pána profesora Petra Blaha

Šarmantný v komunikácii, presvedčivý rečník, veľký odborník, ktorý úskaliami funkcií zvládol s noblesou a s nadhľadom. Taký bol náš pán profesor a taký aj zostane v našich spomienkach. Jeden z posledných velikánov z radov vysokoškolských učiteľov, pre ktorého slušnosť, pracovitosť a skromnosť neboli len slovami.

Veľa ste nám dali... Ďakujeme!

Úvod

Pojem „pojednať priestupok podľa zákona SNR č. 372/1990 Zb. o priestupkoch“ zahŕňa právomoc správneho orgánu:

- viesť konanie o priestupku,
- rozhodnúť vo veci (§ 77) alebo zastaviť konanie o priestupku (§ 76).

Konanie o priestupku ako osobitný druh správneho konania začína buď z úradnej povinnosti alebo na návrh. Začatie konania *ex offio* je – podľa § 67 ods. 1 – pravidlom. Úzko súvisí so zásadou legality, keďže porušenie povinností verejnoprávnej povahy je povinný stíhať nositeľ verejnej moci (štát, obec atď.) prostredníctvom svojich orgánov.

Zásada oficiality sa neuplatní, len ak tak ustanovuje zákon. Ide o výnimku, keď konanie o priestupku začína na návrh fyzickej alebo právnickej osoby.

V týchto prípadoch právna teória hovorí o tzv. návrhových priestupkoch. Je pre ne typické, že pri nich ustupuje verejný záujem na prejednaní priestupku individuálnemu záujmu navrhovateľa. Ide o špeciálnu formu prejavu princípu subsidiarity trestného postihu v rámci právnej úpravy zodpovednosti za priestupky. Táto má nielen procesnoprávny aspekt, ale aj hmotnoprávny aspekt.

Právna podstata inštitútu tzv. návrhového priestupku vylučuje, aby správny orgán prejednal návrhový priestupok z úradnej povinnosti či už v tzv. neskrátenom konaní alebo v blokovom konaní (§ 84 ods. 5) a v rozkaznom konaní (§ 87 ods. 6).

Správny orgán v prípade tzv. návrhového priestupku *nemá právomoc*:

- uskutočňovať objasňovanie, lebo to sa uskutočňuje výlučne v prvom štádiu konania o priestupkoch podľa tretej časti zákona SNR č. 372/1990 Zb.,
- prejednať a uložiť sankciu za takýto priestupok bez podaného návrhu navrhovateľa alebo v situácii, keď návrh na začatie konania o priestupku bol podaný oneskorene – § 66 ods. 2 písm. f),
- požiadať v priebehu konania o došetrenie priestupku (§ 69), nakoľko to je možné uskutočniť len v prípadoch, keď sa uskutočnilo objasňovanie priestupku.

Správny orgán je *povinný*:

- prejednať priestupok na základe návrhu navrhovateľa,
- odložiť vec, ak návrh na začatie konania o priestupku bol podaný oneskorene – § 66 ods. 2 písm. f),
- upovedomiť o odložení veci poškodeného (§ 66 ods. 3),
- pri priestupku urážky na cti pokúsiť sa urazeného a obvineného z priestupku zmieriť (§ 78),
- zastaviť konanie podľa § 76 ods. 1 písm. j) napríklad z dôvodu, že navrhovateľ sa nedostavil na ústne pojednávanie.

Aké osobitosti sa uplatňujú v prípade vyvodzovania zodpovednosti páchatel'a za tzv. návrhový priestupok? Aký právny charakter má konanie o takomto priestupku? Aké podmienky musí spĺňať návrh aktívne procesnej legitimovanej osoby? Treba zotrvať pri súčasnej koncepcii právnej úpravy návrhových priestupkov alebo sa vydať novou cestou? V nasledujúcom texte sa pokúsime hľadať na nastolené otázky odpovede.

1 Právna povaha konania o návrhovom priestupku a zásady v ňom uplatňované

Návrhové priestupky správne orgány prejednávajú výlučne na základe návrhu. Na to aby správny orgán vyvodil zodpovednosť, je potrebný prejav vôle aktívne procesne legitimovanej osoby.

Vôľa takejto osoby aby sa priestupok prejednal, musí byť prítomná počas celého konania až do právoplatného rozhodnutia o priestupku.

Konanie o návrhových priestupkoch je ovládané *dispozičnou zásadou*. Prejavuje sa v procesnom práve *navrhovateľa ako účastníka konania o priestupku* podľa § 72 písm. d) zákona SNR č. 372/1990 Zb.:

- podať návrh na prejednanie priestupku (§ 68 ods. 2),
- vziať svoj návrh na začatie konania späť podľa § 76 ods. 1 písm. j).

Tým nie je dotknutá zásada prejednávania.¹ Ani v konaní o návrhovom priestupku nie je správny orgán zbavený svojej zákonnej povinnosti podľa *zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov* uskutočňovať v začatom konaní procesné úkony (vykonať dokazovanie atď.).

I keď predpokladom toho, aby mohol byť páchatel' priestupku postihnutý za spáchaný priestupok, je prejav vôle účastníka konania, neznamená to, že prejednanie priestupku nepredstavuje jednostranný rozhodovací proces. I v prípade návrhového priestupku je správny orgán povinný pri rozhodovaní chrániť a presadzovať verejný záujem. Navrhovateľ má síce výlučné právo disponovať konaním, zodpovednosť správneho orgánu za zákonnosť rozhodovania a jeho povinnosť riadne zistiť skutkový stav veci bez dôvodných pochybností tým však nie je dotknutá.

Konanie o priestupku nestráca charakter *jednostranného rozhodovacieho procesu* ani v prípade, ak sa v ňom rozhoduje o právach alebo povinnostiach viacerých účastníkov konania s protichodnými záujmami (§ 72). Práve táto skutočnosť vylučuje, aby konanie malo charakter sporového konania.

2 Ktoré priestupky sa prejednávajú na návrh?

Priestupky, ktoré možno prejednať na návrh, sú:

- vypočítané taxatívnym spôsobom v zákone SNR č. 372/1990 Zb. – pozri

¹ KOŠIČIAROVÁ, S.: Správne právo procesné. Všeobecná časť. 2. zmenené a aktualizované vydanie. Šamorín (2017), s. 140.

priestupok na úseku práva na prístup k informáciám podľa § 42a, priestupok proti občianskemu spolunažívaniu podľa § 49 ods. 1 písm. a) a priestupok proti bezpečnosti a plynulosti cestnej premávky podľa § 22 ods. 1 písm. g), alebo

– ustanovené v osobitnom zákone (pozri § 13 ods. 1 *zákona č. 460/2007 Z. z. o Slovenskom Červenom kríži a ochrane znaku a názvu Červeného kríža a o zmene a doplnení niektorých zákonov*).

Vzhľadom na špecifický charakter inštitútu návrhových priestupkov zákonodarca by mal zvažovať, v akom rozsahu umožní v rámci právneho poriadku prejednávanie skutkových podstat priestupkov na základe návrhu.

Účelom inštitútu návrhových priestupkov je zabezpečiť, aby osoba, ktorej práva a právom chránené záujmy boli protiprávnym a spoločensky škodlivým konaním páchatel'a priestupku priamo dotknuté, mohla disponovať týmito konaním.

Zákon umožňuje, aby sama rozhodla, či sa návrhový priestupok prejedná. Takýto jej prejav vôle dopadá na páchatel'a priestupku, hoci aj súdna judikatúra zdôraznila, že predmetné procesné právo nie je premietnutím subjektívneho práva navrhovateľ'a na postih páchatel'a. Prejednanie priestupku a uloženie sankcie páchatel'ovi má totiž aj v týchto prípadoch *verejnoprávnu podstatu*.

Legitímnym dôvodom pre existenciu takejto úpravy je, že ide o prípady, keď páchatel' priestupku a osoba poškodená alebo postihnutá priestupkom sú *blízkymi osobami* (§ 68 ods. 3 zákona SNR č. 372/1990 Zb.). V minulosti sa ako návrhový priestupok prejednával aj priestupok proti majetku (§ 50), pokiaľ bol spáchaný medzi blízkymi osobami.

Páchatel' a postihnutá osoba nemusia patriť do kategórie blízkych osôb, môžu sa však osobne poznať (vzhľadom na susedský, kamarátsky vzťah atď.) alebo zdieľajú spoločné záujmy. V týchto prípadoch ujmu, ktorú utrpela, osoba nemusí považovať za tak závažnú, aby ju viedla k podaniu návrhu.

Zákonodarca by mal inštitút návrhových priestupkov využívať predovšetkým tam, kde priestupkom dochádza k porušeniu práv osôb *súkromnoprávnej povahy* (ochrana cti, zdravia, majetku). Preto je vhodné uplatnenie procesného inštitútu návrhového konania v rámci postihu *priestupkov proti občianskemu spolunažívaniu* (ublíženie na cti urazením alebo vydaním na posmech).

Inštitút návrhového priestupku sa môže uplatňovať aj v situácii, keď priestupkom je priamo dotknuté *verejné subjektívne právo* osoby (podľa § 42a je ním právo na informácie).

Naopak, z legislatívneho hľadiska je nevhodné využitie inštitútu návrhového priestupku, keď priestupkom nemôže byť dotknuté žiadne individuálne právo súkromnej osoby, ale *výlučne len verejný záujem* (napríklad ak objektom priestupku je poriadok vo verejnej správe). V takom prípade sa má zásadne uplatniť zásada legality s tým, že priestupky sa prejednávajú z úradnej povinnosti.

3 Návrh na začatie konania o priestupku

Podľa § 68 ods. 1 zákona SNR č. 372/1990 Zb. priestupky podľa §§ 42a a 49 ods. 1 písm. a) sa prejednávajú len na návrh postihnutej osoby alebo jej zákonného zástupcu alebo opatrovníka.

Priestupok podľa § 22 ods. 1 písm. g) sa prejednáva len na návrh poškodenej osoby, jej zákonného zástupcu alebo opatrovníka, ak je poškodená osoba vo vzťahu k páchatelovi priestupku blízkou osobou a k ublíženiu na zdraví alebo spôsobeniu škody na majetku došlo iba tejto blízkej osobe, prípadne aj páchatelovi priestupku.

Slovné spojenie „len na návrh“ vyjadruje, že orgán má právomoc prejednať priestupky uvedené v odseku 1 iba vtedy, keď navrhovateľ podá návrh, ktorým žiada príslušný orgán o prejednanie priestupku. Správny orgán nemôže v prípade návrhového priestupku z vlastnej iniciatívy prejednať takýto priestupok, ani keď sa o ňom dozvie z vlastnej činnosti, ani na základe oznámenia fyzickej alebo právnickej osoby,² ani keď dôjde k postúpeniu veci orgánom činným v trestnom konaní.

Ak by správny orgán prejednal priestupok napríklad v situácii, keď návrh nebol podaný aktívne procesne legitimovanou osobou v zákonom ustanovenej lehote, išlo by o uplatnenie jeho právomoci v rozpore s čl. 2 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky (rozhodoval by vo veci, v ktorej nemá zákonom priznanú právomoc rozhodnúť).

Ak by príslušný orgán zistil, že podané oznámenie občana o priestupku je – z hľadiska jeho obsahu a vzťahu tohto občana k priestupku – návrhom podľa § 68 ods. 1 zákona SNR č. 372/1990 Zb., bude sa považovať deň, keď oznámenie tohto občana došlo príslušnému správne orgánu alebo pri objasňovaní orgánu oprávnenému objasňovať priestupok (§ 58 ods. 3), za deň začatia konania o návrhovom priestupku (§ 18 ods. 2 prvá veta zákona č. 71/1967 Zb.).

² POTÁŠCH, P. a kol.: Zákon o priestupkoch. Veľký komentár. Žilina (2016), s. 277.

4 Kto má procesnoprávne postavenie navrhovateľa?

Návrh na začatie konania o priestupku podľa §§ 42a a 49 ods. 1 písm. a) zákona SNR č. 372/1990 Zb. môže podať:

- postihnutá osoba,
- zákonný zástupca postihnutej osoby,
- opatrovník postihnutej osoby (§ 68 ods. 1 prvá veta).

Pre tieto osoby zákon zaviedol spoločnú legislatívnu skratku. Každá z nich môže vystupovať ako účastník konania o priestupku z dôvodu, že podala návrh.

Osobou postihnutou priestupkom:

- podľa § 42a zákona SNR č. 372/1990 Zb. je osoba, ktorej verejné subjektívne právo na prístup k informáciám bolo porušené,
- podľa § 49 ods. 1 písm. a) zákona SNR č. 372/1990 Zb. je osoba, ktorú páchatel urazil alebo vydal na posmech.

Zákonný zástupca a opatrovník sú navrhovateľmi vtedy, keď postihnutá osoba ako účastník konania nemôže konať samostatne, t.j. je procesne nespôsobilou osobou (§ 16 ods. 1 zákona č. 71/1967 Zb.).

Súdom ustanovený opatrovník je zákonným zástupcom fyzickej osoby, ktorej spôsobilosť na právne úkony súd rozhodnutím obmedzil.

Podľa § 31 ods. 1 *zákona č. 36/2005 Z. z. o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov* zastupujú maloleté dieťa pri právnych úkonoch, na ktoré nie sú spôsobilé, rodičia. Ak súd osobe ustanovil opatrovníka, je správny orgán rozhodnutím súdu viazaný.

Podľa zákona č. 36/2005 Z. z. žiadny z rodičov nemôže zastupovať svoje maloleté dieťa, ak ide o právne úkony, pri ktorých by mohlo dôjsť k rozporu záujmov medzi rodičmi a maloletým dieťaťom alebo medzi maloletými deťmi zastúpenými tým istým rodičom navzájom; v takom prípade súd ustanoví maloletému dieťaťu opatrovníka, ktorý ho bude v konaní alebo pri určitom právnom úkone zastupovať (tzv. kolízny opatrovník). Takým prípadom by mohlo byť, ak by návrh podala matka maloletej poškodenej osoby v situácii, keď páchatelom priestupku podľa § 22 ods. 1 písm. g) zákona SNR č. 372/1990 Zb. by bol otec maloletej. Správny orgán postupuje podľa § 16 ods. 1 a § 29 ods. 1 zákona č. 71/1967 Zb.

Návrh na začatie konania o priestupku podľa § 22 ods. 1 písm. g) zákona SNR č. 372/1990 Zb. môže podať:

- poškodená osoba, ktorá je vo vzťahu k páchatelovi priestupku blízkou

osobou a ublíženiu na zdraví alebo spôsobeniu škody na majetku došlo iba tejto blízkej osobe, prípadne aj páchatel'ovi priestupku,

- zákonný zástupca poškodenej osoby,
- opatrovník poškodenej osoby (§ 68 ods. 1 druhá veta).

Návrh podáva zákonný zástupca alebo opatrovník poškodenej osoby v prípade, keď je poškodená osoba procesne nespôsobilá.

Hmotnoprávny vzťah poškodenej osoby k páchatel'ovi priestupku prejednávaneému na návrh musí existovať počas celého konania o tomto priestupku (až do právoplatnosti rozhodnutia o priestupku). Len vtedy má navrhovateľ (t.j. aj zákonný zástupca alebo opatrovník) právomoc disponovať začatým konaním. Keď by poškodená osoba prestala byť *blízkou osobou vo vzťahu k páchatel'ovi* v priebehu konania o priestupku podľa § 22 ods. 1 písm. g), správny orgán nesmie vec prejednať.

Pojem „blízka osoba“ definuje zákon SNR č. 372/1990 Zb. v § 68 ods. 3 prostredníctvom taxatívneho výpočtu osôb.³

Aj keď to z § 68 ods. 3 výslovne nevyplýva, ide o zákonné vymedzenie, ktoré sa použije iba na účely *konania o priestupku*. Neprihliada sa tak na pojem blízka osoba v iných predpisoch (napríklad § 116 zákona Občianskeho zákonníka a § 139 Trestného zákona).

Z povahy veci vyplýva, že blízкими osobami môžu byť len fyzické osoby. Právnická osoba nemôže mať právny status blízkej osoby aj preto, lebo nie je fakticky spôsobilá pociťovať ujmu.

Slovami „príbuzný v priamom pokolení“ treba rozumieť „príbuzný v priamom rade“. Sú nimi rodičia a deti.

Príbuznými v pobočnom rade sú súrodenci, bratrancí a sesternice. Zákon SNR č. 372/1990 Zb. považuje za blízku osobu len súrodenca.

V prípade súrodenca nie je rozhodujúce, či ide o plnorodého alebo polorodého súrodenca (ktorý má jedného spoločného rodiča).

Manžel je blízka osoba bez ohľadu na to, či je členom domácnosti, či manželia spolu žijú alebo sú v rozvode konaní a pod.

Príbuzný v priamom pokolení, osvojiteľ, osvojenec, súrodenec a manžel majú právny status blízkej osoby bez akejkoľvek ďalšej podmienky. Stačí, ak sa preukáže vzťah potomka a predka, osvojenecský vzťah, súrodenecký pomer alebo manželstvo.

³ Podľa § 68 ods. 3 zákona SNR č. 372/1990 Zb.: „Blízkou osobou sa rozumie príbuzný v priamom pokolení, osvojiteľ, osvojenec, súrodenec a manžel; iné osoby v rodinnom či obdobnom pomere sa považujú za osoby navzájom blízke, len ak by ujmu, ktorú utrpela jedna z nich, právom pociťovala druhá ako vlastnú ujmu“.

Iné osoby sa považujú za navzájom blízke osoby, len keď sú súčasne splnené nasledujúce zákonné podmienky:

- existencia rodinného či obdobného pomeru medzi nimi,
- ak by ujmu, ktorú utrpela jedna z nich, právom pociťovala druhá ako vlastnú ujmu.

Rodinným pomerom je akýkoľvek príbuzenský vzťah, ktorý nemožno zaradiť do prvej skupiny (§ 68 ods. 3 text pred bodkočiarkou).

Obdobný pomer treba skúmať so zreteľom na skutočnosť, ktorú určuje vznik vzťahu medzi týmito osobami (napríklad pestún k dieťaťu, opatrovník voči opatrovancovi, manžel k dieťaťu manžela, ktoré nie je jeho dieťaťom a pod.).

Slová „právom pociťovala ako“ treba interpretovať ako „odôvodnene pociťovala ako“.

Odôvodnenosť je daná faktickými okolnosťami rodinného alebo obdobného pomeru, ktoré sú v ňom trvalo prítomné a zjavné (napríklad hlboký citový vzťah, porozumenie medzi osobami). Garantuje príčinnú súvislosť medzi pocitmi jednej osoby v prípade, ak by vznikla ujma druhej osobe.

Ujmou treba rozumieť nepriaznivý právny následok, zmenu na úkor (konkrétnej osoby), zhoršenie; môže zahŕňať aj škodu ako majetkovú ujmu.

Záver o tom, či je splnená aj druhá kumulatívna podmienka (osoba musí právom pociťovať ujmu, ktorú utrpela druhá osoba, ako vlastnú ujmu), je vecou posúdenia konkrétneho prípadu a nedá sa zovšeobecniť.

Poškodenú osobu podľa § 68 ods. 1 zákona SNR č. 372/1990 Zb. si – z právneho hľadiska – nemožno zamieňať s poškodeným, ktorý je účastníkom v konaní o priestupku podľa § 71 písm. b), ak ide o prejednávanie náhrady majetkovej škody spôsobenej priestupkom. Nie je preto vylúčené, aby v prípade návrhového priestupku podľa 22 ods. 1 písm. g) jedna osoba vystupovala v dvojjedinej procesnoprávnej pozícii účastníka konania (aj ako poškodená osoba, aj ako poškodený).

Ak je postihnutých alebo poškodených osôb návrhovým priestupkom viac, postačí ak návrh podľa § 68 ods. 1 podá len jedna z nich (jej zákonný zástupca alebo opatrovník). Nie je prekážkou, ak by podali návrh viaceré takéto osoby. Môžu tak urobiť samostatne, nemusia podať spoločný návrh (§ 17 ods. 4 zákona č. 71/1967 Zb.).

Ak by návrh podala ďalšia z postihnutých alebo poškodených osôb v priebehu už začatého konania o tom istom návrhom priestupku, správny orgán pokračuje v začatom konaní a s takýmto navrhovateľom ako účastníkom konania po tom, ako si overil, že ide o návrh na začatie konania v tej istej veci.

Účastníkom konania ako navrhovateľ je len ten, kto návrh podal. Iba táto osoba má právo disponovať konaním.

Pokiaľ navrhovateľ vzal návrh na začatie konania späť, správny orgán je povinný zastaviť konanie o priestupku podľa § 76 ods. 1 písm. j) zákona SNR č. 372/1990 Zb. Pokiaľ je v konaní o priestupku navrhovateľov viac a niektorý z navrhovateľov vzal návrh na začatie konania späť, nie je tým dotknuté právo ostatných navrhovateľov na prejednanie priestupku.

Právoplatné rozhodnutie o zastavení konania o priestupku z dôvodu, že navrhovateľ „vzal svoj návrh na začatie konania späť alebo sa nedostavil na ústne pojednávanie bez náležitého ospravedlnenia alebo bez dôležitého dôvodu, hoci bol riadne a včas predvolaný“ podľa § 76 ods. 1 písm. j), nie je rozhodnutie s hmotnoprávnym účinkom vo vzťahu k páchatelovi priestupku. Princíp *ne bis in idem* by preto nebol dotknutý v situácii, keď by v lehote podľa § 68 ods. 2 podal návrh na prejednanie priestupku iný navrhovateľ.

Hmotnoprávny účinok má však rozhodnutie podľa § 78 ods. 1 písm. k) zákona SNR č. 372/1990 Zb. o zastavení konania o urážke na cti, v ktorom došlo k zmiernu (§ 78).

5 Náležitosti návrhu na prejednanie priestupku

Podľa § 68 ods. 2 zákona SNR č. 372/1990 Zb. „v návrhu musí byť uvedené, kto je postihnutou osobou, koho navrhovateľ označuje za páchatel'a a kde, kedy a akým spôsobom sa mal priestupok spáchať“.

Ide o povinné obsahové náležitosti. Prípadná absencia ktorejkoľvek z nich však neovplyvňuje začatie konania o návrhovom priestupku. Správny orgán totiž nemá právomoc odmietnuť návrh z dôvodu, že mu chýba niektorá z náležitostí alebo z dôvodu ich nepresnosti. Nie je to ani dôvod pre pasivitu správneho orgánu. V oboch prípadoch by išlo o rozpor s princípom súčinnosti (§ 3 ods. 2 zákona č. 71/1967 Zb.). Naopak, v začatom konaní správny orgán musí aktívne pôsobiť, aby boli nedostatky podania odstránené.⁴

Na tento účel je povinný:

- vyzvať navrhovateľ'a, aby odstránil nedostatky návrhu,
- vyzvať navrhovateľ'a, aby tak urobil v lehote určenej správnym orgánom,
- poučiť ho, aký význam môže mať neodstránenie nedostatkov pre ďalší priebeh konania.

⁴ KOŠIČIAROVÁ, S.: Správny poriadok. Komentár. Šamorín (2013), s. 95–96.

Lehota, ktorú určí orgán na odstránenie nedostatkov návrhu, musí byť primeraná. Znamená to, že jej dĺžku určí podľa okolností konkrétneho prípadu, predpokladanej obtiažnosti odstránenia nedostatku podania a schopnosti účastníka konania zabezpečiť nápravu.

Ak bol navrhovateľ vyzvaný, aby v určenej lehote odstránil nedostatky podania, orgán je povinný konanie o priestupku prerušiť podľa § 29 ods. 1. Počas prerušenia konania neplynie lehota, v ktorej je správny orgán povinný rozhodnúť vo veci samej (§ 49 ods. 2), plynie však *hmotnoprávna lehota pre zánik zodpovednosti páchatel'a za priestupok* (§ 20 zákona SNR č. 372/1990 Zb.).⁵

Zákon SNR č. 372/1990 Zb. neupravuje ako dôvod pre zastavenie konania skutočnosť, že účastník konania na výzvu správneho orgánu v určenej lehote neodstránil nedostatky svojho podania a bol o možnosti zastavenia konania poučený, a aplikácia § 30 ods. 1 písm. d) zákona č. 71/1967 Zb. je vylúčená. V takom prípade správny orgán návrhový priestupok *neprejedná*.

Taký postup nemožno právne kvalifikovať ako nečinnosť správneho orgánu, lebo základným predpokladom konania o veci na základe návrhu je skutočnosť, že návrh je kvalifikovaný, t.j. spĺňa všetky náležitosti, ktoré vyžaduje právna úprava. Správny orgán v takej situácii *nemá právomoc vec odložiť* na základe § 66 ods. 2 písm. f) zákona SNR č. 372/1990 Zb., lebo návrh nebol podaný oneskorene.

Ak sa návrh podal pri objasňovaní orgánu oprávnenému objasňovať priestupok (§ 58 ods. 3 zákona SNR č. 372/1990 Zb.), orgán pomôže odstrániť navrhovateľovi nedostatky jeho návrhu na mieste. Rovnako bude postupovať príslušný správny orgán, ak navrhovateľ využije svoje právo podať návrh do zápisnice (§ 19 ods. 1 zákona č. 71/1967 Zb.).

V prípade návrhových priestupkov by splnenie povinnosti navrhovateľa podľa § 19 ods. 3 malo byť vždy fakticky možné, keďže skutková podstata návrhového priestupku zaručuje, že navrhovateľovi budú v čase podávania návrhu požadované obsahové náležitosti, ktoré musí uviesť vo svojom návrhu, známe.

Je preto aj vecou zákonodarcu, aby umožnil prejednávať v režime návrhových priestupkov len také skutkové podstaty priestupkov, ktoré nevylučujú alebo neprimeraným spôsobom nesťažujú realizáciu povinnosti navrhovateľa podať právne perfektný návrh.

⁵ MACHAJOVÁ, J.: Administratívnoprávny postih fyzických a právnických osôb s osobitným zreteľom na postih podľa zákona o priestupkoch. Podrobný odborný komentár k zákonu o priestupkoch so správnym poriadkom. Likavka (1995), s. 140.

Ak by tomu tak nebolo, nie je možné v praxi trvať na formalistickom výklade zákona, spočívajúcom v striktnom posudzovaní náležitostí návrhov v situáciách, keď navrhovatelia majú len veľmi obmedzenú možnosť, respektíve žiadnu faktickú možnosť uspieť s takýmito návrhmi po dôkaznej stránke na príslušnom orgáne.⁶

To potvrdil aj rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 31. marca 2010 (sp. zn. 2 Sžo 398/2009), ktorý považoval za neprimerané, aby správny orgán vyžadoval od navrhovateľa ako osoby postihnutej priestupkom podľa § 42a zákona SNR č. 372/990 Zb. údaj o osobe páchatela v situácii, keď nebolo možné zistiť meno konkrétneho zamestnanca Národného bezpečnostného úradu, ktorý bol zodpovedný za nedostupnosť internetovej stránky Národného bezpečnostného úradu v stanovenom čase na tom základe, že zistenie takéhoto údaju, navyše v pomerne krátkej lehote, bolo možné len v spolupráci s povinnou osobu majúcej na výsledku veci protichodný záujem.

Obdobne rozhodol Krajský súd v Bratislave (sp. zn. 2S 157/07): „Pokiaľ zákon postihuje nečinnosť povinnej osoby ako priestupok, je neprípustným taký výklad formálnych požiadaviek, ktorého dôsledkom bude u povinnej osoby faktické znemožnenie iniciovať priestupkové konanie v prípade priestupkov spáchaných nečinnosťou. Takýto postup bude v rozpore s čl. 13 ods. 4 Ústavy Slovenskej republiky a bezdôvodne a nezmyselne bude popreté právo na súdnu a inú právnu ochranu garantovanú v čl. 46 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky. Podľa názoru súdu je potrebné prihliadnuť aj na okolnosť, že zákon o slobodnom prístupe k informáciám ako povinné osoby určuje aj právnické osoby, v dôsledku čoho je dostatočné na začatie konania o priestupku označenie právnickej osoby, ktorá zneprístupnenie informácií spôsobila; úlohou správneho orgánu prejednávajúceho priestupok bude objasniť na základe organizačného poriadku alebo iných organizačných aktov označenej právnickej osoby, ktorá konkrétna fyzická osoba príkaz obmedzujúci informácie vydala alebo ktorá za tento príkaz zodpovedá a zväziť, či konanie takejto osoby naplnilo znaky priestupku.“⁷

Podľa právnej teórie je potrebné dôsledne rozlišovať medzi absenciou obligatórnych náležitostí návrhu a ich nepresnosťou.

Za nepresné údaje treba považovať také, ktoré nebránia samému prejednávaniu priestupku a možno ich v konaní dodatočne odstrániť napríklad

⁶ FIALA, Z.: Několik poznámek k projednávání návrhových přestupků. In Dny práva 2012 – Days of Law 2012. Část IV. Aktuální (legislativní i aplikační) otázky správního trestání. Brno (2013), s. 832–833.

⁷ POTÁŠCH, P. a kol.: Zákon o priestupkoch. Veľký komentár. Žilina (2016), s. 280.

výpoved'ou svedka, účastníka alebo inými úkonmi správneho orgánu s cieľom spoľahlivo zistiť skutočný stav veci.⁸

To potvrdzuje aj súdna judikatúra. V prípade priestupku podľa § 42a zákona SNR č. 372/1990 Zb. navrhovateľ preukazuje, že došlo k priestupku na úseku práva na prístup k informáciám podľa zákona č. 211/2000 Z. z. právoplatným rozhodnutím správneho orgánu alebo súdu (pozri Najvyšší súd Slovenskej republiky, sp. zn. 6 Sžo 77/2009)⁹ o tom, že právo navrhovateľa bolo porušené. Preto ak navrhovateľ nepripojil také rozhodnutie ako dôkaz v podanom návrhu, nemožno to považovať za absenciu samotnej obsahovej náležitosti návrhu podľa druhej vety § 68 ods. 2 zákona SNR č. 372/1990 Zb.

Pokiaľ podávateľ nedostatky návrhu odstránil v určenej lehote, treba podanie považovať, akoby bolo podané bez chyby.

Správny orgán v konaní o návrhovom priestupu pokračuje, len čo pominuli prekážky pre ktoré sa konanie prerušilo (§ 29 ods. 4 zákona č. 71/1967 Zb.).

6 Lehota na podanie návrhu na prejednanie priestupku

Podľa § 68 ods. 2 zákona SNR č. 372/1990 Zb. môže navrhovateľ podať návrh najneskôr do troch mesiacov odo dňa, keď sa o priestupku alebo o postúpení veci orgánom činným v trestnom konaní dozvedel.

Právny moment „dozvedieť sa o priestupku“ nastane, keď navrhovateľ nadobudne vedomosť o spáchaní návrhového priestupku, t.j. o skutku, ktorý je priestupkom (pričom táto vedomosť mu umožňuje v návrhu opísať kto, kde, kedy a akým spôsobom mal priestupok spáchať). Tým bude v zásade deň, keď došlo k spáchaniu priestupku. Nie je však vylúčené, že osoba sa o jeho spáchaní dozvie neskôr.

Právny moment „dozvedieť sa o postúpení veci orgánom činným v trestnom konaní“ je významný v tých prípadoch, keď v trestnom konaní jeho výsledky ukázali, že skutok nie je trestným činom, ale ide o skutok, ktorý by mohol príslušný orgán posúdiť – v súlade s § 2 ods. 1 zákona SNR č. 372/1990 Zb. – ako priestupok.

Osoba, ktorá má v rámci trestného konania postavenie *poškodeného* (§ 46 ods. 1 zákona č. 301/2005 Z. z.), v prípade že skutok je priestupkom podľa

⁸ FIALA, Z.: Několik poznámek k projednávání návrhových přestupků. In Dny práva 2012 – Days of Law 2012. Část IV. Aktuální (legislativní i aplikační) otázky správního trestání. Brno (2013), s. 832.

⁹ POTÁŠCH, P. a kol.: Zákon o priestupkoch. Veľký komentár. Žilina (2016), s. 279.

§ 22 ods. 1 písm. g) zákona SNR č. 372/1990 Zb., má možnosť dozvedieť sa o postúpení veci:

– z *uznesenia o odovzdaní veci* policajtom alebo prokurátorom vydaného v rámci tzv. predsúdneho konania pred začatím trestného stíhania) podľa § 197 ods. 1 zákona č. 301/2005 Z. z.,

– z *uznesenia o postúpení veci* prokurátorom alebo policajtom inému orgánu podľa § 214 ods. 1 a 2 vydaného v rámci prípravného konania),

– z *uznesenia o postúpení veci* súdom (na základe právoplatného uznesenia podľa § 280 ods. 2 vydaného v rámci hlavného pojednávania).

Predmetné uznesenia o postúpení veci orgán činný v trestnom konaní doručuje aj poškodenému, lebo ten má právo podať proti uzneseniu sťažnosť (§ 197 ods. 3, § 214 ods. 4).

Dňom, keď sa navrhovateľ podľa zákona SNR č. 372/1990 Zb. o postúpení dozvedel, je tak – z právneho hľadiska – najskôr deň, keď uznesenie podľa zákona č. 301/2005 Z. z. nadobudlo právoplatnosť a tým aj vykonateľnosť. Nasledujúcim dňom začne plynúť navrhovateľovi lehota na podanie návrhu podľa § 68 ods. 2 zákona SNR č. 372/1990 Zb. vo veci priestupku podľa § 22 ods. 1 písm. g).

Lehota na podanie návrhu podľa § 68 ods. 1 je *prekluzívna*. Jej márnym uplynutím navrhovateľ stráca zákonné právo vyvolať svojím podaním konanie o priestupku.

V prípade, ak je priestupkom páchatel'a postihnutých (poškodených) viac než jedna osoba, plynie lehota na podanie návrhu u každej z nich samostatne.

Vzhľadom k tomu, že návrh na začatie správneho konania je podaním, t.j. procesným úkonom adresovaným správnenému orgánu, právna teória považuje lehotu podľa § 68 ods. 2 zákona SNR č. 372/1990 Zb. za *procesnoprávnou* lehotu.¹⁰

Tento záver vyplýva – na základe analógie – z odôvodnenia nálezu Ústavného súdu Slovenskej republiky z 3. júla 2003, sp. zn. IV. ÚS 62/03, podľa ktorého lehota na podanie správnej žaloby je „lehota určená na urobenie procesného úkonu – podanie žaloby v správnom súdnom konaní. Podanie žaloby nemôže byť v žiadnom prípade obmedzené hmotnoprávnymi lehotami, ktorých účel je úplne iný, než majú procesnoprávne lehoty. Jej zmeškanie má dôsledky na prípustnosť žaloby, respektíve iného úkonu v konaní pred všeobecným súdom, t.j. na otázku splnenia procesných podmienok. Zmeškanie hmotnoprávnej lehoty má iný následok a vedie

¹⁰ SREBALOVÁ, M. a kol.: Zákon o priestupkoch. Komentár. Bratislava (2015), s. 335.

k záveru o nedôvodnosti žaloby, čo znamená procesný neúspech v konaní – zamietnutie žaloby meritórnym rozhodnutím – rozsudok vo veci samej“.¹¹

O procesnoprávnej povahe lehoty na podanie návrhu podľa § 68 ods. 2 zákona SNR č. 372/1990 Zb. svedčí skutočnosť, že:

– z časového hľadiska limituje právo navrhovateľa právne účinným spôsobom uskutočniť úkon procesnoprávnej povahy (podať návrh na začatie konania o priestupku),

– právnym dôsledkom oneskoreného podania je neprípustnosť tohto návrhu, ktorá má za následok, že správny orgán je povinný vec odložiť podľa § 66 ods. 2 písm. f).

Pre posúdenie otázky, či bola lehota na podanie návrhu podľa § 68 ods. 2 zákona SNR č. 372/1990 Zb. zachovaná, je rozhodujúce pravidlo pre jej počítanie. Nakoľko ide o lehotu určenú mesiacmi, lehota sa skončí uplynutím toho dňa, ktorý sa svojím označením zhoduje s dňom, keď došlo ku skutočnosti určujúcej začiatok lehoty, a ak taký deň v mesiaci nie je, končí sa lehota posledným dňom tohto mesiaca. Ak koniec lehoty pripadne na sobotu alebo na deň pracovného pokoja, je posledným dňom lehoty na vykonanie tohto procesného úkonu najbližší budúci pracovný deň.

Nie je potrebné, aby bolo podanie vykonané na vecne a miestne príslušnom orgáne v posledný deň zákonnej lehoty (ústne do zápisnice, doručením v listinnej podobe osobne do podateľne alebo doručením do elektronickej schránky príslušného orgánu (§ 25a zákona č. 71/1967 Zb.). Lehota je zachovaná podľa § 27 ods. 3 zákona č. 71/1967 Zb. aj v prípade, ak sa v posledný deň zákonnej lehoty návrh v listinnej podobe adresovaný vecne a miestne príslušnému správnomu orgánu alebo pri objasňovaní orgánu oprávnenému objasňovať priestupok (§ 68 ods. 2 zákona SNR č. 372/1990 Zb.) odovzdal na poštovú prepravu.

Zákon nevyklučuje právomoc orgánu zmeškanie lehoty na podanie návrhu odpustiť (za podmienok ustanovených v § 28 zákona č. 71/1967 Zb.).

Zodpovednosť páchatel'a za priestupok, v prípade návrhového priestupku, trvá len v priesečníku lehoty podľa § 20 a § 68 ods. 2 zákona SNR č. 372/1990 Zb.

Márne uplynutie lehoty podľa § 20 predstavuje hmotnoprávnu prekážku prejednávania priestupku. Márne uplynutie lehoty podľa § 68 ods. 2 predstavuje procesnoprávnu prekážku prejednávania priestupku.

¹¹ BARICOVÁ, J./FEČÍK, M./ŠTEVČEK, M./FILOVÁ, A. a kol.: Správny súdny poriadok. Komentár. Bratislava (2018), s. 897.

7 *Quo vadis* právna úprava návrhových priestupkov?

Prejednanie priestupku vyvoláva hmotnoprávne následky v právnom postavení:

- osoby uznanej vinnou z priestupku (vznik povinnosti strpieť uloženú sankciu, nahradiť poškodenému škodu, uhradiť trovy spojené s prejednaním priestupku atď.),

- osoby, ktorá vinnou z priestupku uznaná nebola (rozhodnutie o zastavení konania podľa § 76 ods. 1 zákona SNR č. 372/1990 Zb. predstavuje prekážku právoplatnej rozhodnutej veci – *res iudicata*).¹²

Rovnako vyvoláva hmotnoprávne následky v právnom postavení ďalších osôb, ktoré majú postavenie účastníkov konania o tzv. návrhovom priestupku (poškodený, vlastník veci), avšak len vo vzťahu k tej časti rozhodnutia o priestupku, ktorá sa týka ich práv a právom chránených záujmov (vlastnícke právo).

Pokiaľ ide o navrhovateľa, rozhodnutie v konaní o priestupku má preňho hmotnoprávny dôsledok len vtedy, ak správny orgán rozhodol o jeho povinnosti uhradiť trovy konania (§ 79 ods. 1). V ostatných prípadoch tomu tak nie je. V konaní o tzv. návrhovom priestupku sa o jeho práve, právom chránenom záujme ani o povinnosti nerozhoduje.

Napriek tomu navrhovateľ má *de lege lata* v porovnaní s ostatnými účastníkmi konania o priestupku (poškodený, vlastník veci) procesne silnejšie postavenie, lebo:

- disponuje celým konaním (môže ho prejavom svojej vôle začať i ukončiť pred tým, než správny orgán právoplatne rozhodne s hmotnoprávnym dôsledkom vo veci),

- ako jediný účastník konania (okrem obvineného z priestupku) sa môže odvolať proti tej časti rozhodnutia, ktorá sa týka vyslovenia viny obvineného z priestupku.

Česká právnická literatúra vyslovila pochybnosť o opodstatnenosti inštitútu návrhových priestupkov¹³ v podobe, v akej bol upravený v *zákone č. 200/1990 Zb. o priestupkoch*. Išlo o takmer identickú úpravu s úpravou v *zákone SNR č. 372/1990 Zb.*

¹² KOŠIČIAROVÁ, S.: Správny poriadok. Komentár. Šamorín (2013), s. 152.

¹³ JEMELKA, L./VETEŠNÍK, P.: Zákon o přestupcích a přestupkové řízení. Komentář. 2. vydání. Praha (2013), s. 387.

Český zákonodarca v rámci rekonštrukcie správneho trestania pristúpil k radikálnemu riešeniu. Nový zákon č. 250/2016 Zb. o zodpovednosti za priestupky a konaní o nich na rozdiel od predchádzajúcej úpravy:

– nevymedzuje tzv. návrhové priestupky, ale upravuje priestupky, ktoré možno prejednať len so súhlasom osoby priamo postihnutej spáchaním priestupku (osoba dáva súhlas na začatie konania alebo na jeho pokračovanie),

– odňal navrhovateľovi status účastníka konania o priestupku¹⁴ a zaradil ho do kategórie osôb, ktoré česká právna teória označuje ako „osoby so špeciálnymi procesnými právami“.¹⁵

Podľa § 71 zákona č. 250/2016 Zb. osoba priamo postihnutá spáchaním priestupku má v konaní, na ktoré dala súhlas, nasledujúce procesné práva:

- právo aby ju správny orgán upovedomil o začatí konania,
- právo navrhovať dôkazy a uskutočňovať iné návrhy po celý čas konania,
- právo na poskytnutie informácií o konaní potrebných na späťvzatie súhlasu,
- právo vyjadriť v konaní svoje stanovisko,
- právo nahliadať do spisu,
- právo zúčastniť sa ústneho pojednávania a byť prítomná pri všetkých úkonoch v konaní,
- právo vyjadriť sa pred vydaním rozhodnutia k jeho podkladom a
- právo na oznámenie rozhodnutia.

Osoba priamo postihnutá spáchaním priestupku nemá právo podať odvolanie (pozri § 96).

Možno preto vysloviť stručný záver, ktorý si pozorný čitateľ už sám vyskladal – český zákonodarca v novej úprave ponechal nedotknutý princíp subsidiarity trestného postihu, keď umožnil, aby určité priestupky boli prejednané len so súhlasom osoby priamo postihnutej spáchaním priestupku, na druhej strane odstránil nezrovnalosti, ktoré so sebou niesla dovtedajšia právna úprava. Nezvyknem tleskať každému jeho legislatívnemu počinu, ale v tomto prípade uznávam, že bol rozumný a nasledovateľný, podporený odporúčaním právnej teórie.

¹⁴ FRUMAROVÁ, K. a kol.: Správni trestání. Praha (2017), s. 124.

¹⁵ FIALA, Z./FRUMAROVÁ, K./HORZINKOVÁ, E./ŠKUREK, M. et al.: Správni právo trestní. Praha (2017), s. 153.

Súčasná koncepcia návrhových priestupkov na Slovensku prináša so sebou viacero procesnoprávných problémov. Chýba napríklad explicitná úprava právomoci správneho orgánu v prípade, keď návrh na začatie konania nemá povinné obsahové náležitosti, chýba jasná úprava dňa, ktorým začína konanie o návrhovom priestupku, ďalšie špeciálne dôvody pre zastavenie konania vo veci tzv. návrhového priestupku atď.

Inštitút návrhového konania vo verejnej správe, v ktorom sa rozhoduje o verejnom subjekte práve navrhovateľa hmotnoprávnej povahy, sa v prípade prejednávania tzv. návrhových priestupkov vo všeobecnosti mína účinkom, lebo cieľ tohto konania je odlišný (prejednanie priestupku páchatel'a a uloženie sankcie).

Zákonodarcom zvolená koncepcia vnáša nejasnosť aj v tom, či sa v konaní začatom na návrh ťažiskovo uplatňuje vyhľadávacia zásada alebo zásada prejednávacia. Výklad k tejto otázke musela podať súdna judikatúra, ktorá prízvukuje, že konanie o tzv. návrhovom priestupku je ovládané zásadou legality, len s tým rozdielom, že konanie nezačína z úradnej povinnosti.

Zastávam názor, že slovenský zákonodarca by sa *de lege ferenda* vo veciach úpravy prejednávania tzv. návrhových priestupkov mal inšpirovať úpravou Trestného poriadku, t.j. úpravou inštitútu súhlasu poškodeného v § 211 § 212 zákona č. 301/2005 Z. z.

Bibliografia:

- BARICOVÁ, J./FEČÍK, M./ŠTEVČEK, M./FILOVÁ, A. a kol.: Správny súdny poriadok. Komentár. Bratislava (2018), 1824 s. – ISBN 978-80-7400-678-4;
- ČENTÉŠ, J. a kol.: Trestný poriadok. Veľký komentár. 2. aktualizované vydanie. Žilina (2015), 956 s. – ISBN 978-80-8155-057-7;
- ČERVENÝ, Z./ŠLAUF, V.: Přestupkové právo. Komentář k zákonu o přestupcích včetně textu souvisících předpisů. 7. aktualizované vydání. Praha (2001), 368 s. – ISBN 80-7201-235-5;
- FIALA, Z.: Několik poznámek k projednávání návrhových přestupků. In Dny práva 2012 – Days of Law 2012. Část IV. Aktuální (legislativní i aplikační) otázky správního trestání. Brno (2013), 835 s. – ISBN 978-80-210-6319-8;
- FIALA, Z./FRUMAROVÁ, K./HORZINKOVÁ, E./ŠKUREK, M. et al.: Správní právo trestní. Praha (2017), 304 s. – ISBN 978-80-7502-219-6;
- FRUMAROVÁ, K. a kol.: Správní trestání. Praha : Leges, 2017, 400 s., ISBN 978-80-7502-250-9;
- JEMELKA, L./VETEŠNÍK, P.: Zákon o přestupcích a přestupkové řízení. Komentář. 2. vydání. Praha (2013), 610 s. – ISBN 978-80-7400-501-5;
- KOŠIČIAROVÁ, S.: Správne právo procesné. Všeobecná časť. 2. zmenená a aktualizované vydanie. Šamorín (2017), 279 s. – ISBN 978-80-8173-038-2;
- KOŠIČIAROVÁ, S.: Správny poriadok. Komentár. Šamorín (2013), 357 s. – ISBN 978-80-89122-85-1;

- MACHAJOVÁ, J.: Administratívnoprávny postih fyzických a právnických osôb s osobitným zreteľom na postih podľa zákona o priestupkoch. Podrobný odborný komentár k zákonu o priestupkoch so správnym poriadkom. Likavka (1995), 208 s. – ISBN 80-88810-10-8;
- POTÁŠCH, P. a kol.: Zákon o priestupkoch. Veľký komentár. Žilina (2016), 391 s. – ISBN 978-80-8155-061-4;
- SREBALOVÁ, M. a kol.: Zákon o priestupkoch. Komentár. Bratislava (2015), 504 s. – ISBN 978-80-89603-30-5.

Niektoré zásady rímskeho súdneho procesu a ich odkaz v základných princípoch trestného konania¹

Ivan Šimovček

1 Princíp primeranosti – 2 Princíp spravodlivého pojednania veci – 3 Princíp kontraktívnosti konania – 4 Zásada zabezpečenia práva na obhajobu – 5 Právo účasti obvineného a obhajcu na procesných úkonoch – 6 Zásada oficiality – 7 Zásada legalita a zásada oportunity – 8 Zásada *ne bis in idem* – 9 Zásada obžalovacia – 10 Zásada prezumpcie

Pod základnými princípmi trestného konania rozumieme základné tendencie, ktoré definujú štruktúru a vzťahy v trestnom konaní. Princípy trestného konania tvoria jednotnú sústavu, zameranú na jeho uskutočnenie a splnenie úloh. Viaceré princípy trestného konania majú svoj základ v zásadách rímskeho práva, najmä v zásadách rímskeho súdneho procesu.

Princíp riadneho procesu (*due process*) je najdôležitejšou zásadou trestného konania, čo vyplýva aj z toho, že je v Trestnom poriadku uvedený zo všetkých princíпов ako prvý. Podľa ustanovenia § 2 ods. 1 Trestného poriadku nikto nemôže byť stíhaný ako obvinený inak než zo zákonných dôvodov a spôsobom, ktorý ustanovuje. Daný princíp je doplnkom rímskeho princípu *nullum crimen sine lege*, a preto býva označovaný aj ako princíp stíhania len zo zákonných dôvodov.

Princíp riadneho zákonného procesu tým, že umožňuje trestné stíhanie len v prípade, ak sú na to zákonné dôvody, vylučuje bezdôvodné stíhanie občanov a zaručuje, že do práv osôb, ktoré sú inak dôvodne stíhané, nebude zasahované viac, než je to nevyhnutné.

Trestný poriadok veľmi dôsledne upravuje procesný postup príslušných orgánov, vedie ich k dodržiavaniu právnej úpravy a tým smeruje k naplneniu účelu trestného konania. Súčasne obsahuje záruky realizácie daného princípu v praxi. Ide napríklad o dozor prokurátora nad prípravným konaním, inštitút predbežného pojednania obžaloby a odvolacie konanie.

¹ Príspevok bol napísaný v rámci riešenia vedecko-výskumného projektu VEGA Ministerstva školstva, vedy, výskumu a športu Slovenskej republiky a Slovenskej akadémie vied č. 1/0082/18 s názvom „Trestnoprávne aspekty boja proti terorizmu“.

1 Princíp primeranosti

Princíp primeranosti je považovaný za všeobecné interpretačné pravidlo pri obmedzovaní základných práv a slobôd občanov. Niekedy je tiež označovaný ako princíp zdržanlivosti. Príslušné orgány podľa tejto zásady majú dbať na to, aby čo najmenej zasahovali do základných práv a slobôd občanov. V prípadoch dovolených zákonom možno zasahovať len v miere nevyhnutnej na dosiahnutie účelu trestného konania, pričom treba rešpektovať dôstojnosť osôb a ich súkromie.

Princíp primeranosti platí pre všetky súdne orgány a orgány činné v trestnom konaní, ako aj pre spôsob vykonávania úkonov trestného konania. Podľa tohto princípu musí súd, orgány činné v trestnom konaní a osoby vykonávať procesné úkony a zaobchádzať s osobami zúčastnenými na úkone tak, ako to vyžaduje účel trestného konania, pričom vždy sa musí rešpektovať ich dôstojnosť a ústavou zaručené práva a slobody.

Právo na osobnú integritu obvineného v trestnom konaní nemožno chápať absolútne. Princíp primeranosti sa aplikuje ako pravidlo, ktoré umožňuje trestné stíhanie, najmä použitie zaisťovacích úkonov (predovšetkým väzbu). Zároveň platí, že čím závažnejší zásah do osobnej integrity sa realizuje, tým je pre súdne orgány a orgány činné v trestnom konaní dôležitejšie náležite odôvodniť takéto rozhodnutie.

2 Princíp spravodlivého prejednanía veci

Každý má právo, aby jeho trestná vec bola spravodlivo a v primeranej lehote prejednaná nezávislým a nestranným súdom v jeho prítomnosti tak, aby sa mohol vyjadriť ku všetkým vykonaným dôkazom. Právo, aby vec bola spravodlivo prejednaná je zložkou širšieho pojmu práva na spravodlivý proces. Na rozdiel od pojmov verejnosť a rýchlosť konania ide o pojem presne neohraničený.

Ten konkrétne zahrňuje:

- právo na prezumpciu neviny;
- právo byť bez meškania a v jazyku, ktorému obvinený rozumie podrobne oboznámený s povahou a dôvodom obvinenia proti nemu;
- právo mať primeraný čas a možnosti na prípravu svojej obhajoby;
- právo obhajovať sa osobne alebo s pomocou obhajcu podľa vlastného výberu alebo pokiaľ nemá vlastné prostriedky na zaplatenie vlastného obhajcu, aby sa mu poskytol bezplatne, ak to záujmy spravodlivosti vyžadujú;

- právo vypočuť alebo nechať vypočuť svedkov proti sebe a dosiahnuť predvolanie a výsluch svedkov vo svoj prospech, za rovnakých podmienok ako svedkov proti sebe;
- právo mať bezplatnú pomoc tlmočníka, ak nerozumie jazyku používanému pred súdom alebo týmto jazykom nehovorí.

V samej podstate je princíp spravodlivosti definovaný prostredníctvom princípov rovnosti zbraní a kontradiktórnosti trestného konania. Medzi jednotlivými zložkami práva na spravodlivé prejednanie veci je úzka súvislosť a vzájomná podmienenosť. Kontradiktórnosť konania predpokladá rovnosť zbraní a tieto princípy zásadne predpokladajú právo obvineného byť prítomný na konaní súdu.

Princíp rovnosti zbraní je v slovenskom trestnom poriadku pretransformovaný do princípu rovnosti strán, podľa ktorého sú strany v trestnom konaní rovné.

Predovšetkým ide o to, aby všetci obžalovaní boli súdení podľa trestného poriadku, rovnakými miestne a vecne príslušnými súdmi, bez akejkoľvek diskriminácie alebo privilégii. Princíp rovnosti v tomto zmysle nevylučuje zvláštne súdy za predpokladu, ak sú obvineným zaručené rovnaké práva. V súčasnosti je už problém nerovnosti pred súdom neaktuálny, ale problémom je zaistiť rovnosť všetkých občanov nachádzajúcich sa v nerovnej hospodárskej a sociálnej situácii. Ide hlavne o problém zaistiť kvalitnú obhajobu pre všetkých, nielen pre ekonomicky silných obžalovaných.

V kontexte práva na spravodlivé prejednanie veci ide o rovnosť účastníkov konania nachádzajúcich sa v rôznych procesných postaveniach. Nie je možné úplne potlačiť rozdiel v procesnom a skutočnom postavení procesných strán v trestnom konaní, vyplývajúci z ich rozdielnych funkcií a možností. Situácia prokurátora, za ktorým stojí štátny aparát a donucovacia štátna moc, v porovnaní s postavením obvineného, nerovnomerne. Je veľmi ťažké si predstaviť, že v praxi možno zabezpečiť absolútnu rovnosť medzi nimi od začiatku až do konca trestného konania. Toto nerovné postavenie je do určitej miery kompenzované dodatočnými zárukami pre slabšiu stranu, t.j. pre obvineného. Ide o rímsky princíp *favor defensionis*, ktorých prejavom je napríklad dôkazné bremeno prenesené na obžalobu.

Prítomnosť obvineného na konaní súdu sa odvodzuje zo zásady kontradiktórnosti a považuje sa za základný prvok spravodlivého procesu. V rímskom práve sa uplatňoval výrok cisára Trajána, že „nikoho nemožno

súdiť v neprítomnosti a obžalovaný musí mať možnosť obrany“². Na rozdiel od právneho systému „common law“, kde odsúdenie *in absentia* nie je zásadne možné a výnimky z tohto pravidla sa pripúšťajú len vo veľmi obmedzenom rozsahu, v kontinentálnom právnom systéme možno po splnení určitých podmienok konať vo veci aj bez prítomnosti obvineného, a to napríklad pri konaní *in contumaciam* (konanie proti ušlému).

Princíp spravodlivého prejednávania veci obsahuje aj právo obvineného na prejednanie veci v primeranej lehote pred nezávislým a nestranným súdom. Požiadavka prejednanie veci v primeranej lehote je zdôrazňovaná najmä preto, aby trestné konanie netrvalo neúmerne dlhý čas. Na druhej strane treba uviesť, že uvedená zásada nesmie byť uplatňovaná bez zistenia skutkového stavu veci bez dôvodných pochybností a v rozpore so zásadou oficiality. Otázka primeranosti dĺžky konania je vecou posúdenia kritérií vzhľadom na konkrétny trestný prípad. Kritériá, ktoré ovplyvňujú primeranú dĺžku konania, musia byť posudzované s odkazom na kritériá, od ktorých závisí dĺžka konania (zložitost' a závažnosť trestnej veci, konanie obvineného, orgánov činných v trestnom konaní, súdov a pod.).

3 Princíp kontradiktórnosti konania

Kontradiktórnosť sa považuje za všeobecný právny princíp, ktorý by mal ovládať každé súdne konanie. Jeho podstatou je konfrontácia a povinné vzájomné informovanie dvoch strán, z ktorých každá musí mať možnosť vyjadriť sa, popierať návrhy, argumenty a dôkazy druhej strany a navrhovať vlastné.

Princíp kontradiktórnosti sa uplatňuje najmä v štádiu konania pred súdom, ktorý riadi dokazovanie. Súd však výsluch obžalovaného, svedkov, poškodeného a znalcov spravidla prenecháva stranám, najprv tej, ktorá dôkaz navrhla či obstarala. Podľa princípu kontradiktórnosti má potom právo proti výsluchu strana, ktorá dôkaz nenavrhla, ale má právo tiež ho vykonať a tým preveriť jeho hodnovernosť. Súdu je tiež ponechané právo aktívneho vstupu do dokazovania na hlavnom pojednávaní. Z toho dôvodu má aj on právo klásť otázky, ak to považuje za nevyhnutné z dôvodu zákonného a spravodlivého rozhodnutia. Takýto typ výsluchu, t.j. výsluch stranami, súdom, poškodeným alebo zúčastnenou osobou sa nazýva krížovým výsluchom.

² REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo. Bratislava (2003), s. 412.

Rímsky proces bol verejnosti prístupný, preferovalo sa ústne svedectvo ale využívali sa aj písomné dôkazy. Súd akceptoval aj písomné vyhlásenia neprítomných svedkov. Svedkovia vypovedali pod prisahou a mohli byť podrobení aj krížovému výsluchu (cross-examination) procesnými stranami.

Proces na súde prebiehal obdobne ako v našom chápaní hlavného pojednávania. Najskôr reč a prednesenia dôkazov zo strany žalobcu, potom reč obhajcu a prednesenie dôkazov obhajoby.³

Strany v čase konania výsluchu môžu namietat' spôsob vykonávania výsluchu stranou, najmä prípustnosť otázky položenej vypočúvajúcim, spôsob kladenia otázok a ich vzťahu k prerokovávanej veci. V prípade použitia námietky na hlavnom pojednávaní rozhodne o nej predseda senátu, ktorý, ak jej vyhovie, vypočúvaný nie je povinný na otázku odpovedať a strana konania od otázky upustí. V prípade ak sa námietka týka predsedu súdu, rozhodne o námietke senát.

Prvky kontradiktórnosti sa však vyskytujú tiež v prípravnom konaní a ich cieľom je zabezpečenie vykonania dôkazov zákonom ustanoveným spôsobom a reálne uplatnenie práv strán pri vykonávaní dôkazov v tomto štádiu konania.

Kontradiktórnosťou konania sa zabezpečuje, že obvinený má právo od začiatku konania proti svojej osobe vyjadriť sa ku skutočnostiam, ktoré sa mu kladú za vinu, a k dôkazom o nich a má tiež právo odoprieť vypovedať. Obvinený môže už na začiatku konania pred súdom prvého stupňa uplatniť všetky dôkazy, ktoré sú mu známe a ktoré navrhne vykonať.

Kontradiktórnosť obsahuje právo procesných strán na informácie o dôkazoch, ktoré získala druhá procesná strana, a právo diskutovať o dôkazoch druhej strany, respektíve ich popierať.

V rímskom súdnom procese neexistovali praktické pravidlá dokazovaniu. Svedkovia však museli prisahať, že budú na súde hovoriť pravdu. Osobitosťou boli tzv. svedkovia charakteru (*laudatores*), ktorí svedčili o hodnovernosti svedka. K urobeniu si dojmu o osobe obvineného slúžili aj listiny, ktoré svedčili o jeho charaktere.⁴

³ BURDICK, L. W.: Principles of Roman Law and Their Relations to Modern Law. New Jersey (2012), s. 651.

⁴ Ibid., s. 691.

4 Zásada zabezpečenia práva na obhajobu

Ústavnoprávne zásada práva na obhajobu je vyjadrená v čl. 50 ods. 3 Ústavy SR. V Trestnom poriadku je táto zásada vyjadrená v § 2 ods. 9 Trestného poriadku, podľa ktorej každý proti komu sa vedie trestné konanie má právo na obhajobu. Trestný poriadok má teda na mysli nielen obvineného, obžalovaného a odsúdeného, ale aj osobu podozrivú z trestného činu a takáto osoba má právo, aby jej bol poskytnutý čas a možnosť k príprave obhajoby, aby sa mohla obhajovať sama alebo prostredníctvom obhajcu. Zásada zabezpečenia práva na obhajobu osobe, proti ktorej sa vedie trestné konanie, vyjadruje požiadavku, aby bola v trestnom konaní zaručená úplná ochrana zákonných záujmov a práv tejto osoby.

Podmienenosť a vzájomnú prepojenosť jednotlivých zásad trestného konania možno aplikovať aj na vlastný účel zásady zabezpečenia práva na obhajobu vo vzťahu k zásade zistenia skutkového stavu bez dôvodných pochybností. Zásada zabezpečenia práva na obhajobu smeruje k naplneniu zásady zistenia skutkového stavu veci bez dôvodných pochybností, pretože vyjadruje požiadavku výlučne jednostranne zameranej činnosti v prospech osoby, proti ktorej sa vedie trestné konanie a umožňuje tak súdu spravodlivé rozhodnutie vo veci. Touto cestou sa má prispieť k zisteniu skutkového stavu veci bez dôvodných pochybností len z jednej strany, a to z tej, ktorá je pre obvineného alebo podozrivého priaznivá.

Pre osobnú obhajobu teda platí najmä určitá jednostrannosť v konaní obvineného alebo podozrivého (vo svoj prospech), ale na rozdiel od obhajoby obhajcom, nejde o povinnosť, ale o právo. V zmysle § 44 ods. 1 Trestného poriadku je obhajca povinný poskytovať obvinenému potrebnú právnu pomoc, na obhajovanie jeho záujmov účelne využívať prostriedky a spôsoby obhajoby, najmä starať sa o to, aby boli v konaní náležite a včas objasnené skutočnosti, ktoré obvineného zbavujú viny alebo jeho vinu zmiernujú. Naproti tomu obvinený má právo od začiatku konania proti svojej osobe vyjadriť sa ku všetkým skutočnostiam, ktoré sa mu kladú za vinu a k dôkazom o nich. Zároveň má právo odoprieť vypovedať a obvinený môže už na začiatku konania pred súdom prvého stupňa uplatniť všetky dôkazy, ktoré sú mu známe a ktoré navrhne vykonať. Právom na obhajobu u osoby proti ktorej sa vedie trestné konanie, sa teda rozumie súhrn práv daných jej na vykonávanie obhajoby proti vznesenému obvineniu zo strany orgánov činných v trestnom konaní.

Právo na obhajobu sa vzťahuje na celé trestné konanie a zahrňuje:

a) právo osobnej obhajoby, t.j. právo obhajovať sa v trestnom konaní sám (materiálna obhajoba);

b) právo obvineného žiadať od orgánov činných v trestnom konaní, aby boli s rovnakou starostlivosťou objasnené okolnosti svedčiace nielen proti nemu, ale aj okolnosti, ktoré svedčia v jeho prospech;

c) právo zvoliť si obhajcu a radiť sa s ním (formálna obhajoba). Trestný poriadok rozoznáva obhajobu povinnú, zvolenú, ustanovenú a náhradnú.

Povinná obhajoba je obligatórna v prípadoch uvedených v § 37 a § 38 Trestného poriadku (napríklad, ak je obvinený vo väzbe, vo výkone trestu odňatia slobody alebo na pozorovaní v zdravotníckom ústave; obvinený je pozbavený spôsobilosti na právne úkony alebo jeho spôsobilosť na právne úkony je obmedzená; ide o konanie o obzvlášť závažnom zločine, respektíve ide o konanie proti mladistvému alebo ušlému). Právo zvoliť si obhajcu má obvinený kedykoľvek v priebehu trestného konania a v tej istej veci si môže zvoliť aj viacerých obhajcov. Ak si obvinený obhajcu nezvolí sám, bude mu ustanovený. Verejného obhajcu mu možno ustanoviť aj mimo povinnej obhajoby, ak si obhajcu nezvolí sám a o ustanovenie obhajcu požiada, pokiaľ obvinený nemá dostatočné finančné prostriedky, aby uhradil trovy obhajoby. Tieto skutočnosti však bude musieť pri rozhodovaní o trovách trestného konania preukázať. Náhradný obhajca môže byť ustanovený, ak je dôvodná obava, že by mohlo byť zmarené hlavné pojednávanie alebo verejné zasadnutie pre neprítomnosť zvoleného alebo ustanoveného obhajcu. Predchádza sa tak prípadom možnej neprítomnosti obhajcov (napríklad z dôvodu dlhodobej choroby), ktoré môžu viesť k predĺženiu trestného konania.

5 Právo účasti obvineného a obhajcu na procesných úkonoch

Zásada zabezpečenia práva na obhajobu je nielen predpokladom zásady zistenia skutkového stavu bez dôvodných pochybností, ale je i predpokladom naplnenia cieľa trestného konania, a to spravodlivého rozhodnutia vo veci. Z toho dôvodu je porušenie zásady práva na obhajobu sankcionované neúčinnosťou procesných úkonov, ktoré by boli touto vadou postihnuté.

Právo na obhajobu je teda zabezpečované v trestnom poriadku množstvom konkrétnych inštitútov, ktoré naplňajú ciele trestného konania, pri rešpektovaní práv a oprávnených záujmov osoby, proti ktorej sa vedie trestné konanie.

Trestný proces v starovekom Ríme sa podobal civilnému procesu. V obidvoch bolo zaručené právo obžalovaného na prirbatie obhajcu.⁵

6 Zásada oficiality

Zmyslom tejto zásady je, aby trestné činy nezostali nepotrestané a aby boli dodržané jednotné, zákonom predpísané pravidlá pri ich stíhaní. Povinnosť orgánov činných v trestnom konaní a súdov konať z úradnej povinnosti (*ex officio*) je vyjadrená v § 2 ods. 6 Trestného poriadku. Na iných miestach trestného poriadku je potom táto zásada rozvedená do konkrétnych povinností orgánov činných v trestnom konaní a súdov v závislosti od danej etapy trestného konania (napríklad v predsúdnom konaní policajt postupuje vo vyšetrovaní alebo skrátene vyšetrovaní tak, aby čo najrýchlejšie zadovážil podklady na objasnenie skutku, v rozsahu potrebnom na posúdenie prípadu a zistenie páchatela trestného činu; v súdnom konaní po podaní obžaloby alebo návrhu na dohodu o vine a treste súd rozhoduje samostatne všetky otázky súvisiace s ďalším konaním a je povinný, nečakajúc na ďalšie návrhy, urobiť všetky rozhodnutia a opatrenia upravené Trestným poriadkom, ktoré sú potrebné na skončenie veci a na výkon rozhodnutia).

Ak sú splnené zákonné predpoklady pre vykonanie určitého úkonu, musí orgán činný v trestnom konaní alebo súd vykonať daný úkon bez toho, aby čakal na vonkajší podnet. To však neznamená, že by trestný poriadok nepočítal tiež s iniciatívou ďalších subjektov, občanov, štátnych a iných orgánov (napríklad pri podávaní trestných oznámení). Ak však táto vonkajšia iniciatíva chýba, nesmie to viesť k pasivite príslušných orgánov.

Od zásady oficiality odvodzujeme zásadu legality a pri dokazovaní sa zásada oficiality prejavuje vo vyhľadávacej zásade. Základná odlišnosť občianskoprávneho a trestnoprávneho konania teda spočíva v tom, že v civilnom konaní len v málokterých prípadoch začína konanie z úradnej povinnosti, ale väčšinou na návrh procesnej strany, na ktorej závisí aj ďalší priebeh konania.

⁵ REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo. Bratislava (2003), s. 411.

7 Zásada legality a zásada oportunity

Zásada legality nám vyjadruje povinnosť prokurátora stíhať všetky trestné činy, o ktorých sa dozvedel, pokiaľ trestný poriadok, medzinárodná zmluva alebo rozhodnutie medzinárodnej organizácie, ktorým je Slovenská republika viazaná neustanovuje inak. Zásada legality je konkretizáciou zásady oficiality v čase začatia trestného konania a je vyjadrená v § 2 ods. 5 Trestného poriadku.

Zmyslom zásady legality je zdôrazniť, že žiadny orgán nemôže dávať súhlas alebo pokyn na stíhanie trestných činov či určitých páchatel'ov a vyjadruje teda povinnosť prokurátora stíhať všetky trestné činy, ak sú splnené zákonné predpoklady. Zákonné podmienky na začatie trestného konania nie sú splnené napríklad z dôvodu vyňatia osoby z pôsobnosti orgánov činných v trestnom konaní a súdu, neprípustnosti trestného stíhania, neudelenia súhlasu na trestné stíhanie poškodeným v prípadoch, keď je takýto súhlas podľa § 211 Trestného poriadku potrebný.

Protikladom zásady legality je zásada oportunity (účelnosti), podľa ktorej prokurátorovi prislúcha právo nestíhať páchatel'a trestného činu, i keď sú k tomu dané zákonné podmienky, ak sa trestné konanie nejaví v konkrétnom prípade účelným.

K posilneniu prvkov oportunity v posledných rokoch v trestnom konaní dochádza nielen u nás, ale i v iných európskych krajinách. Ide o tzv. odklony v trestnom konaní, ktorých cieľom je urýchliť a zjednodušiť trestné konanie, zvýhodniť poškodeného trestného činu a výchovne pôsobiť na obvineného. V rámci snahy o urýchlenie a zefektívnenie trestného konania sa do nášho trestného poriadku zaviedol aj inštitút konania o dohode o vine a treste (§ 232), ktorý sa najviac podobá dohode medzi obžalovaným a prokurátorom (plea bargaining) v anglosaskom trestnom konaní.

8 Zásada *ne bis in idem*

Táto zásada, ktorá bola formulovaná v Medzinárodnom pakte o občianskych a politických právach (čl. 14 ods. 7) a bola doplnená k Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd v čl. 4 dodatkového Protokolu č. 7, kde bola použitá dikcia „nikto nemôže byť stíhaný alebo potrestaný v trestnom konaní podliehajúcim právomoci rovnakého štátu za trestný čin, za ktorý už bol oslobodený alebo odsúdený konečným rozsudkom podľa zákona a Trestného poriadku tohto štátu. Ústava SR v čl. 50 ods. 5 potom v nadväznosti na tieto medzinárodné

dokumenty ustanovuje, že nikoho nemožno trestne stíhať za čin, za ktorý bol už právoplatne odsúdený alebo oslobodený spod obžaloby. V rímskom súdnom procese sa tiež uplatňovala zásada *ne bis in idem*.⁶

Z hľadiska slovenskej trestnoprávnej teórie i praxe pri používaní výrazu „trestný čin“, respektíve „čin“, je treba chápať túto zásadu na skutok tvoriaci tie prejavy vôle navonok, ktoré sú pre daný trestný čin kauzálne, keď jediný skutok môže naplňovať znaky nielen jedného, ale i viacerých trestných činov v jednočinnom súbehu. Totožnosť skutku bude zachovaná, keď bude aspoň čiastočne zachovaná totožnosť konania alebo následku, ktorý tvorí podľa našej teórie i praxe podstatu skutku. Zásada *ne bis in idem* je dôsledkom právoplatnosti rozsudku.

Pravidlo, že nikto nemôže byť trestne stíhaný opätovne pre rovnaký skutok, je vyjadrená v ustanoveniach § 9 ods. 1 písm. e) Trestného poriadku, pričom sa vzťahuje nielen na právoplatný odsudzujúci alebo oslobodzujúci rozsudok, ale i na právoplatné uznesenia o zastavení, podmiennečnom zastavení trestného stíhania, ak sa obvinený osvedčil, uznesenia o schválení zmiernosti a zastavení trestného stíhania, ak uvedené rozhodnutia neboli v predpísanom konaní zrušené. Vo všetkých uvedených prípadoch, keď je vytvorená prekážka *rei iudicatae* (veci právoplatne rozhodnutej), možno v trestnom stíhaní obvineného pre rovnaký skutok pokračovať, len pokiaľ bude konkrétne právoplatné rozhodnutie v predpísanom konaní zrušené.

9 Zásada obžalovania

Zásada obžalovania ovplyvňuje najmä konanie pred súdom, pretože v prípravnom konaní sa priamo neuplatňuje. Vyplýva z nej, že trestné stíhanie pred súdom je možné len na základe návrhu alebo obžaloby, ktorú môže podať a pred súdom zastupovať iba prokurátor (§ 2 ods. 15 Trestného poriadku).

Trestný proces v Ríme začínal z podnetu ktoréhokoľvek občana (*quivis ex populo*). Ak bol obžalovaný odsúdený, žalobca dostal vysokú odmenu; ak bol obžalovaný odsúdený na trest smrti, odmena bola priznaná z konfiškovaného majetku odsúdeného.⁷

⁶ REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo. Bratislava (2003), s. 412.

⁷ REBRO, K./BLAHO, P.: Rímske právo. Bratislava (2003), s. 408.

Na rozdiel od feudálneho inkvizičného konania založeného na zásade vyšetrovacej, podľa ktorej sudca plnil v trestnom konaní tak žalobnú, obhajovacia, ako aj rozhodovacia funkciu, v súčasnosti sa uplatňuje zásada obžalovacia (akuzačná), ktorá rozdelila procesné funkcie medzi rôzne procesné subjekty. Obžalobu alebo iný návrh podáva a pred súdom zastupuje prokurátor (obžalovacia funkcia); proti nemu stojí obžalovaný, prípadne jeho obhajca (funkcia obhajovacia), pričom ich spor rozhoduje nezávislý a nestranný súd (funkcia rozhodovacia). Toto rozdelenie procesných funkcií je nevyhnutné pre kontradiktórny charakter konania, v ktorom je zaistené rovnoprávne postavenie procesných strán.

Zásada obžalovacia zabezpečuje zákonnosť a spravodlivosť trestného konania, pretože predpokladá, že najprv prokurátor po preskúmaní výsledkov prípravného konania, vo svojej samostatnej právomoci rozhodne o trestnosti či beztrestnosti konania obvineného, a keď dôjde k záveru, že ide o trestný čin, podá obžalobu, o ktorej potom rozhodne súd. V dôsledku toho obvinenému nehrozí, že by súd bol zaujatý v prípade a nerozhodoval objektívne, pretože sa stretáva s obžalovaným ako so stranou v konaní, ktorá má možnosť aktívne a v zásade rovnoprávne (aj pomocou obhajcu) na hlavnom pojednávaní sa obhajovať a tým prispieť k spravodlivému rozhodnutiu. Z týchto dôvodov je obžalovacia zásada jedným z dôležitých aspektov nezávislého a nestranného rozhodnutia súdu.

Predpokladom súdneho konania je teda návrh alebo obžaloba podaná prokurátorom, bez ktorého nemôže súdne konanie začať. Ide o vyjadrenie princípu *nemo iudex sine actore* (bez žalobcu nie je sudca). Oddelenie obžaloby od súdu vedie k tomu, že súd nemôže začať konanie sám a nikto iný, okrem prokurátora, nemôže podávať obžalobu, na základe ktorej by súd mohol vec prerokovať. V tomto zmysle je žalobca pánom sporu (*dominus litis*), pretože súkromné žaloby v trestných veciach náš trestný poriadok nepripúšťa.

Zásada obžalovacia v trestnom poriadku zahŕňa tieto aspekty:

a) Konanie pred súdom je možné len na základe návrhu o dohode o vine a treste alebo obžaloby, ktorú podáva prokurátor. Obžaloba alebo návrh o dohode o vine a treste však môže byť podaná proti obvinenému len pre skutok, z ktorého bol obvinený. V tejto súvislosti treba upozorniť, že súd nie je viazaný právnym posúdením skutku v obžalobe, takže môže, ak je to dôvodné, konanie páchatel'a v rozsudku prekvalifikovať a napríklad pôvodnú obžalobu, ktorá právne kvalifikovala prípad ako zločin vraždy podľa § 145 ods. 1 Trestného zákona posúdiť ako zločin zabitia podľa § 147 ods. 1 Trestného zákona.

b) Prokurátor môže vziať obžalobu späť až do začatia hlavného pojednávania. Návrh o dohode o vine a treste môže vziať späť do začatia

verejného zasadania nariadeného na jeho prejednanie. Vec sa tým vracia do prípravného konania. Dispozičné právo nakladať s obžalobou má prokurátor obmedzené v tom smere, že v priebehu hlavného pojednávania nemá právo rozširovať obžalobu, a ak počas hlavného pojednávania vyjde najavo, že obžalovaný spáchal ešte ďalší skutok, ktorý je trestným činom, môže prokurátor požiadať o vrátenie veci z dôvodu potreby spoločného konania a súd vráti vec prokurátorovi na došetrenie.

c) Návrhom prokurátora sú podmienené i niektoré rozhodnutia súdu v priebehu prípravného konania, napríklad návrh na vzatie obvineného do väzby podľa § 72 Trestného poriadku.

d) Zásada obžalovacia ovplyvňuje charakter konania pred súdom, najmä priebeh dokazovania na hlavnom pojednávaní, v ktorom aktívnu úlohu majú strany konania, ktoré zasahujú do celého priebehu dokazovania. Z tohto dôvodu strany konania nielen navrhujú, ktoré dôkazy sa majú vykonať, ale v priebehu hlavného pojednávania aj väčšinu dôkazov sami vykonávajú.

e) Prítomnosť prokurátora na hlavnom pojednávaní je povinná. Na verejnom zasadnutí je účasť prokurátora povinná len vtedy, ak svojím návrhom dal na verejné zasadnutie podnet. Vždy sa však zúčastní verejného zasadnutia, na ktorom sa koná o odvolaní alebo o mimoriadnom opravnom prostriedku.

10 Zásada prezumpcie neviny

Zásada prezumpcie neviny vyjadruje v trestnom konaní princíp, podľa ktorého každý, proti komu sa vedie trestné konanie, sa považuje za nevinného, kým súd nevysloví právoplatným odsudzujúcim rozsudkom jeho vinu. V Trestnom poriadku je vyjadrená v § 2 ods. 4 Trestného poriadku. Zásada prezumpcie neviny je úzko spojená so všeobecným princípom prezumpcie poriadneho občana (*presumptio boni viri*), ktorá je používaná v anglosaskom procesnom práve a je chápaná ako princíp, podľa ktorého, každý občan je poriadny, pokiaľ nebude dokázaný opak.

Na rozdiel od všeobecne akceptovaného názoru, rímske právo neriešilo otázku prezumpcie neviny, nakoľko tu neexistovala prezumpcia neviny, ale ani prezumpcia viny. Prezumpciu neviny v rímskom možno práve hľadať v jednotlivých výrokoch rímskych cisárov. Napríklad cisár Traján vyhlásil, že žiadny trestný prípad nemôže byť rozhodnutý v neprítomnosti (*in absentia*) obvineného. Pre spoločnosť je lepšie, ak zo súdu odíde vinný bez potrestania než by bol nevinný odsúdený. Cisári Valentinian a Theodosius zastávali názor, že každý obvinený si musí byť vedomý, že v žiadnom prípade nemôže byť odsúdený, ak rozsudok nevychádza z kompetentného podkladu, alebo nie je

podložený najpresvedčivejšími dokumentmi alebo dôkazmi, jasnejšími než denné svetlo, vytvárajúcimi nespochybniteľný dôkaz.⁸

V súčasnosti je prezumpcia nevinoty zahrnutá vo viacerých medzinárodných dokumentoch. Napríklad je obsiahnutá vo Všeobecnej deklarácii ľudských práv v čl. 11 ods. 1, v Európskom dohovore o základných ľudských právach a slobodách v čl. 6 ods. 2, ako aj v Ústave SR v čl. 50 ods. 2.

Túto zásadu je nutné vymedzovať vo vzťahu k zásade zistenia skutkového stavu veci bez dôvodných pochybností, ktorá ukladá orgánom činným v trestnom konaní zisťovať tak skutočnosti svedčiace proti obvinenému, ako aj v jeho prospech. Vyjadruje rovnako požiadavku, že orgány činné v trestnom konaní sú povinné úplne a nepochybné preukázať vinu obvineného a odsudzujúci rozsudok môže byť vyhlásený, len ak boli odstránené všetky pochybnosti o vine obžalovaného. Zásada prezumpcie nevinoty je preto dôležitou zásadou pri dokazovaní skutkového stavu. Od začatia trestného stíhania až do právoplatného odsúdenia sa pozerá na obžalovaného ako na nevinnú osobu.

Subjektívne presvedčenie orgánu činného v trestnom konaní o vine obvineného, ktoré je procesne vyjadrené uznesením o vznesení obvinenia (§ 206 Trestného poriadku), nie je v rozpore so zásadou prezumpcie nevinoty. V takomto prípade sa vytvára možnosť, na základe ktorej orgán činný v trestnom konaní musí svoje subjektívne presvedčenie o vine dokázať, ak má byť obvinený odsúdený. Trestný poriadok umožňuje orgánu činnému v trestnom konaní v takýchto prípadoch zasahovať do základných práv a slobôd obvineného, ale len v rámci podmienok a spôsobom upraveným v zákone. Zásada prezumpcie nevinoty je významnou zárukou občianskych práv obvineného a vyjadruje preto princíp, že len súd rozhoduje o vine a treste za trestné činy (čl. 50 ods. 1 Ústavy SR). Z toho dôvodu právoplatný odsudzujúci rozsudok predpoklad nevinoty vyvracia, právoplatný oslobodzujúci rozsudok alebo právoplatné uznesenie o zastavení trestného stíhania (z dôvodov uvedených v § 215 ods. 1 Trestného poriadku) predpoklad nevinoty potvrdzuje.

Z prezumpcie nevinoty vyplývajú tieto dôležité procesné pravidlá:

a) Pravidlo *in dubio pro reo*, ktoré znamená, že ak sa vyskytnú o otázke viny obvineného pochybnosti, ktoré nemožno rozptýliť dostupnými dôkazmi, treba rozhodnúť v prospech obvineného. V prípade právnych pochybností, uvedené pravidlo neplatí, pretože platí zásada *iura novit curia* (súd pozná právo). Toto pravidlo sa teda týka len otázok skutkových, nevzťahuje sa na

⁸ BURDICK, L. W.: Principles of Roman Law and Their Relations to Modern Law. New Jersey (2012), s. 692.

pochybnosti právne, v ktorých musia orgány činné v trestnom konaní a súd zaujať vždy jednoznačné závery. V rímskom práve bolo bremeno dokazovania na žalobcovi a pre rozhodnutie sa vyžadoval predložiť taký rozsah dôkazov (amount of proof) aby samotné rozhodnutie nevyvolávalo pochybnosti (without reasonable doubt).⁹

b) Pravidlo, že nedokázaná vina má rovnaký význam ako dokázaná nevina. Nemožno robiť rozdiel medzi osobou dokázateľne nevinnou a osobou, ktorej vina bez dôvodných pochybností dokázaná nebola, u ktorej je teda len pravdepodobné, že páchatel'om byť môže. V prípade dôvodných pochybností o obvinenom sa trestné stíhanie zastaví alebo v konaní pred súdom súd obžalovaného oslobodí. Niekedy sa objavujú názory, že prezumpcia neviny obmedzuje zásadu voľného hodnotenia dôkazov. Prezumpcia neviny sa však uplatní až po hodnotení dôkazov, a to len vtedy, ak nie je skutkový stav zistený bez dôvodných pochybností.

c) Povinnosť orgánov činných v trestnom konaní dokázať vinu. Obvinenému musí vinu dokázať orgán činný v trestnom konaní. Obvinený nie je povinný dokazovať žiadnu skutočnosť, ktorá by svedčila v jeho prospech a bola by dôležitá pre rozhodnutie. Dokazovať svoju nevinnu je právom obvineného. Samotná skutočnosť, že obvinený nespolupracuje s orgánmi činnými v trestnom konaní, svoje tvrdenia nepodopiera dôkazmi, neumožňuje okamžite vyvodzovať záver o klamlivosti jeho tvrdení. Ani skutočnosť, že obvinený použil svoje právo nevypovedať, neumožňuje vyvodzovať záver o jeho vine. Na druhej strane je potrebné upozorniť na pravidlo „Kto mlčí, určite sa nepriznáva, ale je pravda, že ani nepopiera“.¹⁰ Orgány činné v trestnom konaní teda z úradnej povinnosti musia dokazovať všetky skutočnosti dôležité pre rozhodnutie, a to aj skutočnosti svedčiace v prospech obvineného, bez ohľadu na to, či ich vykonanie navrhoval alebo nie. Požiadavka primeranosti, ktorá zabezpečuje, že v priebehu trestného konania sa budú obvinenému ukladať len obmedzenia nevyhnutné na dosiahnutie účelu trestného konania.

⁹ BURDICK, L. W.: Principles of Roman Law and Their Relations to Modern Law. New Jersey (2012), s. 693.

¹⁰ Paul. D. 50,17,142.

Skončenie pracovného pomeru a sloboda viery a náboženstva v aktuálnej judikatúre európskych súdov

Helena Barancová

Úvod – 1 Skončenie pracovného pomeru a sloboda náboženstva a viery – 1.1 Sloboda náboženstva a viery a nosenie náboženských odevov a symbolov – Záver – Právo je také, akí sme my sami

Úvod

Skončenie pracovného pomeru je vo všetkých civilizovaných štátoch sveta založené na zásade ochrany zamestnanca. Má svoje ukotvenie nielen v medzinárodnom práve ale aj v práve Rady Európy a v práve Európskej únie.

Dôležitosť skončenia pracovného pomeru sa odvodzuje predovšetkým zo skutočnosti, že sa dotýka existenčných podmienok zamestnanca a má spojitosť aj s právom na ochranu ľudskej dôstojnosti. Ak zamestnanec nemá zabezpečené minimálne existenčné podmienky, ktoré vytvára pre seba a svoju rodinu predovšetkým výkonom závislej práce, nedobrovoľnou stratou zamestnania dochádza aj k ohrozeniu práva na ochranu jeho ľudskej dôstojného života.

Podľa článku 7 Ústavy Slovenskej republiky ustanovenia medzinárodných zmlúv o ľudských právach majú prednosť pred zákonmi, len ak tieto zmluvy garantujú väčší rozsah práv a základných slobôd a boli ratifikované zákonom ustanoveným spôsobom.

Ľudská dôstojnosť je na prvom mieste všetkých európskych a medzinárodných dokumentov a má aj podľa judikatúry Súdneho dvora EÚ zásadný právny význam aj pri právnom výklade ostatných ľudských práv a slobôd vrátane sociálnych práv. Právo na ochranu dôstojnosti osoby môže byť porušené aj v rámci pracovnoprávných vzťahov za predpokladu, že sa zamestnávateľ nespráva k svojim zamestnancom ako k ľudským bytostiam s ľudskou dôstojnosťou. Ak by sa zamestnanci bránili voči takémuto správaniu sa zo strany zamestnávateľa a zamestnávateľ by takéto správanie považoval za porušenie pracovnej disciplíny s následkom výpovede, mala by sa platnosť takejto výpovede ako právneho úkonu posudzovať aj z hľadiska jej súladnosti s právom na ochranu ľudskej dôstojnosti.

1 Skončenie pracovného pomeru a sloboda náboženstva a viery

Sloboda náboženstva a viery je jedným zo základov pluralistickej demokratickej spoločnosti.

Podľa článku 9 Dohovoru o ľudských právach a základných slobodách zahŕňa slobodu vyjadrovať svoje náboženské presvedčenie aj na pracovisku v rámci pracovnoprávných vzťahov. Pokiaľ však dodržiavanie náboženských pravidiel na pracovisku porušuje práva iných osôb, pripúšťajú sa aj určité obmedzenia slobody náboženstva a viery, a to na základe zásad legality, legitimity a proporcionality.

V období ostatných rokov došlo k podstatnému zvýšeniu dynamiky rozhodovacej činnosti európskych súdov vo veciach výkonu slobody náboženstva a viery, respektíve diskriminácie v oblasti pracovnoprávných vzťahov z dôvodu náboženstva a viery.

V roku 2013 Európsky súd pre ľudské práva a potom Súdny dvor EÚ prekvapil odbornú verejnosť viacerými zásadnými rozhodnutiami týkajúcimi slobody náboženstva a viery a právne korektných či nekorektných zásahov do uvedeného práva, ku ktorému podľa navrhovateľov došlo z dôvodu výkonu najmä prejavov ich náboženstva a viery.

V práve EÚ sa v posledných rokoch sloboda náboženského vyznania a viery aj podľa rozhodovacej činnosti Súdneho dvora EÚ dostáva do určitej kolízie so základnými ekonomickými slobodami EÚ akou je napríklad sloboda pohybu služieb a voľný pohyb kapitálu a slobody podnikania.

Súdny dvor EÚ riešil pred časom prípad zákazu otvorenia obchodov v nedeľu a jeho rozpor so zákazom obmedzenia dovozu podľa článku 28 Zmluvy o ES. Vo svojom rozhodnutí konštatoval, že zákaz obmedzenia dovozu sa nevzťahuje na obmedzenie otváracej 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 EÚ výslovne prenechal vnútroštátnemu súdu, čo v praxi neskôr viedlo k rozdielnym právnym interpretáciám, a tým aj k rozdielnym úpravám otváracej doby nedeľného predaja v obchodoch nielen vo Veľkej Británii, ale aj v iných členských krajinách EÚ.¹

Na jednej strane by sa mohlo zdať povzbudzujúce, že Súdny dvor EÚ vo vyššie uvedenej veci výslovne neuprednostnil výlučne ekonomické dôvody spočívajúce v zákaze obmedzovania dovozu podľa článku 28 Zmluvy o ES.

¹ C- 145/88 (Torfaen) zo dňa 23. 11. 1989.

Na druhej strane menej povzbudivým je fakt, že ekonomickými dôvodmi tohto druhu sa Súdny dvor zaoberal bez priamej nadväznosti na základné ľudské práva, akým je nepochybne právo fyzickej osoby na slobodu náboženstva a viery.

1.1 Sloboda náboženstva a viery a nosenie náboženských odevov a symbolov

K slobode náboženstva a viery prislúcha aj právo na nosenie náboženských symbolov a odevov, a to nielen vo vzťahu k moslimským ženám, ale aj vo vzťahu k osobám iných náboženstiev (napríklad oblečenie rehoľných sestier v katolíckej a anglikánskej cirkvi, nosenie kipy používanej mužmi – židmi). Mužskí príslušníci sikhizmu musia vo všeobecnosti stále nosiť dastar (turban) a na verejnosti si ho nemôžu zložiť.² Napríklad sikhovia, ktorí sú advokátmi v Spojenom Kráľovstve, zosúladiли svoju náboženskú povinnosť s požiadavkami svojej profesie týkajúcimi sa obliekania (parochňa a talár) tak, že bežný čierny dastar nahradili bielym dastarom. Príslušníci určitej viery môžu nosiť aj viac druhov náboženského odevu. Napríklad hidžáb je istý druh šatky, ktorá zakrýva hlavu a krk, tvar je odhalená. Medzi ďalšie odevy moslimských žien patrí nikáb, závoj zakrývajúci celú tvár s otvorom len pre oči, burka, zakrývajúca celé telo vrátane siete cez tvár a čador alebo abaja, čierny závoj zakrývajúci celé telo od hlavy až po členky, pričom tvár zostáva odhalená.

Obdobne ako nosenie náboženských odevov súdne spory vyvoláva aj nosenie náboženských symbolov ako prejav príslušnosti k určitej viere a náboženstvu.

Právne predpisy členských štátov v oblasti nosenia náboženského odevu v súvislosti so zamestnaním vykazujú relatívne vysoký stupeň rôznorodosti. Niektoré členské štáty z dôvodu bezpečnosti právne zakotvili plošný zákaz nosenia určitých druhov odevu na verejnosti (Francúzsko).²

Iné členské štáty poskytujú svojim zamestnancom vo verejnej službe väčšiu slobodu (Nemecko). Napríklad nemecký ústavný súd rozhodol, že zákaz nosenia náboženských symbolov v práci, založený na teoretickom riziku narušenia neutrality štátu v sektore verejného vzdelávania, je v rozpore so slobodou vierovyznania. Takýto zákaz môže byť odôvodnený len v prípade,

² Zákon z 11. októbra 2010 zakazujúci zahaľovanie tváre na verejnosti, respektíve zákon z 1. júna 2011 zakazujúci nosenie akéhokoľvek odevu, ktorý úplne alebo z väčšej časti zahaľuje tvár. Zákaz sa vzťahuje na všetky verejne prístupné miesta.

ak vonkajší vzhľad učiteľov v škole by mohol vyvolať dostatočne špecifické riziko narušenia neutrality štátu alebo pokojného spolunažívania v rámci školského systému alebo by mohol prispieť k takémuto riziku.³

V mnohých iných krajinách boli akceptované určité obmedzenia nosenia náboženského odevu z dôvodu zdravia a bezpečnosti ako aj podnikateľských záujmov zamestnávateľa. Napríklad v Belgicku Vyšší súd pre pracovnoprávne otázky v roku 2008 rozhodol, že zamestnávateľ sa môže odvolávať na objektívne skutočnosti týkajúce sa neutrálneho obrazu svojho podniku pred zákazníkmi či klientmi s cieľom prepustiť predavačku, ktorá nosí moslimskú šatku.⁴

V Dánsku Najvyšší súd rozhodol, že zamestnávateľ môže stanoviť pravidlá obliekania, ktoré odrážajú obchodný obraz svojho podniku a neumožňujú nosenie šatky, pokiaľ sa tieto pravidlá vzťahujú na všetkých zamestnancov.⁵ Obdobne holandské súdy vyhovelí návrhom zamestnávateľov založeným na prednosti profesijného a reprezentatívneho obrazu podniku v súvislosti s uplatňovaním pravidiel obliekania.⁶

V roku 2013 Európsky súd pre ľudské práva v štyroch svojich rozhodnutiach skúmal, či došlo k poškodeniu alebo ohrozeniu práva na slobodu náboženstva a viery v situáciách, keď výkon práva náboženskej slobody a viery zamestnanca viedol ku skončeniu pracovného pomeru zo strany zamestnávateľa, t.j. ku strate zamestnania alebo k jednostrannému preradeniu zamestnanca na inú prácu proti jeho vôli.

Eweida v. Spojené Kráľovstvo

V právnej veci Eweida⁷ išlo o zamestnankyňu spoločnosti British Airways, ktorá na pracovnej uniforme predpísanej zamestnávateľom nosila malý decentný krížik, aj keď zo strany zamestnávateľa viackrát a rôznym spôsobom bola deklarovaná vôľa o nestrannosť a neutralitu, ktorú jeho zamestnanci mali prejavovať voči klientom spoločnosti nosením rovnakej uniformy bez žiadnych viditeľných šperkov. Zamestnávateľ pani Eweidy uplatnil voči nej sankciu, spočívajúcu v tom, že ju poslal domov bez vyplatenia mzdy z dôvodu jej nesúhlasu s pravidlami pre nosenie služobných

³ Uznesenie Spolkového súdu 2 BvR 471/10 a 1 BvR 1181/10 zo dňa 27. januára 2015.

⁴ Journal des tribunaux de travail. Vol. 9 (2008), s. 140.

⁵ Vid' analýzu Rady pre rovnosť v zaobchádzaní týkajúcu sa pravidiel platných pre policajné uniformy a „neutrality životného štýlu“.

⁶ Ibid.

⁷ Rozsudok ESLP Eweida v. Spojené Kráľovstvo z 15. januára 2013.

uniformiem. Aj keď jej zo strany zamestnávateľa bola vzápätí ponúknutá iná administratívna práca bez nosenia služobnej uniformy a bez kontaktu so zákazníkmi, zamestnankyňa takýto postup zo strany svojho zamestnávateľa odmietla.

Európsky súd pre ľudské práva rozhodol, že konaním zamestnávateľa došlo k porušeniu článku 9 Európskeho dohovoru. Vyhodnotil, že bola porušená najmä zásada proporcionality vzhľadom na sledovaný cieľ prezentovania neutrality zamestnávateľa voči svojim klientom. Naplnenie uvedeného cieľa podľa Súdu nebránil malý decentný kresťanský symbol. Skúmanie oprávnenosti zamestnávateľa zasahovať do výkonu práva zamestnanca na slobodu náboženstva a viery Súd posudzoval na základe zásad legality, legitimity a proporcionality. Pri skúmaní zásady proporcionality zdôraznil, že: „... je potrebné nájsť spravodlivú rovnováhu medzi protichodnými záujmami zamestnávateľa a zamestnanca“ (bod 50). Úsilie zamestnávateľa o neutrálny obraz pred klientmi a zákazníkmi je legitímne, treba ho však vyvážiť želaním pani Eweidy, ktorá chce týmto spôsobom prejaviť svoju náboženskú vieru. Keďže jej krížik bol diskretný, nemohol narušiť jej profesijný vzhľad, pritom neexistuje dôkaz o skutočnom zásahu do záujmov iných osôb. Vnútroštátne súdy, ktoré zamietli žaloby pani Eweidy, jej tým nezaručili právo prejavovať náboženstvo a vieru podľa článku 9 Európskeho dohovoru.

Výnimočnosťou uvedeného rozhodnutia bola skutočnosť, že po prvý raz sa Európsky súd pre ľudské práva zaoberal postupom zamestnávateľa v oblasti súkromného sektora a mimo vzdelávacej sféry verejného sektora (bod 51 uvedeného rozhodnutia).

Chaplin v. Spojené Kráľovstvo⁸

V tom istom roku 2013 však Európsky súd pre ľudské práva v prospech zamestnávateľa posúdil oprávnenosť skončenia pracovného pomeru zo strany zamestnávateľa v právnej veci Chaplin.

Išlo o zdravotnú sestru Chaplin pracujúcu v geriatrickom zariadení. Pani Chaplin nosila ako prejav náboženskej slobody a viery kresťanský kríž na dlhšej retiazke. Zamestnávateľ jej to zakázal z dôvodu bezpečnosti a ochrany zdravia pacientov a za oprávnený cieľ, legitímnosť zásahu do výkonu prejavu jej náboženskej slobody považoval riziko, že niektorý z pacientov uvedenú retiazku s krížikom strhne a môže si poškodiť svoje zdravie. Za riziko ochrany zdravia pacientov považoval aj možnosť priameho kontaktu

⁸ Rozsudok ESELP Chaplin v. Spojené Kráľovstvo z 15. januára 2013.

krížika na retiazke s prípadnou otvorenou ranou pacienta. Pri posudzovaní zásad legality, legitimacy a proporcionality Súd uznal konanie zamestnávateľa smerujúce voči pani Chaplin za oprávnené z dôvodu naplnenia oprávneného cieľa ako aj z hľadiska použitého právneho prostriedku pre jeho dosiahnutie. Oprávnený cieľ podľa Súdu spočíval v ochrane zdravia a v právach a slobodách iných osôb.

Zamestnávateľ pani Chaplin najprv jednostranne preradil na dočasné neošetrovateľské miesto, ktoré po roku v roku 2010 následne zrušil, čím prišla o zamestnanie.

Dôvodom oprávnenosti odstránenia krížika v prípade pani Chaplin bola ochrana zdravia a bezpečnosti na nemocničnom oddelení.

Európsky súd pre ľudské práva v uvedenej právnej veci uzavrel, že požiadavka vo vzťahu k pani Chaplin, aby nenosila kresťanský krížik do zamestnania, nebol neprimeraný a zásah do slobody prejavovať náboženstvo a vieru bol nevyhnutný v demokratickej spoločnosti.

Ladele v. Spojené Kráľovstvo a McFarlane c. Spojené Kráľovstvo⁹

V prospech zamestnávateľov boli zo strany Európskeho súdu pre ľudské práva posúdené aj spory v ďalších dvoch právnych veciach, v právnej veci Ladele a v právnej veci McFarlane.

V právnej veci Ladele išlo o matrikárku, ktorá pri prijímaní do zamestnania mala v predmete práce povinnosť uskutočňovať manželské obrady a zápis manželstva do matriky. Keďže bola kresťankou, bola presvedčená, že homosexuálne vzťahy sú v rozpore s Božím zákonom a ich tolerancia je nezlučiteľná s jej vierou. Po medzičasom zmenenej zákonnej úprave v roku 2005 bola sťažovateľka zo strany zamestnávateľa informovaná, že do jej pracovných povinností bude prislúchať aj jej osobná účasť na civilných partnerských obradoch homosexuálov. Po tom, čo pani Ladele odmietla podpísať zmenu obsahu pracovnej zmluvy, zamestnávateľ uplatnil voči nej výpoveď.

Aj keď Súd konštatoval, že pani Ladele sa nemohla vzdať svojho práva prejavovať náboženské vyznanie odmietnutím civilných obradov homosexuálov, pretože pri nástupe do zamestnania v zmysle vtedy platnej legislatívy takéto obrady neboli zákonom dovolené, na druhej strane deklaroval, že vnútroštátne orgány postupovali správne s cieľom ochrániť práva iných osôb, ktoré sú Dohovorom o ľudských právach a základných

⁹ Rozsudky ESLP Ladele v. Spojené Kráľovstvo z 15. januára 2013, McFarlane v. Spojené Kráľovstvo z 15. januára 2013.

slobodách chránené a pri posudzovaní uvedených právnych situácií existuje široký priestor pre voľnú úvahu.

Pri zvážení všetkých skutkových okolností prípadu ESLP uzavrel, že britské orgány neprekročili svoj priestor na voľnú úvahu a nedošlo k porušeniu článku 14 v spojitosti s článkom 9 Dohovoru o ľudských právach a základných slobodách.

V ďalšom prípade McFarlante išlo o zamestnanca vykonávajúceho psychosexuálnu terapiu. Na strane zamestnávateľa ako aj jeho spolupracovníkov bola vyslovená obava, že existuje konflikt medzi náboženským presvedčením psychoterapeuta a jeho prácou vo vzťahu k párom rovnakého pohlavia. Zamestnávateľ zahájil voči nemu disciplinárne konanie a o rok neskôr v roku 2008 s ním skončil pracovný pomer. Aj tento spor sa skončil v prospech zamestnávateľa.

Iné rozhodnutia vo veciach slobody náboženstva a viery

Podľa rozhodnutia ESLP zákaz nosenia moslimskej šatky učiteľkou počas vyučovania detí v útlom veku v štátnom vzdelávacom systéme je odôvodnený a primeraný deklarovanému cieľu ochrany práv a slobôd iných, verejnému poriadku a verejnej bezpečnosti, v dôsledku čoho je nevyhnutný v demokratickej spoločnosti.¹⁰

V skoršej rozhodovacej činnosti ESLP prevládal názor, že ak zamestnávateľ v dostatočnej miere nerešpektuje právo zamestnanca na slobodu náboženstva a viery, zamestnanec má právo slobodne sa rozísť s takýmto zamestnávateľom a sám dobrovoľne hľadať prácu u iného tolerantnejšieho zamestnávateľa. V jednom skoršom rozhodnutí Európskej komisie takéto slobodné rozhodnutie bolo považované za „... najvyššiu záruku práva zamestnanca na slobodu náboženstva“ (Kontinen proti Fínsku z 9. 4. 1997).

Avšak už v rozhodnutí v právnej veci Eweida zaujal Súd odlišné stanovisko, keď konštatoval, že: „... vzhľadom na význam slobody náboženstva v demokratickej spoločnosti sa súd domnieva, že pokiaľ sa jednotlivec sťažuje na obmedzenie slobody náboženstva a viery na pracovisku, namiesto konštatovania, že zamestnanec sám môže zmeniť prácu sa ponúka lepší prístup zamestnávateľa spočívajúci v zvážení tejto možnosti pri hľadaní celkovej rovnováhy v rámci posudzovania otázky, či obmedzenie je alebo nie je primerané (bod 83 rozhodnutia ESLP v právnej veci Eweida

¹⁰ Dahlab v. Švajčiarsko z 15. 2. 2001.

proti Spojenému Kráľovstvu z 15. 1. 2013)“: Pokiaľ ide o údajné porušenie článku 14 Európskeho dohovoru ESLP rozhodol, že toto ustanovenie nemôže existovať samostatne, lebo vyvoláva účinky len vtedy, keď sa vzťahuje na práva a slobody zaručené ostatnými hmotnoprávnymi ustanoveniami dohovoru a jeho protokolov (podľa časti odbornej literatúry článok 14 Dohovoru sa považuje za „priživnícky“ článok).¹¹

V roku 2017 Súdny dvor Európskej únie rozhodol v dvoch významných právnych veciach týkajúcich sa práva nosenia náboženských symbolov, ktoré tiež patria pod prejavy náboženskej slobody a viery. V oboch prípadoch išlo o moslimské ženy, zamestnankyne, ktoré trvali na nosení moslimskej šatky aj napriek negatívne postoju zo strany zamestnávateľa, ktorý následne uplatnil voči nim jednostranné prepustenie.

Uvedené rozhodnutia aj keď na prvý pohľad v rovnakých respektíve obdobných právnych veciach sa skončili jeden v prospech zamestnankyne a druhý v prospech zamestnávateľa.

Asma Bougnaou¹²

V právnej veci Asma Bougnaou z 14. 3. 2017 išlo o zamestnankyňu, projektovú inžinierku, ktorá vo francúzskej súkromnej spoločnosti na dobrej odbornej úrovni vykonávala práce najmä v oblasti informačných technológií. Aj napriek upozorneniu zo strany zamestnávateľa sa však odmietla vzdať nosenia moslimskej šatky. Zamestnávateľská firma poskytovala svoje služby aj mimo svojho sídla, v domácnostiach či iných klientských spoločnostiach. Poskytovanie služieb priamo u klientov tvorilo však len cca 5 % pracovnej činnosti zamestnankyne.

Pretože zákazníci tejto spoločnosti oznámili firme, že odmietajú, aby zamestnávateľ vysielal do ich domovov a na ich pracoviská túto zamestnankyňu s moslimskou šatkou, zamestnávateľ učinil voči nej ešte raz upozornenie uvedeného znenia: „Oznámili sme Vám, že plne rešpektujeme náboženskú slobodu každého, ale pokiaľ budete v internom alebo externom kontakte so zákazníkmi, za nijakých okolností nebudete môcť (smieť) nosiť moslimskú šatku“. Zamestnankyňa nerešpektovala uvedené upozornenie zamestnávateľa a zákazníci firmy museli znášať výkon jej náboženskej slobody vo forme nosenia tohto odevu, bez ohľadu na ich vlastné osobné náboženské presvedčenie. Konflikt na pracovisku medzi firmou a zamestnankyňou bol

¹¹ HAVERKORT, T./SPEKENBRINK, S.: European Non-discrimination Law, School of Human Rights Research Series. Cambridge (2012), s. 127.

¹² C- 188/15 (Asma Bougnaou) z 14. marca 2017.

skončený prepustením zo zamestnania z iniciatívy zamestnávateľa, voči ktorému sa zamestnankyňa bránila na národných súdoch, až spor skončil pred Súdny dvorom EÚ. Podľa výroku SD EÚ v uvedenej právnej veci: „... samotnú vôľu zamestnávateľa zohľadňovať želanie zákazníkov, aby služby už neboli poskytované zamestnankyňou nosiacou moslimskú šatku, nemožno považovať za podstatnú a rozhodujúcu požiadavku na zamestnanie“. Na tomto základe konštatoval porušenie článku 9 Európskeho dohovoru. Národný súd má potom starostlivo posúdiť, či v tomto prípade nešlo o nepriamu diskrimináciu.

Samira Achbita¹³

Aj napriek podobnosti prípadov, skončila pred Súdny dvorom inak kauza Samira Achbita z 14. 3. 2017 z Belgicka. Súkromná firma usilujúca prezentovať sa pred potenciálnymi zákazníkmi ako neutrálna, vnútorným predpisom zakázala pre určitú časť svojich zamestnancov (zamestnancov priameho kontaktu so zákazníkom) viditeľné nosenie akýchkoľvek symbolov a odevov, t.j. nielen náboženských, ale aj politických a iných. Zamestnankyňa Samira Achbita nerešpektovala vnútorný predpis zamestnávateľa a naďalej pri svojej práci nosila moslimskú šatku. Súdny dvor rozhodujúci v uvedenej právnej veci mal posúdiť, či ide o oprávnenú výnimku z práva na slobodu náboženstva a viery. Na rozdiel od právnej veci Bougnaou v prípade Samiry Achbita uznal obmedzenie (zákaz) zamestnávateľa za právne korektné a zodpovedajúce zásadám legality, legitimacy a proporcionality. Osobitne SD EÚ zdôvodňoval, že nosenie akýchkoľvek náboženských a politických symbolov bolo obmedzené len na malú časť zamestnancov, t.j. len na tých, ktorí prichádzajú do priameho kontaktu so zákazníkmi a nebolo súčasne výlučne zamerané voči noseniu moslimských šatiek zamestnankyň, čím zamestnávateľ dodržal zásadu proporcionality na splnenie svojho sledovaného cieľa. Konštatoval, že nejde o priamu diskrimináciu z dôvodu náboženstva a viery, pretože zákaz sa vzťahoval na všetky, nielen moslimské náboženské symboly, ktoré mohli voči zákazníkovi zamestnávateľa spochybniť jeho neutralitu. Obdobne ako v predchádzajúcej právnej veci SD EÚ vo výroku uviedol, že vnútroštátny súd musí posúdiť, či nejde v konkrétnom prípade o nepriamu diskrimináciu.

¹³ C-157/15 (Samira Achbita) z 14. marca 2017.

C- 68/17 (IR/JQ)¹⁴

Ide o novú kauzu prejednávajú pred Súdny dvorom EÚ v spojitosti so slobodou náboženstva a vierou a jednostranným prepustením primára interného oddelenia cirkevného zamestnávateľského subjektu. Dôvodom prepustenia bol rozvod a spolužitie s partnerkou, s ktorou uzatvoril civilný sobáš. Prejudiciálne otázky nemeckého súdu sa dotýkali toho, či dodzrievanie koncepcie nerozlučiteľnosti manželstva podľa doktríny kanonického práva Katolíckej cirkvi predstavuje základnú oprávnenú a odôvodnenú požiadavku povolania v zmysle článku 4 ods. 2 smernice 2000/78/ES, ktorá môže viesť k rozdielnemu zaobchádzaniu v súvislosti s prepúšťaním medzi katolíckymi zamestnancami a zamestnancami iného vierovyznania alebo bez vyznania.

Pri posudzovaní tohto prípadu SD EÚ vo svojom rozhodnutí zdôraznil, že podľa článku 17 ods. 1 ZFEÚ „Únia rešpektuje a nezasahuje do postavenia, ktoré majú cirkvi a náboženské spoločnosti podľa vnútroštátneho práva členských krajín. Za veľmi obmedzených okolností možno odôvodniť rozdielne zaobchádzanie, keď charakteristika súvisiaca s náboženstvom je základnou a rozhodujúcou požiadavkou povolania a keď je cieľ oprávnený a požiadavka primeraná. Na autonómiu a sebaurčenie Cirkvi poukazuje aj Vyhlásenie EÚ o právnom postavení cirkvi a nekonfesných organizácií, ktoré je prílohou Záverečného aktu Amsterdamskej zmluvy a obsahovo včlenené do obsahu smernice 2000/78/ES. V uvedenom Vyhlásení EÚ výslovne uznala, že rešpektuje právne postavenie cirkvi a náboženských združení upravené vnútroštátnymi predpismi členských štátov. Preto si môžu členské štáty naďalej zachovať alebo ustanoviť osobitné právne predpisy o zásadných, zákonných a oprávnených požiadavkách povolania, ktoré by sa mali rešpektívne mohli vyžadovať pre výkon niektorých pracovných činností“.

K skutkovému stavu

Pokiaľ ide o skutkový stav, primár cirkevnej nemocnice v Nemecku v pozícii internistu sa rozviedol a potom žil s družkou, na čo zamestnávateľ reagoval prepustením zo zamestnania.

IR – jeho zamestnávateľ je spoločnosťou s.r.o. založenou podľa nemeckého práva, ktorej predmetom je vykonávanie charitatívnych úloh

¹⁴ C- 68/17 (IR/JQ z 11. septembra 2018.

a tieto úlohy plní prostredníctvom prevádzkovania nemocníc, ktorých cieľom nie je dosahovanie zisku a podlieha dozoru arcibiskupa v Kolíne nad Rýnom. Zamestnanec JQ je katolíckeho vyznania. JQ uzavrel manželstvo katolíckeho obradu. V roku 2005 došlo k rozluke manželstva a od roku 2016 začal žiť s partnerkou. Po rozvode s manželkou uzavrel civilný sobáš so svojou partnerkou. Keď sa zamestnávateľ dozvedel o uzavretí druhého manželstva, skončil s ním pracovný pomer výpoveďou.

Pracovný súd v Nemecku rozhodol, že porušenie zákazu stanoveného v kánone 1085 CIC uzavrieť civilný sobáš v čase, keď manželstvo ešte nebolo anulované Katolíckou cirkvou, nepredstavuje závažné porušenie pracovnej disciplíny. Ústavný súd Nemecka uskutočňuje súdnu kontrolu z právneho titulu porušenia povinnosti lojality tak, že v prvom rade štátne súdy musia preskúmať na základe „... vlastného ponímania každej cirkvi“, či sa náboženská organizácia podieľa na uskutočňovaní základného poslania cirkvi, či určitá povinnosť lojality je vyjadrením cirkevnej dogmy a aký význam treba priznať povinnosti lojality a jej porušeniu z hľadiska vlastného ponímania cirkvi.

V súdnom spore žalovaný zamestnávateľ dokladoval, že v zmysle kanonického práva osoby pokrstené v Katolíckej cirkvi alebo do Katolíckej cirkvi prijaté od 7. roku života majú dodržiavať cirkevné právo. V zmysle sebaurčenia cirkvi, ktoré Spolková republika plne rešpektuje „... všetci zamestnanci sa zdržia proticirkevného konania“. Vo svojom osobnom živote a v práci nesmú ohrozovať vierohodnosť cirkvi a jej zariadení, v ktorých pracujú. Cirkevný zamestnávateľ je oprávnený zveriť pastoračné, katechetické, výchovné a vedúce úlohy iba osobám, ktoré sú členmi Katolíckej cirkvi.

V tejto právnej veci, obdobne ako aj v predchádzajúcom prípade, mal Súdny dvor EÚ skúmať, či ide o požiadavku základnú, oprávnenú a odôvodnenú pre výkon povolania primára interného oddelenia. Vo svojom rozsudku Súdny dvor neuznal takúto požiadavku za základnú, oprávnenú a odôvodnenú a tým aj nevyhnutnú.

Hlavným argumentom pre takýto postup bola samostatná pracovná pozícia lekára, ktorý pracoval ako primár interného oddelenia. Inak by zrejme bola posudzovaná situácia, ak by išlo o výkon pracovnej pozície gynekológa.

Podľa kánonu 1085 kanonického práva „... neplatne sa pokúša uzavrieť manželstvo, kto je viazaný zväzkom z predchádzajúceho manželstva, hoci nedokonaného“.

Podľa rozhodnutia Súdneho dvora vnútroštátny súd musí posúdiť ducha spoločnosti IR vo vzťahu k jej činnostiam, najmä k poskytovaniu zdravotníckych služieb v rámci správy nemocníc. Bolo potrebné overiť, či sa na postup nemocníc spravovaných spoločnosťou IR vzťahuje doktrína Katolíckej cirkvi s osobitným zreteľom na etické otázky v oblasti

zdravotníctva, ktoré majú špeciálny význam v doktríne Katolíckej cirkvi, najmä pokiaľ ide o interrupciu, eutanáziu, antikoncepciu alebo iné opatrenia regulujúce reprodukciu. Rozdielne zaobchádzanie na základe náboženstva je podmienené existenciou objektívne overiteľnej priamej súvislosti medzi požiadavkou povolania stanoveného zamestnávateľom a dotknutou konkrétnou činnosťou. Uvedená súvislosť môže vyplývať buď z povahy tejto činnosti, ak takáto činnosť spočíva v účasti na určovaní ducha konkrétnej dotknutej cirkvi a prispieva k jej poslaniu alebo vyplýva z podmienok, v ktorých sa má uvedená činnosť vykonávať, ako je potreba zabezpečiť dôveryhodné zastupovanie cirkvi alebo organizácie navonok.

Vo vyššie uvedenom prípade ide podľa Súdneho dvora o požiadavku povolania, ktorá s ohľadom na konkrétnu činnosť primára interného oddelenia nie je nevyhnutnou požiadavkou.

Ak by všetky kvality potrebnej požiadavky boli splnené, tak by nebolo diskrimináciou, ak by zamestnávateľ v uvedených otázkach postupoval rozdielne voči svojim zamestnancom – katolíkom a zamestnancom nekatolíkom či zamestnancom bez vierovyznania, pretože u katolíkov sa všeobecne predpokladá lojalita vyššej úrovne, než je tá, ktorá sa vyžaduje od zamestnancov iného vyznania alebo bez náboženského vyznania. Na druhej strane však samotný fakt zamestnávania aj nekatolíkov na týchto pracovných pozíciách či zamestnancov bez vyznania svedčí o tom, že nejde o požiadavku základnú, oprávnenú a odôvodnenú pre výkon pracovnej činnosti primára interného oddelenia.

Podľa výroku Súdneho dvora EÚ „... článok 4 ods. 2 Rámцovej smernice 2000/78/ES sa má vykladať tak, že základnou, oprávnenou a odôvodnenou požiadavkou povolania sa myslí nevyhnutná požiadavka, ktorá je s ohľadom na ducha dotknutej cirkvi alebo organizácie objektívne podmienená povahou alebo podmienkami výkonu predmetnej pracovnej činnosti a nemôže zahŕňať úvahy, ktoré nesúvisia s týmto duchom alebo právom príslušnej cirkvi alebo jej organizácie na autonómiu a sebaurčenie“. Táto požiadavka musí byť súčasne v súlade so zásadou proporcionality.

Vnútroštátny súd má už v zmysle primárneho práva zabezpečiť plný účinok tejto zásady rovnakého zaobchádzania a ochrany slobody náboženstva a viery aj tým, že upustí od uplatnenia akéhokoľvek vnútroštátneho ustanovenia odporujúceho primárnemu právu EÚ. Zákaz diskriminácie na základe náboženstva a viery zakotvený v článku 21 ods. 1 Charty základných práv EÚ je všeobecnou zásadou primárneho práva imperatívnej povahy.

Tento zákaz stačí sám osebe na to, aby bolo jednotlivcom priznané samostatné uplatniteľné právo v spore, na ktorý sa vzťahuje právo EÚ aj

medzi subjektmi súkromného práva.

Záver

Sloboda viery a náboženstva je v súčasnosti veľmi aktuálna aj v oblasti pracovnoprávnych vzťahov, v ktorých zamestnanec prežije veľkú časť svojho života. Zamestnanec vstupujúci do pracovnoprávneho vzťahu dáva zamestnávateľovi k dispozícii svoju pracovnú silu, za čo mu zamestnávateľ poskytuje mzdu za vykonanú prácu. Neznamená to však, že zamestnanec „predáva“ za mzdu aj svoju dušu.

Preto dodržiavanie slobody viery a náboženstva v pracovnoprávnych vzťahoch je rovnako potrebné ako v oblasti ústavného práva.

Niektoré odpovede na zložité otázky týkajúce sa tejto ľudskoprávnej stránky pracovnoprávnych vzťahov v oblasti viery a náboženstva poskytuje v ostatných rokoch aj judikatúra európskych súdov.

Právo je také, akí sme my sami

Vážený pán profesor,

celé generácie slovenských právnikov sa učili, že právo by malo byť umením dobra a spravodlivosti. Tento výrok, ktorý sa pripisuje rímskemu právnikovi Celsovi, si pri svojich prednáškach rozkrýval, aby sa vryl do pamäte všetkých absolventov právnických fakúlt na ktorých si prednášal.

O tom, aké je právo, rozhoduje človek, lebo právo je ľudským, nie Božím dielom. Akí sme ľudia, také právo si vytvárame. Keď sme nemorálni, tvoríme nemorálne právo a aj tú časť pozitívneho práva, ktoré sme vytvorili ako dobrú a morálnu, máme tendenciu zneužívať.

Preto si mnohokrát so smútkom v duši nahlas konštatoval, že nás právnikov nemá nikto rád, lebo mnohí z nás, zo širokej právnickej obce sa spreneverili právu a právo zneužívajú.

Ak by právo tvorili takí duchovní šľachtici, akým si bol sám, inak by vyzeralo právo v našej spoločnosti. Tvoja duchovná a morálna integrita, vážený pán profesor, bola na takej úrovni, že ťažko sme sa k nej my ostatní, Tvoji blízki aj vzdialenejší kolegovia priblížili.

Aj preto Ťa všetci, ktorí Ťa poznali, považovali za šľachtica ducha.

Bol si múdry, náročný, statočný, spravodlivý, s inteligentným humorom a s mimoriadnym citom pre konanie dobra v prospech fakulty a jednotlivcov, či v prospech verejného záujmu. Predstavoval si zaujímavú

symbiózu vzácných vlastností človeka, s ktorým som ako spoluzakladateľka obnovej Právnickej fakulty v Trnave a neskôr ako dekanke fakulty bola často v dennodennom kontakte. Obdarovaný toľkými nádhernými osobnými vlastnosťami si napriek tomu vzbudzoval nielen sympatie v širšom okruhu svojich spolupracovníkov.

Nádherné ľudské cnosti, ktorými si oplýval, Ti dal do vienka sám Pán Boh, ktorého si mal úprimne rád a podľa ktorého si sa v celom svojom osobnom i profesijnom živote riadil aj vo svojej každodennej práci na Tvojej milovanej fakulte.

Nikdy som Ťa nevidela nahnevaného, smutného, zlostného. Vnútorne si opovrhoval nerestami ako je závišť, intrigy či iné ľudské neresti.

V každom človeku či kolegovi si videl predovšetkým dobro, asi podľa úslovia: „Čistý zmýšľa o každom čisto“.

Dozaista aj preto si mal vždy dobrú náladu, ktorú som Ti úprimne závidela aj obdivovala, keď som ako dekanke fakulty často pri práci klesala na duchu. „Helenka, pracujme, a o nič iné sa nestarajme“, to bolo Tvoje najčastejšie povzbudenie. Aké jednoduché a zrozumiteľné.

Mimoriadne Ti záležalo na udržaní vysokej profesijnej úrovni fakulty, na náročnosti štúdia, na kultúre medziľudských profesijných vzťahov, čo si týždeň čo týždeň prejavoval aj na zasadnutiach vedenia fakulty. Bol si aj pre našich mladých prodekanov príjemným „partákom“, s ktorým sa nenudili pre Tvoj neopakovateľný inteligentný humor.

Videla som, ako si sa úprimne vedel tešiť z úspechov fakulty. Drobnejšie neúspechy si nikdy nedal na seba znáť, bol si vždy „nad vecou“.

Dávam si nám príklad, ako zvládať nezičlivosť zo strany externého prostredia v časoch, keď sa fakulte krátko po znovuoobnovení začalo veľmi dariť a v hodnotení ARRA bola viac rokov po sebe ako prvá z právnických fakúlt na Slovensku.

Raz si ma, ako dekanu, prekvapil otázkou: „Helenka, modlíš sa aj za fakultu“? Musím sa priznať, že si ma touto otázkou zaskočil. Dovtedy ma nikdy ani len nenapadlo modliť sa za inštitúciu.

Bol si výborným vysokoškolským pedagógom, rétorom. Od prvého okamihu znovuoobnovenia fakulty si bol presvedčený, že budujeme elitnú fakultu. Študenti sa Ťa na jednej strane báli, ale rešpektovali Ťa a mali radi.

Založili klub prof. Petra Blaha, čo sa stane máloktorému vysokoškolskému pedagógovi.

Bol si vedcom európskeho formátu, o čom svedčia Tvoje osobné a profesijné kontakty zo zahraničnými inštitúciami a úzkostlivo si pestoval aj osobné priateľstvá so svojimi zahraničnými kolegami. Vedu si miloval. Viedol si k nej aj svojich najbližších spolupracovníkov, ktorých si si sám osobne

vyberal.

Pred Lubyho právnickými dňami v roku 2015 kolegyne z Katedry občianskeho a obchodného práva ako gestorky uvedeného podujatia ma ako dekanu fakulty veľmi naliehavo prosili, aby si sa osobne zúčastnil aj na spoločenskej časti tohto najvýznamnejšieho vedeckého podujatia fakulty. Aj napriek tomu, že som Ťa veľmi prehovárala, prosila, žiadala, s jemným úsmevom si sa na mňa dlho díval a povedal mi: „Nemôžem, som vážne chorý, neudržím rovnováhu“.

Pre mňa osobne to bol ako blesk z jasného neba. A od toho času si sa pomaličky fakulte fyzicky vzdal'oval, lebo Tvoje fyzické limity Ti to už nedovoľovali častú osobnú prítomnosť na fakulte, aj keď si využil každú dobrú chvíľu, ktorá v Tvojej chorobe nastala, aby si ešte písal svoje vedecké skvosty.

Žiaľ, len raz som Ťa bola počas Tvojej choroby navštíviť doma. Lutujem to doteraz. Smutno mi bolo z tohto stretnutia, aj keď Ty sám si bol voči mne veľmi láskavý.

Editor:

doc. JUDr. Mgr. Vojtech Vladár, PhD.

PERPAUCA TERRENA BLANDE HONORI DEDICATA
POCTA PETROVI BLAHOVI
K NEDOŽITÝM 80. NARODENINÁM

Zodpovedný redaktor PhDr. Pavol Kršák
Jazykové korektúry doc. JUDr. Mgr. Vojtech Vladár, PhD.,
Mgr. Matej Pekarík, PhD., JUDr. Peter Colotka, CSc.
Preklady do nemeckého jazyka Mgr. Matej Pekarík, PhD.
Grafická úprava a zalomenie Jana Janíková
Obálka Mgr. Marek Petržalka

Vydala Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta.
Výtlačila VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied.
Prvé vydanie, 2019.
Náklad 150 ks.

ISBN 978-80-568-0313-4